

# De verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer

B. Wessels\*

## 1 Inleiding

In dit opstel vraag ik aandacht voor de verbintenis tot het doen van rekening en verantwoording in vermogensrechtelijke verhoudingen. Deze wordt op enkele plaatsen in het Burgerlijk Wetboek (BW) uitgewerkt. In het vermogensrecht van het BW wordt welgeteld vier maal 'rekening en verantwoording' als verbintenis geformuleerd. Het gaat om (i) artikel 3:173 BW met betrekking tot de gemeenschap (het doen van rekening en verantwoording door een deelgenoot aan een andere deelgenoot of andere deelgenoten), (ii) artikel 3:272 BW uit het hypotheekrecht (het doen van rekening en verantwoording door de executerende eerste hypotheekhouder aan de verkoper, de schuldenaar en eventueel andere belanghebbenden), (iii) artikel 6:199 BW in de wettelijke regeling van de zaakwaarneming (het doen van rekening en verantwoording door de zaakwaarnemer aan de belanghebbende, wiens belangen zijn waargenomen) en (iv) artikel 7:403 BW, dat voorschrijft dat bij de overeenkomst van opdracht de opdrachtnemer aan de opdrachtgever verantwoording doet van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten en dat hij, indien hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden heeft uitgegeven of te diens behoeve gelden heeft ontvangen, daarvan rekening doet.

In deze bijdrage wil ik aangeven wat in de aangegeven wetsbepalingen onder 'verantwoording' wordt verstaan en enkele verschillen in deze wettelijke bepalingen met betrekking tot omvang, inhoud en tijdstip van verantwoording blootleggen. Daarbij betrek ik ook de vraag of een in de wet gelegen verantwoordingsplicht contractueel kan worden beperkt of uitgesloten. Vervolgens wil ik onderzoeken of er in andere dan de in de wet

\* Hoogleraar Burgerlijk recht en handelsrecht Vrije Universiteit Amsterdam. Houder Wissel-leerstoel 2005-2006, Université de Liège. Ik dank mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, advocaat bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn, Den Haag, met wie ik een concept van de tekst besproken heb.

geregelde gevallen, waarin sprake is van een vermogensrechtelijke rechtsverhouding, een plicht tot verantwoording kan bestaan. Een bevestigende beantwoording van die vraag noodzaakt ertoe voor een dergelijk geval een juridische grondslag aan te wijzen alsook het dragende motief om juist voor dát geval een regel van verantwoording te aanvaarden. In mijn beschouwing betrek ik een recent arrest van 13 mei 2005 van de Hoge Raad, waarin hij zich heeft uitgesproken over de gehoudenheid om omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid verantwoording af te leggen.<sup>1</sup> De genoemde vier gevallen in de wet veronderstellen de mogelijkheid van het invoeren van de rekenprocedure van artikel 771 e.v. Rv. Aan het slot van deze bijdrage ga ik slechts heel kort in op de vraag of het de gerechtigde op verantwoording is toegestaan langs alternatieve weg (vormen van) verantwoording te verkrijgen c.q. nadere informatie of documenten ter beschikking te krijgen. Ik richt mij vooral op de grondslag van – wat ik noem – een verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer en zal voorts pogen enkele eisen te formuleren die aan een behoorlijke nakoming van die verbintenis kunnen worden gesteld. Uit deze aanduiding volgt reeds dat ik mijn korte onderzoek beperk tot vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen en bijvoorbeeld een dergelijke verantwoordingsplicht – hoe interessant ook – in vennootschapsrechtelijke verhoudingen, in het kader van het insolventierecht<sup>2</sup> of in het personen- en familierecht en het erfrecht<sup>3</sup> buiten beschouwing laat. Rekening en verantwoording dient in deze regelgevingssectoren te worden afgelegd in een bepaalde hoedanigheid, die van bestuurder, curator, bewindvoerder of voogd. De verleiding is groot om dergelijke plichten verantwoordingsverplichtingen in kwaliteit te noemen en degene die ik bespreek gewone of zuivere verantwoordingsplichten, maar ik geef direct toe dat dergelijke indelingen hooguit enige educatieve betekenis kunnen hebben. Ook aan de plicht tot rekening en verantwoording in het IE-recht besteed ik geen aandacht.<sup>4</sup>

1 HR 13 mei 2005, LJN AS4167.

2 Over zijn beheer legt de curator rekening en verantwoording af in geval van tussentijds defungeren en wel aan de opvolgend curator (art. 73 lid 2 Fw), na de totstandkoming van een akkoord aan de schuldenaar (art. 162 lid 1 Fw), en na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst aan de rechter-commissaris (art. 193 lid 2 Fw).

3 Zie art. 1:372 e.v. BW (rekening en verantwoording door de voogd bij het einde van de voogdij), art. 1:445 (bij bewind over een minderjarige: rekening en verantwoording door de bewindvoerder aan de rechthebbende) en art. 4:161 BW (rekening en verantwoording door de testamentair bewindvoerder aan de rechthebbende).

4 Zie onder meer art. 27a Auteurswet, art. 70 lid 3 Rijksoctrooiwet, art. 13A lid 4 Benelux-Merkenwet en art. 16 lid 1 Wet op de naburige rechten. Deze plicht ziet op schadevergoeding in de vorm van winstafdracht c.q. voordeelsafgifte, zie J.G.A. Linssen, Voordeelsafgifte en onge-rechtvaardigde verrijking, (diss. Tilburg) 2001, p. 639 e.v. en over de daarbij behorende methode van vaststelling J. Joling, De accountant en de berekening van schade, (diss. Nijenrode Business Universiteit) 2005, p. 158 e.v.

## 2 Rekening en verantwoording op basis van de wet

### 2.1 Gemeenschap

Artikel 3:173 BW bepaalt dat ieder van de deelgenoten van degene onder hen die voor de overigen beheer heeft gevoerd, jaarlijks en in ieder geval bij het einde van het beheer rekening en verantwoording kan vorderen. De deelgenoot die voor de overigen 'beheer' voert over de gemeenschap dient aan hen rekening en verantwoording te doen. Het begrip 'beheer' is hier dus cruciaal voor de vaststelling van de omvang van deze verbintenis. Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het beheerde goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties, zie artikel 3: 170 lid 2 BW.<sup>5</sup> In beginsel dient jaarlijks rekening en verantwoording te worden gedaan door de beheersbevoegde deelgenoot. In een onderlinge regeling kunnen de deelgenoten echter vastleggen dat deze verplichting wordt uitgesloten. Zij kunnen ook een andere termijn bepalen. De verplichting tot het doen van rekening en verantwoording door hem die daartoe verplicht is (verder ook: de rekeningplichtige of rekenplichtige) bij het einde van het beheer kan echter niet worden uitgesloten.<sup>6</sup>

De rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten in een gemeenschap worden mede beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW). Prinsen acht het aannemelijk dat het belang bij rekening en verantwoording toeneemt naarmate de deelgenoten minder betrokken worden bij het te voeren beleid en hun financiële belang daarbij groter is. Door de rekeningplichtige dient volgens deze auteur ook uit eigen beweging verantwoording te worden afgelegd indien de eisen van redelijkheid en billijkheid dit verlangen. Omdat deelgenoten krachtens de wet bij de besluitvorming omtrent het te voeren beheer betrokken zijn acht Prinsen onvoldoende betrokkenheid dan wel het niet gebruik maken van het recht om bij de besluitvorming betrokken te zijn een belangrijke factor bij de beoordeling van de vraag of een recht op rekening en verantwoording bestaat.<sup>7</sup> Uit een recent arrest van Hof Arnhem 17 mei 2005<sup>8</sup> lijkt de zienswijze dat de betrokkenheid van de rekeninggerechtigde – in de vorm van het gelegenheid hebben gekregen bepaalde stukken in te zien – een dergelijke factor vormt inderdaad een rol te spelen. A en B zijn erfgenamen van hun beide ouders. A was ten tijde van hun leven gemachtigd te

5 Vergelijk Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 588.

6 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 593.

