

Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad

Geïllustreerd door een uitspraak over ‘gestolen’ omzet

*Mr. E. A. L. van Emden**

1 Inleiding

In 2023 verscheen mijn proefschrift over het toerekenen van andermans kennis aan de dader en/of aan de benadeelde in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹ In dit artikel bespreek ik eerst de toerekening van kennis in de bredere context van het algemene vermogensrecht (par. 2). Daarna ga ik in op de toerekening van externe kennis in de specifieke context van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 3). Ik leg daarbij uit dat de in omvang bescheiden rechtspraak weinig concrete kaders geeft (par. 4). Ondertussen is de eveneens niet erg omvangrijke literatuur over het onderwerp verdeeld over de toepasselijke maatstaf (par. 5). Ik leg vervolgens uit welke maatstaf volgens mij geldt, en waarom (par. 6). Die maatstaf zal ik aan het slot van dit artikel verduidelijken door de toepassing daarvan op een van de weinige relevante uitspraken over de toerekening van externe kennis in deze context, de uitspraak van de rechtbank Rotterdam over ‘gestolen’ omzet (par. 7 en 8). Daarop volgt een afronding (par. 9).

2 Toerekening van kennis in het algemeen: kader

Toerekening van kennis is het beschouwen van de kennis die zich bevindt bij de een als de kennis van de ander. In het vermogensrecht blijkt in uiteenlopende situaties behoefte te bestaan aan deze rechtsfiguur. Ik noem vier voorbeelden aan de hand van uitspraken van de Hoge Raad:

1. Voorsluijs verkoopt de door hem gehouden aandelen in een vennootschap. In die vennootschap zit een vervangingsreserve. De verkoop zou onrechtmatig zijn jegens de Belastingdienst als Voorsluijs bij de verkoop weet, of redelijkerwijs behoort te weten, dat de koper niet voornemens is om correct fiscaal af te wikkelen. Voorsluijs heeft deze kennis echter niet en behoorde deze kennis ook niet redelijkerwijs te hebben. De financiële adviseurs van Voorsluijs moesten volgens de Belastingdienst in de gaten hebben gehad dat de koper van de aandelen malafide fiscale intenties had. Dit zou namelijk blijken uit de wijze waarop de koop-

som was berekend. De Belastingdienst stelt dat deze (veronderstelde) kennis van de financiële adviseurs aan Voorsluijs moet worden toegerekend.²

2. Kupperts sluit bij WUH een lening die een verzekeringscomponent kent; bij arbeidsongeschiktheid hoeft Kupperts de lening niet terug te betalen. Op het aanvraagformulier vult Kupperts in dat haar geen ongeval is overkomen. Nadat Kupperts arbeidsongeschikt is geworden, blijkt echter dat zij enige maanden voor het sluiten van de overeenkomst met WUH onder medische behandeling stond vanwege een ongeval. WUH weigert kwijtschelding van de lening vanwege het verstrekken van onjuiste informatie door Kupperts. Kupperts stelt dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de keuringsarts over het ongeval en de gevolgen daarvan heeft ingelicht. Is de kennis die de keuringsarts zou hebben verkregen nu te beschouwen als kennis van WUH?³
3. Beleggers verstrekken geldleningen aan een voormalig tennisleraar, waarbij achteraf sprake blijkt te zijn geweest van een ponzizwendel (een soort piramidespel). De benadeelde beleggers spreken daarop de bank aan, omdat medewerkers van het Hilversumse bankfiliaal hadden moeten opmerken dat er sprake was van ongebruikelijke transacties die duiden op het verrichten van beleggingsdiensten zonder vergunning. De beleggers stellen: wat de verschillende medewerkers van het Hilversumse filiaal wisten, geldt als kennis van de bank.⁴
4. Peper en De Hart bezoeken de showroom van P&F en spreken daar met een handelsagent. Enige tijd later wordt een overeenkomst tot verkoop van kantoormeubilair gesloten. Het meubilair wordt geleverd, maar niet (volledig) betaald. Als P&F om betaling door Peper en De Hart vraagt, antwoorden zij dat een door hen gedreven coöperatie de koper was. De coöperatie is echter failliet. P&F spreekt Peper en De Hart aan tot nakoming van het koopcontract. Peper en De Hart blijken in het oriënterende ge-

* Mr. E.A.L. van Emden is advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag, fellow aan het OO&R (Radboud Universiteit Nijmegen) en redactielid van dit tijdschrift.

1 E.A.L. van Emden, *Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

2 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs).

3 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9345, NJ 1986/638 (Kupperts/WUH).

4 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Ponzi-zwendel).

sprek aan de handelsagent te hebben verteld dat zij hun bedrijf in de vorm van een coöperatie drijven. Heeft P&F deze informatie daarmee ook ontvangen?⁵

Het gaat hier om verschillende situaties en verschillende juridische vraagstukken. Volgens mij moet de toerekening van kennis in deze situaties telkens op een eigen wijze worden beoordeeld. Anders gezegd, duidelijkheid over de toerekening van kennis vergt eerst differentiatie; de hiervoor genoemde arresten moeten in categorieën worden geplaatst. Vervolgens moet per categorie een norm voor het toerekenen van kennis worden vastgesteld.

Een eerste afbakening is het verschil tussen interne kennis en externe kennis. Interne kennis is de kennis die zich bevindt bij functionarissen van een vennootschap en die, vanwege deze verbondenheid, als kennis van de vennootschap kan worden beschouwd.⁶ De arresten Ponzi-zwendel en P&F/Peper en De Hart vormen mijns inziens voorbeelden van (het bepleiten van) de toerekening van interne kennis.⁷ Externe kennis is het spiegelbeeld van interne kennis. Het gaat hierbij om de toerekening van kennis van een natuurlijk persoon die (juist) niet kan worden aangemerkt als een functionaris van de eiser of gedaagde aan wie men zijn kennis zou willen toerekenen. Gedacht kan worden aan de toerekening van de kennis van een (onafhankelijke) adviseur aan zijn opdrachtgever, of aan de toerekening van kennis van het ene gezinslid aan het andere gezinslid. De (veronderstelde) kennis van de adviseurs in Ontvanger/Voorsluijs en de (gestelde) wetenschap van de keuringsarts in Kupperts/WUH zijn voorbeelden van externe kennis. De Hoge Raad maakt duidelijk onderscheid tussen toerekening van interne kennis en externe kennis en heeft bepaald dat voor beide gevallen een aparte norm geldt.⁸ Ook in de literatuur wordt het maken van dit onderscheid als de heersende leer aangemerkt.⁹

