

Factuurfraude en betaling te goeder trouw

HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:783 (Devante Minerals Trading Ltd. & Polar Global Equity AG / Hascor BV)

W.H. van Boom

Ars Aequi 2022, p. 667-676 (paginanummers staan tussen [haken] in de tekst)

Feiten en rechtsvragen

[667] Hascor BV neemt geregeld grondstoffen af van Yildirim Holding AS. Yildirim wijst daarbij steeds een van haar dochtermaatschappijen aan om de order van Hascor uit te voeren. Op 22 september 2015 bestelt Hascor een partij ferrochroom voor \$ 363.394,13, te verschepen van Rusland naar Mexico. Yildirim wijst dochtermaatschappij Devante Minerals Trading Ltd aan als verkopende partij. Yildirim verstuurt op 28 oktober 2015 om 10:11 uur lokale tijd via @yildirimgroup.com een e-mail aan Hascor met daarin de verladingsdocumenten en een factuur. Op deze factuur staat een bankrekening bij een Nederlandse bank waar de betaling moet plaatsvinden. Kort daarop, om 10.29 uur lokale tijd, ontvangt Hascor een e-mail die ogenschijnlijk vanuit hetzelfde e-mailadres en door hetzelfde personeelslid van Yildirim was verstuurd. In die e-mail staat de tekst: "Please neglect previous shipping documents due to mistakes. We will correct immediately and resend it to you. Please acknowledge". Om 10:51 uur ontvangt Hascor een derde e-mail, wederom kennelijk vanuit hetzelfde e-mailadres. De e-mail heeft als tekst: "Thanks for your email confirmation. Please find attached correct shipping documents. As already informed, documents will be sent latest Monday. Awaiting your swift reply." Ook deze derde e-mail is ogenschijnlijk ondertekend door dezelfde persoon als de eerdere mails. De mail bevat als aanhangsel precies dezelfde vrachtdocumenten als in de oorspronkelijke e-mail. De aangehechte factuur is echter niet identiek aan de oorspronkelijke: niet alleen is de tweede factuur een zwart-wit scan terwijl de eerste in kleur is gesteld en ondertekend, er staat de naam van een andere begunstigde dan Hascor (namelijk "BDA Ballada"), een adres van de begunstigde in Californië (in een woonwijk) en een bankrekening gehouden bij de Union Bank in Palo Alto, California (VS).¹ Hascor heeft de eerste factuur echter niet bestudeerd en heeft dus niet gecontroleerd of er verschil bestaat tussen de facturen. Kennelijk ruikt Hascor ook geen onraad door de adresgegevens of de tenaamstelling van de aangewezen bankrekening op de tweede factuur. Hascor betaalt op 2 november de tweede factuur en op 5 november ontving zij per post de originele vrachtdocumenten; alles lijkt dus in orde te zijn. Hascor ontvangt bovendien de bestelde partij ferrochroom, maar wat zij niet weet is dat Devante de betaling nooit heeft ontvangen.

In november en december 2015 ontvangen Hascor en Devante vervolgens over en weer phishing e-mails vanaf e-maildomeinen die sterk lijken op hun werkelijke domeinen, zoals @hascorr.com en @yildirimgroup.com. Over deze e-mails hebben Hascor en Devante contact gehad, en ook over het feit dat Devante nog geen betaling van de factuur van 28 oktober had ontvangen. Kennelijk valt het kwartje dan nog niet, want even later bestelt Hascor weer een partij ferrochroom en betaalt ze wéér aan dezelfde verkeerde bankrekening als in de eerdere transactie. Kort [668] daarna wordt het Hascor duidelijk dat de e-mails waarin deze bankrekening in Palo Alto werd aangewezen, niet van Devante afkomstig waren. Hascor kan de tweede betaling nog op tijd ongedaan laten maken door haar bank ('storeren' noemt men dat), maar wat betreft de eerdere betaling die ze op 2 november had gedaan, was dat niet meer mogelijk. Het geld was verdwenen.

Devante vordert in deze procedure betaling van de koopprijs van \$ 363.394,13 voor de bestelling van 22 september 2015. De rechtbank wijst de vordering tot betaling toe. De rechtbank overweegt dat een geldschuld een brengschuld is en de verantwoordelijkheid voor de rechtsgeldige betaling daarvan bij de schuldenaar ligt. Het enkele feit dat Hascor vertrouwdde op de juistheid van de valse factuur is onvoldoende om Devante te houden aan de inhoud van die valse factuur. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die het vertrouwen van Hascor toerekenbaar maken aan Devante; daarbij is doorslaggevend of Devante zo onzorgvuldig heeft gehandeld dat de fraude voor haar risico moet blijven. De rechtbank wijst in dat verband op HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0498, NJ 1992/809 (*Kamerman/Aro Lease*). De rechtbank vindt het niet doorslaggevend of het IT-systeem van Devante gehackt was, want dat betekent nog niet dat Devante ook

¹ Zie de weergave van de documenten in Rb. Gelderland 10 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2940, r.o. 2.3 en 2.6.

het risico daarvan moet dragen. Uit het arrest uit 1992 zou namelijk volgen dat de enkele omstandigheid dat iemand een ander de mogelijkheid tot frauderen heeft gegeven, niet voldoende is voor toerekening van de gevolgen van die fraude. Aangezien het volgens de rechtbank 'algemeen bekend' is dat personen en bedrijven met grote regelmaat worden gehackt en ook Hascor toegeeft dat sprake is geweest van een zeer geraffineerde vorm van e-mailfraude, maakt de gestelde omstandigheid dat iemand er mogelijk in geslaagd zou zijn het netwerk van Devante te hacken, nog niet dat Devante zo onzorgvuldig is geweest dat de gevolgen van dit hacken voor haar risico moeten blijven. Het had, zo begrijp ik de rechtbank, iedereen kunnen gebeuren. De overige omstandigheden aan de zijde van Yildirim worden door de rechtbank terzijde geschoven: dat Yildirim steeds verschillende dochtermaatschappijen aanwees, die verschillende bankrekeningen bij verschillende banken hadden, doet bijvoorbeeld niet af aan de zorgvuldigheid die van Hascor gevraagd mag worden, aldus de rechtbank. Hascor had kortom de twee facturen maar moeten vergelijken en dan had zij toch wel grote vraagtekens moeten plaatsen bij de verschillen tussen de facturen en in het bijzonder bij de onbekende naam "BDA Ballada", zo begrijp ik de rechtbank.

Het hof komt tot een tegengesteld oordeel.² Het hof overweegt dat er bijzondere omstandigheden zijn die rechtvaardigen om de ontstane situatie toe te rekenen aan Devante. Deze omstandigheden zijn kort gezegd:

- Yildirim gebruikte steeds verschillende dochtermaatschappijen bij de uitvoering van koopcontracten
- daarbij werden wisselende bankrekeningen gebruikt
- de verschillende dochtermaatschappijen hanteerden elk een eigen huisstijl
- de wijze van factureren via e-mail was door Devante gekozen
- het was de eerste keer dat Devante was aangewezen
- in de e-mails stond vermeld dat alleen de vrachtdocumenten waren gewijzigd
- het was niet ongebruikelijk dat vrachtdocumenten tussentijds werden aangepast, bijvoorbeeld omdat de condities of omvang van de partij wijzigde
- de e-mails die Hascor ontving op 28 oktober 2015 waren afkomstig van het juiste e-mailadres van Yildirim
- de onderwerpregel van de e-mails was identiek
- de betaaltermijn die Devante had bedongen, was vijf werkdagen na verzending van vrachtdocumenten per e-mail op 28 oktober 2015, zodat Hascor op 5 november 2015 had moeten betalen. Devante rappelleerde echter pas enkele weken later, zodat de betaling van 2 november niet meer kon worden gerestorneerd.

