

346. Fraude in de ondernemingsrechtpraktijk: drempels bij het nemen van verhaal

MR. W.A. VADER

Wanneer een onderneming met fraude binnen de organisatie door bestuurders of werknemers wordt geconfronteerd, dient de vraag zich op of en, zo ja, hoe daartegen op te treden om als gevolg daarvan geleden schade te verhalen; strafrechtelijk of (ook) civielrechtelijk. In dit artikel zullen eerst enkele verschillen uiteen worden gezet tussen beide rechtsingangen. Voor complexere zaken waarin de schade niet eenvoudig is te begroten biedt het strafrecht vaak geen uitkomst. Echter, ook de civiele procedure kent zijn beperkingen. Bestuurders en werknemers kunnen hoge drempels voor aansprakelijkheid opwerpen die verhaal door de onderneming kunnen bemoeilijken. Betoogd wordt dat de hoedanigheid waarin bestuurders en werknemers optreden daaraan niet in de weg mag staan.

Inleiding

Het begrip fraude wordt in het wetboek van Strafrecht (Sr) niet gedefinieerd.¹ De betekenis van fraude in de *Dikke Van Dale* luidt kortweg “valsheid, bedrog”. Veelal wordt de term fraude als een verzamelbegrip gebruikt voor verschillende manieren waarop bedrieglijk misbruik van omstandigheden wordt gemaakt met het doel (financieel) voordeel te behalen. Veel voorkomende vormen van fraude in de ondernemingsrechtpraktijk zijn: valsheid in geschrifte²; verduistering³; oplichting⁴; (bedrieglijke)

bankbreuk⁵; heling⁶ en witwassen.⁷

Het komt vaak voor dat ondernemingen het slachtoffer van fraude zijn. Het is echter niet eenvoudig voor een onderneming die met fraude wordt geconfronteerd om verhaal voor dientengevolge geleden schade te vinden. Niet alleen omdat fraude naar haar aard heimelijk plaatsvindt en doorgaans lastig is om te ontdekken en aan te pakken, maar ook vanwege procedurele en/of materieelrechtelijke belemmeringen. Een door fraude benadeelde partij loopt in de praktijk snel achter op de feiten (en het geld) en ziet haar schade daardoor niet altijd (volledig) vergoed. Niet alleen ter verhaal van schade, maar ook vanuit meer principiële overwegingen, zoals het voorkomen van precedentwerking of vanuit maatschappelijk oogpunt, starten ondernemingen in geval van fraude binnen de organisatie door werknemers en bestuurders toch steeds vaker gerechtelijke procedures

1 Daarbuiten komt de term fraude in wetgeving wel voor. In art. 36 van het Besluit toezicht accountantsorganisaties is bijvoorbeeld een definitie van fraude (van materieel belang) gegeven. Onder fraude wordt daar verstaan “een opzettelijk handelen of nalaten waarbij misleiding wordt gebruikt om een wederrechtelijk voordeel te behalen (...)”

2 Zie art. 225 Sr: hij die een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen, valselijk opmaakt of vervalst, met het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken.

3 Zie art. 321 Sr: hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigent.

4 Zie art. 326 Sr: hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, tot het verlenen van een dienst, tot het ter beschikking stellen van gegevens, tot het aangaan van een schuld of tot het teniet doen van een inschuld.

5 Zie o.m. art. 341a Sr (geparafraseerd weergegeven): hij die in staat van faillissement is verklaard en ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers: (i) lasten heeft verlicht of verdicht; (ii) enig goed hetzij om niet of beneden de waarde heeft vervreemd; (iii) of een schuldeiser heeft bevoordeeld wetende dat faillissement niet kon worden voorkomen; of niet heeft voldaan aan de administratieplicht.

6 Zie art. 416 Sr (geparafraseerd weergegeven): hij die een goed verwerft, voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk of zakelijk recht verwerft of overdraagt, terwijl hij wist dat het door misdrijf is verkregen.

7 Zie art. 420bis lid 1 onder a Sr: hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomst is uit enig misdrijf.

tegen hen. Dat kan zowel via het strafrecht als het civiele recht.

