

*Handelingen 1977
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 1304 1

Lay-out en omslag Euelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES MR. M. J. G. C. RAAIJMAKERS

Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen, 5

PREADVIES MR. H. L. J. ROELVINK

Door rechtspersonen heen kijken, 81

PREADVIES MR. M. J. G. C. RAAIJMAKERS

Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen

HOOFDSTUK I ENKELE INLEIDENDE OPMERKINGEN

- 1.1 Lifting the veil als rechtsverschijnsel, 7
- 1.2 De gelijkstelling van natuurlijke en rechtspersoon. Over de betekenis van art. 4 Bock 2 B.W., 9
- 1.3 nv en bv als rechtsvorm van de onderneming. Over het belangenpatroon en de zogenaamde institutionele opvatting, 12
- 1.4 Enkele verdere kanttekeningen bij de verhouding tussen AV en bestuur in concernverhoudingen, 19
- 1.5 Conclusies, 25

HOOFDSTUK 2 OVER HET VOORRECHT DER BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEID VAN AANDEELHOUDERS IN NV EN BV

- 2.1 Historie en functie van het voorrecht, 27
- 2.2 Normering van het voorrecht, 29

HOOFDSTUK 3 RECHTSTREEKSE TOEREKENING AAN AANDEELHOUDERS 'OM DE RECHTSPERSOON HEEN'

- 3.1 Terminologie, 35
- 3.2 Contractuele verhoudingen, 37
- 3.3 Vertegenwoordigingsverhoudingen, 38
- 3.4 Zaakwaarneming, 42
- 3.5 Onverschuldigde betaling, 44

- 3.6 Ongegronde verrijking, 46
- 3.7 Onrechtmatige daad, 49

HOOFDSTUK 4 RECHTSTREEKSE TOEREKENING AAN AANDEELHOUDERS 'DOOR DE RECHTSPERSOON HEEN'

- 4.1 De aard van de M-D-verhouding en haar gevolgen, 56
- 4.2 Nederlands concernrecht, 63
- 4.3 Verval van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid, 67

HOOFDSTUK 5 AANSPRAKELIJKHEID VAN M ALS BESTUURDER

- 5.1 M als feitelijk bestuurder, 72
- 5.2 M als formeel bestuurder, 75
- 5.3 Managementcontract, 76

SLOTBESCHOUWINGEN, 77

Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen

'Hence the process is not accurately termed one of disregarding corporate entity. It is rather and only a refusal to permit its presence and action to divert the judicial course of applying law to ascertained facts. The method neither pierces any veil nor goes behind any construction, save for its refusal to let one fact bar the judgement which the whole sum of facts requires. For such reasons we feel that the method of decision known as "piercing the corporate veil" or "disregarding the corporate entity" unnecessarily complicates decision.'

Stone J. in: Re Clarks Will
204 Minn. 574, 578, 284
N.W. 876, 878 (1939)

HOOFDSTUK 1. ENKELE INLEIDENDE OPMERKINGEN

1.1. Lifting the veil als rechtsverschijnsel

1. Het was meen ik een goede gedachte van het N.J.V.-bestuur zo kort na het inwerkingtreden van Boek 2 B.W. haar jaarvergadering te doen wijden aan het verschijnsel van 'lifting or piercing the corporate veil' (Haftungsdurchgriff; disregard of corporate entity; etc). Die gedachte was en is wel hierom gelukkig, omdat zij in staat stelt tot het maken van een aantal kritische en nuancerende opmerkingen ten aanzien van het nu gecodificeerde rechtspersonenrecht.

Gebruik makend van de door het N.J.V.-bestuur gegeven vrijheid tot inrichting en nadere vormgeving aan het onderwerp zou ik dit zo willen benaderen, dat daaronder worden gebracht een aantal verschijnselen, welke (kunnen/behoren te) leiden tot verschuivingen in het toerekeningspatroon in en rond rechtspersonen, waarbij ik mij vooral zal richten op de nv en bv. Duidelijk echter wil ik vooropstellen, dat de te behandelen rechtsproblemen zeer beslist mede ook van belang zijn voor andere rechtspersonen.

2. *Verschuivingen in het toerekeningspatroon rond de nv en bv kunnen zich onder meer voordoen doordat:*

(1) aan aandeelhouders en/of bestuurders in privé rechten of ver-

plichtingen van de vennootschap worden toegerekend ;

- (π) aan de rechtspersoon eigenschappen of rechtsfeiten van resp. verbonden met aandeelhouders en/of bestuurders en/of andere vertegenwoordigers en/of anderen worden toegerekend.

Daartoe kan aanleiding bestaan indien er een rechtens niet te aanvaarden discrepantie ontstaat tussen juridische (geabstraheerde) en feitelijke maatschappelijke werkelijkheid. Of anders gezegd : indien de abstractie, welke het recht aanvaardt middels erkenning van de realiteit van de rechtspersoon zou leiden tot een resultaat, dat rechtens niet is te aanvaarden, daar het te zeer de maatschappelijke (maar ook juridisch relevante) werkelijkheid zou miskennen, hierin bestaande, dat de rechtspersoon steeds in haar 'leven' afhankelijk is van het handelen van natuurlijke of andere rechtspersonen, die met haar zijn verbonden. Verschuivingen in het toerekeningspatroon kunnen dergelijke ongewenste resultaten voorkomen. Naar gelang van de omstandigheden kan rechtens de mogelijkheid openstaan dergelijke verschuivingen toe te staan ten laste of ten gunste van aandeelhouders, bestuurders, crediteuren, anderen en de rechtspersoon zelve. Tot het vinden van dergelijke oplossingen moeten aanknopingspunten worden gezocht in ons rechtssysteem als geheel.

3. Waar het aldus aangeduide terrein kan worden beschouwd als de lifting-problematiek in enge zin en dit wellicht kan worden omschreven als juridische correcties ingeval van *misbruik van rechtspersoonlijkheid*, zo meen ik, dat het voor de beoefenaren van de rechtspraktijk dienstig is dit prae-advies toch een wat bredere strekking te geven. Met name zou ik daarom in het verdere verloop ook de aandacht willen vestigen op vrijwillige vormen van afwijking van het toerekeningspatroon. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan op zichzelf weinig opwindende figuren als toerekening op grond van borgtochten, garantieverplichtingen, cessie, of andere drie- of meerpartijenovereenkomsten, zoals die wel voorkomen in concernverhoudingen en bij kleinere besloten verhoudingen. Hier dus geen toerekening 'door de rechtspersoon heen' maar veeleer 'buitenom'. Zoals zal blijken liggen vragen omtrent onrechtmatige daad, Pauliana, vertegenwoordiging en ongegronde verrijking op het grensvlak. Met name waar het deze laatste figuren betreft is het wel mogelijk te onderscheiden, doch een stricte scheiding is daarbij niet wel mogelijk. De vraag bijvoorbeeld of een aandeelhouder rechtstreeks aansprakelijk kan worden op grond van eigen onrechtmatige daad hangt veelal

toch weer af van de vraag of en in welke mate deze op ongeoorloofde wijze heeft gebruik gemaakt van zijn mogelijkheid tot beïnvloeding van de rechtspersoon.

4. De indruk wordt veelal gewekt, dat met name reeds het erkennen van de mogelijkheid van een verschuiving in het toerekeningspatroon 'binnendoor' zou neerkomen op het loswrikken van een hoeksteen van ons juridisch denken, waardoor dan – zo moet men aannemen – dit deel van ons recht met instorting zou worden bedreigd. Het zal onze eerste taak moeten zijn die vrees op zijn gegrondheid te toetsen. Mijn conclusie zal zijn, dat die vrees niet gerechtvaardigd is.

1.2. De gelijkstelling van natuurlijke en rechtspersoon. Over de betekenis van art. 4 Boek 2 B.W.

5. *NV en BV zijn rechtspersoon* ingevolge artt. 3, 64 en 175.

Daarmede staan zij in de rij van de in art. 1 genoemde publiekrechtelijke lichamen en de in art. 2 genoemde kerkgenootschappen en verder met de privaatrechtelijke organisatievormen van art. 3, t.w. de vereniging en de stichting. De wetgever beoogde met Boek 2 een gesloten systeem van rechtspersonenrecht te geven. Die gedachte kwam vooral ook tot uitdrukking in het geschrapte art. 2.1.3. lid 2: 'Andere vennootschappen alsmede verenigingen bezitten slechts rechtspersoonlijkheid wanneer zij aan de daartoe door de wet gestelde vereisten voldoen'. Het zou in die gedachte slechts aan de wetgever zijn te bepalen, dat deze of gene rechtsfiguur rechtspersoon is (1). Nu kan men de wetgever niet het recht ontzeggen te bepalen – in positieve zin – dat een rechtsfiguur heeft te gelden als rechtspersoon, een negatief gestelde bepaling echter als art. 2.1.3 lid 2 snijdt zonder noodzaak aan rechtspraak en doctrine de pas af om inductief het oordeel uit te spreken, dat een rechtsfiguur als rechtspersoon dient te gelden (2). Vooral nu de wetgever zelf het antwoord is schuldig gebleven op de vraag: Wat is een rechtspersoon? en evenzeer op de vraag naar de decisieve vereisten die aan een erkenning als rechtspersoon dienen te worden gesteld, moet het rechtspraak en weten-

(1) Vgl. Toelichting Ontwerp-Meijers, blz. 121.

(2) Vgl. Van Schilfgaarde, *Praeadvies Ver. Handelsrecht* 1975, blz. 18; *Rechtspersonen*, Alg. Inl. Par. 3 Aant. 7; Asser-van der Grinten, *De rechtspersoon*, 4e druk, blz. 6; Raaijmakers, diss. blz. 118 e.v.

schap vrij staan dit rechtsoordeel uit te spreken, indien daartoe voldoende gegronde redenen zijn aan te voeren.

6. Van belang is deze problematiek onmiddellijk reeds voor de vraag *of de vennootschap onder firma als rechtspersoon heeft te gelden*. Sommige schrijvers – waaronder ik zelf – nemen dit reeds aan voor het huidige recht (3). Het Ontwerp voor Boek 7 lost de strijdvraag in ieder geval op voor het komende recht. Zie art. 7.13.1.2 lid 2. Onderscheidend element tussen de rechtspersonen van Boek 2 en Boek 7 zou dan zijn, dat die van Boek 2 een meer geïnstitutionaliseerd karakter hebben, terwijl die van Boek 7 vooral bepaald zouden zijn door de verbintenrechtelijke onderlinge betrekkingen tussen de vennoten, berustend op overeenkomst (4). Hieronder kom ik daarop nog terug.

Op deze plaats stel ik vast, dat straks naast de rechtspersonen van Boek 2 ook de 'openbare vennootschap' van Boek 7 door de wet als rechtspersoon zal zijn erkend. Ook daarop zullen dan van toepassing zijn de bepalingen van de Eerste Titel van Boek 2. En derhalve ook art. 4.

7. *'Een rechtspersoon staat voor wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijke persoon gelijk*, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit', zegt dat bedoelde art. 4 nogal cryptisch. Deze bepaling geeft m.i. in hoofdzaak twee dingen aan. Ten eerste dat de rechtspersoon wordt erkend als rechtssubject; dat zij rechtsbevoegdheid bezit. Ten tweede, dat die rechtsbevoegdheid is beperkt tot het vermogensrecht (5). Veel meer zegt het – naar het mij voorkomt – niet. Maar er is nog wel een probleem. Mag men – zoals van Schilfgaarde doet (6) – de redenering volgen, dat art. 4 voor de rechtspersoon zegt wat voor de natuurlijke persoon in art. 1177 wordt bepaald (er staat foutief: 1377), n.l., dat de schuldenaar (hier: de rechtspersoon) met zijn vermogen in-

(3) Zie blz. 76 en 118 van mijn diss. en de daar geciteerde literatuur.

(4) In deze zin Macijer, bijz. *NJB*-nr (1973) betreffende Boek 7, blz. 87; Aalders, *Præadvies Ver. Handelsrecht* (1976), blz. 48 e.v.; anders: mijn diss. blz. 118 e.v.

(5) Vgl. Asser-van der Grinten, blzz. 27, 47, 50; van Schilfgaarde, Van de *NV* en de *BV*, blz. 28 e.v. en *Rechtspersonen*, Art. 4; zie voor de wetsgeschiedenis Van Zeben; voorts: Uniken Venema, *NV* 48, blz. 95.

(6) Van de *NV* en de *BV*, blz. 29; in gelijke zin van Oven, *De grote onderneming en de papieren NV*, in: van Opstallbundel, blz. 126/127, die in art. 4 Boek 2 eveneens een belemmering ziet tot de ontwikkeling van de rechtsfiguur 'misbruik van rechtspersoonlijkheid'. Een ontwikkeling, welke overigens door van Oven met sympathie zou worden begroet, zoals blijkt uit zijn verdere betoog.

staat voor zijn schulden en dit dan zo opvatten, dat die aansprakelijkheid exclusief is? (Zo althans begrijp ik de rest van zijn betoog, dat art. 4 in de weg zou staan aan de ontwikkeling van een op 'misbruik van rechtspersoonlijkheid' gebaseerde aansprakelijkheid van bijv. de moedervennootschappen in concernverhoudingen.)

Mij dunkt dat de gestelde vraag ontkennend dient te worden beantwoord. Art. 4 postuleert geenszins naar mijn mening, dat het gelden als rechtspersoon tevens zou betekenen het gelden als *exclusief* toerekeningspunt van rechten en verplichtingen van de rechtspersoon. De gewraakte gedachtengang vindt men ook terug bij Westbrook (7) zij het in iets minder duidelijke bewoordingen. Deze stelt, dat relativering van rechtspersoonlijkheid met zich zou brengen het loswrikken van een hoeksteen van ons rechtsdenken. Ook hij is huiverig voor het loslaten van de gedachte, dat de rechtspersoon onder alle omstandigheden dient te gelden als exclusief toerekeningspunt (8). Het zijn van rechtspersoon zegt naar mijn mening op zich nog weinig of niets over de inrichting, doch ook niet over de aansprakelijkheidsregeling daarvan. Dat ziet men reeds in art. 30 lid 2 en lid 4, waar degene die een vereniging, niet opgericht bij notariële akte, resp. niet ingeschreven in het verenigingenregister, verbindt, hoofdelijk aansprakelijk is c.q. kan zijn. Men ziet het verder in de aansprakelijkheidsregeling van art. 55 voor leden van een coöperatieve vereniging. Ook bij nv en bv vindt men soortgelijke regels (zie hieronder nr. 60). Met name echter wanneer men de vof beziet volgens Ontwerp Boek 7, ziet men heel scherp een figuur welke krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling rechtspersoon zal zijn, doch waar de vennoten niettemin hoofdelijk aansprakelijk zijn.

In art. 4 Boek 2 B.W. zal men derhalve niet mogen lezen, dat de rechtspersoon rechtens geldt als exclusief toerekeningspunt. Mijn lezing zou zijn, dat deze slechts heeft te gelden als *primair* toerekeningspunt. De beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en de niet-aansprakelijkheid van bestuurders en vertegenwoordigers van de rechtspersoon dient men dan te zien als geconditioneerde voorrechten, welke aan dezen toekomen. Daaruit af te leiden, dat de rechtspersoon (i.c. de nv en bv) steeds en onder alle omstandigheden als exclusief toerekeningspunt heeft te gelden is een redenering welke

(7) Praedicties Ver. Handelsrecht (1969), blz. 81 e.v.; zie ook van Oven, t.a.p.

(8) Opmerkelijk is dat van Schifffaarde zich in zijn Inaug. rede duidelijk afzet tegen de gedachtengang van Westbrook (blz. 8). In zijn daar gevoerde betoog kan ik mij geheel vinden.

niet is vol te houden.

Men versta mij goed. Niet beweer ik, dat met de duiding van de rechtspersoon als primair niet-exclusief toerekeningspunt zou worden gepleit voor een veelvuldige lifting, doch wel zou ik willen onderstrepen dat dit vraagstuk dààr moet worden thuisgebracht waar het thuis hoort, t.w. bij de regeling van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en van de niet-aansprakelijkheid van bestuurders.

Wel moet ik er tenslotte nog aan toevoegen, dat omgekeerd de scheiding tussen rechtspersoon en haar deelgenoten/bestuurders tevens moet worden gezien in het licht van de bescherming van crediteuren, daar hun belangen immers zouden kunnen worden geschaad bij een al te lichtvaardige aanspraak tegen de rechtspersoon door (crediteuren van) aandeelhouders en/of bestuurders. Weer een stap verder denkend zal echter tegelijk ook weer moeten worden erkend, dat ook crediteuren zich achter de rechtspersoon kunnen verschuilen tegen aanspraken van aandeelhouders.

8. Concluderend stel ik derhalve, *dat art. 4 Boek 2 B.W. slechts aangeeft, dat de rechtspersoon primair toerekeningspunt is voor rechten en verplichtingen van de rechtspersoon. Niet echter exclusief toerekeningspunt.*

Thans zou ik nader willen stilstaan bij het belangenpatroon in de nv en bv. Het is tot deze rechtsfiguren dat ik mij verder wil beperken, al zal ik terloops een enkele opmerking maken omtrent andere rechtspersonen. Die analyse van dat belangenpatroon is naar mijn mening voor ons onderwerp van evident belang. Waar wij spreken over lifting is duidelijk, dat telkens zal moeten worden nagegaan hoe bepaalde belangen welke op de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken zich tot elkaar verhouden en hoe die juridisch ten opzichte van elkaar zijn of behoren te worden beschermd. Wij stuiten daarbij op de zgn. institutionele en instrumentele opvatting omtrent de vennootschap/rechtspersoon.

1.3. nv en bv als rechtsvorm van de onderneming. Over het belangenpatroon en de zogenaamde institutionele opvatting

9. *De nv en bv zijn niet slechts rechtspersoon, zij zijn ook rechtsvorm van de onderneming. Een vastomlijnd rechtsbegrip 'onderneming' kennen*

wij niet in ons recht. In verschillende wetten (9) vindt men – onderling nogal verschillende – omschrijvingen, welke telkens zijn afgestemd op de te regelen materie. In het hierna volgende zal de term ‘onderneming’ worden gebruikt ter aanduiding van het organisatorische verband waarbinnen de activiteit van het ondernemen (met een zekere regelmaat en gericht op deelname aan het economische verkeer) wordt uitgeoefend. nv en bv treden op als ‘ondernemer’, d.w.z. degene, die een onderneming drijft, (in stand houdt.)

Als wij spreken over de activiteit van het ondernemen is het meen ik goed nog eens uit te spreken, dat ons stelsel van ondernemingsgewijze productie hierdoor wordt gekenmerkt, dat daarbinnen de vrijheid bestaat door particulier initiatief leiding, kapitaal en arbeid bijeen te brengen, teneinde de voortbrenging van bepaalde goederen of diensten, aangepast aan en gericht op de door de consument eveneens in vrijheid vast te stellen behoeften, onder concurrerende voorwaarden te realiseren. Ondernemers hebben daarbij in beginsel de vrijheid hun onderneming naar eigen inzicht te drijven; dat geldt – als beginsel – zowel voor de kruidenier op de hoek, als voor de grote onderneming. Zowel genoemde kruidenier, als de grote beurs-genoteerde nv zijn ondernemer, beiden ook drijven een onderneming. Evident is wel, dat de organisatie van laatstgenoemde aanmerkelijk gecompliceerder zal zijn dan die van de kruidenier, die zelf – eventueel met zijn gezinsleden – alle in de onderneming te vervullen functies en arbeid verricht.

Reeds de activiteit van het ondernemen zelf echter is onderworpen aan een aantal normen. Een betrekkelijk willekeurige greep doende kan worden gewezen op het fiscale recht, prijzenrecht, arbeidsrecht, juridische normen terzake van financiering en kredietverlening, kartelrecht, publicatievoorschriften, medezeggenschapsrecht, etc. Veelal knopen deze normen niet aan bij een bepaalde rechtsvorm van de onderneming, doch aan (de activiteit van) het ondernemen zelf.

10. Wanneer echter een ondernemer, besluit om een tot dan toe als eenmanszaak gevoerd bedrijf, om te zetten in een nv of bv, verliest hij daardoor als regel zijn kwaliteit van ondernemer. Deze kwaliteit gaat over op de rechtspersoon. De eerder aangeduide normen richten zich dan tot de rechtspersoon als primair toerekeningspunt.

(9) Zie daaromtrent van Schilfgeaarde, Van de *NV* en de *BV*, blz. 3 e.v.; vgl. mijn diss. blz. 54 e.v.; zie ook van Oven, t.a.p. blz. 119 e.v.

Hier echter krijgen we te maken met een aantal verdere normen, nl. die betreffende de inrichting van de rechtspersoon als organisatie. Waar immers de aandeelhouders in de nv en de bv het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid verwerven, staat daar tegenover een aantal regels terzake van kapitaalbescherming publicatie en bestuursinrichting.

Men kan dus stellen, dat een ondernemer evenzeer ook de vrijheid heeft om zijn onderneming te incorporeren in de rechtsvorm van een nv of bv/rechtspersoon, maar daar moet dan bij worden aangetekend, dat de inrichting van deze rechtspersoon zich in belangrijke mate onttrekt aan zijn wil (10). De mate waarin zulks plaats vindt hangt af van de gekozen rechtsvorm. Bij maatschap en v.o.f. is het evident, dat de vrijheid van inrichting en bestuur zeer veel groter is, dan bij de nv en de bv. Maar, zo voeg ik er onmiddellijk aan toe, de scheiding is aanmerkelijk minder groot dan somtijds wordt gesuggereerd. Van een duidelijke caesuur tussen – als ik het zo mag zeggen – de rechtsvormen van de onderneming, zoals behandeld in Boek 2 en die in Boek 7 is m.i. nauwelijks sprake.

Te dier zake mag ik wijzen op hetgeen ik elders heb betoogd (11) ten aanzien van de in een nv of bv geïncorporeerde joint venture ten aanzien waarvan ik heb getracht aan te tonen, dat deze is te beschouwen als een blijvend op het joint venture contract tussen de partners gebaseerde vennootschap/rechtspersoon, waarin de partners volgens de regels van hun onderlinge overeenkomst samenwerken. Is men bereid deze opvatting te volgen, zo blijkt, dat het veronderstelde verschil tussen een dergelijke nv of bv en een v.o.f. aanmerkelijk minder groot is, dan wordt gesuggereerd met de tegenstelling tussen de meer geïnstitutionaliseerde vennootschappen van Boek 2 en de op overeenkomst gebaseerde vennootschappen van Boek 7 (12).

11. Wat behelst nu die institutionele opvatting? Naar de opvatting van van Schilfgaarde moet men een samenvatting onderkennen tussen de nv of bv als rechtspersoon-ondernemer en de nv of bv als rechtsbetrekkende onderneming. Deze laatste ziet hij dan 'institutioneel', d.w.z. dat de onderneming z.i. is te beschouwen als een 'maatschappelijk

(10) Vgl. van Schilfgaarde, *Vrijheid van vennootschap*, s' Jacobbundel, blz. 247 e.v.

(11) Zie mijn dissertatie blz. 118 e.v.

(12) Zie noot 4; vgl. verder Asser-van der Grinten, *De rechtspersoon* blz. 26; zie overigens ook H.R. 24 oktober 1976, *RedW* 1977, blz. 115.

instituut dat als zodanig, zulks ten behoeve van een reeks van belangen en gepersonifieerd door de natuurlijke persoon of rechtspersoon-ondernemer, deelneemt aan het economische verkeer'. Niet het persoonlijk belang van de eigenaar, maar het belang van een wijde kring van betrokkenen behoort te dienen als rechtsnoer van handelen (13). Mits nauwkeurig vaststaat wat deze regel naar aard en strekking inhoudt heb ik daarmee weinig moeite. Maar ernstige bedenkingen heb ik tegen inburgering, leidend tot onzorgvuldig gebruik van deze opvatting.

Vooreerst houd ik mijn bedenkingen tegen de door van Schilfgaarde voorgestelde 'samenval' van de nv als rechtspersoon-ondernemer en de nv als rechtsbetrekking-onderneming in de aangeduide zin, zolang niet duidelijk is waar de grens ligt tussen 'interne' en 'externe' betrokkenheid van de bij de onderneming betrokken belangen. Men zal het er toch over eens zijn, dat de betrokkenheid van aandeelhouders voorlopig toch nog een andere is, dan de betrokkenheid van het belang van de regio, waarin de onderneming werkzaam is. Verschil is er ook tussen de betrokkenheid van aandeelhouders in een grote ter beurze genoteerde nv en die in een kleine familie-bv. Een soortgelijk verschil is te onderkennen ten aanzien van de betrokkenheid van werknemers in een structuur-vennootschap, een vennootschap met meer en een met minder dan 100 werknemers. Kijkt men naar crediteuren, dan zijn er evidente verschillen tussen de (collectiviteit van) obligatiehouders, verschaffers van grote lange termijn kredieten, leveranciers, die krediet verschaffen, etc. Aan de kant van de afnemers vindt men grote opdrachtgevers naast incidentele afnemers van kleine hoeveelheden van goederen of diensten. Ook bij werknemers mag een verschil in betrokkenheid worden geconstateerd, daar waar men praat over de bedrijfsleider met 40 dienstjaren en de aankomende 'jongste bediende' (14).

Verschillen in de mate van betrokkenheid derhalve, verschillen ook in de aard van de betrokkenheid. Verschil derhalve naar ik meen ook in de strekking van de tot de organen der onderneming gerichte rechtsnorm. De wijze waarop en de mate waarin met de verschillende deelbelangen moet worden rekening gehouden, dan wel deze po-

(13) Van de *NV* en de *BV*, blz. 3, 13; vgl. mijn diss. blz. 56 e.v.

(14) Voor verdere beschouwingen omtrent de bij de onderneming betrokken belangen moge ik verwijzen naar van Schilfgaarde, Van de *NV* en de *BV*, blz. 16 e.v. en mijn diss. blz. 135 e.v.; zie ook van Oven, De grote onderneming en de papieren *NV*, s' Jacobbundel, blz. 119 e.v.

sitief moeten worden behartigd verschilt daarbij al naar gelang van de rechtsvorm enerzijds en de feitelijke verhoudingen anderzijds. Deze problematiek spitst zich toe in de door Löwensteyn (15) als een van de voornaamste vragen van huidig en vooral ook toekomstig vennootschapsrecht gequalificeerde vraag naar het doel, dat de instanties van de vennootschap bij het volvoeren van hun taak tot richtsnoer hebben te nemen, m.a.w. het zgn. 'vennootschappelijk belang'.

12. Naar mijn mening behoort het antwoord op die vraag af te hangen van de aard van de onderneming in kwestie. 'Als *vennootschappelijk belang* kan gelden de resultante van afweging van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken', zegt van der Grinten (16). Die – m.i. juiste – opvatting geeft derhalve aan dat op de organen der vennootschap/onderneming de rechtsplicht rust in hun gesties steeds de verschillende betrokken belangen te wegen en af te wegen tegen andere. Zij zullen daarbij telkens in concreto het vennootschappelijk belang vorm dienen te geven (17). In die weging en afweging zal uiteraard het gewicht, de betrokkenheid van de diverse belangen dienen te worden vastgesteld. Evident is dan wel, dat het 'aandeelhoudersbelang' een duidelijk ander gewicht heeft, de betrokkenheid van aandeelhouders ook anders geaard is bij de grote beurs-nv dan bij het timmermansbedrijf, dat 'bv geworden is'. In die laatste verhouding kan worden gesteld, dat de aandeelhouders in de vaststelling van het vennootschappelijk belang bepaald een preponderant belang hebben. Daar is de aandeelhouder niet te beschouwen als 'derde', doch is juist diens betrokkenheid zeer groot. Datzelfde geldt naar mijn mening voor de dochtervennootschap in concernverhoudingen. Terzake moge ik verwijzen naar mijn uitvoerige beschouwingen daaromtrent in mijn dissertatie (17a). In deze verhoudingen dient juist wel een preponderant gewicht te worden toegekend aan de aandeelhouder, die deze vennootschap in stand houdt. De vennootschap/onderneming is daar 'instru-

(15) De naamloze vennootschap als raakpunt van contraire belangen, in *Honderd Jaar Rechtsleven*, blz. 85.

(16) *Handboek*, blz. 398; vgl. Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging*, 3e druk, blz. van Schilfgaarde, Van de *NV* en de *BV*, blz. 16 e.v.; van Oven, t.a.p. blz. 126.

(17) Voor commissarissen zij gewezen op art. 140 lid 2; dit voorschrift geldt ook voor het bestuur en m.m. voor andere organen, waaronder m.i. ook de OR.

(17a) blz. 142 e.v.

menteel' van aard, d.w.z., dat zij opereert ten dienste van het vermogensrechtelijke voordeel van diegene(n) die deze in stand houden. In concernverhoudingen: ten dienste van het totaal van concerngeheel en de daarbij betrokken belangen.

13. Rechtens komt dit tot uitdrukking in de *verhouding tussen bestuur en algemene vergadering*. Zijn de aandeelhouders in de grote beurs-nv te beschouwen als derden (18) en is de AV in die verhouding niet gerechtigd invloed op het bestuur uit te oefenen buiten de door de wet en statuten getrokken grenzen, anders ligt dit in de bedoelde 'besloten verhoudingen'. De vooral op het Forumbank-arrest gegronde 'zelfstandigheid' van het bestuur (19) is in deze laatste verhouding een slechts betrekkelijke. Waar Hijmans van den Bergh in zijn noot onder het arrest stelde, dat de AV niet door 'opdrachten' de bevoegdheden van de directie moet kunnen doorkruisen en uithollen en daaraan toevoegde: 'Dit zou in strijd zijn met de eisen van de sociaal-economische werkelijkheid', zo meen ik, dat die sociaal-economische werkelijkheid in de hier bedoelde verhoudingen nu juist met zich mee brengt, dat de AV wel degelijk bevoegd is tot uitoefening van een min of meer vergaande invloed op het beleid in de vennootschap. In deze zin ook Par. 28 Departementale Richtlijnen en Hof Arnhem 9 oktober 1974, *N. J.* 1976, 42. Ook te dezer zake moge ik verwijzen naar het uitvoerige betoog in mijn dissertatie en de daar geciteerde bronnen (20), waarbij ik in het bijzonder heb aangeknoopt aan de concernregelingen in de structuurwet (thans: structuurregeling in Boek 2 B.W.).

Evenmin als voor hetgeen ik opmerkte ten aanzien van het 'institutioneel' c.q. 'instrumenteel' bepaalde vennootschappelijk belang, geldt ten aanzien van de vraag naar de mogelijkheid van het uitoefe-

(18) Nuanceren moet men hier reeds bijv. ten aanzien van olichargische regelingen.

(19) Forumbank-arrest H.R. 21 januari 1955, *N. J.* 1959, 43 m.n. Hijmans van den Bergh; zie voorts zeer uitvoerig Löwensteyn, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, diss. GU 1959, blzz. 10-19, 75 e.v., 126 e.v.; vgl. Handboek, blz. 395 e.v.; Löwensteyn, Rechtspersonen, art. 129; Löwensteyn, Prae-advies Ver. Handelsrecht (1976), blz. 37/38.

(20) Diss. blz. 85 e.v., 122 e.v., 284 e.v.; zie ook mijn interventie tijdens het debat in de Ver. Handelsrecht (1976) naar aanleiding van de praec-adviezen van Aalders, Löwensteyn en van Brunschot over de Europese Groepering tot Samenwerking (nog niet gepubliceerd); zie voorts ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 maart 1976, kort samengevat en van commentaar voorzien door Boukema, *TVVS* 1976, blz. 379 e.v.

nen van een zekere leiding door de AV over het bestuur een 'entweder-oder'. Veeleer – ook hier geldt dat weer – is er een langzaam verloopend scala van mogelijkheden en verschijningsvormen, waarbij – het zij andermaal onderstreept – er geen scherpe caesuur ligt tussen de rechtspersonen van Boek 2 en van Boek 7 (c.q. de maatschap, v.o.f. en c.v.). nv en bv kunnen in min of meerdere mate 'instrumenteel' zijn bepaald, anderzijds kunnen m.n. vennootschappen onder firma min of meer sterk institutionele invloeden ondergaan, waarbij ik m.n. wijs op de invloed van het medezeggenschapsrecht (21).

14. Daarmede is beweerd, dat noch het rechtspersoonlijkheidsbegrip, noch echter (!) ook het begrip 'instituut' mag worden opgevat als een soort 'heilig hulsel', dat een onwrikbaar normatief karakter heeft. Twee voor ons onderwerp uiterst belangrijke uitgangspunten zijn daarmede – gezien het karakter van dit prae-advies helaas wel summier – geadstrueerd:

- (i) er bestaat geen noodzakelijk verband tussen beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en het zijn van rechtspersoon (zie ook nrs. 23 e.v.);
- (ii) de zgn. institutionele opvatting postuleert voor nv en bv niet een ongeclausuleerde zelfstandigheid van het bestuur ten opzichte van de AV; afhankelijk van de werkelijke verhoudingen kan deze min of meer instrumenteel zijn bepaald.

Tracht ik met het oog op ons onderwerp beide uitgangspunten met elkaar in verband te brengen, dan kan worden opgemerkt, dat het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders, dat deze in nv en bv (ingevolge art. 64 lid 1 resp. art. 175 lid 1) hebben niet een onwrikbaar uitvloeisel zijn van deze rechtsvormen als rechtspersoon. Verwerving van dit voorrecht berust veeleer op de wettelijke door de aandeelhouders in acht te nemen regels inzake kapitaalbescherming en publicatieplicht. Vervolgens echter is met het bovenstaande eveneens gezegd, dat door incorporatie van een onderneming in de rechtsvorm van een nv of bv de aandeelhouder(s) niet ipso iure tot 'derde(n)' worden, aan wie het niet is toegestaan invloed te nemen op het beleid in de vennootschap. Het statuut van nv en bv verzet zich niet – althans niet in mijn opvatting – tegen een zekere 'Eingriff' zijdens aandeelhouders in het beleid der vennoot-

(21) Vgl. in deze zin Van Schilfgaarde, Prae-advies Ver. Handelsrecht (1975), blz. 10 e.v. en Vrijheid van vennootschap, s' Jacob-bundel, blz. 247 e.v., i.h.b. blz. 254; vgl. mijn diss. blz. 126 e.v.

schap (21a). Die 'Eingriffs-mogelijkheid' is echter niet ongelimiteerd. Indien de grenzen van het toelaatbare worden overschreden kan een 'Eingriff' zijdens aandeelhouders leiden tot een 'Durchgriff' zijdens crediteuren en/of anderen. Omgekeerd zal bij een ruime (al of niet wettelijke) mogelijkheid tot 'Durchgriff' ook de 'Eingriffs-mogelijkheid' zijdens aandeelhouders toenemen. Het laatste doet zich naar mijn opvatting voor bij toepassing van art. 343 (niet-publicatie/gedeeltelijke publicatie door dochtervennootschap; consolidatie van de cijfers in de moeder; maar toestemming nodig van minderheidsaandeelhouders en verplichte aansprakelijkstelling voor schulden van de dochter; dan m.i. ook zeer ruime beïnvloedingsmogelijkheden voor concernmoeder). Ik kom daarop hieronder nader terug. Zie nr. 55.

15. Over die 'Eingriff' wil ik nog een enkele opmerking maken. Waar het overleg met mijn mede-pracadviseur heeft geleid tot de afspraak, dat ik in mijn betoog meer het accent zou leggen op concernverhoudingen moet het navolgende vooral in dat licht worden gezien (al zal veel m.m. van toepassing zijn in de verhouding natuurlijke persoon/aandeelhouder tot 'zijn' vennootschap). Het oog heb ik hierbij vooral op de begrippen 'control', beheersing, Beherrschung, dominance, beïnvloeding.

1.4. Enkele verdere kanttekeningen bij de verhouding tussen AV en bestuur in concernverhoudingen

16. Verschuivingen in het toerekeningspatroon bij nv en bv (c.q. de buitenlandse equivalenten van die rechtsvormen) vinden – waar het concernverhoudingen betreft – als regel hun basis in *de aard en de intensiteit van de concernband*. Waar het recht rekening houdt met het bestaan van dergelijke concernsamenhangen, houdt het derhalve rekening met het verschijnsel, dat een conglomeraat van juridisch 'zelfstandige' rechtspersonen feitelijk opereert als een economische eenheid (22). Die economische eenheid is geen absoluut begrip. De

(21a) Anders: Löwensteyn, t.a.p. zie noot 19.

(22) Uniken Venema, Concernrecht, Beekhuis-bundel, blz. 265 e.v.; vgl. Handboek, blz. 109 e.v., 116 e.v., 552 e.v., 623; Slagter, Compendium, 2e druk, blz. 360 e.v.; van Schilfgaarde, van de AV en de BV, blz. 107, 211; Maeijer, a.w., 235 e.v., 276 e.v.; Franken, Aspecten van concernrecht, diss. Utrecht (1976); Westbroek,

wijze waarop in de praktijk gestalte wordt gegeven aan de economische samenhang in concernverhoudingen verschilt van concern tot concern en binnen een bepaald concern veelal ook nog van dochter tot dochtermaatschappij. Van specifieke aard is de structuur van de joint venture (23). De eenheid in concernsamenhangen berust op de door de moedermaatschappij uitgeoefende algemene concernleiding. De aard, intensiteit en de wijze waarop daar in de praktijk uitvoering aan wordt gegeven, verschilt daarbij op de zoëven aangegeven wijze.

Wanneer rechtens behoefte ontstaat aan bijzondere regels voor concernverhoudingen, zal duidelijk dienen te zijn tot welke groepsrelaties de norm zich richt. Aangegeven zal derhalve dienen te worden wat met het oog op de toepasselijkheid van een concrete norm (of normencomplex) onder een concern dient te worden verstaan. Denkbaar is daarbij, dat in verschillende normcomplexen verschillende definities worden gebruikt. Zo worden bijvoorbeeld een aantal bepalingen in de structuurregeling voor grote vennootschappen gekoppeld aan een deelneming van 50% of meer in het kapitaal van de (gezamenlijke) dochtervennootschap, terwijl in het kader van de consolidatievoorschriften een plicht tot consolidatie eerst ontstaat bij bezit van *meer* dan 50% (art. 319 lid 1).

17. Wordt een *definitie van het concernbegrip* gegeven dan wordt daarmee – met het oog op het in concreto te regelen normencomplex – aangeduid, dat in de onder de definitie vallende configuraties een bepaalde graad van ‘leiding’ door de moeder over de dochtervennootschap wordt geassumeerd. Ik wees reeds op enkele bepalingen uit de structuurregeling voor grote vennootschappen en de consolidatieregels.

Kijken wij even over de grens, dan kan vooreerst worden gewezen op de Paragrafen 17 en 18 van het Duitse Aktiengesetz, waar gewerkt wordt met de begrippen ‘afhankelijkheid’ (Abhängigkeit) en ‘uniforme leiding’ (Einheitliche Leitung). Een vennootschap is afhankelijk, indien een andere onderneming op haar een beheersende invloed kan uitoefenen, hetgeen – weerlegbaar – vermoed wordt het geval te zijn, indien die andere onderneming voor meer dan de helft deelneemt in het kapitaal. Zijn een of meer dochtervennootschap-

Pre-advies Ver. Handelsrecht (1969); mijn diss. blz. 27 e.v.; 80–110; 182 e.v.; 241–268; van Oven, t.a.p. 120.

(23) Zie mijn diss. in het bijzonder blz. 125 e.v.

pen onder de 'einheitliche Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst' dan vormen zij een concern. Van een afhankelijke onderneming wordt – weerlegbaar – vermoed, dat deze onder de uniforme leiding van de moeder staat. Opgemerkt zij, dat het Aktiengesetz slechts regels geeft voor 'dochters' in de rechtsvorm van een AG of KGaA. Voorts dat rechtsregels vrijwel uitsluitend aanknopen aan het bestaan van een afhankelijkheidsverhouding. Tenslotte, dat het AktG enkele contractuele vormen van concernverbanden kent, waardoor een concernverhouding kan worden tot stand gebracht *zonder* deelname in het kapitaal: Beherrschungsvertrag. Terzake moge ik verwijzen naar mijn dissertatie (24). Soortgelijke bepalingen ter aanduiding van een concern vindt men in het Ontwerp-Statuut Europese Vennootschap (art. 6, 223), het Voorontwerp Richtlijn Concernrecht (art. 1 Deel I), Ontwerp 7e Richtlijn (artt. 1 t/m 4). Deze 'Europese' ontwerp-bepalingen letten behalve op de deelneming in het kapitaal ook op de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders en commissarissen (25).

Voor wat betreft de Engelse Companies Act mag ik wijzen op Section 154 (26). Voor het Amerikaanse recht wijs ik op de beschouwingen van o.m. Ballantine (27).

18. *Waar ligt de grens van een toelaatbare beïnvloeding door de moeder van het beleid van de dochter?* Vooraleer aan de behandeling van die vraag toe te komen merk ik op, dat tot de meest essentiële bevoegdheden in concernverhoudingen wel behoort de benoeming van het bestuur en – althans in het Nederlandse recht – de vaststelling van de jaarrekening. Gaat men er met mij van uit, dat in moeder-dochter-verhoudingen de institutionele opvatting slechts een betrekkelijke gelding heeft, dat daarbij toch gezien de concernsamenhang veelmeer de dochter werkzaam is in het belang van het concerngeheel, dat derhalve het bestuur bij de vaststelling van het vennootschappelijk belang een preponderant gewicht dient toe te kennen aan het geheel van bij het concern betrokken belangen, dan dient het bestuur daar-

(24) Blz. 27 e.v.; zie ook Franken, a.w., blz. 82 e.v.

(25) Voor wat commissarissen betreft zij opgemerkt, dat de invloed van dezen soms afneemt onder invloed van de medezeggenschap van werknemers in de RvC. Dat betekent derhalve, dat ook de invloed van de moeder afneemt.

(26) Zie daaromtrent verder Gower, *The principles of modern company law*, 1969, blz. 194 e.v.

(27) Kort weergegeven in mijn diss., blz. 238 e.v., alwaar ook verdere bronnen zijn vermeld.

toe ook in staat te zijn. Het zal daartoe over de nodige kennis en ervaring dienen te beschikken omtrent het concern als geheel; zal daartoe derhalve ook opgeleid moeten kunnen worden, hetgeen met zich brengt, dat de concernleiding potentiële kandidaten moet kunnen laten rouleren langs verschillende bedrijven en functies in het concern.

De vaststelling van de jaarrekening is wel daarom van belang, dat daardoor een concludent geheel van cijfermatige financiële en administratieve berichtgeving wordt verkregen en tevens dat de moeder 'de koorden van de beurs' in handen houdt (28).

19. Thans de vraag derhalve naar de grenzen van een toelaatbare beïnvloeding door de moeder van de dochter. Het *Duitse AktG* kent een nagenoeg ongelimiteerde 'Weisungsbefugnis' in het geval van een Beherrschungsvertrag en in het geval van Eingliederung (Par. 308, 1/2 resp. 323). Het afsluiten van een Beherrschungsvertrag c.q. het realiseren van een Eingliederung is daarbij met een aantal waarborgen omgeven ten behoeve van minderheidsaandeelhouders en crediteuren, alsook voor werknemers (Pars. 293 t/m 307 resp. 319 t/m 327; zie ook Par. 76/77 Betriebsverfassungsgesetz; vgl. hieronder nrs. 51 e.v.) (29).

Is geen Beherrschungsvertrag afgesloten, dan mag slechts van de mogelijkheid tot beïnvloeding gebruik worden gemaakt indien daardoor voor de dochter ontstane schade meteen of uiterlijk aan het eind van het boekjaar die schade wordt 'ausgeglichen', dan wel een 'Ausgleich' in het vooruitzicht wordt gesteld (Par. 311). Blijft een (toezegging tot) Ausgleich achterwege, dan is de moeder tot schadevergoeding verplicht (Par. 317). Die 'Ersatzpflicht' rust hoofdelijk ook op de bestuurders der moeder en op bestuurders en commissarissen van de dochter (voor wat de laatsten betreft met uitzondering van het geval de instructie berust op een rechtmatig AV-besluit). Zie Par. 317.3 en 318 AktG.

Ook buiten het bestaan van een op Beherrschungsvertrag of Eingliederung berustende samenhang derhalve niet een *verbod* tot beïnvloeding, maar de mogelijkheid om leiding uit te oefenen onder voorwaarde van 'Ausgleich' of 'Ersatz' van de schade. Daarbij dient wel te worden bedacht, dat wij hier steeds spreken over 'dochters' in

(28) T. Drion, *S.E.W.* 1970, blz. 547 e.v. (De uitwerking van de structuurhervorming voor concerns).

(29) Zie daaromtrent mijn diss. blz. 36 e.v.

de rechtsvorm van een AG of KGA. Bepaald anders is het gesteld met de Duitse tegenvoeter van onze bv, t.w. de GmbH. Binnen deze op contract gebaseerde kapitaalvennootschap zijn de bestuurders te beschouwen als mandatarissen van de aandeelhouders (Gesellschafter) (30), welke daar als hoogste orgaan worden beschouwd en bevoegd zijn het bestuur opdrachten te geven.

20. Is het Duitse concernrecht (geldend voor AG en KGA) al sterk dogmatisch opgezet, veel verder nog gaan de Brusselse voorstellen, welke in hun strekking wel van een zeer ver doorgetrokken institutionele opvatting uitgaan. Zo houdt de inmiddels vastgestelde 2e Richtlijn nauwelijks rekening met concernverhoudingen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de ontwerp 4e en 5e Richtlijn; ten aanzien van deze laatste (inzake de structuur van de naamloze vennootschap) echter is de concernproblematiek, welke ontstaan zou indien op ieder niveau in concernverband een Raad van Commissarissen zou moeten worden ingesteld, onderkend blijkens de Annex I van het zgn. 'Green Paper' on Employee Participation and Company Structure. Op deze plaats ga ik daar niet verder op in en wil voor een en ander, alsmede omtrent het SE-concernrecht en de verdere inhoud van het Voorontwerp Richtlijn Concernrecht verwijzen naar de uitvoerige beschouwingen daaromtrent in mijn dissertatie (31). Wel echter wil ik op deze plaats nog onder de aandacht brengen art. 1 Deel II van het *Voorontwerp Richtlijn Concernrecht*. Onder zware sancties (32) wordt hier bepaald, dat de dominerende persoon (natuurlijke of rechtspersoon; hier verder aan te duiden als de moeder) het belang van de vennootschap (verder: dochter) moet behartigen, wanneer de moeder buiten de AV invloed uitoefent zonder op grond van een domineringsovereenkomst (waarvan het aangaan met een

(30) Vgl. Reh binder, Konzernaus sen recht und allgemeines Privat recht, blz. 239: 'In der GmbH ist der Geschäftsführer lediglich Vertretungsorgan; ihm obliegt nach dem Gesetz nicht die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft. Oberstes Organ ist die Gesellschafterversammlung (bei Einmann gesellschaften: der Gesellschafter). Der Geschäftsführer hat Weisungen der Gesellschafter die auf einen Beschluss der Gesellschafterversammlung beruhen oder denen alle Gesellschafter zustimmen grundsätzlich Folge zu leisten. Grenze des Weisungsrechts sind die Vorschriften über den Gläubigerschutz (Par. 30, 64.2 GmbHG und Par. 826 BGB); vgl. mijn diss. blz. 126-130 en de daar geciteerde bronnen.

(31) Omtrent de 5e Richtlijn en de medezeggenschapsregelingen in de SE: blz. 187-194; omtrent concernrecht SE: blz. 249 e.v.; omtrent Voorontwerp Richtlijn Concernrecht: blz. 253 e.v.

(32) Zie verder nr. 53.

aantal zware verplichtingen gepaard gaat) bevoegd te zijn tot het besturen van de vennootschap. Dit naar mijn mening zou in de praktijk een onhanteerbare regel opleveren. Wat immers is het belang van de dochter en hoe kan dit worden behartigd? Hier is niet – zoals naar mijn mening in het Nederlandse recht – sprake van een negatieve correctie op c.q. limitering van de mogelijkheid tot uitoefening van concerninvloed, doch een positief gesteld gebod om bij het uitoefenen van invloed het ‘belang’ van de dochter te behartigen. Zulks waar toch – althans naar mijn mening – dat belang nu juist (als boven uiteen gezet) een instrumenteel karakter heeft.

Er is een tweede punt. En wel dit, dat er staat ‘besturen’. Het lijkt mij zeer de vraag of dat juist is. Het bestuur in vennootschapsrechtelijke zin van de dochter blijft immers opgedragen aan het bestuursorgaan van die dochter zelve.

2x. Laat ik trachten mijn gedachten op dit punt nader uit te werken. Onderscheid zou dan m.i. moeten worden gemaakt tussen:

- (i) *het uitoefenen van een algemene concernleiding*; hieronder zou ik willen verstaan het vaststellen door de moeder van de hoofdlijnen van het beleid (33); daartoe acht ik de moeder in concernverhoudingen bevoegd (waarbij dan wel bij aanwezigheid van outsideaandeelhouders met de belangen van dezen te goeder trouw rekening zal dienen te worden gehouden; zie art. 7 Boek 2 B.W.); daarbij dient te worden aangetekend, dat zowel de vaststelling alsook de uitvoering van bedoelde hoofdlijnen van beleid in de praktijk veelal onderwerp vormen van voortdurend overleg, waarbij over en weer standpunten worden toegelicht en getracht wordt meer op basis van overreding dan van ‘dictaat’ tot gemeenschappelijke standpunten te geraken;
- (ii) *het geven van concrete (ad hoc) instructies*; d.w.z. het geven van concrete beleidsaanwijzingen; daartoe zou ik de moeder bevoegd willen achten mits zij daarbij te goeder trouw de betrokken belangen in acht neemt en ontziet, respectievelijk deze belangen anderszins zijn gewaarborgd (voor crediteuren denk ik dan bijv. aan een mogelijke aansprakelijkstelling door de moeder voor de schulden der dochter); zie verder nr. 57;
- (iii) *het optreden van de moeder als bestuurder der dochter*; men ziet hier

(33) Vgl. Par. 28 Departmentale Richtlijnen, waarover Westbroek, Rechtspersonen, Dep. Richtlijnen, ad Par. 28; Handboek, blz. 395 e.v.; blz. 109 e.v.; Slagter, a.w., blz. 209 e.v.; vgl. Löwensteyn, Rechtspersonen, ad art. 129 en art. 131.

dat de moeder formeel wordt benoemd als bestuurder der dochter; dit geeft haar strikt genomen niet meer mogelijkheden dan de onder (i) en (ii) genoemde, daar zij dan immers in kwaliteit van bestuurder optreedt en derhalve is gebonden aan de rechtens geldende beperkingen van de bestuursbevoegdheid; zie nr. 58 e.v.;

- (iv) *het uitvoeren van een managementopdracht*; hier is sprake van een opdracht door het bestuur van de nv A (dat voor verlening en uitvoering daarvan als bestuur aansprakelijk blijft) aan nv B; dit kan zich voordoen, indien de nv A de know how mist op een of meerdere deelterreinen van de activiteiten, welke zij onderneemt, waarbij dan het dagelijkse management daarover wordt opgedragen aan nv B; bij de uitvoering van die opdracht zal deze laatste dienen te blijven binnen de termen van de gegeven opdracht (34).

Spreek ik hierna over de (rechtens toelaatbare) algemene concernlicding, dan doel ik daarmee op het onder (i) gestelde, doch begriip daar dan – tenzij anders aangeduid – ook onder het onder (ii) gestelde.

1.5. *Conclusies*

22. Het voorgaande zou ik als volgt kort willen samenvatten:

- (i) De gelijkstelling van de rechtspersoon met een natuurlijke persoon is slechts zo te verstaan, dat daardoor tot uitdrukking wordt gebracht, dat de rechtspersoon heeft te gelden als primair doch niet als exclusief toerekeningspunt;
- (ii) verschuivingen in het toerekeningspatroon bij de rechtspersoon (inzonderheid bij nv en bv) tasten daardoor het begriip rechtspersoon – voor wat het is – niet aan;
- (iii) de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en de niet-aansprakelijkheid van bestuurders zijn te beschouwen als geconditioneerde voorrechten van de natuurlijke of rechtspersonen, die als zodanig in de rechtspersoon en de door haar in stand gehouden organisatie (onderneming) optreden;

(34) Zie omtrent e.e.a. Veelken, *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, Baden-Baden (1975); Damm, *Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen*, *Betriebsberater* 1976, blz. 294 e.v.; zie verder nr. 59.

- (iv) de conditionering van dit voorrecht ligt voor wat aandeelhouders betreft vooral in de regels inzake de kapitaalbescherming, doch mede ook in de correcte inachtneming van de regels inzake de interne bevoegdhedenverdeling;
- (v) de zelfstandigheid van het bestuur veelal gebaseerd op het Forumbank-arrest en later mede gesteund door de zgn. institutionele opvatting is – vooral in besloten en concernverhoudingen – slechts van betrekkelijke betekenis; in die verhoudingen is het uitoefenen van een algemene (concern-)leiding door de aandeelhouders toelaatbaar;
- (vi) nader bepaald komt zulks ook hierin tot uitdrukking dat het ‘vennootschappelijk belang’ in die bedoelde verhoudingen van overwegend ‘instrumentele’ aard is, d.w.z. dat in de weging en afweging van de bij de vennootschap (rechtspersoon) en haar onderneming (organisatie) betrokken belangen, die van de aandeelhouder(s) (moeder) een duidelijk preponderante plaats innemen; die constatering is van normatieve aard.

Tenslotte wil ik ook hier nog eens terzijde opmerken, dat vele problemen zouden worden opgelost met een nadere profilering van het statuut van de bv (35). Daarmee wil ik geen pleidooi houden voor een ruime herziening van Boek 2 op korte termijn (daarbij zou m.i. nogal wat overhoop moeten worden gehaald en m.n. ook Titel 13 Boek 7 zoveel mogelijk moeten worden ingeweven). Wel echter zou ik er voor willen pleiten, dat wetenschap en rechtspraktijk deze taak op zich nemen door gebruik makend van de nog steeds bestaande flexibiliteit in ons vennootschapsrecht de nodige verfijningen aan te brengen overal waar daartoe gereede aanleiding en ruimte in het systeem is.

In het bovenstaande hebben wij dus gezien, dat nv en bv uit hun rechtsaard in zekere mate een mogelijkheid van Eingriff (kunnen) geven. Thans moeten wij ons gaan bezig houden met de vraag of en zo ja ook van een Durchgriff sprake kan zijn. In nr. 2 hierboven maakte ik reeds duidelijk, dat het niet slechts gaat omtrent een ‘eenvoudige’ Durchgriff naar aandeelhouders, doch dat in dit praeadvies zal worden getracht zo breed mogelijk ook andere verschuivingen in het primaire toerekeningspatroon te onderzoeken.

