

583. Zorgplichten in de ondernemingsrechtpraktijk

MR. DRS. T.S. JANSEN EN MR. W.A. VADER

Steeds vaker is in rechtspraak¹ en literatuur² sprake van (bijzondere) zorgplichten, ook in de ondernemingsrechtpraktijk. De enquêtebeschikking van de Hoge Raad van 4 april 2014 inzake Cancun Holding³ is daar een voorbeeld van. De Hoge Raad overwoog in die beschikking, voor zover hier van belang, dat de algemene verplichting van bestuurders van een joint venture-vennootschap om jegens de aandeelhouders de nodige zorgvuldigheid te betrachten een bijzondere zorgplicht met zich kan brengen met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. Deze beschikking was voor ons aanleiding om het begrip 'zorgplicht' nader te duiden en zijn verschijningsvormen te verkennen aan de hand van de bron: een specifieke wettelijke bepaling die tot zorg verplicht; de uit hoofde van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek ('BW') te betrachten maatschappelijke betamelijkheid; en redelijkheid en billijkheid in zijn verschillende verschijningsvormen. Tot slot plaatsen wij een aantal observaties.

Begrip 'zorgplicht'

Wat houdt een zorgplicht in? De in het Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal opgenomen betekenissen – te weten een 'plicht tot verzorging' of een 'plicht tot het dragen van de zorg voor iets' – brengen ons niet veel verder. Tjong Tjin Tai heeft de zorgplicht gedefinieerd als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object.⁴ Het recentelijk ingevoerde art. 4:24a Wet op het financieel toezicht ('Wft') bepaalt dat een financiële dienstverlener 'op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt'. Met deze bepaling heeft de wetgever 'de algemene zorgplicht' voor financiële dienstverleners, zoals aangenomen in de rechtspraak⁵, willen codificeren.⁶ Zo

bezien kan een 'zorgplicht' ook wel worden beschouwd als 'verplichte zaakwaarneming' (vgl. art. 6:198 BW). Zaakwaarneming is immers het zich willens en wetens, en op redelijke grond, inlaten met de behartiging van eens anders belang. Waar zaakwaarneming primair *bevoegdheid* tot behartiging van eens anders belang schept, brengt een zorgplicht een *rechtsplicht* daartoe met zich. In die zin zijn zaakwaarneming en zorgplicht als twee zijden van dezelfde medaille: zaakwaarneming als rechtvaardiging om eens anders belang te behartigen en zorgplicht als de verplichting daartoe. In het licht van het voorgaande duiden wij het begrip 'zorgplicht' als de rechtsplicht om op zorgvuldige wijze eens anders gerechtvaardigde belang(en) in acht te nemen.

Expliciete wettelijke zorgplichten

Naast genoemd art. 4:24a Wft voorziet de regeling van bijzondere overeenkomsten in Boek 7 BW in expliciete zorgplichten. De meest in het oog springende is art. 7:401 BW, en de species daarvan in art. 7:453 BW, uit hoofde waarvan een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer moet betrachten. Op die grondslag zijn zorgplichten aangenomen van een groot

- 1 Ter illustratie: de bijzondere zorgplicht in rechtspraak van de Hoge Raad in de periode 2000-2009 kent in Legal Intelligence 1.007 hits, terwijl de periode 1990-1999 'slechts' 291 hits kent. Vanaf 2010 tot aan heden staat de teller al op 814 hits. In dit artikel hebben wij ons overigens beperkt tot rechtspraak van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer van het hof Amsterdam.
- 2 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Dissertatie 2007, p. 171 e.v.
- 3 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286.
- 4 Vgl. Tjong Tjin Tai, t.a.p., p. 97.
- 5 Zie onder meer HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192; HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660; HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/103; en HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289.
- 6 Wijzigingswet financiële markten 2014, TK 2012-2013 33 632, nr. 3 MVT, p. 24 e.v.

aantal beroepsbeoefenaren, zoals advocaten,⁷ notarissen,⁸ medici⁹ en accountants¹⁰. De mate van zorg die verwacht mag worden op basis van deze wettelijke grondslag wordt telkens geobjectiveerd naar de maatman beroepsbeoefenaar. Kort gezegd: de zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht. In art. 7:658 BW wordt weliswaar niet expliciet van een zorgplicht gerept, maar door de Hoge Raad wordt aangenomen dat deze bepaling een zorgplicht voor een werkgever inhoudt voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer. Zo overwoog de Hoge Raad in onder meer Peters/Hofkens¹¹ dat het *'immers afhankelijk [is] van de omstandigheden van het geval of de in art. 7:658 lid 1 bedoelde zorgplicht meebrengt'* dat een werkgever in dat geval vooraf een inventarisatie van de veiligheidsrisico's diende te maken.