7 L.L.M. Prinsen, *Rekenplicht en aansprakelijkheid. Over administratie, rekening en verantwoording*, (diss. Tilburg) 1995, p. 93 e.v.

8 Hof Arnhem 17 mei 2005, LJN AT6104.

beschikken over de bankrekeningen van de ouders. B vordert in kort geding dat A voor een maand de volledige financiële administratie ter beschikking stelt teneinde deze te kunnen beoordelen. De voorzieningenrechter wijst de vordering af, maar het Arnhemse Hof wijst haar toe. Hij oordeelt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 lid 1 BW) met zich brengen dat een deelgenoot in een onverdeelde nalatenschap, waartoe ook de financiële administratie behoort die zich onder A bevindt, tegenover de beheervoerende deelgenoot recht heeft op inzage van stukken die deel uitmaken van de nalatenschap en die ter beoordeling van de omvang en samenstelling van die nalatenschap van belang kunnen zijn. Omdat tussen partijen ruim twee jaar vóór de onderhavige procedure een andere procedure is gevoerd (uit de uitspraak is het onderwerp van geschil niet duidelijk) acht het Hof in zoverre een nieuwe situatie ontstaan dat B er niet meer op mocht rekenen dat hij langs de weg van rekening en verantwoording zou worden geïnformeerd. Hij kan wel op grond van artikel 843a Rv inzage in bescheiden krijgen. Het belang van de uitspraak schuilt mijns inziens vooral in het feit dat eruit kan worden afgeleid dat indien de rekenprocedure van artikel 771 e.v. Rv om welke reden dan ook niet kan worden toegepast, zulks niet belet dat wel inzage in bescheiden mogelijk is op basis van artikel 843a Rv.

## 2.2 Afwikkeling hypotheek

Artikel 3:272 lid 1 BW legt aan de verkoper, die van de notaris betaling heeft ontvangen, de verplichting op om desverlangd aan hem wiens goed is verkocht, en aan de schuldenaar binnen één maand na de betaling, rekening en verantwoording te doen. De bepaling heeft betrekking op de verplichting van de executerende eerste hypotheekhouder<sup>9</sup> (zowel bij openbare als bij onderhandse executorialie verkoop)<sup>10</sup> ten aanzien van de uitgewonnen eigenaar en, indien dit niet dezelfde persoon is, de schuldenaar. De Parlementaire Geschiedenis geeft dit als volgt weer: 'Daar de notaris aan de veilende hypotheekhouder uitkeert, wat deze opgeeft te vorderen te hebben, en slechts het restant van de koopsom aan de uitgewonnen eigenaar van het geveilde goed afdraagt, moet deze zich van de juistheid van de berekening van de hypotheekhouder kunnen overtuigen. Gelijk belang heeft de schuldenaar, wiens schuld met het uitgekeerde bedrag vermindert.'<sup>11</sup> De hypotheekhouder zal de opbrengst van het hypothecaire goed van de notaris ontvangen en moet, indien dit door de eige-

9 Voor een hypotheekhouder met een lagere rang dan eerste gelden art. 3:270 lid 3 en 5 BW. Vgl. Losbladige Vermogensrecht (Stein), aantekeningen 3 en 9 bij art. 3:272 BW.

10 Losbladige Vermogensrecht (Stein), aantekening 6 bij art. 3:272 BW.

11 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 837.

naar van het uitgewonnen goed respectievelijk door de hypothecaire schuldenaar wordt gevorderd, rekening en verantwoording over de samenstelling van deze opbrengst afleggen. De eigenaar en/of schuldenaar heeft er namelijk belang bij dat de hypotheekhouder de opbrengst op juiste wijze besteedt. Hiermee dient de hypothecaire vordering te worden afgedaan, en niet een eventuele andere vordering die de hypotheekhouder op de schuldenaar heeft. In de praktijk heeft meestal de notaris al een afrekening in concept opgesteld en deze aan betrokkenen verstuurd. Als dit binnen één maand na de betaling door de notaris is geschied, dan is volgens Stein afzonderlijke rekening en verantwoording door de hypotheekhouder niet vereist.<sup>12</sup> Artikel 3:272 lid 2 BW bepaalt dat een (tweede of derde) hypotheekhouder, een schuldeiser of een beperkt gerechtigde, die in de rangregeling is begrepen, binnen één maand na de sluiting daarvan eenzelfde rekening en verantwoording kan vragen, indien hij daarbij een rechtstreeks belang heeft. Deze belanghebbenden kunnen de eerste hypotheekhouder dan binnen een maand nadat de rangregeling werd gesloten, dagvaarden tot het afleggen van rekening en verantwoording.<sup>13</sup> De bepaling maakt duidelijk dat de verkoper binnen de voorgeschreven termijn rekening en verantwoording behoort te doen aan degene van de genoemde personen die zulks verlangt. De bepaling eist niet dat hij daartoe binnen deze termijn eigener beweging overgaat, aldus – zonder verdere redengeving – de Parlementaire Geschiedenis.<sup>14</sup>

### 2.3 Zaakwaarneming

De hoofdverplichting van de zaakwaarnemer is de verplichting om bij de waarneming de nodige zorg te betrachten en, voorzover dit redelijkerwijze van hem kan worden verlangd, de begonnen waarneming voort te zetten, zie artikel 6:199 lid 1 BW. De zaakwaarnemer handelt voor rekening en risico van degene wiens belang is behartigd, zij het dat eigen belangenbehartiging niet is uitgesloten. Vrijwel al zijn verplichtingen vloeien uit de aangegeven hoofdverplichting voort.<sup>15</sup> Artikel 6:199 lid 2 eerste zin BW bepaalt dat de zaakwaarnemer, zodra dit redelijkerwijze mogelijk is, aan de belanghebbende verantwoording doet van hetgeen hij heeft verricht. Heeft hij voor de belanghebbende gelden uitgegeven of ontvangen, dan doet hij daarvan rekening, zie artikel 6:199 lid 2 tweede zin. In het ontwerp-BW was oorspronkelijk geen plicht tot verantwoording en rekening opgenomen. Er werd wetstechnisch verwezen naar de wettelijke bepalingen

12 Losbladige Vermogensrecht (Stein), aantekening 6 bij art. 3:272 BW.

13 Losbladige Vermogensrecht (Stein), aantekening 2 bij art. 3:272 BW.

14 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 837.

