

RI 2008, 79

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

12 september 2008, nr. C06/311HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser; A-G Timmerman)

LJN BD7596

JOL 2008, 650

RvdW 2008, 840

BW art. 6:162

Doorbraak aansprakelijkheid. Zorgplicht.**Is een moeder vennootschap aansprakelijk voor een niet geslaagd reorganisatieplan van een dochter vennootschap?**

Een dochter vennootschap leed een aanzienlijk verlies. Vervolgens werd besloten tot reorganisatie door verkoop van het bedrijfspand, uitbesteding van productie en gedeeltelijke afvloeiing van het personeel. Een van de bestuurders van de dochter vennootschap is eveneens bestuurder van de (groot)moeder vennootschap.

Er ontstond vertraging in de uitvoering van het reorganisatieplan door een geschil met de koper van het bedrijfspand. Opnieuw werd een aanzienlijk verlies geleden, hetgeen werd gefinancierd door een (ongedekte) lening van de (groot)moeder vennootschap aan de dochter vennootschap. In het volgende jaar werd wederom in de eerste maanden een verlies geleden. Dit werd gefinancierd door nieuwe (ongedekte) leningen van de (groot)moeder vennootschap en een onverschuldigde betaling door een debiteur van de dochter vennootschap. Kort na levering van het bedrijfspand werd duidelijk dat het reorganisatieplan niet het beoogde resultaat had en werd surséance van betaling aangevraagd. De curator meent dat de (groot)moeder vennootschap aansprakelijk is jegens de gezamenlijke crediteuren wegens haar betrokkenheid bij het reorganisatieplan.

HR: Afwijzing ex art. 81 RO.

A-G: Onder welke omstandigheden dient een moeder vennootschap de hoeder van de crediteuren van de dochter te zijn? De moeder vennootschap kan jegens crediteuren van haar dochter aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad indien de moeder een (zorg)plicht tot handelen had, maar dit heeft nagelaten. In dit soort gevallen is een smalle, op het specifieke geval toegespitste en diepe motivering vereist, wil de rechter tot een goede en overtuigende beslissing geraken. Het accent dient te liggen op een goede analyse van de omstandigheden van het geval.

Het onderhavige geval heeft zich tot nu toe niet eerder in de jurisprudentie voorgedaan. Het betreft een situatie waarin de (groot)moeder vennootschap betrokken is bij een poging tot redding van een dochter via een uitgewerkt scenario dat meerdere uiteenlopende maatregelen omvatte. Het reddingsplan mislukte door een reeks van omstandigheden. Bijzonder is dat het hof feitelijk heeft vastgesteld dat de moeder vennootschap op het moment van het opstellen van het reddingsplan mocht menen dat het plan voldoende was om de dochter weer gezond te maken. Bij deze casus is een relevant gezichtspunt dat een moeder vennootschap niet al te zeer ontmoedigd dient te worden om een reddingsplan voor een slecht draaiende dochter op te zetten.

Zie ook:

- HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby);
- HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma);
- HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (NBM/Securicor);
- HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt);
- HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks II);
- Rb. Zutphen 27 oktober 2005, LJN AR4700, JOR 2005/4 en Hof Arnhem 30 mei 2006, JOR 2006/230 (procedure in eerste aanleg en hoger beroep), alsmede Hof Arnhem 30 mei 2006, JOR 2006/231 (hoger beroep omtrent aansprakelijkheid van bestuurder);
- I. Wassenaar, 'Noodlijdende dochters en aansprakelijkheid van hun moeders', TOP 2007/4, p. 174-178;
- M. Koelemijer, 'Rechtspraak Civiel Recht, 3. Onrechtmatige daad (bestuurder) moedermaatschappij', TvOB 2007/1, p. 29;
- M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 185-234;
- S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2006, p. 231-258.

Wenk:

In de praktijk blijken bestuurders en aandeelhouders regelmatig te worstelen met de vraag welk doen of nalaten geoorloofd is. Deze vraag komt voornamelijk op in situaties waarin de financiële positie van de vennootschap onder druk staat. In zijn algemeenheid is niet zonder meer aan te geven wat (nog) geoorloofd is. A-G Timmerman pleit in zijn conclusie (alineae

3.1) dan ook voor een smalle, op het specifieke geval toegespitste en diepe motivering van de rechter om tot een overtuigende beslissing te geraken. Het accent dient te liggen op een goede analyse van alle omstandigheden van het geval.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van doorbraak van aansprakelijkheid blijkt dat groot gewicht wordt toegekend aan de zorgplicht die door een moeder vennootschap jegens crediteuren in acht moet worden genomen. Daarbij zal een peildatum vastgesteld moeten worden om vast te stellen vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt overwogen dat het kiezen van een dergelijke datum tot op zekere hoogte arbitrair is, zodat de rechter een datum zal moeten kiezen die aan de veilige kant is en dus ten gunste is aan degene aan wie het verwijt wordt gemaakt. A-G Timmerman geeft in zijn conclusie bij dit arrest een helder overzicht van bestaande jurisprudentie op het gebied van doorspraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Met name zijn in dat kader de alinea's 3.4 tot en met 3.10 van zijn conclusie lezenswaardig. Hierin wordt een korte samenvatting gegeven van de standaard-arresten op het gebied van doorbraak van aansprakelijkheid: Osby, Coral/Stalt, Albada Jelgersma, NBM/Securicor en Sobi Hurks.

Uit deze jurisprudentie volgt onder meer dat het enkele feit van aandeelhouderschap onvoldoende is om aansprakelijkheid aan te nemen. Er zal daarnaast sprake moeten zijn van enige vorm van wetenschap dat crediteuren worden benadeeld. Enige bemoeienis met de activiteiten van de dochter vennootschap (al dan niet via zeggenschap) of handelen jegens een of meer schuldeisers is eveneens vereist. In de onderhavige casus werd een aandeelhouder aangesproken door een curator in verband met betrokkenheid bij een reorganisatie van de vennootschap die uiteindelijk niet het beoogde resultaat had. Ook in deze casus komt de zorgplicht van de moeder vennootschap jegens crediteuren aan de orde. In dit geval had de moeder vennootschap zich de belangen van de crediteuren van de dochter voldoende aangetrokken. Er is dan ook sprake van een moeder vennootschap die zich actief heeft opgesteld en zich mede op de belangen van haar dochter en haar crediteuren heeft gericht. Er was immers sprake van een reorganisatieplan waarvan werd aangenomen dat dit deugdelijk was. In dat kader was er onverplicht krediet aan de dochter verstrekt – zonder dat daar zekerheidsrechten tegenover stonden – zodat het verlies van de dochter (grotendeels) werd gefinancierd. Ten slotte werd verantwoordelijkheid genomen doordat surséance van betaling werd aangevraagd toen duidelijk werd dat het reorganisatieplan niet zou slagen.

Ook na dit arrest blijft het in de praktijk aankomen op een goede weging van de relevante omstandigheden. Daarbij geldt dat betrokkenen zich enige ruimte moeten kunnen permitteren en dat er niet te snel tot aansprakelijkheid geconcludeerd moet worden. Dit past ook bij het onderliggende juridische vraagstuk van de onrechtmatige daad. Doorbraak van aansprakelijkheid houdt immers mede het verwijt in van handelen in strijd met de in het maatschappelijke verkeer betamende zorgvuldigheid. In alle gevallen is het essentieel dat betrokkenen bepaalde keuzes voor gedragingen achteraf kunnen verantwoorden, bijvoorbeeld door te werken met voldoende deugdelijke prognoses en begrotingen. Een goede vastlegging van afwegingen die worden gemaakt om tot bepaalde keuzes te komen, blijkt in aansprakelijkheidsprocedures vaak van doorslaggevende betekenis te zijn.

A.M. van Dusseldorp (hierna: de curator), in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Coutts Eddag Display B.V., te Epe, eiser tot cassatie, adv. mr. J.P. Heering,

tegen

Coutts Holdings Limited, te Londen, Verenigd Koninkrijk, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

De curator heeft bij exploit van 5 november 2003 Coutts gedagvaard voor de rechtbank Zutphen en gevorderd, kort gezegd, Coutts te veroordelen om aan de curator te betalen de schade, bestaande uit het gehele deficit in het faillissement Coutts Eddag Display B.V. (hierna: CED), rekening houdende met de faillissementskosten en boedel-schulden, nader op te maken bij staat.

Coutts heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 27 oktober 2004 de vordering van de curator gedeeltelijk toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Coutts hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. De curator heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 30 mei 2006 heeft het hof het incidentele appel verworpen, in het principale appel het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van de curator afgewezen. (...)

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. (...)

Tegen Coutts is verstek verleend.

De zaak is voor de curator toegelicht door zijn advocaat en mede door mr. S.M. Bartman, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.

Timmerman strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van de curator heeft bij brief van 25 juli 2008 op die conclusie gereageerd.

3. *Beoordeling van het middel*

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Coutts Holdings Limited begroot op nihil.

Conclusie A-G mr. Timmerman:

1. *Feiten*¹

1.1. Op 27 juni 2003 heeft de rechtbank Zutphen voorlopige surséance van betaling verleend aan Coutts Eddag Display BV (hierna: CED). Op 1 juli 2003 is de voorlopige surséance ingetrokken en is CED in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. A.M. van Dusseldorp tot curator.

1.2. De aandelen van CED waren destijds voor 100% in handen van Coutts Holdings BV. De aandelen in deze BV zijn voor 100% in bezit van Coutts. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement van CED waren A en B statutair (zelfstandig bevoegd) bestuurders van CED. Medebestuurder C was op 29 mei 2002 uitgetreden. Statutair bestuurders van Coutts Holdings BV waren destijds A, B en D. Coutts heeft zes statutair bestuurders, onder wie D en A.

1.3. CED sloot het jaar 2000 af met een winst van €63.507,45.² Het eigen vermogen bedroeg ultimo 2000 €163.482,49. In 2001 werd een verlies van €331.620,31 geleden. Het eigen vermogen is daardoor negatief geworden. Eind 2001 bedroeg het negatieve eigen vermogen €168.137,82.

1.4. Op 21 februari 2002 hebben CED en Coutts besloten om CED ingrijpend te reorganiseren. In verband hiermee zou het te ruime bedrijfspand worden verkocht, zouden de displays extern geproduceerd gaan worden en zou een belangrijk gedeelte van het personeel worden ontslagen. In de uitvoering van de reorganisatie is grote stagnatie opgetreden doordat de verkoop van het bedrijfspand door – toen nog medebestuurder – C tot een procedure tussen CED en de koper (BBBW) van het pand heeft geleid.

1.5. In 2002 heeft CED een verlies geleden van €615.351. Coutts heeft in dat jaar aan CED gelden verstrekt van in totaal €700.000. Ook in 2003 (5 maart, 2 april en voor het laatst op 13 juni) heeft Coutts aan CED gelden verstrekt van resp.

€50.000, €50.000 en €86.846. CED heeft op 11 maart 2003 €50.000 aan Coutts terugbetaald. Niet alle handelscrediteuren van CED over het jaar 2002 zijn geheel betaald. Een aantal schulden, die zijn aangegaan vóór maart 2003, is eveneens onbetaald gebleven. Het verlies van CED over de periode januari tot en met mei 2003 bedraagt op grond van voorlopige cijfers €248.170 (voor belastingen).

1.6. In 2003 is de reorganisatie van CED verder ter hand genomen en is een gedeelte van het personeel ontslagen. Nadat tussen CED en BBBW een regeling in der minne tot stand was gekomen, is het bedrijfspand omstreeks 18 juni 2003 aan BBBW geleverd.