Naast de regeling van bijzondere overeenkomsten voorziet ook het in Boek 6 BW neergelegde algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht in zorgplichten. Zo bepalen art. 6:27 BW, art. 6:64 BW, art. 6:204 BW en art. 6:273 BW expliciet dat de zorg van 'een zorgvuldig schuldenaar' moet worden betracht¹² in de periode vóór aflevering van een species zaak aan de schuldeiser, gedurende schuldeisersverzuim, bij ontvangst van onverschuldigde betaling en ingeval ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan. De norm van een *zorgvuldig* schuldenaar brengt mede tot uiting dat de inspanningen die van een schuldenaar kunnen worden geëist, afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud en strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door de schuldenaar uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen waarover een schuldenaar die een zodanig beroep of bedrijf uitoefent, pleegt te beschikken.¹³

Ook is een zaakwaarnemer op grond van art. 6:199 BW verplicht de *nodige zorg* te betrachten. Deze zorgplicht vereist dat hij *'steeds oog [moet] houden op het belang van de belanghebbende, mede gelet op diens wil of vermoedelijke wil'*.¹⁴ Volgens de Parlementaire Geschiedenis van art.

6:199 BW bieden het begrip *'de nodige zorg'* en de tevens in art. 6:199 lid 1 BW opgenomen beperking tot hetgeen *'redelijkerwijze van de waarnemer kan worden verlangd'*, de rechter ruimte om naar gelang de omstandigheden *'differentiatie aan te brengen in deze op de waarnemer rustende verplichtingen'*.¹⁵

Maatschappelijke betamelijkheid

Impliciet biedt de op grond van art. 6:162 BW in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid de breedste en meest voor de hand liggende bron van zorgplichten.¹⁶ Deze door eenieder in acht te nemen *zorgvuldigheid* is niet anders dan hetgeen *volgens het ongeschreven recht* in het maatschappelijk verkeer betaamt. Die twee normen worden volgens de Parlementaire Geschiedenis van art. 6:162 BW *'als identiek beschouwd'*.¹⁷ Omdat de wetgever

De mate van zorg die verwacht mag worden op basis van de wettelijke grondslag wordt telkens geobjectiveerd naar de maatman beroepsbeoefenaar

bij invoering van het Nieuw BW de uitdrukking in *'strijd met de zorgvuldigheid (...) minder passend voor de gevallen waarin op onbehoorlijke wijze eens anders belangen zijn aangetast'* achtte, werd gekozen voor de genoemde huidige wettelijke formulering van maatschappelijke betamelijkheid.¹⁸ De aldus uit art. 6:162 BW voortvloeiende rechtsplicht tot inachtneming van maatschappelijke zorgvuldigheid, heeft de HR bij verschillende gelegenheden expliciet als een zorgplicht gekwalificeerd. Zo overwoog hij in HR 23 mei 2014, RvdW 2014/749 (X/Staat) in r.o. 3.5 – geparafraseerd weergegeven – dat de vraag of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, neerkomt op de vraag of het Bureau Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur bij de uitoefening van zijn wettelijke taak, in het bijzonder bij het uitbrengen van integriteitsadvies, niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die in het maatschappelijk verkeer jegens de betrokkene betaamt. De HR vervolgt: *'Indien het Bureau zijn hiervoor (...) omschreven zorgplicht heeft geschonden, is de Staat aansprakelijk voor de schade die [eiser] als gevolg daarvan heeft geleden.'*

7 Vgl. HR 31 januari 2014, RvdW 2014/254 (Jeka). De Hoge Raad deed deze zaak op art. 81 RO af. A-G Peurseem overwoog echter in zijn conclusie onder dat arrest dat de zorgplicht van de advocaat meebrengt dat deze een eigen verantwoordelijkheid heeft, op grond waarvan de advocaat zich niet kan beperken tot wat de cliënt van hem vraagt, maar zelfstandig dient te beoordelen wat voor de zaak van belang is om daar vervolgens ook naar te handelen.

