

‘Grondslagen van het Privaatrecht’

College 13 – Bijzondere publiek- en privaatrechtelijke zorgplichten

Mr. K. Frielink

University of Curaçao

Dinsdag 28 maart 2017 van 17.00 - 19.00 uur

1. Inleiding

Een belangrijk beginsel van het privaatrecht is de partij-autonomie. Denk in dit verband aan contractsvrijheid, eigendom als – in beginsel – onbeperkt absoluut recht en het beginsel dat aansprakelijkheid in principe op schuld is gebaseerd.¹ Dat het om een beginsel gaat geeft reeds aan dat daaraan grenzen kunnen en – door wetgeving en rechtspraak - ook worden gesteld. Die grenzen (normering) worden in belangrijke mate bepaald door maatschappelijke omstandigheden, de (heersende) sociaal-politieke opvattingen, de mate van welvaart (of het ontbreken daarvan) en de visies op recht en moraal.

Een ander belangrijk beginsel is dat van de bescherming van de zwakkere partij: het beginsel van solidariteit. Denk in dat verband aan het verbod van rechtsmisbruik, misbruik van positie (overwicht of uitbuiting) of (buitengewone) benadeling.² Wetgeving die beoogt woekerrentes te beteugelen zijn in dat verband een sprekend voorbeeld. Een positief uitgedrukte verschijningsvorm van het solidariteitsbeginsel betreft de zorgplicht of onder omstandigheden zelfs bijzondere zorgplicht.

Als we het over de zorgplicht hebben dienen zich diverse vragen aan. Waarop is de zorgplicht gebaseerd? Wat is de aard en strekking van de zorgplicht? Kun je wel spreken over ‘de’ zorgplicht? Hebben alleen degenen die als de (economisch) zwakke(re) partij worden gezien recht op bescherming door middel van de zorgplicht of ook andere partijen? Voor zover de zorgplicht niet in de vorm van specifieke voorschriften in wet- en regelgeving is vastgelegd, hoe moet de rechter de zorgplicht (in zoverre een ‘open norm’) dan invullen?

¹ Vgl. M.W. Hesseling e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

² Vgl. C.J.H. Jansen, ‘Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw’, in: M.W. Hesseling e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 134-135.

2. Zorgvuldigheid en zorgplicht

In het Romeinse recht was de huurder gehouden een zaak overeenkomstig haar bestemming te gebruiken en goed te onderhouden. Een pachter was verplicht het land te bebouwen en niet braak te laten liggen. In de omgang met zaken werd zorgvuldigheid (*diligentia*) geëist. De huurder of pachter diende de zaak te gebruiken zoals een uiterst zorgvuldig huisvader met zijn eigen zaken geacht werd om te gaan. De zorg die op hen rust, is een zware zorgplicht, die gemeten wordt naar de abstracte maatstaf van de goede en zorgzame huisvader.³ De werknemer diende de zorgvuldigheid van een goed werknemer te betrachten; het omgekeerde gold destijds niet.⁴

De zorgplicht zoals die hier wordt gebruikt ziet in het bijzonder op de verplicht aan de dag te leggen zorg voor (het economische belang van) zaken die een ander toebehoren. De huurder moet het gehuurde zorgvuldig gebruiken, omdat anders de verhuurder/eigenaar schade leidt als gevolg van een waardedaling van het gehuurde. Dat is een ander soort zorgplicht dan wanneer bijvoorbeeld een belegger moet worden beschermd tegen het nemen van onverantwoorde risico's, al speelt ook hier het financiële aspect een rol. We gaan nu eerst nader in op die zorgplicht.

3. Effectendienstverlening

Dat het beginsel van contractsvrijheid (partijautonomie) aan sterke grenzen is gebonden blijkt (ook) in het effectenrecht. Naast de vele aspecten die in dat verband aan de orde kunnen komen, is de meest fundamentele vraag die, of de zorgplicht strekt tot bescherming van de autonomie van de (particuliere) belegger, in die zin, dat de belegger na adequate voorlichting zelf beslist of hij de aan de belegging verbonden risico's wenst te lopen, dan wel dat de zorgplicht ertoe strekt dat de (particuliere) belegger (te allen tijde) voor het nemen van te grote risico's moet worden behoed, ongeacht of de belegger die zich van de risico's bewust is, bereid is die te accepteren.⁵

Dat lokt uiteraard een discussie uit over de vraag hoever de zorgplicht-solidariteit moet gaan, en wanneer die overgaat in (ongewenste, wellicht zelfs maatschappelijk onwenselijke) bemoeizucht. De belegger moet enerzijds worden beschermd tegen lichtvaardig beleggingsgedrag om te voorkomen dat hij te grote risico's neemt, terwijl hem geen strobreed in de weg wordt gelegd wanneer hij zijn hele vermogen in contanten opneemt en in de zee laat verdwijnen.

³ J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 466.

⁴ J.E. Spruit, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 470.

⁵ Deze vraag werd al aan de orde gesteld door C.E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesseling e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 186.

Een van de kernbegrippen in het effectenrecht is het begrip ‘zorgplicht’.⁶ Een effecteninstituting (bank, vermogensbeheerder) heeft een zorgplicht tegenover de belegger. Het bestaan van een zorgplicht vloeit voort uit de beginselen van redelijkheid en billijkheid,⁷ uit artikel 7:401 BW (de overeenkomst van opdracht) en soms uit specifieke wet- of regelgeving. De zorgplicht wordt mede ingevuld door de veelal van toepassing zijnde algemene voorwaarden.

