

Artikel

'Private enforcement' van nalatigheid bij financieel-economische criminaliteit

F.J. Erkens FFE MEWI LLM*

1. Inleiding

120

Nederland heeft, net als ieder ander land, groot belang bij goed werkende, gereguleerde handelsplatformen, waar partijen op basis van betrouwbare data en op transparante en zorgvuldige wijze met elkaar kunnen handelen in financiële instrumenten van de genoteerde ondernemingen.¹ Uit literatuur blijkt dat de aantrekkelijkheid van handelsplatformen mede afhankelijk is van de kwaliteit van 'public and private enforcement' en de verschillende juridische mogelijkheden om geschillen te beslechten.² Te beperkte 'enforcement' van affaires doet in de eerste plaats afbreuk aan de reputatie van de ondernemingen op het handelsplatform en leidt veelal tot een verminderde verhandelbaarheid van de financiële instrumenten van deze ondernemingen. Op de langere termijn zal te beperkte 'enforcement' ook kunnen leiden tot een verslechterde reputatie van het handelsplatform en van het rechtssysteem van het land waar de

ondernemingen en het platform zijn gevestigd en/of geregistreerd. Het Europees Hof van Justitie heeft in 2014 dit belang onderschreven en bepaald dat het recht van individuen om compensatie te claimen ook de Europese marktwerking bevordert.³

De afgelopen periode hebben grote Nederlandse ondernemingen, zoals ING Bank, Rabobank, SBM Offshore, Heineken, Imtech en Shell, de voorpagina's van de kranten gehaald door hun (mogelijke) betrokkenheid bij financieel-economische criminaliteit, zoals witwassen, omkoping, corruptie, verduistering en/of overtreding van handels- en financiële sancties. De consequenties van deze schandalen bestaan voor aandeelhouders veelal uit dalende beurskoersen en soms uit het faillissement van de onderneming, waardoor de waarde van de belegging vermindert dan wel geheel tenietgaat. De boetes van toezichthouders en het Openbaar Ministerie (OM) en de kosten voor herstelprogramma's komen in de eerste plaats voor rekening van de onderneming, maar hebben daardoor ook hun impact op de beurskoersen van de onderneming en aldus op de waarde van de beleggingen van aandeelhouders. Daarom is bij elk nieuw schandaal de roep van (verenigingen van) aandeelhouders, werknemers, crediteuren en andere belanghebbenden luider hoorbaar om de verantwoordelijke bestuurders van deze ondernemingen straf- en/of civielrechtelijk aan te spreken voor hun nalatigheid om adequate maatregelen te treffen om deze ongewenste problemen te voorkomen. Deze roep is volstrekt begrijpelijk, maar de vraag in het kader van deze bijdrage is of 'private enforcement' in de richting van de betrokken ondernemingen en de bestuurders voor alle benadeelden ook het gewenste effect heeft, namelijk het verhalen van de

* F.J. Erkens FFE MEWI LLM is partner bij het forensische onderzoeks- en adviesbureau Holland Integrity Group. De auteur is A.M. van Amsterdam en J. Edixhoven zeer erkentelijk voor het geven van commentaar op het concept.

1. In deze bijdrage worden de termen 'vennootschap(en)', 'onderneming(en)' en 'instelling(en)' door elkaar gehanteerd, maar met deze termen worden structuurvennootschappen en alle andere rechtsvormen bedoeld die door grote ondernemingen kunnen worden gebruikt.
2. P. Davies, *Davies Review of Issuer Liability. Liability for misstatements to the market: A discussion paper by Professor Paul Davies QC*, March 2007, p. 8-10; R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes & A. Shleifer, 'What Works in Securities Laws?', *The Journal of Finance*, Vol. LXI, No. 1, February 2006; J.C. Coffee, 'Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System', *Virginia Law Review*, Vol. 70:717, 1984.

3. ECJ 5 June 2014, ECLI:EU:C:2014:1317, C-557/12 (*Kone AG v. OBB-Infrastruktur AG*).

schade op de ondernemingen en de bestuurders en het voorkomen van toekomstige problemen. In dit kader kan ‘private enforcement’ omschreven worden als het in een privaatrechtelijke context onderzoeken van en het rapporteren over problemen op het terrein van financieel-economische criminaliteit op basis waarvan de verantwoordelijke veroorzakers van deze problemen privaatrechtelijk aangesproken zouden kunnen worden met het uiteindelijke doel om de geleden schade op deze veroorzakers te kunnen verhalen.

Wil ‘private enforcement’ in de toekomst voor belanghebbenden een geaccepteerde en adequate rol op dit terrein kunnen spelen, dan zal de komende periode meer aandacht moeten worden besteed aan de effectiviteit van ‘private enforcement’. Vanuit het oogpunt van benadeelden zal meer effectiviteit op de korte termijn kunnen leiden tot een verbetering van hun juridische en financiële positie en een meer adequate sanctionering van de veroorzakers van financieel-economische criminaliteit door hen veroordeeld te krijgen tot het betalen van reële (hogere) schadevergoedingen en het op hen kunnen verhalen van de ‘private enforcement’-kosten. Op de langere termijn kan mogelijk een verschuiving gaan optreden van de kosten van financieel-economische criminaliteit van de benadeelden naar de veroorzakers, zodat financieel-economische criminaliteit minder gaat lonen en in aard en omvang gaat afnemen. Dit zou ook de reputatie van de beursgenoteerde vennootschappen, de handelsplatformen en het rechtsstelsel in Nederland ten goede komen.

In deze bijdrage wordt de vraag beantwoord of ‘private enforcement’ van financieel-economische criminaliteit bij ondernemingen wel voldoende resultaat kan opleveren om effectief te zijn en om benadeelde partijen te ondersteunen bij het verhalen van hun schade. Deze bijdrage richt zich specifiek op bestuurders van structuurvennootschappen die mogelijk nalatig zijn geweest in het voorkomen, het signaleren en het aanpakken van financieel-economische criminaliteit binnen de eigen onderneming. Over straf- en civielrechtelijk onderzoek naar de actieve betrokkenheid van bestuurders en medewerkers bij financieel-economische criminaliteit binnen de eigen onderneming en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid is al de nodige jurisprudentie en literatuur beschikbaar.

Aangezien het bij ‘private enforcement’ gaat om het inzichtelijk maken van feiten en omstandigheden en het vergelijken ervan met een geldende civielrechtelijke norm zal ik in deze bijdrage eerst deze twee onderdelen, verschillende casus en de norm, behandelen voordat ik de doorstap maak naar de vraag of ‘private enforcement’ effectief kan plaatsvinden. De casus hebben betrekking op verschillende ondernemingen die de afgelopen periode in Nederland negatief in het nieuws zijn gekomen wegens betrokkenheid bij financieel-economische criminaliteit. De norm heeft betrekking op de vennootschappelijke verantwoordelijkheden van bestuurders om financieel-economische criminaliteit te kunnen voor-

komen, te signaleren en aan te pakken. Tot slot zal ik de vraag beantwoorden of en in welke vorm ‘private enforcement’ in dit soort casus effectief zou kunnen plaatsvinden.

2. Recente casus

2.1 Algemeen

Het begrip ‘financieel-economische criminaliteit’ is een breed begrip, waarvoor vaak ook de term ‘fraude’ wordt gebruikt. De term ‘fraude’ omvat veelal de meer klassieke vormen van financieel-economische criminaliteit, die in het strafrecht worden gebruikt, zoals valsheid in geschrift, oplichting, verduistering, (bedrieglijke) bankbreuk en corruptie. De modernere vormen van financieel-economische criminaliteit, zoals witwassen, overtreding van handels- en financiële sancties, handel met voorkennis, marktmanipulatie en de financiering van terrorisme, worden in de literatuur meestal niet geschaard onder de term ‘fraude’. Het Nederlandse OM hanteert de volgende korte, krachtige definitie: ‘opzettelijke misleiding om onrechtmatig voordeel te verkrijgen’,⁴ terwijl anderen ook het toebrengen van financieel nadeel tot de definitie rekenen: ‘the dishonest non-violent obtaining of some financial advantage or causing of some financial loss’.⁵ Deze definities kunnen zowel in een strafrechtelijke als een civielrechtelijke context worden gebruikt.

Uit de verschillende onderzoeken naar de aard en omvang van financieel-economische criminaliteit en het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen inkomen en vermogen, blijkt dat de problemen omvangrijk en complex zijn en lastig zijn aan te pakken.⁶ De ontuchtende cijfers over de aard en omvang van de verschillende vormen van financieel-economische criminaliteit en de minimale ontneming van het wederrechtelijk verkregen vermogen tonen mijn inziens aan dat sprake is van een groot maatschappelijk probleem. Het Transcrime Institute heeft in 2015 becijferd dat ‘the illicit markets in the European Union’ jaarlijks ongeveer € 110 miljard genereren, hetgeen neerkomt op ongeveer 0,9% van het bruto nationaal product (bnp) van de Europese Unie (EU).⁷ Een goed voorbeeld van de impact van financieel-economische criminaliteit op de maatschappij betreft de manipulatie van de LIBOR- en EURIBOR-

4. Zie website van het Openbaar Ministerie.

5. J. Ulph, *Commercial Fraud*, Oxford University Press 2006.

6. Interpol, *Rapport Uncovering the Risks of Corruption in the Forestry Sector*, 9 December 2016.; E.U. Savona & M. Riccardi, *From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe*, Trento: Transcrime – Università degli Studi di Trento, 2015; S.D. Keene, ‘Organized economic crime’, in: B. Rider (red.), *Research Handbook on International Financial Crime*, Edward Elgar Publishing 2015, p. 65; Center for Strategic and International Studies, *Net Losses: Estimating the Global Cost of Cybercrime. Economic impact of cybercrime II*, June 2014; B. Unger, G. Rawlings, M. Busuici, J. Ferwerda, M. Siegel, W. de Kruijff & K. Wokke, *The amounts and the effects of money laundering*, Ministerie van Financiën 2006.

7. Savona & Riccardi (2015).

processen tussen 2005 en 2010 door medewerkers van banken.⁸ Toezichthouders in de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk en de EU hebben banken boetes opgelegd voor een totaalbedrag van meer dan \$ 9 miljard voor het manipuleren van de genoemde tarieven, die wereldwijd van belang zijn voor leningen met een totaalbedrag van \$ 300.000 miljard.

Uit onderzoeken van diverse autoriteiten in Nederland blijkt dat grote, veelal beursgenoteerde ondernemingen zich schuldig hebben gemaakt aan financieel-economische criminaliteit en beleggers in de periodieke en ad hoc uitingen niet, te laat en/of onvoldoende hebben geïnformeerd over potentiële risico's en relevante gebeurtenissen op het terrein van financieel-economische criminaliteit. In sommige gevallen lijkt sprake van incidenten, maar bij verschillende (bedrijfsonderdelen van) ondernemingen, zoals SBM Offshore, Damen Shipyards, ING Bank en Rabobank, is sprake geweest van structurele schending van 'hard and soft law', zoals vennootschapsrecht, toezichtswetten, gemeen strafrecht, ordeningsrecht en/of corporate governance-bepalingen.

2.2 Economische theorieën

In verschillende economische theorieën, zoals de 'agency theory', het 'principle of least effort' en de 'free rider theory', wordt getracht economische verklaringen te vinden voor het mogelijke falen van de bestuurder in zijn rol als 'agent' voor het adequaat behartigen en beschermen van de belangen van de aandeelhouder in zijn hoedanigheid van 'principal'. In de literatuur wordt onderkend dat grote vennootschappen over de hele wereld fundamenteel een vergelijkbare set van juridische kenmerken en juridische problemen hebben.⁹ De fundamentele juridische kenmerken betreffen rechtspersoonlijkheid, beperkte aansprakelijkheid, overdraagbare aandelen, gedelegeerd management en 'investor ownership'. De juridische problemen betreffen de conflicten tussen drie groepen van participanten, namelijk de managers ('agents'), de (meerderheids- en minderheids-)aandeelhouders en de crediteuren.

