

## Noot

**Over toerekening van strafrechtelijke verantwoordelijkheid binnen de raad van bestuur bij falend risicobeheer**Pieter Kortbeek<sup>1</sup>**I. INLEIDING**

1. Ondernemerschap vergt in deze tijden moed en doorzetting, en uiteraard ook het kunnen nemen van risico. Zonder het nemen van risico's is er immers geen innovatie en ontwikkeling van de onderneming mogelijk. Deze ondernemingsrisico's dienen echter verantwoord te zijn. Het komt toe aan het bestuur van de onderneming om er op toe te zien dat onverantwoorde risico's via een adequaat risicobeheer tijdig worden gedetecteerd, gerapporteerd en uiteindelijk geneutraliseerd. De aandacht voor risicobeheer is de laatste jaren, mede onder impuls van de financiële crisis sterk gegroeid, in die mate dat het thema onderdeel is gaan uitmaken van het debat over behoorlijk vennootschapsbestuur (*corporate governance*)<sup>2</sup>.

Wanneer echter onverantwoorde ondernemingsrisico's worden genomen en het vervolgens misloopt zal het bestuur zich geconfronteerd weten met de vraag naar bestuurdersaansprakelijkheid, en desgevallend strafrechtelijke verantwoordelijkheid ingeval een strafbaarstelling werd overtreden. Vooral strafprocedures kunnen de werking van de onderneming ernstig verstoren (reputatieschade, discontinuïteit van de eigen organisatie en/of die van leveranciers, klanten, beïnvloeding van beurskoers, enz.). Een inverdenkingstelling zal vaak reeds een directe impact hebben. Navolgende veroordelingen van individuele leden van een raad van bestuur als strafrechtelijke deelnemers aan een misdrijf lok-

ken vaak reacties van onbegrip uit in het ondernemingsleven<sup>3</sup>. In het bijzonder wanneer het gaat om inbreuken op wet- en regelgeving (*compliance*-misdrijven) waarvoor geen opzetvereiste geldt. Deze situeren zich voornamelijk op het operationele niveau van de vennootschap dat geleid wordt door het dagelijks bestuur. Bestuursleden binnen de raad van bestuur die zich oriënteren op de strategische koers en positionering van de onderneming zijn dan niet onmiddellijk beducht voor strafvorderingen tegen hun persoon. Het gegeven van de collegiale besluitvorming – en per definitie het ontbreken van een eigen beslissing van het individuele lid van de raad van bestuur – draagt bij tot het onbegrip over deze strafrechtspraak.

De twee hierboven weergegeven strafrechtelijke uitspraken, het arrest van het Gentse hof van beroep van 25 november 2011 en het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2012, zijn voor de ondernemingspraktijk van belang waar duidelijk een actieve toezichtsplicht wordt onderscheiden voor de raad van bestuur alsook haar individuele leden op het vlak van risicobeheer op het operationele niveau van de onderneming. Het niet voldoen hieraan wordt in het licht van de feitelijke omstandigheden gekwalificeerd als deelneming door onthouding in hoofde van de individuele bestuurder. Deze rechtspraak verdient dan ook nadere analyse<sup>4</sup>.

**II. CASUS EN RECHTSVRAGEN**

2. De eiser in cassatie, lid van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap, kwam op tegen een arrest van de 10<sup>de</sup> kamer van het hof van beroep te Gent van 25 november 2011. Dat had hem strafrechtelijk verantwoordelijk gesteld wegens strafbare deelneming aan de door de vennootschap begane inbreuken op de milieuvergunningen- en grondwater-

beheerwetgeving. Ten aanzien van de vennootschap zelf oordeelde het Gentse hof van beroep dat de strafvordering ondertussen vervallen was ingevolge haar ontbinding zonder vereffening door een met fusie door overname gelijkgestelde verrichting (art. 676, 2<sup>o</sup> W.Venn. en art. 20 V.T.Sv.)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel en Amsterdam, Simmons & Simmons LLP. Met dank aan prof. dr. Hans De Wulf (UGent, Financial Law Institute) en Mr. Patrick Waeterinckx (advocaat te Antwerpen, Monard-D'Hulst) voor hun opmerkingen op een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>2</sup> Zie voor België *Interne controle en risicobeheer – Richtlijnen in het kader van de wet van 6 april 2010 en de Belgische Corporate Governance Code 2009*, versie 10 januari 2011, consulteerbaar via [www.corporategovernancecommittee.be](http://www.corporategovernancecommittee.be).

<sup>3</sup> Zie H. LAGA, "Collegialiteit van bestuurders onder druk?", *De Tijd*, 13 september 2012. Zie ook M. WYCKAERT, "Editoriaal: bestuurdersaansprakelijkheid in de NV: over wetteksten en werkelijkheden", *TRV* 2012, 687, nr. 1.

<sup>4</sup> Zie ook de bespreking van deze arresten door S. DE GEYTER, noot onder Gent 25 november 2011, *TRV* 2012, 733-734 en S. CNUDE, "De bestuurder-natuurlijke persoon als strafbare deelnemer aan de misdrijven van de rechtspersoon: over kennis, invloed en onthouding", *RABG* 2013, 581-586. Zie voor een uitgebreid overzicht van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend: P. WAETERINCKX, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en zijn leidinggevenden*, Antwerpen, Intersentia, 2011.

<sup>5</sup> Gent 25 november 2011, hierna weergegeven, randnr. 3.

Deze vervallenverklaring ten aanzien van de rechtspersoon verhinderde het hof van beroep echter niet om individuele bestuurders, leden van de raad van bestuur van de naamloze vennootschap, strafrechtelijk verantwoordelijk te houden. Zij steunde daarbij op de volgende motivering:

*“De concrete vaststelling is dat de raad van bestuur wat betreft de naleving van de milieuzorgplicht en de verplichtingen inzake de waterzuivering in de te laste gelegde periode systematisch is tekortgeschoten in het voorzien van de nodige middelen en investeringen opdat in de bedrijfsexploitatie van de (naamloze vennootschap) deze verplichtingen konden worden nagekomen; aan economische motieven, c.q. besparingsoverwegingen, werd voorrang verleend. Waar de concrete uitwerking van de naleving van de milieuzorgplicht waarop de feitelijke gedragingen voorwerp van de tenlasteleggingen (...) een inbreuk vormen, niet binnen het beslissingsgebied van de raad van bestuur valt, blijkt uit de dossiergegevens dat het investeringsbeleid van en in de (naamloze vennootschap) wel een bevoegdheid van de raad van bestuur is.*

*Uit geen enkel element blijkt dat de (bestuurder) binnen de raad van bestuur heeft geprotesteerd tegen deze besluitvorming of dat de raad van bestuur hem niet zou gevolgd hebben indien hij voorstelde wel de nodige middelen te voorzien. Het niet vrijgeven van de voor de naleving van de gestelde milieuverplichtingen nodige middelen door niet te beslissen tot voldoende investering ter zake is een daad van deelneming in de zin van artikel 66 Strafwetboek.”<sup>6</sup>*

Een van de betrokken bestuurders stelde een cassatievoorziening in tegen het arrest van de appelrechters. Dit voorzag vooreerst in twee onderdelen die zich richtten op het feitenrelaas: de raad van bestuur van de naamloze vennootschap was geenszins geconfronteerd geweest met de moeilijkheden inzake milieuhandhaving en met de vraag tot het vrijmaken van daartoe nodige financiële middelen. De feitelijke argumentatie van het hof van beroep werd door het Hof van Cassatie evenwel als juridisch sluitend weerhouden: het hof van beroep had vastgesteld dat de raad van bestuur kennis had van de verplichtingen inzake milieuhandhaving, maar niet de nodige middelen had vrijgemaakt om deze verplichtingen na te leven<sup>7</sup>. Het Hof van Cassatie gaat als niet-feitenrechter niet na – de cassatiemiddelen hadden daarop overigens geen betrekking of het hof van beroep terecht kon oordelen dat de raad van bestuur kennis had van de milieuhandhavingverplichtingen.