Meer omstreden is of (eveneens) onderscheid gemaakt moet worden tussen (pre)contractuele gevallen en gevallen waarin een (pre)contractuele relatie tussen de eiser en de gedaagde ontbreekt. Eerder hebben Tjong Tjin Tai en Valk verdedigd

dat in beide situaties verschillende normen gelden.¹⁰ Ik deel hun opvatting. In (pre)contractuele verhoudingen vormt het gerechtvaardigd vertrouwen een bron van verbintenissen, zo leert ook art. 3:35 BW. Indien een (pre)contractuele verhouding tussen eiser en gedaagde ontbreekt, kan vertrouwen van de eiser, hoe gerechtvaardigd dan ook, als zodanig nog niet maken dat het gedrag van de gedaagde – door dat vertrouwen – onrechtmatig wordt.¹¹ Wat meer technisch uitgedrukt: gerechtvaardigd vertrouwen kan een verbintenis in het leven roepen, maar de plicht om niet onrechtmatig te handelen is geen verbintenis maar een kale rechtsplicht. Daarbij komt dat het gerechtvaardigd vertrouwen in (pre)contractuele sfeer subjectief wordt beoordeeld, terwijl bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van gedrag in beginsel een objectieve toetsing plaatsvindt.¹² Eensgezindheid op dit punt ontbreekt echter. Met name Jansen verdedigt dat zowel in contractuele context als in buitencontractuele context dezelfde norm moet gelden voor het toerekenen van (externe) kennis.¹³

Zo beschouwd zijn er volgens mij vier categorieën aan te duiden:

1. toerekening van externe kennis in gevallen waarin een (pre)contractuele verhouding tussen de eiser en gedaagde ontbreekt, zoals aan de orde in Ontvanger/Voorsluijs;
2. toerekening van externe kennis in gevallen waarin wel een (pre)contractuele verhouding bestaat tussen de eiser en de gedaagde, zoals het geval was in Kupperts/WUH;
3. toerekening van interne kennis bij de beoordeling van een onrechtmatiggedaadsvordering, zoals aan de orde in Ponzi-zwendel;
4. toerekening van interne kennis in gevallen waarin tussen eiser en gedaagde wel een (pre)contractuele verhouding bestond, zoals het geval was in P&F/Peper en De Hart.

Er is dan nog één situatie die buiten deze indeling valt, namelijk de toerekening van kennis in concernverband. De ene concernvennootschap is niet (steeds) een functionaris van de andere concernvennootschap, zodat niet (direct) sprake is van toerekening van interne kennis. De toerekening van externe kennis zoals hiervoor beschreven behelst het toerekenen van de kennis die zich bevindt bij een natuurlijk persoon; bij toerekening van kennis in concernverband gaat het echter om het toerekenen van de kennis die zich bevindt bij een vennootschap. Toerekening van kennis in concernverband is daarmee wat mij betreft een separaat leerstuk (categorie 5).

5 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576 (P&F/Peper en De Hart).

6 Onder vennootschap versta ik zowel een rechtspersoon, zoals een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, als een personenvennootschap, zoals een vof of eenmanszaak.

7 In P&F/Peper en De Hart vond uiteindelijk geen toerekening van kennis plaats. Overigens beschouwt R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, nrs. 3.1 en 4.1 dit arrest als een situatie waarin toerekening van externe kennis werd bepleit. In mijn proefschrift leg ik in par. 7.4.2 uit waarom ik meen dat in dit geval sprake was van een beroep op toerekening van interne kennis.

8 Zie met name HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs) en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgarde (Resort of the World/Maple Leaf).

9 Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 8.9.1.

10 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Toerekening van kennis en zorgvuldigheidsnorm*, Bb 2005/70, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Toerekening van kennis als systeem van plichten*, ORP 2020/27 en J.J. Valk, *Toerekening van externe kennis*; twee gezichtspunten, WPNR 2012, afl. 6949, p. 765-772.

11 Van Emden 2023, nr. 9.4.

12 Zie hierover Van Emden 2023, nr. 4.2.3.

13 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012. Jansen bepleit als maatstaf voor het toerekenen van (externe) kennis het gerechtvaardigd vertrouwen, zie vooral nrs. 3.7.5 en 5.2.7.

3 Toerekening van kennis in het algemene vermogensrecht: de spelregels in het kort

In deze paragraaf bespreek ik in het kort de regels voor de toerekening van interne kennis (categorie 3 en 4), de toerekening van interne en externe kennis in (pre)contractuele verhoudingen, waaronder begrepen toerekening van kennis bij volmachtverlening (soms vallend onder categorie 2 en 4) en de toerekening van kennis in concernverhoudingen (categorie 5). Het toetsingskader voor de toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad (categorie 1) komt in paragraaf 4 e.v. aan bod.

3.1 Toerekening van interne kennis: de Kleuterschool Babbel-norm

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten bepaald wat de norm is voor het toerekenen van interne kennis, dus het beschouwen van de kennis van een functionaris als de kennis van de vennootschap waaraan hij is verbonden.¹⁴ Dat is dezelfde norm als die geldt voor toerekening van gedrag van een functionaris aan een vennootschap, namelijk de Kleuterschool Babbel-norm.¹⁵ Voor het toerekenen van interne kennis zijn dus de verkeersopvattingen bepalend; is de kennis van de functionaris in het maatschappelijk verkeer aan te merken als kennis van de vennootschap? Deze maatstaf voor het toerekenen van interne kennis geldt zowel in (pre)contractuele gevallen als in (buiten)contractuele gevallen (categorie 3 en 4). De Kleuterschool Babbel-norm berust op een vereenzelvigingsgedachte; de vennootschap kan alleen handelen, of weten, via het gedrag, of weten, van een aan haar verbonden persoon (de functionaris). De verkeersopvattingen zijn een open norm. Met name Katan en Tjittes hebben uitgewerkt hoe deze norm nader moet worden ingevuld.¹⁶ Katan bespreekt eerst de zogenaamde standaardgevallen. Dit zijn gevallen waarin het hierna te bespreken art. 3:66 lid 2 BW toepassing vindt en (andere) gevallen waarin de functionaris die over de relevante wetenschap beschikt, betrokken is bij de rechtsverhouding waarvoor de kennis relevant is en het zijn taak was om te handelen op basis van die wetenschap. In dit soort standaardgevallen kan volgens Katan in beginsel toerekening van de interne kennis plaatsvinden.

Meer maatwerk is nodig wanneer sprake is van kennisversplintering, waarbij de functionaris die over de kennis beschikt niet betrokken is bij de rechtshandeling en/of degene was die moest handelen. In dat geval komt onder meer betekenis toe

aan de voorzienbare relevantie van de informatie, de strekking van de ingeroepen norm en de aanleiding voor het intern uitwisselen van informatie. Met hoedanigheidsproblematiek doelt Katan op de situatie waarin de functionaris de relevante informatie ‘met een andere pet op’ verkrijgt. Ook hier is maatwerk nodig, waarbij onder meer betekenis toekomt aan de plicht van de vennootschap om de interne informatiestromen goed te organiseren. Katan kent in (pre)contractuele verhoudingen ook veel betekenis toe aan het vertrouwensbeginsel. Daarmee wordt gedoeld op het gerechtvaardigd vertrouwen van de (beoogde) contractuele wederpartij van de vennootschap dat kennis binnen de vennootschap tijdig op de juiste plek terechtkomt. Tjittes vindt voor de toerekening van interne kennis onder meer van belang wat de feitelijke functie en positie van de functionaris is, wat de voorzienbare relevantie van de informatie is, en wat de aard en strekking is van de juridische norm in welk kader de toerekening van kennis wordt bepleit. De rechtspraak laat ook duidelijk zien dat de positie van de functionaris ertoe doet; hoe hoger de positie van de functionaris, des te minder motivering is nodig om zijn kennis aan de vennootschap toe te rekenen.¹⁷

