

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Tot hun hierna te vermelden ontslag zijn Schieke c.s. in dienst geweest van NBW: Schieke sedert 21 mei 1987 als directeur, Braun sedert 1 januari 1988 laatstelijk als hoofd distributie, De Baar sedert 1 juli 1988 laatstelijk als hoofd bedrijfsdiensten, en Groeneveld sedert 1 september 1987 laatstelijk als directiesecretaris.

ii. Op 20 januari 1992 hebben Braun, De Baar, Groeneveld en de echtgenote van Schieke zonder wetenschap of toestemming van NBW, de vennootschap naar Luxemburgs recht East Europe Services S.A. ("EES") opgericht.

iii. De Raad van Commissarissen van NBW is op 30 maart 1996 door de accountant van NBW, Moret Ernst & Young, geattendeerd op de onregelmatige betrokkenheid van Schieke c.s. bij EES. Uit het rapport van Moret Ernst & Young bleek dat EES haar inkomsten onder meer verkreeg door met leveranciers van NBW afspraken te maken over het betalen van commissies aan EES over leveranties van goederen of diensten aan NBW c.q. aan haar gelieerde ondernemingen of derden.

iv. De Raad van Commissarissen heeft op 9 april 1996 aangifte bij het Openbaar Ministerie te Den Haag laten doen naar aanleiding van deze ontdekking. In opdracht van het OM heeft de FIOD een onderzoek naar de gedragingen van Schieke c.s. gedaan. Als gevolg van dit onderzoek zijn Schieke c.s. op 25 april 1996 door het OM aangehouden op verdenking van onder andere valsheid in geschrift, oplichting en verduistering in dienstbetrekking. NBW stelt van het OM te hebben vernomen dat Schieke c.s. allen een door het OM aangeboden transactievoorstel integraal hebben aanvaard.

v. Naar aanleiding van deze gang van zaken zijn Braun, De Baar en Groeneveld op 25 april 1996 en Schieke op 8 mei 1996 op grond van een dringende reden met onmiddellijke ingang ontslagen. Zij hebben tevergeefs hun ontslagen in rechte bestreden.

3.2.1. In de onderhavige zaak, die in december 1998 aanhangig is gemaakt en waarin NBW, kort gezegd, van Schieke c.s. vergoeding vordert van de schade die zij heeft geleden als ge-

volg van het handelen van Schieke c.s. in het kader van de activiteiten van EES, hebben Braun, De Baar en Groeneveld in eerste aanleg zich beroepen op de onbevoegdheid van de rechtbank en gesteld dat het geding tot de bevoegdheid van de kantonrechter behoort omdat de vordering van NBW betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst.

NBW heeft gemotiveerd verweer gevoerd in het incident en betwist dat de door haar ingestelde vordering betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst. NBW heeft zich op het standpunt gesteld dat niet de inmiddels beëindigde arbeidsverhouding tussen NBW en Braun, De Baar en Groeneveld de grondslag is van haar vordering, maar de vordering zoals bij dagvaarding gesteld, te weten een onrechtmatige daad van gedaagden.

3.2.2. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 11 augustus 1999 de vordering van Braun, De Baar en Groeneveld in het incident afgewezen. Zij overwoog daartoe, zakelijk samengevat, dat zij bevoegd is omdat voor de bevoegdheid van de rechter beslissend is de grondslag van de vordering zoals in de dagvaarding omschreven, en de dagvaarding niet anders is te lezen dan dat NBW aan haar vordering het door haar als onrechtmatige daad aangemerkte handelen van Schieke c.s. als oprichters en aandeelhouders van EES ten tijde van hun dienstverband met NBW ten grondslag legt.