De bestuurder had echter daarnaast nog een derde onderdeel ontwikkeld:

*“Het niet vrijgeven van de nodige middelen, zoals door de appelrechters aangehaald, kan niet als een daad van deelne-*

*ming lastens (de bestuurder) worden beschouwd nu het vrijgeven van de nodige middelen geen beslissing is die (de bestuurder) alleen vermocht te nemen doch die slechts collegiaal kan worden genomen door de raad van bestuur. Een louter neutrale passiviteit of neutraal bijwonen van de uitvoering van een misdrijf kan geen strafbare deelneming door onthouding opleveren in de zin van de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek.*

*De appelrechters oordelen enkel dat niet blijkt dat eiser binnen de raad van bestuur heeft geprotesteerd tegen deze besluitvorming en dat evenmin blijkt dat de raad van bestuur hem niet zou gevolgd hebben indien hij voorstelde wel de nodige middelen te voorzien. Hierdoor wordt aan eiser enkel een passiviteit verweten bij het bijwonen van de vergaderingen van de raad van bestuur doch wordt geenszins vastgesteld dat de onthouding die door de appelrechters aan eiser wordt verweten opzettelijk is, een onontbeerlijke hulp tot het plegen van een misdrijf uitmaakte en het plegen van het strafbare feit heeft bevorderd door hiertoe ondubbelzinnig aan te sporen.”*

Het Hof van Cassatie oordeelde ten aanzien van dit onderdeel dat:

- *“op de raad van bestuur en de eiser als lid van die raad de positieve rechtsplicht rust om inzake de milieuzorgplicht en de verplichtingen inzake de waterzuivering te voorzien in de nodige middelen en investeringen opdat de vermelde verplichtingen kunnen worden nagekomen;*
- *de eiser zich heeft onthouden van de nakoming van deze rechtsplicht waarvan hij kennis had, daar uit geen enkel element blijkt dat hij binnen de raad van bestuur heeft geprotesteerd tegen de gebrekkige besluitvorming inzake het milieu-investeringsbeleid;*
- *eisers onthouding wetens en willens is gepleegd”<sup>8</sup>*

3. Lectuur van het feitenrelaas leert ons dat de milieu-inbreuken in casu ernstig waren en reeds lange tijd aansleepen. Een belangrijke vaststelling in deze zaak, wanneer we afstand nemen van de onderliggende feiten en ons concentreren op het derde onderdeel in cassatie zoals hierboven geciteerd, is dat helder tot uiting komt dat een individuele bestuurder van een naamloze vennootschap, lid van de collegiaal werkende raad van bestuur, door de strafrechter wordt beoordeeld als toezichthouder op de normconformiteit (*compliance*) binnen de onderneming<sup>9</sup>. De individuele bestuurder heeft daartoe een *positieve rechtsplicht* te vervullen, hetgeen een actief toezicht en opvolging veronderstelt. Deze rechtsplicht impliceert het efficiënt organiseren van de onderneming in functie van een adequaat risicobeheer. Wanneer dit toezicht en het risicobeheerssysteem binnen de

<sup>6</sup> *Ibid.*, randnr. 10.3.2.

<sup>7</sup> Cass. 5 juni 2012, P.11.2140.N, hierboven weergegeven, randnr. 3.

<sup>8</sup> *Ibid.*, randnr. 8.

<sup>9</sup> Zie ook H. DE WULF, *Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, p. 265, nr. 446; P. WAETERINCKX, o.c., Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 6, nr. 10.

onderneming falen, en het risico, als voorwerp van strafbaarstelling, zich materialiseert, komen naast de rechtspersoon individuele bestuursleden in het strafrechtelijk vizier.

Zo vormt, naast de burgerrechtelijke regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid (voor de naamloze vennootschap art. 527 e.v. W.Venn.), ook het weerhouden van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bestuurders een middel om ondernemingsrisico te alloceren. Net zoals deze burgerrechtelijke regels wordt echter ook de toepassing van de strafrechtelijke regels gekenmerkt door complexiteit, in de eerste plaats op het vlak van de schuldtoerekening. Duidelijk is onder meer het spanningsveld tussen het collegiale beslissingsmodel van de raad van bestuur van een naamloze vennootschap en de persoonlijke strafrechtelijke schuldtoerekening ten aanzien van de individuele bestuurder. Waar krachtens het vennootschapsrecht in beginsel enkel de raad van bestuur bevoegdheid heeft bestuursbeslissingen te nemen, zal de strafrechter zich concentreren op het gedrag van de individuele bestuurder, en kan deze – zonder dat een individuele handeling voorligt – strafrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden. De oordeelsvorming door de strafrechter gebeurt daarbij autonoom, hetgeen men aanduidt met de notie “strafrechtelijke autonomie”.

### III. AFLIJNING VAN HET BEGRIIP RISICOBEBEER

5. Algemeen wordt risico omschreven als de waarschijnlijkheid dat een ongewenste gebeurtenis zich voordoet, hetgeen onzekerheid inhoudt omtrent het zich al dan niet voordoen van de blootstelling aan dergelijke gebeurtenis<sup>10</sup>. Ondernemingen staan bloot aan veel verschillende risicofactoren. We denken dan niet alleen aan inbreuken op wet- en regelgeving zoals in deze casus op het vlak van milieuhandhaving (het zogenaamde *compliance*-risico), maar ook aan veiligheidsrisico's voor personeel en omgeving, gezondheidsrisico's, het risico dat bedrijfsonderdelen beschadigd worden door brand of natuurrampen, risico's met betrekking tot bijvoorbeeld investeringen, outsourcing, reputatie, verlies van intellectuele eigendomsrechten, veiligheid, corruptie, financiële risico's zoals die ten aanzien van wisselkoersen, prijzen van grondstoffen, rentetarieven, het aantrekken van financiering, enz. Het strafrechtelijk risico betreft daarbij een deelverzameling van het *compliance*-risico<sup>11</sup>.

Risicobehoor vergt vooreerst risico-identificatie en -analyse, de schatting van de waarschijnlijkheid dat ondernemingsrisico's zich zullen verwezenlijken alsook een inschatting

4. Dit spanningsveld tussen vennootschaps- en strafrecht leidt tot enkele concrete rechtsvragen: ten aanzien van welke concrete toetsingscriteria wordt het gedrag van individuele bestuurders binnen een collegiaal orgaan voor falend risicobehoor strafrechtelijk beoordeeld? Welk is het belang daarbij van specifieke kennis en interne taakverdeling? En wat met de verhouding tussen de raad van bestuur en het dagelijks bestuur of directiecomité aan wie bestuursbevoegdheid werd gedelegeerd? Kan dergelijke delegatie leiden tot een bevrijding van verantwoordelijkheid voor de leden van de raad van bestuur?

Op basis van de voormelde arresten beoogt deze bijdrage een analyse van deze rechtsvragen inzake strafrechtelijke toerekening teneinde te komen tot een afbakening van de strafrechtelijke gevarezone voor bestuurders bij falend risicobehoor. Hierna wordt vooreerst risicobehoor als begrip afgelijnd ten aanzien van de richtlijnen die ons door de Belgische Commissie Corporate Governance worden aangereikt. Vervolgens wordt de strafrechtelijke toerekening ten aanzien van de onderneming als rechtspersoon, en haar bestuursorganen belicht alsook de toetsingscriteria en hun jurisprudentiële invulling.

van de gevolgen daarvan, die vaak niet precies te bepalen zijn. De schattingen van de omvang van risico's en de beoordeling of het de moeite waard is om die risico's te nemen, worden bepaald door een kosten/batenanalyse, de wijze waarop die risico's door de betrokken personen worden gepercipieerd en de bereidheid van de betrokkenen om risico's te nemen<sup>12</sup>.