3.2 Toerekening van externe kennis in (pre)contractuele gevallen: gerechtvaardigd vertrouwen

Waar het gaat om de toerekening van externe kennis, zien de literatuur en rechtspraak voornamelijk op de toerekening van wetenschap in (pre)contractuele gevallen.¹⁸ Veel betekenis komt hier toe aan het (subjectieve) gerechtvaardigd vertrouwen van een (beoogde) contractspartij dat de derde over relevante informatie beschikt en deze informatie met de (beoogde) wederpartij zal delen. Meer terughoudendheid voor het toerekenen van externe kennis in (pre)contractuele situaties geldt als er een toerekeningsdrempel bestaat, dat wil zeggen wanneer een verhoogde mate van schuld vereist is. Zo kan een beroep op een exoneratie stranden als sprake is van verwijtbaarheid van de gebruiker van het beding; die verwijtbaarheid ontbreekt soms als niet de gebruiker zelf maar een derde, zoals een hulppersoon van de gebruiker, over de relevante kennis beschikt.¹⁹

3.3 Toerekening van interne en externe kennis bij volmachtverlening: de leer van het grootste aandeel

Voor het toerekenen van (zowel interne als externe) kennis in geval van vertegenwoordiging geldt een specifieke wettelijke

¹⁴ HR 11 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2014, NJ 1990/554 (Los Gachos), HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7344, NJ 2005/576 (P&F/Peper en De Hart), HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs), HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. P. van Schilfgaarde (Resort of the World/Maple Leaf), HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:467, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (Mandir) en HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413, NJ 2021/295 m.nt. J.L. Smeehuijzen (HDI/Treston).

¹⁵ HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Babbel).

¹⁶ B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2017; Tjittes 2022.

¹⁷ Van Emden 2023, nr. 7.4.2.

¹⁸ Van Emden 2023, nr. 7.2. Zie voor de literatuur o.m. A.G. Castermans, De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase, Deventer: Kluwer 1992, p. 78, Jansen 2012, nr. 3.7.5, Tjittes 2022, hoofdstuk 3, Valk 2012, p. 770 e.v. en P.T.J. Wolters, Alle omstandigheden van het geval, Deventer: Kluwer 2013, nr. 4.4. Zie in het verzekeringsrecht bijv. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 7-IX 2019/345.

¹⁹ Van Emden 2023, nr. 7.2.4. Zie bijv. HR 2 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5383 (Fabels/Meenderink) over de vraag of een verkoper zich op een exoneratie kon beroepen waar hij zelf het gebrek niet kende, maar zijn architect de relevante kennis wel had.

bepaling.²⁰ art. 3:66 lid 2 BW bevat de zogenaamde leer van het grootste aandeel. In essentie geldt dat hoe meer invloed de gevolmachtigde had op het tot stand komen van de rechtshandeling en/of het bepalen van de inhoud daarvan, des te meer reden er bestaat om zijn kennis aan zijn achterman toe te rekenen.²¹ Ook bij de toepassing van deze bepaling, die naar haar aard bedoeld is voor gebruik in contractuele setting, komt veel betekenis toe aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij. Vanuit haar (subjectieve) perspectief wordt namelijk bepaald of sprake was van een voldoende groot aandeel.²² Het Mandir-arrest uit 2019 leert dat ook gevallen van schijn van volmacht onder het toepassingsbereik van art. 3:66 lid 2 BW vallen.²³ Overigens lijkt dat arrest vooralsnog niet te hebben geleid tot een veel frequenter gebruik van de bepaling in de gepubliceerde rechtspraak.

3.4 Toerekening van kennis in concernverband: nog veel onduidelijkheid

Hoe moet worden omgegaan met het toerekenen van kennis in concernverband is nog weinig uitgekristalliseerd.²⁴ Het lijkt erop dat kennis in verticale verhoudingen sneller kan worden toegerekend dan in horizontale verhoudingen, en dat kennis van een dochtervennootschap sneller aan een moedervennootschap kan worden toegerekend dan andersom.

De ‘spelregel’ die hier nog onbesproken is gebleven, ziet op het toerekenen van externe kennis in gevallen waar een (pre)contractuele verhouding tussen eiser en gedaagde ontbreekt (hiervoor aangeduid als categorie 1). De volgende paragrafen zien op dat onderwerp.

4 Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad: de rechtspraak

De rechtspraak over het toerekenen van externe kennis in situaties waarin tussen eiser en gedaagde geen (pre)contractuele

verhouding bestaat, is bescheiden van omvang.²⁵ Het hiervoor al genoemde arrest Ontvanger/Voorsluijs uit 2005 is de eerste, en nog steeds de meest richtinggevende, uitspraak over het onderwerp. Het hof had in die zaak geoordeeld dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag van Voorsluijs de kennis van zijn adviseurs niet in aanmerking kon komen. De Hoge Raad sloot de mogelijkheid van toerekening van kennis niet volledig uit. De Hoge Raad legde eerst uit waarom diverse andere maatstaven in deze situatie niet opgaan. Dat betrof de analoge toepassing van de Kleuterschool Babel-norm voor toerekening van interne kennis, analoge toepassing van art. 3:66 lid 2 BW voor toerekening van kennis bij volmachtverlening²⁶ en analoge toepassing van de regels die in het fiscale recht gelden voor de toerekening van kennis bij boeteoplegging. Vervolgens overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het arrest:

‘(...) dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel (...) aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht. Dit klemt temeer als die toerekening (...) wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.’

Samengevat, toerekening van externe kennis bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van gedrag is niet categorisch uitgesloten, maar hierbij geldt terughoudendheid.²⁷ Concreter dan dit wordt de Hoge Raad in het arrest niet. In de sindsdien gepubliceerde rechtspraak is evenmin een concretere norm, of rechtvaardiging, voor het toerekenen van externe kennis in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te vinden. Dat vormde de aanleiding voor mijn onderzoek naar de vraag wat deze toerekening van kennis rechtvaardigt (waarom) en welke norm daarvoor geldt (wanneer).²⁸

20 Het artikel is opgenomen in de volmachttitel en is niet opgenomen in de schakelbepaling uit art. 3:78 BW, maar de meeste schrijvers gaan ervan uit dat het artikel toch toepassing vindt in andere situaties van vertegenwoordiging, zie nader Van Emden 2023, nr. 7.3.3.

21 Zie over art. 3:66 lid 2 BW o.m. A.C. van Schaick, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 2011 en B.M. Katan, *Toerekening van kennis van een gevolmachtigde; een verkenning van artikel 3:66 lid 2 BW*, *Contracteren* 2015, afl. 2, p. 34-41.