3.2.3. Bij eindvonnis van 15 augustus 2001 heeft de rechtbank de vorderingen van NBW afgewezen op in rov. 3.3–3.5 neergelegde gronden die als volgt zakelijk worden samengevat. Het door NBW gestelde handelen van Schieke c.s. kan worden gezien als een ontoelaatbare verstrengeling van belangen (eigen belang tegenover werkgeversbelang), welke niet los gezien kan worden van hun hoedanigheid (werknemers, respectievelijk bestuurder) en dus van de contractuele relatie tussen NBW en hen. De gestelde daden van Schieke c.s. houden immers een zodanig verband met hun functie dan wel met de uit dien hoofde door hen te vervullen taken en verplichtingen en de door hen te dragen verantwoordelijkheden, dat zij moeten worden beschouwd als daden die verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst dan wel met de taakvervulling als bestuurder. Hun handelen – indien bewezen – brengt dus mee dat er sprake is van "fouten" van hen als werknemers ten opzichte van NBW

als werkgever en in het geval van Schieke ook als bestuurder ten opzichte van NBW als vennootschap. Door dit handelen – indien bewezen – heeft NBW schade geleden. Voor een vordering tot vergoeding van een dergelijke schade is een grondslag in de wet te vinden: artikel 7:661 BW en artikel 2:9 BW. (rov. 3.3) NBW legt echter aan haar vordering onrechtmatig handelen van Schieke c.s. ten grondslag. Zij heeft dit in haar conclusie van antwoord in het bevoegdheidsincident uitdrukkelijk gesteld en is daarvan niet teruggekomen. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat NBW haar vordering uitsluitend beoordeeld wenst te zien op basis van haar kwalificatie van het handelen van Schieke c.s. Dit heeft tot gevolg dat toepassing van art. 48 (oud) Rv. is uitgesloten (HR 15 mei 1998, nr. 16590, NJ 1998, 625). De vordering van NBW kan dus slechts beoordeeld worden op de door NBW aangedragen grondslag onrechtmatige daad. (rov. 3.4)

De stellingen van NBW kunnen niet onafhankelijk van aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 7:661 BW dan wel artikel 2:9 BW leiden tot aansprakelijkheid op grond van 6:162 BW. De strekking van de artikelen 7:661 BW en 2:9 BW en de daarmee verband houdende maatstaf voor schadeplichtigheid van de werknemer (opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer) respectievelijk de bestuurder (ernstige verwijtbaarheid) verzetten zich tegen de toepasselijkheid van de bepalingen ter zake van onrechtmatige daad, omdat de toepassing van deze laatste bepalingen eerder zal leiden tot een aansprakelijkheid van werknemers dan wel de bestuurder jegens de werkgever respectievelijk de vennootschap. De vordering van NBW is op basis van de door haar aangedragen (exclusieve) rechtsgrond niet toewijsbaar (HR 7 maart 1980, nr. 11566, NJ 1980, 641 en HR 8 juli 1993, nr. 15065, NJ 1993, 689). (rov. 3.5)

3.3.1. In hoger beroep heeft NBW met grief I rov. 3.4 bestreden. Zij betoogde blijkens de memorie van grieven (nr. 61-71), zakelijk samengevat, het volgende. Bij de inleidende dagvaarding heeft zij ten aanzien van de grondslag van haar vordering slechts gesteld dat zij schade had geleden door de gewraakte handelingen van Schieke c.s. en dat deze daarvoor aansprakelijk zijn. Ten aanzien van Braun, De Baar en Groeneveld, heeft zij bij antwoord in het bevoegdheidsincident als grondslag onrechtmatige daad aangevoerd. Dit geldt niet voor Schieke,

omdat deze geen bevoegdheidsincident had opgeworpen. Ten aanzien van de vordering tegen Schieke heeft NBW de grondslag – onrechtmatige daad of wanprestatie – niet nader aangegeven. Ten onrechte heeft de rechtbank dan ook aangenomen dat NBW die vordering op onrechtmatige daad baseerde en zich beperkt tot de vraag of deze toewijsbaar was op die grondslag. Voorts geldt dat NBW in de loop van de procedure haar stellingen verder heeft ingekleurd en uitgebouwd. Voor zover haar vorderingen al exclusief zouden dienen te worden beoordeeld op grond van art. 7:661 en 2:9 BW – hetgeen niet het geval is, zie grief II – mocht en moest de rechtbank de stellingen van NBW aldus verstaan dat NBW haar vordering niet uitsluitend beoordeeld heeft willen zien op grond van onrechtmatig handelen. Dat geldt ten aanzien van Schieke eens te meer: de rechtbank had ambtshalve de stellingen van NBW moeten toetsen aan art. 2:9 BW. Zij diende immers ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, hetgeen zij ten onrechte heeft nagelaten. Schieke is namelijk (tevens) aansprakelijk op grond van schending van zijn verplichtingen als bestuurder en als werknemer. Er is sprake van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) want hij heeft als bestuurder zich schuldig gemaakt aan belangenverstrengeling, hij heeft zichzelf verrijkt ten koste van de vennootschap, NBW niet op de hoogte gesteld van zijn activiteiten binnen en buiten EES, zonder schriftelijke toestemming nevenactiviteiten verricht en zijn geheimhoudingsplicht geschonden. Als werknemer kan hem opzet of bewuste roekeloosheid worden verweten (art. 7:661 BW) en handelen in strijd met goed werknemerschap, althans wanprestatie door zijn gewraakte handelen.