Er zijn twee aspecten aan de zorgplicht te onderkennen. Enerzijds is de zorgplicht een vorm van risicobeheersing. Het gaat hier om de voorzorg of preventie, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een belegger wordt blootgesteld aan risico’s die hij niet kan overzien en die hij niet kan dragen. Anderzijds is de zorgplicht ook een instrument voor risicoallocatie: aan de hand van de uit ‘de’ zorgplicht voortvloeiende verplichtingen en de mate waarin daaraan is voldaan, wordt dan door de rechter bepaald wie voor welk deel van de schade aansprakelijk is.

Ons recht is met de zorgplicht doordrenkt. Dat is niet iets van de afgelopen jaren. Een begrip als de ‘zorg van een goed huisvader’ treffen we al eeuwen aan. En die zorgplicht betreft naar hedendaags recht allerlei uiteenlopende situaties: de zorg van een goed vruchtgebruiker, de zorg van de arts voor de patiënt, de zorg van de juf of meester voor de leerling, de zorg van de ouders voor elkaar en hun kinderen, de zorg voor gevangenen, de zorgplicht van de werkgever, de zorgplicht van advocaten voor hun cliënten, de zorgplicht tussen sportbeoefenaren (ook bij niet-contactsporten, zoals speerwerpen, waarbij ook op de organisator van het evenement een zorgplicht rust, al was het maar om ervoor te zorgen dat speerwerpen ook een niet-contactsport blijft), enzovoort.

De zorgplicht is niet een typisch Nederlands fenomeen; in de Westerse traditie speelt het een wezenlijke rol. Het wordt veelal in verband gebracht met het begrip *professional* (de professionele dienstverlener). De professional heeft een bepaalde expertise (kennis en ervaring) met behulp waarvan hij diensten aan een cliënt verleent. Dat hij daarbij de nodige zorg moet betrachten wordt algemeen en zonder voorbehoud aangenomen, ongeacht of dat in concrete gevallen in wet- en regelgeving is gestipuleerd. Kennelijk is de gedachte dat als het iemands taak is een ander (een cliënt, belegger) te bedienen, terwijl hij zich door zijn expertise niet in een gelijke positie als die persoon bevindt, hij dus gehouden is zorgvuldig met de belangen van die ander om te gaan. Deze notie is zo vanzelfsprekend dat het zelfs vreemd aandoet om die zo onder woorden te brengen. Het is de figuurlijke open deur.

⁶ Vgl. M.R. Mok, *Door de bank genomen*, Oratie, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005, 38 p.; S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss., Deventer: Kluwer 2006, 520 p.; K. Frielink, ‘De zorgplicht raast voort op een doorgaande weg’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar “JOR”*, *Alsnog geannoteerd*, Den Haag: SDU 2006, p. 59-66; B. Bierens, ‘Drie generaties zorgplichten’, in: F.G.B. Graaf e.a. (red.), *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht* (Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2012, p. 153-165; en K.W.H. Broekhuizen en C.E. du Perron, ‘De zorgplicht in twee gedaanten’, in: D. Busch en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Liber Amicorum C.M. Grundmann-van de Krol), Deventer: Kluwer 2013, p. 149-162. Zie ook K. Frielink en G.T.J. Hoff, *Geschillen in het effectenverkeer*, Amsterdam: NIBE 1995, 118 p.

⁷ Zie voor de receptiefunctie daarvan P.S. Bakker, *De receptiefunctie van de redelijkheid en billijkheid*, WPNR 7133 (2017), p. 1-9.

Je zou ook kunnen zeggen dat degenen die de diensten afnemen van de professionele partij erop vertrouwen, er ook op mogen vertrouwen, dat die naar beste weten handelt in het belang van zijn cliënt of patiënt. Het begrip ‘vertrouwen’ speelt in dit soort relaties een wezenlijke rol. Als algemene regel geldt dat (gerechtvaardigd) vertrouwen niet mag worden geschonden. Dit kan worden gezien als een fundamenteel beginsel van ons privaatrecht.

Die zorgplicht houdt in algemene zin in dat gedaan moet worden wat goed is voor de cliënt: de cliënt mag geen schade worden toegebracht, het toebrengen van schade door anderen moet worden vermeden of worden geredresseerd, en de belangen van de cliënt moeten worden gediend. Als gezegd gaat het hier om vanzelfsprekende, maar tamelijk algemene noties. Hoewel de cliënt zich in zekere zin in een afhankelijke positie bevindt, mag en kan hij ervoor kiezen de adviezen van de professional niet op te volgen. In de relatie arts – patiënt, waarin het verschil in kennis in de regel zeer groot is en er niet zelden veel op het spel staat, spreekt dat het meest duidelijk, en moet het ‘paternalisme’ van de arts uiteindelijk wijken voor de autonomie van de patiënt.⁸ Bij minder existentiële aangelegenheden, zoals het al dan niet opvolgen van een beleggingsadvies, geldt echter hetzelfde.