1.7. De Zwitserse debiteur, X SA, heeft een aan haar door CED verzonden factuur ad €109.000 op 13 maart 2003 betaald, waarna bedoeld bedrag op 12 april 2003 nogmaals, onverschuldigd, is betaald. Bedoeld bedrag is niet aan X terugbetaald maar is ten goede gekomen aan de ING Bank. Hierdoor nam de schuld van CED aan de bank, waarvoor Coutts garant stond, af.

2. *Procesverloop*

2.1. Op 5 november 2003 heeft de curator, voor zover in cassatie van belang, (de rechtsvoorganger van) Coutts gedagvaard voor de rechtbank Zutphen. De curator heeft, kort gezegd en voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat Coutts wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, bestaande uit het gehele tekort in het faillissement van CED.

2.2. De curator heeft aan zijn vordering in hoofdlijnen ten grondslag gelegd:

- dat Coutts via haar bestuurder A een aanzienlijke invloed heeft uitgeoefend op het financiële beleid van CED en daarmee op de bedrijfsvoering van CED;
- dat Coutts, die op de hoogte werd gesteld van de financiële situatie van CED, begin 2002 moet hebben geweten dat die financiële situatie van CED zodanig was dat een faillissement onafwendbaar was;
- dat Coutts sedert januari 2002 had behoren te onderkennen dat CED geen voldoende verhaal meer bood voor haar schuldeisers en zij zich de belangen van deze schuldeisers had behoren aan te trekken door verschillende maatregelen te nemen;
- dat Coutts niettemin de schijn heeft gewekt dat CED kredietwaardig was en heeft toegelaten dat CED financiële verplichtingen is aangegaan in de wetenschap dat CED daaraan niet of niet binnen behoorlijke termijn zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden

1 Ontleend aan rov. 2.1-2.7 van het eindvonnis van de rechtbank Zutphen van 27 oktober 2004, met daarin verwerkt de wijzigingen die het hof Arnhem in zijn bestreden arrest van 30 mei 2007 in rov. 3.2-3.4 heeft aangebracht.

2 Voor zover van toepassing zijn de bedragen in guldens omgerekend in euro's.

voor de ten gevolge van die wanprestatie door de schuldeisers te lijden schade;

- dat bij CED weliswaar een ingrijpende reorganisatie is doorgevoerd maar dat dit is gebeurd zonder dat een reëel uitzicht bestond op verbetering van de financiële resultaten;
- dat Coutts heeft nagelaten het bestuur en de schuldeisers van CED tijdig te informeren over de stopzetting van haar financiering van CED en daarmee geen rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van CED die, niet gewaarschuwd, te goeder trouw met CED hebben gecontracteerd.

2.3. In haar vonnis van 27 oktober 2004 heeft de rechtbank Zutphen de vordering van de curator gedeeltelijk toegewezen.³ Voor zover in cassatie van belang heeft de rechtbank het volgende overwogen. Coutts heeft onvoldoende weersproken dat zij via A, die behalve medebestuurder van haar ook statutair bestuurder van CED was, aanzienlijke invloed heeft uitgeoefend op het financiële beleid en de bedrijfsvoering van CED. Coutts moet begin 2002 hebben geweten dat de financiële situatie van CED dusdanig was dat een faillissement onafwendbaar was, tenzij Coutts leningen aan CED zou verstrekken en CED ingrijpend gereorganiseerd zou worden. Coutts heeft overigens erkend dat zij bij het ontwikkelen van de reorganisatieplannen betrokken was (rov. 5.3).

2.4. Coutts heeft in 2002 in totaal €700.000 aan CED geleend, terwijl CED in 2002 een fors verlies leed en de voorgenomen reorganisatie stagneerde (rov. 5.4 en 5.5). Nog tot medio juni 2003 heeft Coutts gelden aan CED verstrekt, ondanks het feit dat CED slechts éénmaal (€50.000 op 11 maart 2003) heeft afgelost op de door Coutts verstrekte leningen. Als gevolg van deze financiering was CED in staat om nog 18 maanden te overleven (rov. 5.5).

2.5. Niet in geschil is dat Coutts niet gehouden is om CED tot in lengte van jaren te blijven financieren. De centrale vraag is volgens de rechtbank of Coutts haar financiering in juni 2003 zonder meer mocht beëindigen (rov. 5.6). De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat Coutts als (indirect) enig aandeelhouder zich intensief en ingrijpend met het beleid van CED heeft bemoeid en in de persoon van A voldoende zeggenschap had over de bedrijfsvoering van CED. In wezen heeft Coutts CED kunstmatig in leven gehouden. Volgens de rechtbank wist Coutts, althans behoorde zij te weten, dat zodra zij de financiering van CED zou staken, het faillissement onafwendbaar zou zijn. Immers CED kon op 18 juni 2003 (de datum waarop het bedrijfspand werd geleverd) zonder steun nog niet op eigen benen staan. Op dat moment kon nog niet worden beoordeeld of de reorganisatie tot het beoogde gevolg zou leiden. Bovendien wist Coutts al voor de levering dat de verkoopprijs lager zou liggen dan zij aanvankelijk had verwacht (rov. 5.7).

2.6. De rechtbank neemt als peildatum april 2003, de maand waarin de koopovereenkomst van het bedrijfspand werd gesloten. Mede gelet op de slechte ontwikkelingen in de branche moet ook Coutts in april 2003 hebben begrepen dat CED zonder blijvende financiële steun van Coutts – de verkoop van het bedrijfspand ten spijt – voorlopig nog niet in staat zou zijn om aan haar verplichtingen jegens handelscrediteuren te voldoen en dat CED, gegeven haar negatief eigen vermogen, ook geen verhaal bood aan deze schuldeisers (rov. 5.8). Coutts heeft aan CED niet laten weten dat haar financieringsbereidheid aan een maximum was gebonden en had zich de belangen van schuldeisers van CED (verdergaand) moeten aantrekken door, toen zij medio juni 2003 de financiering van CED beëindigde, CED in staat te stellen de tot dan toe onbetaalde schuldeisers te voldoen en toekomstige schuldeisers van CED, die niets wisten van de voorheen verborgen financiering, te (doen) waarschuwen (rov. 5.9). Door de financiering zonder meer abrupt te beëindigen heeft Coutts onrechtmatig gehandeld jegens de handelscrediteuren van CED (rov. 5.10). Coutts is verplicht tot schadevergoeding van de op 27 juni 2003 (datum van surséance) bestaande handelscrediteuren van CED, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de faillissementsdatum en nader op te maken bij staat (rov. 5.12).

2.7. Coutts heeft hoger beroep ingesteld onder aanvoering van elf grieven. De curator heeft het appèl bestreden en in incidenteel hoger beroep drie grieven aangevoerd. Coutts heeft tegen het incidentele beroep verweer gevoerd.

2.8. In het bestreden arrest stelt het hof voorop dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of Coutts een zorgvuldigheidsnorm jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft geschonden. Daarvoor is onder meer vereist dat sprake is geweest van benadeling van crediteuren. Dit zal volgens het hof bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien en zodra Coutts behoort te onderkennen dat CED onvoldoende verhaal biedt voor crediteuren, maar nalaat zich (vanaf dat moment) de belangen van crediteuren aan te trekken door verschillende maatregelen te nemen, waaronder het (doen) waarschuwen van de schuldeisers dan wel het doen aanvragen van surséance (rov. 4.4).

2.9. Het hof overweegt voorts:

‘4.7. Vaststaat op zichzelf dus tussen partijen dat Coutts (en CED), voor zover zij daartoe gehouden was, niet eerder dan begin 2002 maatregelen heeft moeten treffen. Coutts heeft gemotiveerd uiteengezet dat en waarom het reorganisatieplan van 21 februari 2002 – dat voorzorg in de verkoop van het bedrijfspand, de externe productie van de displays en het ontslag van een belangrijk deel van het personeel – voldoende was om de financiële situatie van CED weer gezond te maken. De curator heeft niet, althans niet voldoende gemotiveerd betwist dat dit plan op zichzelf

3 Gepubliceerd in JOR 2005/4, m.nt. I.

inderdaad voldoende was om het tij te keren. In de praktijk is in de uitvoering van dit plan, naar tussen partijen vaststaat, echter grote stagnatie ontstaan doordat de verkoop van het bedrijfspand door C – toen nog medebestuurder van A bij CED – tot een procedure tussen CED en de koper (BBBW) van het pand heeft geleid. Het (in elk geval impliciete) verwijt dat de curator Coutts meer in het bijzonder maakt is dat zij in die periode de (onterechte) schijn heeft gewekt dat CED kredietwaardig was door in die periode zelf leningen aan CED te verstrekken en dat zij, door deze op een later moment (medio 2003) abrupt stop te zetten, crediteuren heeft benadeeld. Daarbij gaat de curator ervan uit dat Coutts aldus is opgetreden als financier van CED, doch dit uitgangspunt kan niet volgen uit de door hem gestelde feiten.

4.8. CED had (aanvankelijk) een eigen kredietfaciliteit van de ING Bank. Naar het oordeel van het hof heeft Coutts voldoende feiten gesteld waaruit kan volgen dat de verwachting gerechtvaardigd was dat uit de verkoop van het bedrijfspand voldoende middelen ter beschikking zouden komen voor de voortzetting van het bedrijf van CED. In afwachting daarvan heeft Coutts aan CED een aantal leningen verstrekt tot een bedrag van ruim €800.000. Niet gebleken is dat zij daartoe jegens CED verplicht was, behoudens voor zover dit volgde uit een garantie die aan de ING Bank was gegeven in het kader van de koop van de aandelen van C. De leningen zijn volgens Coutts uitsluitend verstrekt ter overbrugging van de periode waarin CED bezig was met de verkoop van het bedrijfspand. Coutts heeft uitvoerig gemotiveerd waarom de verwachting dat de leningen uit de opbrengst van het bedrijfspand van CED ruimschoots konden worden voldaan, niet is uitgekomen. Naar het oordeel van het hof heeft de curator deze stellingen van Coutts niet voldoende gemotiveerd weerlegd. De curator heeft geen feiten gesteld waaruit zou kunnen volgen dat Coutts zich ten opzichte van CED zodanig heeft gedragen dat CED en haar schuldeisers daaraan de gerechtvaardigde conclusie zouden mogen verbinden dat Coutts instond voor de betaling van alle door CED aangegane schulden. Het enkele feit dat leningen zijn verstrekt, ook al gaat het om leningen tot het hiervoor vermelde bedrag, acht het hof daartoe niet voldoende. Daarbij komt dat tussen Coutts en CED geen rechtstreekse financiële banden bestonden in die zin dat de financiering van de bedrijfsvoering vanuit Coutts geschiedde. A was statutair bestuurder van CED en had als zodanig uiteraard de bevoegdheid mede het beleid van CED te bepalen. De curator heeft echter tegenover de gemotiveerde betwisting van zijn desbetreffende stellingen door Coutts geen feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit naar het oordeel van het hof met

voldoende zekerheid kan volgen dat A zich daarbij voornamelijk heeft laten leiden door de belangen van Coutts of dat Coutts in hoofdzaak het beleid van CED bepaalde.