22 Dit wordt veelal afgeleid uit HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0611, NJ 1989/816 m.nt. M.M. Mendel (Van den Berg/Hendriks), hoewel dit (uitleg)arrest niet expliciet in de sleutel van art. 3:66 lid 2 BW staat.

23 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:467, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (Mandir).

24 Zie hierover o.m. M.L. Lennarts, *Wat weet een concern(vennootschap)?*, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 57-70, B.M. Katan, *Toerekening van kennis van groepsvennootschappen*, *Ondernemingsrecht* 2019/60, C. Posthouwer, *Toerekening van kennis aan concernvennootschappen*, *Weert: Celsus* 2021 en Tjittes 2022, nr. 4.5.

25 In hoofdstuk 2 van mijn proefschrift bespreek ik een aantal gepubliceerde uitspraken. In aanvulling daarop kan nog worden gewezen op Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4091, vervolgd in Hof Arnhem-Leeuwarden 28 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10101 en de hierna te bespreken Rotterdamse uitspraak.

26 Waarbij de Hoge Raad een zekere ruimte laat voor analoge toepassing van art. 3:66 lid 2 BW in situaties die gelijksoortig zijn aan het geval van volmachtverlening.

27 In nr. 7.2.1 van mijn proefschrift leg ik uit waarom ik meen dat de Hoge Raad dezelfde terughoudendheid niet voorschrijft voor de toerekening van externe kennis in (pre)contractuele verhoudingen.

28 Het onderzoek richt zich daarnaast op de vraag wanneer kennis van een derde aan de benadeelde kan worden toegerekend bij de beoordeling van de eigen schuld van de benadeelde, maar dat aspect laat ik hier verder onbehandeld. Zie hierover Van Emden 2023, hoofdstuk 12. Voor de duidelijkheid, het onderzoek richt zich niet specifiek op de vraag wanneer kennis van een derde aan de dader kan worden toegerekend bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van zijn gedrag ex art. 6:162 lid 3 BW. Zie vanuit een intern rechtsvergelijkend perspectief over de leerstukken rechtsdwaling en feitelijke dwaling echter wel nrs. 4.6 en 4.7.

5 Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad: de literatuur

In de literatuur is een aantal maatstaven voorgesteld voor het toerekenen van externe kennis bij de beoordeling van (ook) de onrechtmatigheid van gedrag zoals bedoeld in art. 6:162 BW. Kroeze, Kortmann en Tjittes bepleiten analoge toepassing van de Kleuterschool Babbel-norm (hoewel de Hoge Raad daar in Ontvanger/Voorsluijs dus niet van wilde weten).²⁹ Assink stelt voor om de redelijkheid en billijkheid als norm te gebruiken voor het toerekenen van zowel interne kennis als externe kennis.³⁰ Zoals eerder opgemerkt, bepleit Jansen om het gerechtvaardigd vertrouwen te gebruiken als norm voor de toerekening van externe kennis in zowel (pre)contractuele als buitencontractuele sfeer.³¹ Door Tjittes is in 2001 analoge toepassing van de risicoaansprakelijkheidsbepalingen bepleit, maar op die opvatting is hij later teruggekomen.³² Valk geeft geen maatstaf, maar benoemt relevante gezichtspunten en noemt de mogelijkheid om inspiratie te ontleen aan de wettelijke risicoaansprakelijkheidsbepalingen.³³ Voor de volledigheid merk ik op dat Tjong Tjin Tai heeft geopperd dat de directe toepassing van het aansprakelijkheidsrecht een alternatief vormt voor het toerekenen van kennis.³⁴ Ik werk omwille van de omvang van het artikel hier niet nader uit hoe dit alternatief precies werkt en waarom ik denk dat dit alternatief niet precies dezelfde werking heeft als toerekening van kennis.³⁵

Mijn meer principiële bezwaar tegen de hiervoor genoemde maatstaven is dat zij volgens mij onvoldoende rechtvaardiging vormen voor het intreden van het vergaande rechtsgevolg dat toerekening van kennis met zich meebrengt. Ontvanger/Voorsluijs kan dat verduidelijken. De essentie is dat omdat Voorsluijs niet wist of redelijkerwijs behoorde te weten, zijn gedrag ook niet onrechtmatig was. De deur naar het toekennen van schadevergoeding blijft dan gesloten. Op het moment dat men de kennis van de adviseurs aan Voorsluijs toerekent, verschiet het gedrag van Voorsluijs als het ware van kleur. Gedrag dat niet onrechtmatig was, wordt alsnog onrechtmatig en zo wordt de eerste stap van art. 6:162 BW genomen. Het toerekenen van kennis, en het daarmee openen van de deur van art. 6:162 BW, valt naar mijn oordeel alleen te rechtvaardigen wanneer de staat van niet-weten door Voorsluijs als onrechtmatig is aan te merken. Alleen dan valt te rechtvaardigen en te verklaren dat zijn gedrag ondanks zijn gebrek aan (feitelijke en geobjectiveerde) kennis toch als onrechtmatig wordt aange-

gevoerd. De norm voor het toerekenen van externe kennis bij de beoordeling van de onrechtmatige daad moest dus worden afgeleid van het onrechtmatigedaadsleerstuk. Ik heb daarnaast nog een aantal andere praktische en theoretische bezwaren tegen de genoemde maatstaven, maar dat werk ik in dit artikel niet nader uit.³⁶

6 Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad: de voorgestelde maatstaf

6.1 Terminologie

De maatstaf voor de toerekening van externe kennis bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het gedrag leid ik dus af uit het onrechtmatigedaadsleerstuk. Ik hanteer daarvoor het concept van informatie-uitwisselplichten, iets dat Tjong Tjin Tai overigens ook doet in het door hem geopperde alternatief voor toerekening van kennis.³⁷ Voor de bespreking van de voorgestelde maatstaf moeten eerst de hoofdrolspelers worden gedefinieerd. De ‘benadeelde’ of ‘eiser’ is degene die schade lijdt als gevolg van een feitelijke handeling door de ‘dader’ of ‘gedaagde’. De ‘derde’ is een persoon die over relevante kennis beschikt, welke kennis volgens de benadeelde moet worden beschouwd als kennis van de dader. In Ontvanger/Voorsluijs is de Ontvanger dus de benadeelde, Voorsluijs de dader en zijn de adviseurs van Voorsluijs de derden.

6.2 Toerekening van externe kennis: de maatstaf van de schending van informatie-uitwisselplichten

Volgens mij kan kennis van een derde in twee situaties aan de dader worden toegerekend. In de eerste plaats de situatie dat de dader een op hem rustende informatievergaarplicht schond. Daarmee bedoel ik dat de dader heeft nagelaten om voordat hij het (latere) gewraakte feitelijke gedrag verrichtte, zich van relevante informatie te voorzien. De informatievergaarplicht heeft daarmee het karakter van een onderzoeksplicht, maar houdt ook in dat de dader zorg betracht in de keuze voor zijn werknemers³⁸ en opdrachtnemers en hen instrueert om hem adequaat te informeren.³⁹ In de tweede plaats is toerekening van kennis aangewezen als de derde een op hem rustende informatiedoorgeefplicht schendt én deze schending in de risicosfeer van de dader valt. De informatiedoorgeefplicht is de plicht van de derde om de dader tijdig van relevante informatie te voorzien en instructies die de dader hierover heeft gegeven, op te volgen. Het is niet vanzelfsprekend dat de dader de negatieve gevolgen draagt van de schending van een plicht door een derde. Vandaar dat voor toerekening van kennis wegens de schending van een informatiedoorgeefplicht door de derde de aanvullende eis geldt dat deze schending in de risicosfeer van de dader valt. Dat wordt weer bepaald door analoge toepassing

29 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/94, Asser/Kortmann 3-III 2017/161 en Tjittes 2022, nr. 4.1.

