

# Toerekening van kennis van groepsvennootschappen

Ondernemingsrecht 2019/60

In de praktijk doet zich vaak de vraag voor of kennis die aanwezig is binnen de ene vennootschap kan worden toegerekend aan een andere vennootschap binnen hetzelfde concern. In dit artikel verkent Branda Katan zowel de dogmatische grondslag als de praktische toepassing van een dergelijke toerekening. Zij concludeert dat het 'Babbel-criterium' (heeft in de gegeven omstandigheden de kennis X in het maatschappelijk verkeer te gelden als kennis van Y?) geschikt is voor het toerekenen van kennis in concernverband. Het daarmee samenhangende organisatiebeginsel schrijft voor dat organisaties hun interne informatiestromen behoorlijk dienen te organiseren. Dit beginsel kan de grondslag vormen voor toerekening binnen een concern, nu een concern tot op zekere hoogte vaak één organisatie vormt. Tegelijkertijd brengt het organisatiebeginsel mee dat toerekening 'omhoog' (van dochter aan moeder) veel eerder gerechtvaardigd is dan toerekening 'naar beneden' of 'opzij'. Alleen de holding kiest er vrijelijk voor om activiteiten die relevant zijn voor haar eigen functioneren, uit te besteden aan andere vennootschappen binnen het concern. De holding heeft de meeste mogelijkheden om de informatie-uitwisseling met die vennootschappen te beheersen. Niettemin is terughoudendheid bij het toerekenen van kennis van dochter aan moeder geboden. Toerekening in andere richtingen ligt minder voor de hand. Indien de betrokken functionaris van de vennootschap echter een concrete aanleiding heeft om te vermoeden dat moeder of zuster beschikt over informatie die voor de vennootschap relevant is, dan kan van hem wel een inspanning worden verlangd om de informatie te bemachtigen. Laat hij die inspanning na, dan kan de vennootschap soms als wetend worden aangemerkt. Altijd moet beschouwd worden hoe de aangesproken vennootschap heeft gefungeerd; haar kan niet het nalaten worden aangerekend van groepsvennootschappen waarover zij geen macht heeft.

## 1. Inleiding

Kan de kennis die aanwezig is binnen de ene vennootschap worden toegerekend aan een andere vennootschap binnen hetzelfde concern?<sup>2</sup> Die vraag doet zich in de praktijk nog-

al eens voor,<sup>3</sup> maar sinds Lennarts (2002) heeft niemand zich er meer aan gewaagd om daar een systematisch antwoord op te vinden.<sup>4</sup> In dit artikel verken ik de problematiek op basis van de denkbeelden die ik heb ontwikkeld bij het onderzoek naar de toerekening van kennis binnen de organisatie van één rechtspersoon.

Volgens mij zijn er in elk geval twee redenen waarom deze vraag regelmatig opkomt. Ten eerste sluit de juridische scheiding tussen rechtspersonen binnen een concern vaak niet aan op de beleving van de mensen die met en namens die rechtspersonen handelen. Het is bepaald geen uitzondering dat werknemers van mijn cliënten en/of van hun wederpartijen slechts een vaag idee hebben over welke vennootschap betrokken is in welke rechtsverhouding. Ten tweede sluit de managementstructuur van concerns niet altijd aan op de vennootschappelijke structuur.<sup>5</sup> Sommige concerns kennen bijvoorbeeld een matrixstructuur, waarbij de *Health & Safety*-afdelingen in verschillende landen rapporteren aan het hoofd *Health & Safety* op het hoofdkantoor in plaats van aan de statutair bestuurder van de vennootschap waarvoor zij werkzaam zijn. Informatie blijft dan niet hangen binnen de enkele lokale vennootschap. Daarnaast komt het natuurlijk veel voor dat diensten waarvan verschillende vennootschappen gebruikmaken, centraal worden geregeld. Denk aan IT-beheer, inkoop en juridisch advies. In dergelijke gevallen is de informatie die de vennootschap nodig heeft om goed te functioneren in handen van andere geledingen binnen het concern. Tot slot is geen uitzondering dat personeel werkzaamheden verricht voor de ene groepsvennootschap terwijl het in dienst is van een andere groepsvennootschap.

Dit artikel geeft in paragraaf 2 en 3 eerst een inkadering van het probleem (in wat voor typen gevallen speelt de vraag naar toerekening van kennis van de ene groepsvennootschap aan de andere?). In paragraaf 4, 5 en 6 onderzoek ik of het dogmatisch verantwoord is om het criterium dat geldt voor de toerekening van kennis binnen één rechtspersoon toe te passen op groepen van vennootschappen. Wie niet geïnteresseerd is in het theoretisch kader, kan direct doorgaan naar de toepassing van de theorie in paragraaf 7 e.v. Daar komen na elkaar aan bod: toerekening 'omhoog' (van dochter aan moeder, paragraaf 7), toerekening 'naar beneden' en 'opzij' (van moeder aan dochter resp. van zuster aan

<sup>1</sup> Branda Katan is advocaat te Amsterdam en fellow van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

<sup>2</sup> Waar dit artikel rept van een 'vennootschap', mag ook 'rechtspersoon' gelezen worden.

<sup>3</sup> Dit baseer ik op mijn ervaring als advocaat en reacties van vakgenoten in de loop der jaren. De kwestie leidt lang niet altijd tot rechterlijke uitspraken waarin daarover een oordeel wordt gegeven.

<sup>4</sup> M.L. Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', in: *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, VdHI deel 69, p. 57-70 en p. 133-136.

<sup>5</sup> In dezelfde lijn constateren Bartman, Dorrestein en Olaerts dat de divisie-structuur van vele concerns veelal geheel losstaat van de vennootschappelijke opbouw van het concern. Zie *Van het Concern* (2016), paragraaf 1.3. Overigens merken zij in paragraaf 1.4.2 op dat concerns ernaar streven om de organisatorische en de juridische structuur zo veel mogelijk te laten samenvallen; dat lijkt mij daarmee in strijd.

zuster, paragraaf 8) en in paragraaf 9 de wijze waarop kennis moet worden toegerekend wanneer het perspectief van de wederpartij een dominante rol speelt in de rechtsverhouding. Daar behandel ik het arrest *Fujitsu/Exel* uit 2012, dat volgens mij een juiste uitkomst heeft, maar een twijfelachtige grondslag. In paragraaf 10 onderzoek ik of de kennis van dochtervennootschap EFM op andere grondslagen had kunnen worden toegerekend aan moeder Exel, mede om te illustreren hoe ingewikkeld en van de feiten afhankelijk de problematiek is. Paragraaf 11 bevat de conclusie.

## 2. Over wat voor soort situaties gaat dit artikel?

De vraag naar toerekening van kennis binnen het concern doet zich doorgaans voor in een situatie met de volgende kenmerken:

- (1) De wederpartij van rechtspersoon A beroept zich op een norm die een rechtsgevolg verbindt aan het bestaan van bepaalde kennis bij A, bijvoorbeeld de *actio pauliana*, de klachtplicht of dwaling.
- (2) A stelt zich op het standpunt dat hij de relevante kennis niet had, en dat het door de wederpartij beoogde rechtsgevolg (vernietigbaarheid, verval van rechten, enz.) niet intreedt.
- (3) De wederpartij kan niet aannemelijk maken of bewijzen dat de betrokken functionaris van A de kennis in kwestie had, maar wel dat (iemand bij) B, een andere rechtspersoon binnen de groep, over die kennis beschikte.
- (4) De wederpartij stelt zich daarom op het standpunt dat de kennis van B aan A moet worden toegerekend.

Binnen het concern kan deze situatie zich voordoen in drie constellaties:

### i. Toerekening omhoog

Een voorbeeld: de moedervernootschap koopt computerapparatuur van een IT-leverancier en krijgt daarbij een fikse korting. Een van de dochtermaatschappijen heeft een servicecontract met dezelfde IT-leverancier. Het hoofd IT bij de dochter heeft uit dien hoofde geregeld contact met de leverancier. Wanneer de moedervernootschap op het punt staat het koopcontract te ondertekenen, weet het hoofd IT van de dochter dat de leverancier serieus overweegt om op korte termijn het eigen faillissement aan te vragen. Dat gebeurt vervolgens. De curator stelt zich op het standpunt dat de korting die aan de moeder is gegund, de gezamenlijke crediteuren heeft benadeeld. Heeft de kennis van het hoofd IT van de dochter te gelden als wetenschap van benadeling bij de moeder?

### ii. Toerekening omlaag

Een voorbeeld:<sup>6</sup> binnen een concern zijn het prijs- en marketingbeleid gecentraliseerd. De moedermaatschappij bepaalt tegen welke prijzen de dochtermaatschappij haar producten moet aanbieden. Achteraf blijkt de moeder, maar niet de dochter, actief te zijn geweest binnen een kartel. Het hanteren van door een kartel opgedreven prijzen kan een onrechtmatige daad zijn van de dochter jegens haar klanten, maar alleen als de dochter wist van het kartel. Onder welke omstandigheden heeft de kennis van de moeder tevens te gelden als die van de dochter?

### iii. Toerekening opzij

Een voorbeeld: een vennootschap ( koper) koopt een pand van een wederpartij (verkoper). De koopovereenkomst bevat geen specifieke garanties over de afwezigheid van asbest, maar wel meer algemene garanties. Schade wegens saneringskosten zou mogelijk op grond van zo'n algemene garantie kunnen worden verhaald. Een Belgische zustermaatschappij van de koper heeft in het verleden een poging gedaan om het pand te kopen en is destijds door de verkoper op de hoogte gebracht van de asbestproblematiek. Na de levering tracht de koper zijn schade te verhalen. Mag de verkoper aan de koper tegenwerpen dat hij erop heeft vertrouwd dat met de Belgische zustervennootschap ook de Nederlandse koper op de hoogte was van de aanwezigheid van asbest, en dat de koper dus begreep dat de algemene garantie niet mede daarop zag?

