

... dat precontractuele gebondenheid minder snel zal worden aangenomen dan voorheen, blijft de aangewezen weg om iedere aanvullende informatie op dit punt weg te nemen het maken van duidelijke afspraken met betrekking tot de aan het afbreken van onderhandelingen te verbinden gevolgen.

Mr. L. Schuurman
Loyens & Loeff

Het verwijt aan de bestuurder bij aansprakelijkheid van de rechtspersoon

Inleiding

Bestuurders van rechtspersonen zijn zich er dikwijls niet van bewust dat het handelen en nalaten van de rechtspersoon voor hen een persoonlijke aansprakelijkheid mee kan brengen. Het is voor bestuurders dan ook van belang om te weten dat zij voor strafbare feiten van de rechtspersoon in het strafrecht op grond van artikel 51 lid 2 Wetboek van Strafrecht (Sr) aansprakelijk kunnen worden gesteld. Verder komt persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder ook voor in het civiele recht in het geval van een wanprestatie of onrechtmatige daad van de rechtspersoon. De bestuurder kan in het civiele recht in dat geval aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW). Deze bijdrage beoogt meer inzicht te geven in de invulling van het verwijt dat de bestuurder in voornoemde gevallen in het strafrecht en het civiele recht wordt gemaakt. Bij de behandeling van het civielrechtelijke verwijt laat ik de overige aspecten van de onrechtmatige daad verder buiten beschouwing.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder

Een bestuurder kan op grond van artikel 51 lid 2 Sr naast of in plaats van de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld voor strafbare feiten van de rechtspersoon, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moeten de strafbare feiten aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. In het Zijpe-arrest is door de Hoge Raad overwogen dat toerekening aan de rechtspersoon mogelijk is als de strafbare gedraging de rechtspersoon 'dienstig' is geweest.¹ Dit zal vrijwel altijd opgaan en brengt dan ook een ruime toerekening mee. Mijn aandacht gaat uit naar de tweede voorwaarde: de bestuurder dient als 'feitelijke leidinggever' te worden aangemerkt. In het vereiste van 'feitelijk leidinggeven' ligt het verwijt besloten dat de bestuurder moet worden gemaakt. De oorspronkelijke bedoeling van de Minister van Justitie was om de bestuurder uitsluitend een verwijt te maken in geval van een actieve betrokkenheid bij strafbare feiten van de rechtspersoon.²

Nadere invulling van het vereiste van 'feitelijk leidinggeven' heeft plaatsgevonden in de rechtspraak. Op grond van vaste rechtspraak is ten minste vereist dat de bestuurder wetenschap moet hebben gehad van de strafbare feiten van de rechtspersoon. Hiervan is niet alleen sprake indien de bestuurder wetenschap heeft van de concrete strafbare feiten die in zijn strafzaak aan de orde komen, maar ook indien de bestuurder wetenschap heeft gehad omtrent het begaan van andere strafbare feiten die hiermee 'rechtstreeks ver-

1. HR 21 oktober 2003, LJN AF7938.

2. Handelingen II 1975/76, 19 mei 1976, p. 4210.

band' houden.³ Niet is vereist dat de bestuurder wetenschap heeft van het gehele strafbare feit, voldoende is dat hij op de hoogte is van de belangrijkste delictsbestanddelen van dit strafbare feit. Dit rechtstreeksverband-criterium brengt mee dat ook een bestuurder die anderen strafbare feiten laat begaan, kan worden vervolgd, zonder dat hij ervan op de hoogte hoeft te zijn geweest waar, wanneer en hoe de concreet ten laste gelegde strafbare feiten zijn begaan. Het kan voorkomen dat binnen een rechtspersoon de bestuurder tegen zijn werknemers zegt dat zij vervuilde grond op een bepaalde wijze moeten dumpen en hij een volgende keer dat nog eens zegt, terwijl dat handelen een verboden gedraging oplevert. Als deze werknemers een beetje pienter zijn, dan zullen zij in een derde en de daaropvolgende identieke gevallen handelen zoals hun in de eerste twee gevallen is opgedragen. Een werknemer die telkens met dezelfde vraag komt, is immers onbruikbaar.⁴ Dankzij het rechtstreeksverband-criterium van de Hoge Raad kan deze bestuurder ook aansprakelijk worden gesteld met betrekking tot het derde en de volgende gevallen, ook al is hij van deze concrete gevallen niet op de hoogte. Naast wetenschap is vereist dat de bestuurder, hoewel hij daartoe bevoegd en gehouden is, maatregelen ter voorkoming van de strafbare feiten achterwege heeft gelaten en daarmee bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de strafbare feiten zich zullen voordoen.⁵