Er wordt ook over een bijzondere zorgplicht gesproken. Kennelijk verschilt die bijzondere zorgplicht van de gewone zorgplicht. Het begrip ‘bijzondere zorgplicht’ wordt in twee situaties gebruikt, enerzijds in relatie tot derden, anderzijds in relatie tot de eigen cliënten.

Het eerste geval is wanneer een financiële instelling rekening moet houden met derden (niet-klanten). Dus met personen met wie zij géén contractuele relatie heeft. Het meest bekende arrest op dit vlak is MeesPierson/Ten Bos,⁹ maar dit speelt ook bij Safe Haven.¹⁰ In de laatstgenoemde zaak, waarin een bank op naam van een BV i.o (Safe Haven) een betaalrekening had geopend waarop door diverse personen (‘beleggers’) geld gestort werd, oordeelde de Hoge Raad dat de bank Safe Haven in de gaten had moeten houden om te voorkomen dat de contractuele partners van Safe Haven (de beleggers, die zelf geen klant van de bank waren) gedupeerd zouden worden.¹¹ Dat ziet de Hoge Raad als een rechtsplicht: de bank heeft “*niet al datgene gedaan wat rechtens was vereist om te voorkomen dat de beleggers (...) werden blootgesteld aan het gevaar dat Safe Haven beleggingsactiviteiten verrichte waarvoor een vergunning (...) ontbrak*”.

⁸ E. du Perron, ‘Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht’, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003, p. 185-198.

⁹ HR 9 januari 1998, JOR 1998, 116 m.nt. Kortmann inzake MeesPierson vs Ten Bos. Zie over de bijzondere zorgplicht jegens derden ook Voorzieningenrechter Rb Amsterdam 6 maart 2015, JOR 2015, 236 m.nt. Van der Velden inzake Fibonacci vs Binck Bank en Hof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4827.

¹⁰ HR 23 december 2005, JOR 2006, 20 m.nt. Grundmann-van de Krol.

¹¹ Voor een mogelijke aansprakelijkheid is dan wel vereist dat de bank wetenschap had of behoorde te hebben over feiten die mogelijk onrechtmatig waren: Rechtbank Amsterdam 29 juli 2015, JOR 2015, 332 m.nt. Van ’t Hooft inzake X vs Deutsche Bank.

Volgens de Hoge Raad¹² brengt de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht mee tegenover derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt: “*Die maatschappelijke functie hangt ermee samen dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening terzake, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en terzake beschikken over informatie die anderen missen. Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en niet is beperkt tot zorg jegens personen die als klant in een contractuele relatie tot de bank staan.*”

Overigens dient een bank of beleggingsinstelling de nodige zorgvuldigheid te betrachten wanneer zij vermoedt dat het risico bestaat dat derden door haar (effecten)rekeninghouder gedupeerd kunnen worden, en dient eerst serieus onderzoek te worden verricht (bijvoorbeeld naar de vraag of er sprake is van strijd met de wet) en dient de betrokken rekeninghouder schriftelijk te worden gewaarschuwd, alvorens de rekening wordt geblokkeerd en de beleggingsportefeuille wordt geliquideerd.¹³

Het tweede geval waarin de bijzondere zorgplicht een rol speelt is in relatie tot de cliënten van financiële instellingen. Deze bijzondere zorgplicht vindt zijn oorsprong in arresten van de Hoge Raad die betrekking hebben op de handel in opties.¹⁴ In de rechtspraak is inmiddels al jaren een tendens waar te nemen waarbij de *bijzondere* zorgplicht ook buiten de optiehandel meer en meer van toepassing wordt geacht, bijvoorbeeld bij beleggen met geleend geld, bij effectenleaseovereenkomsten, bij renteswapovereenkomsten,¹⁵ bij beleggingsadvies¹⁶ en zelfs bij het verstrekken van geldleningen aan particulieren.¹⁷ De vraag is of dat, gezien de significante

¹² HR 27 november 2015, JOR 2016, 34, m.nt. ‘t Hart inzake ABN Amro Bank vs Stichting Gedupeerde Beleggers Van den Berg. De Hoge Raad overweegt verder dat bij de beantwoording van de vraag of de bank onzorgvuldig en dus onrechtmatig heeft gehandeld, in het kader van een collectieve actie dient te worden geabstraheerd van bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers (vgl. het arrest Safe Haven onder 7.3). Die omstandigheden zijn pas relevant, aldus de Hoge Raad, bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld; een andere opvatting zou toepassing van artikel 3:305a BW onaanvaardbaar beperken.

¹³ Vgl. Hof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4827, inzake Fibonacci vs Binck Bank.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 1998, JOR 1998, 147 m.nt. Frielink inzake Van de Klundert vs Rabobank.

¹⁵ Vgl. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, JOR 2015, 299 m.nt. Brouwer inzake Ganzestad vs Rabobank. Zie verder Hof Amsterdam 15 september 2015, JOR 2015, 334 m.nt. Atema en Hopman inzake X vs ING Bank en Hof Amsterdam 10 november 2015, JOR 2016, 37, m.nt. Van der Wiel en Wijnberg inzake X vs ABN Amro Bank.

¹⁶ HR 14 augustus 2015, JOR 2015, 235 m.nt. Lieveise inzake X vs ABN Amro Bank.

