

'Bovendien kan het zich voordoen dat ook in de schadestaat-procedure niet alle schade kan worden vastgesteld en dat een volgende schadestaatprocedure aanhangig moet worden gemaakt met het oog op de vaststelling van naderhand nog aan het licht gekomen schadeposten (...)'<sup>9</sup>

Dit doet wellicht de vraag rijzen of een benadeelde voor wat betreft toekomstige (onzekere) schade beter af is met een schadestaatprocedure dan met begroting van de schade in de hoofdprocedure. De vorenstaande regeling geeft immers de mogelijkheid om toekomstige schade alsnog te vorderen in een volgende schadestaatprocedure. De wet voorziet echter ook voor de hoofdprocedure in de mogelijkheid om toekomstige schade te vorderen. Art. 6:105 BW bepaalt dat de rechter de vergoeding voor nog niet ingetreden schade geheel of gedeeltelijk mag vaststellen, waarbij hij dan de gunstige en ongunstige invloed van toekomstige onzekere gebeurtenissen verdisconteert. De rechter mag zijn beslissing ook geheel of gedeeltelijk uitstellen, maar dat kan om verschillende redenen minder wenselijk zijn.<sup>10</sup> Het artikel mag ook in schadestaatprocedures worden toegepast, waardoor tegenwoordig minder behoefte bestaat aan opeenvolgende schadestaatprocedures.<sup>11</sup>

#### *Tweeconclusieregel*

In de eerste schadestaatprocedure had Sleutelstad verzuimd om in haar memorie van grieven een latere realisatie van het beoogde kantoorgebouw in de schadebegroting te betrekken. Dit had zij pas bij eisvermeerdering gedaan. Er was geen sprake van pas na memorie van grieven voorgevallen of gebleken feiten. De omstandigheden waarop de eisvermeerdering berustte, waren namelijk al bekend bij Sleutelstad (een in 2007/2008 gerealiseerd project door een andere projectontwikkelaar). Het hof had in de eerste schadestaatprocedure dan ook geen rekening gehouden met een scenario waarbij de projectontwikkelaar met de bouw van het pand op een later tijdstip zou beginnen, omdat dit scenario buiten het door de grieven ontsloten gebied lag. Het hof oordeelde in de tweede schadestaatprocedure dat de latere realisatie door toedoen van Sleutelstad zelf niet in de beoordeling van het hof in de eerste schadestaatprocedure was betrokken. Het hiertegen gerichte cassatiemiddel werd eveneens met toepassing van art. 81 RO verworpen. Dit onderstreept wederom de strikte toepassing van de tweeconclusieregel.

#### *Tot slot*

Een schadestaatprocedure leent zich niet voor herstel van fouten in een eerdere schadestaatprocedure tussen dezelfde partijen over dezelfde rechtsbetrekking. Dat wordt door deze uitspraak bevestigd.

Een terechte uitspraak die de rechtszekerheid ten goede komt. Hoewel de vordering van Sleutelstad hoe dan ook gestrand zou zijn in de tweede schadestaatprocedure, is het voor andere procedures van belang om te onderkennen dat onherroepelijk geworden beslissingen in een schadestaatprocedure die de rechtsbetrekking in geschil betreffen, niet kunnen worden aangetast in een daaropvolgende schadestaatprocedure tussen dezelfde partijen.

Zoals gezegd had het voor de vordering van Sleutelstad niet uitgemaakt. Immers, indien aan de beslissing inzake de gemiste ontwikkelingswinst geen gezag van gewijsde was toegekend, dan was deze als bindende eindbeslissing gekwalificeerd.<sup>12</sup> Volgens de leer van de bindende eindbeslissing mag een rechter alleen terugkomen op een eindbeslissing die berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, die niet eerder had kunnen en moeten worden aangevoerd.<sup>13</sup> Zoals aangegeven was Sleutelstad al tijdens de eerste schadestaatprocedure op de hoogte van de mogelijkheid van latere realisatie van het kantoorgebouw. Het geschil was op dit punt dus hoe dan ook al ten einde. Rechtbank en hof konden daar in de tweede schadestaatprocedure niet meer op terugkomen.

mr. drs. A.D.B. Bolscher  
advocaat bij Louwers IP|Technology Advocaten

## 155

### **De wetenschap van de bestuurder kan in casu niet worden toegerekend aan de rechtspersoon**

Hoge Raad

11 september 2020, nr. 19/02396, ECLI:NL:HR:2020:1413  
(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Tanja-van den Broek, mr. Kroeze, mr. Wattendorff)  
(Concl. A-G Valk (niet opgenomen red.))  
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

### **Onrechtmatige daad. Wetenschap bestuurder. Toerekening wetenschap aan de rechtspersoon. Verjaring. Aanvang verjaringstermijn.**

[BW art. 3:310, 3:320, 3:321 lid 1 aanhef en onder d]

*Essentie: Geldt wetenschap van bestuurder van benadeelde rechtspersoon ten aanzien van de onrechtmatige daad van een derde als wetenschap van de rechtspersoon? Belangenverstrengeling van bestuurder. Verlengingsgrond voor verjaring tussen rechtspersonen en hun bestuurders.*

*Samenvatting: In het licht van deze omstandigheden geeft het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat in de verhouding tussen HDI en Treston de wetenschap van de betrokken functionarissen van hun eigen, met de belangen van de vennootschap strijdige belangen en van het onrechtmatig handelen van Treston niet kan gelden als wetenschap van HDI, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.*

*In de door het hof vastgestelde omstandigheden ligt immers besloten dat Treston met het oog op eigen financieel voordeel eraan heeft meegewerkt dat (de niet geconflicteerde leden van) de raad van bestuur en de raad van commissarissen van HDI onkundig werden gehouden van de belangenverstrengeling van de drie betrokken functionarissen en hun persoon-*

<sup>9</sup> Plaatsvervangend P-G F.F. Langemeijer, *t.a.p.*, onder 2.16.