3.3.2. Het hof heeft in rov. 5 naar aanleiding van grief I het volgende, zakelijk samengevat, overwogen. NBW heeft welbewust haar vorderingen gebaseerd op de grondslag onrechtmatige daad teneinde de zaak te kunnen laten beredden door de rechtbank en niet door de kantonrechter. In het bevoegdheidsincident heeft NBW uitdrukkelijk aangevoerd dat niet de arbeidsverhouding de grondslag is van haar vordering maar de bij dagvaarding gestelde onrechtmatige daad. Bij dat standpunt is zij tijdens het verdere verloop van de procedure gebleven. Daarom moet worden aangenomen dat NBW haar vordering uitsluitend beoordeeld

wenste te zien op basis van haar kwalificatie van de rechtsverhouding als onrechtmatige daad, en hebben Schieke c.s. zich terecht beroepen op HR 15 mei 1998, nr. 16590, NJ 1998, 625. Op grond hiervan heeft het hof grief I verworpen. (rov. 5)

3.3.3. Onderdeel I van het middel klaagt, kort en zakelijk samengevat, dat het hof aldus heeft miskend dat Schieke procesueel in een andere positie verkeerde dan Braun, De Baar en Groeneveld, omdat, anders dan laatstgenoemden, Schieke geen beroep had gedaan op de onbevoegdheid van de rechtbank en dus geen partij was in het bevoegdheidsincident, en voorts dat NBW in hoger beroep voor de grondslag van de vordering tegen Schieke alsnog, met feitelijke onderbouwing, heeft betoogd dat haar vordering beoordeeld diende te worden op de basis van art. 2:9 en 7:661 BW en niet (meer) uitsluitend op grond van onrechtmatige daad. Mocht het hof grief I in beperktere zin hebben opgevat, namelijk dat daarmee slechts erover werd geklaagd dat de rechtbank heeft nagelaten de vordering ambtshalve op grond van art. 48 (oud) Rv. op de grondslag van die bepalingen te beoordelen, dan heeft het hof miskend dat het NBW vrijstond in hoger beroep alsnog haar vordering op die grondslagen te baseren.

3.3.4. Het hof heeft in rov. 2 en 3 van het bestreden arrest overwogen:

“2. Door Schieke en Braun is bij MvA tegen-
geworpen dat het beroep op art. 2:9 BW een
onaanvaardbare ommezwaai is, strijdig met de
eisen van een goede procesorde, nu over een
opzettelijk verwijtbaar tekortschieten als daar
geformuleerd in eerste aanleg niets is gesteld.
NBW heeft in prima bewust gekozen voor be-
oordeling van de zaak op basis van onrechtma-
tige daad; er is dan geen ruimte meer voor een
ambtshalve taak van de rechter. Aldus het ver-
weer.

3. Door De Baar en Groeneveld is tegengewor-
pen dat NBW in het bevoegdheidsincident – en
ook verder in de procedure – uitdrukkelijk ge-
kozen had voor de grondslag onrechtmatige
daad teneinde te ontkomen aan de exclusieve
bevoegdheid van de Kantonrechter, en dat het
dan niet aangaat om vervolgens van de Recht-
bank toch te verlangen om – ambtshalve ex art.
25 Rv – de arbeidsrechtelijke bepalingen toe te
passen.”