30 B.F. Assink, Toerekening van wetenschap aan een rechtspersoon – een verbindende benadering, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 21 e.v. en B.F. Assink, Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 18.5. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/94 lijkt wel welwillend te staan tegenover gebruik van deze norm.

31 Jansen 2012, zie met name p. 540 e.v.

32 R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001 en Tjittes 2022, hoofdstuk 3.

33 Valk 2012.

34 Tjong Tjin Tai 2005 en 2020.

35 Zie hierover Van Emden 2023, nrs. 1.4.1 en 9.6.

36 Zie hiervoor Van Emden 2023, hoofdstuk 9.

37 Tjong Tjin Tai 2005 en 2020.

38 Voor de goede orde, het betreft hier uitsluitend werknemers zoals bedoeld in art. 6:170 lid 2 BW. In geval van ondergeschiktheid zoals bedoeld in art. 6:170 lid 1 BW zou sprake zijn van interne kennis.

39 Zie over de duiding van de informatie-uitwisselplichten nader Van Emden 2023, nr. 1.2.6. Gezichtspunten en stelregels voor het vaststellen van informatie-uitwisselplichten zijn in nrs. 10.5 en 10.6 uitgewerkt.

van de relevante risicoaansprakelijkheidsbepalingen (te weten: art. 6:169 lid 1, 6:170 lid 2 en 6:171 BW).⁴⁰ Omdat de maatstaf voor het toerekenen van externe kennis bij onrechtmatige daad wordt afgeleid van het onrechtmatiggedaadsleerstuk, is logisch dat niet ieder nalaten om informatie uit te wisselen volstaat. De schending van de informatie-uitwisselingsplicht moet voldoende ernstig zijn om de kwalificatie onrechtmatig te verdienen. Voorts moet de schending van de informatie-uitwisselingsplicht toerekenbaar zijn zoals bedoeld in art. 6:162 lid 3 BW. Aanvullend moet aan het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW worden voldaan; de informatie-uitwisselingsplicht moet strekken tot bescherming van het belang van de benadeelde. Overigens gelden er beperkingen voor het aannemen van informatie-uitwisselingsplichten. Waar informatie-uitwisseling vanwege een wettelijke of contractuele geheimhoudingsplicht bijvoorbeeld niet is toegelaten, kan ook geen plicht tot informatie-uitwisseling bestaan.⁴¹

Zo weergegeven is dit een abstracte norm. Ik verduidelijk de norm aan de hand van een variant op het *Taxusstruik*-arrest.⁴² In die zaak was de vraag of de tuineigenaar die het snoeiafval van de taxusstruik bij de erfgrans plaatste en daarmee het paard van de buurman onbedoeld blootstelde aan het vergiftigingsrisico van taxus, onrechtmatig handelde. Feitelijk was de tuineigenaar onbekend met het giftige karakter van taxus. De Hoge Raad liet in stand dat de tuineigenaar deze kennis ook niet redelijkerwijs had behoren te hebben (wat NJ-annotator Brunner overigens weer als stadse onwetendheid beschouwde). Stel nu dat de tuineigenaar een tuinman had die wel bekend was met het vergiftigingsgevaar van taxus. Kan zijn kennis aan de tuineigenaar worden toegerekend als moet worden beoordeeld of het onrechtmatig was om het snoeiafval van de taxusstruik bij de erfgrans te plaatsen?⁴³ De eerste vraag die hier beantwoord moet worden, is of de tuineigenaar een informatievergaarplicht schond. Ik denk van niet, want als men niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat taxus giftig is voor paarden, is er ook geen aanleiding voor informatievergaring op dat punt. De vervolgvraag is of de tuinman een informatiedoorgeefplicht schond. Daar valt wel wat voor te zeggen, mits voor de tuinman de vergiftiging van het paard door de plaatsing van het snoeiafval voorzienbaar was (aanleiding) en hij in staat was om de tuineigenaar tijdig te informeren (mogelijkheid). De negatieve gevolgen van het nalaten van de tuinman – dus: toerekening van zijn kennis aan de tuineigenaar en daarmee het openen van de deur naar oplegging van een schadevergoedingsplicht – komen echter niet zomaar voor rekening van de tuineigenaar. De vraag is of de schending van de informatiedoorgeefplicht in de risicosfeer van de tuineigenaar

valt. Dat is afhankelijk van de reikwijdte van de relevante risicoaansprakelijkheidsbepalingen, die hier naar analogie worden toegepast.⁴⁴ Zou de tuinman een zelfstandig opdrachtnemer in de zin van art. 6:171 BW zijn, dan loopt deze route dood. Particuliere opdrachtgevers vallen immers buiten de reikwijdte van deze bepaling.⁴⁵ Zou de tuinman een werknemer van de tuineigenaar zijn, dan moet worden bepaald of wordt voldaan aan de in art. 6:170 lid 2 BW vervatte eis van functioneel verband.⁴⁶ De risicoaansprakelijkheidsbepalingen zijn geschreven met het oog op gedrag, waarbij het in de praktijk vaak gaat om een actieve handeling van de derde (doen). Er is dus een zekere vertaalslag nodig, omdat het bij toerekening van kennis gaat om kennis die de derde heeft nagelaten te delen (nalaten). Aan de eis van functioneel verband wordt voldaan als de informatie die de derde heeft nagelaten te delen met de dader, functionele kennis is. Daarmee bedoel ik dat het gaat om informatie die de derde heeft verkregen in de uitoefening van zijn taak, dan wel informatie die relevant is voor het uitoefenen van zijn taak.⁴⁷ In het gegeven voorbeeld moet dus worden beoordeeld of de kennis van de tuinman dat taxus giftig is voor paarden, functionele kennis is. Nu het gaat om een botanisch risico, valt dit te bepleiten. Toerekening van de kennis van de tuinman vanwege zijn nalaten om zijn particuliere werkgever te informeren dat de taxusstruik die hij snoeit giftig is voor het naburige paard, is dus wel denkbaar. Nodig is dan wel dat het nalaten van de tuinman om zijn werkgever te informeren ook voldoende zwaarwegend is om het etiket van ‘onrechtmatig’ te verdienen.