¹⁷ Het Gerecht in eerste aanleg Aruba overwoog in zijn vonnis van 29 april 2015, ECLI:NL:OGEEAA:2015:51, dat op financiële instellingen, zoals Fatum, een bijzondere zorgplicht rust ten opzichte van hun cliëntèle, die onder meer met zich brengt dat zij cliënten (hypotheekgevers) voldoende duidelijkheid dienen te verschaffen met betrekking tot het product dat door hen wordt of is afgenomen, teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat zij als gevolg van onduidelijkheden schade kunnen lijden. Dit alles vloeit volgens het Gerecht voort uit de (aanvullende werking van)

verschillen, terecht is. De schrijver van bijvoorbeeld een (ongedekte) call- of putoptie kan, door de hefboomwerking van zijn optie, worden geconfronteerd met financiële verplichtingen die ver uitstijgen boven de ontvangen premie en dus enorme verliezen lijden. Met name voor een particulier is de omvang van het risico dat daaraan is verbonden in de regel bijzonder moeilijk te overzien. De omvang van het risico bij beleggen met geleend geld, waarvan bij bijvoorbeeld de effectenleaseproducten sprake is, is daarentegen voor een ieder aanstonds inzichtelijk. De bijzondere zorgplicht hoort naar mijn idee alleen te worden toegepast in bijzondere gevallen, met name die gevallen waarin zich bijzondere risico's voordoen, gelijk in het wegverkeer bijzondere manoeuvres aan eigen regels zijn onderworpen. Uit de literatuur en met name de arresten van de Hoge Raad blijkt dat de heersende leer een andere is.

Een punt dat verder nog aandacht verdient is wie aanspraak op die (bijzondere) zorgplicht kunnen maken. Betreft dat alleen consumenten/particulieren of is die categorie ruimer, en kunnen ook bedrijven en instellingen aanspraak maken op bijzondere bescherming? Dat laatste ligt, gezien de jurisprudentie, in de rede, omdat (grote) bedrijven en instellingen die zich op het terrein van beleggen begeven, niet geacht kunnen worden allemaal over voldoende ervaring en expertise te beschikken. Het is om die reden dat zij met een professionele partij in zee gaan. Ook hier speelt het begrip 'vertrouwen' (in de deskundigheid en expertise van de professionele partij, en dat die de belangen van de cliënt optimaal zal behartigen) een belangrijke rol.

4. De zorgplicht in het ondernemingsrecht

Ook in het ondernemingsrecht wordt in toenemende mate over een zorgplicht gesproken, in het bijzonder in concernverhoudingen. We hebben het dan over moeder-dochter relaties. Een vennootschap is in beginsel zelf aansprakelijk voor zijn schulden. Onder omstandigheden kan een bestuurder of aandeelhouder op grond van een persoonlijke onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor de schulden van de dochtervennootschap. We hebben het dan over doorbraak van aansprakelijkheid.

Een voorbeeld. Het gaat financieel niet goed met de dochtervennootschap, maar de moeder wekt naar de buitenwereld toe de indruk (schijn) van kredietwaardigheid van de dochter. Gaat de dochter vervolgens failliet dan kunnen de schuldeisers de moeder op vergoeding van schade

de redelijkheid en billijkheid, welke maatstaven de contractuele verhouding tussen de financiële instelling en haar cliënt beheersen. Dit vonnis is door het Gemeenschappelijk Hof vernietigd bij vonnis van 22 maart 2016, JOR 2016, 132 m.nt. Frielink. Het Hof overweegt (i) dat op een financiële instelling op grond van de maatschappelijke functie die zij uitoefent, een bijzondere zorgplicht ten aanzien van het verstrekken van krediet aan particulieren rust, maar (ii) dat de bijzondere zorgplicht niet zo ver reikt dat Fatum is gehouden uit eigener beweging ten gunste van de hypotheekgever de contractueel overeengekomen rente te verlagen, slechts omdat de rentestand lager is dan (destijds) tussen partijen is overeengekomen. Het Hof voegt daaraan toe dat de maatschappelijke ontwikkelingen zich ontwikkelen naar wat thans in Nederland geldt, waarbij wordt verwezen naar artikel 68b Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, en sluit niet uit dat de zorgplicht van financiële dienstverleners in de nabije toekomst ook alhier een zodanige invulling krijgt. Zie ook Hof Amsterdam 30 juni 2015, JOR 2015, 331 m.nt. Scholten inzake Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P vs ABN Amro Bank.

aanspreken uit hoofde van onrechtmatige daad.¹⁸ In de literatuur wordt daarover opgemerkt dat naarmate de moeder meer inzicht in en feitelijke zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, zij zich des te eerder de belangen van de schuldeisers van de dochter dient aan te trekken. Er kan, afhankelijk van alle feiten en omstandigheden, een zorgplicht van de moeder jegens de schuldeisers van de dochter bestaan.

In het artikel van Klein Wassink over ‘moederlijke zorgplichten’ (reader) staat dat binnen concerns op moedervennootschappen de plicht rust toezicht te houden op hun dochterverennootschappen. Dat staat daar heel algemeen geformuleerd. De achterliggende gedachte is kennelijk dat, aangezien de moeder en de dochters organisatorisch en economisch met elkaar zijn verbonden, en er sprake is van centrale leiding, op de moeder (als de centrale leidinggever) ‘dus’ de plicht rust toezicht op de dochters uit te oefenen. Dat roept twee vragen op. Ten eerste, waarop die zorgplicht dan precies is gebaseerd? En ten tweede, of schending van die zorgplicht voldoende is voor schuldeisers van de dochter om een vordering tot vergoeding van schade op te baseren?