In de 'agency theory' wordt de stelling aangehangen dat vennootschappen 'checks and balances' in de vorm van corporate governance en beheersingsmaatregelen ('governance mechanisms') moeten instellen om opportunisme en persoonlijke belangen van bestuurders, aandeelhouders, crediteuren, cliënten en andere betrokkenen te kunnen beheersen en risico's te kunnen spreiden.¹⁰ De hoofdlijnen van de corporate governance zullen door de 'principal' en de 'agent' in onderling overleg worden opgesteld, waarna de invoering en het initiëren van specifieke en concrete beheersingsmaatregelen in

handen van de 'agent' zullen komen te liggen. Dit wekt echter bevreesing, omdat daarmee de aanpak van het 'principal-agent problem' in handen van de 'agent' wordt gelegd.

Bestuurders zijn verantwoordelijk voor het implementeren en laten functioneren van 'governance mechanisms' en het tijdig verstrekken van betrouwbare informatie aan de betrokken 'principals', maar, zoals blijkt uit de hierna behandelde affaires, zijn zij in sommige casus hierin nalatig geweest. De redenen voor dit falen kunnen gelegen zijn in opportunistisch gedrag van de bestuurder op grond van bijvoorbeeld het 'principle of least effort' en de 'free rider theory'.¹¹ Een goed voorbeeld betreft de ING Bank-casus. In deze casus is een bedrag van € 100 miljoen als wederrechtelijk verkregen voordeel aangemerkt, omdat de bank heeft nagelaten adequate maatregelen ter grootte van het ontnomen bedrag te treffen voor het onderkennen van ongebruikelijke transacties van cliënten.

Opportunisme kan voortvloeien uit de primaire (egoïstische) focussen van de 'principal' en de 'agent' op hun eigen belangen, die zij slim en mogelijk zelfs met valsheid, bedrog en diefstal willen bereiken.¹² Het bestaan van informatie-asymmetrie tussen de bestuurder en andere participanten, en de hoge kosten en de onzekere resultaten van 'checks and balances' kunnen de omstandigheden voor opportunistisch gedrag scheppen.¹³ Adequate 'checks and balances' moeten juist zorgen voor het beheersen van potentiële conflicten en het bevorderen van het in lijn met elkaar brengen van de tegengestelde belangen van de verschillende participanten.

Het 'principle of least effort' lijkt een belangrijke rol te spelen bij de afwegingen van de bestuurders ten aanzien van commercie, compliance en risicomanagement. Bestuurders zijn voor een belangrijk deel verantwoordelijk voor de inrichting en werking van 'checks and balances' binnen de organisatie, waardoor zij bewust of onbewust ook invloed kunnen uitoefenen op de betrouwbaarheid van de verzamelde data, de aard en omvang van de informatieverzameling en -verstrekking aan de 'principals' en andere participanten en de daaruit voortvloeiende informatie-asymmetrie. In de huidige tijdsgeschiedenis is een toenemende maatschappelijke aandacht voor financieel-economische criminaliteit, zoals witwassen,

8. Council on Foreign Relations, *Understanding the LIBOR scandal*, 12 October 2016.
9. R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Third Edition, Oxford University Press 2017, p. 1.
10. M. Dion, 'Agency theory and financial crime: the paradox of the opportunistic executive', *Journal of Financial Crime*, Vol. 23 Issue 3, 2016, p. 574-587.

11. N. Mugarura, 'The juxtaposition of success and failure of corporate governance procedures; The interplay between rules and practise', *Journal of Financial Crime*, Vol. 23, Issue 2, 2016; B.M. L'Huillier, 'What does "corporate governance" actually mean?', *Corporate Governance*, Vol. 14, Issue 3, 2014; E.V. Popov and V.L. Simonova, 'Forms of Opportunism between Principals and Agents', *International Advances in Economic Research*, Vol. 12, No. 1, 2006; L. Goldschmidt, 'The role of boards in preventing economic crime', *Journal of Economic Crime*, Vol. 11 Issue 4, 2004.
12. J. Bendickson, J. Muldoon, E.W. Liguori & P.E. Davis, 'Agency theory: background and epistemology', *Journal of Management History*, Vol. 22, No. 4, 2016, p. 439; Popov (2006); Goldschmidt (2004), p. 344.
13. Popov and Simonova (2006); B.M. Oviatt, 'Agency and Transaction Cost Perspectives on the Manager-Shareholder Relationship: Incentives for Congruent Interests', *Academy of Management Review*, Vol. 13 No. 2, ProQuest, April 1988, p. 214.

belastingontduiking en omkoping. De keuze bij bestuurders voor het ondergeschikt maken van de geldende wet- en regelgeving aan het realiseren van omzet kan leiden tot onvoldoende investeringen en inspanningen bij het willen onderkennen en het inzichtelijk maken van potentiële risico's, en het verstrekken van betrouwbare informatie aan de bij de onderneming betrokken (potentiële) 'principals'. Dit komt ook duidelijk naar voren in de SBM Offshore-casus, waar een bestuurder tijdens een getuigenverhoor verklaarde dat de afdelingen control en internal audit van SBM Offshore in 2012 ten tijde van onregelmatigheden 'heel klein' waren.

2.3 SBM Offshore N.V.

SBM Offshore N.V. (SBM Offshore) is een internationale producent van installaties voor de productie en opslag van olie- en gasproducten, waaronder drijvende opslag- en productieplatforms. SBM Offshore is genoteerd aan Euronext in Amsterdam. In 2018 heeft SBM Offshore een omzet van \$ 2,2 miljard gerealiseerd. Eind 2018 had SBM Offshore ruim 4.100 medewerkers in dienst.

SBM Offshore heeft in 2012 bekendgemaakt dat een onderzoek wordt uitgevoerd naar aanleiding van beschuldigingen dat het bedrijf in de periode 2007 tot en met 2011 in strijd met corruptiewetgeving door tussenkomst van intermediairs betalingen heeft verricht in bepaalde Afrikaanse landen.¹⁴ In de persberichten wordt tevens opgemerkt dat het Nederlandse OM en het Amerikaanse Department of Justice (DoJ) strafrechtelijke onderzoeken hebben geïnitieerd naar aanleiding van de vrijwillige meldingen van SBM Offshore in 2012. Uit perspublicaties blijkt dat SBM Offshore in 2014 een schikking voor een bedrag van \$ 240 miljoen heeft getroffen met het Nederlandse OM voor het omkopen van overheidsfunctionarissen in Angola, Equatoriaal-Guinea en Brazilië.

Op 30 november 2017 brengt SBM Offshore een nieuw persbericht uit, waarin het aangeeft dat het op 29 november 2017 een zogeheten 'Deferred Prosecution Agreement' (DPA) met het DoJ heeft gesloten.¹⁵ Uit het persbericht blijkt verder dat SBM Offshore USA Inc, de Amerikaanse dochtervennootschap van SBM Offshore, schuld heeft bekend aan het overtreden van de Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act door het betalen van \$ 180 miljoen aan overheidsfunctionarissen in Brazilië, Equatoriaal Guinea, Angola, Irak en Kazachstan in de jaren 1996 tot en met 2012. SBM Offshore USA Inc zal een boete van \$ 238 miljoen aan de Amerikaanse autoriteiten betalen. Uit perspublicaties blijkt dat uiteindelijk ook in 2018 in Brazilië met de ver-

schillende nationale autoriteiten is geschikt voor een totaalbedrag van \$ 347 miljoen.¹⁶

In dit kader is het tevens relevant dat SBM Offshore op 29 maart 2019 een persbericht heeft uitgevaardigd, waarin het aankondigt dat het in beroep zal gaan tegen de boete van € 2 miljoen die de Autoriteit Financiële Markten (AFM) het bedrijf zal gaan opleggen. Op 5 april 2019 kondigt de AFM een boete van € 2 miljoen aan die zij SBM Offshore oplegt voor het vier keer niet melden van voorwetenschap.¹⁷ De eerste niet-melding is in 2012 als het bestuur van SBM Offshore geïnformeerd wordt over de mogelijke omkoping van Braziliaanse overheidsfunctionarissen. De AFM vindt deze melding belangrijk, omdat SBM Offshore de helft van zijn omzet in Brazilië realiseert. SBM Offshore heeft ook op drie latere momenten geen voorwetenschap gemeld, hetgeen de AFM ook kwalijk vindt. De AFM heeft vastgesteld dat het persbericht van SBM Offshore van 10 april 2012 dat het 'bepaalde verkooppraktijken' had ontdekt 'met derde partijen', die 'mogelijke ongepast' zijn geweest, onvolledig was, omdat essentiële informatie over de omvang van de corruptie ontbrak. Naar aanleiding van het persbericht van SBM Offshore op 29 maart 2019 heeft de VEB op 5 april 2019 een brief naar de raad van bestuur en de raad van commissarissen van SBM Offshore gestuurd.¹⁸ In de brief vraagt de VEB onder meer naar de overwegingen van SBM Offshore om in de afgelopen periode bepaalde informatie wel of niet te publiceren.

2.4 Damen Shipyard Group N.V.

Damen Shipyard Group N.V. (Damen Shipyard) is een niet-beursgenoteerd familiebedrijf met zijn hoofdkantoor in Gorinchem. Het is actief in de bouw van civiele en militaire schepen en motoren. Het bedrijf is in 120 landen actief, heeft in 2015 een omzet van € 2,1 miljard gerealiseerd en heeft 9.000 medewerkers in dienst.

Uit perspublicaties blijkt dat Damen Shipyard in de periode tussen 2010 en 2016 voor 66 deals met een totale waarde van € 1,76 miljard exportkredietverzekeringen bij Atradius DSB heeft aangevraagd.¹⁹ Atradius DSB verzekert namens de Nederlandse overheid de financiële risico's van Nederlandse bedrijven die samenhangen met de export naar risicovollere landen. De Wereldbank en nationale overheden hebben voorwaarden vastgesteld en wet- en regelgeving geïmplementeerd om corruptie tegen te gaan, waaronder het bij het aanvragen van kredietverzekeringen en exportvergunningen publiceren van de namen van eventuele lokale vertegenwoordigers die behulpzaam zijn geweest bij het winnen van aanbestedingsprojecten van buitenlandse overheden. De

14. SBM Offshore, Press Releases 'SBM Offshore internal investigation' and 'SBM Offshore update on internal investigation', 12 and 28 March 2013.

15. Op 29 november 2017 is de Deferred Prosecution Agreement in de zaak 17-686 door de betrokken partijen getekend.

16. *Het Financieele Dagblad*, 'Hoe SBM een lange adem had en de "zaak Brazilië" voor \$ 347 mln schikte', 2 september 2018.

17. Autoriteit Financiële Markten, 'AFM fines SBM Offshore for non-timely disclosure of inside information', 5 april 2019.

18. Vereniging van Effectenbezitters, 'VEB/SBM – vragen naar aanleiding van SBM-persbericht d.d. 29 maart 2019 naar aanleiding van de voorgenomen AFM-boete', 5 april 2019.

19. *NRC Handelsblad*, 'Overheid liet fouten van Damen toe', 17 mei 2019; *NRC Handelsblad*, 'Voorbeeldige scheepsbouwer Damen maakt ongestraft fouten', 17 mei 2019.

Wereldbank heeft in 2013 een onderzoek ingesteld naar aanleiding van het niet invullen van de naam van een lokale vertegenwoordiger op bepaalde documenten door Damen Shipyard. Ook het Nederlandse OM heeft in 2017 een strafrechtelijk onderzoek geïnitieerd naar de verdenking dat Damen Shipyard vermoedelijk via tussenpersonen steekpenningen heeft betaald aan buitenlandse overheidsambtenaren ter verkrijging van buitenlandse overheidsopdrachten.

Het NRC heeft met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) de beschikking gekregen over een zestal memo's van het ministerie van Buitenlandse Zaken, waaruit mogelijk blijkt dat Damen Shipyard een aantal aanvragen voor staatsgaranties niet juist heeft ingevuld. Damen Shipyard heeft de namen van lokale vertegenwoordigers niet op de formulieren ingevuld, waardoor corruptie bij de aanbesteding van projecten door buitenlandse overheden niet zichtbaar zou zijn geworden.

Uit het jaarverslag 2015 van Damen Shipyard blijkt dat het bedrijf in 2015 afscheid heeft genomen van twee vertegenwoordigers. Uit perspublicaties blijkt dat een van deze twee vertegenwoordigers werkzaam is in Indonesië en betrokken is geweest bij de verkoop door Damen Shipyard van fregatten aan Indonesië. Deze vertegenwoordiger zou een bedrag van € 32 miljoen krijgen voor zijn bemiddeling bij deze deal, maar hij heeft geweigerd om antwoord te geven op de vraag of hij een deel van dat geld zou gebruiken om Indonesische overheidsambtenaren om te kopen.