6. Uit onderzoek blijkt echter dat de analyse en navolgende beoordeling van ondernemingsrisico's door bestuurders vaak intuïtief gebeurt, in de literatuur aangeduid als *system 1 thinking*<sup>13</sup>. Dergelijke beoordeling wordt gekenmerkt door haar snelheid, automatisme en emotioneel karakter. Tijds- en werkdruk zetten bestuurders aan tot intuïtieve beoordelingen. Daartegenover staat het *system 2 thinking*, hetgeen een langzamer, inspanningsvol en rationeel beoordelingsproces veronderstelt. Dit doorloopt dan de volgende fases: bepaling van de risico's en hun gevolgen, identificatie en vaststelling van beoordelingscriteria (aanvaarding of beperking van risico), bepalen van de alternatieven voor de

<sup>10</sup>. C. VAN DER ELST en M. VAN DAELEN, “Risk management in European and American Corporate Law”, *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper, N° 122/2009, 7.

<sup>11</sup>. Zie ook E.J. LAMMERS, *Forensic Auditing in België*, Mechelen, Kluwer, 2013, 87.

<sup>12</sup>. D. STRIK, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room*, uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, 73, Deventer, Kluwer, 2010, 220.

<sup>13</sup>. D. STRIK, *o.c.*, 248.

oplossing van de problemen die het risico stelt, het nemen van de beslissing<sup>14</sup>.

Louter vertrouwen op intuïtieve besluitvorming houdt vanzelfsprekend zélf een aanzienlijk risico in op roekeloze beslissingen met nefaste gevolgen voor de onderneming. Het is daarom van belang om de beoordeling van risico's binnen de onderneming op systematische wijze te structureren. Wanneer we de verschillende bedrijfssectoren beschouwen zien we dat recent – onder impuls van de financiële crisis – vooral banken en andere financiële instellingen bijzonder veel aandacht besteden aan de uitbouw van een performant systeem van risicobeheersing. Elke onderneming, groot en klein binnen elke bedrijfssector, is evenwel gebaat met een adequaat risicobeheerssysteem teneinde de vooropgestelde bedrijfsdoelstellingen te bereiken.

7. Wat veronderstelt de uitbouw van een systeem van risicobeheersing concreet? Een referentiekader wordt ons aangereikt door de interne controle en risicobeheerlijnen van de Belgische Commissie Corporate Governance<sup>15</sup>. Deze richtlijnen beogen een invulling van de principes inzake risicobeheer opgenomen in de Belgische Corporate Governance Code 2009 (Code 2009). Niettegenstaande het toepassingsgebied van de Code 2009 zich beperkt tot beursgeno-

teerde vennootschappen, zijn de voormelde richtlijnen inzake interne controle en risicobeheer van belang voor elke onderneming<sup>16</sup>. Samengevat omvat een basis risicobeheersproces de volgende fasen<sup>17</sup>:

- vastleggen van de doelstellingen van het risicobeheerssysteem (strategisch, operationeel, kwaliteit van financiële informatie, naleving van wet- en regelgeving);
- risico-identificatie;
- risicoanalyse;
- risicobehandeling;
- evaluatie van het risicobeheerssysteem.

Deze richtlijnen, samen gelezen met de principes 1.2, 1.3 en 6.5 van de Code 2009, voorzien ook in een duidelijke taakverdeling tussen de raad van bestuur en het uitvoerend management. De raad van bestuur beslist over de risicobereidheid van de onderneming, de doelstellingen inzake risicobeheer, en houdt toezicht op de implementatie van het risicobeheerssysteem door het uitvoerend management<sup>18</sup>. Waar de individuele risico's beheerd worden door het uitvoerend management op het operationele niveau van de onderneming, zal op niveau van de raad van bestuur analyse en beoordeling van de geaggregeerde risico's plaatsvinden in het kader van zijn toezichtsfunctie<sup>19</sup>.

#### IV. OVER STRAFRECHTELIJKE TOEREKENING TEN AANZIEN VAN DE NAAMLOZE VENNOOTSCHAP EN HAAR BESTUUR

##### 1. Algemeen: het corporatief schuldpatroon bij falend risicobeheer

8. Wanneer het beheer van strafrechtelijke gesanctioneerde compliancerisico's faalt en de gevolgen daarvan zich materialiseren komen burgerrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke verantwoordelijkheid ten aanzien van de vennootschap en haar bestuur als mechanismen van risicoallocatie op de voorgrond. De kosten die door het gematerialiseerde risico worden veroorzaakt dienen burgerrechtelijk te worden gecompenseerd en, indien strafformen werden overtreden,

stelt zich de vraag naar strafrechtelijke sanctionering. Aldus vindt toerekening van het gematerialiseerde risico plaats.

9. In overeenstemming met artikel 5, eerste lid Sw. kan een misdrijf *materieel* worden toegerekend aan een rechtspersoon als het misdrijf hetzij een intrinsiek verband heeft met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, het voor zijn rekening is gepleegd. Maar niet elke gebeurtenis die een intrinsiek verband heeft met het doel, de belangen of voor rekening van de rechtspersoon leidt tot

<sup>14</sup> M.H. BAZERMANN en D. MOORE, *Judgment in managerial Decision Making*, John Wiley & Sons, Inc. 2009, p. 2-3; U. CLAASSEN, *Handboek risicomangement. ERM plus: een praktische toepassing van het COSO ERM*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 27. In de literatuur refereert men ook naar de *risk management cycle*. Zie C. VAN DER ELST en M. VAN DAELEN, *o.c.*, 9.

<sup>15</sup> Zie vn. 2.

<sup>16</sup> Interne controle en risicobeheerlijnen, Belgische Commissie Corporate Governance, p. 10-11.

<sup>17</sup> Interne controle en risicobeheerlijnen, Belgische Commissie Corporate Governance, p. 12.

<sup>18</sup> Principes 1.2 en 1.3 Code 2009: "De raad van bestuur beslist over de waarden en de strategie van de vennootschap, over haar bereidheid om risico's te nemen en over de voornaamste beleidslijnen (...) Met betrekking tot zijn verantwoordelijkheden inzake toezicht dient de raad van bestuur op zijn minst: – een kader goed te keuren van interne controle en risicobeheer, opgesteld door het uitvoerend management; – de implementatie van dit kader te beoordelen, rekening houdend met de beoordeling van het auditcomité; – de belangrijkste kenmerken van de interne controle- en risicobeheersingsystemen van de vennootschap te beschrijven en openbaar te maken in de Verklaring inzake Corporate Governance"; Principe 6.5 Code 2009: "Het uitvoerend management moet minstens: – zorgen voor de totstandkoming van interne controles (dit zijn systemen voor het identificeren, evalueren, beheren en opvolgen van financiële en andere risico's), onverminderd de toezichhoudende rol van de raad van bestuur; gebaseerd op het kader dat goedgekeurd werd door de raad van bestuur." De Code Buyse II voor niet-beursgenoteerde ondernemingen voorziet eveneens in deze opsplitsing van verantwoordelijkheid, zie aanbeveling 8.1: "Het is de taak van de raad van bestuur om de politiek inzake risicobeheer van de onderneming te bepalen. De raad van bestuur baseert zich hiervoor op de identificatie en de analyse van de risico's die door het management is uitgevoerd. Aan het management wordt het beheer van de risico's toevertrouwd.", te consulteren via [www.codebuyse.be](http://www.codebuyse.be).

<sup>19</sup> C. VAN DER ELST en M. VAN DAELEN, *o.c.*, 11.

diens strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Ook het moreel bestanddeel moet ten aanzien van de rechtspersoon vervuld zijn<sup>20</sup>. De beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon gebeurt daarbij autonoom ten opzichte van die van de natuurlijke personen die voor de vennootschap hebben gehandeld of dit hebben nagelaten<sup>21</sup>.

