

**W.H. van Boom, Aansprakelijkheid voor werknemers en toerekening van rechtshandelingen, in: Bedrijfsjuridische berichten 1994, nr. 3, p. 21-23**

**Aansprakelijkheid voor werknemers en toerekening van rechtshandelingen.**

HR 19 november 1993, RvdW 1993, 230  
COVA vs. BGL en INB (voorheen NMB)

**Feiten**

Tussen COVA en de NMB, verder de Bank te noemen, bestond een bankrelatie krachtens welke de COVA de beschikking had over een kredietfaciliteit van maximaal 250 miljoen gulden. Op zeker moment verzocht H., medewerker van COVA, namens COVA om een krediet van 10 miljoen gulden. De Bank crediteerde hierop de rekening-courant van de COVA. Een dag later ontving de Bank een telex van COVA met de opdracht ten laste van deze rekening een bedrag van ruim 9 miljoen gulden over te boeken naar een rekening die aangehouden werd ten name van een zekere Medait bij een bank in Zürich. De telex was voorzien van een tussen COVA en de Bank afgesproken geheime code, die steeds gebruikt werd als voorziening tegen niet-geautoriseerde opdrachten aan de Bank. Aangezien reeds vaker door middel van een telexbericht voorzien van een geheime code betalingsopdrachten door COVA aan de Bank waren verstrekt, voerde de Bank de opdracht nietsvermoedend uit. Na overboeking naar de Zwitserse rekening wordt het geld verduisterd door H. en de zijnen. COVA spreekt hierop de Bank aan ten belope van het verduisterde bedrag.

**Toerekening van rechtshandelingen**

In cassatie beroept COVA zich op de rechtsregel die de Hoge Raad in het arrest *Kamerman vs. Arolease* (HR 7 febr. 1992, NJ 1992, 809 nt. HJS) had neergelegd. In dat arrest besliste de Hoge Raad dat degene voor wie iets verklaard wordt door middel van een vervalste handtekening, zich er *in het algemeen* tegen degene tot wie de verklaring gericht was op kan beroepen dat het niet zijn verklaring is, ook dan wanneer degene tot wie de verklaring gericht was heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen dat de handtekening echt was. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan van deze hoofdregel worden afgeweken, zoals bijvoorbeeld wanneer het de persoon wiens handtekening is vervalst, valt toe te rekenen dat de schijn van echtheid is gewekt bij degene tot wie de verklaring werd gericht. Vgl. de artikelen 3: 35, 36 en 61 lid 2 BW, welke alle als verschijningsvormen van het zogenaamde 'toedoenbeginsel' kunnen worden beschouwd. Zie nader hierover Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, Mon.NBW A22, nr. 10.

COVA beriep zich op de hoofdregel en achtte zich dus niet gebonden aan de betaling, ook al was de Bank te goeder trouw. Ook A-G Strikwerda (Concl. nr. 25 i.f., CRW 1993, 230) meende dat de goede trouw van de Bank niet zonder meer tot toerekening van de handelingen aan COVA dient te leiden, zolang er geen 'toedoen' aan de schijn van de zijde van COVA in het spel is.

De Hoge Raad is evenwel een andere rechtsopvatting toegedaan. De Raad acht van belang door wie de fraude met de geheime code is gepleegd en overweegt dat wanneer een werknemer van COVA de fraude pleegt, en het dus gaat om gedragingen die in beginsel voor rekening van de werkgever komen, toepassing van eerdergenoemde hoofdregel tot onredelijke resultaten zou leiden. De vraag voor wiens risico de gevaren verbonden aan het onbevoegd gebruik van een *overeengekomen* geheime code voor telexberichten behoort te komen binnen een *contractuele*

relatie zoals die tussen een bank en haar cliënt, dient volgens de Hoge Raad te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij is met name van belang aan wie valt toe te rekenen dat de code in verkeerde handen is gevallen. Als het bijvoorbeeld een werknemer van de cliënt is in wiens 'onbevoegde handen' de code is terecht gekomen, dan zal het prima facie de betreffende cliënt zijn aan wie zulks valt toe te rekenen. Op deze rust dan ook de bewijslast van het tegendeel. Het dient te bewijzen dat hij alle mogelijke maatregelen heeft getroffen om geheimhouding te waarborgen, of om bijvoorbeeld aannemelijk te maken dat de code integendeel door werknemers van de bank is verstrekt aan zijn eigen werknemer. Dit toerekenen van de frauduleuze handelingen van de werknemer aan de cliënt binnen diens contractuele relatie met de bank dient uiteraard beschouwd te worden als species van het genus aansprakelijkheden waartoe bijvoorbeeld ook de artikelen 6: 76, 6: 170 en 3: 37 lid 3 tweede volzin BW behoren. De regel die de Hoge Raad in het arrest COVA/NMB heeft gesteld, blijft dan ook niet beperkt tot de categorie 'werknemers'. Ook als het gaat om fraudeurs die in een relatie tot de cliënt staan waardoor zij gemakkelijker tot de code toegang hebben dan een willekeurige derde, dienen volgens de Hoge Raad de handelingen van de betreffende fraudeur voor rekening te komen van degene in wiens bedrijf de fraude gepleegd wordt. Men denke aan uitzendkrachten, gecontracteerde automatiseringsbedrijven en beveiligingspersoneel.

