

ARTIKELEN

Zorgplichten in het concern

J.B. Huizink

1 Inleiding

Zorgplichten zijn 'hot'. Meer en meer wordt in rechterlijke uitspraken geoordeeld dat op een partij een zorgplicht rust. In veel gevallen gaat het niet eens om een zorgplicht *tout court*, maar zelfs om een bijzondere zorgplicht. Schending van die zorgplicht kan leiden tot de verplichting om schade te vergoeden. De rechtspraak laat zien dat de (bijzondere) zorgplicht zowel in contractuele als in buitencontractuele verhoudingen wordt aangenomen. Of dat in alle gevallen op even consistente wijze gebeurt, kan men zich afvragen. Mij bekruipt wel eens het gevoel dat men, door het simpele verwijt dat er sprake zou zijn van schending van een bijzondere zorgplicht, in het schadevergoedingsrecht al met twee-nul achterstaat. Het voelt ook als een zwaar verwijt: schending van de zorgplicht lijkt te impliceren dat degene aan wie het verwijt wordt gemaakt voor zijn verantwoordelijkheid is weggelopen. Het verwijt krijgt een extra lading als die verantwoordelijkheid aangemerkt wordt als een op betrokkene rustende maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Hoe dat verder zij, gelet op de vele terreinen waar zorgplichten worden aangenomen, kan het fenomeen zorgplicht niet langer afgedaan worden als een modegril.¹ Op belangrijke rechtsgebieden als het financiële recht – maar ook elders, denk bijvoorbeeld aan de gezondheidszorg of de kinderopvang – worden contractuele verplichtingen, maar ook de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), steeds vaker in de sleutel van (buitengewone) zorgplichten geplaatst.

In deze bijdrage wil ik onderzoeken in hoeverre het begrip zorgplicht een rol speelt of zou kunnen spelen in concernverhoudingen, binnen groepen van vennootschappen. Daarbij richt ik mij in het bijzonder op de moedermaatschappij of concernholding, omdat vanuit die vennootschap de groep centraal wordt aangestuurd. Waarbij de mate van aansturing overigens sterk van concern tot concern kan verschillen. Een van de klassieke vennootschapsrechtelijke concernvraagstukken in dat verband vloeit voort uit het gegeven dat het concern doorgaans uit juridisch zelfstandige eenheden, veelal naamloze en besloten vennootschappen, is opgebouwd en dat aan die eenheden in beginsel het voorrecht van exclusieve aan-

1 Ik merk op dat de term *zorgplicht* in mijn perceptie een neologisme is. In de elfde, herziene druk van Van Dale (1984) kwam de term niet voor. Misschien is het een uitvloeisel van de weinig vrolijk stemmende ontwikkeling van het woord *zorg* tot noties als: 'hij/zij werkt in de *zorg*' en '*zorg*verzekeraar'. Sindsdien is het er daar niet beter op geworden.

J.B. Huizink

sprakelijkheid² verbonden is. Daardoor kunnen risico's en verliezen van bepaalde concernonderdelen op andere delen van het concern worden afgewenteld. Dat kan leiden tot ondergang van die concernonderdelen, maar tegelijkertijd tot bloei en continuïteit van de rest van het concern. In het vennootschapsrecht roept dit de belangrijke vraag op in hoeverre de moedermaatschappij aansprakelijk kan zijn jegens de crediteuren van in betalingsproblemen verkerende dochtermaatschappijen.³ In het vervolg zullen we zien dat de vraag naar op de moedermaatschappij rustende zorgplicht(en) verder strekt dan deze vennootschapsrechtelijke vraag. Als men al aanneemt dat tegen de achtergrond van het concernverband op de concernholding zorgplichten rusten of zouden moeten rusten, komen vragen in beeld naar het waarom van die zorgplicht en welk belang daarmee wordt gediend. Op welke wijze dient de moedermaatschappij de zorgplichten te vervullen? Wat zijn de gevolgen van schending van de zorgplicht? En uiteindelijk, hoe dient het fenomeen zorgplicht tegen de achtergrond van de daarmee beoogde doelen, als deze al expliciet gemaakt kunnen worden, te worden beoordeeld?

2 Vennootschapsrecht en zorgplicht

Binnen het vennootschappelijke verband – ik heb het over de enkelvoudige vennootschap – lijken zorgplichten van betrekkelijk weinig belang. De betrekkingen tussen bij de vennootschap institutioneel betrokkenen, zoals aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en – zo men wil – werknemers, worden geregeld door allerlei wettelijke en statutaire voorschriften, welke ik elders heb samengevat onder de noemer organisatierecht.⁴ Alles onder de dwingendrechtelijke regel van art. 2:8 BW, inhoudende dat de rechtspersoon en degenen die bij haar organisatie zijn betrokken zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid wordt gevorderd. Daar lijken zorgplichten weinig aan toe te voegen. Vergelijk het artikel van Verdam over de zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon.⁵ Volgens Verdam zou men – in mijn woorden – tegen de achtergrond van de *stewardship*-gedachte wel kunnen spreken van zorgplichten van bestuurders, maar deze zijn zijns inziens – en ik sluit mij daar graag bij aan – ingebed in de verplichting tot behoorlijke taakvervulling van art. 2:9 BW. Ik zou daar de norminstructie van art. 2:140 (250) lid 2 BW, welke niet alleen geldt voor com-

2 Zie mijn *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (2009), par. 3.

3 Voor de leesbaarheid gebruik ik in deze tekst zowel het begrip (ondergeschikte) groepsmaatschappij als dochtermaatschappij voor de concernentiteiten waarover de moedervennootschap of holding centrale leiding uitoefent respectievelijk kan uitoefenen.

4 *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (2009), nr. 3.

5 O&F 2010/af. 2, p. 93 e.v. Verdam gaat verder vooral in op het open karakter van de norm 'behoorlijke taakvervulling' en de invulling daarvan, onder meer aan de hand van *corporate governance codes* en van *guidelines*.

missarissen maar ook voor bestuurders, aan toe willen voegen.⁶ Verdam t.a.p. wijst in dat verband onder meer op de 'zwakke' positie van de rechtspersoon.⁷ Ook in relatie tot derden, leveranciers, afnemers, crediteuren, debiteuren en de maatschappij dienen de vennootschap en degenen die de gang van zaken binnen het vennootschappelijk verband aansturen, waaronder in elk geval de bestuurders en commissarissen en soms ook aandeelhouders die een belangrijke mate van zeggenschap in de vennootschap kunnen uitoefenen, zich te houden aan het van voor hen en de vennootschap geldende geheel van wettelijke en contractuele regels. De maatschappelijke zorgvuldigheid, waarvan schending kan leiden tot schadeplichtigheid uit onrechtmatige daad, speelt daarnaast een belangrijke aanvullende en ook wel disciplinerende rol.⁸ Tegen de achtergrond van het voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid rust op bestuurders, commissarissen en invloedrijke aandeelhouders de verplichting tot zorgvuldig vermogensbeheer.⁹ Ook hier bestaat wat mij betreft nauwelijks of geen behoefte aan op de vennootschap, respectievelijk haar beleidsbepalers op te leggen (bijzondere) zorgplichten. Voor zover op de vennootschap en in het verlengde daarvan op haar bestuurders c.a. al (bijzondere) zorgplichten worden gelegd, lijken die zorgplichten niet gebaseerd op het vennootschapsrecht van Boek 2 BW, maar op de juridische *umwelt* van de vennootschap. Hiervoor noemde ik de financiële markten of de gezondheidszorg. Met vennootschapsrecht heeft dat als zodanig weinig te maken.

3 Minderheidsaandeelhouders

Bartman/Dorresteyn schrijven in hun boek *Van het concern over zorgplichten in concernverhoudingen*. In de eerste plaats met betrekking tot de omgang met minderheidsaandeelhouders, in veel gevallen een weinig benijdenswaardige positie in vennootschappelijk verband.¹⁰ Volgens deze auteurs heeft de Ondernemingskamer een bijzondere zorgplicht op (het bestuur) van de vennootschap gelegd. Zulks ter bescherming van het belang van de minderheidsaandeelhouder. Verwezen wordt naar OK 18 januari 2001, JOR 2001/34 m.nt. Brink (VIBA). Ik laat de desbetreffende overweging volgen:

'3.3. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer moet ernstig rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de Hardamant-constructie alsmede de transactie met betrekking tot het door Hardamant in VIBA gehouden belang, verzoekers als minderheidsaandeelhouders op een onaan-

6 Vgl. *Kamerstukken II* [jaren], 31 763, nr. 2, wetsvoorstel bestuur en toezicht, waar deze norm-instructie ook voor de vennootschapsbestuurders in de wet zal worden opgenomen.

7 Dat laatste gaat lang niet in alle gevallen op. Ik wijs op de bestuurder van een ondergeschikte groepsmaatschappij die zich in belangrijke mate naar het concernbeleid zal moeten voegen, vgl. [auteur], *Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid*, WPNR 6803 (2009) p. 531-533.

8 Zie over de vraag in hoeverre de aansprakelijkheidsmaatstaf van art. 2:9 BW voor bestuurders verschilt van die van art. 6:162 BW Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 14.6.

9 Vgl. *opnieuw Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (2009), nr. 3 en vooral ook hoofdstuk 5.

10 *Van het concern* (2009), p. 120.