De rechtspraak toetst het moreel element aan twee criteria: ofwel volgt de verwezenlijking van het misdrijf uit een *wetens en willens* genomen beslissing binnen de vennootschap, ofwel is deze het gevolg van een binnen de vennootschap gepleegde nalatigheid<sup>22</sup>. Het moreel bestanddeel moet niet worden vastgekleefd aan een bepaalde geïdentificeerde natuurlijke persoon. Dat betekent vanzelfsprekend niet dat de rechter geen rekening moet houden met de houding van natuurlijke personen-bestuurders binnen de vennootschap. Hij mag zulks wel degelijk doen en hij dient zich daarbij niet te beperken tot de bestuursorganen of leidinggevende personen<sup>23</sup>.

Blijkens de parlementaire voorbereiding bij de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen viseert de wetgever daarbij specifiek de hypothese van falend risicobeheer *“het schuldelement zal moeten worden beoordeeld, rekening houdend met de kenmerken die eigen zijn aan een rechtspersoon. Aangevoerd zal moeten worden hetzij dat het misdrijf voortkomt uit een opzettelijke beslissing genomen bij de rechtspersoon hetzij dat er nalatigheid is op het niveau van de rechtspersoon die in causaal verband staat met het misdrijf. Men beoogt de hypothese waarin een gebrekkige interne organisatie van de rechtspersoon, onvoldoende veiligheidsmaatregelen of onredelijke budgettaire beperkingen de voorwaarden gecreëerd hebben die het misdrijf mogelijk hebben gemaakt”*<sup>24</sup>.

Waeterinckx duidt dit moreel element aan als het corporatief schuldpatroon, wat, vooral in het geval misdrijven die geen opzet vereisen om te leiden tot strafbaarheid<sup>25</sup>, zal blijken uit systeembepalende gebrekkige ontwikkelingen binnen de vennootschap op het vlak van risicobeheer en interne organisatie, die groter zijn dan de som van de individuele schuldelen van de natuurlijke personen-bestuurders binnen de vennootschap<sup>26</sup>. De morele toerekenbaarheid wordt daarbij getoetst ten aanzien van de organisatie- en zorgplichten voortvloeiend uit wet- en regelgeving waarmee de vennoot-

schap zich als normadressaat geconfronteerd weet. De vraag is dan concreet of de vennootschap als een normaal voorzichtig rechtspersoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, heeft gehandeld<sup>27</sup>.

**10.** In de voorliggende casus werd de strafvordering ten aanzien van de naamloze vennootschap echter vervallen verklaard ingevolge haar ontbinding zonder vereffening door een met fusie door overname gelijkgestelde verrichting (art. 676, 2° W.Venn. en art. 20 V.T.Sv.). Deze vaststelling verhinderde het Gentse hof van beroep evenwel niet om de samenloop te onderzoeken. Zowel de hoofddaad door de vennootschap, als de deelnemingsdaden door de individuele bestuurders werden *wetens en willens* gepleegd, hetgeen de appelrechter ertoe leidde toepassing te maken van artikel 5, tweede lid, tweede zin Sw.: *“Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.”*<sup>28</sup>. Als gevolg van de voormelde vervalvenverklaring werden echter enkel de individuele bestuurders effectief veroordeeld. Het hof van beroep oordeelde zo overeenkomstig de vigerende cassatierechtspraak, immers het feit dat de vennootschap-rechtspersoon niet strafrechtelijk wordt vervolgd, ontslaat de strafrechter er niet van om de samenloop met de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de natuurlijke persoon te onderzoeken<sup>29</sup>.

## 2. De verhouding tussen strafrechtelijke toerekening en de collegiale bestuursbevoegdheid binnen de naamloze vennootschap

**11.** Door de aard van het beslissingsmodel binnen de naamloze vennootschap is het onderzoek van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de bestuurders-natuurlijke personen, leden van de raad van bestuur, geen evidentie. In de naamloze vennootschap is de raad van bestuur als bestuursorgaan, krachtens de wet immers een collegiaal orgaan, waarvan de individuele leden in beginsel niet bevoegd zijn om zelfstandig bestuursbeslissingen te nemen (art. 521, eerste lid W.Venn.). Dit collegialiteitsbeginsel impliceert dat besluiten in beginsel genomen worden na gezamenlijke beraadslaging en dat de meerderheid de min-

<sup>20</sup>. D. VAN GERVEN, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht, IV, Rechtspersonen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 204.

<sup>21</sup>. Cass. 20 december 2005, P.05.1220.N, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>22</sup>. Cass. 30 april 2013, P.12.1290.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 20 april 2011, P.10.2026.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 17 december 2008, P.08.1233, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>23</sup>. *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 19-20; *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/1, 2. Zie ter zake ook P. WAETERINCKX, “De invloed van het gedrag van organen en andere leidinggevenden als beoordelingsfactor voor de morele toerekening van misdrijven aan de rechtspersoon. Een moeilijke evenwichtsoefening die soms flirt met de grenzen van afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid” (noot onder Cass. 23 september 2008), *RABG* 2009, 480.

<sup>24</sup>. *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/1, 5.

<sup>25</sup>. Zoals in deze zaak het geval was.

<sup>26</sup>. Zie Gent 16 oktober 2003 en Gent 17 oktober 2002, *onuitg.*, zoals aangehaald in P. WAETERINCKX, *o.c.*, 71.

<sup>27</sup>. Zie de onuitgegeven rechtspraak vermeld bij P. WAETERINCKX, *o.c.*, 72, vn. 267 en 268.

<sup>28</sup>. Cass. 22 juni 2011, P.10.1289.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 10 februari 2010, P.09.1281.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 8 november 2006, P.06.0060.F, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>29</sup>. Cass. 7 november 2012, *Dr.pén.entr.* 2013, afl. 1, 55; Brussel 18 mei 2011, *Soc.Kron.* 2011, afl. 6, 286; F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *Rev.dr.pén.* 2008, 190 e.v.

derheid verbindt. Een gezamenlijk bestuur, gevoerd door verscheidene personen met een verschillende achtergrond, ervaring en vorming, wordt door de wetgever voor grotere ondernemingen verondersteld beter te zijn dan bestuur gevoerd door één persoon aan wie een volledige bestuursbevoegdheid toekomt<sup>30</sup>.

Het principe van collegialiteit is met betrekking tot de bestuursbevoegdheid van de raad van bestuur van dwingend recht, de statuten van de naamloze vennootschap kunnen er niet van afwijken. Dit dwingend karakter verhindert evenwel niet dat bepaalde bestuursbevoegdheden worden gedelegeerd. Zo kan met uitzondering van het algemeen beleid van de vennootschap en de wettelijk voorbehouden bevoegdheden van de raad van bestuur bestuursbevoegdheid overgedragen worden aan het directiecomité (art. 524bis W.Venn.). Beslissingen inzake het dagelijks bestuur van de vennootschap, de operationele werking van de onderneming, kunnen worden overgedragen aan een orgaan van dagelijks bestuur (art. 525 W.Venn.). Dergelijke delegaties van bestuursbevoegdheid zijn relevant voor de vraag naar mogelijke bevrijding van strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de bestuursleden binnen de delegerende raad van bestuur. Dit aspect belichten we verder.

**12.** We concentreren ons eerst op de raad van bestuur als collegiaal orgaan. Dit collegiaal karakter stelt ons op het vlak van strafrechtelijke toerekening bij falend risicobeheer binnen een naamloze vennootschap op het eerste gezicht voor een ernstig probleem: er bestaat in het strafrecht geen collectieve strafrechtelijke verantwoordelijkheid, essentieel is immers het individuele karakter van de toerekening van de strafrechtelijke schuld. Dit kan ook nooit een afgeleide schuld zijn, waarbij men strafrechtelijk veroordeeld wordt wegens de schuld van een ander. De schuld dient op een concrete, geïndividualiseerde wijze te kunnen worden toegerekend aan diegene die strafrechtelijk wordt vervolgd<sup>31</sup>.