Het hof concludeert op grond van deze omstandigheden dat het aan Devante valt toe te rekenen dat Hascor de valse factuur voor echt heeft gehouden en redelijkerwijze mocht houden. De vordering tot betaling wordt daarom afgewezen. Nu zoekt Devante het hogerop. In cassatie klaagt zij er onder meer over dat de onderbouwing van het oordeel van het hof gebrekkig is: de omstandigheden die het hof als doorslaggevend heeft geoordeeld, zijn niet zodanig dat de schijn waar Hascor op af ging, aan Devante kan worden toegerekend.

Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Assink en verwierpt het cassatieberoep van Devante. Allereerst schetst de Hoge Raad het algemene beoordelingskader voor de zaak:

"3.1.2 Wanneer iemand door zich valselyk als een ander voor te doen iets voor die ander verklaart – in deze zaak het aanwijzen van een bankrekening voor betaling – geldt als uitgangspunt dat die ander zich tegen degene tot wie de verklaring is gericht (hierna: de geadresseerde), erop kan beroepen dat de verklaring niet van hem afkomstig is, ook wanneer de geadresseerde heeft aangenomen en redelijkerwijze mocht aannemen dat de verklaring wel van die ander afkomstig was. Uit het beginsel dat ten grondslag ligt aan de art. 3:35 BW, 3:36 BW, 3:61 lid 2 BW en art. 6:147 BW vloeit evenwel voort dat dit onder omstandigheden anders kan zijn. Deze omstandigheden moeten dan wel van dien aard zijn dat zij rechtvaardigen dat aan degene voor wie valselyk iets is verklaard, geheel of ten dele wordt toegerekend dat geadresseerde de verklaring voor echt heeft gehouden en redelijkerwijze mocht houden.³ [Vgl. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0498, rov. 3.3 (Kamerman / Aro Lease).] De omstandigheden kunnen dus ook van dien aard zijn dat het slechts in een bepaalde mate aan degene voor wie valselyk is verklaard, moet worden toegerekend dat de geadresseerde gerechtvaardigd op die verklaring heeft vertrouwd, en dat dit voor het overige voor rekening en risico van de geadresseerde blijft.

² Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11338.

3.1.3 Bij de hiervoor in 3.1.2 bedoelde beoordeling kan onder meer een rol spelen in hoeverre partijen adequate voorzorgsmaatregelen hebben genomen om te voorkomen dat een derde in staat is zich voor een van hen uit te geven. In verband daarmee mag in voorkomend geval van partijen worden verwacht dat zij uiteenzetten welke inspanningen zij zich hebben getroost om te achterhalen op welke wijze de derde zich valselijk als een van hen heeft kunnen voordoen en wat deze inspanningen hebben opgeleverd.

Vervolgens toetst de Hoge Raad of de beoordeling door het hof de toets der kritiek kan doorstaan:

3.1.4 Het hof heeft geoordeeld dat zich in deze zaak omstandigheden voordoen die rechtvaardigen dat aan Devante wordt toegerekend dat Hascor de vervalste factuur voor echt heeft gehouden en redelijkerwijze mocht houden. Dit oordeel kan, verweven als het is met een waardering van feiten en omstandigheden, in cassatie slechts beperkt worden getoetst. Het oordeel geeft, in het licht van wat hiervoor in 3.1.2 en 3.1.3 is overwogen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daarop stuiten de klachten van onderdeel 1.1 af.”

[669] De weging van omstandigheden zoals het hof die had verricht, blijft dus overeind. Daarmee komt de factuurfraude in deze zaak voor risico van Devante en hoeft Hascor niet nogmaals te betalen. Hascor had overigens zelf voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld, dat wil zeggen cassatieberoep dat alleen behandeld hoeft te worden als het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof zou leiden.³ Nu dat niet het geval was, hoefde de Hoge Raad dat voorwaardelijke beroep niet te behandelen. Toch geeft de Hoge Raad naar aanleiding van het beroep van Hascor een overweging ‘ten overvloede’. Dat is ‘s *Hogen Raads* codetaal voor: ‘let op, nu volgt een belangrijke overweging die we, hoewel we strikt genomen niet verplicht zijn om deze te geven, toch graag geven ter voorkoming van misverstand, ter verduidelijking of ter bevordering van de rechtseenheid’:

“Ten overvloede wordt (...) als volgt overwogen. Art. 6:34 lid 1 BW ziet op het geval dat de schuldenaar op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger van de betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald. Van dat geval moet worden onderscheiden het zich in deze zaak voordoende geval waarin de schuldenaar de betaling heeft verricht op een bankrekening waarvan hij ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat de schuldeiser deze had aangewezen. Daarop heeft art. 6:34 BW dus geen betrekking.”

Commentaar

Factuurfraude komt voor in verschillende verschijningsvormen. De klassieke wijze van factuurfraude vergt hulp van binnenuit, bijv. van een werknemer van de crediteur die facturen vervalst en verstuurt en zodoende ervoor zorgt dat het geld op de verkeerde rekening terecht komt. De moderne wijze geschiedt door hackers op afstand. Het vergt een virus dat bijv. door *phishing* in een bedrijfscomputersysteem terechtkomt en hackers in staat stelt om e-mailverkeer te monitoren. Dat leert ze hoe transacties verlopen en geeft ze uiteindelijk de gelegenheid om e-mails te onderscheppen, te veranderen en te vervalsen, al dan niet met gebruikmaking van een vorm van *social engineering* (bijv. door *social media* accounts van medewerkers af te struinen om persoonlijke details te vergaren die vervolgens zo worden ingezet in de vervalste berichten dat een ander het vertrouwen krijgt dat het werkelijk die persoon is die via e-mail met hen communiceert). Ook weten hackers geregeld de systemen van *beide* partijen binnen te dringen, zodat ook het e-mailverkeer aan de zijde van de wederpartij kan worden gemonitord en mails kunnen worden onderschept, et cetera.⁴

De laatste jaren is het bewustzijn onder bedrijven en instellingen over cyberveiligheid en dus ook factuurfraude toegenomen. Hoewel absolute veiligheid niet bestaat, is er wel meer aandacht voor technische voorzieningen en eenvoudige protocollen die barrières kunnen opwerpen (zoals een afspraak tussen handelspartners dat een opgegeven bankrekening altijd moet worden gecontroleerd tegen de gevalideerde bankrekeningen in de eigen administratie, of een regel dat bij wijziging van facturen altijd telefonisch contact volgt). Ten tijde van de transactie tussen Hascor en Devante (2015) was dat bewustzijn er veel minder en was men zich minder bewust van het belang van computerveiligheid in algemene zin. *Inde lacrimae*, vandaar de tranen. En het overkwam niet alleen kleine bedrijven maar ook grote bedrijven en instellingen werden

³ Zie over principaal en (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep bijv. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/233 e.v.