J.B. Huizink

vaardbare wijze heeft benadeeld. Gezien de verwevenheid van VIBA met Hardamant en Hardamant Finance draagt zowel de Hardamant-constructie als de hiervoren genoemde transactie naar haar aard het risico van belangenverstremgeling in zich. Waar reeds in het algemeen geldt dat een vennootschap tegenover haar minderheidsaandeelhouders de nodige zorgvuldigheid in acht dient te nemen brengt bedoeld risico in het onderhavige geval met zich dat de vennootschap een verhoogde zorgplicht heeft mogelijke verstremgeling van belangen van de vennootschap met die van een haar controlerend aandeelhouder te voorkomen alsmede – in verband daarmee – dat naar behoren opening van zaken wordt gegeven.’

Of de term zorgplicht in deze beslissing een bijzondere dimensie heeft naast de in acht te nemen ‘nodige zorgvuldigheid’ jegens minderheidsaandeelhouders, is maar de vraag. Lees ik de passage goed, dan verplicht het risico van belangenverstremgeling tot extra zorgvuldigheid. Als zorgplicht niet meer is dan extra zorgvuldigheid, dan heeft de term mijns inziens weinig betekenis.¹¹ Daar komt bij dat de beslissing, als ik het goed zie, niet specifiek op concernverhoudingen ziet. De bedoelde belangenverstremgeling kan zich ook voordoen bij een enkelvoudige vennootschap met een dominante aandeelhouder en één of meer minderheidsaandeelhouders. Is er in dergelijke gevallen dan ineens sprake van een zorgplicht? In OK 17 december 2007, JOR 2008/35 heet het inmiddels ‘bijzondere’ zorgplicht, welke des te zwaarder weegt als de meerderheidsaandeelhouder tevens op de bestuurdersstoel van de vennootschap zit. Ook ‘verhoogde’ zorgplicht ben ik tegengekomen. Een verhoogde bijzondere zorgplicht dus. In OK 7 mei 2008, JOR 2008/195 wordt ten aanzien van de (raad van) commissarissen een link gelegd met de voor de raad geldende norminstructie van art. 2:140 (250) lid 2 BW naar aanleiding waarvan er in *Van het Concern* terecht op gewezen wordt dat het vaak gaat om een belangenafweging tussen enerzijds de vermogenstoestand van de vennootschap en anderzijds het recht van de minderheidsaandeelhouder op een redelijk dividend. Dat we daar de notie zorgplicht, al dan niet verhoogd dan wel bijzonder, niet voor nodig hebben, blijkt uit de onmiddellijk daarna aangehaalde overwegingen uit OK 15 maart 2005, JOR 2005/88 (EMBA). De Ondernemingskamer overweegt uiteindelijk dat de vennootschap met betrekking tot de *dividendpolicy* in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen.

Bartman en Dorresteyn wijzen er op goede gronden op dat de positie van de minderheidsaandeelhouder niet alleen in het geding is als het gaat om uitkering van dividend en noemen onder andere: vennootschappelijke besluitvorming, transacties, *corporate opportunities*, enzovoort. Of we ter bestrijding van ongerechtigheden in dat verband behoefte hebben aan een zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouders, anders dan het betrachten van – alle omstandigheden in aanmerking genomen – de nodige zorgvuldigheid, waag ik te betwijfelen. Niettemin bezigt de Ondernemingskamer in dit soort geschillen vrij consequent de term zorgplicht.

11 Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009 nr. 677, waar gesproken wordt van een ‘bijzondere zorgvuldigheidsverplichting’.

4 Zorgvuldigheidsplicht en zorgplicht

Tegen deze achtergrond is interessant wat het verschil zou zijn tussen zorgvuldigheidsplicht enerzijds en zorgplicht anderzijds. Daar heeft Bartman zich – opnieuw tegen de achtergrond van de positie van minderheidsaandeelhouders – al veel eerder over uitgelaten.¹²

Een zorgplicht in vennootschappelijk verband gaat volgens Bartman verder dan een zorgvuldigheidsplicht. Het zou niet gaan om het enkel betrachten van zorgvuldigheid, maar om een proactievare instelling en preventief optreden verlangen, waarna een vergelijking wordt getrokken met de Angelsaksische *fiduciary duty*. Wat die vergelijking met of misschien zelfs kwalificatie als *fiduciary duty* naar Nederlands recht voor de (schending van) een dergelijke zorgplicht betekent, wordt echter niet aangegeven.

De mijns inziens cruciale vraag is of – ik beperk me gemakshalve tot de bestuurder – schending van een zorgplicht andere juridische gevolgen heeft dan schending van een zorgvuldigheidsplicht. Daarbij kan men denken in termen van aansprakelijkheid of (geldigheid van) besluitvorming, maar ook aan de noties ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ respectievelijk wanbeleid uit het enquêterecht. Bijvoorbeeld in die zin dat schending van een zorgplicht eerder dan schending van een zorgvuldigheidsplicht tot aansprakelijkheid zou leiden, besluitvorming eerder in strijd doet zijn met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:15 lid 1 sub b BW en de weg naar de Ondernemingskamer zou doen vergemakkelijken. Misschien is dat ook wel het geval. Maar dan – als ik het goed zie – toch niet noodzakelijk omdat het aan proactiviteit of aan preventief handelen zou hebben ontbroken. Daarvoor toch zijn er te veel voorbeelden op te noemen van (te) actief bestuurlijk handelen die hebben geleid tot aansprakelijkheid¹³, ongeldige besluitvorming¹⁴ of toewijzing van enquêteverzoeken¹⁵, welke gevolgen achterwege zouden zijn gebleven als het bestuur juist niet zou hebben gehandeld.

In paragraaf 11 kom ik in ander verband terug op een andere, ook wel gemaakte onderscheiding, namelijk die tussen zorgplicht en zorgverplichting.

5 Proactief

Ook ik heb in eerste instantie de neiging om bij zorgplichten te denken aan actief handelend optreden: registreren, waarschuwen, ingrijpen en dergelijke. Wat betekent dat echter in rechte? De vraag of, en zo ja in hoeverre, er een verschil bestaat tussen verbintenissen respectievelijk verplichtingen om te doen en verbintenis-

12 Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht, in: Concernverhoudingen, dl. 69 serie vanwege het Van der Heijden-instituut, Deventer: Kluwer 2002, p. 29 e.v.

13 Denk aan de zogenoemde Beklamel-gevallen, HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286.

14 Bestuursbesluiten zonder de statutair vereiste goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan, art. 2:14 lid 2 BW; vgl. ook in de sfeer van de aansprakelijkheid HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer papierfabriek).

15 Denk aan de op vele onderdelen onbesuisde besluitvorming in OEGEM, HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466.

J.B. Huizink

sen respectievelijk verplichtingen om niet te doen. is een intrigerende, welke voor mij voor het eerst manifest werd bij lezing van de Leidse inaugurele rede van H. Drion. Drion besprak de vraag in verband met aansprakelijkheid voor andermans fouten.¹⁶

Aan Van Andel komt de eer toe de aansprakelijkheid voor nalaten – er bestaat dus kennelijk een verplichting om te doen, om op te treden – voor specifiek het ondernemingsrecht op de juridische kaart te hebben gezet.¹⁷ Daartoe toch vooral geïnspireerd door het preadvies van Van Dam.¹⁸ Onder verwijzing naar Van Dam en andere auteurs schrijft Van Andel – onderkendend dat het onderscheid tussen nalaten en doen niet in alle gevallen even duidelijk is – dat er een grotere terughoudendheid bestaat in het aannemen van aansprakelijkheid voor een nalaten dan in het aannemen van een aansprakelijkheid voor een doen. Verder dat binnen die eerste categorie eerder tot een aansprakelijkheid voor een zogenoemd ‘gewoon’ nalaten kan worden geconcludeerd dan tot een aansprakelijkheid voor ‘zuiver’ nalaten. In het ondernemingsrecht waar dit soort vraagstukken vooral spelen binnen de vennootschappelijke organisatie of binnen de groep van vennootschappen, bestaan er in bijna alle gevallen bijzondere (vennootschapsrechtelijke) relaties tussen de betrokkenen, zoals het aandeelhouderschap, het bestuurslidmaatschap respectievelijk het commissariaat. De vraag die Van Andel stelt is, als ik het goed zie, of die relaties zodanig gekwalificeerd kunnen worden dat sprake is ‘gewoon’ nalaten met de in vergelijking met ‘zuiver’ nalaten daaraan gekoppelde eerder intredende aansprakelijkheid.

In een reactie op van Andels bijdrage relateert J.S. Kortmann¹⁹ niet alleen de betekenis van het onderscheid tussen ‘zuiver’ en ‘gewoon’ nalaten, maar betoogt bovendien dat er in het aansprakelijkheidsrecht maar in zeer beperkte mate een onderscheid wordt gemaakt tussen handelen en nalaten. Kortman analyseert opnieuw het broodbezorgersarrest²⁰ en concludeert dat voor aansprakelijkheid vooral van belang is in hoeverre betrokkene zich – kort gezegd – bewust was van de noodzaak om in te grijpen. Zoals Van Andel in zijn naschrift laat zien, wordt er enigszins langs elkaar geschreven. Ik zou willen opmerken dat men met exegeses van arresten, ook als ze zijn gewezen door de Hoge Raad, terughoudend moet zijn. Natuurlijk is bewustzijn van dreigend onheil een factor van betekenis.²¹ Maar er zijn meer factoren. Bij de beoordeling van aansprakelijkheid in het ondernemingsrecht moeten doorgaans alle omstandigheden van het geval worden

16 H. Drion, *Aansprakelijkheid voor andermans fouten in verband met de inhoud der verplichtingen (inaugurele rede)*, Leiden 1958, Den Haag: Martinus Nijhof 1958.