15 Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 307.

gen van de opdracht (ontwerp-art. 6:199 lid 3: 'Voor het overige is een zaakwaarnemer jegens de belanghebbende tot hetzelfde verplicht als een opdrachthebber'), waaruit dan de verplichting tot het doen van verantwoording en het doen van rekening voortvloeide. De rechtsfiguur opdracht bleek zich echter 'niet voor overeenkomstige toepassing op het geval van zaakwaarneming te lenen',<sup>16</sup> zodat in artikel 6:199 lid 2 BW een zelfstandige plicht tot het doen van rekening en verantwoording is opgenomen. Wel is voor de formulering hiervan aansluiting gezocht bij de artikelen betreffende de overeenkomst van opdracht. Het meest kenmerkend is dat de verantwoordingsplicht en de rekenplicht in twee afzonderlijke zinnen in artikel 6:199 lid 2 zijn geformuleerd.

Volgens het huidige artikel dient de zaakwaarnemer zodra dit redelijkerwijs mogelijk is verantwoording te doen aan de belanghebbende. Het ligt in de aard van de situatie, waarin van zaakwaarneming sprake kan zijn, besloten dat de belanghebbende niets weet van de zaakwaarneming. Verantwoording volgt dan zodra de zaakwaarnemer in contact is gekomen met de belanghebbende. De verplichting tot verantwoording en die tot rekening kan in beginsel terstond worden nagekomen en zij kan terstond worden gevorderd, vergelijk artikel 6:38 BW. De zaakwaarnemer legt niet alleen verantwoording af over de wijze waarop hij zijn taken heeft volbracht, maar ook over wat hij heeft gedaan. De belanghebbende is van dit laatste immers vaak niet op de hoogte. Hierin ligt een verschil met de overeenkomst van opdracht (zie hierna).<sup>17</sup>

## 2.4 Opdracht

Indien partijen een overeenkomst van opdracht aangaan, dan voert de opdrachtnemer de afgesproken werkzaamheden uit. Artikel 7:401 BW schrijft daarvoor een kwaliteitsmaatstaf voor: de opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Artikel 7:403 BW specificeert de zorgmaatstaf in een drietal verbintenissen: (1) een informatieplicht (art. 7:403 lid 1: 'De opdrachtnemer moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hem onverwijld in kennis stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de opdrachtgever daarvan onkundig is'), (2) een verantwoordingsplicht (art. 7:403 lid 2 eerste zin: 'De opdrachtnemer doet aan de opdrachtgever verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekwet'), en (3) een rekenplicht (art. 7:403 lid 2 tweede zin: 'Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden uitgegeven of te dienst behoeve gelden ontvangen, dan doet hij

<sup>16</sup> Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 794.

<sup>17</sup> Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 794.

daarvan rekening'). Een enkele kanttekening bij deze drie verplichtingen. De omvang en de inhoud van de informatieplicht is afhankelijk van de afspraken tussen partijen. Is er hieromtrent niets door partijen overeengekomen, dan is de aard van de opdracht in verband met wat de redelijkheid en billijkheid meebrengt doorslaggevend (vgl. art. 6:248 lid 1). Hoe ver de verantwoordingsplicht van de opdrachtnemer reikt bij de overeenkomst van opdracht is mede afhankelijk van de verhouding tussen partijen, hun deskundigheid en de beroepsregels van de opdrachtnemer. In de omvang en de inhoud van de informatieplicht weerspiegelt mijns inziens de omvang en de inhoud van eventuele beroeps- of gedragsregels waaraan de opdrachtnemer jegens een organisatie van beroepsgeenoten gebonden is. De verwachting van de opdrachtgever zal vaak mede op die regels gebaseerd zijn.

Naast de informatieplicht heeft de opdrachtnemer een verantwoordingsplicht; deze plicht reikt verder dan de informatieplicht. Hij moet zich verantwoorden voor de uitvoering van de opdracht. Dit houdt in dat hij niet alleen rapporteert over wat hij gedaan heeft, maar ook verklaart op welke wijze hij te werk is gegaan. In dit opzicht ligt de nadruk van de verantwoordingsplicht bij een overeenkomst van opdracht anders dan bij zaakwaarneming. Bij de overeenkomst van opdracht wordt meer waarde gehecht aan de verklaring op welke wijze bepaalde werkzaamheden zijn verricht, terwijl bij zaakwaarneming het accent veeleer ligt op wat verricht is, dus de specificatie van de verrichtingen, omdat de belanghebbende daarvan niet op de hoogte zal zijn.<sup>18</sup>

Op de opdrachtnemer rust, ten slotte, ook een rekenplicht. Zij heeft betrekking op ten laste van of ten behoeve van de opdrachtgever verrichte of ontvangen betalingen. De rekenplicht houdt in dat de opdrachtgever aanspraak heeft op specificatie van posten en afgifte van bewijsstukken en documenten zodat hij in staat is uitgaven en inkomsten te beoordelen. Hoe ver de rekenplicht reikt, is ook hier weer afhankelijk van de genoemde omstandigheden. Naarmate bijvoorbeeld de verhouding tussen partijen minder familiair, meer zakelijk van aard is, is de rekenplicht strenger.<sup>19</sup>

### **3 Rekening en verantwoording op basis van de wet: vormverscheidenheid**

In de vorige paragraaf zijn vier wettelijke bepalingen uit het vermogensrecht besproken die een verbintenis tot het doen van rekening en verant-

18 Zie over de verplichtingen van opdrachtnemers uitvoeriger mijn bijdrage 'De opdracht', in: *Advocatendossier Beroepsaansprakelijkheid*, 1996, p. 28 e.v.

19 Zie HR 26 september 1980, NJ 1981, 154, ten aanzien van middelen die de afdracht van gelden kunnen bewijzen, en HR 2 december 1994, NJ 1995, 548.

woording in het leven roepen. De besproken gevallen hebben gemeen dat de ene partij zich jegens de ander verantwoordt voor de wijze waarop eerstgenoemde met het (financiële) belang van een ander is omgegaan. Het overzicht geeft ook aanleiding op enkele verschillen te wijzen. Ik noem er drie.