Nochtans mag dit probleem niet groter voorgesteld worden dan het in werkelijkheid is en mag men geen onjuist verband construeren tussen collegialiteit en collectieve verantwoordelijkheid. Het collegiale karakter van het NV-bestuur betekent dat beslissingen bij meerderheid moeten genomen worden, nadat ieder bestuurslid de mogelijkheid heeft gekregen om aan het debat over de te nemen beslissing deel te nemen. Het collegialiteitsbeginsel heeft dus essentieel betrekking op

het nemen van *beslissingen* en verhindert dat (de figuren van het dagelijks bestuur en de gedelegeerd bestuurder niet te na gesproken) een individuele bestuurder alleen beslissingen zou nemen die de vennootschap verbinden. Het collegialiteitsbeginsel doet natuurlijk geen afbreuk aan de regel dat elke bestuurder individueel zijn verplichtingen, gaande van bijvoorbeeld een discretieplicht over een niet-concurrentieplicht tot de hier relevante toezichtplicht (“*monitoring*”, *in casu* met het oog op compliance met de vereisten inzake milieurisicobeheersingssystemen), dient na te komen<sup>32</sup>. Dit wordt ook weerspiegeld in de burgerrechtelijke regels over bestuurdersaansprakelijkheid.

Bestuurders zijn in beginsel individueel aansprakelijk voor tekortkomingen in hun bestuur (art. 527 W.Venn.) en een bestuurder kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor zijn eigen, persoonlijke fout en niet voor de fouten van andere bestuurders. Dit strijdt op geen enkele wijze met het collegialiteitsbeginsel. Weliswaar brengt het collectieve besluitvormingsmodel (collegialiteit) bij de NV met zich mee dat alle beslissingen die niet door de gedelegeerd bestuurder genomen worden, collectieve beslissingen zullen zijn, zodat dergelijke beslissingen indien zij foutief blijken te zijn en het aandeel van een individueel lid in de fout niet kan onderscheiden worden van dat van een ander, *in solidum* aansprakelijkheid met zich mee zullen brengen. Die “solidaire” aansprakelijkheid verhindert evenwel geenszins dat een burgerrechtelijke eiser één of meer bestuurders “uitkiest” om er een schadeclaim tegen in te leiden. Dergelijke *in solidum* aansprakelijkheid kent geen strafrechtelijk equivalent – of het zou de aansprakelijkheid van alle bestuurders als mededaders of medeplichtigen moeten zijn. Maar het punt dat we hier willen maken is dat net zomin als de individuele aansprakelijkheid op burgerrechtelijk vlak uit artikel 527 W.Venn. in spanning leeft met het collegialiteitsbeginsel, de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid evenmin op gespannen voet leeft met dit burgerrechtelijke collegialiteitsbeginsel<sup>33</sup>.

Het vennootschapsrecht gaat evenwel verder, op een manier die in het strafrecht ondenkbaar is: artikel 528 W.Venn. bepaalt dat ingeval de fout een overtreding uitmaakt van de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen of de statuten van de vennootschap, de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn, zonder dat een individuele fout van elk van hen moet aangetoond worden: elke bestuurder is in beginsel

<sup>30</sup>. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 481 en 482.

<sup>31</sup>. Zie ook S. VAN OVERBEKE, “De bedrijfsleider als strafbare deelnemer: wanneer zwijgen instemmen wordt” (noot onder Cass. 2 september 2009), *RW* 2011-12, nr. 23, 1032.

<sup>32</sup>. Het collegialiteitsbeginsel verzet zich overigens evenmin tegen individuele rechten van bestuurders, zoals hun recht op voldoende informatie om hun beslissingen als lid van de raad van bestuur behoorlijk geïnformeerd te kunnen nemen.

<sup>33</sup>. Wel zijn we ons bewust van het menselijke aspect van deze problematiek: een bestuurder die lid is van een collegiaal orgaan kan het als “onrechtvaardig” ervaren dat alleen hij voor vervolging “er uit gepikt” wordt, terwijl in zijn ogen de andere bestuurders even zeer verantwoordelijk waren voor de feiten die het parket vervolgt. Zoals in de tekst aangegeven, is dit in burgerrechtelijke zaken evenwel niet anders: de schadelijder die meerdere hoofdelijk of *in solidum* aansprakelijke schuldenaars heeft, kan kiezen wie hij burgerrechtelijk aanspreekt. Anderzijds dient ook benadrukt dat veel bestuurders die individueel manifest in de fout gaan maar al te graag gebruik (misbruik) maken van de collegialiteit om hun strafrechtelijke verantwoordelijkheid te ontlopen. Dit is overigens één van de redenen geweest om de wet van 4 mei 1999 die de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon regelt, in te voeren (P. WAETERINCKX, *o.c.*, 12, nr. 17).

hoofdelijk aansprakelijk, wat dus impliceert dat men aansprakelijk kan zijn voor andersmans fout. Artikel 528, laatste lid W.Venn. voorziet evenwel in een disculpatiemechanisme dat een individuele beoordeling veronderstelt: de individuele bestuurder kan ontheven worden van aansprakelijkheid indien hij een driedig tegenbewijs levert: dat hij/zij niet aan de fout heeft deelgenomen, dat hem/haar daarbij geen schuld treft, én dat hij/zij de fout heeft aangeklaagd op de eerstvolgende algemene vergadering of zitting van de raad van bestuur nadat men er kennis van heeft gekregen.

**13.** Op strafrechtelijk vlak is een automatische toerekening (zij het met de mogelijkheid tot individuele disculpatie) zoals voorzien door artikel 528 W.Venn. zoals gezegd ondenkbaar. Er kan geen sprake zijn van een automatische strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de natuurlijke persoon, bijvoorbeeld op basis van diens functie binnen de vennootschap – een zogenaamde “functionele” strafrechtelijke verantwoordelijkheid<sup>34</sup>. Het lidmaatschap van de raad van bestuur volstaat niet om een misdrijf toe te rekenen aan een individueel bestuurslid aangezien het individuele en persoonlijke karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid de hoeksteen vormt van ons strafrecht<sup>35</sup>.

Het Gentse hof van beroep stelde in casu terecht vast dat de deelname van de individuele bestuurder “aan de raad van bestuur op zich niet (leidt tot) zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid en enkel de werkelijke rol (telt) die de (bestuurder) als lid van de raad van bestuur bij de collegiale besluitvorming heeft gespeeld; de verdediging van de (bestuurder) merkt terecht op dat er geen sprake mag zijn van een functionele strafrechtelijke toerekening”. De kwalificatie van de individuele bestuurder als strafrechtelijk deelnemer in toepassing van de artikelen 66 e.v. Sw. werd echter wel weerhouden door het hof van beroep. In de praktijk zien we dat de feitenrechtspraak deelneming steeds ruimer invult en zo individuele bestuurders binnen het collegiaal bestuursorgaan van de naamloze vennootschap treft<sup>36</sup>. Een onderzoek van de concrete toetsingscriteria die het Hof van Cassatie ter zake weerhoudt is dan ook van belang.

### 3. De individuele bestuurder binnen de raad van bestuur als strafrechtelijke deelnemer

#### 3.1. Algemene beginselen inzake strafrechtelijke deelneming

**14.** Strafrechtelijke deelnemers zijn zij die meewerken aan de realisatie van het misdrijf. De kwalificatie als deelnemer vereist het vervuld zijn van drie voorwaarden:

- een opzettelijk gepleegde en concreet strafbare hoofddaad die een misdrijf of wanbedrijf omvat;
- een bij wet voorziene wijze van deelneming (art. 66 en 67 Sw.);
- een specifiek deelnemingsopzet: het *wetens en willens* deelnemen.