<sup>10</sup> Lindenberg, *T&C BW*, commentaar op artikel 6:105 BW, aant. 2.

<sup>11</sup> Plaatsvervangend P-G F.F. Langemeijer, *t.a.p.*, onder 2.17.

<sup>12</sup> Zie ook r.o. 4.10 van het vonnis van de rechtbank in de tweede schadestaatprocedure: Rb. Den Haag 19 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3992.

<sup>13</sup> HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1224, NJ 2016/218, m.nt. H.J. Snijders.

lijke financiële belangen bij de herverzekeringsconstructie, en dat het handelen van Treston aldus erop gericht was te voorkomen dat HDI rechtsmaatregelen tegen haar (en de drie betrokken functionarissen) zou treffen. Dat kan de conclusie dragen dat in de verhouding tussen HDI en Treston de wetenschap van de drie betrokken functionarissen in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van HDI en daarmee ook het oordeel dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen Treston niet is aangevangen.

Treston heeft geen baat bij haar beroep op de strekking van de in art. 3:321 lid 1 aanhef en onder d BW in verbinding met art. 3:320 BW neergelegde verlengingsgrond voor de verjaring tussen rechtspersonen en hun bestuurders. Dat een eenmaal aangevangen verjaringstermijn van een rechtsvordering van een rechtspersoon tegen zijn bestuurder(s) ingevolge deze bepalingen in ieder geval voortloopt totdat zes maanden na het defungeren van de betrokken bestuurder(s) zijn verstreken, hangt onder meer samen met de collegiale verhoudingen binnen het bestuur die het treffen van rechtsmaatregelen tegen een collega-bestuurder kunnen bemoeilijken. Die bepalingen behelzen niet dat wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als wetenschap van de rechtspersoon. Zij brengen dus niet mee dat in een geval als het onderhavige de verjaringstermijn is gaan lopen enkel vanwege de wetenschap van de drie betrokken functionarissen van het (voor de raad van bestuur en de raad van commissarissen van HDI verborgen gehouden) onbehoorlijk handelen van henzelf en Treston.

Treston Insurance Company (Aruba) N.V., gevestigd te Oranjestad, Aruba,  
eiseres tot cassatie,  
hierna: Treston,  
advocaten: A.C. van Schaick en N.E. Groeneveld-Tijssens,  
tegen  
HDI-Gerling Verzekeringen N.V., gevestigd te Rotterdam,  
verweerster in cassatie,  
hierna: HDI,  
advocaat: F.E. Vermeulen.

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C10/460479/HA ZA 14-995 van de rechtbank Rotterdam van 8 juli 2015, 25 mei 2016 en 22 februari 2017;

b. het arrest in de zaak 200.221.026/01 van het gerechtshof Den Haag van 19 februari 2019.

Treston heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

HDI heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor HDI mede door P.E. Emste.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van Treston hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) HDI is een verzekeraar die zich specialiseert in het aanbieden van schadeverzekeringen voor bedrijven.

(ii) Ten tijde van de gebeurtenissen in 2007 en 2008 waarom het in deze procedure gaat, was [voormalig commissaris] commissaris bij HDI, was zijn zoon [voormalig bestuurder 2] lid van de raad van bestuur van HDI (alleen/zelfstandig bevoegd), en was [voormalig bestuurder 1] (hierna: [voormalig bestuurder 1]) voorzitter van de raad van bestuur van HDI.

(iii) Tot 7 april 2008 bood HDI via de gevolmachtigd agent '[A] N.V.' brand- en bedrijfsschadeverzekeringen en motorrijtuigverzekeringen aan in Aruba. [A] N.V. werd bestuurd door [bestuurder van gevolmachtigd agent] (hierna: [bestuurder van gevolmachtigd agent]).

(iv) Na voorbereidende handelingen in 2007 van onder meer [voormalig commissaris], [voormalig bestuurder 1] en [voormalig bestuurder 2] is op 5 december 2007 Treston opgericht; een rechtspersoon naar Arubaans recht. Vanaf de oprichting van Treston was [bestuurder van gevolmachtigd agent] bestuurder (managing director) en was [voormalig commissaris] supervisory director. [voormalig commissaris], [voormalig bestuurder 2] en [bestuurder van gevolmachtigd agent] hielden significante belangen in Treston.

(v) Op 7 april 2008 heeft HDI haar zogenoemde Arubaanse portefeuille, die beheerd werd door [A] N.V., tegen een koopsom van 1 AWG overgedragen aan Treston. De Centrale Bank van Aruba heeft deze overdracht goedgekeurd. Gevolg van de overdracht was dat Treston verzekeraar werd ter zake van de Arubaanse portefeuille en recht kreeg op de premiebetalingen; tussen Treston en HDI zijn herverzekeringscontracten gesloten. De nieuwe constructie wordt in de processtukken en hierna ook aangeduid als de herverzekeringsconstructie.

2.2. In dit geding heeft HDI, voor zover in cassatie van belang, op onrechtmatige daad en onbehoorlijk bestuur gebaseerde vorderingen ingesteld tegen haar voormalig bestuurders en commissaris [voormalig bestuurder 2], [voormalig bestuurder 1] en [voormalig commissaris], alsmede op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen tegen Treston.

De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de zojuist genoemde (rechts)personen jegens HDI hoofdelijk aansprakelijk zijn uit hoofde van onbehoorlijk bestuur ([voormalig bestuurder 1] en [voormalig bestuurder 2]), onbehoorlijk toezicht ([voormalig commissaris]) en onrechtmatige daad (Treston), en hen veroordeeld tot vergoeding van de daardoor door HDI geleden schade.