### 3.1 Rekening en verantwoording: een ondeelbare verplichting?

In de verschillende, hiervoor besproken artikelen worden de woorden 'rekening' en 'verantwoording' in een verschillende context weergegeven. In artikel 3:173 en 3:272 BW worden beide tezamen genomen ('rekening en verantwoording'). Bij een gemeenschap bijvoorbeeld brengt de gezamenlijke gerechtigdheid van de deelgenoten volgens Prinsen de rekenplicht 'als vanzelf' met zich.<sup>20</sup> In de andere twee artikelen worden echter de woorden 'verantwoording' en 'rekening' afzonderlijk genoemd. Zowel in artikel 6:199 lid 2 BW als in artikel 7:403 lid 2 BW wordt de verantwoordingsplicht als 'hoofdverplichting' aangemerkt. Als onderdeel van deze verantwoordingsplicht is het mogelijk dat de zaakwaarnemer respectievelijk de opdrachtnemer ook rekening dient te doen. De vraag komt dan op waarom de twee woorden in de laatste twee artikelen niet als één term worden gebruikt. De Parlementaire Geschiedenis werpt geen enkel licht op deze verschillende behandeling. Uit de tekst van artikel 6:199 BW en 7:403 BW volgt dat er slechts een rekenplicht aanwezig is indien er gelden zijn uitgegeven of ontvangen. Wellicht is een verklaring voor het aangegeven verschil dat de wetgever ervan is uitgegaan dat er bij een gemeenschap en een executie door een hypotheekhouder altijd financiële belangen aan de orde zijn (c.q. gelden worden uitgegeven en ontvangen). In dat geval impliceert de verantwoordingsplicht tevens een rekenplicht, maar wordt de gangbare twee-eenheidsterm 'rekening en verantwoording' gebruikt. Bij zaakwaarneming bestaat niet altijd een rekenplicht, omdat de zaakwaarnemer niet per definitie gelden uitgeeft of ontvangt ten behoeve van de belanghebbende. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de opvang en begeleiding van kinderen van de burens tijdens een onvoorziene afwezigheid van hun ouders, of aan een zaakwaarnemer die arts is en een bewusteloos persoon bijstaat. Bij het behartigen van belangen gaat het dus niet slechts om belangen van vermogensrechtelijke aard.<sup>21</sup> Slechts indien de zaakwaarneming inhoudt dat ook gelden worden uitgegeven of ontvangen heeft hij (logischerwijs) een rekenplicht: hij heeft bemerkt dat de hond van de burens al anderhalve dag zonder water is opgesloten, slaat een raampje in om toegang tot het pand te krijgen, bestelt een glaszetter

20 Prinsen (1995), p. 74.

21 Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 292.



en rekent terstond met deze af. Over de betaling van de nota heeft de zaakwaarnemer een rekenplicht. Omdat ook bij de overeenkomst van opdracht de woorden 'rekening' en 'verantwoording' onafhankelijk van elkaar worden gebruikt blijkt de wetgever het uitgangspunt te hebben gehuldigd dat ook bij de opdracht niet altijd gelden worden uitgegeven of ontvangen ten behoeve van de opdrachtgever. Is dit wel het geval, dan bestaat voor de opdrachtgever een rekenplicht.<sup>22</sup>

### 3.2 Tussentijdse en/of slotverantwoording

In de besproken artikelen worden verschillende momenten vermeld waarop de verantwoordings- en rekenplichtige aan zijn verplichtingen moet voldoen. Bij de gemeenschap doet de beheersbevoegde deelgenoot in beginsel jaarlijks en aan het einde van het beheer rekening en verantwoording. De tussentijdse verplichting kan echter uitgesloten worden, of hiervoor kan een andere termijn worden bepaald.<sup>23</sup> Bij de hypotheekafwikkeling op de aangegeven wijze dient rekening en verantwoording te worden gedaan binnen één maand na de betaling. Bij zaakwaarneming volgt de verplichting zodra dit redelijkerwijs mogelijk is. Dit is meestal aan het einde van de zaakwaarneming. Bij de overeenkomst van opdracht wordt in beginsel slechts aan het einde van de opdracht verantwoording (en eventueel ook rekening) gedaan. In een overeenkomst kan natuurlijk worden vastgelegd dat ook tussentijds door de opdrachtgever verantwoording dient te worden afgelegd.

Door de wetgever zijn dus verschillende tijdstippen bepaald. Bij de executie door de hypotheekhouder en bij zaakwaarneming lijkt het logisch dat de verplichting ontstaat aan het einde van de handeling respectievelijk de zaakwaarneming. De hypotheekhouder kan immers niet eerder rekening en verantwoording afleggen dan nadat hij de betaling heeft ontvangen. Een zaakwaarnemer kan vaak niet eerder dan aan het einde van de zaakwaarneming, en wanneer de belanghebbende zijn eigen belangen weer kan waarnemen, verantwoording afleggen.

Tussentijdse verantwoording (en eventueel rekening) is slechts mogelijk bij de gemeenschap en de overeenkomst van opdracht. Bij de gemeenschap dient in beginsel tussentijds rekening en verantwoording te worden afgelegd. Deze verplichting kan evenwel door partijen worden uitgesloten. Bij de overeenkomst van opdracht bestaat echter in beginsel juist geen verplichting tot het tussentijds afleggen van verantwoording en

22 B. Wessels, *Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht*, in: C.C. van Dam en B. Wessels (red.), *Opdracht en dienstverlening*, Serie *Praktijkhandleidingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 1 e.v.

23 *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 593.

eventueel van rekening. Wel kan dit door partijen worden overeengekomen. Het is niet duidelijk waarom de wetgever bij de gemeenschap in beginsel wel een tussentijdse verplichting heeft opgenomen en bij de overeenkomst van opdracht niet. De Parlementaire Geschiedenis geeft hierover geen uitsluitsel. Mij lijken twee redenen aan te wijzen. De eerste is dat bij de gemeenschap de beheervoerende deelgenoot gedurende zijn beheer mede zijn eigen belang, gelegen in die gemeenschap, beheert. Een wat meer scherpe, tussentijdse verplichting lijkt dan aangewezen. De tweede schuilt mogelijk in de aard van de opdrachtverlening. Een tussentijdse verantwoording lijkt me in de praktijk nogal bezwaarlijk en ook weinig zinvol, omdat haar functie is overgenomen in de op de opdrachtgever rustende informatieplicht (art. 7:403 lid 1 BW), die de opdrachtnemer ook de gelegenheid geeft om tijdig nadere en 'verantwoorde' aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht te geven (art. 7:402 lid 1 BW).

### 3.3 Dwingend of regelend recht

Het valt op dat enkele van de besproken wettelijke bepalingen van dwingend recht zijn. Van enkele andere is het mogelijk dat partijen daarvan afwijken. Bij zaakwaarneming ligt het in de figuur besloten dat een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording niet bij overeenkomst kan worden uitgesloten. De zaakwaarnemer laat zich immers op redelijke grond met het belang van een ander in zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontlenen (art. 6:198 BW). Het is natuurlijk wel mogelijk dat de belanghebbende na ommekomst van de zaakwaarneming van zijn recht om rekening en verantwoording te vragen geen gebruik maakt. Bij de gemeenschap is de verplichting om aan het einde van het beheer rekening en verantwoording af te leggen van dwingend recht. De tussentijdse verplichting is, zoals aangegeven, wel uit te sluiten. Ook artikel 3:272 BW is van dwingend recht. Wel blijkt uit de tekst van de wet dat de hypotheekhouder slechts over dient te gaan tot rekening en verantwoording wanneer dit gevorderd wordt. Hij behoeft dit dus niet eigener beweging te doen.<sup>24</sup> Dit volgt ook uit de tekst van artikel 3:170 BW: de beheersbevoegde deelgenoot behoeft slechts rekening en verantwoording af te leggen wanneer een van de deelgenoten daarom verzoekt. Dit is anders bij de zaakwaarneming en de overeenkomst van opdracht; dan dient verantwoording en eventueel rekening te worden gedaan ongeacht of de belanghebbende respectievelijk de opdrachtgever hierom vraagt. Een nadere verklaring voor dit verschil wordt in de Parlementaire Geschiedenis niet gegeven.

<sup>24</sup> Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 837.