Mede in het licht van de vermelding door het
hof van deze verweren moet het hof in

rov. 5 overweegt zo worden begrepen dat naar
het oordeel van het hof een wijziging door
NBW in hoger beroep van de grondslag van
haar vordering tegen Schieke, zoals die wijzi-
ging onmiskenbaar besloten ligt in het betoog
van NBW in het kader van grief I en door
Schieke ook klaarblijkelijk als zodanig is begre-
pen, in strijd was met de eisen van een goede
procesorde omdat NBW, teneinde haar vorde-
ring aan de rechtbank te kunnen voorleggen,
bewust voor de grondslag onrechtmatige daad
had gekozen. Aldus heeft het hof zijn arrest on-
voldoende gemotiveerd. Op grond van art.
2:241 BW was immers de rechtbank bevoegd
in eerste aanleg kennis te nemen van de vorde-
ring tegen Schieke, óók voor zover deze vorde-
ring was gebaseerd op de arbeidsovereenkomst
tussen Schieke en NBW, zodat een aanvanke-
lijk bewuste keuze voor de grondslag onrecht-
matige daad geen invloed kon uitoefenen op de
bevoegdheid van de rechtbank. Daarom is niet
begrijpelijk op grond waarvan die keuze rele-
vant kon zijn voor de beoordeling op de voet
van art. 130 Rv. van de toelaatbaarheid van de
wijziging van de grondslag van de vordering in
hoger beroep. Bovendien is onbegrijpelijk dat
het hof in dit verband betekenis heeft toege-
kend aan de stellingname van NBW in het be-
voegdheidsincident, nu in dat incident de vorde-
ring tegen Schieke niet ter discussie kon staan
en, bij gebreke van een beroep door Schieke op
de onbevoegdheid van de rechtbank, ook niet
ter discussie stond. De op een en ander gerich-
te klachten van het onderdeel slagen terwijl het
voor het overige geen behandeling behoeft.

3.4.1. Met grief II keerde NBW zich tegen met
name rov. 3.3 en 3.5 van het vonnis van de
rechtbank (zie hiervoor in 3.2.3). Zij betoogde
in dat verband, zakelijk samengevat, het vol-
gende. De rechtbank heeft de activiteiten van
Schieke c.s. ten onrechte gekwalificeerd uitslui-
tend als daden die verband houden met de uit-
voering van de arbeidsovereenkomst dan wel
met de taakvervulling als bestuurder en ten on-
rechte geoordeeld dat hun belangenverstreng-
eling niet los te zien zou zijn van hun hoeda-
nigheid. De art. 2:9 en 7:661 BW sluiten niet
uit dat een werknemer of bestuurder uit on-
rechtmatige daad aansprakelijk is ook indien
zijn handelen tevens schending van zijn con-
tractuele verplichtingen oplevert. De handelin-
gen die Schieke c.s. worden verweten, moeten
worden aangemerkt als een onrechtmatige

daad zodat op die grond de vordering tot schadevergoeding toewijsbaar is. Dat wordt niet anders door het enkele feit dat zij misbruik hebben gemaakt van hun positie als werknemer respectievelijk bestuurder.

Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van toerekenbaar onrechtmatig handelen spelen art. 2:9 respectievelijk 7:661 BW weliswaar geen rol meer, maar indien rekening ermee zou moeten worden gehouden dat krachtens die artikelen "alledaagse fouten" niet tot aansprakelijkheid zouden leiden, zou het schuldvereiste dat aan de orde komt in het kader van het toerekenbaarheidsvereiste, kunnen worden ingekleurd door die beide artikelen. Bovendien, als die bepalingen wel zouden moeten worden toegepast, geldt dat Schieke c.s. opzettelijk hebben gehandeld, en dat daarmee geheel is voldaan aan de maatstaven van de genoemde bepalingen, zodat zij veroordeeld hadden moeten worden tot schadevergoeding. Overigens bepaalt art. 7:661 lid 1 BW dat uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, kan voortvloeien dat ook aansprakelijkheid bestaat buiten het geval van schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid, aldus NBW.