Alle drie deze situaties komen in dit artikel aan bod. Geval 3 is een zogenoemd 'vertrouwensgeval', dat specifiek aandacht krijgt in paragraaf 9.

## 3. Over wat voor soort situaties gaat dit artikel niet?

In sommige gevallen zal, anders dan in de bovengenoemde voorbeelden, toerekening van kennis al uit de wet volgen. Voor die gevallen is de analyse die ik in dit artikel geef niet zo relevant. In andere gevallen lijkt misschien toerekening te moeten plaatsvinden van de ene groepsvennootschap aan de andere, maar is dat bij nadere beschouwing een 'gewoon' geval van toerekening van kennis binnen één rechtspersoon.

Ten eerste is daar de situatie dat de ene vennootschap optreedt als gevolmachtigde van de ander, al dan niet als passieve vertegenwoordiger (art. 3:60 lid 2 BW) of dat aan die ander de schijn van volmachtverlening kan worden toegerekend (art. 3:61 lid 2 BW). In beide gevallen heeft de kennis van de (pseudo-)gevolmachtigde groepsvennootschap op

<sup>6</sup> Geïnspireerd op Rechtbank Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, *JOR* 2013/129, m.nt. B.M. Katan en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *JOR* 2014/265, m.nt. B.M. Katan en J.S. Kortmann (*ABB/TenneT*).

grond van art. 3:66 lid 2 BW te gelden als die van de (pseudo)principaal.<sup>7</sup>

Het zal ook geregeld voorkomen dat de ene groepsvennootschap de ander inzet als hulppersoon bij de uitvoering van een overeenkomst, zoals het verlenen van klantenservice, het verzorgen van het vervoer van verkochte zaken, enzovoort. De schadetoebrengende gedragingen van een hulppersoon hebben te gelden als de tekortkoming van de schuldenaar zelf (art. 6:76 BW). Daarvoor is niet vereist dat de hulppersoon een ondergeschikte is.<sup>8</sup> Soms zal een nalaten om in te grijpen wanneer een partij bepaalde informatie ter oren komt, een tekortkoming vormen in de nakoming van de overeenkomst.<sup>9</sup> Kennis die (een functionaris van) de hulppersoon-vennootschap bij de uitvoering opdoet, zal bij het vaststellen van een dergelijke tekortkoming worden toegerekend aan de schuldenaar in het kielzog van haar gedragingen.<sup>10</sup> Afzonderlijke toerekening van kennis is in dat geval niet nodig. Of de ene vennootschap optreedt als hulppersoon van de andere vennootschap, is lang niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Ik behandel de toerekening via de band van aansprakelijkheid voor hulppersonen bij de bespreking van het arrest *Fujitsu/Exel* in paragraaf 10. In de literatuur is wel bepleit dat art. 6:76 BW analoog moet worden toegepast op de fase van de totstandkoming van een overeenkomst, bijvoorbeeld op hulppersonen die worden ingeschakeld bij het doen van voorafgaand onderzoek.<sup>11</sup> Dat zou het toepassingsbereik aanzienlijk verbreden.

Sommige gedragingen zijn pas onrechtmatig als ze met bepaalde kennis zijn verricht.<sup>12</sup> Of de ene groepsvennootschap kwalitatief aansprakelijk kan zijn voor een dergelijke onrechtmatige gedraging van een andere groepsvennootschap, is in jurisprudentie en literatuur nog nauwelijks aan de orde gekomen.<sup>13</sup> Een groepsvennootschap is wellicht een niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW. Mogelijk kan een dochtervennootschap in geval van een concrete instructie van de moeder zelfs gelden als ondergeschikte in de zin van art. 6:170 BW. Indien dat zo is, zal bij onrechtmatige daden waarvoor een zekere kennis is vereist, ook de kennis

van de groepsvennootschap in kwestie in het kielzog van de onrechtmatige daad worden toegerekend. Ik laat de vraag naar toepasselijkheid van art. 6:170 en 6:171 BW in dit artikel verder rusten.

Van toerekening van kennis van de ene groepsvennootschap aan de andere is wat mij betreft geen sprake bij gedeelde databases. In veel concerns zal een database draaien op een server van vennootschap A met software waarvoor A licentiehouder is, terwijl werknemers van vennootschap B voor hun dagelijkse werkzaamheden gebruikmaken van die database. De daarin aanwezige informatie beschouw ik niet als kennis van A die moet worden toegerekend aan B, maar gewoon als kennis van B, althans potentiële kennis. Of die informatie te gelden heeft als kennis van B in B's verhouding tot haar wederpartij zal moeten worden bepaald aan de hand van het zogenoemde organisatiebeginsel en de omstandigheden die relevant zijn voor kennistoerekening binnen één rechtspersoon.<sup>14</sup> Dat klinkt wat abstract. In de praktijk zal het neerkomen op beantwoording van de vraag of van de functionaris van B mocht worden verwacht dat die de database raadpleegde, en of van de leiding van B had mogen worden verwacht dat zij de functionaris daartoe in staat stelde.

De kennis van werknemers van een zogenoemde 'personeels-BV' – de concernvennootschap waarbij al het personeel in dienst is, en die het personeel detacheert bij andere groepsvennootschappen<sup>15</sup> – reken ik tot de interne kennis van de vennootschap waar zij hun feitelijke activiteiten verrichten. Dat doe ik ook voor de kennis van zzp'ers en uitzendkrachten die werkzaamheden verrichten die eigen zijn aan de activiteiten van de rechtspersoon.<sup>16</sup> Kennis van dergelijke werknemers is niet primair en zeker niet uitsluitend kennis van de personeels-BV.

'Toerekening van concernwetenschap' vindt evenmin plaats wanneer dezelfde persoon bestuurder is van zowel de rechtspersoon wiens kennis moet worden toegerekend als de rechtspersoon aan wie kennis moet worden toegerekend. In geval van een dergelijke personele unie heeft de kennis van de bestuurder eenvoudigweg te gelden als de kennis van beide rechtspersonen. De kennis van een bestuurder heeft nu eenmaal bijna altijd te gelden als kennis van de door hem bestuurde rechtspersoon.<sup>17</sup> Dan kan hooguit nog de vraag rijzen of de bestuurder die kennis had moeten doorgeven aan de functionaris die met die kennis iets had moeten doen, maar dat speelt binnen één rechtspersoon en is geen kwestie van toerekening van de kennis van de ene groepsvennootschap aan de andere.<sup>18</sup>

7 Vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4909, NJ 2012/390, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fujitsu/Exel*), waarover hierna meer in paragraaf 9.

8 *Asser/Sieburgh* 6-1 2016/349.

9 Vgl. de waarschuwingsplicht van een assurantietussenpersoon, o.a. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, NJ 2003/375 (*Bralsoctant*).

10 Vgl. B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, Serie Onderneming en Recht deel 98, nr. 107.

11 F.H.J. Mijnsen, *Fouten van hulppersonen in contractuele en pre-contractuele verhoudingen*, Alphen aan den Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 50; R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis (lezing Studiekring Offerhaus)*, Deventer: Kluwer 2001, paragraaf 5; A. de Vries-Stotijn, 'Art. 6:76 BW: aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase', *WPNR* 2016/7093, p. 110.

12 Denk aan het onrechtmatig profiteren van wanprestatie, HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760, (*Curaçao/Boyé*), of het wegmaken van vermogensbestanddelen, HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *JOR* 2016/325, m.nt. B.M. Katan (*Resort of the World*).

13 Met uitzondering van L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1993, p. 956-962. Zij zien weinig ruimte voor aansprakelijkheid van de moeder voor de dochter op basis van art. 6:170 of 6:171 BW.

14 Zie het eind van paragraaf 4 hierna en uitgebreid hoofdstuk 9 van mijn dissertatie.

15 Zie daarover *Van het Concern* 2016/V.2. Vgl. de zaak *Comsys* (HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033, NJ 2009/565, waarin alle inkomsten binnenkwamen bij Comsys B.V. en alle kosten werden gedragen door Comsys Services B.V.

16 Zie B.M. Katan, diss. (2017), nr. 9.

17 Zie over de uitzonderingen hierop B.M. Katan, 'Kennis van de bestuurder = kennis van de rechtspersoon, toch?', *Ondernemingsrecht* 2018/22.

18 Zie hierover uitgebreid B.M. Katan, diss. (2017), nr. 510 e.v.

#### 4. Interne en externe kennis

Centraal staat in dit artikel of de kennis van (een functionaris van) de ene groepsvennootschap kan worden toegerekend aan de andere op basis van hetzelfde criterium als de kennis van een functionaris aan de ene vennootschap waarvoor hij werkt. Die vraag is lastig te beantwoorden doordat verschillende criteria gelden voor de toerekening van interne kennis en externe kennis. Interne kennis is kennis die binnen de organisatie van één rechtspersoon aanwezig is. Externe kennis is kennis van personen die niet tot die organisatie behoren. Kennis van groepsvennootschappen toont gelijkenis met beide en past daarom niet gemakkelijk binnen die tweedeling.