4.9. Naar het oordeel van het hof kan uit de door de curator gestelde feiten, ook als zij juist zouden zijn, niet volgen dat Coutts gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van CED meer aan te trekken dan zij in feite al heeft gedaan door aanzienlijke bedragen aan CED te lenen. Coutts heeft immers zonder daartoe enige verplichting te hebben en zonder dat gebleken is dat zij daarmee vooral haar eigen belangen diende, een aanzienlijk bedrag aan CED ter beschikking gesteld om een moeilijke financiële periode – waaraan naar verwachting een einde had kunnen komen bij ongecompliceerde uitvoering van het reorganisatieplan – te overbruggen. In dit verband acht het hof mede relevant dat Coutts het voormelde aanzienlijke bedrag aan CED heeft geleend zonder van haar kant daartegenover zekerheden te eisen, hetgeen ertoe heeft geleid dat zij zelf (met een vordering van €969.800,92) uiteindelijk veruit de grootste concurrente crediteur in het faillissement van CED is geworden en dat van het in het faillissement aanwezige actief (ten bedrage van ongeveer €330.000) na aftrek van de vorderingen van de preferente crediteuren (in totaal ten bedrage van ongeveer €80.000) slechts een bedrag van ongeveer €250.000 resteert, dat zij – na aftrek van boedelkosten – naar rato van de omvang van ieders vordering zal hebben te verdelen met de overige concurrente crediteuren (met vorderingen van in totaal €441.860,04). Voorts acht het hof relevant dat Coutts aan CED in de periode van 22 februari 2002 tot begin oktober 2002 weliswaar een bedrag van €700.000 ter leen heeft verstrekt maar dat CED zich voor het overige zelf in leven heeft gehouden door eigen inkomsten, dat Coutts vanaf oktober 2002 tot 12 juni 2003 slechts een netto financiering van €50.000 aan CED heeft verstrekt ten behoeve van de bedrijfsvoering van CED en dat de bankrekening van CED in deze periode een positief saldo vertoonde, terwijl het bedrag van €86.846,- dat Coutts op 13 juni 2003 aan CED ter beschikking heeft gesteld is verstrekt in het kader van de verkoop van het bedrijfspand en de aflossing van de hypotheek en niet in het kader van de financiering van de bedrijfsvoering van CED.

4.10. Dat CED uiteindelijk niet erin is geslaagd om de moeilijke financiële situatie, waarin zij vanaf begin 2002 (...) terecht was gekomen, door middel van het reorganisatieplan en de (tijdelijk bedoelde) financiële steun van de kant van Coutts te overwinnen, komt niet voor rekening van Coutts. Coutts heeft onder meer – hetgeen de curator onvoldoende gemotiveerd heeft betwist – gesteld dat voor haar niet te voorzien was, en haar dus niet toe te rekenen

is, dat de uitvoering van het reorganisatieplan ernstig zou worden vertraagd, dat zij pas op 6 juni 2003 door het lokale management van CED ervan op de hoogte werd gesteld dat CED in de maanden voordien was gefinancierd door de dubbele betaling van X, dat pas in juni 2003 definitief duidelijk werd dat het bedrijfspande een veel lagere opbrengst zou hebben dan (in het reorganisatieplan) verwacht en dat na 6 juni 2003 duidelijk werd dat een aanzienlijke nieuwe financiering noodzakelijk was (op 23 juni 2003 door het lokaal management voor de eerste maal begroot op een bedrag van €350.000 tot €800.000). Aan Coutts kan ook niet worden verweten dat zij in juni 2003, toen de financiële situatie van CED hopeloos bleek te zijn, niet nog meer gelden aan CED heeft willen verschaffen. Coutts kan immers niet worden beschouwd als de moedermaatschappij die in feite via CED mede haar eigen belangen diende en zij was ook niet de kredietverlener die met betrekking tot het al dan niet verlenen van verdere kredieten op grond van de contractuele verhouding een zorgplicht had met betrekking tot (het instandhouden van) de financiële ruimte van CED. Feiten en omstandigheden die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat Coutts gehouden was in juni 2003 meer financiële middelen aan CED ter beschikking te stellen, zijn gesteld noch gebleken. Onder deze omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, zou Coutts onrechtmatig hebben gehandeld door niet – zoals zij wél heeft gedaan – op een surséance af te (doen) stevenen vanaf eind juni 2003, een tijdstip dat het hof niet alleen reeds op grond van voornoemde feiten en omstandigheden juist acht maar ook aangewezen is indien, zoals hier (vgl. (rov. 4.2.5 van) HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96), een datum moet worden gekozen die aan de veilige kant is voor degene aan wie het verwijt wordt gemaakt.

4.11. Samengevat komt het hof tot de conclusie dat Coutts, voor zover dat op haar weg lag, zich de belangen van crediteuren aanvankelijk tijdig en voldoende heeft aange trokken door het reorganisatieplan en de in dat kader verleende (tijdelijk bedoelde) financiële steun aan CED en dat later – toen duidelijk was geworden dat het reorganisatieplan (mede) door de opgelopen vertraging en de directe behoefte aan nieuwe financiering geen kans van slagen meer had – wederom in voldoende mate heeft gedaan door op een surséance (gevolgd door een faillissement) aan te sturen.

2.10. De curator heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Tegen Coutts is verstek verleend, waarna de curator zijn standpunten schriftelijk heeft toegelicht.

3. Inleiding tot het cassatiemiddel

3.1. Onder welke omstandigheden dient een

moedervennootschap de hoeder van de crediteuren van haar dochter te zijn? De moedervennootschap kan jegens de crediteuren van haar dochter aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad indien de moeder een (zorg)plicht tot handelen had, maar dit heeft nagelaten. Om te bepalen of op de moedervennootschap een zorgplicht jegens de crediteuren van de dochter rust, dienen m.i. alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen te worden. Het hangt uiteindelijk van de weging van de relevante omstandigheden af of de moeder jegens de crediteuren van de dochter aansprakelijk dient te zijn. In dit soort gevallen is een smalle, op het specifieke geval toegespitste en diepe motivering vereist, wil de rechter tot een goede en overtuigende beslissing geraken. Vanwege de veelheid en de diversiteit van de in aanmerking te nemen omstandigheden meen ik dat het niet nuttig is om met analyseschema's te werken. Die kunnen ertoe leiden dat relevante omstandigheden niet of onvoldoende meewegen of de beoordeling te sterk op een bepaald punt wordt toegespitst. Het accent dient te liggen op een goede analyse van alle omstandigheden van het geval. M.i. is de Hoge Raad in zijn eerdere jurisprudentie over de doorbraak in concernverhoudingen op deze wijze te werk gegaan.

3.2. Voordat ik inga op de doorbraak-jurisprudentie van de Hoge Raad nog een enkel woord over het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen zuiver en gewoon nalaten.⁴ Van gewoon nalaten is sprake als de nalatige betrokken is geweest bij het creëren van een op zichzelf toegestaan gevaar, zoals het openzetten van een kelderluik. In geval van zuiver nalaten is de nalatige niet zelf actief betrokken geweest bij het ontstaan van een gevaarssituatie. Een voorbeeld van zuiver nalaten betreft het Broodbezorger-arrest.⁵ Een broodbezorger was bij het bezorgen van brood gevallen over een touw dat op enkele decimeters hoogte op de erfafscheiding was gespannen. In cassatie geldt als uitgangspunt dat de kinderen, die aldaar aan het spelen waren, het touw niet zelf hadden gespannen. De Hoge Raad overwoog dat

'van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet.'

4 Vgl. C.C. van Dam, Aansprakelijkheid voor nalaten, een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen, 1995, p. 48.

5 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS.

Uit deze overweging blijkt dat er twee categorieën voor aansprakelijkheid voor zuiver nalaten kunnen worden onderscheiden: een bijzondere zorgplicht kan het gevolg zijn van een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet. In dat geval is (subjectieve) wetenschap van de aansprakelijke met het (zich verwezenlijkte) gevaar niet noodzakelijk. Bovendien kan, buiten een dergelijke speciale relatie, aansprakelijkheid ontstaan indien de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen. In een dergelijke situatie geldt (subjectieve) wetenschap dus als vereiste voor het aannemen van aansprakelijkheid.

3.3. Het onderscheid tussen zuiver en gewoon nalaten heeft zijn oorsprong in situaties van gevaarstelling en zaakschade. De laatste jaren duiken de begrippen steeds meer op in ondernemingsrechtelijke context.⁶ In gevallen van doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen wordt wel de vraag gesteld of in een concreet geval sprake is van gewoon dan wel van zuiver nalaten. De meningen hierover lopen niet zelden uiteen.⁷ Ik vermoed dat de oorzaak van de herhaaldelijk rijzende onduidelijkheid hierin is gelegen dat in concernsituaties dikwijls op vele niveaus (rechts)verhoudingen tussen de moeder- en haar dochtervennootschap bestaan. Hierdoor kan vaak moeilijk worden uitgemaakt of de moeder nu wel of niet (actief) betrokken is geweest bij het ontstaan van het (verwezenlijkte) gevaar dat de dochter haar crediteuren niet meer kan betalen. Om deze redenen verkies ik het onderscheid in deze context niet te gebruiken. Voldoende lijkt mij alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen. Het verwerpen van dit onderscheid voor gevallen als de onderhavige betekent niet a priori dat het Broodbezorger-arrest betekenis mist voor gevallen van doorbraak van aansprakelijkheid. Daarmee is echter evenmin gegeven dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over doorbraak zou passen in het kader dat met het Broodbezorger-arrest is gegeven.

3.4. Ik besteed nu enige aandacht aan de jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van de doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen. In het Osby-arrest⁸ had Osby-Nederland, een dochter van Osby-Zweden, een eigen financiering. Daarnaast werd Osby-Nederland gefinancierd door middel van leningen van haar moeder. Osby-Zweden had nagenoeg alle activa van Osby-Nederland in zekerheidseigendom verworven. Als gevolg hiervan bood Osby-Nederland nauwelijks verhaal voor de handelscrediteuren. De Hoge Raad geeft nauwkeurig een aantal omstandigheden weer en komt tot de conclusie dat in deze omstandigheden een onrechtmatig handelen van Osby-Zweden jegens de crediteuren van de dochter niet kan worden uitgesloten. Ik citeer de relevante overweging:

'Indien een moedermaatschappij alle aandelen in een dochtermaatschappij bezit en aan de

dochter krediet heeft verstrekt en vervolgens de activa van de dochter, toekomstige inbegrepen, volledig of nagenoeg volledig van deze in zekerheidseigendom verwerft, aldus dat de dochter aan nieuwe schuldeisers die haar na de zekerheidsoverdracht krediet geven praktisch geen verhaal meer biedt, kan er, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens dezen. Met name zal dit zo zijn, indien 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 gedragingen als voormeld wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.

(...)

Of Osby-Zweden zich onrechtmatig jegens LVM heeft gedragen hangt o.m. hiervan af, of zij zich in voldoende mate de belangen van de latere crediteuren heeft aangetrokken. Daarvoor kan van belang zijn dat zij een aanbod aan de crediteuren heeft gedaan, zomede de inhoud van dit aanbod.'

3.5. In HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Forsythe) had Stalt besloten dat de bedrijfsactiviteiten van haar dochtervennootschap Forsythe zouden worden gestaakt en dat Forsythe de facto zou worden geliquideerd. Alle handelsvorderingen, met uitzondering van de vordering van één crediteur werden afgelost. De Hoge Raad overwoog dat, indien na verwijzing zou blijken van een intensieve bemoeienis, Stalt en Forsythe – vanaf het moment dat Forsythe bepaalde intra-groepschulden afloste – geacht moeten worden over dezelfde gegevens te hebben beschikt en gelijkelijk in staat te zijn geweest te beoordelen of ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat een externe crediteur onvoldaan zou blijven.