17 W.J.M. van Andel, *Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2006-2, nr. 16 p. 50 e.v.

18 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten, een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen*, *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, nr. 52.

19 J.S. Kortmann, *Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten*, *Ondernemingsrecht* 2006-10/11, nr. 117, p. 384 e.v. met naschrift van Van Andel, *Ondernemingsrecht* 2006-10/11, nr. 118, p. 388 e.v.

20 HR 22 november 1974, NJ 1975, 149.

21 Ik laat nu maar daar waarom iemand zich al dan niet van iets bewust is: ‘what you see is what you look for’.

betrokken. Tot die omstandigheden kan behoren dat het om een nalaten dan wel om een doen gaat. Waarbij ik toch de neiging heb om bij verwijtbaar nalaten de aansprakelijkheidslat hoger te leggen.

In elk geval zou ik menen dat de door Bartman genoemde proactiviteit niet noodzakelijk gekoppeld is aan verplichtingen tot ingrijpen, doen of handelen, maar eveneens kan nopen tot anticiperend afwachten, stilzitten of gedogen. Het hangt van de omstandigheden van het geval af. Waarmee de notie zorgplicht in elk geval niet noodzakelijk gekoppeld is aan de verplichting tot ingrijpen. In die zin ook Tjin Tjong Tai, die het heeft over een plicht tot *handelen of nalaten* (curs. JBH) ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of een object.²²

6 Concernaansprakelijkheid

In het hoofdstuk over doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen wijden Bartman/Dorresteyn opnieuw een paragraaf aan het onderwerp. Zulks onder de veelzeggende titel: Van zorgvuldigheid naar zorgplicht.²³ Als gezegd, gaat het dan over doorbraak van aansprakelijkheid, waarbij crediteuren van een niet-solvente groepsmaatschappij voor hun vordering verhaal proberen te zoeken bij de moedermaatschappij. Ik laat de auteurs aan het woord:

‘Het niet schenden van de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 BW bij actief optreden van de moedermaatschappij (zoals bij Osby²⁴) is één ding. Het aannemen van een *zorgplicht* in haar verhouding tot de schuldeisers van haar dochter gaat net een stapje verder. Zorgplicht ziet op de bestendige (quasi) *organieke plicht*²⁵ om bij het maken en implementeren van beleidskeuzen het belang van betrokken schuldeisers op een proactieve wijze te betrekken en te wegen. Zorgvuldigheid is een negatieve toets (niet schenden), zorgplicht een positieve toets (nakomen). Zorgvuldigheid hoort bij verwijtbaar actief handelen, zorgplicht bij verwijtbaar nalaten.’²⁶

Uit de daaropvolgende passage blijkt dat hiermee wordt aangehaakt bij Van Dams onderscheid tussen ‘zuiver’ nalaten en ‘gewoon’ nalaten. Ik verwijs naar hetgeen ik in de vorige paragraaf heb opgemerkt. In het vervolg van het betoog blijkt het onderscheid van Van Dam in de zoektocht naar de omstandigheden die in de ogen van Bartman/Dorresteyn het bestaan van een zorgplicht rechtvaardigen – de bijzondere relatie – van weinig betekenis. Illustratief daarvoor is de volgende passage in de paragraaf Evaluatie en vooruitblik. In de loop van de tijd heeft de Hoge Raad volgens de auteurs secuur en zorgvuldig de zwakke plek in de Erba/Osby-leer over de bewijslast van het causaal verband en de wetenschap van benadeling bij de moeder weggenomen:

22 Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

23 Bartman/Dorresteyn, *Van het Concern* (2009), p. 277 e.v.

24 Gedoeld wordt op HR 25 september 1981, NJ 1982, 443.

25 Wat precies een (quasi-)organieke plicht is, laat ik maar in het midden.

26 T.a.p., p. 279.

J.B. Huizink

‘De onrechtmatige daadnorm is in de loop der tijd als het ware “gemanipuleerd” door de creatie van een zorgplicht van de moedermaatschappij die kan voortvloeien uit een bewezen hecht concernverband, waarin zij intensieve beleidsbemoediging heeft gehad met haar dochter. Zit zij vervolgens stil dan kan dat verwijtbaar zijn tegenover de schuldeisers van haar dochter.’²⁷

Het onderscheid tussen ‘zuiver’ nalaten en ‘gewoon’ nalaten voegt hier mijns inziens weinig aan toe.

7 Nogmaals zorgplicht

Volgens art. 7:401 BW moet de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtgever in acht nemen. Men heeft het in dat verband wel over de op de opdrachtnemer rustende zorgplichten. Daar is op zichzelf niets op tegen. Niettemin lijkt door deze terminologie als vanzelf een bijzondere categorie van verplichtingen te ontstaan, de zogenoemde zorgplichten, vaak in opdracht-achtige rechtsbetrekkingen. Ik noem de relaties advocaat/cliënt, accountant/cliënt, notaris/cliënt, arts/cliënt, psychiater/cliënt, enzovoort. Men spreekt in dit verband wel van de gereguleerde beroepen.²⁸ Het voldoen aan, respectievelijk niet in strijd handelen met de zorgplichten is de taakopdracht of de verantwoordelijkheid van de ‘professional’. Ik werk een en ander verder niet uit en noem slechts de voor het accountantsberoep richtinggevende HR-uitspraak inzake *Vie d’Or*.²⁹ De Hoge Raad:

‘5.4.1 Met betrekking tot de vereiste zorgvuldigheid wordt het volgende voorgesteld.

De belangen die met een goede uitoefening van de taak van de externe controlerende accountant zijn gemoeid, zijn niet beperkt tot die van de rechtspersoon om wiens jaarrekening het gaat. In het maatschappelijk verkeer mogen derden verwachten dat de informatie zoals deze door, veelal wettelijk verplichte, openbaarmaking van de jaarrekening en een goedkeurende verklaring naar buiten komt, naar het onafhankelijk en objectief inzicht van de accountant een getrouw beeld geeft van het vermogen, het resultaat en de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming en dat de jaarrekening voldoet aan de vereisten die wet en (Europese) regelgeving stellen en in overeenstemming is met de normen en standaarden die te dier zake in deze beroepsgroep algemeen worden aanvaard. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op die informatie en bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissingen kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet mislei-

27 T.a.p., p. 291.

28 Zie art. 3:15d lid 1 onder e BW, waarover Tjong Tjin Tai, Asser 7-IV, nr. 64. De beroepsuitoefening is afhankelijk gesteld van bepaalde kwalificaties. In zijn dissertatie (2007) spreekt Tjong Tjin Tai nog over institutionele beroepen, vgl. p. 171.

29 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 528 (DeloitteTouche c.s./Vie d’OR).

dend is. Aldus dient deze taakuitoefening van de accountant mede een wezenlijk publiek belang.

Het vorenstaande geldt in het bijzonder waar het gaat om de wettelijke controlerende taak ten aanzien van levensverzekeringsmaatschappijen. Dit betekent dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorg die de externe controlerende accountant naar in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen moet betrachten bij zijn werkzaamheden ten aanzien van de jaarrekening van zo'n maatschappij.'

De notie zorgplichten is echter vooral opgekomen in – wat ik gemakshalve maar zal noemen – gereguleerde omgevingen. In veel gevallen zelfs internationaal – bijvoorbeeld op EU-niveau – gereguleerde omgevingen.³⁰ Vergelijk de referentie in de zojuist aangehaalde overweging uit het *Vie d'Or*-arrest aan vereisten die wet en (Europese) regelgeving stellen en aan de normen en standaarden die te dier zake in de accountancy algemeen worden aanvaard.

Een fraai voorbeeld wordt gevormd door de financiële markten.³¹ De regeling daarvan heeft zijn voorlopige apotheose gekregen in de per 1 januari 2007 ingevoerde Wet op het financieel toezicht. De hoofddoelstelling van deze wet is het goed laten functioneren van de financiële markten en het beschermen van beleggers die zich op die markten begeven. Om allerlei redenen blijken die markten niet adequaat te kunnen functioneren zonder nadere reglementering en toezicht.³² Een belangrijke reden in dat verband is vaak de bescherming van de zwakkere en bevordering van heldere en transparante marktprocessen.³³ De daartoe ingevoerde regelgeving, vaak met een publiekrechtelijk karakter, werkt als het ware door, heeft een zekere reflexwerking op privaatrechtelijke verhoudingen, heeft een zeker civielrechtelijk effect.³⁴ Dat effect kan zich binnen contractuele verhoudingen, maar ook daarbuiten vertalen in de notie zorgplicht. Niet alleen de overheid, respectievelijk de door de overheid ingestelde toezichthouders of *regulators*, dienen zich het belang van onderliggende partijen respectievelijk het functioneren van de markt aan te trekken, maar voor belangrijke spelers op die markten kan evenzeer gelden dat zij in bepaalde aangelegenheden 'hun broeders hoeder

30 Vgl. A.S. Hartkamp, Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht, WPNR 6843 (2010), p. 386/387. Hartkamp wijst op de intensivering van zorgplichten tot bijzondere zorgplichten – onder verwijzing naar HR 5 juni 2009, [nr.], RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia) – in sommige sectoren van het maatschappelijk verkeer, zonder overigens een verband met reglementering te leggen. Volgens Hartkamp is de opkomst van bijzondere zorgplichten niet als een nieuwe vorm van gerechtigheid in het privaatrecht te duiden, maar als een verdere ontwikkeling van het bestaande recht.