(35) Zie ook mijn diss., blz. 126 e.v., 299 e.v.

2.1. *Historie en functie van het voorrecht*

23. Hierboven werd reeds uiteengezet dat tussen het hebben van rechtspersoonlijkheid door de nv en bv en de beperkte aansprakelijkheid harer aandeelhouders niet een onwrikbaar verband bestaat. De beperkte aansprakelijkheid moet worden opgevat als een voorrecht voor aandeelhouders.

Daar waar het recht wordt geconfronteerd met min of meer complexe organisaties vanwaaruit maatschappelijke activiteiten worden ondernomen, gedragen door een samenwerkingsverband van mensen, daar rijst de vraag naar de verdeling van risico's tussen de betrokkenen. Waar het betreft ondernemingsactiviteiten, welke enerzijds maatschappelijk wenselijk, anderzijds uit hun aard zelve risicodragend zijn (immers steeds een 'avontuur') en daardoor steeds voor alle betrokkenen een bepaalde graad van ongewisheid met zich mee brengen, daar moet het recht antwoord geven op de vraag naar een optimaal rechtvaardige risicoverdeling. Beziat men de geschiedenis van ons vennootschapsrecht, dan is dat ook een van de voornaamste zo niet de voornaamste vraag geweest, waarvoor men zich telkens gesteld zag. Interessant is het daarbij te wijzen op de ontwikkeling van de Vereenigde Oost-Indische Compagnie en de latere daarop volgende ontwikkelingen (36).

Dat *vraagstuk van risicoverdeling* is niet louter eigen aan het uitoefenen van ondernemingsactiviteiten, welke zijn gericht op het behalen van economisch voordeel. Het is eigen aan het burgerlijk recht in het algemeen. Vandaaruit wordt materieel reeds een heel belangrijk deel van ondernemingsactiviteiten (hier in de meest ruime zin als het optreden op verschillende markten) geëncadreerd. De ondernemer krijgt te maken met regels van koop en verkoop, huurkoop, huur en

(36) Interessant in dit opzicht is de dissertatie van van der Heijden, *De ontwikkeling van de NV in Nederland vóór de codificatie* (1908); vgl. Handboek, blz. 1 e.v.; Molengraaff, 9e druk, dl. I, blz. 231 e.v.; Jb. Zeijlemaker, *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap*, *R.M. Themis* 1945, blz. 581 e.v.; zie voorts: Huussen-de Groot, *Rechtspersonen in de negentiende eeuw*, diss. Leiden 1966; van Berkum/van der Grinten, *Over aansprakelijkheidsbeperking in de NV*, *Pracadviezen tot bevordering van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland*, 1942.

verhuur, arbeidsovereenkomstenrecht, vervoers-, zee- en binnenvaartrecht, deviezenrecht, bankrecht, etc., etc. Daarbij gaat het steeds om een wettelijke normering van het handelen van de ondernemer/onderneming met derden. De onderneming krijgt te maken met de overheid, wier taak het is het algemeen belang te behartigen (overheid als fiscus, overheid als beschermer van het milieu, overheid als beschermer van de werkgelegenheid, etc.). Zij krijgt ook te maken met concurrenten (mededingsrecht; recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom). In al die normen is de bedoelde weging reeds zelve vervat.

24. Daarmee is nog niets gezegd over de *ondernemingsactiviteit op zichzelf*. Ware daaromtrent niets anders bepaald, zo zouden ondernemers wellicht als volledig aansprakelijk voor het handelen der vennootschap/rechtspersoon moeten worden aangezien. Andermaal blijkt hier het verschil – grofweg aangeduid – tussen de ‘grote’ en ‘besloten’ vennootschap/rechtspersoon. Immers kan men bij de grote vennootschap wellicht – andermaal ruwweg aangeduid – de aandeelhouders min of meer beschouwen als commanditaire geldschietters. Als gezegd is dit beeld anders bij de ‘besloten’ verhoudingen, waar dit aspect nu juist gepaard gaat met het element, dat de vennootschap een min of meer ‘instrumenteel’ karakter heeft.

Dat in ons recht de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders zo sterk is verbonden met het hebben van rechtspersoonlijkheid is wellicht te verklaren uit het karakter van de Vereenigde Oost-Indische Compagnie, die als vennootschap/rechtspersoon is ontstaan als een vennootschap van commanditaire aandeelhouders. (Handboek, blz. 3 e.v.). Toen in later tijd de aanvankelijk sterk publiek-rechtelijke inslag wegviel is dit element niet aangetast. M.a.w., toen het overeenkomst-karakter zijn intrede deed, c.q. versterkt werd is het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders niet verlaten, noch ook ten aanzien van de nv sterk in discussie geweest. Wel echter speelden de kapitaalbescherming, oprichtersaansprakelijkheid, bestuurdersaansprakelijkheid, al of niet uitoefenen van preventief toezicht op de oprichting, minderheidsbescherming een rol bij de vernieuwingsarbeid in 1879, 1910, 1928. (Handboek, blz. 13 e.v.).

De vernieuwingsarbeid in 1971 richtte zich vooral op de structuur van de ‘grote’ vennootschap, de jaarverslaglegging en de medezeggenschap van werknemers in de grote nv. De bv is – overhaast – ge-

introduceerd als gevolg van invoering van de Eerste Richtlijn der EEG.

25. Duidelijker dan in ons eigen recht is de regeling van de beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders ontstaan als een voorrecht in het Engelse recht (37). Als zodanig heeft het zich ook sterk gehandhaafd in het bijzonder onder invloed van de beroemd geworden beslissing van het House of Lords in de zaak *Salomon v. Salomon* (1895). Salomon had zijn handelszaak ingebracht in een limited company tegen betaling deels in cash, deels in 'debentures'.

Toen de zaken slecht gingen in de Salomon de debentures met het gevolg, dat er geen actief meer was voor de schuldeisers. Een actie van crediteuren had in twee instanties succes, maar het House of Lords billijkte het handelen van Salomon. De company was – aldus de Lords – een separate legal entity en Salomon was noch tegenover de company, noch ook tegenover crediteuren aansprakelijk. Lord Halsbury: 'Either the limited company was a legal entity or it was not. If it was, the business belonged to it and not to Mr. Salomon. If it was not, there was no person and no thing to be an agent at all...'. Of zoals Lord Macnaghten zei: 'The company is at law a different person altogether from the subscribers to its memorandum'.

2.2. Normering van het voorrecht

26. Constateer ik, dat in de artt. 64 en 175 het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders uitdrukkelijk is gepostuleerd in de wettelijke formulering van de nv en bv, dan is de volgende opgave waarvoor wij ons gesteld zien aan te geven, waarop dit voorrecht – positief gesteld – is gebaseerd. M.a.w. zullen wij hebben na te gaan, welk normencomplex bij nadere beschouwing dit voorrecht draagt.

(37) Zie daaromtrent, Gower, *Principles of modern company law*, blz. 22 e.v.; zie de rechtsvergelijkende notities van Barth, *De plaats van de NV in de maatschappelijke orde*, NV 54, blz. 201 e.v.; de beslissing in *Salomon v. Salomon* heeft zowel in het Engelse als in het Amerikaanse recht een sterke invloed gehad en de ontwikkeling van het leerstuk der 'lifting' sterk belemmerd; Vgl. Bauschke, *Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 1975, blz. 32 e.v. en daar geciteerde literatuur.

Daarbij kunnen m.i. de volgende groepen van regels worden onderscheiden (38):

- (i) *de structuur van de vennootschap/onderneming*, waarbij ik vooral doel op de hierboven reeds besproken Forumbankregel, zoals die positief naar zijn ratio dient te worden geïnterpreteerd; (zie nrs. 13, 18, 21) daarbij bleek mogelijk een zekere mate van 'Eingriff' zonder dat zulks leidt tot de mogelijkheid van Durchgriff, d.w.z. verschuiving van toerekening van de rechtspersoon naar de aandeelhouders op grond van verlies van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid;
- (ii) *oprichting*, zijnde regels betreffende de oprichting der nv of bv, inbreng, bijeenbrengen van het kapitaal; in het kader van de oprichting spelen ook een rol de publicatie van de oprichtingsakte, het departementale toezicht en de functie van het OM;
- (iii) *instandhouden der rechtspersoon*; waar het onder (ii) gaat om onder meer de kapitaalbeschermingsregels bij oprichting, wordt hier bedoeld op de kapitaalbescherming *tijdens het bestaan* der vennootschap; ook hier (tijdens het bestaan) speelt het OM een rol;
- (iv) *publicatie van vennootschappelijke gegevens*, i.h.b. van de jaarrekening der vennootschap; waar reeds in het kader van de oprichting, de structuur en het instandhouden een zekere openheid dient te worden betracht, daar speelt met het oog op de belangen van derden vooral de regeling van de publicatie der jaarrekening een bijzondere rol.

27. Regels welke in het kader van *de oprichting* gelden en die m.i. het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid schragen zijn o.m. de volgende:

- de akte van oprichting dient te worden verleden in de notariële vorm, waarop de verklaring van geen bezwaar dient te worden gevraagd (over het Departementale toezicht verder onder nr. 28)
- elk van de oprichters moet deelnemen in het kapitaal en wel tezamen voor ten minste 20% van het kapitaal, waarop ten minste 10% moet worden gestort (artt. 68/69, vgl. echter art. 9 lid 1 Tweede Richtlijn); toonderaandelen kunnen slechts volgestort worden uitgegeven (art. 82 lid 2);
- ontslag uit stortingsplicht is niet mogelijk (art. 80 lid 1); compen-

(38) Vgl. mijn diss., blz. 268 e.v.

satie met vorderingen van de aandeelhouder op de vennootschap evenmin (art. 80 lid 3);

- wordt in natura ingebracht, dan schrijft art. 94 voor, dat zulks op straffe van nietigheid moet worden vermeld in de oprichtingsakte, hetgeen o.m. ook geldt ten aanzien van overeenkomsten strekkende tot het verzekeren aan een oprichter of een bij de oprichting betrokken derde van bepaalde voordelen ten laste van de vennootschap (art. 94 lid 1 sub c) (39);
- in behandeling is het wetsontwerp 13 483 inzake de invoering van een minimumkapitaal van f 25 000 voor nv en bv, welk bedrag eens in de twee jaren zal kunnen worden aangepast op grond van een nader vast te stellen indexcijfer; dit wetsontwerp komt in een iets ander licht te staan nu art. 6 van de op 13 december 1976 vastgestelde 2e Richtlijn de wetgever verplicht voor de nv een minimumkapitaal in te voeren van 25 000 Europese Rekeneenheden;
- de akte van oprichting dient te worden gepubliceerd door nederlegging daarvan ten kantore van het handelsregister (art. 69 lid 1); ingevolge art. 1 jo. 8 Hrgw. moet tevens o.m. worden bekendgemaakt: naam, vestigingsplaats, omschrijving bedrijf, gegevens betreffende bestuurders/commissarissen, maatschappelijke en gestort kapitaal, gegevens betreffende niet-volgestorte aandelen, eventueel de inbrengakte ex art. 94; van de inschrijving wordt mededeling gedaan in de Staatscourant (art. 30a Hrgw).

Bij dit alles speelt het Departementale toezicht een gewichtige rol. Daarover afzonderlijk een enkele opmerking.

28. *Het Departementale toezicht* heeft een enigszins bewogen historie achter de rug. In de wordingsgeschiedenis van ons vennootschapsrecht zijn regelmatig harde noten gekraakt over dit onderwerp. Werd de V.O.C. opgericht bij Octrooi der Staten-Generaal, gold dit ook voor vele 'actiën-compagnieën' in de periode 1602-1720, waren die maatschappijen toen ook hierdoor gekenmerkt, dat zij moesten strekken ten algemene nutte, zo treed in 1720 een beslissende wending in, wanneer dat laatstgenoemde kenmerk vervalt en winstbejag voor aandeelhouders als voldoende motief voor oprichting werd erkend. De actiën-compagnie krijgt dan een zuiver pri-

(39) Vgl. de artt. 9-10 van de 2e Richtlijn, waarover Plate, Niet-volgestorte aandelen, diss. Rotterdam (1974), blz. 53 e.v. en 140; de Tweede Richtlijn is inmiddels gepubliceerd in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* op 31 januari, 1977 Nr. L 26/1 e.v.

vaatrechtelijk karakter. Wetsontwerpen van 1809 volgden groten-deels het Franse W.v.K. met uitzondering van het vereiste van keizerlijke bewilliging. Een ontwerp van 1822 stelde het vereiste van koninklijke goedkeuring. In 1834 werd een KB uitgevaardigd, dat nog verder ging en de Koning zelfs de bevoegdheid gaf doorlopend toezicht te houden op de inwendige gang van zaken en ontbinding van de vennootschap te bewerkstelligen door bij niet-naleving de bewilliging in te trekken, hetgeen een storm van protest ontketende. In afgezwakte vorm kwam het vereiste in de wetgeving van 1838 terecht. Veel kritiek op dit punt bleef volgen. Wetsontwerpen van 1871, 1879, 1910 lieten het beginsel van het preventieve overheids-toezicht los; het keerde weer terug in het Ontwerp-Heemskerk (1925) dat leidde tot de Wet van 2 juli 1928; de verklaring van geen bezwaar verving daarbij de Koninklijke bewilliging (39a). In 1971 zijn de regels inzake preventief toezicht verscherpt.

De wet vermeldt thans de volgende gronden (art. 68):

- (i) er bestaat gelet op de voornemens of de antecedenten van de personen, die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of medebepalen ernstig gevaar, dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers;
- (ii) de akte is in strijd met de goede zeden, openbare orde of wet;
- (iii) niet blijkt, dat de oprichters voor tenminste een vijfde gedeelte in het maatschappelijk kapitaal deelnemen.

Een zwaar, m.i. te zwaar accent komt in de gedachtengang van de wetgever te liggen op het departementaal toezicht. Versterkt is de gedachte, dat een eenmaal rechtsgeldig opgerichte vennootschap in beginsel een niet-doorbreekbare beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders toekomt. Door immers de indruk te wekken, dat potentiële benadeling van schuldeisers in de beoordeling ten departemente – deugdelijk – mee kan worden afgewogen, versterkt men die gedachte. Daar zulks veelal niet eens zal kunnen blijken c.q. vaak moeilijk zal zijn uit te maken of een vorig echec is te wijten aan onzorgvuldig of fraduleus gedrag, dan wel het gevolg is van min of meer externe (buiten de wil van de betrokkenen gelegen) economische factoren, kan men name bij de eerstgenoemde grond (i) bedenkingen hebben.

Met van Schilfgaarde zou ik er daarom meer voor gevoelen de ont-

(39a) Zie omtrent e.e.a. Handboek, blz. 1-20.

binding op vordering van het OM uit te breiden met mogelijke benadeling van crediteuren als grond voor een dergelijke vordering (40).

Waarschuwen wil ik in ieder geval tegen een te sterk fixerende werking van genoemd art. 68 (resp. 179 voor de bv) op het denken over de nv en bv als rechtsinstituut en het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid.

29. Ook waar het betreft *het instandhouden van de rechtspersoon* of – als men wil – tijdens het leven van de nv en bv is het (behoud van) het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid nader geconditioneerd (41).

In het kader van de *kapitaalbescherming* moge ik wijzen op:

- verbod tot ontheffing uit stortingsplicht (art. 80);
- uitgifte toonderaandelen alleen tegen volstorting (art. 82 lid 2);
- oorspronkelijke aandeelhouder(s) blijft (blijven) na overdracht van aandeel hoofdelijk aansprakelijk voor nakoming stortingsplicht (art. 90);
- bezwarende overeenkomsten in de zin van art. 94 kunnen zonder opdracht van de AV na oprichting slechts worden aangegaan indien het bestuur daartoe op grond van uitdrukkelijke statutaire bepaling gerechtigd is (art. 95);
- verbod van inkoop van eigen aandelen (om kapitaalverwatering tegen te gaan) boven het statutair toegelaten bedrag; vgl. artt. 18–22 Tweede Richtlijn;
- beperking van de mogelijkheid tot vermindering van het kapitaal; mogelijkheid verzet van crediteuren op grond o.m. 'dat de goederen der nv, tengevolge van de vermindering van het maatschappelijk kapitaal een onvoldoende waarborg voor de schuldeisers der vennootschap zou opleveren (artt. 99/100 en 30–38 Tweede Richtlijn) (42);
- verbod van winstuitering zolang verlies uit vorige jaren – waardoor het kapitaal is aangetast – niet is aangezuiverd (art. 106 en art. 15 Tweede Richtlijn).

Genoemde regels geven waarborgen tot bijeenhouding van het ge-

(40) Inaug. rede, blz. 13 e.v.; vgl. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap, diss., blz. 57 e.v.

(41) Zie ook mijn diss. blz. 271 e.v.

(42) Vgl. ook artt. 119 en 1113 B.W. (resp. betr. het huwelijksvermogens- en het erfrecht).

plaatste kapitaal, zijnde de kern van het vennootschappelijk vermogen, aangevende immers het bedrag tot hetwelk de vennootschap zich verplicht haar vermogen onder vennootschappelijk verband te houden. Door publikatie werkt het kapitaal als 'klem', dat het vennootschappelijk vermogen bijeen moet houden; ook tegenover derden.

Maar derden hebben niet slechts belang bij het kapitaal als zodanig (verhaalsobject voor hun vordering), doch veeleer bij het werkelijke vermogen en dit wordt vooral bepaald door de werkelijke verhouding tussen kapitaal en schuld, alsmede – zeker naarmate het risico van de crediteur zich over een langere periode uitstrekt – bij de gang van zaken van de vennootschap. Het is daarom, dat de wet voorziet in de verplichting tot *openbaarmaking en controle* (afhankelijk van de grootte) *van de jaarrekening*. De wet geeft daarbij voorts in Titel 6 Boek 2 gedetailleerde voorschriften omtrent de inrichting van de jaarrekening.

Hier valt andermaal in het oog het normatieve verschil tussen vennootschappelijke verhoudingen van institutionele en meer instrumentele aard. Bepaald aanmerkelijke verschillen zijn waar te nemen in de voorschriften omtrent openbaarmaking bij 'grote' vennootschappen en die bij besloten verhoudingen inzonder bij hele kleine en concern-bv's (43). Het betreft dan niet slechts verschillen omtrent datgene wat moet worden openbaar gemaakt, tevens gaat het daarbij omtrent de vraag welke organen der vennootschap daarop een doorslaggevende invloed hebben (vaststelling jaarrekening normaliter bij AV; bij structuurvennootschap – met uitzondering van de gemitigeerde – bij de RvC; benoeming deskudige: idem).

Bestaat – zoals we zagen – geen mogelijkheid van een vordering tot ontbinding zijdens het O.M. op grond van (vrees tot) benadeling van crediteuren, wel moet worden gewezen op de mogelijkheid een enquête uit te lokken, indien het beleid van het bestuur daartoe gereede aanleiding geeft (artt. 344 e.v.).

30. Met deze summiere uiteenzetting omtrent de 'basis' waarop het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid materialiter berust meen ik hier te kunnen volstaan. Aangetoond heb ik daarmee – naar ik hoop – dat het veeleer dit geschetste geheel van regels is, dat de grondslag biedt waarop het voorrecht kan worden verleend, dan

(43) Voor een overzicht van die verschillen moge ik verwijzen naar IJsselmuiden, Rechtspersonen, Titel 6, Inleiding, Aant. 4.3.

dat beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders zou berusten op het feit, dat nv en bv rechtspersoon zijn. Ten overvloede wijs ik nog maar eens op de openbare vennootschap/rechtspersoon van Boek 7B.W. waar een dergelijk verband evenmin aanwezig is.

Laten wij thans tegen de geschetste opmerkingen van meer algemene aard trachten na te gaan, welke verschuivingen in het toerekeningspatroon in nv- en bv-verhoudingen zich kunnen voordoen.

HOOFDSTUK 3. RECHTSTREEKSE TOEREKENING AAN AANDEELHOUDERS 'OM DE RECHTSPERSOON HEEN'

3.1. Terminologie

31. Hierboven zijn naar mijn mening twee belangrijke vragencomplexen behandeld, welke voor de verdere beschouwingen duidelijk van belang zijn. Eerstens is onderzocht de interne structuur van de rechtspersoon en de mate van rechtens aanvaardbare beïnvloedingsmogelijkheden. Vervolgens is onderzocht de aard van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.

Is nu de opzet van dit preadvies zo gekozen, dat daaronder zoveel mogelijk verschijnselen in kaart worden gebracht, welke het patroon vertonen van een meervoudige toerekening c.q. van een verschuiving in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen, dan wil ik daarbij – in navolging van Uniken Venema (44) – het onderscheid hanteren tussen toerekening 'om de rechtspersoon heen' en 'door de rechtspersoon heen'. Onder die laatste categorie zou ik dan willen behandelen: 1. gevallen van toerekening op grond van concern-rechtelijke regels en 2. gevallen, waarbij op grond van misbruik of oneigenlijk gebruik van de rechtspersoon het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid wordt opgeheven, c.q. het beginsel van scheiding tussen deelgenoten (en/of organieke functionarissen) wordt opgeheven.

Bij gevallen van toerekening 'om de rechtspersoon heen' denk ik dan aan toerekening hetzij op grond van een eigen verbintenis van de aandeelhouder(s) berustend op contract (incl. gevallen van toerekenbare schijn) of onrechtmatige daad, dan wel op grond van handtering van bepaalde normen op een zodanige wijze, dat niet slechts

(44) *NV* 48, blz. 96.

voor de rechtspersoon doch ook voor de aandeelhouder(s) verplichtingen ontstaan. Dit laatste op grond van een norm, welke uitdrukkelijk of naar haar aard rechtsgevolgen voor aandeelhouders kan doen ontstaan (bijv. ingeval van onverschuldigde betaling of ongegronde verrijking) (45).

32. Kijken wij nu eerst verder naar de *toerekeningsfiguren* 'om de rechtspersoon heen', dan wil ik er meteen op wijzen, dat die aldus gekozen terminologie *niet* betekent, dat men geen acht zou behoren te slaan op de interne structuur van de rechtspersoon en de normering van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid. Een abstractie daarvan is doorgaans mogelijk in het geval de aandeelhouder (moedermaatschappij) zich uitdrukkelijk bij overeenkomst verbindt tegenover derden naast de rechtspersoon (bijv. garantie-, borgtocht- of schuldovernemingsovereenkomst), al zal men ook hier reeds situaties kunnen aantreffen, welke een nadere analyse van de 'interne verhoudingen' noodzakelijk maakt (men denke aan de rechtens relevante motieven tot zodanige overeenkomsten; dwalingsvragen; etc.).

Zeker echter wanneer men denkt aan vragen van toerekenbare schijn zo wordt duidelijk, dat ter beantwoording van de daarbij rijzende rechtsvragen niet geheel en al aan die interne verhoudingen kan worden voorbijgegaan. Zie dienaangaande H.R. 11 juni 1976, *N. J.* 1976. 488, waarbij onder meer aan de orde kwam de vraag of er tussen een moeder- en dochtermaatschappij sprake was van (bedekte) vertegenwoordiging (46). De interne verhouding kan in dit soort vragen een bijkomende rol spelen in die zin, dat daaruit onder omstandigheden bewijsvermoedens kunnen worden geassumeerd. Niet echter zal men zo ver mogen gaan uit het enkele bestaan van een concernverhouding c.q. van een besloten verhouding – als boven geschetst – af te leiden, dat er steeds sprake is van een zo nauwe band, dat daarop bijv. een voortdurende opdracht, vertegenwoordiging, etc. kan worden gebaseerd (47).

(45) Vgl. Uniken Venema, t.a.p.

(46) Bijzonder interessant is de conclusie van de A. G. ten Kate, die opmerkt, dat, aangenomen, dat de moeder de dochter aanwijzingen en opdrachten met betrekking tot de bedrijfsvoering gaf, dit op zichzelf volstrekt niet (behoeft) in te houden, dat derden die met (de dochter) handelden over (de dochter) heen zich tot betaling van hun op (de dochter) ontstane vorderingen rechtstreeks tot (de moeder) zouden mogen wenden.

(47) Vgl. mijn diss. blz. 278 e.v.; zie verder nrs. 35 e.v.

3.2. Contractuele verhoudingen

33. Dat aandeelhouders aansprakelijk zijn tegenover derden, welke handelen met de vennootschap is het minst opzienbarend in die gevallen, waar er sprake is van een uitdrukkelijke daartoe strekkende overeenkomst tussen de aandeelhouder(s) en de betreffende derden. *Het zij mij daarbij in het verdere verloop van mijn beschouwingen toegestaan te spreken over moeder (M) en dochter (D) en crediteuren van de dochter daarbij aan te duiden met de afkorting Dc.* Tenzij anders aangeduid vat ik onder deze begripsbepaling ook de verhouding tussen de natuurlijke persoon(-nen) of rechtspersoon (-nen) en de nv en bv, welke niet in enge zin als een concernverhouding zijn te kwalificeren.

Uitdrukkelijk aangegane verplichtingen voor M ten opzichte van Dc doen zich onder meer in de volgende gevallen:

- (i) contractuele mededingingsregelingen tussen M en Dc, waarbij uit de overeenkomst is af te leiden, dat bepaalde gedragingen van D voor Dc een aanspraak geven tegen M;
- (ii) M is medecontractant bij een overeenkomst tussen D en Dc; men denke aan licentie- en verzekeringscontracten ten behoeve van het gehele concern;
- (iii) M stelt garanties voor een voor Dc aan D te verstrekken geldlening of krediet;
- (iv) M garandeert aan Dc de nakoming door D van bepaalde door D aangegane verplichtingen tot levering van goederen of diensten, hetzij door schadevergoeding bij niet-nakoming, hetzij door de betreffende verplichtingen zelf na te zullen komen (specific performance);
- (v) M stelt zich – in enge zin – tot borg voor de schulden van D tegenover Dc; zulks kan geschieden hetzij tegenover een bepaalde Dc, hetzij tegenover alle crediteuren van de dochter (uit contract), zoals bij toepassing van art. 343 Boek 2 B.W., volgens welke bij niet-publicatie door D door M een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling dient te worden gedeponeerd bij het Handelsregister;
- (vi) waar bovenstaande figuren een aansprakelijkheid met het gehele vermogen van M bewerkstelligen is evenzeer mogelijk, dat M met een of meer bepaalde vermogensbestanddelen 'haftet', zoals bij derdenhypotheek of -pand;
- (vii) M neemt de schulden over van D; ook dit kan geschieden ten opzichte van bepaalde dan wel alle schuldeisers (zie omtrent

de vraag die kan rijzen of metterdaad alle of slechts bepaalde schulden zijn overgenomen: H.R. 11 juni 1976, *N.J.* 1976. 488);

- (viii) M geeft opdracht aan D haar te vertegenwoordigen en wordt door D gebonden; zulks uitdrukkelijk 'op naam van M', dan wel 'ten behoeve van M'.

34. *De reden van een uitdrukkelijke op overeenkomst berustende medegebondenheid van M* is veelal gelegen in de wens van Dc om aanvullende zekerheid te verwerven voor de voldoening door D van de door deze tegenover Dc aangegane verplichtingen. In concernverhoudingen kan die aanvullende zekerheid er op gericht zijn, dat Dc zich er zeker van stelt, dat aan hem bepaalde goederen worden geleverd (op het afgesproken tijdstip) casu quo bepaalde diensten te zijnen behoeve worden verricht, zodat niet-nakoming door D – om welke reden dan ook – meteen een aanspraak opent tegen M. Bestaat onvoldoende inzicht in de financiële situatie van de vennootschap dan zal Dc – zowel in concern- als in besloten verhoudingen – vaak aanvullende financiële zekerheid verlangen.

In dit verband kan worden gewezen op de rechtsfiguur van art. 343 Boek 2 B.W., waarin de mogelijkheid van vrijstelling van publicatieplicht voor concernvennootschappen (casu quo afwijkingen op de regels inzake de samenstelling van de jaarrekening volgens Titel 6 Boek 2) wordt gekoppeld aan de verplichting voor de moedervennootschap (c.q. de vennootschap in wier jaarrekening de cijfers van de dochter worden geconsolideerd) zich aansprakelijk te stellen voor de schulden van die dochter. Hoewel men deze figuur wellicht zou kunnen behandelen onder de hier aan de orde zijnde contractuele verhoudingen, lijkt mij een behandeling daarvan bij de gevallen van toerekening 'binnen door' meer op zijn plaats gezien de structurele samenhang met het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid en in het bijzonder ook met de publicatieplicht. Duidelijk is ook de samenhang met de structurele verhouding tussen de vennootschapsorganen AV en bestuur. Zie verder nr. 55.

3.3. Vertegenwoordigingsverhoudingen

35. Terugkomend op de onder nr. 33 genoemde voorbeelden, moet worden gesteld, dat steeds ook rekening moet worden gehouden met

gevallen van *toerekenbare schijn*, welke kan leiden tot een rechtstreekse aansprakelijkheid van aandeelhouder(s) in de vennootschap. Dit prae-advies is niet de plaats stelling te nemen in de recente theorieënstrijd terzake van het wilsbeginsel in het privaatrecht (48). Daarvan zal ik mij dan ook onthouden. Wel echter merk ik op, dat niet uit het enkele bestaan van een concern- of besloten verhouding steeds en per definitie een toerekenbare schijn van medegebondenheid van M voor door D aangegane verplichtingen mag worden afgeleid. Verdermerk ik op, dat het niet wel mogelijk is een strak onderscheid te maken tussen toerekening op grond van overeenkomst, de wet of per analogie naar de wet. Veeleer vertonen deze een vloeiende lijn (49).

Men ziet dat m.i. duidelijk geadstrueerd indien men zich in de onderwerpelijke verhoudingen gaat afvragen waarop een toerekening dient te worden gebaseerd. Steeds – zo heb ik betoogd – zal men de interne verhouding binnen de rechtspersoon en in het bijzonder de verhouding tussen AV en bestuur in ogenschouw dienen te nemen om tot gerechtvaardigde oplossingen te geraken. Zo zal men derhalve indien men raakt aan de vraag of van een *vertegenwoordigingsverhouding tussen aandeelhouders (M) en de vennootschap (D)* sprake is veelal niet langs die interne verhouding heen kunnen. Geen bijzondere problemen ontmoet men indien D krachtens een uitdrukkelijke lastgevingsovereenkomst M kan vertegenwoordigen en zulks ook uitdrukkelijk doet door bij het aangaan van de overeenkomst te handelen op naam van M. M is dan contractspartij.

Nu meen ik – met Schoordijk en van Schilfgaarde (50) – dat voor het aannemen van een binding van M niet noodzakelijk het vereiste behoeft te worden gesteld, dat D ook uitdrukkelijk bij het aangaan der overeenkomst met Dc heeft laten blijken, dat D bedoelde M te binden en aldus in eigenlijke zin op naam van M handelde. Neemt men dan aan, dat volmacht dient te worden opgevat als een in dit geval door M verleende bevoegdheid om door rechtshandelingen rechtstreeks rechtsgevolgen voor M in het leven te roepen (en niet als de bevoegdheid om in naam van M te handelen), dan moet – voor wat

(48) Terzake moge ik onder meer verwijzen naar: van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden 1971; van Schilfgaarde, diss. Leiden 1969.

(49) Vgl. Schoordijk, *WPNR* 5093-5. (Indirecte verrijking); zie ook zijn 'Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding, variaties op het thema overeenkomst' in de Pieters-bundel, blz. 231 e.v.

(50) Schoordijk, In. rede blz. 27 en *WPNR* 5093/5; van Schilfgaarde, diss. blz. 82 e.v.

ons onderwerp betreft – de vraag worden gesteld of in een M-D-relatie in burgerrechtelijke zin sprake is van een dergelijke bevoegdheid. Sprekende over het ontbreken van verschil tussen enerzijds het geval dat ik een ander opdracht geef op mijn naam rechtshandelingen te verrichten en hij op eigen naam doch te mijnen behoefte handelt en anderzijds het geval, dat ik een persoon opdracht geef om op eigen naam een rechtshandeling te verrichten, zegt Schoordijk: 'Een recht dat doorzichtig wil zijn voorkomt deze vraagstellingen en houdt de opdrachtgever gehouden tot het nakomen van de door de tussenpersoon aangegane verbintenissen, tenzij de derde en de op eigen naam handelende persoon het terugvallen op de opdrachtgever uitgesloten hebben *of de aard van de overeenkomst en/of de omstandigheden waaronder het contract gesloten is, een dergelijk terugvallen in de weg staan*' (51). Het is in het gecursiveerde zinsdeel naar mijn mening, dat de oplossing van de vraag of er sprake is van een bevoegdheid van D om M te binden moet worden gezocht.

Immers brengt de aard van de rechtsverhouding tussen M en D nu juist met zich mee, dat voorzover men al zou willen aannemen, dat de rechtens door mij aanvaarde mogelijkheid tot (een zekere) beïnvloeding van het beleid door M in D zou dienen te worden gequalificeerd als 'opdracht', dat dan toch die opdracht moet worden gezien als een opdracht tot het verrichten van rechtshandelingen *voor eigen rekening van D*. Om deze reden kan hier niet worden geconcludeerd tot een gebondenheid van M (52). Daarmede blijf ik binnen de formulering van Schoordijk: de omstandigheid, dat M als aandeelhoudster in D het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid geniet en bovendien het vennootschappelijk belang van D niet samenvalt met dat van M, verhindert een terugvallen op M.

Mijn conclusie is derhalve, dat uit de M-D-verhouding niet een permanente middellijke (bedekte) vertegenwoordigingspositie kan worden afgeleid in de zin dat de door M uitgeoefende algemene concernleiding een algemene 'opdracht' zou inhouden om de onderneming van D op diens eigen naam, doch de facto voor M te drijven. (53)

(51) De toerekeningselementen van de middellijke vertegenwoordiging, In. rede Tilburg 1964, blz. 27; zie ook *W.P.N.R.* 5093-5, in het bijzonder 5094, blz. 391 r.k.; vgl. Uniken Venema, *Themis* 1965, blz. 430; van Schilfgaarde, diss. blz. 114.

(52) Van Schilfgaarde, diss. blz. 114.

(53) Zie ook mijn diss. blz. 278, waar ik heb gewezen op de in het Duitse Aktienrecht voorkomende figuren van het (Teil-)Gewinnabführungsvertrag, Betriebspacht- en Betriebsüberlassungsvertrag, evenals het Beherrschungsvertrag (Par. 291 AktG e.v.) en de daarbij voorkomende waarborgen voor crediteuren en min-

36. Het gestelde sluit niet geheel en al uit, dat op grond van bedekte vertegenwoordiging het resultaat van een gebondenheid van M tegenover derden (Dc) kan worden bereikt. Hier ging het er mij echter vooral om uiteen te zetten, dat een dergelijke gehoudenheid nimmer uit het enkele bestaan van de M-D-verhouding kan worden afgeleid. Onverlet blijft de mogelijkheid, dat M wel degelijk 'opdracht' heeft gegeven c.q. dat uit de omstandigheden kan/moet worden afgeleid, dat D handelde krachtens 'volmacht' (in de ruime door van Schilf-gaarde bedoelde zin). Als gezegd, zal zulks naar mijn mening dan ook duidelijk uit het geheel van omstandigheden moeten blijken. Ik wijs er daarbij op, dat wij dan geraken in de sfeer van een toerekening aan M 'binnendoor'. Om die reden zal ik op deze figuur hieronder nader terugkomen. Wat wij dan zien is, deze figuur wordt gebruikt als een juridische ondersteuning voor de toerekening binnendoor. Deze gedachtengang sluit aan bij de analyse van Bauschke van het Engelse recht inzake 'lifting' (54), die tot de conclusie komt, dat toepassing van agency-rules niet in eigenlijke zin plaats vindt in de door hem besproken beslissingen, daar de rechter in werkelijkheid het begrip 'agency' slechts als metafoor gebruikt en tot 'lifting' besluit, omdat uit de omstandigheden blijkt, dat een zodanige 'Beherrschung und Kontrolle' (en bovendien 'misbruik') aanwezig was, dat dientengevolge de rechtspersoon en haar aandeelhouder(s) worden geïdentificeerd, hetgeen dan – in mijn terminologie – het verval van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid met zich brengt (55).

derheidsaandeelhouders; zie voorts Franken, *Aspecten van concernrecht*, blz. 318 e.v.; voorts de AG ten Kate bij H.R. 11 juni 1976, *N.J.* 1976.488, waar deze stelt, dat uit de aangevoerde omstandigheden (bestaan van M-D-relatie) niet blijkt dat de dochter de moeder mocht vertegenwoordigen.

(54) *Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht*, diss. Heidelberg 1974, blz. 79 e.v.; zie ook Gower, *The principles of modern company law*, 1969, blz. 202 e.v.

(55) E.e.a. blijkt uit de 'tests' gesteld door Atkinson M.R. in *Smith, Stone & Knight v. Birmingham Corp.* (1939) 4 All E.R. 116: 1. Were the profits treated as those of the parent company? 2. Were the persons conducting the business appointed by the parent company? 3. Was the parent company the head and brain of the trading venture? 4. Did the parent company govern the adventure and decide what should be done and what capital should be embarked on it? 5. Were the profits made by its skill and direction? 6. Was the parent company in effectual and constant control?; Dit levert een toepassing op van het agency-begrip – aldus Lord Greene M.R. in *English Sewing Cotton Co v. IRC* (1947) 1 All E.R. 682 – 'which neither is the ordinary meaning of the word nor one which the context permits'.

Waar men ook in het recht der Verenigde Staten somtijds het begrip 'agency' tegenkomt als element in gevallen van 'piercing' zo kan – naar mijn mening – ook te dien aanzien worden gesteld, dat het gebruik van dit rechtsinstituut ook daar veelal als metafoor moet worden beschouwd. Zo komt Burkard (56) in zijn studie 'Neuere Probleme des Haftungsdurchgriffs bei juristischen Personen im Recht der Vereinigten Staaten' tot de conclusie, dat de lifting in het recht van de staat California als regel wordt gebaseerd op 1. 'control', 2. ungerechten Folgen en 3. mala fides. Voor verdere beschouwingen omtrent het leerstuk van 'piercing the corporate veil' in het 'Amerikaanse' recht, moge ik verwijzen naar mijn dissertatie. Zie blzz. 235–242.

Conclusie moet daarom naar mijn mening zijn, dat het leerstuk van de vertegenwoordiging, daaronder begrepen dat van de middellijke en bedekte vertegenwoordiging, slechts in betrekkelijke zin ruimte biedt voor het oplossen van vragen, waarvoor wij ons in dit preadvies gesteld zien. Centraal dient te blijven staan de vraag naar de grenzen van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.

Komt men echter onder omstandigheden tot toerekening ten laste van aandeelhouders op grond van (bedekte/middellijke/open) vertegenwoordiging, dan geschiedt zulks 'om de rechtspersoon heen', d.w.z. het daardoor het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid als zodanig niet wordt aangetast. Anders wordt dit slechts indien men blijft spreken van vertegenwoordiging in die gevallen, die juist ter zijn te kwalificeren als toerekening 'binnen door'.

3.4. *Zaakwaarneming*

37. Vervolgens zou ik willen stilstaan bij de *zaakwaarneming* als mogelijke titel tot toerekening van aandeelhouders. De vraag die men zich dan mocht stellen is deze of D geacht kan worden (onder omstandigheden) op te treden als zaakwaarnemer van M en deze daardoor te binden.

Zaakwaarneming is – zo zegt art. 6.4.1.1. Ontwerp N.B.W. – 'het zich opzettelijk en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleenen'. Het woord 'opzettelijk' brengt tot uitdrukking, dat men wil-

(56) Diss. Heidelberg 1969.

lens en wetens als gestor handelt(de); de woorden 'op redelijke grond', dat er een zekere noodzaak moet zijn voor degene, die zich met de behartiging van eens anders belang inlaat, meestal blijkende uit de onmogelijkheid voor de dominus zijn eigen belangen waar te nemen en de uit die onmogelijkheid dreigende schade (57). Van beslissende betekenis voor onze vraagstelling zijn echter de woorden: 'zonder etc.'.

Laat D zich in 'met de behartiging van eens anders belang'?

Gezien mijn uiteenzettingen in het eerste hoofdstuk antwoord ik: ja en nee. Nee, in zoverre het belang van D niet samenvalt met dat van M; ja, in zoverre ik heb gesteld, dat het vennootschappelijk belang van D moet worden gezien als de resultante van afweging van alle bij D betrokken belangen, waarbij die van M een preponderante plaats innemen. Maar voor wat dit laatste betreft moet worden opgemerkt, dat D daarmee wezenlijk haar 'eigen' belang behartigt. Op die wijze beschouwd rust op de wettelijke bestuurders van D derhalve de rechtsplicht op de geschetste wijze de belangen van M in het oog te houden; overigens op dezelfde wijze als dit met de overige betrokken belangen rekening behoort te houden.

Van een goed bestuurder van een D mag m.i. verwacht worden, dat deze M er van op de hoogte zal stellen, indien hij meent, dat de belangen van M op een bepaalde wijze in gevaar kunnen komen. Alsdan zal M of zelf actie nemen, dan wel aanwijzingen kunnen geven aan (het bestuur van) D teneinde haar belangen te behartigen. Daarmede treden wij dan buiten de sfeer van de zaakwaarneming en komen terecht in de sfeer van de (al of niet bedekte) vertegenwoordiging. Wordt alsdan de bevoegdheid door M aan D verleend overschreden, dan kan wellicht onder omstandigheden een beroep op zaakwaarneming zin/succes hebben. D zal dan ingevolge art. 1390 lid 3 alle verplichtingen hebben na te komen, welke D zou hebben gehad, als ware zij uitdrukkelijk lasthebster. De gestus (M) is gehouden de verbintenissen door D als gestor aangegaan (58) na te komen en de kosten te vergoeden welke door de gestor nuttig of noodzakelijk zijn gemaakt. Daar dit een actie van de vennootschap (D) is zal deze slechts in het faillissement van D een rol spelen.

(57) Vgl. Asser-Rutten, 4. III, blz. 7 e.v.; van Schilfgaarde, diss. blz. 129 e.v.

(58) Waarbij het er niet toe doet of zulks al of niet op naam van M is geschied (anders dan de letterlijke tekst van art. 1393 doet vermoeden): zie van Schilfgaarde, diss. blz. 131; vgl. Rb. Utrecht 7 maart 1943 *N.J.* 1935, 1428 zie daarnaast H.R. 28 jan. 1926 *N.J.* 1926, 581; vgl. voorts Schoordijk, *W.P.N.R.* 5095.

38. Ook in de omgekeerde verhouding kan de zaakwaarneming onder omstandigheden een rol spelen. Immers kan ook M tegen D afspraken hebben, welke onder omstandigheden zouden kunnen worden gebaseerd op zaakwaarneming. In dat geval zou er sprake zijn van een toerekening aan en ten gunste van aandeelhouder(s). Zo kan men bijvoorbeeld denken aan uitgaven terzake van research, ontwikkeling, marktonderzoek, algemene stafdiensten, etc. Normaliter echter worden betreffende deze kosten afspraken gemaakt tussen M en D omtrent de toerekening aan D van een evenredig deel dezer kosten. Waar zulke afspraken bestaan, is M *bevoegd* tot de behartiging van de belangen van D en is derhalve van zaakwaarneming geen sprake. Buiten die gevallen zullen door M (mede) ten behoeve van D gemaakte kosten veelal worden omgeslagen in concernverrekenprijzen (59).

3.5. *Onverschuldigde betaling*

39. Hebben wij stilgestaan bij vertegenwoordiging en zaakwaarneming, thans zou ik aandacht willen schenken aan de *onverschuldigde betaling*. Volgens art. 6.4.2.1. GO Boek 6 is degene, die een ander zonder rechtsgrond een goed of een som gelds heeft gegeven gerechtigd dit van de ontvanger terug te vorderen. Art. 1395 lid 1 zegt het cryptischer: 'Iedere betaling doet eene schuld vooronderstellen; hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden'. De actie uit onverschuldigde betaling is te onderscheiden van die uit ongegronde verrijking (zie hieronder) doordat anders dan bij deze laatste (althans in het systeem van het GO Boek 6) (60) de vraag of de betalende resp. de ontvangende persoon verrijkt/verarmd is in beginsel niet van belang is (61).

Bezien wij eerst het geval dat een *condictio indebiti* leidt tot toerekening *ten laste* van aandeelhouder(s).

Denkbaar zijn o.m. de volgende *casusposities* (62):

- (1) D heeft onverschuldigd betaald aan D als bevoegd vertegenwoordiger van M, waarbij D in naam van M heeft ontvangen;

(59) Wij komen daarmee in de sfeer van de consolidatie- en publicatievoorschriften, waarover hierboven nr. 29 en hieronder nrs. 54, 55.

(60) Zie blz. 185 Toelichting Gewijzigd Ontwerp.

(61) Anders: H.R. 8 maart 1957 *N.J.* 1957, 525.

(62) Zie Toel. 90, blz. 188 e.v.

in dit geval zal Dc de actie tegen M kunnen instellen, daar de gevolgen van het verrichten van de prestatie immers M betreffen.

- (ii) Dc heeft onverschuldigd betaald aan D als onbevoegd vertegenwoordiger van M, waarbij D in naam van M heeft ontvangen; de actie dient te worden ingesteld tegen D als onbevoegd vertegenwoordiger (vgl. art. 1843 resp. art. 3.3.9 Ontwerp N.B.W.); bekrachtigt M of is deze door de betaling gebaat dan vervalt het vorderingsrecht van Dc (vgl. art. 6.1.6.1. GO) in het geval de betaling aan D uitsluitend onverschuldigd was omdat D niet tot de ontvangst bevoegd was (63);
- (iii) D betaalt als bevoegd vertegenwoordiger van X onverschuldigd aan M; in dit geval zal X kunnen ageren tegen M, daar X degene is wie de gevolgen van het verrichten der prestatie betreffen; betaalde D onverschuldigd aan M als onbevoegd vertegenwoordiger van X, zo komt de *condictio indebiti* toe aan D.

Opgemerkt zij, dat de vordering uit onverschuldigde betaling betrekking kan hebben zowel op de teruggave van goederen/gelden als op de verrichting van andere prestaties. Tevens zij opgemerkt, dat bij faillissement van D de vraag van belang is of het vorderingsrecht van de derde het vermogen van D al of niet passeert (64). Met het bovenstaande zijn slechts mogelijke oplossingen aangegeven voor de onderwerpelijke vragen. Andermaal merk ik op, dat de vraag of er sprake is van (bevoegde/onbevoegde/bedekte) vertegenwoordiging afzonderlijk dient te worden beantwoord. Uit de enkele concernverhouding kunnen geen decisieve gevolgtrekkingen worden gemaakt.

40. Bekijkken wij ook het leerstuk van *de onverschuldigde betaling* weer in de omgekeerde richting, d.w.z. van M naar D toe, dan kan worden gedacht aan de volgende casusposities:

- (i) D betaalt als bevoegd vertegenwoordiger van M onverschuldigd aan Dd (*de afkorting voor de debiteur van de dochter*); aan M komt het vorderingsrecht tegen Dd toe;
- (ii) D betaalt als onbevoegd vertegenwoordiger van M onverschuldigd aan Dd; het vorderingsrecht komt toe aan D (al zal

(63) Bestond ook in ander opzicht geen rechtsgrond tot de betaling zo kan M aansproken worden uit onverschuldigde betaling; vgl. H.R. 29 juni 1956, *N.J.* 1956, 450 (met een beroep op art. 1421 lid 2 B.W.); vgl. verder Toel. GO Boek 6, blz. 190; zie ook mijn diss. blz. 279.

(64) Zie daaromtrent Schoordijk, Inaug. rede, blz. 24 e.v.

M een vordering uit ongegronde verrijking hebben tegen Dd in het geval de prestatie bestond in levering van aan M toebehorende goederen, die niet meer gerevindiceerd kunnen worden ingevolge de bescherming welke aan Dd ex art. 2014 lid 1 B.W. toekomt);

- (iii) treedt D op als bevoegd vertegenwoordiger van X en wordt aan D door M onverschuldigd betaald dan heeft M een vorderingsrecht tegen X; trad D onbevoegd op naam van X op, dan kan M ageren tegen D.

Hier betreft het derhalve gevallen waar buitenom een toerekening aan aandeelhouder(s) plaatsvindt, welke werkt te hunnen gunste.

3.6. Ongegronde verrijking

41. Vervolgens kom ik toe aan de *ongegegronde verrijking*, waarbij wij eerst weer het geval bekijken, dat een toerekening ten laste van aandeelhouders plaatsvindt.

De uitdrukking 'uit de wet' in art. 1269 B.W. verhindert – aldus de Hoge Raad in het arrest Quint-te Poel (65) – niet, dat in niet uitdrukkelijk door de wet geregelde gevallen 'de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wet in de wet geregelde gevallen'. Ziet men naar het GO Boek 6 dan vindt men daar in art. 6.4.3.1. 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voorzover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking'.

In M-D-verhoudingen is het dunkt mij goed te onderkennen, dat voor een actie uit ongegronde verrijking slechts in beperkte mate ruimte is, daar men immers te maken heeft met drie gescheiden vermogens (althans wanneer men derden in de verhouding betreft) t.w. het vermogen van M, dat van D en dat van de derde X. Aan deze casusposities, waar geen rechtstreeks contact bestaat tussen de verrijkte M en de derde X, heeft Schoordijk (*W.P.N.R.* 5093/5) belang-

(65) H.R. 30 januari 1959, *N.J.* 1959, 548 m.n. Veegens; vgl. verder o.m. Schoordijk, De verbintenis uit de wet; annotatie Beekhuis in *A.A.* VIII, blz. 171 e.v.; Biegan-Hartogh, Ongegronde verrijking, diss. Leiden 1971, blz. 68 e.v.; G. Hamaker, Onverschuldigde betaling, diss. GU 1971, blz. 31 e.v.; van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden 1971, blz. 274 e.v.; Asser-Rutten, 4. III, blz. 30 e.v.; Schoordijk, De betekenis van het Ontwerp B.W. voor de rechtsvinding, Fitlobundel, blz. 43 e.v.; *W.P.N.R.* 5093/5094.

wekkende beschouwingen gewijd onder de titel 'Indirecte verrijking'. Terecht m.i. wijst Schoordijk er in dit verband op, dat veel van de vragen, die zich primair als verrijkingsvragen aandienen, bij nadere beschouwing zijn te kwalificeren als vragen van vertegenwoordigingsrecht. Neemt men – onder omstandigheden – aan, dat D kan optreden als bedekt vertegenwoordiger (al of niet bevoegd handelend) en daardoor M gebaat wordt, dan ben ik geneigd Schoordijk in zijn opvatting te volgen, dat als dan aan de derde X een rechtstreekse actie tegen M tot op het door deze genoten voordeel mogelijk moet zijn. Daarbij echter zal zijn uitdrukkelijke waarschuwing in acht dienen te worden genomen, dat men steeds het rechtssysteem nauwkeurig zal dienen af te tasten, waarmede immers de verrijkingssactie nimmer in strijd mag komen.

Denken wij meer in concreto dan kunnen o.m. de volgende casusposities worden genoemd:

- (i) M wordt door natrekking eigenaresse van goederen van X welke door D worden verwerkt in/aan een door D van M in gebruik verkregen onroerend goed; neemt men aan dat D onder omstandigheden terzake de bevoegdheid bezat M te vertegenwoordigen dan kan X naast D ook M aanspreken; waar zulks niet het geval is zou bij niet-voldoening door D van de bedongen contraprestatie aan X aan deze laatste een actie kunnen worden toegestaan tegen M tot de verrijking (66);
- (ii) M wordt door vermenging eigenaresse van aan X toebehorende goederen (verwerking van halfproducten door M);
- (iii) M verwerft onder de voorwaarden van art. 2014 lid 1 (67) een roerende zaak van D, die toebehoort aan X; als ik zeg onder de voorwaarden van 2014 dan valt daaronder de goede trouw; interessante vraag is daarbij of niet de wetenschap van onbevoegdheid tot vervreemding in de relatie D-X aan M dient te worden toegerekend; onder omstandigheden zal men daar zeker toe kunnen besluiten, terwijl overigens kan worden opgemerkt, dat bij assumptie van een vertegenwoordigingsverhou-

(66) Juist lijken mij de correcties van art. 6.4.3.1. lid 2 en 3, bepalande dat de vermindering van de verrijking de verrijkte niet wordt toegerekend, voorzover de vermindering het gevolg is van omstandigheden, welke de verrijkte niet kunnen worden toegerekend; ook een vermindering in de periode, waarin de verrijkte redelijkerwijs met een vergoedingsplicht geen rekening behoefde te houden, wordt buiten beschouwing gelaten bij de vaststelling van de schadeplicht.

(67) Zie Asser-Beekhuis I, Zakenrecht, blz. 259 e.v.

ding reeds op die grond de kwade trouw c.q. wetenschap van D aan M moet worden toegerekend (68).

Men kan deze voorbeelden met andere uitbreiden. In plaats daarvan zou ik echter thans stil willen staan bij de vraag of ook in het algemeen kan worden gesproken van een verrijgingsconstellatie in het geval M aan D zonder redelijke vergoeding vermogen zou onttrekken bijv. door middel van berekening van te hoge concernverrekeningen.

Laat ik daarbij voorop stellen, dat het niet zelden zeer moeilijk zal zijn vast te stellen of er inderdaad sprake is van een niet gerechtvaardigde prijsstelling, m.a.w. van een *ongegronde* verrijking, daar bijv. reeds rekening is gehouden met een aantal algemene overheadkosten, welke deels in de prijs voor geleverde produkten of diensten worden doorberekend. Zo al blijkt van een niet-gerechtvaardigde prijs (als men ook deze factoren in de beschouwingen heeft betrokken) dan zal vooreerst moeten worden geconstateerd, dat het hier dan betreft de verhouding tussen M en D, waarbij denkbaar is dat D als zodanig een actie uit onverschuldigde betaling toekomt. In het commerciële verkeer tussen M en D zal een en ander kunnen worden rechtgetrokken door eenvoudige verrekening in rekening-courant. Strekt een en ander tot verkorting van de verhaalsmogelijkheden van derden zo krijgt het onderwerpelijke gedrag een paulianeus karakter en zal onder omstandigheden een beroep op art. 1377 c.q. art. 42 Faillissementswet kunnen openstaan (68a). Zie daaromtrent verder hieronder. Hier zij reeds opgemerkt, dat men daarmee in de vraag naar de grenzen van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid geraakt.

42. Keren wij ook ten aanzien van de ongegronde verrijking onze blik weer in de andere richting, dan kan worden opgemerkt, dat uiteraard ook denkbaar is, dat M een aanspraak uit ongegronde verrijking kan verwerven tegen hetzij D zelf (al zal er dan veelal sprake zijn van een onverschuldigde betaling) hetzij tegen X met wie D heeft gehandeld. Teneinde het betoog te bekorten volsta ik met slechts een enkel voorbeeld.