Dat voor interne en externe kennis andere criteria gelden, heeft de Hoge Raad geoordeeld in 2005 in het arrest *Ontvanger/Voorsluijs*.<sup>19</sup> De literatuur lijkt deze opvatting breed te aanvaarden.<sup>20</sup> Interne kennis wordt toegerekend aan de hand van het zogenoemde *Babbel*-criterium:<sup>21</sup> bepaald moet worden of de kennis van de functionaris in kwestie “in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden” als kennis van de rechtspersoon. Dat moet worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Een groepsvennootschap is een ander rechtssubject. Zij behoort niet, althans niet zonder meer, tot de organisatie van een andere rechtspersoon binnen de groep. In eerste instantie ligt het daarom voor de hand om de kennis van een groepsvennootschap te zien als externe kennis. Voor de toerekening daarvan is nog geen eenduidig criterium gevonden. De Hoge Raad heeft zich daar niet of nauwelijks over uitgelaten. In 1986 oordeelde de hij dat in hoeverre de wetenschap en de mededelingen van feitelijke aard van een door de wederpartij ingeschakelde externe hulp persoon aan deze kunnen worden toegerekend, “in beginsel afhangt van de omstandigheden van het geval”.<sup>22</sup> Dat geeft in het geheel geen richting. In 2007 hintte de Hoge Raad erop dat hij in het bijzonder de aard en de inhoud van de rechtsverhouding van belang acht tussen degene wiens kennis moet worden toegerekend en degene aan wie moet worden toegerekend.<sup>23</sup> In die zaak werd betoogd dat de kennis van een beheerder van een winkelcomplex moest worden toegerekend aan de eigenaar ervan. Tjittes bepleit dat de kennis van een externe deskundige als regel moet worden toegerekend aan een onderneming. Hij lijkt echter alleen gevallen op het

oog te hebben waar die deskundige rechtstreeks bij betrokken is.<sup>24</sup> Denk aan een makelaar die wordt ingeschakeld voor de aankoop van een bedrijfspand. Tjittes overwegingen gaan niet noodzakelijkerwijs op wanneer de kennis van de makelaar over gebreken in een bepaald pand ook zou worden toegerekend aan de opdrachtgever in het kader van een aankoop waar die makelaar helemaal geen bemoeienis mee heeft gehad.

J.J. Valk leidt uit het eerder genoemde arrest *Ontvanger/Voorsluijs* af dat (i) de aard van de norm in het kader waarvan toerekening van kennis wordt bepleit; en (ii) het gerechtvaardigde perspectief van de wederpartij relevante gezichtspunten zijn bij de toerekening van externe kennis.<sup>25</sup> In die zaak bepleitte de ontvanger aansprakelijkheid van een (particuliere) opdrachtgever op basis van het feit dat diens belastingadviseur zou hebben geweten dat een bepaalde transactie de fiscus zou benadelen. De Hoge Raad oordeelde dat terughoudendheid moest worden betracht bij het toerekenen van dergelijke kennis, te meer als die toerekening wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag. De Hoge Raad wees daarbij op het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden. Volgens de Hoge Raad wordt toerekening van onrechtmatige gedragingen van natuurlijke personen aan een rechtspersoon mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen. Met betrekking tot de – dikwijls niet naar buiten blijvende – verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is dergelijke vereenzelving niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden.<sup>26</sup>

Kijkend naar deze overwegingen is de het vraag of kennis van mede-groepsvennootschappen wel behandeld zou moeten worden als externe kennis, en of het *Babbel*-criterium niet toch geschikt zou zijn voor de beoordeling van casussen zoals genoemd in paragraaf 2 hiervoor. Ik zou menen van wel, mede omdat het strikte onderscheid tussen de toerekening van interne en externe kennis relativisering behoeft – en al helemaal waar het groepsvennootschappen betreft.

Ten eerste geldt het *Babbel*-criterium ook in gevallen waarin het perspectief van de wederpartij irrelevant is of ontbreekt. Dat perspectief is *irrelevant* in veel driepartijenverhoudingen. Om te beoordelen of een bezitter te goeder trouw was ten tijde van zijn verkrijging van een zaak (art. 3:86 BW), doet het er bijvoorbeeld niet toe of de vreemder erop vertrouwde dat de bezitter dacht de zaak

19 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 (*Ontvanger/Voorsluijs*).

20 Intern en externe kennis zijn centrale begrippen bij Tjittes (*Toerekening van kennis*, 2001), J.J. Valk (*WPNR* 2012) en M. Thirij, *Toerekening van interne kennis, Praktische vraagstukken bij toerekening in concernverband*, Weert: Celsus 2016. In mijn dissertatie heb ik niet onderzocht of het onderscheid tussen interne en externe kennis terecht en zinvol is, zie B.M. Katan, diss. (2017), nr. 9.

21 Vernoemd naar het arrest *Kleuterschool Babbel*, HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34.

22 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9345, NJ 1986/638 (*Kuppers/WUH*), r.o. 3.2.

23 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6530, NJ 2007/232 (*Laurus/Vomar*), r.o. 3.4.2.

24 Tjittes, *Toerekening van kennis* (2001), p. 25 e.v.

25 J.J. Valk, ‘Toerekening van externe kennis: twee gezichtspunten’, *WPNR* 2012/6949, p. 765-772.

26 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 (*Ontvanger/Voorsluijs*), r.o. 3.5 en 3.6.

te krijgen van een beschikkingsbevoegde. Het perspectief van de wederpartij *ontbreekt* wanneer de wederpartij zich er niet van bewust is dat een derde kennis draagt die relevant is voor de rechtsverhouding tussen de partijen. Denk aan de voor de wederpartij niet-zichtbare assistent van haar onderhandelingspartner. Observaties zoals deze lijken ten grondslag te liggen aan het bezwaar van *Assink/Babbel*-criterium.<sup>27</sup> Kroeze vindt dat iets ook in het maatschappelijk verkeer kan hebben te gelden wanneer van een externe manifestatie geen sprake is, en dat ben ik met hem eens. Het feit dat de kennisdrager niet een zichtbare functionaris is van de rechtspersoon, hoeft dus niet de doorslag te geven in de keuze voor de wijze van toerekenen.<sup>28</sup>

Bovendien heeft de Hoge Raad het *Babbel*-criterium ook al toegepast op een zelfstandig handelsagent.<sup>29</sup> Zelfstandige handelsagenten treden doorgaans op voor meerdere opdrachtgevers en worden dus niet zomaar met één opdrachtgever vereenzelvigd.

Kortom: de ratio voor de verschillende behandeling van interne en externe kennis gaat in een heel aantal gevallen niet op, terwijl ook dan het *Babbel*-criterium wordt toegepast.

Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat groepsvennootschappen in het maatschappelijke verkeer – terecht of onterecht – tot op zekere hoogte volop met elkaar worden vereenzelvigd. Naar mijn idee leeft ook breed en dikwijls onterecht de veronderstelling dat binnen concerns op grote schaal informatie wordt uitgewisseld.

In mijn proefschrift heb ik betoogd dat in het maatschappelijk verkeer mede de opvatting leeft dat een rechtspersoon de interne communicatie en de opslag en beschikbaarheid van informatie op zodanige wijze moet organiseren dat functionarissen van de rechtspersoon bij de uitoefening van hun taken steeds in voldoende mate beschikken over de informatie die daarvoor relevant is. Dit noem ik het organisatiebeginsel. Daaruit vloeit een zekere informatie-organisatieplicht (hierna kortweg organisatieplicht) voort. Deze opvatting is impliciet te vinden in veel arresten van de Hoge Raad en is wijd verspreid in de literatuur.<sup>30</sup> In hoeverre het organisatiebeginsel in een concreet geval vergt (1) dat een functionaris bepaalde informatie opslaat, doorgeeft of opvraagt; en (2) dat de rechtspersoon maatregelen treft om ervoor te zorgen dat dat gebeurt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In mijn proefschrift behandel ik zestien van die omstandigheden.<sup>31</sup>

Het organisatiebeginsel beperkt zich mogelijk niet tot geïsoleerde rechtspersonen. De organisatie waarin mensen feitelijk werkzaam zijn, valt lang niet altijd samen met één rechtssubject. De organisatie kan bijvoorbeeld meerdere natuurlijke personen binnen één personenvennootschap omvatten of meerdere rechtspersonen binnen eenzelfde concern.

Gezien de bovenstaande overwegingen is er wat mij betreft voldoende aanleiding om te onderzoeken of ook binnen concerns een organisatieplicht moet worden aangenomen en zo ja, hoe ver die reikt.

## 5. Is een concern een organisatie?

Of het terecht is om een concern te beschouwen als één organisatie, hangt mede af van de huidige rechtsopvattingen omtrent concerns. Mij zijn geen algemene beschouwingen bekend over de juridische consequenties van het feit dat binnen een concern informatie op grote schaal wordt gedeeld en uitgewisseld, en evenmin over de onderlinge feitelijke afhankelijkheid van concernvennootschappen. Analyses hebben veelal betrekking op de taak van bestuurders (dienen zij het vennootschappelijk belang of het concernbelang?), jaarrekeningkwesities (bestaat er een groepsadministratieplicht?) en de aansprakelijkheid van de moedervennootschap jegens de schuldeisers van een insolvable dochteronderneming. Niettemin bieden die beschouwingen over deelonderwerpen bieden wel enige inspiratie. Ik ga ze daarom hierna kort langs.

Uitgangspunt is dat de ene concernvennootschap de andere niet van rechtswege vertegenwoordigt en dat de ene concernvennootschap niet aansprakelijk is voor de handelingen van de andere vennootschap.<sup>32</sup> Dit is veelal het motief om bepaalde activiteiten onder te brengen in een afzonderlijke vennootschap: zo kan worden voorkomen dat het mislukken van één project leidt tot de ondergang van de gehele onderneming.<sup>33</sup> Het is tegelijkertijd een groot verschil met individuele rechtspersonen. Die zijn in de regel wel aansprakelijk voor feitelijke handelingen van functionarissen in de uitoefening van hun functie. Dergelijke gedragingen hebben in het maatschappelijk verkeer te gelden als gedragingen van de rechtspersoon. Individuele vennootschappen hebben een bestuur dat hen van rechtswege vertegenwoordigt (art. 2:139/2:249 BW). Hun functionarissen beschikken soms in groten getale over (impliciete) volmachten en zo niet, dan zal de wederpartij al gauw mogen vertrouwen op volmachtverlening op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de vennootschap komen en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigings-

27 W.J. Slagter, B.F. Assink & H. Beckman, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 384.

28 *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/94.

29 In HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576 (Idee 2), r.o. 3.4.3.

30 Zie voor een weergave daarvan B.M. Katan, diss. (2017), nr. 331-339, met verwijzing naar o.a. Scholten, Löwensteyn, Wachter, Lennarts, Tjittes, Castermans, Van Dam en Wissink.