31 Zie O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht, NTBR 2010/3, nr. 11, p. 66 e.v. met veel literatuurverwijzingen en andere vindplaatsen.

32 Zie reeds Eisma, De wet op het financieel toezicht: een overzicht, *Ondernemingsrecht* 2007, 2, p. 4/5 en vooral D. Schoenmaker, Doelinden van de Wft, een economische benadering, in: J.B. Huizink en D. Schoenmaker (red.), *Leerboek Wft*, p. 33 e.v.

33 Vgl. Schoenmaker, t.a.p., p. 37.

34 Vgl. de annotatie van Mok onder het hierna te bespreken HR-arrest *Safe Haven*. Zie ook Cherednychenko t.a.p., p. 66.

J.B. Huizink

zijn'.³⁵ Duidelijk komt dit tot uiting in de bekende uitspraak van de Hoge Raad inzake Safe Haven.³⁶ De Hoge Raad overwoog dat het hof terecht had geoordeeld dat de maatschappelijke functie van de bank in die zaak een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. En dan:

‘De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 9 januari 1998, nr. 16 399, NJ 1999, 285). Tot die omstandigheden behoort, naar het hof evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken ter bescherming van de belangen van de beleggers (...).’³⁷

Iets soortgelijks zien we veel recenter bij de uitspraak van de Hoge Raad inzake World Online.³⁸ In zijn beschouwingen over de algemene uitgangspunten voor prospectusaansprakelijkheid bij beursintroductie betreft de Hoge Raad uitdrukkelijk de prospectusrichtlijn en de bescherming welke die richtlijn beleggers beoogt te bieden:

‘Door die bescherming hebben beleggers – zoals nadien is geëxpliciteerd in de considerans van de richtlijnen 2001/34/EG en 2003/71/EG – een groter vertrouwen in de effectenmarkt en wordt de goede werking van de markt verzekerd. Daarom mogen aan de naleving van de richtlijnen en daarop gebaseerde nationale regels strenge eisen worden gesteld.

Het voorgaande geldt met ingang van 1 januari 2007 evenzeer met betrekking tot de voor het prospectus geldende regels ingevolge art. 5:13 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft), in welke wet de nieuwe prospectusrichtlijn 2003/71/EG thans is geïmplementeerd.’

De Hoge Raad heeft dit met name uitgewerkt in de overwegingen over de stelplicht en bewijslast van het *conditio sine qua non*-verband.³⁹

Een interessante vraag is of de privaatrechtelijke zorgplicht samenvalt of misschien zelfs verder kan gaan dan de publiekrechtelijke marktregulering. Ik laat dat verder rusten.⁴⁰

In het voorgaande ligt het antwoord op vragen als ‘op wie rust de zorgplicht?’ en ‘welk belang dient de zorgplicht?’ als het ware besloten. Het antwoord is in

35 Of tegenwoordig: ‘Moet ik soms waken over mijn broeder.’ (Genesis 4:10). Zie ook Nieuwenhuis, De zeven zuilen van het ongeschreven recht, NJB 1999, 45, p. 2133 e.v.

36 HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 m.nt. M.R. Mok.

37 Bij Safe Haven ging het om art. 6:162 BW. De in het citaat opgenomen verwijzing naar HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 m.nt. W.M. Kleijn is interessant, omdat het in die zaak gaat om zorgplicht van de bank welke voortvloeide uit een contractuele verhouding met de cliënt.

38 HR 27 november 2009, JOR 2010/43 m.nt. K. Frielink; Ondernemingsrecht 2010, 21 m.nt. H.M. Vletter-van Dort.

39 Zie r.o. 4.11.1-3.

40 Zie Cherednychenko t.a.p., p. 73 e.v.

belangrijke verbonden met het doel en de ratio van de (publiekrechtelijke) regelgeving in de omgeving waarin de betrokken partijen opereren.⁴¹

8 Intermezzo

Het voorgaande brengt mij bij een interessante beschouwing van Frielink in de Lustrumbundel 2007 van de Vereniging voor Effectenrecht.⁴² Frielink wijst er – voor het effectenrecht – op dat in rechterlijke beslissingen wel erg snel op basis van ongeschreven recht wordt aangenomen dat op aanbieders, bemiddelaars, adviseurs en dergelijke allerlei verplichtingen (in de door Frielink gegeven voorbeelden wordt vaak eveneens van zorgplichten gesproken) worden gelegd. Waarom die verplichtingen zouden bestaan, wordt in veel gevallen nauwelijks uitgelegd of gemotiveerd. Volgens Frielink dienen rechterlijke uitspraken een gedegeen verantwoording te bevatten. Er is immers een onderscheid tussen rechtsvorming en rechtsvinding. Letterlijk:

‘Op de rechter rust dan ook een bijzondere zorgplicht waar het betreft de motivering van zijn uitspraak wanneer hij die (mede) op het ongeschreven recht baseert. Uit een dergelijke uitspraak moet niet alleen de identiteit van de rechtsnorm blijken, maar ook de herkomst en de noodzaak ervan’⁴³

Deze woorden zijn mij uit het hart gegrepen. Niet voor niets wordt in art. 3:12 BW gerefereerd aan algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen⁴⁴ en de maatschappelijke en persoonlijke belangen welke bij het voorliggende geval zijn betrokken. Ik zal dit in het achterhoofd houden bij de nu te bespreken vraag in hoeverre op basis van het vennootschaps- en ondernemingsrecht gesproken kan worden van op de concernholding rustende (bijzondere) zorgplichten.

Wel zou ik ter relativering nog één opmerking willen maken. In het paradigma van Tjong Tjin Tai⁴⁵ moeten zorgplichten als abstracte notie vervolgens geconcretiseerd worden in meer bepaalde zorgverplichtingen. Zoals Tjong Tjin Tai zelf aangeeft, wordt dit onderscheid – zacht uitgedrukt – niet altijd gemaakt. Om die reden moet er mijns inziens niet al te veel belang aan worden gehecht. Uiteindelijk gaat het om (schending) van zorgverplichtingen, die men wat mij betreft best

41 Zie overigens voor een kritische reflectie op deze zorgplicht K.J.O. Jansen, De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, WPNR 2010/6853 p. 623 e.v. Lezenswaardig is in dit verband ook de Rotterdamse bundel in de serie Jonge meesters, Autonomie en paternalisme in het privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

42 K. Frielink, Maakt ongeschreven ook onbemind?, in: Lustrumbundel 2007, Vereniging voor effectenrecht, dl. 95 69 serie vanwege het Van der Heijden-instituut, Deventer: Kluwer 2007, p. 107 e.v.

43 T.a.p., p. 117. Frielink legt in zijn stuk wél uit waar de op de rechter rustende bijzondere zorgplicht op is gebaseerd.

44 Dat laatste mag wat mij betreft iets mondiaal.

45 Dissertatie (2007), p. 97.

J.B. Huizink

zorgplichten mag noemen.⁴⁶ Als maar duidelijk wordt waarom in het voorliggende geval een concrete verplichting tot handelen of nalaten moet worden aangenomen. In de daartoe te bezigen redengeving kan een algemene, abstracte zorgplicht een functie vervullen.

9 Concern

Als er binnen het vennootschappelijk verband geen behoefte bestaat aan het opvoeren van zorgplichten, zie paragraaf 2, rijst de vraag of zulks in concernverband anders ligt. Zoals ik aangaf, kan dat volgens de auteurs van *Van het Concern* ten aanzien van de omgang met minderheidsaandeelhouders en ten aanzien van de te betrachten diligentie ten aanzien van crediteuren van dochtervennootschappen inderdaad het geval zijn. Gelet op de maatschappelijke betekenis van concern ligt een bevestigende beantwoording wellicht in de rede. De holding is, zeker bij grotere, vaak beursgenoteerde concerns, het boegbeeld van de onderneming. Zie ik het goed, dan wordt die boegbeeldfunctie tegenwoordig meer en meer benadrukt. Ik wijs bijvoorbeeld op het volgende door Nutreco Holding N.V. op 24 juni 2010 uitgegeven persbericht dat als volgt begint:

‘With effect of Thursday 1 July 2010 the name Nutreco Holding N.V. will be changed into Nutreco N.V. The main reason for this is the wish to present Nutreco as one company with direct involvement in its animal nutrition and fish feed business. (...)’