(1) M treedt op als bevoegd vertegenwoordiger van D en betaalt namens deze onverschuldigd aan X; zou zich het (wat theore-

(68) Zie Asser-Beekhuis, a. w., blz. 262 e.v.

(68a) Vgl. Franken, Aspecten van concernrecht, blz. 306 e.v.; mijn diss. blz. 283 e.v.

tische) geval voordoen, dat D niet verplicht zou zijn het door M voorgeschoten bedrag te voldoen, dan zou M slechts uit ongegronde verrijking kunnen ageren tegen X.

(ii) D treedt op als onbevoegd vertegenwoordiger van M en betaalt onverschuldigd aan X door levering van een aan M toebehorend goed, dat niet kan worden gerevindiceerd; D heeft de prestatie verricht en kan derhalve ageren uit onverschuldigde betaling; M echter kan in dit geval ageren uit ongegronde verrijking tegen X.

(iii) D heeft een pand gehuurd van X en verwerkt daaraan goederen welke M toebehoren, op zodanige wijze, dat X door natrekking eigenaar wordt; onder omstandigheden zal M tegen X een aanspraak verkrijgen uit ongegronde verrijking.

Voor de volledigheid merk ik op, dat een aanspraak van M tegen X niet door deze laatste kan worden afgeweerd met een beroep op de relatie tussen M en D (in de zin dat tussen deze een economische eenheid zou bestaan, welke met zich zou brengen het ontbreken van een verarming van M); wel moet daarbij worden aangetekend, dat die relatie wel van belang kan zijn voor de vaststelling van de hoogte van de verrijking/verarming. Rekening zou onder omstandigheden kunnen worden gehouden met verrekeningsmogelijkheden in de verhouding M-D, waarbij dan de vraag naar D verschuift (kan deze ageren tegen X en zo ja uit welken hoofde?).

3.7. Onrechtmatige daad

43. Vervolgens wil ik stilstaan bij de mogelijkheid van een *toerekening 'buitenom' op grond van onrechtmatige daad*. Ook hier zal ik eerst aandacht besteden aan de mogelijkheden tot toerekening *ten laste* van aandeelhouders.

Niet zelden wordt betoogd, dat aan de ontwikkeling van een leerstuk terzake van 'misbruik van vennootschaps- resp. rechtspersonenrecht' geen behoefte zou bestaan juist en vooral vanwege ons ruime begrip onrechtmatige daad (69). Inderdaad zijn vele problemen

(69) Aldus o.m.: van der Grinten, Handboek, blz. 67/68 en 117/118; Westbroek, Preadvies blz. 78 e.v.; zo in wezen ook van Schilfgaarde, Inaug. Rede, blz. 12 (al geeft zijn betoog materieel een belangrijke aanzet tot de ontwikkeling van een dergelijke norm); vgl. Slagter, Compendium, 2e druk, blz. 363; Boukema, Rechtspersonen, Inleidende Titel 4 (Besloten Vennootschappen), Par. 3.

welke zich voordoen in de praktijk wel oplosbaar via een actie ex art. 1401 B.W. Hieronder zal echter blijken, dat men er via die weg niet helemaal uitkomt (70). Vooraleer daarop dieper in te gaan, zal ik eerst een aantal 'normale' gevallen behandelen, waarbij een toerekening plaats vindt ten laste van aandeelhouders (M), welke wordt of kan worden gebaseerd op onrechtmatig gedrag van M (71). Denkbaar zijn o.m. de volgende casusposities:

- (i) M lokt wanprestaties van D uit of profiteert daarvan; tegenover de wederpartij van D levert zulks een onrechtmatige daad op; De kan M tot schadevergoeding aanspreken (onverlet de rechten van De tegen D ex contractu); men kan hierbij bijv. denken aan het geval, dat D zou worden aangezet haar leverantieverbintenissen tegenover De te veronachtzamen ten faveure van M of een zustermaatschappij; terzijde merk ik op dat hier onder omstandigheden de vraag kan rijzen of niet M als 'partij' dient te worden aangemerkt (vgl. H.R. 7 maart 1969, *N. J.* 1969, 249, waarover van Schilfgaarde, diss. blz. 114 e.v.);
- (ii) M lokt een onrechtmatige daad zijdens D uit of profiteert daarvan;
- (iii) paulianeuse handelingen tussen M en D; opgemerkt dient daarbij te worden, dat de actie ex art. 1377 naast die ex art. 1401 B.W. kan worden ingesteld (vgl. H.R. 28 juni 1957, *N. J.* 1957, 514; Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, diss. Leiden 1966, blz. 31 e.v.).

De aangeduide casusposities vindt men terug in de Nederlandse jurisprudentie (72). Er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad (= een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtspllicht of indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed; Cohen/Lindenbaum). Spreken wij hier over toerekening op grond van onrechtmatige daad 'buitenom', dan hebben wij daarbij

(70) Zie nrs. 56 e.v.

(71) Zie noot 69; vgl. verder: Uniken Venema, *NV* 48, blz. 94 e.v.; Bloemsma, *TVVS* 1968, blz. 285; Westbroek, t.a.p. en mijn diss. blz. 280 e.v.

(72) Zie voor het uitlokken of profiteren van wanprestatie o.m.: H.R. 18 februari 1949, *N. J.* 1949, 357; H.R. 3 januari 1964, *N. J.* 1965, 16; H.R. 17 november 1967, *N. J.* 1968, 42; H.R. 4 juni 1965, *N. J.* 1965, 381; H.R. 28 juni 1974, *N. J.* 1974, 400; H.R. 11 november 1937, *N. J.* 1937, 1096; H.R. 13 januari 1961, *N. J.* 1962, 245; zie voorts Asser-Rutten, 4. III, blz. 59 e.v.

vooral op het oog het onrechtmatige gedrag van M tegenover de derde (Dc). De vraag is telkens of het litigieuze gedrag jegens Dc een onrechtmatige daad oplevert.

Nemen wij naast de onrechtmatigheid ook de andere elementen van 1401 in het oog, dan valt daarbij het volgende op te merken:

- (i) *schuld/risico*; op te merken valt, dat de aard van de M-D-verhouding zich verzet tegen de gedachte, dat M steeds en onder alle omstandigheden geacht moet/kan worden het risico te dragen voor door D verrichte onrechtmatige gedragingen; vereist is derhalve steeds een eigen onrechtmatige daad van M tegenover Dc om tot een toerekening op grond van art. 1401 te kunnen besluiten; daarbij zij er op gewezen, dat de vraag kan rijzen naar het bestaan van een rechtvaardigingsgrond in die zin, dat het gedrag van M is ingegeven tengevolge van overmacht (concernbelang als geheel?) of ambtelijk bevel (73);
- (ii) *schade*; in de hier behandelde gevallen moet het gaan om eigen schade van Dc; niet de enkele vermogensschade door M toegebracht aan (het vermogen van) D leidt tot schade voor Dc;
- (iii) *causaliteit* tussen onrechtmatige daad en schade; vereiste voor aansprakelijkheid van M zal ook hier dienen te blijven een duidelijk causaal verband tussen schade van Dc en het onrechtmatige gedrag van M; die causaliteit is naar mijn stellige opvatting *niet* gegeven (en behoort ook rechtens niet te worden afgeleid) uit de enkele M-D-verhouding, daar zulks immers rigoreus het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van nv en bv ingevolge artt. 64 resp. 175 zou opzij zetten; om die reden heb ik mij dan ook sterk verzet tegen de regeling van art. 239 SE-statuut (74) en artt. 21 en 46 Voorontwerp Richtlijn Concernrecht (75);
- (iv) *Schutznorm*; uit het gestelde volgt, dat niet het enkele aan D schade berokkenende optreden van M aan Dc een aanspraak kan verlenen (76); gewezen kan hier worden op de *actio Pau-*

(73) Interessant in dit verband is het *Fruehauf*-arrest van het Parijse Cour d'Appel, 22 mei 1965, Recueil Dalloz Sirey 1968, blz. 147 e.v., waarin het door een Amerikaanse M o.g.v. de USA-Trading with the enemy Act aan haar Franse D opgelegde verbod tot export naar de Chinese Volksrepubliek strijdig werd geacht met het 'vennootschappelijk belang' van de Franse D.

(74) Zie mijn diss., blz. 251.

(75) Idem, blz. 258 e.v., 265 e.v.

(76) Wel speelt dit element naar mijn mening een rol bij de uitwerking van 'misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid'; zie nr. 56 e.v.

liana (77); deze echter zal slechts beperkt soulaas kunnen bieden gezien de gerichtheid van de actie op individuele transacties en de zware bewijslast.

Benadrukt heb ik, dat uit de enkele M-D-verhouding geen decisieve elementen zijn te putten voor een aanspraak tegen M op grond van onrechtmatige daad. Anderzijds dient te worden bedacht, dat ook buiten M-D-verhoudingen situaties kunnen ontstaan, welke leiden tot aanspraken tegen personen, die op sterke wijze bij het beleid in een nv of bv betrokken kunnen worden, zoals gedemonstreerd in het Erba-arrest (78). Terzijde wijs ik er op, dat dergelijke problemen ook in toenemende mate zullen rijzen bij het optreden van de overheid in door deze gefinancierde 'reddingsoperaties'. Ook daar kan een toenemende invloed gepaard gaan met een toenemende (mogelijkheid van) aansprakelijkheid. Hierbij laat ik het voor wat betreft de aanspraak tegen M op grond van art. 1401 B.W. Voor 'misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid' verwijs ik naar nrs. 56 e.v. hieronder.

44. Aansluitend bij het in het vorige nummer betoogde wil ik thans behandelen de vraag of in M-D-verhoudingen niet plaats is voor een *toerekening ex art. 1403 lid 3 B.W.* Is m.a.w. M te beschouwen als vallende onder de bepaling 'meesters en degenen, die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken, zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt'. Voor de vraagstelling ga ik er daarbij op deze plaats van uit dat niet M zelf bij het plegen van de onrechtmatige daad door D (c.q. een harer ondergeschikten) is betrokken geweest.

De M-D-verhouding is naar mijn mening *niet* te kwalificeren als een 'meester-knecht-verhouding' in de zin van art. 1403 lid 3 B.W. Zulks volgt met name ook niet uit hetgeen ik heb opgemerkt omtrent de verhouding tussen M en D en de aard van het 'vennootschappelijk belang' bij D. Zie boven nrs. 16 e.v. Is mijn uitgangspunt, dat in de vaststelling van het 'vennootschappelijk belang' van D de belangen van aandeelhouders een preponderante plaats innemen, dat daardoor ook dat bedoelde belang in min of meerdere mate wordt 'geinstrumentaliseerd', dan kan daaruit rechtens niet afgeleid worden een 'meester-knecht'-verhouding, daar immers het vennootschap-

(77) Waaromtrent Franken, Aspecten van concernrecht, diss. Utrecht 1976, blz. 306.

(78) H.R. 28 juni 1957, *N.J.* 1957, 514 m.n. L.E.H.R.

pelijk belang van M en D rechtens niet samenvallen en derhalve ook de betrekkelijke eigenheid van D door M zal dienen te worden gerespecteerd met name met het oog op de overige betrokken belangen bij D. Een dergelijke vergaande conclusie zou men misschien wel mogen trekken indien sprake zou zijn van een onbegrensd 'instructie-recht' van M ten opzichte van D (al is ook dan nog alle twijfel mogelijk; zie het Duitse concernrecht; nrs. 51 e.v.); bij afwezigheid daarvan is voor bedoelde conclusie geen plaats.

Tot eenzelfde opvatting kom ik ten aanzien van art. 6.3.2.2. GO Boek 6, bepalende: 'Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen'. Ook hier zou ik menen is D niet in deze zin te beschouwen als 'ondergeschikte' van M. Voor een aansprakelijkheid van M voor onrechtmatige daden ('fouten') van D zal derhalve noodzakelijk zijn, dat M actief betrokken is geweest bij het plegen daarvan en daardoor zelf een verwijt treft.

45. Interessant is het vervolgens even stil te staan bij *art. 6.3.2.3 GO Boek 6*: 'Indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, is ook die ander jegens de derde aansprakelijk'. Interessant is die vraag gezien mijn conclusie onder het vorige nummer, dat D niet in het algemeen als 'ondergeschikte' van M kan worden aangemerkt. Is er dan wel ruimte voor een aansprakelijkheid onder art. 6.3.2.2.?

De cruciale vraag is deze of D 'in opdracht' van M werkzaamheden verricht 'ter uitoefening van diens (d.w.z. van M) bedrijf'. Laat ik vooropstellen, dat een dergelijke rechtsbetrekking in concreto uiteraard niet ondenkbaar is, in welk geval dan ook een beroep op deze regel zou openstaan. Andermaal echter zou ik mij hier op het standpunt willen stellen, dat niet uit de enkele M-D-verhouding kan worden afgeleid, dat D steeds 'in opdracht' van M werkzaamheden zou verrichten ten behoeve van het bedrijf van M. (Zie nr. 35). Voor wat betreft de vraag of er sprake is van een opdracht moge ik verwijzen naar het zojuist betoogde. Iets gecompliceerder is de vraag naar de

strekking van de woorden 'diens bedrijf'. In M-D-verhoudingen is het bepaald niet ongebruikelijk te spreken over de 'economische eenheid', welke in die verhoudingen bestaat (79). Aan deze aanduiding van de verhoudingen kan echter niet (zonder meer) de consequentie worden verbonden, dat *rechten* M en D 'één bedrijf' in de hier bedoelde zin uitoefenen. Blijkens de MvA bij het Gewijzigd Ontwerp (80) ging het er vooral om duidelijk te maken, dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen uitvoering van werkzaamheden al of niet in bedrijfsverband. Zie ook art. 6.3.2.1. lid 1. De bepaling brengt met zich mee, dat als er sprake is van het doen verrichten door anderen van eigen bedrijfsactiviteiten, dat het dan geen verschil behoort te maken of zulks geschiedt door eigen werknemers (ondergeschikten) dan wel door anderen, welke niet in enge zin als ondergeschikten zijn aan te merken.

Ook hier zou ik derhalve willen opmerken, dat D niet in de zin van art. 6.3.2.3 steeds en zonder verdere kwalificerende omstandigheden is aan te merken als een 'niet-ondergeschikte' die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van M verricht. Zuiverheidshalve merk ik hierbij op, dat aan de Toelichting een argument voor het tegendeel zou kunnen worden ontleend, waar wordt opgemerkt (blz. 170): 'Het artikel geldt evenmin voor de overheid waar een regel in deze trant ten aanzien van werkzaamheden ter uitoefening van de overheidstaak tot onoverzienbare consequenties zou leiden. Wel valt er uiteraard het overheids*bedrijf* onder.' Deze passage (m.n. de laatste zin) moet echter zó worden begrepen, dat daarmee bedoeld is, dat een overheidsonderneming – als alle ondernemingen – aansprakelijk kan worden gesteld, indien zij in haar bedrijfsuitoefening zich bedient van niet-ondergeschikten. Niet dat de overheid als zodanig aansprakelijk is indien zij zich ter uitvoering van een bepaalde tak van dienst bedient van een privaatrechtelijke ondernemingsvorm. (Anders kan dit worden indien de overheid daarbij de grenzen van haar mogelijkheid tot beïnvloeding uit het oog zou verliezen.)

46. Verder nog een enkele opmerking omtrent art. 6.3.2.4: 'Indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de

(79) Zie o.m. Uniken Venema, Beekhuisbundel, blz. 268; Bloemsma, *TVVS* 1968, blz. 258 e.v. MvT bij de Structuurwet 1971, blz. 14; Handboek, blz. 109; Slagter, *Compendium*, 2e druk, blz. 360 e.v.

(80) Blz. 169 e.v.

hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout jegens een derde inhoudt, is ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk'. Gedacht is bij deze bepaling niet aan de aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daden van haar organen. Deze wordt gedekt geacht door het boven geciteerde art. 6.3.2.1 lid 1 (81). Eerder is hier gedacht aan de bevoegde vertegenwoordiger, die een overeenkomst tot stand brengt door het plegen van bedrog, het brengen van de wederpartij in dwaling of ten nadele van deze misbruik te maken van omstandigheden (82). Met het oog op precontractuele verhoudingen is het artikel van belang; de toelichting wijst op de mogelijkheid, dat de vertegenwoordiger onbevoegd handelde, doch zijn onbevoegdheid niet hoeft mede te brengen, dat hij niet bevoegd was om voor de vertegenwoordigde de totstandbrenging van een overeenkomst voor te bereiden door middel van onderhandelingen (83).

47. Mijn opmerkingen omtrent het onrechtmatige daadsrecht wil ik op deze plaats afsluiten. Opgemerkt zij weer dat waar in het voorgaande steeds werd gevraagd naar de mogelijkheid een toerekening te bewerkstelligen op grond van onrechtmatige daad *ten laste* van aandeelhouders, men met omkering van de casusposities in een aantal gevallen evenzeer zal kunnen bewerken een toerekening welke strekt *ten gunste* van aandeelhouders. Hier wijs ik reeds op de mogelijkheid, welke ik verder zal bespreken onder nr. 56 dat een toerekening ten gunste somtijds zal kunnen worden gebaseerd op de ongerechtvaardigheid aan de zijde van derden, welke met D hebben gehandeld, van een beroep op de formele vermogensscheiding tussen M en D.

(81) Toelichting, blz. 171

(82) In het ontwerp geregeld in art. 3.2.10 lid 4; zie voor het huidige recht o.m. H.R. 11 januari 1957, *N.J.* 1959, 37 (BOVAG II).

(83) Toelichting, blz. 171.

4.1. *De aard van de M-D-verhouding en haar gevolgen*

48. Wij komen thans toe aan de kern van ons onderwerp, t.w. de *toerekening van rechten en verplichtingen aan aandeelhouders 'door de rechtspersoon heen'*. De vraag rijst onmiddellijk hoe het te behandelen gebied zinvol kan worden bepaald en beperkt. Die vraag spitst zich in het bijzonder toe in deze zin, dat men zich moet afvragen of regels van concernrecht daar wel of niet onder zijn te begrijpen. Verdedigen kan men, dat wanneer bijvoorbeeld de wetgever zegt: Gij, moedermaatschappij zijt aansprakelijk voor de schulden van Uw dochtermaatschappijen (zulks na te hebben gedefinieerd wat onder moeder en dochter dient te worden verstaan) dit niet is aan te merken als een toerekening 'binnendoor' daar de wetgever immers de moeder rechtstreeks aansprakelijk stelt. En wel los van de vraag of er door M daadwerkelijk gehandeld is op zodanige wijze, dat ook zonder wettelijke bepaling van die strekking tot toerekening zou kunnen worden besloten (84). Hier echter is dunkt mij sprake van een wettelijk gefixeerd gedachte M-D-verhouding tot uitdrukking komend in wettelijke omschrijvingen daarvan, welke bijv. aan het bezit van ten minste de helft der aandelen de assumptie verbinden, dat er in juridische zin sprake is van (tenminste de mogelijkheid tot) concernbeïnvloeding. Men kan het wellicht zo aanduiden, dat hier door de wetgever een causaliteit wordt geassumeerd, waar die in andere gevallen moet worden gesteld en bewezen.

Op die wijze kom ik er toe een aantal wettelijke (concern-)regels te behandelen onder de onderhavige vormen van toerekening 'binnendoor', tezamen met de lifting in enge zin als opheffing van het voor recht der beperkte aansprakelijkheid.

49. Waar wij bij de toerekening 'buitenom' min of meer konden abstraheren van de aard van de rechtsverhouding tussen M en D, moe-

(84) Die neiging meen ik te bespeuren bij Uniken Venema, *NV* 48, blz. 96, waar deze het voorschrift van art. 239 SE-statuut, dat een dergelijke ongeclausuleerde aansprakelijkheid van de moeder voorziet, rangschikt onder de gevallen van toerekening buiten om; vgl. van Schilfgaarde, *Inaug. rede*, blz. 17, die de toerekening ingevolge een aansprakelijkstelling ex. art. 38a WJO (thans: art. 343 Bock 2) ziet als een 'doorbraak van aansprakelijkheid' (dus binnendoor).

ten wij ons bij de toerekening 'binnendoor' een meer nauwkeurig beeld vormen van datgene *wat wij bedoelen met een M-D-verhouding*. Welke verhoudingen vallen wel/niet onder de wettelijke omschrijving van het begrip concern? Op welke probleemgebieden hebben concrete regels betrekking?

Stelt men zichzelf die vraag dan moeten daarbij enkele preliminaire opmerkingen worden gemaakt:

- (i) *Definities van begrippen als 'concern', 'afhankelijke vennootschap', 'dominerende vennootschap', 'groep', 'uniforme leiding', etc.* zijn dikwijls gericht op juridische normering van bepaalde probleemgebieden. Gaat bijvoorbeeld de structuurregeling voor grote vennootschappen uit van het bezit (middellijk of onmiddellijk) van *de helft of meer* van de aandelen (in de dochter), in het kader van de consolidatievoorschriften (art. 319 Boek 2 B.W.) wordt gesproken van (middellijk of onmiddellijk) bezit van *meer dan de helft* van de aandelen in de te consolideren vennootschap. Zo ziet men derhalve, dat afhankelijk van de aard van de te regelen materie gebruik wordt gemaakt van verschillende begrippen. Men ziet dit ook elders wel, zoals bijv. met betrekking tot het begrip 'onderneming' (84a).
- (ii) Vergelijkt men concernrechtelijke regelingen in verschillende rechtsstelsels zo blijkt, dat niet steeds dezelfde *configuraties*, noch ook dezelfde *probleemgebieden* worden geregeld. Zo kent bijvoorbeeld het Duitse Aktiengesetz wel een definitie van het nevenschikkingsconcern (Par. 18 AktG), doch verbindt daaraan slechts bij de uitwerking van de consolidatievoorschriften (Par. 329 AktG e.v.) gevolgen; het nevenschikkingsconcern komt voor wat het Nederlandse recht aan de orde, waar het betreft de samentellingsregeling bij vrijgestelde internationale holdingvennootschappen (art. 153 lid 3 sub b Boek 2 B.W.) en de regeling van de samengevoegde jaarrekening (in Titel 6 Boek 2); het Ontwerpstatuut SE echter bevat in het geheel geen regeling voor het nevenschikkingsconcern; in het Voorontwerp Richtlijn Concernrecht wordt het wel genoemd, doch niet geregeld; het Ontwerp 7e Richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening bevat weer wel een definitie (art. 4) en geeft ook aansluitende regelingen (art. 14 en 21).

(84a) Zie daaromtrent o.m. Molenaar, Een hele onderneming, diss. Utrecht 1973, blz. 50 e.v.; van Schilfgaarde, Van de nv en de bv, blz. 4; mijn dissertatie, blz. 53 e.v.

(iii) Voorts moet worden opgemerkt (en voor ons onderwerp is dat bepaald van belang) dat concernrechtelijke regelingen vrijwel steeds betrekking hebben op de verhouding tussen *ondernemingen* en m.n. niet mede op betrekkingen tussen natuurlijke en rechtspersonen (85). Aldus de concernrechtelijke regels in het Nederlandse recht, waar het groepsbegrip (86) is omschreven als 'een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige *ondernemingen* die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar verbonden zijn en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald'. Zo ook – na lange discussies (87) – Par. 15 AktG, dat een omschrijving geeft van 'verbundene *Unternehmen*', terwijl voorts in Par. 17 AktG gesproken wordt over 'herrschende' en 'abhängige Unternehmen'. Zo ook art. 6 jo. 223 SE-statuuut. De verhouding tussen een natuurlijke persoon en een door deze 'beherrschte' AG wordt niet geregeld door het AktG. Anders is dit in het Voorontwerp Richtlijn Concernrecht, dat in art. 1 deel II beide mogelijkheden omvat. (Voor mijn bezwaren tegen de regeling van art. 1 deel II van dit Voorontwerp moge ik verwijzen naar hetgeen hiervoor is opgemerkt onder nr. 20 en verder naar mijn dissertatie (88)).

50. Het lijkt mij niet erg nuttig in het kader van dit preadvies, dat toch van beperkte omvang moet blijven, een uitgebreide beschrijving te gaan geven van concernrechtelijke regelingen in het Nederlandse en het buitenlandse c.q. Europese recht (in wording) (89). Veeleer zou ik hier willen volstaan met het schetsen van enkele hoofdlijnen en meer in het bijzonder willen wijzen op het verschil in aanpak van de concernproblematiek in het Nederlandse en het Duitse recht.

51. Het *Duitse recht* kent – naast enkele andere hier minder terzake doende ondernemingsvormen – de Aktiengesellschaft (nv) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (bv). Het Duitse concernrecht vormt onderdeel van het Aktiengesetz en is niet van toepassing op de

(85) Vgl. in die zin ook Uniken Venema, *NV* 48, blz. 96 e.v.

(86) Toelichting bij de Structuurwet 1971, blz. 13 r.k.

(87) Zie Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, blz. 18 e.v. en de daar genoemde literatuur.

(88) blz. 253–267.

(89) Terzake moge ik verwijzen naar W. K. Franken, *Aspecten van concernrecht*, diss. Utrecht 1976; alsook naar mijn eigen dissertatie; zie daar voor verdere literatuur.

GmbH. (Wel echter kent het AktG een aantal bepalingen geldend voor *alle* dochterondernemingen onverschillig hun rechtsvorm (90)). Centraal staat daarbij het begrip Abhängigkeit in Par. 17 AktG ('Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist'). Van een afhankelijke onderneming wordt vermoed (Par. 18.1 AktG), dat deze met de dominerende onderneming een 'Konzern' vormt, d.w.z. dat de afhankelijke onderneming 'unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmen zusammengefasst (wird)'. Waar het dan gaat over het uitoefenen van deze 'einheitliche Leitung' gaan de typisch concernnormen werken. Daar blijkt dan ook het verschil in statuut tussen AG en GmbH. Deze laatste immers laat blijkens Par. 37 GmbH Gesetz uitdrukkelijk toe, dat de aandeelhouders (Gesellschafter) het bestuur van de GmbH (de Geschäftsführer) aanwijzingen (instructies, 'Weisungen') kunnen geven. De Geschäftsführer zijn te beschouwen als mandatarissen van de Gesellschafter. Dit past in het beeld van de GmbH als een op contract gebaseerde kapitaalvennootschap, waarbinnen de Gesellschafterversammlung het hoogste orgaan is (91).

Anders is dit bij de afhankelijke AG. Wil een onderneming een afhankelijke AG onder haar uniforme leiding brengen en daarbij de mogelijkheid verwervan tot het geven van rechte(n)s voor D verbindende instructies, dan moet met de afhankelijke AG een zgn. 'Beherrschungsvertrag' worden gesloten, dan wel moet deze in de dominerende worden 'eingegliedert'. Zowel het afsluiten van een Beherrschungsvertrag, als het realiseren van een Eingliederung (te be-

(90) Bepalingen geldend voor alle afhankelijke ondernemingen vindt men o.m. in Par. 56 AktG (verbod tot inkoop eigen aandelen via dochter) zie ook Par. 71.4-6 AktG; voorts Par. 89.2 AktG (regeling kredietverlening aan bestuurders van dochters); Par. 90.3 AktG (informatieplicht aan commissarissen terzake van dochters); Par. 100.2 AktG (commissaris bij M kan niet zijn een directeur van D); Par. 115 AktG (beperking mogelijkheid tot kredietverlening door M aan commissaris van D); Par. 131 AktG (informatierecht van AV van M m.b.t. tot dochters); Par. 136.2 (stemverbod in AV van M op door dochters gehouden aandelen in M); etc.

(91) Zie verder Löwensteyn, Preadvies Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking (1970), blz. 22 e.v.; Rehinder, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, blz. 239 e.v.; Ihde, Der faktische GmbH-Konzern, blz. 133 e.v.; Emmerich/Sonnenschein, a.w., blz. 164 e.v.; Hachenburg/Mertens, Grosskommentar GmbHG; zie verder mijn diss. blz. 129 e.v.

schouwen als een 'bijna-fusie', d.w.z. een tussenvorm tussen het Beherrschungsvertrag en de juridische fusie) zijn omgeven met de nodige waarborgen ter bescherming van outside-aandeelhouders en crediteuren van de afhankelijke AG (92).

Is geen Beherrschungsvertrag gesloten of is de afhankelijke AG niet 'eingegliedert', dan heeft M niet het recht aan D *bindende* instructies te geven. Wordt D desniettemin daadwerkelijk onder de 'einheitliche Leitung' van M gebracht dan spreekt men van een zgn. 'faktischer Konzern'. Daarvoor zijn een aantal afzonderlijke regels in het leven geroepen (93). Van bijzonder belang is Par. 311.1 AktG: 'Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen, *es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden.*' Aanwending van concerninvloed ten nadele van het vermogen van D is derhalve in beginsel onrechtmatig, doch deze onrechtmatigheid wordt opgeheven door de Ausgleich (94) (welke in de loop van het boekjaar moet worden voldaan of toegezegd). Teneinde inzicht te geven in de vraag of van een dergelijke beïnvloeding sprake is geweest, moet binnen drie maanden na afloop van het boekjaar een zgn. Abhängigkeitsbericht worden opgesteld, dat aan strenge eisen moet voldoen en deugdelijk moet worden gecontroleerd door een deskundige; alle transacties tussen M en D moeten daarin worden vermeld met prestaties en tegenprestaties (95). M (en haar bestuur) is aansprakelijk voor aan D toegebracht nadeel. Ook het bestuur van D kan aansprakelijk zijn, tenzij

(92) *Bij Beherrschungsvertrag*: AV-M en AV-D moeten beide goedkeuren (Par. 293/295 AktG), voorkomen van witholling vermogen-D door vorming wettelijke reserves (Par. 300), beperking winstoverdrachten (Par. 301), verplichte aanzuivering verliezen (Par. 302) crediteurenbescherming bij beëindiging Beherrschungsvertrag (Par. 303); *bij Eingliederung*: alleen mogelijk indien M reeds 95% in D bezit; AV-M en AV-D moeten beide goedkeuren (Par. 319.2 AktG); outsideaandeelhouders moet de keus worden gegeven tussen uitkoop in contanten/ruil tegen aandelen-M (Par. 320.5 AktG); M is aansprakelijk voor alle schulden van D (Par. 322 AktG).

(93) Zie Pars. 311-318 AktG.

(94) Zie Gessler, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Festschrift-Barz, blz. 145 e.v.; mijn diss. blz. 37 e.v. en 244 e.v.; Westbroek, Preadvies, blz. 73, die hier een vergelijking maakt met het Vijfde Voortse Stroomarrest, H.R. 19 maart 1943, *N.J.* 1943, 312.

(95) Pars. 312-316 AktG; zie meer i.h.b. over het Abhängigkeitsbericht: Haesen, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, Köln 1970.

‘auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Massnahme getroffen oder unterlassen hätte’. (Par. 317 AktG).

52. Het geschetste patroon van het Duitse concernrecht heeft aanzienlijke invloed gehad op de door de Europese Commissie opgestelde ontwerpen inzake het *Statuut Europese Vennootschap* en het *Voorontwerp Richtlijn Concernrecht* (verder: Vo-CR). Ook daar wordt uitgegaan van de begrippen ‘afhankelijke’ en ‘dominerende’ ondernemingen en ‘concernondernemingen’ (96).

In het SE-statuut wordt de mogelijkheid van M om aan D bindende instructies te geven afhankelijk gemaakt van de vraag of is voldaan aan een aantal voorschriften betreffende de bescherming van outside-aandeelhouders: art. 240. Aan dezen moet een uitkoopsom in contanten of ruil van aandelen in D tegen aandelen-M worden aangeboden. Mogelijk is ook een dividendgarantie. (Artt. 228–238 SE-statuut). M is voorts volledig aansprakelijk voor alle schulden van D zonder enige restrictie in welke zin dan ook. (Art. 239). In mijn dissertatie heb ik uitvoerig de bezwaren tegen deze regeling uiteengezet. Ik moge daar op deze plaats naar verwijzen (97).

De dochter-SE heeft volgens het Statuut een raad van commissarissen, op de samenstelling waarvan de moeder geen doorslaggevende invloed heeft, doch – integendeel – slechts eenderde van het aantal leden kan benoemen (artt. 74a/75). Eenderde wordt vervolgens benoemd van werknemerszijde en het derde deel wordt gecoöpteerd door de eerder gekozen aandeelhouders- en werknemersleden. Deze RvC heeft het recht tot benoeming van het bestuur, het recht tot vaststelling van de jaarrekening en moet verder een aantal belangrijke bestuursbesluiten goedkeuren (art. 63 en 66).

Aldus zou het instructierecht ex art. 240 illusoir kunnen worden. Het derde lid van dat art. bepaalt om die reden, dat een weigering tot goedkeuring door de RvC-D kan worden overruled door M, mits M daartoe toestemming verwerft van haar eigen RvC en deze met werknemersinvloed is samengesteld op gelijke wijze als volgens het SE-statuut (98).

(96) art. 6 en 223/224 SE-statuut resp. art. 1 deel I Voorontwerp Richtlijn Concernrecht; zie mijn diss. blz. 249 e.v.

(97) Blz. 251 e.v.; zie ook hierboven nr. 43.

(98) Zie daaromtrent Schotvanger, Het ontwerp-statuut SE 1975, Kanttekeningen bij de medezeggenschapsregeling, *NV* 54, blz. 19 e.v. en i.h.b. blz. 23 e.v.

53. Hetzelfde patroon treft men ook weer aan in het *VO-Cr*. Zie ik het goed, dan hebben de ontwerpers gestreefd naar een combinatie van de concernrechtelijke regels in het SE-statuut en de regeling betreffende het 'faktischer Konzern' in het Duitse recht. De voorschriften worden daarbij – naar mijn mening nauwelijks in hun onderlinge relatie doordacht – vrijwel klakkeloos gecumuleerd, terwijl de regeling van het 'feitelijke concern' ten opzichte van de AktG-regels sterk zijn verzwaaard. Waar Par. 311 AktG een nadelige beïnvloeding door M van D slechts toelaat onder voorwaarde, dat de toegebrachte nadelen aan het vermogen van D worden vergoed, daar bepaalt art. 1 (deel II) VO-Cr, dat M (ook wanneer het een *natuurlijke* persoon betreft) het belang van D moet 'behartigen', wanneer M buiten de AV om (middellijk of onmiddellijk) invloed uitoefent zonder tot het 'besturen' van D bevoegd te zijn. Bij niet-nakoming van deze – aldus geformuleerde – verplichting is M tegenover D aansprakelijk als ware zij bestuurder. Aansprakelijk zijn ook de bestuurders van M en D. (Zie art. 1). De bedoelde norm is naar mijn mening onhanteerbaar, daar in concreto niet of nauwelijks vaststelbaar is wat het belang van de dochter is. Zie daarover verder mijn dissertatie (99). De vaagheid van de norm is des te bezwaarlijker gezien alle gevolgen van niet-nakoming daaraan verbonden. Schrijft art. 2 (naar analogie van Par. 312 e.v. AktG) voor dat door de accountant belast met de controle van de jaarrekening van D een speciaal verslag moet worden opgesteld omtrent de tussen M en D gepleegde rechtshandelingen, zo wordt vervolgens in art. 3 aan iedere aandeelhouder, schuldeiser of vertegenwoordiging van werknemers de mogelijkheid gegeven om door de rechter een speciale 'commissaris' te doen benoemen teneinde (nogmaals) te onderzoeken of D benadeeld is tengevolge van de invloed van M. Blijkt zulks, dan kan de rechter (ingevolge art. 5) een aantal maatregelen nemen vergelijkbaar met ons enquêterecht (100). Voorts kan iedere aandeelhouder en schuldeiser (die van D 'geen betaling verkrijgen kan') M aanspreken tot schadevergoeding (waarbij overigens niet duidelijk is of zulks op eigen naam dan wel op naam van D kan/moet geschieden). In al deze bepalingen ontbreekt een aanduiding, dat er sprake zou moeten zijn van enige substantialiteit vooraleer met succes een actie

(99) Blz. 253 e.v.; zie ook hierboven nr. 20.

(100) Zoals: ontheffing uit functie van bestuurders/commissarissen; voorlopige benoeming nieuwe bestuurders/commissarissen; verbod tot nakoming van afspraken tussen M en D.

zou kunnen worden ingesteld. Lichtvaardige acties zullen op deze wijze niet kunnen worden voorkomen. Hetzelfde bezwaar geldt ook art. 6 bepalende, dat bij inbreuk op de norm van art. 1 iedere aandeelhouder kan verlangen te worden uitgekocht.

Al deze bepalingen gelden niet indien tussen M en D een domineringsovereenkomst wordt gesloten. De desbetreffende regels komen goeddeels overeen met de concernrechtelijke bepalingen van het SE-statuut. Zij gaan bepaald verder dan het Duitse AktG. M.n. geldt dat o.m. voor de crediteurenbescherming, waar art. 21 (resp. art. 46) voorschrijft, dat M aansprakelijk wordt voor alle bestaande en toekomstige schulden (althans tijdens de duur van de domineringsovereenkomst) van D. Zulks terwijl bovendien ingevolge art. 22 een extra-verplichting wordt opgelegd strekkende tot aanzuivering van verliezen van D en het vormen van wettelijke reserves (101).

Is aan alle vereisten voldaan dan heeft M een instructierecht ten aanzien van D. Met een overrulingsrecht vergelijkbaar met art. 240 lid 3 SE-statuut. Zie art. 23.

4.2. *Nederlands concernrecht*

54. Strekken de concernrechtelijke bepalingen in het Duitse en het in wording zijnde Europese recht vooral tot bescherming van de belangen van outside-aandeelhouders en in mindere mate tot die van crediteuren, de bepalingen van *Nederlands concernrecht* concentreren zich vooral rond de vormgeving aan het medezeggenschapsrecht van werknemers en verder rond de bescherming van derden, die met de (concern-)vennootschap handelen. Outside-aandeelhouders vinden vooral bescherming in een ruime hantering van het beginsel der goede trouw, welke de verhouding tussen de aandeelhouders beheerst (101a). De Nederlandse wet kent daarbij het begrip 'groep' (zie nr. 49 hierboven); het kent echter niet een wettelijke definitie van het begrip 'dochteronderneming'. Materieel vindt men deze in een aantal bepalingen aangeduid als 'de vennootschap waarvan ten minste de helft der aandelen rechtstreeks of middellijk voor eigen

(101) Zie verder mijn diss. blz. 255 e.v.

(101a) Zie inmiddels ook art. 7 Boek 2 B.W.; vgl. verder Löwensteyn, De naamloze vennootschap als zaakpunt van contraire belangen, in: *Honderd Jaar Rechtsleven*, blz. 85 e.v.; vgl. ook Cahen, Invloed van de belangenverbreding op het handelen van de aandeelhouder, in: idem, blz. 72 e.v.

rekening wordt gehouden door een (andere) vennootschap'. Zo o.m. in:

- (i) de samen tellingsregeling van art. 153 lid 2 sub b en c (= voor de bv: art. 263 lid 2 sub b en c), volgens welke voor de vraag of een vennootschap voldoet aan de structuurcriteria, ook de werknemers, de OR en het (geconsolideerde) vermogen in de dochters moet worden meegeteld;
- (ii) de vrijstellingsregeling volgens art. 153 lid 3 sub a (= voor de bv: art. 263 lid 3 sub a), volgens welke van de structuurregeling zijn vrijgesteld de dochters van een vennootschap, die zelf reeds geheel of gemitigeerd aan de structuurregeling is onderworpen;
- (iii) de mitigatieregeling volgens art. 155 (= voor de bv: art. 265) volgens welke de bevoegdheid van de AV in een structuurvennootschap, die een dochter (waarmede gelijkgesteld is de joint venture (102)) is van een buitenlandse of internationale holdingvennootschap, tot benoeming van de bestuurders en de vaststelling van de jaarrekening behouden blijft tot waarborging van de concreetheid (103);
- (iv) het opschuifmechanisme van art. 158 lid 13 (= voor de bv: art. 268 lid 13), volgens welke de OR-en van dochters (al of niet middels de COR) bevoegd zijn tot uitoefening van de structuurrechten (aanbeveling/bezwaar) bij de structuur-M;
- (v) de regel dat tot commissaris in een structuurvennootschap niet benoembaar zijn personen in dienst van een dochter (104) (artt. 160 en 270);
- (vi) de bevoegdheidsregeling in art. 164 lid 2 (= art. 274) waar wordt bepaald, dat bij de door commissarissen goed te keuren

(102) Voor wat de specifieke problematiek van de gemeenschappelijke dochteronderneming (joint venture) betreft moge ik verwijzen naar mijn diss., voor wat betreft de joint venture en de structuurregeling zie blz. 194 e.v.; als joint venture heb ik daarbij behandeld de samenwerking tussen ondernemingen in en door middel van een gezamenlijke vennootschap (nv/bv) in het kapitaal waarvan door partners voor *de helft of meer* wordt deelgenomen krachtens een onderlinge regeling tot samenwerking (blz. 5); ik wijs er hier op, dat door een jammerlijke ommissie mijnerzijds op blz. XIII ten onrechte wordt gesproken over 'voor *meer dan de helft*'. Aldus blijf ik met mijn definitie bij de in art. 155 resp. 265 gegeven omschrijving. (103) Zie Plompen/Slagter, Rechtspersonen, ad art. 155 en 158.

(104) Waar in art. 160 onder b wordt gesproken van een rechtspersoon, zou ik hier ook de v.o.f. onder begrijpen; vgl. Handboek, blz. 45, waar van der Grinten de OR van een v.o.f. wil toerekenen ex art. 153 lid 2 sub b, ondanks de uitdrukking 'rechtspersoon'.

besluiten betreffende ontslag of wijziging in de arbeidsomstandigheden van een 'aanmerkelijk aantal arbeiders' ook de werknemers van de dochters moeten worden betrokken;

- (vii) regeling van de verschijningsplicht van commissarissen resp. bestuurders van M bij OR-en van dochters (zie art. 24 lid 2 in wijzigingsontwerp WOR).

Een afwijkende begripsbepaling vindt men in art. 319, waar de *verplichting* tot consolidatie beperkt wordt tot meerderheidsdeelnemingen. Verder wijs ik op art. 351 lid 2, waar aan de Ondernemingskamer in het kader van de regeling van het enqueterecht de bevoegdheid wordt verleend de deskundige te machtigen tot onderzoek bij 'een rechtspersoon *die nauw verbonden* is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek plaats vindt' (105). Men ziet hier derhalve, dat de wetgever niet een algemeen geldend dochterbegrip hanteert, doch veeleer met het oog op verschillende normcomplexen de geassumeerde concernrelatie aanpast; waar om consolidatietechnische redenen een meerderheid is vereist (althans een doorslaggevende invloed in D) wordt de consolidatieplicht aangepast; waar in het kader van een enquête een uitgebreide bevoegdheid nodig kan zijn en niet nauwkeurig is aan te geven, welke aard van betrokkenheid aanwezig moet zijn, wordt een meer flexibele bepaling gegeven. Zie tenslotte ook de regeling van de fiscale eenheid in art. 15 Vpb, welke aanknoopt aan het bezit van *alle* aandelen in de dochter. Terecht past de wetgever op deze wijze zijn definities en uitgangspunten aan met het oog op de te regelen materie.

55. Een fraai voorbeeld van wat ik zou willen noemen een consequent doorgetrokken systeemdenken vindt men in de regeling van art. 343 *Boek 2 B.W.* Daarmede neem ik de draad weer op van mijn eerdere betoog ten aanzien van de normering van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid. Dit voorrecht – zo betoogde ik (nrs. 23 e.v.) – wordt gedragen door een geheel van normen, dat er toe strekt het vermogen van de vennootschap bijeen te houden en daaromtrent inzicht te verschaffen aan derden met wie de vennootschap handelt. Welnu, de Nederlandse wet laat toe dat de beperkte publikatieplicht voor bv's ingevolge art. 214 (balans met toelichting en accountantsverklaring bij het Handelsregister te deponeren) blijkens art. 215

(105) Terzijde zij opgemerkt, dat ik ook hier – indien daartoe gereede aanleiding zou zijn – in de term 'rechtspersoon' niet een verhindering zie om ook een 'nauw verbonden' *v.o.f.* in het onderzoek te doen betrekken.

kan worden opgeheven, indien: 1. die bv behoort tot een groep van ondernemingen en 2. de gegevens omtrent die bv reeds in de vorm van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening worden opgenomen in de gepubliceerde jaarrekening van een nv, bv, Coöperatieve vereniging of Onderlinge waarborgmaatschappij en voorts 3. of deze laatste een aansprakelijkstelling heeft afgegeven (ex art. 343) of 4. de betreffende bv haar werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten de EEG heeft. Deze vrijstelling van publicatieplicht heeft voor derden tengevolge, dat zij geen inzage kunnen nemen in de financiële gang van zaken met betrekking tot hun potentiële wederpartij. Zij kunnen hun risico niet wegen en behoeven om die reden extra bescherming. Van de andere zijde bezien betekent het verval van publicatieplicht voor M, dat een van de meest bepalende elementen voor de verkrijging van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid niet langer aanwezig is. Voor M zou zulks een verhoogde zorgvuldigheidsverplichting met zich mee brengen. Immers lees ik m.n. in het Forumbank-arrest niet een verbod tot beïnvloeding van D door M als aandeelhouder, maar interpreteer deze regel positief als een zorgvuldigheidsverplichting, des dat M een dergelijke invloed slechts mag uitoefenen indien en voorzover met de daardoor beroerde (bij D betrokken) belangen op adequate wijze wordt rekening gehouden c.q. deze (institutioneel) zijn gewaarborgd (106). Toepassing van deze regel zou derhalve op M in vergaande mate – zo niet geheel – de mogelijkheid ontnemen een beroep te doen op het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.

De wetgever heeft derhalve bepaald, dat het wegvallen van de publicatieplicht slechts aanvaardbaar is indien M zich aansprakelijk stelt voor de schulden van D. Daar dit tegelijkertijd bewerkstelligt, dat – uiteindelijk – M als aansprakelijke partij geldt, verbindt de wetgever aan de vrijstelling verder de plicht om dan ook in M de *geconsolideerde* financiële situatie van D te tonen.

In mijn dissertatie (107) heb ik uiteengezet, dat toepassing van het systeem ex art. 343 Bock 2 B.W. met zich mee brengt, dat alsdan toe-

(106) Zie hiervoor nrs. 16 e.v.; zie verder mijn diss. blz. 84 e.v. en blz. 284 e.v.

(107) Zie vorige noot; ik wijs er op, dat ik daar (blz. 288) heb verdedigd, dat M ook aansprakelijk moet worden geacht voor schulden, welke door D contractueel zijn aangegaan vóór het tijdstip van depot van de aansprakelijkheidsverklaring; van de gelegenheid maak ik gebruik te wijzen op een storende drukfout in de tekst: i.p.v. de 18e regel op blz. 288 moet worden gelezen: 'verhouding handhaaft in haar transacties met de dochter. De basis valt weg...' etc.

passing van de Forumbankregel (zoals ik die interpreteer) met zich mee brengt, dat M een verruimde beïnvloedingsmogelijkheid heeft. Daarbij wijs ik er op, dat de belangen van outside-aandeelhouders in M (behalve door art. 7) zijn gewaarborgd door hun instemmingsrecht ex art. 343 lid 1, terwijl de medezeggenschapsrechten van werknemers van D gewaarborgd zijn door de regeling in art. 158 lid 13 (= art. 268 lid 13 voor de bv) (108) en de bepalingen over groeps- en centrale ondernemingsraden in de WOR (art. 33 e.v.) (109).

4.3. Verval van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid

56. *Is er buiten deze gevallen van toerekening aan aandeelhouders op grond van duidelijk concernrechtelijk geaarde normen ruimte voor erkenning van de mogelijkheid om ook naar Nederlands recht het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid opzij te zetten?*

Ik meen deze vraag – zij het met de nodige voorzichtigheid – bevestigend te mogen beantwoorden, mits wij blijven binnen het systeem van ons recht. Voor wat dat systeem betreft moeten wij enerzijds uitgaan van de expliciete bepaling van art. 164 resp. art. 175, waarin met evenzoveel woorden wordt gezegd, dat de aandeelhouders in een nv resp. bv niet aansprakelijk zijn voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht en niet gehouden zijn boven het bedrag dat op hun aandelen behoort te worden gestort, in de verliezen van de vennootschap bij te dragen. Tot dat systeem moet echter evenzeer worden gerekend het geheel van de onder nrs. 23 e.v. omschreven waarborgen, die de wet reeds zelf verbindt aan de verlening van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid. Ook reken ik tot dat systeem hetgeen ik heb opgemerkt omtrent de verhouding tussen AV en bestuur in de nv en bv. Zie nrs. 16 e.v.

Analysceert men de grenzen, welke binnen ons rechtssysteem behoren te worden gesteld aan (het beroep op) het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid, dan zijn de volgende aantekeningen van belang:

(1) het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid voor aandeel-

(108) Zie voor de specifieke problemen in joint venture verhoudingen: Plompen/Slagter, Rechtspersonen, ad art. 158; mijn diss. blz. 198 e.v.

(109) Zie voor de verdere uitwerking van deze gedachten mijn diss., blz. 284 e.v.; vgl. voorts Plompen/IJsselmuiden, Rechtspersonen, ad art. 343; Van Schilfgaarde, Inaug. Rede, blz. 16 e.v.

houders is van wezenlijke betekenis in ons maatschappelijk stelsel, gebouwd als dit is op het fundament van de vrijheid voor eenieder om een onderneming te starten en deze vervolgens in te brengen in een nv of bv (alles binnen de door de wet gestelde grenzen; zie boven nrs. 9 en 10);

- (n) het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid is geconditioneerd m.n. door de regels inzake de bescherming van het kapitaal en die betreffende de publicatie;
- (m) ook is dit voorrecht geconditioneerd door de Forumbankregel in de door mij gehanteerde, gepositiverde zin, d.w.z., dat het M niet verboden is om invloed te nemen (op het bestuur van) D, doch dat M wel – zulks doende – op adequate wijze rekening zal behoren te houden met de bij D rechtens relevante, betrokken belangen;
- (iv) het systeem van de wet blijkt mede uit art. 343, dat vrijstelling van publicatieplicht voor D (en daarmee het wegvallen van de mogelijkheid voor derden om hun risico te wegen, wanneer zij zaken doen met D) slechts toelaat onder voorwaarde, dat outside-aandeelhouders zich accoord verklaren en dat M zich aansprakelijk stelt voor crediteuren en aan dezen bovendien inzicht geeft in haar eigen financiële situatie op geconsolideerde basis.

Zijn aldus – globaal – de grenzen gesteld aan het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid voor aandeelhouders geschetst, dan is daarmee impliciet reeds duidelijk, dat bij overschrijding van die grenzen een beroep op het voorrecht onder omstandigheden niet (meer) mogelijk is c.q. behoort te zijn (110). In ruimere zin zal in deze opvatting onder omstandigheden aan M ook de mogelijkheid ontvallen zich te beroepen op de formele scheiding van vermogens tussen M en D. In omgekeerde zin is het evenzeer mogelijk, dat de derde zich niet daarop kan beroepen, indien zwaarwegende omstandigheden zulks met zich (behoren te) brengen. (Men denke aan de zgn. ‘umgekehrte Durchgriff’).

In concrete valt te denken aan de volgende casusposities:

(110) Impliciet volg ik op deze wijze de interpretatiemethode van van Dunné, door nl. niet te werken met de begrippen ‘misbruik’, doch de limitering van het voorrecht te onderzoeken in het kader van het systeem zelf; zie zijn diss. blz. 217 e.v.; vgl. verder art. 8 Inl. Titel N.B.W. en Toel., blz. 29 e.v.; zie verder o.m. Okma, Misbruik van recht, diss. VU (1945) en de bij van Dunné, t.a.p. aangehaalde literatuur.

(1) *onvoldoende kapitaaluitrusting van D*; de Nederlandse wet kent nog geen minimumkapitaal (zie nr. 26); wel zegt Par. 8 Departementale Richtlijnen, dat tussen de vennootschappelijke activiteiten en het geplaatste deel van het maatschappelijk kapitaal 'geen kennelijk onredelijk verband' mag bestaan. Op het Departement rust een naar mijn mening per definitie onmogelijke taak (waarin geen verlichting wordt gebracht door Dep. Standpunt no. 1, dat geen onderzoek plaats vindt bij nv's met een geplaatst/volgestort kapitaal van f 100 000 en bv's met geplaatst/volgestort kapitaal van f 15 000); ten onrechte wordt hierdoor ook de indruk versterkt van 'absolutheid' van het voorrecht indien eenmaal het 'nihil obstat' van het Departement is verkregen (111). Indien M bevordert/toelaat, dat D verbintenissen aangaat, welke risico's met zich brengen, welke in geen verhouding staan tot het vermogen van D, dan kan M onder omstandigheden geen beroep doen op het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid. De vraag rijst wel in hoeverre De hier zelf een verwijt treft doordat deze heeft nagelaten zich op de hoogte te stellen van D's vermogenstoestand c.q. aan M garanties te vragen (112). Uit de lagere jurisprudentie (113) is een geval bekend, waarin de vraag of een vennootschapsorgaan ex 1401 aansprakelijk kan zijn naast de vennootschap (ex contractu) werd beantwoord in die zin, dat daarvan 'eerst dan sprake kan zijn, wanneer dat orgaan ten tijde van het aangaan van verplichtingen voor de nv wist, dat de nv deze niet zou kunnen nakomen'. De eis van wetenschap lijkt mij te ver gaan, daar op die wijze nu juist de kern van het ondernemen wordt miskend. Immers gaat het er veeleer over of een redelijk handelend orgaan redelijkerwijze mocht en kon verwachten, dat de vennootschap als 'going concern' in staat zou zijn haar aangegane schulden te voldoen. (Waar de rechtbank een soortgelijke redenering doet voorafgaan aan de geciteerde op-

(111) Vgl. van Schilfgaarde, In. rede, blz. 34 e.v.

(112) Zie voor het Amerikaanse recht: mijn diss. blz. 240.

(113) Rb. Rotterdam 6 januari 1970, *N.7.* 1970, 245; zie daaromtrent van Schilfgaarde, *Rechtspersonen*, Aant. 4 bij art. 4; van Oven, *Rechtspraakoverzicht*, *W.P.N.R.* 5133; Honée, *NV* 1973/74, blz. 68; Boukema, *Rechtspersonen*, Aant. 4 in Par. 3 bij Inleiding Titel 4; opmerkelijk is overigens, dat de curator niet (mede) heeft geageerd op basis van het oude art. 49a WvK (thans: 138 Boek 2); vgl. voorts van der Grinten, *Pracadvies Thijmgenootschap* (1942), genoemd in noot 36, blz. 80/81.

merking, is het vonnis m.i. innerlijk tegenstrijdig). Vgl. H.R. 10 december 1976, *RvdW* 1977 nr. 9.