In reconventie heeft Treston gevorderd voor recht te verklaren dat HDI onrechtmatig heeft gehandeld door het leggen van beslagen, en HDI te veroordelen tot schadevergoeding. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen.

Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartegen komt (alleen) Treston in cassatie op.

2.3. Het hof heeft zijn oordeel, voor zover in cassatie van belang, op de volgende overwegingen gebaseerd.<sup>1</sup>

### Herverzekeringsconstructie

Door de in het leven geroepen herverzekeringsconstructie werd de rol van HDI veranderd van verzekeraar in herverzekeraar ter zake van de bij Treston ondergebrachte Arubaanse portefeuille. [voormalig commissaris] en [voormalig bestuurder 2] (hierna tezamen ook: [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2]) en [voormalig bestuurder 1] hadden bij

<sup>1</sup> Gerechtshof Den Haag 19 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:682.

die constructie een eigen financieel belang en ontvingen provisies. Zij hebben niet gezorgd dat HDI van deze belangen op de hoogte raakte door (de niet geconflieeerde leden van) de raad van bestuur of raad van commissarissen en/of aandeelhouders van HDI op de hoogte te stellen. De eigen wetenschap van [voormalig bestuurder 1] en [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2] is in dit verband niet voldoende om te concluderen dat HDI op de hoogte was. (rov. 3.6)

De op 7 april 2008 overeengekomen overdracht van de Arubaanse portefeuille bracht een juridische overgang van HDI aan Treston mee, voor een bedrag van 1 AWG, van alle tot de portefeuille behorende verzekeringsovereenkomsten met alle daaruit voortvloeiende verplichtingen en met alle daaraan verbonden rechten op premiebetaling. (rov. 3.7)

Het verweer dat de Arubaanse portefeuille geen vermogenswaarde voor HDI zou vertegenwoordigen omdat tussenpersoon [bestuurder van gevolmachtigd agent] van de aanvang af in juridisch of economisch opzicht rechthebbende zou zijn, wordt verworpen. Ook het verweer dat HDI van de indirecte belangen van [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2] en [voormalig bestuurder 1] op de hoogte was of had moeten zijn, wordt verworpen. (rov. 3.8)

HDI had geen zakelijke reden voor de opgezette constructie. HDI heeft gemotiveerd betwist dat er voor haar verzekeringsactiviteiten relevante wijzigingen speelden in de Landsverordening en zij heeft gemotiveerd aangevoerd dat zij (door middel van haar aandeelhouder Talanx) zonder meer aan de door Treston genoemde vereisten voor haar activiteiten op Aruba, zoals die betreffende haar credit rating en balanstotaal, kon voldoen. Treston, die als lokale verzekeraar op de hoogte was of diende te zijn van relevante regelgeving, kon niet louter afgaan op mededelingen van de betrokken bestuurders en commissaris van HDI, mede in verband met de wetenschap bij Treston van de belangenverstremgeling. (rov. 3.10)

Dat de herverzekeringconstructie noodzakelijk was omdat [bestuurder van gevolmachtigd agent] daadwerkelijk van plan was alle tot de Arubaanse portefeuille behorende verzekeringscontracten te beëindigen en de klanten bij een andere verzekeraar onder te brengen, is onvoldoende onderbouwd. Ook is onvoldoende toegelicht dat de herverzekeringconstructie noodzakelijk was omdat [bestuurder van gevolmachtigd agent] zelf een verzekeringsmaatschappij wilde oprichten en HDI haar verzekeringen aan een andere verzekeraar zou zijn kwijtgeraakt als zij niet zou meewerken. (rov. 3.11)

Het opzetten van een herverzekeringconstructie als de onderhavige met daarin (aanzienlijke) eigen belangen van de betrokken functionarissen die niet aan HDI zijn gemeld, is verregaand onzorgvuldig en [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2] en [voormalig bestuurder 1] kan daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt. Het onbehoorlijke karakter is met name gelegen in de (verheimelijkte) belangenverstremgeling van de betrokken bestuurders en commissaris. (rov. 3.12)

Dat de ontwerpers van de constructie beoogden zichzelf te bevoordelen en dit voor HDI verborgen hebben willen houden, blijkt genoegzaam uit de door het hof weergegeven correspondentie. (rov. 3.13)

Het betoog dat de herverzekeringconstructie uiteindelijk slechts voordeel voor HDI en geen schade heeft opgeleverd, slaagt niet. (rov. 3.15)

#### *Treston*

Ten tijde van het opzetten van de constructie wist Treston, althans moest zij begrijpen, dat de voorgestelde herverzekeringconstructie was gericht op de bevoordeling van de betrokken functionarissen van HDI. Bestuurder [bestuurder van gevolmachtigd agent] en commissaris [betrokkene 1] van Treston waren bij de opzet van de constructie betrokken en geheel op de hoogte van de belangenverstremgeling van [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2] en [voormalig bestuurder 1]. De wetenschap van de belangenverstremgeling van commissaris [betrokkene 3] van Treston blijkt uit de stukken. Het primaire doel van de constructie waarvoor Treston werd opgericht, was gelegen in de bevoordeling van de betrokken drie HDI-functionarissen. Desondanks heeft Treston, zonder zich bij (niet geconflieeerde bestuurders van) HDI ervan te vergewissen of HDI hiermee instemde, meegewerkt aan deze constructie, waarin de Arubaanse portefeuille voor 1 AWG aan Treston werd overgedragen en de rol van HDI veranderde van verzekeraar in herverzekeraar, met tussenschakeling van Treston, waarin [voormalig commissaris en voormalig bestuurder 2] en [voormalig bestuurder 1] persoonlijke financiële belangen hadden. Aldus heeft Treston meegewerkt aan en vervolgens geprofiteerd van het onbehoorlijk bestuur van de drie HDI-functionarissen. Het hof is van oordeel dat Treston onrechtmatig heeft gehandeld jegens HDI. (rov. 3.17)