Niettemin kent het concern als samenwerkingsverband van de verschillende concernonderdelen, anders dan het vennootschappelijk verband, geen eigen wettelijke en statutaire regeling. Het concern is geen rechtspersoon en wordt als zodanig niet beheerst door bijzondere wettelijke concernrechtelijke regelgeving.⁴⁷ Concernstatuten kennen we evenmin. Het Burgerlijk Wetboek geeft in art. 2:24b een omschrijving van het begrip ‘groep’ zijnde een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen⁴⁸ organisatorisch zijn verbonden. Kenmerkend is verder het element ‘centrale leiding’.^{49,50} De verschillende groepsmaatschappijen kunnen mitsdien niet op dezelfde wijze als aandeelhouders, commissarissen en bestuurders als institutioneel betrokkenen bij het concern worden beschouwd. Hier kan niet – in de woorden van Van Schilfgaarde – van een vennootschapsrechtelijke deelrechtsorde worden gesproken.⁵¹

46 Tjong Tjin Tai geeft aan dat zelf soms ook te doen. T.a.p., p. 98.

47 Vanzelfsprekend wordt in ons op de enkelvoudige vennootschap geschreven vennootschapsrecht wel degelijk rekening gehouden met de omstandigheid dat vennootschappen deel uit kunnen maken van een groter geheel, vgl. *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (2009), nr. 40.

48 Bedoeld wordt personenvennootschappen. Zie Dorresteyn, *Rechtspersonen (losbl.)*, art. 24b, aant. 4.

49 Dorresteyn, *Rechtspersonen (losbl.)*, art. 24b, aant. 3.

50 Zie voor de vraag wat dit betekent voor het leerstuk van de bestuurszelfstandigheid *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (2009), nr. 108.

51 Van Schilfgaarde/Winter, *Van de BV en de NV* (2009), nr. 1.

Maar dat is niet het hele verhaal. Zo bestaan er tussen de verschillende concernonderdelen allerlei rechtspersonenrechtelijke of contractuele betrekkingen. In dat verband kan men denken aan intraconcerntransacties, aan samenwerkingsprotocollen, al dan niet mede ondersteund door statutaire bepalingen bij ondergeschikte groepsmaatschappijen, aan (arbeids)overeenkomsten met directeuren van groepsmaatschappijen, aan methoden van concernfinanciering en dergelijke. Door al die verschillende rechtsbetrekkingen tussen de groepsmaatschappijen worden de economische eenheid, de organisatorische verbondenheid en de centrale leiding nader vorm gegeven.⁵² Misschien nog wel belangrijker is de rechtspersonenrechtelijke rechtsband welke tussen de verschillende concernonderdelen bestaat en meestal gebaseerd is op aandeelhouderschap (direct: moeder-dochter of indirect: moeder-kleindochter), maar verder een grondslag kan vinden in personele unies en ingewikkelder constructies als *joint stock* of verbonden aandelen.⁵³ Hoewel wij, als zojuist opgemerkt, geen uitgewerkt concernrecht kennen, veroorloof ik mij niettemin twee belangrijke constatering:

- In het recht is erkend dat het vennootschapsbelang bij ondergeschikte groepsmaatschappijen in belangrijke mate bepaald wordt door het groepsbelang.
- In het recht is eveneens erkend dat het besturen van een holdingmaatschappij zich uitstrekt tot de groep en dat het daarbij te hanteren richtsnoer het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming holdingoverstijgend is en als het ware een geconsolideerde invulling verkrijgt.

Al eerder heb ik betoogd dat de groepsband de mogelijkheid tot het uitoefenen van centrale leiding op het niveau van de moedervennootschap impliceert en dat dat laatste een zekere verantwoordelijkheid met zich brengt. Ik doel in dat verband op een op de moedermaatschappij rustende verantwoordelijkheid voor het uitoefenen van centrale leiding. Aan die verantwoordelijkheid kan de moedermaatschappij zich mijns inziens niet onttrekken. En net zoals de bestuursverantwoordelijkheid kan omslaan in bestuurdersaansprakelijkheid kan ook de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij omslaan in aansprakelijkheid.⁵⁴ Dat de op de moedermaatschappij rustende verantwoordelijkheid zijn weerslag heeft op de norminstructie van haar bestuurders en commissarissen behoeft geen betoog.

Het voorgaande betekent dat de concernleiding een zekere verantwoordelijkheid draagt voor de gang van zaken binnen de groep, hetgeen aansluit bij de economische benadering van het functioneren van concerns. In die economische benadering is het concern een onderneming waarvan de leiding heeft besloten om haar activiteiten onder te brengen in relatief zelfstandige onderdelen, vaak in de vorm van juridisch zelfstandige entiteiten. De concernleiding bepaalt en wijzigt zo

52 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Hurks).

53 Zie reeds H.J.M.N. Honee, Grensoverschrijdende fusie, in: [auteur], Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen, dl. 39 Van der Heijden-reeks, Deventer: Kluwer 1992.

54 Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (2009), nr. 183 en – al veel eerder – mijn TvI Forumbijdrage, Van lusten en lasten, TvI 2002, p. 309-310.

J.B. Huizink

nodig de samenstelling en de structuur van het concern op basis van het beginsel van economische waardecreatie. Dat beginsel bepaalt eveneens de rol die de afzonderlijke concernonderdelen in het geheel van de bedrijfsactiviteiten van het concern spelen. In dat kader besteedt de concernleiding aandacht aan risicomangement om te voorkomen dat onnodige of onaanvaardbare of te grote risico's worden genomen.

De taken van de concernleiding bestaan uit concernplanning en concerncontrol. Het is aan de concernleiding om invulling te geven aan de manier waarop de planning- en controlcyclus van de verschillende concernonderdelen wordt beïnvloed. Belangrijke noties in dat kader zijn de rentabiliteit, liquiditeit en solvabiliteit van de concernonderdelen. Om het succes van de beïnvloeding op afstand te kunnen bewaken, heeft de concernleiding bestuurlijke informatie nodig, zowel geformaliseerd als niet-geformaliseerd. Dat laatste vooral voor juridische, maar ook voor controledoeleinden. Vergelijk de inmiddels geïnstitutionaliseerde verplichting om extern te rapporteren over de kwaliteit van het risicomangement. Voor een en ander is betrouwbare rapportage een vereiste. Door betrouwbare rapportage behouden de bestuurders van de verschillende concernonderdelen en behoudt de concernleiding de *license to operate*. Behoud van vertrouwen is essentieel. In deze zienswijze is de bestuurder van een concernonderdeel eerder manager dan bestuurder.⁵⁵

Voor de goede orde merk ik op dat een eventueel tekortschieten in de zojuist geschetste verantwoordelijkheid niet automatisch tot aansprakelijkheid leidt. Zonder dit verder uit te werken, zou ik menen dat voor het intreden van aansprakelijkheid van de concernleiding aansluiting gezocht kan worden bij het normstellende arrest Staleman-Van de Ven over bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁶ Voor aansprakelijkheid van de concernleiding lijkt mij ten minste vereist dat de concernleiding van het tekortschieten een ernstig verwijt kan worden gemaakt, waarbij de boordeling of daaraan voldaan is gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval. Waar nog bij komt dat de notie verantwoordelijkheid voor de goede gang van zaken binnen de groep veel minder nauw omlijst en ingevuld is dan de notie behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak in art. 2:9 BW.⁵⁷ Het postuleren van een op de concernleiding rustende concernverantwoordelijkheid behoeft tegen de achtergronden van het geval dus de nodige invulling en concreetisering.

Tot slot wil ik in dit verband nog wijzen op de geruchtmakende Trafigura-zaak. Het betreft een strafzaak in het kader van de Europese Verordening op de Overbrenging van Afvalstoffen (EVOA). In het *Nederlands Juristenblad* stelt een vervolgingsofficier de vraag of je bij de vervolging van een rechtspersoon niet ook het

55 Zie M. Goold and A. Campbell, *Strategies and styles: The Role of the Center in Diversified Corporations*, Oxford: 1987.

56 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

57 'Aansprakelijkheid van de concernleiding': dat kan zijn de holdingmaatschappij, maar ook de bestuurders en/of commissarissen van de holdingmaatschappij, vgl. Rb Utrecht (Ceteco). In de regel zullen tekortkomingen van de bestuurders en commissarissen kunnen worden toegerekend aan de holdingmaatschappij.

strafrechtelijk verleden van andere concernonderdelen moet meewegen,⁵⁸ ook als die dochters in verre buitenland hebben geopereerd. Goede vragen, die alleen maar accentueren dat we nog volop worstelen met concernleiding en concernverantwoordelijkheid.

10 Juridische grondslag

Als we ervan uitgaan dat op de bestuurders en commissarissen van de holdingvennootschap – de concernleiding – een besturende respectievelijk toezichthoudende concernverantwoordelijkheid rust, is een volgende vraag die naar de juridische grondslag van die concernverantwoordelijkheid. Die vraag valt, als ik het goed zie, in verschillende deelvragen uiteen. Tegenover de holdingmaatschappij zelf komt de verantwoordelijkheid voor het concernbeleid tot uitdrukking in art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:149 (259) BW. Aan zorgplichten kom ik, gelet op het hiervoor in paragraaf 2 betoogde, dan wederom niet toe. Moeilijker wordt het wanneer betrokkenen tekort zijn geschoten tegenover ondergeschikte groepsmaatschappijen. Ik denk echter dat ik mij van nader onderzoek op dit punt kan onthouden. In de eerste plaats omdat niet goed denkbaar is dat werkmaatschappijen bestuurders en commissarissen van de holdingmaatschappij aanspreken op tekortkomingen in de concernleiding. De werkmaatschappijen worden immers zelf door die concernleiding aangestuurd. In de tweede plaats omdat bij serieus falen eigenlijk altijd de holding zelf actie zal ondernemen. De holding leidt immers schade wanneer het concernmanagement fouten maakt richting werkmaatschappijen. En dan ben ik weer terug bij af. In de verhouding met de verschillende groepsmaatschappijen zie ik dus evenmin veel ruimte voor zorgplichten.⁵⁹ We zullen hierna zien dat de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij inmiddels wellicht ruimer getrokken moet worden. Zoals bekend gaat ons Nederlandse vennootschapsrecht uit van het stakeholdersmodel waarin de vennootschap meer is dan haar aandeelhouders of – zoals ook wel wordt betoogd – de eigenaren.⁶⁰ De wet geeft zulks, zie paragraaf 2, vorm door middel van de taakopdracht aan de raad van commissarissen: toezicht houden op het bestuur in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, art. 2:140 (250) lid 2 BW. Op gelijke wijze dient het bestuur zijn taak uit te oefenen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In de Nederlandse *corporate governance code* (NCGC) vindt men hetzelfde uitgangspunt terug:

58 Rob de Rijk, *Trafigura en concernrecidive*, NJB 2010, 1399, p. 1755.

59 Volledigheidshalve: de holding zou zelf door haar werkmaatschappijen verweten kunnen worden tekort te zijn geschoten in de concernaansturing. Die vraag wordt juridisch beoordeeld op het niveau aandeelhouder-vennootschap (eventueel het niveau van contractpartijen, vgl. hiervoor), zodat ik opnieuw niet zorgplichten toekom. Ook niet als de grondslag art. 6:162 BW zou zijn, vgl. HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (NOM).