6.3 Aanvullend vereiste van toerekenbaarheid van de schending van de informatie-uitwisselingsplicht

De schending van de informatie-uitwisselingsplicht moet niet alleen als onrechtmatig zijn aan te merken, de schending moet eveneens toerekenbaar zijn. Ik doel daarmee op de toerekenbaarheidseis uit art. 6:162 lid 3 BW. Nu voor toerekenbaarheid in beginsel een lichte mate van schuld volstaat, zal dat vereiste in het hiervoor genoemde voorbeeld waarschijnlijk geen belemmering vormen.⁴⁸ Anders gezegd, als men aanneemt dat de tuinman een op hem rustende informatiedoorgeefplicht

40 Van Emden 2023, nr. 10.5 legt uit waarom juist deze artikelen van belang zijn. De strekking en reikwijdte van deze risicoaansprakelijkheidsbepalingen worden besproken in hoofdstuk 5.

41 Van Emden 2023, hoofdstuk 8.

42 HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1347, NJ 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner.

43 Ter verduidelijking: de door de benadeelde paardeneigenaar ingeroepen onrechtmatige daad is de feitelijke handeling van de tuineigenaar, dus het door hem plaatsen van het snoeiafval in de nabijheid van het paard.

44 Voor de duidelijkheid, als de benadeelde paardeneigenaar zou stellen dat de onrechtmatige daad bestaat uit het door de tuinman niet informeren van de tuineigenaar over het giftige karakter van taxus, zouden de risicoaansprakelijkheidsbepalingen direct worden ingeroepen. In die situatie bestaat geen behoefte aan toerekening van kennis; er is dan sprake van een beroep op risicoaansprakelijkheid van de tuineigenaar vanwege een onrechtmatige daad van zijn tuinman. Dit is in essentie wat het door Tjong Tjin Tai voorgestelde alternatief inhoudt. In het hier besproken voorbeeld stelt de benadeelde echter dat de tuineigenaar zelf de onrechtmatige daad beging door het snoeiafval in de nabijheid van het paard te plaatsen, en wordt in dat kader bepleit dat zijn feitelijk handelen beoordeeld moet worden met inachtneming van de kennis die zich bij zijn tuinman bevond.

45 Zie Van Emden 2023, nr. 5.6.2 en de daar genoemde rechtspraak.

46 Dit is een enger functioneel verband dan in art. 6:170 lid 1 BW bedoeld, zie Van Emden 2023, nr. 5.5.

47 Zie hierover Van Emden 2023, nr. 5.5.4.

48 Zie Van Emden 2023, hoofdstuk 11 voor de beoordeling van de toerekenbaarheid van de schending van de informatie-uitwisselingsplicht.

schond, kan in beginsel worden aangenomen dat de tuinman ook een zeker verwijt van die schending gemaakt kan worden.

Rekent men de kennis van de tuinman vanwege zijn schending van de informatiedoorgeefplicht toe aan de tuineigenaar, dan zal zijn feitelijke gedrag vervolgens al snel als fout in de zin van art. 6:162 BW worden aangemerkt. Het in de (toegerekende) wetenschap dat taxus giftig is voor paarden (toch) plaatsen van snoeiafval van de taxusstruik in de nabijheid van het paard zal mijns inziens een toerekenbare onrechtmatige daad van de tuineigenaar inhouden. Dit laat zien hoe een bevestigende beantwoording van de vraag of kennis kan worden toegerekend, maakt dat de daarop volgende beoordeling of het feitelijke gedrag een fout inhoudt, vrij eenvoudig wordt. Het zwaartepunt van het debat verschuift daarmee naar de vraag van de toerekening van kennis.

In bepaalde situaties kan het vereiste van de toerekenbaarheid van de informatie-uitwisselplicht problemen geven. Dat is met name zo wanneer voor de vestiging van aansprakelijkheid een toerekeningsdrempel geldt. Volgens mij zijn er vier treden aan te duiden op de ladder van toerekeningsdrempels:

1. opzet;
2. bewuste roekeloosheid in al haar verschijningsvormen;
3. ernstige persoonlijke verwijtbaarheid;
4. persoonlijke verwijtbaarheid.⁴⁹

Opzet en veel vormen van bewuste roekeloosheid worden subjectief uitgelegd; dan is daadwerkelijke kennis van de dader vereist. Toegerekende kennis is geen eigen kennis en daarom bestaat er geen ruimte voor toerekening van kennis in de situatie dat vanwege een toerekeningsdrempel eigen kennis van de dader wordt geëist. Laat de toerekeningsdrempel ruimte voor objectivering van het kennisvereiste, dan is er in beginsel ook ruimte voor toerekening van kennis. De route van de schending van de informatiedoorgeefplicht is hier echter naar mijn oordeel niet beschikbaar. Elk van de vier toerekeningsdrempels vergt immers persoonlijke verwijtbaarheid van de dader. Persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt echter in principe als de dader de relevante kennis niet had. Toerekening van kennis is dan wel mogelijk als de dader (zelf) een informatievergaarplicht schond en deze schending hem ook toerekenbaar is. De toerekeningsdrempel werkt daarbij door bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de schending van de informatievergaarplicht.

Ik illustreer dit aan de hand van een arrest uit 2015.⁵⁰ Het ging hier om een bestuurder van een vennootschap die op de dag dat de vennootschap failliet werd verklaard nog betalingen uitvoerde. Die betalingen waren gezien de 00.00 uur-regel uit art. 23 Fw niet geldig en de bank moest de betalingen daarom aan de curator vergoeden. De bank sprak vervolgens de bestuurder aan op grond van onrechtmatige daad. Relevant is

dat de advocaat die namens de vennootschap de (eigen) faillissementsaanvraag indiende, ook de advocaat van de bestuurder lijkt te zijn geweest. Aangenomen mag worden dat deze advocaat bekend was met de werking van art. 23 Fw, althans daarmee bekend mag worden verondersteld.⁵¹ De advocaat moest ook weten wanneer de faillissementsaanvraag behandeld zou worden. In de procedure kwam de vraag of de kennis van de advocaat aan de bestuurder kan worden toegerekend helaas niet (echt) aan de orde. De casus illustreert echter mooi hoe de toerekeningsdrempel doorwerkt. Voor de vestiging van bestuurdersaansprakelijkheid is ernstige persoonlijke verwijtbaarheid van de bestuurder vereist (een toerekeningsdrempel). Dat maakt dat toerekening van kennis vanwege de eventuele schending van een informatiedoorgeefplicht door de advocaat niet aan de orde is.⁵² Schond de bestuurder op zijn beurt zijn informatievergaarplicht door zich niet te laten voorlichten over de precieze dag waarop het faillissement zou worden uitgesproken en de mogelijke gevolgen daarvan? Dat is zeker niet ondenkbaar. Omdat hier een toerekeningsdrempel geldt, moet de schending van de informatievergaarplicht door de bestuurder echter ernstig persoonlijk verwijtbaar zijn.⁵³ Het is niet helemaal duidelijk of de schending van de informatievergaarplicht als ernstig kan worden aangemerkt. De toerekeningsdrempel beperkt zo de mogelijkheid van toerekening van kennis.