2.5 Royal Dutch Shell Plc

Royal Dutch Shell Plc (Shell) is een van de grootste oliemaatschappijen ter wereld. Shell heeft vestigingen in meer dan 140 landen en beursnoteringen aan Euronext in Amsterdam en de London Stock Exchange (LSE). Shell heeft in 2017 een omzet van \$ 305 miljard gerealiseerd en het had eind 2017 86.000 medewerkers in dienst.

In december 2017 is bekend geworden dat vier ngo's in Nederland bij het OM aangifte hebben gedaan tegen Shell, de huidige en voormalige CEO's van Shell en twee voormalige directeuren voor betrokkenheid bij de omkoping in Nigeria.²⁰ In Italië hebben zij ook aangifte gedaan tegen de Italiaanse oliemaatschappij ENI en sommige bestuurders. Uit publicaties op de website van Shell en in de pers blijkt dat Shell en sommige medewerkers door de Italiaanse en Nederlandse OM's vervolgd worden voor het in samenwerking met ENI omkopen van Nigeriaanse overheidsfunctionarissen in 2011 bij de overname van olieconcessie OPL245 in Nigeria voor een bedrag van \$ 1,3 miljard.

Uit verschillende publicaties blijkt dat Shell, ENI en (voormalige) medewerkers in Italië en Nederland ver-

volgd worden voor het mogelijk betalen van een bedrag van \$ 1 miljard aan de voormalige president van Nigeria, twee (voormalige) Nigeriaanse ministers en andere Nigeriaanse overheidsfunctionarissen.²¹ Shell wordt verweten dat het wist dat het geld gebruikt zou worden voor omkoping. Uit perspublicaties blijkt dat een betrokken Nigeriaanse minister in 2007 in Frankrijk al bij verstek was veroordeeld voor het witwassen van geld.²² Uit de beschikbare documenten blijkt verder dat Shell op basis van zijn interne richtlijnen nader onderzoek zou moeten doen naar de achtergronden van de betrokken individuen, maar het onderzoek heeft beperkt tot de vraag wie formeel eigenaar was van het bedrijf dat eigenaar was van olieconcessie OPL245.²³

In maart 2018 heeft Shell aangifte gedaan tegen een voormalig bestuurder op basis van het vermoeden dat hij betrokken is geweest bij de omkoping in Nigeria.²⁴ Op 13 december 2018 is tevens bekend geworden dat Nigeria Shell en ENI in Engeland heeft aangeklaagd voor corruptie.²⁵ Nigeria heeft zich in de Italiaanse rechtszaak ook als civiele partij gesteld. In december 2018 heeft een Italiaanse rechter al geconstateerd: '*Shell en het Italiaanse oliebedrijf Eni waren zich volledig bewust dat de aankoop in 2011 van een olielicentie in Nigeria zou leiden tot corrupte betalingen aan Nigeriaanse politici en ambtenaren*'.²⁶ In deze eerste Italiaanse rechtszaak zijn een Nigeriaan en Italiaan, die optraden als tussenpersonen in deze casus, veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf.

2.6 ING Bank N.V.

ING Bank N.V. (ING Bank) is een internationale bank met haar hoofdvestiging in Amsterdam. Door haar grootte en positie kwalificeert ING Bank als een zogeheten systeembank. De bank heeft 37,4 miljoen cliënten in meer dan veertig landen en is genoteerd aan de handelsplatformen in Amsterdam en in New York. In 2017 heeft ING Group, de moedermaatschappij van ING Bank, een omzet gerealiseerd van € 17,8 miljard. ING Group heeft in 2017 54.300 medewerkers. Op haar website heeft ING Bank haar interne beleid en procedures ten aanzien van corporate governance en compliance gepubliceerd.

In september 2018 is bekend geworden dat ING Bank een bedrag van € 775 miljoen aan het Nederlandse OM moet betalen. Dit bedrag bestaat uit een boete van € 675 miljoen en een bedrag van € 100 miljoen als wederrechtelijk verkregen voordeel. In het feitenrelaas genaamd '*Onderzoek Houston*', dat het OM op 3 september 2018

20. *Vrij Nederland*, 'Aangifte tegen Shell-top wegens corruptie en omkoping in Nigeria', 5 december 2017; *Het Financieele Dagblad*, 'NGO's doen aangifte tegen Shell-top vanwege Nigeria', 5 december 2017.

21. *Het Financieele Dagblad*, 'OM gaat Shell vervolgen voor omkoping Nigeria', 1 maart 2019; *Vrij Nederland*, 'Shell in het nauw: corrupte constructies', 2018.

22. *Vrij Nederland*, 'Shell in het nauw: corrupte constructies', 2018.

23. *Vrij Nederland*, 'Shell in het nauw: corrupte constructies', 2018.

24. *Het Financieele Dagblad*, 'Shell doet aangifte tegen ex-bestuurder en verdachte in Nigeriaanse corruptiezaak', 28 maart 2018.

25. *Het Financieele Dagblad*, 'Nigeria klaagt Shell en Eni aan voor corruptie', 13 december 2018.

26. *Het Financieele Dagblad*, 'Rechter: Shell wist van corrupte betaling in Nigeria', 17 december 2018.

heeft gepubliceerd, is aangegeven: ‘*Het strafrechtelijk onderzoek heeft meerdere onderliggende organisatorische oorzaken blootgelegd die hebben geleid tot het ernstig en herhaaldelijk tekortschieten in de naleving van de Wwft*’. Deze oorzaken betreffen onvoldoende aandacht en prioriteit voor de geconstateerde problemen, ‘*business boven compliance*’, geen duurzame oplossingen, disfunctioneren van interne controles en verzuiling, en het ontbreken van een escalatiecultuur. Het OM constateert: ‘*Uit het onderzoek is gebleken dat ING NL over een lange periode structureel te weinig heeft geïnvesteerd in het voldoen aan haar wettelijke verplichtingen*’.²⁷ In paragraaf 5.5 van zijn rapport beschrijft het OM in een reeks van situaties in de periode 2005 tot en met 2016 dat ING Bank door De Nederlandsche Bank (DNB) en de Europese Centrale Bank (ECB) is gewezen op de tekortkomingen, maar dat de afgegeven signalen en formele aanwijzingen niet hebben geleid tot structurele verbeteringen.²⁸ Een week na het bekend worden van de boete van € 775 miljoen heeft een bestuurder van ING in overleg met de raad van commissarissen besloten om terug te treden, aldus een perspublicatie.²⁹

2.7 Strategische ontwijking en pragmatische mentaliteit

De affaires bij SBM Offshore, Damen Shipyard, Shell, ING Bank en andere ondernemingen laten zien dat de noodzakelijke ‘*checks and balances*’ om onder meer risico’s op het terrein van financieel-economische criminaliteit te onderkennen bij de betrokken ondernemingen niet of onvoldoende hebben gewerkt. Uit de verschillende publicaties die over deze affaire zijn verschenen, blijkt dat de publiekelijk bekend geworden bevindingen met name door inspanningen van ‘*public enforcement*’ zijn verkregen.

Hoogenboom stelt vast dat uiteindelijk 60% tot 90% van de interne en externe criminaliteit via zogeheten ‘*private justice*’ mechanismen wordt afgehandeld.³⁰ Hij constateert dat sprake is van strategische ontwijking en een pragmatische mentaliteit in het bedrijfsleven, omdat interne politieke, beleidsmatige, economische en commerciële belangen bepalen of iets ‘*fout*’ is.³¹ Verschillende belangenbehartigers, zoals de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en het pensioenfonds PGGM, hebben al aangegeven dat zij niet langer accepteren dat schandalen niet grondig worden onderzocht.³² Zij hebben tevens opgemerkt dat zij het onwenselijk vinden als (voormalige) bestuurders niet aansprakelijk gesteld worden voor eventuele onregelmatigheden.

27. Openbaar Ministerie, *Onderzoek Houston, het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V. Feitenrelaas en beoordeling openbaar ministerie*, 3 september 2018, p. 17.

28. Openbaar Ministerie (2018), p. 18.

29. *Het Financieele Dagblad*, ‘Financieel directeur ING stapt op vanwege witwaszaken’, 11 september 2018.

30. B. Hoogenboom, ‘Geldzucht in de strafrechtpleging en de aantasting van strafrechtelijke waarden’, *Strafblad* 2014,

31. Hoogenboom (2014), p. 126.

32. *Het Financieele Dagblad*, ‘VEB overweegt schade SBM te verhalen op bestuur’, 15 april 2015; *Het Financieele Dagblad*, ‘PGGM: meer claims tegen beursfondsen door nieuwe wetgeving’, 4 februari 2015.

Uit perspublicaties en uit mijn eigen ervaring met forensische onderzoeken blijkt dat de vrees bij ondernemingen voor negatieve publiciteit vaak ten grondslag ligt aan de keuze om zaken beperkt en in alle stilte af te handelen. Bij een beperkte afhandeling van financieel-economische criminaliteit zou dit niet alleen kunnen leiden tot een grote teleurstelling bij de benadeelden, maar het zou ook het maatschappelijk vertrouwen in de betrokken ondernemingen, het financiële stelsel én het rechtssysteem kunnen ondergraven op het moment dat deze beperkte afhandeling toch publiekelijk bekend wordt. Mede daarom rijst de vraag of deze strategische ontwijking en dit beperkt afhandelen wel wenselijk is en in het belang van de onderneming en de bestuurders is.

3. De vennootschapsrechtelijke verantwoordelijkheden van bestuurders voor financieel-economische criminaliteit

3.1 Algemeen

Deakin et al. constateren bij de vergelijking van oude met nieuwe rechtsstelsels dat in een primitief juridisch systeem de aandacht alleen uitgaat naar moordzaken en degenen die de koning uit zijn slaap houden, terwijl in een moderne samenleving het juridisch systeem belast wordt met de aansprakelijkheid voor complexere zaken, zoals opzettelijk valse jaarrekeningen.³³ Zij constateren verder dat, ten gevolge van de uitbreiding van verzekeringen en de verplaatsing van de aansprakelijkheid naar vennootschappen, een groot aantal feitelijke schuldigen zelden aangesproken wordt op hun gedrag, aangezien zij gesteund c.q. afgeschermd worden door verzekeringsmaatschappijen en de vennootschappen waar zij werkzaam zijn.³⁴ Dit betekent een verschuiving van de aansprakelijkheid van natuurlijke personen naar rechtspersonen, waardoor het aansprakelijkheidsrecht zich volgens Deakin et al. op een ‘*crossroads*’ bevindt.

Met de implementatie van een verscheidenheid aan Europese richtlijnen, zoals de Prospectusrichtlijn (PR), Transparantie Richtlijn (TR) en Verordening Markt-misbruik (VM), heeft de EU in de afgelopen decennia een sterke stempel gedrukt op de vennootschapswetgeving in Nederland en de andere lidstaten.³⁵ De publicatie van het Financial Services Action Plan (FSAP) door de Europese Commissie heeft een belangrijke aanzet gegeven voor nieuwe wetgeving ten aanzien van de openbaarmaking van gegevens door vennootschappen. De FSAP heeft de publicatie van bedrijfsgegevens door vennootschappen in een geheel nieuwe context

33. S. Deakin, A. Johnston & B. Makasini, *Makasini and Deakin's Tort Law*, Fifth Edition, Clarendon Press 2003, p. 2.

34. Deakin et al. (2003), p. 6.

35. Vanaf 2009 zijn 12 Europese Richtlijnen op het terrein van ondernemingsrecht uitgevaardigd.

geplaatst, namelijk in de context van aandelenmarkten als aanvulling op de corporate governance context.

De Europese richtlijnen creëren publiekrechtelijke informatieverplichtingen die beogen de markttransparantie en -efficiëntie te bevorderen, en beleggers te beschermen. Beursgenoteerde vennootschappen moeten ervoor zorgen dat hun informatieverplichtingen, in de vorm van jaarrekeningen, halfjaarverslagen en tussentijdse berichten, niet misleidend, maar juist, volledig en tijdig zijn. De boekhoudschandalen bij onder meer Enron, Worldcom en Parmalat, die aan het einde van de vorige eeuw hebben plaatsgevonden, hebben internationaal het besef opgeleverd dat nadere eisen aan beursgenoteerde ondernemingen gesteld moeten worden om herhaling te voorkomen en het geschonden vertrouwen in bestuurders en commissarissen te herstellen.