- (ii) *Schijn van credietwaardigheid*. In het verlengde van een en ander ligt de omstandigheid, dat D naar buiten de schijn van credietwaardigheid blijft wekken terwijl in feite vermogensoverheveling naar M plaats vindt (bijv. door betaling van te hoge verrekenneprijzen, betaling van te hoge rente op geleende gelden, dividenduitkering, terwijl geen of slechts een fictieve winst is gerealiseerd) zonder dat hiervan op adequate wijze verslag van wordt gedaan in de jaarrekening. Gebeurt een en ander op instigatie van M dan zal zij indien daartoe voldoende reden is, het beroep op het voorrecht verliezen. Een soortgelijke situatie ontstaat in het geval door D zekerheden worden verschaft (m.n. fiduciaire) aan M en M door deze uit te winnen de facto haar postconcurrente positie doorbreekt. Zie het Erba-arrest (H.R. 28 juni 1957, *N.J.* 1957, 514). Men kan dit ook zo zien dat door een dergelijke handelwijze in wezen het wettelijk systeem wordt omzeild betreffende de stortingsplicht (art. 80/84) en de wettelijke regeling betreffende vermindering van het kapitaal. In het Amerikaanse recht is wel de constructie gekozen om door M aan D geleende gelden als kapitaal (in enge zin) van D te beschouwen (114).
- (iii) *Ontduiking van contractuele verplichtingen*. Indien M gebruik maakt van D om verplichtingen, welke zij in acht heeft te nemen tegenover X, bijv. om zich te onthouden van bepaalde marktgedragingen (zoals vaker voorkomt bij overnamecontracten), dan kan zij zich – door X aangesproken – niet verschuilen achter het formele optreden door D. Mits daartoe gereede aanleiding bestaat wordt M jegens genoemde X aansprakelijk. Zulks onverlet de mogelijkheid om ook D aan te spreken, aan wie, naar ik onder omstandigheden zou willen aannemen, de wetenschap van benadeling wordt toegerekend. De formele (vermogens-) scheiding tussen M en D behoort hier – onder omstandigheden – rechtens niet te worden gehonoreerd (115).
- (iv) *Ontduiking van wettelijke verplichtingen*. Daar waar de wetgever heeft nagelaten uitdrukkelijk te bepalen, dat toerekening

(114) Zie bijv. Arnold v. Philips (mijn diss. blz. 237).

(115) Zie voor het Amerikaanse recht, mijn diss. blz. 238; een bekend geval in Nederland is Pres. Rb. Arnhem, 28 februari 1948, *N.J.* 1948, 244, bevestigd door Hof Arnhem 4 januari 1949, *N.J.* 1949, 580; daarover o.m. Haardt, De aansprake-

plaats vindt (veelal door gebruik van de terminologie, dat bepaalde plichten 'middellijk of onmiddellijk' gelden), daar zou het lijken als kon M een jegens haar geldend ge- of verbod ontwijken door te dier zake gebruik te maken van D. In deze gevallen zal indien daartoe voldoende termen aanwezig zijn desniettemin worden toegerekend. Men komt deze gevallen o.m. tegen in de sfeer van het kartelrecht. Zo bijv. in de uitspraak van het Hof van Justitie te Luxemburg van 14 juli 1972 (kleurstoffenzaak) (116). Vermijdt men de term 'ontduiking', dan kan worden opgemerkt, dat ook bij de toepassing van bepaalde wettelijke regels de vraag kan rijzen of bepaalde eigenschappen van M of D moeten worden toegerekend aan de ander. Ik wijs daarbij op de regelmatig voorkomende vraag naar de (verborgen) 'nationaliteit' van de vennootschap, welke ondanks de ten onzent geldende incorporatieregel kan opkomen. Zie bijv. art. 311 WvK, art. 1 Luchtvaartwet, art. 8 lid 1 Besluit Vijandelijk Vermogen (E 133). Verder moge ik ten deze verwijzen naar het betoog van mijn medepreadviseur, welke ook aandacht zal besteden aan vragen van internationaal privaatrechtelijke aard (117).

De genoemde voorbeelden zijn voor uitbreiding vatbaar. Voor het betoog echter meen ik hiermede te kunnen volstaan. Graag wil ik echter nog stilstaan bij enkele verdere vragen, welke hier kunnen opdoemen. Eerst wil ik nog eens onderstrepen, dat doorgaans (m.u.v. de laatstgenoemde gevallen van simpele regeltoepassing of zoals onze oosterburen dat zo fraai aanduiden met de begrippen 'Normauslegung' en 'Normanwendung') steeds een duidelijke causaliteit zal dienen te worden aangetoond tussen het handelen/nalaten van M ten opzichte van D en de door de derde te lijden gevolgen. Daarmede verwijder ik mij van de regel van art. 239 SE-statuut, dat ik eerder critiseerde. Hier voeg ik daar nog aan toe, dat een dergelijke

lijkheid van moeder- en dochtermaatschappijen tegenover derden, *NV* 27, blz. 34 e.v.; Reuser, Onbeperkte zelfstandigheid van moeder- en dochtermaatschappij, *NV* 29, blz. 55, 63.; overigens kan het hier betoogde ook opgaan in de omgekeerde relatie als zgn. 'umgekehrte Durchgriff'.

(116) Zie ook Uniken Venema, *NV* 48, blz. 99; zie voor het Amerikaanse recht Lattin on Corporations, blz. 79 e.v.; vgl. mijn diss. blz. 238.

(117) Er zij op gewezen, dat een toerekening in deze gevallen ook kan werken ten gunste van M; vgl. bijv. voor Engeland DHN Food Distributors Ltd. and others v. London Borough of Tower Hamlets, Court of Appeal, 2-4 maart 1976, (1976) 3 All E.R., blz. 462 e.v.

lijke ongeclausuleerde aansprakelijkheid van M ten opzichte van Dc zou kunnen leiden tot het – naar ik aanneem – ongewilde gevolg, dat bij een dergelijke diep-ingrijpende aansprakelijkheid in M-D-verhoudingen M snel de neiging zal vertonen zich dan ook veel diepgaander met het (vooral ook dagelijkse) beleid in D bezig te gaan houden. Haar *eigen* verantwoordelijkheid tegenover de bij haar eigen onderneming betrokken belangen brengt zulks reeds met zich mee. Immers zou M zelf in problemen kunnen geraken, indien zij via D aanspraken tegen zich geldend gemaakt zou kunnen zien op het ontstaan en verloop waarvan zij geen invloed heeft en waardoor zij in het slechtste geval nog in de confiture zou kunnen raken.

Door te wijzen op de m.i. noodzakelijke causaliteit voorkom ik ook problemen met de vraag of er slechts sprake is van schade voor het vermogen van D. Is dit het geval dan zou Dc naar mijn mening geen actie tegen M toekomen. In ons stelsel immers gaat het vooral om de bescherming van het vermogen van de vennootschap, dat als (uiteindelijk) verhaalsobject voor crediteuren dient. Ondervinden dezen geen hinder van bepaalde gedragingen in het verkeer tussen D en M dan behoort hun ook geen actie te komen (vgl. de Schutznorm-theorie). Anders: art. 4 Vo-CR en art. 19 Ontwerp Vijfde Richtlijn. Slechts derhalve indien de belangen van Dc direct in gevaar komen heeft hij een actie. In dezelfde omstandigheden ook brengt de Forumbankregel (in de door mij gehanteerde zin) met zich mee, dat het bestuur van D zou behoren te weigeren aan het litigieuze gedrag haar medewerking te verlenen. Aldus zou deze redenering een dubbele veiligheidsklep tegen M's gedrag opleveren en zou kunnen worden voorkomen dat een impasse ontstaat doordat M een 'onwillig' bestuur zou kunnen ontslaan en vervangen door een 'willig bestuur, dat het litigieuze voor Dc nadelige gedrag zou kunnen voortzetten. Het in die omstandigheden toekennen van een actie aan Dc tegen M verhindert zulks.

HOOFDSTUK 5. AANSPRAKELIJKHEID VAN M ALS BESTUURDER

5.1. *M als feitelijk bestuurder*

58. Thans zou ik aan een verder onderzoek willen onderwerpen de vraag of M onder omstandigheden kan worden aangemerkt als be-

stuurder van D en langs die weg als zodanig kan worden aangesproken. Daarbij moge ik in herinnering brengen het hierboven onder nr. 21 gemaakte onderscheid tussen: 1. het uitoefenen van een algemene concernleiding, 2. het geven van (ad hoc) instructies, 3. het optreden als bestuurder van de dochter en 4. het uitvoeren van een managementopdracht. Met het oog op het hieronder te behandelen art. 151 kan punt 3 nader worden onderscheiden in het optreden als *benoemd* bestuurder en het optreden als *feitelijk* bestuurder.

Noch door het uitoefenen van een algemene concernleiding, noch ook door het geven van ad hoc instructies qualificeert M zich als 'bestuurder' van D. Zie ook art. 152 (= art. 262). Mogelijk wordt dit anders indien het instructies betreft welke voor D een vermogensschade bewerkstelligen, welke van zodanige omvang is, dat daardoor de belangen van crediteuren in gevaar (kunnen) komen. Zie verder hieronder.

Kijkt men naar het Duitse recht waar het betreft de regeling van het 'faktischer Konzern' (118) dan ziet men daar, dat M – indien zij een voor D nadelige instructie heeft gegeven – aansprakelijk is tegenover D tot een Ausgleich gedurende het boekjaar, dan wel tot zekerheidsstelling aan het einde daarvan. Blijft zij daarmee in gebreke, dan wordt zij ex Par. 317.1 AktG verplicht tot schadevergoeding aan D. Naast M zijn dan ook aansprakelijk de bestuurders van M (Par. 317.3 AktG). Voor wat de bestuurders van D betreft, geldt, dat deze eveneens tot schadevergoeding kunnen worden aangesproken indien zij 'unter Verletzung ihrer Pflichten' nagelaten hebben van de nadelige transactie melding te maken in het door hen op te stellen Abhängigkeitsbericht. Zie nr. 51. Die regeling is er een die berust op onrechtmatige daad, waar de aansprakelijkheid wordt uitgebreid naar de wettelijke vertegenwoordigers van M en D (119). Niet echter is hier sprake van een bestuurdersaansprakelijkheid in enge zin. Daarbij aansluitend zou ik eerst willen nagaan of M naar Nederlands recht als *feitelijk* bestuurder zou kunnen worden aangesproken. In

(118) Vgl. Vo-CR art. 1 deel II.

(119) Gewezen zij op de uitzonderingen voor bestuurders van M in Par. 317.2 (geen aansprakelijkheid als het gaat om gedragingen, die ook 'ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft... vorgenommen oder unterlassen hat' en voor bestuurders van D in Par. 318.3 als het gaat om een handeling, die 'auf einen gesetzmässigen Beschluss der Hauptversammlung beruht'. Vgl. voor wat dit laatste betreft ook art. 11 Boek 2 en Cahen, De invloed van de belangenverbreding op het handelen van de aandeelhouder, in 'Honderd Jaar Rechtsleven', blz. 72 e.v.

mijn dissertatie heb ik verdedigd zulks mogelijk te achten op grond van art. 151 (= art. 261) luidende: 'Allen, commissarissen of anderen, die, zonder deel uit te maken van het bestuur der (naamloze/besloten) vennootschap, krachtens enige bepaling der statuten of krachtens besluit der algemene vergadering voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden daden van bestuur verrichten, worden te dien aanzien, wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft, als bestuurders aangemerkt'. Treedt M daadwerkelijk als bestuurder op, d.w.z. heeft zij in alle opzichten de toerekenbare schijn daartoe gewekt in het verkeer met D en met derden, dan zou M op grond van deze bepaling 'als bestuurder' aansprakelijk kunnen worden. Die aansprakelijkheid is dan dezelfde dan die van reguliere bestuurders.

Mijn medepreadviseur Roelvink heeft er in een van onze gesprekken op gewezen, dat z.i. de woorden 'krachtens enige bepaling der statuten of krachtens besluit der algemene vergadering' een uitleg van art. 151 als door mij voorgestaan in de weg zou staan. De vraag heroverwegende dunkt mij dat het vooral gaat om de vraag of er sprake is van een AV-besluit (120). Wanneer zich nu m.n. in het geval dat M alle aandelen in D bezit, het geval voordoet, dat M daadwerkelijk optreedt als bestuurder lijkt mij dat het vereiste van 'een daartoe strekkend AV-besluit' gedekt kan worden geacht. Wanneer M een zo vergaande 'Eingriff' heeft gerealiseerd, dan lijkt mij dat M zich niet vervolgens, indien aangesproken door een derde, zou mogen terugtrekken achter de 'veil' van de AV.

Is men bereid mijn opvatting omtrent art. 151 te volgen, dan is daarmee m.i. een fraai instrument gegeven om bepaalde misbruiken of oneigenlijke gebruiken te keren nu M (ten overvloede wijs ik er juist op deze plaats nog eens op, dat ik daaronder ook de natuurlijke persoon met doorslaggevende invloed in de vennootschap versta) kan worden aangesproken als bestuurder, maar bovendien dan ook gebruik zou kunnen worden gemaakt van art. 138 (= art. 248). Dit brengt met zich mee, dat de curator in het faillissement van D tegen M mogelijk een actie kan instellen 'wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of na-

(120) Waar het immers betreft de statutaire regeling is duidelijk, dat het slechts kan gaan over een statutaire onstentenisregeling, omdat Par. 28 Departementale Richtlijnen in de weg staat aan een statutaire bestuursopdracht aan de AV; vgl. verder art. 152, welk artikel uitsluit, dat het goedkeuren van besluiten als besturen wordt aangemerkt.

latigheid van die bestuurder'. Nu M hier als bestuurder wordt aangesproken, zal van een dergelijke grove schuld of nalatigheid ook daadwerkelijk sprake moeten zijn. Deze zal bijv. ontbreken indien M in een situatie waarin D door (buiten toedoen van M gelegen) omstandigheden in slechte doen is geraakt en M heeft getracht door een actievare bemoeienis met D de situatie te redden.

Ik wijs er op, dat aldus redenerend een stelsel zou zijn bereikt, dat sterk tendeeft naar het Franse recht resp. de regeling in het Ontwerp Faillissementsverdrag, waarop de feitelijke bestuurders een uitgebreide aansprakelijkheid rust bij faillissement der vennootschap (121).

5.2. M als formeel bestuurder

59. Daarmede kom ik vervolgens tot de situatie, dat M formeel als bestuurder optreedt en als zodanig ook door de AV is benoemd. De toerekening aan M is dan slechts die welke voortvloeit uit de reguliere bestuursaansprakelijkheid. Deze is niet te beschouwen als een toerekening binnendoor.

Ook de mogelijkheden van M als bestuurder zijn naar mijn mening in dit geval beperkt tot die van een normaal bestuurder; benoeming door de AV van D van M tot bestuurder van D kan in mijn opvatting niet de mogelijkheid verruimen voor M om haar eigen belangen door te zetten in D, indien zulks in strijd komt met het 'vennootschappelijk belang' van D (zoals door mij opgevat). Sterker nog: neemt M de taak van bestuurder van D op zich, dan zal zij in die qualiteit het belang van D niet slechts moeten ontzien, doch dit zelfs positief moeten bevorderen en behartigen. Hetzelfde geldt indien M een van haar eigen werknemers benoemt (middels de AV van D) tot bestuurder van D. Ook de bestaande arbeidsovereenkomst tussen M en de persoon in kwestie zal aan M niet een titel kunnen geven, waarop zij middels de betreffende persoon/ondergeschikte een ver-

(121) Zie Loi 67-563, artt. 99-101; artt. 1-2 Ontwerp EG-Faillissementsverdrag, waaromtrent van Schilfgaarde, Inaug. Rede, blz. 25 e.v. en 43; Slagter, Compendium, blz. 108; Belinfante, Europese Faillissementsverdrag, *W.P.N.R.* 5133; van Gerven, Handels- en Economisch Recht, dl. I (Ondernemingsrecht), blz. 164 e.v.; Ronse, De Vennootschapswetgeving 1973, blz. 100/101; vgl. voorts voor het Engelse recht: S. 332 Companies Act, waaromtrent Palmer, *Company Law*, 22e druk, blz. 159 e.v.; Gower, a.w., blz. mijn diss., blz. 279 en 290; Cohn/Simitis, *Lifting the veil in the company laws of the European continent*, *I.Q.L.R.* 1962, blz. 205 e.v.

dergaande invloed zou kunnen nemen in D, dan haar toekomt op grond van de verhouding tussen M en D in het algemeen (122).

Waar het hier gaat over de regeling van de bestuursaansprakelijkheid wijs ik nog op de volgende wettelijke regels:

- (i) art. 69 (= art. 180): zolang de bestuurders der vennootschap niet hebben ingeschreven in het handelsregister onder depot van een authentiek afschrift van de oprichtingsakte en niet tenminste 10% van het bij de oprichting geplaatste kapitaal is gestort, zijn zij naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor de rechtshandelingen, waardoor de vennootschap wordt verbonden (123);
- (ii) art. 93 (= art. 204): bestuurders of anderen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor schade welke derden lijden, indien rechtshandelingen, verricht ten behoeve van een op te richten vennootschap door deze later niet worden bekrachtigd (124);
- (iii) art. 138 (= art. 248) zie boven;
- (iv) art. 139 (= art. 249): de bestuurders zijn aansprakelijk tegenover derden, indien deze schade lijden tengevolge van een misleidende voorstelling van zaken in de te publiceren jaarrekening (zie ook art. 148) (125).

5.3. Management contract

60. Tot besluit wil ik nog wijzen op de figuur van het management-contract. Hier doet zich het geval voor dat nv A opdracht krijgt van nv B om het management van de nv B geheel of voor bepaalde activiteiten op zich te nemen. Van een M-D-verhouding behoeft hier geen sprake te zijn.

Deze figuur komt wel voor bij joint ventures, waarin wordt deelgenomen door partners, welke op verschillende terreinen werkzaam zijn en die voor de uitvoering van een door de joint venture geënta-

(122) Vgl. mijn diss. blz. 282, waar ik heb betoogd, dat M dan ook niet op grond van art. 1403 lid 3 B.W. kan worden aangesproken.

(123) Zie van Schilfgaarde, Inaug. Rede, blz. 13.

(124) Handboek, blz. 155 e.v.; van Schilfgaarde, Inaug. Rede, blz. 14 e.v.; idem, diss., blz. 137 e.v.

(125) Handboek, blz. 465 e.v.; het ware een interessante – nader te onderzoeken – vraag of met (analoge) toepassing van deze bepaling ook een opening naar toerekening aan M zou kunnen worden bewerkstelligd. Een vraag overigens die zich bij toepassing van art. 343 van zelf oplost.

meerd project een van hen aanwijzen, welke verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project. De regeling sluit dan aan bij die van de lastgeving aan deze 'uitvoerder', welke wordt aangewezen/aangesteld door het bestuur van de joint venture (dat op zijn beurt bijv. kan bestaan uit een aantal natuurlijke personen aan te wijzen door ieder van de partners). De onderhavige figuur behoort niet te worden verward met het Beherrschungsvertrag naar Duits recht. Dit laatste immers maakt de 'beherrschte Unternehmen' als zodanig 'ondergeschikt' aan de instructies van de 'herrschende Unternehmen'. Bij het managementcontract (in het Duits: Betriebsführungsvertrag) echter is degene aan wie de managementopdracht wordt verstrekt nu juist immers ondergeschikt aan het bestuur van de vennootschap die de opdracht verleent. Het bestuur behoudt dan ook als zodanig zijn eigen verantwoordelijkheid tegenover de vennootschap (126).

SLOTBESCHOUWINGEN

'There can be little doubt that the doctrine of the lifting of the veil has come to stay', schreven Cohn en Simitis in 1962 (127). Naar mijn mening geldt dat zeker ook voor het Nederlandse recht. In toenemende mate immers worden wij geconfronteerd met vragen, die zich niet langer laten oplossen langs de lijnen van het klassieke vennootschapsrecht. Vooral vindt dit zijn oorzaak in een zich wijzigende opvatting over de aard van de rechtspersoon in het algemeen en die omtrent de vennootschap in het bijzonder. Meer dan weleer wordt thans dat concept beïnvloed door het feit dat wordt onderkend, dat de rechtspersoon steeds mede moet worden gezien als degene, die een organisatie in stand houdt. Dat geldt niet slechts voor de vennootschap en haar onderneming, doch – als men bijv. kijkt naar de WOR – ook voor het door een stichting gedreven ziekenhuis. Ook het begrip rechtspersoon/vennootschap zelf is in beweging. Leek het er op, dat met de invoering van Boek 2 rust en duidelijkheid waren verkregen, reeds de publicatie van het ontwerp Boek 7 bracht daarin

(126) Zie verder: Veelken, *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, Baden-Baden 1975; Damm, *Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen*, *Der Betriebs-Berater* 1976, blz. 294 e.v.

(127) Zie noot 121.

verandering. Daarin immers wordt de v.o.f. hoezeer gezien als 'overeenkomst' toch ook tevens als rechtspersoon gequalificeerd. Zulks leidt er toe dat verdere bezinning noodzakelijk wordt zowel omtrent het begrip rechtspersoon, als omtrent het begrip vennootschap in zijn verschillende vormen (nv, bv, v.o.f.).

In mijn dissertatie heb ik voor wat betreft de joint venture in de rechtsvorm van een nv of bv verdedigd, dat daarbij sprake is van een op overeenkomst gebaseerde nv/bv-rechtspersoon. Aldus vervloeien de grenzen tussen de rechtspersonen van Boek 2 en die van Boek 7.

Ook de heden ten dage wel gebruikelijke tegenstelling tussen de zgn. institutionele en instrumentele opvatting omtrent de nv en bv moet met voorzichtigheid worden gehanteerd. Aansluitend bij de beschouwingen daaromtrent in mijn dissertatie heb ik ook hierboven gewezen op de betrekkelijke waarde van dit onderscheid. Ook hier geen strakke scheidslijnen, doch veeleer vloeiende grenzen tussen de meer als instituut op te vatten grote beurs-nv met gespreid kapitaalbezit en de meer als 'instrument' op te vatten concern- en kleine vennootschappen. Kleur- en accentverschillen welke doorwerken in de juridische verhouding tussen AV en bestuur, alsook in de vaststelling van het 'vennootschappelijk belang'. Als mijn mening heb ik verdedigd dat in 'besloten verhoudingen' (concern- en kleinere vennootschappen) in de vaststelling van dat 'vennootschappelijke belang' de belangen van de concernmoeder resp. van de 'aandeelhouder/ondernemer' een duidelijk preponderante plaats innemen bij afweging tegen de overige bij de vennootschap betrokken (rechtens relevante) belangen. Daarmede correspondeert dan de toelaatbaarheid van een zekere beïnvloeding door de moeder van het beleid in de dochter.

Die beïnvloedingsmogelijkheid echter wordt m.i. begrensd door de vraag of en in hoeverre met de overige rechtens relevante bij de dochter betrokken belangen op adequate wijze is rekening gehouden c.q. deze institutioneel zijn gewaarborgd. Hier zien wij dat de matrix van het bedoelde belangenpatroon zijn invloed doet gelden op de klassieke opvattingen omtrent aard en wezen van de vennootschap-rechtspersoon en op de juridische normering van het handelen harer organen. Dat komt tot uitdrukking in het zich ontwikkelende medezeggenschapsrecht, in de vraag naar de bescherming van minderheidsaandeelhouders, in de onderlinge verhouding tussen de organen in de moeder en de dochter, in de vraag naar de bescherming

van crediteuren. Wij bevinden ons kortom midden in het rechtsgebied, dat wordt aangeduid als 'concernrecht.'

Hierboven heb ik uiteengezet dat Nederland in aanzet reeds niet onbelangrijke brokken concernrecht kent; Duitsland heeft een verder uitgewerkt systeem; op Europees niveau vindt men aanzetten o.m. in het ontwerp-statuuat Europese Vennootschap en het Voorontwerp Richtlijn Concernrecht. Noch de geregelde configuraties, noch ook de behandelende probleemgebieden lopen daarbij parallell. Een ding echter is duidelijk en wel – zoals Uniken Venema in 1969 (128) stelde – 'dat concernverhoudingen aanleiding zullen geven tot veel komend recht'. De rechtswetenschap en praktijk zullen echter ook zonder dat van een uitgebreid gecodificeerd concernrecht nog sprake is met de onderhavige problematiek worden geconfronteerd. Oplossingen dienen ook reeds thans zo veel mogelijk te worden ontwikkeld. Daarbij – dunkt mij – zal men vooral niet de begrippen rechtspersoon en vennootschap dienen op te vatten als absolute, on-aantastbare categorieën des rechts, doch deze veeleer moeten toetsen op hun rechts-betekenis in concreto. Zulks zoals dat ook wel is geschied met andere rechts-categorieën als 'eigendom' en 'wilsovereenstemming'. Normen dienen daarbij te worden ontwikkeld, welke passen in en aansluiten bij ons rechtssysteem, hetgeen betekent een zoeken naar en aftasten van de vaak dieperliggende normen en rechtsovertuigingen in ons rechtssysteem.

Dit preadvies is een bescheiden poging om op die wijze aanzetten te vinden voor de oplossing van rechtsproblemen, welke wel worden aangeduid met beeldende termen als 'lifting the veil', 'disregarding the corporate personality (entity)', 'Haftungsdurchgriff', etc. Niet meer dan aanzetten echter, want zeker wel hier geldt het devies van J. J. Loeff: 'Er is geen rust voor het recht!' (129)

Mochten bovenstaande beschouwingen een bijdrage kunnen leveren aan de verdere ontwikkelingen van het rechtsdenken op dit gebied, dan acht schrijver dezes het werk aan dit preadvies ruimschoots be-loond.

(128) Beckhuysbundel, blz. 288.

(129) J. J. Loeff, *Er is geen rust voor het recht. Een wijsgerige bespiegeling over de rechtsvinding als ethische eis*, in: 'Rechtsvinding', opstellen aangeboden aan Prof. Dr. J. M. Pieters.

INHOUD

PREADVIES MR. H. L. J. ROELVINK

Door rechtspersonen heen kijken

Hoofdstuk 1 Inleiding, 83

Hoofdstuk 2 Nederlandse wetgeving, 88

Hoofdstuk 3 Europese ontwikkelingen, 99

Hoofdstuk 4 Rechtspraak, 103

Hoofdstuk 5 Buitenland, 124

Hoofdstuk 6 Vereenzelvigingsvragen, 138

Hoofdstuk 7 Doorbraak van aansprakelijkheid, 149

Hoofdstuk 8 Internationaal recht, 163

Hoofdstuk 9 Samenvattende slotopmerkingen, 170

Door rechtspersonen heen kijken

The light of justice here reveals a diaphanous
veil, not an iron curtain.

G. D. Hornstein

HOOFDSTUK I. INLEIDING

1.1. De titel van dit preadvies is een nogal vrije vertaling van de door het bestuur der Nederlandse Juristen Vereniging gegeven omschrijving van het te behandelen onderwerp: *'lifting or piercing the corporate veil'* (1).

Wijziging van de formulering van het thema is door het bestuur toegestaan en van de aldus verkregen vrijheid wordt dankbaar gebruik gemaakt. Een Nederlands opschrift leek verkieslijk voor een geschrift, dat voor Nederlandse juristen bestemd is. Bovendien wordt hierdoor vermeden, dat bij de afbakening van het onderwerp teveel zou moeten worden gelet op wat elders – vooral in de Verenigde Staten, de bakermat van het leerstuk – als doorboren van de sluier der vennootschap wordt beschouwd.

Bij het zoeken van een Nederlandse titel heb ik overwogen, het voorbeeld van W. Westbrook te volgen en het te behandelen verschijnsel aan te duiden als *'terzijdestelling van de rechtspersoonlijkheid'* (2). Bij nader inzien had ik hiertegen het bezwaar, dat deze woordkeuze in feite blijf zou geven van de – niet door mij gehuldigde – opvatting dat de rechtspersoonlijkheid als zodanig opzij wordt ge-

(1) Deze beeldspraak is reeds in 1912 gehanteerd door I. M. Wormser, 'Piercing the veil of corporate entity', *Columbia Law Review* 1912 p. 496 e.v. Behalve van 'piercing' of 'lifting' van de 'corporate veil' spreekt men in Amerika ook van 'disregarding the corporate entity', 'disregarding the corporate fiction', 'looking behind the corporate shell' e.d.; de opzij geschoven vennootschap wordt soms aangeduid als een 'dummy', 'sham', 'a mere instrumentality', 'alter ego' e.t.q.

(2) De titel van hoofdstuk 5 van Westbrook's preadvies over concernverhoudingen voor de Vereeniging Handelsrecht, 1969.

zet telkens wanneer achter de schermen van een rechtspersoon wordt gekeken om een ander (moedermaatschappij, enig aandeelhouder, bestuurder) naast die rechtspersoon aansprakelijk te houden of voor een bepaald doel met die rechtspersoon over één kam te scheren.

In het voetspoor van C. Ae. Uniken Venema (3) zou kunnen worden gesproken van *relativiteit* of *relativering* van de rechtspersoonlijkheid. Daargelaten dat op deze terminologie wel iets valt af te dingen (4), zou een dergelijke titel ten onrechte suggereren dat dit preadvies beschouwingen over het wezen van de rechtspersoonlijkheid bevat. Op dat punt heb ik echter haastig het veld geruimd (5) voor mijn mede-preadviseur, vanzelfsprekend niet zonder diens goedvinden.

De door P. van Schilfgaarde ingevoerde term '*doorbraak van aansprakelijkheid*' heeft evenals de in Duitsland gangbare uitdrukking '*Haftungsdurchgriff*' beeldende kracht, maar is niet ruim genoeg voor de gehele stof van dit preadvies. Niet alleen gevallen van aansprakelijkheid van degenen, die achter een rechtspersoon staan, zullen aan de orde komen, doch ook gevallen van geheel andere aard.

A. van Oven (6) pleegt in dit verband te spreken van '*vereenzelving*'. Ook deze vlag zou de lading niet volledig dekken: in sommige gevallen wordt niet zozeer de rechtspersoon met anderen vereenzelvigd als wel – met erkenning van ieders afzonderlijke identiteit – voor een bepaald doel gelet op degenen die nauw met de rechtspersoon in kwestie verbonden zijn.

Tegen de voor dit preadvies gekozen titel kan intussen het bezwaar worden ingebracht, dat de vlag te groot is voor de lading. Om te beginnen komt niet tot uiting, dat voornamelijk over naamloze en

(3) Concernrecht, Beekhuis-bundel (1969) p. 265 e.v. (vooral p. 281); Een verdere terreinverkenning met betrekking tot concernverhoudingen, *De NV* 48 (1970/71) p. 94 e.v.

(4) Zie P. van Schilfgaarde, *Doorbraak van aansprakelijkheid* in het N.V. recht, rede Groningen 1970, p. 9 noot 2.

(5) Om toch kleur te bekennen, sluit ik mij aan bij de opvatting van R. A. V. van Haersolte, *Personificatie van sociale systemen*, 1971, p. 13-15, die de figuur der rechtspersoonlijkheid typeert als een bondige manier om iets ingewikkelds te zeggen over de relaties tussen concrete mensen. Ik moge verder verwijzen naar Meijers, *W.P.N.R.* 3285 e.v. en *Algemene Begrippen* p. 170 e.v.

(6) '*De grote onderneming en de papieren N.V.*', Van Opstall bundel, p. 119 e.v.; rechtspraakoverzichten *W.P.N.R.* 5053, 5263.

besloten vennootschappen zal worden gesproken, zij het met een enkele incidentele verwijzing naar andere rechtspersonen. In de tweede plaats blijkt uit de titel niet, dat in hoofdzaak op het Nederlandse recht zal worden ingegaan, al veroorloof ik mij enige uitstapjes naar vreemd recht en naar Europees gemeenschapsrecht. Tenslotte laat de titel niet zien, dat het alleen gaat om gevallen van door rechtspersonen heen kijken, waarin iets bijzonders aan de hand is.

Ter verontschuldiging voor de te ruime omschrijving moge dienen, dat een nauwkeuriger titel onleesbaar zou zijn (7).

1.2. Dat door rechtspersonen heen wordt gekeken is op zichzelf niet opzienbarend. Een rechtspersoon is naar zijn aard nu eenmaal *transparent* in deze zin, dat steeds zal moeten worden gelet op handelingen of verklaringen van de natuurlijke personen, die voor het feitelijk functioneren van de rechtspersoon zorgen. Zonder activiteit van natuurlijke personen is de rechtspersoon een juridische spookverschijning (8).

Het gaat in dit preadvies echter niet om dit noodzakelijke toerekenen van handelingen van natuurlijke personen (met name bestuurders) aan een rechtspersoon (9), maar om het uitzonderlijke of op zijn minst *ongewone* verbinden van rechtsgevolgen aan de nauwe band, die kan bestaan tussen een rechtspersoon en andere (natuurlijke of rechts-)personen.

Die rechtsgevolgen kunnen voor de rechtspersoon c.q. voor die andere personen voordelig dan wel nadelig zijn: zo ontstaat bij doorbraak van aansprakelijkheid nadeel voor de aansprakelijke partij (aandeelhouder of bestuurder), terwijl bij qualificering van het gebruik van een gehuurd pand door een nv als eigen gebruik door haar directeur/groootaandeelhouder (de formele huurder) de operatie voordelig is.

Uit praktisch oogpunt is de vraag, wanneer doorbraak van aansprakelijkheid mogelijk is, veel belangrijker dan de andere te be-

(7) Met enige spijt heb ik de titel 'doorzichtige rechtspersonen' verworpen. De dubbelzinnigheid van het woord doorzichtig zou kunnen leiden tot de verdenking van een vooroordeel ten nadele van 'onzelfstandige' rechtspersonen.

(8) De natuurlijke personen kunnen zich overigens achter een tweede scherm bevinden: men denke aan de bv, die door een andere bv wordt bestuurd.

(9) Buiten beschouwing blijven ook vragen als: kan een rechtspersoon een eed afleggen, beledigd worden etc. Zie over de 'natuurlijke' zijde van de rechtspersoon J. Wiarda, *Ars Aequi* 1958/59 p. 229 e.v., antwoord rechtsvraag.

handelen gevallen. Dit is er ongetwijfeld de oorzaak van, dat de woorden 'piercing the corporate veil' vaak alleen in verband worden gebracht met aansprakelijkheidskwesties, in het bijzonder naar aanleiding van concernverhoudingen en eenmansvennootschappen. Gegeven dit praktische belang, zal aan het vraagstuk van de doorbraak een afzonderlijk hoofdstuk worden gewijd.

1.3. Naar volledigheid wordt in dit preadvies niet gestreefd. Zou dat wel het geval zijn, dan zou misschien uitvoerig moeten worden stilgestaan bij de verschillende vormen van wat men '*vrijwillige piercing*' zou kunnen noemen. Ik denk hierbij allereerst aan de gevallen waarin een moedermaatschappij of enig aandeelhouder zich persoonlijk als borg of medeschuldenaar verbindt of zich sterk maakt voor verplichtingen van de (dochter- resp. eenmans-)vennootschap (10), doorgaans om aldus crediet of meer crediet voor die vennootschap te verkrijgen (11).

Soms wordt in het raam van centrale financiering in concernverband een geheel web van garanties uitgesponnen, waarbij niet alleen de moedermaatschappij zich verbindt voor verplichtingen van de dochters (en kleindochters) tegenover de bank, maar alle tot het concern behorende vennootschappen zich jegens de bank verbinden voor de verplichtingen van de overige concernmaatschappijen, inclusief de moeder. Aan de complicaties die een dergelijke situatie in geval van déconfiture kan veroorzaken, mede in verband met onderling regres en verschillen in vermogenspositie en crediteurenbestand per vennootschap, moet hier worden voorbijgegaan.

Een andere categorie van gevallen, waarin partijen (rechtspersonen) zelf door de eigen schermen heen kijken, wordt gevormd door contractuele bepalingen, waarin gevolgen worden verbonden aan de achterliggende verhoudingen bij partijen of één harer. Zo leest men niet zelden in een duurovereenkomst – in het bijzonder wan-

(10) Eén van die gevallen komt ter sprake onder 2.9.4.; dat geval verdient m.i. afzonderlijke vermelding wegens de ingreep van de wetgever.

(11) Een merkwaardige variant is de soms door Amerikaanse concerns gebruikte 'letter of comfort', een verklaring van de moedermaatschappij dat zij de door de dochter aangegane verplichtingen kent en goedkeurt, met enige indicaties dat zij de dochter niet in de steek zal laten. Een 'lawyers paradise', dunkt mij. Minder onduidelijk is de in Duitsland te vinden 'Patronatserklärung', een verklaring waarbij de moedermaatschappij toezegt, haar dochter(s) steeds met voldoende kapitaal te zullen uitrusten.

neer deze een vorm van samenwerking regelt – dat de ene partij het recht heeft, de overeenkomst te beëindigen wanneer de zeggenschap over de andere partij (nv of bv) in andere handen geraakt of hoe dan ook een ingrijpende verandering in het aandeelhoudersbestand optreedt. Ook is frequent de clause, welke aan een contractspartij de bevoegdheid verleent, de rechten en verplichtingen uit het contract ook zonder medewerking van de wederpartij te doen overgaan op een in concernverband met eerstbedoelde partij verbonden vennootschap.

Tenslotte kan nog worden gewezen op een bij sommige concerns gebruikelijke clause in verkoopvoorwaarden of andere algemene condities, welke hierop neerkomt dat schulden van concernmaatschappijen jegens de wederpartij mogen worden gecompenseerd met vorderingen van andere concernleden op diezelfde partij; in dit verband wordt wel van 'hoofdelijk medecrediteurschap' gesproken.

1.4. Het overleg tussen de beide preadviseurs heeft geleid tot een zekere mate van taakverdeling. De aard van het onderwerp leent zich echter niet voor een scherpe afbakening; overlappingen doen zich dan ook voor, maar dit heeft misschien deze aantrekkelijke kant, dat verschillen van opvatting zichtbaar worden, waardoor de vruchtbaarheid van het debat kan worden bevorderd.

De indeling van dit preadvies spreekt voor zichzelf. Wat de in de hoofdstukken 2 t/m 5 vervatte gegevens betreft, kan men zich afvragen of deze beschrijvende inventarisatie van nogal heterogeen materiaal veel zin heeft. Ik heb mij door deze twijfel niet laten weerhouden, veronderstellende dat verdere onderzoeken op dit in Nederland (anders dan bijv. in Duitsland) nog enigszins braakliggende terrein en ook de discussie ter vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging kunnen worden vergemakkelijkt door de beschikbaarheid van gerangschikt feitenmateriaal. Een grondige analyse van dit materiaal zou trouwens een veel te lang preadvies hebben opgeleverd.

Een tweede twijfelpunt is, of al het materiaal eigenlijk wel binnen het raam van het onderwerp valt. Wie zich met een onderwerp als dit bezighoudt, betraapt zichzelf na verloop van tijd op het dragen van een speciale bril waardoor in allerlei situaties, waarin rechtspersonen figureren, door die rechtspersonen heen wordt gekeken om de achter de schermen opererende personen bezig te zien en

hen daarover – in gedachten – aan te spreken. Het verschijnsel doet denken aan wat in een recent Olivier B. Bommel verhaal gebeurde met overigens nuchtere lieden als Dr Lurx: men zette hem de zonnige bril op en hij zag goud waar in werkelijkheid slechts steen met een dun laagje verguldsel aanwezig was. Ontmaskering door Prof. Prlwytzkofski kon niet uitblijven; ik vrees een zelfde lot.

HOOFDSTUK 2. NEDERLANDSE WETGEVING

In een aantal gevallen kijkt de Nederlandse wetgever zelf door rechtspersonen heen, hetzij in de richting van de aandeelhouders of van in groepsverband verbonden rechtspersonen, hetzij in de richting van de bestuurders der rechtspersoon (12). Ook komt het voor, dat de wet aan belanghebbenden de mogelijkheid biedt tot 'piercing of the veil'.

Deze verspreide en merendeels niet onderling samenhangende bepalingen vormen geen logisch of harmonieus geheel. Zij hebben slechts gemeen, dat voor bepaalde doeleinden wordt gelet op wie 'achter' de rechtspersoon staat of daarmee nauw verbonden is.

Een aantal van de hier bedoelde gevallen is reeds door Uniken Venema in zijn eerder genoemde artikelen bijeengebracht. Nog enige andere gevallen zijn opgespoord, maar het nu volgende overzicht is zeker niet volledig. De opsomming beperkt zich overigens niet tot wetten in formele zin, maar vermeldt ook pseudo-wetgeving en andere algemene regelingen, welke een bindend karakter hebben.

2.1. Art. 311 W.v.K.

Een nv of bv is slechts 'Nederlander' c.q. 'ingezetene van het Koninkrijk' in de zin van dit artikel, indien de aandeelhouders en de bestuurders aan bepaalde eisen van nationaliteit en woonplaats voldoen. Het gaat hier alleen om de maatstaven voor de Nederlandse nationaliteit van *zeeschepen*, die (mede) in eigendom toebehoren aan vennootschappen; buiten het toepassingsgebied van art. 311 K. spelen deze maatstaven geen enkele rol.

(12) Deze vrijheid van de wetgever gaf de Engelse rechter Devlin in 1953 aanleiding tot de opmerking: 'No doubt the legislature can forge a sledgehammer capable of cracking open the corporate shell; and it can, if it chooses, demand that the courts ignore all the conceptions and principles which are at the root of company law'.

Het artikel is overigens gedoemd te verdwijnen uit de privaatrechtelijke regeling van het zeerecht. In het regeringsontwerp voor Boek 8, eerste stuk, van het nieuwe B.W. wordt provisorisch verwezen naar art. 311 K. in afwachting van de in voorbereiding zijnde nieuwe publickrechtelijke regeling van de nationaliteit van zeeschepen: zie de toelichting op de artikelen 8.3.1.10, lid 2 en 8.3.2.5.

2.2. Wie aan schepen denkt, komt vanzelf op *vliegtuigen*. Art. 1 der Luchtvaartwet van 15 januari 1958 bepaalt onder meer, dat als Nederlandse luchtvaartuigen gelden de luchtvaartuigen, die in een Nederlands luchtvaartuigregister (13) zijn ingeschreven. De Regeling Toezicht Luchtvaart, K.B. van 22 januari 1959, bevat nadere voorschriften over dat register (14) en kent verschillende categorieën van luchtvaartuigen die voor inschrijving in aanmerking komen; één der categorieën wordt blijkens art. 3 lid 1 sub c gevormd door luchtvaartuigen welke toebehoren aan verenigingen en rechtspersonen naar Nederlands recht, waarvan hetzij de enige bestuurder Nederlander en ingezetene is, hetzij de voorzitter en tenminste 2/3 van de leden van het bestuur Nederlanders, tevens ingezetenen, zijn. (15)

2.3. *Besluit Vijandelijk Vermogen (E 133)*

Volgens artikel 8 lid 1 van dit in 1944 uitgevaardigde besluit kon het Beheersinstituut o.a. bepaalde maatregelen nemen ten aanzien van rechtspersonen, indien 25% of meer van het geplaatste kapitaal eigendom was van vijandelijke onderdanen.

(13) Het hier bedoelde luchtvaartuigregister moet worden onderscheiden van het register, bedoeld in de Wet Teboekgestelde Luchtvaartuigen van 6 maart 1957, welk register van belang is voor bepaalde rechtshandelingen zoals vestiging van zakelijke rechten.

(14) De besluitgever was hierin vrij, want het terzake geldende Verdrag van Chicago, dat in art. 17 de nationaliteit van het luchtvaartuig bindt aan de plaats van registratie, laat blijkens art. 17 de regeling der registratie geheel over aan de nationale wetgevers. Zie over nationaliteit en registratie van luchtvaartuigen o.a. J. F. Honig, *The legal status of aircraft* (1954) en Shawcross & Beaumont on *Air Law* (1966), p. 220 e.v.

(15) Een voorloper van deze regeling, het K.B. van 6 december 1928 (Stb. 454) kende aan de Minister de discretionaire bevoegdheid toe, inschrijving te weigeren indien hem bleek, dat 'de zeggenschap' in het aanvragende lichaam geheel of gedeeltelijk berustte bij personen of vennootschappen die zelf niet voldeden aan de vereisten voor inschrijving. Zie daarover A. Schadee, 'Nationaliteit der N.V. en de R.T.L.', *De NV* 8 (1929), p. 65-67.

2.4. *Strafrechtelijke aansprakelijkheid*

Sedert men in Nederland aanneemt dat rechtspersonen zelf strafbare feiten kunnen begaan, is het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van bestuurders of andere natuurlijke personen voor door de rechtspersoon gepleegde strafbare feiten een vorm van door de rechtspersoon heen kijken geworden. (16) De zaak lag anders toen nog geleerd werd dat strafbare feiten alleen door natuurlijke personen kunnen worden begaan: de norm kon zich toen slechts richten tegen de bestuurder c.q. feitelijk handelende persoon en deze werd niet vervolgd voor wat door de rechtspersoon was misdreven maar voor zijn eigen handelingen.

Bekende voorbeelden van strafbaarstelling van rechtspersonen – en van bestuurders e.d. náást de betrokken rechtspersonen – waren tot voor kort art. 15 van de Wet Economische Delicten en art. 74 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen; tal van soortgelijke bepalingen zijn gaandeweg ook in andere wetten opgenomen, zomede in regelingen van lagere wetgevers ingevolge art. 50a – oud W.v.S. Al deze bepalingen zijn op 1 september 1976 door de wet van 23 juni 1976 (Stb. 377) afgeschaft gelijktijdig met de invoering van een nieuw art. 51 W.v.S.

Dit nieuwe artikel 51 W.v.S. bepaalt categorisch dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen, om vervolgens de vervolging en strafsancties wegens door rechtspersonen begane feiten zo te regelen, dat vervolgd en (voorzover de straf daarvoor in aanmerking komt) gestraft kunnen worden de rechtspersoon of zij die opdracht tot het feit of feitelijke leiding aan de verboden gedraging hebben gegeven, dan wel de rechtspersoon en die leidende personen tezamen (17).

2.5. *Fiscale regelingen*

2.5.1. Voor het onderhavige onderwerp is allereerst interessant de *Wet op de Richtige Heffing* van 29 april 1925 (Stb. 171), later verwerkt in art. 31 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen. Deze wet,

(16) Van der Grinten noemt het in *W.P.N.R.* 5357, p. 472, ongebruikelijk om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders aan te duiden als 'piercing of the corporate veil'. Die ongebruikelijkheid schrikt mij toch niet zo sterk af, dat ik zonder meer voorbij zou willen gaan aan het onmiskenbare door de rechtspersoon heen kijken, dat zich hier voordoet.

(17) Het ontwerp van deze wet is uitvoerig besproken door G. E. Mulder en J. W. Fokkens, *De rechtspersoon als dader*, *NJB* 1976, 493. Zie over deze materie ook de preadviezen N.J.V. 1966 van F. C. Kist en L. H. C. Hulsman.

die een drastisch terzijdestellen van de rechtspersoonlijkheid mogelijk maakt, is destijds scherp bestreden, vooral door Meijers (18), doch had ook verdedigers, waaronder Jb. Zeylemaker (19). Veelvuldig toegepast is de wet niet, maar zij heeft vermoedelijk wel een preventieve rol van betekenis gespeeld. (20)

2.5.2. *Fiscale eenheid*, art. 15 van de Wet op de Vennootschapsbelasting. Bij toepassing van de in deze bepaling voorziene faciliteit worden de moedermaatschappij en haar 100% dochter als één beschouwd, alsof de dochter in de moeder 'is opgegaan'. Deze regeling, in samenhang met de deelnemingsvrijstelling van art. 13 van dezelfde wet, heeft de concernvorming in Nederland begunstigd (21). In dit verband kan ook worden gewezen op de *vrijstelling van overdrachtsbelasting* bij interne reorganisatie van nv's en bv's ingevolge art. 15 lid 1 sub h. van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970, juncto art. 5 van het daarbij behorende uitvoeringsbesluit 1971 (zie de definitie van 'concern' in lid 3).

2.5.3. In verscheidene gevallen heeft de *identiteit* van de aandeelhouders en/of bestuurders invloed op de fiscale positie. Zo bepaalt bijv. art. 2 lid 7 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 dat lichamen, waarvan uitsluitend Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersonen direct of indirect aandeelhouders zijn, niet aan vennootschapsbelasting onderworpen zijn tenzij zij een bedrijf uitoefenen als genoemd in het derde lid van het artikel.

Een blik achter de schermen wordt ook geworpen in het geval, bedoeld in het derde lid van art. 39 der Wet op de Inkomstenbelasting 1964: familieleden-aandeelhouders tellen mee voor de bepaling van het 'aanmerkelijk belang'.

(18) *W.P.N.R.* 2853.

(19) Gebruik en misbruik van de rechtsvorm, in het bijzonder bij de naamloze vennootschap, rede Batavia 1934; Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap, *R.M. Themis* 1945/46 p. 641 e.v.

(20) Een greep uit de meer recente literatuur over dit onderwerp: M. A. Kakebeke-v. d. Put, *Wetsonthduiking*, p. 157 e.v.; L. Lancée, *W.P.N.R.* 4691, 4692; Ch. P. A. Geppaart in de bundel *Speculum Langemeijer*, p. 115 e.v. en F. H. M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV*, p. 105 e.v.

(21) Zie J. H. Christiaanse, *Belastingaspecten van concerns*, *TVVS* 1968 p. 238; J. C. K. W. Bartel, *Fiscale eenheid/deelnemingsvrijstelling*, *TVVS* 1976, p. 181, 239 e.v.

Andere voorbeelden van fiscaal in aanmerking nemen van de identiteit der aandeelhouders bieden art. 20 lid 5 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, strekkende tot het tegengaan van de handel in lege vennootschappen met compenseerbare verliezen, en art. 28 lid 2 sub c. en d. van die wet, verband houdende met het bijzondere regime voor beleggingsinstellingen.

2.6. Ofschoon nog geen wet geworden, verdient het ontwerp van *Wet op de Vermogensaanwasdeling* vermelding omdat het in het tweede lid van art. 2 aansluit bij het hiervoren onder 2.5.2 genoemde art. 15 van de Wet Vennootschapsbelasting (fiscale eenheid). Een vennootschap die fiscaal is 'opgegaan' in een andere vennootschap, geldt ook voor de V.A.D. als versmolten met laatstbedoelde vennootschap (22).

Het ontwerp is op een ander punt ook opmerkelijk: art. 10 lid 1 voorziet in de mogelijkheid, dat een dochtervennootschap (criterium: tenminste 50% van de aandelen direct of indirect in handen van de moeder) het aan het vermogensaanwasfonds toekomende deel van haar vermogensaanwas voldoet in de vorm van afgifte van (certificaten van) aandelen in de moedermaatschappij.

Het S.E.R. besluit *Fusiegedragsregels 1975*, dat wel geen wet is maar toch op zijn minst een pseudo-wet, zodat het in deze opsomming kan worden meegenomen, houdt op twee punten rekening met achterliggende verhoudingen.

Art. 15 lid 1 sub b. van hoofdstuk II bepaalt, dat de gedragsregels van paragraaf 4 ook moeten worden nageleefd indien een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een 'samenstel van ondernemingen' (23) en in de daartoe behorende, in Nederland gevestigde, ondernemingen gezamenlijk in de regel 100 of meer werknemers werkzaam zijn (24).

(22) Niet zonder grond merken C. A. de Kam en W. A. Vermeend in *NJB* 1976, p. 1098, op dat het voor de hand ligt dat, nu consolidatie niet verplicht is, pogingen zullen worden gedaan om de onderneming zodanig op te splitsen dat ieder der eenheden beneden de 'VAD-drempel' blijft.

(23) Wat een 'samenstel van onderneminge' is, wordt in art. 14 lid 1 gedefinieerd als twee of meer ondernemingen over welke activiteiten eenzelfde natuurlijke of rechtspersoon, direct of indirect, de zeggenschap heeft.

(24) Verwant met deze regeling is het Besluit inzake een Sociaal Vestigingsbeleid van de gemeente Rotterdam (*Gemeenteblad* 1974 no. 20). Art. 1 lid 3 van dat besluit breidt de werking van de voorgaande leden uit tot vestigingen/uitbreidin-

Art. 15 lid 3 sub a. houdt daarentegen een beperking van de werkingssfeer van de gedragsregels in: zij gelden niet indien alle bij de fusie betrokken ondernemingen behoren tot één 'samenstel van ondernemingen'.

2.8. Administratiefrechtelijke regelingen

2.8.1. De Wet op het Schadeverzekeringsbedrijf maakt het mogelijk, dat een onderneming die volgens de Minister als 'zuster- of dochter-onderneming' van een andere onderneming kan worden beschouwd, tezamen met die laatste als één onderneming wordt aangemerkt voor de toepassing van de voorschriften over financiële waarborgen en rapportage aan de Verzekeringskamer: vide de artikelen 14 en 26. Aan de afgifte van een dergelijke verklaring van 'eenheid' kunnen voorwaarden worden verbonden; naar het schijnt, wordt in de praktijk steeds de voorwaarde gesteld, dat de betrokken ondernemingen zich over en weer voor elkaars verplichtingen garant stellen

2.8.2. Mijnwetgeving

In de mijnwetgeving en het concessie- en vergunningenbeleid van de overheid is vanouds achter de schermen van vennootschappen gekeken. Zo bepaalde destijds de Indische Mijnwet, dat alleen Nederlanders of vennootschappen, die aan in de wet omschreven eisen gericht op Nederlandse zeggenschap in het bestuur voldeden, opsporingsvergunningen of concessies konden verkrijgen (25).

Bepalingen van dezelfde strekking zijn ook meermalen opgenomen in concessies, verleend in Nederland krachtens de Mijnwet 1810: vide o.a. art. 13 van de aardolieconcessie 'Schoonebeek' (1948): de meerderheid der bestuurders en tenminste de helft der commissarissen van de concessionaris moeten Nederlander zijn.

Wat de recentere mijnwetgeving betreft, wordt de aandacht getrokken door de Bijlagen I en II bij het K.B. van 7 februari 1967 (*Stb.* 75), het Besluit aanvragen vergunningen en ontheffingen, vastgesteld ingevolge art. 14 van de Mijnwet Continentaal Plat van

gen welke weliswaar minder dan 100 arbeidsplaatsen omvatten doch waarvan de aanvrager behoort tot een concern waarbinnen het totaal aantal arbeidsplaatsen 100 of meer bedraagt of door de vestiging/uitbreiding zal gaan bedragen.

(25) Zie over die regeling de kritische opmerkingen van A. Schadee in zijn in noot 15 genoemd artikel; zijn voorkeur ging uit naar de openhartigheid van de wetgever in art. 311 W.v.K.