#### *Verjaring*

Schadevorderingen verjaren ingevolge art. 3:310 lid 1 BW vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Voor HDI bestond pas wetenschap van een mogelijke aanspraak op de desbetreffende bestuurders en commissaris, toen zij op de hoogte raakte van hun achterliggende belangen bij de door hen opgezette herverzekeringconstructie. Toen pas bestond aanleiding voor HDI om tot aansprakelijkstelling van de betrokken personen over te gaan. (rov. 3.21-3.22)

In dit kader is geen plaats voor toerekening van de kennis van de betrokken functionarissen over hun (verborgen gehouden) tegenstrijdige belangen aan HDI. Als aanvangsmoment van de verjaring geldt derhalve niet het moment waarop de herverzekeringconstructie door de overdracht van de Arubaanse portefeuille een feit werd. Pas na het ontslag van [voormalig bestuurder 1] in 2013 is de belangenverstremgeling binnen HDI aan het licht gekomen. Op dat moment is de verjaringstermijn gaan lopen zodat de vorderingen ten tijde van de inleidende dagvaarding in 2014 niet waren verjaard. Anders dan Treston heeft betoogd, doet de verlengingsmogelijkheid van art. 3:321 lid 1, onder d, BW in verbinding met art. 3:320 BW aan de voorgaande toepassing van de verjaringregels niet af, nu in het onderhavige geval de geconflieeerde bestuurders binnen de relevante bestuursorganen geen openheid hebben gegeven over hun tegenstrijdige belangen. (rov. 3.23)

Het beroep op verjaring moet dan ook worden verworpen. (rov. 3.24)

#### *Vorderingen in reconventie*

Voor zover Treston betoogt dat de vordering waarvoor HDI beslag heeft gelegd ongegrond is omdat Treston jegens HDI niet onrechtmatig heeft gehandeld, faalt dat betoog op de in rov. 3.17 vermelde gronden. Niet kan worden vastgesteld dat het beslag voor een te hoog bedrag is gelegd of dat HDI mis-

bruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid beslag te leggen. (rov. 3.48-3.49)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof in de rov. 3.22-3.24 blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te oordelen dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas in 2013 is gaan lopen. Volgens het onderdeel is de verjaring (uiterlijk) gaan lopen in 2008, omdat HDI toen rechtekens – want door middel van haar vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders [voormalig bestuurder 1] en [voormalig bestuurder 2] – op de hoogte was van het feit dat (ook) Treston onrechtmatig jegens HDI had gehandeld en schade aan HDI had veroorzaakt. Het is voor risico van HDI dat haar bestuurders, niettegenstaande hun kennis van de schade en de voor de schade aansprakelijke persoon, niet namens HDI rechtsmaatregelen tegen Treston hebben getroffen.

3.2.1. Deze klacht treft geen doel op grond van het volgende.

3.2.2. In beginsel brengt de aard van de functie van bestuurder van een rechtspersoon mee dat zijn wetenschap in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als wetenschap van de rechtspersoon. Dit kan echter onder bijzondere omstandigheden anders zijn. Dat laatste wordt in het hiervoar in 3.1 weergegeven betoog miskend. Het oordeel van het hof komt erop neer dat van de hier bedoelde bijzondere omstandigheden in de verhouding tussen HDI en Treston sprake is en dat daarom in die verhouding de wetenschap van [voormalig bestuurder 1] en [voormalig bestuurder 2] niet heeft te gelden als wetenschap van HDI. Over dit oordeel wordt als volgt overwogen.

3.2.3. In de verhouding tussen HDI en Treston moet uitgegaan worden van de volgende – in cassatie niet bestreden – vaststellingen:

- dat de bestuurders [voormalig bestuurder 1] en [voormalig bestuurder 2] en commissaris [voormalig commissaris] eigen financiële belangen hadden bij de herverzekeringsconstructie;
- dat deze drie functionarissen niet hebben gezorgd dat HDI van die belangen op de hoogte raakte door deze te melden aan (de niet geconflicteerde leden van) de raad van bestuur van HDI;
- dat de drie functionarissen deze belangen evenmin hebben gemeld aan (de niet geconflicteerde leden van) de raad van commissarissen of de aandeelhouder van HDI;
- dat Treston op de hoogte was van de lokale regelgeving en niet louter kon afgaan op de mededelingen van de betrokken functionarissen;
- dat Treston wetenschap had van de belangenverstremgeling bij de drie functionarissen;
- dat Treston wist, althans moest begrijpen, dat de constructie was gericht op de bevoordeling van de drie functionarissen;
- dat Treston aan die constructie heeft meegewerkt zonder zich ervan te vergewissen of de niet geconflicteerde bestuurders van HDI daarmee instemden;
- dat Treston aldus heeft meegewerkt aan en geprofiteerd van het onbehoorlijk bestuur van de betrokken functionarissen, en onrechtmatig heeft gehandeld jegens HDI.

3.2.4. In het licht van deze omstandigheden geeft het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat in de verhouding tussen HDI en Treston de wetenschap van de betrokken functionarissen van hun eigen, met de belangen van de vennootschap strijdige belangen en van het onrechtmatig handelen van Treston niet kan gelden als wetenschap van HDI, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

In de door het hof vastgestelde omstandigheden ligt immers besloten dat Treston met het oog op eigen financieel voordeel

eraan heeft meegewerkt dat (de niet geconflicteerde leden van) de raad van bestuur en de raad van commissarissen van HDI onkundig werden gehouden van de belangenverstremgeling van de drie betrokken functionarissen en hun persoonlijke financiële belangen bij de herverzekeringsconstructie, en dat het handelen van Treston aldus erop gericht was te voorkomen dat HDI rechtsmaatregelen tegen haar (en de drie betrokken functionarissen) zou treffen. Dat kan de conclusie dragen dat in de verhouding tussen HDI en Treston de wetenschap van de drie betrokken functionarissen in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van HDI en daarmee ook het oordeel dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen Treston niet is aangevangen.