3.6. In het Albada Jelgersma-arrest⁹ verkreeg Albada Jelgersma Holding (AJ) de aandelen van

6 Zie bijv. W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2006, 16, p. 50 e.v. en B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, *De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht*, (VCL-bundel 2006-2007), p. 211 e.v.

7 Zo menen Verbunt en Van den Heuvel, a.w., p. 224, anders dan Bartman en Dorresteyn, *Van het concern* (2006), p. 243 dat HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Ma (Osby) een geval van gewoon nalaten betreft. Verbunt en Van den Heuvel, p. 225-226 twijfelen vervolgens of HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 m.nt. G, AA 1988, p. 452 e.v. m.nt. PvS (Albada Jelgersma) nu zuiver of gewoon nalaten betreft, terwijl volgens Van Andel, a.w., p. 52 zich nog geen geval zuiver nalaten heeft voorgedaan.

8 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Ma.

9 HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 m.nt. G, AA 1988, p. 452 e.v. m.nt. PvS.

Wijnalda Kuntz BV (WK), welke vennootschap in zwaar weer verkeerde. AJ schreef vervolgens een aantal bestaande afnemers van WK aan met de mededeling dat de bestaande leverantievorderingen volledig zouden worden voldaan. Vaststond dat AJ zich na de overname van de aandelen intensief met het inkoopbeleid van WK bemoeide. Inza, die niet tot de geadresseerden van deze brief behoorde, leverde melkproducten aan WK. Na het faillissement van WK sprak Inza AJ aan. Ook kwam vast te staan dat AJ op een bepaald moment wist dat de financiële situatie van WK hopeloos was. De Hoge Raad vat 's hofs oordeel als volgt samen:

'Toen AJ eind augustus/begin september 1980 de aandelen-WK overnam was de financiële positie van WK zorgelijk; zij genoot geen of onvoldoende leverancierskrediet. Na de overname heeft AJ zich intensief en indringend met WK bemoeid. Zij had zeggenschap over de bedrijfsvoering van WK, met name ook op het terrein van de inkopen. In aanmerking genomen dat AJ op grote schaal ruchtbaarheid aan de overname heeft gegeven, waarna bij leveranciers van WK de verwachting bestond dat AJ geleidelijk aan erin zou slagen WK weer gezond te maken, was AJ gehouden maatregelen te nemen, toen zij voorzag of behoorde te voorzien dat Inza bij voortzetting van haar omvangrijke leveranties van melkproducten – die snel en met winst door WK doorverkocht werden – benadeeld zou worden door gebrek aan verhaal. AJ had hetzij zelf voor voldoening van Inza moeten zorgen, hetzij erop moeten toezien dat WK geen goederen meer inkocht. AJ had die maatregelen moeten nemen terstond na Kerstmis 1980, nadat haar interne register-accountant op 23 dec. 1980 had gerapporteerd dat de door de verkopers van de aandelen gegarandeerde balans omvangrijke omissies, ter grootte van f 3.277.312 vertoonde, een bevinding die "het einde" voor WK betekende. AJ heeft zowel het een als het ander nagelaten en WK laten begaan, zodat deze op grote schaal goederen van Inza bleef betrekken.'

Volgens de Hoge Raad heeft het hof geen rechtsregel geschonden door in dit geheel van omstandigheden te oordelen dat AJ, door na te laten erop toe te zien dat WK geen goederen meer van Inza inkocht en evenmin zelf voor betaling van de voortgezette leveranties te zorgen, zich onrechtmatig jegens Inza heeft gedragen.

3.7. Een moeder kan ook vertrouwen wekken over betalingen door een dochter. Deze kwestie speelde in het Securicor-arrest.¹⁰ Het hof oordeelde dat NBM (de enig aandeelhouder en bestuurder van de gefailleerde dochter Van Luijk) het vertrouwen bij Securicor (een crediteur van Van Luijk) had gewekt dat NBM voor de betaling van een factuur zou zorgdragen. Door dit vertrouwen vervolgens niet te honoreren, handelde NBM onrechtmatig jegens Securicor. Dit oordeel getuigde volgens de Hoge Raad niet van

een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad nam daarbij mede in aanmerking dat NBM enig aandeelhouder en bestuurder van Van Luijk was.

3.8. Algemeen wordt aangenomen dat uitsluitend aandeelhouderschap onvoldoende is om een zorgplicht van de moeder jegens de crediteuren van de dochter aan te nemen.¹¹ Als belangrijk gezichtspunt naast andere factoren, zoals de voorzienbaarheid voor de moeder van de benadeling van de crediteuren van de dochter, heeft de Hoge Raad van belang geacht dat de moeder inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter had¹², dat zij zich intensief en indringend met de dochter had bemoeid¹³ of dat de moeder tevens enig bestuurder van de vennootschap was.¹⁴ In *Sobi/Hurks II*¹⁵ verschuift het accent van daadwerkelijke indringende bemoeienis meer in de richting van potentiële ingrijpmacht van de moedervennootschap op grond van een bijzondere inrichting van een concern. Bouwgroep Hurks (hierna: Bouwgroep) werd aansprakelijk gesteld door crediteuren van haar gefailleerde dochter Hurks Bouwbedrijf Amsterdam (hierna: HBA). De potentiële ingrijpmacht van de Bouwgroep was het gevolg van een bijzondere concernstructuur, die zich onder andere hierdoor kenmerkte, dat belangrijke directiebesluiten van HBA aan de goedkeuring van de AVA waren onderworpen en dat de directeur van HBA op grond van zijn arbeidsovereenkomst verplicht was bepaalde instructies van de Bouwgroep op te volgen. Bovendien bestonden er nauwe financiële banden tussen beide vennootschappen die in een fiscale eenheid waren ondergebracht. Zo voerde de Bouwgroep het centraal kasbeheer en onderhield zij het contact met de bank met wie één kredietovereenkomst was gesloten. Op grond van deze overeenkomst was HBA hoofdelijk aansprakelijk voor alle bankschulden van zuster- en moedermaatschappijen, tot zekerheid van de nakoming waarvan voorraden, inventaris en vorderingen van HBA waren overgedragen of verpand aan de bank. De Bouwgroep stelde bovendien de kredietruimte van HBA bij de bank jaarlijks vast. Weliswaar werkte HBA zelfstandig en was zij vrij in de dagelijkse bedrijfsvoering, maar als gevolg van de financieringsstructuur van het concern was HBA in hoge mate afhankelijk van de Bouwgroep. Uit de uit deze omstandigheden van het geval blijken de afhankelijke positie van HBA kan een zorgplicht van de Bouwgroep tot

10 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 m.nt. Ma.

11 Zie bijv. Van Andel, a.w., p. 53, alsmede J.S. Kortmann, Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten (reactie op Van Andel, a.w.), *Ondernemingsrecht* 2006, 117, p. 387.

12 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Ma (Osby).

13 HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 m.nt. G, AA 1988, p. 452 e.v. m.nt. PvS (Albada Jelgersma) en HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Forsythe).

14 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 m.nt. Ma (Securicor).

15 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. Kortmann, *JOR* 2002/38 m.nt. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2002, 9, p. 109 e.v. m.nt. Lennarts.

het houden van actief toezicht worden afgeleid, zo blijkt uit onderstaande overweging:

'5.3.3. Onderdeel 3.i betoogt dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door

A. in rov. 4.7.1 te beslissen dat de directie van de Bouwgroep zich "op dat moment" (begin juni 1984) had dienen te realiseren dat de financiële positie van HBA in het bijzonder haar liquiditeit zodanig was dat ernstig gevreesd moest worden voor een debacle, en door

B. in rov. 4.7.2 te beslissen dat de Bouwgroep zich vanaf begin mei 1984 indringend had moeten inlaten met de gang van zaken bij HBA, en door vervolgens deze beslissingen ten grondslag te leggen aan zijn oordeel dat de Bouwgroep onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de door SOBI vertegenwoordigde schuldeisers.

Het onderdeel voert aan dat geen rechtsregel bestaat die inhoudt dat een moedermaatschappij die op de hoogte raakt van de deplorabele financiële toestand van haar dochtermaatschappij zich indringend met het beleid van de dochtermaatschappij moet gaan bemoeien. Het onderdeel wijst voorts erop dat, als vaststaand moet worden aangenomen dat HBA zelfstandig werkte en geheel vrij was in de dagelijkse bedrijfsvoering en dit gegeven onvoldoende is meegewogen in 's Hofs oordeel. Het onderdeel faalt. In rov. 4.7 behandelt het Hof grief VII van Hurks c.s., die stelt dat de Rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat de Bouwgroep op enig relevant moment inzicht had in het ontbreken van verhaal voor de schuldeisers van HBA bij die vennootschap. In rov. 4.7.1 gaat het Hof uitvoerig in op de financiële situatie in 1984 van HBA en het bij de Bouwgroep bestaande inzicht daaromtrent. In rov. 4.7.2 trekt het Hof uit een en ander de conclusie dat de Bouwgroep zich vanaf begin mei 1984 indringend had moeten inlaten met de gang van zaken bij HBA in die zin dat zij in plaats van passief rapportage af te wachten actief toezicht had moeten uitoefenen, waardoor zij zich in een veel eerder stadium dan eind augustus 1984 gerealiseerd zou hebben dat de financiële positie van HBA uitzichtloos was. Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft het Hof dus niet geoordeeld dat een moedermaatschappij die op de hoogte raakt van de deplorabele financiële positie van een dochtermaatschappij zich intensief met het beleid van die dochter moet gaan bezighouden. Het onderdeel mist in zoverre feitelijke grondslag.

Nu het Hof de aanwezigheid van een verplichting actief toezicht te houden kennelijk (mede) heeft gebaseerd op de tussen de Bouwgroep en HBA bestaande concernstructuur (...) en de door hen daaraan gegeven feitelijke uitvoering (...), behoefde het gegeven dat HBA zelfstandig werkte en vrij was in de dagelijkse bedrijfsvoering, anders dan het onderdeel voor het

overige betoogt, niet eraan in de weg te staan dat de Bouwgroep zich niettemin had moeten laten informeren over de financiële situatie van HBA. (...)

3.9. De volgende vraag is vanaf welk moment een dergelijke zorgplicht moet worden aangenomen. Hieromtrent heeft de Hoge Raad overwogen in Sobi/Hurks II:

'4.2.5. Bij de behandeling van deze onderdelen moet worden vooropgesteld hetgeen het Hof heeft overwogen in rov. 7.1 van het arrest van 7 mei 1997. Samengevat weergegeven komt dit neer op het volgende. In reactie op het arrest van 30 juni 1993 hebben beide partijen beschouwingen gewijd aan de door het Hof genoemde datum van 1 juli 1984. Zij hebben daarbij miskend dat in kwesties als de onderhavige, en ook hier, sprake is van een keten van gebeurtenissen, die bij de betrokkenen het inzicht moeten doen groeien dat hun handelwijze niet (langer) geoorloofd is. In verband met de ingestelde vordering is onvermijdelijk dat een tijdstip wordt gemarkeerd vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Omdat het vaststellen van dit tijdstip tot op zekere hoogte arbitrair is, zal de rechter dan ook, mede nu het verwijt handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid inhoudt, een datum kiezen die aan de veilige kant is, derhalve onvermijdelijk ten gunste van degene aan wie het verwijt wordt gemaakt. In dit licht is de datum van 1 juli 1984 genoemd.