Wat betreft de deelnemingswijze weerhoudt men in het ondernemingsstrafrecht vaak de deelneming door onthouding<sup>37</sup>. Dit onthoudingsgedrag dient dan het opzet te releveren om aan de uitvoering van dit misdrijf mee te werken of die uitvoering te vergemakkelijken<sup>38</sup>. Van deelname door onthouding kan slechts sprake zijn wanneer op de betrokkene een positieve rechtsplicht rust om een bepaalde handeling te doen verrichten of te voorkomen. Door diens opzettelijke onthouding wordt het plegen van het strafbare feit bevorderd<sup>39</sup>. Voorgewende passiviteit zal telkens op basis van de feiten nader moeten worden gekwalificeerd om strafbaar te kunnen zijn als deelnemingsvorm, bijvoorbeeld doordat uit de specifieke omstandigheden blijkt dat de geviseerde onthouding van de betrokkene bijdroeg tot de realisatie van het misdrijf<sup>40</sup>.

Inzake het deelnemingsopzet omvat *wetens* een dubbel weten. Ten eerste dient de deelnemer te weten dat hij zijn medewerking verleent aan een bepaalde misdaad of wanbedrijf; m.a.w. het opzet t.a.v. de deelneming. Ten tweede is er opzet t.a.v. het te plegen misdrijf wat inhoudt dat de deelnemer kennis heeft van alle omstandigheden die aan de handeling van de hoofddader, het kenmerk van een misdaad of wanbedrijf verlenen<sup>41</sup>. Het is echter niet voldoende dat de

<sup>34</sup>. F. VAN VOLSEM en B.J. MEGANCK, “Milieurecht en straf(proces)recht: een aantal bedenkingen met onder meer aandacht voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen”, *TMR* 2008, 771.

<sup>35</sup>. Cass. 9 oktober 1984, *Pas.* 1985, I, 194-195: “(...) beantwoordt niet naar recht de beslissing die een beklaagde veroordeelt in zijn hoedanigheid van directeur van een vennootschap zonder het persoonlijk feit vast te stellen waaruit zij de criminele deelneming als dader of mededader afleidt, noch de feitelijke omstandigheden waaruit blijkt dat de rechtspersoon heeft gehandeld door middel van de beklaagde”; Cass. 19 september 2007, P.07.0434.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Antwerpen 22 november 1984, *RW* 1985-86, 1850-1852, noot DE SWAEF; Brussel 24 april 1985, *RW* 1985-86, 882-884, noot DE SWAEF; Antwerpen 26 maart 1993, *TMR* 1993, 239-246. Zie ook P. WAETERINCKX, o.c., 8 en 15 (vn. 55).

<sup>36</sup>. P. WAETERINCKX, o.c., 18 e.v.

<sup>37</sup>. Zie bv. naast de geannoteerde arresten Cass. 2 september 2009, *RW* 2011-12, nr. 23, 1029: “Wanneer de appelrechters oordelen dat de opzettelijke passiviteit van een afgevaardigd bestuurder van een vennootschap het plegen van de misdrijven valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken bewust heeft bevorderd en dat zonder die afzijdigheid de misdrijven niet zouden zijn gepleegd, laten ze er geen twijfel over bestaan dat die afgevaardigd bestuurder als passieve deelnemer wel degelijk de bedoeling had om aan het plegen van deze misdrijven deel te nemen, en beslissen zij naar recht dat het verzuim om te handelen een onontbeerlijke hulp heeft uitgemaakt voor het plegen van deze misdrijven.” en Gent 1 juni 2012, *TMR* 2013, afl. 2, 213. Zie ook P. WAETERINCKX, o.c., 22 en vn. 83.

<sup>38</sup>. Cass. 17 december 2008, P.08.1233, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>39</sup>. Cass. 28 september 2010, *Arr.Cass.* 2010, p. 2328, nr. 554, met conclusie van eerste Adv.-Gen. DE SWAEF.

<sup>40</sup>. S. VAN OVERBEKE, “De bedrijfsleider als strafbare deelnemer: wanneer zwijgen instemmen wordt” (noot onder Cass. 2 september 2009), *RW* 2011-12, nr. 23, 1031. Zie ook Cass. 15 december 2009, P.10.0099.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 28 september 2010, aangehaald in vn. 39.

<sup>41</sup>. Cass. 28 juni 2005, P.05.0302, [www.cass.be](http://www.cass.be).

beklaagde wist dat zijn handeling(en) zou(den) bijdragen tot de verwezenlijking van een misdrijf, hij moest het als dusdanig ook nog willen<sup>42</sup>. Dader en deelnemer beogen via hun wilsovereenstemming rechtstreeks de verwezenlijking van een bepaald misdrijf<sup>43</sup>.

### 3.2. Toetsingscriteria ten aanzien van het individuele lid van de raad van bestuur

#### a) Deelnemingswijze: over onthouding tijdens het besluitvormingsproces binnen de raad van bestuur

15. De voorliggende zaak vormt een dergelijke toepassing van deelneming door onthouding. Centraal staat daarbij de beslissing van de raad van bestuur tot “niet-vrijgave van de voor de naleving van de gestelde milieuverplichtingen nodige middelen door niet te beslissen tot voldoende investering”. De aanknopng tussen deze beslissing en de kwalificatie van de individuele bestuurder als deelnemer overeenkomstig artikel 66 Sw. werd door het hof van beroep te Gent gevonden in het gegeven dat “uit geen enkel element blijkt dat de (bestuurder) binnen de raad van bestuur heeft geprotesteerd tegen deze besluitvorming of dat de raad van bestuur hem niet zou gevolgd hebben indien hij voorstelde wel de nodige middelen te voorzien”<sup>44</sup>. In deze laatste zinsnede worden door het hof van beroep twee elementen onderscheiden: onthouding tijdens de besluitvorming (het niet protesteren) en een beslissende invloed of gezag (het overwegend gewicht van het standpunt van de respectievelijke bestuurder binnen het besluitvormingsproces).

Het Hof van Cassatie concentreert in zijn navolgende arrest op het eerste element, de passiviteit van de bestuurder tijdens de besluitvorming, en benadrukt de positieve rechtsplicht inzake milieu-investeringsbeleid (meer algemeen: risicobeheer): “Het arrest geeft te kennen dat de eiser zich heeft onthouden van de nakoming van deze (positieve) rechtsplicht waarvan hij kennis had, daar uit geen enkel element blijkt dat hij binnen de raad van bestuur heeft geprotesteerd tegen de gebrekkige besluitvorming inzake het milieu-investeringsbeleid.”<sup>45</sup>.

16. Het eerste element onthouding kan niet los gezien worden van het vervullen van de positieve rechtsplicht tot toezicht op de naleving door de vennootschap van wet- en regelgeving inzake milieuhandhaving (*compliance* risico).

Deze rechtsplicht raakt aan de bestuursplicht tot het voorzien van een adequaat systeem van risicobeheer en de toezichtsfunctie van de raad van bestuur zoals hierboven gedeut<sup>46</sup>.

Wat opvalt is dat het Hof van Cassatie niet uitdrukkelijk het tweede element – “dat de raad van bestuur de bestuurder niet zou gevolgd hebben indien hij voorstelde wel de nodige middelen te voorzien” – herneemt in zijn oordeel. Cassatietechnisch lijkt dit element op het eerste gezicht dan een overtollige motivering van de appelrechters. Als blijkt dat er niet werd geprotesteerd tijdens het besluitvormingsproces binnen de raad van bestuur, en deze onthouding *wetens en wilens* misdrijfbevorderend is geweest (de delictuele toestand bleef voortbestaan), dient de rechter strafrechtelijk toe te rekenen.