In dit artikel worden eerst kort de voor- en nadelen uiteengezet van strafrechtelijke en civielrechtelijke wijze om verhaal te nemen door ondernemingen, meer in het bijzonder rechtspersonen, die het slachtoffer van fraude zijn. Vervolgens zal worden ingegaan op een meer principiële en

Het in de zin van art. 6:170 BW vereiste functioneel verband zou ook in het kader van bestuurders-aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW (en art. 6:162 BW) moeten worden toegepast.

materieelrechtelijke discussie over de vraag of bestuurders en werknemers in geval van fraude bescherming toekomen doordat zij op grond van art. 2:9 BW respectievelijk art. 7:661 BW met succes hogere drempels voor aansprakelijkheid kunnen opwerpen wanneer zij in die hoedanigheid handelen.

Procedurele verschillen tussen het strafrecht en civiele recht om verhaal te nemen

Anders dan het strafrecht is het civiele recht op zich niet op het algemeen belang gericht, maar tracht het civiele recht “een evenwicht te vinden tussen de handelsvrijheid van de individuele burger en de bescherming van de belangen van zijn medeburgers”.⁸ Met dat onderscheid hangt samen dat het strafrecht ten doel heeft een dader voor wederrechtelijk handelen te straffen, terwijl het leerstuk van de onrechtmatige daad uit het civiele recht beoogt de benadeelde partij schadeloos te stellen.⁹ Een vordering van het openbaar ministerie tegen een fraudeur is dan ook gericht op “ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel” (vgl. art. 36e Sr). Dit door de fraudeur verkregen voordeel hoeft niet gelijk te zijn aan de schade van de benadeelde partij. Sterker nog, de door het slachtoffer geleden schade is niet zelden hoger dan het door de dader genoten voordeel.

Het strafrecht biedt ook de mogelijkheid aan een partij om als gevolg van een strafbaar feit geleden schade vergoed te krijgen. Op grond van art. 51f Wetboek van strafvordering (Sv) kan een benadeelde partij zich in het strafproces voegen en op die wijze een vordering tot schadevergoeding instellen. De strafrechter kan aan degene die wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld op grond van art. 36f lid 1 Sr de verplichting opleggen tot betaling aan de Staat van een som geld. De Staat keert vervolgens het ontvangen bedrag aan het slachtoffer uit. Deze schadevergoedingsmaatregel uit het strafrecht kan echter enkel worden opgelegd “voor zover de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is voor de schade die door het strafbare feit is toegebracht” (vgl. art. 36f lid 2 Sr).

Hoewel bij invoering van deze rechtsingang werd beoogd dat een benadeelde partij op eenvoudige en goedkope wijze een (executoriale) titel voor zijn vordering tot schadevergoeding kon krijgen¹⁰, leert de praktijk dat deze strafrechtelijke route om schade te verhalen niet altijd uitkomst biedt. Indien de behandeling van een vordering tot schadevergoeding naar het oordeel van de strafrechter “een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert” kan hij op grond van art. 361 lid 3 Sv bepalen dat die vordering in het geheel of ten dele niet-ontvankelijk is. De strafrechter kan dan bepalen dat de benadeelde partij vervolgens haar (deel van de) vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen.¹¹ Enkel wanneer “volstreekte duidelijkheid” bestaat over de vordering of deze op eenvoudige wijze kan worden verkregen, ligt voeging als benadeelde partij in een strafproces voor de hand.¹² Zoals Candido in 2011 al voorzichtig signaleerde bestaat de indruk dat binnen de rechtspraak anders wordt omgegaan met het voornoemde onevenredigheids criterium dan aanbevolen in onder meer de Handreiking implementatie wet versterking positie slachtoffer.¹³ Die Handreiking schrijft namelijk voor dat van een onevenredige belasting geen sprake hoeft te zijn indien niet meer dan twee getuigen moeten worden gehoord of wanneer de gewenste duidelijkheid binnen zes maanden kan worden geleverd. Zeker in grotere en complexere fraudekwesaties – waarin de aard en omvang van de schade veelal niet eenvoudig zal zijn vast te stellen – moet er derhalve (ernstig) rekening mee worden gehouden dat verhaal van schade via de strafrechtelijke route niet tot het gewenste resultaat voor de benadeelde partij zal leiden. Indien een onderneming als gevolg van fraude geleden schade wenst te verhalen, biedt voeging in een strafrechtelijke route vaak geen uitkomst en lijkt een civiele procedure in de praktijk daarvoor de aangewezen route.