Met voornoemde criteria is de ondergrens gegeven om als feitelijke leidinggever te kunnen worden aangemerkt. Uitgaande van deze ondergrens kan in ieder geval de bestuurder aansprakelijk worden gesteld die het initiatief neemt tot het begaan van strafbare feiten en zijn werknemers zwaar vervuilde grond op een door hem aangegeven locatie laat storten. In dat geval is de bestuurder met zijn handelen actief betrokken bij de strafbare feiten van zijn rechtspersoon. Het is ook mogelijk dat de bestuurder zelf de zwaar vervuilde grond dumpt en hij daarmee feitelijk leiding geeft aan zijn eigen strafbare feit. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat niet is vereist dat het binnen de rechtspersoon gepleegde strafbare feit hoeft te zijn gepleegd door anderen dan de feitelijke leidinggever.⁶ Hoewel artikel 51 lid 2 Sr kan worden toegepast in geval van een actieve betrokkenheid bij het strafbare feit, is de figuur van het feitelijk leidinggeven hier praktisch gesproken niet nodig en zou de

bestuurder heel goed als (mede)pleger aangemerkt kunnen worden. Artikel 51 lid 2 Sr is vooral geschikt om te worden toegepast in het geval van een passieve betrokkenheid bij het strafbare feit. De Hoge Raad heeft overwogen dat onder omstandigheden een nalaten om maatregelen te treffen gericht op het beëindigen van strafbare feiten binnen de rechtspersoon (met andere woorden: een passieve betrokkenheid) een feitelijk leidinggeven van de bestuurder met zich kan brengen.⁷ Het ten laste leggen van feitelijk leidinggeven brengt in gevallen van passieve betrokkenheid bij het strafbare feit het voordeel (derhalve voor de bestuurder: het gevaar) mee dat uitsluitend hoeft te worden aangetoond dat de bestuurder opzet heeft op de kernbestanddelen van het delict, maar niet hoeft te worden aangetoond dat de bestuurder opzet heeft op het gehele delict.

Enige betrokkenheid bij het strafbare feit blijft steeds een vereiste voor aansprakelijkheid van de bestuurder als feitelijke leidinggever. Een bestuurder kan dan ook niet worden bestraft vanwege uitsluitend het feit dat hij de bestuurder is van de desbetreffende rechtspersoon. Een actieve en passieve betrokkenheid bij uitsluitend de bedrijfsvoering is dan ook niet voldoende om feitelijk leidinggeven aan te kunnen nemen. Wel is het mogelijk dat een actieve betrokkenheid bij de bedrijfsvoering met een betrokkenheid bij het strafbare feit samenvalt.⁸

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder

Indien een rechtspersoon wanprestatie pleegt of een onrechtmatige daad begaat, kan een bestuurder op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk zijn, indien de rechtspersoon geen verhaal biedt en de bestuurder daarvan een verwijt kan worden gemaakt. De invulling van dit verwijt heeft in de rechtspraak plaatsgevonden. Aanvankelijk was een persoonlijk verwijt voldoende voor aansprakelijkheid van de bestuurder. In het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*⁹ heeft de Hoge Raad de norm voor aansprakelijkheid van de bestuurder bij wanprestatie opgehoogd van 'persoonlijk verwijt' naar 'voldoende ernstig persoonlijk verwijt'. In de casus die ten grondslag lag aan *New Holland Belgium/Oosterhof*, was sprake van het bewerkstelligen door de bestuurder van wanprestatie van de rechtspersoon. Het hangt in dat geval van de omstandigheden van het geval af of de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. In het arrest *Van Waning/Van der Vliet*¹⁰ heeft de Hoge Raad overwogen dat in geval van betalingsonwil zo'n voldoende ernstig persoonlijk verwijt zich kan voordoen. Betalingsonmacht sluit volgens de Hoge Raad betalingsonwil niet uit. Niet is uitgesloten dat degene die de volledige zeggenschap heeft over de rechtspersoon, jegens de betreffende schuldeiser onrechtmatig handelt door

3. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 en 322 (Slavenburg II).

4. Voorbeeld ontleend aan R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 58 onder verwijzing naar J.C.M. Leijten, *Leiding geven aan een verboden gedraging, begaan door een rechtspersoon*: in H.J.M.N. Honée e.a., *Van vennootschappelijk belang, Opstellen aangeboden aan J.J.M. Maijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 137-145, m.n. p. 143-144.

5. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (Slavenburg II) en HR 21 januari 1992, NJ 1992, 414 (Manager voetbalvereniging); HR 9 oktober 2001, LJN ZD2913 en Rb. Dordrecht 5 februari 2004, LJN AO3278. Meer recent: Rb. Arnhem 24 november 2005, LJN AU6758.

6. HR 27 mei 1986, NJ 1987, 45; HR 14 mei 1985, NJ 1986, 57 en HR 16 december 1986, NJ 1987, 322 (Slavenburg II).

7. HR 20 november 1984, NJ 1985, 355 (NCB).

8. HR 2 maart 1982, NJ 1982, 446 (Witte Grammofoonplaten).

9. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof).

10. HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet).

na te laten ervoor te zorgen dat de rechtspersoon zijn schuld betaalt door bijvoorbeeld gebruik te maken van een bestaande of nog te verkrijgen kredietfaciliteit.

In New Holland Belgium/Oosterhof heeft de Hoge Raad verder aangegeven, dat van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt tevens sprake kan zijn in het geval van een Beklamelsituatie.¹¹ In een Beklamelsituatie wordt de bestuurder verweten dat hij namens de rechtspersoon verplichtingen blijft aangaan hoewel hij op dat moment weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de rechtspersoon niet aan zijn verplichtingen kan voldoen en ook geen verhaal kan bieden voor de schade die de schuldeisers daardoor lijden. Ook een bestuurder die anderszins nauw bij het aangaan van de verplichtingen betrokken is, maar niet ingrijpt, kan op grond van de rechtspraak een verwijt worden gemaakt.¹² Het verwijt dat de niet-handelende bestuurder wordt gemaakt, veronderstelt steeds de aanwezigheid van *wetenschap* ten aanzien van de verplichtingen die worden aangegaan, en *macht* om het aangaan van de verplichtingen te voorkomen door maatregelen te treffen. Van een risico-aansprakelijkheid van de niet-handelende bestuurder voor het aangaan van verplichtingen namens de rechtspersoon door zijn medebestuurder is dan ook geen sprake, nu hem een persoonlijk verwijt moet worden gemaakt. Of van wetenschap aan de kant van de bestuurder sprake is, zal steeds moeten worden vastgesteld aan de hand van *de omstandigheden van het geval*. De enkele constatering dat de rechtspersoon kort nadat de verplichtingen waren aangegaan, failliet is verklaard, is onvoldoende om wetenschap op het moment van het aangaan van de verplichtingen bij de bestuurder aan te nemen. Wel zal de bewijslast voor de bestuurder een lastige zijn.¹³ Dit geldt temeer nu de Hoge Raad in het arrest Veenbrink/Baarsma¹⁴ heeft overwogen dat voor het beantwoorden van de vraag of bij de bestuurder de vereiste wetenschap van benadeling aanwezig is, ervan mag worden uitgegaan dat de bestuurder beschikt over alle relevante financiële gegevens omtrent de vermogenspositie van de rechtspersoon. Indien een bestuurder niet beschikt over deze gegevens, dient hij van het aangaan van overeenkomsten met belangrijke financiële kwesties af te zien. Een bestuurder wordt op deze manier gedwongen te documenteren dat hij in staat is de verplichtingen aan te gaan. De enkele omstandigheid dat de rechtspersoon een financieel moeilijke periode doormaakt, is ook onvoldoende om een wetenschap van benadeling te veronderstellen.