In het artikel staat wat de eerste vraag betreft dat die zorgplicht kan worden afgeleid uit de arresten van de Hoge Raad inzake Hurks II en Comsys.

In het Hurks-arrest ging het om een zekere Hurks die directeur en enig aandeelhouder van Bouwgroep Hurks BV was (de holding), die op haar beurt enig aandeelhouder was in Hurks Bouwbedrijf Amsterdam BV (HBA). Hoewel op zeker moment duidelijk was dat HBA zou gaan failleren werden de activiteiten voortgezet en daarmee de schulden vergroot. Stichting Onderzoek Bedrijfsinformatie (SOBI) spande namens 15 crediteuren van HBA een zaak aan en won. Het Gerechtshof had geoordeeld dat op de holding een rechtsplicht rustte, onder andere hieuit bestaande, dat de holding vanaf 1 juli 1984 gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van HBA aan te trekken, onder meer door hen te waarschuwen - al dan niet via HBA - dat de na dit tijdstip te verrichten werkzaamheden en/of de te leveren zaken niet (volledig) voldaan zouden kunnen worden, terwijl de holding nieuwe, door HBA te sluiten overeenkomsten met aannemers en/of leveranciers achterwege had moeten laten

De Hoge Raad overwoog in r.o. 5.3.8.3:¹⁹

“(…) tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, [heeft] het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid bindende instructies te geven aan het bestuur van een dochtermaatschappij. Dat neemt evenwel niet weg dat een moedermaatschappij, indien zij (...) houdster is van alle aandelen in een dochtermaatschappij, het feitelijk in haar macht heeft de naleving van door haar aan het bestuur

¹⁸ HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 m.nt. Van der Grinten, *AA* 1988, 452 m.nt. Van Schilfgaarde (*Albada Jelgersma II*).

¹⁹ HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38 m.nt. Faber en Bartman (*Hurks*).

van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn .”

De Hoge Raad bevestigde het arrest van het Gerechtshof en daarmee ook het bestaan van de genoemde rechtsplicht.

In het Comsys-arrest ging het om een concern, waarbij één vennootschap (Comsys Services) zo goed als alle kosten voor haar rekening nam, en een andere concernvennootschap de inkomsten ontving. Comsys Services was dus steeds ‘technisch’ failliet, hetgeen niet bezwaarlijk was zolang de moeder de verliezen voor haar rekening nam. Toen zij daarmee stopte ging Comsys Services daadwerkelijk failliet en sprak de curator de moeder aan voor het gehele boedeltekort.

De Hoge Raad overwoog:²⁰

“5.2.1 De aldus door het hof vastgestelde feiten komen er, naar de kern genomen, op neer dat sinds 1999 een situatie heeft bestaan waarin Holding als houdstermaatschappij en bestuurder van Comsys en Services dit deel van haar concern aldus had opgezet dat in wezen Comsys en Services tezamen één onderneming voerden, waarbij de kostenkant bij Services lag en de inkomstenkant bij Comsys, terwijl de door Services ten behoeve van Holding en Comsys gemaakte kosten niet volledig werden doorbelast. Als gevolg hiervan was Services sinds 1999 verliesgevend en kon zij haar schuldeisers slechts volledig voldoen doordat Holding en Comsys de verliezen aanvulden door financiering in rekening-courant. Holding heeft de potentiële schuldeisers van Services niet gewaarschuwd voor de aan deze structuur inherente risico's, die nog vergroot werden doordat alle activa van Services aan de Rabobank waren verpand. Hierbij verdient aantekening dat Services in ieder geval tot eind 2001 haar opeisbare schulden steeds heeft voldaan, daartoe in staat gesteld door voornoemde financiering in rekening-courant door Holding en Comsys. Ultimo 2001 heeft Holding (met Comsys) ervoor gekozen om de activiteiten van Services, ondanks de (ook) in 2001 geleden aanzienlijke verliezen, niet te beëindigen, maar Services te laten doorgaan als 'going concern'.

5.2.2 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 toekomstige - schuldeisers van Services aan te trekken.

²⁰ HR 11 september 2009, JOR 2009/309 m.nt. Spinath (Comsys).

Holding heeft echter te dien aanzien tot mei 2003, toen zij het faillissement van Services heeft aangevraagd, geen enkele maatregel genomen.

5.2.3 Het hof is verder kennelijk ervan uitgegaan dat onder deze omstandigheden, nu Holding geen verweer had gevoerd dat tot een ander oordeel leidde, het gehele tekort in het faillissement van Services (met uitzondering van de faillissementskosten) moet worden aangemerkt als schade die door dit onrechtmatig handelen is veroorzaakt.

5.2.4 Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. In het bijzonder geldt dit ook voor 's hofs kennelijke uitgangspunt dat het in deze situatie slechts voorzover het verweer van Holding daartoe aanleiding gaf, behoefde te onderzoeken of het ultimo 2001 daadwerkelijk mogelijk was om ten aanzien van bestaande crediteuren schade te voorkomen, en voor 's hofs oordeel dat Holding in dit verband onvoldoende heeft aangevoerd.”