31 De opsomming is te vinden in B.M. Katan, diss. (2017), nr. 410.

32 E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten (bew. door P.J. Dortmond, H. Beckman e.a.), *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 115-116.

33 *Handboek NV/BV* 2013, p. 112; Bartman e.a., *Van het concern* 2016/I.4.4. Bartman e.a. zien dergelijke 'risicokanaliserings' naar mijn mening overigens ten onrechte niet als belangrijk motief.

bevoegdheid kan worden afgeleid.<sup>34</sup> Groepsvennootschap A kan daarentegen groepsvennootschap B in beginsel niet binden, en is niet aansprakelijk voor de schulden van B. Doorbreking wordt doorgaans alleen aangenomen op grond van *eigen* handelingen van A, niet op grond van handelingen van B die aan A worden toegerekend. De bekendste casustypes waarin een groepsvennootschap aansprakelijk wordt geacht, zijn:

- een moedermaatschappij die zich intensief heeft bemoeid met het beleid van de dochter en die zelf weet dat crediteuren van de dochter door moeders handelen of nalaten worden benadeeld of die zelfs concrete toezeggingen aan dergelijke crediteuren heeft gedaan;<sup>35</sup>
- vennootschap B die actief heeft meegewerkt aan het overbrengen van al het vermogen van haar zustermaatschappij A naar haarzelf, onder achterlating van één van de crediteuren van A.<sup>36</sup>

Buiten het aansprakelijkheidsrecht wordt een concern meer als een eenheid benaderd. Zo bestaat voor aandeelhouders van de topholding de mogelijkheid om een enquête te verzoeken waarin ook het beleid bij de dochters wordt onderzocht, de zogenoemde concernenquête. De Hoge Raad stond dit in de *Landis*-beschikking toe onder verwijzing naar de “economische werkelijkheid”.<sup>37</sup>

Die werkelijkheid wordt ook in acht genomen bij herplaatsing van werknemers van een onderneming die deel uitmaakt van een groep zoals bedoeld in art. 2:24b BW. Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, moeten mede arbeidsplaatsen worden betrokken in andere tot de groep behorende ondernemingen.<sup>38</sup> Ook het HvJ EU nam bij zijn oordelen over de overgang van onderneming in de *Albron*-zaak de economische werkelijkheid tot uitgangspunt. Binnen een concern kan de onderneming waar de werknemers weliswaar te werk zijn gesteld, maar waarmee zij niet een arbeidsovereenkomst hebben, worden beschouwd als vreemder in de zin van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>39</sup> De rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst tussen de

Heineken-personeels-BV en de werknemer gingen daarom over op Albron als verkrijger toen Heineken haar cateringactiviteiten aan Albron uitbesteedde.<sup>40</sup> Bij berekening van de duur van het dienstverband bij ontslagzaken wordt soms het totale dienstverband bij verschillende groepsvennootschappen tot uitgangspunt genomen.<sup>41</sup> Met elkaar verbonden rechtspersonen kunnen soms gezien worden als één onderneming in de zin van de WOR.<sup>42</sup>

Of er zoets bestaat als een groepsadministratieplicht, dat wil zeggen een op de holding rustende plicht om in haar administratie inzicht te bieden in de vermogenspositie van haar dochtervennootschappen, is omstreden.<sup>43</sup> Daar kan dus niet zonder meer uit worden afgeleid dat bij de dochters aanwezige informatie ook bij de moeder bekend moet worden geacht – los van het feit dat veel informatie die in een rechtsverhouding met de wederpartij relevant kan zijn, helemaal niet in de boekhouding hoeft te zijn opgenomen. Dat geldt bijvoorbeeld voor kennis over de financiële situatie van een leverancier (voorbeeld i in paragraaf 2) en over aanwezigheid van asbest in een aan te kopen pand (voorbeeld iii in paragraaf 2).

In het insolventierecht wordt het concern maar heel mondjesmaat als economische eenheid behandeld. Geconsolideerde afwikkeling van faillissementen van groepsvennootschappen is alleen onder strenge voorwaarden toegestaan.<sup>44</sup> Ook op internationaal vlak blijven concernvennootschappen strikt gescheiden. De herschikte Insolventieverordening maakt de rechter van het centrum van voornaamste belangen van de topholding nog altijd niet bevoegd om het faillissement van de hele groep uit te spreken en daarvoor één curator aan te stellen. De verordening voorziet alleen in meer coördinatie tussen de faillissementen van de verschillende groepsvennootschappen in verschillende landen.<sup>45</sup>

De faillissementspauliana gaat echter wel uit van een zekere informatie-uitwisseling tussen groepsvennootschappen. De wettelijke vermoedens over wetenschap van benadeling bij onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet in het jaar voor de faillietverklaring dekken nogal wat rechtshandelingen tussen rechtspersonen die qua bestuurders of

34 Vgl. HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK767, NJ 2010/115 (*ING/Bera Holding*) en arresten van na die datum waarin dit criterium wordt herhaald.

35 HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 (*Albada Jelgersma*); HR 18 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1544, NJ 1995/170 (*Securicor*); HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks II*). In zekere zin kan het arrest *Coral/Stalt* hier ook onder worden geschaard, maar dat behandel ik afzonderlijk in paragraaf 7.

36 Bijvoorbeeld HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow/Ontvanger*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1431, JOR 2015/148 (*Van de Winkel e.a./Möbelwerke Lauenau GmbH*). Zie over de misvatting dat *Rainbow/Ontvanger* een arrest is over de toerekening van de kennis (het oogmerk) van de ene groepsvennootschap aan de andere Katan 2017, nr. 518.

37 HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, NJ 2005/127 (*Landis*), r.o. 3.3.4-3.3.5.

38 Art. 9 lid 2 Ontslagregeling (*Strct.* 2015, 12685).

39 HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:625, NJ 2010/576 (*Albron/FNV en Roest*), r.o. 31.

40 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, r.o. 3.10.

41 *Van het Concern 2016/V.2.3*, onder verwijzing naar Ktr. Amsterdam 10 september 1996, Prg. 1996/4666 (*Rabobank Benoorden het IJ/Heimenberg*). Zie over allerlei aspecten van concernwerkgeverschap het preadvies van Beltzer, Laagland en Van den Berg, Reeks VvA 43 (te downloaden via [www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl](http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl)).

42 *Van het Concern 2016/V.4.2*, onder verwijzing naar Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 25 februari 1993, JAR 1993/61 (*Zandbergen*).

43 Zie voor een recent overzicht van rechtspraak en literatuur J. Verstoep, ‘Moet wie administratie zegt ook boekhouding in concernverband zeggen?’, *MvO* 2018-8 & 9, p. 259-266.

44 M.J.E. Geradts & A.E. de Vos, ‘Het Concern en de faillissementsrechter’, paragraaf 24.3, in: Ph.W. Schreurs, E.L. Zetteler, E.J.R. Verwey & R.F. Feenstra, (red.), *De Curator en het Concern* Insolad Jaarboek, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

45 Zie hierover J.R. Berkenbosch & E.J. Schuur, ‘Herstructurering van internationale groepen ondernemingen in het licht van de nieuwe Europese insolventieverordening’, *De Curator en het Concern* Insolad Jaarboek 2017, hoofdstuk 18.

aandeelhouders een zekere overlap vertonen (zie art. 43 lid 1 onder 4 en 5 Fw). Art. 43 lid 1 onder 6 Fw bepaalt dat de rechtshandeling wordt vermoed te zijn verricht met wetenschap van benadeling indien deze is verricht met of jegens een groepsmaatschappij.

Het kartelrecht kent een eigen ondernemingsbegrip dat een heel concern of een tak van een concern kan beslaan. Onderneming in de zin van art. 101 VWEU is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>46</sup> Een vennootschap die (indirect) 100% van de aandelen houdt in de vennootschap die de verboden afspraken maakte of uitvoerde, wordt vermoed beslissende invloed te hebben uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochter.<sup>47</sup> Daardoor is de moedervernootschap doorgaans hoofdelijk aansprakelijk voor het gedrag van de dochter. Als wettelijk plafond voor de boete wordt dan een percentage genomen van de omzet van het gehele concern in plaats van alleen die van de dochtervernootschap. Pogingen om moedervernootschappen op grond van dit mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip ook civielrechtelijk hoofdelijk aansprakelijk te laten verklaren voor de kartelinbreuken van hun dochters strandden tot voor kort en vonden in de Nederlandse literatuur weinig steun.<sup>48</sup> In het baanbrekende *Skanska*-arrest van 14 maart 2019 besliste het HvJ EU echter dat het ondernemingsbegrip van art. 101 VWEU ook geldt voor privaatrechtelijke schadeclaims tegen karteldeelnemers.<sup>49</sup>

Het feit dat de ene concernvennootschap de ander niet zomaar kan binden en in beginsel (buiten schendingen van mededingingsrecht) niet aansprakelijk is voor gedragingen van die ander, is een reden om terughoudend te zijn bij het toerekenen van de kennis van de een aan de ander. Vragen naar toerekening van kennis doen zich immers juist vaak voor in het kader van aansprakelijkheid en gebondenheid aan (rechts)handelingen.

Daar staat tegenover dat Bartman, Dorrestein en Olaerts een gestandaardiseerde, periodieke uitwisseling van gegevens beschouwen als het wezenskenmerk van een concern. Zon-

der dat heeft het volgens hen weinig zin om van een concern te spreken, omdat van een onderneming als economische eenheid dan geen sprake meer is.<sup>50</sup> Uitwisseling van informatie is cruciaal voor toerekening van kennis.