3.4.2. Hetgeen het hof ten aanzien van deze grief heeft overwogen kan als volgt worden samengevat. In de art. 2:9 en 7:661 BW is voor de aansprakelijkheid van de bestuurder en de werknemer een aanmerkelijk stringentere maatstaf neergelegd dan in art. 6:162 BW. Daarom bevatten eerstgenoemde artikelen een exclusieve bijzondere regeling die geen plaats laat voor de algemene regels van onrechtmatige daad. Zij hebben het karakter van *lex specialis*, die niet omzeild mag worden door op een ruimere grondslag te procederen, zeker niet terwijl het gevolg is dat dan de exclusief bevoegde kantonrechter van de zaak wordt afgehouden en er in elk geval een gehele feitelijke instantie verloren gaat. De klacht dat de rechtbank tot de conclusie had moeten komen dat Schieke c.s. de gewraakte handelingen volledig opzettelijk hebben verricht zodat aan de *lex specialis* geheel is voldaan en zij tot schadevergoeding hadden moeten worden veroordeeld, komt neer op de klacht dat de rechtbank art. 2:9 en 7:661 BW ambtshalve had moeten toepassen en gaat dus evenmin als grief I op. Het hof verenigt zich met de beslissing van de rechtbank die terecht en op goede gronden is gegeven. Op grond

hiervan heeft het hof grief II verworpen. (rov. 7)

3.4.3. Onderdeel II van het middel keert zich hiertegen met een aantal rechts- en motiveringsklachten, die alle in essentie teruggrijpen op het betoog dat NBW in het kader van grief II heeft gehouden en dat hiervoor in 3.4.1 is samengevat. Het onderdeel stelt in de kern de vraag aan de orde of art. 7:661 BW en art. 2:9 BW in de weg staan aan toewijzing van de op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen tegen Schieke c.s.

3.4.4. Bij de beantwoording van deze vraag moet het volgende worden vooropgesteld. Art. 2:9 BW houdt een norm in voor het handelen van een bestuurder van een rechtspersoon bij de vervulling van de hem opgedragen taak. In de rechtspraak is aangenomen dat aansprakelijkheid wegens schending van die norm slechts bestaat indien de bestuurder van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Art. 7:661 BW bevat een norm ter zake van de vergoeding van schade die door de werknemer aan de werkgever of aan een derde is toegebracht bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Eerst indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is hij jegens de werkgever aansprakelijk voor de door hem toegebrachte schade.

De beide bepalingen impliceren dus een beperking van de aansprakelijkheid van de bestuurder respectievelijk werknemer voor schade die zij, kort gezegd, binnen de uitoefening van hun werkzaamheden, hebben toegebracht. De reikwijdte van die bepalingen is evenwel niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst. Zij zullen evenzeer toepassing kunnen en moeten vinden indien, onafhankelijk van een dergelijke toerekenbare tekortkoming, sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij de taakvervulling van de bestuurder respectievelijk bij de uitvoering door de werknemer van de arbeidsovereenkomst. Hetzelfde moet worden aangenomen in het daarvan te onderscheiden geval dat de bestuurder of werknemer verweten onrechtmatige daad in zodanig verband staat met die taakvervulling of uitvoering, dat de strekking van de desbetreffende bepaling (art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW) zich tegen een verder-

gaande aansprakelijkheid verzet.

3.4.5. Op grond van het voorgaande en in het licht van de grieven van NBW, meer in het bijzonder grief II (zie hierboven in 3.4.1), diende het hof, afgezien van de voor de aansprakelijkheid van Schieke als bestuurder in hoger beroep primair gekozen arbeidsrechtelijke grondslag, op de door NBW aangevoerde grondslag onrechtmatige daad, de vraag te beantwoorden

a. of onafhankelijk van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voor de bestuurder respectievelijk werknemer voortvloeit uit zijn (arbeids)overeenkomst, sprake was van een onrechtmatige daad van Schieke c.s. en, zo ja,

b. wat ter bepaling van de aansprakelijkheid van Schieke c.s., de in art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW neergelegde maatstaven meebrengen.

3.4.6. Uit het vorenoverwogene volgt dat het hof, gesteld voor de zojuist genoemde vraag, in rov. 7 heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting. Dat art. 2:9 BW of art. 7:661 BW een "stringentere" maatstaf bevat dan art. 6:162 BW is immers, anders dan het hof oordeelde, niet beslissend voor het antwoord op de vraag onder (a) terwijl het heeft miskend dat eerst nadat die vraag zou zijn beantwoord, de vraag onder (b), betreffende de aan te leggen maatstaven, aan de orde zou komen.