Sinds 2002 is in het kader van de verdere modernisering van het Europese vennootschapsrecht meer aandacht gekomen voor de corporate governance van rechtspersonen. De financiële crisis, die in 2008 ook Europa raakt, heeft onder meer laten zien dat de corporate governance bij banken en andere financiële instellingen versterkt moet worden. Daarnaast heeft de EU ook richtlijnen op het terrein van veiligheid en gezondheid uitgevaardigd. Zowel bij financieel-economische criminaliteit als bij veiligheid en gezondheid gaat het om het beschermen van de belangen (de fysieke en financiële gezondheid) van belanghebbenden. De zorgplichten van ondernemingen en hun bestuurders in de richting van de belanghebbenden spelen hierbij een belangrijke rol. De gezichtspunten die uit de jurisprudentie en de literatuur blijken op het terrein van veiligheid en gezondheid kunnen ook richting geven aan de mogelijke gezichtspunten op het terrein van financieel-economische criminaliteit. Zo blijkt uit de Europese wetgeving en de jurisprudentie op het terrein van veiligheid en gezondheid dat veel waarde wordt gehecht aan de verstreking van betrouwbare informatie door ondernemingen aan alle belanghebbenden. De informatie-asymmetrie is ook een belangrijk aandachtspunt op het terrein van financieel-economische criminaliteit. Het tijdig verstrekken van betrouwbare informatie is een cruciale voorwaarde voor het kunnen signaleren en het tegengaan van financieel-economische criminaliteit én het beperken van schade.

3.2 Takenpakket, open normen en zorgplicht

De aard en omvang van de onderneming bepaalt in belangrijke mate de inhoud en diepgang van het takenpakket en de verantwoordelijkheden van de bestuurders. Ondernemingen en de daaraan verbonden bestuurders zijn, afhankelijk van de aard van de bedrijfsactiviteiten, gebonden aan een breed scala van privaat-, vennootschaps-, publiek- en strafrechtelijke bepalingen. De publiekrechtelijke bepalingen uit de Europese richtlijnen PR, TR en VM en nationale toezichtswetten, zoals de Wet op het financieel toezicht (Wft), zijn onder meer van toepassing op financiële instellingen en vennootschappen van wie financiële instrumenten aan een Nederlands handelsplatform worden verhandeld. Som-

mige ondernemingen, waaronder financiële instellingen, zijn op grond van specifieke regelgeving gehouden een adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van hun bedrijf waarborgt. De strafrechtelijke bepalingen zijn opgenomen in het commune strafrecht en in het ordeningsrecht, zoals het Wetboek van Strafrecht, de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme (Wwft) en de Sanctiewet. In de bovengenoemde wetten worden veelal algemene verplichtingen in de vorm van open normen aan de ondernemingen opgelegd voor de inrichting van de eigen organisatie en de uitvoering van diensten.

De Nederlandse *'hard and soft rules'* bevatten uiteenlopende zorgplichtbepalingen en open normen, zoals de behoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 BW. Deze open normen maken het mogelijk dynamisch in te spelen op maatschappelijke ontwikkelingen, maar kunnen ook een zekere mate van rechtsonzekerheid scheppen over eventuele consequenties van dergelijke nieuwe ontwikkelingen. De zorgplicht vormt een belangrijk onderdeel van de privaat-, straf- en publiekrechtelijke verplichtingen die op ondernemingen en bestuurders rusten.

De bestuurder en aandeelhouder zullen als *'agent'* en *'principal'* in het kader van de *'agency theory'* de corporate governance in onderling overleg invullen, waarbij geldende *'hard and soft law'* richting geeft aan vorm en inhoud. De taken en verantwoordelijkheden die de bestuurder krijgt, zijn gebonden aan zogeheten *'fiduciary duties'* en algemene principes die veelal afgeleid zijn uit het contracten- en aansprakelijkheidsrecht.³⁶ Belangrijke principes hierbij zijn de zorgplicht en de loyaliteit.³⁷ In de ondernemings sfeer wordt het zorgvuldigheidsbeginsel gezien als het grondig voorbereiden en het goed motiveren van besluiten en het op verdedigbare wijze tegen elkaar af kunnen wegen van belangen.³⁸ Het loyaliteitsbeginsel betreft het voorrang geven aan het vennootschappelijk belang als conflicten tussen zakelijke en privé belangen bij bestuurders optreden. Sterk concludeert dat *'van bestuurders vanwege hun fiduciële positie een hoge mate van loyaliteit en onbaatzuchtigheid wordt verlangd'*.³⁹ In het Nederlandse vennootschapsrecht zijn deze twee beginselen terug te vinden in de woorden *'behoorlijke vervulling van zijn taak'* van artikel 2:9 BW. Belanghebbenden mogen erop vertrouwen dat de bestuurder vanuit zijn sterke positie, loyaliteit en met zijn kennis, vaardigheden, inzichten en beschikbare informatie zorgvuldig met hun belangen omgaat, en zijn persoonlijke belangen niet boven hun belangen plaatst.

36. C. Gerner-Beuerle & E.-P. Schuster, 'The evolving structure of director's duties in Europe', *European Business Organization Law Review* 2014.

37. L. Timmerman, 'Enkele opmerkingen over normering van het handelen van bestuurders van n.v.'s en b.v.'s', *TVVS* 1992, p. 31-35.

38. S.J. Sterk, 'Belangenverstrengeling bij bestuurders: Balanceren bij de uitoefening van de fiduciële bestuurstaak', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming*, nr. 2, juni 2015, p. 62.

39. Sterk (2015), p. 62.

Op grond van de ‘agency theory’ kan opgemaakt worden dat het (on)bewust te laat, onvolledig, onjuist of niet verstrekken van betrouwbare informatie over relevante gebeurtenissen of ontwikkelingen niet alleen een belangrijke indicatie is dat de aandeelhouders in hun hoedanigheid van ‘principals’ belangrijke informatie wordt onthouden, maar tevens dat de bestuurders in hun rol als ‘agents’ de belangen en de risico’s van ‘principals’ en andere belanghebbenden (mogelijk) onvoldoende onderkennen en respecteren, en zich (mogelijk) onvoldoende inspannen om de hieraan ten grondslag liggende vennootschapsrechtelijke verplichtingen na te komen.

3.3 Risico- en informatiemanagement

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de bestuurder in moet staan voor zijn kwaliteiten als bestuurder en zich bij een verwijt van onbehoorlijk bestuur niet kan beroepen op het gebrek aan kennis, kunde en expertise.⁴⁰ Uit de jurisprudentie en de literatuur blijkt dat van ondernemingen adequaat risico- en informatiemanagement mag worden verwacht.⁴¹ A-G Wissink merkt in zijn advies voor het Ponzi scheme-arrest op: ‘Ook met het oog op door de rechtspersoon in acht te nemen belangen van derden, kan het nodig zijn dat de rechtspersoon haar organisatie zo inricht dat kennis op de juiste plaats en tijd aanwezig is en wordt gebruikt om te voorkomen dat de rechtspersoon onrechtmatig handelt jegens deze derden’.⁴² Uit de literatuur kan verder worden afgeleid dat de bestuurder door zijn deskundigheid en de bij hem beschikbare informatie een sterkere positie heeft ten opzichte van de vennootschap en andere (interne en externe) betrokkenen, hetgeen een bijzondere zorgplicht voor de bestuurder op dit terrein met zich meebrengt.⁴³

Voor financieel-economische criminaliteit kan in vergelijking met veiligheid en gezondheid een vergelijkbare maatschappelijke context worden vastgesteld en geconcludeerd worden dat kennis en inzichten in de aard, de omvang en de risico’s van financieel-economische criminaliteit tegenwoordig redelijk bekend (verondersteld mogen) zijn, kennis bij professionele dienstverleners en in de literatuur beschikbaar is en de consequenties ervan

verstrekking kunnen zijn. In dit kader is het belangrijk om te wijzen naar de discussie omtrent het verzorgingsbeginsel dat de WRR in 2008 heeft aangezwengeld met het oog op de verantwoordelijkheid van rechtspersonen die een maatschappelijke positie bekleden: ‘Acceptatie van het verzorgingsbeginsel impliceert dat beoogd wordt te bevorderen dat ook private partijen proactief op zoek gaan naar onzekerheden’.⁴⁴ In het rapport wordt treffend opgemerkt dat van ondernemingen ‘een adequate organisatie en informatiehuishouding’ mag worden gevraagd, ‘waarin actief gezocht wordt naar potentiële risico’s en waarin informatie daarover op tijd degenen bereikt die afwegingen kunnen maken en zo nodig – proactief – maatregelen kunnen nemen’.⁴⁵ Deze vaststelling ligt in lijn met het arrest Eternit/Horsting uit 2005.⁴⁶ De Hoge Raad stelt in dit arrest de maatschappelijk relevante context met betrekking tot het geschil vast.⁴⁷ Van Dam verwijst ook naar het Haagse gasfabriek-arrest⁴⁸ uit 1987 en geeft aan dat ‘ook bedrijven, overheidslichamen en andere professionele organisaties dienen te beschikken over de kennis en kunde die behoren bij hun rol in het maatschappelijk verkeer. Zij moeten hun organisatie ter bescherming van derden zo inrichten dat de kennis die nodig is voor het op veilige wijze uitoefenen van hun activiteit niet alleen daadwerkelijk wordt verkregen maar ook op de juiste tijd en plaats beschikbaar is en gebruikt wordt’.⁴⁹

Het niet kunnen of niet willen verzamelen én verstrekken van relevante gegevens over de aard en de omvang van de mogelijke betrokkenheid bij financieel-economische criminaliteit van ondernemingen en bestuurders zal veelal leiden tot een ongewenste informatie-asymmetrie en het verwijt aan de bestuurders dat zij zich, zoals in de ING Bank en de SBM Offshore-casus, hebben laten leiden door het economische ‘principle of least effort’.

40. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (Memorie van Antwoord), p. 19; Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van verslag), p. 2; Kamerstukken II 1983/84, 16 631, Nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 9.

41. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (Ponzi scheme); Conclusie van de P-G bij de HR 18 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1975 (Advies A-G in Ponzi scheme); HR 6 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1837 (Baas/Hanford Feeds); HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537 (Erven Van Dam/Rabobank Gorredijk); Gerechtshof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1541; Gerechtshof Arnhem 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG2098; Rechtbank Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709; HR 3 november 1995, NJ 1996, 123 (Apollo Hotel/Kilawy); B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen (diss.), Wolters Kluwer 2017; C.C. van Dam, ‘Taxis revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste’, *Maandblad voor Vermogensrecht*, nummer 07/08, 2015; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom Juridische uitgeverij 2000, p. 271-275.

42. ECLI:NL:PHR:2015:1975 (Advies A-G in Ponzi scheme), r.o. 6.99.

43. A.F. Verdam, ‘De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon’, *Onderneming en Financiering*, 18.2, 2010, p. 94 ev; Van Dam (2000), hoofdstuk 15.

44. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid*, Amsterdam University Press 2008, p. 170-171.

45. WRR (2008), p. 125.

46. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782 (Eternit/Horsting).

47. R.o. 3.3: ‘De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico’s meebracht en de aard en ernst van die risico’s (vgl. HR 17 december 2004, nr. C03/211, RvdW 2005, 4).’

48. HR 13 november 1987, NJ 1988, 139 (gemeente ‘s-Gravenhage/Bensal en Bohemen).

49. Van Dam (2000), p. 272.

4. Het civielrechtelijk aanspreken van bestuurders voor nalatigheid

4.1 Algemeen

In het straf- en privaatrecht en de jurisprudentie worden verschillende vormen van ‘*daderschap*’ onderkend die nauw met elkaar samenhangen.⁵⁰ Wladimiroff legt voor de persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder de relatie met de verplichtingen die de bestuurder heeft in het privaatrecht. Wladimiroff is van mening dat: ‘*deze aansprakelijkheid berust op een impliciete Garantenstellung, dat wil zeggen van functionarissen en organisaties mag verwacht worden dat zij aan zekere maatstaven van zorgvuldigheid voldoen. Men is als het ware gehouden er voor in te staan dat in de organisatie geen strafbare feiten plaatsvinden – de Garantenstellung dus.*’⁵¹ De opkomst van de rechtspersoon heeft grote invloed gehad op het aansprakelijkheidsrecht in de verschillende rechtsgebieden, waardoor in het straf- en privaatrecht vergelijkbare vragen over de voorwaarden voor *daderschap* en aansprakelijkheid van rechtspersonen opkomen.⁵² De toenemende betrokkenheid van ondernemingen bij financieel-economische criminaliteit in de afgelopen decennia laat zien dat het belang van verdere ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht op dit terrein belangrijk is.