23 september 1965 (*Stb.* 428). Wordt een aanvraag ingediend door een rechtspersoon, dan behoren tot de over te leggen gegevens volgens Bijlage I bij dat Besluit: een opgave van degenen die in de aanvragende rechtspersoon deelnemen (met de deelnemingspercentages) en het jaarverslag van 'de rechtspersonen die naar het oordeel van de aanvrager als diens moedermaatschappijen kunnen worden aangemerkt'.

Bijlage II – geldend voor aanvragen betreffende aardolie of aardgas – verlangt verdere gegevens zoals: de ervaringen op het gebied van opsporing en winning van olie en gas opgedaan door de aanvrager of 'de rechtspersonen die naar het oordeel van de aanvrager kunnen worden aangemerkt als diens moedermaatschappijen of als behorende tot de groep, waartoe de aanvrager behoort'; ten aanzien van die gelieerde maatschappijen moeten ook worden overgelegd allerlei gegevens over gemaakte kosten van onderzoek, gewonnen hoeveelheden, afzetmogelijkheden en raffinagecapaciteit. De bedoeling is duidelijk: het gaat niet zozeer om de individuele positie van de aanvragende rechtspersoon als wel om de positie (vergeleken met die van andere aanvragers) van de betrokken groep van maatschappijen als geheel (26).

2.8.3. Het *Deviezenbesluit* 1945 geeft aanleiding tot een tweetal opmerkingen. Allereerst volgt uit art. 5 lid 3 van het besluit, dat ook 'ingezetenen' zijn rechtspersonen en vennootschappen, die hier te lande noch hun statutaire zetel noch enig (bij-)kantoor hebben maar wel in Nederland worden 'bestuurd'. Deze nogal vèrgaande draagwijdte van het besluit schijnt verband te hebben gehouden met het verschijnsel der zetelverplaatsing; in de huidige praktijk is het een dode letter.

Voorts vertoont het vergunningenbeleid van De Nederlandsche

(26) De Mijnewet Continentaal Plat is ook het vermelden waard omdat zij in artikel 11 de verplichte oprichting van een nv of bv door de vergunninghouder tezamen met de Staat (of een door deze aangewezen vennootschap) voorziet, in welke vennootschap beide partijen in een bepaalde verhouding moeten deelnemen; de hoofdinhoud van de statuten dier vennootschap en van een tussen haar en de vergunninghouder te sluiten overeenkomst wordt gedetailleerd aangegeven in artikel IV van de algemene maatregel van bestuur van 27 januari 1967 (*Stb.* 24). Het geheel van deze bijzondere voorschriften komt er in feite op neer dat de nv/bv in kwestie als zelfstandige rechtspersoon nauwelijks enige betekenis heeft: zij is slechts een transparant omhulsel van de verplichte belangengemeenschap van de vergunninghouder en de Staat.

Bank N.V. met betrekking tot Nederlandse financieringsvennootschappen, opgericht door buitenlandse ondernemingen voor het buiten Nederland en buiten concernverband lenen van gelden, een vorm van 'piercing'. Daarbij pleegt immers de voorwaarde te worden gesteld, dat de buitenlandse moedermaatschappij zich garant stelt voor de verplichtingen van de financieringsdochter uit hoofde van door die laatste aangetrokken geldleningen (27).

2.8.4. Het K.B. van 29 januari 1970, houdende richtlijnen voor de verlening van *vergunningen voor luchtvervoer* krachtens art. 16 van de reeds sub 2.2 genoemde Luchtvaartwet, bepaalt in art. 1 lid 2, dat vergunningen in het algemeen slechts worden verleend aan Nederlandse ondernemingen, die hebben aangetoond dat 'het overwegend deel van het kapitaal en de daadwerkelijke leiding in Nederlandse handen zijn'.

2.8.5. Indien het in 1970 ingediende en laatstelijk bij nota van wijzigingen d.d. 12 augustus 1976 herziene ontwerp tot wijziging van de *Wet Toezicht Kredietwezen* wordt aangenomen met het daarin vervatte artikel 25 lid 2, zal onze wetgeving weer een geval van 'piercing' rijker zijn. 'Middellijk' bezit van aandelen in een kredietinstelling telt dan mee bij het vaststellen van het maximum van 5% van het aantal stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders der kredietinstelling (28).

2.9. *Bepalingen van vennootschaps- en ondernemingsrecht*

2.9.1. De artikelen 69 en 180 van Boek 2 B.W. voorzien in persoon-

(27) De gangbare vergunningvoorwaarden zijn beschreven op blz. 6/7 van de brochure van de Amrobank 'The Netherlands as a base for holding and finance companies' (maart 1976). Behalve de genoemde garantie wordt ook geëist dat de dochter een geplaatst kapitaal van minstens f 1 000 000 heeft en dat de verhouding eigen/vreemd vermogen niet ongunstiger is dan 1 : 10.

(28) Degene die dat maximum overschrijdt, kan geen stemrecht in de vergadering uitoefenen of 'doen uitoefenen' (dit slaat kennelijk op het 'middellijk' aandeelhouderschap) zolang geen verklaring van geen bezwaar van De Nederlandse Bank NV is verkregen. De huidige tekst is veel duidelijker dan die van het daarmee corresponderende art. 17 lid 2 van het oorspronkelijke ontwerp, waarop F. Salomonson kritiek leverde in *S.E.W.* 1972 p. 710; toch lijkt een deel van zijn kritiek nog steeds actueel, zoals die op het ontbreken van iedere indicatie over de vorm van concern-verhouding die met het 'middellijk' houden van aandelen wordt bedoeld.

lijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor rechtshandelingen welke hij namens de – reeds bestaande – vennootschap verricht, zolang de vennootschap niet in het Handelsregister is ingeschreven, de akte van oprichting niet is gedeponceerd en niet tenminste 10% op elk bij de oprichting geplaatst aandeel is gestort (29).

2.9.2. De *structuurbepalingen* voor 'grote' vennootschappen houden op verscheidene punten rekening met *concernverhoudingen* (30). Zie voor de nv Boek 2 B.W. artt. 153 lid 2 (b. en c.) en lid 3, 155, 158 lid 13, 160 sub b. en 164 lid 2; voor de b.v. corresponderen daarmede de artikelen 263 lid 2 (b. en c.) en lid 3, 265, 268 lid 13, 270 sub b. en 274 lid 2.

Het gaat bij deze bepalingen hoofdzakelijk om vragen van afbakening: wanneer is een vennootschap 'groot', welke vennootschappen zijn zo 'internationaal' dat onverkorte toepassing van de Nederlandse structuurbepalingen niet op zijn plaats is, welke ondernemingsraad speelt een rol, wie kan niet commissaris zijn, welke arbeiders worden gerekend tot een 'aanmerkelijk aantal arbeiders'.

2.9.3. *Enquête-recht*. Art. 351 lid 2 Boek 2 B.W. opent de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer de enquêteur machtigt tot een onderzoek bij een rechtspersoon die 'nauw verbonden' is met de rechtspersoon die wordt onderzocht. De bestuurders van die verbonden rechtspersoon zijn dan tot medewerking verplicht.

2.9.4. *Jaarrekening*. De wettelijke voorschriften aangaande de jaarrekening van nv en bv en bepaalde andere rechtspersonen bevatten enige voor ons onderwerp interessante bepalingen.

Art. 319 lid 1 Boek 2 B.W. maakt het mogelijk, dat een moedermaatschappij de vereiste inlichtingen omtrent haar dochterondernemingen verstrekt door in de toelichting op haar eigen jaarreke-

(29) P. van Schilfgaarde, rede Groningen 1970, p. 13 noemt dit geval (toen nog art. 36 g K.) als eerste voorbeeld van doorbraak van aansprakelijkheid.

(30) Een aantal dier bepalingen is uitvoerig besproken door T. Drion, *S.E.W.* 1970, p. 547 e.v., De uitwerking van de structuurhervorming voor concerns en in het bijzonder voor internationale verhoudingen, en door J. H. Diephuis, *NV* 48 (1970/71) p. 115 e.v., De vrijstellingen voorzien in het wetsontwerp tot wijziging van de structuur der nv en bv. Zie over een en ander ook de door het Van der Heijden-Instituut gepubliceerde voordrachten van Van der Grinten, Maeijer e.a. over 'Het nieuwe vennootschapsrecht' en 'De nieuwe structuur van de grote N.V. en B.V.', alsmede W. J. Slagter, *Compendium* (1973) p. 240 e.v.

ning een 'geconsolideerde' jaarrekening op te nemen; die consolidatie vereenvoudigt ook de wijze waarop de moedermaatschappij inzicht in de gang van zaken gedurende het boekjaar in kwestie moet geven, vide art. 336. Door de consolidatie verschijnen moeder en dochter(s) financieel als waren zij één onderneming. In plaats van te consolideren, kan de moeder blijkens art. 319 lid 1 'samengevoegde' jaarrekeningen van de dochters opnemen in de toelichting op haar eigen jaarrekening; in dat geval verschijnen de gezamenlijke dochters als een eenheid.

Indien deze consolidatie of samenvoeging betrekking heeft op een dochter-*bv* die volgens art. 214 Boek 2 B.W. tot publikatie van haar balans verplicht is, ontheft art. 215 de *bv* geheel van die verplichting, mits de moeder een *verklaring van aansprakelijkstelling* conform art. 343 leden 4 en 5 heeft gedeponereerd. Betreft de consolidatie/samenvoeging een dochter-*nv*, dan wordt – mits de moeder een *verklaring* als zojuist genoemd heeft neergelegd – de publikatieplicht van die *nv* beperkt tot de plicht tot deponering van een jaarrekening, die niet naar de eisen van artt. 306 e.v. Boek 2 B.W. behoeft te zijn ingericht en dus uiterst beknopt kan zijn: vide art. 343 leden 1 en 3 juncto art. 104 Boek 2 B.W.

Deze faciliteit van vrijstelling resp. beperking van publikatieplicht is, zoals aangeduid, alleen beschikbaar wanneer de moedermaatschappij zich aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van de dochter; deze aansprakelijkheid beperkt zich tot schulden voortvloeiende uit 'rechtshandelingen' en strekt zich dus niet uit tot verbintenissen uit onrechtmatige daad. De onderhavige regeling is door van Schilfgaarde (31) gekenschetst als een 'vrijwillige althans semi-vrijwillige doorbraak van aansprakelijkheid'; hij achtte haar interessant als blijk van erkenning van het feit, dat er gevallen zijn waarin de band tussen de vennootschap en de aandeelhouders zodanig is, dat men de vennootschap niet kan 'zien' wanneer men de aandeelhouders daarachter niet ziet.

Mijn mede-pretadviseur heeft in zijn dissertatie belangwekkende beschouwingen aan art. 343 gewijd (32).

2.9.5. Enigszins verdwaald in de algemene bepalingen over het commissariaat, duikt het begrip '*groep van vennootschappen*' op in de

(31) Rede 1970, p. 17. De regeling verkeerde toen nog in het ontwerpstadium.

(32) Joint ventures (1976), p. 284 e.v.

artikelen 142 lid 2 en 252 lid 2 Boek 2 B.W.: vervult de kandidaat commissariaten binnen een dergelijke groep, dan worden deze over één kam geschoren bij de vermelding van personalia (33).

2.9.6. Artikel 2 lid 2 van de *Wet op de Ondernemingsraden* opent de mogelijkheid, dat de bedrijfscommissie verschillende ondernemingen, die door twee of meer 'in een groep verbonden' (34) ondernemers (natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen, cf. art. 1) in stand worden gehouden, voor de toepassing van art. 2 lid 1 – de plicht tot het instellen van een ondernemingsraad – tezamen als één onderneming aanmerkt.

Het in juni 1976 ingediende wetsontwerp tot herziening van de Wet op de Ondernemingsraden bevat in art. 24 lid 2 een nieuw voor ons onderwerp interessant element: in de overlegvergadering van ondernemingsraad en bestuurder van een dochtermaatschappij dient ook een directeur van de moedermaatschappij aanwezig te zijn (35).

2.10. *Regelingen voor praktijkvennootschappen* (36)

2.10.1. De door het college van afgevaardigden der Nederlandse Orde van *Advocaten* in december 1972 vastgestelde Verordening op de Praktijkvennootschap (37) bepaalt in artikel 6, dat de in het

(33) Blijkens de memorie van toelichting op de wet van 6 mei 1971 (structuurwet) wordt onder 'groep' verstaan: een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar zijn verbonden en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald. In deze zin wordt het woord 'groep' ook bedoeld in lid 3 van de artt. 155 en 265 Boek 2 B.W.

(34) De wetgever heeft de term ook hier niet gedefinieerd. De woorden in kwestie zijn pas bij de eindbehandeling in de Tweede Kamer in art. 2 lid 2 opgenomen, door aanvaarding van een amendement-Rietkerk. Uit opmerkingen van Rietkerk en de Minister over het amendement bleek, dat men het erover eens was dat op een concern-verband werd gedoeld.

(35) P. Sanders, *TVVS* 1976 p. 219: 'Hier treffen wij derhalve in de wet op de ondernemingsraden weer een stukje concern-regeling aan'. Sanders wijst overigens terecht op de problemen die hier rijzen wanneer de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd.

(36) Zie over dit onderwerp het speciale nummer over praktijk- en filmster-vennootschappen in *De NV* 1974, p. 21-54.

(37) Zie over deze verordening G. R. Rutgers, De praktijkuitoefening door advocaten en makelaars. *W.P.N.R.* 5338/9. Wat de advocatuur betreft, verdient ook het in september 1976 ingediende ontwerp voor een verordening betreffende het optreden van de advocaat in dienstbetrekking vermelding, nu art. 1 van dat

verband van een advocaten-praktijkvennootschap werkzame advocaat persoonlijke aansprakelijkheid 'behoort te aanvaarden' en wel voor die verplichtingen van de vennootschap, welke op de advocaat zelf zouden hebben gerust indien hij niet in het vennootschapsverband werkzaam was geweest.

Uit de toelichting op het ontwerp voor deze verordening (38) blijkt, dat de hierboven tussen aanhalingstekens geplaatste woorden een alleen tuchtrechtelijk gesanctioneerde plicht van de advocaat aanduiden. De verordening geeft derden geen rechtstreekse aanspraken; volgens art. 29 lid 1 van de Advocatenwet zijn verordeningen nu eenmaal slechts verbindend voor leden van de Orde, merkt de toelichting op.

2.10.2. Artikel 66a W.v.K. bepaalt onder meer, dat een rechtspersoon, die de *makelaardij* uitoefent, deze activiteit slechts mag vermelden indien tenminste de helft van haar bestuurders uit (niet geschorste) makelaars bestaat; wie makelaar is, wordt geregeld in art. 62 W.v.K. (39).

2.10.3. De *richtlijnen 1976* van het Ministerie van Justitie voor het beoordelen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen bevatten in paragraaf 48 enige aanwijzingen over de praktijkvennootschappen van apothekers, artsen, tandartsen en fysiotherapeuten, welke tot gevolg hebben dat dergelijke vennootschappen uitermate transparant zijn (40).

HOOFDSTUK 3. EUROPESE ONTWIKKELINGEN

In E.E.G. verband zijn verscheidene ontwikkelingen gaande, die voor ons onderwerp van belang zijn. De voornaamste van deze ont-

werp bepaalt dat, indien de werkgever deel uitmaakt van een 'groep van ondernemingen', alle overige ondernemingen van die groep mede als werkgever van de advocaat worden beschouwd. Een definitie van 'groep' ontbreekt overigens.

(38) *Advocatenblad* 1972, p. 440.

(39) Vide over deze materie A. L. Croes, Enige aspecten van de praktijkuitoefening door makelaars en advocaten, *W.P.N.R.* 5337.

(40) Hetzelfde geldt voor praktijkvennootschappen van registeraccountants, ingevolge de in 1973 door het NivRA vastgestelde algemene voorwaarden voor het toelaten van een rechtspersoon.

wikkelingen, welke uiteindelijk zullen leiden tot ook in Nederland geldende nieuwe regels, worden in dit hoofdstuk kort beschreven en van enkele kanttekeningen voorzien. Volgens de afgesproken taakverdeling zal mijn mede-adviseur dieper op deze materie ingaan.

3.1. *De Societas Europaea*

Het in 1970 ingediende en in 1975 gewijzigde voorstel van de Europese Commissie voor een verordening inzake het Statuut voor Europese naamloze vennootschappen (S.E.'s) (41) bevat een zevende titel – de artikelen 223 t/m 240 – handelende over concernrecht. Van een concern in de zin van die zevende titel is sprake indien een *dominerende* onderneming en een of meer *afhankelijke* vennootschappen worden samengebracht onder de uniforme leiding van de dominerende onderneming en indien een van de betrokken ondernemingen een S.E. is (art. 223 lid 1).

Wat de termen 'dominerend' en 'afhankelijk' betekenen, blijkt uit art. 6 (42); het gaat daarbij, zeer kort weergegeven, om zeggenschap door middel van stemrecht c.q. invloed op benoeming van bestuurs- of toezichthoudende organen.

Artikel 239 bepaalt, dat de dominerende onderneming in een S.E. concern aansprakelijk is voor alle verbintenissen van de van haar afhankelijke vennootschappen, zij het dat zij pas kan worden aangesproken nadat de afhankelijke debitrice tevergeefs is gesommeerd. Deze drastische consequentie van het concernverband berust in de gedachtengang van het ontwerp kennelijk hierop, dat de dominerende onderneming krachtens art. 240 bindende instructies kan geven aan de afhankelijke vennootschap (43).

Ook ten aanzien van andere onderwerpen spelen de concern-verhoudingen in dit ontwerp een rol. Zo voorziet art. 130 in een S.E.

(41) Vooral te danken aan P. Sanders: deze lanceerde de gedachte in 1959 (rede Rotterdam) en leidde het werk van de groep deskundigen uit de lid-staten, die in 1966 een voorontwerp voor het S.E. statuut tot stand bracht. Zie over dit onderwerp Sanders e.a. in *De NV*, 1967/68 p. 189 e.v. en 1971/72, p. 1 e.v.; voor ons onderwerp zijn van bijzonder belang de bijdragen van Uniken Venema in *De NV* 1967/68 p. 229 e.v. en 1971/72 p. 42 e.v. Zie voorts W. K. Franken, *Aspecten van concernrecht* (diss. 1976) p. 171 e.v. en Raaijmakers, diss. 249 e.v. (42) Zie kritische opmerkingen over de definities in de dissertatie van Raaijmakers, p. 250.

(43) Tegen deze regeling heeft Raaijmakers, diss. p. 251/252, vooral het bezwaar dat geen causaal verband behoeft te bestaan tussen de (mogelijkheid van) beïnvloeding van de afhankelijke vennootschap en de door crediteuren geleden schade. Ik onderschrijf dit bezwaar.

concern-ondernemingsraad, terwijl art. 227 een S.E. concern-jaar-rekening voorschrijft (44).

3.2. *Het voorontwerp voor een Richtlijn tot harmonisatie van het concernrecht*
Van dit voorontwerp van de Europese Commissie is in 1974 deel I en begin 1976 deel II verspreid, onder de kenmerken XI/328/74 en XI/593/75. De hoofdzaken ervan zijn reeds beschreven en van talrijke kanttekeningen voorzien door mijn mede-leadadviseur in zijn dissertatie (45).

Deel II is voor ons onderwerp het belangrijkste en daarvan lijkt het meest frappant de aansprakelijkheidsregeling, vervat in art. 1. Dit artikel vormt de inleiding van onderdeel A van deel II, handelende over *afhankelijkheid* der naamloze vennootschap 'buiten een concern' (46). Degene die een naamloze vennootschap *domineert* (in de zin van deel I, art. 1), moet de belangen der vennootschap behartigen ('wahren', zegt de Duitse tekst) wanneer hij buiten de algemene vergadering om invloed op de leiding der vennootschap uitoefent – of door een door hem gedomineerde persoon doet uitoefenen – zonder daartoe het recht te hebben volgens art. 23 (publicatie *domineringscontract*) of art. 48 (publicatie van toestand van '*onderschikking*' zonder *domineringscontract*). Schendt de onbevoegde heerser die verplichting, dan is hij tegenover de vennootschap aansprakelijk op gelijke wijze als de leden van het besturend orgaan van een onafhankelijke naamloze vennootschap.

Is de aldus aansprakelijke heerser een onderneming, dan is iedere wettelijke vertegenwoordiger van die onderneming met deze hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat hem geen schuld treft.

De schadevergoedingsvordering kan volgens art. 4 lid 1 niet alleen door de benadeelde vennootschap, maar ook door ieder van haar aandeelhouders geldend worden gemaakt, al kan hij dan slechts betaling aan de vennootschap eisen. Zelfs kan iedere niet door de vennootschap voldane crediteur een schadevergoedingsvordering

(44) Vgl. over de S.E. concern-ondernemingsraad H. C. J. G. Janssen, *De NV* 1971/72 p. 34 en over de S.E. concern-jaarrekening Uniken Venema, *De NV* 1971/72 p. 53.

(45) P. 253-267.

(46) Zoals Raaijmakers t.a.p. (noot 87 op p. 254) terecht opmerkt, zijn de tussen aanhalingstekens geplaatste woorden misleidend; bedoeld wordt in feite: buiten de gevallen waarin de bevoegdheid tot het geven van bindende instructies bestaat.

als vorenbedoeld instellen, aldus art. 4 lid 2; merkwaardig genoeg ontbreekt hier een bepaling, waaruit blijkt of betaling aan de vennootschap dan wel aan de crediteur moet worden gevorderd. Ook de onderdelen B (domineringsovereenkomst, artt. 8-28), C (domineringsovereenkomst bij gemeenschappelijke dochtervennootschap, artt. 29-31), D (onderschikkingsconcern zonder domineringsovereenkomst, artt. 32-50) bevatten belangrijke bepalingen over aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Met name bepalen de artikelen 21 en 46 dat de dominerende vennootschap voor de verbintenissen van de gedomineerde vennootschap aansprakelijk is; art. 21 voegt daaraan toe dat dit ook geldt voorzover die verbintenissen reeds vóór het sluiten van de domineringsovereenkomst zijn ontstaan.

3.3. *Het voorstel voor een zevende Richtlijn*

Op 4 mei 1976 heeft de Commissie een voorstel ingediend voor een zevende richtlijn, inzake de *concern-jaarrekening* (47).

Dit voorstel bevat uiterst gedetailleerde voorschriften aangaande de samenstelling en openbaarmaking van een concern-jaarrekening, bestaande uit een geconsolideerde concern-balans, een geconsolideerde concernwinst- en verliesrekening en een bijlage. Doel van dit alles is blijkens de concept-considerans vooral het geven van een getrouw beeld van de *economische eenheid* waaruit het concern bestaat en daarmee van een beter inzicht in de positie van de tot het concern behorende vennootschappen.

Ook in dit ontwerp wordt gesproken over 'dominerende' en 'afhankelijke' ondernemingen; daarnaast kent het ontwerp 'geassocieerde' ondernemingen. In dit verband wordt onderscheiden tussen 'dominerende invloed', uitgeoefend op de afhankelijke onderneming, en 'aanmerkelijke invloed', uitgeoefend op de geassocieerde onderneming (48).

3.4. *Het voorontwerp van een verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures* (49)

Dit voorontwerp⁴⁹ verschenen in februari 1970, voorziet in de ver-

(47) *Publikatieblad* van 2 juni 1976, nr. C 121/2.

(48) De in de artt. 1-5 gegeven definities lijken verfijnder dan die van het onder 3.2. besproken voorontwerp.

(49) Afgedrukt in *W.P.N.R.* 5133; zie ook de beschouwingen van W. G. Belinfante, *W.P.N.R.* 5133/4.

plichte invoering van een Eenvormige Wet in de nationale wetgevingen der lid-staten. De tekst van die Eenvormige Wet vormt Bijlage I bij het ontwerp-verdrag. Artikel 1 van die bijlage bepaalt, verkort weergegeven, dat ieder die rechte of feitelijk, openlijk of in het verborgene, bestuurder is van een failliet verklaarde vennootschap en die (a) onder de dekmantel van de vennootschap een persoonlijke werkzaamheid heeft bedreven of (b) onrechtmatig over de goederen van de vennootschap heeft beschikt, dan wel (c) wederrechtelijk in zijn persoonlijk belang een met een tekort werkende onderneming heeft voortgezet, zelf failliet kan worden verklaard indien die handelingen tot de insolventie van de vennootschap hebben geleid of bijgedragen. De rechter bepaalt dan tevens in welke mate de (crypto-)bestuurder voor de schulden der gefailleerde vennootschap aansprakelijk is.

De tekst is duidelijk verwant met die van art. 101 van de Franse wet van 13 juli 1967 (50).

HOOFDSTUK 4. RECHTSPRAAK

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van uitspraken van *Nederlandse rechters* en van het *Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen*, waarin met ons onderwerp samenhangende vragen aan de orde zijn geweest. Van verscheidene uitspraken kan worden betwijfeld, of voldoende verband met het vraagstuk aanwezig is; toch heb ik die uitspraken niet weggelaten, want bij een weinig scherp omlijnd onderwerp als het onderhavige verdient m.i. in geval van twijfel vermelding de voorkeur.

Het enkele vermelden van vindplaatsen zou misschien voldoende zijn geweest; in ieder geval zou dan ruimte zijn bespaard. Het nadeel van een dergelijke aanpak is echter, dat de — soms kleine — verschillen in casus-positie bij ogenschijnlijk gelijke gevallen dan niet zichtbaar worden. De meer ruimte in beslag nemende methode, waarbij de feiten kort worden beschreven, is dan ook verkozen. Jurisprudentie over de uitlegging en toepassing van wettelijke bepalingen als genoemd in hoofdstuk 2 wordt niet vermeld: in die gevallen is de wettelijke bepaling zelf interessanter dan de toepassing ervan. Ook wordt in het algemeen voorbijgegaan aan uitspra-

(50) Cf. P. van Schilfgaarde, gecit. rede p. 27 e.v. Zie voorts 5.4 hierna.

ken, waarbij een *bestuurder* van een rechtspersoon krachtens art. 1401 B.W. persoonlijk aansprakelijk is gesteld voor door hem als orgaan verrichte daden, welke ook – of zelfs primair – aansprakelijkheid van de rechtspersoon zelf opleverden, hetzij uit onrechtmatige daad hetzij uit wanprestatie (51). Men kan in deze gevallen wel van ‘piercing the veil’ spreken, maar met het enkele signaleren van dit verschijnsel kan worden volstaan. Het is trouwens weinig verrassend dat een bestuurder zelf aansprakelijk is wanneer hij persoonlijk onbetamelijk jegens derden handelt. In rubriek 4.2 zullen echter wel enkele bijzondere gevallen de revue passeren.

De rubricering van de gevonden uitspraken leverde problemen op. Het hier gevolgde systeem biedt het voordeel van overzichtelijkheid, al is het niet het meest logische (52).

Enkele niet gepubliceerde uitspraken, waarop mijn oog is gevallen, zijn ook opgenomen. Ik hoop, dat lezers van dit hoofdstuk daardoor worden aangezet tot het uitbreiden van de verzameling met andere niet gepubliceerde uitspraken; er is ongetwijfeld nog een hele ijsberg onder het nu zichtbare topje.

4.1. Ontduiking van contractuele verplichtingen

In de hier gegroepeerde gevallen ging het telkens om de vraag, of vereenzelviging van een rechtspersoon met degene, die haar beheerste, geboden was om verijdeling van een overeenkomst (of verenigingsbesluit) te voorkomen.

4.1.1. Hof Amsterdam 6 januari 1922, N.ŷ. 1923, 733

Dit arrest (53) betrof de directeur van een nv, die persoonlijk lid was van een vereniging van aannemers van grondwerken. De vereniging had naar aanleiding van een staking besloten tot uitsluiting van grondwerkers. De directeur liet een aantal uitgesloten grondwerkers arbeid verrichten ten behoeve van de nv; hij handelde daarbij namens de nv. De vereniging legde de directeur een boete op en de procedure liep o.a. over de vraag of dit terecht was ge-

(51) Zie o.a. H.R. 25 november 1927, *N.ŷ.* 1928, 364; H.R. 31 januari 1958, *N.ŷ.* 1958, 251; H.R. 22 december 1961, *N.ŷ.* 1962, 43. Verdere gegevens bij Asser-van der Grinten II (1976) p. 71-74.

(52) Een alternatief zou bijv. zijn: rangschikking al naar gelang de geëiste ingreep ten nadele dan wel ten voordele van (de personen achter de coulissen van) de rechtspersoon strekt.

(53) Zeylemaker, gecit. rede 1934, noemde dit arrest een voorbeeld van negatie der rechtspersoonlijkheid wanneer het ‘te grof wordt’.

schied. Het Hof oordeelde, dat de directeur, als lid van de vereniging, moest instaan voor zijn daden als directeur (54).

4.1.2. Pres. Rb. Arnhem 28 februari 1948, *N.7.* 1948, 244

Tussen de Nederlandse Spoorwegen enerzijds en de Gelderse Tramweg Maatschappij en de Betuwse Tramweg Maatschappij anderzijds was een overeenkomst gesloten, uit hoofde waarvan N.S. zich moest onthouden van het exploiteren van autobusdiensten in de Over-Betuwe. Toen uit persberichten bleek dat NV Velox, een dochtermaatschappij van N.S., een autobusdienst in de Midden- en Over-Betuwe zou gaan exploiteren, eiste de G.T.M. in kort geding een verbod, op te leggen aan Velox. De President overwoog, dat weliswaar ingevolge art. 1376 B.W. een dochtermaatschappij niet zonder meer gebonden is aan de bepalingen van een door de moeder met een derde gesloten overeenkomst, doch dat de bijzondere positie van de dochter ten opzichte van de moeder medebrengt dat het in strijd ware met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer de directie van de dochter, die met de bedoelde overeenkomst op de hoogte is, zou doen wat aan de moeder niet geoorloofd is. De vordering werd derhalve op grond van art. 1401 B.W. toegewezen (55). Het vonnis is zonder ten deze relevante nadere overwegingen bekrachtigd door Hof Arnhem 4 januari 1949, *N.7.* 1949, 580 (56).

4.1.3. Rb. Almelo 7 december 1949, *N.7.* 1950, 789

Ook hier werd het beleid van de Nederlandse Spoorwegen aangevallen. N.S. had een gedeelte van een loods te Enschede verhuurd

(54) Dit zou hoogstens anders zijn geweest, aldus het Hof, indien de directeur de daad niet op eigen gezag doch in opdracht had verricht, wat ten processe niet was gesteld. Uit het arrest blijkt niet of de directeur ook (groot-) aandeelhouder van de nv was, maar ik vermoed dat dit het geval was.

(55) Het vonnis is uitvoerig besproken door W. L. Haardt, *De NV* 27 (1949/50), 34 e.v., W. L. E. M. Reuser, *De NV* 29 (1951/52), 55, 63 e.v. en G. de Grooth, *W.P.N.R.* 4137 (rechtspraakoverzicht).

Reuser achtte de motivering strijdig met art. 1376 B.W.; de Grooth had bezwaren tegen toepassing van art. 1401 op gedragingen die bij wegdenken van de overeenkomst geoorloofd zijn. Haardt daarentegen achtte de beslissing gerechtvaardigd.

(56) In een aansluitend arrest over dezelfde zaak, *N.7.* 1949, 581, zijn overwegingen te vinden over het rechtskarakter van een 'gentlemen's agreement', als hoedanig de gebiedsverdelingsovereenkomst door partijen was aangeduid. Zie L. Hardenberg, *W.P.N.R.* 5359, p. 513.

aan nv van Doorn, die dat gedeelte onderverhuurde aan nv Beverdam. Vervolgens verwierf een 100% dochter van N.S. alle aandelen in nv van Doorn, die aldus een 100% kleindochter van N.S. werd. In 1947 zegde N.S. aan Van Doorn de huur op, waarna Van Doorn op haar beurt de huur aan Beverdam opzegde. Beverdam weigerde de ontruiming, N.S. revindiceerde de loods van Beverdam en Beverdam riep Van Doorn in vrijwaring, terwijl zij zich tegenover N.S. op huurbescherming beriep. De rechtbank qualificeerde Van Doorn als 'willoos werktuig' van N.S., kende aan de opzegging door Van Doorn een 'bloot formele betekenis' toe en besliste dat Beverdam huurbescherming genoot (57).

4.1.4. Pres. Rb. Rotterdam 21 mei 1968, kenbaar uit conclusie A.G. bij H.R. 10 april 1970, *N.J.* 1970, 363

Enige bakkers waren partij bij een saneringsovereenkomst. Een hunner bracht zijn bedrijf in een nv in, waarvan hij de enige directeur was en nagenoeg alle aandelen bezat; de nv leverde brood aan klanten aan wie de bakker zelf volgens de saneringsovereenkomst niet mocht leveren. De president verbood aan deze bakker het 'door de nv doen leveren' van brood binnen de aan andere bakkers toegewezen wijkgedeelten (58).

4.2. *Benadeling van crediteuren*

Gevallen van aansprakelijkstelling van bestuurders van een rechtspersoon wegens wanbeheer blijven in deze rubriek buiten beschouwing. Men zou overigens de actie, die (59) aan vennootschapscrediteuren toekomt wanneer het wanbeheer specifiek op hun benadeling gericht was, wel als een vorm van 'piercing' kunnen zien.

(57) Het vonnis is heftig bestreden door W. L. E. M. Reuser, in het artikel, vermeld in noot 55; Reuser wees er o.a. op, dat de huurcontracten ab initio volkomen reëel waren (Van Doorn was bij het sluiten nog geen kleindochter van N.S.).

(58) Terecht werd het verbod gericht tegen de directeur/aandeelhouder, die 'zijn' nv misbruikte om aan contractuele verplichtingen te ontkomen. De zaak N.S./Gelderse Tram had wellicht ook beter op deze wijze kunnen worden opgezet: een actie tegen N.S. lag meer voor de hand dan een actie tegen haar dochtermaatschappij Velox.

(59) Althans volgens de slotoverweging in Rb. Den Haag 8 januari 1968, *N.J.* 1968, 314.

4.2.1. Rb. Utrecht 11 april 1934, *N.ƴ.* 1935, 205

De curator van een gefailleerde nv riep met succes de nietigheid in van een besluit der algemene vergadering van aandeelhouders, waarbij aan de directeur/groot-aandeelhouder – die de vergadering beheerste – een hoog salaris was toegekend. De rechtbank overwoog onder meer, dat de nv een klein kapitaal had en dat de schuldeisers aan de nv crediet hadden gegeven omdat zij ‘afgingen op de persoon’ van de directeur/groot-aandeelhouder. De algemeenheid der schuldeisers was door het besluit benadeeld en het besluit was in strijd met de goede trouw die ook jegens derden-belanghebbenden in acht moet worden genomen, aldus de rechtbank (60).

4.2.2. Rb. Haarlem 4 februari 1936, *N.ƴ.* 1936, 338

De eigenaar van een bedrijf bracht dit in een daartoe opgerichte nv in; hij bezat 18 van de 20 geplaatste aandelen der nv, terwijl zijn zoon en de boekhouder ieder 1 aandeel hielden. De betrokkene was enig directeur, er was geen toezicht van commissarissen. De nv begon haar bestaan met een flinke schuld jegens de directeur/groot-aandeelhouder. De nv failleerde; het faillissement eindigde met een akkoord, waarbij crediteuren 25% ontvingen. Een crediteur, daarmede niet tevreden, sprak de directeur/groot-aandeelhouder ex art. 1401 B.W. aan, zulks met succes. De rechtbank overwoog, dat gedaagde behoorde te verwachten, dat de nv haar betalingen weldra zou moeten staken. Het verweer, dat gedaagde zelf door de gebeurtenissen was verrast, werd kernachtig afgedaan met de overweging: ‘dat toch van gedaagde, die re vera zijn eigen zaken dreef onder de beperkte aansprakelijkheid eener nv, die noch over voldoende liquide middelen, noch over eenige reserve beschikte, onder de hierboven vermelde omstandigheden geëischt kan worden, dat hij voortdurend ook boekhoudkundig van den gang van zaken op de hoogte bleef’.

4.2.3. Rb. Breda 16 september 1958, *N.ƴ.* 1959, 462

De directeur van een nv had namens de vennootschap chemicaliën

(60) F. J. W. Löwensteyn, in de bundel ‘Honderd jaar rechtsleven’ (1970), p. 94, noemt het vonnis illustratief voor het beginsel dat de nv, los van art. 1377 B.W., de belangen van de crediteuren niet mag opofferen aan belangen, die aan het doel van de vennootschap vreemd zijn. In dit verband werd ook gewezen op H.R. 13 februari 1942, *N.ƴ.* 1942, 360 (Baus/de Koedoe).

gekocht. De nv was niet in staat, de koopprijs te betalen en de verkoper sprak de rechtbank uit onrechtmatige daad aan. In beginsel, aldus de rechtbank, handelde de directeur onrechtmatig tegenover de verkoper indien hij wist dat de nv de koopprijs niet zou kunnen betalen; het bewijs van die wetenschap moest echter nog worden geleverd. Dit vonnis (evenals de sub 4.2.4 en 4.2.5 te noemen uitspraken) is m.i. voor ons onderwerp van belang omdat daarin de erkenning besloten ligt van het beginsel dat degene, die het ontstaan van (naar zijn verwachting) onvoldaan blijvende schulden van een rechtspersoon bewerkstelligt, zich niet achter die rechtspersoon kan verschuilen. Van bewerkstelligen naar toelaten (bijv. als enig aandeelhouder, niet directeur) il n'y a qu'un pas.

4.2.4. Rb. Rotterdam 6 januari 1970, *N.7.* 1970, 245

In dezelfde lijn als het vorengenoemde vonnis ligt deze uitspraak; ook hier ging het om onbetaalde koopprijzen. Het orgaan van een nv wordt eerst dan privé aansprakelijk geoordeeld, naast de contractuele aansprakelijkheid van de nv zelf, wanneer dat orgaan ten tijde van het aangaan van de verplichtingen van de nv wist dat de nv deze niet zou kunnen voldoen. Die wetenschap was volgens de rechtbank niet aangetoond. Het vonnis is besproken door A. van Oven (61) en H. J. M. N. Honée. (62)

4.2.5. Rb. Rotterdam 26 juni 1970 en Hof Den Haag 12 januari 1972, *N.7.* 1972, 221

De directeur, tevens enig aandeelhouder, van een nv die eigenares en reedster was van de treiler 'Abraham', gaf aan een werf opdracht tot reparatie van het schip. De nv betaalde de reparatienota niet en failliede. De werf sprak de directeur/aandeelhouder persoonlijk aan, stellende dat hij bij het geven van de opdracht wist, dat de nv niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De rechtbank achtte dit voorshands aannemelijk en liet de gedaagde tot tegen-

(61) *W.P.N.R.* 5133, rechtspraakoverzicht. Van Oven vindt het woord 'wist' te beperkt; behóren te weten moet ook tot privé aansprakelijkheid leiden. Overigens bepleit hij marginale toetsing; de directie moet nu eenmaal een zekere armslag hebben en zonder risico's is er geen kans op winst.

(62) *De NV* 1973, p. 68, rechtspraakoverzicht. Honée vindt de formule van de rechtbank te beperkt en wijst op de eis van 'volle medewerking', door de H.R. gesteld in het arrest van Dulleman/Sala. Ik zet hierbij een vraagteken, want dat arrest handelde over een andere vraag, t.w. of de directeur onzorgvuldig handelt door feitelijk te verhinderen dat de nv bestaande verplichtingen nakomt.

bewijs toe; het Hof keerde de bewijslast echter om (63). Zowel de rechtbank als het Hof namen aansprakelijkheid aan indien de bedoelde wetenschap kwam vast te staan.

4.3. Toerekening van gebruik bij huur

In de hierna volgende gevallen ging het telkens om de vraag, of het feitelijk gebruik van een gehuurd pand mocht worden aangemerkt als gebruik door een andere (rechts-)persoon, gelieerd aan de gebruiker.

4.3.1. Rb. Amsterdam 1 juli 1960, N.J. 1962, 196

De verhuurster van een pand, een nv, was gelieerd met een vennootschap onder firma en een tweede nv; de firmanten van de firma waren de enige aandeelhouders en directeurs van de beide nv's, terwijl de drie betrokken bedrijven gemeenschappelijk personeel in dienst hadden. Het nodig hebben van het pand door de firma en de tweede nv was te beschouwen als nodig hebben voor 'eigen gebruik' door de eerste nv (verhuurster) in de zin van art. 18 Huurwet, aldus de rechtbank, die daartoe wees op de 'betrekkingen' tussen de drie vennootschappen.

4.3.2. Kt. Den Haag 8 maart 1961, N.J. 1961, 346

De eiseres (verhuurster) stelde, het verhuurde nodig te hebben ten behoeve van haar dochtermaatschappij. De Kantonrechter wees de ontruimingsvordering af, overwegende dat de beide nv's twee afzonderlijke rechtspersonen waren en dat gebruik door de dochter nu eenmaal geen 'eigen' gebruik door de moeder was.

4.3.3. Rb. Den Bosch 27 januari 1967, N.J. 1968, 204

De huurder was directeur en groot-aandeelhouder van de nv, die het pand in feite gebruikte. Hij beriep zich met succes op huurbescherming. De belangen van de huurder, aldus de rechtbank, wa-

(63) Het komt mij voor, dat in de gegeven situatie de bewijslast door de rechtbank redelijker is verdeeld dan door het Hof. A. van Oven heeft de uitspraken besproken in *W.P.N.R.* 5263 en opgemerkt dat te weinig is gelet op het feit, dat de directeur in kwestie ook enig aandeelhouder van de rederij was. Hij vroeg zich bovendien af, of het optreden van de directeur/aandeelhouder niet als misbruik van de rechtspersoonlijkhedenconstructie moest worden aangemerkt, en bepleitte een wegdenken van de rechtspersoonlijkheid in een geval als het onderhavige, waarin de belangen van de nv volkomen parallel liepen met die van de directeur/aandeelhouder.

ren 'zo nauw verweven' met die van de nv, dat zijn belangen die van de nv bij voortgezet gebruik omvatten.

4.3.4. H.R. 14 april 1967, *N.J.* 1967, 265

De huurder had de rechten uit de huurovereenkomst overgedragen aan de nv waarvan hij directeur en enig aandeelhouder was. De verhuurder vroeg ontbinding ex art. 1595 B.W. (verbod van onderhuur), met succes. Gebruik door de nv was volgens de H.R. niet gebruik door de huurder, ook al was deze enig aandeelhouder van de nv. Om dezelfde reden wees de H.R. het beroep van de huurder op huurbescherming af.

4.3.5. H.R. 23 april 1971, *N.J.* 1971, 345

De huurster was directrice en groot-aandeelhoudster van de nv, die het gehuurde pand gebruikte sedert de huurster haar bedrijf in die nv had ingebracht. Tevergeefs beriep de huurster zich op huurbescherming. De H.R. verwierp de stelling, dat het genot van de nv rechtens gelijk was aan het genot van de huurster omdat deze directrice van de nv was en daarvan de overgrote meerderheid der aandelen bezat, met de overweging dat die stelling 'geen steun in enige rechtsregel' vond (64).

4.3.6. Kt. Amsterdam 1 oktober 1971, *Praktijkids* 1975, 270

Tussen twee nv's, waarvan de ene de verhuurster was van een bedrijfsruimte (art. 1624 B.W.), bestond volgens de kantonrechter een zodanig nauwe band, dat persoonlijk gebruik (art. 1631 a lid 2 sub 3e B.W.) van de ene nv kon worden vereenzelvigd met persoonlijk gebruik door de andere nv. Die nauwe band bestond blijkens het vonnis hierin, dat de ene nv 'een volle dochteronderneming' van de andere nv was.

4.3.7. Rb. Amsterdam 19 juni 1973, *N.J.* 1974, 535

Ook hier ging het om een beroep op art. 1631 a lid 2 sub 3e B.W. ter afwering van een verzoek om huurverlenging. Het betrof echter

(64) A. van Oven *W.P.N.R.* 5263 (rechtspraakoverzicht), is het kennelijk eens met deze apodictische verwerping van de stelling. Verdiende de stelling niet een wat uitvoeriger weerlegging? M. J. A. van Mourik, *W.P.N.R.* 5360 p. 533, meent dat voor het antwoord op de vraag, of vereenzelviging geoorloofd is om een als onrechtvaardig gevoeld verschil in rechtstoepassing op te heffen, veeleer beslissend is of geen rechtsregel zich daartegen verzèt.

niet een moeder- en dochtervennootschap, doch twee zuster-vennootschappen. Een der directeuren van de ene bv (verhuurster) was tevens directielid van de andere bv (feitelijke gebruikster) en van de moeder nv. De rechtbank oordeelde dat de woorden 'persoonlijk in gebruik nemen' in genoemde bepaling weliswaar in beginsel voor extensieve uitleg vatbaar zijn, maar dat in casu niet een zodanig nauwe betrekking tussen de beide bv's bestond dat van persoonlijk gebruik door de verhuurster kon worden gesproken.

4.4. Arbeidsverhoudingen

In verband met arbeidsverhoudingen zijn uiteenlopende, met ons onderwerp samenhangende vragen in de rechtspraak zowel van de burgerlijke rechter als van de administratieve rechter aan de orde geweest.

4.4.1. H.R. 30 april 1936, N.7. 1936, 970

De werknemer van een in liquidatie verkerende nv, die klaarblijkelijk insolvent was, sprak de directeur/enig aandeelhouder der nv aan, stellende dat deze met de nv hoofdelijk aansprakelijk was tegenover de werknemer. De rechtbank nam hoofdelijkheid aan op grond van economische vereenzelving van een door de directeur/aandeelhouder geëxploiteerde eenmanszaak en de nv.

De H.R. besliste echter, dat in de omstandigheid dat de directeur/aandeelhouder en de nv in economische zin als vereenzelvigd moeten worden beschouwd, 'geen aan de wet ontleende grond voor hoofdelijke aansprakelijkheid gelegen is' (65).

4.4.2. H.R. 7 februari 1940, N.7. 1940, 180

Anders dan de raad van beroep had geoordeeld, nam de H.R. aan dat de beide directeuren van een nv, die tevens de enige aandeelhouders waren, moesten worden aangemerkt als 'arbeiders' voor de toepassing van de zakelijke bedrijfsbelasting der gemeente

(65) Dezelfde zaak kwam enkele jaren later weer voor de H.R.: 16 november 1939, N.7. 1940, 76. De werknemer trok uiteindelijk toch aan het langste eind omdat aanwezig werd geacht een buiten de wettelijke regeling der hoofdelijke aansprakelijkheid staande verhouding waarbij de directeur en de nv elk krachtens een eigen overeenkomst tot dezelfde prestatie verplicht waren.

In een noot onder dit arrest merkte P. Scholten op dat, als de H.R. in het eerdere arrest de beslissing van de rechtbank niet had gecasseerd, de positie van de eenmansvennootschap in ons recht wel zwak zou zijn geworden; 'weinigens zouden dat hebben betreurd', aldus Scholten, met een verwijzing naar Van der Heijden.

Haarlem (waarbij de belastingheffing van het aantal arbeiders per bedrijf uitging).

Volgens de raad van beroep ontbrak de 'ondergeschiktheid', maar de H.R. oordeelde dat de directeurs wel degelijk ondergeschikt waren aan de nv, die immers – aldus de H.R. – rechtspersoon is en aan wier deelneming aan het rechtsverkeer de aandeelhouders vreemd blijven (66).

4.4.3. H.R. 1 december 1965, *BNB* 1966/17

Een minderheidsaandeelhouder van een nv was directeur van die nv en van enige 100% dochtermaatschappijen. In verband met de premieheffing AOW moest worden beslist, of de directeur ook in dienst van de dochtermaatschappij was. Het Hof overwoog, dat de directeur in de algemene vergadering van aandeelhouders der dochtermaatschappij niet in feite het hoogste gezag uitoefende, zodat het element van ondergeschiktheid niet ontbrak. De H.R. oordeelde, dat het Hof daarmee niet had miskend dat formeel de gehele macht in de algemene vergadering der dochtermaatschappij werd uitgeoefend door de directeur, als lasthebber van de moedermaatschappij (67).

4.4.4. H.R. 21 februari 1969, *N.J.* 1969, 261

Swierstra was als adviseur werkzaam voor Jabo n.v. en voor een tweetal andere nv's, die evenals Jabo door Boomsma werden beheerd, alsmede voor Boomsma privé. Kantonrechter en rechtbank beschouwden Swierstra als 'werknemer' in de zin van art. 1 B.B.A. In appèl had Jabo voor het eerst gesteld, dat Swierstra niet als 'werknemer' kon worden aangemerkt omdat hij in de regel voor meer dan twee (andere) werkgevers arbeid verrichtte (vide art. 1 onder e sub 2e B.B.A.), t.w. voor de twee 'zuster-nv's' en voor Boomsma; Swierstra had daarop geantwoord, dat hij die werkzaamheden verrichtte ingevolge opdrachten van Jabo om werk-

(66) Ook in anderssoortige belastingzaken heeft de H.R. meermalen beslist, dat de directeur werknemer van de nv is, zelfs als hij eigenaar is van alle aandelen: zie o.a. H.R. 8 december 1943, *BB* 7745. De C.R.v.B. oordeelde tot 1 juli 1967 anders: zie N. J. Haverkamp, *S.M.A.* 1973, p. 463.

(67) In de gedachtengang van het Hof zou het resultaat dus anders zijn geweest indien de directeur de meerderheid der aandelen in de moedermaatschappij had bezeten. Hof Den Haag 5 februari 1968, *BNB* 1968/249 besliste, dat de directeur/groot-aandeelhouder van enige gelieerde nv's, die een economische eenheid vormden, bij elk dier nv's in dienst was; ook hier ging het om premieheffing AOW.

zaamheden te verrichten voor haar zuster-, dochter- of moeder-ondernemingen.

De H.R., overwegende dat de rechtbank de juistheid van die stelling van Swierstra blijkbaar had aangenomen, besliste dat Swierstra door aldus voor genoemde andere personen arbeid te verrichten in opdracht van Jabo, niet in de zin van art. 1 onder e sub 2e B.B.A. voor deze personen arbeidde (68).

4.4.5. Hof Den Haag 26 juni 1970, *N. J.* 1970, 440

Vier te liquideren nv's, die destijds tramwegen op Java hadden geëxploiteerd, waren tijdens hun actieve periode als een organisatorische eenheid opgetreden: één hoofdkantoor, dezelfde directeur, een gemeenschappelijk pensioenfonds. De werknemers waren verplicht, zich van de ene nv naar de andere te laten overplaatsen.

De vier nv's waren gehouden tot bijstorting van zekere bedragen in het gezamenlijk pensioenfonds en stelden – in het belang der pensioengerechtigden – dat zij te diër zake hoofdelijke mededebitrices waren op grond van hun organisatorische samenhang. Een obligatiehouder bestreed die stelling met succes. Het Hof overwoog dat er vier verschillende vennootschappen 'met geheel andere crediteuren' waren (of de aandeelhouders verschilden, blijkt niet uit het arrest) en dat 'het niet aangaat een hoofdelijke verbintenis aan te nemen – waardoor de crediteuren van de 'rijkere' vennootschappen benadeeld zouden worden – alleen met een beroep op de voormelde organisatorische samenhang'.

4.4.6. H.R. 15 januari 1971, *N. J.* 1971, 305

Een werknemster van een stichting, die een ziekenhuis exploiteerde, beriep zich op het ontslagverbod in het B.B.A. De stichting stelde, een publiekrechtelijk lichaam in de zin van art. 2 lid 1 B.B.A. te zijn; de bestuurders van de stichting waren benoemd door de gemeenteraad. De rechtbank achtte doorslaggevend, dat de werkgeefster een privaatrechtelijke stichting was, maar de H.R. oordeelde dat de besluitgever het oog had gehad op arbeidsverhoudingen waarvan het kenmerkende gelegen is in de omstandigheid, dat

(68) W. K. Franken, *Aspecten van concernrecht* (diss. 1976), p. 322, kent m.i. een te principiële betekenis aan het arrest toc. De H.R. heeft niet de 'concern-eenheid als economische realiteit' geaccentueerd maar het – in cassatie vaststaande – feit dat het werk voor gelieerde ondernemingen was verricht krachtens opdracht van de werkgever.

het ontslagbeleid volledig in handen van de overheid ligt, zodat aan bemoeiingen van de directeur G.A.B. geen behoefte bestaat. Met het zich voordoen van die omstandigheid achtte de H.R. niet onverenigbaar dat de werkgeefster een stichting was; de zaak werd teruggewezen.

4.4.7. Hof Arnhem 9 oktober 1974, *N.J.* 1976, 42

De directeur van een makelaardij-nv, waarvan de aandelen door de enige aandeelhouder werden overgedragen aan een andere maatschappij, toonde zich niet bereid te handelen overeenkomstig de richtlijnen van de nieuwe moedermaatschappij. Ontslag volgde. De directeur achtte het ontslag kennelijk onredelijk. Het Hof oordeelde echter, dat de directeur ernstig tekort was geschoten door zijn gemis aan bereidheid, zijn taak als directeur te vervullen in overeenstemming met de afhankelijke positie, waarin de door hem bestuurd vennootschap als dochtermaatschappij ten opzichte van de moedermaatschappij verkeerde (69).

4.4.8. Kt. Apeldoorn 21 juli 1976 (70)

Een Nederlandse werknemer van een Duitse commanditaire vennootschap werkte mede aan de omzetting van zijn arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst met een door de Duitse vennootschap opgerichte dochter-bv. De kantonrechter aanvaardde de stelling van de ex-werknemer, dat die omzetting een schijnhandeling was aangezien er in werkelijkheid met betrekking tot de gezagsverhouding (tussen de Duitse vennootschap en de werknemer) niets was veranderd. De kantonrechter overwoog daarbij, dat immers uit de in het geding gebrachte correspondentie bleek dat de Duitse vennootschap 'aan eiser zegt, wat hij moet doen of wat hij heeft na te laten'.

4.4.9. (71) C.R.v.B. 10 december 1968, *RSV* 1969/40, 41

De C.R.v.B. gaf een bevestigend antwoord op de vraag of de zoon

(69) Men kan zich afvragen of dit arrest niet op gespannen voet staat met het Forumbank arrest, H.R. 21 januari 1955, *N.J.* 1959, 43. Zie echter Raaijmakers, diss. p. 85/86.

(70) Rolno. 336/1975, niet gepubliceerd.

(71) De onder 4.4.9-4.4.13 genoemde uitspraken vormen slechts een zeer onvolledige selectie van de rechtspraak inzake sociale verzekeringen, waarin vragen van vereenzelviging van vennootschappen met aandeelhouders/directeuren een rol spelen.

resp. echtgenote van de directeur, tevens enig aandeelhouder der nv een dienstbetrekking met de nv hadden in de zin van art. 3 W.W. De directeur werd niet geïdentificeerd met de nv, zodat de familieband geen beletsel vormde voor het aannemen van een dienstverband.