De in voormeld oordeel door het Hof gebruikte maatstaf om tot de vaststelling van een peildatum als de onderhavige te komen, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

3.10. Uit het arrest Sobi/Hurks II blijkt bovendien dat op de moeder de rechtsplicht rust zich de belangen van de schuldeisers van de dochter aan te trekken indien zij (i) op grond van diverse omstandigheden wetenschap moest hebben omtrent de deplorabele financiële situatie van de dochter en (ii) aan zich zelf een groot bedrag heeft doen overmaken op een moment dat slechts enkele dagen lag voor de door het hof gekozen peildatum. Deze betaling had tot gevolg dat de verhaalspositie van crediteuren werd beperkt. De achtergrond van deze betaling blijkt uit het hofarrest van 30 juni 1993.¹⁶ De Hoge Raad overwoog:

'5.3.8.1. Onderdeel 3.vi is gericht tegen de beslissingen in rov. 4.7.3 en 4.8 dat:

- de Bouwgroep vanaf 1 juli 1984 gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van HBA aan te trekken, onder meer door hen te waarschuwen - al dan niet via HBA
- dat de na dit tijdstip te verrichten werkzaamheden en/of de te leveren zaken

¹⁶ Kenbaar uit HR 13 januari 1995, NJ 1995, 482 (Sobi/Hurks I); samengevat in rov. 5.3.2 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks II).

niet (volledig) voldaan zouden kunnen worden, terwijl zij nieuwe, door HBA te sluiten overeenkomsten met aannemers en/of leveranciers achterwege had moeten laten;

- de Bouwgroep - als enig aandeelhouder en financier - er dan op toe had moeten zien dat de schuldeisers daadwerkelijk ingelicht werden;
- indien de Bouwgroep destijds van oordeel was dat maatregelen als zojuist bedoeld achterwege behoorden te blijven, het op haar weg had gelegen HBA surséance te doen aanvragen;
- de Bouwgroep vanaf 1 juli 1984 had moeten onderkennen, dat de financiële situatie van HBA precair, zo niet uitzichtloos was, terwijl geen reële mogelijkheden tot verbetering van die positie bestonden en dat de Bouwgroep vanaf dat moment maatregelen had moeten treffen om te voorkomen dat de onderaannemers, onderscheidenlijk leveranciers met betrekking tot de nog lopende projecten werkzaamheden zouden verrichten, onderscheidenlijk zouden leveren in de verwachting dat zij voldaan zouden worden, terwijl de Bouwgroep onderkende, althans behoorde te onderkennen dat die schuldeisers - naar het zich toen liet aanzien - in die op zichzelf gerechtvaardigde verwachting beschaamd zouden worden.

5.3.8.2. Het onderdeel betoogt, dat het Hof door aldus te beslissen in tweërlei opzicht een verkeerde maatstaf heeft aangelegd. In de eerste plaats omdat (...) . In de tweede plaats doordat het Hof, ofschoon noch is komen vast te staan dat a) de Bouwgroep jegens de schuldeisers van HBA verwachtingen heeft gewekt dat HBA financieel gezond zou blijven of gemaakt zou kunnen worden, noch dat b) de Bouwgroep beschikte over de bevoegdheid de maatregelen te nemen die het Hof in zijn rov. 4.7.3 beschrijft, noch dat c) het bestuur van HBA geneigd zou zijn geweest maatregelen "via HBA" te laten lopen, of geneigd zou zijn geweest om surséance aan te vragen, heeft geoordeeld dat de Bouwgroep bevoegd, en jegens de schuldeisers van HBA verplicht was het bestuur van HBA instructies te geven en dat dit bestuur verplicht was deze instructies op te volgen. Een dergelijk bindend instructierecht bestaat, aldus het onderdeel, naar geldend recht niet.

Aan dit betoog voegt het onderdeel tenslotte nog toe dat laatstvermeld oordeel van het Hof in het licht van de onder a), b) en c) genoemde omstandigheden in ieder geval onvoldoende gemotiveerd is.

5.3.8.3. (...) Ook voor het overige treft het onderdeel geen doel. Noch de onder normale omstandigheden bestaande mate van zelfstandigheid van HBA waarop het onderdeel doelt, noch het ontbreken van de hiervoor in 5.3.8.2 onder a), b) en c) vermelde omstandigheden

staat in de weg aan het oordeel dat op de Bouwgroep de door het Hof in zijn bestreden beslissingen bedoelde rechtsplicht rustte. Dit oordeel, waarvoor het Hof, gelet ook op zijn rov. 4.16, klaarblijkelijk van doorslaggevende betekenis heeft geacht dat de Bouwgroep:

a) wist dat HBA in een zo deplorabele financiële positie verkeerde - haar eigen vermogen was verdwenen, op een omzet van f 30.500.000 werd een verlies verwacht van f 1.450.000 er was nauwelijks nieuw werk aangetrokken en de betalingen aan schuldeisers stagneerden - dat zij vrijwel zeker haar ondergang tegemoet ging;

b) wist dat de grote op of omstreeks 1 juni 1984 nog onderhanden werken na voltooiing belangrijke baten voor HBA zouden opleveren, doch dat de desbetreffende vorderingen aan de bank waren gecedeerd, zodat deze baten niet beschikbaar waren voor het voldoen aan haar financiële verplichtingen - zowel bestaande als nog aan te gane - jegens onderaannemers en leveranciers;

c) wist dat bij het desondanks laten voltooien van die werken te verwachten viel dat de daarbij betrokken onderaannemers en leveranciers aan het eind van de rit geheel of ten dele met lege handen achter zouden blijven; en

d) niettegenstaande deze wetenschap zich op 29 juni 1984 door HBA een bedrag van f 500.000 heeft doen overmaken ter voldoening van een omzetbelastingsschuld waarvoor de Bouwgroep evenals HBA aansprakelijk was; geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het behoefde in het licht van het tussen partijen op dit punt gevoerde debat ook geen nadere motivering.

3.11. De hierboven kort weergegeven jurisprudentie heeft op nogal uiteenlopende gevallen betrekking. Het geval Coutts heeft m.i. weer een enigszins ander karakter en heeft zich tot nu toe niet eerder in de jurisprudentie voorgedaan. Het gaat om een situatie waarin de (groot)moederverenootschap betrokken is bij een poging tot redding van een dochter door middel van een uitgewerkt scenario dat een aantal uiteenlopende maatregelen omvatte. Uiteindelijk mislukte het reddingsplan als gevolg van een reeks van omstandigheden. Bijzonder is nog dat het Hof daarbij feitelijk heeft vastgesteld dat Coutts op het moment van het opstellen van het reddingsplan mocht menen dat dit plan voldoende was om de dochter weer gezond te maken. Het Hof oordeelde daarbij nog dat Coutts onder andere door overbruggingskredieten beschikbaar te stellen en door op het moment dat de situatie niet meer te redden was op surseance van betaling aan te sturen voldoende acht heeft geslagen op de belangen van crediteuren van de (klein)dochter. Bij deze casus is een relevant gezichtspunt dat een moederverenootschap niet al te zeer ontmoedigd dient te worden om een reddingsplan voor een slecht draaiende dochter op te zetten.

3.12. Tegen deze achtergrond kom ik tot de bespreking van het middel.

4. Bespreking van het middel

4.1. Het middel bestaat uit vier onderdelen, waarvan de meeste diverse klachten bevatten. Onderdeel 1 werpt een motiveringsklacht op tegen rov. 4.7, in het bijzonder tegen het oordeel dat de curator niet (voldoende) heeft betwist dat het reorganisatieplan op zichzelf voldoende was om het tij te keren. Deze overweging zou onbegrijpelijk zijn gezien het betoog van de curator dat de reorganisatie niet kon worden gezien als een afdoende maatregel ter bescherming van de belangen van crediteuren, omdat het slechts realiseerbaar was indien de aanhoudende verliezen van CED door leningen van Coutts zouden worden afgedekt. Het enkele besluit tot reorganisatie had Coutts daardoor niet in de veronderstelling mogen brengen dat CED aan haar verplichtingen jegens haar schuldeisers kon voldoen.

4.2. Het onderdeel faalt bij gebrek aan belang. Immers het staat vast dat CED gedurende de reorganisatie voor een groot deel is gefinancierd door Coutts. Ook indien juist zou zijn, zoals het onderdeel betoogt, dat het reorganisatieplan slechts realiseerbaar zou zijn, indien verliezen van CED door leningen van Coutts zouden worden afgedekt, dan kan het de curator niet baten, nu de verliezen door leningen van Coutts zijn afgedekt.

4.3. Niettemin ga ik op het onderdeel in. Het verwijst o.a. naar par. 26 van de inleidende dagvaarding. Deze par. staat kennelijk vermeld op een pagina van de dagvaarding die in het dossier ontbreekt. Voorts verwijst het onderdeel naar CvR, p. 3 en 15. P. 3 handelt over problemen die zijn gerezen gedurende de uitvoering van het reorganisatieplan, niet over de inhoud ervan. Voorts stelt de curator t.a.p. dat directie en aandeelhouders in het kader van het reorganisatieplan primair het oog hadden moeten hebben op het scheppen van zekerheid dat derden die in de verlieslijdende periode met CED zouden contracteren betaling van hun vordering zouden krijgen en dat een voorziening had moeten worden getroffen ten behoeve van crediteuren indien de reorganisatie zou mislukken. Niet onbegrijpelijk acht ik dat het hof hierin kennelijk geen stelling heeft gelezen dat het reorganisatieplan ondeugdelijk was aangezien dit slechts realiseerbaar was indien verliezen van CED door leningen van Coutts zouden worden afgedekt.

Hetzelfde geldt voor CvR, p. 15. Aldaar wordt gesteld dat het plan slechts uitvoerbaar was indien verliezen door leningen zouden worden afgedekt en dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, indien de leningen zouden stagneren. Deze stelling dient ter adstructie van het betoog dat bestuurders zich schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijk bestuur. Het hof behoefde hierin geen stelling te lezen als in het eerste onderdeel betoogd.

Het onderdeel beroept zich voorts op de

pleitnota in appèl, p. 5. De curator stelt bij pleidooi zonder nadere motivering dat het doorvoeren van de reorganisatie niet kan worden gezien als een passende en afdoende maatregel ter bescherming van de belangen van crediteuren. Ook hierin behoefde het hof geen stelling te lezen dat het reorganisatieplan zonder aanvullende financiering ondeugdelijk zou zijn.

4.4. Terzijde merk ik nog op dat in de s.t. van mrs. Heering en Bartman nog wordt verwezen naar MvA van de curator, par. 45. Aldaar wordt gesteld dat het verstrekken van leningen een onlosmakelijk onderdeel was van het besluit tot reorganisatie en voortzetting van de bedrijfsvoering van CED.¹⁷ Deze stelling valt moeilijk te rijmen met het uitgangspunt waarop het onderdeel berust, nl. dat het reorganisatieplan ondeugdelijk was, nu het zonder aanvullende financiering niet realiseerbaar was. Op grond van het vorenstaande is het onderdeel tevergeefs voorgesteld.

4.5. Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 4.8 en valt uiteen in de onderdelen 2.1 – 2.4. Volgens onderdeel 2.1 is onbegrijpelijk het oordeel dat de verwachting gerechtvaardigd was dat uit de verkoop van het bedrijfspand voldoende middelen ter beschikking zouden komen voor de voortzetting van het bedrijf van CED. De curator heeft die stelling betwist met het betoog dat de opbrengst van het pand volgens ING Bank moest worden aangewend tot aflossing van hypothecaire schulden van CED en dat Coutts al voor de levering ervan op de hoogte was dat het pand minder op zou brengen dan verwacht. De veronderstelling van Coutts dat de verkoop van het pand aanzienlijke liquiditeiten zou losmaken vóór 18 juni 2003 was daarom niet realistisch, aldus het onderdeel.