Het meest recente geval waarin de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de aansprakelijkheid van de bestuurder bij onrechtmatig handelen van de rechtspersoon, is het arrest Steins/Textile.¹⁵ Het arrest kwam nadat in New Holland

Belgium/Oosterhof de norm voor aansprakelijkheid van de bestuurder bij wanprestatie was opgehoogd van 'persoonlijk verwijt' naar 'voldoende ernstig persoonlijk verwijt'. Niettemin was in Steins/Textile de bestuurder reeds aansprakelijk wanneer hem 'een persoonlijk verwijt' kon worden gemaakt. Ik acht het goed mogelijk dat de Hoge Raad een bestuurder sneller aansprakelijk wenst te houden bij een onrechtmatige daad van de rechtspersoon dan bij wanprestatie, omdat het eerste in strijd is met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt en het laatste behoudens uitzonderingen inherent is aan een kapitalistische economie waarin rechtspersonen risico's moeten nemen. Dan mag de lat voor aansprakelijkheid van de bestuurder in het tweede geval hoger liggen.

Conclusie

Strafbare feiten, wanprestatie en onrechtmatige daad van de rechtspersoon kunnen in het strafrecht en in het civiele recht voor de bestuurders een aansprakelijkheid meebrengen. Hierbij moet men zich realiseren dat in het civiele recht in geval van wanprestatie of onrechtmatige daad van de rechtspersoon geldt dat de gelaedeerde eerst verhaal zal zoeken bij de rechtspersoon als remedie voor zijn schade en pas in de tweede lijn uitkomt bij de bestuurder wanneer de rechtspersoon onvoldoende verhaal biedt. In het strafrecht geldt dat in het geval van strafbare feiten van de rechtspersoon op grond van artikel 51 lid 2 Sr niet. Het gegeven dat aan een rechtspersoon strafbare feiten kunnen worden toegerekend (en de rechtspersoon bijvoorbeeld verhaal biedt door middel van een boete), brengt bepaald niet mee dat ten aanzien van de bestuurder in zijn hoedanigheid van feitelijk leidinggever geen actie wordt ondernomen.

In het strafrecht moet de bestuurder steeds een persoonlijk verwijt ten aanzien van de strafbare feiten van de rechtspersoon worden gemaakt om als 'feitelijke leidinggever' te kunnen worden aangemerkt. In het civiele recht moet er sprake zijn van een 'voldoende ernstig persoonlijk verwijt' in geval van wanprestatie en van een 'persoonlijk verwijt' in geval van een onrechtmatige daad van de rechtspersoon. Het verwijt is in het strafrecht en het civiele recht opgebouwd uit een *wetenschapsvereiste* en een *machtsvereiste*. In het strafrecht is een zodanige invulling gegeven aan het wetenschapsvereiste dat het ten laste leggen van artikel 51 lid 2 Sr aantrekkelijk is om bestuurders die passief bij het strafbare feit betrokken zijn, aansprakelijk te stellen. Ook in het civiele recht kan een passieve bestuurder aansprakelijk worden gesteld als hij maar op de een of andere wijze betrokken is bij de concrete verplichting dan wel bij het bewerkstelligen van de wanprestatie of de onrechtmatige daad. Indien de bestuurder wetenschap heeft, moet hem verder het verwijt kunnen worden gemaakt dat hij de macht had om in te grijpen, maar dat niet heeft gedaan met wanprestatie/onrechtmatige daad van de rechtspersoon tot gevolg. In het strafrecht komt het machtsvereiste erop neer dat de bestuurder omdat hij niet heeft ingegrepen, terwijl hij de macht had om dat te doen, daarmee bewust de aanmerkelijke kans heeft aan-

11. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Stimulan/Klaas).

