Het multinationale concern en de zorgplicht

Welke informatie over haar (klein)dochtervennootschappen moet het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern op basis van informatie-uitwisseling in het kader van risicomanagement bekend zijn en vanaf welk moment ontstaat er naar Nederlands recht een zelfstandige zorgplicht voor het bestuur van de moedervennootschap om in te grijpen bij haar (klein)dochtervennootschappen, om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW te voorkomen?

S. Gooijaers
U1250218
ANR 346954

mr. Dr. G.J.H. van der Sangen
Masterscriptie Ondernemingsrecht
Tilburg Law School
Tilburg University
Afstudeerdatum: 25 januari 2018

Inhoudsopgave

1. Inleiding

1.1 Het maatschappelijk vraagstuk p. 5

1.2 Onderzoeksvraag p. 8

1.3 Onderzoeksdoel p. 8

1.4 Hoofdstukindeling p. 9

1.5 Methoden p. 11

2. Het Nederlands concernrecht

2.1 Het concern als fenomeen p. 12

2.2 Concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht p. 18

2.3 Analyse van de samenhang van deze begrippen p. 25

2.4 Concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht in dit onderzoek p. 26

3. Risicomanagement

3.1 Het ontstaan van risicomanagement p. 27

3.2 Het gebruik van een risicomanagementsysteem p. 30

3.3 Het belang van informatie-uitwisseling in het risicomanagementsysteem p. 35

3.4 Risicomanagementsystemen in de praktijk p. 39

3.5 Tussenconclusie p. 41

4. Aansprakelijkheid van aandeelhouders

4.1 Inleiding p. 43

4.2 Verschillende soorten aansprakelijkheid p. 43

4.3 Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW p. 44

4.4 Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders p. 47

4.5 Uitzonderingen p. 48

4.6 Analyse van doorbraakjurisprudentie in het concern p. 55

5. De zorgplicht in concernverhoudingen

5.1 Inleiding p. 57

5.2 De onrechtmatige gedraging p. 59

5.3 Aard van de onrechtmatige gedraging p. 64

5.4 De zorgplicht p. 68

5.5 Analyse en tussenconclusie p. 72

6. Internationaal privaatrecht en multinationale concerns

6.1 Inleiding p. 73

6.2 Het internationaal privaatrecht p. 73

6.3 Het internationaal privaatrecht toegepast p. 74

6.4 Intermezzo: de procedure p. 79

6.5 Analyse en tussenconclusie p. 80
7. Conclusie p. 82
Literatuurlijst p. 85
Jurisprudentielijst p. 97

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Het maatschappelijk vraagstuk

Op 30 januari 2013 deed de Rechtbank Den Haag uitspraak in een zaak die Nigeriaanse boeren en de Vereniging Milieudefensie hadden aangespannen tegen het moederbedrijf van het Shell concern, welke in Nederland gevestigd is, en haar Nigeriaanse dochter.[1] De procedure zag op schade als gevolg van twee olielekkages in Nigeria in 2006 en 2007 uit een olie-installatie van de Nigeriaanse dochtervennootschap. Deze olielekkages zijn ontstaan door 'tampering of wellhead', vertaald als: sabotage door zitten aan en knoeien met de wellhead.[2] Milieudefensie c.s. meende dat het moederbedrijf van Shell niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting om, door het uitvaardigen van richtlijnen en het doen naleven daarvan, haar (klein)dochtervennootschap ertoe te bewegen deze olielekkages te voorkomen en daarop adequaat te reageren.[3] Uit de uitspraak van de Rechtbank volgt echter dat naar Nigeriaans recht men geen algemene duty of care heeft om te voorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen. Dat betekent dat moedervennootschappen naar Nigeriaans recht in het algemeen geen verplichting hebben om te voorkomen dat hun (klein)dochtervennootschappen door hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen.[4] In deze zaak houdt het in dat het in Nederland gevestigde moederbedrijf van Shell geen verplichting heeft om sabotage van de wellhead te voorkomen en niet aansprakelijk is voor schade die is ontstaan na de lekkages. Haar Nigeriaanse kleindochtervennootschap is wel aansprakelijk gehouden voor de twee olielekkages. In december 2015 deed het Gerechtshof Den Haag uitspraak in de eerste (procedurele) fase van hoger beroep.[5] Deze procedurele fase is nog niet afgerond. Pas als dat het geval is, komt het Gerechtshof toe aan de inhoudelijke beoordeling van de zaak.

De Shell Nigeria zaak is de eerste Nederlandse foreign direct liability claim voor de civiele rechter.[6] Deze claims zijn zaken die buitenlandse partijen aanspannen tegen de moedervennootschap van een multinationaal concern, om schadevergoeding te eisen voor (milieu of gezondheids-) schade, welke is toegebracht door haar buitenlandse dochtervennootschappen.[7] De Shell Nigeria zaak maakt deel uit van een bredere, internationale beweging[8] om de moedervennootschap van een multinationaal concern aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige gedragingen van haar (klein)dochtervennootschappen.

Multinationale concerns zijn aan de orde van de dag, maar het begrip concern als zodanig is niet gedefinieerd in het Nederlandse recht.[9] Ook op Europees niveau is er geen geharmoniseerde en

[1] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854.
[2] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, r.o. 2.7.
[3] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, r.o. 3.2.
[4] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, r.o. 4.26.
[5] Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587.
[6] Van der Heijden 2013, p. 71.
[7] Ward 2000, p. 1.
[8] Enneking 2012, p. 75.
[9] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 1-2. De wet kent wel een omschrijving van het begrip groep in artikel 2:24b BW, maar het concernrecht is niet als zodanig terug te vinden.

geïntegreerde aanpak van concernverhoudingen.[10] Uit jurisprudentie volgt dat het concern wordt erkend als een juridisch relevante, economische eenheid.[11] Bartmann, Dorresteijn en Olaerts definiëren het concern als 'een eenheid waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer'.[12] Een concernstructuur leidt tot een nauwe band tussen meerdere juridische entiteiten, waarbij de moedervennootschap centrale leiding uitoefent over haar (klein)dochtervennootschappen.[13]

Het op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk stellen van de moedervennootschap van een multinationaal concern voor onrechtmatige gedragingen van een buitenlandse (klein)dochtervennootschap is gecompliceerd. In het Nederlandse recht is een vennootschap zelfstandig drager van rechten en plichten.[14] Aandeelhouders kunnen als hoofdregel niet aansprakelijk gesteld worden.[15] Voor hen geldt het principe van beperkte aansprakelijkheid: een aandeelhouder is niet tot meer gehouden dan volstorting op zijn aandelen. Deze regel geldt ook voor een moedervennootschap, omdat zij aandeelhouder is in haar (klein)dochtervennootschappen. Onder bepaalde omstandigheden kan zij echter wel aansprakelijk zijn voor onrechtmatige gedragingen van haar dochtervennootschap.[16]

Gelet op de 'accountability' trend is het raadzaam voor multinationale concerns om met mogelijke concernaansprakelijkheid naar Nederlands recht rekening te houden. Er is veel literatuur verschenen die de Shell Nigeria zaak en het onderwerp concernaansprakelijkheid belichten vanuit verschillende invalshoeken, zoals met het oog op mensenrechten.[17] Echter, deze verschillende invalshoeken leiden niet direct tot concrete antwoorden en oplossingen voor multinationale concerns waardoor zij de 'accountability' trend kunnen mijden.

Een benadering van het onderwerp concernaansprakelijkheid met het gebruik van risicomanagement kan wellicht meer verhelderen op dit gebied. Risicomanagement speelt een belangrijke rol in een onderneming; het doel is het beheersing van financiële en operationele risico's op alle niveaus.[18] Verschillende principes die zien op het gebruik van een risicomanagementsysteem zijn opgenomen in de Nederlandse Corporate Governance Code. Wanneer de moedervennootschap van het concern in Nederland aan de beurs genoteerd is, zoals bij Shell het geval is, is zij op grond van artikel 2:391 lid 5 BW verplicht ten aanzien van de Nederlandse Corporate Governance Code de 'comply or explain' regel na te leven. Dit houdt in dat de beursgenoteerde vennootschap in beginsel de Code dient na te leven,

[10] Olaerts 2014, p. 1.
[11] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 5.
[12] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 1.
[13] Deze leiding kan verschillende vormen aannemen en is bijvoorbeeld afhankelijk van de grootte van het concern en de verschillende branches waarin zij actief is.
[14] Artikel 2:5 BW.
[15] Artikel 2:64 / 2:175 lid 1 BW.
[16] Zo kunnen schuldeisers zich bijvoorbeeld bij insolventie van een dochtervennootschap proberen te verhalen op de 'deep pocket' van de moedervennootschap als zij zich onrechtmatig heeft gedragen jegens de schuldeisers van haar dochtervennootschap. Rechtspraak op dit gebied is sterk casuïstisch. Zie voor een kort overzicht bijvoorbeeld Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, hoofdstuk 8.
[17] Zie bijvoorbeeld: Enneking 2012; Castermans & Van der Weide 2009-2010; Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser, 2011; Van der Heijden, 2011; Jägers & Van der Heijden 2008.
[18] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 270.

maar dat zij ervoor kan kiezen om hiervan af te wijken. Indien de beursvennootschap afwijkt, dan moet zij onderbouwen waarom.

Risicomanagement wordt ook wel gezien als een van de kerntaken van het bestuur van een vennootschap: in het algemeen wordt aangenomen dat het bestuur (op hoofdlijnen) toezicht moet houden op de gang van zaken binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.[19] Dit betekent dat de vennootschap een daarop ingericht beheers- en controlesysteem kent waarop door het bestuur beleid gevoerd moet worden.[20] Bij een multinationaal concern beslaat het beheers- en controlesysteem het gehele stelsel van samenhangende vennootschappen.[21] Er bestaan verschillende raamwerken om beheers- en controlesystemen in te richten. Twee bekende en veelgebruikte systemen zijn COSO en ISO 31000.

Een adequaat beheers- en controlesysteem vereist interne rapportagelijnen en informatiestromen. De (klein)dochtervennootschappen in een concern moeten, via verschillende niveaus, het bestuur van de moedervennootschap informeren over financiële en non-financiële aspecten. Via dezelfde informatiestromen zet het bestuur van de moedervennootschap haar beleid uit in het concern en houdt zij toezicht op (klein)dochtervennootschappen. Het bestuur van de moedervennootschap beschikt, via de interne rapportagelijnen en informatiestromen, over informatie van haar (klein)dochtervennootschappen.

Het filteren van informatie naar hogere niveaus kan echter wel problemen opleveren. Zo kan, omdat de informatie meerdere niveaus passeert, dit tot gevolg hebben dat voor het bestuur van de moedervennootschap relevante (en meer gedetailleerde) informatie weg ‘gefilterd’ wordt.[22] Ook loopt het bestuur van de moedervennootschap het risico dat haar (klein)dochtervennootschappen haar informatie rooskleuriger voorstelt. Naast deze moeilijkheden is het belangrijk om op te merken dat het op het niveau van de moedervennootschap moeilijk is om vast te stellen wat deze rechtspersoon ‘weet’; het is immers geen natuurlijk persoon. Omdat dit problematisch is, is het moeilijk de rechtspositie van de moedervennootschap te bepalen: in het burgerlijk recht bepaalt vaak de kennis van een partij haar rechtspositie.[23] Er bestaat geen wettelijke grondslag voor de toerekening van kennis van een functionaris van de rechtspersoon aan de rechtspersoon.[24] Toerekening van kennis aan rechtspersonen is daarmee een lastig onderwerp en dit mag niet over het hoofd worden gezien in een onderzoek naar concernaansprakelijkheid in het kader van risicomanagement.

Voor het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern is het, met het oog op concernaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW, verstandig om te weten van welke informatie van haar (klein)dochtervennootschappen zij op de hoogte hoort te zijn en welke informatie haar

[19] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 43 – 44.
[20] Zie artikel 2:141BW.
[21] Lennarts 2002, p. 64.
[22] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 113.
[23] Katan 2017, p. 4.
[24] Katan 2017 p. 3.

toegerekend wordt. Ook is het van belang dat meer concreet wordt wanneer, op basis van deze informatie, een zorgplicht naar Nederlands recht voor de moedervennootschap ontstaat om in te grijpen bij een (klein)dochtervennootschap. Deze zorgplicht kan aan de orde zijn als de moedervennootschap haar concern zo inricht dat een dochtervennootschap, ongeacht haar plaats van vestiging, voorzienbare schade toebrengt aan derden. Op het moment dat een dergelijke zorgplicht ontstaat, is het de vraag ten behoeve van wie deze zorgplicht strekt en wie daarom op deze zorgplicht een beroep kan doen. Dit zogeheten relativiteitsvereiste is gebaseerd op artikel 6:163 BW.
Omdat dit nog niet verhelderd is, is het niet duidelijk wanneer de moedervennootschap naar Nederlands recht een zorgplicht heeft, deze schendt en dit een onrechtmatige daad oplevert waarvoor zij aansprakelijk gesteld kan worden. Voor multinationale concerns is het belangrijk dat dit beter inzichtelijk wordt en dat zij hierop kan inspelen, opdat zij de strategie binnen het concern niet in onwenselijke mate laten bepalen door defensieve overwegingen.

1.2 Onderzoeksvraag

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het niet helder is over welke informatie in het kader van risicomanagement van de (klein)dochtervennootschappen het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern zou moeten beschikken en vanaf welk moment zij naar Nederlands recht een eigen zorgplicht heeft om op basis van deze informatie in te grijpen. Bovendien is het onduidelijk ten behoeve van wie deze zelfstandige zorgplicht van de moedervennootschap zou strekken. Dit moet uitgezocht worden, opdat multinationale concerns hun risicomanagementsystemen naar behoren kunnen inrichten, hun zorgplicht kunnen nakomen en buitencontractuele aansprakelijkheid kunnen voorkomen. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag:

Welke informatie over haar (klein)dochtervennootschappen moet het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern op basis van informatie-uitwisseling in het kader van risicomanagement bekend zijn en vanaf welk moment ontstaat er naar Nederlands recht een zelfstandige zorgplicht voor het bestuur van de moedervennootschap om in te grijpen bij haar (klein)dochtervennootschappen, om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW te voorkomen?

1.3 Onderzoeksdoel

Dit rechtswetenschappelijk onderzoek vangt aan met toelichten van het begrip ‘concern’ en het verkent de spanning tussen het vennootschappelijk belang en het concernbelang. Vervolgens is het van belang dat het onderwerp risicomanagement onderzocht wordt, waarbij uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de informatie-uitwisseling binnen het concern en waarbij duidelijk wordt over welke informatie het bestuur van de moedervennootschap dient te beschikken. Daarnaast wordt hier aandacht besteed aan de principaal – agent theorie, mogelijke problemen met de informatie-uitwisseling en de toerekening van informatie aan een rechtspersoon, in dit geval de moedervennootschap. Voorts wordt de

aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW beschreven en de aansprakelijkheid van aandeelhouders uitgediept. Verschillende arresten over indirecte doorbraak van aansprakelijkheid worden op een rij gezet. Deze beschrijvende benadering van de juridische leerstukken is nodig om het kader te creëren aan de hand waarvan de onderzoeksvraag vervolgens moet worden beantwoord. Het volgende hoofdstuk vangt aan met het verkennen van de zelfstandige onrechtmatige gedraging van de moedervennootschap, waarbij aandacht besteedt wordt aan het zorgvuldig concernbeleid, de mogelijke doorwerking van contracten naar derden en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Daarna wordt onderzocht of een zorgplicht kan worden aangenomen, gezien de aard van de concernverhouding en de bijzondere positie van de moedervennootschap ten opzichte van haar (klein)dochtervennootschappen. Het laatste hoofdstuk onderzoekt hoe het internationaal privaatrecht een rol speelt in die situatie waarin een (klein)dochtervennootschap schade toebrengt aan een derde in het vestigingsland en deze derde de moedervennootschap van het multinationale concern aansprakelijk stelt voor de Nederlandse rechter. Het resultaat van het onderzoek is de ontwikkeling, coherentie en consistentie van het rechtssysteem.

1.4 Hoofdstukindeling

Uit het voorgaande vloeien enkele hoofdstukken met deelvragen voort:

Hoofdstuk 2: Wat is een (multinationaal) concern?

Dit hoofdstuk licht het begrip ‘concern’ toe in een multinationale context en verkent als eerste de drie bestaanselementen van een concern. Daarna gaat dit hoofdstuk in op verschillende belangrijke begrippen in het Nederlands ‘concernrecht’, namelijk bestuursautonomie, concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht. Met behulp van een aantal toonaangevende arresten worden deze begrippen verder verduidelijkt. Hierbij wordt zowel juridische doctrine, theorie al toonaangevende jurisprudentie gebruikt.

Hoofdstuk 3: Wat is risicomanagement en hoe werkt het in een (multinationaal) concern?

In dit deel van het onderzoek wordt nader bekeken hoe risicomanagement werkt en welke belangrijke kaders er zijn. Dit hoofdstuk beoogt het eerste deel van de onderzoeksvraag te beantwoorden, namelijk over welke informatie de moedervennootschap van het (klein)dochtervennootschappen dient te beschikken. De nadruk ligt op het gebruik van informatiestromen met als doel risicobeheersing binnen het concern. Het hoofdstuk begint met het verkennen van de ontstaansgeschiedenis van risicomanagement. Daarbij wordt de principaal – agent theorie beschreven. Voorts wordt het gebruik van een risicomanagementsysteem uitgewerkt, waarbij aandacht wordt besteed aan het wettelijke kader en belangrijke jurisprudentie. Dan wordt onderzocht hoe en waarom informatie wordt uitgewisseld in een concern en hoe informatie wordt toegerekend aan een rechtspersoon, in dit geval de moedermaatschappij van het concern. Het laatste onderdeel van dit hoofdstuk spitst zich toe op het beschrijven van twee bekende

risicomanagementsystemen, namelijk COSO en ISO 3000. Voor dit hoofdstuk wordt hoofdzakelijk een literatuurstudie verricht. Daarnaast worden enkele belangrijke arresten besproken.

Hoofdstuk 4: Wanneer zijn moedervennootschappen als aandeelhouder aansprakelijk?

Dit hoofdstuk verkent eerst de algemene aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW en het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders. Daarna wordt uitvoerig stil gestaan bij bekende, gezaghebbende jurisprudentie in het kader van de doorbraak van aansprakelijkheid. Omdat concerns een bijzondere structuur hebben en de moedervennootschap betrokken is bij haar (klein)dochtervennootschappen, zijn er bepaalde omstandigheden in Nederlandse jurisprudentie beschreven die ervoor zorgen dat een moedervennootschap wel aansprakelijk is voor schade wegens onrechtmatige gedragingen van haar dochtervennootschappen. Dit hoofdstuk zal laten zien dat er op de moedervennootschap van het concern onder omstandigheden een zekere zorgplicht geformuleerd kan worden jegens crediteuren van de dochtervennootschappen. Hier wordt gebruik gemaakt van zowel theorie als belangrijke rechtspraak.

Hoofdstuk 5: Op welk moment ontstaat er naar Nederlands recht een zelfstandige zorgplicht voor de moedervennootschap van het concern, als zij het concern zo inricht dat derden door gedragingen van (klein)dochtervennootschappen voorzienbare schade lijden?

In dit deel van het onderzoek wordt allereerst uitgezocht onder welke omstandigheden gedragingen van de moedervennootschap aan het hoofd van een concern een onrechtmatige gedraging op kunnen leveren. Dit is namelijk het eerste vereiste om haar aansprakelijk te stellen op grond van artikel 6:162 BW. Daarbij wordt onder meer gekeken naar het zorgvuldig concernbeleid, wetenschap van voorzienbare benadeling, de derden werking van contracten en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Daarna wordt onderzocht of er uit de bijzondere positie van de moedervennootschap een zorgplicht voortvloeit ten aanzien van derden die schade lijden door haar dochtervennootschappen. Dit hoofdstuk beoogt een antwoord te geven op de vraag of er naar Nederlands recht een zelfstandige zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust, op grond van waarvan zij aansprakelijk kan worden gesteld indien derden schade lijden door gedragingen van haar dochtervennootschappen, waarvan de moedervennootschap op de hoogte was of had moeten zijn. Voor dit hoofdstuk worden doctrine, theorie en rechtspraak gebruikt.

Hoofdstuk 6: Het internationale privaatrecht en het multinationale concern

In de vorige hoofdstukken wordt de onderzoeksvraag vanuit het Nederlandse recht benaderd. Echter, het multinationale concern opereert wereldwijd. Dit hoofdstuk onderzoekt de rol van het internationale privaatrecht in aansprakelijkheidsprocedures waarbij de moedervennootschap in Nederland aansprakelijk wordt gesteld wegens schade toebrengende gedragingen van haar dochtermaatschappijen in het buitenland. Dit hoofdstuk steunt op doctrine en theorie.

1.5 Methoden

Om tot een antwoord op de onderzoeksvraag te komen, zal het juridisch dogmatische onderzoek hoofdzakelijk bestaan uit een literatuurstudie. Aan de verschillende hoofdonderwerpen in dit onderzoek, namelijk het begrip concern, aansprakelijkheid van aandeelhouders, risicomanagement en toerekening van wetenschap aan de rechtspersoon is veel literatuur gewijd. Op het gebied van de huidige beweging om moedervennootschappen van een multinationaal concern aansprakelijk te stellen voor gedragingen van haar dochtervennootschappen wordt de laatste jaren veel geschreven.[25] Om de literatuurstudie goed uit te voeren, zal de sneeuwbalmethode toegepast worden. Voor de genoemde juridische leerstukken is voldoende literatuur beschikbaar. Het is niet van groot belang dat de bronnen van (zeer) recente datum zijn; hun begrip is in de Nederlandse rechtspraktijk niet zodanig van betekenis veranderd dat alleen recente literatuur relevant is. Daarnaast is er voldoende recente literatuur over concernaansprakelijkheid om de deelvragen te beantwoorden. Per deelvraag zal relevante en recente wetenschappelijke literatuur opgezocht worden, waarna wordt bezien of verwezen wordt naar andere relevante literatuur voor het onderzoek.

Naast het gebruik van literatuur is het van belang om de problemen van het concern, risicomanagement, toerekening van wetenschap aan de rechtspersoon en aansprakelijkheid van aandeelhouders in de praktijk in kaart te brengen. Daarvoor is een jurisprudentieonderzoek onmisbaar. Per deelvraag waarin een juridisch leerstuk centraal staat, zal gezocht worden naar relevante jurisprudentie van zowel rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad. Het gaat om gezaghebbende uitspraken die de literatuur complementeren. Er zal alleen gebruikt gemaakt worden van geselecteerd aantal gepubliceerde uitspraken om ervoor te zorgen dat de juridische leerstukken zo overzichtelijk mogelijk worden. Indien nodig zal ook jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden gebruikt.

[25] Zoals Enneking 2012; Van der Heijden 2011; Jägers & Van der Heijden, 2008.

Hoofstuk 2: Het Nederlands concernrecht

2.1 Het concern als fenomeen

2.1.1 Algemeen

Concerns komen veel voor in het dagelijks leven.[26] Zij hebben vaak een grote invloed op het maatschappelijk leven. Bovendien komt er steeds meer druk op hen te liggen om te denken aan maatschappelijke belangen.[27] Een aantal bekende, grote concerns zijn bijvoorbeeld Philips en Unilever. Een concern is een combinatie van verschillende rechtsvormen die gebruikt worden om één onderneming te drijven.[28] Veel concerns zijn multinationaal: de vennootschappen binnen het concern kunnen overal ter wereld gevestigd worden. Dit betekent echter niet dat concerns altijd grensoverschrijdend zijn: ook ondernemingen in het Nederlandse midden- en klein bedrijf kunnen een gelaagde structuur kennen.[29]

Een concernstructuur creëert vaak een nauwe band tussen de meerdere betrokken juridische entiteiten. Daarbij oefent de vennootschap die aan het hoofd van het concern staat een vorm van centrale leiding uit over de andere vennootschappen. Deze leiding kan verschillende vormen aannemen en is bijvoorbeeld afhankelijk van de grootte van het concern en haar verschillende activiteiten.[30] Hoewel het concern als economisch verschijnsel wereldwijd zeer bekend is en concerns zich in toenemende mate grensoverschrijdend organiseren, blijft het concernrecht op nationaal niveau geregeld. Nederland vormt hierop geen uitzondering. Echter, omdat het concern als zodanig niet wordt gedefinieerd in de Nederlandse wet, is de juridische duiding van het concern niet scherp omlijnd. Hieronder wordt met behulp van wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur het begrip beter in kaart gebracht. Daarmee wordt de basis gelegd voor dit onderzoek.

2.1.2 Wettelijk kader

Naast het ontbreken van een wettelijke definitie van het concern in de Nederlandse wet, is er tevens geen overkoepelende regeling van het concernrecht. Daarom kan men niet spreken van een systematisch concernrecht.[31] Toch is er op verschillende plekken wet- en regelgeving te vinden met betrekking tot het concern, waaruit blijkt dat er wel rekening gehouden wordt met de bijzondere aard van concernverhoudingen. Allereerst wordt het Europese juridische kader uiteen gezet, voordat het Nederlandse juridische kader verder onder de loep wordt genomen.

[26] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 1.
[27] Olaerts 2016, p. 229.
[28] Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013, p. 16.
[29] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p.1.
[30] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 8.
[31] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 2; Olaerts 2017, p. 109.

Europese wet- en regelgeving

Op Europees niveau is er geen geharmoniseerde of geïntegreerde aanpak van concernverhoudingen.[32] Dit betekent echter niet dat de Europese Unie 'groepen van ondernemingen' of het 'groepsbelang' niet erkend.[33] Hoewel een geharmoniseerde aanpak van concernverhoudingen ontbreekt, besteedt de Europese Unie wel degelijk aandacht aan de regulering van concernverhoudingen. Na het mislukken van de Negende Richtlijn Vennootschapsrecht betreffende het gedrag van groepen in 1984[34] besloot de Europese Unie concernverhoudingen en groepsvennootschappen niet langer geïntegreerd te benaderen, maar koos zij een meer pragmatische aanpak door het reguleren van specifieke deelgebieden.[35] Zo wijst de Europese Unie op de noodzaak om tot een betere informatievoorziening (betreffende zowel financiële als niet-financiële verslaggeving waaronder transparantie ten aanzien van de concernstructuur) in groepsverhoudingen.[36] Inmiddels zijn er negen Europese richtlijnen uitgevaardigd op het gebied van het vennootschapsrecht. In een aantal hiervan komen bepalingen terug die zien op het concernverschijnsel. Zo wordt in bijvoorbeeld Richtlijn 2013/34/EU[37] betreffende voorschriften voor de geconsolideerde jaarrekening rekening gehouden met concernverhoudingen. De concernverhouding komt niet alleen voor in richtlijnen: in de Verordening inzake de Europese naamloze vennootschap[38] wordt erkend dat een SE deel uit kan maken van een concernstructuur.

Boek 2 BW

Met de inwerkingtreding van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in 1976 is een systematische wettelijke regeling van het rechtspersonenrecht gecreëerd.[39] Het Nederlandse rechtssysteem kent echter geen georganiseerd concernrecht en het 'concern' is niet gedefinieerd in het wetboek.[40] In Boek 2 zijn wel her en der artikelen te vinden waarin rekening wordt gehouden met het concern. Zo ziet artikel 2:406 BW op de geconsolideerde jaarrekening: hierin worden alle activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen als één geheel opgenomen.[41] Voor de definitie van het begrip concern zijn met name twee artikelen uit boek 2 BW van belang: artikel 2:24a en artikel 2:24b BW.

In 1988 is het begrip 'groepsmaatschappij' in de vorm van artikel 2:24b toegevoegd aan boek 2 BW, naar aanleiding van de Wet tot aanpassing aan de Zevende EG-richtlijn tot harmonisatie van het

[32] Olaerts 2014 p. 11.
[33] Mededeling van de Commissie, actieplan 2003, p. 22-23.
[34] Mededeling van de Commissie, actieplan 2003, p. 22.
[35] Mededeling van de Commissie, actieplan 2003, p. 22; Olaerts 2014, p. 11-12.
[36] Mededeling van de Commissie, actieplan 2003, p. 22; Olaerts 2014, p. 11.
[37] Richtlijn 2013/34 (EU) PbEU 2013, L. 182.
[38] Verordening 2157 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE), 2001 L294/1.
[39] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2013, 8; Huizink 2013, p. 16-17.
[40] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 1-2.
[41] Artikel 2:406 BW; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 321.

vennootschapsrecht.[42] 1988 was echter niet de eerste keer dat de 'groep' gedefinieerd werd. Al in 1971 stond de definitie van 'groep' in het WvK. Volgens de Memorie van Toelichting was dit

> *'een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelneming of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald'.*[43]

Van deze definitie van het groepsbegrip wordt aangenomen dat zij samenvalt met het in de doctrine ontwikkelde concernbegrip.[44] Rechtsvormen naar buitenlands recht worden hierin niet uitgesloten.[45] In het huidige artikel 2:24b BW is echter de economische definitie[46] van het begrip 'groepsmaatschappij' opgenomen. Artikel 2:24b BW luidt als volgt:

> *'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'*

Uit deze definitie blijkt dat elke in Boek 2 genoemde rechtspersoon, maar ook de vof en cv als groepsmaatschappij kunnen kwalificeren. Opgemerkt moet worden dat in artikel 2:24b BW het element 'centrale leiding' of 'centraal beleid' niet terugkomt. In het algemeen wordt aangenomen dat dit onderdeel ingelezen moet worden in het element van 'organisatorische verbondenheid'.[47]
Het kunnen kwalificeren als groepsmaatschappij brengt bepaalde gevolgen met zich mee. In boek 2 BW zijn verschillende verlichtings- en vrijstellingsbepalingen te vinden, die moeten voorkomen dat de economische en organisatorische eenheid waartoe de groepsmaatschappij behoort, verstoord wordt.[48] Eén van deze bepalingen betreft artikel 2:403 BW. Tegelijkertijd zijn er ook verplichtingen voor groepsmaatschappijen om de belangen van verschillende betrokkenen bij de groep te beschermen. In het bijzonder moet hier gedacht worden aan aandeelhouders, werknemers en schuldeisers. Een voorbeeld is artikel 2:406 lid 1 en 2 BW over de geconsolideerde jaarrekening.[49]

Uit de definitie van 'groepsmaatschappij' volgt dat een samenwerkingsverband (oftewel joint venture) in de vorm van een personenvennootschap of kapitaalvennootschap in beginsel geen groepsmaatschappij is. Kenmerkend aan een joint venture is dat juist geen van de partners centrale

[42] *Stb*. 1988, 517; inmidddels is deze Richtlijn opgenomen in de Richtlijn Jaarrekening: RL 2013/34/EU, PbEU 2013, L. 182.
[43] *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3 (MvT), p. 13.
[44] Honée 1981, p. 51.
[45] *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3 (MvT), p. 14.
[46] *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, 3 (MvT), p. 3.
[47] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 816; Huizink 2013, p. 73; Van Schilfgaarde 2013, p. 48; Van der Zanden meent dat dit onjuist is, zie Van der Zanden 2009, p. 3.
[48] Zie meer uitgebreid Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 35-37.
[49] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 38.

leiding kan uitoefenen over de joint venture vennootschap. Dit wordt goed geïllustreerd in de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Ahold uit 2005.[50] De Vereniging voor Effectenbezitters (VEB) had de Ondernemingskamer verzocht om een enquêteprocedure bij Ahold, de moedervennootschap van een internationale groep vennootschappen die zich bezig hielden met de distributie en in- en verkoop van voeding(smiddelen) en daaraan gerelateerde producten en diensten. Ahold was door de jaren heen een aantal joint ventures aangegaan met buitenlandse partners. In deze joint ventures nam zij steeds hoogstens 50% van het belang. Dit is niet voldoende om centrale leiding te kunnen uitoefenen. Ahold heeft echter zogeheten 'control letters' laten uitgaan, waarin zij bevestigd dat zij wel over degelijk beslissende zeggenschap beschikte ten aanzien van deze joint ventures. Tegelijkertijd liet zij 'side letters' uitgaan, waarin zij het hebben van beslissende zeggenschap weer ontkende. De joint ventures werden volledig geconsolideerd in de jaarrekening van Ahold, als ware het groepsmaatschappijen en Ahold centrale leiding over hen kon uitoefenen.[51] De Ondernemingskamer besloot, op basis van deze feiten, tot toewijzing van het enquêteverzoek. Dit is overigens later ingetrokken in het kader van een schikking. Sinds 2002 worden de betreffende joint ventures proportioneel geconsolideerd op grond van artikel 2:409 BW.

Naast artikel 2:24b BW is ook artikel 2:24a BW van belang voor het concernbegrip. De term 'moedermaatschappij' komt in concernverhoudingen veel voor, maar het is niet als zodanig in boek 2 BW opgenomen. De definitie van het begrip 'dochtermaatschappij' is daarentegen wel opgenomen. In artikel 2:24a lid 1 en 2 BW, voor het eerst opgenomen in het BW in 1983 bij de implementatie van de Vierde Europese Richtlijn inzake de jaarrekening[52] en gewijzigd in 1988 met de invoering van de Wet aanpassing zevende EG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening[53], wordt een 'dochtermaatschappij' als volgt gedefinieerd:

> *1. Dochtermaatschappij van een rechtspersoon is:*
>
> *a. een rechtspersoon waarin de rechtspersoon of een of meer van zijn dochtermaatschappijen, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden, alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kunnen uitoefenen;*
>
> *b. een rechtspersoon waarvan de rechtspersoon of een of meer van zijn dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder zijn en, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden, alleen of samen meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen kunnen benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen.*

[50] Hof Amsterdam 27 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*).
[51] Hof Amsterdam 27 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*), r.o. 3.15 en r.o.3.17.
[52] Wet van 7 december 1983, *Stb* 663; Asser/Maeijer & Kroeze 2015, 251.
[53] *Kamerstukken II* 1986/87, 19 813, 3 (MvT) p. 9; *Stb*. 1988, 517.

> *2. Met een dochtermaatschappij wordt gelijk gesteld een onder eigen naam optredende vennootschap waarin de rechtspersoon of een of meer dochtermaatschappijen als vennoot volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden.*

Hoewel hier de 'dochtermaatschappij' gedefinieerd wordt, kan uit deze definitie ook worden afgeleid wat een 'moedermaatschappij' is. Allereerst moet zij een rechtspersoon uit boek 2 BW zijn. Daarnaast moet zij meer dan de helft van de stemmen in de algemene vergadering in haar dochtermaatschappij kunnen uitoefenen en/of de meerderheid van de bestuurders en/of commissarissen in haar dochtermaatschappij kunnen benoemen of ontslaan. Dit wordt ook wel het zeggenschapscriterium genoemd[54]: de moedervennootschap kan ingrijpen bij haar dochtermaatschappij. Uit lid 2 volgt met dat met een dochtermaatschappij gelijk wordt gesteld die onder eigen naam optredende vennootschap, waarin de rechtspersoon of andere dochtermaatschappijen als vennoot volledig aansprakelijk zijn voor de schulden jegens schuldeisers. Dit komt voort uit de zekere mate van zeggenschap die hoort bij de positie van beherend vennoot in een vof of cv.[55]

Het concern in andere wet- en regelgeving

Ook in het enquêterecht in Boek 2 BW wordt rekening gehouden met het concern. Hoewel een enquêteverzoek in concernverhoudingen in beginsel ziet op een specifieke rechtspersoon in het concern, is een 'concernenquête' onder omstandigheden mogelijk.[56] Niet alleen in Boek 2 BW wordt rekening gehouden met het concern. Zo wordt ook in het enquêterecht in Boek 2, de Wet op de Ondernemingsraden, de Wet Financieel Toezicht en de Nederlandse Corporate Governance Code wordt aandacht besteedt aan groepsverhoudingen of concernverbanden. Op deze definities wordt hier niet verder ingegaan, omdat zij niet direct van invloed zijn op de definitie van het concern in het ondernemingsrecht. De Nederlandse Corporate Governance Code wordt in hoofdstuk 3 verder besproken.

2.1.3 Drie elementen

Het concern wordt erkend als een 'juridisch relevante, economische eenheid'.[57] In beginsel bestaat een concern uit een moedervennootschap en (klein)dochtervennootschappen. Naast deze moeder – dochterrelatie moet sprake zijn van economische eenheid, organisatorische verbondenheid en centrale leiding. Vaak is een dochtermaatschappij ook een groepsmaatschappij, maar dit hoeft niet altijd zo te zijn.[58] In de moeder – dochter verhouding gaat het om het *kunnen* uitoefenen van beslissende zeggenschap, bij de definitie van het groepsbegrip gaat het om het *daadwerkelijk* uitoefenen van

[54] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 819.
[55] Van Schilfgaarde 2013, p. 47.
[56] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 283-284.
[57] Van der Sangen 2009, p. 150; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 5.
[58] *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, 3 (MvT), p. 6; Van der Heijden & Dortmond 2013, 41.2.

beslissende zeggenschap.[59] Wanneer één van deze twee vormen van zeggenschap ontbreekt, vallen de twee definities niet samen. Dit komt echter weinig voor.

In de juridische literatuur zijn meerdere vormen van een definitie van het begrip 'concern' terug te vinden. Zoals van Schilfgaarde het stelt: organisatorische verbondenheid leidt niet tot economische eenheid zonder centrale leiding.[60] Raaijmakers vat het concern samen als 'een samenstel van juridisch zelfstandige vennootschappen, die met elkaar een economische eenheid vormen, welke wordt geleid vanuit de moedervennootschap.[61] Bartman, Dorresteijn en Olaerts definiëren in 2016 het concern als 'een eenheid waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer'.[62] In Kroeze, Timmerman & Wezeman wordt het concern kort omschreven als 'groep van nv's en bv's die onder gemeenschappelijke leiding staan'.[63] Hoewel de omschrijvingen van het concern in de literatuur niet exact hetzelfde zijn, blijven de drie bestanddelen economische eenheid, organisatorische verbondenheid en centrale leiding terugkomen. Economische eenheid komt uit het jaarrekeningenrecht; het ziet op de situatie waarin er een zodanige economische samenhang is dat verslaggeving over die eenheid zinvol is.[64] Het tweede onderdeel, organisatorische verbondenheid, is niet per se gelegen in een juridische verbondenheid; deze kan ook op een feitelijke grondslag berusten. Dat kan blijken uit bijvoorbeeld een centrale administratie, personeelsbeleid, financiering of gestructureerd overleg, welke het meest overeen komt met de informele wijze waarop de afstemming van beleid binnen een concern doorgaans tot stand wordt gebracht.[65] Het derde onderdeel is centrale leiding. Dit lijkt het belangrijkste vereiste te zijn voor een concern.[66] Uniken Venema beschrijft het als het in meer of minder grote lijnen het belang van de dochterondernemingen bepalen.[67] Raaijmakers definieert algemene concernleiding als het vaststellen van de hoofdlijnen van het beleid van de dochtervennootschappen en het door de moederonderneming geven van bindende concrete instructies oftewel concrete beleidsaanwijzingen.[68] Van Achterberg gaat uit van leiding die van één centraal punt komt. De moedervennootschap wendt haar invloed ten aanzien van de dochtermaatschappijen zo aan dat gesproken kan worden van centrale leiding.[69]

2.1.4 De begrippen concern en centrale leiding in dit onderzoek

Voor dit onderzoek is een definitie van het begrip concern vereist. Daarvoor wordt aangeknoopt bij de onderdelen die steeds terugkeren, te weten organisatorische verbondenheid, economische eenheid en

[59] Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013, p. 216; Van Schilfgaarde 2013, p. 48.
[60] Van Schilfgaarde 2013, p. 48.
[61] Raaijmakers 1976, p. 80.
[62] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 1.
[63] Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013, p. 215.
[64] Van Achterberg 1989, p. 78.
[65] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 34.
[66] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 33.
[67] Uniken Venema 1969, p. 267.
[68] Raaijmakers 1977, p. 24 -25.
[69] Van Achterberg 1989, p. 79.

centrale leiding. In dit onderzoek is een concern een economische eenheid van vennootschappen, die organisatorisch gezien met elkaar verbonden zijn en die onder centrale leiding staan van een moedervennootschap. De vennootschappen in het concern staan in een moeder – (klein)dochterverhouding tot deze moedervennootschap. In dit onderzoek is het uitgangspunt dat de moedervennootschap een beursgenoteerde naamloze vennootschap is en haar dochtervennootschappen besloten vennootschappen zijn. In deze definitie van het concern wordt het begrip centrale leiding gebruikt. Dit begrip wordt voor dit onderzoek als volgt ingevuld: dit is het vaststellen van de algemene beleid van de dochtervennootschappen door de moedervennootschap en het aansturen van haar dochtervennootschappen wanneer zij hiervan afwijken. De mogelijkheid om centrale leiding te geven aan dochtervennootschappen en het daadwerkelijk leiding geven of juist het nalaten centrale leiding te geven wanneer dit wel moest is een vereiste om te bepalen of er naar Nederlands recht een zorgplicht bestaat voor de moedermaatschappij om in te grijpen bij haar (klein)dochtermaatschappijen, wanneer derden voorzienbaar schade lijden. Zonder deze centrale leiding zou de moedermaatschappij moeilijker in staat zijn om in te grijpen bij haar dochtermaatschappijen.

2.2 Concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht

2.2.1 De bijzondere aard van concernverhoudingen

Het uitgangspunt van het Nederlandse vennootschapsrecht is dat een vennootschap enkelvoudig is en zelfstandig opereert. Deze aanname gaat in concernverhoudingen echter niet op; het concern is een overstijgende, multi-vennootschappelijke eenheid. Van enkelvoudigheid en zelfstandigheid blijven niet veel over: bij het toevoegen van een vennootschap aan het concern kan de integratie van deze vennootschap in het concern in sommige gevallen zelfs zo ver gaan dat het voortbestaan van de nieuwe dochtermaatschappij buiten het concern ondenkbaar wordt.[70]

Het uitgangspunt in concernverhoudingen is dat de moedermaatschappij centrale leiding moet geven aan het concern; dit heeft serieuze gevolgen voor de bestuurszelfstandigheid van de dochtermaatschappij. Deze zelfstandigheid ziet op het aan het bestuur toebedeelde beleidsterrein, afgebakend door wet en statuten. Dit heet ook wel bestuursautonomie.[71] Op grond van artikel 2:129 / 2:239 lid 1 BW is het de taak van het bestuur van een NV of een BV om de vennootschap te besturen.[72] Het vijfde lid van beide artikelen bepaalt dat bestuurders zich daarbij moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit belang van de vennootschap is het resultaat van de afweging van de deelbelangen van hen die bij de onderneming zijn betrokken, zoals

[70] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 59.
[71] Huizink 2013, p. 159.
[72] Hoewel in de regelingen met betrekking tot de NV en de BV dit nadrukkelijk benoemd wordt, wordt over het algemeen aangenomen dat bij andere rechtspersoonsvormen de bestuurders en commissarissen zich bij de uitoefening van hun taken ook dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon; zie Van Veen 2017, par. 1.

crediteuren, minderheidsaandeelhouders en/of werknemers.[73] Op grond van artikel 2:9 BW moet het bestuur van de rechtspersoon deze taak zorgvuldig uitvoeren: het bestuur is gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. De bestuurstaak betreft het voorbereiden, het vaststellen en uitvoeren van het beleid van de vennootschap.[74] De Hoge Raad heeft in de ASMI uitspraak[75] beslist dat het bestuur van de beursvennootschap in beginsel de strategie van de vennootschap uitzet. Het bestuur van de beursgenoteerde moedervennootschap bepaalt de strategie van het concern, waardoor zij de richting waarin deze zich ontwikkelt grotendeels zelf bepaalt.[76] Haar vennootschappelijk belang wordt voor een groot deel bepaald door het concernbelang.[77] Een dochtermaatschappij is een onderdeel van de concerneenheid en staat niet op zichzelf.[78] Zij zal zich bezig houden met het concernbelang en zich richten naar de concernstrategie.[79] Het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap wordt in belangrijke mate, zo niet volledig, gekleurd door het concernbelang. Zij is grotendeels afhankelijk van het in het concern gevoerde beleid.[80] Het bestuur van de 100% dochtermaatschappij zal zelfs vaak feitelijk ondergeschikt zijn aan de wil van de concernleiding.[81] Toch zal het geven van eenzijdige instructies door de moedervennootschap niet vaak voorkomen; aan een bepaalde beslissing gaat over het algemeen uitgebreid overleg vooraf en bestuurders van dochterondernemingen worden doorgaans beschouwd als bedrijfsleiders van bedrijfsonderdelen.[82]

Hoewel de dochtermaatschappij zich moet richten op het concernbelang, kunnen spanningen ontstaan tussen de verplichting van de moedervennootschap om centrale leiding te geven en het eigen vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap.[83] In uitzonderlijke gevallen kan de dochtermaatschappij zich verzetten tegen het concernbeleid en besluiten om (concrete) instructies niet op te volgen. Uit de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in 1987 inzake Amstelland volgt dat dochtervennootschappen niet verplicht zijn de instructies van de moeder op te volgen als dit tot voorzienbaar gevolg heeft dat het voortbestaan van de dochter daardoor werkelijk in gevaar komt.[84] De ondergrens wordt verder verduidelijkt in de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch inzake Kuiken Brabant.[85] Hierin overweegt de Rechtbank als volgt:

> *'dat naar Nederlands recht — in het algemeen gesteld — de directie van een dochtermaatschappij zich in de bepaling van haar binnen die dochtermaatschappij te voeren*

[73] Van der Heijden & Dortmond 2013, 231; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 76; Van der Sangen 2007, p. 88; Van der Sangen 2009, p. 149; Dahmen 2014, p. 67.
[74] Van der Heijden & Dortmond 2013, 231.
[75] Hoge Raad 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*); zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2007/434, (*ABN AMRO/VEB*).
[76] Mendel & Oostwouder 2017, p. 5.
[77] Mendel & Oostwouder 2017, p. 5.
[78] Van der Heijden & Dortmond 2013, 88.
[79] Van Schilfgaarde 2013, p. 30.
[80] Van Schilfgaarde 2013, p. 29.
[81] Uniken Venema 1969, p. 268-269.
[82] Raaijmakers 1976, p. 83.
[83] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2013, 30. Zie ook Van der Sangen 2009, p. 146.
[84] Rechtbank Arnhem 28 december 1987, KG 1988/37 (*Amstelland*).
[85] Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984/394 (*Kuiken Brabant*).

beleid in algemene zin mede zal hebben te richten naar de aanwijzingen van haar moedermaatschappij, alles voor zover door het volgen van die aanwijzingen de belangen van diegenen, wier rechtspositie afhankelijk is van die dochtermaatschappij — waarbij vooral valt te denken aan eventuele minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers, voor zover de rechtspositie van dezen niet algemeen of bijzonderlijk is gegarandeerd door die moedermaatschappij — direct of indirect in gevaar worden gebracht in het bijzonder door het volgen van aanwijzingen welke ertoe strekken of tot gevolg hebben, dat het vermogen van die dochtermaatschappij — en daarmede het verhaalsobject voor zodanige belanghebbenden — ongerechtvaardigd wordt benadeeld;'

2.2.2 Het begrip concernleidingplicht

Wettelijk kader

De concernleidingplicht is niet één op één terug te vinden in Boek 2 BW. Bij de uitvoering van haar bestuurstaak op grond van artikel 2:129 / 2:239 lid 1 BW moet het bestuur van de moedermaatschappij zich richten naar het vennootschappelijk belang, wat in concernverhoudingen (sterk) gekleurd wordt door het concernbelang. Op grond van artikel 2:9 BW strekt dat de bestuurstaak van de moedervennootschap zich ook uit over haar dochtervennootschappen. Voor haar aandeelhouders moet het bestuur het concern zodanig besturen dat lange termijn waardecreatie mogelijk wordt.[86] Daarmee is het geven van leiding aan het concern indirect af te leiden uit de wet.

De concernleidingplicht in het Ogem-arrest[87]

De plicht tot concernleiding is door de Hoge Raad voor het eerst als zodanig neergelegd in de Ogem uitspraak. Ogem Holding NV (Ogem) was een energie- en bouwbedrijf. In 1983 werd door meerdere aandeelhouders in Ogem en de Vereniging voor Effectenbezitters (VEB) een verzoek tot een enquêteprocedure bij Ogem ingediend. Deze enquêteprocedure diende zich uit te strekken over de periode 1970-1983. In november 1983 wordt Ogem failliet verklaard. In haar beschikking van 1987 oordeelde de Ondernemingskamer (OK) dat er sprake was van wanbeleid: Ogem had nagelaten in te grijpen toen het bestuur van een volle kleindochter de concernleiding onvoldoende informatie verschafte over haar financiële positie en zich aan het toezicht en de leiding van de concerntop onttrok.[88]

In cassatie werd aangevoerd dat de OK er ten onrechte van uitgegaan zou zijn dat de raad van bestuur van Ogem bevoegd was de directie van de weigerende kleindochter instructies te geven en dat deze directie verplicht zou zijn zich aan het toezicht en de leiding van Ogem te onderwerpen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de OK van mening was dat de raad van bestuur van Ogem, waarvan de

[86] Raaijmakers 1993, p. 41.
[87] Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*).
[88] Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*), r.o. 9.1.

leden ook de raad van bestuur van de weigerende kleindochter vormden, de directie van deze kleindochter wel degelijk richtlijnen en aanwijzingen kon geven met betrekken tot het te voeren beleid. De weigerende kleindochter kon zich hier moeilijk aan onttrekken, omdat de raad van bestuur van Ogem het in zijn macht had om in te grijpen door het schorsen of ontslaan van de directie, waarna ze die konden vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar door de concernleiding gegeven en te geven richtlijnen en aanwijzingen.[89]
De concernleidingplicht komt in rechtsoverweging 9.2 naar voren:

> '*de OK is bij dit oordeel kennelijk en terecht ervan uitgegaan dat de bestuurstaak van de raad van bestuur van Ogem Holding als leiding van het Ogem-concern zich mede uitstrekte tot de tot dat concern behorende ondernemingen zoals die van Omega*'.

Concernleidingplicht in literatuur
Op grond van artikel 2:9 BW strekt de bestuurstaak van de moedervennootschap zich ook uit over haar dochtervennootschappen. Zij moet de concernstrategie en het daarbij behorende beleid per bedrijfsonderdeel voorbereiden, vaststellen en uitvoeren.[90] Sterker nog, uit de overwegingen van de Hoge Raad in het Ogem arrest blijkt dat de moedermaatschappij van een concern de plicht heeft om het concern leiding te geven.
De concernleidingplicht ziet op de rol die de moedervennootschap speelt of behoort te spelen ter bescherming van de crediteuren van haar dochtervennootschap(pen)[91], maar zij geeft ook invulling aan de verantwoordelijkheid van de moedervennootschap jegens haar eigen aandeelhouders.[92] Raaijmakers stelt dat het bestuur van de moedervennootschap in het belang van haar aandeelhouders het concern leidt om het door hen geïnvesteerde vermogen tot waarde te maken.[93] Een belangrijk deel van deze plicht tot concernleiding ziet op het proactief zorg dragen voor de financiering van de groep als geheel, het beheer van en allocatie van de financiering binnen de groep.[94] Naast het feit dat op de moedervennootschap de plicht rust om de concernstrategie te implementeren bij haar dochtervennootschappen, kent zij ook de plicht om zich te laten informeren over de uitvoering van deze strategie en de financiële toestand van de dochter.[95] Dit is bijvoorbeeld voordelig bij het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening: om dit tot een goed einde te brengen, is een adequate informatiestroom van dochtermaatschappijen naar de moedermaatschappij onontbeerlijk. Bovendien hoort het volgens de Nederlandse Corporate Governance Code bij de plicht van een beursgenoteerde moedermaatschappij om een adequaat systeem van business controls te hanteren. Dit wordt verder besproken in hoofdstuk 3.

[89] Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*), r.o. 9.3.
[90] Raaijmakers 1993, p. 41; Van der Sangen 2009, p. 147.
[91] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 80.
[92] Raaijmakers 1993, p. 41; Van der Sangen 2009, p. 147.
[93] Raaijmakers 2015, p. 4; Van der Sangen 2009, p. 146.
[94] Van der Sangen 2009, p. 147.
[95] Van der Sangen 2009, p. 148.

2.2.3 Het begrip instructiebevoegdheid

Wettelijk kader

Op grond van artikel 2:239 lid 4 BW, ingevoerd met de Wet Flex BV in 2012, kan in de statuten van een dochtervennootschap (besloten vennootschap) vastgelegd worden dat de moedervennootschap, via de algemene vergadering in de dochtervennootschap, over de formele bevoegdheid beschikt om concrete instructies te geven aan haar dochtermaatschappij:

> '*De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming*.'

Met de invoering van het vierde lid van dit artikel is duidelijk geworden dat de aanwijzingen die de moedermaatschappij geeft op elk mogelijk beleidsterrein kunnen zien. Voorheen betrof het in de Departementale Richtlijnen (1986) instructies op het gebied van financieel, sociaal, economisch of personeelsbeleid.[96] Deze Richtlijnen zijn in 2001 ingetrokken, waarna aan artikel 2:129 / 2:239 BW een lid werd toegevoegd waaruit bleek dat er enkel algemene aanwijzingen gegeven konden worden aan zowel de NV als de BV. De instructiebevoegdheid voor BV's vindt in het huidige lid pas haar grens als de aanwijzingen in strijd zijn met het belang van de dochtervennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Op grond van artikel 2:129 lid 4 BW, ingevoerd in 2000, kan bij de NV een instructiebevoegdheid met beperkte strekking worden ingevoerd[97]:

> '*De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen.*'

De bevoegdheid moet expliciet worden toegekend aan een orgaan van de vennootschap. Indien dit de algemene vergadering is, kan zij slechts algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangeduide terreinen betreffen. Het verschil met artikel 2:239 lid 4 BW is te vinden in het soort aanwijzingen die gegeven kunnen worden: in artikel 2:129 lid 4 BW zijn deze beperkt tot algemene lijnen van het te voeren beleid. In het Forumbank arrest[98] wordt bevestigd dat de algemene vergadering in een NV geen instructies kan geven met betrekking tot het beleid. In artikel 2:239 lid 4 BW wordt een

[96] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 62; Gepken-Jager 2001, p. 14; Lennarts 2005, p. 18.
[97] Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013, p. 225.
[98] Hoge Raad 21 januari 1955, NJ 1959/43, m.nt. H.E. Bröring (*Forumbank*).

dergelijke beperking niet opgelegd. Omdat in dit onderzoek het uitgangspunt is dat dochtermaatschappijen de rechtsvorm BV hebben, zijn er voor de moedermaatschappij geen beperkingen opgelegd ten aanzien van de aard van de instructie.

Instructiebevoegdheid in de literatuur

De wettelijke instructiebevoegdheid trekt de concernverhouding het vennootschapsrechtelijk kader in: middels de algemene vergadering kan de moedermaatschappij als aandeelhouder in haar dochtervennootschap het bestuur van de dochtervennootschap instructies geven. De wijze waarop de instructiebevoegdheid geformuleerd is, impliceert dat het gaat om de inhoud en niet de vorm van de instructies.[99] Hoewel het een formele instructiebevoegdheid betreft, leidt het niet opvolgen van instructies van de moedermaatschappij niet zonder meer tot schending van de statutaire bevoegdheid.[100] Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming moet door de dochtermaatschappij telkens worden afgewogen tegen het concernbelang.[101] Echter, het vennootschappelijk belang van een dochtervennootschap in een concern wordt grotendeels gekleurd door het concernbelang.[102]

2.2.4 Het begrip instructiemacht

Wettelijk kader

Instructiemacht is geen term die in de wet terugkomt. In concernverhoudingen komt feitelijke instructiemacht veel voor. Deze macht wordt over het algemeen op informele wijze uitgeoefend. Artikel 2:134 lid 1 BW en 2:244 lid 1 BW bieden deze informele macht wel houvast: zij bepalen dat het orgaan dat bevoegd is tot benoeming van het bestuur deze ook op elk moment kan schorsen of ontslaan. Deze bevoegdheid geldt ook ten aanzien van de Raad van Commissarissen. Dit recht is vaak aan de algemene vergadering toebedeeld en is meestal voldoende stok achter de deur is voor de dochtermaatschappij om zich te vormen naar de instructies van de moedermaatschappij.[103]

Jurisprudentie

In de rechtspraak is het begrip instructiemacht meerdere malen aan bod geweest. Hieruit blijkt dat de moedervennootschap in het algemeen over de feitelijke macht beschikt om in te grijpen bij haar dochtermaatschappijen. Bovendien moeten deze zich richten naar de instructies van de moedervennootschap. De moedervennootschap kan de instructiemacht aanwenden om zo de concernstrategie te waarborgen. Onder bepaalde omstandigheden komt het voor dat het belang van één

[99] Lennarts 2005, p.1.
[100] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 67.
[101] Lennarts 2005, p. 2.
[102] Van den Ingh 2002, p. 15-16.
[103] Huizink 2013 p. 142; Lennarts 2006, p. 18.

van de dochtervennootschappen wordt achtergesteld bij het concernbelang. Zo stelt de Hoge Raad in Sobi/Hurks[104] dat in concernverhoudingen de moedermaatschappij over het algemeen over feitelijke macht beschikt om in te grijpen bij dochtermaatschappijen. Deze hoeft niet formeel vastgelegd te zijn. Na faillissement van de dochtermaatschappij HBA spraken haar schuldeisers de moedermaatschappij Bouwgroep Hurks aan voor de schulden van HBA, omdat de Bouwgroep niet had ingegrepen terwijl zij wist of behoorde te weten dat HBA haar verplichtingen jegens crediteuren niet zou kunnen voldoen. Bouwgroep Hurks was van mening dat zij geen instructierecht had[105] en daarom niet in staat was om de gang van zaken bij haar dochter tijdig bij te sturen. De Hoge Raad verwierp dit verweer; Bouwgroep Hurks beschikte wel degelijk over deze feitelijke macht en had haar dochter tijdig bij kunnen sturen.[106] In de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch inzake Kuiken Brabant[107] werd opnieuw bevestigd dat de directie van een dochtermaatschappij zich moet richten naar de aanwijzingen van haar moedermaatschappij. Zij overwoog daartoe dat de wijze waarop de formele inrichting van een besloten vennootschap zelden indicatief is voor de verhoudingen waartoe de vennootschap behoort en dat naar Nederlands recht geldt dat de dochtermaatschappij zich bij het bepalen van haar beleid in algemene zin moet richten naar de aanwijzingen van haar moedermaatschappij. In de Corus beschikking[108] overwoog de Ondernemingskamer dat het tot de taak van de RvC hoort om aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in beschouwing zijn genomen, op hun waarde zijn geschat en of de beslissingen die zijn genomen ter veiligstelling van die belangen adequaat en voldoende effectief zijn.[109] De RvC mag niet zonder meer een beleid voeren dat zich niet verdraagt of geen rekening houdt met de concernstrategie. Soms zal zij moeten aanvaarden dat het belang van 'haar' vennootschap wordt achtergesteld bij het belang van het concern.[110]

Instructiemacht in de literatuur

Instructiemacht speelt een grote rol in concernverhoudingen. Het hangt nauw samen met de concernleidingplicht en het geven van centrale leiding. Het is als het ware de andere kant van de munt: de moedervennootschap moet leiding geven aan het concern, maar daarvoor moet zij wel over feitelijke instructiemacht beschikken. Bij het ontbreken van een formele instructiebevoegdheid kleurt het concernbelang nog wel het vennootschappelijk belang van de dochtermaatschappij, maar zij kan haar eigen vennootschappelijk belang in plaats van het concernbelang in haar belangenafwegingen voorop zetten. De dochter moet te allen tijde tot nakoming van haar eigen verplichtingen als rechtspersoon in staat worden gesteld en het bestuur van de dochtervennootschap blijft op dit punt verantwoordelijk.[111]

[104] Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*).
[105] Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*), r.o. 5.3.8.2.
[106] Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*), r.o. 5.3.8.3.
[107] Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*).
[108] Hof Amsterdam 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (*Corus*).
[109] Hof Amsterdam 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (*Corus*), r.o. 3.4.
[110] Hof Amsterdam 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (*Corus*), r.o. 3.5.
[111] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 76.

Hoewel de formele grondslag ontbreekt, is het feit dat de moedermaatschappij via de algemene vergadering het bestuur of de raad van commissarissen van de dochtermaatschappij kan schorsen of ontslaan en kan vervangen voor een bestuur of raad van commissarissen die de instructies van de moedermaatschappij wel volgen, voldoende stok achter de deur voor dochtermaatschappijen om zich, voor zover mogelijk, te voegen naar de instructies van de concernleiding. [112] De macht om instructies te geven aan dochtermaatschappijen heeft ook een andere kant: naast dat het een vereiste is voor het geven van centrale leiding, is het voor de moeder onder bepaalde omstandigheden een middel om zelf gevrijwaard te blijven van aansprakelijkheid.[113]

2.3 Analyse van de samenhang van deze begrippen

De begrippen concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht hangen nauw met elkaar samen. Omdat op het bestuur van de moedervennootschap de plicht rust om leiding te geven aan het concern, moet zij over een bepaalde instructiemacht beschikken om aan deze plicht gehoor te geven. Dit kan op een formele wijze worden vormgegeven: de instructiebevoegdheid op grond van artikel 2:239 lid 4 BW bij dochter BV's. Artikel 2:129 lid 4 BW is wellicht nog te beperkt om op formele wijze volledig gehoor te kunnen geven aan de concernleidingplicht. Het opnemen van de instructiebevoegdheid van de algemene vergadering in de statuten van de dochter BV is een manier om de verhoudingen binnen het concern vast te leggen. Toch is deze instructiebevoegdheid niet absoluut; het bestuur van de dochtervennootschap wordt nog steeds in staat gesteld om een eigen belangenafweging te maken in het licht van haar vennootschappelijk belang.[114] Deze afweging fungeert als een correctiemechanisme: alleen dan als belangen van onder meer crediteuren voorzienbaar worden benadeeld door de instructies, hoeft de dochtervennootschap deze niet op te volgen.[115] De werkelijkheid wil dat het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap vaak grotendeels gekleurd wordt door het concernbelang.

Wanneer de instructiebevoegdheid niet statutair wordt vastgelegd, ontbreekt de formele grondslag voor het geven van bindende instructies en aanwijzingen aan de dochtermaatschappijen. Echter, dat wil niet zeggen dat de moedervennootschap niet op informele wijze wel een vinger in de pap heeft bij de dochtervennootschap. Dit komt ook naar voren in het SOBI/Hurks arrest. Op basis van feitelijke verhoudingen en de mogelijkheid om het bestuur of de RvC te ontslaan kan het bestuur van de moedervennootschap veel bereiken, al zal veel in overleg kenbaar worden gemaakt aan de dochtermaatschappijen. Het gebruiken van de feitelijke concernverhoudingen om de concernstrategie

[112] Huizink 2013 p. 142; Lennarts 2006, p. 18.
[113] Van der Sangen 2009, p. 149.
[114] Lennarts 2005, p. 2; Van der Korst 2002, p. 24.
[115] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 76; Van der Sangen 2007, p. 88; Van der Sangen 2009, p. 149; Dahmen 2014, p. 67.

vast te stellen en uit te voeren geeft het bestuur van de moedervennootschap de mogelijkheid om te voldoen aan haar concernleidingplicht.

2.4 Concernleidingplicht, instructiebevoegdheid en instructiemacht in dit onderzoek

Er bestaat veel samenhang tussen de plicht tot concernleiding, instructiebevoegdheid en instructiemacht. Voor dit onderzoek is het van belang dat duidelijk is hoe de verhoudingen binnen concerns liggen, voordat verder gegaan kan worden met het verkennen van risicomanagement en aansprakelijkheid van aandeelhouders. De moedermaatschappij moet over de zeggenschap beschikken om het concern op een dergelijke wijze in te richten dat derden geen voorzienbare schade lijden door gedragingen van haar (klein)dochtermaatschappijen. De moedervennootschap moet centrale leiding kunnen geven en ook daadwerkelijk concernleiding geven. Om die reden wordt hierna aangenomen dat die feitelijke verhoudingen bestaan die ervoor zorgen dat de moedervennootschap instructiemacht bezit, het beleid van haar dochtervennootschappen ten minste op hoofdlijnen bepaalt en concrete aanwijzingen kan en onder omstandigheden moet geven ten aanzien van dit beleid. Het al dan niet bestaan van instructiebevoegdheid is niet direct relevant voor dit onderzoek, zoals jurisprudentie heeft aangetoond. Uitgangspunt is dat de algemene vergadering van de moedermaatschappij over de bevoegdheid beschikt om het bestuur dan wel de RvC te schorsen of te ontslaan. Op deze wijze kan de moedervennootschap de dochtervennootschap alsnog dwingen zich te schikken naar het concernbeleid en de concrete aanwijzingen van de moedervennootschap. Het uitgangspunt van dit onderzoek is dat de moeder de concerntouwtjes in handen heeft.

Hoofdstuk 3: Risicomanagement

In dit hoofdstuk wordt risicomanagement nader bekeken. Daarbij wordt eerst het algemene kader waarbinnen risicobeheersing plaatsvindt geschetst, waarbij het wettelijk kader en belangrijke rechtspraak kort aan bod komt. Duidelijk moet worden welke informatie via concerninterne rapportagelijnen uitgewisseld wordt en moet worden, waarmee het eerste deel van de onderzoeksvraag beantwoord kan worden. Daarbij worden ook twee veel gebruikte risicomanagementsystemen kort uiteen gezet. Pas daarna kan verder onderzocht worden of op de moedervennootschap een zorgplicht rust om in te grijpen bij haar dochtervennootschappen.

3.1 Het ontstaan van risicomanagement

3.1.1 Risicomanagement als onderdeel van corporate governance

Corporate governance staat de laatste jaren steeds meer in de belangstelling, zeker bij beursvennootschappen. Hoewel het begrip geen vaste definitie heeft, wordt het ook wel omschreven als het geheel aan regels en beginselen die gaan over de inrichting van het ondernemingsbestuur binnen een vennootschap.[116] Het bepaalt onder meer de (zeggenschaps)verhoudingen tussen het bestuur, commissarissen en aandeelhouders en de wijze waarop over de zeggenschapsuitoefening verantwoording wordt afgelegd.[117] Andere belanghebbenden kunnen ook in deze verhoudingen worden betrokken, zoals werknemers.[118] Het goed inrichten van corporate governance is erg belangrijk: een goed beheerde vennootschap kan op lange termijn beter concurreren, is financieel gezien stabieler en is in staat om duurzame groei verwezenlijken.[119]

Risicomanagement is een belangrijk onderdeel van corporate governance. Het hangt nauw samen met interne controle.[120] De moedervennootschap van een concern heeft de plicht het concern te leiden waardoor zij waarde kan creëren voor haar aandeelhouders of beleggers.[121] Interne controle draagt hieraan bij doordat de moedervennootschap onderzoekt of de resultaten van activiteiten van dochtervennootschappen overeenkomen met de concerndoelstellingen en concernstrategie.[122] De inrichting van interne controle is afhankelijk van de complexiteit, omvang en groei van de onderneming.[123] Dochtervennootschappen zijn verplicht de moedervennootschap voldoende informatie te verschaffen voor deze interne controle, zodat de moedervennootschap haar concernleidingplicht naar behoren kan vervullen[124] en intern toezicht kan houden op het behalen van strategische en financiële

[116] Assink|Slagter 2013, p. 22.
[117] Van Schilfgaarde 2013, p. 40; Notermans & Van Weelden 2015, p. 2; Mededeling van de Commissie, actieplan 2012, p. 3; G20/OECD, OECD Principles of Corporate Governance 2015, p. 9.
[118] Mededeling van de Commissie, actieplan 2012, p.3; Groenboek 2010, p. 4.
[119] Mededeling van de Commissie, actieplan 2012, p. 3; G20/OECD Principles of Corporate Governance, 'about the principles, http://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm.
[120] Van der Elst 2011, p. 215, p. 236; Van Daelen & Van der Elst 2010, p. 5; Van Daelen, 2012, p. 23.
[121] Van der Sangen 2009, p. 147; Schuit 2007, p. 8; Maatman, 2007, p. 57.
[122] Van Daelen 2012, p. 23.
[123] Van der Elst 2013, p. 4.
[124] Buijn & Storm 2013, p. 460.

doelen en het beheersen van daaraan verbonden risico's.[125] Dat beheersen geschiedt via risicomanagement: het doel is het beheersen van financiële en operationele risico's op alle niveaus van de vennootschap.[126] Na de financiële crisis van 2008 werd veel regelgeving aangescherpt en uitgebreid.[127] Risicomanagement werd een belangrijk thema[128] in zowel juridische als economische literatuur. De focus lag op het identificeren, analyseren en beheersen van risico's, welke het behalen van de doelen van de onderneming bedreigen[129], een belangrijk onderdeel van de bestuurstaak bij beurgenoteerde ondernemingen.[130] Omdat ondernemingen bloot staan aan vele soorten risico's, wordt een risicobeheersingssysteem gebruikt om ze te identificeren, te analyseren en te beheersen. [131] Er zijn verschillende typen: zo zijn er strategische en operationele risico's, financiële verslaggevingsrisico's en compliance risico's (het overtreden van wet- en regelgeving).[132] Het Europees Groenboek uit 2010 meent dat sommige ondernemingen ook te maken hebben met risico's die de samenleving kunnen schaden, zoals milieurisico's, klimaatrisico's, maar ook risico's die te maken hebben met gezondheid, veiligheid of mensenrechten. Dit soort risico's zouden echter met sectorale wetgeving bestreden moeten worden en niet overgelaten moeten worden aan ondernemingen alleen.[133]

In het algemeen wordt aangenomen dat risicomanagement een kerntaak van het bestuur is.[134] Bij een multinationaal concern beslaat het beheers- en controlesysteem ten behoeve van risicobeheer het gehele stelsel van samenhangende vennootschappen.[135] Daarbij worden risico's ingedeeld op basis van bijvoorbeeld de waarschijnlijkheid dat het zich verwezenlijkt, haar omvang en de geschatte gevolgen bij verwezenlijking.[136] Afhankelijk van de risk appetite, het risiconiveau dat de onderneming bereid is te nemen besluit de onderneming hoe zij met het risico omgaat.[137] Het omgaan met risico's gebeurt in het bedrijfsleven op één van de volgende vier manieren: elimineren, overdragen, verminderen en accepteren.[138] Er bestaan verschillende raamwerken om het risicobeheersingssysteem in te richten. Zo publiceerde COSO in 2004 'Enterprise risk management – integrated framework. Momenteel is dit één van de meest gebruikte risicomanagementsystemen.[139]

[125] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 41.
[126] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 270.
[127] Hijink 2005.
[128] Assink & Strik 2009, p. 209; Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 41; Van Daelen & Van der Elst 2010, p. 74.
[129] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 41; zie voor risicomanagement ten tijde van de crisis in de financiële sector: Groenboek 2010, p.7.
[130] Assink|Slagter 2013, p. 909; Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 43.
[131] Assink & Strik 2009, p. 206.
[132] Prinicpe 1.2.3 Corporate Governance Code 2016; Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 37.
[133] Europese Commissie, Groenboek, The EU corporate governance framework, 2012, p. 10.
[134] Assink|Slagter 2013, p. 909; Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 43.
[135] Lennarts 2002, p. 64.
[136] Assink & Strik 2009, p. 207.
[137] Notermans & Van Weelden 2015, p. 1.
[138] Notermans & Van Weelden 2015, p. 4-5.
[139] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 35.

3.1.2 De principaal – agent relatie

De principaal – agent relatie staat centraal in de beursvennootschap. Deze theorie beschrijft, kort gezegd, de situatie waarin de principaal (opdrachtgever) de agent (opdrachtnemer) een opdracht voor hem laat uitvoeren. Binnen de vennootschappelijke relatie in een beursgenoteerde vennootschap investeert de belegger als principaal kapitaal in de rechtspersoon. Het bestuur van deze rechtspersoon heeft als agent de opdracht om dit vermogen aan te wenden in overeenstemming met de ondernemingsstrategie en het ondernemingsdoel, om zo waarde te creëren voor de belegger.[140] Deze scheiding heet ook *wel separation of ownership and control*.[141] Bij beursgenoteerde ondernemingen komt het vaak voor dat het aandelenbezit wijd verspreid is en dat beleggers een relatief klein belang hebben, wat ertoe leidt dat ze nauwelijks betrokken zijn bij de onderneming. Als gevolg hiervan komt de feitelijke macht bij het bestuur te liggen.[142] Dit brengt het risico met zich mee dat het bestuur haar eigen belang nastreeft ten nadele van de beleggers. Om ervoor te zorgen dat de beleggers het gedrag van het bestuur kunnen beheersen, moet het bestuur rekening en verantwoording afleggen aan haar beleggers op de jaarlijkse algemene vergadering.[143] De jaarrekening is daarbij een belangrijke bron van informatie.[144] Helaas werkt dit systeem niet optimaal: zo zijn beleggers vaak niet betrokken, te weinig deskundig of staat het grote aantal beleggers in de weg van adequaat toezicht.[145] Om dit risico te verkleinen, rusten op de beursvennootschap effectenrechtelijke disclosure verplichtingen. Deze doorlopende verplichtingen uit de Wet Financieel Toezicht (Wft), gebaseerd op het Europese effectenrecht, strekken ter bescherming van beleggers.[146] De disclosure van informatie door de beursvennootschap moet leiden tot een juiste koersvorming op de kapitaalmarkt en accurate, alomvattende en tijdige informatie op basis waarvan beleggers hun beslissingen nemen.[147] Om deze beslissingen te nemen, wil de belegger informatie over de visie, strategie en doelstellingen van de onderneming, maar hij wil ook inzicht in welke risico's door de beursvennootschap worden genomen, welke risico's op de onderneming inwerken en hoe het bestuur van de beursvennootschap dit beheerst.[148] Deze informatie is onder meer terug te vinden in het verplichte jaarlijkse disclosure document: dit omvat onder andere de opgemaakte jaarlijkse financiële verslaggeving en het jaarverslag ex artikel 5:25c Wft. Ook kunnen in het kader van de disclosure verplichtingen halfjaarlijkse of kwartaalberichten gepubliceerd worden[149] en moet koersgevoelige informatie ex artikel 17 Verordening Marktmisbruik gepubliceerd worden.[150]

[140] Maatman 2007, p. 57; Abma, Van Kleef, Lemmers & Olaerts 2017, p. 11.
[141] Berle & Means 1933.
[142] Abma, Van Kleef, Lemmers & Olaerts 2017, p. 12.
[143] Maatman 2007, p. 58.
[144] Van den Ingh 1996, p. 173.
[145] Huizink 2013, p. 182.
[146] Prospectusrichtlijn, overweging 18; 363; Richtijn 2004/109/EG L 390/38 (Transparantierichtlijn), overweging 1 en 2; Raaijmakers 2006, p. 363.
[147] Richtlijn 2004/109/EG, Transparantierichtlijn, overweging 1; zie voor het vergelijkbare 'passende en volledige informatie' overweging 18 Prospectusrichtlijn.
[148] Van Beurden & Van der Zanden 2011, p. 1.
[149] Artikel 25d-e Wft
[150] Verordening (EU) Nr. 596/2014, L 173/1; Van der Sangen & Raaijmakers 2015, p. 571.

Een goede corporate governance kan bijdragen aan het verkleinen van het risico dat het bestuur van de beursvennootschap haar eigen belang nastreeft in plaats van dat van de beleggers. De agency – theorie gaat over verschillende varianten van de principaal – agent relatie[151] en beschrijft meerdere governance mechanismen die het nastreven van eigen belang door de agent kunnen beperken.[152] Naast de effectenrechtelijke disclosure kan op basis van het vennootschapsrecht een toezichthoudend orgaan plaats hebben in de vennootschap. Het bestuur moet dan bijvoorbeeld ook verantwoording afleggen aan een toezichthoudend orgaan als de RvC.[153] De RvC heeft ook een meer actieve taak: zij houdt toezicht op het bestuur.[154] Om deze taken goed uit te voeren, moet zij onafhankelijk zijn.[155]

3.2 Het gebruik van een risicomanagementsysteem

3.2.1 Wettelijk kader

Internationale en Europese wet- en regelgeving

In Europese wet- en regelgeving komt indirect naar voren dat beursvennootschappen over een risicobeheersings- en controlesysteem dienen te beschikken. Zo bepaalt de Richtlijn betreffende de jaarrekening[156] dat er tegelijk met het financiële jaarverslag een bestuursverslag gepubliceerd moet worden, waarin onder meer de voornaamste risico's en onzekerheden worden beschreven waarmee de beursgenoteerde onderneming geconfronteerd wordt. Deze risico's en onzekerheden vloeien voort uit een risicobeheersings-en controlesysteem welke het gehele concern beslaat. Daarnaast bevat dit verslag een getrouw overzicht en volledige analyse van de ontwikkeling en resultaten van de bedrijfsactiviteiten. Deze analyse kan zien op financiële en niet – financiële essentiële prestatie-indicatoren, zoals informatie over milieu- en personeelsaangelegenheden. Het bestuursverslag dient ook de doelstellingen en het beleid van de onderneming betreffende het beheer van financiële risico's te vermelden wanneer de onderneming financiële instrumenten gebruikt en het door de onderneming gelopen prijsrisico, kredietrisico, liquiditeitsrisico en kasstroomrisico. Door deze informatie ten aanzien van risico's en onzekerheden op te nemen in haar bestuursverslag, informeert de beursvennootschap haar beleggers over de volledige positie van de onderneming. Op basis daarvan kunnen beleggers een beter geïnformeerde keuze maken.

Het gebruik van corporate governance, waarvan risicomanagement een belangrijk onderdeel is, berust in het Europese wet- en regelgevingskader op een combinatie van wetgeving en soft law ('zachte' regulering). Corporate Governance Codes worden op nationaal niveau vastgesteld. Dit wordt ondersteund door Richtlijn 2006/46/EG en Richtlijn 2013/34/EU[157], waarin is bepaald dat

[151] De Wulf 2002, p. 22-23.
[152] Fama & Jensen 1983, p. 301.
[153] Huizink 2013, p. 181; Maatman 2007, p. 59.
[154] Van Schilfgaarde, p. 40; Van den Boogert 2005; Beckman 2005.
[155] Huizink 2013, p. 186; Van Ginneken 2012.
[156] Richtlijn 2013/34/EU, artikel 19.
[157] Richtlijn 2006/46/EG en Richtlijn 2013/34/EU, artikel 20.

beursgenoteerde ondernemingen in hun bestuursverslag een verklaring inzake corporate governance moeten opnemen. Hierin verwijzen zij naar de nationale corporate governance code waaraan de onderneming is onderworpen en past zij het 'comply or explain' principe toe. Dit principe houdt in dat een onderneming die van een corporate governance code afwijkt, moet uitleggen van welke onderdelen zij afwijkt en waarom zij dat doet.[158] Dit creëert de mogelijkheid om de corporate governance aan te passen aan de onderneming en haar activiteiten.[159] Ook dient het bestuursverslag een beschrijving van de belangrijkste kenmerken te bevatten van de interne controle- en risicobeheerssystemen van de onderneming in verband met het proces op financiële verslaggeving.[160] In Nederland is de Corporate Governance Code uit 2016 van toepassing.[161] Op internationaal niveau heeft met name de OESO zich gericht op corporate governance. Zij heeft in 1999 een set beginselen opgesteld, welke het meest recent in 2015 vernieuwd zijn. Een Nederlandse beursvennootschap kan deze principes als richtsnoer voor haar corporate governance beleid gebruiken.[162]

Nederlandse wet- en regelgeving

Beursgenoteerde ondernemingen zijn op basis van artikel 5:25c Wft verplicht jaarlijks haar financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar te stellen voor haar beleggers. Deze verslaggeving omvat onder meer de door de accountant goedgekeurde jaarrekening en het bestuursverslag. Daarbij wordt een verklaring opgenomen van de verantwoordelijke personen dat, voor zover hun bekend, het bestuursverslag een getrouw beeld geeft van de toestand van de onderneming op de balansdatum, de gang van zaken gedurende het boekjaar en dat in het bestuursverslag de wezenlijke risico's waarmee de beursgenoteerde onderneming van doen heeft, zijn beschreven.

De vereisten van het bestuursverslag zijn verder neergelegd in artikel 2:391 BW. In dit artikel zijn ook enkele specifieke bepalingen ten aanzien van risicobeheer terug te vinden. Deze zien op transparantie omtrent risico's en de beheersing daarvan in het bestuursverslag. Zo stelt lid 1 onder meer dat het bestuursverslag een beschrijving bevat van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de rechtspersoon wordt geconfronteerd. Uit lid 3 volgt dat de doelstellingen en het beleid inzake risicobeheer moeten worden vermeld ten aanzien van het gebruik van financiële instrumenten en voor zover dat van betekenis is voor de beoordeling van activa, passiva, financiële toestand en resultaat van de vennootschap. Daarbij moet ook aandacht worden besteed aan prijs-, krediet-, liquiditeits- en kasstroomrisico's. Deze informatie vloeit voort uit een risicobeheersings- en controlesysteem dat het gehele concern beslaat. Via artikel 2:391 lid 5 BW is de Nederlandse Corporate Governance Code op ondernemingen van toepassing die aan de Nederlandse beurs genoteerd. Ook in artikel 3a van het Besluit bestuursverslag is opgenomen dat in het bestuursverslag van de vennootschap melding moet worden

[158] Groenboek 2011, p.2-3.
[159] Abma & Olaerts 2011, p. 104.
[160] Richtlijn 2013/34/EU artikel 20 lid 1 sub c.
[161] *Stb*. 2017, 332.
[162] G20/OECD, OECD Principles of Corporate Governance 2015.

gemaakt van de belangrijkste kenmerken van het beheers- en controlesysteem in verband met het proces van financiële verslaggeving.

Naast het effectenrecht dat van toepassing is op beursgenoteerde vennootschappen, zijn er ook verschillende artikelen in boek 2 BW op basis waarvan een NV een beheers- en controlesysteem moet gebruiken. Een voorbeeld is artikel 2:141 lid 2 BW, waaruit blijkt dat het bestuur op hoofdlijnen toezicht dient te houden op de gang van zaken binnen de vennootschap, onder meer ten aanzien van de beheersing van risico's die voortkomen uit de activiteiten van de vennootschap en de uitvoering daarvan.[163] Dat betekent dat de vennootschap over een beheers- en controlesysteem moet beschikken, waarover het bestuur van de vennootschap beleid voert.[164] Bovendien is identificatie, analyse en beheersing van risico's vereist. Risicomanagement is onderdeel van de bestuurstaak.[165] Voor de RvC is een belangrijke taak weggelegd, omdat het bestuur van de vennootschap aan haar rekening en verantwoording moet afleggen.[166] Deze taak volgt uit artikel 2:140 lid 1 en 2. De RvC is onafhankelijk en zij moet zich richten naar het belang van de vennootschap. [167] Omdat het bestuursbeleid van de moedervennootschap van een concern zich uitstrekt over al haar dochtervennootschappen, ziet de taak van de RvC van de moedervennootschappen ook op het concernbeleid.[168]

3.2.2 De Corporate Governance Code

De Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: Code) is door artikel 2:391 lid 5 BW van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen in Nederland.[169] Deze Code beoogt een richtsnoer te geven voor de governance van beursgenoteerde vennootschappen, met aandacht voor een effectieve samenwerking en bestuur. Het doel is het creëren van een transparant en degelijk stelsel van 'checks and balances' binnen Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen.[170] Zij ziet op de interne inrichting van de beursvennootschap en is niet (direct) gericht op plichten van de vennootschap ter bescherming van de belegger.[171] Het is een vorm van private regelgeving (zelfregulering). Voor niet-beursgenoteerde ondernemingen kan de Code via reflexwerking van toepassing zijn.[172] Een aan de Nederlandse beurs genoteerde vennootschap is verplicht een corporate governance gedragscode na te leven. Zij heeft daarbij de ruimte om te kiezen welke het beste bij haar past. Zij kan besluiten om een andere code dan de Nederlandse Corporate Governance Code na te leven.[173] De vennootschap dient de Code wel na te leven. Wanneer zij haar gekozen Code niet naleeft, volgt uit het HBG arrest[174] dat wanneer een

[163] Assink|Slagter 2013, p. 917.
[164] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 44.
[165] Assink|Slagter 2013, p. 909.
[166] Huizink 2013, p. 181.
[167] Assink|Slagter 2013, p. 582-583.
[168] Huizink 2013, p. 186.
[169] Zie voor de specifieke reikwijdtebepalingen het preambule van de Nederlandse Corporate Governance Code 2016.
[170] Nederlandse Corporate Governance Code 2016, preambule.
[171] Van der Sangen & Raaijmakers 2015, p. 573.
[172] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 45.
[173] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 30; Van Schilfgaarde 2013, p. 42.
[174] Hoge Raad 21 februari 2003, JOR 2003/57 (*HBG*).

vennootschap stelt een bepaald voorschrift na te leven en dit vervolgens niet doet, zij daarop bij de rechter aangesproken kan worden.[175] Het moet daarbij wel gaan om een bepaling die ziet op een in Nederland aanvaard inzicht omtrent corporate governance[176] en er moet onderzocht worden hoeveel beursvennootschappen de bepaling naleven.[177] In de Code zijn principes in de vorm van best practice bepalingen opgenomen.[178] De hoofdlijnen van de corporate governance van de vennootschap moeten op basis van deze code jaarlijks in het bestuursverslag uiteen gezet worden. Voor de Code geldt het 'comply or explain' principe: indien beursgenoteerde ondernemingen besluiten van de Code af te wijken, dan moeten zij dit vermelden in het bestuursverslag en onderbouwen waarom zij dit doen. Echter, het volledig naleven van de Code draagt volgens het preambule van de Code bij aan het vertrouwen in goed en verantwoord bestuur van de vennootschap(pen).[179] De eerste Code is in 2003 gepubliceerd, de nieuwste in 2016. Hierin zijn de bepalingen geactualiseerd, wordt lange termijn waardecreatie centraal gesteld[180] en is cultuur onderdeel geworden van een goede corporate governance.[181]

Voor lange termijn waardecreatie is goed risicomanagement essentieel.[182] In principe 1.1 van de Code staat dat het bestuur van de onderneming zich richt op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en dat zij daarbij belangen van stakeholders meeneemt. Dit is gewijzigd ten opzichte van de Code uit 2008: toen zag de taak van het bestuur op het creëren van lange termijn aandeelhouderswaarde. De waardecreatie in de Code 2016 bedient zich van een bredere 'stakeholder' benadering: uit de preambule van de Code volgt dat stakeholders groepen en individuen zijn die (in)direct het bereiken van doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of daardoor worden beïnvloed. Dit zijn onder meer werknemers, aandeelhouders of beleggers, toeleveranciers en afnemers. Bij de herziening van de Corporate Governance Code uit 2008 noemt de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een adequaat systeem voor beheersing van risico's onmisbaar, omdat eenzijdige aandacht voor de korte termijn resultaten ten koste gaat van de lange termijn resultaten.[183] Om deze reden staat onder meer risicobeheer centraal in de huidige Code.[184] Zo ziet principe 1.2 van de Code op risicobeheersing: de vennootschap moet over adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen beschikken. Het bestuur van de vennootschap is verantwoordelijk voor het opzetten van deze systemen. Deze moeten geïntegreerd worden in de werkprocessen van de vennootschap en bekend zijn bij diegenen voor wier werk zij van belang zijn. Daarnaast stelt het bestuur van de vennootschap de risicobereidheid vast en is zij verantwoordelijk voor het identificeren, analyseren en beheersen van risico's die zijn verbonden aan de strategie en de activiteiten van de vennootschap. Een

[175] Hoge Raad 21 februari 2003, JOR 2003/57 (*HBG*), r.o. 6.6.1; Abma 2005, p. 9.
[176] Hoge Raad 21 februari 2003, JOR 2003/57 (*HBG*), r.o. 6.4.2.
[177] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2013, 39.
[178] Assink|Slagter 2013, p. 1370.
[179] Nederlandse Corporate Governance Code 2016, preambule.
[180] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 17.
[181] http://www.mccg.nl/?page=5178; Jaarboek 2016/17, p. 79-80.
[182] Koster 2016, p. 234.
[183] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 18.
[184] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 19.

duidelijke verbinding tussen de risicobereidheid van de onderneming en de strategie voor lange termijn waardecreatie van een onderneming en een heldere communicatie daarover naar de medewerkers draagt bij aan de effectiviteit van het risicomanagement.[185] Voor het succes van de risicobeheersing is de cultuur binnen de vennootschap van belang. Principe 2.5 van de Code bepaalt dat de onderneming over een cultuur moet beschikken die bijdraagt aan het bereiken van de lange termijn waardecreatie. De cultuur van de onderneming is bepalend voor de effectiviteit van risicomanagement: dit komt voort uit het feit dat niet alleen in bestuurslagen risicomanagement plaatsvindt. Ook medewerkers komen hier dagelijks mee in aanraking.[186] De risicobereidheid is de basis van de risicobeheersing. [187] Na het analyseren van de risico's en haar positie ten opzichte van de risicobereidheid van de onderneming, bepaalt het bestuur van de vennootschap welke maatregelen toegepast worden om deze risico's te beheersen. Voorts overziet het bestuur de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en beoordeelt zij deze zeker één keer per jaar. Indien nodig worden de systemen aangepast, opdat zij beter functioneren.

Uit principe 1.4 blijkt dat het bestuur ten aanzien van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen op drie manieren verantwoording af moet leggen: aan de RvC, in het bestuursverslag bij de beschrijving van het risicobeheersings-en controlesysteem en door verklaringen in het bestuursverslag. Uit principe 1.4.3 blijkt dat in het bestuursverslag het bestuur van de beursvennootschap verklaart dat het verslag inzicht biedt in deze tekortkomingen van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en dat het verslag de materiële risico's en onzekerheden vermeldt die van belang zijn voor de continuïteit van de onderneming. Deze verantwoording ziet erop toe dat er een redelijke mate van zekerheid bestaat dat de risico's die de vennootschap ondervindt voldoende zijn onderkend en passen bij de strategie en risk appetite van de onderneming.[188]

3.2.3 Jurisprudentie

Het gebruik van een risicobeheersings- en controlesysteem is verplicht, maar er is veel ruimte voor een beursvennootschap om het zo in te richten dat het bij haar activiteiten past. Dit kan tot vragen leiden over onder meer de reikwijdte van de systemen en de rol van de RvC. Een aantal van deze vragen zijn beantwoord in rechtspraak. Zo is bevestigd dat het risicobeheersings-en controlesysteem een essentieel onderdeel vormt van de concernleidingplicht die op het bestuur van de moedervennootschap rust. De moedermaatschappij moet ervoor zorgen dat haar risicobeheersings- en controlesysteem naar behoren functioneert, maar zij moet er ook voor zorgen dat de interne controlesystemen bij haar dochtervennootschappen naar behoren functioneren.[189] Indien zij signalen ontvangt dat er iets niet klopt,

[185] Gorter 2016, par. 4.
[186] Gorter 2016, par. 5.
[187] Gorter 2016, par. 4.
[188] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 47.
[189] Hof Amsterdam 27 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*).

moet zij ingrijpen.[190] Op basis van informatie van de dochtervennootschappen kan de moedervennootschap haar strategie en concernbeleid baseren. De concernleiding is de verbindende schakel tussen corporate governance en interne controle. De moedervennootschap dient via haar risicomanagement zicht te hebben op haar ondernemersrisico's en zij moet hier rekening mee houden. Het tekort aan informatie kan ertoe leiden dat de moedervennootschap haar strategie en beleid onjuist vaststelt, wat serieuze gevolgen kan hebben voor het risicobeheer en de met haar activiteiten samenhangende ondernemersrisico's. [191] Ten aanzien van het adequaat functioneren van het risicomanagement is blijkens jurisprudentie ook een rol voor de RvC weggelegd: onder omstandigheden moet zij om meer informatie verzoeken of ingrijpen.[192] De Ondernemingskamer overwoog inzake Laurus[193] dat in het Nederlandse wettelijke systeem van bestuur en toezicht en de in Nederland gangbare opvattingen van corporate governance de RvC in beginsel mag afgaan op de informatie die het bestuur, gevraagd of ongevraagd, haar verstrekt. Echter, de RvC van Laurus had eerder moeten ingrijpen en tot scherper toezicht moeten overgaan, omdat zij over signalen beschikte die daarom vroegen. De Ondernemingskamer oordeelde dan ook dat het gedrag van de RvC zelfs kwalificeerde als wanbeleid. Het functioneren van het risicomanagementsysteem en het inzicht dat dit genereert in het reilen en zeilen van het concern berust niet enkel bij het bestuur van de moedervennootschap. De taak van de RvC van de moedervennootschap strekt zich ook uit tot toezicht houden op het risicobeheersings- en controlesysteem van de moedervennootschap.

3.3 Het belang van informatie-uitwisseling in een risicomanagementsysteem

3.3.1 Waarom is deze informatie – uitwisseling voor een concern van belang?

Binnen het concern vindt binnen meerdere verhoudingen informatie-uitwisseling plaats. Om ervoor te zorgen dat de moedervennootschap aan haar disclosure verplichtingen kan voldoen, wordt continu informatie uitgewisseld door (klein)dochtervennootschappen met de moedervennootschap. Met deze informatie is de moedervennootschap in staat haar beleggers inzicht te geven in de stand van zaken binnen het concern, waarbij onder meer de risico's waarmee zij te maken heeft inzichtelijk worden gemaakt. Er kunnen zich een aantal situaties voordoen: zo is het mogelijk dat de moedervennootschap geen risicomanagementsysteem inricht, dat dit systeem gebrekkig functioneert of dat het adequaat functioneert. Hierna wordt het belang van informatie-uitwisseling voor de concernleidingplicht van het bestuur van de moedervennootschap besproken.

Er zijn verschillende situaties die kunnen ontstaan wanneer het gaat om het gebruik van een risicobeheersings- en controlesysteem en informatie-uitwisseling. Zo kan het bestuur nalaten een

[190] Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*), r.o. 9.1.
[191] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*), r.o. 5.105; Van der Sangen 2009, p. 152.
[192] Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*), r.o. 10.2.
[193] Hof Amsterdam 16 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM1450 (*Laurus*), r.o. 3.6 t/m 3.9.

dergelijk systeem op te zetten. Om te voorkomen dat een beursvennootschap geen adequaat risicobeheersings- en controlesysteem heeft, geen inzicht in haar concern heeft en haar beleggers niet adequaat kan informeren, is de vennootschap op grond van wet- en regelgeving verplicht een dergelijk systeem op te zetten. Het is ook mogelijk dat het bestuur van de moedervennootschap een risicomanagementsysteem opzet, maar dat dit systeem gebrekkig functioneert. Omdat het systeem niet goed werkt, is de moedervennootschap niet op de hoogte van informatie die haar wel bekend zou moeten zijn. Een gebrekkig toezicht van de moedervennootschap op de dochtervennootschappen met betrekking tot de interne controle en de informatieverschaffing kan leiden tot strijd met de concernleidingplicht[194] en daarmee tot een gebrek in de informatieverschaffing aan beleggers. Dit kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Behoorlijke taakvervulling door een moedermaatschappij houdt in dat zij steeds goed geïnformeerd is over en indien nodig ingrijpt bij haar (klein)dochtervennootschappen.[195] Bovendien blijkt uit jurisprudentie dat de moedervennootschap soms in het belang van de crediteuren van haar dochtermaatschappijen moet ingrijpen.[196] Zonder de gestroomlijnde uitwisseling van informatie binnen het concern kan het bestuur van de moedervennootschap er niet voor zorgen dat een gezamenlijke strategie wordt gevolgd en kan zij de activiteiten van dochterondernemingen niet coördineren.[197] Met andere woorden: zonder de informatie-uitwisseling binnen het concern kan de moedervennootschap niet aan haar concernleidingplicht en eigen bestuurstaak voldoen.

Een goed functionerend risicobeheersingssysteem past in het kader van de informatievoorziening van het bestuur van de moedervennootschap.[198] Dochtervennootschappen volgen bij de informatie-uitwisseling de door de moedervennootschap vastgestelde richtlijnen en concrete aanwijzingen.[199] Zo moeten de dochtervennootschappen het bestuur van de moedervennootschap continu informeren over haar activiteiten en de ontwikkeling van haar activa en passiva.[200] Ook moet zij aan de moedervennootschap rapporteren over onder meer financiële en non-financiële informatie, waaronder operationele en aan compliance gerelateerde informatie.[201] Een voorwaarde voor een effectieve beheersing van risico's is dat de structuur van de onderneming en haar cultuur eraan bijdragen dat er een stroom van betrouwbare en relevante informatie is naar het bestuur en de RvC over de implementatie van de strategie en de daaraan verbonden risico's. Deze rapportagestructuren zijn een belangrijk onderdeel van het risicobeheersingssysteem.[202] Het bestuur van de moedervennootschap beschikt over informatie van haar (klein)dochtervennootschappen en kan op basis daarvan haar concernstrategie, beleid en de concernfinanciering inrichten. Dat is de informatie die van de moedervennootschap naar de

[194] Hof Amsterdam 27 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*), r.o. 3.40.
[195] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 828.
[196] Coenraads 2013, p. 131. Deze jurisprudentie wordt in hoofdstuk 4 verder behandeld.
[197] Van Achterberg 1989, p. 40.
[198] Assink & Strik 2009, p. 287-288.
[199] Raaijmakers 2015, p. 17.
[200] Raaijmakers 2015, p. 17.
[201] Bier 2005, p. 2.
[202] Assink & Strik 2009, p. 235.

dochtervennootschappen stroomt: de moedervennootschap moet de concernstrategie- en beleid met haar dochtervennootschappen communiceren. De wisselwerking zorgt voor de mogelijkheid om via de concernstrategie op de lange termijn waarde te creëren voor de beleggers van de moedervennootschap.

Het filteren van informatie naar hogere niveaus kan echter wel problemen opleveren. Zo kan, omdat de informatie meerdere niveaus passeert, dit tot gevolg hebben dat voor het bestuur van de moedervennootschap relevante (en meer gedetailleerde) informatie weg 'gefilterd' wordt. Dit is een aspect dat zij goed in het oog moet houden en eventueel moet ondervangen met aanvullende instructies ten aanzien van het doorgeven van informatie. Daarnaast moet het bestuur van de moedervennootschap van het concern niet vergeten dat rapportage van de dochtervennootschappen altijd gekleurd is.[203] Bovendien loopt de moedervennootschap die een goed functionerend risicobeheersings- en controlesysteem heeft opgezet altijd het risico dat haar toch niet de juiste informatie van haar dochtervennootschappen bereikt. Fraude kan hier een oorzaak van zijn. Een zorgplicht voor de moedervennootschap komt alleen dan nog in beeld wanneer zij uit andere bronnen signalen had moeten ontvangen waaruit bleek dat zij informatie had moeten opvragen bij haar dochtervennootschappen. Een dergelijk signaal kan bijvoorbeeld van een klokkenluider komen.

Naast informatiestromen tussen de moedervennootschap en dochtervennootschappen en tussen de moedervennootschap en haar beleggers, vindt er informatie-uitwisseling plaats tussen het bestuur en de RvC van de moedervennootschap van het concern. Deze informatie-uitwisseling is vereist in het licht van de behoorlijke taakvervulling van de RvC; de kwaliteit van toezicht van de RvC is afhankelijk van het tijdig en voldoend geïnformeerd zijn.[204]

3.3.2 Welke informatie wordt uitgewisseld?

Hoewel het duidelijk is dat een concern over een beheers- en controlesysteem moet beschikken en aan risicomanagement moet doen, is daarmee nog niet duidelijk over welke informatie de moedervennootschap op basis van dit systeem moet beschikken. Een adequaat beheers- en controlesysteem vereist interne rapportagelijnen en informatiestromen. De (klein)dochtervennootschappen in een concern moeten, via verschillende niveaus, het bestuur van de moedervennootschap doorlopend informeren over haar activiteiten en de ontwikkeling van haar activa en passiva.[205] Ook moet zij de moedervennootschap op de hoogte brengen van onder meer financiële en non-financiële aspecten, waaronder operationele en aan compliance gerelateerde informatie.[206] Afhankelijk van de complexiteit van het concern en haar activiteiten kunnen verschillende soorten informatie relevant zijn. Voor bijvoorbeeld de geconsolideerde jaarrekening moeten de

[203] Douma & Schreuder 2008, p. 177; Van der Sangen 2009, p. 152.
[204] Van den Ingh 1996, p. 173.
[205] Raaijmakers 2015, p. 17.
[206] Bier 2005, p. 2.

(klein)dochtervennootschappen de moedervennootschap op de hoogte brengen van hun financiële toestand. Uit artikel 2:391 BW blijkt dat het bestuursverslag van de moedervennootschap onder meer informatie over niet financiële prestatie-indicatoren moet bevatten,[207] zoals milieu- en personeelsaangelegenheden.[208] Ook deze informatie kan onderdeel van de uitwisseling zijn. Daarnaast wordt in het jaarverslag, naast een financieel economisch verslag, ook een sociaal verslag opgenomen. Hierin wordt onder meer aanvullende informatie over bijvoorbeeld lonen, sociale lasten en pensioenen[209] en het gemiddelde aantal werknemers in de rechtspersoon of de groep[210] verstrekt. Ten aanzien van milieu en veiligheid worden in het jaarverslag mededelingen gedaan over de naleving van wetten en afspraken op deze gebieden, de wijze waarop deze naleving (intern) wordt gecontroleerd en de investeringen die de vennootschap heeft gedaan in milieu- en energiebesparende maatregelen.[211] Vanaf 2018 zal ook informatie opgenomen moeten worden die ziet op eerbiediging van mensenrechten en de bestrijding van corruptie.[212] De moedervennootschap zal ook over deze informatie over haar (klein)dochtervennootschappen moeten beschikken om dit toe te kunnen voegen aan het jaarverslag.

3.3.3 Toerekening van informatie van haar (klein)dochtervennootschappen aan de moedervennootschap.

Hoewel er informatiestromen en rapportagelijnen binnen het concern lopen, is het moeilijk om vast te stellen wat de moedermaatschappij 'weet'; zij is geen natuurlijk persoon, maar een juridische abstractie. Zij kan slechts door natuurlijke personen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer.[213] In het burgerlijk recht bepaalt de kennis van een partij meestal haar rechtspositie.[214] Dit betekent dat het moeilijk is de rechtspositie van de moedervennootschap van een concern te bepalen, omdat het moeilijk vast te stellen is welke wetenschap zij heeft. Toerekening wordt in dit onderzoek gedefinieerd als het moment waarop kennis van een individu, orgaan of functionaris heeft te gelden als eigen kennis van de rechtspersoon.[215] Er bestaat geen wettelijke grondslag voor de toerekening van kennis van een functionaris van de rechtspersoon aan die rechtspersoon.[216] Over het algemeen wordt aangenomen dat wetenschap van organen van een rechtspersoon wordt toegerekend aan die rechtspersoon.[217] In het licht van bepaalde rechtsfiguren is het essentieel dat de rechtspersoon beschikt over eigen kennis van een bepaald feit,[218] maar dat is niet hetzelfde als het oordeel dat de rechtspersoon iets had behoren te weten.[219] Dit 'behoren te weten' ziet op de geobjectiveerde wetenschap van een gebeurtenis, terwijl het bij toerekening van

[207] *Kamerstukken II*, 2003/4, 29737, 3 (MvT) p. 7 en 24.
[208] *Kamerstukken II*, 2003/4, 29737, 3 (MvT) p. 14-15.
[209] Artikel 2:377 lid 2, sub e en f en artikel 2:382 BW.
[210] Artikel 2:382 en 2:410 BW.
[211] IJsselmijden artikel 2:391 BW.
[212] Kiersch artikel 2:391 BW.
[213] Westenbroek 2016.
[214] Katan 2017, p. 4.
[215] Westenbroek 2016.
[216] Katan 2017 p. 3.
[217] Tjittes 2001, p. 42.
[218] Katan 2017, p. 50.
[219] Katan 2017, p. 53.

wetenschap juist gaat om het 'vereenzelvigen' van informatie van organen van de rechtspersoon met de rechtspersoon. Zonder deze 'vereenzelviging' is het niet mogelijk voor de rechtspersoon om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. In verschillende arresten gebruikt de Hoge Raad de verkeersopvattingen als grondslag van de toerekening van kennis: bepaald moet worden of de kennis van het wetende individu 'in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft' als kennis van de rechtspersoon.[220] Dit impliceert dat toerekening van kennis een vorm van risicotoedeling is: bij een rechtspersoon worden de werkzaamheden door anderen uitgevoerd. Het komt dan voor rekening en risico van de rechtspersoon als zij deze niet juist hebben uitgevoerd.[221] Bovendien is eenheid van de organisatie in sommige gevallen een belangrijke reden om toerekening van kennis aan de rechtspersoon te rechtvaardigen. De buitenstaander mag erop vertrouwen dat relevante informatie voldoende wordt gedeeld.[222] Voorts wordt in dit onderzoek het uitgangspunt aangenomen dat uitgewisselde informatie tussen de dochtervennootschap en de moedervennootschap in een concern de moedervennootschap toegerekend kan worden.

3.4 Risicomanagementsystemen in de praktijk

3.4.1 Algemeen

Er zijn meerdere mogelijke raamwerken die helpen bij het inrichten van risicomanagement, maar twee van de meest gebruikte worden hieronder kort toegelicht: dit zijn COSO en ISO 3000. Deze systemen bieden handvatten om een risicobeheersings- en controlesysteem op te zetten welke past bij de vennootschap. Beiden gaan uit van een directe koppeling tussen doelstellingen en risico's.[223] Het is belangrijk om de effectiviteit van het risicomanagement binnen de onderneming in het oog te houden.[224] Een onderneming kan er ook voor kiezen om een eigen risicobeheersingsraamwerk op te zetten.

3.4.2 COSO en ISO 31000

Korte inleiding

Zowel het COSO model als het ISO 21000 risk management model zijn raamwerken die gebruikt worden om risico's te beheersen. De achterliggende gedachte van het COSO risicomanagement model is dat ondernemingen waarde creëren voor hun stakeholders.[225] Het doel van ISO 31000 is het beter beheersen van risico's en het nemen van beter geïnformeerde strategische beslissingen. Ook zou de onderneming beter in staat zijn om te concurreren op de markt en neemt de betrouwbaarheid van haar financiële rapportage toe.[226] Beide raamwerken zijn gedetailleerd, maar bieden ruimte om het

[220] Hoge Raad 11 mei 1990 NJ 1990/544; Hoge Raad 11 maart 2005, NJ 2005/576; Hoge Raad 11 november 2005, NJ 2007/231.
[221] Katan 2017, p. 57.
[222] Katan 2017, p. 72.
[223] 't Hart 2010, p. 26.
[224] Zie bijvoorbeeld Gorter 2016.
[225] COSO 2004, p. 1.
[226] AIRMIC 2010, p. 2.

risicomanagement zo in te richten dat het past bij de aard en omvang van de onderneming. [227] Om haar doelstellingen te bereiken, moet de onderneming met risico's leren omgaan en deze proberen te beheersen.[228]

Korte beschrijving van de systematiek.

Zowel COSO als ISO 31000 identificeren risicomanagement als een doorlopend proces waarin geprobeerd wordt de risico's die het behalen van de doelstellingen van de onderneming kunnen beïnvloeden te identificeren, prioriteren, analyseren en beheersen. Risicomanagement is in elk onderdeel van de vennootschap aanwezig. COSO definieert risico's als de mogelijkheid dat een gebeurtenis zich voordoet en een negatief effect heeft op de verwezenlijking van de doelstellingen van de vennootschap.[229] ISO 31000 echter definieert een risico als het effect van onzekerheid op de doelstellingen van de onderneming. Een effect is een afwijking van de verwachting. Deze kan zowel positief als negatief zijn.[230] De aanpak van de risicobeheersing verschilt per systeem. Zo kan het COSO raamwerk in verschillende stappen samengevat worden: ten eerste worden het risicobeleid met de risk appetite vastgesteld. Dit is verbonden aan de strategie van de vennootschap en de ondernemingsdoelstellingen. Daarna worden risico's geïdentificeerd, geanalyseerd en geprioriteerd. Hieruit volgt een risicoprofiel op basis waarvan risico's worden beheerst in overeenstemming met de risk appetite. De gekozen risicoreactie (accepteren, vermijden, beheersen of overdagen) is de basis voor het inrichten en evalueren van de interne beheersingsmaatregelen. Over deze monitoring wordt gerapporteerd en gecommuniceerd met als doel het risicomanagement proces continu te verbeteren.[231]

ISO 31000 bestaat uit drie hoofdonderdelen. Ten eerste omvat het principes voor risicomanagement, die het fundament vormen waarop risicomanagement gebaseerd wordt.[232] Het tweede onderdeel is het raamwerk, welke de beleidscyclus bevat. Het raamwerk creëert het kader voor de aansturing van alle risicomanagementprocessen in de onderneming. Deze moeten passen bij het risicobeleid en zorgen voor relevante informatie om besluitvorming binnen de onderneming te ondersteunen. Het derde onderdeel is het proces dat gaat over de identificatie, analyse en beheersing van risico's, met aandacht voor rapportages en monitoren en aanpassen.[233] Risicomanagement op basis van ISO 31000 moet altijd gebaseerd zijn op twee uitgangspunten: communicatie en overleg en monitoring en beoordeling.[234]

[227] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 35.
[228] 't Hart 2010, p. 27.
[229] COSO 2013, p. 4.
[230] Paragraaf 2.1 van ISO 31000, 2009.
[231] Gorter 2016.
[232] Purdy 2010, p. 883.
[233] 't Hart 2010, p. 28.
[234] ISO 31000, 2009; Purdy 2010, p. 883-884.

De wijze van informatie – uitwisseling.

Het COSO raamwerk bevat meerdere principes. Zo moet het bestuur van de vennootschap op grond van het derde principe interne informatiestromen en rapportagelijnen opzetten. Relevante informatie moet worden geïdentificeerd, verzameld en gecommuniceerd in een vorm die mensen in staat stelt hun verantwoordelijkheden uit te voeren. Effectieve communicatie vindt in ruimere zin plaats: niet enkel verticaal, maar ook horizontaal en bilateraal in de onderneming.[235] Ook principe 16 en 17 over controle en monitoring zijn belangrijk voor informatie-uitwisseling. Daar zijn interne rapportagelijnen voor nodig, waarmee verzekerd kan worden dat de gekozen reactie op risico's effectief wordt uitgevoerd.[236] Informatie-uitwisseling wordt in het ISO 31000 niet als een principe weergegeven. In het risicomanagementproces kan dit bijvoorbeeld wel indirect geplaatst worden in de stappen die zien het vaststellen van de context waarbij aandacht moet worden besteed aan zowel interne als externe factoren, en de risico – identificatie. Om tot een goed overzicht te komen van welke risico's de onderneming loopt, moet de relevante informatie van de (klein)dochtervennootschappen tijdig uitgewisseld worden.

Welke informatie wordt uitgewisseld?

Een belangrijk onderdeel van het COSO raamwerk betreft rapportering. Het gebruik van rapportering is vastgelegd in principes 13 tot 15, waarvan principe 14 het belangrijkste is. Op grond van het COSO raamwerk moet 'relevante' informatie uitgewisseld worden. Ook bij ISO 31000 moet alle relevante informatie uitgewisseld worden. De informatie is relevant als deze belangrijk is voor het identificeren, analyseren en beheersen van risico's in het concern. Het omvat meer dan enkel financiële informatie. Het kan ook zien op bijvoorbeeld klanttevredenheid, 'health and safety measures' en 'staff/asset utilization'. Omdat COSO verder alleen ruime bepalingen aanreikt, is het afhankelijk van het soort onderneming en de aard van haar activiteiten om te bepalen wat deze 'relevante' informatie is.

3.5 Tussenconclusie

Binnen een concern heeft de moedermaatschappij de plicht om haar concern leiding te geven. Om deze plicht na te komen[237] en intern toezicht te houden op het behalen van strategische en financiële doelen en het beheersen van daaraan verbonden risico's[238] dient de moedervennootschap over informatie van haar dochtervennootschappen te beschikken. Risicomanagement is een kerntaak van het bestuur en een belangrijk onderdeel van corporate governance.[239] Via dit systeem kan de relevante informatie de moedervennootschap bereiken. Het gebruik van een beheers- en controlesysteem om zo risico's te beheren is vereist voor beursvennootschappen; door het inzichtelijk maken van deze risico's is de

[235] COSO ERM Management Samenvatting, p. 9. Zie: https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Dutch.pdf.
[236] Assink & Strik 2009, p. 229.
[237] Buijn & Storm 2013, p. 460.
[238] Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 41.
[239] Assink|Slagter 2013, p. 909; Stolp & De Nijs Bik 2015, p. 43.

moedervennootschap in staat om aan de op haar rustende disclosure verplichtingen te voldoen en haar beleggers te voorzien van adequate en juiste informatie.[240] Bovendien moet het bestuur van de moedervennootschap op grond van artikel 5:25c Wft jo. artikel 2:391 BW in het bestuursverslag informatie opnemen over haar beheers- en controlesysteem en de belangrijkste risico's waar het concern mee te maken heeft. Voor beursgenoteerde ondernemingen vult de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 deze verplichting verder in, al is de inrichting van het beheers- en controlesysteem nog niet concreet. Dat is gelegen in het feit dat elke onderneming anders is. In het geval van een concern beslaat het risicobeheersingsraamwerk alle vennootschappen in het concern.[241]

[240] Raaijmakers 2006, p. 302.
[241] Lennarts 2002, p. 64.

Hoofdstuk 4 Aansprakelijkheid van aandeelhouders

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de aansprakelijkheid van aandeelhouders en de doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedervennootschap nader onderzocht. Het is van belang om te onderzoeken onder welke voorwaarden de doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedervennootschap als aandeelhouder in haar dochtervennootschappen in een concernverhouding mogelijk is, omdat dit mogelijk aanknopingspunten kan bieden voor het aansprakelijk stellen van de moedervennootschap op grond van artikel 6:162 BW wegens het schenden van een zelfstandige zorgplicht. Hier wordt eerst artikel 6:162 BW besproken, waarna zowel de directe en indirecte doorbraak van aansprakelijkheid aan bod komen worden. Aan het eind van dit hoofdstuk zal duidelijk worden dat er een zekere zorgplicht jegens crediteuren te formuleren is, welke voortvloeit uit doorbraakjurisprudentie. De moedermaatschappij bekleedt daarbij niet de positie van formeel bestuurder in haar dochtervennootschap. De zorgplicht komt in beeld bij de afgeleide aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, wanneer de dochtervennootschap zelf ook aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW.

4.2 Verschillende soorten aansprakelijkheid

In het vennootschapsrecht zijn meerdere vormen van aansprakelijkheid te vinden. Het uitgangspunt is dat een vennootschap zelfstandig haar rechten en plichten draagt.[242] Echter, wanneer de schuldeiser bij een dochtervennootschap geen verhaal vindt, rijst de vraag of een doorbraak naar het vermogen van de moedervennootschap mogelijk is.[243] Schuldeisers kunnen proberen de bestuurders of commissarissen van de dochtervennootschap, naast de vennootschap zelf, aansprakelijk te stellen en een schadevergoeding vorderen.[244] De moedermaatschappij kan formeel bestuurder van haar dochtermaatschappij zijn en zo in beeld komen. Om een bestuurder succesvol aansprakelijk te stellen, moet hem persoonlijk een onrechtmatige daad toe te rekenen zijn en de bestuurder moet een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt.[245] Er kan voorts onderscheid gemaakt worden tussen interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. De interne aansprakelijkheid van bestuurders van de vennootschap ziet op een aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon zelf en niet tegenover haar aandeelhouders, andere institutioneel betrokkenen of derden, zoals crediteuren van de vennootschap.[246] Externe aansprakelijkheid daarentegen is aansprakelijkheid jegens derden.[247] Soms proberen crediteuren schadevergoeding te claimen bij de moedermaatschappij in concernverhoudingen als

[242] Artikel 2:5 BW.
[243] Lennarts 1999, p. 2; Winter 1992.
[244] Huizink 2013, p. 295; Assink|Slagter 2013, p. 1006.
[245] Assink|Slagter 2013, p. 1008; Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman / Van de Ven*); Assink|Slagter 2013, p. 1023.
[246] Huizink 2013, p. 283; Assink|Slagter 2013, p. 1005.
[247] Assink|Slagter 2013, p. 1005.

medebeleidsbepaler bij de failliete dochtervennootschap op grond van artikel 2:248 lid 7 BW.[248] Echter, dit leidt niet altijd tot een doorbraak van aansprakelijkheid: het enkele feit dat de moedermaatschappij in 'control' is, wil nog niet zeggen dat zij heeft gehandeld als bestuurder.[249] In sommige gevallen proberen crediteuren aandeelhouders aansprakelijk te stellen voor de door hen geleden schade. Een moedervennootschap kan, in haar positie als aandeelhouder in haar dochtervennootschap, slechts onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW.

Een doorbraak van aansprakelijkheid is niet hetzelfde als die situatie waarin de moedervennootschap zich vrijwillig hoofdelijk verbindt jegens de crediteuren van haar dochtervennootschap, zoals in het kader van concernfinanciering.[250] Deze vrijwillige aansprakelijkheid ziet op de grondslag: onder bepaalde omstandigheden kan een vennootschap in het concern op basis van vrijwilligheid aansprakelijk gehouden worden jegens een derde voor de verplichtingen van een andere vennootschap in het concern. De moedermaatschappij wordt dan aansprakelijk gehouden voor de schulden van haar dochter.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in concernverhoudingen als aandeelhouder in haar dochtervennootschap op grond van artikel 6:162 BW.

4.3 Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

4.3.1 Korte inleiding op de vijf elementen van de onrechtmatige daad

Artikel 6:162 BW vloeit voort uit het civiele aansprakelijkheidsrecht, wat tot doel heeft geleden schade te herstellen en dreigende schade te voorkomen.[251] Artikel 6:162 BW ziet op de schadevergoedingsverplichting naar aanleiding van de onrechtmatige daad. Handelen of nalaten door een orgaan van een vennootschap moet worden gezien als handelen of nalaten van de vennootschap.[252] Wanneer een dergelijk handelen of nalaten de vennootschap kan worden toegerekend, kan zij hiervoor aansprakelijk worden gesteld. [253] Zij is immers een zelfstandig drager van rechten en plichten ex artikel 2:5 BW.

Alvorens men aansprakelijk is, moet aan een aantal vereisten uit artikel 6:162 BW voldaan zijn. Het moet gaan om een onrechtmatige gedraging en deze moet toegerekend kunnen worden aan de rechtspersoon. Er moet een causaal verband bestaan tussen de gedraging en geleden schade en de geleden schade moet in aanmerking komen voor schadevergoeding. Ten slotte moet voldaan worden aan de relativiteitseis.[254] Wordt aan deze eisen niet voldaan, dan geldt het adagium van het aansprakelijkheidsrecht: 'een ieder draagt in beginsel zijn eigen schade'.[255] De verschillende elementen van artikel 6:162 BW worden hieronder kort uiteen gezet.

[248] Huizink 2013, p. 295; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 313.
[249] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 325.
[250] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 191; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 319.
[251] Spier 2009, p. 7.
[252] Spier 2009, p. 22; Hoge Raad 6 april 1979, NJ 1980/34 (*Knabbel en Babbel*).
[253] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 469; Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 38.
[254] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, 35.
[255] Spier 2015, p. 24.

Onrechtmatige gedraging

Ten eerste moet het gaan om een onrechtmatige gedraging. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor de aansprakelijkheid.[256] Lid 2 van artikel 6:162 BW omschrijft dit als volgt:

> '*Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (…)'*

Naar aanleiding van het Lindenbaum/Cohen arrest[257] zijn de gronden voor de onrechtmatige daad verder uitgewerkt; inmiddels zijn er drie gronden om een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig te kwalificeren. Dit zijn een gedraging in strijd met de wet, een gedraging die een inbreuk op een recht maakt of een gedraging in strijd met het ongeschreven recht. De onrechtmatige gedraging kan zien op zowel een handelen als een nalaten. De derde grond, het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, of het schenden van een zorgvuldigheidscriterium, is ruim geformuleerd. Dit zorgt ervoor dat de rechter gedrag, dat naar algemeen inzicht beoordeeld wordt als onbehoorlijk, als onrechtmatig kan aanmerken.[258] Het is een open norm. Deze derde categorie van gedragingen gaat over maatschappelijk aanvaarde normen die zien op behoorlijk en zorgvuldig gedrag, waarbij onder meer de mate van waarschijnlijkheid van het ontstaan van schade of de gevaarlijkheid van de gedraging een rol spelen.[259] Het gaat om de vraag welke mate van zorg van iemand verlangd kan worden in bepaalde omstandigheden.[260]

In de rechtspraak zijn een aantal gevallen met gemeenschappelijke kenmerken te vinden, zoals gevaarzettende situaties, waarbij het gaat om de vraag onder welke omstandigheden het in het leven roepen of laten voortduren van een gevaarlijke situatie onrechtmatig is.[261] In dit kader is het zogeheten Kelderluik – arrest[262] belangrijk. Uit dit arrest volgen een aantal gezichtspunten die de zorgvuldigheidsnormen in gevaarzettende situaties beter kunnen verduidelijken: zo gaat het om de mate van waarschijnlijkheid dat een ander niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid betracht, de kans dat als gevolg daarvan ongelukken gebeuren, de ernst van de mogelijke schade die daaruit kan voortvloeien en de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen.[263] Het moet daarbij wel gaan om objectief kenbare gevaren en risico's waarvoor bepaalde veiligheidsmaatregelen moeten

[256] Spier 2015, p. 24.
[257] Hoge Raad 31 januari 1919, NJ 1919/161 (*Lindenbaum / Cohen*).
[258] Spier 2015, p. 25.
[259] Spier 2015, p. 45.
[260] Spier 2015, p. 47.
[261] Spier 2015, p. 49.
[262] Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*).
[263] Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*); Spier 2015, p. 49-50.

worden getroffen,[264] waarbij het erom gaat dat men die veiligheidsmaatregelen heeft genomen om gevaren te voorkomen.[265]
De maatstaf om vast te stellen of in een bepaald geval voldoende veiligheidsmaatregelen zijn genomen is afhankelijk van de op dat moment bestaande kennis en inzichten. In sommige situaties moet men streven naar voldoende preventie ter voorkoming van het gevaar door middel van effectief waarschuwen.[266]

Toerekening
Een onrechtmatige gedraging moet vervolgens toegerekend kunnen worden aan de 'dader'. In artikel 6:162 lid 3 BW staat:

> '*Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*'

Toerekening is mogelijk als de dader 'schuld' heeft, wat hier betekent dat de gedraging verwijtbaar of vermijdbaar moet zijn.[267] Dit schuldvereiste is subjectief: het gaat om de vraag of 'deze' dader iets kan worden verweten.[268] In sommige gevallen is toerekening mogelijk op basis van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen.

Causaliteit en schade
Wanneer is vastgesteld dat het gaat om een toerekenbare onrechtmatige gedraging, moet worden vastgesteld of er een causaal verband bestaat tussen deze onrechtmatige daad en de geleden schade. Het uitgangspunt is het conditio sine qua non verband.[269] Kort gezegd moet het onrechtmatige gedrag een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de geleden schade. Het 'slachtoffer' moet aantonen dat indien de onrechtmatige gedraging niet had plaatsgevonden, er geen schade was ontstaan.[270] De laatste voorwaarde is dat de derde schade moet hebben geleden. Deze schade moet hij kunnen aantonen. Artikel 6:95 BW maakt het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel.[271]

Relativiteit van de geschonden norm
De relativiteitseis is te vinden in artikel 6:163 BW:

[264] Spier 2015, p. 51.
[265] Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2003/549 (*Legionellabestemming Westfriese Flora*); Spier 2015, p. 50.
[266] Hoge Raad 28 mei 2004, NJ 2005/105 (*Jetblast*).
[267] Spier 2015, p. 25; Assink|Slagter 2013, p. 1014.
[268] Asser/Hartkamp & Sieburgh, 2015, 106.
[269] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, 86 en verder.
[270] Spier 2009, p. 21.
[271] Artikel 6:95 BW.

> *'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'*

Dit artikel begrenst de aansprakelijkheid. Het zorgt ervoor dat niet ieder onrechtmatig handelen onrechtmatig is jegens een ieder, noch dat iedere norm strekt tot bescherming tegen iedere soort schade die daarvan op welke wijze dan ook het gevolg is.[272] Anders gezegd houdt het in dat de geschonden norm moet strekken tot bescherming van de geschonden belangen en het soort schade dat is geleden. Het relativiteitsvereiste komt ook in de uitspraak van de Hoge Raad van 7 mei 2004[273] duidelijk naar voren. De Hoge Raad oordeelde dat niet voldaan was aan het relativiteitsvereiste; uit het doel en de strekking van het overtreden veiligheidsreglement bleek dat zij de veiligheid van het scheepvaartverkeer in het algemeen beoogt te bevorderen. Zij strekt niet tot bescherming van het individueel vermogensbelang van derden, die schade hebben geleden; er bestaat enkel een verplichting tot schadevergoeding, indien de geschonden norm strekt ter bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Per geval moet onderzocht worden wie beschermd wordt door een wettelijk voorschrift. Het relativiteitsvereiste kan ook voor problemen zorgen bij de invulling van de onrechtmatige daad: het is niet altijd duidelijk op welke belangen rechtspersonen bedacht moet zijn, omdat zij onder het beschermingsbereik van een bepaalde zorgvuldigheidsnorm vallen.[274]

4.4 Het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders

In het Nederlandse recht is een vennootschap zelfstandig drager van rechten en plichten.[275] Aandeelhouders kunnen als hoofdregel op grond van artikel 2:64 / 2:175 lid 1 BW niet aansprakelijk gesteld worden voor schulden van de vennootschap waarin zij aandeelhouder zijn; voor hen geldt het principe van beperkte aansprakelijkheid. Aandeelhouders lopen enkel financieel risico tot maximaal de hoogte van het door hen in de vennootschap ingebrachte kapitaal.[276] Deze regel geldt ook voor een moedervennootschap die aandeelhouder is in haar (klein)dochtervennootschappen. Het feit dat de moeder in 'full control' is, bij machte is om de strategie en het beleid van haar dochtervennootschap kan bepalen en instructiemacht heeft over haar dochtermaatschappijen is geen directe aanleiding voor een doorbraak van aansprakelijkheid.[277] Onder bepaalde omstandigheden kan zij echter wel aansprakelijk zijn voor onrechtmatige gedragingen van haar dochtervennootschap. Eén van deze omstandigheden kan zien op intensieve beleidsbemoeienis van de moedervennootschap met haar dochtervennootschap; voor aansprakelijkheid van de moedervennootschap is vereist dat zij zich intensief met het beleid van haar

[272] Spier 2015, p. 68.
[273] Hoge Raad 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Linda*).
[274] Lindenbergh, artikel 6:162 BW; zie ook: Spier 2009, p. 77.
[275] Artikel 2:5 BW; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 834.
[276] Artikel 2:64 / 2:175 lid 1 BW.
[277] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 320.

dochtermaatschappij heeft bemoeid. Zij kan dan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder van de dochtervennootschap.[278]

4.5 Uitzonderingen

In concernverhoudingen rijst de vaag of en in hoeverre de moedermaatschappij als 100% aandeelhouder of meerderheidsaandeelhouder in haar dochtervennootschap aansprakelijk gesteld kan worden voor de verplichtingen van haar dochter-BV.[279] Het komt steeds vaker voor dat schuldeisers van een dochter – BV geen verhaal kunnen nemen op het vermogen van deze vennootschap om haar vordering te voldoen. Vaak proberen zij dan schadevergoeding te claimen bij de moedermaatschappij als bestuurder of aandeelhouder, omdat deze over een zogeheten 'deep pocket' zou beschikken.[280] Hierna worden twee soorten doorbraak van aansprakelijkheid besproken: directe en indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.

4.5.1 Directe doorbraak van aansprakelijkheid en vereenzelviging.

De directe doorbraak van aansprakelijkheid naar de moedervennootschap en vereenzelviging van de moedervennootschap met dochtervennootschappen komt mogelijk aan de orde wanneer de moedervennootschap haar multinationale concern zo inricht dat de economische en de juridische werkelijkheid niet gelijk lopen. Zij gebruik dan verschillende rechtspersonen om haar activiteiten in onder te brengen. Zij kan ook meerdere rechtspersonen toevoegen aan het concern om zo verhaal van derden te frustreren.[281] Bij een multinationaal concern zet de moedermaatschappij verschillende (buitenlandse) dochtervennootschappen in, om via hen deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Onder omstandigheden kan dit een juridische grondslag vormen voor rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedermaatschappij; deze grondslag is vaak de onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid berust op het terzijde stellen van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen, oftewel de moeder- en dochtervennootschap. Hiermee kan worden bereikt dat een gedraging, eigenschap of bepaalde wetenschap van een rechtspersoon wordt toegerekend aan een andere rechtspersoon; de schuld van de dochtervennootschap wordt bijvoorbeeld een schuld van haar moedermaatschappij.[282] Dit wordt ook wel vereenzelviging genoemd.[283] Het resultaat is een directe aansprakelijkheid.[284] Vereenzelviging wordt zelden aangenomen door de Hoge Raad[285], wat ook de hieronder behandelde jurisprudentie aantoont.

Een bekend voorbeeld waarin het is aangenomen, is het Krijger / Citco arrest.[286] De Hoge Raad lette daarbij op de bijzondere omstandigheden van het geval en het feit dat het enige motief voor het opzeggen

[278] Huizink 2013, p. 298.
[279] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 319.
[280] Huizink 2013, p. 295.
[281] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 243-244.
[282] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 242.
[283] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 241.
[284] Groenewoud 2003, p. 4.
[285] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 326.
[286] Hoge Raad 9 juni 1995, NJ 1996/213 (*Krijger/Citco*).

van de oude aannemingsovereenkomst en het aangaan van de nieuwe overeenkomst zag op het voorkomen dat nog niet vervallen termijnen onder de aannemingsovereenkomst onder het beslag zouden vallen. Daarna overwoog de Hoge Raad meer in het algemeen dat van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen die door dezelfde persoon beheerst worden, misbruik kan worden gemaakt, maar dat dit niet in rechte hoeft te worden gehonoreerd. Het ging in dit arrest niet om doorbraak van aansprakelijkheid, maar het arrest biedt wel de ruimte voor een dergelijke doorbraak.[287] In het arrest inzake Bato's erf[288] werd vastgesteld dat het enkele feit dat er verwevenheid bestaat tussen twee rechtssubjecten onvoldoende is om deze subjecten te vereenzelvigen. Het ging hier om een concernrelatie.[289] In dit arrest zijn de eisen voor vereenzelviging verduidelijkt: de Hoge Raad overwoog dat het enkele feit dat de moedermaatschappij het beleid van haar dochter bepaalt, nog niet betekent dat de activiteiten van deze dochtermaatschappij activiteiten van de moedermaatschappij worden, met als gevolg dat de moeder voor alle onrechtmatige activiteiten van haar dochtermaatschappij zonder meer aansprakelijk is.[290] Het beroep op vereenzelviging werd afgewezen. In het Rainbow arrest[291] wordt vereenzelviging omschreven als het volledig wegdenken van het identiteitsverschil dat bestaat tussen rechtspersonen. In dit arrest nam de Hoge Raad geen vereenzelviging aan. De Hoge Raad meent dat bij zodanig misbruik de weg van de onrechtmatige daad moet worden gevolgd en niet die van de vereenzelviging. De weg van vereenzelviging kan alleen onder uitzonderlijke omstandigheden worden gevolgd. Hoewel de Hoge Raad niet definieert welke omstandigheden dit zijn, lijkt verwevenheid tussen de rechtspersonen vereist, al is dit op zichzelf onvoldoende. Een succesvol beroep op vereenzelviging is afhankelijk van dat wat de eiser stelt en bewijst ten aanzien van het maken van misbruik van rechtspersonen.[292] Uit het Krijger/Citco – arrest blijkt dat misbruik van het identiteitsverschil, met als doel het benadelen van een schuldeiser, kan leiden tot een beroep op vereenzelviging.[293] In het geval van een concern zal de eisende partij aannemelijk moeten maken dat de moedermaatschappij misbruik heeft gemaakt van het identiteitsverschil tussen haar en haar dochtervennootschappen.

4.5.2 Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid

Dochtervennootschappen in een concern zijn in beginsel zelf aansprakelijk zijn voor hun eigen schulden. Bij een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid wordt een ander dan de betrokken rechtspersoon aansprakelijk gesteld op grond van een eigen onrechtmatige daad.[294] Slechts onder bijzondere omstandigheden kan een moedervennootschap als aandeelhouder van een dochtervennootschap op

[287] Groenewoud 2003, p. 4-5.
[288] Hoge Raad 16 juni 1995, NJ 1996/214 (*Bato's erf*).
[289] Pouw 2015, p. 79.
[290] R.o. 3.3; Huizink 2013, p. 297.
[291] Hoge Raad 13 oktober 2000, NJ 2000/698, m.nt. Ma. (*Rainbow*).
[292] Hoge Raad 13 oktober 2000, NJ 2000/698, m. nt. Ma (*Rainbow*), r.o. 3.5; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 249; Groenewoud 2003, p. 5.
[293] Pouw 2015, p. 79.
[294] Groenewoud 2003, p. 4.

grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld voor de schulden van de dochter;[295] op de moedervennootschap rust een met die schulden verband houdende eigen aansprakelijkheid.[296] Het gaat om een afgeleide aansprakelijkheid, die verband houdt met de aansprakelijkheid van de dochtervennootschap. Vaak gaat het dan om de crediteuren van een dochtervennootschap die zich proberen te verhalen op de 'deep pocket' van de moedermaatschappij. Belangrijk is dat het enkele feit dat de moeder in 'full control' is, dit geen directe aanleiding vormt voor een doorbraak van aansprakelijkheid.[297]

Na het Osby-arrest heeft de Hoge Raad in een reeks van arresten uitspraak gedaan waaruit gedragsregels voor de moedervennootschappen blijken jegens de crediteuren van haar dochtervennootschappen. Daar wordt steeds een concrete invulling geven aan het criterium van de maatschappelijke zorgvuldigheid.[298] In de arresten die hierna besproken worden komt naar voren dat er een zorgplicht van de moedermaatschappij tegenover de crediteuren van haar dochter bestaat wanneer zij zich intensief met het beleid van die dochter bemoeit; in deze arresten speelde de concernrelatie een rol.[299] Bovendien wordt de moedermaatschappij steeds vaker aangesproken wanneer zij nalaat in te grijpen bij haar dochter als benadeling van de schuldeisers van haar dochtervennootschap dreigt;[300] zij beschikt in de regel namelijk over meer inzicht in de financiële positie van haar dochtervennootschap dan een willekeurige derde.[301]

4.5.3 Doorbraakjurisprudentie

Osby[302]

De Osby – uitspraak van de Hoge Raad is gebaseerd op het Erba-I arrest[303] en het is het eerste arrest waarin de Hoge Raad een zorgvuldigheidsnorm formuleert voor een moedermaatschappij jegens de schuldeisers van haar dochter.[304] Osby-Zweden had krediet verstrekt aan haar dochtermaatschappij, Osby-Nederland, waarin zij alle aandelen houdt. Osby-Nederland verkeerde in financiële problemen. In ruil voor de financiering nam de moedermaatschappij alle activa, huidige en toekomstige, van de dochtermaatschappij over ter zekerheid. Na twee jaar ging de dochter failliet; één van haar schuldeisers stelde de moedermaatschappij aansprakelijk. Deze schuldeiser kon zich niet verhalen op de failliete dochtermaatschappij, onder meer omdat de moedermaatschappij alle activa in zekerheidseigendom had gekregen. In dit arrest draaide het om de vraag of de moedermaatschappij aansprakelijk was voor de schulden van haar dochtermaatschappij, wanneer zij bij haar handelen geen rekening houdt met de

[295] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 839; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 255; Lennarts 1999, p. 185.
[296] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 881.
[297] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 320.
[298] Lennarts 1999, p. 185.
[299] Lennarts 1999, p. 185.
[300] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 255-256.
[301] Lennarts 1999, p. 185.
[302] Hoge Raad 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4232 (*Osby*).
[303] Hoge Raad 28 juni 1957, NJ 1957/514 (*Erba I*); Lennarts 1999, p. 226.
[304] Tros 2009, p. 245.

belangen van de (nieuwe) schuldeisers van haar dochter. Dit is onder bepaalde omstandigheden mogelijk: wanneer de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van de voormelde gedragingen weet of moet weten dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal. Wanneer de moeder nalaat er zorg voor te dragen dat die schuldeisers worden voldaan, kan dat leiden tot een onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens deze schuldeisers.[305] Osby-Zweden had een zekere schijn van kredietwaardigheid van Osby-Nederland gecreëerd[306], terwijl zij zekerheid op bijna alle activa van deze dochter had bedongen en er bij faillissement nauwelijks verhaal op de dochter mogelijk was.[307] De bijzondere omstandigheid dat er een 'zodanig inzicht en zeggenschap' aanwezig is impliceert dat dit aanwezig moet zijn voordat de zorgvuldigheidsverplichting jegens de schuldeisers van de dochter aangenomen kan worden.[308]

Albada Jelgersma[309]

Dit arrest zag op de vraag of de moedermaatschappij aansprakelijk was voor de schulden van haar dochter, omdat zij het vertrouwen had gewekt dat de rekeningen betaald zouden worden.[310] In 1980 nam Albada Jelgersma Holding BV (Albada Jelgersma) alle aandelen over in de noodlijdende groothandel Wijnalda Kuntz BV (Wijnalda), waarbij het doel was om de groothandel voort te zetten.[311] Albada Jelgersma stuurde aan de toenmalige leveranciers een brief met nieuws over de overname en een garantie dat de vorderingen door Albada Jelgersma zouden worden voldaan.[312] Begin 1981 gaat Wijnalda failliet. Eén van de leveranciers had na het faillissement een vordering op Wijnalda en zij stelt Albada Jelgersma aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde dat Albada Jelgersma zich onrechtmatig jegens de leverancier had gedragen, door zich na de overname door middel van haar zeggenschap intensief en indringend met het beleid van Wijnalda te bemoeien en op grote schaal ruchtbaarheid aan de overname te geven. Zij had moeten ingrijpen toen Wijnalda doorging met haar verliesgevende activiteiten ten koste van haar crediteuren[313]: zij wist of had moeten weten dat leveranciers benadeeld zouden worden door gebrek aan verhaal, maar zij had nagelaten erop toe te zien dat Wijnalda geen goederen meer inkocht van de leverancier. Bovendien had zij nagelaten voor betaling van deze voortgezette leveringen te zorgen of de leveranciers van Wijnalda te waarschuwen.[314]

[305] Hoge Raad 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4232 (*Osby*), r.o. 18.2; Bartman 1989, p. 74.
[306] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 897.
[307] Huizink 2013, p. 297.
[308] Van der Heijden 2011, p. 246.
[309] Hoge Raad 19 februari 1988, NJ 1988/487 (*Albada Jelgersma II*).
[310] Huizink 2013, p. 297.
[311] Van Schilfgaarde 2013, p. 195.
[312] Bartman 1989, p. 74.
[313] Huizink 2013, p. 297; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreur 1993, p. 920.
[314] Hoge Raad 19 februari 1988, NJ 1988/487 (*Albada Jelgersma II*), r.o. 3.3; Van Schilfgaarde 2013, p. 195; Tros 2009, p. 246.

De Hoge Raad formuleert zeggenschap hier anders dan in het Osby-arrest: zij spreekt over een intensieve en indringende beleidsbemoeienis.[315] Lennarts meent dat zij zich zó intensief heeft bemoeid met haar dochtervennootschap dat zij op één lijn te stellen is als de formele bestuurders en dat zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens crediteuren van Wijnalda, omdat zij toeliet dat de dochter verplichtingen aanging, waarvan Albada Jelgersma wist dat zij die niet kon voldoen.[316] Dit impliceert dat wanneer een moedermaatschappij zich meer in haar dochtermaatschappij mengt, zij vatbaarder is voor een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW omdat zij haar zorgplicht geschonden zou hebben.[317] Deze plicht bestaat uit het zelf actief maatregelen nemen om crediteuren van dochtermaatschappijen te beschermen vanaf het moment dat de moedermaatschappij moet inzien dat crediteuren van de dochtermaatschappij benadeeld worden door een gebrek aan verhaal.[318] Daarbij moet worden opgemerkt dat de bemoeienis van Albada Jelgersma in casu veel verder ging dan in een normale concernverhouding gangbaar is.[319]

NBM/Securicor[320]

Dit arrest zag niet zozeer op de beleidsbemoeienis, maar op het wekken van vertrouwen door de moedervennootschap bij een derde partij. De Nederlandse Benzol Maatschappij BV (NBM) is enig aandeelhouder en bestuurder van Van Luijk Moerdijk BV. In november 1989 wordt op het terrein van Van Luijk brand gesticht. Kort daarop wordt besloten de bedrijfsactiviteiten voorgoed te staken. Van Luijk sluit een beveiligingsovereenkomst met het beveiligingsbedrijf Securicor. Voordat deze overeenkomst wordt gesloten vindt een gesprek plaats, waarin door functionarissen van Van Luijk en NBM wordt toegezegd dat de crediteuren van Van Luijk behoorlijk zouden worden behandeld na het beëindigen van haar bedrijfsactiviteiten. Begin 1990 gaat Van Luijk failliet. De werkzaamheden van Securicor blijven onbetaald.[321] In rechtsoverweging 3.4 overweegt de Hoge Raad dat het wekken van vertrouwen bij Securicor door NBM in het gesprek voorafgaand aan de beveiligingsovereenkomst dat de rekeningen van de Van Luijk betaald zouden worden[322] en het vervolgens niet honoreren hiervan door middel van het niet betalen van de factuur een onrechtmatige daad is van NBM, onder meer omdat zij de enige aandeelhouder en bestuurder van Van Luijk is. De zorgplicht van de moedermaatschappij werd in dit arrest geactiveerd op het moment dat het vertrouwen bij Securicor gewekt werd dat haar vorderingen betaald zouden worden.

[315] Bartman 1989, p. 83.
[316] Lennarts 1999, p. 188.
[317] Bartman 1989, p. 81.
[318] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 259.
[319] Lennarts 1999, p. 188.
[320] Hoge Raad 18 november 1994, NJ 1995/170 (*NBM/Securicor*).
[321] Van Schilfgaarde 2013, p. 195.
[322] Huizink 2013, p. 297.

Coral/Stalt[323]

In 1985 hebben Coral en Forsythe International NV/SA (Forsythe) een bevrachtingsovereenkomst gesloten, maar de levering ging uiteindelijk niet door. Dit leidde tot een arbitrageproces tussen Forsythe en Coral. Forsythe is een 100% dochtermaatschappij van Stalt. Tijdens het abritrageproces wordt Forsythe door haar moedermaatschappij Stalt geliquideerd, waarbij haar activa naar Stalt werd overgeheveld en Forsythe haar schulden aan andere groepsmaatschappijen betaald. Toen Coral in het gelijk gesteld in arbitrage, had Forsythe geen vermogen meer om de daaruit volgende vordering te voldoen. Coral spreekt moedermaatschappij Stalt aan op grond van onrechtmatige daad voor de schade die zij geleden had. Daarbij stelde zij onder meer dat Forsythe haar crediteur Coral bewust achter stelde bij andere crediteuren en dat Stalt zich intensief heeft bemoeid met de gang van zaken bij Forsythe en de hand heeft gehad in de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van Forsythe. Bovendien zou Stalt hebben toegestaan dat alle crediteuren van Forysthe werden voldaan, behalve Coral, en dat de overgebleven activa zijn aangewend om vorderingen van zustermaatschappijen zoveel mogelijk te voldoen en daarbij wist of behoorde dat niets over zou blijven voor Coral.[324]

De Hoge Raad oordeelde dat de selectieve betaling van haar schulden door Forsythe in beginsel onrechtmatig is en dat haar moedermaatschappij Stalt, indien de door Coral gestelde omstandigheden (waaronder) de intensieve bemoeienis met Forsythe en de bedrijfsbeëindiging) juist zijn, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Coral door dit handelen van Forsythe ofwel in de hand te werken ofwel toe te staan.[325] Belangrijk in dit arrest is de overweging van de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.7 dat op het moment dat wordt aangetoond dat Stalt zich intensief met de bedrijfsvoering van Forsythe heeft bemoeid, daarbij wordt verondersteld dat Stalt over dezelfde informatie beschikt als Forsythe. De wetenschap van benadeling van de schuldeisers, in casu Coral, wordt daarmee toegerekend aan Stalt.[326] Wanneer Stalt, zoals de Hoge Raad overweegt, het handelen van Forsythe toestaat of in de hand werkt, pleegt zij een onrechtmatige daad jegens de schuldeisers van Forsythe.[327]

Sobi / Hurks[328]

In het eerder besproken Sobi/Hurks arrest werd duidelijk dat de moedermaatschappij Bouwgroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens schuldeisers van haar dochtermaatschappij HBA. Na een door het Hof vastgestelde peildatum hebben verschillende leveranciers aan HBA geleverd, terwijl Bouwgroep wist dat HBA daarmee verplichtingen aanging die zij niet zou kunnen nakomen.[329] De Bouwgroep had op dat moment moeten begrijpen dat de uit de leveringen ontstane schulden door HBA niet zouden kunnen worden voldaan en zij had zich de belangen van de crediteuren van HBA moeten aantrekken

[323] Hoge Raad 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*).
[324] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 324.
[325] Van Schilfgaarde 2013, p. 195.
[326] Van der Heijden 2011, p. 248.
[327] Bartman 2013, p. 312.
[328] Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*).
[329] Huizink 213, p. 298.

door hen te waarschuwen dat nieuwe leveringen niet meer betaald zouden worden of door surséance van betaling aan te vragen:[330] Bouwgroep had actief toezicht moeten houden op haar dochter en moeten ingrijpen toen HBA doorging met haar verliesgevende activiteiten ten koste van haar crediteuren.[331] Zij had het feitelijk in haar macht om beleid bij HBA af te dwingen, welke tot uitdrukking komt in de bevoegdheid om de bestuurders van de dochter te ontslaan en nieuwe te benoemen. De moedermaatschappij heeft daarmee een verantwoordelijkheid in de concernaansturing en kan daarop worden afgerekend[332] wanneer zij niet ingrijpt terwijl dat wel zou moeten. In dit arrest lijkt de gevestigde aansprakelijkheid te neigen naar risicoaansprakelijkheid. De Bouwgroep was op de hoogte van de positie van haar dochtermaatschappij, maar zij heeft nagelaten in te grijpen. Zij heeft haar verantwoordelijkheid tot concernsturing geschonden.

Bartman, Dorresteijn en Olaerts destilleren uit dit arrest vier stappen voor doorbraakvorderingen op grond van artikel 6:162 BW. Zo moet onder meer gekeken worden naar de hechte aard van de concernstructuur en de daarbij horende macht tot ingrijpen van de moeder. Vanuit een hechte concernstructuur en intensieve bemoeienis van de moeder kan worden geconcludeerd tot een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter. Daarna moet het tijdstip worden bepaald waarop de moeder op de hoogte was of had moeten zijn van de slechte financiële toestand bij haar dochtermaatschappij, het moment waarop haar zorgplicht wordt geactiveerd. Tot slot moet worden bepaald of de moeder haar zorgplicht voldoende is nagekomen. Deze ‘roadmap to piercing’ is inmiddels een aantal keer succesvol in de rechtspraak toegepast; voorbeelden betreffen de onderstaande uitspraak inzake Ceteco en Comsys Holding. [333]

Ceteco[334]

Ceteco zette een expansieslag in vanaf halverwege de jaren ’90. Het bestuur en de commissarissen hebben daarbij de spankracht van de organisatie overschat en Ceteco werd failliet verklaard. Na faillietverklaring stelden de curatoren de bestuurders en commissarissen van Ceteco hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, wat uiteindelijk is toegewezen. Bovendien werd Hagemeyer N.V. (Hagemeyer), moedermaatschappij en aandeelhouder in Ceteco, aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. Zij zou haar zorgplicht hebben geschonden door niet in te grijpen in de bedrijfsvoering van Ceteco. Het verhaal van de schuldeisers van Ceteco is verminderd, omdat de expansie niet door Hagemeyer is stop gezet.[335] Deze beschikte daartoe wel over de mogelijkheden, omdat zij grootaandeelhouder was en omdat zij feitelijke invloed op het beleid van Ceteco kon uitoefenen, zonder dat zij daarvoor van haar aandeelhoudersbevoegdheden gebruik hoefde te maken.[336]

[330] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 322.
[331] Huizink 2013, p. 297; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 322.
[332] Huizink 2013, p. 298.
[333] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 265.
[334] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*).
[335] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*), r.o. 6.2.
[336] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*), r.o. 6.15.

Doordat zij niet ingegrepen heeft, heeft Hagemeyer toerekenbaar haar zorgplicht jegens de schuldeisers van Ceteco geschonden.[337]

Comsys Holding[338]

In deze zaak ging het om ComSystems B.V. (Holding), moedermaatschappij en enig aandeelhouder van onder meer Comsys B.V. (Comsys) en Comsys Services B.V. (Services). Deze vennootschappen zijn nauw verweven en de ingrijpmacht van Holding spreekt voor zich omdat zij bestuurder in deze dochters is.[339] De Holding had het concern zo opgezet dat Comsys en Services feitelijk gezien één onderneming dreven, waarbij Services alle kosten droeg, terwijl alle inkomsten naar Comsys gingen.[340] Alle activa van Services ter zekerheid aan de bank zijn verpand. Services was al sinds 1999 verliesgevend en zij kon haar schuldeisers alleen volledig betalen omdat de Holding en Comsys haar verliezen aanvulden. In 2003 ging zij failliet. De curator stelde de Holding en Comsys aansprakelijk voor het boedeltekort. De Hoge Raad oordeelde dat de Holding een bijzondere zorgplicht had jegens de crediteuren van Services, gebaseerd op de door de Holding opgezette structuur met inherente risico's voor de crediteuren van Services en het besluit om vanaf 2001 de activiteiten van Services voort te zetten, hoewel zij wist dat de crediteuren van Services zouden worden benadeeld als de Holding en Comsys haar financiering stopzette.[341] De Holding moest zich de belangen van de schuldeisers van Services aantrekken. Zij heeft echter geen enkele maatregel genomen.[342] De Holding was op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor het boedeltekort van haar failliete dochter, omdat zij haar zorgplicht jegens de crediteuren van deze dochter had geschonden.[343] Comsys is in haar positie als zustermaatschappij niet aansprakelijk; het meewerken aan de riskante verdeling van taken binnen het concern is daarvoor onvoldoende.[344]

4.6 Analyse van het bovenstaande in een concern in relatie tot aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.

Uit de hiervoor besproken doorbraakjurisprudentie komt naar voren dat de moedervennootschap als aandeelhouder slechts onder bijzondere omstandigheden naar Nederlands recht aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW door de schuldeisers van een dochtervennootschap wegens het schenden van een zorgplicht. Er lijkt sprake te zijn van een zekere toezichts- en zorgplicht van de moedermaatschappij ten aanzien de schuldeisers van haar dochtervennootschappen.[345] Zoals van der Sangen omschrijft, rust op de moeder de plicht om proactief de concernstrategie te implementeren.

[337] Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*), r.o. 6.18.
[338] Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*).
[339] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 267.
[340] Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*), r.o. 5.2.1; Van Schilfgaarde 2013, p. 194.
[341] Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*), r.o. 5.2.2; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 267.
[342] Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*), r.o. 5.2.2; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 267; Van Schilfgaarde 2013, p. 194; Pitlo/Raaijmakers p. 323-324.
[343] Van Schilfgaarde 2013, p. 194.
[344] Tros 2009, p. 247.
[345] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 269-271; Lennarts 1999, p. 195.

Daarbij moet zij zich doen informeren over de uitvoering van de strategie en de financiële toestand van de dochtervennootschap. De intensiteit hiervan is afhankelijk van de omstandigheden. Geobjectiveerde wetenschap van de benadeling van derden wordt als een vereiste gezien voor het vestigen van een afgeleide aansprakelijkheid op de moedervennootschap, wat ervoor zorgt dat de toezichts- en zorgplicht in doorbraakgevallen relevant is.[346] De zorgplicht die uit de doorbraakjurisprudentie voortvloeit wordt opgebouwd uit een aantal elementen, te weten:

- De hechte aard van het concern en de 'ingrijpmacht' van de moedervennootschap;
- De hechte aard van de concernstructuur gecombineerd met een zodanige intensieve bemoeienis van de moedervennootschap die leiden tot een zorgplicht van de moedervennootschap tegenover de crediteuren van haar dochtervennootschappen;
- Deze zorgplicht wordt geactiveerd op het moment dat de moedervennootschap op de hoogte had moeten zijn van de zeer slechte financiële toestand van haar dochtervennootschap (ook wel feitelijke insolventie);
- De vraag of de moedervennootschap haar zorgplicht in voldoende mate is nagekomen.[347]

Bartman meent dat de doorbraakjurisprudentie past bij het concern als een bijzonder vennootschapsrechtelijk instituut.[348] Echter, Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs zijn het hier niet mee eens; het feit dat de rechter rekening houdt met het inzicht dat een rechtspersoon heeft in, en de zeggenschap die hij over de dochtervennootschap heeft, zou niet specifiek zijn voor de concernverhouding. Deze wordt daarbuiten ook aangetroffen.[349] Bij een zeer grote invloed van de moeder op de dochter kan eerder worden aangenomen dat zij behoort te weten dat schuldeisers worden benadeeld.[350] Dit komt ook naar voren in het Coral/Stalt arrest. In het SOBI/Hurks kan men zien dat er meer geneigd wordt naar een soort risicoaansprakelijkheid: het feit dat de moeder in control is over haar concern zou haar vatbaarder maken door een doorbraak van aansprakelijkheid.

Onder omstandigheden zal de moedermaatschappij gebruik maken van haar instructiemacht en ingrijpen om zo aansprakelijkheid te voorkomen. Echter, het idee dat de uitoefening van de concernleidingplicht door de moedervennootschap concernverhoudingen doorbraakgevoeliger lijkt te maken, acht ik niet gewenst.[351] Dit komt voort uit het idee dat hoe meer de moedermaatschappij in control is, des te sneller men kan menen dat zij inzicht had in de gevolgen van haar handelen voor crediteuren. Het bestaan van aansprakelijkheid op basis van het bestaan van een concernverhouding wordt niet als welkom gezien.[352] Een dergelijke tendens zou de moedermaatschappij juist een impuls geven om geen toezicht te houden op haar dochtervennootschappen, om zo aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW te ontwijken.

[346] Van der Sangen 2009, p. 148; Hoge Raad 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*).
[347] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 265.
[348] Bartman 1989, p. 73.
[349] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 938.
[350] Lennarts 1999, p. 227.
[351] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.
[352] Uniken Venema 1969, p. 284.

Hoofdstuk 5 De zorgplicht in concernverhoudingen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of er een zelfstandige zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust, om te voorkomen dat dochtervennootschappen bij het concern betrokken derden schade toebrengen. Eerst wordt kort weergegeven waar we naar aanleiding van de vorige hoofdstukken staan. Daarna wordt nader ingegaan op de op het bestuur van de moedervennootschap rustende zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, welke algemener van aard is. Daarbij wordt aandacht besteed aan het zorgvuldig concernbeleid en wie bij het concern betrokken derden zijn. Voorts wordt besproken wat wetenschap van voorzienbare benadeling van bij het concern betrokken derden inhoudt, waarna achtereenvolgens derdenwerking van contracten en de maatschappelijke zorgvuldigheid besproken worden. Daarna wordt onderzocht of een zelfstandige zorgplicht van de moeder jegens bij het concern betrokken derden gevonden kan worden.

Een algemeen uitgangspunt in het Nederlands recht is dat risico's inherent zijn aan ondernemen. Er moet ruimte zijn voor creativiteit, vernuft en durf: ondernemen is geoorloofd risico nemen[353] en ondernemerschap moet niet met wijsheid achteraf beoordeeld worden.[354] Het feit dat vennootschappen, aandeelhouders en crediteuren soms schade lijden als gevolg van het ondernemend gedrag van ondernemers wordt tot op een bepaalde hoogte geaccepteerd.[355] Risico's maken een integraal onderdeel uit van alle afzonderlijke, in een onderneming gebundelde, activiteiten.[356] Op bestuursniveau van de moedervennootschap is het belangrijk dat een analyse en beoordeling van de geaggregeerde risico's plaatsvindt.[357] Aansprakelijkheid moet pas in beeld komen als een bepaalde, hoge drempel is overschreden.[358]

In hoofdstuk 2 is duidelijk geworden dat de moedervennootschap haar concernleiding baseert op een feitelijke, met de afhankelijkheidsverhouding tussen de moedervennootschap en dochtervennootschappen gegeven, instructiemacht.[359] De moedermaatschappij opereert op basis van een strategisch concernbeleid en ze is dan wel wordt geacht op de hoogte van algemene en financiële risico's. Dienaangaande moet zij in control zijn. Dit geldt zowel voor het bestuur als de RvC van de moedermaatschappij.[360] In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat een belangrijk onderdeel van het risicobeheersings- en controlesysteem van de beursvennootschap betrouwbare en relevante rapportage

[353] Assink & Strik 2009, p. 246; Hoge Raad 20 juni 2008, *JOR* 2008/260 (*NOM/Willemsen*).
[354] Van der Sangen 2009, p. 151.
[355] Assink & Strik 2009, p. 247; mislukte reddingsplannen van de moedermaatschappij om haar dochtervennootschap te redden vormen in beginsel geen aanleiding voor een doorbraak van aansprakelijkheid richting de moedermaatschappij, zie ook Hoge Raad 12 december 2008, JOR 2008/297, m. nt. Van Maanen (*Coutts Holding*).
[356] Assink & Strik 2009, p. 239.
[357] Assink & Strik 2009, p. 240.
[358] Assink & Strik 2009, p. 249.
[359] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 786.
[360] Huizink 2013, p. 299; Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

betreft, welke tussen de dochtervennootschappen en haar moedervennootschap wordt uitgewisseld.[361] De informatie die hieruit voortvloeit, zorgt ervoor dat zowel het bestuur als de RvC van de moedervennootschap inzicht hebben in het concern en het concern leiding kunnen geven. Indien nodig kan het bestuur van de moedervennootschap haar dochtervennootschappen (tijdig) instructies geven ten einde het concernbeleid te waarborgen. In hoofdstuk 4 is duidelijk geworden dat onder bepaalde omstandigheden een afgeleide zorgplicht op de moedervennootschap rust ten aanzien van crediteuren van haar dochtermaatschappijen. Uit het arrest SOBI / Hurks blijkt dat de zorgplicht bij een moedervennootschap die in control is over haar concern, gevonden kan worden in een hecht concernverband waarin de moedervennootschap zich intensief bemoeid heeft met het beleid van haar dochtervennootschap. Wanneer zij vervolgens nalaat om in te grijpen, terwijl de moedervennootschap dit wel had moeten doen, is zij aansprakelijk jegens de nieuwe schuldeisers van haar dochtervennootschap.[362] Indien de moedermaatschappij zich vooraf aan het faillissement van de dochtervennootschap intensief met haar bemoeid heeft, dan heeft zij de plicht actief toezicht op haar dochter te houden om (meer) schade te voorkomen of te beperken.[363] Dit komt voort uit de positie van de moedervennootschap: zij beschikt in de regel over meer inzicht en de financiële positie van de dochtervennootschap dan een willekeurige derde.[364] Ook merken Bartman, Dorresteijn en Olaerts op dat de strengere eisen op het gebied van transparantie en openbaarmaking van intragroeprelaties het inzicht van de moedervennootschap in de gevolgen van haar handelen op crediteuren van haar dochtervennootschappen vergroten.[365] Uit het Ceteco – vonnis t volgt dat ook het niet in control zijn over het concern een schending van de zorgplicht kan opleveren, waarvoor de moedermaatschappij op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden.

De aanknopingspunten die in deze doorbraakjurisprudentie zijn geformuleerd, zijn niet direct van toepassing wanneer het gaat om de vraag of er een *zelfstandige* zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust wanneer zij haar concern zo inricht dat het risico groot is dat derden voorzienbaar schade lijden door gedragingen van haar dochtervennootschappen. Het is van belang dat meer concreet wordt wanneer een dergelijke zorgplicht naar Nederlands recht voor de moedervennootschap intreedt om in te grijpen bij een (klein)dochtervennootschap. In dit hoofdstuk wordt daartoe eerst onderzocht wanneer een gedraging van de moedervennootschap als onrechtmatig aangemerkt kan worden. Er moet immers allereerst sprake zijn van een onrechtmatige gedraging voordat aansprakelijkheid op de moedervennootschap gevestigd kan worden. Eerst wordt het zorgvuldig concernbeleid aangehaald, waarna wordt onderzocht wie derden en hun gerechtvaardigde belangen zijn. Daarna wordt een belangrijk vereiste voor het vaststellen of er sprake is van onrechtmatige gedraging

[361] Assink & Strik 2009, p. 235.
[362] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 269.
[363] Bartman 2016, p. 367.
[364] Lennarts 1999, p.185.
[365] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.

besproken, namelijk het vereiste van wetenschap van benadeling. Nadat dit is uitgewerkt, wordt een tweedeling gemaakt in mogelijke aard van de onrechtmatige gedraging: dit kan zich voordoen middels derdenwerking van contracten of een schending van de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW. Voorts komt het begrip zorgplicht aan bod en wordt onderzocht of uit de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW een zelfstandige zorgplicht te destilleren is.

5.2 De onrechtmatige gedraging

5.2.1 Zorgvuldig concernbeleid

De moedermaatschappij is gerechtigd en verplicht centrale leiding uit te oefenen over haar concern.[366] Dit leidt tot een vertrouwenspositie ten opzichte van de vennootschap: zij draagt de verantwoordelijkheid voor een zorgvuldig concernbeleid, waarbij het belang van het concern voorop gesteld dient te worden.[367] De plicht tot het voeren van zorgvuldig concernbeleid is onderdeel van de bestuurstaak en is geformuleerd in het belang van aandeelhouders/beleggers van de moedervennootschap.[368] Uit hoofde van de norm van artikel 2:8 lid 1 BW dient het concernbeleid behoorlijk en evenwichtig te zijn.[369] Om op de lange termijn waarde te creëren is een zorgvuldig en evenwichtig beleid onontbeerlijk.[370] Om tot een zorgvuldig beleid te komen, is informatie essentieel: de moedermaatschappij moet haar risicomanagementsystemen (en onder omstandigheden haar instructiemacht) gebruiken om die informatie te verkrijgen van haar dochtervennootschappen die nodig is voor het voeren van een adequaat concernbeleid.[371]Ook de RvC draagt met kritische input bij aan een zorgvuldig concernbeleid in het belang van haar beleggers[372], wat voortvloeit uit haar toezichthoudende en raadgevende taak.[373] Zij moet het bestuur (on)gevraagd van advies voorzien en dient daarbij een actieve houding aan te nemen.[374] Uit de in hoofdstuk 4 besproken jurisprudentie volgt dat er in het geval van risicovolle situaties extra aandacht moet worden besteed aan het concernbeleid.[375] Extra waakzaamheid en oplettendheid is geboden bij het bestuur van de moedervennootschap en zij dient aandacht te besteden aan kansen en risico's om zo waarde creatie op de lange termijn te kunnen waarborgen. Sommige situaties vragen ook om een geïntensiveerd toezicht van de RvC, zoals wanneer het gewaagde en risicovolle situaties betreft,[376] Afhankelijk van de omstandigheden in het concern kunnen verschillende situaties als risicovol aangemerkt worden.

---

[366] Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 395.
[367] Assink 2012, p. 285.
[368] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 789.
[369] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 786 en 788.
[370] Assink 2012, p. 285.
[371] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 108; Bartman 2016, p. 366; zie ook Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*).
[372] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 789.
[373] Artikel 2:140 BW.
[374] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 488; *Kamerstukken II*, 2008/09, 31763, 3 (MvT), p. 3.
[375] Ten aanzien van een risicovol concernbeleid, zie Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*) en ten aanzien van een risicovolle concernstructuur, zie Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*).
[376] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 487.

Naast het hier besproken dualistische bestuursmodel[377] is het ook mogelijk dat het bestuursorgaan uit uitvoerende en niet – uitvoerende bestuurders bestaat.[378] Dit is het monistische model, waarbij de taken van de RvC worden vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen.[379] Het monistische en het dualistische model groeien in de praktijk meer naar elkaar toe.[380] De toezichthouders in beide modellen dragen bij aan het formuleren van een zorgvuldig concernbeleid, maar daarvoor geldt wel: adequaat toezicht houden vergt een actieve houding.[381]

Uit het rechtspersonenrecht volgt dat het bestuur van de moedervennootschap zich bij het vervullen van haar taak moet richten op haar vennootschappelijk belang, wat ook het concernbelang omvat. De vraag is of de plicht om het concern leiding te geven en een zorgvuldig beleid te creëren ook zo ver reikt dat de belangen van derden meegewogen moeten worden. Zeker is wel dat in het concernbeleid tot op zekere hoogte rekening gehouden moet worden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Zo bepaalt de Code 2016 dat het bestuur en de RvC zorg dragen voor een evenwichtige en effectieve besluitvorming, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van *stakeholders*.[382] Wanneer de beursvennootschap de Code naleeft, moeten stakeholdersbelangen in het bijzonder meegewogen worden in de besluitvorming en implementatie van het concernbeleid. Dit kan aanleiding kan geven tot een zekere verantwoordelijkheid jegens deze belangen.[383] Echter, op het moment dat het concernbeleid als zodanig voorligt bij de rechter, is enkel een marginale toets mogelijk. De rechter toetst alleen of de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het bestuursbeleid niet kennelijk onredelijk is,[384] waarbij de eventuele benadeling van betrokkenen niet disproportioneel dient te zijn ten opzichte van het te bereiken doel.[385] Enkel de aandeelhouders/beleggers in de moedervennootschap kunnen een beroep doen op de plicht tot zorgvuldig concernbeleid; deze plicht is immers in haar belang geformuleerd. Hoewel belangen van onder meer crediteuren van de moeder- dan wel dochtervennootschappen worden meegewogen in dit beleid, kunnen zij hier in rechte geen beroep op doen; de plicht strekt niet ter bescherming van hun belangen.

5.2.2 Derden en hun gerechtvaardigde belangen

Bij het creëren van een zorgvuldig concernbeleid dient het bestuur van de moedervennootschap rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van derden. Echter, wie in de groep van 'betrokkenen' of 'derden' valt, is niet nader bepaald. In het juridisch spraakgebruik heeft het begrip 'derde' ook geen vaste betekenis. In zeer algemene zin is een 'derde' iemand die geen partij is geweest bij (het sluiten

[377] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, 3 (MvT), p. 2.
[378] Dit is wettelijk verankerd in artikel 2:129a lid 1 BW; *Kamerstukken II*, 2008/09, 31763, 3 (MvT) en *Stb*. 2011, 275.
[379] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, 3 (MvT), p. 3; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 15; Assink|Slagter 2013, p. 886-887.
[380] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, 3 (MvT) p. 3; Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 194.
[381] *Kamerstukken II*, 2008/09, 31763, 3 (MvT), p. 3.
[382] Principe 2.4 van de Code 2016.
[383] Huizink 2010, p. 20.
[384] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 778 – 789.
[385] Assink|Slagter 2013, p. 931.

van) een overeenkomst, maar daar vervolgens wel mee te maken kan krijgen.[386] Derde partijen zijn buitenstaanders bij een rechtsverhouding tussen partijen. Om de groep van belangen en derden enigszins te verduidelijken, hanteert de Corporate Governance Code uit 2016 het stakeholdersmodel. De Code spreekt over 'stakeholders': groepen en individuen die (in)direct het bereiken van de doelstellingen van het concern beïnvloeden of daardoor worden beïnvloed. Voorbeelden zijn werknemers, aandeelhouders en afnemers.[387] Sommige derden, zoals deze stakeholders, staan in een nauwere betrekking tot de rechtsverhouding dan anderen.[388] Waar het een concern betreft is het een derde partij die buiten de concernverhouding staat. In dit onderzoek draait het om bij het concern betrokken derden: die partijen waarvan de moedervennootschap weet of zou moeten weten dat het concern en haar activiteiten hen beïnvloeden. Het gaat niet om elke willekeurige derde; er moet sprake zijn van een zekere betrokkenheid bij het concern. Beleggers worden in dit onderzoek als een aparte groep derden gezien; zij bezitten immers een bijzondere positie in hun effectenrechtelijke relatie met de moedervennootschap. Onder omstandigheden kan het voorkomen dat de belangen van deze derde partijen geschonden worden. Wanneer gaat het dan om gerechtvaardigde belangen?

Gerechtvaardigde belangen van derden zijn in beginsel telkens die belangen waarop gedragingen van de vennootschap redelijkerwijs voorzienbaar en aanwijsbaar van invloed zijn of kunnen zijn.[389] Bij het formuleren van haar concernbeleid dient het bestuur van de moedervennootschap in het kader van de zorgvuldigheid een belangenafweging te maken. Zij weegt verschillende deelbelangen tegen elkaar af, met als doel zo de gerechtvaardigde belangen van derden op gepaste wijze te ontzien.[390] Deze veelheid aan belangen wordt door het bestuur als richtsnoer gebruikt, maar zij heeft hierbij grote beleidsvrijheid: zij kan zelf het gewicht aan de deelbelangen toedelen. Hoewel dit ertoe kan leiden dat de belangen van derden in het gedrang komen, moet men in gedachte houden dat bij het gedrag van een (rechts)persoon in zoverre rekening gehouden dient te worden met belangen van derden als dat in redelijkheid verwacht kan worden.[391] Het gaat om de zorgvuldigheid die van een redelijk denkend rechtspersoon verwacht mag worden.[392] Het gaat tot op zekere hoogte om het verwachtingspatroon dat een derde heeft dat zijn gerechtvaardigde belangen in acht worden genomen bij een overeenkomst.[393] Uiteindelijk mogen bij het optimaliseren van de concernbelangen met de activiteiten van een dochtervennootschap rechtstreeks verbonden deelbelangen (zoals die van crediteuren) niet op een onredelijke wijze achter worden gesteld bij het concernbelang.[394] Het is aan het bestuur van de moedervennootschap om deze belangen te ontzien en geen voorzienbaar nadeel toe te brengen, tenzij en voor zover het belang van de vennootschap een

[386] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014, 516, p. 480-481.
[387] Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017, p. 107.
[388] Du Perron 1999, p.47.
[389] Assink|Slagter 2013, p. 938.
[390] Assink 2012, p. 285.
[391] Asser/ Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 90.
[392] Schwitters 2008, p. 18.
[393] Ernes & Lamers 2012, p. 28.
[394] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 786-787.

dergelijke gedragslijn rechtvaardigt.[395] Kortom: het bestuur van de moedervennootschap moet in redelijkheid rekening houden met die belangen van derden die voorzienbaar beïnvloed kunnen worden door haar handelen.

Derden kunnen proberen hun schade te verhalen op de moedervennootschap wanneer deze gerechtvaardigde belangen schade hebben geleden. Wat dit inhoudt en hoe deze intreedt, is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Artikel 6:95 BW definieert schade die in aanmerking komt om vergoed te worden in een aansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 6:162 BW, als vermogensschade en ander nadeel, voor zover de wet daarop recht van schadevergoeding geeft.

5.2.3 Wetenschap van voorzienbare benadeling

Een belangrijke stap om tot een antwoord op de onderzoeksvraag te komen is gelegen in de vraag of de moeder uit hoofde van haar positie en op grond van feiten en omstandigheden wist of had moeten weten dat haar handelwijze ten opzichte van haar dochtervennootschap aan bij het concern betrokken derden onredelijke schade berokkent. In hoofdstuk 4 is al naar voren gekomen dat geobjectiveerde wetenschap van de benadeling van derden als een vereiste wordt gezien voor het vestigen van aansprakelijkheid op de moedervennootschap.[396] Zonder deze objectieve wetenschap van voorzienbare benadeling kan niet van een zorgvuldig handelende moedervennootschap verwacht worden dat zij actie onderneemt. De moedervennootschap in het concern beschikt over zeggenschap om in te grijpen als er sprake is van wetenschap van voorzienbare benadeling van derden door handelen van haar dochtervennootschappen. Is deze (objectieve) wetenschap van benadeling aanwezig ten aanzien van bijvoorbeeld nieuwe crediteuren, dan rust op de moeder de plicht om te voorkomen dat deze schade ontstaan, of dat deze zoveel mogelijk wordt beperkt.[397] Doet zij dit niet, dan handelt zij mogelijk in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW.[398]

Wanneer is sprake van objectieve wetenschap op het niveau van de moedervennootschap van voorzienbare benadeling van derden? Deze vorm van wetenschap ziet op die situatie waarin de moedervennootschap had moeten weten dat de gerechtvaardigde belangen van derden voorzienbaar schade zouden lijden en dit zal moeten worden afgeleid uit het geheel aan omstandigheden van een geval. Het aannemen van deze objectieve wetenschap staat los van de vraag of het bestuur van de moedervennootschap al dan niet daadwerkelijk wetenschap had van de benadeling; het gaat om de vraag of hij deze wetenschap had moeten hebben. Dit idee van objectieve wetenschap komt voort uit het idee dat het bestuur van de moedervennootschap in control is via haar risicomanagementsysteem en daardoor op de hoogte is van relevante informatie ten aanzien van het reilen en zeilen van de dochtervennootschap en haar positie binnen het concern. Echter, het enkele feit dat de moeder haar zeggenschap in het

[395] Assink 2012, p. 285.
[396] Van der Sangen 2009, p. 148; Hoge Raad 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*).
[397] Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*); Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*).
[398] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 216, p. 257-258.

algemeen uitoefent over een dochtervennootschap leidt niet tot een onweerlegbaar vermoeden van wetenschap van benadeling van bijvoorbeeld de crediteuren van deze dochter.[399] Bij een zeer grote invloed van de moeder op de dochter kan onder omstandigheden eerder worden aangenomen dat zij weet dan wel behoort te weten dat bijvoorbeeld schuldeisers worden benadeeld.[400]

Op het moment dat uit rapportagelijnen en informatiestromen blijkt dat de belangen voorzienbaar benadeeld dreigen te worden, is het aan het bestuur om de benodigde zorgvuldigheid te betrachten dit zoveel mogelijk te beperken of te voorkomen. Zij moet, met andere woorden, actie ondernemen. Waar het bijvoorbeeld benadeling van schuldeisers betreft, dient de moedermaatschappij in te grijpen op het moment dat er sprake is van objectieve wetenschap van de feitelijke insolventie van haar dochter. Het moment waarop de moedervennootschap over deze wetenschap beschikt of had moeten beschikken wordt ook wel de peildatum genoemd. Deze datum zal uit omstandigheden van het geval moeten blijken en vormt een omslagpunt voor de handelswijze van de moedervennootschap: vanaf dat moment is zij verplicht in te grijpen.

Hierbij moet opgemerkt worden dat de kennis van het bestuur van de moedervennootschap als haar orgaan wordt aan de moedervennootschap toegerekend.[401] Om dit te bewerkstelligen moet bepaald worden of de kennis van het bestuur van de moedervennootschap 'in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft' als kennis van de moedervennootschap.[402] Over het algemeen levert dit geen problemen op, omdat het kennis betreft die voortkomt uit het risicobeheersings- en controlesysteem van de moedervennootschap.

Echter, het is mogelijk dat het risicobeheersings- en controlesysteem en haar rapportagelijnen niet naar behoren functioneren. Het bestuur van de moedervennootschap beschikt als gevolg hiervan niet over de voor haar taak relevante informatie. Zij is dan niet in control over haar concern. Het bestuur van de moedervennootschap dient dit te signaleren wanneer zij bijvoorbeeld over rapportage komt te beschikken die zeer beperkt, kort of tegenstrijdig is.[403] Ook kunnen signalen uit andere bronnen aanleiding geven om te onderzoeken of het risicobeheersings- en controlesysteem naar behoren werkt. Het kan de moedervennootschap verweten worden dat haar systemen niet (goed) functioneren. Hoewel het risicomanagement van de moedervennootschap in beginsel strekt ter bescherming van haar beleggers/aandeelhouders, kan een benadeelde derde onder omstandigheden aansluiting zoeken bij de geobjectiveerde wetenschap van benadeling. Het lijkt in de rede te liggen dat ook zij af mogen gaan op de juistheid van de jaarrekening: wanneer daaruit blijkt dat het risicomanagementsysteem naar behoren functioneert, kan de benadeelde derde stellen dat de moedervennootschap wist dan wel behoorde te weten dat zij voorzienbaar benadeeld zou worden. Hoewel het risicomanagementsysteem niet strekt ter haar bescherming, kan deze omstandigheid wel kleur geven aan haar onrechtmatige daadsvordering.

[399] Winter 1992, p. 271; Lennarts 1999, p. 185.
[400] Lennarts 1999, p. 227.
[401] Katan 2017 p. 3, Tjittes 2001, p. 42.
[402] Hoge Raad 11 mei 1990 NJ 1990/544; Hoge Raad 11 maart 2005, NJ 2005/576; Hoge Raad 11 november 2005, NJ 2007/231.
[403] Dit kan zien op innerlijke tegenstrijdigheid in een rapport, maar ook op tegenstrijdigheid met eerder verstrekte informatie.

5.3 Aard van de onrechtmatige gedraging

5.3.1 Derdenwerking van contracten

Het is mogelijk dat de onrechtmatige gedraging jegens een derde voortkomt uit een contractuele verhouding tussen een moedermaatschappij en haar dochtermaatschappijen. Deze verhouding kan namelijk gevolgen hebben voor de maatschappelijke zorgvuldigheid die partijen in aanmerking moeten nemen ten aanzien van derden. Het uitgangspunt in het overeenkomstenrecht is dan wel dat overeenkomsten geen rechten of plichten voor derden in het leven roepen[404], maar een overeenkomst kan toch gevolgen hebben voor anderen dan de contractspartijen.

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de verschillende mogelijke gevalstypen nog geen algemene theorie ontwikkeld.[405] Wel heeft zij een aantal arresten gewezen die betrekking hebben op een gesloten overeenkomst en de verhouding daarvan met derden, welke voor het gedrag van de moedermaatschappij van belang kunnen zijn. Zo moeten een moedervennootschap en haar dochtervennootschap bij een overeenkomst rekening houden met derden. De wijze waarop zij dit moeten doen wordt onder meer ingevuld door open normen in de Nederlandse wet[406], maar ook op de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt.[407] Deze zorgvuldigheidsnorm heeft de Hoge Raad nader ingevuld in de arresten Staat/Degens en Vleesmeesters/Alog.[408] Zo overwoog zij in Staat/Degens dat wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractsverhouding waarin hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen verbonden worden, ten aanzien van de wijze waarop hij zich ten opzichte van zijn contractuele verplichtingen gedraagt, bij inachtneming van hetgeen in het verkeer betaamt, niet onder alle omstandigheden de belangen mag verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van zijn contract kunnen hebben.[409] Deze overweging werd bevestigd en als volgt aangevuld in Vleesmeesters/Alog:

> *"Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen."*[410]

[404] Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (*Khaly/Freezer*), r.o. 3.4; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014, p. 482.
[405] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 74.
[406] Een voorbeeld is artikel 3:40 BW.
[407] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 75.
[408] Hoge Raad 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*) en Hoge Raad 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*).
[409] Hoge Raad 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.
[410] Hoge Raad 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

Bovendien formuleert de Hoge Raad hier een aantal aanknopingspunten om te bepalen of de normen dit meebrengen: zo dient de rechter te kijken naar de hoedanigheid van partijen, de aard en strekking van de overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde erbij zijn betrokken, of deze betrokkenheid voor de contractspartijen bekend was, of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, in hoeverre het voor de contractspartijen bezwaarlijk was om rekening te houden met de belangen van deze derde, de aard en omvang van de schade die voor de derde dreigt en het kenbare nadeel. In bepaalde omstandigheden heeft een contractspartij ook een zorgplicht in acht te nemen jegens derden die nauw bij de overeenkomst betrokken zijn.[411] Uit deze arresten blijkt dat wanneer de moedervennootschap een contract sluit met een dochtervennootschap, belangen van derden hier nauw mee kunnen samenhangen. Daar moeten de moedervennootschap en haar dochtervennootschappen volgens de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW rekening mee houden. Ook de objectieve wetenschap van de voorzienbare benadeling van deze derden speelt hier een rol: de doorwerking van het contract naar derden is pas mogelijk indien er sprake is van objectieve wetenschap van benadeling van derden bij de moedervennootschap.

Daarnaast oordeelde de Hoge Raad in het arrest Mooijman/Netjes[412] over samenhangende rechtsverhoudingen dat het mogelijk is dat er sprake is van feitelijke samenwerking tussen partijen, hoewel er tussen partijen geen overeenkomst bestaat. De moedervennootschap dient ook dit in ogenschouw te nemen. De zodanige feitelijke samenwerking zoals die uit de omstandigheden van het geval af te leiden was, bracht in beginsel mee dat de partijen niet alleen jegens haar contractuele wederpartijen, maar ook jegens haar feitelijke wederpartij zich dienden te gedragen volgens hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.[413] Indien de moedervennootschap en haar dochtervennootschappen tot elkaar in een contractuele verhouding staan, dient op haar beurt een derde hier rekening mee te houden. Zo is in het arrest Pos/van den Bosch[414] naar voren gekomen dat het sluiten van een overeenkomst met iemand terwijl deze weet dat daardoor de belangen van een ander worden geschonden in beginsel niet onrechtmatig is. Echter, er kunnen van bepaalde omstandigheden sprake zijn waardoor dit handelen wel degelijk onrechtmatig wordt. In casu ging het om misbruik van omstandigheden.

Wanneer derde partijen geen contract hebben met de moedervennootschap of dochtervennootschappen van het concern, wil dat nog niet zeggen dat hun belangen niet tot op zekere hoogte moeten worden ontzien door deze vennootschappen. Wanneer de moedervennootschap weet dat haar dochtervennootschappen door een met haar gesloten contract voorzienbaar schade toe (dreigen te) brengen aan derden en zij doet niets, dan kan dit in bepaalde situaties een onrechtmatige gedraging jegens die derde opleveren. Hierbij zij opgemerkt dat elk geval afzonderlijk beoordeeld dient te worden om te bezien of er sprake is van een zodanige uitstraling van het contract naar derden, dat deze derde

[411] Ernes & Lamers 2012, p. 28.
[412] Hoge Raad 19 mei 1988, NJ 1999/98 (*Mooijman/Netjes*); Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 74.
[413] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 74-75.
[414] Hoge Raad 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789 (*Pos/van den Bosch*).

hier een beroep op kan doen.[415] Uit de hier aangehaalde rechtspraak blijkt dat er naar Nederlands recht geen zorgplicht, maar enkel een zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW op het bestuur van de moedervennootschap aan het hoofd van een concern rust. Dit om rekening te houden met en in te grijpen bij die dochtervennootschappen over wie zij doorslaggevende zeggenschap heeft.

5.3.2 Maatschappelijke zorgvuldigheid

Niet verrassend is het feit dat de verhoudingen tussen moedervennootschap en dochtervennootschappen vaak niet gekenmerkt worden door contracten. Zij bestaan veelal uit feitelijke verhoudingen. Om het bestaan van deze feitelijke verhoudingen vast te stellen, is het nodige bewijs vereist.[416] De aanwezigheid van deze feitelijke verhoudingen betekent echter niet dat de moedervennootschap geen rekening dient te houden met de belangen van derden. Zoals al is besproken dient het bestuur van de moedermaatschappij het concernbelang voorop te stellen, waarbij in zoverre rekening gehouden dient te worden met belangen van derden als dat in redelijkheid verwacht kan worden.[417] Daarbij moet de moedervennootschap oog hebben voor dat wat men in de maatschappij in redelijkheid van een ander kan verwachten.[418]

Wanneer handelt de moedervennootschap feitelijk gezien in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW? Daarbij moet gekeken worden naar wat een normaal handelende, zorgvuldige ondernemer in vergelijkbare omstandigheden zou doen en wat van de onderneming verwacht mag worden.[419] Per individueel geval moet de feitenrechter bekijken of een ongeschreven rechtsnorm geschonden is.[420] Daarvoor is objectieve wetenschap van benadeling een vereiste; zonder deze wetenschap kan niet verwacht worden dat de zorgvuldig handelende moedervennootschap ingrijpt.

Wanneer de rechter de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW dient in te vullen en moet bepalen of de moedervennootschap zich onrechtmatig heeft gedragen jegens een derde, zoekt hij zoveel mogelijk aansluiting bij objectieve aanknopingspunten, zoals wet- en regelgeving, algemene rechtsbeginselen en codes.[421] Wanneer een derde een beroep doet op een door het bestuur van de moedervennootschap geschonden zorgplicht, moet de feitenrechter voorzichtig zijn: de ondernemingsrechtelijke ‘zorgplicht’ is niet gepreciseerd door de Hoge Raad. Het gevaar schuilt in het feit dat feitenrechters hier dan zelf in concrete gevallen handen en voeten aan moeten geven: het is zeer wel mogelijk dat zij de plicht (onnodig) aanscherpen en aansluiting zoeken bij een verzwaarde zorgplicht, in plaats van aansluiting te zoeken bij de hen beter bekende zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW.[422] De rechter dient te kijken

[415] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 78.
[416] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 77.
[417] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 90.
[418] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 61.
[419] Castermans & Van der Weide 2009, p. 19.
[420] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 62.
[421] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 92.
[422] Assink 2012, p. 284.

naar dat wat van de onderneming verwacht mocht worden in de gegeven omstandigheden. Dit is zeer afhankelijk van de context, de gevestigde praktijk in de branche en in het geval van een multinationaal concern ook van de juridische en feitelijke situatie in het vestigingsland van de dochtermaatschappij. Daarbij kan gesteld worden dat naarmate er meer sprake is van een gevestigde handelswijze in een bepaalde branche die algemeen geaccepteerd wordt en past in de maatschappelijke betamelijkheid, de kans groter is dat moedervennootschappen in deze branche aangesproken kunnen worden op het niet naleven van deze handelswijze.[423]

Onder omstandigheden kan de onrechtmatige gedraging zien op het ontbreken van een actief toezicht op de dochtervennootschap. Voordat sprake is van het intensiveren van toezicht, moet de moedermaatschappij zich op een relevant beleidsterrein met de dochtervennootschappen hebben bemoeid. Het voeren van centrale leiding vormt daarvoor niet voldoende grond.[424] Echter, wanneer de dochtervennootschap kort aan de riem wordt gehouden, mag van de moeder verwacht en verlangd worden dat zij actief toezicht houdt.[425] Castermans en van der Weide menen dat naarmate een moedermaatschappij meer 'in de melk te brokkelen heeft' bij haar dochtermaatschappij, zij eerder aansprakelijk kan zijn voor de situatie waarin haar toezicht faalt en de dochtervennootschap internationaal erkende normen schendt. Daarbij zou de rechter dezelfde voorwaarden dienen te hanteren als bij geldschulden: inzicht in en zeggenschap over de bedrijfsactiviteiten van de dochtervennootschap.[426] Wanneer het gaat om situaties waar een bepaalde handelswijze gevaar kan opleveren, kan de rechter aansluiting zoeken bij de aanknopingspunten uit het Kelderluik-arrest.[427] De feitenrechter beoordeelt hoe groot de kans is dat een ander niet oplet, hoe groot de kans is dat de voorzienbare schade daardoor zal intreden, wat de ernst van de mogelijke gevolgen is en ten slotte kijkt de rechter naar de bezwaarlijkheid van mogelijk te nemen maatregelen.[428] Doordat de Hoge Raad deze punten heeft geformuleerd, kan de feitenrechter beoordelen of het bestuur van de moedermaatschappij maatregelen had moeten nemen om te voorkomen dat een potentieel gevaarlijke situatie tot schade bij een derde zou leiden en of zij daarvoor aansprakelijk gesteld kan worden. Het moet daarbij wel gaan om objectief kenbare gevaren en risico's waarvoor bepaalde veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen.[429]

[423] Castermans & Van der Weide 2009, p. 25.
[424] Lennarts 1999, p. 198.
[425] Lennarts 1999, p. 195; Het actief toezicht houden volgt uit Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*).
[426] Castermans & Van der Weide 2009, p. 30-31.
[427] Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*).
[428] Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*); Spier 2015, p. 49-50.
[429] Spier 2015, p. 51.

5.4 De zorgplicht

Hiervoor is besproken dat er meer algemene ondernemingsrechtelijke zorgvuldigheidsnormen ex artikel 6:162 BW op de moedervennootschap rusten. Dit onderzoek gaat over de vraag of er op haar een zelfstandige zorgplicht rust. Gelet op de in hoofdstuk 1 besproken accountability trend, waarbij moedervennootschappen van multinationale concerns aansprakelijk worden gesteld voor schade toegebracht aan derden door haar buitenlandse dochtervennootschappen, is het belangrijk om te bezien of er daadwerkelijk een zorgplicht rust op het bestuur van de moedervennootschap die verder reikt dan de zorgvuldigheid die past bij een redelijk handelend (rechts)persoon, op basis waarvan zij moet ingrijpen als zij over daartoe relevante informatie van haar dochtervennootschappen beschikt. Een zorgplicht rust namelijk zwaarder op de moedermaatschappij dan een zorgvuldigheidsnorm. Eerst wordt kort uiteen gezet wat een zorgplicht is, waarna de vraag voorligt of er uit de op de moedervennootschap rustende zorgvuldigheidsnormen een zorgplicht volgt. Om dat te bepalen wordt aansluiting gezocht bij de unieke aard van het concern en de bijzondere positie van de moedervennootschap in interne verhoudingen en haar doorwerking daarvan in externe verhoudingen.

5.4.1 De zorgplicht

Een zorgplicht is niet hetzelfde als de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. De zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW ziet op de rekenschap die een ieder zich bij zijn handelen moet geven van de betrokken belangen van anderen. Als hij door zijn handelen deze belangen schaadt of dreigt te schaden, moet hij onder bepaalde omstandigheden zijn handelswijze veranderen. Doet hij dat niet, dan is hij mogelijk aansprakelijk voor de veroorzaakte schade wegens het schenden van het ongeschreven recht op grond van artikel 6:162 BW.[430] Zorgvuldigheidsnormen impliceren de voorzienbaarheid van de schade: ze strekken ter voorkoming van schade aan derden. Regels van geschreven recht daarentegen kunnen een gedraging verbieden ongeacht het gevolg of gevaar daarvan.[431] Deze zorgvuldigheid is niet oneindig: het gaat niet om de uiterst mogelijke zorgvuldigheid die de (rechts)persoon moet betrachten, noch om het altijd laten prevaleren van de belangen van anderen.[432] Het gaat om de zorgvuldigheid die van een redelijk denkend (rechts)persoon verwacht mag worden.[433] De inhoud van de zorgvuldigheidsnorm is afhankelijk van de kennis en ervaring die bij het bestuur van de moedervennootschap, gezien haar maatschappelijke positie, aanwezig dient te zijn.[434] Om te bepalen of de moedermaatschappij zich onrechtmatig gedragen heeft, moet er getoetst worden of de moedermaatschappij een op haar rustende rechtsnorm geschonden heeft.[435]

[430] Tjong Tjin Tai 2006, p. 140.
[431] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 933.
[432] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 61; Tjong Tjin Tai 2006, p. 141.
[433]Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 61; Schwitters 2008, p. 18.
[434] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 88.
[435] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 62.

Een zorgplicht vloeit, anders dan de zorgvuldigheidsnorm die voor een ieder geldt, voort uit de bijzondere positie waarin de handelende persoon zich bevindt om anderen tegen een bepaalde kwetsbaarheid te beschermen; daarom wordt van hen een grotere mate van zorg verwacht. Dit is met name het geval waar de handelende persoon zich in een zodanige maatschappelijke rol bevindt waarin haar bepaalde maatschappelijke belangen zijn toevertrouwd.[436] Het gaat bij een zorgplicht om een proactieve instelling en preventief optreden.[437] De aansprakelijkheid past bij een verwijtbaar nalaten: de aansprakelijk gestelde rechtspersoon heeft nagelaten in te grijpen, terwijl zij dit wel had moeten doen. Een zorgplicht kan bijvoorbeeld zien op de plicht om bij het maken en implementeren van beleidskeuzen het belang van betrokken schuldeisers op een proactieve wijze te betrekken en te wegen.[438] Volgens Lennarts komt aansprakelijkheid van de moedervennootschap wegens het schenden van een zorgplicht pas in beeld als zij zich op een relevant beleidsterrein intensief bemoeid heeft met haar dochter.[439]
Afhankelijk van de omstandigheden wordt een zorgplicht anders ingevuld. Hoe hij ook wordt ingevuld, hij rust zwaarder op een moedervennootschap[440] en vereist een actievere houding dan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Hierna wordt onderzocht of deze plicht haar grondslag kan vinden in de bijzondere positie waarin de moedervennootschap van het concern zich bevindt, waarin zij centrale leiding dient te geven aan het concern en haar dochtervennootschappen concrete instructies kan geven om haar handelen bij te sturen.

5.4.2 Van zorgvuldigheid naar zorgplicht?

De moedermaatschappij gebruikt haar dochtervennootschappen om zo aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen. De vraag is of er op haar een zelfstandige zorgplicht rust als zij dochtervennootschappen inzet, terwijl zij weet dat door het gebruik van deze vennootschappen specifieke derden schade lijden, omdat de dochtervennootschappen zich aantoonbaar onrechtmatig gedragen en niet financieel solide zijn. Deze zorgplicht zou dan voortkomen uit de bijzondere positie waarin de moedermaatschappij zich bevindt, waarin zij bij het concern betrokken derden tegen een bepaalde kwetsbaarheid zou moeten beschermen. Van haar wordt dan een grotere mate van zorg verwacht. De vraag is echter of haar concernleidingplicht zover strekt dat deze ook bij het concern betrokken derden omvat.
Inherent aan zorgvuldigheidsnormen en een eventuele zorgplicht en daarmee gepaard gaande actieve houding is de mogelijkheid tot ingrijpen: zonder deze macht kan men geen uitvoering geven aan een zorgplicht. In de literatuur wordt deze ‘zeggenschap’ ingevuld als feitelijke zeggenschap.[441] Dat betekent eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van die macht van de moedervennootschap om in te grijpen bij haar dochtervennootschappen. In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat ingrijpmacht

[436] Tjong Tjin Tai 2006, p. 147.
[437] Bartman 2002, p. 29.
[438] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 258.
[439] Lennarts 1999, p. 186.
[440] Assink 2012, p. 284.
[441] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, 842; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 257.

binnen een concern aanwezig is. Zonder deze macht kan het bestuur van de moedervennootschap immers niet aan haar plicht tot centrale leiding voldoen. Uit het Albada Jelgersma arrest vloeit voort dat de intensieve beleidsbemoeienis van belang is omdat daarmee vaststaat dat de moedermaatschappij ruime mogelijkheden tot ingrijpen had.[442] Bovendien impliceert een concernverband bemoeienis.[443] Bartman gaat nog één stap verder en stelt dat instructiemacht leidt tot een ingrijpplicht.[444] Echter, om tot een ingrijp*plicht* te komen welke in rechte afgedwongen kan worden, moet sprake zijn van objectieve wetenschap van voorzienbare benadeling van derden op het niveau van de moedervennootschap. Het enkele feit dat de moeder zeggenschap uitoefent over haar dochtervennootschap leidt niet tot een onweerlegbaar vermoeden van wetenschap van benadeling van derden buiten de concernverhouding.[445] Het algemene inzicht dat de moedervennootschap verkrijgt wanneer zij haar concernleidingplicht uitoefent, is daarmee niet voldoende grond om te spreken van wetenschap van benadeling van een *specifieke* derde.

Bezit de moedermaatschappij echter een zodanige bijzondere positie ten opzichte van derden buiten de concernverhouding dat zij een grotere mate van zorg moet betrachten om hen te beschermen? De moedermaatschappij heeft een buitengewone positie binnen het concern: in het kader van haar concernleidingplicht is zij in control over het concern en houdt zij toezicht op haar dochtervennootschappen. Op basis van interne rapportage genereert het bestuur van de moedervennootschap inzicht in de (financiële) toestand van haar dochtermaatschappijen. De bestuurstaak van de moedervennootschap is in de kern volledig gericht op haar eigen vennootschappelijk belang en daarmee het concernbelang, waarbij zij enkel in zodanige mate rekening hoeft te houden met de belangen van derden als dat van een normaal handelende (rechts)persoon verwacht kan worden.[446] Tot dusverre is er geen sprake van een zorgplicht ten opzichte van derden.

Echter, er lijkt een wisselwerking te bestaan tussen intern toezicht en extern inzicht.[447] Het lijkt er op dat de Hoge Raad al in het Osby – arrest meent dat inzicht en zeggenschap over de interne verhoudingen inzicht in de externe verhoudingen genereren.[448] Dat wil zeggen dat de moedermaatschappij door het uitoefenen van haar concernleidingplicht inzicht zou krijgen in de positie van bij het concern betrokken derden die buiten de concernverhouding staan. Moet de moedervennootschap die belangen van derden volgens de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 meewegen in haar concernbeleid, of dient zij uit hoofde van haar bijzondere positie waarbij zij meer inzicht heeft in de externe verhoudingen dan een willekeurige derde actief op te treden om deze belangen te beschermen?

Omdat het inzicht in externe verhoudingen voortkomt uit het uitoefenen van de concernleidingplicht is het belangrijk vast te stellen wie deze plicht beoogt te beschermen. Zoals al eerder is besproken, strekt

[442] Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 927.
[443] Huizink 2013, p. 298.
[444] Bartman 2016, p. 366.
[445] Lennarts 1999, p. 185.
[446] Assink 2012, p. 485.
[447] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 257.
[448] Bartman 1989, p. 89.

deze plicht ter bescherming van de beleggers in de moedervennootschap.[449] Het aannemen van een zorgplicht jegens derden op basis van de wisselwerking tussen intern toezicht en extern inzicht zou voorbij gaan aan de huidige ratio van de concernleidingplicht. Het voert een stap te ver om inzicht, verworven op grond van de positie van de moedermaatschappij die in control is om aan haar plichten jegens haar beleggers te voldoen, een zodanige rol in externe verhoudingen toe te kennen dat op de moedermaatschappij een zwaardere, actieve plicht komt te rusten om de belangen van derden te ontzien en zelfs te bevorderen. Het uitgangspunt is nog steeds dat het bestuur van de moedervennootschap zich moet richten op haar concernbelangen. Daarbij hoeft zij enkel de gepaste zorgvuldigheid betrachten die in redelijkheid van haar verwacht kan worden. Daarmee vormt de bijzondere positie van de moedervennootschap in interne concernverhoudingen geen aanknopingspunt voor een zwaardere zorgplicht jegens derden. Toch kunnen benadeelde derden een onrechtmatige daadsvordering wel laten inkleuren door de concernverhouding. Dit leidt echter niet tot een zorgplicht. Op het moment dat de moedervennootschap dochtervennootschappen in haar concern heeft, waarvan zij weet dat deze voorzienbare schade toebrengen aan bij het concern betrokken derden, dan is het mogelijk dat zij de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm van artikel 6:162 BW schendt en gevaarzettend handelt. Het kan namelijk naar maatschappelijke verkeersopvattingen niet aanvaardbaar zijn dat de moedervennootschap haar concern zo opzet dat deze dochtervennootschappen schadeveroorzakend handelen of nalaten, terwijl aangetoond kan worden dat de moedervennootschap weet van de benadeling van een *specifieke* bij het concern betrokken derde. Door het inzetten van een tussenliggende vennootschap die schade veroorzaakt, stelt de moedervennootschap de specifieke derde bloot aan een groter risico dan wat deze partij had mogen verwachten op grond van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Aan de hand van de Kelderluikcriteria zal dan beoordeeld moeten worden of de moedermaatschappij onrechtmatig heeft gehandeld.

Daarbij zij opgemerkt dat de redenering ten aanzien van de wisselwerking tussen intern toezicht en extern inzicht een ‘slippery slope’ is: hoe beter de moedermaatschappij op de hoogte is van de positie en activiteiten van haar dochtervennootschappen en hoe sterker zij in control is, des te sneller zal men kunnen menen dat er op het niveau van het bestuur van de moedervennootschap sprake is van wetenschap van voorzienbare benadeling van specifieke derden. Het lijkt erop dat corporate governance de concernverhouding doorbraakgevoeliger maakt[450] en dat op de moedermaatschappij die in control is een vorm van risicoaansprakelijkheid rust: zij is aansprakelijk voor het gedrag van haar dochtermaatschappijen, als ware zij hiervoor verantwoordelijk, juist omdat zij in control is.[451] Het bestaan van aansprakelijkheid op basis van het bestaan van een concernverhouding wordt niet als welkom gezien.[452] Juist daarom voert een zorgplicht ten aanzien van bij het concern betrokken derden een stap te ver. In de huidige rechtspraktijk rust er op het bestuur van de moedervennootschap ten

[449] Van der Sangen 2009, p. 151.
[450] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.
[451] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 173.
[452] Uniken Venema 1969, p. 284.

aanzien van de belangen van bij het concern betrokken derden alleen de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. De concernleidingplicht geldt vooralsnog alleen voor beleggers in de moedervennootschap.

5.5 Analyse en tussenconclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat er geen zelfstandige zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust ten aanzien van derden die buiten de concernverhouding staan. Het bestuur moet echter wel de gerechtvaardigde belangen van bij het concern betrokken derden meewegen in haar concernbeleid, maar ook in zowel de contractuele verhoudingen als in haar feitelijke verhouding met haar dochtervennootschappen. Een belangrijk criterium om vast te stellen of er sprake is van een onrechtmatige gedraging van de moedervennootschap, is de objectieve wetenschap van voorzienbare benadeling van bij het concern betrokken derden. Op basis van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW houdt de moedermaatschappij rekening met derden buiten de concernverhouding. Het inzicht in interne verhoudingen en het daaruit voortvloeiende inzicht in externe verhoudingen dat de moedervennootschap verwerft op basis van haar positie als hoofd van het concern gaat echter niet zo ver dat het een zorgplicht verwordt waarvoor derde partijen de moedervennootschap aansprakelijk te stellen.

In dit hoofdstuk is ook naar voren gekomen dat men neigt te menen dat corporate governance de concernverhouding doorbraakgevoeliger maakt[453] en dat de positie van de moedermaatschappij die in control is een positie is waarop een soort van risicoaansprakelijkheid rust. Dit is naar mijn mening een stap te ver. Bij het formuleren van haar concernbeleid dient de moedervennootschap aan het hoofd van het concern rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van bij het concern betrokken derden en deze op gepaste wijze te ontzien. Deze zorgvuldigheidsnorm sterkt enkel zo ver als van een redelijk handelend ondernemer verwacht kan worden. De ratio van de bijzondere concernleidingplicht is (vooralsnog) beperkt tot bescherming van beleggers van de moedervennootschap. Het inzicht in externe verhoudingen is terug te voeren op de concernleidingplicht. Hieruit volgt dat, hoewel men ertoe kan neigen om de bijzondere positie van de moedermaatschappij in het concern naar buiten toe te laten uitstralen in een zorgplicht, dit in het Nederlands recht geen grondslag vindt: vooralsnog zullen benadeelde derde partijen het moeten doen met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.

[453] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.

Hoofdstuk 6 International privaatrecht en het multinationale concern

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de deelvragen vanuit het Nederlands recht benaderd. Dit onderzoek draait dan ook om de vraag of er naar *Nederlands recht* een zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust. In het vorige hoofdstuk is echter gebleken dat er naar Nederlands recht geen zelfstandige zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust. Maar daarmee is de kous niet af: de onderzoeksvraag zag op multinationale concerns. Het komt namelijk veelvuldig voor dat een Nederlandse moedervennootschap dochtervennootschappen in het buitenland opricht en zo een multinationaal concern creëert dat wereldwijd activiteiten ontplooit. Deze buitenlandse dochters kunnen in het land van vestiging schade toebrengen aan derden.[454] Bij deze multinationale concerns is het niet vanzelfsprekend dat het Nederlandse recht van toepassing is op de aansprakelijkheidsprocedure. De besproken zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW in hoofdstuk 5 komt dan wellicht niet eens aan de orde. Wanneer derden de Nederlandse moedermaatschappij aansprakelijk willen stellen voor de Nederlandse rechter wegens het schenden van een op haar rustende zorgvuldigheidsnorm jegens derden die betrokken zijn bij een buitenlandse dochter waardoor zij schade hebben geleden, is het maar de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is en of hij op grond van het Nederlandse recht uitspraak kan doen. Deze regels ten aanzien van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht zijn onderdeel van het internationaal privaatrecht. Hierna wordt kort ingegaan op wat het internationaal privaatrecht is en hoe het toegepast wordt in een aansprakelijkheidsprocedure met internationale aspecten. Daarbij wordt ook kort de procedure die Milieudefensie heeft aangespannen tegen het moederbedrijf van het Shell-concern aangehaald.

6.2 Wat is het internationaal privaatrecht?

Het internationaal privaatrecht (IPR) komt in beeld wanneer een geschil tussen private partijen internationale aspecten kent. Het IPR is onderdeel van het nationale rechtsstelsel van een land en is ontwikkeld om toegepast te worden in nationale rechtbanken op nationaal niveau.[455] Het is mogelijk dat de dochtermaatschappij geen verhaal biedt, of dat in het land van vestiging geen eerlijk en toegankelijk rechtssysteem bestaat.[456] Wanneer een buitenlandse partij in Nederland een Nederlandse moedervennootschap aansprakelijk wil stellen, wordt de vraag naar de bevoegde rechtbank en het toepasselijke recht bepaald door het Nederlandse IPR.[457] Echter, Nederland is gebonden aan Europese verordeningen en richtlijnen. Op Europees niveau is het IPR deels geharmoniseerd, waardoor een deel van het Nederlands internationaal privaatrecht wordt gereguleerd door supranationaal Europees recht.[458]

[454] Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 552.
[455] Van Calster 2013, p. 2.
[456] Castermans & Van der Weide 2009, p. 33.
[457] Van Calster 2013, p. 1; Bogdan 2012, p. 4.
[458] Asser/Vonken, Verhagen, Kramer & Van Dongen 2013, p. 19 en 20; Van der Heijden 2011, p. 86.

Het doel van deze harmonisatie is om mogelijke conflicten tussen lidstaten te voorkomen.[459] De harmonisatie ontneemt nationale rechters de discretionaire bevoegdheid om te bepalen of zij kennis nemen van een geschil.[460] Er is een onderscheid te maken tussen formeel en materieel IPR.[461] Het formele IPR geeft antwoord op drie essentiële vragen: welke rechtbank is bevoegd om van het geschil kennis te nemen, welk nationaal recht is op de zaak van toepassing en de laatste vraag ziet op de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke uitspraken.[462] Dit is op Europees niveau geregeld. Pas nadat de rechtbank deze vragen heeft beantwoord, komt zij toe aan het materiële IPR, wat ziet op de inhoud van het geschil zelf.

6.3 Het internationaal privaatrecht toegepast

Op het moment dat een vordering op grond van artikel 6:162 BW met internationale aspecten voor de Nederlandse civiele rechter wordt aangebracht, dient de rechtbank aan de hand van de formele regels van het Nederlands IPR of deze rechter bevoegd is kennis te nemen van het geschil en welk recht op de zaak van toepassing is.[463] Daarbij wordt ook de zaak Milieudefensie c.s. v. Shell kort aangehaald. In hoofdstuk 1 is kort de zaak die Milieudefensie en een aantal Nigeriaanse boeren tegen Shell had aangespannen besproken, welke de aanleiding voor dit onderzoek heeft gevormd. In dit geval had Milieudefensie, samen met een aantal Nigeriaanse boeren, een aansprakelijkheidsprocedure aangespannen tegen zowel het in Nederland gevestigde moederbedrijf van Shell als haar Nigeriaanse kleindochter.[464] De procedure zag op schade als gevolg van twee olielekkages in Nigeria in 2006 en 2007 uit een olie-installatie van de Nigeriaanse dochtervennootschap. Milieudefensie c.s. meende dat het moederbedrijf van Shell niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting om, door het uitvaardigen van richtlijnen en het doen naleven daarvan, haar (klein)dochtervennootschap ertoe te bewegen deze olielekkages te voorkomen en daarop adequaat te reageren.[465] Deze zaak bevatte internationale elementen en daarom waren de in Nederland geldende regels van het IPR waren van toepassing. Deze worden kort besproken.

6.3.1 De bevoegde rechter

De eerste vraag die de Nederlandse rechter moet beantwoorden is of hij zelf bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. De geldende regels ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid zijn neergelegd in de Europese Brussel-I-Bis verordening (Brussel I verordening).[466] Uit artikel 1 van de Verordening volgt dat deze van toepassing is op burger- en handelszaken. Het voorliggende geval dient binnen het

[459] Jägers & Van der Heijden 2008, p. 844.
[460] Jägers & Van der Heijden 2008, p. 845.
[461] Asser/Vonken, Verhagen, Kramer & Van Dongen 2013, p. 8.
[462] Van Calster 2016, p. 1 en 3; Asser/Vonken, Verhagen, Kramer & Van Dongen 2013, p. 2.
[463] Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 552.
[464] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854.
[465] Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, r.o. 3.2.
[466] Verordening 1215/2012, L 351/1 in artikel 4 jo. 63 lid 1.

formele toepassingsbereik van de Europese verordening te vallen.[467] Over het algemeen zal de Nederlandse rechter bevoegd zijn in een dergelijk geschil, omdat de moedervennootschap Nederlands is. Dit is het geval wanneer de moedervennootschap aan het hoofd van een multinationaal concern haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Nederland heeft.[468] Een Nederlandse moedervennootschap moet bovendien op grond van artikel 2:66 lid 3 BW haar statutaire zetel in Nederland hebben.[469] Dit is het forum rei principe.[470] Daarnaast kunnen zich ook situaties voordoen waarin een bijzondere bevoegdheid van een rechter aan de orde is. Omdat de focus in dit onderzoek ligt op de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW, is artikel 7 lid 2 relevant: hieruit volgt dat een bijzondere bevoegdheid van een rechter aan de orde komt bij verbintenissen uit onrechtmatige daad voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Echter, het is niet altijd goed vast te stellen waar het schadebrengende feit zich voordoet of heeft voorgedaan. Om dit duidelijker te maken, wordt in de literatuur ook wel onderscheid gemaakt tussen het 'Handlungsort' en het 'Erfolgsort'. Het verschil ziet op de plaats waar het feit zich heeft voorgedaan, wat het Handlungsort wordt genoemd en de plaats waar de schade wordt ervaren, wat ook het Erfolgsort wordt genoemd.[471] Het is zeer wel mogelijk dat deze plaatsen zich niet in hetzelfde land bevinden. Dit maakt het echter niet makkelijker om vast te stellen waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, om op basis daarvan te bepalen waar men de aansprakelijkheidsprocedure kan starten.

Over het algemeen zal de vraag naar de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet voor problemen zorgen: het uitgangspunt is dat de Nederlandse moedervennootschap aan het hoofd van een multinationaal concern in Nederland gevestigd is en in dat geval is de Nederlandse rechter bevoegd kennis te nemen van de aansprakelijkheidsprocedure. In de Shell-zaak oordeelde de Rechtbank Den Haag dat zij bevoegd was om kennis te nemen van het geschil.[472]Daarbij overwoog zij dat, hoewel de moedervennootschap van het Shell concern een buitenlandse rechtsvorm betreft, haar hoofdvestiging zich in Nederland bevond. Op grond van artikel 2 lid 1 jo. 60 lid 1 van de EEX-verordening (oud)[473] beschikte zij over rechtsmacht ten aanzien van de moedermaatschappij. Ten aanzien van haar Nigeriaanse dochter ontleent de Rechtbank haar rechtsmacht aan artikel 7 lid 1 Rv. Uit dit artikel vloeit namelijk voort dat in die zaken waarin de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft ten aanzien van een vordering (in dit geval de vordering jegens de moedervennootschap van het Shell concern) deze rechtsmacht haar ook kan toekomen jegens andere verweerders die in hetzelfde geding betrokken zijn, "mits tussen de vorderingen tegen de onderscheiden verweerders een zodanige samenhang bestaat, dat

[467] Van der Heijden 2011, p. 86.
[468] Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 552.
[469] Castermans & Van der Weide 2009, p. 34.
[470] Jägers & Van der Heijden 2008, p. 845.
[471] Jägers & Van der Heijden 2008, p. 846; Castermans & Van der Weide 2009, p. 39.
[472] Rechtbank Den Haag 24 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470 en ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1469, Rechtbank Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8618. Na hoger beroep oordeelde het Hof dat deze bevoegdheid niet ter discussie stond, zie ook Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 en ECLI:NL:GHDHA:2015:3588.
[473] Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken; in de huidige Verordening betreft het artikel 4 jo. 63 lid 1.

redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen." De rechtbank oordeelde dat dit het geval was. Naar aanleiding van deze uitspraak is het moederbedrijf van Shell in hoger beroep gegaan. Zij meende dat Milieudefensie c.s. misbruik maakte van haar procesrecht, omdat haar vorderingen jegens het moederbedrijf van Shell evident kansloos zouden zijn. Daaruit zou volgen dat de toepassing van artikel 7 lid 1 Rv dient te vervallen. Het Hof oordeelt dat de Nederlandse rechter wel degelijk bevoegd is om kennis te nemen van zowel de vordering jegens het moederbedrijf van Shell, als haar Nigeriaanse dochter[474] en dat er tussen beide vorderingen voldoende samenhang bestaat om aan artikel 7 lid 1 Rv te voldoen. Zij neemt daarbij in ogenschouw dat tussen deze partijen een concernrelatie bestaat, waarbij de handelswijzen van de Nigeriaanse dochter een grote rol spelen bij de eventuele aansprakelijkheid van haar moedermaatschappij. Ook betrekt zij hierbij het feit dat de vorderingen gelijkluidend zijn en dezelfde feitelijke grondslag bevatten, terwijl de discussie over deze feiten in belangrijke mate gaat over vragen als hoe de lekkages zijn ontstaan en of voldoende is ondernomen om deze te voorkomen of de gevolgen ongedaan te maken. Wanneer mogelijk nader onderzoek aan de orde is kan dit het beste bij één rechter worden geconstateerd.[475]

6.3.2 Het toepasselijke recht

Pas nadat de Nederlandse rechter heeft vastgesteld dat hij bevoegd is om kennis te nemen van het geschil, kan hij vaststellen welk recht op de voorliggende zaak van toepassing is. Ook op het gebied van het toepasselijk recht heeft de Europese Unie supranationale regelgeving uitgevaardigd, welke de Nederlandse regels verdringen.[476] Aansprakelijkstelling op grond van artikel 6:162 BW ziet op buitencontractuele verbintenissen, waardoor de Europese Rome-II-Verordening (Rome II)[477] van toepassing is. Artikel 3 van de Verordening beschrijft het universele karakter van deze Verordening: daaruit volgt dat het door de Verordening aangewezen recht van toepassing is, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is. Dit houdt in dat de toepassing van de Rome II Verordening niet beperkt is tot geschillen ten aanzien van de rechtstelsel van lidstaten; het recht dat middels Rome II van toepassing is hoeft niet per se het recht van een lidstaat te betreffen.[478] Deze Verordening is temporeel begrensd: hij kan enkel toegepast worden wanneer het geschil ziet op schadeveroorzakende gebeurtenissen die na 11 januari 2009 hebben plaatsgevonden.[479] De algemene regel van artikel 4 lid 1 luidt dat het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing is. Dit is zo, ongeacht de plaats waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht de landen waar indirecte gevolgen van de gebeurtenis zich voordoen. In het geval van een moedervennootschap en haar buitenlandse

[474] Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587 en ECLI:NL:GHDHA:2015:3588.
[475] Hof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587, r.o. 2.4.
[476] Van der Heijden 2011, p. 139.
[477] Verordening (EG) nr. 864/2007, L 199/40, betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).
[478] Van der Heijden 2011, p. 139.
[479] Artikel 31 jo. 32 van de Rome II Verordening.

dochtervennootschap zijn de onrechtmatige daad en de gevolgen daarvan door de feitelijke inrichting van het concern uit elkaar getrokken.[480] Op grond van de hoofdregel van Rome II is op de aansprakelijkstelling van de moedervennootschap het recht van het land waar de schade is opgetreden van toepassing. De uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake Öfab/Frank Koot[481] biedt een belangrijke overweging ten aanzien van het Handlungsort: de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan doen is die plaats waarmee de door de vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden. Hoewel deze uitspraak zag op een geschil omtrent de Brussel I Verordening, zou, wanneer dezelfde overweging wordt toegepast bij de vraag naar het toepasselijk recht het recht betreffen van de vestigingsplaats van de dochtervennootschap en (wederom) niet die van de moedervennootschap van het concern, welke in Nederland gevestigd is.

In Rome II zijn een aantal uitzonderingen op de hoofdregel te vinden. Zo lijkt artikel 4 lid 3 te suggereren dat, indien uit het geheel van omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een nauwere band heeft met een ander land dan waar de schade is opgetreden, dat het recht van dat land dan van toepassing is. Dit zou er in een hecht concernverband toe kunnen leiden dat het Nederlands recht toch van toepassing is. Echter, deze bepaling mag slechts bij hoge uitzondering worden toegepast.[482] Een tweede bijzondere omstandigheid betreft artikel 26. Dit artikel houdt in dat het mogelijk is om het volgens de Verordening toepasselijke recht terzijde te plaatsen, indien dit kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de bevoegde rechter. Indien dit zich voordoet bij een Nederlands rechter, kan deze daarvoor het Nederlandse recht in de plaats stellen. Deze exceptie mag slechts worden toegepast als uiterste noodrem.[483] Artikel 7 van Rome II bevat ook een uitzondering op de hoofdregel: in het geval van milieuschade hebben eisers een keuzerecht indien de schadeveroorzakende handeling in een ander land geplaatst kan worden dan het land waar de daaruit volgende schade optreedt.[484] In de literatuur heerst geen consensus over de vraag of dit artikel in de praktijk kan leiden tot toepassing van het Nederlands recht, indien een Nederlandse moedermaatschappij haar toezichtsverplichtingen ten aanzien van haar buitenlandse dochtervennootschappen heeft geschonden.[485]

Uit het voorgaande volgt dat op basis van de Rome II verordening het toe te passen recht in een aansprakelijkheidsprocedure jegens een Nederlandse moedervennootschap het recht is van het land waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dit leidt ertoe dat de bevoegde Nederlandse rechter het recht van een buitenlands rechtssysteem moet toepassen. Wanneer buitenlandse partijen de Nederlandse

[480] Castermans & Van der Weide 2009, p. 38.
[481] Europees Hof van Justitie 18 juli 2013, C-174/12, RO 2013/68 (*Öfab/Frank Koot*), r.o. 55.
[482] Castermans & Van der Weide 2009, p. 39.
[483] Castermans & Van der Weide 2009, p. 40.
[484] Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 553.
[485] Zo zijn Castermans & Van der Weide van mening dat dit niet mogelijk is, zie Castermans & Van der Weide 2009, p. 53; Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser menen juist dat hier wel ruimte voor bestaat, zie Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 553. Ook in Jägers & Van der Heijden wordt dit besproken, Jägers & Van der Heijden 2008, p. 853.

moedervennootschap aansprakelijk willen stellen, zal de Nederlandse rechter het geschil moeten beoordelen naar het recht van het land waar de buitenlandse dochtervennootschap is gevestigd en de schade zich heeft voorgedaan.

De vordering van Milieudefensie jegens het moederbedrijf van Shell voldeed niet aan het temporele toepassingsbereik van Rome II. De toegebrachte schade vond plaats vóór 2009. In plaats daarvan was de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) van toepassing. Op grond van artikel 3 WCOD was het Nigeriaans recht van toepassing op de vorderingen van Milieudefensie en de Nigeriaanse boeren. Men kan zich afvragen of de toepassing van de Rome II verordening tot een andere uitkomst had geleid. Hoewel artikel 4 lid 3 van Rome II ruimte biedt om het Nederlands recht van toepassing te verklaren op het geschil wanneer uit het samenstel van omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad nauwer verbonden is met Nederland dan met Nigeria, ligt dit niet voor de hand. Zowel de schadeveroorzakende gedraging als de schade zelf zijn opgetreden in Nigeria. Er lijkt daarmee geen sterkere verbondenheid met Nederland dan met Nigeria, ongeacht de vestigingsplaats van de moedervennootschap van Shell. Daarnaast zou artikel 7 van Rome II ten aanzien van milieuschade eventueel aanleiding kunnen geven om het Nederlands recht van toepassing te verklaren op onderhavige zaak. Dit lijkt me echter niet snel mogelijk: het ligt niet voor de hand ligt dat de schadeveroorzakende handeling in Nederland geplaatst kan worden. In deze casus werd de schadeveroorzakende handeling, net als de opgetreden schade, in Nigeria geplaatst. Bovendien is dit artikel bedoeld als 'noodrem'. Mijn inziens zou ook de Rome II verordening tot de conclusie hebben geleid dat het Nigeriaans recht van toepassing was geweest.

Het verdient aandacht dat het niet voor zich spreekt dat de Nederlandse rechter tot in detail op de hoogte is van verschillende buitenlandse rechtssystemen en hoe deze toegepast dienen te worden. In de Shell-zaak heeft de Rechtbank haar uitspraak gebaseerd op het Nigeriaans recht, welke is gebaseerd op het Engelse recht. Om dit juist te doen, heeft zij onder meer Engelse literatuur geraadpleegd, waaronder handboeken die zien op de door Milieudefensie gestelde onrechtmatige daden. Bovendien heeft zij kennis genomen van verschillende 'legal opinions' van professoren en het Internationaal Juridisch Instituut.[486] In haar uitspraak oordeelde zij dat men naar Nigeriaans recht geen algemene duty of care heeft als aandeelhouder om te voorkomen dat derden schade toebrengen aan anderen. Dat betekent dat moedervennootschappen naar Nigeriaans recht in het algemeen geen verplichting hebben om te voorkomen dat hun (klein)dochtervennootschappen door hun bedrijfsactiviteiten schade toebrengen aan anderen.[487] In deze zaak houdt het in dat het in Nederland gevestigde moederbedrijf van Shell geen verplichting heeft om sabotage van de wellhead te voorkomen en niet aansprakelijk is voor schade die

[486] Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, r.o. 4.10.
[487] R.o. 4.26.

is ontstaan na de lekkages. Haar Nigeriaanse kleindochtervennootschap is wel aansprakelijk gehouden voor de twee olielekkages.

6.4 Intermezzo: de procedure

Wanneer de Nederlandse rechter bevoegd is en deze het Nederlandse recht van toepassing kan verklaren op het geschil, dan is de race voor een benadeelde derde nog niet gelopen. Voorts volgt de inhoudelijke behandeling van het geschil. Derde partijen zullen hier tegen problemen aanlopen: zo is bewijsvergaring voor buitenstaanders bij een concern zeer moeilijk. Hoewel men beschikking heeft over de jaarlijkse gepubliceerde (financiële) verslaggeving van de beursgenoteerde moedermaatschappij, brengt dit zelden voldoende informatie met zich mee om de specifieke onrechtmatige gedraging te bewijzen. Zo zijn de concernverhoudingen en de feitelijke organisatie van het concern vaak niet transparant en is het voor een buitenstaander bijzonder moeilijk om te achterhalen wat zich in de interne verhoudingen heeft afgespeeld. Dit is echter wel die informatie waarover de eisende partij zal moeten beschikken om zijn vordering te kunnen onderbouwen; het uitgangspunt in het Nederlandse procesrecht is dat wie stelt, bewijst.[488]

Wanneer de eisende partij voldoende informatie verzameld heeft om zijn vordering te onderbouwen, dient het volgende probleem zich aan: onder welke omstandigheden is het Nederlandse moederbedrijf op basis van het Nederlandse recht voor de Nederlandse rechter aansprakelijk voor het schenden van een op haar rustende zorgvuldigheidsnorm? Omdat de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW een open norm is, is het van te voren niet duidelijk of er ongeschreven regels in het Nederlands recht zijn die vorderen dat een moedermaatschappij van een concern zich de belangen van derden in het vestigingsland van haar dochtermaatschappijen aantrekt. Bovendien kunnen deze regels, indien ze er zijn, verschillen naar gelang van de omstandigheden van het geval.[489] Omdat de norm open is, is het vooraf onzeker hoever de zorgvuldigheidsnorm voor de moedermaatschappij reikt, maar ook voor derden is het moeilijk om te bepalen wanneer zij hier beroep op kan doen.[490] Wanneer de Nederlandse rechter zich hier doorheen geworsteld heeft en het gedrag van de moedermaatschappij wordt aangemerkt als onrechtmatig, is het aan de eisende partij om het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en de door haar geleden schade te bewijzen. Het uitgangspunt is een conditio sine qua non verband: de gedraging was een noodzakelijke voorwaarde voor de schade. Was de keuze van de moedervennootschap om een dochtervennootschap in het buitenland in te zetten die zich aantoonbaar onrechtmatig gedraagt en die niet financieel solide is een noodzakelijke voorwaarde voor de schade die de derde heeft geleden? Deze vraag dient bevestigend beantwoord te worden, voordat men kan concluderen tot aansprakelijkheid van de moedervennootschap.

[488] Artikel 150 Rv.
[489] Castermans & Van der Weide 2009, p. 18.
[490] Castermans & Van der Weide 2009, p. 19.

6.5 Analyse en tussenconclusie

In de laatste twee hoofdstukken is aangetoond dat het aansprakelijk stellen van een moedervennootschap welke een multinationaal concern leidt niet zonder problemen is. Wanneer een dochtervennootschap in het vestigingsland schade toebrengt aan derden, kan de benadeelde partij proberen de moedermaatschappij aansprakelijk te stellen op grond van artikel 6:162 BW wegens het schenden van een zelfstandige zorgplicht.

Daarbij loopt zij echter allereerst tegen problemen met het internationaal privaatrecht aan. Wanneer een procedure jegens een Nederlandse moedervennootschap met internationale aspecten bij de Nederlandse rechter voorligt, zijn de regels van het IPR van toepassing. Wanneer de Nederlandse moedervennootschap haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in Nederland heeft, is de Nederlandse rechter bevoegd om kennis te nemen van het geschil[491], maar het is nog maar de vraag of het Nederlandse recht van toepassing is op het geschil. Wanneer het om een onrechtmatige daadsvordering gaat, wordt aan de hand van de Rome II verordening bepaald welk recht van toepassing is. Het uitgangspunt is dat het recht van het land waar de schade is opgetreden van toepassing is. In het geval van een multinationaal concern leidt dat er vaak toe dat niet het Nederlands recht, maar het recht van het vestigingsland van toepassing wordt verklaard. Het gaat namelijk om die situatie waarin de Nederlandse moedermaatschappij aansprakelijk wordt gesteld wegens schade toegebracht in het vestigingsland van haar buitenlandse dochtermaatschappij. Hoewel de Shell-zaak niet onder het bereik van de Rome II verordening viel, werd ook daar het recht van het land waar de schade is opgetreden van toepassing verklaard.

Wanneer het Nederlands recht wel van toepassing is, is het denkbaar dat de benadeelde derde partij stelt dat de moedervennootschap haar zorgplicht op grond van artikel 6:162 BW jegens haar heeft geschonden. Echter, zoals uit hoofdstuk 5 blijkt, is de positie van de moedervennootschap en het inzicht dat zij hiermee verkrijgt in externe verhouding allereerst onderdeel van de concernleidingplicht. Deze strekt niet ter bescherming van derden die buiten de concernverhouding staan. Ten aanzien van bij het concern betrokken derden zal de moedervennootschap zich enkel aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW moeten houden: het gaat om de zorgvuldigheid die van een redelijk denkend (rechts)persoon verwacht mag worden.[492] De inhoud van de zorgvuldigheidsnorm is afhankelijk van de kennis en ervaring die bij het bestuur van de moedervennootschap, gezien haar maatschappelijke positie, aanwezig dient te zijn.[493] Om te bepalen of de moedermaatschappij zich onrechtmatig gedragen heeft jegens de derde, moet er getoetst worden of de moedermaatschappij een op haar rustende rechtsnorm geschonden heeft.[494] De moedermaatschappij handelt mogelijk gevaarzettend en daarmee in strijd met maatschappelijke verkeersopvattingen als zij haar concern zo opzet dat dochtervennootschappen schadeveroorzakend handelen of nalaten, terwijl zij aantoonbaar weet dat daardoor een specifieke derde

[491] Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011, p. 552.
[492] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 61; Schwitters 2008, p. 18.
[493] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 88.
[494] Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015, p. 62.

schade lijdt en dat er bij haar dochtervennootschap geen verhaal mogelijk is. Door het inzetten van een tussenliggende dochtervennootschap die voorzienbaar schade veroorzaakt, stelt de moedervennootschap deze specifieke derde bloot aan een groter risico dan wat deze derde had mogen verwachten op grond van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. Om dit te bepalen, kan de feitenrechter die het geschil behandeld kijken wat bijvoorbeeld past in de branche waarin het concern actief is en wat een bij het concern betrokken derde van de moedermaatschappij had mogen verwachten. Een derde zal dus enkel een beroep kunnen doen op geschonden zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, welke voor minder bescherming zorgt dan een mogelijke zorgplicht. Onder omstandigheden kan dit ertoe leiden dat de moedervennootschap aan het hoofd van een concern zich enkel bedient van dat wat zij minimaal verplicht is. Het is echter niet ondenkbaar dat er op de moedermaatschappij een grotere maatschappelijke verantwoordelijkheid ligt om rekening te houden met derden.[495] De kans is echter klein dat dit in rechte kan worden afgedwongen; er is immers geen wet- of regelgeving die voorziet in deze maatschappelijke verantwoordelijkheid voor de moedermaatschappij. Hoewel de verantwoordelijkheid een onrechtmatige daadsvordering zeker kleur kan geven, is het aan de rechter om op basis van de omstandigheden van het geval de maatschappelijke verantwoordelijkheid te plaatsen in de bijzondere positie van de moedervennootschap aan het hoofd van een multinationaal concern.

Korte blik op de toekomst

Er bestaat ruimte tussen de huidige situatie en dat wat *zou moeten* zijn. Waar ik momenteel geen aanleiding zie om te spreken van een zelfstandige zorgplicht van de moedermaatschappij waar benadeelde derden een beroep op kunnen doen, is het een andere vraag of deze er niet *zou moeten* zijn. Er zijn in meerdere onderwerpen aanwijzingen te vinden op basis waarvan men kan menen dat er wel degelijk een dergelijke zorgplicht zou moeten bestaan voor de moedervennootschap. In dat geval zou de bijzondere positie van de moedervennootschap in interne verhoudingen kunnen doorwerken in externe verhoudingen. Zo wijzen Bartman, Dorresteijn en Olaerts erop dat het toenemende inzicht van de moedermaatschappij in eventuele risico's die met haar concern samenhangen, zoals schending van mensenrechten, ertoe leidt dat er op de moedermaatschappij een grotere maatschappelijke verantwoordelijkheid ligt om hiermee rekening te houden.[496] Zoals ook de tendens in de accountability trend is, kan de bijzondere positie die moedervennootschappen aan het hoofd van multinationale concerns inneemt bijdragen aan de wens om hen een grotere maatschappelijke verantwoordelijkheid te laten dragen.

[495] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.
[496] Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 271.

Hoofdstuk 7 Conclusie

De onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt als volgt:

> '*Welke informatie over haar (klein)dochtervennootschappen moet het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern op basis van informatie-uitwisseling in het kader van risicomanagement bekend zijn en vanaf welk moment ontstaat er naar Nederlands recht een zelfstandige zorgplicht voor het bestuur van de moedervennootschap om in te grijpen bij haar (klein)dochtervennootschappen, om aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW te voorkomen?'*

Kort weergegeven luidt het antwoord op de onderzoeksvraag dat het bestuur van de moedervennootschap van een multinationaal concern via het risicomanagement op de hoogte is van relevante informatie van haar dochtervennootschappen, zoals financiële, operationele en aan compliance gerelateerde informatie. Echter, er rust geen zelfstandige zorgplicht op de moedervennootschap op grond waarvan bij het concern betrokken derden haar aansprakelijk kunnen stellen. Zij kunnen enkel een beroep doen op de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. De concernleidingplicht welke op het bestuur van de moedervennootschap rust strekt ter bescherming van haar beleggers en wordt niet uitgebreid om ook de belangen van bij het concern betrokken derden actief te beschermen. Bovendien is de kans op grond van het internationaal privaatrecht klein dat het Nederlandse recht van toepassing is op een aansprakelijkheidsprocedure aangespannen door een buitenlandse partij jegens een Nederlandse moedermaatschappij, wanneer de schade is opgetreden in het vestigingsland van de buitenlandse dochtermaatschappij.

De aanleiding van dit onderzoek is de bredere, internationale beweging om de moedervennootschap van een multinationaal concern aansprakelijk te stellen voor onrechtmatige gedragingen van haar (klein)dochtervennootschappen.
Om tot een antwoord op de onderzoeksvraag te komen, is in hoofdstuk 2 uiteen gezet wat een concern is. Een concernstructuur creëert een nauwe band tussen meerdere juridische entiteiten, waarbij de vennootschap die aan het hoofd van het concern staat een vorm van centrale leiding uitoefent over de andere vennootschappen. In het Nederlandse recht is geen definitie, noch een overkoepelende regeling van het concernrecht opgenomen. Een concernverhouding wordt gekenmerkt door drie elementen, te weten organisatorische verbondenheid, economische eenheid en centrale leiding. Het uitgangspunt in concernverhoudingen is dat de moedermaatschappij centrale leiding moet geven aan het concern; dit is de concernleidingplicht welke is geformuleerd in het belang van haar beleggers. Het is mogelijk een formele instructiebevoegdheid op te nemen in de statuten van de dochter BV, maar ook zonder deze bevoegdheid beschikt de moedervennootschap over instructiemacht. Deze is vereist om te voldoen aan

haar concernleidingplicht. De dochtermaatschappij richt zich naar de concernstrategie en haar vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap wordt gekleurd door het concernbelang. In uitzonderlijke gevallen kan de dochtermaatschappij zich verzetten tegen het concernbeleid en besluiten om (concrete) instructies niet op te volgen.

In hoofdstuk 3 lag de focus op risicomanagement. Dit is het beheersen van risico's die het behalen van de doelstellingen van de onderneming bedreigen. Risicomanagement is onderdeel van de corporate governance van een vennootschap en belangrijk voor de concernleidingplicht: zij stelt de moedervennootschap in staat toezicht te houden op haar dochtervennootschappen om zo het concernbeleid te waarborgen. Daarvoor is informatie-uitwisseling, als onderdeel van risicomanagement, belangrijk. Bij de beursgenoteerde moedervennootschap is het hebben van een risicobeheersings- en controlesysteem verplicht, omdat zo de belegger meer inzicht in de onderneming en het concern kan verkrijgen. De Nederlandse Corporate Governance Code uit 2016 besteedt ook aandacht aan een dergelijk systeem. Uit jurisprudentie blijkt dat risicomanagement niet alleen een bestuurstaak is, maar dat ook de RvC hier toezicht op dient te houden. De informatie-uitwisseling binnen een concern verloopt via een risicobeheersings- en controlesysteem en zij is van belang voor de concernleidingplicht; de moedervennootschap moet er zorg voor dragen dat deze systemen optimaal functioneren. Via de informatiestromen verkrijgt het bestuur van de moedervennootschap informatie over zowel financiële als non-financiële aspecten van haar dochtervennootschappen. Het gaat, kort gezegd, om die informatie die relevant is voor haar taakuitoefening. Er zijn meerdere raamwerken beschikbaar welke kunnen helpen bij het succesvol inrichten van een risicobeheersings- en controlesysteem.

In hoofdstuk 4 werd aandacht besteed aan aansprakelijkheid en de doorbraak van aansprakelijkheid richting aandeelhouders. Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW bestaat uit vijf elementen: een onrechtmatige gedraging, toerekenbaarheid aan de rechtspersoon, een causaal verband tussen de ontstane schade en de gedraging en de schade moet voor schadevergoeding in aanmerking komen. Bovendien moet aan het relativiteitsvereiste voldaan zijn. Voordat men echter een moedervennootschap als aandeelhouder aansprakelijk kan stellen, moet er wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Het uitgangspunt in het Nederlandse recht is dat een aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap waarin zij aandelen houdt. Een uitzondering betreft de directe doorbraak van aansprakelijkheid en vereenzelviging. Dit wordt echter maar zelden aangenomen. Een andere uitzondering, de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, komt vaker voor. Uit de besproken doorbraakjurisprudentie komt naar voren dat er een zorgplicht op de moedermaatschappij rust jegens de crediteuren van haar dochter, wanneer zij zich intensief met het beleid van die dochter bemoeit. Bovendien wordt de moedermaatschappij steeds vaker aangesproken wanneer zij nalaat in te grijpen bij haar dochter als benadeling van de schuldeisers van haar dochtervennootschap dreigt; zij beschikt in de regel namelijk over meer inzicht in de financiële positie van haar dochtervennootschap dan een willekeurige derde. Geobjectiveerde wetenschap van de benadeling van derden wordt als een vereiste gezien om te komen tot een indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.

Het daaropvolgende hoofdstuk zag op de vraag of er een zorgplicht op het bestuur van de moedervennootschap rust om zich de belangen van bij het concern betrokken derden in het bijzonder aan te trekken. De moedermaatschappij draagt de verantwoordelijkheid voor een zorgvuldig concernbeleid. Daarbij moet zij aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW te voldoen. Hierin wordt geen zorgplicht gevonden. Bij het concern betrokken derden staan buiten de concernverhouding; hun gerechtvaardigde belangen zijn die belangen waarop gedragingen van de vennootschap redelijkerwijs voorzienbaar en aanwijsbaar van invloed zijn. Om deze te kunnen ontzien, moet er bij de moedervennootschap sprake zijn van objectieve wetenschap van voorzienbare benadeling, op basis waarvan zij kan besluiten anders te handelen of in te grijpen. Om te bepalen of de moedermaatschappij zich onrechtmatig jegens derden heeft gedragen, kan gekeken worden naar de doorwerking van contracten met dochtermaatschappijen naar derden. Elk geval moet afzonderlijk beoordeeld worden om te bezien of er sprake is van een zodanige uitstraling van het contract naar derden, dat de benadeelde derde hier een beroep op kan doen. Daarnaast kan de onrechtmatige gedraging van de moedervennootschap ook voortkomen uit haar feitelijke gedrag. De rechter moet vaststellen of zij met haar gedrag een ongeschreven rechtsnorm heeft geschonden. Daarbij kan hij onder meer aansluiten bij wat gangbaar is in een specifieke branche. Indien het een gevaarzettende situatie betreft kunnen de Kelderluikcriteria aanknopingspunten bieden. De ondernemingsrechtelijke zorgplicht is door de Hoge Raad niet gepreciseerd; tot zij dit doet is het beter dat de feitenrechter aansluit bij de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW.

Een zorgplicht gaat verder dan een zorgvuldigheidsnorm; zij een grotere mate van zorg moeten betrachten en proactief moeten optreden. De moedermaatschappij bekleedt een bijzondere positie binnen het concern door middel van haar concernleidingplicht, welke strekt ter bescherming van haar beleggers. Dit strekt echter niet zover dat de belangen van derden in deze plicht actiever gekend moeten worden. Dit gaat verder dan de huidige zorgvuldigheid die de moedervennootschap moet betrachten. Echter, het is niet ondenkbaar dat de zorgplicht in de toekomst haar grondslag vindt in de maatschappelijke verantwoordelijkheid die op de moedermaatschappij rust.

Het laatste hoofdstuk zag op het sluitstuk van dit onderzoek: het internationaal privaatrecht. Aansprakelijkheidsprocedures jegens multinationale concerns bevatten internationale aspecten, waardoor het IPR van toepassing is. Hoewel de kans groot is dat de Nederlandse rechter bevoegd is, is de kans klein dat het Nederlands recht van toepassing is op het geschil. Dit leidt ertoe dat de Nederlandse rechter het recht van het land waar de schade is opgetreden dient toe passen. Uiteindelijk loopt een benadeelde derde tegen twee problemen aan: zij kan zich niet beroepen op een door de moedervennootschap geschonden zorgplicht jegens haar wanneer haar (klein)dochtervennootschap haar schade toebrengt. Zij kan hooguit een beroep doen op de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, welke minder bescherming biedt. Bovendien loopt zij tegen het IPR aan, waarbij de kans groot is dat het Nederlands recht niet eens van toepassing is.

Literatuurlijst

Boeken

Abma, Van Kleef, Lemmers & Olaerts 2017
Abma, Van Kleef, Lemmers & Olaerts, *De Algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2017.

Van Achterberg 1989
Van Achterberg, *De juridische definitie van het economisch verschijnsel concern*, Deventer: Kluwer 1989.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009
Van Solinge & Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersonen. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013
Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel II De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2013
Van Solinge & Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. NV en BV. Deel II. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Vonken, Verhagen, Kramer & Van Dongen 2013
Vonken, Verhagen, Kramer & Van Dongen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Internationaal privaatrecht, Deel I Algemeen deel IPR*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014
Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel III, algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015
Hartkamp & Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, Deel IV De Verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer & Kroeze 2015

Maeijer & Kroeze, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 2 Rechtspersonenrecht, de rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015.

Assink | Slagter 2013

Assink | Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (*Deel 1 en 2*), Deventer: Kluwer 2013.

Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016

Bartman, Dorresteijn & Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016.

Berle & Means 1933

Berle & Means, *The modern corporation and private property*, Transaction Publishers 1933.

Bogdan 2012

Bogdan, *Concise introduction to EU Private International Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2012.

Buijn & Storm 2013

Buijn & Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Calster 2013

Van Calster, *European private international law*, Hart Publishing 2013.

Van Daelen & Van der Elst 2010

Van der Elst & Van Daelen (red.), *Risk Management and Corporate Governance*, Edward Elgar 2010.

Douma & Schreuder 2008

Douma & Schreuder, *Economic approaches to organizations*, Prentice Hall Financial Times 2008.

Van der Heijden & Dortmond 2013

Van der Heijden & Dortmond, *Handboek voor de Naamloze en Besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

Honée 1981

Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer: Kluwer 1981.

Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993

Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993.

Huizink 2013

Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2013.

Kleipool, Van Olffen & Roelvink 2017

Kleipool, Van Olffen & Roelvink, *Commentaar en Context Corporate Governance Code. Een praktische handleiding bij de nieuwe Corporate Governance Code*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013

Kroeze, Timmerman & Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Pitlo/Raaijmakers 2017

Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (*Pitlo-serie nr. 2*), Deventer: Kluwer 2017.

Raaijmakers 1976

Raaijmakers, *Joint ventures*, Deventer: Kluwer 1976.

Van Schilgaarde 2013

Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Kluwer Deventer 2013.

Spier 2009

Spier, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Spier 2015

Spier, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015.

Tjittes 2001

Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001.

Uniken Venema 1969

Uniken Venema, Beekhuis-bundel, *Op de grenzen van komend recht*, Deventer: Kluwer 1969.

Winter 1992

Winter, *Concernfinanciering*, Kluwer: Deventer 1992.

De Wulf 2002

De Wulf, *De taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2002.

Bijdragen in boeken

Bartman 2002

Bartman, 'Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht', in: *Concernverhoudingen* dl. 69, serie vanwege het van der Heijden – instituut, Deventer: Kluwer 2002.

Van der Elst 2011

Van der Elst, Risk management in corporate law and corporate governance, in: Sun, Stewart & Pollard, *Corporate Governance and the global financial crisis*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 215- 242.

Van den Ingh 2002

Van den Ingh, 'De bevelsstructuur in de vennootschap', in: *Concernverhoudingen* dl. 69, serie vanwege het Van der Heijden-instituut, Deventer: Kluwer 2002.

Lennarts 2002

Lennarts, 'Wat weet een concern(vennootschap)?' in: Maeijer, Van Olffen, Schonis, Van den Ingh & Van Solinge, *Concernverhoudingen*, Nijmegen: Van der Heijden Instituut 2002, p. 57-70.

Maatman 2007

Maatman, 'Integriteit van de onderneming. Aandeelhouder en integriteit in: Asscher-Vonk, Van Hees, Maatman & Schoordijk, *Onderneming en integriteit*, Deventer: Kluwer 2007, p. 55-94.

Notermans & Van Weelden 2015

Notermans & Van Weelden, 'Legal risk management & compliance: een introductie', 2015.

Raaijmakers 1993

Raaijmakers, "Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep", in Winter e.a., *Beschouwingen over concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1993, deel 18, p. 33-60.

Schuit 2007

Schuit, Onderneming en Integriteit' in: Asscher-Vonk, Van Hees, Maatman & Schoordijk, *Onderneming en integriteit*, Deventer: Kluwer 2007, p. 7-34.

Stolp & De Nijs Bik 2015

Stolp & De Nijs Bik, 'De positie van bestuurders en commissarissen ter zake van risicomanagement', in: Bundel van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, *Be aware. Legal risk management compliance* 2015, p.41- 54.

Schwitters 2008

Schwitters, 'Zorgvuldigheid op maat van derden', in: Reinhartz, Oderkerk, Bos & Dankers-Hagenaars, '*Derden in het Privaatrecht'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Preadviezen

Assink & Strik 2009

Assink & Strik, 'Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse', in: *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2009*, Deventer: Kluwer 2009.

Raaijmakers 1977

Raaijmakers, Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen, in: Raaijmakers & Roelvink, *Door rechtspersonen heen kijken*, preadvies, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977.

Artikelen

Abma 2005

Abma, 'De Commissie Tabaksblat en haar Code', *TvOB* 2005, afl. 1, p. 7-10.

Abma & Olaerts 2011

Abma & Olaerts, 'De effectiviteit van de 'comply or explain'-regel in Nederland', *TvOB* 2011, afl. 5, p. 103-114.

Assink 2012

Assink, 'Hoedanigheden en zorg(vuldigheids-)plichten in het ondernemingsrecht', *AA* 2012, afl.4, p. 277-285.

Bartman 2016

Bartman, 'Hoge Raad weet zich niet goed raad met het concern', *Ondernemingsrecht* 2016, afl. 10/11, p. 365-370.

Beckman 2005

Beckman, 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 8.

Bier 2005

Bier, 'Het risico van de risicobeheersing- en interne controlesystemen: de 'in control' verklaring van de Code Tabaksblat', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 12, p. 539-545.

Van Beurden & Van der Zanden 2011

Van Beurden & Van der Zanden, 'Perikelen in de financiële verslaggeving', *TvOB* 2011, afl. 1.

Van den Boogert 2005

Van den Boogert, 'De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 8.

Castermans & Van der Weide 2009

Castermans & Van der Weide, '*De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schending van fundamentele, internationale erkende rechten*', Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10 26 485, nr. 81.

Coenraads 2013

Coenraads, 'Falend toezicht in internationaal concernverband', *TOP* 2013, afl. 4.

Dahmen 2014

Dahmen, 'De aanwijzingsbevoegdheid van het gewijzigde artikel 2:239-4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief', *TvOB* 2014, afl. 2.

Van der Elst 2013

Van der Elst, 'The Risk Management Duties of the Board', *Financial Law Institute* 2013, Working Paper Series.

Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser 2011
Enneking, Giesen, Van der Heijden, Lambooy, Lennarts & Visser, 'Privaatrechtelijke handhaving in reactie op mensenrechten schendingen door internationaal opererende ondernemingen. De (on)mogelijkheden van het aansprakelijk stellen van Nederlandse multi nationals voor extraterritoriale mensenrechten- en milieuschendingen naar Nederlands privaatrecht', *NTM* 2011, afl. 5, p. 541-560.

Ernes & Lamers 2012
Ernes & Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012, p. 26-33.

Fama & Jensen 1983
Fama & Jensen, 'Separation of ownership and control', *Journal of Law & Economics* 1983.

Gepken-Jager 2001
Gepken-Jager, 'Bestuurszelfstandigheid', *Dossier Ondernemingsrecht* 2001 (48), p. 13-19.

Van Ginneken 2012
Van Ginneken, 'De onafhankelijke commissaris', *Ondernemingsrecht* 2012, afl. 17.

Gorter 2016
Gorter, 'Het complexe samenspel bij risicomanagement', *Ondernemingsrecht* 2016, afl. 9, p. 348-354.

Groenewoud 2003
Groenewoud, 'Vereenzelviging als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid', *V&O* 2003, afl. 1.

't Hart 2010
't Hart, 'Een positieve blik op modellen voor risicomanagement', *TPC* augustus 2010, p. 26-31.

Van der Heijden 2013
Van der Heijden, 'De *Shell Nigeria*-zaak: de eerste Nederlandse *foreign direct liability*-zaak voor de civiele rechter', *Tijdschrift voor Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht* 2013, afl. 3.

Hijink 2005
Hijink, 'Verslag van 'The European Corporate Governance Conference', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 8.

Huizink 2010
Huizink, 'Zorgplichten in concernverhoudingen', *O&F* 2010, afl. 4, p. 5-28.

Van den Ingh 1996

Van den Ingh 1996, 'Informatieverplichting in concernverband', *WPNR* 1996/6214.

Jägers & Van der Heijden 2008

Jägers & Van der Heijden, 'Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands', *Brooklyn Journal of International Law* 3, Spring 2008.

Van der Korst 2002

Van der Korst, 'Bestuursautonomie', *JORplus* 2002, Afl. 1.

Koster 2016

Koster, 'Versteviging van risicomanagement in het perspectief van de herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code', *MvO* 2016, afl. 10-11, p. 234-239.

Lennarts 2005

Lennarts, 'Een nieuwe regeling van het instructierecht', *O&F* 2005, afl. 65.

Lennarts 2006

Lennarts, 'Enige kanttekeningen bij de voorstellen tot wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht bij de BV', *O&F* 2006, afl. 72.

Mendel & Oostwouder 2017

Mendel & Oostwouder, 'Lange termijn waardecreatie van de beursvennootschap en de daaraan verbonden onderneming, het bestendige succes van de (dochter)onderneming en het begrip 'vennootschappelijk belang': harmonie of disharmonie?' *O&F* 2017, afl. 3, p. 4–18.

Olaerts 2014

Olaerts, 'Concernrecht anno 2014', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014, afl. 1.

Olaerts 2016

Olaerts, 'Eenheid en verscheidenheid in concernverhoudingen', *Ondernemingsrecht* 2016/75.

Pouw 2015

Pouw, 'Vereenzelviging: nog altijd zeldzaam', *V&O* 2015, afl. 5.

Purdy 2010

Purdy, 'ISO 31000:2009 – Setting a New Standard for Risk Management', *Risk Analysis* 2010, afl. 6, p. 881-886.

Raaijmakers 2015

Raaijmakers, 'Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-B.V.: een novum in concernverhoudingen?', *TvOB* 2015, afl. 1.

Van der Sangen 2007

Van der Sangen, 'Het wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht: de belangrijkste wijzigingen', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, 2007/92, p. 85-93.

Van der Sangen 2009

Van der Sangen, "Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009, afl.6, p. 1-8.

Van der Sangen & Raaijmakers 2015

Van der Sangen & Raaijmakers, 'Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2015, afl. 16, p. 568-578.

Tros 2009

Tros, 'Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid: ComSystems/Van den End q.q.', *V&O* 2009, afl. 12, p. 245-247.

Van Veen 2017

Van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn 'raison d'être', *WPNR* 2017/7162, p. 640-654.

Ward 2000

Ward, ''Foreign Direct Liability': A New Weapon in the Performance Armoury?' *AccountAbility* Quarterly 14, 3rd Quarter 2000.

Westenbroek 2016

Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24

Van der Zanden 2009

Van der Zanden, 'Consolidatieperikelen', *TvOB* 2009 afl. 1, p. 2-8.

Dissertaties en oraties

Bartman 1989

Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 6, Deventer: Kluwer 1989.

Van Daelen 2012

Van Daelen, *Risk management and corporate governance* (diss. Tilburg), 2012.

Enneking 2012

Enneking, *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability* (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven international publishing 2012.

Van der Heijden 2011

Van der Heijden, *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities: Linking Standards of International Public Law to Dutch Civil Litigation Proceedings* (diss. Tilburg), Antwerpen: Intersentia 2011.

Katan 2017

Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 98, Deventer: Kluwer 2017.

Lennarts 1999

Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 32, Deventer: Kluwer 1999.

Du Perron 1999

Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Raaijmakers 1976

Raaijmakers, *Joint ventures*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1976.

Tjong Tjin Tai 2006

Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1969/70, 10751, 3 (MvT).

Kamerstukken II 1986/87, 19813, 3 (MvT).

Kamerstukken II, 2003/4, 29737, 3 (MvT).

Kamerstukken II, 2008/09, 31763, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, 6.

Overigen

AIRMIC 2010

AIRMIC, Alarm, IRM, *A structured approach to Enterprise Risk Management and the requirements of ISO 31000*, 2010.

Jaarboek 2016/17

Jaarboek Corporate Governance, 2016-2017.

Mededeling van de Commissie, actieplan 2003

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de Corporate Governance in de Europese Unie - Een actieplan*, COM 2003, 284.

COSO 2004

COSO, Enterprise Risk Management — Integrated Framework 2004.

Mededeling van de Commissie, actieplan 2012

Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's: Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen*, COM 2012, 740.

G20/OECD

G20/OECD, OECD Principles of Corporate Governance 2015.

Groenboek 2010

Europese Commissie, Groenboek. Corporate governance in financiële instellingen en het beloningsbeleid, 2 juni 2010, p.4, http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/NL/1-2010-284-NL-F1-1.Pdf.

Groenboek 2012

Europese Commissie, Groenboek, The EU corporate governance framework, 2012.

Groenboek 2011

Green Paper, *The EU corporate governance framework*, COM (2011) 164, Brussel 5 april 2011. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM%3A2011%3A0164%3AFIN%3ANL%3APDF

IJsselmijden artikel 2:391 BW

Groene Serie Rechtspersonen, artikel 391 boek 2 BW, aantekening 2.3, van IJsselmijden.

ISO 31000, 2009

ISO 31000: 2009, *Risk management: Principles and guidelines*, December 2011.

Kiersch artikel 2:391 BW

T&C BW, commentaar op 2:391BW, Bestuursverslag, van Kiersch.

Lindenbergh artikel 6:163 BW

Lindenbergh, in: T&C BW 2015, art. 6:163 BW, aant. 2c.

Jurisprudentielijst

Europese Hof van Justitie

HvJ 18 juli 2013, C-174/12, RO 2013/68 (Öfab/Frank Koot)

Hoge Raad

Hoge Raad 31 januari 1919, NJ 1919/161 (*Lindenbaum / Cohen*)

Hoge Raad 3 mei 1946, NJ 1946/323 (*Staat/Degens*)

Hoge Raad 21 januari 1955, NJ 1959/43, m.nt. H.E. Bröring (*Forumbank*)

Hoge Raad 28 juni 1957, NJ 1957/514 (*Erba I*)

Hoge Raad 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*)

Hoge Raad 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789 (*Pos/van den Bosch*)

Hoge Raad 6 april 1979, NJ 1980/34 (*Knabbel en Babbel*)

Hoge Raad 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4232 (*Osby*)

Hoge Raad 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (*Khaly/Freezer*)

Hoge Raad 19 mei 1988, NJ 1999/98 (*Mooijman/Netjes*)

Hoge Raad 19 februari 1988, NJ 1988/487 (*Albada Jelgersma II*)

Hoge Raad 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (*Ogem II*)

Hoge Raad 11 mei 1990 NJ 1990/544

Hoge Raad 18 november 1994, NJ 1995/170 (*NBM/Securicor*)

Hoge Raad 9 juni 1995, NJ 1996/213 (*Krijger/Citco*)

Hoge Raad 16 juni 1995, NJ 1996/214 (*Bato's erf*)

Hoge Raad10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*)

Hoge Raad 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*)

Hoge Raad 13 oktober 2000, NJ 2000/698, m.nt. Ma. (*Rainbow*)

Hoge Raad 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi / Hurks II*)

Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*)

Hoge Raad 29 november 2002, NJ 2003/549 (*Legionellabestemming Westfriese Flora*)

Hoge Raad 21 februari 2003, JOR 2003/57 (*HBG*)

Hoge Raad 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Linda*)

Hoge Raad 28 mei 2004, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*)

Hoge Raad 24 september 2004, NJ 2008/587 (*Vleesmeesters/Alog*)

Hoge Raad 6 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*)

Hoge Raad 11 maart 2005, NJ 2005/576

Hoge Raad 11 november 2005, NJ 2007/231

Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (*ABN Amro/VEB*)

Hoge Raad 20 juni 2008, NJ 2009/21 (*NOM/Willemsen*)

Hoge Raad 12 december 2008, JOR 2008/297, m. nt. Van Maanen (*Coutts Holding*)
Hoge Raad 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033 (*Comsys Holding*)
Hoge Raad 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*)

Hof Amsterdam (OK)
Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5761 (*Corus*)
Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM1450 (*Laurus*)
Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*)
Hof Amsterdam (OK) 27 januari 2005, JOR 2005/6 (*Ahold*)

Gerechtshoven
Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586
Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587
Gerechtshof Den Haag 18 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3588

Rechtbanken
Rechtbank ‘s-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*)
Rechtbank Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*)
Rechtbank Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709 (*Ceteco*)
Rechtbank Den Haag 30 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8618
Rechtbank Den Haag 24 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1470
Rechtbank Den Haag 24 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1469
Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854