⁴ Factuurfraude is een van de verschijningsvormen van *Business Email Compromise* (BEC) fraude, een wereldwijde miljardenindustrie. Zie daarover bijv. <https://www.bloomberg.com/features/2021-hushpuppy-gucci-influencer/>. Een andere vorm van BEC is CEO-fraude; zie <https://www.fraudehelpdesk.nl/ondernemers-fraude/ceo-fraude/>.

slachtoffer, voor veel grotere bedragen. Zo had voetbalclub Lazio Roma in 2014 een voetballer overgekocht van Feyenoord voor een transfersom van 8,5 miljoen euro. Bij betaling door Lazio van een van de termijnen aan Feyenoord, ging het mis. Twee miljoen euro belandde door een computerhack in handen van derden. Lazio was namelijk afgegaan op vervalste berichten die ogenschijnlijk van Feyenoord afkomstig waren en waarin een bankrekening werd aangewezen die uiteindelijk niet in handen van Feyenoord maar van hackers bleek te zijn. Naar verluidt heeft het Hof van Arbitrage voor Sport (CAS) als arbiter geoordeeld dat een deel van de 2 miljoen euro alsnog betaald moest worden door Lazio (maar nu op de goede bankrekening).⁵

Degenen die met succes factuurfraude plegen en op die manier een betaling weten te onderscheppen, zijn uiteraard gehouden tot terugbetaling van het bedrag dat ze op frauduleuze wijze in handen hebben gekregen. Praktisch gesproken zal een vordering daartoe geregeld op niets uitlopen: als de identiteit van de dader al te achterhalen valt, moet deze ook nog gelokaliseerd en veroordeeld worden en deze moet ook nog vindbaar vermogen hebben dat verhaal kan bieden. Vanwege deze obstakels is de vraag relevant hoe tussen crediteur en debiteur het risico moet worden toegedeeld en welke factoren daarbij een rol spelen.⁶

[670] Het arrest van de Hoge Raad geeft enige richting aan dit vraagstuk van de risicotoedeling. Er zijn vier aspecten van het arrest die ik hierna wil belichten. Allereerst zien we dat de Hoge Raad in r.o. 3.1.2 argumenteert langs de lijn van een rechtsbeginsel dat aan verschillende wetsartikelen ten grondslag ligt en dat tot gehele of gedeeltelijke verschuiving van het risico van afdwaling van de betaling kan leiden. Wat is dat beginsel dat deze wetsartikelen gemeen hebben, en hoe verhoudt dat beginsel zich tot de mogelijkheid van verdeling? Die twee vragen komen hierna onder 1 en 2 aan de orde.

In de derde plaats valt op dat de Hoge Raad in r.o. 3.1.4 ten overvloede overweegt dat art. 6:34 BW niet van toepassing is op het gegeven geval. Ik bespreek daarom onder 3 wat het werkingsbereik van art. 6:34 BW is. Ten slotte behandel ik onder 4 de vraag of de concrete uitkomst overtuigend is en welke factoren wel en niet een rol zouden moeten spelen in dit soort zaken.

1. Uitgangspunten tegenover een beginsel

Er is een aantal uitgangspunten dat hier centraal staat en dat gecontrasteerd wordt met een rechtsbeginsel dat aan meerdere wetsartikelen ten grondslag ligt. De uitgangspunten zijn kort gezegd de volgende: (i) betaling van een geldsom is pas voltooid als het geld in handen van de crediteur is gekomen en (ii) iemand die zich voor een ander uitgeeft, bindt die ander niet.

Allereerst het uitgangspunt dat betaling van een geldsom pas is voltooid als het geld in handen van de crediteur is gekomen.⁷ Men zegt wel dat een geldschuld een brengschuld is.⁸ Dat betekent dat als er iets fout gaat in het betaalproces, het risico daarvan bij de debiteur ligt. Zo draagt hij het risico van struikrovers – zowel *offline* als *online* – totdat het geld in de geldkist van de crediteur is aanbeland en op dat moment gaat de verbintenis tot betaling van de geldsom pas teniet. Betaalt de debiteur aan de verkeerde (dus een *afdwaling* van betaling), bijvoorbeeld omdat hij zich vergist in de persoon van de crediteur, betaalt op een verkeerde rekening of de enveloppe met geld in de verkeerde brievenbus duwt, dan is de schuld niet gedelgd en kan de crediteur van hem eisen dat hij alsnog aan hem betaalt. De ontvanger van de afgedwaalde betaling zal het bedrag aan de betaler moeten teruggeven,⁹ maar gebeurt dat niet dan ligt het risico dat de debiteur de afgedwaalde betaling niet meer kan terugkrijgen, bij de debiteur.

In de tweede plaats is er het uitgangspunt dat iemand die zich voor een ander uitgeeft, die ander niet bindt. Als de geadresseerde van een verklaring feitelijk heeft aangenomen en redelijkerwijze mocht aannemen – met andere woorden: te goeder trouw was in de zin van art. 3:11 BW¹⁰ – dat die verklaring afkomstig was van een ander, is die ander toch niet gehouden aan die verklaring als deze afkomstig was van een vervalser of bedrieger. Het is namelijk niet *zijn* verklaring. Dit volgt uit het arrest *Kamerman/Aro Lease* (1992) :

⁵ Zie bijv. 'Feyenoord mist nog één miljoen van Lazio na transfer De Vrij' (AD 25 september 2018; www.ad.nl).

⁶ Mogelijk is soms ook de gehoudenheid van de bank om de frauduleuze betaling tegen te houden, relevant, maar de hoofdregel is kort gezegd dat het risico van fraude door een uitgelokte verkeerde overboeking door de rekeninghouder bij de rekeninghouder thuis hoort en niet bij de bank. Zie over de bancaire verantwoordelijkheden bij overboekingen bijv. B. Bierens, *Geld in het vermogensrecht* (Mon. BW A17), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 71-72; R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 281 e.v.

⁷ Bij girale betaling is dat het moment de rekening van de crediteur wordt gecrediteerd met het overgeboekte bedrag. Zie art. 6:114 lid 2 BW; vgl. art. 7:541 BW. Zie ook HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005/200 (*Mendel q.q./ABN Amro*).

⁸ Dit volgt ook uit art. 6:116 lid 1 BW en art. 6:118 BW, dat bij wijze van regelend recht de domicilie c.q. vestigingsplaats van de crediteur aanwijst als de plaats van betaling. Zie M.W. Scheltema, *Nakoming* (Monografieën BW nr. B32a), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 69-70.

⁹ Art. 6:203 lid 2 BW. Zie W.H. van Boom, in: T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht 5), 9^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 405.

¹⁰ Over kennisgradaties die hier relevant zijn, zie B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 27 e.v.

“Wanneer iemand door valselijk de handtekening van een ander te plaatsen iets voor die ander verklaart, kan deze ander zich in het algemeen tegen degene tot wie de verklaring is gericht, erop beroepen dat de handtekening en daarmee de verklaring niet van hem afkomstig is, ook wanneer degene tot wie de verklaring was gericht, heeft aangenomen en redelijkerwijze mocht aannemen dat de handtekening echt was.”¹¹

Tegenover deze uitgangspunten staan een aantal tegengestelde wetsbepalingen, waarvan de Hoge Raad zowel in het genoemde *Aro Lease* arrest als in het onderhavige arrest overweegt dat zij tot een en hetzelfde rechtsbeginsel terug te voeren zijn. Het gaat om art. 3:35 BW, 3:36 BW, 3:61 lid 2 BW en art. 6:147 BW. Die verwijzing naar een rechtsbeginsel dat onder de wetteksten verscholen zou liggen is nodig, omdat bij factuurfraude geen van deze wetsbepalingen rechtstreeks toegepast kan worden.¹² Art. 3:35 BW is niet van toepassing omdat de vervalste factuur niet afkomstig was van Devante, art. 3:36 BW is om dezelfde reden niet van toepassing en bovendien is Hascor geen derde in de zin van dat artikel, art. 3:61 lid 2 BW is niet van toepassing want de vervalste factuur is niet afkomstig van iemand die zich voordoeft als vertegenwoordiger van Devante, en art. 6:147 BW is alleen van toepassing op order- en toonderpapieren en daar is hier geen sprake van.¹³