10 Vgl. TK 1989-1990, 21 345, nr. 3, p. 9.

11 Vgl. art. 361 lid 3 Sv dat is gewijzigd bij de inwerkingtreding op 1 januari 2011 van de Wet versterking positie slachtoffer in het strafproces (Wet van 17 december 2009, Stb. 2010, 1). Volgens de indieners van deze wet diende het nieuwe criterium “strenger” te zijn en werd beoogd “te bewerkstelligen dat de strafrechter zoveel als mogelijk – en vaker dan daarvoor – inhoudelijk over de vordering van de benadeelde partij zou beslissen” (vgl. *Kamerstukken II 2007-2008*, 30143, nr. 16, Amendement met Toelichting). Het enkele feit dat een vordering wordt betwist, niet onmiddellijk met voldoende bewijsmiddelen wordt onderbouwd of dat er bijvoorbeeld een enkele getuige of deskundige moet worden gehoord of het gevorderde bedrag hoger is dan gemiddeld, mag geen reden (meer) zijn de vordering om die reden niet-ontvankelijk te verklaren, aldus het Amendement.

12 Vgl. TK 1989-1990, 21 345, nr. 3, p. 11.

13 J. Candido, ‘De vordering benadeelde partij in het strafproces en de onevenredige belasting daarvan’, *Tijdschrift voor de Rechtelijke Macht*, nr. 10, 2011, p. 354 e.v. Zie ook A.H. Sas, ‘Strafrecht voor civilisten deel II, over de gewijzigde Wet schadefonds geweldsmisdrijven en nog enkele opmerkingen over schadeverhaal via het strafproces’, *TVP 2012/2*, p. 45 e.v.

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/6.

9 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/7.

Frauderen in hoedanigheid

Fraude in de ondernemingsrechtpraktijk wordt niet zelden gepleegd door werknemers of bestuurders ten koste van de onderneming waaraan zij zijn verbonden. Zij hebben al dan niet vanwege het (door de onderneming waaraan zij zijn verbonden) in hen gestelde vertrouwen, vaak goederen van de onderneming al “onder zich” waardoor het relatief eenvoudig is die goederen te verduisteren. Vanwege die vertrouwensrelatie wordt verduistering in dienstbetrekking (ex art. 322 Sr) in theorie ook zwaarder gestraft dan “gewone” verduistering (ex art. 321 Sr). Toch zal het voor een onderneming in een civiele procedure niet altijd eenvoudig zijn om van een (frauderende) werknemer of bestuurder schade vergoed te krijgen. Voor werknemers en bestuurders, die in die betreffende hoedanigheid optreden, gelden in beginsel hogere drempels voor aansprakelijkheid. Tegen deze achtergrond zal ik hierna weergeven wat moet worden verstaan onder “in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst” voor aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever op grond van art. 7:661 BW en voorts omschrijven wat wordt bedoeld met “vervulling” van de bestuurstaak in de zin van art. 2:9 BW inzake “interne” bestuurdersaansprakelijkheid.

In de uitvoering van de arbeidsovereenkomst

De op basis van een arbeidsovereenkomst te verrichten arbeid zal doorgaans (bondig) zijn omschreven in het contract. Zolang een werknemer binnen de uitvoering daarvan blijft, zal hij niet snel jegens zijn werkgever aansprakelijk zijn. Enkel wanneer daarbij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid zal een werknemer op grond van art. 7:661 lid 1 BW aansprakelijk zijn, tenzij uit de omstandigheden van het geval anders voortvloeit. Een frauderende werknemer die tot schadevergoeding wordt aangesproken zal zijn werkgever vaak art. 7:661 BW tegenwerpen vanwege de hoge drempel van verwijtbaarheid. In evidente gevallen van fraude zullen deze hogere drempels van verwijtbaar handelen (opzet of bewuste roekeloosheid) geen obstakel zijn.¹⁴ Zeker wanneer al sprake is van een strafrechtelijke veroordeling en daarmee (voorwaardelijke) opzet zal zijn bewezen. In minder sprekende gevallen, of bij gebrek aan voldoende bewijs, zal de werknemer met een beroep op deze hogere mate van verwijtbaar handelen mogelijk aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen.