4.4.10. C.R.v.B. 26 mei 1970, *RSV* 1971/2

De directeur/groot-aandeelhouder van een dakbedekkings-bv verleende aan zichzelf ontslag wegens gebrek aan werk door sneeuwval. Hij werd 'onvrijwillig werkloos' in de zin van art. 21 W.W. geoordeeld (72).

4.4.11. C.R.v.B. 10 april 1975, *RSV* 1975/355

Aan de orde was de vraag of de betrokkene handelingen had gepleegd die in de zin van art. 31 W.W. benadeling van de bedrijfsvereniging tot gevolg (kunnen) hebben. Betrokkene was directeur en groot-aandeelhouder van een nv die zich bezighield met het aanbrengen van natuursteen. Hij werkte mede aan zijn ontslag, dat verband hield met vertraging in een groot werk. De C.R.v.B. oordeelde dat de vertraging, gezien de aard en kapitaalkrachtigheid der onderneming een normaal bedrijfsrisico was en merkte de medewerking aan het ontslag als een benadelingshandeling aan.

4.4.12. C.R.v.B. 10 april 1975, *RSV* 1975/356

Een directeur/aandeelhouder van een bv (schildersbedrijf), waarvan hij en drie broers de directeuren en enige aandeelhouders waren, werkte mede aan zijn ontslag; de ontslagreden was gebrek aan werk, zonder uitzicht op nieuw werk. De C.R.v.B. achtte hier geen normaal bedrijfsrisico aanwezig en beschouwde het onder deze omstandigheden medeverantwoordelijkheid dragen voor en instemmen met het ontslag niet als een benadelingshandeling.

4.4.13. C.R.v.B. 23 januari 1975, *RSV* 1975/218

Deze zaak betrof het al dan niet toepassen van art. 42 a W.W., welke bepaling de bedrijfsvereniging verplicht tot het betalen van loon over de laatste 13 weken in geval van 'betalingsonmacht' van

(72) In de sub 4.4.11 en 4.4.12 genoemde uitspraken achtte de C.R.v.B. de werkloosheid in het ene geval niet, in het andere geval wel onvrijwillig, om dezelfde redenen als ten grondslag gelegd aan de beslissing over de vraag van 'benadeling'. Zie ook P. F. van Loo, Directeuren in de W.W., *S.M.A.* 1976, 692.

de werkgever. De betrokkene was directeur en enig aandeelhouder der vennootschap. Wil er sprake zijn van een verplichting van de bedrijfsvereniging ex art. 42 a W.W. dan dienen, aldus de C.R.v.B., de verplichtingen van de werkgever en de daarmee corresponderende aanspraken van de werknemer duidelijk aanwijsbaar en niet aan gerede twijfel onderhevig te zijn. (73) Aan deze eis was in casu volgens de C.R.v.B. niet voldaan.

4.5. Toerekening van schade bij onteigening

In na te noemen arresten (74) ging het telkens om de vraag, of een nv en haar enige aandeelhouder mogen worden vereenzelvigd wanneer de een schade lijdt en de ander de onteigende is, of vice versa.

4.5.1. H.R. 4 februari 1925, N.7. 1925, 445

De onteigening van een terrein, toebehorende aan een nv waarvan alle aandelen in het bezit van een andere nv waren, veroorzaakte schade aan laatstbedoelde nv. De rechtbank kende aan de dochter-nv een vergoeding voor wederbelegging toe, maar de H.R. achtte dit onjuist: schade van de enig aandeelhoudster was niet schade, welke de onteigening aan de onteigende had toegebracht. De laatste was nu eenmaal 'een zelfstandige rechtspersoon met eigen rechten en verplichtingen'.

4.5.2. H.R. 22 oktober 1958, N.7. 1958, 581

Hier lag de zaak andersom: de onteigende nv was enig aandeelhoudster van een nv, die het onteigende pand van haar had gehuurd. Het middellijk nadeel, dat de onteigende nv leed als aandeelhoudster, doordat de huurster (dochter nv) geen volledige vergoeding van bedrijfsschade doch slechts de gefixeerde vergoeding

(73) De daarop volgende overweging verdient letterlijke weergave: 'Dit geldt althans in een geval als het onderhavige, waarin de identiteit van werkgever en werknemer zich weliswaar juridisch onderscheiden, doch waarin de werknemer geen ander is dan degene, die in feite voor de werkgever-rechtspersoon handelt en beslist, voor diens belangen opkomt en deze als de zijne zal beschouwen. Een samenvloeiën in één persoon van belangen, ten aanzien waarvan art. 42 a juist een zekere tegenstrijdigheid veronderstelt, kan zonder het stellen van de eis van duidelijke aanwijsbaarheid der aanspraken en verplichtingen leiden tot toepassing van deze regeling op een wijze die met de strekking van die regeling niet in overeenstemming is'. Vgl. over art. 42 a ook: C.R.v.B. 30 juli 1974, *R.S.V.* 1975/44, 45.

(74) Opgesomd door Westbroek, *preadvies*, p. 80.

ex art. 42 O.W. ontving, gaf haar geen aanspraak op vergoeding.

4.5.3. H.R. 7 februari 1968, *N.ƴ.* 1968, 193

De casus lijkt op die van het vorige arrest. De nv, die het winkelgedeelte van het onteigende pand gebruikte, was echter niet huurster; haar enig aandeelhouder, tevens directeur, had het gebruik van de winkel aan de nv 'afgestaan'. Volgens de rechtbank had slechts de nv, die niet vereenzelvigd mocht worden met de onteigende, rechtstreeks schade geleden door het missen van de bedrijfsruimte. De H.R. besliste echter, dat de onteigende niet alleen middellijk (als enig aandeelhouder en directeur) schade leed, doch ook als eigenaar van het pand wegens het verlies van de mogelijkheid om dat pand te gebruiken en rendabel te maken op de wijze van vóór de onteigening; dit gebruik was niet hetzelfde als het gebruik dat de nv van het pand maakte (75).

4.6. *Toerekening van wetenschap of gedrag*

Deze rubriek is een vergaarbak van moeilijk elders onder te brengen uitspraken op het gebied van het privaatrecht.

4.6.1. Hof Den Haag 1 maart 1961, *N.ƴ.* 1962, 253

Een nv kocht schroot van de Amerikaanse vennootschap Corona. De partij arriveerde met een groot manco en ernstige kwaliteitsgebreken. De koopster beschuldigde Corona van bedrog en sprak haar aan wegens wanprestatie en onrechtmatige daad; gelijktijdig ageerde zij uit onrechtmatige daad tegen een tweede Amerikaanse vennootschap, Cofina, stellende dat deze medeplichtig was aan het wangedrag van Corona. De koopster voerde daartoe aan, dat Cofina wetenschap had van de handelwijze van Corona omdat zij dezelfde directeur had als Corona, dezelfde kantoorfaciliteiten gebruikte en met Corona 'gelieerd' was (76). Het Hof zag hierin ech-

(75) A. van Oven, *W.P.N.R.* 5053 merkt op, dat de H.R. aldus in het onteigeningrecht een bevredigende oplossing heeft gevonden, maar overigens de vereenzelvigingsgedachte is blijven afwijzen. N. J. Polak wijst in zijn *N.ƴ.* noot nog op een mogelijk iets andere tendens in H.R. 6 mei 1960, *N.ƴ.* 1960, 426; in dit arrest werd niet uitgesloten, dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de beslissing van een onteigende nv om het bedrijf in een vervangend pand voort te zetten ook bepaalde belangen van haar aandeelhouders een rol mogen spelen.

(76) v. d. Heijden-v. d. Grinten (1976) no. 88 noot 3 noemt het arrest naar aanleiding van de stelling dat de juridische zelfstandigheid van 'moeder en dochter' niet mag worden veronachtzaamd. Uit het arrest - zoals gepubliceerd - blijkt echter niet dat Corona en Cofina moeder en dochter waren.

ter onvoldoende gronden om de beide afzonderlijke rechtspersonen te vereenzelvigen.

4.6.2. Hof Amsterdam 1 mei 1970, *N.J.* 1971, 230

De directeur van een nv had voor zijn minderjarige dochter niet-volgestorte aandelen in de nv gekocht. De nv faillleerde en de curatoren spraken de inmiddels meerderjarig geworden dochter tot volstorting der aandelen aan. De dochter beriep zich op nietigheid van de koop wegens het ontbreken van een machtiging van de kantonrechter. De curatoren wierpen tegen dat de nv te goeder trouw was geweest (art. 435 lid 2 – oud B.W.), maar het Hof oordeelde dat de wetenschap die de directeur (als vader) bezat moest worden beschouwd als wetenschap van de nv (77).

4.6.3. H.R. 28 juni 1974, *N.J.* 1974, 396

Eemgas BV stelde dat een Liechtensteinse vennootschap, LPG, op grond van bepaalde feiten in strijd met de goede trouw had gehandeld door de eigendom van aan Eemgas verhuurde gasflessen over te dragen aan Delta Gas BV. Het Hof verwierp die stelling omdat de feitelijke situatie, waarop Eemgas doelde, mede in het leven was geroepen door handelingen van ICT (ook een Liechtensteinse vennootschap), grootaandeelhoudster van Eemgas; Eemgas werd door ICT beheerst en door twee van haar 'figuren' bestuurd. De H.R. achtte dit oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk.

4.6.4. Rb. Rotterdam 9 april 1976 (78)

Bij de beoordeling van de vraag of een opdrachtgeefster terzake van de bouw van stalen opslagtanks bij het van de aannemer verwerven van stalen platen, die aan de aannemer onder eigendomsvoorbehoud waren verkocht, zich op art. 2014 B.W. kon beroepen, kende de rechtbank ten aanzien van het vereiste van goede trouw onder meer betekenis toe aan de omstandigheid dat de opdrachtgeefster behoorde tot een concern, dat over een juridische afdeling beschikte; dit was een der redenen waarom de rechtbank oordeelde dat de opdrachtgeefster rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de leverancier een eigendomsvoorbehoud had

(77) A. van Oven, *W.P.N.R.* 5263, acht dit evident.

(78) Niet gepubliceerd; rolnr. 136/74. De zaak is aanhangig in appel. De casus gelijkt op die van het arrest H.R. 8.6.1973, *N.J.* 1974, 346 (Nationaal Grondbezit/Kamphuis).

gemaakt. De inzichten van (de juridische afdeling van) de moedermaatschappij werden aldus met wetenschap van de dochtervennootschap gelijkgesteld.

4.7. *Belastingzaken* (79)

4.7.1. H.R. 8 mei 1957, *BNB* 1957/208

Een Nederlandse moedermaatschappij wilde bij de waardering van haar vorderingen op een buitenlandse dochtervennootschap rekening houden met het door die laatste gelopen incassorisico. De H.R. achtte dit in strijd met goed koopmansgebruik en overwoog daarbij dat, wanneer er geen fiscale eenheid is, de bijzondere verhouding tussen moeder- en dochtermaatschappij geen betekenis voor de belastingheffing heeft.

4.7.2. H.R. 12 maart 1969, *BNB* 1969/93 (80)

Art. 8 lid 1 sub c. van de Wet op de Vermogensbelasting zondert 'goodwill' uit van de belastbare bezittingen. Een belastingplichtige, eigenaar van alle aandelen van een nv, wilde bij de waardering dier aandelen de aan het bedrijf der nv verbonden goodwill in mindering brengen. De poging faalde.

4.7.3. H.R. 22 januari 1975, *BNB* 1975/65

Een Nederlandse vennootschap had haar 100% deelneming in een Italiaanse dochtermaatschappij negatief gewaardeerd, o.a. stellende dat zij 'in wezen volledig aansprakelijk' was voor de verplichtingen aangegaan door de dochter. Het Hof stelde echter vast, dat niet was gebleken van 'enig op belanghebbende rustend, tot een negatieve waardering van de deelneming aanleiding gevend obli-go'. De H.R. achtte deze vaststelling van feitelijke aard; de negatieve waardering was geen goed koopmansgebruik.

4.7.4. Hof Den Bosch 7 november 1975, *BNB* 1976/136

Belanghebbende had een familie-stichting in het leven geroepen en daarmee een lijfrente-overeenkomst gesloten. De fiscus weigerde,

(79) De opsomming is stellig onvolledig; een civilist bevindt zich in fiscalibus nu eenmaal op glad ijs.

(80) Vermeld door Westbroek t.a.p. Men kan zich afvragen, of het hier wel om een weigering van 'piercing' ging; in feite was de vraag slechts, wat in deze wetsbepaling met goodwill wordt bedoeld.

de lijfrentepremie op de voet van art. 45 der Wet I.B. te behandelen. Het Hof beschouwde de stichtingsakte als een schijnhandeling (81) en voegde daaraan toe, dat in werkelijkheid nimmer de bedoeling had voorgezetten om een van belanghebbende te onderscheiden rechtssubject in het leven te roepen (82).

4.8. Verzekeringsrecht

4.8.1. Rb. Amsterdam 1 december 1971, S & S 1972, 80

De eigenaar van de eenmanszaak 'Het Rijdend Confectiehuis' had een diefstalverzekering gesloten. Het bedrijf werd later voortgezet door een nv met gelijke naam. De verzekerde trok bij de nv aan de touwtjes, zonder echter directeur te zijn. De verzekering werd gecontinueerd ten name van de nv; in gemeenschap met die verzekering sloot de nv een tweede diefstalverzekering. Toen de verzekeraars werden aangesproken tot uitkering, beriepen zij zich met succes op verzwijging (art. 251 K.), bestaande in het verzwijgen van de omstandigheid dat de oorspronkelijke verzekerde wegens vermogensdelicten een langdurige gevangenisstraf had ondergaan. De rechtbank vereenzelvigde de nv met de oorspronkelijke verzekerde.

4.8.2. Rb. Rotterdam 10 november 1972, S & S 1973, 30

De directeur, tevens enig aandeelhouder, van een Zwitserse naamloze vennootschap had een casco-verzekering gesloten voor een sleepboot, die toebehoorde aan de vennootschap. De verzekerde stelde, als directeur/aandeelhouder belanghebbende in de zin van art. 250 K. te zijn. De rechtbank achtte een dergelijke vereenzelving echter 'onverenigbaar met het rechtspersoonlijkheidskarakter van de naamloze vennootschap'.

(81) Hetzelfde Hof had reeds eerder een lijfrentestichting als niet bestaand aangemerkt: 16.3.1973, *BNB* 1974/21, met bevestigend arrest H.R. 17.10.1973 (de H.R. beschouwde de beslissing als feitelijk). J. E. A. M. van Dijck noemde het in zijn noot bij dit arrest gevaarlijk, dat de belastingrechter een civielrechtelijk oordeel over de existentie van een stichting had uitgesproken.

(82) In dergelijke situaties achtte Hof Arnhem 30.6.1970, *BNB* 1971/123 geen schijnhandeling maar wel *fraus legis* aanwezig en bereikte Hof Amsterdam 9.12.1971, *BNB* 1972/238 resp. 22.9.1975, *BNB* 1976/170 een eveneens voor de belanghebbende ongunstig resultaat langs de weg van uitlegging: de beschikingsmacht over de betaalde bedragen was bij de belanghebbende gebleven, dus waren deze geen 'lijfrentepremies'.

4.9. *Europees mededingingsrecht*

Van de hierna te noemen arresten van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen zal alleen het aspect van 'piercing the veil' ter sprake komen, waardoor een wat eenzijdig licht op die arresten valt. In feite ontleen de arresten hun belang vooral aan de buiten het raam van dit preadvies vallende beslissingen over de draagwijdte van de artikelen 85 en 86 van het E.E.G. verdrag.

4.9.1. H.v.J. 35 november 1971, *Jur.* 1971, 949

De Belgische vennootschap Béguelin Import Co. had een alleenverkooprecht voor België en Frankrijk verworven van een Japans bedrijf. Zij richtte een dochtervennootschap in Frankrijk op en bewerkstelligde dat het alleenverkooprecht voor Frankrijk op die dochter overging. Het Hof oordeelde, dat deze gedeeltelijke overdracht van een alleenverkooprecht aan 'een dochteronderneming die wel een eigen rechtspersoonlijkheid doch geen enkele onafhankelijkheid bezit' niet concurrentiebeperkend was en derhalve niet door het verbod van art. 85 lid 1 van het Verdrag werd getroffen (83).

4.9.2. H.v.J. 14 juli 1972, *Jur.* 1972, 619, 787, 845

Imperial Chemical Industries Ltd. en andere fabrikanten van kleurstoffen waren door de Commissie beboet wegens overtreding van art. 85 lid 1, bestaande in als onderling afgestemde – concurrentiebeperkende – feitelijke gedragingen bestempelde prijsverhogingen. I.C.I., Ciba-Geigy A.G. en Sandoz A.G. – alle drie buiten de E.E.G. gevestigd – bestreden bij het Hof de bevoegdheid van de Commissie, stellende dat de aan hen verweten handelingen buiten het territoire der Gemeenschap waren verricht. Het Hof oordeelde echter, dat het marktgedrag van de moedervennootschappen en dat van haar binnen de E.E.G. gevestigde dochtermaatschappijen 'als een eenheid moet worden opgevat', ook al was er telkens 'in formele zin van twee verschillende vennootschappen sprake'. Aan dit oordeel lag ten grondslag, dat de dochters – haar eigen rechts-

(83) Zie over deze overwegingen I. Veroustraete, *S.E.W.* 1974, 576/577. De Commissie had eerder in dezelfde zin beslist in haar beschikking van 5 juli 1969, *P.B.* L 165, 12, 14 (Christiani & Nielsen).

Zoals B. Baardman in *Europees Kartelrecht* anno 1973, p. 51, opmerkte, had hetzelfde doel ook langs een andere weg kunnen worden bereikt, nl. door concernafspraken niet als overeenkomsten 'tussen ondernemingen' te kwalificeren.

persoonlijkheid ten spijt – niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalden maar in hoofdzaak de instructies van de moeders volgden. De economische eenheid van moeder en dochter – als concern – bracht volgens het Hof mede ‘dat de handelingen der dochtermaatschappij in bepaalde omstandigheden (84) aan de moedermaatschappij mogen worden aangerekend’.

4.9.3. H.v.J. 21 februari 1973, *Jur.* 1973, 215

Continental Can Company Inc. had door tussenkomst van haar dochtervennootschap Europemballage Corporation een 80% belang verworven in Thomassen & Drijver-Verblifa NV. De Commissie beschouwde deze acquisitie als misbruik van een machtspositie, verboden door art. 86 van het Verdrag. Continental Can betwistte de bevoegdheid van de Commissie omdat zij buiten de Gemeenschap gevestigd was en de gewraakte handelwijze niet aan haar doch aan Europemballage toe te schrijven was. Het Hof rekende echter het gedrag van Europemballage aan Continental Can toe met overwegingen van gelijke strekking als die in bovengenoemde kleurstoffenzaak (I.C.I.).

4.9.4. H. v. J. 6 maart 1974, *Jur.* 1974, 223

De Amerikaanse vennootschap Commercial Solvents Corporation bezat 51% van de aandelen der Italiaanse vennootschap Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.; vertegenwoordigers van CSC bezetten de helft van het aantal zetels in het bestuur van Istituto en één hunner had als voorzitter een beslissende stem bij staking van stemmen.

Istituto was tot 1970 wederverkoopster geweest van door CSC gefabriceerde aminobutanol en Giorgio Zoja S.p.A. was toen een van haar afnemers. CSC staakte begin 1970 de leveranties van aminobutanol in de E.E.G.; Zoja wilde bestellingen bij Istituto plaatsen maar kreeg nul op het rekest. Commissie en Hof achtten een inbreuk op art. 86 van het Verdrag aanwezig. Het Hof onderschreef de conclusie van de Commissie – getrokken uit de bovenomschreven banden tussen CSC en Istituto in samenhang met andere feitelijkeheden – dat CSC de controlemacht over Istituto had en in feite ook uitoefende, zodat de twee vennootschappen, wat betreft hun verhouding tot Zoja en voor de toepassing van art. 86 te beschou-

(84) Zie over deze formule R. A. A. Duk en A. Mulder, *S.E.W.* 1972, 694.

ven waren als vormden zij één en dezelfde onderneming of economische eenheid. Het Hof preciseerde dat het marktgedrag der beide vennootschappen 'werd gekenmerkt door een duidelijke eenheid van optreden, hetgeen, mede gezien de controle macht van CSC over Istituto, een bevestiging vormt van de conclusies der bestreden beschikking, dat de twee vennootschappen wat hun betrekkingen met Zoja betreft zijn te beschouwen als een economische eenheid en dat het geïncrimineerde gedrag hun gezamenlijk is aan te rekenen'. (85) Om dezelfde reden werd ook het beroep op onbevoegdheid van de Commissie verworpen.

4.9.5. H.v.J. 31 oktober 1974, *Jur.* 1974, 1147, 1183

In de merkenzaak Centrafarm/Winthrop (86) en in de octrooizaak Centrafarm/Sterling Drug legde de Nederlandse Hoge Raad aan het Europese Hof vragen van gemeenschapsrecht voor. De laatste vier vragen had betrekking op de invloed van concernverhoudingen op de toepassing van art. 85 van het Verdrag. Het Hof gaf op deze vragen het volgende principiële antwoord: 'dat art. 85 niet ziet op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot een en hetzelfde concern behoren, indien de ondernemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen een interne taakverdeling tussen de ondernemingen ten doel hebben' (87).

(85) Het valt op, dat de eenheid wordt gerelativeerd, immers alleen op de verhouding met Zoja wordt betrokken. M. R. Mok merkt in *S.E.W.* 1974, p. 545, op dat het Hof aldus principiële uitspraken over concernverhoudingen in het algemeen kon vermijden. Ik vermoed, dat het Hof extra voorzichtig was omdat het geen 100% moeder-dochter verhouding betrof.

(86) Deze leverde ook een voor ons onderwerp relevante vraag op het gebied van het merkenrecht op: Centrafarm stelde o.a. dat de Nederlandse merkgerechtigde Winthrop BV zich niet op haar merkrecht kon beroepen omdat de betrokken (uit Engeland ingevoerde) producten in Engeland in het verkeer waren gebracht door de moedermaatschappij van Winthrop. Het Haagse Hof verwierp de stelling. De H.R., 1 maart 1974, *N.J.* 1974, 330 liet deze vraag van uitlegging der Benelux-Merkenwet in het midden, in afwachting van het antwoord van het E.G. Hof op vragen van gemeenschapsrecht. In het eendarrest, H.R. 21 februari 1975, *N.J.* 1975, 457 bleef de vraag weer onbeantwoord, conform de wens van partijen.

(87) B. Baardman merkt in *S.E.W.* 1975, p. 210, op dat de laatste zinsnede een

4.9.6. H.v.J. 16 december 1975, *Jur.* 1975, 1663

De coöperatieve vereniging 'Suiker Unie' U.A. was tezamen met een aantal andere producenten en leveranciers van suiker door de Commissie beboet wegens inbreuken op de artikelen 85 lid 1 en 86 van het Verdrag. Suiker Unie beklagde zich bij het Hof onder meer over het feit, dat de Commissie feiten aan haar had verweten welke waren begaan in een tijdvak waarin zij nog niet bestond. Het Hof vereenzelvigde Suiker Unie echter zowel met de vier coöperaties, waarvan zij bij haar oprichting de rechten en verplichtingen had overgenomen, als met de (ontbonden) coöperatieve vereniging, die vóór de oprichting van Suiker Unie onder dezelfde naam de activiteiten der vier coöperaties coördineerde. Volgens het Hof was Suiker Unie de 'opvolgster in economische zin' van de oude vereniging en haar leden, en was het gedrag van Suiker Unie en haar voorgangster met betrekking tot de suikermarkt gekenmerkt geweest door een kennelijke eenheid van optreden, zodat bedoeld gedrag aan Suiker Unie mocht worden toegerekend (88).

HOOFDSTUK 5. BUITENLAND

Als intermezzo tussen het voorgaande en enige capita selecta en ter illustratie van de vragen, waartoe ons onderwerp aanleiding geeft, zal een en ander worden medegedeeld over de stand van zaken in de Verenigde Staten en in enkele Europese landen. De selectie van die landen is nogal willekeurig; ik heb mij daarbij vooral laten leiden door de toegankelijkheid van het materiaal.

precisering inhoudt van wat het Hof in de zaak *Béguelin* (zie 4.9.1.) had gezegd. Baardman wijst ook op de omgekeerde formule van de A.G. Trabucchi: het verbod van art. 85 geldt wel wanneer de overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen van de leden van eenzelfde concern een beperking van de mededingingsvrijheid van derden ten doel of tot gevolg hebben.

(88) Zie *Jur.* 1975 p. 1926-1928 voor de bedoelde overwegingen. De A.G. Mayras (*Jur.* 1975 p. 2091) betoogde dat de boeten ex art. 15 van Verordening 17 'niet aan natuurlijke personen worden opgelegd doch aan ondernemingen; en ofschoon de hierbedoelde ondernemingen rechtspersonen zijn heeft men ze als economische eenheden willen treffen'. Als ik het goed begrijp, komt de gedachten-gang van A.G. en Hof hierop neer, dat in het Europese anti-kartel-recht een rechtspersoon aansprakelijk (debitrice van boete) kan zijn wegens vóór haar oprichting voorgevallen gedragingen van degenen, die zowel vóór als na de oprichting het beleid bepaalden ten aanzien van de door die rechtspersoon overgenomen onderneming. Ik kan deze prenatale toerekening moeilijk volgen.

Hetgeen nu volgt moet worden gelezen met de argwaan, die past tegenover iemand die zich aan vergelijkende beschrijving van vreemd recht waagt zonder de betrokken rechtsstelsels te beheersen (89).

5.1. *Verenigde Staten* (90)

Ofschoon de doctrine van 'piercing the corporate veil' in de Verenigde Staten is ontstaan en ontwikkeld, kan niet worden gesproken van een afgerond en theoretisch hecht doortimmerd Amerikaans leerstuk. Veeleer is sprake van een indrukwekkende hoeveelheid rechterlijke uitspraken, vooral van rechters der afzonderlijke staten maar ook wel van federale rechters. Deze jurisprudentie, die sterk casuïstisch van aard is, is door de schrijvers op uiteenlopende manieren uitgelegd en gesystematiseerd.

De uitspraken in kwestie liggen op uiteenlopende gebieden: anti-trustrecht, belastingrecht, procesrecht (jurisdictiekwesties, toepassing van 'long arm statutes', draagwijdte van het gezag van gewijsde), ontduiking van de wet, verijdeling van contracten, benadeling van crediteuren etc. In laatstgenoemde categorie treft men talrijke gevallen aan van tegen moedermaatschappijen of groot-aandeelhouders van insolvente vennootschappen gerichte vorderingen uit onrechtmatige daad - 'tort' - (91) en daaronder treft men veel claims op (moedermaatschappijen van) 'common carriers,' zoals spoorweg- en taxi-ondernemingen, aan.

De toegepaste constructie loopt uiteen (92). Soms is geopereerd met

(89) Zie voor de methoden en problemen van rechtsvergelijking het preadvies van J. G. Sauveplanne voor de Ned. Ver. van Rechtsvergelijking, 1975.

(90) Zie H. G. Henn, *Handbook of the law of corporations* (1961) p. 203 e.v.; G. D. Hornstein, *Corporation Law and Practice* (1959 met suppl. 1968), nrs. 751-759; J. M. Sweeney in de bundel 'La personnalité morale et ses limites' van S. Bastid, R. David e.a. (1960) p. 97-112. Zie voor doorbraak van aansprakelijkheid in de V.S. verder R. B. Campbell, *Limited liability for corporate shareholders: myth or matter-of-fact*, *Kentucky Law Journal* 63 (1974/75) p. 23-71, en het bondige overzicht in de dissertatie van Raaijmakers, p. 235-242.

(91) Veel gegevens hierover bij J. A. Corrigan en J. R. Schirott, 'Piercing the corporate veil: dispelling the mists of metaphor', in *Trial Lawyer's Guide* 17 (1973) p. 122-155. Merkwaardig is de mededeling in dit artikel: 'The reluctance of counsel to attempt to pierce the corporate veil is remarkable in light of the universal recognition of this remedy by modern textbook authors'.

(92) Zie voor een diepgaand systematisch onderzoek, waarbij Amerikaans en Duits recht worden vergeleken: E. Rehinder, *Konzernausussenrecht und allgemeines Privatrecht* (1969). Vgl. voorts H. H. Löber, *Die Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit bei Kapitalgesellschaften in den Rechten Oesterreichs, Deutschlands und der U.S.A.*, *Zeitschr. für Rechtsvergl.*, 1966 p. 61 e.v., 145 e.v.

het begrip 'agency', waardoor via een vertegenwoordigingsconstructie aansprakelijkheden worden verlegd naar een (meer verhaal biedende) moedermaatschappij; in andere gevallen wordt de eigen identiteit van een te licht bevonden corporation eenvoudigweg opzijgeschoven, veelal met een motivering van de strekking dat onaanvaardbaar onrecht het gevolg zou zijn van eerbiediging van de afzonderlijke identiteit der betrokken corporation, of van handhaving van de (ook in de Verenigde Staten in beginsel geldende) regel dat uitsluitend de corporation zelf voor haar verplichtingen aansprakelijk is.

Wanneer ten behoeve van crediteuren 'piercing' plaats heeft, geschiedt dit steeds op grond van een combinatie van feiten. Het enkele feit, dat alle aandelen in één hand zijn, is niet voldoende; er moeten bijkomende omstandigheden zijn, waardoor het totaalbeeld ontstaat van een volkomen onzelfstandige vennootschap, willoos werktuig in de handen van de grootaandeelhouder of moedermaatschappij. Onder die bijkomende omstandigheden tellen zwaar: het uitgerust zijn met een veel te gering kapitaal ('undercapitalization'); overheersende bemoeienis met de zaken van de dochtervennootschap; vermenging van vermogensbestanddelen; het verwaarlozen van vormen zoals het op schrift stellen van besluiten, houden van vergaderingen en notulen e.d.

De criteria zijn niet identiek in de gevallen van een door een natuurlijke persoon beheerste vennootschap en van een in concernverband door de moedermaatschappij gedomineerde dochteronderneming. De indruk bestaat, dat in het tweede geval eerder door de vennootschap heen wordt gekeken dan in het eerste geval, met name bij 'undercapitalization' (93).

Van uitzonderingen in de Amerikaanse wetgeving op het beginsel der exclusieve aansprakelijkheid van een corporation zijn weinig voorbeelden bekend. Een opvallend en veel geciteerd geval is par. 630 van de Business Corporation Law van de Staat New York. Volgens die bepaling zijn de tien grootste aandeelhouders van een corporation persoonlijk aansprakelijk voor het loon verschuldigd aan werknemers der corporation; deze aansprakelijkheid komt

(93) Corrigan en Schirott i.a.p. blz. 133: '... the courts seem to particularly abhor the situation of a parent-subsidiary or brother-sister corporation arrangement. That is to say, the courts are more willing to pierce the corporate veil in that situation than they are in the case of a "ma and pa" grocery store which is incorporated with the minimum capitalization required by law'.

echter pas aan de orde nadat de eisers tevergeefs hebben gepoogd, een vonnis tegen de vennootschap te executeren. Enkele andere Amerikaanse staten kennen soortgelijke wettelijke bepalingen ter bescherming van de loonvorderingen van werknemers.

Het is duidelijk, dat het leerstuk van 'piercing the veil' als een product van de Amerikaanse rechtspraak kan worden beschouwd. Ondanks een gebrek aan strenge systematiek en theoretische fundering – de Amerikaanse rechter heeft op dit gebied meer met beeldspraak dan met dogmatiek gewerkt – heeft de Amerikaanse jurisprudentie kennelijk inspirerend gewerkt op schrijvers in Europa (94), waardoor vermoedelijk ook de rechtsontwikkeling in Europa invloed ondergaat van de bloei van het verschijnsel 'piercing' in de Verenigde Staten.

5.2. Engeland

In het Engelse recht is het verschijnsel van 'lifting the veil' minder frequent maar niet onbekend. In het handboek van Gower (95) wordt onder die titel zelfs een heel hoofdstuk aan het onderwerp gewijd.

Het aantal rechterlijke uitspraken, waarbij het verschijnsel aan de orde was, is niet zeer groot. De rechter heeft de 'corporate veil' in die gevallen nu eens wel, dan weer niet willen lichten. Het is moeilijk, hierin een vaste lijn te herkennen.

In beginsel houdt de Engelse rechter vast aan het precedent inzake *Salomon v. Salomon & Co.* (1897), waarbij het Hogerhuis de afzonderlijke identiteit van een company met nadruk heeft vastgesteld (96).

De sluier der incorporatie is dan ook 'as opaque and impassable as an iron curtain', zegt Gower, maar dit neemt niet weg dat er van tijd tot tijd toch doorheen wordt gekeken (97).

(94) In het bijzonder R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen* (1955), U. Drobnig, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften* (1959) en E. Rehbinder, a.w.

(95) L. C. B. Gower, *The principles of modern company law* (1969), p. 189-217. Zie voorts *Palmer's Company Law* (1968 met suppl. 1974) p. 133/134, B. A. Wortley in de in noot 90 genoemde bundel van Bastid c.s., p. 53-95, en R. R. Pennington, *Company Law* (1973) p. 45-55.

(96) Het betrof in casu juist een vennootschap die volledig door één man werd beheerst, al bezaten diens vrouw en kinderen ook enkele aandelen. De huidige betekenis van dit precedent wordt gerelativeerd door C. M. Schmitthoff, 'Salomon in the Shadow', *The Journal of Business Law* 1976, p. 305 e.v.

(97) Zo ongeveer begint A. Samuels zijn overzichtelijk artikel 'Lifting the Veil' in *The Journal of Business Law* 1964, p. 107 e.v.

De beslissingen in kwestie betroffen zeer uiteenlopende onderwerpen zoals belastingzaken, wetgeving inzake vijandelijk vermogen, transportvergunningen, huurzaken (98), arbeidsverhoudingen en sociale verzekering, schadevergoeding bij nationalisatie en onteigening, verzekeringsrecht (verzekeraar belang), ontduiking van wet of contract (99).

In sommige gevallen is de beslissing gemotiveerd met behulp van agency en trust regels (100), maar vooral in de recentere rechtspraak ontbreekt een theoretische constructie.

Er zijn indicaties dat de afzonderlijke identiteit van een company, verbonden met andere companies binnen één groepsverband, eerder wordt genegeerd dan de aparte persoonlijkheid van een vennootschap in andere situaties (101). Deze tendens lijkt bevestiging te vinden in het op 4 maart 1976 gewezen arrest inzake DHN Food Distributors Ltd e.d. v. Tower Hamlets London Borough Council (102). Het betrof hier de onteigening van een perceel, toebehorende aan een holding company; een dochtervennootschap van de holding oefende op het perceel een bloeiend cash-and-carry bedrijf uit en verlangde vergoeding van bedrijfsschade. Het Lands Tribunal wees de vordering af maar het Court of Appeal besliste ten gunste van de vennootschap. Lord Denning baseerde zijn oordeel onder meer op het feit dat een 'group of companies' in veel opzichten als een eenheid wordt behandeld; in het onderhavige geval behoorden de verbonden vennootschappen niet te worden 'treated separately so as to be defeated on a technical point'. Lord Goff sloot zich hierbij aan maar gaf te kennen, geen algemene regel te willen formuleren: 'I wish to safeguard myself by saying that so far as this

(98) Soortgelijke vragen als in Nederland (4.3 supra): huurbescherming, dringend eigen gebruik; in het algemeen strikte toepassing van het beginsel van separate persoonlijkheid. Samuels t.a.p.: 'a landlord cannot take the benefit of the advantages of incorporation without at the same time accepting the disadvantages'.

(99) Interessant is *Gilford Motor Co. v. Horne* (LR 1933 Ch. 935, Court of Appeal) omdat de casus gelijk is op die van de zaak *Gelderse Tram / N.S. / Velox* (4.1.2. supra): inbreuk door een vennootschap op een verbintenis (om niet te concurreren) van haar enige aandeelhouder; 'injunction' opgelegd.

(100) Zie over de merites daarvan H.-J. Bauschke, *Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Privatrecht* (1975), p. 78 e.v.

(101) Gower p. 213, 216. Deze ziet hierin het volgen van een door de wetgever gegeven voorbeeld. Vgl. ook Samuels t.a.p. blz. 108/109.

(102) (1976) 1 *Weekly Law Reports*, p. 852 e.v. Zie over deze uitspraak C. M. Schmitthoff in *The Journal of Business Law* 1976 p. 158/159 en p. 307/308.

ground is concerned, I am relying on the facts of this particular case'. In de Engelse Companies Acts van 1948 en 1967 wordt op verscheidene plaatsen rekening gehouden met groepsverhoudingen. Voor ons onderwerp valt de aandacht op het bepaalde in section 31 van de wet van 1948: voor de schulden, aangegaan door een zaken doende vennootschap nadat zij langer dan zes maanden minder dan twee (private company) c.q. zeven (public company) aandeelhouders heeft gehad, is aansprakelijk een ieder die aandeelhouder is gedurende de periode waarin de vennootschap na verloop van die zes maanden zaken doet, mits hij van de situatie op de hoogte is. De bepaling schijnt in de praktijk niet veel om het lijf te hebben doordat ontwijking gemakkelijk is.

Van belang voor ons onderwerp is tenslotte nog section 332 van de wet van 1948; volgens deze bepaling kan de rechter tijdens de vereffening van een ontbonden vennootschap een ieder, die opzettelijk heeft medegewerkt aan bedriegelijke handelingen, persoonlijk aansprakelijk verklaren voor de schulden – of bepaalde schulden – van de vennootschap in liquidatie.

5.3. *Duitsland*

Door Duitse schrijvers (103) is sedert de vijftiger jaren veel werk verzet om de tamelijk talrijke rechterlijke beslissingen, waarin vragen van vereenzelviging, doorbraak van aansprakelijkheid c.q. misbruik van rechtspersoonlijkheid aan de orde waren, te rangschikken, met buitenlandse jurisprudentie te vergelijken en in een geheel van regels in te passen; daarbij werden onder het begrip 'Durchgriff' ook gevallen gebracht, die men in Amerika niet met de term 'piercing the veil' zou aanduiden. Vooral Serick heeft het terrein sterk uitgebreid (104).

(103) In het bijzonder door Serick en Drobnig (zie noot 94), maar ook door anderen zoals E. Rehbindler, a.w. en E. Schanze, *Einmanggesellschaft und Durchgriffshaftung* (1975). Overzichten over het Duitse rechtर्सrecht vindt men bij Enneccerus-Nipperdey I (1959) p. 613-616, Schanze, op. cit. p. 68-82 (met ook jurisprudentie van andere dan burgerlijke gerechten), E. J. Cohn en C. Simitis, *Lifting the veil in the company laws of the European Continent*, *The International and Comparative Law Quarterly* 1963 p. 189 e.v. (zie p. 190-199), Löber t.a.p. en – beknopt – Drobnig in de bundel van Bastid c.s., p. 27-50.

(104) Blijkens de ondertitel van zijn boek beoogde Serick een rechtsvergelijkende bijdrage 'zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristische Person'. Drobnig behandelde alleen een deelgebied, t.w. 'Haftungsdurchgriff'. De aanpak van Serick is als te generaliserend bestreden door W. Müller-Freienfels in *Archiv für die civilistische Praxis* 1957, p. 522 e.v.

Van Oven (105) betwijfelt of het streven naar een dogmatische fundering met veel succes is bekroond en concludeert dat men ook in Duitsland nog in de casuïstiek is blijven steken. Belangwekkend is in dit verband de recente mededeling van H.-J. Bauschke (106) dat de discussie over het onderwerp in Duitsland weer is opgelaaide naar aanleiding van het arrest BGH 13 november 1973 (107) waarin het hof – volgens Bauschke voor het eerst – met zoveel woorden uitsprak dat de rechtsvorm van de vennootschap mag worden genegeerd. Het arrest valt ook op, omdat de vereenzelviging van de betrokken vennootschap met haar enige aandeelhouder/directeur niet ter bescherming van belangen van derden plaats had maar ten gunste van de aandeelhouder (108).

Bauschke wijst erop, dat een groeiend aantal Duitse schrijvers pleit voor het abandoneren van de Durchgriffstheorie en voor het vinden van oplossingen uitsluitend met behulp van beproefde beginselen van burgerlijk recht; zelf zet hij daarbij een vraagteken, verwijzend naar de minder geslaagde pogingen van die aard in Engeland.

Een aantal beslissingen van de Duitse rechter kan worden gebracht onder de noemer van ontduiking van wet of contract (109). In deze gevallen is doorgaans een bevredigend resultaat bereikt door teleologische uitlegging van de wet c.q. toepassing van de norm dat verbintenissen volgens 'Treu und Glauben' moeten worden nagekomen, par. 242 BGB.

(105) Van Opstall bundel p. 123. Ter illustratie citeerde Van Oven de formule, dat een vennootschap en haar enige aandeelhouder als een eenheid moeten worden behandeld wanneer 'die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten'. Deze formule is voor het eerst gebezigd door het oude Reichsgericht in 1920 en is nog instemmend geciteerd door het Bundesgerichtshof in zijn arrest van 29 november 1956, BGHZ 22, 226.

(106) Lifting the Veil in German and French Law, *The Journal of Business Law* 1976, p. 294-296.

(107) NJW 1974, 134 en BGHZ 61, 380. De in noot 105 geciteerde formule luidt nu moderner: 'Eine andere Betrachtungsweise würde an der wirtschaftlichen Wirklichkeit vorbeigehen und den Schädiger auf dem Wege über formale Gegebenheiten ungerechtfertigt entlasten'.

(108) Deze vorderde wegens een aan hem persoonlijk gegeven onjuist rechtskundig advies vergoeding van schade, die in feite door 'zijn' vennootschap was geleden; de eis werd in beginsel toegewezen geacht.

(109) Waaronder op Gelderse Tram/N.S./Velox (4.1.2. supra) gelijkende gevallen zoals het arrest BGH 13 februari 1952, BGHZ 5, 127.

In andere gevallen ging het om ruime toepassing van leerstukken zoals dwaling omtrent eigenschappen van de persoon der wederpartij en goede trouw bij verkrijging van onroerend goed, om verenzelviging van een vennootschap en haar enig aandeelhouder in verband met 'eigen opzet' bij schadeverzekering, e.d. Spelletjes ter benadeling van vennootschapscrediteuren – zoals opzegging van de huur aan een theatermaatschappij door haar enig aandeelhouder/directeur om het verhaalsobject voor crediteuren te doen verdwijnen – zijn herhaaldelijk afgestraft door toepassing van par. 826 BGB (110).

De lagere rechter heeft meermalen tot 'Durchgriff' besloten in gevallen van vermenging van vennootschaps- en privévermogen bij eenmansvennootschappen; het betreft dan verschuivingen van vermogensbestanddelen ten voordele van de enige aandeelhouder en leidende tot gebrek aan verhaalsmogelijkheden voor de vennootschapscrediteuren. In een geval, waarin wel vermenging van vennootschaps- en privévermogen was opgetreden, maar niet ter verkrijging van de enige aandeelhouder, kwam de lagere rechter tot 'Durchgriff' maar vernietigde het BGH (111) de beslissing met de algemene overweging: 'Auch der objektiv hervorgerufene Rechtschein allein kann in der Regel nicht der Grund dafür sein, den Durchgriff auf das Vermögen des Alleingesellschafters zu gestatten. Grundsätzlich muss ein subjektiver Gesichtspunkt hinzukommen, der das Verhalten des sich auf die Selbständigkeit der G.m.b.H. berufenden Gesellschafters als einen Verstoss gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten kennzeichnet'. Over de juistheid van deze eis van 'subjectieve kwade trouw' wordt door de Duitse schrijvers gedebatteerd.

Veel geciteerd is voorts een beslissing van het Bundesgerichtshof in een geval van onderkapitalisatie (112). Hier was een geldlening, die door de enige aandeelhouder van een via stromannen opgerichte en met gering kapitaal uitgeruste G.m.b.H. aan deze laatste was verstrekt ter voorkoming van een verplichte faillissements-

(110) Wie op een met de goede zeden strijdige wijze opzettelijk aan een ander schade toebrengt, is jegens die ander tot schadevergoeding verplicht.

(111) Arrest van 26 november 1957, *Der Betriebsberater* 1958, p. 169. Het hof illustreert de regel met het voorbeeld van de enige aandeelhouder, die weet dat de vennootschap niet meer levensvatbaar is maar haar desondanks, ten nadele van crediteuren, laat voortgaan met haar activiteiten.

(112) BGH 14 december 1959, *NfW* 1960, 286 en *BGHZ* 31, 258.

aanvraag, afgelost kort vóór in feite insolventie intrad. De lening werd door het hof aangemerkt als kapitaal; de terugbetaling van dat kapitaal was onrechtmatig en de aandeelhouder werd veroordeeld tot restitutie aan de vennootschap. Toegepast werd par. 242 BGB in samenhang met de paragrafen 30 en 31 van de wet op de G.m.b.H., waarin terugbetaling van 'Stammeinlagen' wordt verboden.

Uit dit arrest kan geen algemene regel over Durchgriff bij onderkapitalisatie worden gedestilleerd (113).

Ten aanzien van de bijzondere verhouding tussen moeder- en dochtervennootschappen in concernverband en de gevolgen daarvan voor de positie van crediteuren der dochtervennootschap moet worden onderscheiden tussen de situaties vóór en na inwerking-treding van het nieuwe Aktiengesetz van 6 september 1965, waarin een derde boek (paragrafen 291-338) over 'Verbundene Unternehmen' is opgenomen (114).

Volgens dit nieuwe concernrecht kan in bepaalde gevallen worden 'doorgegrepen' naar de dominerende vennootschap. De bepalingen in kwestie gelden alleen voor de A.G., maar een op soortgelijke leest geschoeid wetsontwerp is aanhangig voor de G.m.b.H. Voor nadere bijzonderheden over dit Duiste concernrecht moge ik verwijzen naar mijn mede-preadviseur.

Tenslotte kan nog een algemene bepaling worden genoemd, die voor ons onderwerp relevant is: par. 117 van het nieuwe Aktiengesetz – een herziene versie van par. 101 van de vroegere wet (115) – verplicht degene, die door het aanwenden van zijn invloed op de vennootschap een directeur, commissaris of procuratiehouder ertoe be-

(113) Het hof overwoog uitdrukkelijk dat het niet behoefde te beslissen over het vraagstuk der onderkapitalisatie 'in seiner ganzen Breite'.

Zie verder over onderkapitalisatie Drobnič, p. 47-54; deze meent dat Durchgriff in Amerika, Duitsland en Frankrijk het meest is toegepast wanneer de onderkapitalisatie gepaard ging met transacties tussen de vennootschap en haar enige aandeelhouder, zoals huur van bedrijfsmiddelen. Vgl. ook E. von Caemmerer in de bundel *Quo Vadis Ius Societatum* (1972), p. 17 e.v., 'Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen'.

(114) Zie daarover o.a. H. Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht* (1973) p. 241-308; M. Lutter, *Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Bewährung*, *De NV* 1975, p. 117 e.v.; Raaijmakers, diss. p. 30-39, 242-247, en Franken, diss. p. 89 e.v.

(115) Waarvan Cohn & Simitis, p. 192, mededelen dat zij, kennelijk als gevolg van de te zware bewijslast, een dode letter is gebleven.

weegt, ten nadele van de vennootschap of haar aandeelhouders te handelen, tot vergoeding der daaruit voortvloeiende schade. De schadevergoedingsplicht bestaat niet indien de invloed wordt uitgeoefend door het uitbrengen van stem in de algemene vergadering (116),

5.4. Frankrijk

Van groot belang zijn de artikelen 99-101 van de Franse faillissementswet van 13 juli 1967 (117). Art. 99 geeft bij faillissement van een rechtspersoon aan de rechter de bevoegdheid, alle of bepaalde 'dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes', bij gebleken ontoereikendheid der baten persoonlijk (met of zonder hoofdelijkheid) te veroordelen om de schulden der vennootschap geheel of gedeeltelijk te voldoen. De betrokken (crypto-)bestuurders kunnen zich echter bevrijden indien zij bewijzen, aan het beheer van de zaken der vennootschap 'toute l'activité et la diligence nécessaires' te hebben gewijd. Voldoet de veroordeelde de schuld in kwestie niet, dan wordt hij persoonlijk failliet verklaard (art. 100). Art. 101 bepaalt vervolgens, dat de (crypto-) bestuurder persoonlijk failliet kan worden verklaard indien hij zich 'sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements' aan een der navolgende gedragingen schuldig heeft gemaakt: 'fait des actes de commerce dans un intérêt personnel; ou disposé des biens sociaux comme des siens propres; ou poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale'.

In dat geval omvat het passief zowel de persoonlijke schulden als die der vennootschap (118).

Als 'verborgen bestuurder' is volgens de jurisprudentie ook te be-

(116) Wel kan het aldus tot stand gekomen besluit dan eventueel worden aangestast krachtens par. 243 A. G.

(117) De tekst is afgedrukt op p. 42 van de rede van P. van Schilfgaarde; zie diens beschouwingen op p. 27 e.v., vooral in verband met het onder 3.4. genoemde voorontwerp voor een Europees faillissementsverdrag. Zie over de voorgeschiedenis van deze bepalingen Hénard-Terré-Mabilat, *Sociétés Commerciales* (1972) I p. 484. De meest recente voorloper van art. 101 was art. 446 van de Code de Commerce, tekst 1955.

(118) Art. 1 van bijlage I bij het voorontwerp Europees faillissementsverdrag is minder drastisch, daar het de mogelijkheid openlaat dat de betrokkene tot betaling van slechts een gedeelte der vennootschapsschulden wordt veroordeeld. Dit systeem lijkt mij beter, mede omdat aldus rekening kan worden gehouden met de belangen van de privé crediteuren van de betrokkene.

schouwen de meerderheidsaandeelhouder die zich van de vennootschap bedient om zijn persoonlijke belangen te behartigen, de zaken der vennootschap als zijn eigen zaken behandelend; men spreekt hier van een zich gedragen als 'maître de l'affaire'. Zelfs is onder de werking van art. 446 Code de Commerce bij het faillissement van een S.A. ook failliet verklaard iemand, die noch directeur noch aandeelhouder van de failliete vennootschap was maar wel indirect aan de touwtjes trok (119).

De eenmansvennootschap wordt in Frankrijk niet aanvaard; een S.A. moet tenminste zeven, een S. à R.L. tenminste twee aandeelhouders hebben. Vóór de vennootschapswet van 24 juli 1966 namen aan, dat de S.A. of S. à R.L. van rechtswege ontbonden was zodra alle aandelen in één hand verenigd waren, maar art. 9 van genoemde wet bepaalt nu, dat in een dergelijk geval geen ontbinding van rechtswege plaatsheeft doch iedere belanghebbende ontbinding kan eisen indien de situatie niet binnen een jaar is geregulariseerd.

In de rechtspraak zijn vennootschappen, opgericht om de ondernemersactiviteiten van de oprichters (of van de natuurlijke- of rechtspersonen voor wie stromannen als formele oprichters optraden) te verbergen, bestempeld als 'sociétés de façade' of 'sociétés fictives', met als gevolg persoonlijke aansprakelijkheid van degenen die achter de façade schuil gingen. Ook in dergelijke gevallen wordt wel gesproken van de 'maître de l'affaire'.

Een andere methode (120), die meermalen tot een soortgelijk resultaat heeft geleid – juist ook bij gelieerde vennootschappen – is toepassing van de leer der 'apparence'. Wanneer moeder- en dochtermaatschappij door eenheid van optreden, bestuur, organisatie enz. de schijn wekken, één onderneming te zijn, lopen zij de kans voor elkaars schulden aansprakelijk te worden gesteld. Ook is wel eens

(119) De bekende zaak Laniel: Cass. Comm. 18 februari 1957, J.C.P. 1958 II, 10396. Laniel was directeur van een andere S.A., die 90% van de aandelen der failliete S.A. bezat, terwijl de meeste bestuurders van de failliete S.A. employés waren van de moedermaatschappij en aan Laniel grote credieten hadden verstrekt.

(120) Zie voor de verschillende theorieën en constructies: Encycl. Dalloz, Répertoire des sociétés (1970), afd. 'Filiales et participations', nrs. 195, 196 (apparence), 206 (société de fait), 208-214 (société de façade ou fictive), 215 (unité réelle). Vgl. voorts Ripert-Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial* (1972) p. 425, H. M. Alvares Correa, *TVVS* 1976, p. 132 e.v. en W. K. Franken diss. p. 221 e.v.

geopereerd met de constructie van de 'société de fait'. In recentere rechtspraak schijnen vergelijkbare resultaten te zijn bereikt zonder toepassing van een der voormelde theorieën, met een eenvoudige verwijzing naar de 'unité réelle' van de betrokken vennootschappen en hun 'communauté d'intérêts'. (121)

5.5. Italië

In Italië zijn verscheidene theorieën (122) ontwikkeld met het doel, de regel van beperkte aansprakelijkheid bij kapitaalvennootschappen – società per azioni en società a responsabilità limitata – te doorbreken wanneer een vennootschap sterk wordt gedomineerd (123) door een grootaandeelhouder. Bij lagere rechterlijke colleges hebben die theorieën meermalen ingang gevonden, maar de Corte di Cassazione wil er tot dusverre niets van weten.

De Corte di Cassazione weigert in het bijzonder iedere extensieve uitlegging van art. 2362 der Codice Civile. Volgens dit artikel geldt bij insolventie van een società per azioni de regel, dat voor de verplichtingen, ontstaan in de periode waarin de aandelen aan één enkele persoon toebehoorden, deze persoon onbeperkt aansprakelijk is (124). Ik teken hierbij aan, dat naar Italiaans recht wel tenminste twee oprichters nodig zijn, maar dat het vervolgens in één hand komen van de aandelen de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap in geen enkel opzicht aantast; wel treedt de vennoot-

(121) Rodière-Houin, *Droit commercial I* (1970) p. 338, vat de ontwikkeling zo samen: 'La non-confusion des personnalités de la société-mère et des filiales est parfois née par des arrêts qui recherchent et trouvent l'unité du groupe sous la pluralité des façades juridiques'.

(122) Vooral die van de 'feitelijke vennootschap' – zie o.a. B. Libonati, *Holding e Investment Trust* (1959), p. 273 e.v., met uitgebreide literatuuropgave – en die van de 'verborgen' of 'indirecte ondernemer', verdedigd door W. Bigiavi – zie diens annotaties in *Giur. it.* 1959 I, 2, 149 en *Foro it.* 1960 I, 1180 en zijn artikel over financieringsmaatschappijen in *Giur. it.* 1967 IV, 49 – maar bestreden door T. Ascarelli o.a. in *Rivista delle Società* 1958, 1153-1183. De theorie van Bigiavi beoogt uitbreiding van het faillissement van een gedomineerde vennootschap tot dat van de dominerende aandeelhouder (de verborgen ondernemer), met extensieve uitlegging van art. 147 lid 2 der faillissementswet. Zie voorts Clohn & Simitis, 210 e.v.