4.6. Het onderdeel wordt tevergeefs voorgedragen. Om te beginnen ontgaat mij het belang van de klacht. Rov. 4.8 is een uitwerking van rov. 4.7, waarin het hof overweegt dat de curator ten onrechte ervan uitgaat dat Coutts is opgetreden als financier van CED. Deze stelling had de curator volgens het hof betrokken in het kader van haar (impliciete) stelling dat Coutts de (onterechte) schijn van kredietwaardigheid van CED heeft gewekt. In rov. 4.8 overweegt het hof dat de aandeelhoudersleningen waren bedoeld als overbruggingskrediet, omdat de verwachting gerechtvaardigd was dat uit de verkoop van het bedrijfspand voldoende middelen zouden vrijkomen. Volgens het hof heeft Coutts uitvoerig gemotiveerd waarom deze verwachting niet is uitgekomen. Onmiskkenbaar doelt het hof in het bijzonder op de stellingen van Coutts dat (i) het bedrijfspand, getaxeerd op €2.087.389¹⁸, te groot en te duur was¹⁹, dat (ii) het pand hypothecair bij ING Bank was gefinancierd voor €1.168.938, terwijl CED aan ING Bank uit hoofde van een

17 Vgl. ook CvR mr. Dusseldorp, p. 4 waarin hetzelfde wordt gesteld.

18 CVA nr. 8; CVA prod. 1 – 3; CvD nr. 12 e.v.,

19 CvD nr. 12.

tweede algemene lening € 544.536 schuldig was²⁰, en (iii) dat de uiteindelijke verkoop tegen een lagere koopprijs (€ 1.475.000) vooraf niet kon worden voorzien.²¹

Voor zover het onderdeel klaagt over de onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel, omdat de veronderstelling van Coutts dat de verkoop van het pand aanzienlijke liquiditeiten zou losmaken voor CED vóór 18 juni 2003 al niet meer realistisch was, faalt het in het licht van de in cassatie tevergeefs bestreden rov. 4.10. Aldaar oordeelt het hof dat pas in juni 2003 definitief duidelijk werd dat het bedrijfspand een veel lagere opbrengst zou hebben dan (in het reorganisatieplan) verwacht.

4.7. Onderdeel 2.2 berust op de lezing dat de leningen uitsluitend zijn verstrekt ter overbrugging van de periode waarin CED bezig was met de verkoop van het bedrijfspand. Deze lezing wordt aangevallen met een motiveringsklacht. Volgens het onderdeel heeft de curator betwist dat de leningen slechts overbruggingskredieten vormden en gemotiveerd betoogd dat deze leningen een noodzakelijk element van het reorganisatieplan waren, althans deel uitmaakten van het besluit van Coutts tot financiële ondersteuning en voortzetting van de bedrijfsvoering van CED tijdens de reorganisatie.

4.8. Voor zover het onderdeel zich beroept op stellingen, geponeerd bij CvR, p. 12, kan het niet tot cassatie leiden, omdat deze bladzijde in het dossier ontbreekt. Ook voor het overige faalt de klacht. Het feit dat de leningen een onmisbaar element vormden van het reorganisatieplan en deel uitmaakten van het besluit van Coutts tot financiële ondersteuning van CED tijdens de reorganisatie, betekent niet dat de leningen daarmee geen overbruggingskredieten vormden.

4.9. Onderdeel 2.3 heeft betrekking op het oordeel in rov. 4.8 dat de curator geen feiten heeft gesteld waaruit zou kunnen volgen dat Coutts zich ten opzichte van CED zodanig heeft gedragen dat CED en haar schuldeisers daaraan de gerechtvaardigde conclusie zouden mogen verbinden dat Coutts instond voor de betaling van alle door CED aangegane schulden. Deze overweging wordt aangevallen met een rechts- en een motiveringsklacht. De overweging is volgens het onderdeel onjuist voor zover het hof miskent dat de gedragingen van Coutts als (groot-)moeder jegens haar dochter en haar schuldeisers niet noodzakelijk zijn voor een doorbraak van aansprakelijkheid in een concernstructuur als de onderhavige, waarin de dochter in financieel opzicht volledig afhankelijk is van de (groot-)moeder. Het onderdeel beroept zich in dit verband op Sobi/Hurks.

4.10. De rechtsklacht berust op een onjuiste lezing. Het hof heeft niet overwogen dat de gedragingen van Coutts altijd noodzakelijk zijn voor een doorbraak van aansprakelijkheid. Het hof overweegt in rov. 4.8 dat het enkele feit dat leningen zijn verstrekt niet voldoende is voor het aannemen van de conclusie dat crediteuren

daaraan de gerechtvaardigde verwachting zouden mogen verbinden dat Coutts instond voor de betaling van alle door CED aangegane verplichtingen. Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

4.11. Overigens acht ik het oordeel van het hof juist. De onderhavige casus verschilt naar mijn inzicht op enkele belangrijke punten van het arrest Sobi/Hurks, reden waarom de uitkomst van het arrest Sobi/Hurks niet zonder meer op de onderhavige zaak kan worden overgeplant. Zo was HBA in een fiscale eenheid met de Bouwgroep ondergebracht; de Bouwgroep voerde het centraal kasbeheer en onderhield met uitsluiting het contact met de bank met wie één kredietovereenkomst was gesloten; HBA was hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van zuster- en moedermaatschappijen, tot zekerheid van de nakoming waarvan voorraden, inventaris en vorderingen van HBA waren overgedragen aan de bank of verpand; de Bouwgroep stelde bovendien de kredietruimte van HBA bij de bank jaarlijks vast. In al deze opzichten verschilt de onderhavige zaak met Sobi/Hurks. Daar komt bij dat HBA kort voor faillissement een belangrijke schuld heeft betaald, waarvoor de Bouwgroep hoofdelijk aansprakelijk was. Dit leidde ertoe dat de verhaalpositie van crediteuren van HBA werd bemoeilijkt; in de onderhavige zaak is gesteld noch gebleken dat CED selectieve betalingen heeft verricht of anderszins vermogen aan het verhaal van crediteuren heeft onttrokken.

4.12. Onderdeel 2.3 klaagt voorts over de onbegrijpelijkheid van rov. 4.8, nu Coutts door het verstrekken van leningen in elk geval bij CED de indruk heeft gewekt in te staan voor de betaling van haar schulden.

4.13. Ook deze klacht is tevergeefs voorgedragen. Blijkens het Securicor-arrest²² is met name van belang dat de moedervennootschap het gerechtvaardigde vertrouwen bij de schuldeisers van de dochter wekt dat hun vorderingen zullen worden voldaan. Niet van belang is in hoeverre het vertrouwen bij de dochtervennootschap is gewekt.

4.14. Ook overigens faalt de klacht. Het jaarverslag over het boekjaar 2001²³ vermeldt:

'The financial statements are drawn up on a going concern basis and reflect the intention of [Coutts] to continue the financial support of the Company for at least a 12-months period.'

Deze periode van twaalf maanden eindigde op 31 december 2002, een half jaar voor faillissement. Op 5 september 2003 schrijft de accountant van CED in dit verband aan de curator²⁴

'Er wordt in dit kader in uw brief tevens gesproken van het onverwacht staken door de Engelse moedermaatschappij van haar taak als

20 CvA nr. 8; CvA prod. 1 - 3; CvD nr. 12 e.v.,

21 CvA nr. 10-12; MvG nr. 43 e.v.

22 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 m.nt. Ma.

23 MvG, prod. 4, p. 3

24 Inl. dagv. prod. 9.

financier. Wij merken op dat de Engelse moeder alleen bij de jaarrekening 2001 van [CED] aan de directie van [CED] een uitspraak heeft gedaan dat zij garant staat voor de schulden van [CED] voor een periode van één jaar na balansdatum. Deze garantie heeft de Engelse moeder niet afgegeven voor de jaarrekening 2002 van [CED].

Op 24 mei 2004 corrigeert de accountant bovenstaande passage²⁵:

'In our letter dated 5 September 2003, we unintentionally mentioned that [Coutts] had indicated to guarantee the debts of the Company. In our letter dated 20 April 2004, sent to [Coutts], we have mentioned that the wording "guaranteed" was not the wording used in the 2001 statutory financial statements. As a matter of fact, we have explicitly referred to the wording used in the 2001 statutory financial statements. In essence, the parent company has not issued a guarantee (in the form of 403 Title 9, Dutch Civil Code Book II or otherwise taking over liability of the subsidiary), but, as expressed in the statutory accounts, disclosed an "intention to continue financial support of the Company for at least a 12-month period." In addition, we have not been provided with a parent company statement that would refer to increase of parent company funding. (...)'

In het licht van het bovenstaande acht ik niet onbegrijpelijk dat de curator naar het oordeel van het hof geen feiten heeft gesteld waaruit zou kunnen volgen dat Coutts zich ten opzichte van CED zodanig heeft gedragen dat CED daaraan de gerechtvaardigde conclusie zouden mogen verbinden dat Coutts instond voor alle schulden van CED.

4.15. Voor zover het onderdeel met een beroep op bovenstaande passage uit de jaarrekening 2001 stelt dat Coutts bij schuldeisers van CED de gerechtvaardigde verwachting zou hebben gewekt dat Coutts instond voor de schulden van CED, faalt het evenzeer. Niet onbegrijpelijk is het kennelijke oordeel van het hof dat crediteuren uit een mededeling omtrent financial support gedurende een niet onbeperkte periode geen garantie hebben mogen afleiden. Een parallel met het Albada Jelgersma-arrest gaat m.i. niet op. In Albada Jelgersma was immers van belang dat deze op grote schaal ruchtbaarheid aan de overname van WK had gegeven, waarna bij leveranciers van WK de verwachting bestond dat AJ geleidelijk aan erin zou slaan WK weer gezond te maken en dat deze zich met de bedrijfsvoering, in het bijzonder inkoopcontracten, had bemoeid. M.i. kan de mededeling in het jaarverslag 2001 van CED niet worden gelijkgesteld met de verwachtingen zoals AJ die heeft gewekt.

4.16. Het onderdeel stelt tot slot dat Coutts de schijn van kredietwaardigheid mede zou hebben opgeroepen door een interim-rapport 2002 van Coutts d.d. 18 december 2002 en in de jaarrekening 2002 van Coutts, gepubliceerd in april

2003, waarin ten onrechte een gunstige ontwikkeling van CED wordt geschetst en de voortzetting van de bedrijfsvoering zou worden gesuggereerd. Dit interim-rapport²⁶ betreft een tussentijds bericht van Coutts over de resultaten van haar concern. De cijfers die in het bericht worden genoemd zijn niet door een accountant gecontroleerd. Het bericht vermeldt over CED op p. 2:

'As part of the new focus, the board also took steps necessary to improve performance at [CED], our Dutch point of purchase design and manufacture business, which was trading well below expectations.'

Op p. 3 wordt vermeld:

'As a result of the remedial action taken in Holland, the sale of the Stationery business and the increased focus on higher margin retail business, the outlook for the second half is positive.'