Aan beoordeling van de mate van verwijtbaarheid dient mijns inziens vooraf te gaan de vraag of in geval van een frauderende werknemer art. 7:661 BW wel van toepassing is. Relevant bij de beantwoording van die vraag is, zoals gezegd, wat er moet worden verstaan onder “in de uitvoering

van de arbeidsovereenkomst” ex art. 7:661 BW. Voor de bepaling van de reikwijdte van de op grond van de arbeidsovereenkomst te verrichten arbeid is in de parlementaire geschiedenis van art. 7:661 BW aansluiting gezocht bij art. 6:170 BW inzake aansprakelijkheid voor ondergeschikten.¹⁵ Artikel 6:170 BW vereist een functioneel verband tussen de opgedragen taak en de fout. Zo dient te zijn voldaan aan de eis dat de aan de ondergeschikte gegeven opdracht tot het uitvoeren van een bepaalde taak de kans op de fout (objectief) heeft vergroot.¹⁶ Daarnaast is vereist dat de principaal zeggenschap over de ondergeschikte en de uitvoering van de betreffende taak heeft, wil de principaal aansprakelijk zijn voor door de ondergeschikte aangerichte schade als gevolg van een gemaakte fout.¹⁷ In de parlementaire geschiedenis van artikel 6:170 (oud) BW is voorts door de wetgever overwogen dat wanneer een ondergeschikte bij zijn handelen of nalaten “louter en alleen eigen doeleinden nastreefden” die handelwijze te ver verwijderd staat van bijvoorbeeld de aan een werknemer door zijn werkgever opgedragen werkzaamheden.¹⁸ Voor zover ik kon nagaan bestaat er betrekkelijk weinig jurisprudentie waarin de reikwijdte van art. 7:661 BW nader is gepreciseerd.¹⁹ In HR 16 april 1999, NJ 1999/548 is overwogen dat het criterium “bij de uitvoering aan de overeenkomst” aldus moet worden opgevat dat het dient te gaan om de uitvoering van “overeengekomen” werkzaamheden. Een werknemer is volgens dit arrest niet aansprakelijk voor schade van de werkgever die uit uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden voortvloeit. Deze uitspraak lijkt op gespannen voet te staan met het arrest *Nutsbedrijf Westland*²⁰ uit 2007 waarin een bredere strekking van de uitvoering van werkzaamheden tot uitgangspunt is aangenomen. In die zaak werden werknemers (waarvan één tevens bestuurder) door de onderneming (in eerste aanleg) aansprakelijk gesteld op grond van art. 6:162 BW. Samengevat weergegeven, werd door de Hoge Raad in die zaak overwogen de uitsluiting van aansprakelijkheid van werknemers en bestuurders

15 Vgl. MvT op art. 7:661 BW, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 41.

16 Vgl. HR 30 oktober 2009, NJ 2010/52 (Blomaard/gem. Utrecht); HR 12 april 2002, NJ 2003/138 (Heijboer/De Branding) en HR 9 november 2007, RvdW 2007/960 (Brand tijdens personeelsuitje).

17 Vgl. HR 9 juli 2004, NJ 2005/391 (Oosterpark).

18 Vgl. Parl. Gesch Boek 6, art. 6:170 (oud), Kluwer: 1981, p. 715.

19 Wanneer een werknemer bijvoorbeeld onder invloed van cannabis schade toebrengt aan een door de werkgever ter beschikking gestelde auto werd geacht dat het ongeluk niet in de uitoefening van de overeenkomst is gebeurd (vgl. Ktr. Haarlem 13 februari 2008, *RAR* 2008/60). Rechtspraak inzake art. 6:170 BW leert ons dat daden gepleegd buiten diensttijd meestal buiten de scope van art. 6:170 BW vallen, zoals geweldsincidenten (vgl. HR 30 december 1977, NJ 1978/332) maar dat hoeft niet. De vraag of het vereiste verband aanwezig is hangt in grote mate af van de waarderung van de fouten waaronder de fout is begaan. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/188 in dit verband voor voorbeelden van fouten die (on)voldoende verband hebben met de opgedragen taak. Zo werd in gevallen van verduistering door een postambtenaar (HR 26 maart 190, NJ 1920, p. 476) en diefstal door een glazenwasser aansprakelijkheid van de ondergeschikte aangenomen (gerechtshof Amsterdam 2 januari 1923, NJ 1923, p. 654).

20 HR 2 maart 2007, NJ 2007/240 (*Nutsbedrijf Westland*).

14 Vgl. rechtbank Zwolle-Lelystad 23 april 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BH1762. Onbetwist was dat gedaagde aan haar werkgever toekomstige gelden had verduisterd, waardoor niet alleen sprake van onrechtmatig handelen maar ook de in art. 7:661 BW neergelegde drempel werd overschreden.

ook geldt voor aanspraken op grond van onrechtmatige daad inzake bij de uitoefening van de bestuurstaak respectievelijk de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De uitsluiting van aansprakelijkheid van de werknemer c.q. de bestuurder geldt ook zolang de verweten gedragingen in zodanig verband staan met de opgedragen taak of de uitvoering ervan, dat de strekking van art. 7:661 BW c.q.

