

NOOT

Het onderscheid tussen bestuurdersaansprakelijkheid en 'zelfstandige' aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad blijft de rechtspraak bezighouden. In tegenstelling tot 'gewone' onrechtmatige daad geldt bij bestuurdersaansprakelijkheid de verzwaarde maatstaf van ernstige verwijtbaarheid. De onderhavige kwestie toont weer eens aan dat het belangrijk is vast te stellen in welke hoedanigheid de betrokken persoon de betreffende handelingen verricht. Aannemingsbedrijf KWS Infra BV ('KWS') heeft als hoofdaannemer opdracht gekregen onder meer nieuwe buitenverblijven te realiseren in het dierenpark Emmen. KWS heeft daartoe in 2015 een overeenkomst van onderaanneming gesloten met een constructiebedrijf (een besloten vennootschap die hierna 'Constructie' wordt genoemd) voor de realisatie van de hekwerken van de buitenverblijven van de dieren in het dierenpark. In deze kwestie gaat het om de handelwijze van de (indirect) bestuurder van Constructie. De direct bestuurder van Constructie is een besloten vennootschap die 'Onroerend Goed' wordt genoemd. De bestuurder van Onroerend Goed is op haar beurt een besloten vennootschap 'Beheer'. De bestuurder van Beheer is een natuurlijk persoon, 'Gedaagde 3' genoemd. De procedure voor de Rechtbank Noord-Nederland betreft een schuld van KWS aan Constructie. Deze schuld is door Constructie openbaar verpand aan de Belastingdienst. Gedaagde 3 ondertekent in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van Constructie de pandakte. KWS is door de Belastingdienst over de openbaarmaking geïnformeerd. De Belastingdienst heeft nagelaten Constructie en haar bestuurder van de openbaarmaking op de hoogte te stellen. KWS geeft op een gegeven moment gevolg aan een sommatie tot betaling door de advocaat van Constructie en betaalt het verschuldigde bedrag op de derdengeldrekening van de advocaat. Het bedrag wordt vervolgens overgemaakt aan Beheer. Vervolgens vordert de Belastingdienst betaling van KWS onder het pandrecht. Het eindigt ermee dat KWS de schuld aan Constructie twee keer betaalt. Aangezien Constructie intussen failliet is gegaan, tracht KWS het dubbel betaalde bedrag van Onroerend Goed, Beheer en gedaagde 3 terug te vorderen. Zij baseert haar recht op terugbetaling op verschillende grondslagen.

Zelfstandige onrechtmatige daad

KWS houdt Beheer primair aansprakelijk voor de door haar geleden schade op grond van een zelfstandig onrechtmatig handelen jegens KWS. Gedaagde 3, de bestuurder van Beheer, heeft de pandakte ondertekend en moet dus hebben geweten dat het ging om een openbaar pandrecht als gevolg waarvan Constructie niet meer inningsbevoegd is. Deze wetenschap van Gedaagde 3 heeft volgens KWS als wetenschap van Beheer te gelden. Beheer heeft zelfstandig onrechtmatig gehandeld door een betaling van Constructie in ontvangst te nemen hoewel zij wist dat Constructie niet bevoegd was tot inning en inontvangstneming.

Het Spaanse Villa-arrest revisited

Bij de beoordeling van de primaire vordering refereert de rechtbank aan het *Spaanse Villa*-arrest (HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881) en aan het *Tulip Air*-arrest (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628). Het *Spaanse Villa*-arrest riep destijds veel vragen op. De Hoge Raad leek

daarin te suggereren dat een bestuurder van een besloten vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden op grond van onrechtmatige daad zonder dat sprake is van persoonlijke ernstige verwijtbaarheid. In het *Tulip Air*-arrest bevestigde de Hoge Raad echter dat persoonlijke ernstige verwijtbaarheid nog steeds de maatstaf is voor de beoordeling of een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn handelen als bestuurder van de vennootschap. De Hoge Raad voelde zich in het *Tulip Air*-arrest geroepen uit te leggen dat bestuurdersaansprakelijkheid niet aan de orde was in het *Spaanse Villa*-arrest. Daarin trad de bestuurder op in de hoedanigheid van makelaar (dus niet in de hoedanigheid van bestuurder) en werd geoordeeld dat deze persoon in strijd heeft gehandeld met de op de hoedanigheid van makelaar rustende zorgvuldighedsnorm.