De wetsartikelen betreffende de overeenkomst van opdracht zijn van regelend recht.<sup>25</sup> Het staat partijen bijvoorbeeld vrij om overeen te komen dat op een bepaalde wijze de rekening en verantwoording zal worden afgelegd.<sup>26</sup> HR 26 april 1996, NJ 1996, 490, stelt voorop dat een bank, die jegens een cliënt gebonden is aan een boekenclausule,<sup>27</sup> de plicht heeft – zoals voor het huidige recht voortvloeit uit artikel 7:403 BW – de cliënt behoorlijk te informeren omtrent alle werkzaamheden die uit de opdracht aan de bank voortvloeien en dat de boekenclausule daaraan niet in de weg staat. Een dergelijke boekenclausule doet er voorts niet aan af dat het, zo zulks wordt betwist, aan de bank is om aan te tonen dat de door de bank verstrekte opgave inderdaad met de gegevens in haar administratie overeenkomt. Ook kunnen partijen de verantwoordings- en rekenplicht in de overeenkomst geheel uitsluiten, tenzij de opdrachtnemer aan gedragsregels- of beroepsregels terzake gebonden is. Zoals ik aangaf meen ik dat deze regels naar de aard van de rechtsverhouding in de omvang en de inhoud van de opdrachtverhouding reflecteren.<sup>28</sup>

#### **4      Andere gevallen: behoorlijkheid van vermogensrechtelijk beleid**

Buiten de vier in de wet geregelde gevallen kunnen er andere vermogensrechtelijke verhoudingen zijn waarin een der partijen (mede) het (financiële) belang van een ander beheert. Bestaat er in een dergelijke rechtsverhouding een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording? Met betrekking tot de procedurele gang van zaken bij rekening en verantwoording geeft de vijfde titel van Boek III Rv alleen een formele regeling van de rekenprocedure, die voor alle gevallen waarin de rechtsverhouding tussen partijen rekenplicht meebrengt geldt, aldus HR 2 december 1994, NJ 1995, 548, die vervolgt: '[...] de inhoud van hetgeen als rekening en verantwoording mag worden verlangd, wordt telkens bepaald door *de aard van de rechtsverhouding welke verplicht tot het zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te recht-*

25 Art. 7:400 lid 2 BW.

26 Art. 7:403 is in de regeling van de agentuurovereenkomst dwingend recht, zie art. 7:445 lid 1 BW.

27 Art. 9 Boekenclausule: Ten aanzien van het aan de bank verschuldigde zal de schuldenaar zich houden aan, en genoegen nemen met de door de bank conform haar boeken verstrekte opgave, welke tegenover de schuldenaar tot volledig bewijs zal strekken van het bedrag van de schuld, behoudens het recht van de schuldenaar om, ná voldoening of verhaal terug te vorderen hetgeen hij mocht kunnen bewijzen minder verschuldigd te zijn geweest dan te zijnen laste is gebracht (casu quo door hem is betaald).

28 B. Wessels, Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht, in: C.C. van Dam en B. Wessels (red.), *Opdracht en dienstverlening*, Serie Praktijkhandleidingen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 21 e.v.

*vaardigen*, en de omstandigheden van het gegeven geval'<sup>29</sup> [cursivering van mij, BW]. De grondslag voor de gehoudenheid van het doen van rekening en verantwoording is dus ruimer dan die gelegen in de vier beschreven wettelijke gevallen. Het arrest uit 1994 sluit aan bij de rechtsleer die anderhalve eeuw geleden begon.<sup>30</sup> Zeer recent heeft de Hoge Raad het in deze jurisprudentie gevormde beginsel nog eens bevestigd. Het volgende doet zich voor. E geeft op 11 mei 1995 een volmacht aan X ten aanzien van E's bankrekening. E overlijdt op 7 oktober 1995. A is erfgenaam van E en vordert van X om op de voet van artikel 771 e.v. Rv bij de rechter-commissaris rekening en verantwoording af te leggen met betrekking tot de gang van zaken bij de bedoelde bankrekening. X meent echter niet rekenplichtig te zijn aangezien hij over de bankrekening geen beheer heeft gevoerd. A's vordering wordt door de rechtbank afgewezen en het Hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Ook bij de Hoge Raad krijgt A geen voet aan de grond.<sup>31</sup> Met betrekking tot de vordering van A (hierna: eiseres) (erfgenaam van E, hierna: betrokkene 1) jegens X (hierna: verweerder) oordeelt hij, na vastgesteld te hebben (a) dat niet is komen vast te staan dat [betrokkene 1] ten tijde van de volmachtverleningen en bij de uitoefening van de volmachten niet in staat was zijn wil te bepalen en (b) dat hij bij leven geen aanleiding heeft gezien [verweerder] ter verantwoording te roepen omtrent de wijze waarop hij met de machtigingen is omgegaan:

'3.4.2 In de overwegingen van het hof ligt als zijn oordeel besloten dat op [verweerder] niet de verplichting rust tot het doen van rekening en verantwoording, aangezien de volmachtverleningen niet *een rechtsverhouding* hebben geschapen *op grond waarvan [verweerder] jegens [betrokkene 1] gehouden is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden* [cursivering van mij, BW], en dat zulk een rechtsverhouding ook nadien niet is ontstaan, omdat [betrokkene 1] bij leven geen bezwaren heeft gehad tegen de wijze waarop [verweerder] van de volmachten heeft gebruikgemaakt en niet

29 In het onderhavige geval beslist de Hoge Raad dat het kunnen bepalen van een eindsaldo 'niet een vereiste (is) waaraan elke rekening en verantwoording (minstgenomen: in beginsel) moet voldoen (HR 21 maart 1958, NJ 1961, 167)'.

30 Zie HR 7 februari 1851, W. 1200, beslissend dat rekeningplichtig is de persoon die voor of ten behoeve van een ander beheer voert krachtens een rechtsverhouding welke tot de rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid verplicht. In HR 3 december 1971, NJ 1972, 338, m.nt. EAAL, overweegt de Hoge Raad dat een rekenplicht in de zin van art. 771 e.v. Rv een rechtsverhouding tussen partijen veronderstelt krachtens welke de een jegens de ander verplicht is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen. Een dergelijke rechtsverhouding werd in casu tussen in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten niet aangenomen.

31 HR 13 mei 2005, LJN AS4167.

is gesteld dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden door de gevolmachtigde.

Tegen de achtergrond van hetgeen onder 3.4.1 is overwogen geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.'

Uit rechtsoverweging 3.4.2 is niet duidelijk af te leiden of de Hoge Raad wil zeggen dat de volmachtverleningen *sec* niet een rechtsverhouding scheppen dan wel dat hij oordeelt dat deze volmachtverleningen wel een rechtsverhouding scheppen waaruit echter niet de bedoelde gehoudenheid voortvloeit. Ik houd het voorlopig op het laatste. Ik plaats thans enkele kanttekeningen bij enkele van de door de Hoge Raad in de geciteerde rechtsoverwegingen gehanteerde begrippen, zoals 'de aard van de rechtsverhouding' (par. 4.1) welke verplicht tot het zich omtrent 'de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden' (par. 4.2).