### **Schijn of toedoen bindend?**

In het Kamerman/Arolease arrest kon degene wiens handtekening vervalst was, zich op het standpunt stellen niet gebonden te zijn aan de vervalsing, niettegenstaande de goede trouw van degene die afging op de handtekening. Zulks zou slechts anders zijn als de goede trouw terug te voeren was op gedragingen van degene wiens handtekening vervalst was. In het COVA/NMB arrest is de regel voor wat betreft geheime identificatiecodes anders: het hangt van de omstandigheden af wie het risico van onbevoegd gebruik dient te dragen. Het komt aan op de vraag aan wie valt toe te rekenen dat de code in onbevoegde handen terecht is gekomen. Uiteindelijk betreft het dus ook hier een vraag naar 'toedoen': wiens gedragingen hebben tot gevolg gehad dat de ontvanger van de boodschap deze voor bevoegdlijk verzonden mocht achten? Betreft het een werknemer van een van beide partijen die de code onbevoegdlijk gebruikt, dan is het deze partij die, behoudens bewijs van voldoende voorzorgsmaatregelen, het risico van dat gebruik dient te dragen. Kan hij dit bewijzen, dan verspringt het risico naar de bank.

Het is dus in geen van beide arresten de schijn die bindt, maar het 'toedoen'. Stel bijvoorbeeld dat een cliënt een elektronische betalingsopdracht (via modem of iets dergelijks) verzendt, die voorzien is van een naar gangbare opvattingen bijzonder veilig geachte codering, maar niettemin onderschept wordt door een 'inbreker' en vervolgens vervormd de bank bereikt als gevolg waarvan de bank een bedrag overboekt naar een rekening van de 'inbreker'. Uit de regel die de Hoge Raad thans heeft opgesteld, valt naar ik meen af te leiden dat in dat geval het risico van de fraude bij de bank berust. Weliswaar is er sprake van goede trouw aan de zijde van de bank – deze mocht er van uit gaan dat de opdracht authentiek en correct was – maar die schijn is niet terug te voeren op en dus toe te rekenen aan de cliënt. Deze heeft immers alles in het werk gesteld om de gecodeerde boodschappen veilig en dus onaangetast te doen aankomen. Enigszins anders: R.E. van Esch, NJB 1992, blz. 1073 e.v., blz. 1079 rechterkolom. Vgl. ook R.E. van Esch en C. Prins (red.), *Recht en EDI*, Zwolle 1993, blz. 44 e.v., alwaar in dit verband m.i. ten onrechte het leerstuk van de wilsgebreken in stelling wordt gebracht (het betreft in voorkomende gevallen immers een gebrek aan wil in de zin van art. 3: 33 BW en niet een onder invloed van een gebrek gevormde wil in de zin van de artikelen 3: 44 en 6: 228 BW).

### **Contractuele risicoverdeling**

De regel dat bij fraude door kort gezegd een werknemer het risico bij de werkgever ligt, en dat de frauduleuze handelingen aan deze laatste dienen te worden toegerekend als zijn eigen rechtshandelingen, geldt niet als cliënt en bank in hun overeenkomst een afwijkende risicoverdeling hebben neergelegd. Een dergelijke verdeling zal met name uitvloeisel zijn van al of niet uitgebreide afspraken omtrent identificatie en verificatie van over en weer verzonden verklaringen. Het niet nakomen van deze afspraken zou in ieder geval tot aansprakelijkheid voor de ontstane schade moeten leiden.

Het is voor de praktijk van groot belang in overeenkomsten die de grondslag vormen voor elektronisch berichtenverkeer bepalingen op te nemen omtrent identificatie, verificatie en toerekening van berichten waar geen wil van de vermeende afzender aan ten grondslag ligt alsmede omtrent aansprakelijkheid en bewijslastverdeling voor dergelijke fraudegevallen.