[671] De vraag is alleen: om welk rechtsbeginsel gaat het hier? In elk geval niet om het beginsel dat degene die te goeder trouw een vervalste factuur betaalt, bevrijdend betaalt. Dat beginsel bestaat namelijk niet; het enkele gegeven dat de betaler te goeder trouw is, is onvoldoende om het frauderisico te verleggen naar de crediteur (zie de twee uitgangspunten hierboven). Er moet naast goede trouw bij de betaler ook sprake zijn van ‘verklaringen en gedragingen’ van de zijde van de crediteur die bij de betaler het vertrouwen hebben kunnen wekken dat de vervalste factuur van de crediteur afkomstig was – aldus de ‘vertaling’ van art. 3:36 en 3:61 lid 2 BW naar de factuurfraude – of van aan de crediteur toerekenbare feiten die bijgedragen hebben aan de fraude (art. 6:147 BW). Dit wijst in de richting van het zogenaamde *toedoenbeginsel*.¹⁴ Dit beginsel wordt vaak genoemd als het beginsel dat gemeen is aan art. 3:35 BW, 3:36 BW en 3:61 lid 2 BW. Toedoen doet zich voor als degene tegen wie de bescherming wordt ingeroepen heeft bijgedragen – door een doen, nalaten, verklaring of stilzwijgen – aan het ontstaan van de schijn dat de vervalste factuur echt was en die bij de ander tot gerechtvaardigd vertrouwen op die echtheid heeft geleid.¹⁵ In de factuurfraudezaak is er *de schijn* dat de vervalste factuur echt was en *het vertrouwen* van de betaler die de factuur te goeder trouw voor echt houdt; voor het vereiste van het toedoen moet de vraag worden gesteld welk doen, laten, verklaren of stilzwijgen van de crediteur eraan heeft bijgedragen dat de schijn waarop werd vertrouwd, kon ontstaan. Dat toedoen rechtvaardigt namelijk dat het gerechtvaardigd vertrouwen wordt gehonoreerd, zo luidt dit beginsel kort gezegd.¹⁶

In *Aro Lease* arrest zelf leek de Hoge Raad inderdaad te denken aan dat toedoenbeginsel. Hij overwoog namelijk dat onder omstandigheden de verklaring door de vervalste handtekening wel kan worden toegerekend aan degene wiens handtekening werd vervalst:

“Deze omstandigheden moeten dan wel van dien aard zijn dat zij tot de slotsom nopen dat aan degene wiens handtekening is vervalst, valt toe te rekenen dat de wederpartij de handtekening voor echt heeft gehouden en

¹¹ HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0498, NJ 1992/809 (*Kamerman/Aro Lease*).

¹² Vgl. E.D.C. Neppelenbroek, *Elektronisch contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 107. Is sprake van ‘hulp van binnenuit’ bij de fraude, dan kan het toerekeningsbeginsel dat ten grondslag ligt aan art. 6:170 BW en art. 7:661 BW (fouten van werknemers behoren tot de risicosfeer van de werkgever) misschien nog uitkomst bieden, zij het dat opzettelijk frauderen door werknemers niet zonder meer altijd voor risico van de werkgever komt. Zie nader HR 19 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1148, NJ 1994/622 (*Cova/Banque Generale*); vgl. ook P.T.J. Wolters, ‘Risicoverdeling bij digitale factuurfraude’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021, p. 938.

¹³ Art. 6:147 BW betreft toonder- en orderpapier dat tegen iemands wil in omloop raakt, dat vervalst is of een vervalste handtekening bevat. Ik laat die bepaling hier verder buiten beschouwing, maar merk wel op dat ook bij dat artikel geen onmiddellijk toedoen vereist is; de toerekenbaarheid aldaar kan ook een risicotoedeling zijn op ruimere grondslag dan zuiver toedoen.

¹⁴ Bijv. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen - naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 205; Asser/Kortmann 3-III 2017/38 e.v. A-G Van Peursem in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1128, onder 3.6) spreekt in navolging van A-G Valk in een andere zaak (ECLI:NL:PHR:2018:1458, onder 3.4 en 3.5) en die weer in navolging van HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2734, NJ 1999/581 (Hartman/Bakker), r.o. 3.4.1 van het beginsel dat *opgewekt* vertrouwen bescherming verdient. Ook wordt wel gesproken van *gerechtvaardigd* vertrouwen (bijv. Asser/Sieburgh 6-III 2018/134). Gezien de uitleg die steeds wordt gegeven, neem ik aan dat met al deze begrippen min of meer hetzelfde wordt bedoeld, zolang men onder toedoen ook de toerekenbare risicofactoren in de eigen organisatiesfeer verstaat (daarover hierna).

¹⁵ B.W.M. Nieskens-Ispording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming (Mon. NBW A22)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 20. Kritisch over de maatstaf J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 143-144, die meent dat ze weinig meer inzicht geeft dan een causaliteitsmaatstaf.

¹⁶ Anders gezegd: gerechtvaardigheid van het vertrouwen en het toedoen ‘bepalen elkaar in wederkerigheid’ (J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 124-125).

redelijkerwijze mocht houden. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer degene wiens handtekening is vervalst, ofschoon hij de onbetrouwbaarheid van degene die zijn handtekening heeft vervalst, kende of behoorde te kennen, eraan heeft meegewerkt of zonder voorzorgsmaatregelen te treffen heeft toegelaten dat deze de mogelijkheid kreeg door het vervalsen van zijn handtekening jegens de wederpartij de schijn te wekken dat het een door hem ondertekende verklaring betrof.”¹⁷

Het toedoenbeginsel is te vinden in het door de Hoge Raad gegeven voorbeeld, waarbij degene wiens handtekening wordt vervalst de vervalser in de gelegenheid heeft gesteld om de vervalsing te begaan of onvoldoende voorzorg heeft betracht om de de vervalser tegen te houden (denk aan: onvoldoende beveiligingsmaatregelen). Sinds het *Aro Lease* arrest (dat dateert van 1992) hebben zich echter ontwikkelingen voorgedaan in de rechtspraak die twijfel hebben gezaaid over de vraag of *toedoen* nog de enige mogelijke toerekeningsgrond is en dus of het als beginsel het fundament vormt voor de genoemde wetsartikelen.¹⁸ Naast *toedoen* wordt namelijk vaak ook *risicotoedeling* als grondslag genoemd voor toerekening.¹⁹ Dit zien we met name bij de rechtspraak op art. 3:61 lid 2 BW. Omdat de structuur van art. 3:36 BW op de hier relevante punten vergelijkbaar is met die van art. 3:61 lid 2 BW, concentreer ik me gemakshalve op dit tweede bepaling.

Uit de wettekst van art. 3:61 lid 2 BW volgt dat als de wederpartij afgaat op verklaringen of gedragingen van de pseudo-volmachtgever (‘toedoen’) en op grond daarvan aanneemt en in de gegeven omstandigheden mag aannemen dat de pseudo-gevolmachtigde een toereikende volmacht heeft, deze wederpartij beschermd wordt in zijn goede trouw. De pseudo-volmachtgever is dan gebonden, ook al was er geen of geen toereikende volmacht. Op grond van de rechtspraak is echter naast actief ‘toedoen’ van de pseudo-volmachtgever ook stilzitten (al dan niet ná de vertegenwoordigingshandeling) een mogelijke toerekeningsgrond,²⁰ en is bovendien toerekening mogelijk op grond van omstandigheden die voor risico komen van de pseudo-volmachtgever maar wel betrekking hebben **[672]** op de eigen persoon of organisatie,²¹ zoals gedragingen binnen of rondom de organisatie van de pseudo-volmachtgever, de positie van de pseudo-gevolmachtigde binnen die organisatie of een voor buitenstaanders ondoorzichtige regeling van diens vertegenwoordigingsbevoegdheid.²²

Dus het gaat niet om willekeurig welk risico dat toegerekend kan worden, maar om risico’s die verbonden zijn aan de organisatie en dus binnen de invloedssfeer van de pseudo-volmachtgever vallen.²³ Dat zou men toedoen in ruime zin kunnen noemen, zodat indirecte veroorzaking door een organisatiegerelateerd risico er ook onder valt.²⁴ Zo is denkbaar dat de onbevoegde vertegenwoordigingsdaden van iemand die in het verleden als werknemer daadwerkelijk vertegenwoordigingsbevoegd was en die na uitdiensttreding toegang blijft houden tot de inlogcodes van de ex-werkgever en daarvan misbruik maakt, een omstandigheid vormen die voor risico komen voor de ex-werkgever. Het ligt dan op de weg van deze ex-werkgever om ervoor te zorgen dat die toegang wordt geblokkeerd. Het nalaten om de toegang te blokkeren, zijn dan feiten of omstandigheden die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen,²⁵ dus toedoen van deze laatste. Al met al lijkt het mij waarschijnlijk dat het rechtsbeginsel waar de Hoge Raad aan refereert, het toedoenbeginsel in de brede zin betreft, dus inclusief de toerekening van organisatiegerelateerde risico’s.²⁶

¹⁷ HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0498, NJ 1992/809 (*Kamerman/Aro Lease*).