Het bestuur mag<sup>51</sup> of moet<sup>52</sup> bij de uitoefening van zijn taak rekening houden met het concernbelang. De leiding van het concern heeft daarnaast een concernleidingsplicht.<sup>53</sup> Die twee plichten grijpen in elkaar: een centrale leiding kan veelal slechts effectief worden gegeven indien er sprake is van eenheid van strategie en de besturen van dochter moeten rekening houden met die strategie.<sup>54</sup> De concernleidingsplicht kan daarom een plicht meebrengen voor een goede informatievoorziening aan de topholding vanuit de 'lagere' vennootschappen. Binnen een concernstructuur heeft het bestuur van een dochtervernootschap veelal geen vrije keuze in het al dan niet uitbesteden van sommige taken die voor haar bedrijfsuitoefening van belang zijn. Als de concernleiding besluit dat taken zoals het beheer van databases, klantenservice of inkoop geconcentreerd worden in één vennootschap, is die uitbesteding van taken aan een derde niet noodzakelijkerwijs een keuze waarvoor de 'uitbestedende' vennootschap verantwoordelijk kan worden gehouden zoals de schuldenaar verantwoordelijk kan worden gehouden voor de hulppersoon die hij heeft uitgekozen. Dit laatste is vooral van belang bij toerekening omlaag en opzij. Daarover meer in paragraaf 8.

Al met al kan geconcludeerd worden dat de bestaande rechtspraak en literatuur concerns soms beschouwen als economische eenheid, maar tegelijkertijd elke rechtspersoon blijven behandelen als zelfstandig rechtssubject met eigen rechten en plichten. De regels zijn steeds toegespitst op specifieke gevallen; een overkoepelende visie heb ik niet ontdekt. Op die rechtspraak en literatuur kunnen niet rechtstreeks regels over toerekening van de kennis van de ene aan de andere groepsvennootschap worden gebaseerd. Maar de wijze waarop die kennis wordt toegerekend moet daar ook niet mee in strijd komen. De vraag naar toerekening van kennis doet zich immers in allerlei rechtsgebieden voor. In die zin geven zij wel de grenzen aan voor een beoordelingskader voor de toerekening van kennis van de ene groepsvennootschap aan de andere.

46 Zie HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo*), r.o. 54 en 55 en de daar geciteerde jurisprudentie.

47 Zie hierover nader o.m. S. Kennepohl, 'Toerekening kartelinbreuk aan moeder in strijd met onschuldpresumptie', *MP* 2012-04, p. 138-143.

48 Zie Rechtbank Oost-Nederland 16 januari 2013, *JOR* 2013/129, m.nt. Katan, r.o. 4.10 (het hof liet zich in hoger beroep niet uit over deze grondslag, zie ECLI:NL:GHARL:2014:6766, r.o. 3.18) en Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284 (*East West Debt/Kone e.a.*), r.o. 4.7. Zie voor opvattingen in de literatuur de conclusie van A-G Keus voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, *NJ* 2013/155 (*ANVR/IATA*), paragraaf 3.12; S.C.J.J. Kortmann, 'Toerekening van externe (rechts)handelingen aan de rechtspersoon', in: *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, VdHI nr. 114 (2012), p. 76; B.J. Drijber, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2016/124, paragraaf 5.3. Genuanceerder: M.H.C. Sinnighe Damsté & B. Kemp, 'Aansprakelijkheid van aandeelhouders: another view of the cathedral', *Ondernemingsrecht* 2017/117, paragraaf 7.

49 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions c.s.* (C-724/17).

50 *Van het concern* 2016/1.3.

51 Aldus het *Juno*-arrest, HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, *NJ* 2002/94.

52 In feite, aldus Dorrestein e.a., zie *Handboek NV/BV* p. 113 voetnoot 173. Zie ook W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn 'raison d'être'', *WPNR* 2017/7162, p. 645.

53 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/446 (*Ogem*).

54 Zie J.A. Terstegge, 'Mannen en vrouwen van staal', in: *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Timmerman-bundel), Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 99 (2015), paragraaf 30.4, onder verwijzing naar de *Corus*-beschikking van de Ondernemingskamer, Hof Amsterdam 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761.

## 6. Reikt de informatie-organisatieplicht van de rechtspersoon tot over de grens met andere rechtspersonen binnen het concern?

In deze paragraaf onderzoek ik of de organisatieplicht een bruikbaar concept is bij concerns. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, vallen veel organisaties niet een-op-een samen met een bepaalde rechtspersoon. Het lijkt op het eerste gezicht aantrekkelijk om ervan uit te gaan dat niet 'de rechtspersoon', maar 'de organisatie' het subject is van de organisatieplicht.

Tegelijkertijd gaan geschillen waarin de vraag opkomt of bepaalde kennis moet worden toegerekend altijd over de plichten en obliegenheden van een individuele vennootschap. In rechte moet steeds haar handelen en nalaten worden beoordeeld om vast te stellen of zij aansprakelijk is, of zij een overeenkomst kan vernietigen, of haar een bepaald gebod of verbod kan worden opgelegd, enzovoort. Het concern als zodanig is geen partij, want die is geen rechtssubject. 'Kennis van het concern' is wat mij betreft dan ook een onbruikbare term. Wanneer een individuele vennootschap wordt aangesproken, moet steeds beoordeeld worden of informatie elders binnen het concern gebruikt had moeten worden door functionarissen van die individuele vennootschap en of de leiding van die individuele vennootschap het delen van informatie beter had moeten stimuleren. Ik zie in de rechtspraak behandeld in paragraaf 5 geen ruimte voor een 'holistischere' benadering.

Het organisatiebeginsel laat de toerekening van kennis afhangen van wat in een bepaalde situatie verwacht had mogen worden van de organisatie, zowel van (i) de betrokken functionarissen (hadden zij bepaalde informatie moeten opslaan, doorgeven of raadplegen?); als van (ii) de bedrijfsleiding (had die moeten zorgen voor een bepaalde kennisinfrastructuur, processen of interne communicatie?).

De voornaamste ratio voor toerekening van kennis binnen een rechtspersoon ligt in de beheersing van risico's.<sup>55</sup> Degene die het risico creëert dat informatie niet adequaat wordt gebruikt of gedeeld, is ook de aangewezen persoon om maatregelen te nemen om dat risico te beperken. Een ondernemer zoekt zelf zijn vertegenwoordigers en hulppersonen uit en kan invloed uitoefenen op de onderlinge informatie-uitwisseling tussen hen. De ondernemer kiest ook zijn eigen bedrijfsmiddelen en heeft op die manier invloed op hoe gemakkelijk of moeilijk het voor functionarissen is om informatie te delen en op te vragen. Normatiever geformuleerd: als een ondernemer ervoor kiest om bepaalde taken niet zelf te verrichten, maar uit te besteden, mag van hem worden verwacht dat hij ervoor zorgt dat (i) hij zelf toegang houdt; en (ii) de hulppersoon in kwestie toegang krijgt tot alle relevante informatie die vrijkomt bij respec-

tievelijk nodig is voor de uitvoering van die taak. Zo'n taak hoeft lang niet altijd de uitvoering van een overeenkomst te zijn zoals in het klassieke geval van het inschakelen van hulppersonen (art. 6:76 BW), maar kan elk bedrijfsproces betreffen: calculatie van prijzen, marktonderzoek, inspectie van binnenkomende goederen, uitvoering van personeelsbeleid enzovoort. Bij al die taken kan informatie worden verkregen die van belang kan zijn voor rechtsverhoudingen tussen de ondernemer en (potentiële) wederpartijen – en die als kennis aan de ondernemer-rechtspersoon kan worden toegerekend.

Is die uitbesteding niet de eigen keuze van een onderneming en is de onderneming niet bij machte om de verdeling van taken te beheersen, dan bestaat ook geen of in elk geval minder rechtvaardiging om de kennis toe te rekenen die bij die uitbestede taken wordt verkregen. In concernverhoudingen heeft dat implicaties. De concernleiding heeft doorgaans grote zeggenschap over de verdeling van taken binnen het concern. Zij oefent zowel formeel (via benoemingen van bestuurders en instructies in de zin van art. 2:139 lid 4 BW) als materieel (via feitelijke instructies, de inrichting van rapportagelijnen en het vaststellen van budget) grote invloed uit op de dochtervennootschappen. Maar dat geldt andersom niet voor die dochtervennootschappen en ook niet voor dochtervennootschappen onderling.

Om die reden is de redenering die Lennarts in 2002 op het organisatiebeginsel baseerde, mij te ongenueanceerd. Lennarts had kennisgenomen van de in Duitsland aangenomen *Wissensweiterleitungspflicht* en behandelde naar aanleiding daarvan het voorbeeld dat een bestuurder van de moeder tevens tot bestuurder bij de dochter wordt benoemd en bij beide verantwoordelijk is voor de afdeling inkoop. De dubbelrol van de bestuurder brengt volgens Lennarts mee dat kennis die hij uit hoofde van zijn positie bij de dochter verwerft, bijvoorbeeld dat een vertegenwoordiger van een belangrijke leverancier niet langer vertegenwoordigingsbevoegd is, ook aan de moeder kan worden toegerekend. *So far so good*. Lennarts vindt dat van de bestuurder ook kan worden verwacht dat dergelijke belangrijke informatie bij alle inkoopafdelingen in het concern terechtkomt. Ook dat kan ik volgen. Maar Lennarts leidt daaruit af dat zijn kennis ook aan de afdelingen inkoop van de *andere* dochtermaatschappijen kan worden toegerekend.<sup>56</sup> Daar is zij mij kwijt. Want die andere dochtermaatschappijen hebben in elk geval formeel, maar vaak ook materieel geen zeggenschap over het hoofd inkoop van de holding. Zij hebben niet de macht om ervoor te zorgen dat hij zijn informatie met hen deelt. Wanneer zijn kennis aan hen wordt toegerekend, wordt hen impliciet het verwijt gemaakt dat zij er onvoldoende voor hebben gezorgd dat die informatie bij hen terechtkwam, terwijl zij daar geen middelen toe hadden. Zij hebben daaraan geen schuld. Ik zie ook geen grondslag om dergelijk nalaten van een bestuurder van de holding voor risico van de dochter te laten komen: zijn nalaten heeft in het maatschappelijk ver-

55 Zie over de rationes voor toerekening van kennis uitgebreider Katan, diss. (2017), hoofdstuk 4.

56 Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', (2002), p. 66.



keer niet te gelden als het nalaten van de dochter, althans niet zonder meer.<sup>57</sup>

Met deze gedachten in het achterhoofd diep ik de organisatieplicht in concernverhoudingen verder uit.