De aansprakelijkheid van de bestuurder voor een onzorgvuldige uitoefening van zijn bestuurstaak valt uiteen in een interne verantwoordelijkheid ten opzichte van de vennootschap op grond van een onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) en een externe verantwoordelijkheid ten opzichte van derden op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). In beide gevallen is de maatstaf van het ernstig verwijt bepalend of de bestuurder als een redelijk denkende en bekwame maatman-bestuurder op objectieve gronden een persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.

In Nederland bestaan sinds het Lindenbaum/Cohen-arrest⁵³ uit 1919 in het privaatrecht drie onrechtmatigheidscriteria, namelijk inbreuk op een recht en strijd met geschreven en ongeschreven rechten en plichten. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW worden drie voorwaarden onderkend, namelijk toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit. In de literatuur

50. F.J. Erkens, ‘Nalatigheid kan strafrechtelijke consequenties hebben voor bestuurders’, *Tijdschrift voor Compliance*, augustus 2017; J.P. Franx, ‘(Prospectus)aansprakelijkheid van bestuurders bij beursgang en emissie, in het bijzonder onder de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *Ondernemingsrecht* 2014, 112, 2014; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden*, Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 63, Kluwer 2009.

51. M. Wladimiroff, ‘Strafrechtelijke zorgvuldigheidsnormen voor het bedrijfsleven’, *Integris lezing* 2010, p. 4.

52. De Valk (2009), p. 557.

53. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

wordt onder verwijzing naar het Kelderluik-arrest⁵⁴ aangenomen dat voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van de gedraging de aard, de omvang en de bezwaarlijkheid van de zorg moet worden afgezet tegen de ernst en de waarschijnlijkheid van het risico.⁵⁵ De zorg kan als een mitigerende maatregel worden gezien voor het risico. ‘*As the danger increases, so must the precautions increase*’.⁵⁶

De Hoge Raad heeft in het NOM/Willemsen-arrest een hoge drempel opgeworpen voor de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW. In de arresten Staleman/Van de Ven en Ontvanger/Roelofsen is bepaald dat een bestuurder ‘*een ernstig verwijt*’ moet worden gemaakt wil sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid.⁵⁷ In het Cancun-arrest is de taakvervulling en de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders verder verduidelijkt.⁵⁸ Uit de jurisprudentie en de literatuur volgt dat bij de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid de wetenschap van de bestuurder geobjectiveerd is, zodat uitgegaan moet worden van wat de bestuurder ‘*redelijkerwijs behoorde te weten*’.⁵⁹

4.2 Falend risicomanagement

Vennootschappen die betrokken zijn bij financieel-economische criminaliteit kunnen door dit gedrag op basis van onrechtmatige daad onzorgvuldig en verwijtbaar handelen in de richting van aandeelhouders en andere belanghebbenden, hun belangen schaden en daardoor mogelijk schadelijkt zijn in de richting van deze belanghebbenden. Zoals hiervoor aangegeven kan de onrechtmatigheid van de gedraging van de vennootschap aan de hand van de gezichtspunten uit het Kelderluik-arrest vastgesteld worden door de omvang van het risico af te zetten tegen de omvang van de zorg. Een te grote en onwenselijke discrepantie tussen risico en zorg kan duiden op strijd met het getrouw beeld van de jaarrekening (artikel 2:391 lid 1 BW) en met Principe 1.2 van de Corporate Governance Code 2016, en op falend risicomanagement, aangezien de geformuleerde doelstellingen, het opgestelde (langetermijn)beleid, de ‘*compliance statements*’, de vastgestelde en geïmplementeerde (beheers)maatregelen en de bijbehorende zogeheten ‘*risk appetite*’ niet in lijn blijken te liggen met de uit-

54. HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*).

55. T. Hartlief et al., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Achtste druk, Studiereeks Burgerlijk Recht No. 5, Wolters Kluwer 2018, p. 46; Van Dam (2000), p. 173.

56. *Lloyds Bank Ltd v Railway Executive* [1952] 1 All ER 1248, 1253.

57. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Majjer (*Staleman/Van de Ven*); HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

58. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014, 286 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*).

59. HR 21 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, JOR 2002, 38 (*Sobi Hurks*); HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1998:ZC2494, NJ 1998, 270 m.nt. J.M.M. Majjer (*Henkel*); HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Majjer (*Staleman/Van de Ven*); HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1393, NJ 1994, 766 (Romme/Bakker); HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:AB9521, NJ 1990, 286 m.nt. J.M.M. Majjer (*Beklamel*); Kortmann (2006).

gevoerde bedrijfsactiviteiten. Uit de verschillende publicaties van verantwoordelijke autoriteiten kan geconcludeerd worden dat bij de meeste vennootschappen die betrokken zijn geweest bij financieel-economische criminaliteit, op dit terrein sprake is van falend risicomanagement, omdat geconstateerd is dat, ondanks de uitgevaardigde ‘*compliance statements*’ op de corporate websites, de betrokken ondernemingen de potentiële risico’s niet of onvoldoende hebben gemitigeerd met afdoende voorzorgs- en beheersingsmaatregelen.⁶⁰

De mogelijk persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders kan in het licht van nalatigheid bij financieel-economische criminaliteit gebaseerd worden op dit falende risicomanagement. Strik onderkent dertien op basis van in de bedrijfskunde ontwikkelde componenten van risicobeheersing en in de jurisprudentie gehanteerde aandachtspunten, waarbij bestuurders op het terrein van risicomanagement in de gevarezone kunnen komen.⁶¹ Op basis van deze aandachtspunten onderkent zij twee verschillende typen risico’s, namelijk (vrij vertaald):⁶²

1. **Vrijwillige risico’s:** risico’s die de vennootschap vrijwillig heeft aanvaard en die deel uitmaken van haar bedrijfsmodel.
2. **Opgelegde risico’s:**
 - a. Risico’s in verband met de niet-naleving van door de overheid opgelegde regels, waarbij gedacht kan worden aan risico’s op het terrein van financiële verslaggeving, corporate governance, compliance, audit en risicomanagement.
 - b. Risico’s in verband met gevaarstelling jegens derden. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan niet-naleving van eisen op het terrein van veiligheid en gezondheid.

Voor de eerste categorie van vrijwillige risico’s gelden lagere eisen qua behoorlijkheid van de taakvervulling dan aan de tweede categorie.⁶³ Voor de tweede categorie van opgelegde risico’s zijn in Europese richtlijnen en verordeningen, en nationale wet- en regelgeving de grote lijnen uitgezet en wordt veelvuldig gebruikgemaakt van open normen. Uit de jurisprudentie blijkt dat rechters voor de invulling van de opgelegde risico’s aanknopingspunten zoeken bij de intern geldende regels. De uitgevaardigde ‘*compliance statements*’ werken daardoor als meetlat voor hetgeen van bestuurders verwacht mag worden.

Uit de Cancun-, Ceteco- en Laurus-arresten⁶⁴ blijkt dat de bestuurstaak breed opgevat moet worden, waaruit afgeleid kan worden dat specifieke deelterreinen, zoals compliance, risicomanagement en audit, onderdeel

(behoren te) zijn van de reguliere bedrijfsprocessen en de aandacht van bestuurders behoeven. Indien gedragingen van functionarissen en de vennootschap risicovol kunnen zijn, kan dit gezien worden als een ‘*geopend kelderluik*’, dat zonder adequate mitigerende voorzorgs- en beheersingsmaatregelen kan leiden tot ongewenste (en ook vermijdbare) ongelukken. Zo’n ongeluk kan zijn de kwalificatie van het risicovolle gedrag door de verantwoordelijke autoriteiten en/of rechters als onrechtmatig en/of strafbaar gedrag, waardoor boetes opgelegd worden, schadevergoedingen moeten worden betaald, ondernemingen worden uitgesloten van overheidsopdrachten en andere bestraffende maatregelen worden genomen.

4.3 Onjuiste en/of misleidende informatieverstrekking

De tweede vorm van aansprakelijkheid van bestuurders die onderkend kan worden, betreft de persoonlijke aansprakelijkheid voor onjuiste en misleidende informatie. Bekende voorbeelden in de jurisprudentie van onjuiste en/of misleidende informatie zijn onder meer de casus World Online en Fortis.⁶⁵ Aansprakelijkheid voor financieel-economische criminaliteit kan worden onderkend bij onjuiste en/of misleidende informatieverstrekking over de betrokkenheid van de vennootschap bij financieel-economische criminaliteit en het daarmee samenhangende (falende) risicomanagement.

Op grond van de TR, de MR, de MV, de artikelen 2:139/249 BW, de artikelen 6:193c, 6:193d en 6:194 BW, artikel 5:58 lid 1 sub a tot en met d Wft en/of de artikelen 225 en 336 Sr is het verstrekken van onjuiste en/of misleidende informatie voor de partijen, die onder de werking van één of meerdere genoemde bepalingen vallen, onrechtmatig c.q. strafbaar gesteld.

Strik onderkent dat de individuele gedragsnorm voor behoorlijke taakvervulling ter zake van het opstellen van financiële verslaggeving gelijk zou kunnen zijn aan die van artikel 2:9 BW, zodat de gedragsnorm van artikel 2:9 BW de disculpatiegrond van artikel 2:139/249 BW kan invullen.⁶⁶ Volgens Huizink zijn de artikelen 2:139/249 BW ‘*in wezen een uitwerking van artikel 6:162 BW*’.⁶⁷ Onder verwijzing naar een arrest⁶⁸ van de Hoge Raad uit 2018, dat betrekking heeft op een geschil tussen beleggers en de bestuurders van vennootschappen die hebben geïnvesteerd in een buitenlands golfresort, merkt hij op ‘*enkele misleidende voorstelling niet voldoende voor het vestigen van aansprakelijkheid, maar moet voor elke bestuurder gesteld en bewezen worden dat verwijtbaar onrechtmatig is gehandeld*’.⁶⁹

60. Verwezen wordt naar de publicaties van het OM, de AFM en de Amerikaanse DoJ.

61. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss.), Kluwer 2010, p. 278-279.

62. Strik (2010), p. 310.

63. Strik (2010), p. 311.

64. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, *NJ* 2014, 286 m.nt. P. van Schilfgaarde, (*Cancun*); Rechtbank Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008, 10 (*Ceteco*); HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006, 443 m.nt. G. van Solinge (*Laurus*).

65. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*WorldOnline/VEB*); Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753 (*Fortis*), *Ondernemingsrecht* 2012, 51 m.nt. B.J. de Jong.

66. Strik (2010), p. 344.

67. J.B. Huizink, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor fouten in de jaarrekening’, *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht*, nr. 6, december 2018, p. 167.

68. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *RO* 2018, 39, *Ondernemingsrecht* 2018, 81 m.nt. M.L. Lennarts (*TMF*).

69. Huizink (2018), p. 167.

Het is belangrijk om onderscheid te maken in de onjuiste en/of misleidende informatieverstrekking die kan plaatsvinden bij de totstandkoming en publicatie van de jaarrekening dan wel van de prospectus. In de artikelen 2:139/249 BW is geregeld dat als door de periodieke en ad hoc publicaties, zoals een jaarrekening en tussentijdse cijfers, een misleidende voorstelling van zaken wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade die zij daardoor hebben geleden. Bestuurders kunnen zich disculperen, maar gelet op de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor de financiële verslaggeving en de corporate governance van de vennootschap is dit niet eenvoudig.⁷⁰ In artikel 2:362 lid 4 BW is bepaald dat de vennootschap verantwoordelijk is voor het verstrekken van het noodzakelijke inzicht in de jaarrekening. Het bestuur van de vennootschap is op grond van artikel 2:101/210 lid 1 BW verantwoordelijk voor het opmaken van de jaarrekening en daardoor ook verantwoordelijk voor de onjuiste en/of misleidende informatie, die ten grondslag ligt aan de jaarrekening die de vennootschap uiteindelijk openbaar maakt.