60 Dat de aandeelhouders eigenaar van de onderneming zijn, is juridisch een onhoudbare voorstelling van zaken. Ook economisch heb ik zo mijn twijfels. De overname van ABN-AMRO heeft laten zien dat het belang van de aandeelhouders (als eigenaar van de onderneming) volstrekt niet parallel hoeft te lopen met het belang van de onderneming.

J.B. Huizink

‘Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af.’

Aldus principe II.1 NCGC over taak en werkwijze van het bestuur. Zie ook de Preambule onder 7:

‘De Code gaat uit van het in Nederland gehanteerde uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. De belanghebbenden zijn de groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.’⁶¹

Waarmee ik ben aangekomen bij een belangrijke stap in dit onderzoek naar concernrechtelijke zorgplichten. Juist vanwege de brede functie van of daaruit voortvloeiende norminstructie voor de concernleiding – door het stakeholdersmodel ingegeven en aan dat stakeholdersmodel ook haar juridische legitimatie ontleend – strekt haar verantwoordelijkheid verder dan alleen het aansturen van de verschillende concernonderdelen. De concernleiding zal zich mede moeten laten leiden door en daarmee een zekere verantwoordelijkheid hebben voor de (belangen van de) overige stakeholders. In dat licht kan het denken in termen van op de concernleiding rustende zorgplichten ons inzicht wellicht vergroten.

Ik heb het nu dus over de gevallen waarin de concernleiding – gemakshalve laat ik het onderscheid tussen de holding company enerzijds en haar bestuurders en commissarissen anderzijds verder zitten, zie voetnoot 57 – door derden wordt verweten tekort te zijn geschoten. Die derden kunnen zijn crediteuren van de verschillende groepsmaatschappijen, de in paragraaf 6 besproken concernaansprakelijkheid. Dat is een belangrijke groep waar ik zo dadelijk op terug kom. Maar men kan ook denken aan werknemers⁶² of de kring nog weer ruimer formuleren. De grondslag van mogelijke claims zal dan nagenoeg steeds art. 6:162 BW zijn. Op het eerste gezicht lijkt er niet veel verschil te bestaan tussen de ‘gewone’ externe bestuurdersaansprakelijkheid welke kan intreden als de bestuurders in de uitoefening van hun werkzaamheden fouten begaan waardoor derden schade lijden.⁶³

61 Zie ook principe II.1 en principe III.1 over respectievelijk taak en werkwijze van het bestuur en van de raad van commissarissen.

62 Niet voor niets wordt in het arbeids- en medezeggenschapsrecht nogal eens door de concernstructuur heen gekeken en een rechtstreekse op de moedermaatschappij rustende verantwoordelijkheid aangenomen.

63 Zie mijn bijdrage aan O&F 2009/1, p. 100 e.v.

Het verschil zit echter in de werkzaamheden. Bij de concernleiding gaat het niet om het besturen van de vennootschap, maar om het leiding geven aan het concern. En juist omdat in abstracto moeilijk valt aan te geven wat op dit punt precies van de concernleiding kan worden verwacht, zou de ontwikkeling van zorgplichten mogelijk meer duidelijkheid kunnen scheppen. Een goed en bekend voorbeeld lijkt mij de Hurks-zaak.^{64,65} In die zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de moeder, toen zij had behoren te onderkennen dat de dochter onvoldoende verhaal bood aan haar schuldeisers, gehouden was zich de belangen van de schuldeisers aan te trekken *onder meer door hen te waarschuwen dat zij geen volledige betaling zouden ontvangen dan wel door surseance van betaling aan te vragen*.

De moeder wordt niet verweten dat de dochter in een slechte financiële positie verkeert. Terecht, vanuit het oogpunt van de onbetaalde crediteuren van de dochter, is dat een interne concernaangelegenheid. De moeder wordt evenmin verweten dat zij dochterlief niet herkapitaliseert, waarvoor vanuit het oogpunt van de onbetaalde crediteuren hetzelfde betoogd kan worden. De moeder wordt verweten dat zij zich de belangen van de crediteuren van dochter niet heeft aangetrokken! Dát is de door moeder en haar bestuurder Hurks geschonden norm. Dat is bovendien een wel erg vage norm: onder die en die omstandigheden bent u gehouden zich op straffe van aansprakelijkheid van schade de belangen van crediteuren aan te trekken. Waarom? Eigenlijk niet meer dan omdat u als moedermaatschappij over de feitelijke macht beschikte om bij dochter in te grijpen. Men zou dus eveneens kunnen zeggen dat moeder in de gegeven omstandigheden van haar feitelijke machtspositie gebruik diende te maken.

Zie in dit verband ook de veel recentere Comsys-zaak.⁶⁶ In dat arrest overwoog ons hoogste rechtscollege:

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

64 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Hurks).

65 Andere min of meer klassieke gevallen zijn (in betrekkelijk willekeurige volgorde en andere bestuurlijke *Unfug* latend voor wat het is): 1) onttrekken verhaalsactiva dochtermaatschappijen, HR 8 november 1990, NJ 1992, 174 (Nimox) en HR 28 april 2000, NJ 2000, 411 (Montedison); 2) selectieve betaling, HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727; 3) voortzetting verliesgevende activiteiten, naast Hurks verder o.m. HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma); 4) schijn van kredietwaardigheid, HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 en 5) het niet nakomen van toezeggingen, HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (Securicor).

66 HR 11 september 2009, NJ 2009, 565 m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2009/309 m.nt. I Spinath en TvI 2010, 24 m.nt. M.L. Lennarts.

J.B. Huizink

komstige – schuldeisers van Services aan te trekken. Holding heeft echter te dien aanzien tot mei 2003, toen zij het faillissement van Services heeft aangevraagd, geen enkele maatregel genomen.’

Ook hier weer de overweging dat de moedermaatschappij zich de belangen van de schuldeisers (bestaande en toekomstige!) van haar dochtervennootschap dient aan te trekken. En nu, anders dan een kleine tien jaar geleden bij Hurks, geformuleerd als een bijzondere zorgplicht.

11 Vervolg

De verleiding is groot om nader in te gaan op de feitelijke omstandigheden die ten grondslag lagen aan de twee arresten. Een dergelijke verhandeling zou zich dan moeten toespitsen op twee zaken. In de eerste plaats op de vraag onder welke omstandigheden moeder zich de belangen van crediteuren van haar dochter dient aan te trekken. Dat kan niet alleen in geval van financieel onvermogen het geval zijn. Niet voor niets heb ik aangegeven dat de verantwoordelijkheid van de concernleiding veel breder is, namelijk concernplanning en -controle. Opnieuw moeten we voorzichtig zijn met het in detail interpreteren van het arrest en er niet meer in willen lezen dan er staat. In de tweede plaats is het van belang om verder te onderzoeken of en zo ja in hoeverre intensieve beleidsbemoediging van de concernleiding met de groepsmaatschappijen een voorwaarde is voor de aan de concernleiding te stellen eis om zich de belangen van crediteuren van de groepsmaatschappijen aan te trekken. Enkele van deze vragen zijn in het voorgaande al gedeeltelijk aan de orde geweest.

Veel interessanter in dit verband lijkt mij echter de norm ‘Gij zult U als moeder de belangen van de crediteuren van uw dochter aantrekken’ of ‘Gij zult als moeder van uw macht gebruik moeten maken en ingrijpen bij uw dochter’. Dat die norm open is, blijkt wel uit de omstandigheid dat in het Hurks-arrest twee manieren worden genoemd om aan deze norm te voldoen. Daarmee krijgt deze norm voor mijn gevoel het karakter van een zorgplicht. Hoe je het doet, doet er niet toe, als je je maar op een adequate wijze van je verantwoordelijkheid kwijt. In de Hurks-casus had dat gekund door crediteuren te waarschuwen. Maar ook door surseance van betaling aan te vragen. Er zijn natuurlijk meer alternatieven denkbaar. Als maar voorkomen wordt dat de belangen van de crediteuren van de dochter niet voldoende worden ontzien.⁶⁷ Dat is in de gegeven omstandigheden een ‘zorg’ van de moedermaatschappij en ik heb er geen moeite mee om in dit verband van een concernrechtelijke zorgplicht te spreken. Vergelijk in dit verband Tjong Tjin Tai (diss.) p. 97 e.v. waar de algemene zorgplicht als abstracte norm wordt ingevuld of uiteenvalt in concrete zorgverplichtingen, zoals in casu het waarschuwen of surseance van betaling aanvragen. Vergelijk het slot van paragraaf 8.