## 7. Toerekening omhoog: van dochter aan moeder

Zoals hiervoor gememoreerd, oefent de topholding niet zelden formeel en materieel grote invloed uit op dochtervennootschappen lager in het concern. De topholding heeft tot op zekere hoogte zelf in de hand hoeveel informatie met haar wordt gedeeld en welke taken zij uitbesteedt aan andere vennootschappen binnen het concern. Dat geeft enige rechtvaardiging voor een beroep van wederpartijen van de topholding op de kennis die aanwezig was bij dochters, kleindochters enzovoort. Toerekening van kennis van (klein)dochtervennootschappen aan de topholding aan de hand van het organisatiebeginsel is wat mij betreft in beginsel mogelijk. Dat moet echter gebeuren met meer terughoudendheid dan bij de toerekening van kennis van eigen functionarissen aan de rechtspersoon. Het blijven onderscheiden rechtssubjecten met vaak een zekere mate van gescheiden organisaties. Voor tussenholdings ligt toerekening op grond van het organisatiebeginsel minder voor de hand, omdat hun bewegingsvrijheid vaak beperkt wordt door de lagen daarboven. Dit kan per concern en per laag verschillen.

Per concern bestaan grote verschillen in de mate van centrale aansturing en de bestuursautonomie van de verschillende divisies en vennootschappen. Wil men op basis van het organisatiebeginsel kennis van dochtervennootschappen toerekenen, dan moet in acht worden genomen in hoeverre de topvennootschap concreet betrokken was bij de dagelijkse activiteiten van de ondergeschikte vennootschap, of bij de activiteit van de ondergeschikte vennootschap waar de informatie betrekking op heeft.

Een moedermaatschappij is in zekere zin vergelijkbaar met een leidinggevende binnen een rechtspersoon. Leidinggevendens zullen doorgaans juist niet op de hoogte zijn – en kunnen ook niet redelijkerwijs verwacht worden op de hoogte te zijn – van alle details van de zaken waarvoor zij verantwoordelijk zijn: hoe hoger de leidinggevende in de hiërarchie staat en hoe groter de organisatie, des te meer zij slechts op hoofdlijnen zal weten wat er binnen de organisatie gebeurt. Om die reden zal voor de leidinggevende niet altijd voldoende voorzienbaar zijn dat en waar in de organisatie relevante informatie aanwezig is.

Hoe intensiever de bemoeienis van een moedermaatschappij met haar dochter is, hoe meer het natuurlijk voor de hand ligt om de bij de dochter aanwezige kennis toe te re-

kenen aan de moeder. Intensieve bemoeienis speelde een hoofdrol in het arrest *Coral/Stalt*. Dit arrest draaide om selectieve wanbetaling. Een vennootschap beëindigde haar activiteiten en voldeed in het bijzonder één schuldeiser (Coral) niet, terwijl zij haar intercompany-vorderingen wel voldeed. Coral stelde dat moedermaatschappij Stalt zich intensief met de gang van zaken bij de dochter had bemoeid en dat Stalt de hand had in de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van de dochter. Als dit komt vast te staan, aldus de Hoge Raad, dan moeten Stalt en haar dochter ten tijde van de betaling van de intercompany-vorderingen geacht worden over dezelfde gegevens te hebben beschikt en gelijkkelijk in staat te zijn geweest aan de hand daarvan te beoordelen of al dan niet ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat Coral onvoldaan zou blijven.<sup>58</sup>

Lennarts stelt dat hier geen toerekening plaatsvindt van de kennis van de dochter aan de moeder. Indien de moeder zich als quasi-bestuurder heeft gedragen, moet zij op grond van art. 2:10 BW te allen tijde op de hoogte zijn van de vermogenspositie van de dochter.<sup>59</sup> Ik denk niet dat art. 2:10 BW hier nodig is om te verklaren waarom de moeder in staat moest worden geacht te beoordelen of Coral benadeeld zou worden. Als functionarissen van Stalt intensieve bemoeienis hadden met de gang van zaken bij de dochter en de hand hadden in de beëindiging van bedrijfsactiviteiten, dan wordt hun kennis toegerekend aan Stalt. Daar is toerekening van de kennis van (functionarissen bij) de dochtermaatschappij niet voor nodig. Daar rept de Hoge Raad ook niet van; hij oordeelt dat Stalt over *dezelfde gegevens* geacht moet worden te hebben beschikt; kennisneming van die gegevens door functionarissen van Stalt leidt rechtens tot het oordeel dat Stalt die kennis had. Het 'geacht worden' is mijns inziens grotendeels een feitelijke kwestie: als je je intensief bemoeit met een liquidatie, kan het niet anders dan dat je inzicht hebt in (i) welk actief er te verdelen is; (ii) welke schuldeisers er zijn; en (iii) wie feitelijk betaald krijgt. In die zin ben ik het met Lennarts eens dat *Coral/Stalt* geen voorbeeld is van opwaartse toerekening.

Toerekening omhoog zou wel nodig zijn om te kunnen concluderen dat de moedervernootschap in voorbeeld i uit paragraaf 2 wetenschap van benadeling had. In dat voorbeeld had het hoofd IT bij de dochter wel kennis van de penibele financiële situatie van de wederpartij, maar wist hij niet dat een inkoper bij de moeder bezig was een overeenkomst met die wederpartij te sluiten. Om de kennis van het hoofd IT te kunnen laten gelden als wetenschap van benadeling bij de moeder zal – met enige terughoudendheid, zie hiervoor – moeten worden beoordeeld of in een naar behoren functionerend concern de kennis van het hoofd IT bij de dochter zou zijn gedeeld met de afdeling inkoop bij de moeder. Dit komt neer op het beantwoorden van twee vragen:

- 1) Had van de leiding van de moeder mogen worden verwacht dat zij ervoor zou zorgen dat het hoofd IT bij de

57 Zie over de vraag of toerekening van kennis een toerekening is op basis van schuld of van risico Katan 2017 (diss.), paragraaf 9.10.

58 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, r.o. 3.7.

59 Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?', (2002), p. 64.

dochter kennis zoals de onderhavige spontaan zou hebben gedeeld met de afdeling inkoop (door middel van opleiding, bedrijfscultuur enzovoort)?

- 2) Had van de afdeling inkoop van de moeder mogen worden verwacht dat zij kennis zou opvragen of raadplegen die bij de afdeling IT van de dochter aanwezig was?

Indien het antwoord op een van beide vragen een ferm 'ja' is, dan mag de kennis van de dochter worden toegerekend aan de moeder. Omstandigheden en gezichtspunten die van belang zijn om deze vragen te kunnen beantwoorden, kunnen – afhankelijk van de situatie – onder meer zijn:

- in hoeverre deze afdelingen van moeder en dochter in de praktijk met elkaar samenwerkten en hoeveel samenhang daartussen bestond (er is doorgaans meer samenhang tussen inkoop en IT dan bijvoorbeeld tussen catering en IT);
- welke informatie op regelmatige basis door de dochter aan de moeder werd gerapporteerd en welke informatie van de dochters de moeder sowieso nodig had om zelf goed te kunnen functioneren;
- in hoeverre voor de betrokken functionarissen bij de moeder voorzienbaar was dat dochtermaatschappijen in het verleden hadden gehandeld met dezelfde wederpartij;
- de strekking van de norm: bij een onverplichte rechtshandeling is 'behoren te weten' voldoende om de rechtshandeling vernietigbaar te laten zijn; de schuldeiser (hier: de moeder) wordt dus maar beperkt beschermd en dat rechtvaardigt een snellere toerekening;<sup>60</sup>
- de aard van de rechtsverhouding met de wederpartij: het gaat hier niet om een rechtsverhouding waarbij van een contractspartij verwacht mag worden dat hij actief voor de wederpartij relevante informatie vergaart omdat hij bijvoorbeeld een zorgplicht heeft;
- hoeveel tijd verstreek tussen kennisneming bij de dochter en het sluiten van het contract door de moeder (zat daar maar een minuut tussen, dan ligt kennistoerekening minder voor de hand).

Omstandigheden zoals de bovenstaande zullen door de rechter gezamenlijk gewogen moeten worden om uiteindelijk tot een goed gemotiveerd oordeel te komen over de vraag of de moedervennootschap wetenschap van benadeling had.

## 8. Toerekening 'omlaag' en 'opzij'

Dochtervennootschappen hebben formeel (vrijwel) niets, en ook materieel doorgaans maar zeer weinig te zeggen over de activiteiten van de moeder, en dus ook niet over welke informatie functionarissen van de moeder delen met die van de dochter. Datzelfde geldt tussen zustervennootschappen. Redenen die maken dat kennis wordt toegerekend binnen één rechtspersoon of van moeder aan dochter, gaan in die relaties niet zomaar op. Betekent dat dan ook

dat neerwaartse en zijwaartse toerekening van kennis in beginsel niet zijn toegestaan, althans niet op grond van het organisatiebeginsel? Dat gaat mij iets te snel.