¹⁸ Dat begon al later in 1992, namelijk in HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, NJ 1993/287 (*Felix/Aruba*).

¹⁹ Overigens kent de wet ook risicotoerekening, zie bijv. art. 3:37 lid 4 BW dat het risico van de onjuiste *overbrenging* van een verklaring (inclusief facturen dus) door de persoon of het middel voor overbrenging, bij de verklarende partij legt indien deze de wijze van overbrenging heeft bepaald. Deze risicotoedeling was in het tijdperk van telex, telefax, beperkte computertechnieken en negencijferige bankrekeningnummers relevanter dan vandaag: een 3 op een factuur verzonden per faxbericht kon door de ontvanger nog wel eens worden begrepen als een 9, terwijl het overnemen van die fout door de betaler bij de bankoverschrijving alleen werd opgemerkt door de bank als het ingevulde rekeningnummer bij een Nederlandse bank werd gehouden en bij toepassing van de zogeheten 11-proef een niet-bestaand rekeningnummer bleek te zijn. Met de invoering van de IBAN in 2014 is het risico van dit soort vergissingen verder verkleind; bovendien passen banken in ons land tegenwoordig een IBAN-naam check toe om de betaler te waarschuwen voor vergissingen en verschrijvingen als de tenaamstelling van de bankrekening niet overeenkomt met de ingevoerde naam. Art. 3:37 lid 4 BW is niet relevant in het geschil tussen Devante en Hascor omdat geen sprake was van een verklaring afkomstig van partijen.

²⁰ Zie bijv. HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9429, NJ 2001/157 en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, NJ 2015/221.

²¹ Zie bijv. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142, NJ 2017/78, AA20170508.

²² HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZB1223, NJ 1993/287 (*Felix/Aruba*).

²³ Vgl. bijv. A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging (diss. OU)*, Deventer: Kluwer 2000, p. 124 e.v.

²⁴ Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boomjuridisch 2018, p. 215 e.v.; B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 282-283.

²⁵ HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142, NJ 2017/78, AA20170508. Toerekening kan echter niet worden gegrond op gewekt vertrouwen dat uitsluitend is terug te voeren op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon zelf: HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1356.

²⁶ Ik merk op dat het toedoenbeginsel in brede zin beter verwoord lijkt te worden door art. 3:37 lid 3 BW dan door art. 3:36 of 3:61 lid 2 BW. Volgen we de formulering van art. 3:37 lid 3 BW, dan geldt dat gerechtvaardigd vertrouwen wordt gehonoreerd als het het gevolg is

Concreet gaat het bij factuurfraude door hackers onder meer om de vraag wat de crediteur gedaan of nagelaten heeft om het risico van inbraak op de computersystemen te voorkomen en zodoende te voorkomen dat iemand zich kon uitgeven voor de crediteur en zodoende bij de debiteur het vertrouwen kon wekken dat hij aan de juiste bankrekening betaalde.²⁷ De Hoge Raad wijst expliciet op dit aspect (r.o. 3.1.3 eerste zin). Dit betekent niet dat het toedoenbeginsel een gedragsregel betreft die volledig langs de lat van art. 6:162 BW moet worden gelegd: er hoeft niet komen vast te staan dat de crediteur toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de debiteur door onvoldoende zorg te betrachten om de factuurfraude te voorkomen.²⁸ Het betekent wel dat toedoen in veel gevallen *gedrag* veronderstelt – in de brede zin: een doen, nalaten, verklaring, stilzwijgen, maar ook een samenstelsel van organisatorische structuren en werkwijzen – dat vertrouwen wekt waarop mag worden afgegaan.

2. Toedelen of verdelen?

In r.o. 3.1.2 overweegt de Hoge Raad dat de omstandigheden ook van dien aard kunnen zijn dat het slechts *in een bepaalde mate* aan degene voor wie valselijk is verklaard, moet worden toegerekend dat de geadresseerde gerechtvaardigd op die verklaring heeft vertrouwd, en dat dit voor het overige voor rekening en risico van de geadresseerde blijft. In de context van factuurfraude is het toedoenbeginsel niet langer een ‘alles of niets’ beginsel maar een beginsel dat ook tot proportionele toerekening kan leiden. Dit is een nieuwe rechtsregel, en in potentie een heel spannende rechtsregel. Noch in feitelijke instantie, noch in de conclusie van de advocaat-generaal was om deze regel gevraagd of was er op gehint. Dat de Hoge Raad bijna achteloos deze proportionele toerekening introduceert, is een onverwachte verrassing. Een *easter egg* zogezegd.²⁹ De vraag is hoe we deze proportionele toerekeningsregel moeten begrijpen. Geldt het ingangsvereiste van gerechtvaardigd vertrouwen onverkort of verandert de toetsing aan dat vereiste nu ook? Als het vereiste onverkort geldt, dient dus een normale toetsing plaats te vinden en kan vervolgens een proportioneel bedrag worden toegerekend aan de omstandigheden die als toedoen zijn toegerekend aan de crediteur. Voor de vaststelling van de omvang van dat proportionele bedrag zijn geen maatstaven gegeven; het zal vermoedelijk hoe dan ook in hoge mate een op ‘intuïtief inzicht’ van de feitenrechter aankomen.³⁰ Is de rechtsregel echter bedoeld als een toetsing van ‘over en weer toedoen aan de ontstane situatie’, dan lijkt ze meer op het verdelingsmechanisme zoals we dat vinden in art. 6:101 BW (eigen schuld). In dat geval moet eerst de ingangsvoorwaarde worden getoetst of sprake is van een omstandigheid die aan de vertrouwende persoon toegerekend kan worden en die mede causaal was voor de betalingsafdwaling. Als dat zo is kan met een causaliteitsafweging [673] en billijkheidscorrectie een verdeling tot stand worden gebracht tussen debiteur en crediteur. Het betekent wel dat het begrip gerechtvaardigd vertrouwen minder streng ingevuld moet worden want anders komt men nooit aan verdeling toe.³¹ Stel dat de betalingsafdwaling is veroorzaakt door ondermaatse systeembeveiliging aan de kant van de crediteur én het ten onrechte nalaten aan de kant van de debiteur om eerste en tweede factuur te vergelijken. Als we oordelen dat die laatste factor sowieso in de weg staat aan gerechtvaardigd vertrouwen, het ingangsvereiste voor een beroep op het beginsel en dus voor een

van het handelen van de ander, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die de persoon of organisatie van die ander betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt. Bij afgedwaalde betalingen zou het overigens helemaal niet raar zijn om rechtstreeks aan te haken bij art. 3:37 lid 3 BW, nu aangenomen wordt dat betaling van geld een rechtshandeling is.

²⁷ Zo geformuleerd kan men het toedoenbeginsel herformuleren in de vorm van gedragsregels en dus *zorgplichten* die debiteur en crediteur tegenover elkaar verschuldigd zijn, en die dus ook gebaseerd kunnen worden op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW en art. 6:248 lid 1 BW) of de maatschappelijke betamelijkheid die zij wederkerig verschuldigd zijn (art. 6:162 BW).