De publicatie van een prospectus vindt plaats bij de uitgifte van financiële instrumenten en heeft aldus de status van een verkoopinstrument. Sinds de introductie van de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP) in oktober 2008 zijn specifieke bepalingen voor de prospectus van kracht geworden, waardoor de uitgevende instelling, de bestuurders en andere partijen, die als handelaren kunnen worden aangemerkt en als zodanig optreden en een oneerlijke handelspraktijk verrichten, het risico lopen om aansprakelijk gesteld te worden voor misleidende mededelingen in het kader van een beursgang of een (vervolg)emissie.⁷¹ Het uitbrengen van de prospectus en het doen van onjuiste en/of misleidende mededelingen zijn onrechtmatige activiteiten die op grond van het Kleuterschool Babbel-arrest⁷² aan de vennootschap kunnen worden toegerekend en kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de vennootschap. In het World Online-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de vennootschap en de haar begeleidende banken gehouden zijn om onjuiste of misleidende mededelingen die door of namens de vennootschap in de prospectus zijn gedaan te corrigeren, maar dat zij niet hoeven te reageren op onjuiste of misleidende mededelingen die in de media verschijnen.⁷³

De bestuurders, die in het kader van een beursgang of een (vervolg)emissie mededelingen doen, lopen het risico onjuiste en/of misleidende informatie te verstrekken over allerlei onderwerpen, waaronder het al dan niet betrokken zijn bij financieel-economische criminaliteit, de aard en de omvang van de problemen en het risico-

management op dit terrein. Door het onjuiste en/of misleidende karakter van de mededelingen lopen de bestuurders, die in het kader van hun bestuursfuncties deze mededelingen doen, het risico aansprakelijk gesteld te worden op grond van de Wet OHP. Dat dit geen onrealistisch scenario is, blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit 2012, waarin Fortis en twee leidinggevendens jegens beleggers aansprakelijk zijn gesteld.⁷⁴

4.4 De civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders

In de literatuur wordt het privaatrechtelijke daderschap van een bestuurder onderverdeeld in primair (rechtstreeks) en secundair daderschap, hetgeen aansluit bij het functionele daderschap van natuurlijke personen dat voorkomt in het strafrecht.⁷⁵ In het Kretzschmar/Mendes de Léon-arrest uit 1927 is door de Hoge Raad bepaald dat sprake kan zijn van dubbele civielrechtelijke aansprakelijkheid, waarbij zowel sprake is van een primaire aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor onrechtmatige daad als een gelijktijdige persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.⁷⁶ In het latere Albers/De Leij-arrest uit 1993 heeft de Hoge Raad bepaald dat een bestuurder naast de rechtspersoon jegens een benadeelde aansprakelijk kan zijn als hij zijn zorgplicht heeft geschonden.⁷⁷ Uit de jurisprudentie en de literatuur kan opgemaakt worden dat sprake moet zijn van persoonlijke verwijtbaarheid van de bestuurder.⁷⁸ Deze persoonlijke verwijtbaarheid speelt als de bestuurder bijvoorbeeld persoonlijk wetenschap heeft van interne onregelmatigheden.⁷⁹

De Valk concludeert dat er sprake is van secundair daderschap van de bestuurder als hij handelt (of nalaat) en weet dan wel redelijkerwijs behoort te weten dat het handelen (of nalaten) tot een onrechtmatige daad jegens een derde zal leiden.⁸⁰ Zij verwijst daarbij ook naar de zorgvuldigheidsplicht uit het Kelderluik-arrest en het Kretzschmar/Mendes de Léon-arrest uit 1927. De Valk concludeert op basis van de vaststelling van de Hoge Raad in dit laatste arrest dat de bestuurder *'tegen beter weten in, althans beter moeten wetende'* heeft gehandeld:

70. Huizink (2018), p. 169.

71. Franx (2014); A.C.W. Pijls, 'Misleiding van het beleggende publiek, een oneerlijke handelspraktijk!', *Ondernemingsrecht*, 97, 2008.

72. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, *NJ* 1980, 34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

73. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*WorldOnline/VEB*), r.o. 4.32.3; Arons en Busch (2016), p. 901.

74. Rechtbank Utrecht, 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753, *Ondernemingsrecht* 2012, 51 m.nt. B.J. de Jong.

75. Franx (2014), hoofdstuk 5; De Valk (2009), p. 128.

76. HR 25 november 1927, ECLI:NL:HR:1927:BG9436, *NJ* 1928, 364 (*Kretzschmar/Mendes de Léon*).

77. HR 19 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0895, *NJ* 1994, 92 m.nt. E.A.A. Luijten (*Albers/De Leij*).

78. HR 15 februari 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD6095, *NJ* 2002, 464 m.nt. Spoor en Majer (*Jack Daniel's*); HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7326, *NJ* 2002, 196; Rechtbank Utrecht 10 oktober 2001, *NJkort* 2001, 55; Rechtbank Maastricht 30 juli 1992, ECLI:NL:RBMAA:1992:AD1730, *NJ* 1993, 704; Rechtbank Haarlem (pres.) 14 oktober 1988, *BIE* 1990, 47; Gerechtshof Leeuwarden 3 februari 1988, ECLI:NL:GHLEE:1988:AB8294, *NJ* 1989, 314; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 april 1980, *BR* 1991 (*Van Wijngaarden*); De Valk (2009), p. 139-155.

79. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2881, *JOR* 2002, 203 m.nt. van Y. Borrius; De Valk (2009), p. 145-146.

80. De Valk (2009), p. 134.

'wetenschap maakt met andere woorden deel uit van de zorgvuldigheidsnorm die de functionaris heeft geschonden'.⁸¹ Timmerman merkt op dat 'wetenschap van te verwachten benadeling van schuldeisers (ook wel voorzienbaarheid van benadeling) een logisch aanknopingspunt voor de inhoudelijke invulling van het begrip ernstig verwijt' is.⁸² Volgens hem heeft de maatstaf van wetenschap van te verwachte benadeling de bestuurdersaansprakelijkheid eenvoudiger gemaakt, waardoor ook 'willful blindness' van de bestuurder tot de ongewenste opties behoort.⁸³

4.5 Nalatigheid in het Nederlandse recht

Op grond van het tweede lid van artikel 6:162 BW worden als onrechtmatige daad aangemerkt 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond'. Zoals uit deze wettekst blijkt, wordt ook bij het verwijtbaar nalaten een geschreven of ongeschreven plicht aanwezig geacht. In de literatuur wordt uitgebreid stilgestaan bij het onderscheid tussen doen en nalaten en worden verschillende vormen van nalaten onderscheiden.⁸⁴ Door Tjong Tjin Tai et al. is opgemerkt dat aansprakelijkheid voor nalaten alleen kan ontstaan als er een (anterieure) verplichting tot een doen bestaat in de concrete situatie.⁸⁵ Zo is een vennootschap op grond van artikel 2:394 BW verplicht haar jaarrekening openbaar te maken, zodat het nalaten van deze openbaarmaking in strijd is met deze wettelijke plicht.

Uit bovenstaande kan opgemaakt worden dat een bestuurder nalatig kan zijn wanneer hij iets niet (goed) doet of afmaakt waartoe hij op grond van zijn taken en verantwoordelijkheden verplicht is, zoals:

1. in het beschikken over dan wel inhuren van de kennis, kunde en expertise op het terrein van het voorkomen en het zo nodig aanpakken van financieel-economische criminaliteit;
2. in het onderkennen van potentiële risico's op het terrein van financieel-economische criminaliteit;
3. in het zorgen voor de belangen van belanghebbenden (de slachtoffers).

In de Nederlandse jurisprudentie zijn weinig civielrechtelijke uitspraken te vinden die betrekking hebben op de nalatigheid van een bestuurder van een grote vennootschap bij financieel-economische criminaliteit. Wel zijn er diverse uitspraken omtrent actieve betrokkenheid van

bestuurders bij financieel-economische criminaliteit, hetgeen echter buiten de reikwijdte van deze bijdrage valt. In de jurisprudentie en de literatuur is wel informatie beschikbaar over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor nalatigheid bij milieudelicten.⁸⁶ Deze delicten zijn in beginsel ook aan te merken als financieel-economische criminaliteit, omdat deze delicten veelal ook om financiële redenen gepleegd worden, namelijk om de hoge verwerkingskosten te besparen. De Valk heeft een overzicht gegeven van de jurisprudentie van met name lagere rechters in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw.⁸⁷ Uit dit overzicht blijkt dat rechters bij kleine ondernemingen met één of enkele bestuurders persoonlijke verwijtbaarheid wegens nalatigheid al vrij snel aannemen.⁸⁸

De eerdergenoemde Fortis-casus is in dit kader interessant, omdat hier ook sprake is geweest van nalatigheid van de CEO van Fortis om onjuiste mededelingen in het kader van koersmanipulatie te corrigeren. In de Fortis-casus, die betrekking heeft op de overname van ABN Amro in 2007 door de drie banken RBS, Banco Santander en Fortis, zijn de CEO en de CFO aansprakelijk gesteld door beleggers voor het nalaten om onjuiste persberichten en mededelingen over de financiële positie van Fortis te corrigeren. Dit is de eerste keer dat een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap civielrechtelijk is veroordeeld voor aansprakelijkheid jegens beleggers wegens overtreding van het verbod van marktmanipulatie. In eerste aanleg heeft de Rechtbank Utrecht in 2012 geoordeeld dat het verbod van koersmanipulatie van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft (oud) ook voor bestuurders persoonlijk geldt en onrechtmatig is jegens de gedupeerde beleggers.⁸⁹ De CEO wordt door de rechtbank op basis van zijn positie en kennis verantwoordelijk geacht voor het niet-corrigeren van onjuiste mededelingen die zijn collega-bestuurder in zijn bijzijn heeft gedaan, hetgeen hem een persoonlijk ernstig verwijt van de rechtbank oplevert.

4.6 Het verhalen van de schade

In de bekende casus hebben de betrokken ondernemingen gedurende een bepaalde periode strafbaar gehandeld en daar commerciële voordelen mee behaald. Banken, zoals ING Bank en Rabobank, hebben provisies en andere baten gerealiseerd bij het afhandelen van financiële transacties en het leveren van andere bancaire diensten, die door de autoriteiten als witwassen zijn aangemerkt. Damen Shipyard, SBM Offshore, Shell en de andere ondernemingen blijken voor het realiseren van

81. De Valk (2009), p. 134.

82. L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe', *WPNR* 2016, 7105, 2016, p. 327.

83. Timmerman (2016), p. 327-328.

84. C.P.M. Akerboom, *Grenzen van het nalaten. Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid voor een omissie*, Celsus juridische uitgeverij 2008; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *Nederlands Juristenblad* (40), 2007, p. 2540-2546; J.S. Kortmann, 'Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en nalaten', *Ondernemingsrecht*, No. 117, 2006; W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht*, No. 16, 2006; I. Giessen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, Studiekring Offerhaus nr. 8, Kluwer 2004.

85. Akerboom (2008), p. 11; Tjong Tjin Tai (2007), p. 2541; Giessen (2004), p. 6.

86. Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 maart 1995, *TMA* 1995, p. 89-93 (*Galvani*); Gerechtshof Leeuwarden 20 oktober 1993, ECLI:NL:GHLEE:1993:AD1964, *NJ* 1994, 516 (*Staat/Aagrul en Bel*); Rechtbank Alkmaar 25 februari 1993, *TMA* 1993, p. 145; Rechtbank Groningen 10 november 1989, *M en R* 1990, 16 (*Staat/Aagrul en Bel*); Rechtbank Utrecht 17 februari 1988, *TMA* 1988, p. 88; Rechtbank Utrecht (pres.) 11 februari 1986, *BR* 1986, p. 923 (*Amersfoort*); De Valk (2009), p. 147-155.