3.3. Treston heeft geen baat bij haar beroep op de strekking van de in art. 3:321 lid 1, aanhef en onder d, BW in verbinding met art. 3:320 BW neergelegde verlengingsgrond voor de verjaring tussen rechtspersonen en hun bestuurders. Dat een eenmaal aangevangen verjaringstermijn van een rechtsvordering van een rechtspersoon tegen zijn bestuurder(s) ingevolge deze bepalingen in ieder geval voortloopt totdat zes maanden na het defungeren van de betrokken bestuurder(s) zijn verstreken, hangt onder meer samen met de collegiale verhoudingen binnen het bestuur, die het treffen van rechtsmaatregelen tegen een collega-bestuurder kunnen bemoeilijken. Die bepalingen behelzen niet dat wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als wetenschap van de rechtspersoon. Zij brengen dus niet mee dat in een geval als het onderhavige de verjaringstermijn is gaan lopen enkel wegens de wetenschap van de drie betrokken functionarissen van het (voor de raad van bestuur en de raad van commissarissen van HDI verborgen gehouden) onbehoorlijk handelen van henzelf en Treston.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO)

### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt Treston in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van HDI begroot op € 882,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

### NOOT

#### *Kern van de zaak*

De aard van de functie van bestuurder brengt in beginsel mee dat zijn wetenschap in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als wetenschap van de rechtspersoon. Dit kan echter onder bijzondere omstandigheden anders zijn en van die bijzondere omstandigheden is in dit geval sprake. De betrokken bestuurders en commissaris lieten namelijk in deze zaak de overige, niet geconflicteerde leden van de raad van bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap onkundig van hun malversaties en hun persoonlijke financiële belangen bij de transacties, waarmee tevens voorkomen werd dat de vennootschap rechtsmaatregelen tegen hen zou treffen. En dat feit brengt met zich dat in dit geval de wetenschap van functionarissen in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van de vennootschap.

Dat oordeel heeft tot gevolg dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering ook niet is aangevangen op het moment dat – alleen nog – de betrokken bestuurders op de hoogte waren van het schadetoebrengende feit, de schade en de daders, maar pas op het moment dat de vennootschap en met name de overige bestuurders bekend raakten met de achterliggende onrechtmatige belangen van de betrokken bestuurders en commissaris.

Het beroep op de strekking van de in art. 3:321 lid 1 aanhef en onder d BW jo. art. 3:320 BW neergelegde verlengingsgrond voor de verjaring tussen rechtspersonen en hun bestuurders werd ook niet gehonoreerd. De bepalingen handelen immers niet over haar aanvang van de verjaring, maar over de verlenging daarvan. En als de verjaring niet is aangevangen kan die ook niet verlengd worden.

#### Achtergrond

De feitelijke kwestie die aan dit arrest ten grondslag heeft gelegen is veel in het nieuws geweest. Dat geldt meer in het bijzonder de twee voormalige bestuurders en het lid van de raad van commissarissen van de verzekeraar HDI, de betreffende vennootschap. Zie onder meer het artikel 'HDI-topman hield systematisch zijn hand op bij zakenpartners van zijn verzekeringsconcern' in het *FD* van 11 januari 2017 en 'Lange celstraffen voor ex-bestuurders verzekeraar HDI' in diezelfde *krant* van 19 april 2018. In de bewuste strafrechtelijke procedure werd ten aanzien van de ene bestuurder onder meer bewezen geacht dat hij de bedrijfsadministratie heeft vervalst; een gelieerd verzekeringsbedrijf heeft opgelicht, via een ABC-constructie HDI heeft benadeeld en ruim drie miljoen euro uit het vermogen van HDI heeft verduisterd. Conform de eis van de officier van justitie werd hij daarom veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar en zes maanden (ECLI:NL:RBROT:2018:3048).

De andere voormalige bestuurder – tevens de zoon van het bewuste lid van de raad van commissarissen die daarvoor zelf ook bestuurder van HDI was geweest – heeft HDI opgelicht door onder valse voorwendsels een Arubaanse verzekeringsportefeuille voor een symbolisch bedrag over te dragen aan een rechtspersoon waarin zijn vader en hijzelf een meerderheidsbelang hadden. Verder heeft hij voor ruim € 570.000,= euro aan steekpenningen aangenomen, valse facturen opgemaakt en geld witgewassen. In totaal ging het daarbij om een bedrag van 25 miljoen euro. En dat werd hem stevig aangerekend door de rechtbank in de strafmotivering:

'7.1. [...] De rechtbank rekent de verdachte zijn egoïstisch en hebzuchtig gedrag zeer zwaar aan. Hij had een goede betrekking als lid van de Raad van Bestuur en ontving in deze positie van [HDI] ook een aantal bonussen bovenop zijn salaris. Kennelijk was dat voor hem niet genoeg. Zoals hij zelf ten tijde van de overdracht van de Arubaanse verzekeringsportefeuille in een e-mailbericht aan zijn vader schrijft, lijkt het adagium te zijn geweest: "meepakken wat je pakken kunt". De rechtbank kan niet anders concluderen dan dat de verdachte met het plegen van de bewezenverklarde feiten gedurende een lange periode, bij herhaling en op flagrante wijze misbruik heeft gemaakt van het in hem gestelde vertrouwen en dat hij de bij hem op grond van zijn functie(s) veronderstelde integriteit in hoge mate heeft geschonden. Bestuurders hebben in een bedrijf als geen ander een voorbeeldfunctie te vervullen, hetgeen de verdachte op grove wijze heeft veronachtzaamd. De verdachte heeft er niettemin op geen enkel moment blijk van gegeven het laakbare van zijn

handelen te willen inzien. De rechtbank acht dit zeer zorgelijk. Door zijn handelwijze heeft de verdachte voorts de integriteit van het financieel en economisch verkeer, en het verzekeringsbedrijf in het bijzonder, aangetast. Dergelijk gedrag van topbestuurders van bedrijven, die hun functie misbruiken teneinde zichzelf te verrijken, roept in de samenleving in toenemende mate reacties van afkeuring en verontwaardiging op.'