De Hoge Raad overweegt kort gezegd, dat er onder de genoemde omstandigheden sprake is van een zogenaamde ‘doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedermaatschappij’ en dat deze met haar onrechtmatig handelen de schade, bestaande uit het volledige faillissementstekort, heeft veroorzaakt.

De moeder kan door de schuldeisers van de dochter alleen uit hoofde van het leerstuk onrechtmatige daad worden aangesproken. Er zal dus aan alle elementen van artikel 6:162 BW moeten zijn voldaan. Met andere woorden: de moeder moet een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt in de aansturing van het concern, wil zij met succes aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schulden van de dochter. Het zal dus mede van de wijze waarop het concern is georganiseerd afhangen of de moeder een zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochter heeft.

Het begrip zorgplicht gaat in het ondernemingsrecht verder dan concernverhoudingen, al wordt daar het meest over geschreven. Overigens hoeft een concern niet groot te zijn. Het kan immers ook gaan om één aandeelhouder met (bijvoorbeeld) een houdstermaatschappij, waaronder een dochterennootschap hangt. Een éénpersoons concern.

Ook in relatie tot minderheidsaandeelhouders wordt over een zorgplicht gesproken. Het gaat dan bijvoorbeeld om de wijze waarop het bestuur en/of de meerderheidsaandeelhouder met hun belangen omgaan. Zo hebben minderheidsaandeelhouders bijvoorbeeld recht op een redelijk dividend en mogen zij door de meerderheidsaandeelhouder niet worden uitgehongerd. Een dividendbesluit kan op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid worden vernietigd. De vraag in dat verband is of je daar een leerstuk als zorgplicht wel voor nodig hebt (vgl. het artikel van Huizink in de reader). Het is (kennelijk) een tamelijk generieke term die in allerlei situaties kan worden gebruikt, maar betwijfeld mag worden of dat wel altijd even verhelderend is.

5. Semipublieke instellingen

Bij semipublieke instellingen moet worden gedacht aan publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die op de een of andere wijze bij de publieke taakbeartiging zijn betrokken. Denk wat Curaçao betreft onder meer aan de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten, Fundashon Kas Popular (woningbouw), Monumentenzorg, de Fundashon Desaroyo Deportivo Kòrsou (FDDK; sport) en diverse stichtingen die zich bezighouden met ouderenzorg, opvang van verslaafden enzovoort. Het gaat om die organisaties waarop de overheid invloed heeft, bijvoorbeeld omdat men een bestuurder mag aanwijzen, of omdat bepaalde besluiten goedkeuring van de overheid behoeven of omdat de overheid bepaalde aanwijzingen mag geven, of in geval van een bijzondere financiële relatie.

Wat de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten betreft is de aansprakelijkheid in artikel 14 van het Centrale Bank-statuut voor Curaçao en Sint Maarten uitgesloten: “1. *De Bank, diens Raad van Commissarissen, Raad van Bestuur en personeel zijn niet aansprakelijk voor schade teweeggebracht in de normale uitoefening van hun bij of krachtens deze Regeling en overige formele regelgeving uit te oefenen taken en bevoegdheden, tenzij de schade te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid.* 2. *De beperking van de aansprakelijkheid, bedoeld in het eerste lid, is ook van toepassing op derden die namens of in opdracht van de Bank, of van de in het eerste lid genoemde organen en personen taken en bevoegdheden uitoefenen.*”

In de MvT staat onder meer: “*Een belangrijke reden voor een aansprakelijkheidsuitsluiting van de toezichthouders is de invloed die de dreiging van een gerechtelijke procedure kan hebben op het resultaat van de door de toezichthouder uit te oefenen taken en bevoegdheden.*”

Internationaal is een dergelijke uitsluiting geaccepteerd, maar er kunnen wel vraagtekens bij worden geplaatst. Afgezien van gevallen van opzet en roekeloosheid, worden de (financiële) gevolgen van ondeugdelijk toezicht immers volledig voor rekening van de getroffen onder toezicht staande instelling gelaten. De vraag kan worden gesteld of dat maatschappelijk aanvaardbaar is.

Of semipublieke instellingen wat betreft hun mogelijke aansprakelijkheid als ‘gewone’ private partijen moeten worden behandeld dan wel meer overeenkomstig de behandeling die de overheid in geval van onrechtmatig handelen ‘geniet’, is niet eenvoudig te beantwoorden.

In geval de overheid (het Land Curaçao) uit hoofde van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW) aansprakelijk wordt gesteld, gelden enkele bijzondere aspecten. De overheid is gebonden aan publiekrechtelijke normen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en kan dus eerder dan een ander aansprakelijk worden gehouden, bijvoorbeeld voor door de overheid opgewekt vertrouwen (zie het artikel van Jak in de reader). Schade wordt ook eerder toegerekend aan de overheid, zelfs verondersteld, omdat schade wordt gezien als een onvermijdelijk gevolg van een handeling die in het algemeen belang wordt verricht (‘iedereen’ profiteert er van).