Voorts heeft het hof ten onrechte in dit verband betekenis gehecht aan de omstandigheid dat Schieke c.s., dat wil zeggen: Braun, De Baar en Groeneveld (zie hiervoor in 3.3.4), van de (kanton)rechter zouden zijn afgetrokken en dat een feitelijke instantie verloren zou zijn gegaan. Van het een noch het ander was immers sprake, nu de rechtbank als rechter in eerste aanleg zich bevoegd had verklaard van alle vorderingen op de door NBW gestelde grondslag onrechtmatige daad kennis te nemen en dit niet verder door Braun, De Baar en Groeneveld is betwist.

De op een en ander gerichte klachten van het onderdeel slagen, terwijl het voor het overige geen behandeling behoeft.

3.4.7. Onderdeel III mist zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 4 augustus 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt Schieke c.s. in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. Dit arrest gaat over de verhoudingen tussen de art. 6:162, 2:9 en 7:661 BW.

2. De bestuurder van Holding Nutsbedrijf Westland NV ("NBW") en een aantal werknemers hadden een vennootschap opgericht, waaraan zij opzettelijk bepaalde voordelen lieten toevallen die NBW toekwamen. NBW stelde tegen de bestuurder en zijn medewerkers een vordering in op de grondslag van art. 6:162 BW. In een bevoegdheidsincident, waaraan de bestuurder niet meedeed (art. 2:241 BW), werd gestreden over de vraag of niet de rechtbank, maar de kantonrechter bevoegd was. De werknemers betoogden dat de vordering betrekking had op een arbeidsovereenkomst. Het beroep op onbevoegdheid werd verworpen, omdat de vordering blijkens de dagvaarding uitdrukkelijk op onrechtmatige daad was gegrond. Dit wreekte zich in de feitelijke instanties. Nu NBW zo uitdrukkelijk had gekozen voor de gewone onrechtmatige daad en dat in het incident nog eens had benadrukt, stond het de rechter niet meer vrij om de rechtsgronden aan te vullen op de voet van art. 48 (oud) Rv. De vordering werd vervolgens in twee instanties afgewezen, ook tegen de bestuurder. Rechtbank en hof oordeelden – kort samengevat – dat de strekking van de art. 2:9 en 7:661 BW zich tegen toepassing van art. 6:162 BW verzet, omdat de toepassing van deze laatste bepaling eerder tot aansprakelijkheid zal leiden dan de toepassing van art. 2:9 en 7:661 BW. Het hof voegde daaraan toe, dat aan toepassing van deze artikelen in hoger beroep in de weg staat, dat de gedaagden (met uitzondering van de bestuurder) van de kantonrechter waren weggetrokken en van een feitelijke instantie waren beroofd door de aanvankelijke keuze voor art. 6:162 BW.

3. De Hoge Raad casseert. De kern van de beslissing komt hier op neer:

- i. de art. 2:9 en 7:661 BW impliceren een beperking van aansprakelijkheid;
- ii. de reikwijdte van die bepalingen is niet beperkt tot vorderingen die zijn gebaseerd op

een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voortvloeit uit de (arbeids)overeenkomst;

iii. zij zullen toepassing kunnen en moeten vinden indien sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij de taakvervulling van de bestuurder, respectievelijk bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst door een werknemer;

iv. hetzelfde geldt als die onrechtmatige daad in zodanig verband staat met die taakvervulling of uitvoering, dat de strekking van die bepalingen zich tegen een verdergaande aansprakelijkheid verzet;

v. het hof had dus de vragen moeten beantwoorden, óf sprake is van een onrechtmatige daad en zo ja, wat ter bepaling van de aansprakelijkheid van bestuurder en werknemers, de in art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW neergelegde maatstaven meebrengen.

