

W.H. van Boom, Toerekening van handelingen van de `dochter'vennootschap aan de bestuurder-`moeder'vennootschap? , in: Bedrijfsjuridische berichten, 1993/14, p. 117-118

Boekhandel De Peper

toerekening van handelingen van de `dochter'vennootschap aan de bestuurder-`moeder'vennootschap?

Pres. Rb. Rotterdam, 18-3-1991, NJ 1993, 347

Procedure

Harkink, handelend onder de naam `Boekhandel de Peper', heeft een afnamecontract met Bruna BV. Enig aandeelhouder en enig directrice van Bruna BV is Retailnet BV. Retailnet is ook enig aandeelhouder en enig directrice van Friendchise BV. Friendchise exploiteert onder de naam `De Boekelier' een keten van boekwinkels. Als Harkink verneemt dat op nog geen honderd meter van zijn Bruna-winkel een soortgelijke Boekelier-winkel gevestigd zal worden, vordert hij in kort geding dat het *Retailnet* verboden wordt -kort gezegd- om de Boekelier-winkel te openen.

Harkink stelt dat Retailnet handelt in strijd met de zorgvuldigheid door nóch de verschuldigde marktgebied-bescherming jegens Harkink te waarborgen, nóch bij het samengaan van de Bruna- en Boekelier-ketens de belangen van Harkink te ontzien.

Het verweer van Retailnet dat Harkink bij zijn contractuele wederpartij -Bruna- dient aan te kloppen en niet bij haar, ontlokt aan de President enige belangwekkende overwegingen.

In r.o. 6.1 wordt het volgende overwogen (door mij stapsgewijs weergegeven):

1. De handelingen van een rechtspersoon kunnen in beginsel niet aan de bestuurder van die rechtspersoon worden toegerekend.
2. Als een BV (verder gemakshalve en enigszins onzuiver: moeder-BV) enig aandeelhouder en enig bestuurder is van twee andere BV's (verder: dochter-BV's) die in dezelfde (boekhandel)branche opereren, dan moet het er voor worden gehouden dat *de beide* afzonderlijke boekhandelketens -althoewel juridisch gezien afzonderlijke entiteiten- in feite *door en voor rekening van deze moeder-BV* worden gedreven [mijn cursivering, WvB].

3. Deze verhouding tussen moeder en dochters kan ertoe leiden dat het uitgangspunt zoals onder 1. bedoeld uitzondering lijdt in die zin dat de moeder-BV zich bij beslissingen of gedragingen in haar kwaliteit van bestuurder van de ene dochter-BV niet uitsluitend mag laten leiden door de rechten en belangen van die ene dochter, nu zij tegelijkertijd de verantwoordelijkheid draagt voor de andere dochter. Dit speelt met name wanneer verplichtingen van de andere dochter jegens derden in het geding zijn.

Vervolgens gaat de President over tot beantwoording van de vraag of Retailnet met de voorgenomen vestiging van een Boekelier-winkel rechten en/of gerechtvaardigde belangen van Harkink schendt (r.o. 6.2).

In de eerste plaats constateert de President dat het contract tussen Harkink en Bruna geen exclusief recht op een marktgebied voor Harkink doet ontstaan (r.o. 6.3). In de tweede plaats merkt de President op dat Bruna zich tegenover Harkink bereid heeft verklaard hem bij te staan teneinde de gevolgen van de vestiging van de winkel van De Boekelier "zo goed mogelijk het hoofd te bieden" (r.o. 6.4). Op grond van deze twee vaststellingen concludeert de President dat Harkink geen rechten heeft jegens Bruna en derhalve *zeker niet tegenover Retailnet*.

Commentaar

Het geding tussen Harkink en Retailnet speelt zich, bij gebreke van een contractuele band, af binnen het kader van art. 6: 162 BW. Dat zou men althans, gezien de grondslagen van de vordering van Harkink, geneigd zijn als uitgangspunt te beschouwen. De algemeen gangbare opvatting is dat als een contractuele of een specifieke wettelijke grond voor aansprakelijkheid ontbreekt, art. 6: 162 als grondslag dient voor aansprakelijkheid van 'moeders' van een concern jegens crediteuren van een 'dochter'. Vgl. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Arnhem 1991, p. 200.