Voor de te laste gelegde feiten werd tegen hem óók twee jaar en zes maanden geëist. Omdat die eis, volgens de rechtbank 'geen recht doet aan de flagrante wijze waarop verdachte zich jarenlang ten koste van zijn werkgever heeft verrijkt' werd hij echter veroordeeld tot een gevangenisstraf van 42 maanden; één jaar langer dan de eis dus (ECLI:NL:RBROT:2018:3142).

#### Civiele kwestie

Parallel aan deze strafrechtelijke procedures is HDI aan de slag gegaan om de schade die zij door deze handelwijze had geleden vergoed te krijgen. Een van de strafrechtelijke verwijten betrof namelijk de door de bewuste bestuurders en commissaris geïnitieerde overdracht van een winstgevende Arubaanse verzekeringsportefeuille van HDI aan een nieuwe, door diezelfde functionarissen opgerichte verzekeraar Treston Insurance Company (Aruba) N.V. voor een bedrag van 1 Arubaanse gulden. Die overdracht had tot rechtstreeks gevolg dat het recht op de premiebetalingen van de verzekerden overging op Treston zodat de transactie bijzonder profijtelijk was voor vader en zoon die aanzienlijke belangen in de vennootschap hadden. Dat was echter nog niet alles, want na deze overdracht sloot Treston ook nog een herverzekeringcontact met HDI dat het tweetal ook nog een keer provisie opleverde.

Dit alles geschiedde in relatieve stilte en met name waren de overige niet gecorrumpeerde bestuurders en commissarissen van HDI niet op de hoogte van deze praktijken. Dat gold wel voor de vennootschap Treston: zij wist – of moest begrijpen – dat de transacties waren gericht op het bevoordelen van de functionarissen en zij was ook op de hoogte van de belangenverstrengeling. Sterker, in het arrest van het Hof Den Haag van 19 februari 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:682) dat tot het arrest van de Hoge Raad heeft geleid, werd vastgesteld: 'het primaire doel van de constructie waarvoor Treston werd opgericht, was gelegen in de bevoordeling van de betrokken drie HDI-functionarissen en desondanks heeft zij zich er niet van vergewist of – de andere bestuurders van – HDI met de constructie instemden'. Aldus heeft Treston meegewerkt aan en vervolgens geprofiteerd van het onbehoorlijk bestuur van de drie HDI-functionarissen hetgeen tot het hof tot het oordeel bracht dat Treston onrechtmatig jegens HDI heeft gehandeld.

Nadat HDI bekend was geworden met de praktijken heeft zij het drietal ontslagen en een procedure begonnen om de schade vergoed te krijgen, die basierend op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). Daarbij werd niet alleen het drietal gedaagd, maar ook Treston vanwege haar betrokkenheid bij persoonlijke bevoordeling van het drietal. Door rechtbank en hof zijn de vorderingen van HDI toegewezen: voor recht werd verklaard dat gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vergoeding van de door HDI geleden schade. Daarbij gingen de feitelijke instanties voorbij aan het verweer van Treston dat sprake was van verjaring. Het hof was namelijk van oordeel dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in 2013 is gaan lo-

pen, omdat HDI pas op dat moment op de hoogte raakte van de achterliggende onrechtmatige belangen van de bestuurders en de commissaris bij de overdracht van de portefeuille en de door hen opgezette herverzekeringsconstructie. De functionarissen laten het er verder bij zitten en alleen Treston komt in cassatie op tegen het arrest van het hof. In die procedure was namelijk haar standpunt verworpen dat de wetenschap ten aanzien van de overdracht van de portefeuille aan Treston die het drietal in hun hoedanigheid van functionaris bij HDI had met zich brengt dat ook HDI vanaf dat moment van de overdracht van die transactie wist. Met andere woorden: de kennis van het drietal als functionaris bij HDI met betrekking tot de overdracht moet vanwege die hoedanigheid ook op dat moment aan de vennootschap worden toegerekend. Oftewel: de wetenschap van een bestuurder heeft te gelden als wetenschap van de vennootschap. Die redenering hield verband met een beroep op verjaring. Omdat vaststond dat vader, zoon en de derde bestuurder sinds de overdracht van de portefeuille in 2007 wisten van de transactie – en dus toen al bekend waren met de schade van HDI en de veroorzaker daarvan – zou dat namelijk volgens Treston betekenen dat HDI te laat was met het instellen van de schadevergoedingsvordering in 2014. Dergelijke op onbehoorlijk bestuur dan wel onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen van HDI verjaren op grond van het bepaalde in art. 3:310 lid 1 BW immers vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. En dat laatste was dus al in 2007 het geval met de overdracht van de portefeuille, aldus Treston. En daarom was HDI te laat met het instellen van de vordering in 2014, andermaal volgens Treston.