²⁸ Vgl. P.T.J. Wolters, 'Risicoverdeling bij digitale factuurfraude', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021, p. 937.

²⁹ De Hoge Raad lijkt nog te suggereren dat deze proportionaliteitsmaatstaf ook al besloten zou liggen in *Aro Lease* (1992), getuige de zinsnede ‘geheel of ten dele wordt toegerekend dat geadresseerde de verklaring voor echt heeft gehouden en redelijkerwijze mocht houden’ (r.o. 3.1.2), gevolgd door voetnoot 3 alwaar wordt verwezen (‘vgl.’) naar dat arrest. Er valt echter weinig te ‘vgl.’ want *Aro Lease* bevat geen spoor van de hier gepresenteerde proportionaliteitsgedachte.

³⁰ De Hoge Raad oordeelt in een vaste lijn van rechtspraak dat de percentuele verdeling van de wederzijdse bijdragen aan het ontstaan van de schade in het kader van art. 6:101 BW op ‘intuïtief inzicht’ van de feitenrechter berust en dat er daarom slechts beperkte motiveringseisen aan het rechterlijk verdelingsoordeel kunnen worden gesteld. Zie de rechtspraak bij Groene Serie Schadevergoeding, art. 101 [Eigen schuld] (Boonekamp), aant. 3.8.3 (Verdeling van de schade).

³¹ P.T.J. Wolters, 'Risicoverdeling bij digitale factuurfraude', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021, p. 941 houdt aan dit uitgangspunt vast, waarbij hij onderscheid maakt tussen het gerechtvaardigd vertrouwen dat de debiteur mag hebben op grond van toedoen van de crediteur enerzijds en eventuele correctie naar aanleiding van aanvullende maatregelen die een prudente debiteur zou hebben getroffen en die tot fraudepreventie hadden kunnen leiden. Hij wijst daarbij op een vergelijkbare correctie van vertrouwensbescherming (via de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid) door het nadeelvereiste. Op p. 942 komt hij echter ook tot de conclusie dat de drempel voor gerechtvaardigd vertrouwen niet te hoog mag zijn omdat anders geen verdeling kan plaatsvinden. Ik zie dat toch maar als een erkenning van het beginsel van bescherming van ‘een beetje gerechtvaardigd vertrouwen’.

toedeling of verdeling, komen we niet toe aan enige verdeling. We moeten dan dus ook aanvaarden dat als gedeelde verantwoordelijkheid van partijen is, er dus ook zoiets moet bestaan als ‘een beetje’ toerekening van gerechtvaardigd vertrouwen.³²

Ik denk dat er goede redenen zijn om een toetsing van ‘over en weer toedoen aan de betalingsafdwaling’ toe te passen. Wat deze toetsing in elk geval kan realiseren, en dat lijkt mij winst, is het in elkaar schuiven van ‘alles of niets’ vertrouwensbescherming tegenover een eventuele schadevergoeding wegens toerekenbaar onrechtmatig handelen. Stel wederom dat de betalingsafdwaling is veroorzaakt door ondermaatse systeembeveiliging aan de kant van de crediteur én het ten onrechte nalaten eerste en tweede factuur te vergelijken aan de kant van de debiteur. Gaan we ervanuit dat de debiteur niet bevrijd is door de betaling aan de verkeerde – hij mocht immers niet gerechtvaardigd vertrouwen op de echtheid van de vervalste factuur nu hij nader onderzoek had moeten doen – dan moet hij weliswaar alsnog betalen aan de crediteur maar komt hem tegelijk een vordering toe op de crediteur uit onrechtmatige daad. Als we namelijk willen aannemen dat op de crediteur de verplichting rust om mede in het belang van de integriteit van de communicatie met handelspartners redelijke veiligheidsmaatregelen te treffen ter voorkoming van factuurfraude, dan kan de debiteur de schade van de betalingsafdwaling verhalen op de crediteur in evenredigheid met de mate waarin diens tekortschieten aan het ontstaan van deze schade heeft bijgedragen (art. 6:101 BW). Door verrekening van de beide vorderingen komen we dan in essentie tot hetzelfde resultaat als bij een toetsing van ‘over en weer toedoen aan de betalingsafdwaling’.

Daarvoor is wel nodig dat we indringender kijken naar welke toerekenbare omstandigheden er over en weer zijn te identificeren. Ik denk dat de overweging van de Hoge Raad daarom mede moet worden begrepen als een vingerwijzing voor procedures over dit soort zaken. Bij vrijwel alle omstandigheden die hier in de ogen van het hof de doorslag gaven in het nadeel van de crediteur, kan namelijk – met de rechtbank – ook worden gemeend dat de debiteur enig toedoen aan de betalingsafdwaling kan worden toegerekend. Misschien is de echte conclusie achteraf wel dat zowel de rechtbank als het hof het bij het rechte eind hadden en dat de schade per saldo dus had moeten worden verdeeld. De Hoge Raad heeft dit mogelijk ook beziggehouden omdat in r.o. 3.1.3 tweede zin wordt geoordeeld dat in verband met dat beginsel ‘in voorkomend geval’ van partijen mag worden verwacht ‘dat zij uiteenzetten welke inspanningen zij zich hebben getroost om te achterhalen op welke wijze de derde zich valselijk als een van hen heeft kunnen voordoen en wat deze inspanningen hebben opgeleverd’.

Degene tegenover wie bescherming wordt ingeroepen, doet er in elk geval verstandig aan om zich voortaan niet alleen te verweren met de stelling dat hij niets gedaan of verklaard heeft dat bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen kon opwekken, maar ook met de subsidiaire stelling dat als er al sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij door toedoen van zijn zijde, dit toedoen niet een *volledige* toerekening rechtvaardigt. Als we het hebben over een ‘toedoen over en weer’, ligt het dan niet ook op de weg van een debiteur in gevallen als deze om de bijlagen bij de e-mails te vergelijken om te zien wat er was veranderd? Moet een debiteur niet opmerken dat de tweede factuur een begunstigde noemt die qua naam en adres afwijkt van de crediteur? Als we van creditoren verwachten dat zij hun computersystemen goed beveiligen tegen inbraken, mede in het belang van hun wederpartijen, mag dan niet ook van debiteuren worden verwacht dat zij op hun beurt ook zorgvuldig te werk gaan bij het verwerken van e-mails met facturen, dat zij bijvoorbeeld technische voorzieningen treffen om gespoofde mails te onderscheppen en de telefoon pakken als een factuur iets meldt dat afwijkt van het gebruikelijke? Mag van professionele partijen die geregeld grote bedragen aan elkaar betalen, in het licht van de gedeelde verantwoordelijkheid niet worden verwacht dat zij de afwikkeling van hun facturerings- en betalingstransacties protocolleren om de risico’s van factuurfraude te minimaliseren?