8 Vgl. HR 28 oktober 1990, NJ 1991/473 (Cezet). In rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat enkel op een notaris een *bijzondere* zorgplicht rust. Met betrekking tot de overige beroepsbeoefenaren volstaat de Hoge Raad met een 'gewone' zorgplicht. Dat kan mede verklaard worden door de bijzondere positie die een notaris, gelijk een bank, in het maatschappelijke verkeer inneemt.

9 Vgl. de wettelijke zorgplicht uit hoofde van art. 7:453 BW.

10 Vgl. HR 13 oktober 2006, RvdW 2006/942 (Vie d'Or).

11 Vgl. HR 12 september 2003, NJ 2004/177 r.o. 3.7.

12 Vgl. ook art. 7:10 lid 4 BW en art. 7:29 BW.

13 C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer Kluwer 1981, p. 155.

14 C.J. van Zeben e.a., t.a.p. p. 793.

15 Idem.

16 Anders: M. van Olfen, 'Meerderheidsaandeelhouders versus Minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorgvuldigheidsplicht? Zwagerman revisited', in: Van der Korst, Abma en Raaijmakers, *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Serie Onderneming en Recht, deel 69, p. 376. Hoewel Olfen constateert dat het begrip 'zorgplicht' meer omvat dan een zorgvuldigheidsplicht, acht hij beide termen, zoals die in beschikkingen van de Ondernemingskamer naar voren komen, uitwisselbaar. Zie in gelijke zin B.F. Assink, 'Hoedanigheden en zorg(vuldigheid)s-plichten in het ondernemingsrecht', *Ars Aequi* 2012/4, p. 277-285.

17 C.J. van Zeben e.a., t.a.p., p. 615.

18 Van Zeben, t.a.p., p. 616.

Die aanduiding van de verplichting tot betrachting van maatschappelijke zorgvuldigheid als zorgplicht hanteert de HR tegenwoordig consequent in feitenconstellaties waar de maatschappelijke zorgvuldigheid met zich brengt dat de belangen van een ander in acht moeten worden genomen. Zo stelde hij in HR 28 juni 2013, *NJ* 2013/366 (Martina/Curaçao), waarin het ging om ernstig letsel van

Hoewel niet eerder als zorgplicht gekwalificeerd, is aansprakelijkheid voor 'corporate gevaarstelling' niet nieuw

een gedetineerde door een voetbalspel op de binnenplaats van een cellenblok, dat de te beantwoorden vraag is of het Land in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met een zorgplicht jegens de gedetineerde, waarbij in een geval als het onderhavige de criteria van het Kelderluik-arrest maatgevend zijn (HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136). Terwijl in HR 22 maart 2013, *NJ* 2013/188 (Roffelsen/G) werd geoordeeld dat de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid met zich bracht dat op financieel adviseur G, die door Roffelsen was benaderd vanwege een vroegere adviesrelatie en het in hem gestelde vertrouwen, ook al was geen sprake (meer) van een contractuele adviesrelatie, de zorgplicht rustte om zich de belangen van Roffelsen aan te trekken door haar te wijzen op de aan de voorgestelde geldlening verbonden risico's dan wel haar naar een andere adviseur te verwijzen.

Wanneer sprake is van een bijzondere maatschappelijke positie, kwalificeert de HR de ex art. 6:162 BW te betrachting maatschappelijke betamelijkheid wel als een 'bijzondere zorgplicht'. Zo brengt de maatschappelijke functie van een bank volgens HR 23 december 2005, *NJ* 2006/289 (Safe Haven) een *bijzondere* zorgplicht mee ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁹ Onder verwijzing naar HR 9 januari 1998, *NJ* 1999/285 (MeesPierson/Ten Bos) voegde de HR daaraan toe dat de reikwijdte van deze zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder bepalingen van financiële toezichtwetgeving. Naast de bank heeft ook een notaris een hoge mate van zorgvuldigheid te betrachting. In HR 28 september 1990, *NJ* 1991/473 (CLBN/T) heeft de Hoge Raad aangenomen dat op de notaris in zijn hoedanigheid, mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, een *'zwaarwegende zorgplicht'* rust ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Ook in HR 14

juni 2013, *NJ* 2013/340 overwoog de Hoge Raad dat op een notaris een *'zwaarwegende zorgplicht'* rust.