#### Rechtsgevoel

De stellingen van Treston doen wat gekunsteld aan en druisen in tegen elk rechtsgevoel. Die komen namelijk hierop neer dat de vennootschap die een onrechtmatige daad wordt verweten – onder meer bestaande uit het verzwijgen van een conflicterende transactie die haar eigen bestuurder heeft verricht met de gelaedeerde – zich verweert tegen de schadevergoedingsvordering door te stellen dat er sprake is van verjaring omdat de gelaedeerde vennootschap langer dan vijf jaar geleden bekend was met de schade en met de dader (let wel: haar eigen bestuurder), juist vanwege het feit dat hij ook bestuurder van de gelaedeerde was.

Dit standpunt van Treston is in lijn met de verwijten die de verdachte zoon in het vonnis zijn gemaakt. Zie bijvoorbeeld de overweging dat hij er ‘op geen enkel moment blijf van gegeven heeft het laakbare van zijn handelen te willen inzien’. En ook A-G mr. W.L. Valk is die mening toegedaan getuige zijn conclusie bij het begin van zijn behandeling van de onderdelen:

‘Ik val met de deur in huis. Het resultaat dat het onderdeel bepleit, veroordeelt mijns inziens zichzelf. In praktische zin komt ze neer op een faciliteit voor onbehoorlijk handelende bestuurders en eventuele derden die met zulke bestuurders zijn opgetrokken op een wijze die ten opzichte van de rechtspersoon onrechtmatig is. Ik zie geen aanleiding voor de veronderstelling dat de wetgever of uw Raad zoiets kan hebben bedoeld.’

De strijdigheid met het rechtsgevoel en de suggestie dat het recht niet zo kan zijn bedoeld, is dermate principieel dat een verwijzing naar primaire rechtsbeginselen voor de hand ligt en daarmee naar adagia als *nemo auditur suam turpitudi-*

*nem allegans* (oftewel ‘niemand vindt bij de rechter gehoor als hij een beroep moet doen op zijn eigen onbetamelijkheid’) en *turpi causa actio non oritur* (dat zich laat vertalen als ‘uit een onbetamelijke oorzaak ontstaat geen vordering’ of als ‘op een onzedelijke grondslag kan geen actie worden gebaseerd’). Vergelijk ook het in België geldende algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* (letterlijk vertaald: ‘bedrog doorbreekt alles’) dat met zich brengt dat rechten die ontstaan uit bedrog, volledig ongedaan moeten worden gemaakt. In haar proefschrift uit 2013 ‘*Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*’ geeft Anniekatrien Lenaerts van de Katholieke Universiteit Leuven in dit verband als voorbeeld de schuldenaar die bedrieglijk gegevens achterhoudt voor zijn schuldeiser waardoor hij verhindert dat de schuldeiser tijdig in rechte op kan treden. Op grond van die in België gangbare regel *fraus omnia corrumpit* kan die schuldeiser echter na het ontdekken van het bedrog zijn rechtsoverweging toch nog geldend maken, ook al is de verjaringstermijn formeel verstreken. En daarmee is de gelijkenis met het onderhavige arrest een gegeven. Vraag is dan alleen hoe die adagia weerslag kunnen hebben op deze zaak. Volgens mr. Branda Kantan bestaat er namelijk geen algemene wettelijke grondslag voor de toerekening van kennis van functionarissen aan een rechtspersoon (proefschrift ‘Toerekening van kennis aan rechtspersonen’ (serie Onderneming en Recht. deel 98). Als sprake is van een volmacht geldt art. 3:66 lid 2 BW en voor de andere gevallen wordt verwezen naar het arrest *Kleuterschool Babbel* (ECLI:NL:HR:1979:AH8595). Dat arrest leert dat *gedragingen* van een functionaris aan een rechtspersoon kunnen worden toegerekend indien deze in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als gedragingen van deze rechtspersoon. En in de arresten *Los Gauchos* (ECLI:NL:PHR:1990:AC2014), *Idee 2* (ECLI:NL:HR:2005:AR7344) en *Ontvanger/Voorsluijs* (ECLI:NL:HR:2005:AT6018) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de toerekening van *kennis* bij een functionaris aan een rechtspersoon moet worden beoordeeld aan de hand van het criterium dat volgt uit het arrest *Kleuterschool Babbel*.

#### Hoge Raad

De Hoge Raad neemt deze leer uit het arrest *Kleuterschool Babbel* als uitgangspunt voor onderhavige zaak en stelt in rechtsoverweging 3.2.2:

‘In beginsel brengt de aard van de functie van bestuurder van een rechtspersoon mee dat zijn wetenschap in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als wetenschap van de rechtspersoon.’

Daar voegt hij evenwel in diezelfde overweging meteen aan toe:

‘Dit kan echter onder bijzondere omstandigheden anders zijn. [...] Het oordeel van het hof komt erop neer dat van de hier bedoelde bijzondere omstandigheden in de verhouding tussen HDI en Treston sprake is en dat daarom in die verhouding de wetenschap van [de functionarissen] niet heeft te gelden als wetenschap van HDI.’

Volgens de Hoge Raad heeft het hof kunnen oordelen dat die uitzondering zich hier voordoet nu Treston met het oog op eigen financieel voordeel eraan heeft meegewerkt dat HDI voor het overige onkundig werd gehouden van de belangenverstrengeling van de bevoordeelde functionarissen, en dat dit handelen van Treston erop gericht was te voorkomen dat HDI rechtsmaatregelen tegen haar zou treffen.