Anderzijds speelt de leer van de formele rechtskracht. Is tegen een beschikking geen beroep ingesteld, of is dat beroep verworpen, dan moet de burgerlijke rechter uitgaan van de rechtmatigheid van de beschikking. Het instellen van beroep is aan een korte termijn gebonden, terwijl in gewoon private geschillen doorgaans een verjaringstermijn van vijf jaar geldt. Hier wordt verder nog genoemd dat in geval het gaat om de overheid, streng wordt getoetst aan het relativiteitsvereiste (diende de geschonden norm ter bescherming van het specifieke belang van degene die zich daarop beroept?).

Onrechtmatig is volgens artikel 6:162 BW onder meer een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het gaat hier in het bijzonder om het schenden van een zorgvuldigheidsnorm. Een vraag in dat verband is of de overheid als aandeelhouder eerder aansprakelijk is als het gaat om een NV door middel waarvan een publieke taak wordt uitgeoefend dan wanneer het gaat om gewone concernverhoudingen, temeer als de overheid als aandeelhouder zich via bijvoorbeeld een instructierecht intensief met het beleid van de NV bemoeit. Een in beginsel bevestigende beantwoording lijkt in de rede te liggen.

Wanneer de overheid zelf publieke taken uitoefent is de overheid daarvoor verantwoordelijk en in voorkomend geval, in beginsel, aansprakelijk. Als de overheid ervoor kiest om bepaalde publieke taken onder te brengen in een afzonderlijke rechtspersoon (een NV of een stichting) en die rechtspersoon handelt onrechtmatig, kan de gelaedeerde in beginsel alleen die rechtspersoon tot vergoeding van de geleden schade aanspreken. De vraag rijst of dat redelijk is nu die rechtspersoon over aanzienlijk minder vermogen zal beschikken en de gelaedeerde daardoor mogelijk niet ten volle zijn schade vergoed kan krijgen. Denk in dat verband bijvoorbeeld aan het in een afzonderlijke entiteit onderbrengen van het toezicht op de financiële sector. Stel dat er door de Centrale Bank met bewuste roekeloosheid een fout wordt gemaakt waaruit een bedrag aan schade voortvloeit dat niet door haar kan worden voldaan? Zou het niet redelijk zijn als de overheid daarvoor dan (toch) zou kunnen worden aangesproken? In zijn artikel noemt Jak drie mogelijke gronden voor de aansprakelijkheid van de ‘achterligger’: 1. toerekening (Kleuterschool Babel; niet kansrijk); 2. doorbraak van aansprakelijkheid (denk aan wat we in het kader van concerns bespreken) en 3. in geval de overheid zelfstandig een onrechtmatige daad pleegt naast de semipublieke instelling.

Dat een instelling (die niet tot de overheid wordt gerekend) semipubliek is (in de hiervoor beschreven) zin, zegt op zichzelf nog niet veel en kan niet dienen ter beantwoording van de vraag welk aansprakelijkheidsregime zou moeten gelden. Naarmate de instelling meer op afstand van de overheid staat en zelfstandig functioneert, lijkt er veel voor te zeggen die instelling als een ‘gewone’ private partij te behandelen. De aard van de publieke taak (denk aan de behartiging van het ‘algemeen belang’) en de (machts)positie (monopolie) die een instelling inneemt kan tot een meer genuanceerde benadering leiden.

6. Een nadere beschouwing van de zorgplicht

In meer wetenschappelijke literatuur over de zorgplicht is het vertrekpunt geregeld het Romeinse recht.²¹ Dat toont aan dat we, zoals we al zagen, te maken hebben met een leerstuk dat kan bogen op een lange traditie. De zorgplicht zoals we die vandaag de dag kennen, is echter vooral in de 20^e eeuw tot grote bloei gekomen. In de eerste decennia van de 20^e eeuw hielden rechters meer en meer rekening met de eisen die vanuit de gemeenschap aan de contractsvrijheid werden gesteld. De rechters stelden aan het zakenleven strengere ethische eisen, terwijl veel sneller dan voorheen een regel van ongeschreven recht van toepassing werd geacht.²²

Veel bepalingen uit het Romeinse recht zijn, zoals die toen werden geïnterpreteerd, overgenomen in de Code Civil en langs die weg terechtgekomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838. In de literatuur tot 1900 ging de discussie onder meer over de vraag of iemand alleen aansprakelijk kon zijn wanneer sprake was van onwettige handelingen, of dat ook louter onvoorzichtigheid of nalatigheid tot aansprakelijkheid kon leiden.²³ In het Lindenbaum/Cohen-arrest (31 januari 1919, *NJ* 1919, 161) heeft de Hoge Raad het zorgvuldigheidscriterium – dat was opgenomen in een voorstel van wet dat geruime tijd was blijven liggen – overgenomen als onderdeel van het leerstuk onrechtmatige daad. Na dit arrest konden ook handelingen, die ingingen tegen de zorgvuldigheid die men in het maatschappelijke verkeer tegen andermans goederen in acht moest nemen, als onrechtmatig doen of laten worden aangeduid. Voortaan kon men ook op grond van een ongeschreven rechtsplicht, buiten een contractsbepaling of een toepasselijke wettelijke regeling, aansprakelijk worden gehouden voor schade. In 1992 is dat criterium in Nederland in het BW opgenomen en in Curaçao in 2001.