Functioneel verband tussen een opgedragen taak en frauduleus handelen zou mijns inziens naar haar aard altijd moeten ontbreken.

art. 2:9 BW zich tegen aansprakelijkheid verzet.²¹ Het verwijt dat *Nutsbedrijf Westland* aan haar voormalig werknemers/bestuurder maakte, was dat zij onrechtmatig handelden door heimelijk met leveranciers van *Nutsbedrijf Westland* af te spreken dat zij een commissie aan een door verweerders opgerichte Luxemburgse vennootschap betaalde over die leveranties. Zoals A-G Timmerman in zijn conclusie bij dit arrest overwoog heeft *Nutsbedrijf Westland* echter geen opdracht gegeven tot het doen storten van gelden op een bankrekening van een Luxemburgse vennootschap en zijn die handelingen niet in het belang van *Nutsbedrijf Westland* verricht. Hij meent dan ook dat deze handelingen “geen voldoende band” hebben met de opgedragen taak zodat die niet onder de reikwijdte van art. 7:661 BW (en art. 2:9 BW) vallen. Dat standpunt onderschrijf ik. In geval van frauduleus handelen verzet de strekking van de artikelen 2:9 BW en 7:661 BW zich mijns inziens niet tegen verdergaande aansprakelijkheid van de werknemer c.q. de bestuurder. Deze bepalingen beogen de bestuurder en werknemer juist een zekere mate van bescherming tegenover de werkgever te bieden. Die bescherming zou mijns inziens in geval van fraude niet aan de onderneming mogen worden tegengeworpen. Aansprakelijkheid van werknemers zou in geval van fraude (principeel) op grond van “gewone” verwijtbaarheid uit hoofde van art. 6:162 BW moeten worden beoordeeld.²² Anders werd echter geoordeeld door het gerechtshof

Arnhem²³ in een zaak waarin een werknemer in de functie van financieel controller toegang had tot de kas, kluis en bankrekening van haar werkgever Voith. Uit een door EY opgesteld rapport bleek dat de werknemer voor een bedrag van ongeveer € 1,6 miljoen aan Voith had onttrokken. Toch overwoog het hof dat de aan werknemer verweten gedragingen niet los kunnen worden gezien van haar positie van financieel controller en werd haar aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 BW beoordeeld. Mijns inziens zou het handelen van de betreffende controller in dit geval wel los moeten worden gezien van de door haar werkgever opgedragen werkzaamheden. Een voorbeeld daarvan is gegeven in een niet gepubliceerd vonnis van rechtbank Overijssel van 1 juli 2015. In dat geval was sprake van “palletfraude”; bestaande uit, kort gezegd, het tegen betaling laten afvoeren van pallets aan derden vanaf een door de werkgever geëxploiteerd distributiecentrum. De rechtbank overwoog dat de twee betreffende werknemers op dat distributiecentrum “geen beroep toekomt op de verdergaande bescherming tegen aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 lid 1 BW. Zowel de onrechtmatige gedragingen van [werknemer 1] – het gedurende meerdere jaren stelselmatig inbreuk maken op de eigendomsrechten van [werkgever] – als de onrechtmatige gedragingen van [werknemer 2] – het gedurende een lange periode nalaten [werkgever] daaromtrent te informeren – zijn handelingen, respectievelijk nalaten daarvan, die als zodanig niet vallen binnen het kader van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met [werkgever].” De rechtbank kwam tot de conclusie dat beide werknemers jegens de werkgever op grond van onrechtmatige daad – en niet uit hoofde van art. 7:661 BW – aansprakelijk zijn voor de als gevolg van de palletfraude geleden schade.

In de vervulling van de bestuurstaak

Mijn inziens zou de hiervoor omschreven eis van functioneel verband in de zin van art. 6:170 BW (en art. 7:661 BW) ook moeten worden toegepast in het kader van beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW (en 6:162 BW). Dat betekent dat wanneer een bestuurder fraudeert, althans louter zijn eigen belang ten koste van de onderneming behartigt, hij niet handelt in de vervulling van de hem opgedragen bestuurstaak. Met dien verstande dat een bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon logischerwijs meer vrijheid in de vervulling van zijn taak heeft dan een werknemer in de uitvoering van zijn (vaak beperkte) overeengekomen werkzaamheden. Deze (beleid) vrijheid van een bestuurder blijkt reeds uit zijn algemene taakomschrijving, zoals De Groot als volgt heeft geschetst: “het bestuur dient zorg te dragen voor het goed functioneren van de rechtspersoon, entameert, stelt een beleid vast en voert dit uit, beheert het vermogen, voert besluiten van andere organen uit en zal veelal de dagelijkse leiding van de rechtspersoon voeren”.²⁴ Die beleidsvrijheid van een

21 Zie ook rechtbank Haarlem 17 september 2003, «JOR» 2004/36 (Buigcentrale Noord-Holland BV) en gerechtshof Leeuwarden 30 januari 2008, «JOR» 2008/89, m.nt. B.F. Assink (Bokma).

22 Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2001, «JAR» 2001/127, gewezen onder oud recht, waarin een discussie speelde of de werknemer tevens directeur van een stichting geen bankopnames van de rekening van de stichting kon verklaren een “ernstig verwijt” kon worden gemaakt. Indien zou komen vast te staan dat de opnames niet in de vervulling van de taak zijn verricht en zijn aangewend voor persoonlijk voordeel, zou mijns inziens kunnen worden volstaan met het aannemen van aansprakelijkheid op grond de gewone regels van art. 6:162 BW. In HR 8 april 2011, «JAR» 2011/133 is na een strafrechtelijk onderzoek van de FIOD en een accountantsrapport, waaruit blijkt dat de werknemer tevens bestuurder elf pakketten van onroerend goed had aangekocht en die tegen hogere koopsommen aan de werkgever doorverkocht, de betrokkene aangesproken uit hoofde van art. 7:661 en art. 2:9 BW. Mijns inziens had deze zaak echter op basis van de gewone regels van onrechtmatige daad kunnen worden beslecht omdat functioneel verband tussen de verweten gedragingen en de opgedragen taak ontbreekt.

23 Vgl. gerechtshof Arnhem 27 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM2364.

24 H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Recht in Praktijk deel 67,

bestuurder is evenwel niet onbeperkt. Niet alleen kan de taak bij statuten of reglement wordt verdeeld (vgl. art. 2:9 BW), maar het bestuur dient zich bij de vervulling van zijn taak te allen tijde op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. art. 2:239 lid 5 BW). De bestuurder heeft daarbij, zoals gezegd, een zekere mate van beleidsvrijheid omdat het nemen van risico's inherent is aan ondernemen. Om ervoor te waken dat bestuurders zich niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, wordt in vaste rechtspraak van de Hoge Raad een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder naast de rechtspersoon aangenomen.²⁵ Wanneer bestuurders handelen in de vervulling van hun taak wordt bestuurdersaansprakelijkheid immers eerst aangenomen wanneer hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.²⁶ Van de bestuurstaak dient overigens te worden gescheiden handelen dat niet in die hoedanigheid wordt verricht. Uit het ondertussen uitvoerig in literatuur²⁷ besproken *Spaanse Villa-arrest*²⁸ volgt immers dat indien een persoon tevens bestuurder evenwel niet op de grond dat hem als bestuurder een verwijt wordt gemaakt, maar op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting, de gewone regels van onrechtmatige daad gelden. In dat geval geldt het vereiste van een ernstig verwijt niet, maar geldt de mate van "gewone" verwijtbaarheid uit hoofde van art. 6:162 BW.²⁹

In rechtspraak wordt de handelwijze van bestuurders, ook al is dat niet per se in het belang van de onderneming maar wel (in overwegende mate) in hun eigen belang, niet zelden toch geacht te zijn verricht in het kader van de bestuurstaak. Het doen verstrekken van leningen aan zichzelf of een gelieerde partij en het verzwijgen tegenover de financierende bank dat ten gunste van zichzelf reeds pandrechten zijn gevestigd wordt bijvoorbeeld geacht te zijn verricht in de uitvoering van de bestuurstaak.³⁰ Dergelijke verrichtingen kwalificeren

naar hun aard wellicht niet direct als frauduleus, maar onder (bijkomende) omstandigheden zouden die mogelijkterwils wel onder een delictsomschrijving kunnen worden geschaard. Illustratief in dat verband is HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:2014:2930, waarin een bestuurder doelbewust met zijn echtgenoot heeft samengespannen om een gedeelte van de overeengekomen koopprijs met betrekking tot de verkoop van een studentenhuis aan het zicht van crediteuren van de echtgenoot te onttrekken. Hoewel een persoonlijk ernstig verwijt werd aangenomen, was dat naar mijn mening (vanuit dogmatisch en principieel oogpunt) strikt genomen niet nodig geweest om de bestuurder op grond van de gewone mate van schuld ex art. 6:162 BW aansprakelijk te achten.³¹ Een dergelijk handelwijze kwalificeert (in faillissement) als bedrieglijke bankbreuk of anders als oplichting, op grond waarvan mijns inziens functioneel verband met de bestuurstaak ontbreekt. In dergelijke gevallen zou aansprakelijkheid van de betrokkene (die weliswaar tevens bestuurder is) niet aan in voornoemde rechtspraak en art. 2:9 BW neergelegde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid hoeven te worden beoordeeld omdat hij geen opdracht tot oplichting van de onderneming heeft gekregen, althans dat niet tot zijn bestuurstaak behoort.

Samenvattende bevindingen

In het voorgaande is de vraag aan bod gekomen welk handelen wel en niet in de uitvoering van de werkzaamheden of bestuurstaak wordt verricht en al dan niet onder de reikwijdte van art. 7:661 BW of 2:9 BW valt. Ik meen dat wanneer sprake is van handelen of nalaten dat in materiële zin kwalificeert als een strafbaar feit, met schade voor de onderneming tot gevolg, dat handelen dusdanig ver verwijderd staat van de opgedragen taak of uitvoering van de werkzaamheden dat de strekking van art. 2:9 BW of art. 7:661 BW zich tegen de toepasselijkheid daarvan verzet. Van een ieder mag immers op zijn minst worden verwacht (ook al zou de kans daarop door de opgedragen taak wellicht zijn toegenomen) zich te allen tijde te onthouden van het plegen van strafbare feiten. Indien het functioneel verband tussen een opgedragen taak en het verweten handelen ontbreekt gelden de normale regels uit hoofde van art. 6:162 BW. Indien sprake is van een frauduleus delict ontbreekt naar mijn mening altijd het functioneel verband. Het zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ook onaanvaardbaar zijn als fraudeurs tegenover de onderneming, waaraan zij zijn of waren verbonden, zekere bescherming op grond van die bepalingen toekomen.

Over de auteur

Mr. W.A. Vader is advocaat corporate litigation bij Lexence N.V.

werd geacht te zijn verricht in de uitvoering van de bestuurstaak. Vgl. gerechtshof Den Bosch 3 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:689.
31 Het gerechtshof is er in rov. 4.3.2., aldus de HR, kennelijk van uitgegaan dat de onrechtmatige daad is gepleegd bij zijn taakvervulling als bestuurder. Gelet op die feitelijke vaststelling, waarvan in cassatie moet worden uitgegaan, moest het hof volgens de HR beantwoorden of de bestuurder ter zake een ernstig persoon verwijt kan worden gemaakt.

Deventer: Kluwer 2006, p. 3.

25 Zie HR 5 september 2014, NJ 2015/21 (Hezemans/Tulip Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 (RCI Financial Services/Kastrop).

26 Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), HR 29 november 2002, RvdW 2002/195, «JOR» 2003/2 (Berghuizer Papierfabriek) en HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofs).

27 Zie o.m. J.H.M. Willems, 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82, P.D. Olden, 'Voordracht Ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2013/81, M. Mussche, 'De invloed van het arrest Spaanse villa: een tussenbalans', *Bedrijfsjuridische berichten* 2014/34, annotatie van P. van Schilfgaarde bij dit arrest in NJ 2013/302 en M.J. Kroeze, 'Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/47.

28 HR 23 november 2012, NJ 2013/302.

29 Zie ook in dit verband HR 5 september 2014, NJ 2015/21 en HR 18 september 2015, NJ 2016/66.

30 Zo is het doen van een onjuiste verklaring door een bestuurder aan de financierende bank dat op een (wel) verpande zaak geen (ander) pandrecht rust wel geacht te zijn verricht in de uitvoering van de bestuurstaak waardoor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW wordt beoordeeld. Vgl. Hof den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4975. Ook het door een vennootschap laten aangaan van een lening met een andere aan de bestuurder verbonden (net opgerichte) vennootschap