Wat de President in dit geding nu als grondslag voor een eventuele aansprakelijkheid van Retailnet ziet, is evenwel niet zondermeer duidelijk. Gaat het om een eigen onrechtmatige daad van Retailnet, of om een onrechtmatige daad in hoedanigheid van bestuurder van Bruna, of van De Boekelier? Of gaat het niet om een onrechtmatige daad, maar om 'toerekenen' van rechtshandelingen?

Gezien de hierboven door mij onder 1, 2 en 3 weergegeven stappen doelt de President met de eerste stap blijkbaar op de handelingen van Friendchise BV. Die handelingen kunnen bij wijze van uitzondering aan bestuurder Retailnet worden 'toegerekend' als Retailnet zich uitsluitend laat leiden door de rechten en belangen van Friendchise en aldus haar verantwoordelijkheid als

bestuurder van Bruna verzaakt. Aangezien een contractuele band tussen Friendchise en Harkink ontbreekt, zal met 'handelingen' onder 1. dus bedoeld zijn: al of niet onrechtmatige daden van Friendchise jegens Harkink.

Dat het hier echter in feite niet zozeer gaat om 'toerekening' van handelingen van *Friendchise BV* aan bestuurder Retailnet BV, blijkt uit het vervolg. De President vervolgt immers met een blik op de verhouding tussen Harkink en diens wederpartij Bruna BV, en concludeert dat daar waar Bruna BV geen wanprestatie pleegt, Retailnet BV geen onrechtmatige daad pleegt. Blijkbaar gaat het dus veeleer om toerekening van de handelingen van *Bruna BV* aan bestuurder Retailnet BV. Onduidelijk blijft welke handeling van Friendchise BV eventueel aan Retailnet BV toegerekend zouden kunnen worden. Men zou wellicht kunnen denken aan het profiteren van de (eventuele) wanprestatie gepleegd door 'zuster' Bruna BV.

De uitspraak van de President vertoont veel trekken van de in de lagere rechtspraak al langer gehuldigde 'vereenzelvigingsgedachte'. De toerekening van handelingen van een BV aan de BV-bestuurder sluit aan bij deze vereenzelvigingsgedachte: alhoewel de 'dochter' de formele contractspartij is, brengt de concernverhouding met zich dat de aan elkaar gelieerde vennootschappen als één en dezelfde rechtseenheid moeten worden beschouwd, met als gevolg dat verbintenissen van die vennootschappen aan elkaar over en weer moeten worden toegerekend. Alhoewel deze toerekening formeel gezien onder de noemer van art. 6: 162 wordt gebracht, betreft het materieel gezien veeleer een naar contract neigende rechtsbetrekking. In dit geschil betekent zulks dat als de 'dochter' mocht blijken te wanpresteren, de 'moeder' mede aansprakelijk geacht moet worden.

De Hoge Raad daarentegen acht de 'moeder' slechts dan aansprakelijk wanneer deze een *eigen* onrechtmatige daad jegens de wederpartij van de 'dochter' te *verwijten* valt. Men kan zich derhalve afvragen of de motivering van de uitspraak van de President in tweede en derde instantie overeind zou zijn gebleven. Niet van belang is de eventuele wanprestatie van Bruna jegens Harkink of de eventuele onrechtmatige daad van Friendchise jegens Harkink: het komt er op aan of het *eigen* gedrag van de bestuurder van een vennootschap maatschappelijk onzorgvuldig is jegens een wederpartij van de vennootschap. Dat is geen toerekenen van eens anders handelen, maar het toerekenen van het eigen (onrechtmatige) handelen van de 'moeder'. Deze laatste vorm van toerekenen staat los van de vraag of de ander, de 'dochter', wanprestatie pleegt jegens haar wederpartij.

Vgl. Bartman en Dorresteyn, a.w., p. 74-75, 200 alsmede S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid, Deventer 1989, p. 5 en 94 e.v..