Ten aanzien van de taakuitoefening van een accountant heeft de Hoge Raad in HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006/942 (Vie d'Or) geoordeeld dat hij een *'wezenlijk publiek belang'* dient, in het bijzonder waar het gaat om de wettelijke controlerende taak ten aanzien van levensverzekeringsmaatschappijen, hetgeen volgens de HR betekent dat ook hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorg die de externe controlerende accountant naar in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen moet betrachting bij zijn werkzaamheden ten aanzien van de jaarrekening van zo'n maatschappij. Zo bezien rust ook op een accountant een bijzondere zorgplicht.

Voormelde rechtspraak roept de vraag op of de (maatschappelijke) positie van bestuurder of aandeelhouder van een vennootschap ook zo bijzonder is dat deze een bijzondere zorgplicht met zich brengt. Met Van Schilfgaarde (vgl. zijn noot onder HR 30 september 2005, *NJ* 2006/312, Ontvanger/S.) nemen wij aan dat op bestuurders een zekere zorgplicht rust ten opzichte van crediteuren. Zij moeten de vennootschap niet verbinden voor schulden wanneer zij weten of behoren te begrijpen dat de vennootschap die schulden niet kan voldoen en daarvoor ook geen verhaal zal bieden.²⁰ Is de vennootschap eenmaal verbonden – uit rechtshandeling of anderszins – dan dient de relatie tot de crediteur behoorlijk te worden afgewikkeld, op straffe van aansprakelijkheid.²¹ Hoewel veelvuldig berecht, heeft de HR, voor zover wij hebben kunnen nagaan, in dergelijke 'benadelingszaken' de door de bestuurder jegens crediteuren van de vennootschap te betrachting betamelijkheid nog niet als zorgplicht gekwalificeerd.²² Maar in HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 (Ontvanger/Nilarco) heeft de HR wel onderkend dat de *'bijzondere hoedanigheid van bestuurder en grootaandeelhouder'* van een gefailleerde vennootschap tot een 'extra zorgplicht' kan leiden ten aanzien van de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers en hun verhaalsmogelijkheden. Of de directeur-grootaandeelhouder in casu in strijd met die zorgplicht heeft gehandeld, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Maar daaromtrent het had hof in deze casus niets vastgesteld.

In HR 11 september 2009, *NJ* 2009/565 (Comsys/Van den End) heeft de HR evenwel een bijzondere zorgplicht van een enig aandeelhouder en holdingvennootschap aangenomen op grond van de structuur van het door haar beheerste concern. Die structuur bracht inherente risico's voor crediteuren met zich doordat kosten en opbrengsten in verschillende entiteiten vielen, terwijl de holding de activiteiten van de kostendochter heeft laten voortduren in de wetenschap dat diens crediteuren onbetaald bleven zodra

19 Vgl. HR 28 september 1990, *NJ* 1991/473 (CLBN/notaris mr. T.). Een *'verzwaarde zorgplicht'* van een notaris *'jegens alle belanghebbenden'* geldt mede *'gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte.'*

20 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (Beklamel).

21 Vgl. HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet), bestuurder aansprakelijk wanneer onbetaald blijven crediteur te wijten is aan betalingsonwil, en HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/295 (NHB/Oosterhof), bestuurder aansprakelijk als hij bewerkstelligt of toelaat dat de vennootschap een overeenkomst niet nakomt.

22 Vgl. HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

zij de rekening-courantfinanciering zou beëindigen. Onder die omstandigheden diende de holding zich de belangen van de – bestaande en toekomstige – schuldeisers van de dochter aan te trekken en de verlieslatende activiteiten te beëindigen.

Hoewel niet eerder als bijzondere zorgplicht gekwalificeerd, is deze aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor wat wel 'corporate gevaarstelling' kan worden genoemd niet nieuw. In HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443 (Osby) en HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 (Albada Jelgerma) werd immers al – geparafraseerd weergegeven – aansprakelijkheid van een moedermaatschappij/aandeelhouder aangenomen wegens nalatigheid om 'zorg te dragen' dat schuldeisers van een dochtermaatschappij werden voldaan, respectievelijk vanwege een 'gebrek aan diligentie en zorgvuldigheid' jegens schuldeisers.²³

Redelijkheid en billijkheid

Al in HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (Baris/Riezenkamp) werd overwogen dat partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, in een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding tot elkaar komen te staan, die meebrengt dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.²⁴ Met de invoering van het Nieuw BW, en dus art. 6:2 BW en art. 6:248 BW, dient redelijkheid en billijkheid partijen als leidraad en kan deze op een gesloten overeenkomst aanvullende of derogerende werking hebben. Art. 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid in een concreet geval eist, rekening wordt gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Met andere woorden: onder omstandigheden vloeit uit redelijkheid en billijkheid een niet overeengekomen rechtsplicht voort om de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht te nemen. *De facto* dus een zorgplicht, in de door ons hiervoor geduide zin.