Is de expliciete vermelding van het tweede element door de appelrechters – de beslissende invloed of gezag – dan irrelevant? In de besproken casus lijkt het antwoord bevestigend te moeten zijn: het niet protesteren op zich, zo lijkt ons uit het cassatiearrest te volgen, terwijl men wist dat op de vennootschap een plicht rustte tot doen van investeringen om haar milieuverplichtingen te kunnen handhaven, is voldoende om als strafrechtelijk deelnemer te kunnen worden aangeduid. Maar dat doet geen afbreuk aan het feit dat in andere casussen net de feitelijke beslissingsmacht van een bestuurder binnen de vennootschap, waarvan die bestuurder wilens en wetens geen gebruik maakt om het misdrijf te helpen voorkomen, op zich ook tot strafrechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Het is inderdaad niet denkbeeldig dat uit de feitelijke omstandigheden blijkt dat bestuurder in kwestie effectief zwaar weegt op de besluitvorming en deze op doorslaggevende wijze kan sturen. Een beslissende invloed, die uit de feiten zal blijken, is dan terdege relevant. Dit argument van het Gentse hof van beroep ligt ook in lijn met oudere rechtspraak die de “werkelijke gezagsdrager” binnen de onderneming viseert<sup>47</sup>. Dit gezagscriterium correspondeert dan met de bevoegdheid hetzij om delicten te voorkomen, hetzij om een einde te stellen aan een reeds bestaande delictuele toestand<sup>48</sup>.

Een (verwante maar) andere vraag is wanneer protesteren binnen het collegiaal bestuursorgaan het voortbestaan van een *compliance*-misdrijf zal verhinderen? In de hier besproken casus had men te maken met een voorzitter van een raad van bestuur die, net als elke andere bestuurder binnen de raad, de plicht had als lid van de raad *compliance*toezicht uit te oefenen en, indien hem ter kennis kwam dat de vennoot-

<sup>42</sup> J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 418 e.v.; F. VERBRUGGEN, “Strafbare voorbereidingshandelingen in België. Autopsie zonder lijk” in NVVS, *Vorbereidingshandelingen in het strafrecht*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 60.

<sup>43</sup> F. ROGGEN, “L’élément moral dans les infractions: une controverse obsolète” in F. ROGGEN (ed.), *Actualité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 29; R. LEGROS, “L’élément intentionnel dans la participation criminelle”, *Rev.dr.pén.* 1952-53, nr. 22, 127.

<sup>44</sup> Gent 25 november 2011, hierna weergegeven, randnr. 10.3.2.

<sup>45</sup> Cass. 5 juni 2012, P.11.2140.N, hierboven weergegeven, randnr. 8.

<sup>46</sup> Zie *supra*, Titel III.

<sup>47</sup> Zie de rechtspraak aangehaald in Ph. TRAEEST, “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, organen en medewerkers” in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 96, nrs. 18 e.v.

<sup>48</sup> Zie ook de rechtspraak aangehaald bij Ph. TRAEEST, *o.c.*, 97, nr. 18.

schap moest ageren om aan een milieuproblematiek te verhelpen, deze problematiek op de raad van bestuur ter sprake moest brengen<sup>49</sup>. Diezelfde bestuurder-voorzitter had evenwel, precies gezien het reeds vermelde collegialiteitsbeginsel, niet de juridische bevoegdheid om individueel tot de investeringen te beslissen die (minstens) nodig waren opdat de vennootschap aan haar milieuhandhavingsplichten zou kunnen voldoen. Waar dergelijke individuele beslissingsmacht ontbreekt, komt het ons voor dat “protesteren” op de raad van bestuur, juist het ter sprake brengen van de problematiek op de raad van bestuur en het doen van voorstellen ter zake, voldoende zou moeten zijn om de bestuurder tegen strafrechtelijke “complianceaansprakelijkheid” te beschermen. Dit kan alleen anders zijn wanneer de feitenrechter vaststelt dat de betrokken bestuurder weliswaar het probleem op de agenda geplaatst heeft, maar tegelijk zijn feitelijke macht binnen de vennootschap gebruikt heeft om te verhinderen dat de raad van bestuur daadwerkelijk de gepaste maatregelen nam of liet implementeren. Dan is er immers niet louter van onthouding meer sprake. Verder is het minstens theoretisch denkbaar dat een bestuurder die niet de juridische macht heeft om individueel aan het probleem van bijvoorbeeld milieuhandhaving te verhelpen, dit probleem plichtsgetrouw op de agenda van de raad zet, welke vervolgens niet de gepaste actie onderneemt, terwijl de bestuurder, die bijvoorbeeld tegelijk grootaandeelhouder is, volgens de feitenrechter feitelijk wél de individuele macht heeft om de gepaste maatregelen af te dwingen, maar deze willens en wetens niet gebruikt. Een feitenrechter zou enkel in erg uitzonderlijke omstandigheden, waar het feitenmateriaal een overweldigende steun biedt voor deze kijk op de werkelijkheid, tot dergelijke conclusie mogen komen, waarbij de autonomie van het strafrecht ingeroepen wordt om de juridische beslissingsbevoegdheid te negeren ten voordele van bewezen geachte feitelijke invloed.

### *b) Deelnemingsopzet: wetens en willens, bewust en buiten elke dwang*

17. In de voorliggende casus gaf het Gentse hof van beroep aan dat de invulling van het criterium *willens en wetens* neerkomt op *bewust en buiten elke dwang*. Het element “kennis”, het “weten”, is daarbij essentieel in de strafrechtelijke toetsing.

Collegiale besluitvorming veronderstelt dat de bestuurders met kennis van zaken deelnemen aan het debat. Daartoe komt aan elke bestuurder een recht op informatie toe waarvan de uitoefening deze in staat moet stellen effectief deel te

nemen aan de beraadslaging<sup>50</sup>. Van belang zijn dan ook – naast efficiënte communicatie- en rapporteringslijnen – de wijze van besluitvorming – gebeurt dit intuïtief (*system 1 thinking*) of via een logisch en rationeel beoordelingsproces (*system 2 thinking*)? Het volgen van laatstgenoemd uitgebreid beoordelingsproces bij complexe beslissingen biedt de mogelijkheid tot een meer diepgaand debat, en verhoogt de kans dat voor bepaalde bestuurders onbekende gegevens en risico’s kenbaar worden. De kwaliteit van de beraadslaging wordt zo verhoogd.

Een kwalitatieve beraadslaging binnen de raad van bestuur met kennis van zaken is belangrijk teneinde een navolgende strafrechtelijke toetsing te doorstaan. Vooral in strafzaken waarbij complexe ondernemings- en bestuursstructuren in het spel zijn vereist de toetsing van kennis, respectievelijk onwetendheid, een nauwkeurige feitenappreciatie. De rechter zal zich er daarbij voor moeten hoeden niet in de val te trappen van de *hindsight bias*, het verschijnsel dat kennis over de uitkomst van een bepaalde gebeurtenis bij een persoon de overtuiging doet toenemen dat hij de uitkomst daarvan ook had kunnen voorspellen indien hij niet had geweten wat de daadwerkelijke uitkomst is<sup>51</sup>. In een in dit opzicht bijzonder relevant arrest oordeelde het Antwerpse hof van beroep ter zake: “Een schuldigverklaring is maar mogelijk indien vaststaat dat de beklaagden hebben gehandeld met het vereiste (deelnemings)opzet. Er moet dan ook worden aangetoond dat de beklaagden wisten dat ze strafbaar handelden hetzij als dader, hetzij als deelnemer. Dat ze dat hadden moeten weten volstaat – behoudens als de wet het uitdrukkelijk bepaalt – niet. Daarbij dient men zich te hoeden voor *post factum-redeneringen*”<sup>52</sup>. Deze uitspraak verlaat duidelijk het strengere toetsingscriterium dat de beklaagde “had moeten weten dat het handelen kaderde in de realisatie van een misdrijf”, zoals (te) algemeen gehanteerd in oudere rechtspraak<sup>53</sup>.