#### **4.1 Rechtsverhouding**

Een dergelijke rechtsverhouding kan in een overeenkomst gelegen zijn. Indien een overeenkomst op het punt van het doen van rekening en/of verantwoording niet duidelijk is of ter zake geen aanknopingspunt bevat, kan de bedoelde gehoudenheid (tot verantwoording) krachtens het systeem van de wet worden aangenomen indien zij 'naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid' voortvloeit (art. 6:248 lid 1 BW). Het lijkt erop dat de Hoge Raad niet snel bereid is op basis van de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de overeenkomst, een verbintenis tot 'verantwoording' aan te nemen. In HR 25 maart 1977, NJ 1977, 448, m.nt. WHH, is in cassatie een rechtsvraag over een participatieovereenkomst aan de orde. Ene Van der Poel is eigenaar van een door hem geëxploiteerd benzinstation en hij heeft Hoogewerf contractueel een aandeel in de daarmee te behalen winst toegekend. Het cassatiemiddel gaat uit van de stelling dat uit een zodanige overeenkomst kan worden afgeleid dat degene die een aandeel in de door hem gemaakte winst aan de wederpartij verschuldigd is, verplicht is zich jegens haar omtrent de behoorlijkheid van het door hem gevoerd vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen door het doen van rekening en verantwoording overeenkomstig artikel 771 e.v. Rv. De Hoge Raad verwerpt die stelling echter: 'dat immers uit een zodanige overeenkomst wel de verplichting voortvloeit om aan de wederpartij de inlichtingen en bewijsstukken te verschaffen, die zij redelijkerwijze nodig heeft om zich een oordeel over de omvang van de gemaakte winst en daarmee van het haar toekomende bedrag te vormen, maar niet ook om aan haar verantwoor-

ding af te leggen van het gevoerde beleid.' De formulering van de geciteerde rechtsoverweging lijkt me in zoverre onzorgvuldig dat in de geciteerde overweging gelezen kan worden dat de exploitant zich niet hoeft te verantwoorden over het gevoerde beleid ten aanzien van de exploitatie van de benzinepomp. Het cassatiemiddel wilde echter, als ik het wel zie, getoetst hebben het door de contractspartij gevoerde vermogensrechtelijke beleid. Het antwoord van de Hoge Raad daarop is dat de overeenkomst wel tot een mededelingsplicht aanleiding kan geven, maar niet tot een verbintenis tot verantwoording. De uitspraak sluit evenwel niet uit dat onder omstandigheden uit de redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de overeenkomst, wel rekening en verantwoording moet worden afgelegd.

De 'aard van de rechtsverhouding' kan via de grondslag van aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) mijns inziens ook gestalte krijgen in een 'zorgplicht', die contractueel op een partij rust. Een voorbeeld hiervan is de overeenkomst van bewaarneming die ex artikel 7:602 BW met zich brengt dat de bewaarnemer bij de bewaarneming de zorg van een goed bewaarder in acht moet nemen. De Hoge Raad heeft deze benadering bevestigd voor het geval dat een bank beslag heeft doen leggen op de veestapel van haar debiteur en deze doet bewaren door een daartoe aangestelde gerechtelijk bewaarder. Indien na een lange periode de bewaarder het tot haar taak mag rekenen het vee te verkopen treedt in beginsel de netto-opbrengst in de plaats van het vee. De bank gaat over tot de uitwinning van de aan haar in zekerheid overgedragen zaken en verantwoordt de ontvangsten en de uitgaven, maar de debiteur/voormalig veehouder wil méér. Hij wenst verantwoording over de wijze waarop de verkoopprijs tot stand is gekomen. HR 23 mei 2003, NJ 2003, 496, verwerpt de opvatting van het Hof dat uitgangspunt bij het doen van rekening en verantwoording is dat het gaat om de werkelijke ontvangsten en uitgaven. Het Hof miskent, aldus de Hoge Raad: 'dat bij het afleggen van rekening en verantwoording ook bezwaren aan de orde kunnen komen met betrekking tot gemiste inkomsten die er hadden moeten zijn geweest, en werkelijke uitgaven die niet hadden mogen worden gedaan.' In de 'zorgplicht' van de bewaarnemer schuilt dan ook een belangrijk element van verantwoording,<sup>32</sup> terwijl mag worden aangenomen dat voor het verkrijgen van vergoeding van gemaakte kosten, die niet in het bewaarloon zijn verdisconteerd (art. 7:601 lid 3 BW), ook verantwoording verschuldigd is<sup>33</sup> en dat in het geval dat de zorgplicht van de bewaarnemer met zich brengt dat hij tot verkoop overgaat (bijvoorbeeld van snel bederfelijke zaken) hij zich ver-

32 Uitvoeriger: B. Wessels, *Bewaarneming in het Nieuw BW*, WPNR 1990, 5982 (themanummer *Bijzondere Contracten*).

33 In deze zin C.E. du Perron, in Pitlo/Croes e.a., *Bijzondere overeenkomsten* (1995), p. 295.

antwoordt omtrent de wijze waarop de verkoopprijs tot stand is gekomen.<sup>34</sup>

Kan de 'aard van de rechtsverhouding' óók gelegen zijn in de enkele rechtsrelatie debiteur-crediteur in het geval dat de debiteur jegens de crediteur in verzuim is geraakt? Ons vermogensrecht is immers gebouwd op het beginsel dat ieder met zijn gehele vermogen heeft in te staan voor de nakoming van zijn verplichtingen (vergelijk art. 3:276 BW). De vraag rijst of dit beginsel in de context van artikel 6:248 lid 1 BW een rechtsverhouding schept die de debiteur jegens de crediteur gehouden doet zijn rekening en verantwoording te doen over zijn financiële handel en wandel in het verleden dan wel dusdanige inlichtingen te verschaffen die in staat stellen de teloorgang van de verhaalsobjecten te achterhalen. HR 20 september 1991, NJ 1992, 552, wil niet aan een dergelijke verantwoordingsplicht. Een schuldenaar is in beginsel wel verplicht aan een schuldeiser die een veroordeling tot betaling van een geldsom jegens hem verkreeg, inlichtingen omtrent zijn inkomens- en vermogenspositie en omtrent voor verhaal vatbare goederen te verschaffen, hetgeen ook in artikel 475g Rv tot uitdrukking is gebracht. De Hoge Raad<sup>35</sup> vindt het evenwel niet met het wettelijk stelsel stroken aan deze verplichting een praktische uitwerking zoals hiervoor aangeduid te geven, omdat dit niet is te verenigen met '[...] de beperkte kring van personen die van een schuldenaar rekening en verantwoording, onderscheidenlijk overlegging van de boekhouding kunnen vergen, [...]'.<sup>36</sup>

De bedoelde rechtsverhouding kan, ten slotte, ook buitencontractueel van aard zijn. HR 8 december 1995, NJ 1996, 274, heeft aangenomen dat de verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden en dat deze rechtsverhouding, die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert, kan voortvloeien '[...] uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof in de onderhavige kwestie terecht de verplichting om zich te verantwoorden heeft aangenomen.

34 Aldus Rb. Rotterdam 20 juli 2000, S&S 2001, 59. Elementen van verantwoording schuilen ook in het doen van opgave na de jaarlijkse afsluiting van een rekening-courant, art. 6:140 lid 2 BW.

35 De rechtsverhouding betrof in casu die van de desbetreffende schuldenaar jegens de faillissementscurator. Zie nader M. Polak & B. Wessels, *Insolventierecht*, deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring, Deventer: Kluwer 1999, par. 4132.