67 Wat in dit kader als voldoende beschouwd moet worden, is op zichzelf een aparte verhandeling waard.

In dit verband nog een tussenopmerking. De zojuist omschreven zorgplicht laat zich bezwaarlijk inkleden als een resultaatsverbintenis. Al niet omdat hij niet voldoende geconcretiseerd is, maar het om een algemene open norm gaat. Bovendien wordt het 'resultaat' niet geëxpliciteerd. Wat zou het resultaat van een zorgplicht, zoals in het Hurks-arrest dat moeder zich de belangen van de crediteuren van dochter moet aantrekken, moeten zijn? Dat die crediteuren altijd volledig voldaan dienen te worden? Ik lees het er niet in. Van het met de kapitaalvennootschap gegeven voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid zou in die opvatting weinig meer overblijven.⁶⁸ Soortgelijke gedachten rijzen bij het Comsys-arrest. Volgens TvI-annotator Lennarts zou de zorgplicht in dat laatste arrest inhouden dat de moedervenootschap de tekorten bij de dochter in kwestie diende aan te zuiveren en dat zij daar niet zo maar mee mocht stoppen. Dat lijkt mij nogal wat! Gelukkig maar dat de zaak sterk op de omstandigheden van het geval is toegesneden. Waarmee uiteindelijk het begrip zorgplicht in dit verband toch een minder algemene betekenis lijkt te hebben dan Tjong Tjin Tai er in zijn proefschrift aan toekent.

In paragraaf 7 heb ik proberen aan te geven dat de notie zorgplicht vooral is ontstaan in gereguleerde omgevingen. Zo op het eerste gezicht is daar als we het hebben over zorgplichten in het concern geen sprake van. Het blijft in belangrijke mate bij Boek 2 BW en art. 6:162 BW. En als het gaat om bescherming van crediteuren van de verschillende zelfstandige concernonderdelen, zal het daar voorlopig verder bij blijven. In voetnoot 62 refereerde ik kort aan concerndoorbraak in arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsaangelegenheden. Daar vindt men al meer regelgeving, het arbeidsrecht en het arbeidsomstandighedenrecht enerzijds en de medezeggenschapswetgeving anderzijds.⁶⁹ Concernverantwoordelijkheid zien we op dit moment echter vooral op het algemeen maatschappelijke vlak.

12 Concernrecht en gereguleerde omgeving

Voor ik afsluit met enkele woorden over het zo in opkomst zijnde verantwoord maatschappelijk ondernemen, wil ik kort nagaan in hoeverre – mij daarbij beperkend tot Nederland – er sprake is van een gereguleerde omgeving rond concerns, waarbij ik opmerk dat veel van die regelgeving gericht is tot de onderneming respectievelijk de vennootschap, maar dat in dat verband het in de paragrafen 10 en 11 besprokene, concernvorming aan de betekenis van de regelgeving een extra dimensie kan verlenen.

Veel regelgeving heeft betrekking op de publieke verslaggeving. Ik ga dat niet uitgebreid behandelen, maar wijs op het in de loop der jaren sterk uitgebreide art. 2:391 BW over het jaarverslag. In het eerste lid van die bepaling wordt met betrekking tot die verslaggeving uitdrukkelijk gerefereerd aan 'de omvang en

68 Zie ik het goed, dan is in de zaak World Online, zie voetnoot 38, evenmin een te bereiken resultaat geëxpliciteerd.

69 Louter als voorbeeld: oprekking van het ondernemingsbegrip met het oog op een goede toepassing van art. 25 en art. 26 WOR, HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 m.nt. Ma (Heuga).

J.B. Huizink

complexiteit van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen'. Interessanter nog is het tweede lid, waarin onder meer staat:

'In het jaarverslag worden mededelingen gedaan omtrent de verwachte gang van zaken; daarbij wordt, voor zover gewichtige belangen zich hiertegen niet verzetten, in het bijzonder aandacht besteed aan de investeringen, de financiering en de personeelsbezetting en aan de omstandigheden waarvan de ontwikkeling van de omzet en van de rentabiliteit afhankelijk is. Mededelingen worden gedaan omtrent de werkzaamheden op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Vermeld wordt hoe bijzondere gebeurtenissen waarmee in de jaarrekening geen rekening behoeft te worden gehouden, de verwachtingen hebben beïnvloed (...).'

En lid 3:

'Ten aanzien van het gebruik van financiële instrumenten door de rechtspersoon en voor zover zulks van betekenis is voor de beoordeling van zijn activa, passiva, financiële toestand en resultaat, worden de doelstellingen en het beleid van de rechtspersoon inzake risicobeheer vermeld. Daarbij wordt aandacht besteed aan het beleid inzake de afdekking van risico's verbonden aan alle belangrijke soorten voorgenomen transacties. Voorts wordt aandacht besteed aan de door de rechtspersoon gelopen prijs-, krediet-, liquiditeits- en kasstroomrisico's.'

Deze voorschriften duiden toch duidelijk op belangrijke op de concernleiding rustende verantwoordelijkheden, welke zonder veel moeite kunnen worden ingevuld als zorgplicht in de door Tjing Tjon Tai bedoelde zin. In hoeverre en onder welke omstandigheden deze zorgplicht zich kan vertalen in verplichtingen tot concreet handelen en nalaten – en niet onbelangrijk: ten opzichte van wie? – is een andere vraag. Belangrijker is dat er voor met name beursgenoteerde concerns meer regelgeving bestaat, waaruit het 'concern' van de beleidsmakers kan worden gedestilleerd. Uit de NCGC noem ik als voorbeeld Best Practices II.1.2, II.1.3 en II 1.4. Deze bepalingen geven toch een belangrijke concretisering en invulling aan de verantwoordelijkheden van het bestuur en daarmee de verantwoordelijkheden van de concernleiding. Ook hier zou men van een zorgplicht kunnen spreken.⁷⁰

Ik noem bij wijze van voorbeeld verder de betekenis van *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) op concernniveau⁷¹ en de Code Banken.⁷² Denk ook aan de vele concernrechtelijke bepalingen in de financiële toezichtswetgeving. In het mededingingsrecht kunnen we er ook wat van, getuige de uitspraak van het

70 Vgl. opnieuw Verdam voetnoot 5.

71 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van beleggingsondernemingen B. Bierens, Wat moet er gebeuren en wat kost het? Twee praktische vragen over de uitleg en toepassing van de MiFID-wetgeving naar aanleiding van het handboek Beleggingsondernemingen, *Ondernemingsrecht* 2010/3, nr. 69, p. 319 e.v.

72 Waarover G.T.M.J. Raaijmakers, *Corporate governance 2.0 voor banken en beursondernemingen: meer aandacht voor cultuur en gedrag*, *Ondernemingsrecht* 2010/3, nr. 62, p. 314 e.v.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁷³ waarin, kort samengevat, werd beslist dat het communautaire mededingingsrecht berust op het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid van de economische eenheid die de inbreuk heeft gepleegd. Als de moedermaatschappij deel uitmaakt van die economische eenheid, die uit verschillende rechtspersonen kan bestaan, wordt zij samen met de andere rechtspersonen die deze eenheid vormen hoofdelijk aansprakelijk geacht voor de inbreuken op het mededingingsrecht. Zelfs als de moedermaatschappij niet rechtstreeks deelneemt aan de inbreuk, oefent zij in een dergelijk geval namelijk beslissende invloed uit op haar dochterondernemingen die er wel aan hebben deelgenomen. In die context kan de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dus niet als een aansprakelijkheid zonder schuld worden aangemerkt.

De voorbeelden laten zien dat in het concernrecht niet alleen vennootschappelijke regelgeving maar ook omgevingsregels, vooral in de sfeer van toezicht en marktregulering, de verantwoordelijkheid van de concernleiding nader inkleuren.

13 Maatschappelijk verantwoord ondernemen

De jongste loot in dit geheel wordt gevormd door het toenemend belang van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO), waarbij een grote plaats is ingeruimd voor de bijna tot containerbegrip verworden notie van *sustainability*. Daarbij gaat het, voor zover ik kan overzien, (nog) niet zoals bij concerndoorbraak en de in paragraaf 12 besproken ontwikkelingen om aansprakelijkheid. Niettemin is de aan de concernleiding toegedichte verantwoordelijkheid op het gebied van MVO en *sustainability* onmiskenbaar. En lijkt die verantwoordelijkheid, die 'zorg voor', alleen maar toe te nemen.