Mij dunkt namelijk dat in het maatschappelijk verkeer wel tot op zekere hoogte wordt verwacht dat groepsvennootschappen onderling informatie uitwisselen, ook als zij elkaar daar niet toe kunnen dwingen. Van ondernemingen wordt verwacht dat zij ervoor zorgen dat hun functionarissen en systemen zo goed geïnformeerd mogelijk beslissingen nemen. Het bestuur heeft tot taak om het belang van de vennootschap en de door haar gevoerde onderneming<sup>61</sup> te dienen. Het bevorderen dat informatie die nodig is voor het floreren van die onderneming wordt verzameld en benut, behoort mede tot de taken van het bestuur. Dat houdt mede in dat functionarissen in staat gesteld moeten worden of zelfs moeten worden gestimuleerd om bij groepsvennootschappen aanwezige informatie te verzamelen en te benutten ten behoeve van de vennootschap waarvoor zij werkzaam zijn. Daarvoor is niet altijd zeggenschap nodig; vragen staat vrij. 'Ten behoeve van' die vennootschap kan mede inhouden: ten behoeve van de wederpartijen jegens wie die vennootschap bepaalde verplichtingen heeft. Juist die wederpartijen zullen zich op het standpunt stellen dat de kennis van de moeder- of zustervennootschap bij de vennootschap in kwestie aanwezig had moeten zijn.

Een goed functionerende organisatie (binnen één rechtspersoon) omvat mede goed functionerende functionarissen.<sup>62</sup> Wanneer een functionaris weet dat bij de zustermaatschappij informatie binnen is gekomen die van groot belang is voor zijn eigen activiteiten, mag van hem worden verwacht dat hij moeite doet die informatie te vergaren. Wanneer het bestuur van A weet dat op regelmatige basis bij een moeder- of zustervennootschap informatie binnenkomt die voor de vennootschap relevant is, mag van het bestuur worden verwacht dat het zich inzet voor een regelmatige informatie-uitwisseling tussen beide vennootschappen. Heeft het dat verzuimd en heeft de relevante informatie daarom de betrokken functionaris van A niet bereikt, dan kan dat een reden zijn om A niettemin als wetend aan te merken.

Een interessante vraag is of van het bestuur ook mag worden verwacht dat het zich inzet voor informatie-uitwisseling als op voorhand duidelijk is dat die vooral ten goede zal komen aan de zustermaatschappij. Het bestuur heeft immers geen verantwoordelijkheid voor het vennootschappelijk belang van die zuster. Wellicht brengt het concernbelang dat het bestuur mede heeft te dienen, een plicht mee om voorzienbaar relevante 'eigen' informatie bij groepsmaatschappijen terecht te laten komen. Maar dat rechtvaardigt nog niet toerekening aan de zustermaatschappij die de informatie nodig had, maar niet wist dat die bestond. Haar kan moeilijk de

60 Zie hierover in meer detail Katan, diss. (2017), nr. 212-213.

61 Organisatie, indien de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt ingevoerd.

62 Katan, diss. (2017), nr. 205, 294, 368, 345.

nalatigheid van de ‘wetende vennootschap’ worden aangerekend.

De conclusie is dat toerekening van kennis ‘omlaag’ en ‘opzij’ op basis van het organisatiebeginsel mogelijk is, maar met grote terughoudendheid. Rekening moet worden gehouden met het ontbreken van macht en controle over moeder- en zustervennootschap. In het bijzonder moet voor de functionarissen van de vennootschap aan wie wordt toegerekend, wel voldoende voorzienbaar zijn geweest dat de moeder of zuster relevante informatie ter beschikking had. Het enkele feit dat een moedervernootschap een bepaalde taak centraliseert of aan een andere vennootschap toebedeelt, is daarvoor niet voldoende. Indien de moedervernootschap het hanteren van een bepaalde prijslijst voorschrijft, en de dochtervennootschap heeft onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat die prijslijst gebaseerd is op een kartel (vgl. *TenneT/ABB*<sup>63</sup>), dan heeft de dochtervennootschap ook onvoldoende aanleiding om door te vragen of anderszins onderzoek te doen naar de totstandkoming van die prijslijst. Bij de relatie tussen moeder en dochter speelt ook de hiërarchische relatie mee. Het feit dat zij voor het verloop van hun carrière afhankelijk zijn van de waardering van functionarissen op het niveau van de moeder, zal voor functionarissen van de dochter vaak een extra drempel zijn om door te vragen, en mag dat wat mij betreft ook zijn. Dat is reden te meer voor terughoudendheid bij de toerekening.

Omstandigheden of gezichtspunten die in het bijzonder relevant kunnen zijn voor de vraag of binnen een behoorlijk functionerende organisatie bepaalde informatie elders in het concern zou zijn opgevraagd of met andere onderdelen in het concern zou zijn gedeeld, zijn bijvoorbeeld:<sup>64</sup>

- de voorzienbare relevantie van de informatie;
- de samenhang tussen de activiteiten van de betrokken vennootschappen;
- bezwaarlijkheid van opslag, doorgifte en raadpleging van informatie;
- de presentatie van het concern of bepaalde delen daarvan als eenheid.

Telkens zal bovendien moeten meewegen welk type kennis de toepasselijke norm eist om het rechtsgevolg te laten intreden. Is het voldoende dat de vennootschap iets behoorde te weten, dan kan gemakkelijker worden toegerekend dan wanneer subjectieve kennis is vereist. Dat geldt altijd, niet alleen bij concernvennootschappen.

## 9. Het perspectief van de wederpartij

Het perspectief van de wederpartij is tot nu toe onbelicht gebleven als relevante factor bij het toerekenen van kennis. Dat heeft een reden. In veel situaties waarin de wederpartij

van groepsvennootschap A zich erop beroept dat kennis van groepsvennootschap B aan A moet worden toegerekend, stelt de wederpartij in feite dat zij erop mocht vertrouwen dat bepaalde informatie van B terecht zou komen bij de betrokken functionaris van A. Bijvoorbeeld omdat de wederpartij zich helemaal niet realiseerde dat er sprake was van twee verschillende groepsvennootschappen, of omdat een functionaris van B had gezegd dat hij de informatie zou doorgeven aan de betrokken afdeling, of omdat de wederpartij in het verleden had ervaren dat dergelijke informatie altijd werd uitgewisseld. In dat soort situaties moet feitelijk helemaal niet worden vastgesteld of de kennis van B ‘in het maatschappelijk verkeer’ heeft te gelden als de kennis van A. Er hoeft alleen te worden beoordeeld of deze wederpartij erop mocht vertrouwen dat de informatie in kwestie gedeeld zou worden met de betrokken functionaris van A. Dergelijke gevallen noem ik vertrouwensgevallen.<sup>65</sup> Of het vertrouwen van de wederpartij gerechtvaardigd was, zal deels bepaald worden door de verkeersopvattingen, en daarmee door het organisatiebeginsel. Maar het is daarnaast afhankelijk van de omstandigheden die alleen deze wederpartij betreffen, zoals specifieke verwachtingen die bij haar zijn gewekt, de aard van haar rechtsverhouding met A en haar eigen kennis en deskundigheid.<sup>66</sup>

Geval iii in paragraaf 2 (pand met asbest) is een vertrouwensgeval: de uiteindelijk te beantwoorden vraag is niet of de kennis van de Belgische vennootschap in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als kennis van de Nederlandse vennootschap, maar of de verkoper erop mocht vertrouwen dat de Belgische vennootschap haar kennis over de aanwezigheid van asbest gedeeld had met de Nederlandse vennootschap. Dat zal alleen mogen als daar de verkoper daar een concrete aanleiding toe had. De casus geeft die niet.

De Hoge Raad behandelde *Fujitsu/Exel* ook als een vertrouwensgeval.<sup>67</sup> Ik betwijfel of dat terecht was, hoewel ik met de uitkomst goed kan leven. Op grond van een overeenkomst tussen (een rechtsvoorganger van) Fujitsu en Dutch Air BV verzorgde Dutch Air BV tot medio 2000 de opslag en het vervoer van goederen van Fujitsu. De overeenkomst verplichtte Dutch Air BV ertoe de vrachtbrieven een zekere periode te bewaren.<sup>68</sup> Op enig moment werd Exel Group Holdings (Nederland) BV (hierna: Exel) de rechtsopvolger van Dutch Air BV. Exel was slechts een holding. Haar dochtervennootschap Exel Freight Management (Netherlands) BV (hierna: EFM) verzorgde de feitelijke afhandeling van goederen, althans het fiscale deel daarvan. Functionarissen van Fujitsu hadden doorlopend contact met fiscalisten van EFM, aldus het cassatiemiddel.<sup>69</sup> Op enig moment had Fujitsu oude vrachtbrieven nodig om een naheffingsaanslag van de fiscus af te wenden. Zij schreef daartoe EFM aan. Werk-

63 Zie voetnoot 5.

64 Zie voor een uitgebreide toelichting op de relevantie van de diverse gezichtspunten Katan 2017, paragraaf 9.12 en 9.13.

65 Zie Katan, diss. (2017), paragraaf 5.6.2, in het bijzonder nr. 128.

66 Zie daarover in meer detail Katan, diss. (2017), paragraaf 9.13.

67 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4909, NJ 2012/390.

68 Overigens betwistte Exel dit.

69 4<sup>e</sup> onderdeel van cassatiemiddel 2, weergegeven in NJ 2012/390.

nemers van EFM, die enige tijd ten onrechte aannamen dat EFM contractspartij was, kregen de vrachtbrieven niet boven tafel. Fujitsu trof een schikking met de fiscus en stelde Exel en EFM aansprakelijk voor de schade. Exel stelde dat Fujitsu niet binnen de bewaartermijn *aan Exel* had gevraagd om de vrachtbrieven, zodat Exel ook niet was tekortgeschoten in de nakoming van haar bewaarplicht. Exel zou van de brief van Fujitsu aan EFM ook niet op de hoogte zijn.