(123) Bigiavi onderscheidt tussen 'socio sovrano' (de macht uitoefenende maar niet misbruikende aandeelhouder-souverein) en 'socio tiranno' (de aandeelhouder-tiran die de vennootschap geheel als een eigen onderneming behandelt).

(124) Art. 2497 lid 2 C.C. bepaalt hetzelfde voor de società a responsabilità limitata.

schap dan volgens art. 2272 in ontbinding wanneer de pluraliteit niet binnen zes maanden is hersteld. De aansprakelijkheid van de enige aandeelhouder is een subsidiaire; zij treedt pas in bij insolventie der vennootschap en brengt niet mede, dat de aandeelhouder partij wordt bij de betrokken rechtsverhoudingen (125).

Het enkele feit, dat een grootaandeelhouder de vennootschap domineert en als een persoonlijk instrument gebruikt, houdt volgens de Corte di Cassazione niet in, dat hij als 'verborgen ondernemer' moet worden aangemerkt; het faillissement der vennootschap brengt derhalve noch zijn faillissement, noch persoonlijke aansprakelijkheid voor de schulden der vennootschap mede (126). Het arrest volgde kort op een uitspraak, waarin categorisch was overwogen dat beperking van aansprakelijkheid door middel van de oprichting van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid door de Italiaanse rechtsorde als een rechtsbescherming verdienend doel wordt beschouwd, zodat degene die zich van dit instituut bedient in geen geval met zijn eigen vermogen aansprakelijk is, ook al kan hij de besluitvorming in de algemene vergadering domineren doordat alle aandelen aan hem en zijn familieleden toebehoren (127). Een weinig belangrijke nuancering van haar leer, dat het faillissement der vennootschap niet het faillissement van de dominerende aandeelhouder meebrengt, heeft de Corte di Cassazione geformuleerd in 1966 (128): de aandeelhouder kan persoonlijk failliet worden verklaard indien hij ook een eenmanszaak heeft, welke gemeenschappelijke activiteiten met de vennootschap heeft uitgeoefend en tezamen met die laatste insolvent is geworden.

Art. 2362 C.C. wordt door de Corte di Cassazione bijzonder streng uitgelegd. Zelfs als een aandeelhouder nagenoeg alle aandelen bezit, vindt de bepaling geen toepassing; alleen als de tenaamstelling van de enkele aandelen, die ten name van een tweede

(125) Cass. 26 juli 1967 nr. 1969, *Giur. it.* 1968 I, 1443.

(126) Cass. 16 oktober 1959 nr. 2886, *Giust. Civ. Mass.* 1959, 977 en *Foro it.* 1960 I, 1180, met kritische noot Bigiavi. De cassatierechter wees er nog op, dat de bescherming van derden gevonden wordt in de bepalingen aangaande aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders.

(127) Cass. 13 september 1958 nr. 3035, *Dir. e Giur.* 1958, 889; zie de kritiek op dit arrest in de noot van Bigiavi bij Trib. Milaan 1-12-1958, *Giur. it.* 1959 I, 2, 149.

(128) Cass. 6 april 1966 nr. 907, *Giur. it.* 1967 I, 1, 433; hierover Bigiavi in *Giur. it.* 1967 IV, 49 c.v.

aandeelhouder luiden, nietig is, vindt het artikel wel toepassing (129).

Bovendien heeft de hoogste rechter het toepassingsgebied van art. 2362 recentelijk nog verder beperkt door te beslissen dat de bepaling geen toepassing vindt wanneer de enige aandeelhouder niet een natuurlijke persoon doch een società per azioni is (130). Voor de praktijk blijft er van de betekenis van deze bepaling aldus niet veel over.

Tegenover deze welwillende houding van de hoogste rechter ten opzichte van de eenmansvennootschap staat een kritische houding van sommige lagere colleges. Het hof van beroep te Venetië heeft zelfs op 24 april 1975 (131) aan twee Liechtensteinse eenmansrechtspersonen ('Anstalten') het recht om in rechte op te treden ontzegd op grond van overwegingen, waaruit onder meer blijkt dat dit hof een eenmansonderneming met beperkte aansprakelijkheid van de eigenaar niet als rechtspersoon wil erkennen omdat een soortgelijke figuur in de Italiaanse rechtsorde onbekend is.

Tenslotte moge nog worden opgemerkt, dat in de Italiaanse literatuur veel aandacht is besteed aan de betekenis en gevolgen van rechtspersoonlijkheid (131.a).

(129) Cass. 14 maart 1957 nr. 874, *Foro it.* 1957 I, 1443, met noot Ascarelli. Cohn & Simitis, p. 211, merken echter terecht op dat dit geen echte uitzondering is: nietig is nu eenmaal nietig. Meer in de richting van een werkelijke uitzondering gaat Cass. 9 december 1970 nr. 2602, *Foro it.* 1971 I, 65: oprichting van een aandelenvennootschap met behulp van stromannen is geen schijnhandeling maar leidt wel, indien er slechts één 'effectieve' aandeelhouder is, tot diens subsidiaire en onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid.

(130) Cass. 25 maart 1971 nr. 848, *Foro it.* 1971 I, 1539, met kritische en afwijzende noot van V. Andrioli. Opmerkelijk is, dat het hof van appel te Turijn nadien, bij arrest van 15 juni 1974, *Giur. it. Rep.* 1974, 3154, heeft geoordeeld dat art. 2362 C.C. ook toepassing vindt wanneer de enige aandeelhouder een rechtspersoon is.

(131) Zie *Neue Zürcher Zeitung* van 26 juni 1975 en (gedetailleerder) *Corriere della Sera* van 30 mei 1975. Het hof van beroep te Rome heeft op 12 december 1966 echter in tegengestelde zin geoordeeld, ook ten aanzien van een Liechtensteinse 'Anstalt' ('Blue Grass'), vide *Rivista del Notariato* XXII p. 735 e.v.

(131.a) Zie o.a. T. Ascarelli in *Rivista del Diritto Commerciale* 52 (1954) p. 245/333/421 e.v. en recentelijk G. Ragusa Maggiore in *Rivista delle Società* 1970, p. 540 e.v. Dat in Italië belangstelling voor ons onderwerp bestaat, blijkt o.a. uit het feit dat in 1966 een Italiaanse vertaling van het boek van Serick is verschenen.

De behoefte aan 'piercing of the veil' doet zich voelen wanneer de afzonderlijke identiteit van een rechtspersoon of de regel van exclusieve aansprakelijkheid het bereiken van een billijk resultaat schijnt te verhinderen. Vaak is hier sprake van wat 'misbruik van rechtspersoonlijkheid' pleegt te worden genoemd, maar er zijn ook groepen van gevallen, waarin niet van een dergelijk misbruik (132) kan worden gesproken: men denke bijv. aan de gevallen, beschreven onder 4.3, 4.5 en 4.9.1.

Wat het misbruikvraagstuk betreft, kan worden onderscheiden tussen misbruik van de afzonderlijke identiteit van een rechtspersoon (of nauwkeuriger: van het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en degenen die zich van haar bedienen) en misbruik van de voor diverse rechtspersoonstypen geldende regel, dat voor schulden van de rechtspersoon alleen zijzelve aansprakelijk is. Laatstbedoelde vorm van misbruik, vaak aangeduid als misbruik van het 'voorrecht der beperkte aansprakelijkheid', zal pas in het volgende hoofdstuk worden besproken, in samenhang met andere vragen naar aanleiding van de regel der exclusieve aansprakelijkheid.

6.1. Ofschoon de gevallen, waarin de gedachte aan 'piercing' *ten gunste* van (de belanghebbenden bij) een rechtspersoon opkomt, niet van praktisch belang ontbloomt zijn, zal daarop slechts kort worden ingegaan omdat het misbruikvraagstuk van groter belang is. Het hier bedoelde verschijnsel wordt in Duitsland wel aangeduid als 'gesellschaftsfreundlicher Durchgriff'.

De verleiding is groot om te volstaan met deze stelling: wie vrijwillig een rechtsvorm kiest, waaraan rechtspersoonlijkheid is verbonden, heeft alle consequenties van die keuze te aanvaarden; bij de lusten behoren de lasten (133). Bij nader inzien lijkt deze stelling

(132) Eventueel wel van misbruik van recht aan de zijde van de wederpartij van de betrokken rechtspersoon of aandeelhouder. Cf. Bauschke, op. cit. p. 120, die vereenzelviging ten gunste van een rechtspersoon of degene die haar beheerst alleen toelaatbaar acht indien 'sich die Berufung des Aussenstehenden auf die rechtliche Trennung von juristischer Person und Mitglied angesichts seiner Kenntnis von den faktischen Beherrschungs- und Kontrollverhältnissen als missbräuchlich erweist'.

(133) In deze geest A. van Oven in *W.P.N.R.* 5263 bij de bespreking van Pres. Den Haag 10.2.1970, *N.J.* 1971, 52 (belediging van een nv is niet eo ipso beledi-

toch te weinig genuanceerd. De vraag is immers juist, welke consequenties in een bepaald geval werkelijk onvermijdelijk uit de betrokken rechtsregel voortvloeien. Dit is m.i. veelal een vraag van uitlegging van een voorschrift, bijv. het voorschrift van art. 1631a lid 2 sub 3e B.W. of het voorschrift van art. 85 E.E.G. Verdrag. Bij die uitlegging zal men moeten letten op het doel, dat de bepaling in kwestie dient; verdraagt dat doel zich met vereenzelviging, dan zal men zich moeten afvragen of het algemene beginsel, dat de rechtspersoon een afzonderlijk subject is, zó onaantastbaar is dat een op zichzelf met het doel van de bijzondere bepaling in kwestie strokende (of dat doel misschien zelfs beter dienende) vereenzelviging achterwege behoort te blijven, zelfs als dit tot een onbillijk resultaat leidt.

Het lijkt mij geen wet van Meden en Perzen, dat het antwoord op evenbedoelde vraag altijd bevestigend moet luiden. In het bijzonder bij de toepassing van wetten op sociaal-economisch terrein kan vereenzelviging van degenen, die rechtens als verschillende subjecten gelden maar economisch een eenheid vormen, zo voor de hand liggen dat weigering van die vereenzelviging het karakter van slaafse eerbied voor de rechtspersoonsconstructie zou verkrijgen. (134)

Aan Westbroek (135) kan worden toegegeven, dat de (Nederlandse) rechtspraak niet veel neiging vertoont, een vennootschap met haar enige aandeelhouder te vereenzelvigen wanneer deze daarop prijs stelt. Ik zou mij echter kunnen voorstellen, dat o.a. buitenlandse voorbeelden zoals de Engelse beslissing van maart 1976 inzake DHN Food Distributors Ltd (zie noot 102) en de Duitse uitspraak BGH 13.11.1973 (zie noot 107) op de toekomstige neigingen van de Nederlandse rechter invloed zullen hebben, evenals de sub 4.9 beschreven rechtspraak van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen.

ging van haar directeur), een geval waarin inderdaad geen enkele aanleiding bestond om door de nv heen te kijken.

(134) Zie in dit verband de interessante beschouwingen van M. J. A. van Mourik, *W.P.N.R.* 5360, Vereenzelviging, differentiatie en cumulatie in het privaatrecht, sub V (vooral onder 3 en noten 19, 20). Terecht wijst Van Mourik op het 'dienstbaar karakter' van de rechtspersoonsconstructie.

(135) Preadvies p. 80. Westbroek voert overigens krachtige argumenten aan, t.w.: de consequenties voor rechtspersoonlijkheid kunnen van tevoren worden overwogen en er is geen zekerheid dat de feitelijke identiteit gehandhaafd blijft.

6.2. Het *misbruikvraagstuk* is niet van recente datum. Wat wel betrekkelijk nieuw schijnt te zijn, is het gemak, ja bijna de vanzelfsprekendheid waarmede een bv-jas wordt aangetrokken voor de uitoefening van eenmansactiviteiten. De bv's schieten als paddestoelen uit de grond en zelfs de beoefenaren van vrije beroepen kiezen deze rechtsvorm in toenemende mate. (136)

Naarmate het gebruik van de bv-vorm regel en het persoonlijk ondernemerschap uitzondering wordt, zal misbruik waarschijnlijk frequenter worden. Op het gebied van de sociale verzekeringen wordt misbruik, althans 'oneigenlijk gebruik', van de door de eenmans-bv geboden mogelijkheden al van gezaghebbende zijde gesignaleerd (137). Ook op andere terreinen wordt de laatste tijd niet zelden over misbruik geklaagd. Een zekere actualiteit kan dan ook niet worden ontzegd aan de vraag, hoe op misbruik kan worden gereageerd. Op deze vraag zal ten aanzien van diverse categorieën van gevallen van misbruik van identiteitsverschil worden ingegaan.

6.2.1. *Verijdeling van het doel der wet* (138)

a. De aandacht valt het eerst op de *belastingwetgeving*, omdat de neiging tot verijdeling van de bedoelingen van de belastingwetgever bij velen sterker is dan de neiging tot het vinden van mazen in andere stukken wetgeving. De fiscus kan echter niet klagen over een gebrek aan middelen om de bedoelingen van de belastingwet tot hun recht te doen komen: hij kan zo nodig zijn toevlucht nemen tot (dreiging met) de wet op de richtige heffing (139).

(136) Met uiteenlopende constructies: eenmans-bv's, al dan niet overkoepeld door een maatschap of andere bv, of bv's waarin associé's persoonlijk deelnemen. De bv-jas past de beoefenaar van een vrij beroep m.i. slecht; het is jammer dat de fiscale ongelijkheid tussen zelfstandigen en werknemers op het gebied van de pensioenopbouw tot deze vlucht in de bv-vorm heeft geleid. Overigens zijn geen gevallen bekend, waarin die vorm tot benadeling van cliënten of andere derden heeft geleid, zodat (nog) niet van 'misbruik' kan worden gesproken.

(137) Zie het Rapport van de Sociale Verzekeringsraad over oneigenlijk gebruik der sociale verzekeringswetten, Deelrapport Werkloosheidswet (1975), p. 34: de mogelijkheden van oneigenlijk gebruik zijn sedert 1 juli 1967 vergroot door het ruimere begrip dienstbetrekking, met name voorzover hierdoor de verzekeringsplicht zich uitstrekt tot directeurs van nv's of bv's die enig of grootaandeelhouder zijn. De Raad meende dat deze 'werknemers' de uitkeringsrechten 'teveel in eigen hand hebben' en wees op de talrijke omzettingen van eenmansbedrijven in nv of bv.

(138) Zie voor een bonte reeks voorbeelden Serick, op. cit. p. 18-31.

(139) Zie 2.5.1. supra.

Deze door de wetgever geopende mogelijkheid van negatie van rechtsvormen is een afdoende rem op misbruik van de rechtspersoonsvorm met fiscaal oogmerk (140).

Bedenklijk lijkt mij de wijze waarop in de sub 4.7.4 genoemde gevallen van een rechtspersoon (stichting) niet alleen de sluier is gelicht maar de gehele civielrechtelijke existentie is ontkend (141).

b. Actueel is reeds gebleken de vraag, of de *sociale verzekeringswetten* worden misbruikt door eenmansrechtspersonen. Legt men zijn oor te luisteren bij functionarissen van het G.A.K., dan krijgt men inderdaad de indruk dat directeuren/grootaandeelhouders van kleine bv's zichzelf vaak al te gemakkelijk 'onvrijwillig werkloos' laten worden. Dat de administratieve rechter op dit punt in het algemeen te welwillend voor de betrokkenen zou oordelen, schijnt echter niet te kunnen worden gezegd (142). Zou bij verder onderzoek duidelijk blijken, dat zich op grote schaal misbruik manifesteert, dan zal de wetgever tussenbeide moeten komen; zolang echter slechts sprake is van een indruk, zal men moeten doorgaan met het van geval tot geval beoordelen of de betrokken aandeelhouder/directeur al dan niet met de ontslag verlenende vennootschap moet worden vereenzelvigd.

Dat de Centrale Raad van Beroep voor de toepassing van art.42a W.W. de directeur/enig aandeelhouder identificeert met de vennootschap (werkgeefster) – zie 4.4.13. en noot 73 supra – lijkt mij een goed voorbeeld van redelijke vereenzelviging: de betrokken wettelijke regeling is bedoeld voor steun aan de werknemer, die door insolventie van de werkgever zijn loon niet heeft ontvangen, en niet voor steun aan degene die de insolventie in feite heeft veroorzaakt c.q. wiens belangen met die van de insolvente rechtspersoon samenvallen.

(140) De grenzen tussen misbruik en geoorloofd gebruik zullen wel ongeveer dezelfde zijn als die tussen 'ontduiken' en 'ontgaan' van belasting; ik waag mij niet verder op dit gladde ijs en verwijs naar de in noot 20 genoemde auteurs.

(141) Vgl. Asser-van der Grinten II (1976) p. 275: de rechtshandeling van oprichting van een rechtspersoon is aan de toepasselijkheid van het gemene recht onttrokken; de wetgever heeft hiervoor eigen regels gesteld. Zie ook de in noot 81 vermelde annotatie van J. E. A. M. van Dijk. Oplossingen als gevonden in de arresten, genoemd in noot 82, lijken vanuit civielrechtelijk oogpunt te verkiezen.

(142) De onder 4.4.10 t/m 4.4.12 genoemde uitspraken geven m.i. blijk van een terecht genuanceerde en sterk met de concrete feiten rekening houdende benadering.

c. Een volgende groep van gevallen ligt op het terrein van het *Europese gemeenschapsrecht*. Kan de afzonderlijke identiteit van in concernverband met elkaar verbonden rechtspersonen worden gebruikt om te ontsnappen aan de werking van de artikelen 85 en 86 van het E.E.G. verdrag? De onder 4.9.2., 4.9.3. en 4.9.4. genoemde arresten laten zien, dat het Hof van Justitie weinig moeite heeft met vereenzelviging van moeder- en dochtermaatschappijen wanneer eenheid van marktgedrag wordt vastgesteld (143).

Op het raakvlak van het Europese gemeenschapsrecht en het recht van de *industriële eigendom* heeft onder meer de vraag gespeeld, of een concern de gemeenschappelijke markt kan opsplitsen door parallel-importen van geöctrooieerde producten te doen beletten door gebruik van afzonderlijke concernmaatschappijen (houders van parallel-octrooien of licenties) per lid-Staat. Een der vragen van de Hoge Raad aan het Hof in de hiervoren sub 4.9.5. genoemde zaak Centrafarm/Sterling Drug had hierop betrekking (144).

De principiële beslissing van het Hof op een voorafgaande vraag maakte het onderscheid tussen al dan niet tot eenzelfde concernverband behoren op dit punt echter irrelevant.

d. In het *vennootschapsrecht* rijst de vraag of de artikelen 98 en 207 Boek 2 B.W., waarin grenzen worden gesteld aan de inkoop van *aandelen in het eigen kapitaal*, kunnen worden ontgaan via verwerving van aandelen in de moedermaatschappij door een dochtermaatschappij. De kapitaalwaarborg wordt dan in feite verder aangetast dan de wetgever toelaatbaar heeft geoordeeld. Van der Grinten wil op dit punt moeder en dochter vereenzelvigen (145) en ik sluit mij daarbij aan.

(143) Het Hof is ook bereid, ten vóórdele van verbonden vennootschappen te vereenzelvigen: zie 4.9.1. en 4.9.5. Ruw samenvattend kan men zeggen dat het Hof economische eenheden in plaats van rechtspersonen in beschouwing neemt en aldus enerzijds toestaat, dat nauw verbonden rechtspersonen overeenkomsten sluiten die onafhankelijk van elkaar opererende rechtspersonen niet mogen aangaan, doch anderzijds verhindert dat 'opsplitsing' van gedragingen over afzonderlijke subjecten de bedoeling van de mededingingsbepalingen verijdelt.

(144) H.R. 1 maart 1974, *N.J.* 1974, 329; zie vraag 1 (c) aan het Hof.

(145) Van der Heijden-van der Grinten (1976) p. 538, met de motivering: aan de economische afhankelijkheid van de dochter mag het recht niet voorbijgaan; zolang de wetgever over deze materie geen uitdrukkelijke voorschriften geeft, zal de rechtspraak oplossingen moeten vinden die recht doen aan de economische verhoudingen.

Een evencens met indirect bezit van eigen aandelen samenhangende vraag betreft het stemrecht (146). Volgens art. 118 lid 7 en art. 128 lid 6 Boek 2 B.W. kan de vennootschap geen stemrecht uitoefenen op aandelen in haar kapitaal, welke zij 'zelf houdt'. Mag men, om vrijdeling van het doel van deze bepaling te voorkomen, voor 'zelf houdt' lezen: 'rechtstreeks of middellijk houdt'? Hiertegen pleit het argument a contrario, dat de wetgever in Boek 2 nu eens wel, dan weer niet de woorden 'rechtstreeks of middellijk' heeft gebruikt: zie bijv. art. 153 lid 3 tegenover art. 155 lid 1, in welke laatste bepaling de wetgever die woorden blijkens de toelichting welbewust heeft weggelaten. Daarbij komt, dat de wettelijke norm – geen stemrecht op eigen aandelen – in Nederland niet is voortgekomen uit een algemene rechtsovertuiging: vóór de invoering van Boek 2 was er slechts een departementale opvatting van die strekking, terwijl de schrijvers verdeeld waren. Ik meen dan ook, dat wetswijziging noodzakelijk is indien men op dit punt vereenzelviging van moeder en (100%) dochter verlangt.

e. Eigen schuld van de *verzekerde* (artt. 276 en 294 K.) en verkeerde opgave of verzwijging door de verzekerde (art. 251 K.) bevrijden de verzekeraar. Kunnen gedragingen van de enige aandeelhouder van een verzekerde vennootschap in dit verband aan de vennootschap worden toegerekend ook als die aandeelhouder niet tevens orgaan is? (147). In een kras geval van verzwijging heeft de Amsterdamse rechtbank terecht een bevestigend antwoord gegeven, zie 4.8.1.

Het lijkt nauwelijks verdedigbaar, bij opzettelijke brandstichting door een enig aandeelhouder (niet tevens directeur) de brandverzekeraar gehouden te achten tot uitkering aan de verzekerde vennootschap, eigenares van het gebouw; het volledig samenvallen van de financiële belangen van vennootschap en aandeelhouder eist hier m.i. vereenzelviging voor de toepassing van art. 294 K. Bij culpose schadeveroorzaking ligt vereenzelviging minder voor de hand.

(146) Vgl. over deze kwestie Westbroek, preadvies p. 54 en P. C. van den Hoek, Oneigenlijk gebruik van emissiebevoegdheid door besturen van naamloze vennootschappen (1976), p. 29/30. In Duitsland is de vraag opgelost door par. 136 lid 2 Aktiengesetz. Het sub 3.2 genoemde E.E.G. voorontwerp voor een concernrichtlijn voorziet in schorsing van stemrecht op indirect gehouden eigen aandelen. (147) Dat schuld van een orgaan eigen schuld der vennootschap oplevert, staat vast: zie Dorhout Mees, Schadeverzekeringsrecht (1967) p. 280.

Gaat het niet om een eenmansvennootschap, maar om een vennootschap met meerdere aandeelhouders, waarvan één de boosdoener is, dan lijkt vereenzelviging mij onjuist, ook al bezit de schuldlige een meerderheidspakket. De verzekeraar zal zich dan met art. 1401 B.W. moeten redden.

f. Bij de toepassing van bepalingen, die strekken tot bescherming van *rechtverkrijgenden te goeder trouw*, zoals de artikelen 89, 349, 2000 en 2014 B.W., kan de vraag worden gesteld of wetenschap van de enige aandeelhouder (niet tevens directeur) van een als verkrijger optredende vennootschap de goede trouw van de vennootschap wegneemt. Voor een bevestigend antwoord valt veel te zeggen wanneer de aandeelhouder zelf de (onbevoegde c.q. niet van de vereiste goedkeuring voorziene) vervreemder is (148).

Ook wanneer de aandeelhouder niet persoonlijk als partij bij de transactie is betrokken, maar de directie tot het aangaan der transactie aanzet – zonder de wetenschap in kwestie te onthullen (149) – geeft een bevestigend antwoord het rechtsgevoel meer bevrediging dan een ontkennend antwoord. Misschien mag worden gezegd, dat vereenzelviging altijd geoorloofd is bij een bedriegelijk, op benadeling van derden gericht verzwijgen van wetenschap door de enige aandeelhouder (150).

Soortgelijke vragen kunnen rijzen in andere gevallen, waarin wetenschap van bepaalde feiten verschil in rechtsgevolgen veroorzaakt. Men denke bijv. aan verkoop door een bv van een zaak met een aan de enige aandeelhouder maar niet aan de directeur bekend (151) *verborgen gebrek*: kan art. 1544 B.W. dan toepassing vinden? Een ontkennend antwoord zou m.i. van te grote eerbied voor de rechtspersoonsconstructie blijk geven.

(148) Vg. Serick, op. cit. p. 193, naar aanleiding van een dergelijk geval: 'Par. 892 muss also da versagen, wo auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts dieselbe Person steht.'

(149) Doet hij dat wel, dan is er geen vraag meer: de vennootschap is dan te kwader trouw door de wetenschap van de directie.

(150) Ook hier wordt de zaak m.i. anders wanneer er meer dan één aandeelhouder is; vereenzelviging lijkt alleen juist bij volkomen identiteit van financiële belangen. Ontbreekt die identiteit, dan zal de gedupeerde wederpartij van de vennootschap slechts ex art. 1401 B.W. kunnen ageren tegen de betrokken aandeelhouder.

(151) Serick, op. cit. p. 43, noemt een dergelijk voorbeeld uit de Duitse jurisprudentie. De aandeelhouder had de gebrekkige zaak in een door hem opgerichte vennootschap ingebracht en stelde de directeur niet van het gebrek op de hoogte.

6.2.2. Verijdeling van overeenkomsten

a. Een bekende vorm van misbruik van identiteitsverschil is de ontduiking van een contractueel *verbod* – een concurrentiebeding, geheimhoudingsclausule e.d. – door de oprichting of inschakeling van een vennootschap, die wordt beheerst door degene aan wie het verbod is opgelegd. De rechtspraak in binnen- en buitenland heeft terecht weinig sympathie voor dergelijke ontduikingspogingen (152). Toch moet voor generalisering worden gewaarschuwd, in het bijzonder wanneer het niet gaat om een door een natuurlijke persoon beheerste vennootschap, maar om tot een concern behorende maatschappijen. Het zou te ver gaan, bij een concernverhouding iedere dochtermaatschappij zonder meer gebonden te achten aan een door de moedermaatschappij aangegaan concurrentiebeding; van geval tot geval zal aan de hand van de bedoelingen der contracterende partijen en andere relevante omstandigheden moeten worden beoordeeld, of de moedermaatschappij inderdaad geacht mag worden, haar dochters te hebben verbonden of zich voor het gedrag van deze vennootschappen sterk te hebben gemaakt (153). In dit verband zal soms moeten worden onderscheiden tussen bestaande dochtervennootschappen (welke trouwens een ‘zelfstandig’ verleden kunnen hebben) en ná het aangaan van het beding opgerichte dochtermaatschappijen, zomede tussen concerns met strakke concerndiscipline en concerns waarin aan de verschillende dochtervennootschappen een grote mate van zelfstandigheid wordt gelaten; ook zal het verschil kunnen maken of de vennootschappen een soortgelijk of juist een verschillend werkterrein hebben.

Drieërlei constructie is mogelijk. Men kan om te beginnen de overeenkomst, gesloten door de moedermaatschappij, zo uitleggen dat bepaalde gedragingen van de dochters als wanprestatie van de moeder gelden; de actie moet dan tegen de moeder worden gericht, uit contract. In de tweede plaats is denkbaar, dat de moeder de dochters heeft vertegenwoordigd; in dat geval kan uit contract worden geageerd – alleen of mede – tegen de overtreddende dochter. De derde maar m.i. minst voor de hand liggende constructie is een

(152) Vgl. 4.1.2., 4.1.4., 5.2. (noot 99), 5.3. (noot 109).

(153) Van der Heijden-van der Grinten (1976) p. 117/118 spreekt ten deze terecht van een ‘onder omstandigheden’ kunnen toerekenen.

actie uit onrechtmatige daad tegen de dochter (154).

Omgekeerd zal een moedermaatschappij ook wel eens aansprakelijk kunnen zijn voor verbintenissen tot een niet-doen van haar dochtermaatschappij. In de regel lijkt mij dit echter onaannemelijk: de dochtermaatschappij kan in het algemeen niet spreken voor de concernleiding en de wederpartij weet, dat zij handelt met een vennootschap die geen zeggenschap heeft over haar moedermaatschappij en andere verbonden vennootschappen (155).

b. Ook contractuele verplichtingen van *positieve* aard kunnen door identiteitsverschil worden gefrustreerd. Wanneer een aannemings- of scheepsbouwmaatschappij met dochtermaatschappijen verplicht is, binnen een bepaalde termijn een werk op te leveren, terwijl voor de uitvoering van de opdracht gebruik moet worden gemaakt van faciliteiten van niet medecontracterende dochtermaatschappijen, kunnen de dochtermaatschappijen door gebruik van die faciliteiten voor andere – voordeligere – projecten de voortgang van het werk beletten.

Principieel zie ik weinig verschil tussen situaties als deze en de onder (a) bedoelde gevallen van verbintenissen om niet te doen. Ook hier zal men zich moeten afvragen: heeft de moeder zich voor medewerking door de dochters sterk gemaakt, of heeft zij de dochters vertegenwoordigd, dan wel handelen de dochters – de verplichtingen van de moeder kennende – onzorgvuldig door niet mede te werken aan de uitvoering van de verbintenis (156).

6.2.3. *Manipulaties ter benadeling van crediteuren*

Niet zelden wordt geklaagd over misbruik van de rechtspersoonsvorm, waardoor crediteuren worden benadeeld (157). Vaak maar

(154) Zie daarover de in noot 55 genoemde artikelen van Haardt, de Grooth en Reuser. Haardt stelt als eis, dat de directie der dochtermaatschappij op de hoogte van de door de moeder gesloten overeenkomst was.

(155) Cf. Haardt, *De NV* 27, p. 36. Haardt pleit er terecht voor, dat het aannemen van een mede-aansprakelijkheid beperkt blijve tot verbintenissen, ontstaan of aangegaan als uitvoeisels van het centrale concernbeleid.

(156) Haardt, p. 35, acht het veel moeilijker om tot een rechtstreekse aansprakelijkheid van de dochter te komen als het gaat om een door de moeder aangegane verbintenis om te geven of te doen dan wanneer het gaat om een verbintenis om niet te doen. Volgens Haardt is een nalaten nu eenmaal minder gauw onbetamelijk dan een handelen.

(157) Zie G. J. Dommerholt in *N.R.C.* 26.1.1976, 'Regelingen nodig tegen mis-

niet steeds betreft het hier misbruik der beperkte aansprakelijkheid in samenhang met misbruik van identiteitsverschil, zoals het werken met een zg. 'stropenmaatschappij' waarin de meest riskante transacties worden ondergebracht, of het telkens – voor praktisch dezelfde activiteiten – oprichten van nieuwe vennootschappen nadat men eerder opgerichte vennootschappen min of meer vrolijk failliet heeft laten gaan (158).

Het onttrekken van activa van door crediteuren belaagde eenmansvennootschappen of dochtermaatschappijen aan het verhaal van die crediteuren komt in allerlei varianten voor. In sommige gevallen zal de actio Pauliana uitkomst kunnen brengen, maar meestal heeft het aantasten van individuele rechtshandelingen geen zin en is het de algemene handelwijze van de enige aandeelhouder of moedermaatschappij, waardoor crediteuren worden benadeeld. Wezenlijk speelt hier hetzelfde vraagstuk als in het volgende hoofdstuk ter sprake komt en ik moge dan ook daarnaar verwijzen.

Een omgekeerde maar waarschijnlijk zelden voorkomende vorm van benadeling is het door de enige aandeelhouder aan verhaal door zijn privé crediteuren onttrekken van vermogensbestanddelen door deze over te hevelen naar 'zijn' vennootschap. Drobnig (159) heeft dergelijke gevallen gesignaleerd en spreekt in dit verband van 'umgekehrter Durchgriff' (160).

6.3. Artikel 4 Boek 2 B.W.

Wie in bepaalde gevallen aanleiding ziet tot vereenzelviging van een rechtspersoon met degene, die haar beheerst, zou zich geremd kunnen voelen door artikel 4 Boek 2 B.W., waarin de rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijk wordt gesteld met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Een dergelijke

bruik BV', met verontrustende praktijkvoorbeelden. Op dit artikel is constructief en met nuttige uiteenzettingen over geldend en toekomstig recht gereageerd door M. Enthoven in *N.R.C.* 23.2.1976, 'Middelen tegen misbruik van de BV'. Enthoven ziet de belangrijkste oplossing in invoering van het sub 3.4. genoemde ontwerp voor een eenvormige faillissementswet en pleit overigens terecht voor meer onderzoek op dit gebied.

(158) Vgl. de in *N.R.C.* 28-6-1976 geciteerde klachten van de Federatie Bouwbonden NVV-NKV over 'onderaannemers-geknoei met bv's'. Functionarissen van het G.A.K. en rechtbankgriffies kunnen ook frappante voorbeelden noemen.

(159) Op. cit. p. 68-70.

(160) Men kan ook denken aan de debiteur, die activa inbrengt in een hem welgezinde stichting.

lijk effect van art. 4 wordt gevreesd door o.a. van Oven, van Schilf-gaarde en Uniken Venema (161).

Naar ik meen, mag art. 4 echter geen invloed hebben op de beantwoording van vragen als die welke ons bezig houden. Het artikel is ontworpen door Meijers en deze heeft er slechts mee willen uitdrukken, dat een rechtspersoon 'gelijk een natuurlijk persoon' *bevoegd* is tot het verrichten van vermogensrechtelijke rechtshandelingen en tot het verkrijgen van goederen: zie de toelichting op art. 2.1.4 in het 'groene boek'. Meijers verwees daarbij naar art. 1691 B.W. Minister Samkalden noemde het artikel 'een moderne weergave van art. 1691 B.W.': zie Van Zeben p. 119. Uit niets blijkt, dat de gelijkstelling een wijdere strekking had: jammer genoeg, kan de tekst zonder de toelichting wel die indruk wekken.

Bij de behandeling van de invoeringswet is m.i. ten onrechte van een wijdere strekking van de bepaling uitgegaan. De discussie concentreerde zich op de woorden 'tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit' (162). De Commissie voor Justitie vreesde, dat die woorden, door alleen naar de wet te verwijzen, een adequate bestrijding van misbruiken van rechtspersoonlijkheid beletten; die vrees was alleen verklaarbaar indien de gelijkstelling rechtspersoon-natuurlijk persoon méér zou inhouden dan de erkenning van volledige rechtsbevoegdheid op vermogensrechtelijk gebied. Minister Van Agt aanvaardde implicite het uitgangspunt van de commissie, doch oordeelde dat de geciteerde woorden aan de rechter voldoende vrijheid laten om juiste en billijke oplossingen te vinden.

Wat er ook zij van de preciese betekenis van de in art. 4 bedoelde gelijkstelling, nu de slotwoorden van het artikel blijkens de laatste fase van de wetsgeschiedenis in ieder geval zeer ruim mogen worden opgevat, zou ik menen dat het artikel geen obstakel vormt voor welke oplossing ook.

(161) Respectievelijk in: Van Opstall bundel, p. 126; Van de nv en de bv (1976) p. 29 en Rechtspersonen, ad art. 4; *De NV* 48, p. 95; Zie ook Westbroek, preadvies p. 77/78.

(162) Oorspronkelijk luidde de tekst 'tenzij de wet anders bepaalt'. Tijdens de zitting 1957-1958 is de tekst bij nota van wijzigingen verruimd, overigens niet naar aanleiding van het misbruikvraagstuk.

7.1. De regel dat een naamloze of besloten vennootschap (163) alleen zelf voor haar verplichtingen aansprakelijk is – het *voorrecht der beperkte aansprakelijkheid* – ligt stevig in de wet verankerd: artt. 64 lid 1 en 175 lid 1 Boek 2 B.W. (164).

Naar geldend recht wordt de regel niet zwakker naarmate het aantal aandeelhouders afneemt. Ook de enige aandeelhouder geniet van het voorrecht. Over de vraag, of dit laatste wenselijk is, kan verschillend worden gedacht. Vroeger is uitvoerig gedebatteerd over het al dan niet zedelijk geoorloofd c.q. maatschappelijk gewenst zijn van uitsluiting van aansprakelijkheid door de particuliere ondernemer (165), maar geconstateerd kan worden dat het verschijnsel nu algemeen aanvaard is; pogingen tot het terugdraaien van de klok lijken dan ook niet zinvol. De *eenmansvennootschap* heeft een vaste plaats in ons rechtstelsel veroverd, ondanks de daartegen aangevoerde bezwaren van ethische en juridische aard (166). Zoals de zaken nu staan, zou alleen de wetgever de mogelijkheid van de eenmansvennootschap kunnen opheffen of aan beperkingen onderwerpen; een dergelijke wijziging bepleit ik niet. Zo er al iets gewij-

(163) Andere rechtspersonen blijven buiten beschouwing.

(164) Anders dan Löwensteyn in *Rechtspersonen*, onderdeel nv, ad art. 64 lid 1, en wellicht ook van der Heijden-van der Grinten (1976) p. 68 onderaan, zie ik de uitsluiting van aansprakelijkheid der aandeelhouders niet als een uitvloeisel van art. 4 Boek 2. Ik moge verwijzen naar 6.3 supra en naar het betoog van mijn mede-leadadviseur.

(165) Zie o.a. E. J. J. van der Heijden, *Handboek* 3e dr. no. 93/94; D. J. Sannes, *preadvies Broederschap Notarissen*, 1938, *Corr. blad* 1938 p. 208/209; M. J. H. Cobbenhagen, *Economie* 1939/40 p. 537 e.v.; P. P. van Berkum en W. C. L. van der Grinten, *preadviezen Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland* 1942; F. J. F. H. Duynstee, *De NV* 19 (1940/41) p. 194 e.v.; W. C. L. van der Grinten, *preadvies* N. J. V. 1953 p. 62/63. Curieus is het in 1913 uitgegane rondschrijven aan de Amsterdamse notarissen (zie *W.P.N.R.* 2288) waarin medewerking aan oprichting van nv's in strijd met het ambt werd geacht wanneer de oprichters alleen aansprakelijkheidsbeperking beoogden.

(166) Het voornaamste juridische bezwaar zag men vroeger in art. 1177 B.W.; zie v. d. Heijden t.a.p., daartegen echter Sannes t.a.p. en F. G. Scheltema, *W.P.N.R.* 3583; vgl. ook H. M. A. Schadee, *De eenscheepsmaatschappij* (1925) p. 43. Recentelijk is in dit verband weer op (het beginsel van) art. 1177 gewezen door Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging* (1976) p. 30, zij het aarzelend. Zie voor de weinig principiële achtergrond van art. 1177 Voorduin IV, p. 340/341. Vgl. ook art. 3.10.1.1 ontwerp N.B.W.

zigt moet worden, zou dat m.i. de afschaffing moeten zijn van de zinledige eis, dat er tenminste twee oprichters moeten zijn. Enkele jaren geleden heeft Denemarken hier het goede voorbeeld gegeven: de toen ingevoerde Anpartsselskab kan door één persoon worden opgericht.

Een andere vraag is natuurlijk, of de *vorm* van nv of bv wel geschikt is voor de eenmansonderneming en of men, indien de mogelijkheid van beperking van aansprakelijkheid ook voor de enkeling wenselijk wordt geacht, daarvoor niet een passender vorm kan ontwerpen. Het zou de grenzen van ons onderwerp te buiten gaan, deze vraag hier te onderzoeken (167).

7.2. Aan het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid zou de wetgever de voorwaarde mogen verbinden, dat de oprichters voldoende kapitaal inbrengen. De eis van een *minimumkapitaal* van zekere betekenis ligt zeker in de rede. Het stellen van die eis en het tegengaan van miniatuurvennootschappen is dan ook reeds door velen bepleit (168).

Indien wetsontwerp 13483 wordt aangenomen, zal voortaan bij oprichting een minimumkapitaal van f 25 000 vereist zijn, maar dit is niet meer dan een bescheiden eerste stap in de goede richting. Door deze wet zal het verschijnsel van onderkapitalisatie nauwelijks worden tegengegaan (169); hoogstens kan een vermindering van het aantal 'lichtvaardige oprichtingen' worden verwacht, wat blijkens de toelichting ook het beperkte doel van ontwerp 13483 is. Uit een oogpunt van redelijkheid is er veel voor te zeggen, het vereiste minimumkapitaal te *differentiëren*, door rekening te houden met aard en omvang van de activiteiten der vennootschap. Buiten de wet om wordt reeds gedifferentieerd door het Ministerie van Justitie. Volgens par. 8 van de Richtlijnen 1972 mocht tussen de belang-

(167) Zie daarover Sannes en Scheltema t.a.p. alsmede G. Nauta ter broederschapsvergadering, *Corr. blad* 1938 p. 323 e.v. Gegevens over buitenlandse ontwikkelingen bij M. Rotondi, *La limitation de la responsabilité dans l'entreprise individuelle*, *Rev. trim. dr. comm.* 1968, p. 1 e.v. Het bekende voorbeeld van een afzonderlijke vorm van rechtspersoon voor de eenmansonderneming is de Liechtensteinse 'Anstalt'.

(168) Zie o.a. H. M. A. Schadee, voorrede bij IX Artikelen (1926); Kuyk en v. d. Grinten, *preadviezen N.J.V.* 1953, p. 16, 64; Sanders, *De NV* 46 (1968/69) p. 104.

(169) f 25 000 is m.i. voor vrijwel iedere onderneming, hoe klein ook, te weinig. Men kan daarmee niet eens het loon c.a. van één modale werknemer gedurende één jaar dekken.

rijkste activiteiten van een nv/bv (volgens de statutaire doelomschrijving) en het geplaatste deel van het maatschappelijk kapitaal geen kennelijk onredelijke verhouding bestaan, mede gelet op andere financieringsmogelijkheden. De Commissie Vennootschapsrecht heeft de tekortkomingen van deze aanpak gesignaleerd (170). De nieuwste Richtlijnen (1976, par. 7) bevatten een soortgelijke bepaling, maar nu alleen nog ten aanzien van vennootschappen met een geplaatst en gestort kapitaal van minder dan f 25 000.

Van der Grinten heeft vroeger gesuggereerd, aan de vestiging van een door een nv uit te oefenen onderneming zekere financiële eisen te stellen en daarbij de ondernemingen in groepen in te delen (171); een dergelijk op zichzelf logisch systeem vereist een zeer ingewikkelde vestigingswetgeving en laat zich in onze sociaal-economische structuur moeilijk inpassen. Het plan komt in latere geschriften van de auteur niet meer terug.

Het valt te vrezen dat iedere poging om voor de zo redelijke eis van een aanvaardbare verhouding tussen kapitaal en ondernemingsomvang een praktisch hanteerbare wettelijke regeling te ontwerpen gedoemd zal zijn om te mislukken. Maar als dit inderdaad het geval is, zo kan men zich afvragen, verdient het dan geen aanbeveling dat het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid minder royaal ter beschikking wordt gesteld? De wetgever zou bijv. aan de rechter de bevoegdheid kunnen toekennen, de regel der exclusieve aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk *terzijde te stellen* indien een vennootschap kennelijk onvoldoende kapitaal heeft voor de omvang van haar onderneming. Ik meen echter, dat ook voor een dergelijke formule geen bevredigende en in de praktijk hanteerbare regeling uit te werken valt (172).

Naar de huidige stand van de wetgeving, hoe men over de merites daarvan ook moge denken, is een toestand van *onderkapitalisatie* in ieder geval mogelijk en niet per se ongeoorloofd. Het lijkt dan ook duidelijk, dat de rechter niet louter op grond van een wanverhou-

(170) Zie par. 3 midden, van de bijlage bij de memorie van toelichting op ontwerp 13483. Het viel mij op, dat de commissie principieel stelt (par. 3, 1e alinea) dat de uitsluiting van persoonlijke aansprakelijkheid gepaard behoort te gaan met de inbreng van een 'redelijk vermogen'. Hoe rijmt dat uitgangspunt zich met het concrete voorstel?

(171) P. 73 e.v. van het in nt. 165 genoemde preadvies uit 1942

(172) Mede omdat de belangen van de crediteuren van de aandeelhouder niet uit het oog mogen worden verloren. Men denke bijv. ook aan de crediteuren van een concernmoeder, welke aan die crediteuren onbekende dochters heeft.

ding tussen geplaatst kapitaal en ondernemingsomvang kan komen tot doorbraak van aansprakelijkheid, zelfs wanneer het om een eenmansvennootschap gaat.

Daarmede is niet gezegd, dat onderkapitalisatie geen rol zou kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag, of de regel der beperkte aansprakelijkheid in een concreet geval wordt misbruikt en, zo ja, of doorbraak van aansprakelijkheid op zijn plaats is.

7.3. Wanneer wordt het voorrecht van de beperkte aansprakelijkheid door de aandeelhouder *misbruikt*? Een algemene formule voor de beantwoording van deze vraag is moeilijk te bedenken. Ik daal dan ook opnieuw af in de casuïstiek en zal proberen, de meest bekende gevallen in groepen in te delen (173).

7.3.1. *Vermenging van vermogens*

Het enkele feit, dat de separatie van de vermogens van de vennootschap en van de enige aandeelhouder niet volledig is, behoeft nog geen benadeling van vennootschapscrediteuren op te leveren. Het tegendeel is zelfs het geval wanneer de aandeelhouder privé vermogensbestanddelen op gunstige voorwaarden door de vennootschap laat benutten of die activa ten behoeve van de vennootschap voor haar schulden verbindt. Ook wanneer de verbreking van de separatie gepaard gaat met aanvaarding van aansprakelijkheid door de aandeelhouder tegenover de vennootschapscrediteuren, is er vanzelfsprekend niets verkeers aan de hand.

Misbruik ontstaat zodra de aandeelhouder door verschuiving van vermogensbestanddelen wordt *verrijkt* ten koste van de vennootschap. Men spreekt in dit verband wel van '*leegpompen*'; in Amerika noemt men dit '*milking*'. Voorbeelden zijn het overhevelen van gelden (174) ten titel van dividenduitkering zonder dat winst is behaald (of zelfs zonder aanwijzing van enigerlei titel), het tegen te lage prijzen verkopen of verhuren van bedrijfsmiddelen aan de aandeelhouder of aan een andere door deze beheerste vennoot-

(173) Eenvoudshalve beperk ik mij tot de vennootschap met één aandeelhouder (natuurlijke persoon of 100% moedermaatschappij). De problematiek van de bescherming van belangen van minderheidsaandeelhouders blijft ook onbesproken; zie daarover W. K. Franken, diss. p. 68-76, 298-305.

(174) Het in rekening-courant uitlenen van liquide middelen, in het raam van centrale concernfinanciering, is uiteraard een geoorloofde operatie, mits de aldus ontstaande vordering volwaardig is.

schap en, omgekeerd, het voldoen van te hoge tegenprestaties voor door de aandeelhouder geleverde diensten; kortom, het verrichten van onderlinge transacties anders dan op 'arm's length' basis.

Binnen concernverband kan een subtielere vorm van vermogensverschuiving optreden als gevolg van centrale verdeling van uit te voeren opdrachten. Wordt bij die verdeling alleen gelet op een rationele werkverdeling, in het belang van het concern als geheel, dan is hier m.i. geen misbruik, zelfs niet wanneer een door een bepaalde dochter verworven opdracht naar een van haar zusters wordt doorverwezen (175). Indien echter de verdeling met andere bedoelingen geschiedt, kan misbruik ontstaan; dit lijkt zeker het geval wanneer alle riskante of verliesgevende projecten in een 'stroppenmaatschappij' worden ondergebracht.

7.3.2. *Onjuiste schijn van credietwaardigheid*

De enige aandeelhouder kan de positie van crediteuren zwak maken door de vennootschap met een klein kapitaal uit te rusten en overigens te financieren door verstrekking van geldleningen tegen door de dochters te stellen zekerheden. Wanneer die zekerheidsrechten dan ook nog onzichtbaar zijn – zoals bij fiduciaire overdracht van voorraden, handelsvorderingen, inventaris etc. – kan een misleidende schijn van credietwaardigheid ontstaan.

Een aandeelhouder die onder dergelijke omstandigheden, wanneer de vennootschap in déconfiture geraakt, rustig zijn zekerheden uitwint en de crediteuren met de strop laat zitten, maakt m.i. misbruik van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid.

Het misbruik wordt nog evidentier, wanneer de crediteuren niet alleen zijn afgegaan op de schijn van welstand van hun debitrice, maar ook van de zijde van de aandeelhouder indicaties hebben verkregen waaruit zij redelijkerwijze konden afleiden dat deze achter de vennootschap zou blijven staan. Dergelijke indicaties kunnen bijv. voortvloeien uit verstrengeling van vennootschappelijke functies (interlocking directorates), met name wanneer in concernverband een functionaris van de moedermaatschappij als directielid van de dochter actief deelneemt aan de leiding van die laatste.

(175) De vraag, of de directie van eerstbedoelde dochter de centrale concernaanwijzingen altijd zal moeten uitvoeren, hangt af van het standpunt over de (grenzen van de) zelfstandigheid van het bestuur van een dochtervennootschap: zie 7.3.4.

7.3.3. *Bodemloze put*

De aandeelhouder, die willens en wetens toelaat, dat 'zijn' financieel zwakke vennootschap nieuwe verbintenissen aangaat, welke zij door gebrek aan middelen niet zal kunnen nakomen, maakt m.i. misbruik van het beperkingsvoorrecht als hij het tekort niet aanzuivert (176).

De handelwijze van degene, die welbewust derden geld of goederen in een bodemloze put laat storten, grenst aan medeplichtigheid aan het delict van flessentrekkerij, art. 326 a W.v.S. Het hangt echter van de feitelijke verhoudingen af, of aan de aandeelhouder dergelijke verwijten kunnen worden gemaakt. Naarmate de distantie tussen de aandeelhouder en het management groter is, zal de gedragslijn van de aandeelhouder verschoonbaarder zijn. De aandeelhouder, die louter belegger is en de leiding geheel aan een onafhankelijke directie overlaat, mag niet worden geacht, de zaken op de voet te volgen.

7.3.4. *Overheersing en inmenging*

Het enkele feit, dat de enige aandeelhouder – natuurlijke persoon of moedermaatschappij – zich soms *actief* met de zaken der afhankelijke vennootschap inlaat, mag niet als verwerpelijk worden beschouwd, ook al wordt daarbij inbreuk gemaakt op de zelfstandigheid van het bestuur. Zolang de aanwijzingen van de aandeelhouder de zaken in gunstige zin beïnvloeden, wordt niemand benadeeld, afgezien wellicht van de directeur wiens eigen rol te sterk wordt gereduceerd.

Zelfs indien de vennootschap uiteindelijk, ondanks een op de bevordering van haar belangen gericht en zakelijk verdedigbaar beleid van de aandeelhouder, te gronde gaat, zie ik geen dwingende reden om zonder meer van misbruik te spreken wanneer de aandeelhouder zich op het beperkingsvoorrecht beroept en de crediteuren niet schadeloos stelt. Een dergelijke gedragslijn wijkt, indien het een verhouding van moeder- en dochtermaatschappij betreft, af van de in Nederland gangbare *concernmoraal* (177), maar kan m.i.

(176) Wanneer de aandeelhouder tevens directeur is, zal hij reeds in die hoedanigheid aansprakelijk zijn: vgl. de sub 4.2.2 t/m 4.2.5 beschreven jurisprudentie.

(177) Cf. v. d. Heijden-v. d. Grinten 7e druk (1962) p. 127: 'Zeker bij binnenlandse dochters beschouwt de moeder nv zich aansprakelijk voor de handelingen van de dochters'. In de 8e en 9e druk komt deze passage niet meer voor en wordt

onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn om de overige onderdelen van het concern te redden (178).

Is de afhankelijke vennootschap echter door een haar opgedrongen onjuist beleid van de enige aandeelhouder in déconfiture geraakt, dan komt het mij voor dat het beperkingsvoorrecht zeker wordt misbruikt wanneer de aandeelhouder de crediteuren der vennootschap in de steek laat. Zelfs het belang van behoud van andere concernondernemingen lijkt mij in dit geval geen houdbaar excuus. In dit verband rijst natuurlijk de algemene vraag, welke mate van inmenging in het bestuur van de zijde van de grootaandeelhouder toelaatbaar is, in het bijzonder in concernverhoudingen. De *zelfstandige taak* en verantwoordelijkheid van het bestuur der nv of bv zullen binnen redelijke grenzen moeten worden gerespecteerd (179). Mijn mede-*preadviseur* zal die grenzen aan een nader onderzoek onderwerpen. Het door Raaijmakers reeds in zijn dissertatie (p. 84 e.v.) verdedigde standpunt, dat uitgaat van de realiteit van de concernverhoudingen, spreekt mij aan, maar ik ben niet ongevoelig voor het betoog van Löwensteyn (180), dat het onjuist schijnt, enerzijds de bestuurders van dochtermaatschappijen gebonden te achten aan directieven van het bestuur van de moedermaatschappij omdat het concern *realiter* één onderneming vormt, maar anderzijds die moedermaatschappij niet aansprakelijk te houden voor de verplichtingen van haar dochters, omdat het concern *formeel* uit afzonderlijke rechtspersonen bestaat.

7.4. Wordt misbruik van de regel der exclusieve aansprakelijkheid gemaakt, dan zullen de gedupeerde crediteuren de werking van die regel willen uitschakelen. Enige *middelen* om dat doel te bereiken zullen nu in vogelvluucht worden gezien. De actio Pauliana sla ik daarbij over, omdat enerzijds voldoende duidelijk is, dat deze nu en dan uitkomst brengt, doch anderzijds even duidelijk is, dat aantasting van individuele transacties in vele gevallen het probleem niet oplost.

volstaan met de stelling, dat misstanden in de Nederlandse praktijk tot op heden niet zijn gebleken; zie no. 88 van de laatste druk.

(178) Men denke aan het belang van behoud van werkgelegenheid.

(179) De opvattingen hierover lopen uiteen. Zie o.a. F. J. W. Löwensteyn, *Wezenen bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap* (1959), p. 61 e.v.; W. Westbroek, *preadvies* p. 68; v. d. Heijden-v. d. Grinten (1976) p. 117; vgl. ook *NJB* 1970, p. 357 e.v., samenvatting discussie tussen Löwensteyn, G. J. Scholten en Westbroek.