Wanneer sprake is van een samenloop van hoedanigheden moet worden vastgesteld in welke hoedanigheid de handelende persoon bij de verweten normschending heeft gehandeld. Als hij in de hoedanigheid van bestuurder heeft gehandeld, dan wordt op basis van de maatstaf van de ernstige verwijtbaarheid geoordeeld of deze persoon persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de door de derde partij geleden schade. Wanneer in een andere hoedanigheid is geacteerd, wordt de aansprakelijkheid volgens de 'normale' regels van de onrechtmatige daad vastgesteld waarbij geen verzwaarde maatstaf geldt.

Hoe gaat de rechtbank om met de samenloop van hoedanigheden?

De rechtbank baseert zich bij de beoordeling van de primaire vordering (zelfstandige onrechtmatige daad) op de wetenschap die Constructie heeft op grond van de pandakte en bijbehorende voorwaarden. Volgens de rechtbank weet Constructie, althans moet zij redelijkerwijs begrijpen, dat zij niet bevoegd is de geldsom bij KWS te innen en in ontvangst te nemen. Vervolgens rekt de rechtbank deze kennis toe aan Beheer als indirect bestuurder, omdat – aldus de rechtbank – Gedaagde 3 de pandakte heeft getekend. Daarom mag Beheer de geldsom niet aan haarzelf overmaken.

De rechtbank overweegt ten aanzien van de primaire vordering (r.o. 6.14) dat Beheer, door de betaling te bewerkstelligen c.q. toe te laten, in strijd handelt met de zorgvuldighedsnorm die zij jegens KWS in acht heeft te nemen. De rechtbank concludeert vervolgens: 'Tegen deze achtergrond is naar het oordeel van de rechtbank sprake van (zelfstandig) onrechtmatig handelen van Beheer jegens KWS, dat Beheer ertoe verplicht om de als gevolg hiervan door KWS geleden schade te vergoeden'.

De redenering van de rechtbank is niet goed te volgen. Ten eerste wordt de kennis van Constructie omtrent de aard van het pandrecht (via Gedaagde 3?) aan haar indirect bestuurder Beheer toegekend. Een rechtspersoon kan geen kennis vergaren, dat kan alleen de natuurlijke persoon (bestuurder). Voor een uitgebreide behandeling van de toerekening van kennis aan rechtspersonen verwijs ik naar B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss.), Onderneming & Recht nr. 98, Deventer: Wolters Kluwer 2017. Daarnaast past de rechtbank de les die uit *Tulip Air* en *Spaanse Villa* kan worden getrokken niet toe. Nergens gaat de rechtbank concreet in op de vraag in welke andere hoedanigheid dan die van bestuurder Beheer bij de verweten normschending zou kunnen hebben gehandeld. De rechtbank kan zich daar ook geen mening over vormen omdat KWS in de onderbouwing bij haar primaire vordering niet duidelijk maakt in welke hoe-

danigheid, anders dan als bestuurder, Beheer heeft gehandeld toen zij de betaling in ontvangst nam. Wil de rechtbank zelfstandige aansprakelijkheid kunnen vaststellen, dan moet eerst duidelijk worden in welke hoedanigheid is gehandeld en kan vervolgens dat handelen worden getoetst aan de op die hoedanigheid toepasselijke zorgvuldigheidsnorm. De rechtbank beperkt zich tot de overweging dat Beheer in de hoedanigheid van bestuurder heeft gehandeld. De kennis van Constructie 'kan naar het oordeel van de rechtbank ook aan Beheer als indirect bestuurder van Constructie worden toegerekend (...)' (r.o. 6.14). De rechtbank komt vervolgens tot een curieuze conclusie waarin de beslissing aan de lezer lijkt te worden gelaten. Er zou volgens de rechtbank sprake zijn van '(zelfstandig) onrechtmatig handelen'. Het oordeel is onvoldoende onderbouwd en voor tweërlei uitleg vatbaar en kan niet dienen als grondslag voor toewijzing van de primaire vordering.

Bestuurdersaansprakelijkheid en art. 2:11 BW

In haar subsidiaire vordering zet KWS in op bestuurdersaansprakelijkheid. De overwegingen van de rechtbank zijn hier beter te volgen. De kennis van Gedaagde 3 (als natuurlijke persoon en bestuurder) kan volgens de rechtbank aan Constructie en Onroerend Goed worden toegerekend. De rechtbank concludeert (r.o. 6.17) dat aan Onroerend Goed een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt omdat zij heeft toegelaten c.q. heeft bewerkstelligd dat Constructie het geld in ontvangst heeft genomen en heeft doorbetaald aan Beheer. Daarom is Onroerend Goed in haar hoedanigheid van bestuurder van Constructie aansprakelijk voor de door KWS geleden schade. Beheer en Gedaagde 3 treffen op grond van art. 2:11 BW hetzelfde lot.