Rechtbank en hof wezen de vordering van Fujitsu af, onder meer omdat Fujitsu gemakkelijk in het Handelsregister had kunnen zien wie de rechtsopvolger van Dutch Air BV was, en omdat Exel niets had gedaan om verwarring bij Fujitsu te scheppen over wie de rechtsopvolger was. De Hoge Raad casseerde. Volgens de Hoge Raad had het hof in de kern geoordeeld dat de bekendheid met het verzoek van Fujitsu niet op de voet van art. 3:61 lid 2 BW<sup>70</sup> kon worden toegerekend aan Exel, omdat de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van EFM niet door enig toedoen van Exel was ontstaan. Daarmee had het hof ten onrechte genegeerd dat (zoals de Hoge Raad had uitgemaakt in *Bera Holding*<sup>71</sup>) voor toerekening van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid ook plaats kan zijn ingeval Fujitsu gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de bevoegdheid van EFM om van het verzoek om vrachtbrieven kennis te nemen op grond van feiten en omstandigheden die *voor risico* van Exel komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.

Materieel kan ik goed komen in dat uitgangspunt. Wanneer een schuldenaar onderdeel is van een concern, en hij het een andere groepsvennootschap toestaat om over de uitvoering van de overeenkomst te communiceren met de schuldeiser, zal dit al gauw kunnen worden geïnterpreteerd als een impliciete volmacht om daarmee samenhangende verklaringen in ontvangst te nemen (vgl. art. 3:60 lid 2 BW). Van een dergelijk 'toestaan' was bij Exel geen sprake,<sup>72</sup> maar mij dunkt dat het feit dat Exel de vrachtbrieven door EFM liet bewaren typisch een omstandigheid is die voor risico van Exel komt en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid (conform de formule uit *Bera Holding*).

Wat echter wringt aan het oordeel van de Hoge Raad is dat Fujitsu helemaal niet heeft aangenomen dat EFM bevoegd was om haar contractuele wederpartij Exel te vertegenwoordigen. Fujitsu veronderstelde ten onrechte dat EFM haar contractuele wederpartij was.

Om die reden is *Fujitsu/Exel* in het kader van toerekening van kennis ook geen 'vertrouwensgeval': beoordeeld hoeft niet

te worden of Fujitsu erop mocht vertrouwen dat met EFM ook Exel op de hoogte zou zijn van het verzoek om vrachtbrieven, want Fujitsu vertrouwde daar niet op. Hooguit zou men kunnen stellen dat Fujitsu erop vertrouwde dat met EFM iedereen die binnen de Exel-groep kennis moest nemen van het verzoek, daarvan ook op de hoogte was. Dat is echter wat gekunsteld als Fujitsu daar helemaal niet bij heeft stilgestaan, zoals het geval lijkt te zijn geweest. Annotator Tjong Tjin Tai constateert terecht dat deze casus laat zien dat de verschillende wettelijke regels niet zo goed passen op de ingewikkelde realiteit.

## 10. ***Fujitsu/Exel revisited: aansprakelijkheid voor hulppersonen en het Babel-criterium***

Had de zaak ook met toepassing van andere regels kunnen worden opgelost, indien de stellingen van partijen zich daarvoor geleend hadden?

De eerste oplossing die in gedachten springt, loopt via de aansprakelijkheid voor hulppersonen. Ik acht zonder meer verdedigbaar dat EFM in dit geval opereerde als hulppersoon van Exel bij de uitvoering van de overeenkomst met Fujitsu. Exel was slechts een holding. Het bewaren van vrachtbrieven werd uitgevoerd door EFM.<sup>73</sup> Voor de gedragingen van EFM bij de uitvoering van de overeenkomst is Exel op grond van art. 6:76 BW op gelijke wijze aansprakelijk als voor eigen tekortkomingen.<sup>74</sup> Die aansprakelijkheid geldt mijns inziens ook indien de wederpartij niet doorhad dat zij te maken had met een hulppersoon in plaats van met haar wederpartij. Met andere woorden: het perspectief van de wederpartij is irrelevant voor de aansprakelijkheid van de schuldenaar.

De kennis die de hulppersoon draagt bij het uitvoeren van de overeenkomst, wordt in het kielzog van de gedraging aan de schuldenaar toegerekend, zo zette ik hiervoor al uiteen. Strikt genomen past ook het dekseltje van art. 6:76 BW niet helemaal op het potje van deze casus. De tekortkoming bestaand uit het niet ter beschikking stellen van de vrachtbrieven is immers alléén een tekortkoming als Exel tijdig om die vrachtbrieven is verzocht. Het ongevraagd in ontvangst nemen van een dergelijk verzoek (door EFM) is geen gedraging ter uitvoering van de overeenkomst. Maar door ten eerste de vrachtbrieven te bewaren en ten tweede het verzoek in behandeling te nemen (door te pogen de vrachtbrieven boven water te krijgen) voerde EFM wel de verbintenis van Exel uit. Ik vind het niet zo gek om mét die gedragingen ook EFM's kennis van het verzoek van Fujitsu toe te rekenen aan Exel. Wanneer groepsvennootschappen optreden als hulppersoon van elkaar, kan dat dus leiden tot toerekening van kennis van de ene groepsvennootschap aan de andere.

70 Strikt genomen: in verbinding met art. 3:66 lid 2 BW, dat de toerekening van kennis van de vertegenwoordiger aan de principaal regelt.

71 HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK767, NJ 2010/115.

72 EFM was gedurende de looptijd van het contract (1993-2000) nog niet bij de uitvoering daarvan betrokken. Ten tijde van het verzoek van Fujitsu (2005) 'stond' Exel EFM niets 'toe', omdat Exel van de communicatie niet op de hoogte was.

73 Aldus cassatiemiddel 2 onder 4, weergegeven in NJ 2012/390.

74 De aansprakelijkheid van de principaal voor de hulppersoon is een vorm van toerekening van een tekortkoming, namelijk toerekening op grond van de wet in de zin van art. 6:75 BW; zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2016/346.

De tweede oplossing kan worden gevonden via het *Babel*-criterium. Mogelijk is de uitbesteding van werkzaamheden door Exel een omstandigheid die maakt dat naar verkeersopvattingen de kennis van EFM over het verzoek van Fujitsu in de relatie tussen Fujitsu en Exel heeft te gelden als kennis van Exel. Voor toepassing van het *Babel*-criterium is, anders dan bij art. 3:61 lid 2 BW, geen vertrouwen van de wederpartij vereist.

Ik zou menen dat wanneer een groepsvennootschap ervoor kiest om de uitvoering van een bepaalde plicht onder een overeenkomst uit te besteden aan een andere groepsvennootschap, beide vennootschappen (althans de betrokken afdelingen) met betrekking tot die taak één organisatie kunnen vormen. Datzelfde kan het geval zijn bij de uitbesteding van de voorbereiding van het aangaan van de overeenkomst (doen van onderzoek, voeren van onderhandelingen, bepalen van de prijs). Voor die 'organisatie' geldt dan het organisatiebeginsel. Indien in een behoorlijk functionerende organisatie de kennis over het verzoek van Fujitsu aan EFM tot verstrekking van vrachtbrieven binnen bekwame tijd terecht zou zijn gekomen bij Exel, kan de kennis over dat verzoek dus worden toegerekend aan Exel. Concreter: als Exel ervoor kiest om de taak van het bewaren van de vrachtbrieven over te laten aan EFM, moet zij ervoor zorgen dat (i) functionarissen binnen EFM ervan op de hoogte zijn dat zij mede vrachtbrieven bewaren voor Exel; en (ii) EFM haar kennis over ontwikkelingen met betrekking tot de relatie tussen Exel en de rechthebbenden op de vrachtbrieven doorgeeft aan Exel.

Dit alles is vanzelfsprekend niet meer dan een uitgangspunt. De feiten van de zaak kunnen leiden tot de conclusie dat een dergelijke doorgifte van informatie in het onderhavige geval niet aangewezen was.

## 11. Conclusie

Concerns of onderdelen daarvan vormen ten aanzien van bepaalde activiteiten feitelijk soms één organisatie. Toerekening van kennis aan de hand van het organisatiebeginsel lijkt dan voor de hand te liggen. Indien in een behoorlijk functionerende organisatie de informatie in kwestie terecht zou zijn gekomen bij de vennootschap die naar aanleiding daarvan maatregelen zou hebben moeten nemen, heeft die vennootschap als wetend te gelden.

Toerekening op die basis is echter vooral gerechtvaardigd als de leiding van de vennootschap waaraan wordt toegerekend, er vrijelijk voor heeft gekozen om activiteiten die relevant zijn voor haar eigen functioneren uit te besteden aan andere vennootschappen binnen het concern, of als zij het anderszins in haar macht heeft om de informatiestromen met de vennootschappen in kwestie te beheersen. Dat zal zelden het geval zijn in een andere richting dan 'omhoog'. Toerekening van dochter aan moeder is een reële mogelijkheid – mits de feiten daartoe voldoende aanleiding geven. Dat kan op basis van het organisatiebeginsel, maar soms

ook via de aansprakelijkheid voor hulppersonen. Niettemin is terughoudendheid geboden.

Toerekening van de moeder aan de dochter of van de ene dochter aan de andere ligt minder voor de hand, nu die dochters nauwelijks middelen hebben om het risico te beheersen dat informatie die bij andere vennootschappen aanwezig is, hen niet bereikt. Maar als zij een concrete aanleiding hebben om te vermoeden dat voor hen relevante informatie bij moeder of zuster aanwezig is, kan van hen wel een inspanning worden verlangd om de informatie te bemachtigen. Laten zij die inspanning na, dan kunnen zij soms als wetend worden aangemerkt. Altijd moet beschouwd worden hoe de aangesproken vennootschap heeft gefungeerd; haar kan niet het nalaten worden aangerekend van groepsvennootschappen waarover zij geen macht heeft.

De richtlijnen in dit artikel zullen niet altijd een-op-een toepasbaar zijn op de gevallen die zich in de praktijk voordoen; daarvoor is die praktijk te divers. Hoewel ik niet uitsluit dat toerekening van kennis binnen het concern ook op andere principes zou kunnen worden gebaseerd dan het organisatiebeginsel, meen ik dat de hiervoor gegeven richtlijnen voldoende passen binnen het bestaande denken over concerns.