Ik speculeer nog wat verder over de proportionele toerekening. De Hoge Raad noemt deze mogelijkheid in het kader van betaling door factuurfraude, en daarbij **[674]** laat proportionaliteit zich eenvoudig indenken. Het gaat immers om betaling van geld, een deelbare prestatie die is proportioneel kan worden toegedeeld. Het werkingsbereik van de proportionele toerekening is daartoe echter niet beperkt. Ik zie in elk geval geen beperking in de tekst van het arrest, dus we moeten ons afvragen of proportionele toerekening ook mogelijk is

³² Eenzelfde ontwikkeling hebben we doorgemaakt bij het dwalingsleerstuk: als vernietiging (alles of niets) centraal staat, kan de alles-of-niets vraag centraal komen te staan of de dwaling is veroorzaakt ofwel door de schending van een informatieplicht door de wederpartij ofwel door de schending van een onderzoeksplicht door de dwalende (denk aan HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251, AA 1991, p. 661 (*Van Geest/Nederlof*), waarin kort gezegd werd bepaald dat de mededelingsplicht zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht). Staat echter proportionele aanpassing (art. 6:230 BW) of schadevergoeding centraal (denk aan HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJB 2019/1565 (rentederivaat ABN AMRO), r.o. 3.6.8), dan kunnen opeens de schendingen van *beide* verplichtingen de dwaling hebben veroorzaakt omdat de toegepaste remedie de nadelen van de ontstane situatie *verdeelt* over partijen in plaats van *toedeelt* aan één van hen.

bij de toepassing van het toedoenbeginsel in andere situaties waar het beginsel dat ten grondslag ligt aan de art. 3:35 BW, 3:36 BW, 3:61 lid 2 BW en art. 6:147 BW een rol speelt, namelijk bij rechtstreekse toepassing van die wetsartikelen. Kan de werkgever die erop vertrouwt dat de arbeidsmigrant die zijn handtekening zet onder een vrijwillige ontslagneming, voortaan betogen dat hij zelf misschien wat onderzoek had moeten doen naar het taalbegrip van de werknemer maar dat deze laatste ook in het Engels wel vragen had kunnen stellen? Met als rechtsgevolg een halve ontslagneming? Kan de achterman die de pseudo-vertegenwoordiger allerlei contracten laat sluiten buiten de grenzen van diens vertegenwoordigingsbevoegdheid zonder in te grijpen, voortaan aan de wederpartij tegenwerpen dat die wel heel makkelijk aannam dat de bevoegdheid wel in orde was? Met als uitkomst een gedeeltelijk bindende vertegenwoordigingshandeling?

Als ik het zo opschrijf, zal de lezer misschien geneigd zijn te denken dat de bindingsvraag zo digitaal van aard is dat een proportionele benadering daarbij ondenkbaar is. Ik geloof dat niet. Ook bij wilsgebreken zoals dwaling dacht men lange tijd in 'alles of niets' termen (vernietigbaar of niet), maar inmiddels weten we dat een aanpassing van de rechtshandeling die het nadeel op afdoende wijze opheft (art. 3:54 BW; art. 6:228 BW), óók tot de mogelijkheden behoort. Ik voorspel dus dat de Hoge Raad desgevraagd zal oordelen dat het past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op art. 3:35 BW, 3:36 BW, 3:61 lid 2 BW en art. 6:147 BW op de hierboven beschreven proportionele wijze te beperken. Als die voorspelling uitkomt, dan kunnen we van het *Devante* arrest rustig zeggen dat het baanbrekend is.

3. Art. 6:34 BW tegenover het toedoenbeginsel?

Een tweede *easter egg* van de Hoge Raad is de overweging ten overvloede over het werkingsbereik van art. 6:34 lid 1 BW. Het is nogal een detailkwestie en normaalgesproken zou ik het niet hebben behandeld in een annotatie, maar omdat het om een overweging ten overvloede gaat – en daarmee wordt als gezegd meestal een boodschap afgegeven over hoe men het recht dient te begrijpen en toe te passen in voorkomende gevallen – wil ik er toch iets over kwijt.

Art. 6:34 BW lid 1 is, zo overweegt de Hoge Raad, hier niet van toepassing. Het artikel is alleen van toepassing als de debiteur op redelijke gronden heeft aangenomen dat de aangewezen ontvanger *als crediteur* tot de betaling gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem *moest* worden betaald. Hier deed zich een ander geval voor, aldus de Hoge Raad, waarin de debiteur een betaling heeft verricht op een bankrekening waarvan hij ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat de schuldeiser deze had aangewezen. Daarop heeft art. 6:34 lid 1 BW dus geen betrekking, aldus de Hoge Raad. Op het eerste gezicht lijkt het een scherp onderscheid dat de Hoge Raad hier maakt, maar ik meen dat daar toch wel iets op is af te dingen. Om dat te onderbouwen, moet ik eerst in grote lijnen de werking van het artikel uiteenzetten.

Art. 6:34 lid 1 BW is op twee categorieën van gevallen van toepassing:³³ (i) de debiteur mocht degene aan wie is betaald, voor *crediteur* houden en (ii) de debiteur mocht degene aan wie is betaald, houden voor degene aan wie *moest* worden betaald. Bij (i) kan worden gedacht aan een geval waarin de vordering zonder dat de debiteur het weet in een ander vermogen terecht is gekomen (bijv. door subrogatie) en de debiteur te goeder trouw betaalt aan de ex-crediteur, of aan een geval waarin mededeling van cessie is gedaan aan de debiteur, gevolgd door betaling door de debiteur, terwijl in werkelijkheid helemaal niet was gecedeerd. Bij (ii) kan worden gedacht aan een medegedeeld pandrecht, een vruchtgebruik of een beslag op de vordering, terwijl er in werkelijkheid geen pand, vruchtgebruik of beslag was totstandgekomen. Het gaat om personen die op grond van de wet inningsbevoegd zijn *in plaats van* de schuldeiser, en dus niet om personen aan wie *ook* kan worden betaald zoals vertegenwoordigers van de crediteur. Echter, uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:34 lid 1 BW kan worden afgeleid dat het artikel óók toegepast kan worden als de debiteur *krachtens overeenkomst* gehouden is tot betaling aan een ander dan de schuldeiser. Dit betekent dat als de crediteur het recht bedongen heeft om een ander aan te wijzen aan wie met uitsluiting van anderen de betaling *moet* plaatsvinden, het artikel wél van toepassing kan zijn.³⁴ Dit laatste is van belang: als de overeenkomst tussen debiteur en crediteur bepaalt dat deze laatste de bevoegdheid heeft om eenzijdig een ander aan te wijzen aan wie moet worden betaald, dan valt een situatie waarin de debiteur een e-mail ontvangt die ogenschijnlijk afkomstig is van de crediteur waarin die ander wordt aangewezen, wél binnen het werkingsbereik van art. 6:34 lid 1 BW.

³³ Voor een overzicht van mogelijke situaties waarin art. 6:34 lid 1 BW een rol kan spelen, zie M.W. Scheltema, *Nakoming (Monografieën BW nr. B32a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 49 e.v.; F.H.J. Mijnsen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom (Monografieën BW nr. B39)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 20 e.v.

³⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 163.

Het vereiste van 'redelijke gronden' is weinig concreet, maar vereist in elk geval goede trouw van de betaler in de zin van art. 3:11 BW.³⁵ Wie zich op het artikel wil beroepen, moet daadwerkelijk hebben gemeend dat degene [675] aan wie hij betaalde de schuldeiser was of degene die bij uitsluiting van anderen inningsbevoegd was en hij moet dit op redelijke gronden hebben gemeend.³⁶ Daarbij ligt de lat hoog want de betaler verdient geen bescherming als deze 'enige onvoorzichtigheid' kan worden verweten, toedoen aan de kant van de betaler derhalve.³⁷ De wetgever heeft hier dus nog in 'alles of niets' termen gedacht.