36 Dat de problematiek veel complexer is, toont Verbeke aan, zie A. Verbeke, *Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser*, *Rechtskundig Weekblad* 1993-1994, p. 1129 e.v.

men, aangezien deze voortvloeit [...] uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt: het betreft immers jarenlang (ongevraagd) persoonlijk het algeheel beheer voeren over (nagenoeg) het gehele inkomen van twee mensen die niet in staat zijn hun eigen belangen behoorlijk te behartigen'. De Hoge Raad stemt ook in met 's Hofs oordeel dat onder deze omstandigheden degene die dit beheer voert, tevens gehouden is een zodanige administratie beschikbaar te hebben en te houden als voor een behoorlijke rekening en verantwoording nodig is, zodat betrokkene door daarvoor niet te zorgen, is tekortgeschoten in de hem persoonlijk jegens de belanghebbenden in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. In het eerder aangehaalde arrest HR 13 mei 2005<sup>37</sup> kwam de Hoge Raad onder meer tot het oordeel dat geen rekening en verantwoording behoeft te worden afgelegd omdat een rechtsverhouding (om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden) niet is ontstaan 'omdat E bij leven geen bezwaren heeft gehad tegen de wijze waarop X van de volmachten heeft gebruikgemaakt en niet is gesteld dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden door de gevolmachtigde'. Het lijkt niet onmogelijk dat de Hoge Raad wil aangeven dat het gebruik van een volmacht volgens regels van betamelijkheid inderdaad tot een verplichting tot rekening en verantwoording kunnen leiden.<sup>38</sup>

#### 4.2 Behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid

Het is opvallend dat de Hoge Raad sinds jaar en dag kiest voor en – ook in 2005 – vasthoudt aan termen die in het vermogensrecht geen eigen vaste betekenis hebben. Ik doel op de woorden 'behoorlijk' en 'beleid'. Om met de laatste term te beginnen, beleid doet denken aan een bestuurlijke activiteit, zie bijvoorbeeld ook de omschrijving van de term beleidsregel in artikel 1:3 lid 4 Algemene wet bestuursrecht. Het woord 'beleid' komt in het vermogensrecht niet voor. Daarentegen is 'beheer' een term die in het BW vaak voorkomt<sup>39</sup> en waaromtrent artikel 3:170 lid 2 BW bepaalt dat onder 'beheer' wordt begrepen: 'alle handelingen die voor de normale

<sup>37</sup> HR 13 mei 2005, LJN AS4167.

<sup>38</sup> Hoewel de rechtshandeling van het verlenen van een volmacht in beginsel wegens het wilsgebrek misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) kan worden vernietigd, lijkt de Hoge Raad met het gebruik van de woorden 'misbruik van omstandigheden' niet het oog op deze situatie te hebben. Het arrest zelf lijkt te zijn bepaald door een beperkte invalshoek (de volmacht). Een volmacht impliceert immers veelal een overeenkomst van lastgeving, een species van de opdracht en derhalve mede een plicht tot rekening en verantwoording (art. 7:403) in zich bergend.

<sup>39</sup> Zie bijvoorbeeld art. 3:43 lid 1 onder c, art. 3:62 lid 2, art. 3:73, art. 3:168 lid 1, art. 176, art. 3:193 lid 1, art. 3:207 lid 2 en 3, art. 3:210 lid 2, art. 3:221 lid 3 en art. 3:267 BW.



exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn'. Deze laatste omschrijving sluit mijns inziens goed aan bij wat onder 'beheer' pleegt te worden verstaan.<sup>40</sup> Het woord 'beleid' is in het kader van rekening en verantwoording rechtshistorisch wel te verklaren.<sup>41</sup> Annotator Heemskerk merkt op dat beleid een ruimere betekenis heeft dan het beheer in de zin van het beheren van een (financieel) belang van een ander. Ik zou menen dat (zorgvuldig) beheer steunt op beleid, zijnde een vast patroon van uitgangspunten hoe te handelen. Beleid impliceert een afweging van belangen en een keuze hierin. De hierop gebaseerde handelingen getuigen van een zekere bestendigheid in die afweging en in die keuze. Zijn deze uitgangspunten zorgvuldig vastgesteld, is de afweging van belangen weloverwogen en wordt de keuze hierin bestendig nagevolgd, dan kan bij de handelingen ter uitvoering daarvan gesproken worden van kwalitatief 'zorgvuldig' beheer. Beleid gaat dus aan beheer vooraf en biedt als het wordt geëxpliciteerd, voldoende houvast om te beoordelen of het beheer 'zorgvuldig' is. De Hoge Raad schijnt hier echter de kwalificatie 'behoorlijk' het meest aangewezen te achten. Het woord 'behoorlijk' in het vermogensrecht wordt evenwel in verschillende betekenissen gebruikt, namelijk in de zin van reglementair (een behoorlijke oproeping, zie art. 3:205 lid 1 BW) of regelmatig (behoorlijke nakoming, zie art. 6:64, art. 6:78 lid 1, art. 6:262 lid 2, art. 6:263 lid 2 en art. 6:266 lid 2 BW), waarbij de vraag of onder 'behoorlijk' tevens 'tijdig' valt onduidelijk is, aangezien artikel 6:84 BW spreekt over 'behoorlijk en tijdig'. In het woord 'behoorlijk' weerklinkt mijns inziens ook een bepaald 'zedelijk oordeel', of – minder zwaar – een fatsoensnorm ('Gedraag je behoorlijk!'), die naar mijn mening in de sfeer van rekening en verantwoording geen plaats verdient.<sup>42</sup> Het lijkt mij dat het principe dat sprake kan zijn van een rechtsverhouding waarin de ene partij jegens de andere partij gehouden is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden beter kan worden aangeduid met een 'verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer'.

40 Vergelijk in deze zin A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 26 april 2002, NJ 2005, 180.

41 Zie het eerder aangehaalde arrest uit 1851 en Heemskerk in zijn annotatie onder HR 25 maart 1977, NJ 1977, 448. De opvatting van de Hoge Raad is sterk geïnspireerd door de dissertatie van P.J.A. Clavereau, *Décharge van rekenplichtigen in het Nederlandse privaatrecht*, 1932, die meent (t.a.p., p. 3) dat rekenplichtigheid bestaat indien de ene partij zich jegens de andere omtrent 'de behoorlijkheid van vermogensrechtelijk, waaronder ook geldelijk, beleid moet verantwoorden'. In zijn arrest uit 1977, maar ook al eerder in bijvoorbeeld HR 7 februari 1851, W. 1200 en in HR 3 december 1971, NJ 1972, 338, en in HR 8 februari 1991, NJ 1991, 338, rept de Hoge Raad over 'rechtvaardigen'. Deze terminologie gebruikt A-G Vranken ook, zie zijn conclusie vóór HR 8 december 1995, NJ 1996, 274. De Hoge Raad schakelt in het laatstgenoemde arrest echter over van 'rechtvaardigen' naar 'verantwoorden', hetgeen mij ook zuiverder lijkt.

42 Zie over de verschillende betekenissen en waarden die in 'behoorlijk' tot uitdrukking worden gebracht de bundel 'Naar behoren', Jubileumbundel van het Juridisch Gezelschap Amsterdam, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

Met de maatstaf 'zorgvuldigheid' kunnen algemene kwaliteitseisen van verantwoording, zoals 'weloverwogen' (uitgangspunten van beheer), 'afgewogen' (afwegen betrokken belangen), en 'bestendigheid' (consequente uitvoering van handelingen) getoetst worden. Deze elementen worden mede bepaald door de (bepaalbaarheid) van de duur van de rechtsverhouding, de hoedanigheid van de partijen (is de beheerder bijvoorbeeld een professioneel opererende vermogenbeheerder) en de deskundigheid van partijen. Hoewel verantwoording in wezen een terugblik verschaft ('rearview'), kan van onzorgvuldigheid sprake zijn indien de beheerder de wederpartij onvoldoende op eigen initiatief in staat heeft gesteld om het beleid bij te stellen. Daarnaast zijn bijzondere op het concrete geval toegespitste doelmatigheidseisen, die mede de zorgvuldigheid bepalen, van belang, bijvoorbeeld: zijn de beheershandelingen gezien de aard van de rechtsverhouding en de andere omstandigheden van het geval adequaat en zijn zij proportioneel.<sup>43</sup> Deze eisen worden mede bepaald door de complexiteit van te verrichten beheershandelingen. Eén van deze eisen kan mede worden bepaald door hetgeen bij daarvoor vergelijkbare rechtsverhoudingen gangbaar is, bijvoorbeeld verantwoording die zich uit in rapportages die in overeenstemming zijn met vergelijkingsmaatstaven ('benchmarks') die in de desbetreffende sector worden gehanteerd.<sup>44</sup> Het spreekt voor zich dat indien in het kader van het beheer één of meer akten worden opgesteld waarvan de inhoud in strijd is met de werkelijkheid, sprake is van onzorgvuldig beheer.<sup>45</sup>

## 5 Een verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer

Duidelijk is wel dat de Hoge Raad een verbintenis tot het doen van rekening en verantwoording aanvaardt buiten de enkele gevallen die de wet noemt. Deze verbintenis duidt ik aan met die tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer. Beheer omvat, als handeling ter gewone exploitatie van een goed, tevens beschikken. Meer zuiver zou zij wellicht kunnen worden aangeduid als de verbintenis tot zorgvuldig beheer over vermogensrechten, maar ik houd het bij de aangegeven aanduiding. Zij kan worden aangenomen indien zij voortvloeit uit de wet. Ik heb hiervoor vier van deze

43 Het zal lastig zijn het verschil aan te geven tussen een buitenproportionele beheershandeling en een handeling die niet onder 'beheer' kan zijn begrepen. HR 26 april 2002, NJ 2005, 180, oordeelt dat onder het begrip beheer uit art. 3:267, gezien de betekenis die op andere plaatsen in de wet aan het begrip beheer wordt toegekend, niet ook het slopen van de op de verhypothekerde zaken aanwezige gebouwen worden begrepen.

44 Vergelijk in deze zin R.H. Maatman, Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, (diss. Nijmegen) 2004, p. 114 e.v.

45 In deze zin Hof 's-Gravenhage 15 september 2005, LJN AR2197.

wettelijke grondslagen uitgewerkt. Zij kan voorts worden aangenomen indien zij in het stelsel van de wet past en aansluit bij wel geregelde gevallen.<sup>46</sup> Rekenplicht heeft in die gevallen veeleer betrekking op belangenbehartiging, zich uitend in beschikkingshandelingen, waar verantwoording de nadruk legt op de (keuze van de) wijze waarop een belang is behartigd. De hiervoor uitgewerkte wettelijke situaties houden het voor mogelijk dat ook over vermogensbestanddelen wordt beschikt. In dat geval ligt een rekenplicht voor de hand. Met de Hoge Raad<sup>47</sup> meen ik echter dat de basis voor deze verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beleid niet te ruim dient te worden genomen, omdat het stelsel van de wet meebrengt dat slechts een beperkte kring van personen van een schuldenaar rekening en verantwoording kan vorderen. Het stelsel van de wet houdt immers tevens in dat er andere, minder vergaande verbintenissen kunnen worden aangenomen, zoals een mededelingsplicht, zoals in het hiervoor aangehaalde arrest HR 25 maart 1977 ook wordt aangegeven, een verbintenis om informatie te verschaffen<sup>48</sup> of de verbintenis om te waarschuwen.<sup>49</sup> Ook bestaat er de exhibitieplicht van artikel 843a Rv, welke bepaling met de herziening van Rv met ingang van 1 januari 2002 is gemoderniseerd: ieder die daarbij een rechtmatig belang heeft kan 'inzage, afschrift of uittreksel' van bepaalde bescheiden 'aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn' vorderen van degene die deze bescheiden, waaronder de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens, te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.<sup>50</sup> Een dergelijke verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer steunt op het beginsel dat belangenbehartiging, die zich uit in beheer ter zake van het vermogen van een ander, tot verantwoording en rekenschap noopt.

Ten slotte, een enkele concretisering van de zorgvuldigheidsnorm. Ik heb hiervoor een maatstaf aangegeven ter toetsing van zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer. Ik voeg ter concretisering van de verbintenis nog enkele elementen toe. Indien het vermogensrechtelijk beheer mede betrekking heeft op het beheer van het eigen vermogen, dan is het onzorgvuldig indien de beheerder niet tussentijds rekening en verantwoording doet. 'Tussentijds' betreft in ieder geval na het verloop van een jaar. Onzorgvuldig is het in een dergelijke situatie eveneens indien de beheer-

46 Art. 6:1 BW, zoals reeds aangenomen in HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

47 HR 20 september 1991, NJ 1992, 552.

48 Zie nader Mon. Nieuw BW A-2 (Smits), nr. 28.

49 Zie HR 8 oktober 2004, Bouwrecht 2005/634, m.nt. Van den Berg.

50 Uitvoerig: J. Ekemans, De exhibitieplicht in de praktijk: de ruime mogelijkheden tot opvragen van bescheiden, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2005, p. 59 e.v., alsook J.R. Sijmonsma, Enkele aspecten van de inzageplicht van art. 843a Rv, Praktisch Procederen 2005/5, p. 145 e.v. Zie ook het rechterlijke bevel tot het verstrekken van inlichtingen als bedoeld in art. 22 Rv.

der niet uit eigen beweging rekening en verantwoording doet. Onzorgvuldig is het beheer ook indien de beheerder onvoldoende administratie ter beschikking heeft zodat de rekengerechtigde geen of onvoldoende inzicht verkrijgt in de financiële en vermogensrechtelijke gevolgen van het gevoerde beheer. Ten slotte zou ik menen dat de verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer een persoonlijke verbintenis is die naar haar aard niet voor schuldovertrekking vatbaar is. Aan de gerechtigde uit de verbintenis tot zorgvuldig vermogensrechtelijk beheer staat ter realisering van zijn recht de in de wet geregelde rekenprocedure van artikel 771 e.v. Rv ter beschikking. Hij is echter niet verplicht deze weg te volgen; hij kan bijvoorbeeld ook een actie tot schadevergoeding instellen indien hem de gedragingen van degene die beheer voert voldoende bekend zijn. Tevens kan hij de rekeningplichtige nakoming voor een bepaalde som aanspreken indien hij nauwkeurig weet wat aan hem verschuldigd is. In beginsel is de rekengerechtigde echter vrij in zijn keuze.