‘In de door het hof vastgestelde omstandigheden ligt immers besloten dat Treston met het oog op eigen financieel voor-

deel eraan heeft meegewerkt dat (de niet geconflieeerde leden van) de raad van bestuur en de raad van commissarissen van HDI onkundig werden gehouden van de belangenverstremgeling van de drie betrokken functionarissen en hun persoonlijke financiële belangen bij de herverzekeringconstructie, en dat het handelen van Treston aldus erop gericht was te voorkomen dat HDI rechtsmaatregelen tegen haar (en de drie betrokken functionarissen) zou treffen. Dat kan de conclusie dragen dat in de verhouding tussen HDI en Treston de wetenschap van de drie betrokken functionarissen in het maatschappelijk verkeer niet heeft te gelden als wetenschap van HDI [...].'

Dat oordeel had daarmee meteen gevolgen voor het beroep van Treston op verjaring getuige het vervolg van deze overweging dat dit ook geldt voor het oordeel van het hof: 'dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen Treston niet is aangevangen.'

Het beroep van Treston op de strekking van de in art. 3:321 lid 1 aanhef en onder d BW jo. art. 3:320 BW neergelegde verlengingsgrond voor de verjaring tussen rechtspersonen en hun bestuurders kon haar volgens de Hoge Raad ook niet baten. Die handelen namelijk niet over de aanvang van de verjaring, maar over de verlenging daarvan. En daaruit volgt niet dat de wetenschap van een bestuurder in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als wetenschap van de rechtspersoon zodat die ook niet tot gevolg hebben dat de verjaringstermijn is gaan lopen.

mr. R.J.G. Mengelberg  
advocaat bij Courtine

## 156

### 'Koop breekt geen huur'

Hoge Raad  
25 september 2020, nr. 19/01351, ECLI:NL:HR:2020:1499  
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Lock)  
(Concl. A-G Vlas)  
Noot mr. E.E. van der Kamp

### Huurrecht. Art. 7:226 BW. Eigendomsoverdracht door ander dan verhuurder.

[BWSM art. 7:226; BW art. 7:226]

*Essentie:* Art. 7:226 BW is niet van toepassing in geval van eigendomsoverdracht door een ander dan de verhuurder. Onvoldoende grond om te anticiperen op de inwerkingtreding van het *Ontwerp Timeshare Ordinance*. De verkrijger van (zelfstandige rechten op) het verhuurde kan ook op andere gronden gehouden zijn verhuurdersverplichtingen na te komen. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist.

*Samenvatting:* Art. 7:226 lid 1 en 2 BWSM zijn gelijklopend aan art. 7:226 lid 1 en 2. Bij gebreke van een toelichting op art. 7:226 BWSM die op een andere richting wijst, kan voor de uitleg van die bepaling worden aangesloten bij art. 7:226 BW. Dit strookt met het concordantiebeginsel. Uit de tekst van art. 7:226 BW volgt dat deze bepaling alleen ziet op gevallen waarin de verhuurder (of diens schuldeiser) de verhuurde

zaak of een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de verhuurde zaak overdraagt. In de wetsgeschiedenis is onder ogen gezien dat de bepaling niet van toepassing is indien de overdracht door een ander plaatsvindt. Dit heeft niet geleid tot aanpassing van de wettekst. Daarom bestaat op dit punt geen ruimte voor een extensieve uitleg van art. 7:226 BW. De rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst gaan dus niet op grond van art. 7:226 BW over op de verkrijger wanneer het niet de (schuldeiser van de) verhuurder is die de (zelfstandige rechten op de) verhuurde zaak overdraagt. Dit geldt ook voor art. 7:226 BWSM.

*Er bestaat onvoldoende grond om te anticiperen op de inwerkingtreding van het Ontwerp Timeshare Ordinance. Waar daarin is voorzien in een regel die de timeshare-nemer beschermt, ongeacht of de verkopende of overdragende partij de contractspartij van de timeshare-nemer is, wijkt deze te sterk af van het geldende recht, terwijl bovendien onduidelijk is of, en zo ja wanneer de Timeshare Ordinance zal worden vastgesteld en in werking zal treden.*

*De verkrijger van (de zelfstandige rechten op) een verhuurde zaak kan ook op een andere grond – zoals art. 6:162 BWSM of art. 6:2 BWSM – gehouden zijn om de verhuurdersverplichtingen uit de huurovereenkomst na te komen. Daarvoor is echter vereist dat sprake is van bijzondere omstandigheden. Niet kan worden uitgesloten dat de eigenaar die niet de verhuurder is en diens schuldeiser gehouden zijn de huurovereenkomsten te eerbiedigen, bijvoorbeeld omdat zij met de verhuur hebben ingestemd. De aan art. 7:226 BW ten grondslag liggende beschermingsgedachte kan meebrengen dat voor een dergelijk geval uit art. 7:226 BW voortvloeit dat op de verkrijger overgaan de plichten in verband met het gebruik van de zaak die de eigenaar die niet de verhuurder is jegens de huurder heeft.*

*Alegria Real Estate B.V.*, gevestigd in Sint Maarten, verzoekster tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk  
tegen  
1. *Timeshare Owners at Caravanseraï Association*, gevestigd in Sint Maarten,  
2. [verweerder 2],  
3. [verweerder 3],  
beiden wonende in de Verenigde Staten van Amerika, verweerders in cassatie, verzoekers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Vlas)

In deze Caribische zaak gaat het in cassatie in de kern om de vraag of de regel 'koop breekt geen huur' van art. 7:226 lid 2 BW van Sint Maarten (hierna: BWSM) van overeenkomstige toepassing is op als huurovereenkomsten gekwalificeerde timesharecontracten. In dit geval zijn de in een executoriale veiling verkregen erfpachtrechten en de appartementsrechten in een op Sint Maarten gelegen resort 'verhuurd' door een ander dan de eigenaar/rechthebbende, terwijl de eigenaar en de verhuurder beide vennootschappen zijn die behoren tot hetzelfde concern. Is de verkrijger van de (erfpachtrechten op de) zaak gebonden aan de met de timesharenemers gesloten overeenkomsten?