De grondslag van art. 6:34 lid 1 BW is niet per se het *toedoen* van de crediteur. Dat toedoen *kan* tot toepassing van de bescherming op grond van art. 6:34 lid 1 BW aanleiding geven, maar vereist is het *niet*. Als buiten elke schuld van de crediteur of diens ondergeschikten het bedrijfscomputersysteem wordt gehackt en de debiteur een vervalste e-mail en factuur krijgt waarin de crediteur ogenschijnlijk een cessieakte in kopie toestuurt met de mededeling dat de vordering aan een derde is gecedeerd en dat aan die derde moet worden betaald, kan art. 6:34 lid 1 BW ook bescherming bieden aan de debiteur wanneer die vervolgens te goeder trouw betaalt aan de derde.³⁸ Of die bescherming wordt geboden, hangt ervan af of sprake is van 'redelijke gronden'.³⁹ De bescherming die art. 6:34 lid 1 BW biedt, lijkt dus in zeker opzicht verder te kunnen gaan dan wetsbepalingen die zijn gegrond op het toedoenbeginsel. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:34 lid 1 BW geeft echter geen uitsluitsel over wat zoal 'redelijke gronden' zijn, maar overweegt vooral dat iemand het risico moet dragen en bakent voor het overige af met de negatieve test van de goede trouw van de debiteur. In de literatuur wordt de toedeling van het risico aan de crediteur vooral gebillijkt met verwijzing naar de omstandigheid dat de crediteur toch iets te maken zal hebben gehad met de afdwaling van de betaling.⁴⁰ Dat lijkt toch op het stellen van een toedoenvereiste.

Er valt dus wel iets af te dingen op het scherpe onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen wetsbepalingen die gegrond zijn op het toedoenbeginsel enerzijds en art. 6:34 lid 1 BW anderzijds. Ik vind het overtuigender om te oordelen dat via het vereiste van 'redelijke gronden' ook aan art. 6:34 lid 1 BW het toedoenvereiste kan worden gesteld, om zo convergentie tussen de verschillende vormen van vertrouwensbescherming te realiseren. Die convergentie zou er bovendien aan bijdragen dat gevallen die niet wezenlijk van elkaar verschillen ook niet wezenlijk anders worden beoordeeld. Immers, het verschil tussen op 'redelijke gronden' aannemen dat de ontvanger als crediteur gerechtigd was en het op 'redelijke gronden' aannemen dat een aangewezen bankrekening de juiste is, kan flinterdun zijn. Als hackers aan de zijde van de crediteur valse mails en facturen sturen aan de debiteur met een plausibel en met documenten onderbouwd verhaal dat de vordering gecedeerd is aan een derde en dat betaling dus aan die derde als schuldeiser tot de betaling gerechtigd is,⁴¹ dan is ook sprake van een bankrekening waarvan de debiteur ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat de (nieuwe) schuldeiser deze had aangewezen. Op een dergelijk geval is art. 6:34 BW zeker van toepassing. Hetzelfde geldt in het geval de crediteur op grond van de overeenkomst bevoegd was om een andere betalingsbegunstigde aan te wijzen. Ik vermoed dat de Hoge Raad een scherp onderscheid wenst te maken tussen gevallen waarin de 'redelijke gronden' zien op *persoon* van de ontvanger en gevallen waarin slechts het bankrekeningnummer wordt gewijzigd maar de betaler nog steeds denkt te betalen aan de schuldeiser. Dat is een arbitrair onderscheid. Ongelukkig is in dit verband bovendien dat in de onderhavige zaak nu juist óók de naam van de begunstigde was gewijzigd en de debiteur dus mogelijk (en al dan niet op 'redelijke gronden') had kunnen denken dat betaling alleen aan deze begunstigde kon geschieden. Het lijkt me

³⁵ Zie bijv. M.W. Scheltema, *Nakoming (Monografieën BW nr. B32a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 47. De debiteur die reden tot twijfel moet hebben, betaling moet opschorten zolang hij niet met zekerheid weet aan wie de betaling moet plaatsvinden (art. 6:37 BW). Zie R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen (Mon. BW B44)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 31. Op de debiteur kan dus onder omstandigheden een (indirecte) onderzoeksplicht komen te rusten om te verifiëren of bijv. de cessieakte die hem in kopie werd toegestuurd, werkelijk is ondertekend door de crediteur.

³⁶ Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 163. Daar staat letterlijk: "wie zich op het artikel wil beroepen, moet hebben gemeend, dat hij betaalde aan de schuldeiser en hij moet dit op redelijke gronden hebben gemeend", maar dat is gezien de tekst van de wet verwarrend. Het gaat er niet om dat de debiteur meende aan de crediteur te betalen (dat is bij factuurfraude namelijk ook het geval) maar dat de debiteur meende dat de persoon aan wie hij betaalde, de crediteur was. Het moet dus gaan om dwaling omtrent de hoedanigheid van de persoon en niet om dwaling omtrent de persoon zélf.

³⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 163.

³⁸ Ik geef toe: het is een nogal theoretisch en wellicht zelfs buitenissig voorbeeld. Het gaat me er echter om te tonen dat de scheidslijn tussen wel en niet toepasselijkheid van art. 6:34 BW flinterdun en daarom arbitrair is.

³⁹ B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming (Mon. NBW A22)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 2 stellen dat art. 6:34 BW een uitzonderlijke vorm van bescherming betreft tegen schijn gewekt door een derde. Dat lijkt mij eerlijk gezegd onzuiver want zelfs die derde hoeft geen toedoen te worden aangerekend om toch tot bescherming te kunnen concluderen.

⁴⁰ Zo B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming (Mon. NBW A22)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 45; M.W. Scheltema, *Nakoming (Monografieën BW nr. B32a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 51.

⁴¹ Zie nt. 38.

daarom beter om bij de toepassing van art. 6:34 lid 1 BW op te schuiven in de richting van het toedoenbeginsel, om grensconflicten voor te zijn.

4. De concrete uitkomst en de factoren die daarbij een rol spelen

Ik merk allereerst op dat ik afga op de gepubliceerde uitspraken in drie instanties. De processtukken heb ik niet gezien, laat staan dat ik de werkelijke feiten ken die tot het geschil hebben geleid. Dus alles wat ik hier opmerk, doe ik met de nodige slagen om de arm en in het besef dat ik mogelijk relevante aspecten over het hoofd zie. Dat gezegd hebbende, moet ik toegeven dat ik de uitkomst van de procedure niet goed begrijp. In de onderhavige zaak is kennelijk niet komen vast te staan *hoe* de fraude *precies* heeft kunnen plaatsvinden; de uitspraken stellen in elk geval niet vast dat er in de systemen van de crediteur en/of die van de debiteur is ingebroken, de e-mails via die systemen werden verzonden door de fraudeurs of dat misschien sprake was van *spoofing*, werk van binnenuit bij een van partijen, of misschien zelfs van *hacks* bij beide partijen. We weten ook niet of partijen naar de gangbare inzichten ten tijde van de fraude voldoende hebben gedaan om hun computersystemen en communicatie te beveiligen tegen hackers en zo niet, of gangbare maatregelen de inbraak zouden hebben kunnen voorkomen. Dat lijken mij in het licht van r.o. 3.1.3 eerste zin van het arrest *allemaal* relevante aspecten bij de beoordeling van toepassing van het toedoenbeginsel. De Hoge Raad heeft dit kennelijk ook beziggehouden omdat [676] in r.o. 3.1.3 tweede zin wordt geoordeeld dat in verband met dat beginsel 'in voorkomend geval' van partijen mag worden verwacht 'dat zij uiteenzetten welke inspanningen zij zich hebben getroost om te achterhalen op welke wijze de derde zich valselijk als een van hen heeft kunnen voordoen en wat deze inspanningen hebben opgeleverd'. Dit lijkt meer op een vingerwijzing voor het partijdebat in toekomstige procedures over dit soort kwesties, want de Hoge Raad grijpt deze overweging niet aan om de motiveringsklachten die kennelijk in het cassatiemiddel besloten lagen, te laten slagen. Dat zal ongetwijfeld te maken hebben met het gevoerde partijdebat in eerste en tweede aanleg, maar het levert voor mijn gevoel wel een zekere spanning in het arrest op: het is van belang voor toepassing van het toedoenbeginsel van belang om te weten wat partijen hebben gedaan om het inbraakrisico te beperken, maar hier is het toch mogelijk geweest om de zaak af te doen zonder feitelijke vaststellingen daarover.