12. HR 8 januari 1999, JOR 1999, 34 (Pelco/Sturkenboom).

13. Rb. Utrecht 5 februari 1997, JOR 1997, 51.

14. HR 27 november 1998, NJ 1999, 148 (Veenbrink/Baarsma).

15. HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (Steins/Textile).

vaard dat zich strafbare feiten zouden voordoen, zodat hem een verwijt treft. Uiteindelijk zijn in het strafrecht en het civiele recht steeds *de concrete omstandigheden van het geval* doorslaggevend.

Op basis van de invulling van het verwijt van de bestuurder, zoals uiteengezet in deze bijdrage, kan worden geconcludeerd dat het enkele feit dat men bestuurder is, noch in het strafrecht, noch in het civiele recht een aansprakelijkheid meebrengt voor het handelen en nalaten van de rechtspersoon. Een zekere mate van betrokkenheid is immers altijd een vereiste voor aansprakelijkheid. De bestuurder dient zich dan ook bewust te zijn van de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid, maar hij hoeft niet bang te zijn voor aansprakelijkheid ten aanzien van het handelen en nalaten van anderen binnen de rechtspersoon.

*Mr. M.H. Visscher
Stibbe*

Naleving Nederlandse corporate governance code afdwingbaar

Inleiding

In het jaarverslag moet de vennootschap mededeling doen over de naleving van bepalingen uit de Nederlandse corporate governance code (de Code Tabaksblat) die zijn gericht tot het bestuur en de raad van commissarissen. Indien de vennootschap die bepalingen niet heeft nageliefd of niet voornemens is deze in het lopende en daaropvolgende boekjaar na te leven, moet het bestuur daarvan in het jaarverslag gemotiveerd opgave doen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de verplichting voor een vennootschap zich te houden aan de mededelingen die zij heeft gedaan in haar jaarverslag over naleving van de code.

Ik zal ingaan op een beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam inzake Versatel¹ voorzover dit van belang is voor dit onderwerp. Voor de bespreking van overige aspecten van de Versatel-beschikking verwijs ik graag naar de noot van F.J.P. van den Ingh bij de beschikking zoals gepubliceerd in JOR.

De Versatel-beschikking

Uit de Versatel-beschikking is af te leiden dat Versatel Telecom International N.V. (hierna: Versatel) in haar jaarverslag bij de jaarrekening over 2004 heeft vermeld dat zij de Nederlandse corporate governance code naleeft, met uitzondering van enkele in dit kader niet van belang zijnde onderdelen. Na gestandhouding van een openbaar bod door Tele2 Finance B.V. (hierna: Tele2) zijn de commissarissen van Versatel vervangen door bestuursleden van groepsmaatschappijen van Tele2. Daarnaast is volgens de Ondernemingskamer aannemelijk dat een bestuurder van een groepsmaatschappij van Tele2 feitelijk (mede)bestuurder is van Versatel. Een aandeelhoudersvergadering van Versatel is bijeengeroepen waarin als agendapunt is opgenomen het voorstel tot goedkeuring van een wijziging van het corporate governance beleid. De wijziging houdt in dat een commissaris ook kan deelnemen aan de discussie en besluitvorming over onderwerpen of transacties waarbij deze een tegenstrijdig belang heeft, voorzover het betreft een voorgestelde transactie met of een onderwerp betreffende een groepsmaatschappij van Tele2. Dit zou een afwijking zijn van best practice bepaling III.6.2 van de code. Tele2 heeft aangekondigd dat Versatel partij zal zijn bij een juridische driehoeksfusie waarbij Versatel zal ophouden te bestaan en de minderheidsaandeelhouders aandelen zullen verkrijgen die vervolgens kunnen worden ingetrokken.

Wanbeleid

De Ondernemingskamer oordeelt dat er een gegronde reden kan zijn te twifelen aan een juist beleid als door vermen-

¹ Hof Amsterdam (OK) 14 december 2005, JOR 2006-7.