Een belangrijke impuls in de Nederlandse literatuur over dit onderwerp is gegeven door Van Dam in zijn Utrechtse oratie over onderneming en mensenrechten.⁷⁴ Naast veel meer gaat Van Dam, in het kader van zorgvuldigheidsnormen voor ondernemingen ter voorkoming van betrokkenheid bij bescherming van mensenrechten, in op de concernverantwoordelijkheid. Een paar observaties:

- Er is een spanningsveld, doordat de concernonderdelen vaak in verschillende jurisdicties opereren. Moet moeder afgerekend worden naar het recht van land X waar zij is gevestigd of naar het recht van land Y waar dochter het sinister heeft bewerkstelligd? Aan deze vraag kan nog een heel cluster van andere, vaak even ingewikkelde internationale en nationale rechtsvragen worden opgehangen.⁷⁵
- Wat is de betekenis van het *corporate governance*-debat en de ontwikkeling van (inter)nationale *governance codes*? Wat is hun civielrechtelijke betekenis

73 HvJ EU 10 september 2009, NJ 2009, 572.

74 Cees van Dam, *Onderneming en mensenrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

75 Zie over een belangrijk facet van dit probleem de bijdrage van Lennarts, *Multinationals en asbestclaims: over forum non conveniens, zorgplichten, 'double standards' en 'soft law'*, in de bundel LT, IVO-reeks nr. 44, Deventer: Kluwer 2003.

J.B. Huizink

en in hoeverre dragen zij bij aan een notie van zorgplicht en de invulling daarvan?⁷⁶

- Er is regelgeving van verschillende signatuur ontstaan, zoals internationale codes voor multinationale ondernemingen (OESO, ILO) en zelfregulering.

Interessant in het kader van deze bijdrage vind ik vooral het gedeelte uit de oratie van Van Dam over de zorgvuldigheidselementen waarvan schending tot aansprakelijkheid kan leiden. Van Dam schildert een en ander in forse lijnen. Bij lezing bekwam mij het gevoel dat zijn *four way test* zekere verwantschap vertoont met de zogenoemde kelderluik-criteria welke Van Andel zijn in voetnoot 17 genoemde bijdrage formuleert voor aansprakelijkheid van de concernleiding in doorbraaksituaties naar Nederlands recht.

Van nog meer belang zijn mijns inziens de ruw uitgewerkte schetsen in de oratie⁷⁷ over door moedermaatschappijen te betrachten zorgvuldigheid ten aanzien van dochtermaatschappijen. Onder aanhaling van internationale literatuur en rapporten wijst Van Dam erop dat – ook in concernverband – het denken in aparte rechtspersonen tegen de achtergrond van de steeds verdergaande globalisering een achterhaald concept zou zijn. Ik denk dat Van Dam daar een punt heeft. Waar de groep louter nationaal optreedt en het concern dus alleen een nationale dimensie heeft, kan in veel gevallen hetzelfde betoogd worden. Dat lijkt mij onder meer samen te hangen met de publieke *exposure*⁷⁸ van het groepsverband, maar uiteindelijk toch ook met juridische noties als groepsverband en consolidatie in het jaarrekeningenrecht. Hetgeen Van Dam betoogt in het kader van mensenrechten is – niettegenstaande het mijns inziens soms speculatieve karakter van de beschouwingen – het waard in breder perspectief te worden bestudeerd. Of beter nog: te vertalen in juridisch handwerk.⁷⁹

Opmerkelijk is wel dat in de sfeer van mensenrechten en dergelijke de publieke moraal aanmerkelijk eerder geneigd is zorgplichten van de moeder aan te nemen dan bij platte geldkwesties zoals in de Hurks-zaak. Dat heeft opnieuw te maken met *exposure*, welke de concernleiding vaak zelf opzoekt. Vergelijk het in paragraaf 9 aangehaalde persbericht van Nutreco. Het heeft, denk ik, ook te maken met de betrekkelijke obscuriteit waarin aansprakelijkheidskwesties als in het Hurks-arrest zich plegen af te spelen. Dan maar beter Lehman Brothers! Of, om dichterbij huis te blijven, DSB-bank. Daar staat natuurlijk tegenover dat – ik kan het niet meten – door Hurks-kwesties en daarmee vergelijkbare aangelegenheden enorme schade wordt aangericht.

76 Van Dam t.a.p. Zie met name het hoofdstuk Kantelend perspectief, p. 41 e.v.

77 Van Dam t.a.p., p. 63 e.v.

78 Denk aan opgewekte verwachtingen als genoemd in het hierna, zie voetnoot 80, te memoreren NJV-advies van Eijsbouts, p. 86-87.

79 Zie bijvoorbeeld het slot van nr. 21, p. 70. Ik onderschrijf de gedachte van Van Dam dat de moedermaatschappij behoort te waarborgen dat de dochter is toegerust met de kennis en capaciteiten voor de activiteiten die zij verricht en dat de dochter financieel voldoende solide is, maar ik heb tegelijkertijd meer dan ernstige twijfels of die gedachte door veel anderen, waaronder Nederlandse vennootschapsjuristen, gedeeld wordt. Laat staan dat een en ander zich zou moeten vertalen in de ook voor Van Dam uiterste consequentie: aansprakelijkheid voor tekortschieten. Hier valt nog veel te doen.

Aan het slot van deze paragraaf kan ik niet voorbijgaan aan het NJV-advies van Eijsbouts van 2010.⁸⁰ Eijsbouts roert grote thema's aan, maar laat, althans naar mijn gevoel, zijn betoog wat vlak aflopen door alles op het bordje van het Openbaar Ministerie als hoeder van het algemeen belang te schuiven. Niettemin is het advies van waarde. In het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) of van *Corporate Social Responsibility* (CSR)⁸¹ gaat ook Eijsbouts – tegen de achtergrond van zijn wel zeer brede stakeholdersmodel⁸² – in op de verantwoordelijkheid van de (multinationale) concernonderneming. Zijn op p. 82 van het advies geponeerde stelling dat het vennootschapsrecht geen mogelijkheid zou bieden tot acties gericht op schadevergoeding voor MVO-belangen onderschrijf ik niet. Ik hoop in het voorgaande te hebben laten zien dat exploreren van dit moeilijke terrein juist wel in een dergelijke richting zou kunnen – moeten? – leiden.

14 Afronding

Ik kom tot een samenvatting en afronding. Ik heb in deze bijdrage willen onderzoeken in hoeverre het begrip zorgplicht een rol speelt of zou kunnen spelen in concernverhoudingen. In dat kader heb ik mij in het bijzonder op de moedermaatschappij of concernholding gericht, omdat het concern vanuit die vennootschap centraal wordt aangestuurd.

Aan begrip zorgplicht worden veel verschillende inkleuringen gegeven. Alsof dat op zichzelf al niet verwarrend genoeg is, worden naast zorgplicht ook andere termen gehanteerd, zoals zorgvuldigheidsplicht. Verder worden zorgplicht of zorgvuldigheidsplicht nader ingevuld door het adjectief 'bijzonder' of 'verhoogd'. Dit soort verplichtingen heeft niet uitsluitend betrekking op verplichtingen tot een nalaten, waarmee het onderscheid tussen 'zuiver' nalaten en 'gewoon' nalaten aan betekenis inboet.

Het begrip zorgplicht is opgekomen rond de zogenoemde gereguleerde beroepen, maar heeft zich vooral ontwikkeld in gereguleerde omgevingen. Daarbij wordt niet altijd expliciet gemaakt waarom er een zorgplicht zou bestaan. Uiteindelijk denk ik met Tjong Tjin Tai dat het gebruik van het begrip zorgplicht vooral zin heeft als abstracte notie die geconcretiseerd moet worden in zorgverplichtingen. Daarmee wordt het begrip zorgplicht tegelijkertijd gerelativeerd; het verklaart slechts het bestaan van zorgverplichtingen. Of een zorgplicht moet worden aangenomen, is met het voorgaande nog niet gezegd.

De macht van de moedervennootschap tot het uitoefenen van centrale leiding over het concern impliceert een zekere verantwoordelijkheid waaraan de moedermaatschappij zich niet kan onttrekken. Die verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij kan omslaan in aansprakelijkheid.

80 A.J.A.J. Eijsbouts, *Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap*, HNJV 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 39 e.v.

81 T.a.p., p. 48 wordt het verschil besproken.

82 T.a.p., p. 59.

J.B. Huizink

De Hoge Raad heeft uitgesproken dat de moedermaatschappij onder omstandigheden een zorgplicht heeft jegens de crediteuren van haar dochtermaatschappij. Die zorgplicht is geformuleerd in de vorm van een abstracte notie. Het kan van geval tot geval verschillen tot welke concrete zorgverplichtingen die zorgplicht leidt.

Concerns opereren in een meer of minder gereguleerde omgeving. Regelgeving in de sfeer van de publieke verslaggeving, maar ook daarbuiten. Die regelgeving kan mede dienen als grondslag voor het aanvaarden van een op de concernleiding rustende zorgplicht, welke vervolgens een nadere uitwerking behoeft. Een betrekkelijk recente aanleiding voor het aanvaarden van een op de leiding van (internationale) concerns rustende (maatschappelijke) zorgplicht kan gevonden worden in de zich snel ontwikkelende notie van maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Waarmee ik maar probeer aan te geven dat het begrip zorgplicht in het concernrecht nog in de kinderschoenen staat. Maar kinderen worden groter. En ik denk dat dat met betrekking tot de zorgplicht in concernverband eveneens het geval zal zijn. Kinderen moeten wel behoorlijk opgevoed worden. Ten aanzien van de zorgplicht zou een consistente terminologie wenselijk zijn. Ik vrees echter dat dat een illusie is. Maar er is hoop: ook bij een wat minder gerichte opvoeding groeien de meeste kinderen door en worden gezonde en gelukkige grote mensen.