Eigen schuld KWS?

Gedaagde partijen hebben het voor de hand liggende verweer gevoerd dat KWS eigen schuld treft omdat zij door de Belastingdienst over het pandrecht is geïnformeerd. KWS wist dus dat zij nog slechts bevrijdend aan de Belastingdienst kon betalen. Het feit dat KWS op instigatie van Constructie op de derdengeldrekening van diens advocaat heeft betaald, dient daarom (geheel of gedeeltelijk) voor rekening van KWS te blijven.

Hoewel de rechtbank toegeeft dat KWS beter had moeten opletten, kan deze onoplettendheid niet leiden tot de conclusie dat KWS eigen schuld treft. De rechtbank legt de zwarte piet terecht bij Constructie. Laatstgenoemde had de geldsom niet mogen innen en in ontvangst nemen. De rechtbank onderbouwt niet nader waarom de onoplettendheid van Constructie niet wordt beschermd en die van KWS wel. Met de uitkomst kunnen we echter wel leven. Constructie c.q. Beheer heeft eenvoudigweg geen recht op (ontvangst van) het geld.

Ongerechtvaardigde verrijking

De rechtbank komt niet toe aan behandeling van de meer subsidiaire vordering, te weten dat Beheer op grond van ongerechtvaardigde verrijking gehouden is de geldsom terug te betalen. Alles overziende had KWS er beter aan gedaan haar vordering tot betaling primair op ongerechtvaardigde verrijking te baseren. De onderbouwing door KWS is helder. Aan de vier vereisten van ongerechtvaardigde betaling (er moet sprake zijn van een verrijking van de één en een verarming van de andere partij, er moet een causaal verband zijn tussen beide en de verrijking dient ongerechtvaardigd te zijn) lijkt te

zijn voldaan. KWS had daarmee de rechtbank gecompliceerde overwegingen over toerekening van kennis aan rechtspersonen, over zelfstandig onrechtmatig handelen en persoonlijk ernstige verwijtbaarheid kunnen besparen.

mr. A.M. Dumoulin-Siemens
Ekemans & Meijer Advocaten

Civiel recht

62

Hoge Raad komt terug op zijn oordeel in Muetstege

Hoge Raad

20 maart 2020, nr. 18/03267, ECLI:NL:HR:2020:472

(mr. Streefkerk, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Lock)

(Concl. A-G Hartlief)

Noot mr. N.A. van Loon

Verbintenissenrecht. Procesrecht. Uitleg samenwerkingsovereenkomst. Onmiddellijkheidsbeginsel. Rechterswisseling. Getuigenverhoren; redelijke uitleg van art. 155 Rv. Nadere regels voor mededeling rechterswisseling.

[Rv art. 134, 155]

Essentie: Onmiddellijkheidsbeginsel. Heroverweging door de Hoge Raad van HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076 (Verhoeven/Staat) en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 (Muetstege) aangaande de mededelingsplicht van het gerecht bij een na een mondelinge behandeling volgende rechterswisseling. Termijn voor partijen om te verzoeken om een nadere mondelinge behandeling. Niet-gebondenheid nieuwe rechter(s) aan de eerdere (tussen)uitspraak.

Samenvatting: Met betrekking tot de verplichting van het gerecht om mededeling te doen van een rechterswisseling, verdient het volgende opmerking.

In r.o. 3.7.3 van HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662 is geoordeeld dat de verplichting van het gerecht om na een mondelinge behandeling aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling vervalt na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, en dat het na een uitspraak aan partijen is om in dit verband initiatieven te ontplooiën. Deze nadere uitwerking van de verplichting om mededeling te doen van een rechterswisseling berustte onder meer op de overweging dat de rechtspraak is gediend met een eenvoudig werkbaar stelsel (zie r.o. 3.7.2 van het arrest van 15 april 2016).

Dit oordeel verdient heroverweging, mede in het licht van hetgeen daarover in de literatuur is opgemerkt (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.21-3.27). Gebleken is dat een systeem waarin het aan partijen is om na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt navraag bij het gerecht te doen over een mogelijke rechterswisseling voor de procespartijen niet goed werkbaar is omdat niet steeds een voor de hand liggend moment valt aan te wijzen voor het opvragen van deze informatie. Dit systeem bergt