7 De Rotterdamse uitspraak over ‘gestolen’ omzet

Het vonnis van de rechtbank Rotterdam uit 2018 is een van de weinige gepubliceerde uitspraken waarin (expliciet) is geoordeeld over toerekening van externe kennis bij de beoordeling van een onrechtmatigedaadsvordering.⁵⁴ De uitspraak is aardig, omdat de rechtbank daadwerkelijk komt tot toerekening van kennis. Het betreft een feitelijk nogal complexe zaak die zich als volgt laat samenvatten.⁵⁵ Werzalit drijft een groothandel. Een persoon, hierna aangeduid als ‘Vader’, is sinds 1980 werknemer en later ook bestuurder en aandeelhouder van Werzalit. De arbeidsovereenkomst tussen Werzalit en Vader bevat een verbod op nevenactiviteiten en een relatie-, concurrentie- en geheimhoudingsbeding. Vader was binnen Werzalit verantwoordelijk voor de verkoop. In 2011 treedt een schoonzoon van Vader, hier aangeduid als ‘Schoonzoon’, als verkoopleider in dienst bij Werzalit. Ook in zijn arbeidscontract staat een verbod op nevenactiviteiten en een relatie-, concurrentie- en geheimhoudingsbeding. In 1993 richt de echtgenote van Vader (hierna: ‘Echtgenote’) samen met twee doch-

⁴⁹ Zie Van Emden 2023, nr. 4.5.2 over de toerekeningsdrempels.

⁵⁰ HR 27 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:499, NJ 2015/240 m.nt. P. van Schilfgarde (ING/D).

⁵¹ Kennis is niet slechts een feitelijk, maar ook een normatief begrip, zie Van Emden 2023, nr. 1.2.1.

⁵² Daarnaast is debat mogelijk over de relativiteit; diende de advocaat in het belang van de bank informatie aan de bestuurder te geven? Voorts zou hier niet worden voldaan aan het vereiste van eenheid van onderneming uit art. 6:171 BW, omdat de bestuurder als particuliere opdrachtgever moet worden beschouwd.

⁵³ Zie hierover Van Emden 2023, nr. 11.4.1.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 12 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11044.

⁵⁵ Zie voor de samenhangende ontslagzaak Rb. Rotterdam 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6107. De betrokken partijen hebben daarnaast ook over een beslag geprocedeerd, zie Rb. Rotterdam 11 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:737.

ters van Vader de vennootschap Mopaco op. Mopaco drijft eveneens een groothandel. Een van deze dochters (hierna: ‘Dochter’) vormt in de relevante periode samen met Echtgenote het bestuur van Mopaco. In 2017 komt Werzalit erachter dat er sprake is van een zogenaamde shop-in-shopconstructie. Dat houdt in dat Vader en/of Schoonzoon bepaalde orders die bij Werzalit zijn binnengekomen, hebben doorgespeeld aan Mopaco. Dat leidt niet alleen tot het ontslag van Vader en Schoonzoon, maar ook tot een schadevergoedingsprocedure. Werzalit vordert daarin vergoeding van onder meer gedeerde omzet van Mopaco, Vader, Schoonzoon, Echtgenote en Dochter. De vordering op Mopaco berust op het door deze vennootschap bewust profiteren van de door Vader en Schoonzoon gepleegde wanprestatie jegens Werzalit (inhoudende de schending van de verplichtingen uit hun arbeidscontracten). Dit bewust profiteren van andermans wanprestatie zou een onrechtmatige daad van Werzalit zijn. Hierbij rijst de vraag of de kennis van Vader en Schoonzoon (over de toelaatbaarheid van het doorspelen van de orders) aan Mopaco kan worden toegerekend. Weliswaar zijn Vader en Schoonzoon na hun ontslag ook bestuurders van Mopaco geworden, maar ten tijde van de gewraakte gedragingen vervulden zij die functie nog niet. De kennis van Vader en Schoonzoon wordt daarom aangemerkt als externe kennis (en niet als interne kennis). De rechtbank herhaalt eerst de overweging uit Ontvanger/Voorsluijs dat voor toerekening van externe kennis terughoudendheid geldt. Toch komt de rechtbank aan die toerekening toe. In r.o. 4.34 valt hierover te lezen:

‘De rechtbank is van oordeel dat in de gegeven omstandigheden de kennis van Vader en Schoonzoon aan Mopaco kan worden toegerekend. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat er, gelet op de familieverhoudingen, een nauwe band bestond tussen de beide heren enerzijds en Mopaco anderzijds. Mopaco is een familiebedrijf waarbij Vader en Schoonzoon belang hadden (en waarbij zij beiden uiteindelijk ook als bestuurder betrokken zijn geweest). Aangenomen moet worden dat met de shop-in-shop-constructie is beoogd omzet, die voor Werzalit bestemd was, aan Mopaco ten goede te laten komen. Reeds om deze redenen is er, ondanks de te betrachten terughoudendheid, in dit geval aanleiding om de kennis van Vader en Schoonzoon aan Mopaco toe te rekenen. Het gebruiken van die kennis – door ten koste van Werzalit de orders aan particulieren en kleine aannemers te leveren en de bestellingen bij Sprela te plaatsen – is onrechtmatig jegens Werzalit.’

De rechtbank oordeelt vervolgens over de onrechtmatige daadvordering tegen de personen die ten tijde van het gewraakte gedrag het bestuur van Mopaco vormden: Echtgenote en Dochter. De rechtbank overweegt in r.o. 4.36 en 4.38 dat hier sprake is van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering, waardoor de eis van ernstige persoonlijke verwijtbaarheid geldt. Tot toerekening van de kennis van Vader en/of Schoonzoon aan deze bestuurders wil de rechtbank niet overgaan. In

r.o. 4.38 wordt in het kader van de vordering tegen Echtgenote overwogen:

‘Werzalit heeft voorts onvoldoende gesteld om aansprakelijkheid van Echtgenote in haar hoedanigheid van bestuurder van Mopaco aan te kunnen nemen. Daarvoor is in ieder geval vereist dat haar een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken en dat is niet door Werzalit aangevoerd. Ook overigens ontbreekt een grondslag voor aansprakelijkheid van Echtgenote. Voor toerekening van de kennis van Vader en Schoonzoon aan haar is onvoldoende gesteld.’

8 Beschouwing van de uitspraak in het licht van de voorgestelde maatstaf

Uit het vonnis blijkt niet duidelijk welke maatstaf de rechtbank hanteert om de kennis van Vader en Schoonzoon aan Mopaco toe te rekenen. Genoemd wordt slechts dat er een familiale relatie is tussen Vader, Schoonzoon en de bestuurders van Mopaco en dat Vader en Schoonzoon een financieel belang bij Mopaco hadden (welke vennootschap zij later zijn gaan besturen). Die korte motivering vind ik een gemiste kans. De door de rechter gehanteerde norm moet namelijk verduidelijken, en rechtvaardigen, waarom hier toerekening van kennis plaatsvindt, wat vervolgens leidt tot de vestiging van aansprakelijkheid van Mopaco. Ik denk dat de door mij voorgestelde norm in deze casus meer houvast, en onderbouwing, biedt.

De omstandigheid dat omzet die Werzalit zelf had kunnen behalen aan Mopaco wordt toegekend zonder dat daar een kenbare vergoeding of tegenprestatie tegenover stond, lijkt mij ongebruikelijk. Dat maakt dat er mijns inziens een informatievergaarplicht op Mopaco rustte om na te gaan of Werzalit wel instemde met de gang van zaken. Daarnaast lijkt goed denkbaar dat Mopaco, wier bestuurders inderdaad een familiale relatie en nauw contact met Vader en Schoonzoon hadden, in de loop der jaren wel aanwijzingen heeft gekregen voor de schending van hun relatie-, concurrentie- en geheimhoudingsbeding door Vader en Schoonzoon. Dat aspect zou feitelijke uitdieping en mogelijk ook bewijslevering vergen, maar de rechter zou vanwege de familieband en het intensieve contact mogelijk een bewijsvermoeden willen aannemen.⁵⁶ Kortom, Mopaco had aanleiding en ook de mogelijkheid voor informatievergaring. De schending van deze informatievergaarplicht door Mopaco lijkt ernstig genoeg om de kwalificatie van onrechtmatig te verdienen, juist omdat voorzienbaar was dat Werzalit onredelijk werd benadeeld. Die schending is aan Mopaco toerekenbaar, nu haar daarvan een zeker verwijt gemaakt kan worden (schuld). De schending van de informatievergaarplicht rechtvaardigt dus de toerekening van de kennis van Vader en Schoonzoon aan Mopaco. De route van de informatiedoorgeefplicht zou in deze casus overigens niet werken. Op Vader en Schoonzoon lijkt wel degelijk een informatie-

⁵⁶ Vgl. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6508, waarin kennis van een echtgenoot bij wijze van vermoeden werd verondersteld (vanwege het feit dat betalingen vanaf een gezamenlijke rekening waren gedaan).

doorgeefplicht te hebben gerust om Mopaco (met het oog op het belang van Werzalit) te informeren dat het toespelen van de omzet hun eigenlijk niet toegelaten was. Deze schending van de informatiedoorgeefplicht lijkt onrechtmatig en toerekenbaar. Deze schending door Vader en Schoonzoon valt echter niet in de risicosfeer van Mopaco. Geen van de relevante risicoaansprakelijkheidsbepalingen vindt hier analoge toepassing; meer in het bijzonder denk ik dat hier geen eenheid van onderneming, zoals in art. 6:171 BW geëist, kan worden aangenomen.

Ik vind het oordeel van de rechtbank over het niet toerekenen van de kennis van Vader en Zoon aan Echtgenote en Dochter gezien de feiten die blijken uit de gepubliceerde uitspraak begrijpelijk. Ook hier is de motivering echter kort (wat mogelijk verband houdt met de inhoud van het procesdossier). De vordering op de Echtgenote (en Dochter) is een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Dat betekent, zoals hiervoor toegelicht, dat toerekening van kennis niet mogelijk is op basis van de eventuele schending van de informatiedoorgeefplicht door Vader en/of Schoonzoon. Schending van een plicht door Vader en Schoonzoon kan immers geen (ernstige) persoonlijke verwijtbaarheid van Echtgenote (of Dochter) scheppen. Bepalend is dus of Echtgenote zelf een informatievergaarplicht heeft geschonden op een wijze die ernstig persoonlijk verwijtbaar is. Er valt in abstracto zeker te bepleiten dat Echtgenote (met het oog op het, voor haar kenbare, belang van Werzalit) meer navraag had moeten doen over de toelaatbaarheid van de wijze waarop de orders aan het door Echtgenote bestuurde bedrijf werden toebedeeld. Is die schending van de informatievergaarplicht echter ook ernstig persoonlijk verwijtbaar aan Echtgenote? Ik sluit dat zeker niet uit, maar voor een bevestigende beantwoording van deze vraag zou er meer feitelijke basis moeten zijn dan blijkt uit de gepubliceerde uitspraak.

9 Conclusie

Toerekening van andermans kennis aan de dader kan tot vergaande gevolgen leiden. Het feitelijk gedrag van de dader dat vanwege zijn gebrek aan kennis niet onrechtmatig was, zou door de toerekening van andermans kennis alsnog onrechtmatig worden. Ik heb in mijn proefschrift en deze bijdrage betoogd dat de rechtvaardiging voor het intreden van dit rechtsgevolg moet worden gezocht in het onrechtmatigedaadsleerstuk zelf. Slechts wanneer de staat van onwetendheid van de dader als onrechtmatig is aan te duiden, is gerechtvaardigd dat andermans kennis als zijn kennis wordt beschouwd. Dit wordt beoordeeld door de norm van de toerekenbare schending van de informatie-uitwisselplicht. De belangrijkste reden om deze maatstaf te hanteren is dat daarmee wordt voldaan aan het onrechtmatigheidsvereiste; de norm past bij het onrechtmatigedaadsleerstuk. De norm voorziet, ook vanwege de diverse elementen die onderdeel van de norm uitmaken, in de terughoudendheid die volgens de Hoge Raad geldt bij de toerekening van externe kennis (bij onrechtmatige daad).

Een zekere bevestiging dat de door mij voorgestelde maatstaf aansluit bij de bestaande rechtsopvattingen is dat toepassing van deze norm op de gepubliceerde rechtspraak leidt tot dezelfde uitkomsten als feitelijk werden bereikt.⁵⁷ Bijkomend voordeel is dat deze maatstaf meer houvast biedt; er geldt een concreet toetsingskader, waarbij inzichtelijk is welke omstandigheden relevant zijn voor de beoordeling. Dat heb ik in paragraaf 8 geïllustreerd door deze maatstaf toe te passen op de Rotterdamse uitspraak over de ‘gestolen’ omzet. Duidelijkheid over de norm faciliteert een meer gestructureerd partijdebat; als duidelijk is wat de norm is en welke gezichtspunten daarbij relevant zijn, is het namelijk makkelijker om de relevante argumenten aan te dragen. Daarnaast leidt een concretere norm tot meer voorspelbare uitkomsten.⁵⁸ Dat dient de rechtszekerheid.

Ik sluit af met de suggestie aan de lezer van dit artikel om in zaken waarin kennis een bestanddeel van het onrechtmatigheidsvereiste is en onzekerheid bestaat of die kennis bij de dader bewijsbaar aanwezig is, het leerstuk van de toerekening van kennis niet te vergeten. Als vaker expliciet en onderbouwd een beroep op het leerstuk wordt gedaan, zal er hopelijk meer richtinggevend rechtspraak volgen. Vranken duidde in zijn noot bij Ontvanger/Voorsluijs het leerstuk van de toerekening van externe kennis (bij onrechtmatige daad) aan als een ‘betrekkelijk onontgonnen niemandsland’.⁵⁹ Meer gestructureerd partijdebat en meer richtinggevend uitspraken kunnen dit openliggende gebied helpen invullen.

⁵⁷ Van Emden 2023, nr. 13.3.

⁵⁸ Van Emden 2023, hoofdstuk 14.

⁵⁹ J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231, sub 10.