Deze zin, die betrekking heeft op de vooruitzichten van het gehele Coutts-concern, wordt in grote letters herhaald op p. 9. De jaarrekening van Coutts 2002 vermeldt²⁷:

'In May 2002, to address the underperformance of [CED] in Holland, we increased our shareholding to 100% at a total cost of £79,000. The senior management was reorganized and there was an initial improvement in the second half. Following an end of year review, our expectations have not been met and we are taking further decisive action to improve profitability through the closure of its manufacturing facilities. We plan to relocate [CED] to smaller premises and refocus the business as a design, prototyping and assembly business, using outsourcing and Coutts Arken Display facilities in the UK for manufacture. This will release the [CED] freehold factory for sale.'

Uit het bovenstaande blijkt dat Coutts openbaar heeft gemaakt dat CED onder verwachting presteerde, dat de problemen van CED de aandacht van Coutts hadden en dat daarom een reorganisatie werd doorgevoerd. Tevens blijkt dat de reorganisatie aanvankelijk succesvol leek, maar dat niettemin niet aan de verwachtingen werd voldaan, reden waarom verdere stappen noodzakelijk zijn. Feitelijke grondslag ontbeert daarom de stelling dat – strijdig met de realiteit – een gunstige ontwikkeling van CED zou zijn geschetst en dat voortzetting van de bedrijfsvoering van CED wordt gesuggereerd. 's Hof's oordeel dat de curator geen feiten heeft gesteld waaruit blijkt dat Coutts het gerechtvaardigd vertrouwen bij crediteuren van CED heeft gewekt dat Coutts zou instaan voor betaling van de schulden van CED acht ik gezien het bovenstaande begrijpelijk.

4.17. Volgens onderdeel 2.4 is voorts onbegrijpelijk de passage in rov. 4.8 dat tussen Coutts en CED geen rechtstreekse financiële banden bestonden in die zin dat de financiering van de

25 Cvd, prod. 4.

26 MvA, Prod. 11

27 Inl.dagv., prod. 5.

bedrijfsvoering vanuit Coutts geschiedde en dat de curator onvoldoende heeft gesteld dat Coutts in hoofdzaak het beleid van CED bepaalde. Het onderdeel wijst op de stellingen van de curator dat A aanzienlijke invloed heeft uitgeoefend op het financieel beleid van CED, dat Coutts aanzienlijke leningen verstrekke, de financiële administratie controleerde en de inhoud van financiële documenten en verslagen bepaalde.

4.18. Uit de bestreden overweging blijkt dat naar het oordeel van het hof de curator onvoldoende aan zijn stelplicht heeft voldaan in het licht van de gemotiveerde betwisting door Coutts van de stellingen van de curator. Dit feitelijke oordeel acht ik niet onbegrijpelijk in het licht van de gedingstukken. Zo heeft Coutts onder andere het volgende gesteld:

- C en B waren belast met het dagelijks bestuur en uit dien hoofde namen ze belangrijke financiële beslissingen en waren volledig op de hoogte van de (financiële) situatie bij CED. Management beslissingen van CED behoeften geen voorafgaande goedkeuring van de AVA van CED²⁸;
- Coutts liet de verkoopactiviteiten geheel aan het lokale management over; in de kwartaalvergaderingen werden slechts algemene lijnen uitgezet²⁹;
- meer dan 95% van alle betalingen van CED aan derden werden gedaan zonder voorafgaande toestemming van A of Coutts³⁰;
- bestuurder B stelde zelf begrotingscijfers op en was volledig bevoegd tot de bankrekeningen van CED. B onderhield alle contacten met ING Bank en kon als enige via elektronisch bankieren betalingen doen. B maakte zelfstandig afspraken met de ING Bank m.b.t. een tijdelijke overschrijding van de kredietlimiet en aflossingsverplichtingen van CED³¹;
- het lokale management onderhield alle contacten met crediteuren en afnemers; Coutts noch A hebben contact gehad met crediteuren van CED³²;
- de jaarcijfers van CED zijn nimmer geconsolideerd met de jaarcijfers van Coutts; Coutts heeft nooit een 403-verklaring afgegeven³³;
- het lokale management stuurde per kwartaal cash flow projecties en crediteuren/debiteuren overzichten aan Coutts, alsmede wekelijkse cash reporten, welke uitsluitend een overzicht van een totaal aan betalingen en inkomsten en het banksaldo gaven. Vanaf 28 mei 2003 werden aan Coutts dagelijks rapporten, nu wel gespecificeerd naar toeleverancier en klant gestuurd. Pas sinds 6 juni 2003 wist A dat de liquiditeitscijfers waren geflatteerd als gevolg van een dubbele betaling van X van €109.870.³⁴

Het hof heeft kennelijk uit bovenstaande stellingen afgeleid dat de curator geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit zou blijken dat Coutts in hoofdzaak het beleid van CED bepaalde. Dit oordeel, dat is gebaseerd op de uitleg van gedingstukken en verweven met

waarderingen van feitelijke aard, acht ik niet onbegrijpelijk.

4.19. Onderdeel 3 richt zich tegen rov. 4.9 en valt uiteen in de onderdelen 3.1 en 3.2. Volgens onderdeel 3.1 hecht het hof ten onrechte belang aan de omstandigheid dat Coutts de leningen heeft verstrekt zonder daartegenover zekerheden te eisen. Het hof miskent dat de omstandigheid dat de (groot-)moeder aan de dochter bij het verstrekken van leningen geen zekerheid heeft geëist niet aan aansprakelijkheid van de moeder in de weg staat, indien sprake is van vergaande financiële afhankelijkheid van de dochter.

4.20. Ik kan de door het onderdeel verdedigde opvatting niet delen. Naar mijn inzicht is in dit verband het Osby-arrest³⁵ van belang. Ik leid uit dit arrest af dat de vraag of zekerheden zijn verstrekt aan de moeder wel degelijk een relevant gezichtspunt kan zijn bij de beoordeling of de moeder aansprakelijk is jegens crediteuren van de dochter. Immers beïnvloedt het verstrekken van zekerheden ten behoeve van de ene crediteur de verhaalspositie van de andere crediteuren. Juist in geval van financiële afhankelijkheid van de dochter lijkt mij dit gezichtspunt aan belang te winnen. Indien de in financieel opzicht afhankelijke dochter faillieert, is de positie van (overige) concurrente crediteuren immers in veel gevallen minder onverkieslijk ingeval aan de moeder geen zekerheden zijn verschaft (zoals in het onderhavige geval) dan wanneer wél zekerheden zijn verschaft (zoals in Osby). Omgekeerd is de positie van de moeder die geen zekerheden heeft verkregen zwakker dan die van de moeder die wél zekerheden heeft bedongen. Voorts kan de vraag of zekerheden zijn verstrekt van belang zijn bij het bepalen van een peildatum. Ik acht denkbaar dat onder omstandigheden een peildatum op een eerder moment wordt vastgesteld indien ten behoeve van de moeder zekerheden zijn verstrekt dan wanneer – ceteris paribus – geen zekerheden zijn verschaft. Het hof heeft de omstandigheid dat geen zekerheden zijn verschaft mede relevant geacht bij de beoordeling van de vraag of Coutts gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van CED meer aan te trekken dan zij heeft gedaan. Dit oordeel lijkt mij juist.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag, voor zover het berust op de lezing dat volgens het hof het verstrekken van leningen door de moeder zonder het bedingen van zekerheid de aansprakelijkheid van de moeder te allen tijde zal verhinderen indien sprake is van vergaande financiële afhankelijkheid van de dochter. Het hof heeft dit niet geoordeeld.

4.21. Onderdeel 3.2 werpt enkele motiverings-

28 CvD, nr. 36; MvG, nr. 2.

29 MvG, nr. 5 en 6; CvD, nr. 34.

30 CvD, nr. 33.

31 MvG, nr. 7; CvD, nr. 35-36.

32 MvG, nr. 8.

33 MvG, nr. 11.

34 MvG, nr. 14-17.

35 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 m.nt. Ma.

klachten op tegen de laatste zin van rov. 4.9. Deze rov. lees ik aldus dat de tweede, derde en vierde zin dienen ter onderbouwing van het oordeel in de eerste zin dat Coutts niet gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van CED meer aan te trekken dan zij reeds heeft gedaan door aanzienlijke bedragen ter beschikking te stellen. Blijkens de tweede en derde zin acht het hof van belang dat Coutts onverplicht leningen verstrekt zonder zekerheden te eisen en dat Coutts daarmee de grootste concurrent schuldeiser is geworden. Blijkens de vierde zin acht het hof voorts van belang dat Coutts tussen oktober 2002 en 12 juni 2003 slechts een netto-lening van €50.000 heeft verstrekt, dat de bankrekening een positief saldo vertoonde en dat de lening op 13 juni 2003 ad €86.846 niet is verstrekt ter financiering van de bedrijfsvoering. Met andere woorden, het hof acht mede relevant dat CED zich in de laatste maanden van haar bestaan min of meer zelf in leven heeft gehouden.

4.22. Volgens het onderdeel zou uit de gedingstukken blijken dat CED, bij een groot negatief vermogen en oplopende verliezen, geheel afhankelijk was van leningen en dat Coutts CED in wezen kunstmatig in leven heeft gehouden. Het hof zou bovendien zijn voorbijgegaan aan de stellingen van de curator dat de eigen inkomsten sinds oktober 2002 ontoereikend waren om zonder leningen van Coutts in leven te blijven en dat de lening van €50.000 moet worden gezien in het kader van de kennelijke bereidheid van Coutts om CED tussen oktober 2002 en juni 2003 te laten interen op haar laatst beschikbare actief terwijl de schulden bleven oplopen. Daardoor was al het voor crediteuren vatbaar vermogen aan het eind van die periode verdampt. De door het hof genoemde omstandigheden dat de bankrekening in deze periode een positief saldo vertoonde en dat Coutts op 13 juni 2003 €86.846 heeft geleend in het kader van de aflossing van de hypotheek en niet in het kader van de financiering van de bedrijfsvoering, nemen niet weg dat CED ook in deze periode zodanig afhankelijk bleef van de leningen van Coutts dat zij zodra deze leningen gestaakt werden vrijwel direct ten onder ging. Ook in dat licht valt het oordeel dat CED zich 'voor het overige' zelf in leven hield niet te begrijpen, aldus het onderdeel.

4.23. Ik acht 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk. Mogelijk kan met wijsheid achteraf worden gesteld dat de diverse leningen niet hebben geholpen en dat de leningen de ondergang van CED slechts hebben uitgesteld. Naar mijn mening is hindsight voor gevallen als de onderhavige geen goede raadgever. Het hof heeft zich hierdoor ook niet laten leiden.

Vast staat dat Coutts ná oktober 2002 slechts netto €50.000 ten behoeve van de bedrijfsvoering heeft geleend en dat het banksaldo in elk geval tussen oktober 2002 en 12 juni 2003 niet negatief was. In zoverre is niet onbegrijpelijk het oordeel dat CED zich voor het overige – i.e. afgezien van

de overbruggingskredieten – zelf in leven heeft gehouden.

In 's hofs oordeel ligt een verwerping besloten van de stelling dat Coutts kennelijk CED wilde laten interen op het eigen vermogen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de tweede zin van rov. 4.9 waarin naar voren komt dat de leningen dienden ter overbrugging van een moeilijke financiële periode, waaraan naar verwachting een einde had kunnen komen bij ongecompliceerde uitvoering van het reorganisatieplan. Deze stelling valt overigens moeilijk te rijmen met het feit dat Coutts nog op 13 juni 2003 een lening heeft verstrekt in het kader van de aflossing van de hypotheek.