(180) In *Rechtspersonen* (Boukema c.s.), ad art. 129 Boek 2 B.W.

7.4.1. De eerste gedachte, die opkomt, is het volgen van het *Amerikaanse voorbeeld*: de sluijer wordt gelicht, de insolvente vennootschap wordt als 'dummy' of 'alter ego' van de aandeelhouder weggeredeneerd en de persoonlijke aansprakelijkheid van de aandeelhouder komt te voorschijn, ongeveer als een konijn uit de hoge hoed. Zoals van Schilfgaarde heeft opgemerkt (181), leent het Nederlandse recht zich echter slecht voor een werkwijze, waarbij buiten iedere wettelijke regeling om een systeem van doorbraak van aansprakelijkheid wordt opgebouwd.

Ondubbelzinnige bepalingen als de artikelen 64 en 175 Boek 2 B.W. kunnen m.i. niet met bloemrijke spreuken of verwijzingen naar de 'Wirklichkeiten des Lebens' opzij worden gezet (182). Wil men op de regel der exclusieve aansprakelijkheid *rechtstreekse* uitzonderingen maken, dan zal de wet moeten worden gewijzigd. Of dit wenselijk is, hangt vooral af van het antwoord op de vraag, of na te noemen remedies voldoende doeltreffend zijn en of misbruik van het beperkingsvoorrecht veelvuldig voorkomt (183).

Wordt een E.E.G. concernrichtlijn langs de lijnen van het sub 3.2 genoemde voorontwerp vastgesteld, dan zal onze wet in belangrijke uitzonderingen op de regel der exclusieve aansprakelijkheid gaan voorzien. Hetzelfde geldt wanneer een faillissementsverdrag overeenkomstig het onder 3.4 vermelde voorontwerp tot stand komt en door Nederland wordt geratificeerd. Vooral in het laatste geval zullen eventuele misstanden krachtig kunnen worden bestreden.

7.4.2. *Misbruik van recht*

Bij de behandeling van de invoeringswet voor Boek 2 B.W. heeft de Minister op de hiervoren sub 6.3 bedoelde opmerkingen van de Commissie voor Justitie o.a. geantwoord: 'Bij dit alles dient nog bedacht te worden dat art. 2.1.4 uiteraard, evenmin als enig ander wetsartikel, misbruik van recht, wetsontduiking of schijnhandelin-

(181) Redc Groningen, p. 12. Zie ook J. M. M. Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging* (1976), p. 241/242.

(182) W. J. Slagter, *Compendium* (1973) p. 368 stelt echter dat de 'techniek' van Haftungsdurchgriff c.q. piercing the corporate veil incidenteel kan worden gehanteerd.

(183) Een enquête onder faillissementscuratoren en rechtbankgriffies zou wel eens een minder geruststellend beeld kunnen opleveren dan de in noot 177 geciteerde passage in het Handboek, die overigens alleen betrekking heeft op moedermaatschappijen (van grote concerns?).

gen in bescherming neemt' (184). De Commissie had als voorbeeld genoemd: overheveling van vermogen om de aansprakelijkheden daar te leggen, waar de wederpartij geen verhaal vindt. Klaarblijkelijk achtte de Minister het denkbaar, dat in dergelijke situaties met het begrip misbruik van recht kan worden gewerkt.

Van Oven (185) heeft echter reeds opgemerkt, dat in deze gevallen geen oplossing kan worden gevonden door het hanteren van een algemene norm over misbruik van *bevoegdheid*. Toegespitst op misbruik van het beperkingsvoorrecht: de aandeelhouder, die wordt aangesproken door een vennootschapscrediteur en zich beroept op art. 64 lid 1, oefent geen bevoegdheid of subjectief recht uit, maar verweert zich. De ontkenning, iemands debiteur te zijn, levert geen uitoefening van een bevoegdheid op.

7.4.3. *Vertegenwoordiging*

Afgezien van minder interessante uitzonderingen, zal een afhankelijke vennootschap geen doorlopende opdracht hebben tot het aangaan van transacties c.q. het drijven van haar onderneming voor rekening van haar moedermaatschappij of enige aandeelhouder. De schijn van vertegenwoordiging zal in de regel evenmin worden gewekt. Ik kan dan ook voorbijgaan aan de talrijke vragen, die het leerstuk der – openlijke of bedekte – vertegenwoordiging in het algemeen oproept (186).

Uitsluitend indien het begrip vertegenwoordiging zo ruim wordt opgevat als J. M. van Dunné voorstaat, zal vaker gebondenheid van de aandeelhouder jegens crediteuren der vennootschap kunnen worden aangenomen. Men zal dan slechts aannemelijk behoeven te maken, dat de vennootschap 'in het belang' van de aandeelhouder heeft gehandeld, dan wel dat haar handelingen tot de 'risicosfeer' van de aandeelhouder behoren (187). Deze sterke uitbreiding van het gangbare begrip vertegenwoordiging heeft m.i. te weinig

(184) Zitting 1971-1973, memorie van antwoord ad art. 2.1.4.

(185) Van Opstall bundel, p. 127. Kennelijk had Van Oven art. 8 van de Inleidende Titel ontwerp-B.W. op het oog. Zie over die bepaling de kritische beschouwingen van P. Zonderland, *W.P.N.R.* 5295/6.

(186) Zie o.a. P. van Schilfgaarde, *W.P.N.R.* 5280/1 en de aldaar geciteerde literatuur.

(187) Vgl. de door Van Dunné in *W.P.N.R.* 5201 gesuggereerde nieuwe tekst voor art. 3.3.1.1. *NBW*. Het hanteren van deze formules zou overigens niet veel meer dan een *petitio principii* opleveren in gevallen als hier aan de orde zijn.

weerklink gevonden om er een praktische oplossing voor ons vraagstuk in te zien.

Kortom, de vertegenwoordigingsfiguur biedt crediteuren weinig perspectief (188).

7.4.4. *Schijn van medegebondenheid*

Door mededelingen of gedragingen kan de enige aandeelhouder de schijn wekken, zich borg te stellen voor de afhankelijke vennootschap, dan wel zich sterk te maken voor de voldoening van haar schulden of deze te hebben overgenomen (189) c.q. zich als mededebiteur te verbinden.

Art. 1861 B.W. eist voor borgtocht een ondubbelzinnige verklaring (190). Juist echter in de situaties, die wij op het oog hebben, zal de aandeelhouder doorgaans niet verder gaan dan het doen van vage geruststellende mededelingen of het incidenteel verrichten van een betaling voor de afhankelijke vennootschap. Het lijkt mij onwaarschijnlijk, dat dergelijke gedragingen zouden voldoen aan de eis van ondubbelzinnigheid.

De toerekenbare schijn van mededebiteurschap, schuldoverneming of een zich sterk maken zal wellicht iets gemakkelijker mogen worden aangenomen, al is een dergelijk verschil tussen borgtocht en de andere genoemde rechtsfiguren weinig logisch (191).

Voor de praktijk hebben constructies als deze weinig te betekenen. Het enkele bestaan van een concernrelatie mag zeker niet worden geacht, de schijn van medegebondenheid van de moeder in het leven te roepen. Zelfs een feitelijke verstrengeling van de activiteiten van moeder en dochter, of aandeelhouder en eenmansvennootschap, zal m.i. niet zonder bijkomende feitelijkeheden de schijn van medegebondenheid wekken (192).

(188) Ik zie dit bevestigd in de uitspraak van het Hof der Nederlandse Antillen van 14 mei 1974, zie H.R. 11 juni 1976, *N.J.* 1976, 488. De conclusie van de A.G. ten Kate bij het arrest is op verscheidene punten voor ons onderwerp interessant.

(189) Zie over schuldoverneming de in de vorige noot genoemde uitspraken en conclusie, alsmede de noot van G. J. Scholten.

(190) Art. 7.14.1.3 lid 1 *N.B.W.* eist zelfs een geschrift voor het bewijs van borgtocht.

(191) De ratio van art. 1861 zal immers wel zijn, dat een zich verbinden voor de schulden van een ander een ingrijpende handeling is.

(192) Westbroek, *preadvies* p. 78, acht het bij vermenging van zaken 'niet moeilijk', tot aansprakelijkheid te komen: de aandeelhouder zal zich mede verbonden of de toerekenbare schijn daarvan gewekt hebben. Dit optimisme deel ik niet.

7.4.5. Ongerechtvaardigde verrijking

Gaat het misbruik gepaard met verrijking van de enige aandeelhouder – zoals bij 'leegpompen', zie 7.3.1 – dan ligt de gedachte aan een actie uit ongerechtvaardigde verrijking voor de hand. Toch betwijfel ik of die actie ter beschikking staat.

De verrijking is in deze gevallen niet, althans niet rechtstreeks, afkomstig van het vermogen der vennootschapscrediteuren. Economisch worden dezen wel verarmd, doordat hun vorderingen dubieuzer worden, maar er 'verschuiven' geen vermogensbestanddelen van de crediteuren naar de aandeelhouder (193).

In de Nederlandse literatuur (194) over ongerechtvaardigde verrijking treft men gevallen van deze aard niet aan, naar ik meen. Dit lijkt mij een teken aan de wand. Bovendien kan worden betwijfeld of een actie uit ongegronde verrijking op het terrein van de bescherming van crediteuren tegen benadelingshandelingen wel zou passen in het systeem der wet, naar de maatstaf van Quint/te Poel (195). Het lijkt mij uit een oogpunt van systematiek beter, dit terrein te beschouwen als primair bestreken door de Pauliana en aanvullend door art. 1401 B.W.; het accent ligt ook niet op de (toevallige) verrijking, maar op de (bewuste) benadeling.

7.4.6. Artt. 151 en 261 Boek 2 B.W.

Mijn mede-pretadviseur heeft de gedachte geopperd (196), dat de moedermaatschappij van een insolvente vennootschap onder bijzondere omstandigheden kan worden aangemerkt als bestuurder van de dochter ingevolge art. 151 c.q. 261 Boek 2. De curator zou dan krachtens art. 138 c.q. 248 kunnen ageren tegen de moeder.

De suggestie heeft aantrekkingskracht, doch is moeilijk te rijmen met de tekst en beperkte strekking van de artt. 151 en 261 (197).

(193) De memorie van antwoord over Boek 6 N.B.W. spreekt bij het gewijzigde art. 6.4.3 over 'verschuivingen van vermogensbestanddelen van de een naar de ander op grond van een wetsbepaling of het stelsel van de wet'.

(194) Vgl. o.a. M. H. Bregstein, *W.P.N.R.* 4043 e.v., J. H. Beekhuis, *Ars Aequi* VIII, 173, A. M. Biegman-Hartogh, *Ongeregronde verrijking* (diss. 1971), Asser-Rutten III p. 30, en de toelichting op art. 6.4.3 N.B.W. H. C. F. Schoordijk trekt in *W.P.N.R.* 5093 e.v. (Indirecte verrijking) wel ruimere grenzen, maar bespreekt geen ten deze relevante voorbeelden.

(195) H.R. 30 januari 1959, *N.J.* 1959, 548.

(196) Diss. p. 279, 283.

(197) Vgl. v. d. Heijden-v. d. Grinten (1976) p. 469; het gaat om personen (niet zijnde bestuurders) die bevoegdlijk daden van bestuur verrichten.

De hier veronderstelde daden van bestuur worden immers niet verricht krachtens een statutaire bepaling of besluit der algemene vergadering (198).

De moeder zal trouwens in de situaties, die Raaijmakers op het oog heeft, meestal niet zelf 'daden van bestuur' verrichten maar aan het bestuur van de dochter opdragen, die daden te verrichten.

Een extensieve uitlegging van art. 151 resp. 261 zou intussen wel het voordeel bieden, dat de curator in die gevallen, waarin de (faillissements-) Pauliana op moeilijkheden stuit, toch ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren degene kan aanspreken, aan wie de slechte toestand der vennootschap realiter te wijten is. Een dergelijke toepassing zou een goede aanloop kunnen zijn naar de invoering van een uniforme faillissementswet als bedoeld onder 3.4.

Mocht binnen afzienbare tijd een wijziging van Boek 2 aan de orde komen, dan zou ik bij voorbaat willen pleiten voor een verruiming van de tekst der artikelen 151 en 261 en/of 138 en 248 (199).

7.4.7. Onrechtmatige daad

Herhaaldelijk is art. 1401 B.W. in de literatuur aangewezen als een mogelijke remedie in geval van misbruik (200). Over de vraag, of deze oplossing afdoende is, wordt verschillend gedacht. Van Oven (201) heeft die vraag ontkennend beantwoord, daarbij wijzende op de ontwikkeling in de ons omringende landen.

Het komt mij voor, dat art. 1401 B.W. in het algemeen voldoende mogelijkheden biedt in gevallen als hiervoren onder 7.3.1., 7.3.2. (202) en 7.3.3 bedoeld, *mits* de rechter bereid is, bij de verdeling van de *bewijslast* in ruime mate rekening te houden met de moeilijk-

(198) Als enig aandeelhoudster kan de moeder misschien geacht worden, een besluit tot interventie te hebben genomen, maar dit lijkt mij geen besluit in de zin van het artikel (vroeger art. 52 a K.), t.w. een besluit waarbij een niet-bestuurder wordt belast met een incidentele of tijdelijke bestuurszaak.

(199) De formule 'grove schuld of grove nalatigheid' in artt. 138 en 248 zal dan zo nodig ook op de helling kunnen worden gezet. Het feit, dat er geen gepubliceerde rechtspraak is over art. 49 a K.-oud, zou erop kunnen wijzen, dat de formule te beperkt is.

(200) Cf. M. P. Bloemsma, *TVVS* 1968, p. 258 e.v.; v. d. Heijden-v. d. Grinten (1976), p. 67/68, Westbroek, preadvies p. 73/74 en 78, Uniken Venema, *De NV* 48 p. 95/96; Raaijmakers, diss. p. 280 e.v.; Franken, diss. p. 309 e.v.

(201) Van Opstall-bundel, p. 125/126.

(202) Zoals Bloemsma t.a.p. heeft opgemerkt, biedt het Erba arrest van 28 juni 1957, *N.J.* 1957, 514 goede aanknopingspunten. Zie ook H.R. 13 maart 1959, *N.J.* 1959, 579. Het Erba arrest is mede van belang omdat daarin is beslist, dat

heid voor een buitenstaander (crediteur) om bewijsmateriaal omtrent de handel en wandel of wetenschap van de aangesproken aandeelhouder aan te dragen. Een bewijslastverdeling zoals door het Haagse Hof toegepast in het sub 4.2.5 vermelde geval is in dit opzicht geen bemoedigend voorbeeld.

Ook het bewijs van het *oorzakelijk verband* tussen de aan de aandeelhouder verweten gedragslijn en de schade, bestaande in (gehele of gedeeltelijke) onverhaalbaarheid van de vorderingen der vennootschapscrediteuren, zal soms nauwelijks te leveren zijn indien de rechter de crediteuren niet royaal tegemoetkomt door te werken met feitelijke vermoedens e.d. Kortom, hoezeer een actie uit onrechtmatige daad in principe ook mogelijk is in de vorenbedoelde gevallen, het staat nog te bezien hoe vaak zo'n actie in de praktijk zal slagen. Juist minder scrupuleuze grootaandeelhouders zullen een zekere behendigheid in het leggen van rookgordijnen hebben. Nog minder eenvoudig ligt de zaak m.i. in situaties als aangeduid onder 7.3.4 (overheersing en inmenging). Met name indien de moedermaatschappij – concernleiding – de directie van een bepaalde dochter noopt tot een beleid, dat de financiële positie van die dochter verzwakt, maar dat uit een oogpunt van algemeen concernbelang te rechtvaardigen is, kan niet als vanzelfsprekend worden gesteld dat de moeder onrechtmatig handelt. Toch zou het onbillijk zijn, het aan de dochter toevallende nadeel af te wentelen op haar crediteuren.

Westbroek (203) wil deze moeilijkheid oplossen door aansluiting te zoeken bij een met het Voorste Stroom arrest van 1943 (204) ingezette ontwikkeling in rechtspraak en literatuur: het niet vergoeden van schade, veroorzaakt door een op zichzelf legitieme belangen dienend handelen, kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn (205). De oplossing is elegant, maar gaat alleen op wanneer de door Westbroek bedoelde ontwikkeling zich ook buiten het terrein

de mogelijkheid van een actio Pauliana de toepassing van art. 1401 niet uitsluit. Vgl. voor deze 'Erba constructie' ook C. H. Barz in Hachenburg Grosskommentar G.m.b.H. (1975) par. 13 Anb. II no. 51, Anscheinshaftung.

(203) Preadvies p. 73/74. In dezelfde geest Franken, diss. p. 310.

(204) H.R. 19 maart 1943, *N.J.* 1943, 312 (Voorste Stroom VI, niet V zoals Westbroek het arrest aanduidt).

(205) Zie rechtspraak en literatuur bij C. H. M. Jansen in Onrechtmatige Daad I no. 229/230; vgl. ook nrs 102 b en 145. Zie over deze weerbarstige materie o.a. J. Drion, *W.P.N.R.* 3992/6 en *Ars Aequi* II, 96; W. J. Slagter, diss. 1952 p. 234 e.v.; G. H. A. Schut, diss. 1961 p. 162 e.v. en Asser-Rutten III (1975) p. 70-72.

van het overheidsoptreden, waarbij het algemeen belang botst met particuliere belangen, en buiten het terrein van de hinder in ruime zin zou manifesteren en doorzetten (206). Ik zet hierbij enige vraagtekens. Het valt in ieder geval op, dat het ontwerp N.B.W. deze materie alleen regelt in art. 5.1.2 (leden 2 en 3) en niet in art. 6.3.1; de algemene verwijzing naar rechtvaardigingsgronden in art. 6.3.1 geeft geen richting aan de ontwikkeling op dit punt, gelet op de in de toelichting genoemde voorbeelden.

De constructie in kwestie lijkt mij dan ook te speculatief om te kunnen concluderen, dat art. 1401 in de sub 7.3.4 bedoelde misbruikgevallen doorgaans een bevredigende remedie zal verschaffen.

7.5. Indien de laatste conclusie juist is, kan de sub 7.4.1 gestelde vraag, of de *klassieke middelen* van het burgerlijk recht steeds voldoende zijn, *niet* met een volmondig ja worden beantwoord. Ook art. 1401 B.W. is geen panacee voor alle moeilijkheden. Als dit juist is, moet er wel een civielrechtelijk niemandsland overblijven, waarin alleen de *wetgever* de positie van crediteuren van overheerste vennootschappen kan verbeteren. Kennelijk berusten ook de regels in de Duitse concernwetgeving en in de onder 3.1 en 3.2 genoemde ontwerpen, welke in aansprakelijkheid van dominerende vennootschappen voorzien, op het uitgangspunt dat zonder een wettelijke regeling geen bevredigende oplossing te bereiken valt in een aanmerkelijk aantal gevallen (207).

Hoe acuut de behoefte aan een regeling is, hangt af van de ernst en frequentie van de te keren misbruiken. Slechts een grondige enquête zou hierop voldoende licht kunnen werpen. Ook de inhoud van een wettelijke regeling zal m.i. rekening moeten houden met de nauwkeurige aard en omvang van de bij onderzoek aan de dag tredende misstanden. De sub 3.1 en 3.2 vermelde ontwerpen zouden op dit punt wel eens rigoureuzer kunnen blijken dan nodig is.

(206) Voorste Stroom VI, Haagse Duinwaterleiding (*N.J.* 1944, 226) en Voorste Stroom VII (*N.J.* 1953, 642) lagen op die terreinen. Degens/Staat (*N.J.* 1946, 323) en Erba (*N.J.* 1957, 514) lagen daarbuiten, maar het is de vraag, of die arresten met de enkele zinsneden 'tenzij hij de schade vergoedt' resp. 'tenzij de bank zelf dit alsnog doet' deel van de door Westbroek bedoelde ontwikkeling zijn gaan uitmaken.

(207) Cf. A. E. D. von Saher, *TVVS* 1968, p. 263 e.v. Vgl. ook P. Sanders ter vergadering van de Vereniging Handelsrecht, 1969, weergegeven en van vraagtekens voorzien door Th. van Sasse van IJsselt in *TVVS* 1969, p. 332/333.

8.1. Afgezien van de excursie naar vreemd recht en E.E.G. recht is in het voorgaande alleen aandacht besteed aan vragen van Nederlands materieel recht. Nederlandse regels van internationaal privaatrecht zijn evenmin als buitenlandse conflictenregels, verband houdende met ons onderwerp, ter sprake gekomen. Toch kan aan *vragen van I.P.R.* niet worden voorbijgegaan; situaties als in de vorige hoofdstukken beschreven hebben immers vaak een internationaal aspect. Om een voorbeeld te noemen: wanneer men in Frankrijk oordeelt, dat een moedermaatschappij onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk is voor de schulden van een dochtervennootschap, past men deze regel van Frans recht dan ook toe op de Nederlandse moedermaatschappij van een Franse vennootschap? (208)

Zo kan men zich ook afvragen, of de Nederlandse crediteur van een Amerikaans vennootschap, wier 'corporate veil' in Amerika zou kunnen worden doorboord, in Nederland kan ageren tegen de Amerikaanse enige aandeelhouder, die bij het Amerikaanse doorborendeprocedé als aansprakelijke partij te voorschijn zou komen. Die aandeelhouder zou in Nederland bezittingen kunnen hebben, waarop rechtsmacht funderend beslag kan worden gelegd; de Nederlandse rechter zal dan moeten kiezen tussen Amerikaans en Nederlands recht.

Tallose variaties zijn op dit thema te bedenken; stof voor een afzonderlijk preadvies, zou ik menen. (209)

De oplossing van deze vragen zal nauw samenhangen met de manier waarop de vereenzelviging of doorbraak wordt geconstrueerd en de qualificatie van die rechtsfiguur volgens de *lex fori*. Indien bijv. het optreden van de buitenlandse moedermaatschappij van een Nederlandse vennootschap door de crediteuren van die laatste als onrechtmatig tegenover hen wordt beschouwd, zal de Nederlandse rechter, dat optreden qualificerende als onrechtmatige daad,

(208) H. M. Alvares Correa gaat daarvan uit in *TVVS* 1976 p. 132 e.v. en wijst in dat verband op de gevolgen van het E.E.G. Executieverdrag, zich daarbij afvragende of de Nederlandse rechter het Franse vonnis als strijdig met de Nederlandse openbare orde zou beschouwen.

(209) In Duitsland is reeds een monografie verschenen over deze vragen: Müller, *Kollisionsrechtliche Probleme der Durchgriffslehre bei Kapitalgesellschaften*, diss. Frankfurt 1974. Ik heb het boek nog niet kunnen bemachtigen.

de *lex loci delicti* kunnen toepassen (210), tenzij in alle gevallen van mogelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders voor schulden der vennootschap de voorkeur moet worden gegeven aan de *lex societatis*.

Het laatste geschiedt in art. 8 van het door de International Law Association opgestelde ontwerp-verdrag inzake 'Conflicts of Law relating to Companies' (211). 'The (personal) law of a company governs the personal liability of the organs and shareholders for the debts of the company', aldus dit artikel (212). Het rapport van de redactiecommissie merkt bij art. 8 op: 'The problem of dummy companies can be cited as an illustration in point'. Vervolgens maakt het rapport melding van de opmerking van W. C. Cannon dat 'the question of whether in a particular case the corporate entity shall be disregarded is one which would normally be governed by the law of the place where the debt arises or conceivably the law of the forum where suit is brought'. De commissie zette hierbij enige vraagtekens en wees ook op de openbare orde exceptie in art. 10 van het ontwerp.

E. C. Henriquez bepleit toepassing van de *lex loci contractus resp. loci delicti* ten aanzien van aansprakelijkheid van aandeelhouders, voortvloeiende uit hun betrokkenheid bij buitenslands (met een daar gevestigde wederpartij) door de vennootschap gesloten overeenkomsten resp. uit onrechtmatige daad (213). Inderdaad spreekt de regel van art. 8 alleen aan wanneer het gaat om een in het vennootschapsrecht verankerde vorm van aandeelhoudersaansprakelijkheid, zoals die ingevolge art. 69 lid 2 Boek 2 B.W. en vergelijkbare bepalingen (214).

(210) De *locus delicti* is overigens niet steeds het land van vestiging van de dochter. Waar de onrechtmatige daad moet worden gelocaliseerd, hangt af van allerlei feitelijkeheden.

(211) Rapport der 48e I.L.A. conferentie, New York 1958, p. 644 e.v. Zie commentaar hierop bij E. C. Henriquez, Het vennootschapsstatuut (1961) p. 118 e.v.

(212) H. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1973), p. 21, stelt eveneens als vanzelfsprekend dat de eventuele aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor de schulden van haar buitenlandse dochter door de *lex societatis* van die laatste wordt beheerst.

(213) Op. cit. p. 217. Henriquez ziet deze uitzonderingen op de hoofdregel (*lex societatis*) als uitvloeisels van het incorporatiestelsel en van de aanvaarding van de eenmans-nv in het interne vennootschapsrecht.

(214) Y. Loussouarn, Les conflits de lois en matière de sociétés (1949) no. 144 wil echter op een 'action directe' van nv-crediteuren tegen de aandeelhouders wegens niet verrichte volstorting de *lex obligationis* toepassen.

Juist lijkt mij de opmerking van H. J. Mertens (215), dat de onder het hoofd 'Durchgriff' behandelde problemen ook internationaal-privaatrechtelijk niet in het perspectief van een relativering der (volgens het personeel statuut te beoordelen) rechtsbevoegdheid moeten worden bekeken, maar vanuit het gezichtspunt 'dass über die Aufhebung des Trennungsprinzips nur jeweils im Rahmen der Anwendung bestimmter Normen entschieden werden kann'; zo komt men dan tot hantering van de op overeenkomsten, onrechtmatige daden, zakenrechtelijke verhoudingen etc. toepasselijke verwijzingsregels.

Terwijl het verschijnsel van 'piercing' zelf vragen van I.P.R. oproept, kan men zich ook *omgekeerd* voorstellen, dat in bepaalde gevallen door rechtspersonen heen mag worden gekeken om een juiste verwijzingsregel te vinden in een situatie, waarin rechtspersonen een rol spelen. Wanneer bijv. een Panamese vennootschap, waarvan de aandeelhouders Nederlanders zijn, aan een Noorse scheepswerf de bouw van een schip opdraagt en arbitrage in Nederland overeenkomt, is het mogelijk dat het Nederlanderschap van die aandeelhouders, in combinatie met de keuze van de plaats van arbitrage, de scheidslieden beweegt tot toepassing van Nederlands recht. In dat geval doorboren zij de vennootschapssluier om een aanknopingspunt te vinden (216).

8.2. Het vraagstuk van de (gevolgen van) *erkenning van vreemde vennootschappen* hangt eveneens met ons onderwerp samen. Landen die de erkenning van vreemde (217) rechtspersonen beperken tot vennootschappen e.d. die hun '*werkelijke zetel*' hebben (of tenminste bij oprichting hadden) in het land volgens welks recht zij zijn opgericht, kijken daarmee door rechtspersonen heen, niet in de richting van de aandeelhouders maar in die van het centrum der bestuursactiviteiten. Intussen behoort Nederland niet tot die landen. Blijkens de wet van 25 juli 1959 (*Stb.* 1959, 256) volgt Nederland

(215) Einmannsgesellschaft und Durchgriffshaftung, par. 13 Anh. I van Hachenburg Grosskommentar G.m.b.H. (1975), no. 76 (Die Einmannsgesellschaft im internationalen Privatrecht), alwaar verdere literatuuropgaven.

(216) Ik kan hier rechtspraak noch literatuur citeren, maar heb daarnaar ook niet ijverig gezocht.

(217) Vgl. over de nationaliteit van rechtspersonen in het privaatrecht Asser-v. d. Grinten II (1976) p. 39.

het 'incorporatiestelsel' (218). In hoofdstuk 2 had deze wet wellich kunnen worden vermeld als een voorbeeld van legislatieve weigering van 'piercing'.

In landen, die het stelsel der werkelijke zetel aanhangen, kunnen buitenlandse rechtspersonen voor pijnlijke verrassingen komen te staan. Zo moest een Liechtensteinse Anstalt in Duitsland onder vinden, dat een aan haar verleende hypotheek ongeldig was omdat zij in Duitsland onbevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen werd geacht (219).

Nog pijnlijker is de verrassing voor een eenmansvennootschap, die haar werkelijke zetel in het land van oprichting heeft, aldaar geldig als eenmansvennootschap kan bestaan, doch in een ander land (220) niet wordt erkend omdat de rechter aldaar de rechtsfiguur in kwestie strijdig met de *openbare orde* oordeelt. Zodra het in E.E.G.-verband gesloten Brusselse erkenningsverdrag van 29 februari 1968 (*Trb.* 1968, 113) in werking is getreden, zal de eenmansvennootschap door de verdragsstaten niet als strijdig met hun openbare orde mogen worden beschouwd (221).

8.3. Op het raakvlak van internationaal privaatrecht en publiekrecht ligt de in Duitsland uitgevonden '*Spaltungstheorie*'. Neemt men op grond van die theorie aan, dat de oorspronkelijke aandeelhouders van een in land X gevestigde nv, wier aandelen zijn genationaliseerd, gerechtigd blijven tot het vermogen van de nv in land Y

(218) De wet houdt verband met art. 2 van het erkenningsverdrag van 1 juni 1956 (*Trb.* 1956, 131). Zie over deze materie Asser-v. d. Grinten II (1976) p. 41 e.v. en Henriquez, op. cit. p. 38 e.v.

(219) BGH 30 januari 1970, *BGHZ* 53, 182/184. De werkelijke zetel bevond zich van de aanvang af in Duitsland en het Duitse recht kent niet de rechtsfiguur van de 'Einzelpersonenanstalt', aldus het BGH. Zie over dit onderwerp H. Schönle, Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland, *NJW* 1965, 1112-1117. Vgl. ook de in noot 131 genoemde uiteenlopende Italiaanse uitspraken; in de Venetiaanse beslissing was het tweede argument het ab initio ontbreken van een werkelijke zetel in Liechtenstein.

(220) Bijv. Italië wanneer het hof te Venetië - zie noot 131 - zijn eerste argument terecht heeft gebezigd; helaas was de beschikking niet vatbaar voor beroep in cassatie. Volgens E. Cerexhe, La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la C.E.E., *Revue du Marché Commun* 1968 p. 578 e.v. heeft ook de Belgische rechter de erkenning van vreemde eenmansvennootschappen geweigerd (*Cass.* 12.11.1935).

(221) Van der Grinten, *S.E.W.* 1966 p. 210, betwijfelt de zin van deze bepaling, m.i. ten onrechte. Zie over deze bepaling ook Cerexhe t.a.p.

(waar dan al of niet een 'Spaltgesellschaft' wordt geconstrueerd), dan kan men zeggen dat die aandeelhouders de rechtspersoonlijkheid van de nv doorboren om tot haar vermogen in land Y door te dringen (222).

Via de 'Spaltung' zijn wij op het terrein van de *nationalisatie of confiscatie* aangeland. Op dat terrein is voor ons onderwerp vooral van belang de vraag, in hoeverre door rechtspersonen, die maatregelen van confiscatoire aard hebben ondergaan, heen mag worden gekeken in de richting van de aandeelhouders om een bepaalde staat als behartiger van de belangen der gedupeerde aandeelhouders te legitimeren naar regels van volkenrecht (regels van *diplomatieke bescherming*). Deze vraag speelde een beslissende rol in de bekende zaak van België tegen Spanje inzake schade, indirect toegebracht aan de overwegend Belgische aandeelhouders van de Canadese vennootschap Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. Bij uitspraak van 5 februari 1970 aanvaardde het Internationaal Gerechtshof de door Spanje opgeworpen exceptie, dat België geen 'ius standi' had om voor het Hof op te treden ter bescherming van de gelaedeerde Belgische *belangen*; volgens internationaal recht had alleen Canada kunnen optreden ter bescherming van de *rechten* van de Canadese vennootschap zelve (223). Het Hof drukte zich daarbij nogal krachtig uit ten aanzien van de scheidsmuur tussen een naamloze vennootschap en haar aandeelhouders: 'Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights'.

De Nederlandse rechter ad hoc W. Riphagen gaf een der dissenting opinions; hij wees er o.a. op dat de oorlogspraktijk van 'piercing the corporate veil' volkomen past bij de benadering van de problemen in kwestie op statenniveau en dus veeleer symptoom dan uitzondering is.

(222) Aldus Uniken Venema in *De NV* 48, p. 98. Voor het ingewikkelde vraagstuk der 'Spaltung' verwijs ik naar v. d. Heijden-v. d. Grinten (1976) p. 104 e.v. en G. Czapski, *NJB* 1967, p. 323 e.v., *NJB* 1972, p. 49/50.

(223) Canada was aanvankelijk wel actief geweest, maar liet het in 1955 afweten. Zie voor de gecompliceerde feitelijke achtergronden en voor de gedachtengang van de meerderheid van het Hof E. W. Vierdag in *NJB* 1970, p. 935-944. Vgl. ook A. J. P. Tammes, *Internationaal Publiekrecht* (1973), p. 145/146.

De diplomatieke bescherming van rechtspersonen (224) tegen discriminerende maatregelen, onteigening zonder schadevergoeding e.d. is als gevolg van deze beslissing geen terrein, waarop het verschijnsel van 'piercing' tot bloei zal komen. Toch blijven er wel mogelijkheden over, ook in het standpunt van het Hof (225). Men bedenke bovendien, dat er behalve de Nederlandse rechter Riphagen nog drie rechters waren, die over de principiële vraag een afwijkend standpunt hadden, al kwamen zij (op andere gronden) tot afwijzing van de Belgische eis. Ook valt op te merken, dat diverse vormen van diplomatieke actie – buiten rechte – ter bescherming van aandeelhoudersbelangen mogelijk blijven en dat nationale rechters tot eigen oplossingen kunnen komen (226).

8.4. Buiten de hiervoren besproken gevallen biedt het internationale publiekrecht nog enkele voorbeelden van 'piercing the veil'. Om te beginnen zijn er de gevallen, die met oorlog verband houden. Tijdens een oorlog plegen de oorlogvoerende staten zowel eigen als vreemde rechtspersonen met een zeker gemak tot vijand – of hun bezittingen tot *vijandelijk vermogen* – te verklaren; de criteria verschillen van land tot land (227) en de vraag, hoever wetgevers op dit punt mogen gaan zonder het volkenrecht te schenden, moet hier blijven rusten.

Na beëindiging van de oorlog worden de maatstaven voor wat als 'vijandelijk vermogen' geldt (en daarmee als confiscale verhaals-object) doorgaans vastgesteld in vredesverdragen of overeenkomsten. Wat rechtspersonen betreft, pleegt dan te worden bepaald dat voor confiscatie in aanmerking komt het vermogen van rechtspersonen, waarin onderdanen van de overwonnen staat overwe-

(224) Een standaardwerk: L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969). Zie voor het aspect van 'piercing' J. P. Radnay, *Piercing the corporate veil under international law*, *Syracuse Law Review* 1965, p. 779-797. Vgl. voorts het tweede deel van de in noot 90 genoemde bundel van Bastid, David c.s.

(225) Het Hof noemt het geval van misbruik van de rechtspersoonsfiguur als uitzondering op het principe.

(226) Zoals de lagere Amerikaanse instanties in de zaak *Banco Nacional de Cuba v. Sabatino*: zie J. P. Radnay t.a.p. De zaak is zeer bekend geworden omdat het Amerikaanse Supreme Court de 'Act of State doctrine' streng toepaste: zie J. P. A. François, *Grondlijnen van het volkenrecht* (1967) p. 568.

(227) Vgl. voor Nederland art. 15 van het Prijsreglement 1940 (*Stb.* A2): vijandelijk zijn schepen die toebehoren aan of varen voor rekening van een onderneming, waarbij overwegend vijandelijke belangen betrokken zijn.

gend belang of beslissende invloed hebben, met zekere uitzonderingen ter bescherming van de rechten van derden (228).

Van vrede naar vriendschap il n'y a qu'un pas. De Verenigde Staten hebben met verscheidene staten *vriendschapsverdragen* gesloten, waarin onder meer 'most favoured nation' behandeling wordt bedongen voor ondernemingen, waarin onderdanen c.q. vennootschappen van de wederpartij een aanmerkelijk belang hebben (229).

Ook in andere verdragen wordt soms door rechtspersonen heen gekeken: zie bijv. de hierna te noemen aanvullende luchtvaart-overeenkomsten van Chicago.

8.5. Tenslotte kan nog worden gewezen op de vormen van 'piercing', die zich kunnen voordoen wanneer men een 'genuine link' of *effectieve band* eist tussen een schip en de staat, welks nationale *vlag* dat schip voert. Het Institut de Droit International stelde reeds in 1896, dat een schip internationaal pas aanspraak kon maken op een bepaalde nationaliteit indien het voor meer dan de helft in eigendom toebehoorde aan nationale onderdanen dan wel ondernemingen met overwegend nationaal kapitaal; het laatste leverde 'piercing' op. Het verdrag van Genève van 1958 inzake de volle zee gaat echter niet zo ver en volstaat met de eis (art. 5) dat de vlaggestaat op administratief, technisch en sociaal gebied zijn rechtsmacht en toezicht op doeltreffende wijze moet uitoefenen (230).

In art. 311 W.v.K. kan een weerspiegeling worden gezien van de traditionele Nederlandse visie omtrent de effectiviteit der banden tussen schip en vlaggestaat. Het is echter niet bekend of de sub 2.1 bedoelde nieuwe publiekrechtelijke regeling een ander systeem zal volgen. Het vraagstuk van de goedkope vlaggen speelt daarbij ook een rol.

Ten aanzien van *luchtvaartuigen* valt in dit verband het volgende te vermelden (231). Het Luchtvaartverdrag van Parijs van 1919 eiste voor registratie als nationaal luchtvaartuig, dat de volle eigendom

(228) Cf. Tammes op. cit. p. 146.

(229) Vide art. VI lid 5 van het Nederlands-Amerikaanse vriendschapsverdrag van 7 maart 1956, *Tzb.* 1956, 40.

(230) Zie François op cit. p. 277 en H. Meyers, *The nationality of ships* (1967), p. 196 e.v., met veel gegevens over verschillende ontwerpen voor art. 5 van het verdrag, waarin nog wel 'piercing' voorkwam.

(231) Zie hierover J. P. Honig, *The legal status of aircraft* (1956) p. 41 e.v. en I. P. H. Diederiks-Verschoor, *Inleiding tot het luchtrecht* (1973) p. 18 e.v.

van het luchtvaartuig berustte bij onderdanen van het land van registratie. Een protocol van 1929 liet die eis varen en verwees naar de nationale wetgevers. Ook het nu geldende Verdrag van Chicago van 1944 laat de wetgevers op dit punt geheel vrij. De meeste landen, waaronder Nederland, stellen echter voor registratie zekere eisen, die bij rechtspersonen 'piercing' meebrengen: zie 2.2 supra (232). Daarbij komt, dat de in samenhang met het verdrag gesloten International Air Services Agreement (betreffende de vrijheden van overvlucht en technische landing) en International Air Transport Agreement (betreffende een vijftal vrijheden) aan partijen het recht te geven, de vergunning te onthouden aan luchtvaartondernemingen ten aanzien waarvan aan de vergunning verlenende Staat niet is gebleken dat 'substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting State'. Soortgelijke sluiendoorborende bepalingen schijnen in diverse bilaterale luchtvaartverdragen voor te komen.

HOOFDSTUK 9. SAMENVATTENDE SLOTOPMERKINGEN

9.1. Zou de titel van dit preadvies in de vorm van een vraag zijn gegoten (wanneer mag door rechtspersonen heen worden gekeken?), dan zou nu een antwoord moeten volgen.

Dat die vragende vorm is vermeden, is geen toeval; een bondig en duidelijk antwoord op een dergelijke vraag is niet te geven zonder onverantwoorde simplificatie of weinig zeggende algemeenheden. Serick heeft aan het slot van zijn baanbrekende monografie vier duidelijke stellingen geformuleerd, die op het eerste gezicht wel aanspreken, maar bij nadere analyse toch niet overtuigen. Müller-Freienfels (233) heeft m.i. terecht dit 'Schematismus' van de hand gewezen en gepleit voor een andere aanpak om tussen Scylla (ordeloze casuïstiek) en Charybdis (te ongenueanceerde formules) door te zeilen: 'Zu erstreben ist, unter Vermeidung jeglichen Schematismus, die einzelnen Lebenssachverhalte zusammenzufassen und zu werten, um typische Fallgruppen nach den Interessenlagen stichwortartig zu bilden' (234).

(232) Blijkens art. 3 lid 3 van de Regeling Toezicht Luchtvaart kan de Minister overigens ook luchtvaartuigen, toebehorende aan Nederlandse rechtspersonen, die niet (geheel) voldoen aan de in lid 1 gestelde eisen, tot de registratie toelaten.

(233) Archiv für die civilistische Praxis 1957, p. 522-543.

(234) P. 543. Cohn en Simitis sluiten zich hierbij aan, na te hebben geconclu-

Bij het samenvatten van de resultaten der voorgaande hoofdstukken en bij het trekken van enkele algemene conclusies zal ik dan ook *geen eenheidsformules* aanbieden.

9.2. Zoals in de hoofdstukken 1 en 8 is aangestipt, voorzien partijen (particulieren of Staten) in overeenkomsten of verdragen soms uitdrukkelijk in de mogelijkheid, voor bepaalde doeleinden gevolgen te verbinden aan verhoudingen binnen of achter rechtspersonen c.q. wijzigingen in die verhoudingen; ik noemde dit *'vrijwillige piercing'*. Veel bijzonders valt hierover niet te zeggen. Hoogstens zou men kunnen stellen, dat de mogelijkheid en gebruikelijkheid van dergelijke uitdrukkelijke regelingen in het algemeen een argument opleveren tegen 'piercing of the veil' in gevallen waarin hierin niet explicite is voorzien, met name wanneer het overeenkomsten betreft welke zijn gesloten tussen nadenkende partijen, die geacht mogen worden, zich van de mogelijkheid van dergelijke regelingen bewust te zijn.

Wanneer bijv. een samenwerkingscontract wordt gesloten tussen twee tot verschillende concerns behorende vennootschappen, mag worden verondersteld dat de mate, waarin andere concernmaatschappijen bij de uitvoering van het contract betrokken zullen zijn, bij het sluiten van het contract onder ogen wordt gezien. De onder 6.2.2 behandelde materie dient mede in dit licht te worden beoordeeld.

9.3. De *wetgever* kijkt regelmatig achter de coulissen.

Hoofdstuk 2 liet vele voorbeelden daarvan zien. Ik heb mij afgevraagd, of in het totaal van deze bepalingen of in bepaalde groepen daarvan een *'rode draad'* kan worden gezien, die door de rechter zou kunnen worden doorgetrokken in gevallen, waarin de wet zwijgt. De gedachtengang van Lord Denning in de zaak, genoemd in noot 102, is een voorbeeld van een dergelijk procédé. *Salva reverentia* meen ik dat – althans in Nederland – *niet* op deze wijze mag worden toegeredeneerd naar een billijk resultaat; het geheel op het concrete feitencomplex toegespitste oordeel van de beide andere rechters in die Engelse zaak lijkt mij meer navolgenswaardig.

deerd (p. 224): 'The only conclusion which, it would seem, can legitimately be drawn is that the search for a unified formula ought to be given up. No such formula can be found'.

Een tweede vraag naar aanleiding van de voorbeelden in de wet is deze, of de wetgever niet zou moeten streven naar *meer eenheid in terminologie*, in het bijzonder met betrekking tot concernverhoudingen (235).

Van de geldende Nederlandse wetten werd in hoofdstuk 3 overgestapt naar de *E.E.G.* (voor-)ontwerpen die zullen leiden tot nieuwe wetgeving ook in ons land. Deze ontwikkelingen zijn voor ons onderwerp buitengewoon belangrijk en verdienen grote aandacht. Wat betreft de *concernaansprakelijkheidsvoorschriften*, vervat in de onder 3.1 en 3.2 genoemde ontwerpen, zou nader kunnen worden onderzocht, of een meer geschakeerd stelsel van aansprakelijkheid niet de voorkeur verdient.

9.4. In hoofdstuk 4 is zoveel mogelijk Nederlandse *rechtspraak* vermeld, met toevoeging van enige belangrijke uitspraken van het Europese Hof te Luxemburg. In die laatste is een *duidelijke lijn* te herkennen, in tegenstelling tot de Nederlandse jurisprudentie. Dit is echter niet verwonderlijk, want het mededingingsrecht is evident een gebied waarop economische realiteiten belangrijker zijn dan privaatrechtelijke rechtsfiguren; centraal staat daar het begrip 'onderneming'.

Wat de Nederlandse beslissingen betreft, kan worden geconstateerd, dat 'gesellschafterfreundlicher Durchgriff' nog geen door de Hoge Raad aanvaard verschijnsel is: vide de sub 4.3.4, 4.3.5, 4.5 en 4.7.1 genoemde arresten.

Bij lagere rechters is het wel eens gelukt: zie 4.3.1, 4.3.3, 4.3.6 en 4.4.7.

Vereenzelviging of doorbraak ten nadele van de aandeelhouder of de door deze beheerste vennootschap heeft meermalen plaatsgehad, zij het met uiteenlopende constructies: zie de uitspraken, vermeld onder 4.1, 4.2.2, 4.2.5 (rechtbank), 4.4.4 (misschien), 4.4.8, 4.4.13, 4.6.3., 4.6.4, 4.7.4 en 4.8.1. Het lijkt mij voorbarig, hierin een vaste lijn te ontdekken.

In dit verband zou ik nog willen wijzen op recente rechtspraak van de Hoge Raad, waarin wellicht een toenemende belangstelling

(235) Zie het in *TVVS* 1969 p. 333 weergegeven pleidooi van M. R. Mok voor een algemene definitie in het W.v.K., waarvan ook gebruik zou kunnen worden gemaakt bij de hantering van andere (ook publiekrechtelijke) wetten waarin het concernbegrip een rol speelt. Uiteraard zou Boek 2 B.W. thans een betere plaats zijn dan het W.v.K.

voor de *realiteit* 'achter' een rechtspersoon kan worden onderkend. Zoals Uniken Venema (236) reeds heeft opgemerkt, is in het Wijsmuller arrest van 15 juli 1968 (*N. J.* 1969, 101) bij de uitlegging van een statutaire bepaling invloed toegekend aan het feit, dat de betrokken nv behoorde tot een groep van moeder- en dochtermaatschappijen. In het Frank Liberty arrest van 4 juni 1976 (*R.v.d.W.* 1976, 66) heeft de Hoge Raad het zelfs mogelijk geoordeeld, dat dwars door een orgaan van een rechtspersoon (in casu de vergadering van houders van prioriteitsaandelen) heen wordt gekeken naar gedragingen van degene die in dat orgaan een overwegende beslissingsmacht heeft. Mag onder omstandigheden achter de schermen van een rechtspersoonsorgaan worden gekeken, dan is het slechts een kleine volgende stap om bij gelegenheid ook eens het gordijn van de rechtspersoon zelf opzij te schuiven.

9.5. Het *buitenlands overzicht* in hoofdstuk 5 was bedoeld ter illustratie van de uiteenlopende vragen, waartoe ons onderwerp aanleiding kan geven, en de *verschillende* antwoorden die buitenlandse wetgevers, rechters en schrijvers daarop geven. De situatie verschilt aanmerkelijk van land tot land. Desondanks concludeerden Cohn en Simitis (237): 'There can be little doubt that the doctrine of the lifting of the veil has come to stay'. Het woord 'doctrine' lijkt mij hier minder gelukkig; veeleer is sprake van een serie verschijnselen die *gelijkenis* met elkaar vertonen.

Jammer genoeg ontbraken tijd en gelegenheid om aandacht te besteden aan ons buurland België (238) en diverse andere Westeuropese landen. Ongetwijfeld wordt ook in die landen met soortgelijke vraagstukken geworsteld (239).

Het lijkt geen twijfel, dat de Duitse schrijvers meer en diepgaander belangstelling voor het onderhavige fenomeen hebben getoond dan de schrijvers in andere Europese landen; ook de rechtspraak in de Bondsrepubliek is op dit gebied een rijke bron, hoe men ook denkt over de motivering van sommige beslissingen. Wie in het onder-

(236) Beekhuisbundel, p. 282.

(237) P. 215 onderaan.

(238) In België volgt men o.a. het Franse voorbeeld van uitbreiding van het faillissement tot de 'meester der vennootschap'. Zie daarover W. van Gerven, *Handels- en Economisch Recht*, deel 1 Ondernemingsrecht (1975), p. 164 e.v.

(239) Vgl. voor Zwitserland Cohn & Simitis p. 199-205 en J. M. Grossen in de bundel van Bastid, David c.s., p. 143-156; gegevens over Oostenrijk bij H. H. Löber, zie noot 92.

werp belang stelt, zal dan ook herhaaldelijk bij onze oosterburen te rade moeten gaan (240).

9.6. In de hoofdstukken 6 en 7 is door een Nederlandse bril naar een aantal afzonderlijke vragen gekeken. De verdeling daarvan over twee hoofdstukken berustte op een m.i. wezenlijk *verschil* tussen enerzijds vragen van *vereenzelviging*, anderzijds vragen voortvloeiende uit de regel der *exclusieve aansprakelijkheid*. Bij eerstbedoelde vragen gaat het om de uitlegging en toepassing van (wettelijke of contractuele) regels, die niet specifiek zijn toegesneden op (onzelfstandige) rechtspersonen. Het vraagstuk der doorbraak van aansprakelijkheid ontleent zijn *eigen karakter* – en weerbarstigheid – aan de stringente bepalingen van de artikelen 64 en 175 Boek 2 B.W.

Vereenzelvigingsvragen moeten naar mijn mening worden opgelost met een telkens te vinden – niet met een algemeen recept voor te schrijven – *mengverhouding* van respect voor de rechtspersoonsconstructie en aandacht voor de ratio van de in het concrete geval aan de orde zijnde norm. De eerbied voor de rechtspersoonsconstructie moet niet worden overdreven. Die constructie is ongetwijfeld nuttig en misschien wel een hoeksteen van ons juridisch denken, om met Westbroek te spreken (241). Er zijn echter nog meer hoekstenen aan te wijzen en men zal zich telkens moeten afvragen welke hoeksteen met de minste schade voor het gehele rechtsgebouw kan worden weggeduwd. De regel, dat iedere rechtspersoon een eigen identiteit heeft, is gewichtig maar niet sacrosanct. Het element 'persoon' in de term rechtspersoon zou wel eens de oorzaak kunnen zijn van te antropomorfe voorstellingen; in dit verband moge ik herhalen, dat artikel 4 Boek 2 B.W. misverstand kan wekken indien men de toelichting van Meijers er niet naast legt.

9.7. *Doorbraak van aansprakelijkheid*, in de zin van terzijdestelling van het voorrecht der beperkte aansprakelijkheid, kan naar mijn mening zonder interventie van de wetgever alleen *langs een omweg* worden bereikt, in het bijzonder door hantering van het ruime onrechtmatigheidsbegrip. Die omweg leidt m.i. niet in alle gevallen tot het doel.

Voor degenen, die alleen van 'piercing of the corporate veil' willen

(240) Wat overigens niet meevalt: een boek als dat van Rehbinder telt meer dan 500 pagina's tekst.

(241) Preadvies p. 85.

spreken wanneer het gaat om rechtstreekse doorbraak van aansprakelijkheid, houdt het voorgaande in dat dit verschijnsel in het geldende Nederlandse recht eigenlijk niet bestaat. Een zo beperkte opvatting van het inmiddels internationaal ingeburgerde begrip 'piercing' of 'lifting' sta ik echter niet voor. Het lijkt mij nuttig, de gevallen waarin achter de schermen van rechtspersonen wordt gekeken zoveel mogelijk te blijven opsporen en groeperen, waarbij de uitdrukking 'piercing' of 'lifting the veil' de nuttige functie van noemer of verzamelterm kan vervullen, ook en vooral in het belang van de rechtsvergelijking.

9.8. Door rechtspersonen wordt uit de aard der zaak minder gemakkelijk heen gekeken naarmate zij *zelfstandiger* zijn.

In het voorgaande is doorgaans gedacht aan de vennootschap, waarvan alle aandelen in één hand zijn, hetzij in de hand van een natuurlijk persoon, hetzij in de hand van een rechtspersoon. In het laatste geval zal meestal sprake zijn van een concernstructuur, maar niet altijd: de rechtspersoon/aandeelhouder kan de aandelen uitsluitend als belegging houden, zonder dat tussen de activiteiten van holding en dochter enig functioneel verband bestaat. Omgekeerd kan de natuurlijke persoon, die de enige aandeelhouder is een concernstructuur in het leven roepen door van verscheidene vennootschappen alle aandelen te houden en die vennootschappen op een bepaalde wijze te laten samenwerken in het raam van een centraal beleid.

Het bestaan van een concernstructuur sluit zelfstandigheid van de vennootschap niet uit; de concernleiding kan de directies der dochtermaatschappijen veel vrijheid laten en het is mogelijk dat een dochter structuurvennootschap is, in welk geval de aandeelhoudersinvloed beperkt is. Afwezigheid van een concernverband kan eveneens zowel met zelfstandigheid als met onzelfstandigheid van de vennootschap gepaard gaan; ook hier is de rol, die de aandeelhouder speelt, beslissend voor de mate van zelfstandigheid. Slagter heeft met betrekking tot de bv bovendien terecht gewezen op de invloed die van invoering van een geschillenregeling zal uitgaan (242).

(242) *TVVS* 1976 p. 123: de vereenzelviging (van bv met grootaandeelhouder) maakt daardoor nog meer plaats voor het zelfstandig worden van de vennootschap.

Bij de factoren, die in een concreet geval tegen elkaar moeten worden afgewogen om al dan niet tot het doorboren van de sluier te besluiten, zal aan de vraag naar de mate van zelfstandigheid van de rechtspersoon in kwestie niet voorbij mogen worden gegaan. De door het bestuur der Nederlandse Juristen Vereniging aan de omvang van een preadvies gestelde grenzen zijn helaas al te ver overschreden om dit thema nader uit te werken.

Om dezelfde reden moet ik weerstand bieden aan de verleiding, te onderzoeken in hoeverre de mogelijke evolutie van vennootschapsrecht naar *ondernemingsrecht* (243) invloed kan uitoefenen op de ontwikkeling van ons vraagstuk.

(243) Zie daarover Sanders in de Hijmans van den Bergh bundel (1971) p. 221 e.v. Vgl. ook Schmitthoff, *The Journal of Business Law* 1976 p. 311/312 ('Salomon and the doctrine of enterprise').