87. De Valk (2009).

88. Rechtbank Breda 28 augustus 1990, *TMA* 1991, p. 74 (*Van Strien*).

89. Rechtbank Utrecht, 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753, *Ondernemingsrecht* 2012, 51 m.nt. B.J. de Jong.

commerciële doelen, zoals het verwerven van rechten en/of opdrachten en het leveren van goederen en/of diensten, ‘*decision makers*’ bij commerciële ondernemingen, overheidsdiensten en/of politieke partijen te hebben omgekocht. Het is echter lastig om op basis van de beperkt beschikbare gegevens de met de financieel-economische criminaliteit behaalde inkomsten te kwantificeren en in perspectief van de legale inkomsten te plaatsen. Uit de meldingen voorwetenschap bij de AFM, de vermeldingen van de problemen in de jaarrekeningen van de betrokken ondernemingen en de publicaties van de verantwoordelijke autoriteiten blijkt dat het in de meeste gevallen gaat om serieuze problemen met een materieel belang. In de meeste gevallen kan wel geconcludeerd worden dat ‘*het weglaten of het onjuist meergeven daarvan het beeld zou kunnen beïnvloeden dat gebruikers hebben van de financiële positie en prestaties van een onderneming*’.⁹⁰

Het bovenstaande impliceert dat de aandeelhouders van deze ondernemingen in de betreffende jaren indirect ook voordeel hebben genoten in de vorm van (kunstmatige) koersstijgingen⁹¹ en dividenduitkeringen die gedeeltelijk zijn gebaseerd op de strafbare gedragingen. Door het bekend worden van de onregelmatigheden en de opgelegde boetes zal de kunstmatig hoge beurskoers⁹² van de betrokken onderneming naar alle waarschijnlijkheid weer dalen in de richting van de ‘reële’ waarde⁹³ die de onderneming zou hebben gehad indien de onregelmatigheden niet hadden plaatsgevonden. Aandeelhouders zullen, als zij geconfronteerd worden met financieel-economische criminaliteit bij de onderneming, waarin zij hebben geïnvesteerd en zij de beurskoers van hun aandelen of andere financiële instrumenten in waarde zien dalen, hun bestaande rechten veilig willen stellen en zo nodig de partijen aansprakelijk willen stellen die verantwoordelijk zijn voor de eventuele schade. De veronderstelling, dat aandeelhouders schade in de vorm van koersdalingen oplopen door het publiekelijk bekend worden van de schandalen bij de genoemde ondernemingen en de opgelegde boetes, gaat echter niet altijd op. Zo achtte het Gerechtshof Amsterdam in de Fortis-beschikking de kans niet groot dat de houders van zogenaamde ‘*Holder Shares*’⁹⁴ aanspraak kunnen maken op een vergoeding, omdat zij om bovengenoemde reden naar alle waarschijnlijkheid geen schade hebben geleden.⁹⁵

Daarnaast kan uit de Fortis-beschikking opgemaakt worden dat het verhalen van schade door benadeelde

aandeelhouders op de vennootschap kan afstuiten op het feit dat geleden koersverlies als gevolg van de beleidskeuzes van deze vennootschap een beleggersrisico van deze meest achtergestelde schuldeiser van de vennootschap is.⁹⁶ De rangorde van de schuldeisers zou geweld worden aangedaan als aandeelhouders langs deze weg een voorrangspositie zouden krijgen. Aandeelhouders staan volgens het Gerechtshof andere middelen ten dienst om invloed op het beleid van de vennootschap uit te oefenen of dat ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Zo heeft in de ING Bank-casus 62% van de aandeelhouders tijdens de vergadering van aandeelhouders op 23 april 2019 tegen decharge van het bestuur gestemd, hetgeen de mogelijkheid openlaat dat de vennootschap de bestuurders nog aansprakelijk kan stellen voor schade die de vennootschap en belanghebbenden hebben geleden.

Het claimen van de schade door de aandeelhouders bij de vennootschap is bedrijfseconomisch gezien ook ‘*een sigaar uit eigen doos*’, aangezien het uitkeren van schade leidt tot een kostenpost voor de vennootschap en een waardevermindering voor de huidige aandeelhouder.

De Poot/ABP-doctrine, genoemd naar het gelijknamige arrest uit 1994, voorkomt in principe dat de benadeelde aandeelhouder zijn claim uit hoofde van afgeleide schade bij een derde, in casu de bestuurder, kan neerleggen.⁹⁷ Het ligt in eerste instantie op de weg van de vennootschap om ter bescherming van de belangen van alle belanghebbenden bij deze derde de schade te claimen.⁹⁸ De uitzondering op deze regel betreft de situatie wanneer de derde rechtstreeks onzorgvuldig handelt jegens de aandeelhouder.⁹⁹ In dit geval wordt gesproken van rechtstreekse schade die in principe wel voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen.

Omdat bestuurders in de regel niet geneigd zullen zijn een claim tegen zichzelf af te roepen, zal de mogelijkheid van aansprakelijkheidsclaims door de vennootschap tegen verantwoordelijke bestuurders zich in de praktijk slechts voordoen wanneer nieuwe bestuurders worden aangesteld, bijvoorbeeld door de Ondernemingskamer

90. Website AFM.

91. Of het niet optreden van koersdalingen.

92. B.J. De Jong, ‘Schadeberekening bij securities class actions’, *Ondernemingsrecht*, 73, 2007.

93. De Jong (2007) spreekt van ‘*werkelijke waarde*’, waarmee hij doelt op de prijs die op de kapitaalmarkt voor de aandelen zou moeten worden betaald als de markt niet onjuist geïnformeerd zou zijn geweest.

94. De aandeelhouders die hun aandelen reeds voor de misleiding in bezit hadden.

95. Gerechtshof Amsterdam, 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*) r.o. 5.27.

96. Gerechtshof Amsterdam, 13 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2422 (*Fortis*) r.o. 5.32.

97. W.J. Oostwouder, ‘Actualiteiten “afgeleide schade”. What’s in a name?’, *Onderneming en Financiering*, (26) 4, 2018; G.M. Menon & T.H.M. van Wechem, ‘Afgeleide en rechtstreekse schade revisited. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 (Kessock c.s./S.F.T. Bank N.V.)’, *Vermogensrechtelijke Analyses*, Aflevering 1, 2008; De Jong (2007); D.A.M.H.W. Strik, ‘Aansprakelijkheid voor financiële verslaggeving in het licht van de Transparantierichtlijn’, *Ondernemingsrecht* 2005.

98. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899, RvdW 2018, 1115 (*Potplantenkwekerij*); HR 29 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1811, *JOR* 2019, 29 (*Licorno Holding*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007, 256 (*Tuin Beheer*); HR 15 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2443, NK 2001, 573 (*Chipshol/Coopers & Lybrand*); HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7491, NJ 2000, 699, (*Heino Krause*); HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*).

99. Een andere mogelijkheid zou in het kader van de herziene geschillenregeling artikel 2:343 lid 4 BW kunnen bieden, maar deze mogelijkheid, waarbij een uittrekkende aandeelhouder zijn (afgeleide) schade vergoed zou kunnen krijgen, is hier buiten beschouwing gelaten.

of, in het geval van een structuurvennootschap, de raad van commissarissen. Een claim tegen bestuurders is ook mogelijk wanneer de vennootschap in staat van faillissement wordt verklaard en een curator wordt aangesteld, zoals bij Imtech het geval was. Voor de effectiviteit van ‘*private enforcement*’ is dus belangrijk wie de opdrachtgever van het onderzoek naar de financieel-economische criminaliteit is. Benadeelde aandeelhouders zullen waarschijnlijk weinig met een onderzoeksrapport kunnen in de richting van de vennootschap en de verantwoordelijke bestuurders als deze bestuurders de opdrachtgever van het onderzoek zijn. De verwachting is dat zo’n rapport de rol en het handelen en het nalaten van de bestuurders onvermeld of onderbelicht zal laten.

5. De effectiviteit van ‘*private enforcement*’

5.1 Algemeen

‘*Private enforcement*’ kan gezien worden als een proces dat begint bij het onderzoek en zo mogelijk eindigt bij het verhalen van de schade op de veroorzakers. De effectiviteit van ‘*private enforcement*’ kan aldus ook per onderdeel van dit proces worden beoordeeld. In dit laatste deel van deze bijdrage staat ‘*private enforcement*’ van financieel-economische criminaliteit bij grote ondernemingen en haar effectiviteit centraal. In het kader van deze bijdrage worden de volgende relevante onderdelen in het proces van ‘*private enforcement*’ onderkend:

1. de opdracht voor het onderzoek;
2. de uitvoering van het onderzoek;
3. de aansprakelijkheid van de bestuurders voor financieel-economische criminaliteit.

5.2 De opdracht voor het onderzoek

Zoals hiervoor aangestipt, mogen belanghebbenden erop vertrouwen dat de bestuurders op grond van onder meer artikel 2:9 BW vanuit hun sterke positie, loyaliteit en met hun kennis, vaardigheden, inzichten en beschikbare informatie zorgvuldig met de belangen van deze belanghebbenden omgaan, en hun persoonlijke belangen niet boven de belangen van deze belanghebbenden plaatsen. Als de bestuurders van een grote, met name beursgenoteerde, onderneming signalen van (serieuze en structurele) financieel-economische criminaliteit ontvangen, dan zullen zij tijdig moeten zorgen voor juiste en volledige informatie over deze risico’s in de richting van de aandeelhouders en andere belanghebbenden. De raad van bestuur zal zich echter ook moeten afvragen of hij het juiste orgaan binnen de onderneming is om opdracht en sturing te geven aan een onderzoek naar de aard en de omvang van de financieel-economische criminaliteit en de aard, de omvang, de mate van betrokkenheid en het handelen of nalaten van individuele bestuurders, interne medewerkers en andere betrokkenen. Naast de eigen wetenschap van en/of betrokkenheid van bestuurders bij de financieel-economische criminaliteit kan namelijk ook sprake zijn van falend risicomanage-

ment, nalatigheid en daaruit voortvloeiende onjuiste en onvolledige informatieverstrekking aan de kant van de bestuurders in de richting van aandeelhouders, commissarissen en anderen. In artikel 6:162 BW is geen hiërarchisch onderscheid gemaakt tussen doen en nalaten, zodat beide vormen door de wetgever als even laakbaar zijn aangemerkt. De bestuurders zouden het verwijt van aandeelhouders, toezichthouders en anderen kunnen krijgen als zij in strijd met hun zorgplicht en loyaliteit hun persoonlijke belangen boven die van de vennootschap en anderen hebben geplaatst door als opdrachtgever hun eigen handelen of nalaten niet onderdeel van het onderzoek te laten zijn.

De onderzoekstechnische reden waarom het verstandig is om bestuurders niet als opdrachtgever op te laten treden bij een onderzoek naar financieel-economische criminaliteit is gelegen in het belang van een tijdige, juiste en volledige informatieverstrekking vanuit de vennootschap in de richting van de onderzoekers, de aandeelhouders, de toezichthouders en andere belanghebbenden. Door het onderzoek in handen te leggen van de bestuurders wordt de aanpak van het ‘*principal-agent problem*’ door de ‘*agent*’ verzorgd, hetgeen als onwenselijk kan worden beschouwd. Dit roept namelijk de vraag op of de informatie-asymmetrie hierdoor zal verminderen en of de betrouwbaarheid van de verstrekte informatie toereikend zal zijn. Het bestaan van informatie-asymmetrie tussen de bestuurder en andere participanten, de verwachte hoge kosten voor het onderzoek, boetes en schadevergoedingen en de onzekere resultaten van ‘*checks and balances*’ kunnen de omstandigheden voor opportunistisch gedrag scheppen.

Ter bescherming van de belangen van alle betrokkenen is de raad van commissarissen het meer aangewezen orgaan bij grote ondernemingen om bij dit soort ‘*principal-agent problems*’ de rol van opdrachtgever te vervullen. De commissarissen worden ook geacht zich te richten op het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, en zijn veelal bevoegd de bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan. Hiermee zou de eerste stap gezet kunnen worden in het tegemoetkomen van aandeelhouders voor de gesignaleerde belemmering om bestuurders zelfstandig aansprakelijk te kunnen stellen voor hun betrokkenheid of nalatigheid bij financieel-economische criminaliteit. Door het onderzoek en het verbinden van consequenties aan de uiteindelijke uitkomsten de verantwoordelijkheid van de commissarissen te laten zijn, kan dit probleem voor een belangrijk deel opgelost worden. Het risico wordt echter ook onderkend, dat de commissarissen in het verlengde van de bestuurders ook verweten zou kunnen worden dat zij nalatig zijn geweest in het houden van toezicht op de inspanningen van de onderneming en de bestuurders bij het treffen van adequate maatregelen op het terrein van informatie- en risicomanagement.