De stelling dat CED door Coutts kunstmatig in leven is gehouden, mist belang voor zover deze betrekking heeft op de overbruggingskredieten die vóór oktober 2002 zijn verstrekt; de laatste zin van rov. 4.9 ziet immers vooral op de periode ná oktober 2002. Voor zover de stelling betrekking heeft op de periode ná oktober 2002, faalt het onderdeel eveneens. Het hof heeft niet miskend dat ná 2002 een nettolening ten behoeve van de bedrijfsvoering van €50.000 is verstrekt, maar heeft geoordeeld dat CED zich voor het overige zelf in leven heeft gehouden. Afgezien van deze netto-lening is Coutts immers in oktober 2002 gestopt met het verstrekken van leningen ten behoeve van de bedrijfsvoering. In 's hofs overweging ligt dus een verwerping besloten van de stelling dat CED direct ten onder ging nadat deze leningen werden gestaakt. Mede gezien het feit dat op het moment dat de leningen werden verstrekt nog lang niet zeker was dat CED ten onder zou gaan, acht ik 's hofs feitelijke oordeel begrijpelijk.

4.24. Onderdeel 4 werpt rechts- en motiveringsklachten op tegen rov. 4.10 en valt uiteen in vier onderdelen. Volgens onderdeel 4.1 is niet begrijpelijk het oordeel dat de omstandigheid dat CED niet erin is geslaagd om de moeilijke situatie te overwinnen door middel van het reorganisatieplan en de steun van Coutts niet voor rekening van Coutts komt. Uit de gedingstukken blijkt dat CED afhankelijk was van Coutts vanaf het moment dat ING Bank de kredietverlening staakte. Voorts blijkt dat CED door het stopzetten van de leningen niet de kans heeft gekregen haar moeilijke situatie te boven te komen. Onderdeel 4.2 klaagt over de onbegrijpelijkheid van de overweging dat pas in juni 2003 definitief duidelijk werd dat het bedrijfspand een veel lagere opbrengst zou hebben dan in het reorganisatieplan was verwacht. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat Coutts hiervan reeds vóór de levering op de hoogte was. Onbegrijpelijk is voorts dat pas na 6 juni 2003 duidelijk zou zijn geworden dat een aanzienlijke nieuwe financiering noodzakelijk was. Het hof miskent het negatieve vermogen en de zwaar verlieslijdende situatie van CED sinds medio 2001 (onderdeel 4.3).

4.25. Onderdeel 4.1 faalt. Tot uitgangspunt dient dat het reorganisatieplan van 21 februari 2002

voldoende was om CED weer financieel gezond te maken (rov. 4.8) en dat CED gedurende de reorganisatie afhankelijk was van tijdelijke steun van Coutts (rov. 4.9). Met het overbruggingskrediet gaf Coutts aan CED de kans om haar moeilijke situatie te boven te komen. Voorts dient tot uitgangspunt dat in de uitvoering van het reorganisatieplan grote stagnatie is ontstaan doordat de verkoop van het bedrijfspand tot een procedure heeft geleid (rov. 4.8). De reorganisatie was voltooid met de overdracht van het bedrijfspand omstreeks 18 juni 2003. Op dat moment werd duidelijk dat de reorganisatie niet het gewenste effect bleek te hebben gehad, nl. dat CED op eigen benen zou kunnen staan. Niet onbegrijpelijk acht ik dat het hof de stelling heeft verworpen dat CED niet nóg langer de kans kreeg haar moeilijke situatie te boven te komen. Die kans heeft CED gekregen op 21 februari 2002.

4.26. Evenmin onbegrijpelijk acht ik 's hofs (feitelijke) oordeel dat pas in juni 2003 definitief duidelijk werd dat het bedrijfspand een veel lagere opbrengst zou hebben dan in het reorganisatieplan werd verwacht. Deze overweging is niet in strijd met de stelling van de curator dat Coutts vóór de levering op de hoogte was van de lage verkoopprijs. De levering geschiedde immers op 13 juni 2003.³⁶ 's Hofs oordeel is te minder onbegrijpelijk in het licht van de door Coutts overgelegde e-mail van de advocaat van CED aan A.d.d. 22 mei 2003 over een procedure die op dat moment werd gevoerd over de verkoop van het bedrijfspand.³⁷ Hieruit blijkt dat op 22 mei nog geen schikking was bereikt. 's Hofs oordeel wordt overigens ondersteund door de stelling van de curator zelf die opmerkt dat 'moeilijk verklaarbaar [is] waarom Coutts Holdings uiteindelijk in juni 2003 instemt met een bedrag van €1.400.000 plus 1 jaar gratis huur, zijnde effectief een koopprijs van €1,65 miljoen'.³⁸ Onderdeel 4.2 faalt derhalve.

4.27. Hetzelfde geldt voor onderdeel 4.3. Het hof overweegt dat pas op 6 juni 2003 duidelijk werd dat een aanzienlijke nieuwe financiering noodzakelijk was. Daarmee miskent het hof niet dat in het verleden reeds grote leningen waren verstrekt aan CED (zie rov. 4.9). Voor zover het onderdeel spreekt van een 'beleid van interen op het vermogen bij CED' waarvan sinds oktober 2002 sprake zou zijn geweest, ontbeert het feitelijke grondslag. Het hof heeft een dergelijk beleid niet vastgesteld. Immers er zijn ook na oktober 2002 nog leningen aan CED verstrekt. Weliswaar kwalificeren deze leningen als vreemd vermogen, maar het feit dat aandeelhoudersleningen zijn verstrekt, maakt het zonder meer voor de hand liggend dat een dergelijk beleid niet heeft bestaan. 4.28. Volgens onderdeel 4.4 is onjuist, althans onbegrijpelijk het oordeel dat Coutts niet kan worden verweten dat zij in juni 2003 niet nog meer gelden aan CED heeft willen verschaffen, nu Coutts niet kan worden beschouwd als moedermaatschappij die in feite via CED mede haar eigen belangen diende en ook niet als kredietverlener

die met betrekking tot het al dan niet verlenen van verdere kredieten op grond van de contractuele verhouding een zorgplicht had met betrekking tot de financiële ruimte van CED. Ten onrechte oordeelt het hof dat Coutts in dit verband geen zorgplicht had, zo stelt het onderdeel. De door het hof genoemde omstandigheden staan aan het aannemen van een dergelijke zorgplicht niet in de weg, aldus het onderdeel.

4.29. Deze klacht ontbeert feitelijke grondslag. Het hof heeft niet geoordeeld dat Coutts in het geheel geen zorgplicht had. Het hof oordeelde dat Coutts niet de kredietverlener was die met betrekking tot het al dan niet verlenen van verdere kredieten op grond van de contractuele verhouding een zorgplicht had.

4.30. Onderdeel 4.4 betoogt voorts dat het hof lijkt te hebben miskend dat de verplichting van de (groot-)moeder om actief toezicht te houden op het financieel beleid van de dochter reeds kan voortvloeien uit de concernstructuur en de daaraan gegeven uitvoering, wanneer er sprake is van een vergaande financiële afhankelijkheid van de dochter ten opzichte van (groot-)moeder. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is niet begrijpelijk dat het hof niet heeft aangenomen dat Coutts verplicht was toezicht te houden op het financieel beleid van CED en een zorgplicht had ten aanzien van bestaande en toekomstige schuldeisers m.b.t. de financiële ruimte van CED vanaf het moment waarop zij besloot de onderneming van CED ondanks de zware verliezen voort te zetten. Althans is het oordeel van het hof in het licht van de stellingen van de curator onvoldoende gemotiveerd, zo stelt het onderdeel.

4.31. De rechtsklacht faalt. Gelijk het onderdeel betoogt kan een verplichting voortvloeien uit een op een bijzondere wijze ingerichte concernrelatie. Het hof heeft dit evenwel niet miskend. Het heeft echter geoordeeld dat deze rechtsplicht tot eind juni 2003 niet bestond, althans dat Coutts niet gehouden was zich de belangen méér aan te trekken dan zij al heeft gedaan (rov. 4.10 jo. 4.9).³⁹ De motiveringsklacht faalt eveneens. Blijkens het arrest Sobi/Hurks getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof 's-Hertogenbosch omtrent de vraag vanaf welk tijdstip de moeder onrechtmatig handelt, indien zij nalaat zich de belangen van crediteuren van de dochter aan te trekken. Volgens dat hof hadden beide partijen:

36 MvG, prod. 17.

37 MvG, prod. 16.

38 MvA, nr. 50.

39 Terzijde merk ik op dat het hof in rov. 4.9 en 4.10 de mogelijkheid openlaat dat er verschillende gradaties van zorgplichten bestaan al naar gelang de omstandigheid waarin de vennootschap zich in bevindt: tijdens de reorganisatie en na afloop ervan. Nu het middel hierover niet klaagt, kan in het midden blijven in hoeverre deze benadering zich verhoudt tot Sobi/Hurks, waarin immers wordt uitgegaan van één 'digitale peildatum'. Ik volsta ermee op te merken dat ik de 'analoge benadering' van het hof een interessante vind die het waard is nader uitgewerkt en overdacht te worden.

'miskend dat in kwesties als de onderhavige, en ook hier, sprake is van een keten van gebeurtenissen, die bij de betrokkenen het inzicht moeten doen groeien dat hun handelwijze niet (langer) geoorloofd is. In verband met de ingestelde vordering is onvermijdelijk dat een tijdstip wordt gemarkeerd vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Omdat het vaststellen van dit tijdstip tot op zekere hoogte arbitrair is, zal de rechter dan ook, mede nu het verwijt handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid inhoudt, een datum kiezen die aan de veilige kant is, derhalve onvermijdelijk ten gunste van degene aan wie het verwijt wordt gemaakt.' ⁴⁰

Gedurende de reorganisatie bestond kennelijk nog voldoende hoop dat CED na voltooiing ervan op eigen benen zou kunnen staan en verleende Coutts financiële ondersteuning ter overbrugging. Deze hoop blijkt met het voltooien van de reorganisatie ijdel te zijn geweest. Pas dan neemt het hof aan dat Coutts een zorgplicht heeft jegens crediteuren van CED. Naar het oordeel van het hof is een eerdere datum niet aan de veilige kant. Dit oordeel, verweven als het is met waarderungen van feitelijke aard, acht ik niet onbegrijpelijk.

4.32. Onderdeel 4.5 bouwt op de vorige klacht voort. De curator zou voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het Coutts vanaf januari 2002 duidelijk moet zijn geweest dat schuldeisers van CED benadeeld zouden worden zonder voortgaande financiering door Coutts. Uit de gedingstukken kan bezwaarlijk een andere slotsom worden getrokken dan dat de surséance-aanvraag anderhalf jaar te laat kwam. De surséance-aanvraag was alleen nog van belang voor de schuldeisers die vanaf dat tijdstip overwogen om zaken met CED te doen, maar zij kwam te laat voor de schuldeisers in het tussenliggende tijdstip.

4.33. Dit onderdeel faalt in het licht van rov. 4.7 waarin het hof oordeelt dat en waarom het reorganisatieplan voldoende was om de financiële situatie weer gezond te maken. Bovendien geldt het uitgangspunt dat Coutts niet de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt bij crediteuren van CED dat hun vorderingen zouden worden voldaan. Gezien de onafhankelijke wijze waarop het lokale management opereerde en gezien het feit dat Coutts pas op 6 juni 2003 werd geïnformeerd dat CED in de voorafgaande maanden was gefinancierd door een dubbele betaling van X, acht ik niet onbegrijpelijk dat het hof de peildatum heeft gesteld op het moment van aanvragen van de surséance.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.