4. Het civiele recht bevat – anders dan het strafrecht – geen voorrangregels die de weg wijzen in geval van samenloop van rechtsgronden. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan, hetgeen betekent dat de eiser zich kan beperken tot het stellen van feiten en zelf geen toepasselijke rechtsgrond of rechtsgronden hoeft aan te wijzen. De hoofdregel is dan ook, dat alle toepasselijke rechtsgronden cumulatief gelden. Exclusieve toepasselijkheid van privaatrechtelijke rechtsgronden is uitzondering en geldt alleen als de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt (HR 28 juni 1957, NJ 1957, 51 (*Erba*)). Of exclusiviteit “onvermijdelijk” is, moet door rechtsvinding worden bepaald. Brunner (“Beginselen van samenloop”) noemt twee noodzakelijke voorwaarden voor exclusiviteit: (i) de bijzondere regeling moet een deelregeling zijn van de algemene; (ii) beide regelingen moeten tot gelijksoortige rechtsgevolgen leiden. Die eerste voorwaarde behoeft enige toelichting: alleen als de feiten die de bijzondere regeling toepasselijk maken óók (steeds) de algemene regeling toepasselijk maken, is sprake van een deelregeling. Naast deze twee noodzakelijke voorwaarden geldt de voldoende voorwaarde, dat de bijzondere regeling voor de rechthebende ongunstiger moet zijn dan de algemene, omdat zij anders geen bestaansrecht heeft en nooit zou worden toegepast. Is aan deze voorwaarden voldaan, dan geldt het adagium “lex specialis derogat legi generali”. Eenvoudiger gezegd: van een exclusieve bijzondere

regel is alleen sprake als die regel toepassing vindt in een bijzondere situatie, waarin ook de algemene regel toepasselijk zou zijn, maar de wetgever aan die bijzondere situatie een ander, minder verstrekkend gevolg wilde verbinden dan het gevolg dat bij toepassing van de algemene regel zou intreden.

5. Van *leges speciales* met exclusieve werking is volgens de “methode Brunner” in het onderhavige geval sprake. Ook A-G Timmerman lijkt hiervan uit te gaan. Art. 2:9 respectievelijk 7:661 BW “passen” steeds op het feitencomplex waarop ook de grondslag van art. 6:162 BW zou passen; er wordt slechts de bijkomende eis gesteld dat de dader bestuurder respectievelijk werknemer is. Toepassing van de art. 2:9 respectievelijk 7:661 BW is dus slechts mogelijk in het bijzondere geval dat de dader in een statutaire respectievelijk op arbeidsovereenkomst gebaseerde verhouding staat tot vennootschap. De uitkomsten zijn gelijksoortig: aansprakelijkheid van de dader. Tenslotte geldt, en dat geeft de art. 2:9 en 7:661 BW ten opzichte van art. 6:162 BW bestaansrecht, dat deze bepalingen voor de gelaedeerde (i.c. NBW) ongunstiger zijn dan art. 6:162 BW: de dader wordt beschermd tegen een voor de gelaedeerde gunstiger toerekeningsregime.

6. Over de ratio van dit gunstiger toerekeningsregime zal ik kort zijn. Een bestuurder moet kunnen ondernemen en dat vergt dat hem of haar een zekere foutmarge wordt gegund. Een werknemer staat bloot aan “kansen op schaden die in omvang staan buiten verhouding tot het bedrag van het loon waarvoor den arbeider den arbeid op zich heeft genomen”, aldus de Hoge Raad al op 26 juni 1959 (NJ 1959, 551).

7. Het toerekeningsregime is geschreven voor de *contractuele* verhouding waarin de bestuurder, respectievelijk de werknemer staat tot de vennootschap/ werkgever, maar haar reikwijdte strekt zich onder omstandigheden uit tot voorbij de toerekenbare tekortkoming. De art. 2:9 en 7:661 BW zullen, aldus de Hoge Raad, óók toepassing moeten vinden indien sprake is van een onrechtmatige daad die is begaan bij – kortweg – de bestuurlijke taakvervulling respectievelijk de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, of daarmee in een zeker verband staat, *onafhankelijk van een dergelijke toerekenbare tekortkoming*. Dat is

niet nieuw. Een verbintenis om zich te onthouden van "opzettelijke, stelselmatige en heimelijke, ongeoorloofde zelfverrijking", zoals het middel het uitdrukt, zal niet rechtstreeks uit de statuten of de arbeidsovereenkomst voortvloeien. De gedragingen bevinden zich als het ware buiten het contractueel geregelde gebied en zijn los van de gemaakte afspraken onrechtmatig, of, zoals A-G Timmerman het zegt, zij bevinden zich "op de grens van art. 2:9 BW en 7:661 BW".