Ten slotte verdient aandacht de vraag naar hoe de rechter met het ongeschreven recht omgaat (zie het artikel van mijn hand in de reader²⁴). Als over ongeschreven recht wordt gesproken wordt daarmee doorgaans bedoeld op gewoonte (*usance*), algemene rechtsbeginselen en abstracte (open) begrippen. Een kenmerk van ongeschreven recht is dat het doorgaans (pas) in de rechtspraak tot uitdrukking komt. Het wordt aldus geformaliseerd en eenvoudiger kenbaar. En hoewel aan de casuïstiek ontsproten, wordt de rechtsnorm doorgaans zo geformuleerd dat deze de pretentie heeft meer in het algemeen te gelden. En dat laatste is ook terecht. Weliswaar bindt een rechterlijke uitspraak slechts partijen en kan de rechtsnorm bij een hogere rechter of in andere procedures worden genegeerd of bestreden, het moet bij het ongeschreven recht per

²¹ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 77 e.v.

²² Vgl. C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw', in: M.W. Hesseling e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 147.

²³ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 94 e.v.

²⁴ K. Frielink, 'Maakt ongeschreven ook onbemind?', in: *Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 107-117.

definitie gaan om rechtsnormen waarvan ‘je’ (de relevante justitiabelen van het ‘normaaltype’) kunt aanvoelen dat ze gelden.

De rechter moet zich bewust zijn van het onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsvorming. Vult de rechter een ‘echte’ leemte op en formuleert hij – als wetgever-plaatsvervanger - een nieuwe norm (rechtsvorming), of tracht hij te verwoorden wat (al dan niet in een relevante kring) deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn (rechtsvinding)? De rechter moet zich bovendien bewust zijn van het ‘temporele’ aspect: wat was de inhoud van het rechtsbewustzijn ten tijde van het verweten handelen of nalaten? Van de rechter mag in dit opzicht, gelijk van partijen, een actieve opstelling worden verwacht. Hij moet inzichtelijk maken hoe en op grond waarvan hij tot zijn oordeel is gekomen. De rechter moet rekenschap afleggen; zijn uitspraak maakt pas dan kans gezag te verwerven, ook bij degene in wiens nadeel zijn uitspraak is uitgevallen. Zonder gezag is het slechts een oordeel van iemand die het binnen ons rechtssysteem voor het zeggen heeft. Gaat het om een lagere rechter dan kan in andere procedures (of een beroepsprocedure) getracht worden een ander oordeel te verkrijgen, gaat het om de Hoge Raad dan kan een arrest behoorlijk in de weg zitten.

De rechter heeft de plicht het ongeschreven recht op te sporen. Dat de rechter ambtshalve het recht, ook het ongeschreven recht, geacht wordt te kennen, ontslaat hem niet van die verplichting. Het ongeschreven recht komt niet uit de lucht vallen. Het vindt zijn basis in (de beginselen van) het rechtssysteem. Het moet daarin worden gezocht. Het is de rechter die zoekt, al dan niet geholpen door partijen. De rechter dient in zijn uitspraak naar behoren verslag te doen van die speurtocht, zowel wanneer hij een rechtsnorm heeft gevonden als wanneer zijn speurtocht niets heeft opgeleverd.

Het rechterlijk oordeel bindt slechts de partijen bij die procedure. Andere partijen en andere rechters zijn er niet aan gebonden. Maar de rechter moet vaststellen wat de toepasselijke rechtsnormen zijn, geschreven of ongeschreven. De rechterlijke uitspraak levert geen (geschreven) rechtsregels op, maar de rechtsnormen die de rechter hanteert moeten op zijn minst de pretentie van meer algemene gelding in zich bergen. In zoverre behoort een rechterlijke uitspraak de grenzen van de particulariteit waarin deze tot stand is gekomen te overstijgen. Dat alles neemt niet weg dat de rechter er naast kan zitten en dat anderen tot een geheel ander oordeel komen. Gelijk die anderen, kunnen ook rechters fouten maken. Wezenlijk is echter dat rechters zich bewust zijn van de hier beschreven inspanningsverplichting die in hun taak besloten ligt.

Op welke wijze zou de rechter een beroep op het ongeschreven recht behoren te motiveren om overtuigend te zijn? In de eerste plaats behoort aannemelijk te worden gemaakt, dat de regel van ongeschreven recht waarop een beroep gedaan wordt deel uitmaakt van een meer algemene rechtsovertuiging. Dat kan bijvoorbeeld door te verwijzen naar algemene tendensen in de rechtsgeleerde literatuur of naar meer algemene overeenstemming in het maatschappelijke debat, die bij alle verschil vaak wel te vinden is. In de tweede plaats behoort ook te worden verantwoord waarom de toepassing van een regel van ongeschreven recht noodzakelijk is, om

onderscheid te maken met willekeurige toepassing. De rechter kan dat bijvoorbeeld doen door inzichtelijk te maken hoe het buitentoepassing laten van een regel wel móet leiden tot gevolgen die naar algemeen inzicht onaanvaardbaar zijn. Als dat niet het geval zou zijn, is de toepassing immers noodzakelijk willekeurig. Een beroep op ongeschreven recht behoort zo gemotiveerd te zijn met een beroep op een gedeeld inzicht dat de toepassing ervan niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk is om te voorkomen dat gevolgen optreden waarvan ook de justitiabelen kunnen aanvoelen dat die nooit bedoeld kunnen zijn.

* * * * *