5.3 De uitvoering van het onderzoek

In het verleden zijn onvolledige en/of onjuiste rapporten van ‘*private enforcement agencies*’ uitgebracht, waarin met grote stelligheid op basis van veelal interne gegevens is aangegeven dat bijvoorbeeld niet is gebleken dat de onderneming, medewerkers en/of bestuurders betrokken zijn geweest bij financieel-economische criminaliteit.¹⁰⁰ De effectiviteit van ‘*private enforcement*’ is niet groot als ‘*private enforcement agencies*’ de kennis, de ervaring en de inzichten ontberen om adequaat onderzoek te doen, zich alleen maar richten op interne gegevens en onnodige fouten maken. Los van de formele aspecten die spelen rondom de uitvoering van ‘*private enforcement*’ is het belangrijk om te bekijken of ‘*private enforcement*’ wel in staat is om het onrechtmatig karakter van het handelen van de onderneming, medewerkers, bestuurders en/of derden inzichtelijk te maken als gegevens buiten de onderneming verzameld moeten worden.

Een belangrijke reden die ten grondslag ligt aan de gebrekkige effectiviteit van ‘*private enforcement*’ is gelegen in de subjectieve verhinderingen die ‘*private enforcement agencies*’ en opdrachtgevers voor de uitvoering van het onderzoek aanbrengen.¹⁰¹ De aangebrachte subjectieve beperkingen hebben veelal betrekking op de volgende aspecten:

- de aard en de omvang van de mogelijke onregelmatigheden;¹⁰²
- de te onderzoeken individuen en ondernemingen;¹⁰³
- de periode die onderzocht wordt;
- de belangen van de diverse stakeholders;
- de doelstellingen die voor de aanpak en afwikkeling van de problemen worden geformuleerd;
- de randvoorwaarden;¹⁰⁴
- de aanpak en de uitvoering van het onderzoek.¹⁰⁵

Uit de jurisprudentie en de praktijk blijkt dat in voorkomende gevallen ten onrechte onjuiste en/of uitgebreide conclusies verbonden worden aan bevindingen die uit een onderzoek met subjectieve beperkingen naar voren komen. Verondersteld wordt dat subjectieve beperkingen veelal worden aangebracht om de onderzoekskosten

en de uiteindelijke bevindingen te beïnvloeden. Het aanbrengen van subjectieve beperkingen is in sommige gevallen begrijpelijk, maar als het leidt tot een onjuiste conclusie en een onterechte aantasting van de belangen van de diverse betrokkenen, dan moet een verwijt worden gemaakt in de richting van de verantwoordelijke ‘*private enforcement agency*’. De casus Imtech en Nederlandse Spoorwegen laten zien dat door onzorgvuldig onderzoek en onjuiste berichtgeving het vertrouwen van beleggers of de politiek kwijtgeraakt kan worden.¹⁰⁶

Het aanbrengen van subjectieve beperkingen leidt er ook vaak toe dat de eerder gesignaleerde informatie-asymmetrie, die kenmerkend is voor financieel-economische criminaliteit, in stand blijft. Uit de literatuur en de praktijk blijkt dat in veel Europese ‘*civil law*’-jurisdicties in de preprocesuele fase maar beperkt onderzoek naar signalen van financieel-economische criminaliteit wordt gedaan.¹⁰⁷ Tevens is in ‘*civil law*’-jurisdicties maar een beperkt arsenaal aan effectieve rechtsmiddelen beschikbaar voor het verzamelen van relevante gegevens. Dit doet helaas afbreuk aan de noodzakelijke effectiviteit van ‘*private enforcement*’, omdat het kunnen onderzoeken en het bewijzen van het onrechtmatige karakter van het handelen van de onderneming een noodzakelijk onderdeel zou moeten zijn van ‘*private enforcement*’. Als ‘*private enforcement*’ niet in staat is om het witwaselement bij ING Bank en Rabobank of het omkopingselement bij de casus SBM Offshore, Shell of Damen Shipyard te onderzoeken, dan heeft ‘*private enforcement*’ beperkte toegevoegde waarde. Vooralsnog blijkt uit mijn ervaringen in de praktijk dat voor het onderzoeken van deze elementen in Europese ‘*civil law*’-jurisdicties de samenwerking met ‘*law enforcement agencies*’ noodzakelijk is. Voor het verhogen van de effectiviteit van ‘*private enforcement*’ zou het wenselijk zijn als in ‘*civil law*’-jurisdicties de mogelijkheid wordt geboden om in de preprocesuele fase in het kader van onderzoeken naar financieel-economische criminaliteit zelfstandig relevante gegevens bij derden kunnen worden verzameld.¹⁰⁸

100. *Het Financieele Dagblad*, ‘Hoor en wederhoor’, 6 maart 2020; *Het Financieele Dagblad*, ‘Goed dat rechters zich mengen in afspraken tussen OM en verdachten’, 6 oktober 2019; *Het Financieele Dagblad*, ‘Forensisch onderzoek blijft een gevaarlijk genre’, 19 december 2017; *Het Financieele Dagblad*, ‘Bijkussende accountant moet op zijn tellen passen’, 13 september 2017; *Het Financieele Dagblad*, ‘De Chinese muren van De Brauw kennen bedenkelijke gaten’, 24 juni 2015.

101. NFFI, ‘De reikwijdte van financieel forensisch onderzoek’, *Forum*, 25 juni 2016; R. Litjens, ‘Verklaringen met beperkingen’, *De Accountant*, maart 2011; B. Westra en M. Mooijekind, *Compendium van de Accountantscontrole*, deel 1, 2001.

102. Bijvoorbeeld alleen de mogelijke omkoping onderzoeken bij project X in land A en niet bij project Y in land B. En wel de omkoping, maar niet de aard, omvang en toereikendheid van preventieve maatregelen.

103. Bijvoorbeeld alleen de betrokkenheid van bepaalde intermediairs onderzoeken, maar niet de betrokkenheid en de wetenschap van interne medewerkers en bestuurders.

104. Het budget voor het onderzoek, de in te zetten onderzoeksmiddelen en de toegang tot gegevens.

105. Het verzamelen van externe gegevens zal in ‘*civil law*’-jurisdicties veelal in samenwerking met ‘*public enforcement*’ moeten plaatsvinden, hetgeen door de opdrachtgever onwenselijk kan worden gevonden.

106. *Het Financieele Dagblad*, ‘Imtech-curatoren eisen miljoenen terug van Zuidas-kantoor De Brauw’, 22 maart 2019; *Het Financieele Dagblad*, ‘De miljoenen dans om failliet Imtech gaat nu pas écht beginnen’, 2 februari 2019; *Het Financieele Dagblad*, ‘Tuchtrechter berispt partner De Brauw’, 19 december 2017.

107. A. Sheeley en F.J. Erkens, ‘De Engelse disclosure order’, *Nederlands Juristenblad*, Afl. 23, 14 juni 2019; R.B. Cooter en T. Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Berkeley Law Books 2016, p. 390-391; C.H. van Rhee en A. Uzelac, *Truth and Efficiency in Civil Litigation: Fundamental aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative context*, Intersentia 2012; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid, Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss.), Kluwer 2011; R.R. Verkerk, *Fact-finding in Civil Litigation, A Comparative Perspective*, Intersentia 2010; C.H. van Rhee en R.R. Verkerk, ‘Civil procedure’, in: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2006, p. 120-134; J.A. Jolowicz, ‘Adversarial and inquisitorial models of civil procedure’, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 2, april 2003, p. 281-295; J.H. Langbein, ‘The German advantage in civil procedure’, *Yale Law School*, Volume 52, No. 4, Fall 1985, p. 823-866.

108. Sheeley en Erkens (2019).

5.4 De aansprakelijkheid van bestuurders voor financieel-economische criminaliteit

De in de vorige twee hoofdstukken onderkende aspecten geven richting aan de lijnen waarlangs gedacht zou kunnen worden voor het kunnen onderkennen én het voorkomen van persoonlijke aansprakelijkheid bij bestuurders voor nalatigheid bij financieel-economische criminaliteit. Bestuurders hebben vanuit hun functie een bijzondere zorgplicht in de richting van de belanghebbenden die in de nabijheid van de vennootschap verblijven. Belanghebbenden mogen erop vertrouwen dat de bestuurders vanuit hun loyaliteit en met hun kennis, vaardigheden, inzichten en beschikbare informatie zorgvuldig met hun belangen omgaan, en hun persoonlijke belangen niet boven de belangen van deze belanghebbenden plaatsen. De bestuurders behoren op basis van de interne mogelijkheden en de vakkennis, de inzichten en de ervaringen van zichzelf, medewerkers of externe adviseurs wetenschap te hebben van (potentiële) risico's dat de vennootschap jegens belanghebbenden en/of derden verwijtbaar handelt dan wel zou kunnen handelen. Per saldo kan geconcludeerd worden dat bestuurders in de richting van aandeelhouders verwijtbaar handelen door na te laten risico's en zorg op het terrein van financieel-economische criminaliteit met elkaar in lijn te brengen, terwijl de bestuurders weten of behoren te weten dat door het mogelijk onrechtmatig handelen van de vennootschap aandeelhouders benadeeld kunnen worden.

In het privaatrecht kunnen twee belangrijke belemmeringen onderkend worden voor met name benadeelde aandeelhouders om bij financieel-economische criminaliteit hun schade effectief op de vennootschap en de verantwoordelijke bestuurders te kunnen verhalen. De belemmering om de vennootschap effectief aan te spreken lijkt in de Fortis-beschikking te liggen, omdat hierin is bepaald dat geleden koersverlies als gevolg van de beleidskeuzes van de vennootschap een beleggersrisico van de aandeelhouder is. De Poot/ABP-doctrine is mogelijk de belemmering voor de benadeelde aandeelhouders om de bestuurders effectief aan te spreken, omdat dit aanspreken van bestuurders in principe een aangelegenheid van de vennootschap is.

6. Tot slot

Nederland heeft groot belang bij goed werkende, gereuleerde handelsplatformen, waar partijen op basis van betrouwbare data en op transparante en zorgvuldige wijze met elkaar kunnen handelen in financiële instrumenten van de genoteerde ondernemingen. Uit de negatieve publiciteit blijkt dat affaires afbreuk doen aan de reputatie van de genoteerde ondernemingen als zij betrokken raken bij financieel-economische criminaliteit. Het is in het belang van deze ondernemingen, de bestuurders en belanghebbenden als adequaat en effectief gereageerd kan worden op signalen van financieel-

economische criminaliteit. Bestuurders worden geacht vanuit hun loyaliteit en met hun kennis, vaardigheden, inzichten en beschikbare informatie hiervoor zorg te dragen. Het falen van risico- en informatiemanagement kan leiden tot te late, onjuiste en/of misleidende informatieverstrekking in de richting van aandeelhouders en andere belanghebbenden. Deze ongewenste informatie-asymmetrie kan uiteindelijk leiden tot aansprakelijkheid van ondernemingen en bestuurders wegens nalatigheid voor het niet (goed) doen of afmaken, waartoe zij op grond van *'hard and soft law'* verplicht zijn.

Het kunnen verhalen van de schade door aandeelhouders en andere belanghebbenden op bestuurders stuit echter op twee belemmeringen, die voortvloeien uit de Fortis-beschikking en de Poot/ABP-doctrine. De vraag of *'private enforcement'* van financieel-economische criminaliteit bij ondernemingen wel voldoende resultaat kan opleveren om effectief te zijn en om benadeelde partijen te ondersteunen bij het verzamelen van noodzakelijke gegevens en het uiteindelijk verhalen van hun schade, lijkt vooralsnog negatief beantwoord te moeten worden. Benadeelde aandeelhouders zullen hun toevlucht eerder moeten zoeken in mogelijkheden om de verantwoordelijke bestuurders vervangen te krijgen, zodat nieuwe bestuurders of de curator hun belangen beter kunnen behartigen. Bestuurders doen er echter verstandig aan om zorg te dragen voor adequaat risico- en informatiemanagement om financieel-economische criminaliteit te voorkomen.