8. In een dergelijk geval is het volgens de Hoge Raad niet vereist dat de vennootschap haar vordering grondt op art. 2:9 respectievelijk art. 7:661 BW. Het "derogat" van het adagium moet zo worden verstaan, dat art. 6:162 BW mag worden toegepast, zij het met gelijktijdige toepassing van de uit art. 2:9 en 7:661 BW voortvloeiende toerekeningsbeperkingen.

9. HR 22 november 1996, NJ 1998, 567, aangehaald door A-G Timmerman, werd door Brunner al op deze manier verstaan. Het ging in dat arrest om samenloop van de rechtsgrond onrechtmatige daad en de contractuele rechtsgrond "het willens en wetens in bruikleen geven van een gebrekkige zaak". Hoewel in dat arrest de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt dat in het gegeven geval de bruikleenbepaling art. 7A:1790 BW "bij uitsluiting" van toepassing is en de strekking van die bepaling "zich verzet tegen de toepasselijkheid van de bepalingen ter zake van onrechtmatige daad", meende Brunner dat de Hoge Raad ook toen al niet bedoelde dat de leners niet uit onrechtmatige daad kan *ageren*, maar alleen dat aansprakelijkheid van de uitlener ook in het geval de leners onrechtmatige daad aan zijn vordering ten grondslag legt niet verder gaat dan die uit art. 1790. Hoewel de uitleg van Brunner wat gekunsteld aandoet in het licht van de tekst van het arrest, kiest de Hoge Raad thans uitdrukkelijk voor de uitleg van Brunner.

10. De benadering van de Hoge Raad past in een systematiek, waarin subjectieve rechten en niet rechtsvorderingen ("acties") centraal staan. Het "inkleuren" van een algemene regel met behulp van een specifieke regel is echter alleen juist voor zover daadwerkelijk sprake is van een derogerende speciale regel. Het resultaat is immers, dat een situatie die met opzet onder het bereik van een speciale regel is

gebracht omdat in die situatie bijzondere gevolgen op hun plaats zijn, niet alsnog als een "standaardgeval" wordt behandeld doordat de eiser kan kiezen voor toepassing van de algemene regel. Buiten deze gevallen is het aldus inkleuren van een algemene regel verdacht, omdat de rechtszekerheid in het gedrang komt: een regel kan met behulp van deze methode worden toegepast buiten haar toepassingsgebied. In de beschikking van 3 mei 2007 inzake ABN Amro kleurde de Ondernemingskamer art. 2:8 BW in met behulp van art. 2:107a BW. Die zaak is onder de rechter en ik was betrokken, dus ik onthoud mij van commentaar. Ik signaleer dit geval slechts als een voorbeeld van de problematiek die hier aan de orde is.

11. Art. 2:9 BW is overigens niet in alle gevallen een *lex specialis* van art. 6:162 BW. Een bestuurder kan immers hoofdelijk naast de andere bestuurders aansprakelijk zijn jegens de vennootschap door het enkele feit dat hij of zij naast de dader zitting heeft in het bestuur. In dat geval vestigt art. 2:9 BW aansprakelijkheid voor de gedragingen van een andere bestuurder, waaraan de "meegetrokken" bestuurder alleen met een beroep op de individuele disculpatiegrond kan ontsnappen ("(...) tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen ervan af te wenden."). Art. 6:162 BW vestigt geen aansprakelijkheid voor de gedragingen van een ander. Ik geloof ook niet dat indien vast staat dat een bestuurder geen beroep op de disculpatiegrond van art. 2:9 BW toekomt, reeds daardoor sprake is van onrechtmatig *nalaten* in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. De collectieve aansprakelijkheid van art. 2:9 BW raakt aan risicoaansprakelijkheid en die wordt niet "zomaar", zonder wettelijke regeling, gevestigd door Titel 3 van Boek 6 BW.

12. Het arrest werd ook besproken door J.B. Wazeman in Ondernemingsrecht 2007-5 en door J.M.M. Maeijer in NJ 2007, 240.

P.D. Olden
advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam