

## Aanvaarding risicobeginsel bij schijn van volmachtverlening

Mr. H.P. Plas , datum 25-05-2010

**Datum**

25-05-2010

**Auteur**

Mr. H.P. Plas [M](#)

**Vakgebied(en)**

Verbintenissenrecht (V)

(HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (ING/Bera))

### 1. Inleiding

Art. 3:61 lid 2 BW brengt met zich mee dat de schijnvolmachtgever zelf de schijn van de aanwezigheid van een toereikende volmacht moet hebben gewekt. Zonder dit toedoen zal de wederpartij in principe niet worden beschermd, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 6 mei 1926 ( NJ 1926, 721 ( *Vas Dias/Salters*)). Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw hangt het risicobeginsel op initiatief van Schoordijk in de lucht als alternatief voor, dan wel als aanvulling op, het toedoenbeginsel. In het te bespreken arrest maakt het risicobeginsel een ogenschijnlijke vlucht naar voren.

### 2. Casus

Bera Holding is gevestigd in Suriname en is in 1998 opgericht door Berner en Ramkalup. Sinds 1999 houdt Berner alle aandelen in Bera Holding. Berner is als enige bevoegd om Bera Holding te vertegenwoordigen. In april 2003 heeft Berner bij ING ten name van Bera Holding een bankrekening geopend. Berner heeft daartoe een offerte van ING en een handtekeningkaart ondertekend. De bankafschriften met betrekking tot de bankrekening van Bera Holding, zijn op verzoek van Berner steeds verstuurd aan het adres van in Nederland gevestigde vennootschappen waarin Ramkalup de zeggenschap heeft.

ING heeft in de periode van 30 oktober 2003 tot en met 19 maart 2004 in opdracht van Ramkalup een aantal bedragen van in totaal € 210 000 van de bankrekening van Bera Holding afgeschreven ten gunste van vennootschappen van Ramkalup (Bera, Bera Commercials en Bera Distributie).

Berner heeft in mei 2004 aan ING medegedeeld dat met bepaalde overboekingen iets mis zou zijn.

Op 4 juli 2005 heeft ING een memo opgesteld betreffende een intern onderzoek naar de klachten van Bera Holding over deze overboekingen. In dit memo is onder meer vermeld dat:

- i. Ramkalup bij ING bekend is als vertegenwoordiger van Bera Holding, Bera, Bera Commercials en Bera Distributie;
- ii. Berner in februari 2005 verzocht om de bankafschriften naar Paramaribo te sturen en deze bankafschriften tot dat moment werden gestuurd aan het adres van Bera Commercials;
- iii. dat de contacten van Bera Holding wegens het verblijf van Berner in Suriname werden onderhouden door Ramkalup en dat Ramkalup door Berner bij ING werd vergezeld indien Berner in Nederland was;
- iv. dat er vanaf de opening van de bankrekening van Bera Holding tot februari 2005 nimmer klachten waren over door Ramkalup gegeven telefonische opdrachten zodat ING in de overtuiging verkeerde dat Ramkalup bevoegd was om namens Bera Holding op te treden; en
- v. dat na controle bleek dat Berner vanaf de opening van de bankrekening als enige bevoegd was betalingen te verrichten vanaf de bankrekening.

### 3. Procesverloop

Bera Holding heeft ING gedagvaard voor de Rechtbank Amsterdam. Daarbij heeft Bera Holding gevorderd voor recht te verklaren dat ING in strijd met de tussen partijen bestaande overeenkomst en zonder daartoe opdracht te hebben verkregen van Bera Holding dan wel van een daartoe bevoegde vertegenwoordiger van Bera Holding, de onderhavige bedragen van in totaal € 210 000 heeft overgemaakt op bankrekeningen van Bera dan wel Bera Commercials.

ING heeft primair als verweer gevoerd dat Bera Holding de schijn heeft gewekt dat Ramkalup over een toereikende volmacht beschikte om haar te vertegenwoordigen (art. 3:61 lid 2 BW).

De rechtbank stelt voorop dat ING gehouden is geen opdrachten van onbevoegden uit te voeren ten laste van de bankrekeningen van haar cliënten, dat ING zich van de bevoegdheid van degene die opdracht tot betaling verstrekken dient te vergewissen en dat ING daaraan in het onderhavige geval niet heeft voldaan. Daarbij verwerpt de rechtbank het verweer van ING, dat zij heeft mogen aannemen dat Ramkalup bevoegd was Bera Holding te vertegenwoordigen. De rechtbank wijst de vordering van Bera Holding toe, behoudens voor wat betreft een bedrag van € 3000. Dat laatste bedrag was overgeboekt naar Bera Distributie, welke vennootschap niet in het petitum stond genoemd.

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft ING hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank. Nu ING haar contractuele verplichtingen om de bevoegdheid van Ramkalup te verifiëren zou hebben verzaakt, kan ING volgens het hof slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een beroep doen op de schijn van volmachtverlening, omdat behoudens zulke omstandigheden ING niet op de schijn van volmachtverlening mocht afgaan.

Als omstandigheid voerde ING onder meer aan dat Bera Holding niet binnen redelijke termijn na ontvangst van de bankafschriften had geprotesteerd tegen de betalingen waarvoor Ramkalup opdracht had gegeven. Het hof acht de door ING aangevoerde omstandigheden niet voldoende om het beroep van ING op art. 3:61 lid 2 BW te honoreren. Onder meer overweegt het hof dat dit niet anders maakt dat Bera Holding er zelf voor heeft gekozen om de bankafschriften naar een adres in Nederland te laten sturen, aangezien ING daarmee bekend was en er dus rekening mee moest houden dat Bera Holding met vertraging van die bankafschriften kennis zou nemen. Het hof verklaart ING niet-ontvankelijk en bekrachtigt het eindvonnis van de rechtbank. Tegen het arrest van het hof heeft ING beroep in cassatie ingesteld.

#### 4. Cassatiemiddel

Het cassatiemiddel houdt onder meer in dat het hof zou hebben miskend dat toerekening van een handeling van de schijngevolmachtigde aan de schijnvolmachtgever ook mogelijk zou zijn wanneer de feiten en omstandigheden die de schijn van volmachtverlening hebben doen ontstaan, naar de verkeersopvatting voor risico van de schijnvolmachtgever komen. Door te overwegen dat ING slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een beroep op schijn van volmachtverlening zou kunnen doen, zou het hof een onjuiste, want te strenge maatstaf hebben aangelegd.

#### 5. Hoge Raad

Als maatstaf bij de beoordeling van het cassatiemiddel formuleert de Hoge Raad onder r.o. 3.4:

'Bij de beoordeling van de door ING aangevoerde stellingen moet uitgangspunt zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval ING gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan M. Ramkalup op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van Bera Holding komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.'

#### 6. Historisch perspectief

Reeds ruim voor de invoering van het NBW is in de literatuur verdedigd dat dit toedoenbeginsel te weinig ruimte zou bieden voor bescherming van de wederpartij en dat dit beginsel zou moeten worden aangevuld of vervangen. Betoogd werd ook wel dat het vertrouwen van de wederpartij niet alleen dient te worden beschermd indien er sprake is van een toedoen door de schijnvolmachtgever, maar ook indien de schijn van bevoegdheid is opgewekt door omstandigheden die in de risicosfeer van de schijnvolmachtgever liggen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de invoering van het NBW kan worden opgemaakt dat hij vasthoudt aan het toedoenbeginsel, maar dat dit beginsel wordt opgerekt in de richting van het risicobeginsel. Zo mag onder omstandigheden worden aangenomen dat in een functie besloten ligt dat aan de functionaris een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van de functie voortvloeien. Het toedoen kan ook bestaan uit gedragingen die op aan de schijnvolmachtgever toe te rekenen wijze een situatie in het leven hebben geroepen en hebben laten voortbestaan die onder omstandigheden voor de wederpartij geen aanleiding behoeften te geven enig onderzoek te verrichten naar of enige twijfel te hebben omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de schijngevolmachtigde. Daarnaast is uitgemaakt dat de schijn van vertegenwoordiging, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, ook door een niet-doen kan worden gewekt, waarbij het niet ter zake doet of een gedeelte van de omstandigheden waarop de schijn van bevoegdheid berust zich heeft voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst. Onder toepassing van het toedoenbeginsel mag worden aangenomen dat gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gewekt door het laten voortbestaan van een bepaalde situatie.

Kortmann schrijft in zijn noot onder HR 26 september 2003, *JOR* 2004/32 (*Regiopolitie/Hovax*) dat de ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad het beeld oproept dat het vertrouwen van de wederpartij niet alleen bescherming verdient

wanneer de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is gewekt door verklaringen of gedragingen van de schijnvolmachtgever, maar ook indien deze is gewekt door feiten en omstandigheden die in de risicosfeer van de schijnvolmachtgever liggen. Het toedoenbeginsel wordt opgerekt, het moet worden aangevuld met de risicogedachte. In zijn conclusie voor HR 26 september 2008 ( *JOR* 2008/331) schrijft A-G Timmerman:

'Een dergelijke benadering lijkt mij alleszins te verantwoorden, nu van algemene bekendheid is dat talloze gevolmachtigden van een rechtspersoon niet in het handelsregister zijn ingeschreven. Het rechtsverkeer is er niet mee gediend dat de wederpartij steeds wordt belast met een onderzoeksplicht. Risicoverdeling kan in die gevallen op zijn plaats zijn.'

## 7. Bespreking arrest

In het arrest *ING/Bera* heeft de Hoge Raad de exclusiviteit van het toedoenbeginsel ten faveure van het risicobeginsel losgelaten. De Hoge Raad oordeelt dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de schijngevolmachtigde ook plaats kan zijn ingeval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de schijngevolmachtigde op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de schijnvolmachtgever komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.

Deze aanvaarding van het risicobeginsel bevat de volgende bestanddelen:

- 1 gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij op volmachtverlening aan de schijngevolmachtigde;
- 2 op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de schijnvolmachtgever komen;
- 3 waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.

Het eerste bestanddeel sluit aan bij de tekst van art. 3:61 lid 2 BW:

'(...) heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend (...).'

Het bestanddeel kent een subjectief element ('vertrouwen') en een objectief element ('gerechtvaardigd' vertrouwen). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 september 2003 ( *NJ* 2004, 460 (*Regiopolitie/Hovax*)) bepaald dat:

'indien de wederpartij op grond van de bijzonderheden van het concrete geval mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, het in de regel voor de hand zal liggen dat zij (die wederpartij) ook daadwerkelijk op de bevoegdheid van de tussenpersoon heeft vertrouwd zodat daarvan dan ten processe moet worden uitgegaan, tenzij degene in wiens naam gehandeld is, het tegendeel aannemelijk weet te maken.'

Indien het objectieve element ten processe is komen vast te staan, rust op de schijnvolmachtgever zodoende een verzwaarde motiveringsplicht ter zake van het ontbreken van het daadwerkelijke vertrouwen (het subjectieve element). Het derde bestanddeel zal ik nu eerst bespreken. Het bestanddeel is namelijk een invulling van het objectieve element 'gerechtvaardigd' vertrouwen dat staat opgenomen in het eerste bestanddeel. Het criterium dat naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid dient te kunnen worden afgeleid, is reeds door de Hoge Raad gehanteerd in zijn arrest van 9 oktober 1998 ( *NJ* 1999, 581 (*Hartman/Bakker*)). Daarin sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de wederpartij heeft aangenomen en in de gegeven omstandigheden heeft mogen aannemen dat in de aanstelling door de schijnvolmachtgever van de schijngevolmachtigde besloten ligt dat hem een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van deze functie voortvloeien. Naar aanleiding van dit arrest concludeert Memelink (*De Verkeersopvatting*, 2009) dan ook dat de verkeersopvatting bij toepassing van art. 3:61 lid 2 BW als beslissingscriterium wordt gebruikt om invulling te geven aan de vraag of gerechtvaardigd is vertrouwd op opgewekte schijn bij volmachtverlening.

Het wezenlijk nieuwe aspect in de rechtspraak van de Hoge Raad is het tweede bestanddeel, namelijk dat het gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gegrond op feiten en omstandigheden die voor risico van de schijnvolmachtgever komen. Hiermee wijkt de Hoge Raad af van zijn eerdere eis dat de schijn van volmacht door toedoen van de schijnvolmachtgever dient te zijn opgewekt. Behalve dat de feiten en omstandigheden 'voor risico' van de schijnvolmachtgever moeten komen, bevat de formulering voor wat betreft de toerekening geen verdere handvatten. De Hoge Raad had ervoor kunnen kiezen aan te sluiten bij het criterium voor toerekening van een onrechtmatige (overheids)daad aan een derde, waarbij de verkeersopvattingen als norm worden gehanteerd. Door dit niet te doen heeft de Hoge Raad mogelijk nadrukkelijk tot uitdrukking willen brengen dat het risicobeginsel door hem wordt aanvaard. Een verklaring zou ook kunnen zijn dat de Hoge Raad andere toerekeningsgronden zoals schuld en wet, niet heeft willen uitsluiten. De toekomstige rechtspraak zal de omvang van het risicobeginsel moeten uitmaken.

## 8. Conclusie

De wettekst biedt weinig ruimte voor een zuivere toepassing van het risicobeginsel. Omdat de elasticiteit van het toedoenbeginsel eindig is, komt de Hoge Raad met de aanvaarding van het risicobeginsel in het arrest *ING/Bera* terecht tegemoet aan de toename van de complexiteit van het maatschappelijke (handels)verkeer. Doordat het toedoenbeginsel

reeds gedeeltelijk werd ingevuld met de risicogedachte, is sprake van een - weliswaar late, doch - zachte landing. De reis van het risicobeginsel is evenwel nog niet ten einde.

Voetnoten



Mr. H.P. Plas is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.