De HR kwalificeert een uit de omstandigheden van het geval voortvloeiende plicht om de belangen van de wederpartij in acht te nemen echter niet expliciet als een zorgplicht. In dit verband wijzen wij bij wijze van voorbeeld op HR 19 oktober 2007, *NJ* 2007/565 (Vodafone/ETC). De HR overwoog in dat verband dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door

de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed, omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik in de overeenkomst niet was verdisconteerd, en dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde. Zoals gezegd: hoewel in feite uit de casus blijkt dat op ETC een zorgplicht rustte, wordt dat niet als zodanig benoemd.

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is de enige zorgplicht die de HR expliciet op basis van art. 6:248 BW heeft aangenomen de 'bijzondere zorgplicht' van financiële dienstverleners jegens particuliere wederpartijen die strekt tot bescherming tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. In zijn ondertussen vaste rechtspraak grondt de HR deze zorgplicht op hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een financiële instelling in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's.²⁵

Deze bijzondere zorgplicht vloeit dus primair voort uit de bijzondere maatschappelijke positie en deskundigheid van een financiële instelling ten opzichte van een particulier en kan om die reden niet snel naar analogie op andere rechtsverhoudingen worden toegepast. Zo volgt uit HR 21 maart 2014, *NJ* 2014/266 (Dulack q.q./borg X) dat wanneer een curator in het kader van het beheer en de vereffening van een faillissementsboedel een particuliere borg bedingt, zijn positie niet op één lijn kan worden gesteld met die van een bank of andere financiële dienstverlener. De curator vervult zijn taak immers ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en de borgtochtovereenkomst

Onder omstandigheden vloeit uit redelijkheid en billijkheid een niet overeengekomen rechtsplicht voort om de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht te nemen

kwam niet tot stand in het kader van professionele kredietverstrekking. Op de curator rustte dus niet de bijzondere zorgplicht die voor banken en andere financiële dienstverleners voortvloeit uit hun maatschappelijke positie en professionele deskundigheid, aldus de HR. Ook in HR 25 januari 2002, *NJ* 2003/31 (Paalman/Lampenier) is de in het cassatiemiddel betrokken stelling verworpen dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, voortvloeit

23 Vgl. ook HR 28 juni 1957, *NJ* 1957/514 (Erba I) waarin is geoordeeld dat een bank door een gebrek aan zorg voor de belangen van een ander in strijd heeft gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders goed betaamt. Van een bijzondere zorgplicht was geen sprake.

24 Ook in HR 12 augustus 2005, *RvdW* 2005/93 (CBB/JPO) is er sprake van dat het onderhandelende partijen weliswaar vrijstaat de onderhandelings af te breken, maar dat zij desalniettemin verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen.

25 Vgl. o.a. HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 (Treek/Dexia), HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/183 (Bolle/Levob), en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184 (GeSp/AEGON).

dat op de franchisegever een zorgplicht rust opdat aan de franchisenemer te verschaffen prognoses omtrent de te verwachten omzetten of resultaten van de door de franchisenemer te stichten onderneming berusten op een deugdelijk onderzoek.

In het vennootschapsrecht verplicht art. 2:8 BW de rechtspersoon en de bij zijn organisatie betrokken personen

jegens elkaar en de vennootschap te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Onder omstandigheden, zoals hiervoor bij wijze van voorbeeld aan de beschikkingspraktijk van de HR ontleend, kan de uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht derhalve ook in een bijzondere zorgplicht van aandeelhouders resulteren. Het oude aan HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (Wennex) ontleende idee dat aandeelhouders gerechtigd zijn (uitsluitend) hun eigen belang in de vennootschap te dienen en hen met hun stemrecht niet een recht in het belang van anderen is toevertrouwd, verdient derhalve nuancering.²⁸

Voormelde analyse van uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgplichten is gestoeld op de beschikkingspraktijk van de HR in enquêtezaken. De beoordeling van ex art. 2:8 BW te betrachten zorgvuldigheid resulteert in dergelijke zaken derhalve in een wanbeledoordeel en eventueel in op de grondslag van art 2:356 BW te treffen voorzieningen om dat wanbeleid te redresseren. Vanzelfsprekend kunnen de op art. 2:8 BW gestoelde, in de enquêtepraktijk aangenomen, rechtsregels ook in (aansprakelijkheid)procedures op de grondslag van art. 2:9, art. 2:15, art. 2:138/248, art. 6:74 en/of art. 6:162 BW in stelling worden gebracht.

Een voorbeeld hiervan biedt HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (Tuin Beheer) waarin de HR overwoog dat het hof 'de in art. 2:8 lid 1 BW geformuleerde norm en de bijzondere zorgplicht die daaruit voortvloeit, (terecht) [heeft] betrokken bij zijn beantwoording van de vraag of Verheij in haar hoedanigheid van (interim)bestuurder van Tuin Recreatie, onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Tuin Beheer als aandeelhouder van die vennootschap'.²⁹ Dat toepassing van art. 2:8 BW in aansprakelijkheidszaken tussen de in dat artikel genoemde kring van betrokkenen niet vrijblijvend is, volgt uit de opdracht van de HR de verwijzingsrechter in rov. 4.10 van zijn beschikking inzake Tuin Beheer geeft. Bij zijn beoordeling of de aan de interim-bestuurder verweten handelswijze jegens de aandeelhouder/kredietverlener in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dient de verwijzingsrechter mede te betrekken dat zij zich krachtens art. 2:8 lid 1 BW jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

Slotobservaties

De uit maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplichten onderscheiden zich naar de omstandigheden waarin een zorgplicht wordt aangenomen, niet zozeer naar hun bron. Met Van Boom menen wij dat de twee begrippen, 'maatschappelijke betamelijkheid' en 'redelijkheid en billijkheid', die weliswaar in een andere context worden gebruikt,

De uit maatschappelijke betamelijkheid en redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplichten onderscheiden zich niet zozeer naar hun bron, maar naar de omstandigheden waarin een zorgplicht wordt aangenomen.

om zich als zodanig jegens elkander te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Volgens vaste rechtspraak vloeit uit art. 2:8 BW de verplichting van de vennootschap, en van bestuurders en commissarissen bij de vervulling van hun taak, voort om 'zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken'.²⁶ Hoe deze verplichting, door de HR consequent aangeduid als 'zorgvuldigheidsplicht', in een gegeven geval uitwerkt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²⁷ In de in HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun Holding) berechte casus was sprake van een joint venture die was opgezet als samenwerking tussen twee gelijkwaardige partners. Onder die omstandigheden bracht de uit art. 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsplicht een 'bijzondere zorgplicht' van het bestuur met zich ten aanzien van de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren. In HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM) is aangenomen dat die algemene zorgvuldigheidsplicht, in de omstandigheid dat sprake was van meerderheids- en minderheidsaandeelhouders, verplichtte tot de nodige zorgvuldigheid met betrekking tot de belangen van minderheidsaandeelhouders zoals VEB c.s. bij het nemen van een dividendbesluit. Wanneer het in een meer besloten setting gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders in familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen, kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van belangenverstremgeling. Uit HR 1 maart 2002, «JOR» 2002/79 (Zwagerman Beheer) volgt dat de zorgvuldigheidsplicht ex art. 2:8 BW dan de verplichting met zich brengt om met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstremgeling van belangen ontstaat. Uit rov. 4.7.1. van de Cancun Holding-beschikking volgt dat de vrijheid van aandeelhouders om hun joint venture in te richten hoe hen goeddunkt, hen niet ontslaat van hun uit art. 2:8 BW voortvloeiende verplichtingen en dus om zich

26 Vgl. HR 1 maart 2002, «JOR» 2002/79 (Zwagerman Beheer), HR 14 september 2007, NJ 2007/610 (Versatel I), HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI) en HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM).

27 HR 12 juli 2013, NJ 2013/461 (VEB c.s./KLM), r.o.v. 3.4.2.

28 Vgl. punt 8 van de noot van Van Schilfgaarde onder HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun Holding).

29 R.o.v. 3.6.

inhoudelijk vergelijkbaar zijn.³⁰ Zo zijn zowel de maatschappelijke betamelijkheid als de redelijkheid en billijkheid bron van het ongeschreven recht³¹ en zijn beide normen maatgevend bij de vaststelling wat onder de gegeven omstandigheden van het geval rechtens is. Uit vooromschreven verkenning volgt dat of een zorgplicht nu uit redelijkheid en billijkheid of uit maatschappelijke betamelijkheid voortvloeit niet wezenlijk verschilt. Telkens nopen immers de (bijzondere) *omstandigheden* van het geval tot een zorgplicht die ertoe strekt dat iemand zich de gerechtvaardigde belangen van een ander moet aantrekken. Dat deze normen inhoudelijk niet verschillen, volgt ook uit HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645 (Lampe/Tonnema). Hierin overwoog de HR, kort gezegd, dat het oordeel dat een AVA besluit tot statutenwijziging niet in strijd is met de goede trouw ex art. 2:11 (oud) BW – thans de redelijkheid en billijkheid van art. 2:15 BW – geen ruimte meer laat voor de vraag of die AVA in strijd zou hebben gehandeld met de jegens Lampe als individuele aandeelhouder – die tegen het besluit was – betamelijke zorgvuldigheid. Maeijer concludeert hieruit in zijn noot onder het arrest Lampe/Tonnema: *‘de aldus in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon in acht te nemen ongeschreven normen van de redelijkheid en billijkheid (zie ook art. 3:12 NBW) die belangenafweging impliceren [verschillen] niet (...) van de in dit opzicht geldende ongeschreven normen van onzorgvuldigheid of in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen betamelijkheid (zie art. 6:162 lid 1 NBW)’*. Ook uit het hiervoor aangehaalde, meer recente, arrest inzake Tuin Beheer volgt dat de ‘vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid’ van art. 2:8 BW en de daaruit voortvloeiende (zorg)plichten, de maatschappelijke betamelijkheid

inkleurt.

Dat de (bijzondere) omstandigheden – en niet de norm – leidend zijn, volgt onzes inziens ook uit het feit dat ‘corporate gevaarstelling’ zaken, als HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443 (Osby) en HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 (Albada Jelgerma), in het verleden werden beoordeeld in het kader van de in zijn algemeenheid op grond van art. 6:162 BW in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid. Tegenwoordig plaatst de HR een dergelijke casus in HR 11 september 2009, *NJ* 2009/565 (Comsys/Van den End) expliciet in de sleutel van een ‘bijzondere zorgplicht’. Met gebruik van het begrip ‘bijzondere zorgplicht’ als norm wordt onzes inziens dus oude wijn in nieuwe zakken geschonken.

Uit het voorgaande volgt dat gebruik van het begrip ‘bijzondere zorgplicht’ zonder toegevoegde waarde lijkt, nu het steeds de bijzondere omstandigheden zijn die tot een zorgplicht nopen.³² Daarbij voelen wij ons gesterkt door de wetgever die in de memorie van toelichting op art. 4:24a Wft, waarin hij de door de Hoge Raad aanvaardde ‘bijzondere zorgplicht’ van financiële dienstverleners als een ‘algemene zorgplicht’ heeft gecodificeerd.³³

Over de auteur

Mr. drs. T.S. Jansen en mr. W.A. Vader zijn beiden advocaat bij Lexence.

30 W.H. van Boom, ‘Een rechtvaardige beslissing’, in: C. de Waele (eds.), *Betrokken in verscheidenheid*, Tilburg University Press, 1994, p. 121-131.

31 Zie Van Zeben e.a., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1021 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/401. Andere bronnen van het ongeschreven recht zijn onder andere de gewoonte, de goede zeden, de goede procesorde en de beginselen van behoorlijk bestuur.

32 Vgl. Assink, t.a.p., p. 283. Assink is eveneens niet geneigd aan te nemen dat de Hoge Raad in zijn ondernemingsrechtelijke rechtspraak een principieel in de specifieke sleutel van ‘bijzondere zorgplicht’ geplaatste vorm van aansprakelijkheid (van bestuurders of aandeelhouders) is gaan ontwikkelen.

33 Vgl. Wijzigingswet financiële markten 2014, TK 2012-2013, 33 632, nr. 3 MvT, p. 26.