Wanneer het niet weten het gevolg is van opzettelijke nalatigheid, moet strafbaarstelling evenwel mogelijk zijn, zelfs wanneer die opzettelijke nalatigheid geïsoleerd genomen niet strafbaar is doch slechts een burgerrechtelijke fout vormt. Veronderstel een bestuurder die weet dat “zijn” bedrijf milieugevoelige activiteiten uitoefent en dat er ter zake normen inzake vergunningen e.d.m. moeten gerespecteerd worden. Hoewel het bedrijf al een vol jaar de relevante milieuwetgeving, die strafrechtelijk gesanctioneerd is, overtreedt, weet de bestuurder daar niets van. De rechtbank stelt evenwel vast dat de vennootschap in het geheel niet beschikt over een systeem van interne controle, compliance en risico-beheersing dat haar in staat zou stellen de milieuproblema-

<sup>49</sup>. Een voorzitter is uiteraard, gezien zijn agendazettingsfunctie, beter geplaatst dan andere bestuurders met uitzondering misschien van de gedelegeerd bestuurder om onderwerpen op de raad van bestuur ter sprake te brengen.

<sup>50</sup>. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Brugge, die Keure, 2005, 488.

<sup>51</sup>. M.H. BAZERMANN en D. MOORE, *Judgment in managerial Decision Making*, John Wiley & Sons, Inc. 2009, p. 38-39.

<sup>52</sup>. Antwerpen 10 februari 2011, *RABG* 2011, 987, noot P. WAETERINCKX, “Even after the event the fool is wise”.

<sup>53</sup>. Cass. 26 september 2006, *Arr. Cass.* 2006, p. 1822, nr. 439. Zie ook C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Deel I, Antwerpen, Maklu, 2009, 329-332.

tiek te beheersen en waar nodig onder de aandacht van het bestuur te brengen. Alle experts en tengevolge daarvan ook de rechtbank zijn het erover eens dat het totaal ontbreken van enig ernstig compliancesysteem op dit vlak een burgerrechtelijke fout uitmaakt. Het betreft geen randgeval, de vennootschap had elementaire beginselen inzake een compliancesysteem volledig genegeerd. Zij zijn het er (evenwel) ook over eens dat het ontbreken van dergelijk systeem op zich niet strafbaar is. De begane milieuovertredingen zijn wel strafbaar in hoofde van de rechtspersoon. Kan men in dergelijk geval de onwetende bestuurders aanspreken als strafrechtelijke deelnemers ook al wisten zij niets over de concrete milieuovertredingen? Volgens ons wel, indien vaststaat dat, indien er een compliancestelsel was geweest, de bestuurders van de milieuproblemen op de hoogte waren geweest. Burgerrechtelijk is er geen twijfel dat zij hadden moeten weten dat er milieuproblemen waren, en strafrechtelijk staat vast dat indien zij daadwerkelijk geweten hadden dat er milieuproblemen waren, zij zich niet van elke actie hadden mogen onthouden. De georganiseerde onwetendheid wijst er immers op dat de bestuurders wetens en willens aan het milieumisdrijf hebben meegewerkt: zij hebben toegelaten dat de vennootschap zich zo organiseerde dat zij niet konden weten wanneer ze moesten ingrijpen om schendingen van strafrechtelijk gesanctioneerde milieunormen te helpen voorkomen. Voor alle duidelijkheid voegen we er aan toe dat een hypothese zoals deze in de besproken casus niet aanwezig was: het Gentse hof van beroep achtte het bewezen dat de beschuldigde bestuurder wél degelijk wist dat er milieuproblemen waren (en vervolgens niet geprotesteerd had binnen het bestuur).

Belangrijk is ook de vraag in welke mate het bezit van specifieke kennis doorweegt op de appreciatie van het deelnemingsopzet. Het is verdedigbaar om naast een redelijkerwijze te verwachten deskundigheid ook specifieke voorkennis in deze beoordeling mee te nemen (bv. over een specifieke gevaartoestand waaraan de vennootschap is blootgesteld)<sup>54</sup>. De concrete kennis van de bestuurder ten tijde van het misdrijf is belangrijk. Wanneer men deel uitmaakt van bijzondere comités zoals het audit- of remuneratiecomité is het logisch de daar verworven kennis ook in rekening te nemen bij deze appreciatie<sup>55</sup>.

### c) Bevrijding van strafrechtelijke verantwoordelijkheid door delegatie

**18.** Hoger wezen we reeds op de mogelijke verdeling van bestuursbevoegdheid binnen de naamloze vennootschap tussen de raad van bestuur en het directiecomité (art. 524bis W.Venn.) en het orgaan van dagelijks bestuur (art. 525 W.Venn.). De vraag rijst in welke mate dergelijke delegatie een invloed heeft op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bestuursleden binnen de raad van bestuur.

Strafrechtelijke delegatie houdt in dat de potentiële strafrechtelijke verantwoordelijkheid wordt gekanaliseerd naar de gedelegeerde en bijgevolg voor de delegataris een feitelijk verweer ontstaat tegen strafrechtelijke verantwoordelijkheid<sup>56</sup>. Essentieel houdt delegatie de overdracht van leiding en toezichtstaken in naar leidinggevende personen binnen de onderneming die daarvoor het meest geschikt zijn. Een zorgvuldige delegatie van bevoegdheden toont goede bedrijfsorganisatie aan<sup>57</sup>. In het kader van deze bijdrage richten we ons inzake delegatie enkel op het perspectief van de naamloze vennootschap<sup>58</sup>.

Algemeen vereist een geldige strafrechtelijke delegatie dat:

- deze zonder fout en bedrog plaatsvindt;
- deze gericht is op een welbepaalde deelactiviteit;
- de delegatie duidelijk en expliciet is;
- de gedelegeerde de delegatie van bevoegdheden heeft aanvaard en volledig op de hoogte werd gebracht van de grenzen en de omvang van zijn opdracht;
- de delegatie een effectieve overdracht van bevoegdheden inhoudt;
- de persoon aan wie wordt gedelegeerd, de bekwaamheid, het gezag en de nodige middelen bezit om zijn opdracht uit te voeren; en
- er regelmatig toezicht wordt ugeoefend op de uitvoering van de gedelegeerde taken van leiding en toezicht<sup>59</sup>.

**19.** Belangrijk is dat niet wordt aanvaard dat de raad van bestuur op algemene wijze al zijn bevoegdheden zou delegeren. Delegatie kan immers slechts een deelactiviteit betreffen. Opnieuw bestaat echter een spanningsveld tussen de strafrechtelijke autonomie die de strafrechter een ruime mate van beoordelingsvrijheid toelaat en de grenzen die het vennootschapsrecht oplegt.

Zo zal een delegatie aan het directiecomité weliswaar onmogelijk betrekking kunnen hebben op het algemene beleid van

<sup>54</sup>. Ph. TRAEST, *o.c.*, p. 95, nr. 17.

<sup>55</sup>. Zie in die zin ook S. DE GEYTER, noot onder Gent 25 november 2011, *TRV* 2012, 734.

<sup>56</sup>. S. VAN DYCK, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen: wie, wanneer en wat met de natuurlijke persoon?" in R. BLANPAIN en R. TAS (eds.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 285.

<sup>57</sup>. Ph. TRAEST, *o.c.*, 107, nr. 31.

<sup>58</sup>. Zie voor een diepgaande bespreking van dit leerstuk: S. VAN DYCK en V. FRANSSSEN m.m.v. F. PARREIN, "De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer", *TRV* 2008, 637 e.v.; P. WAETERINCKX, *o.c.*, 127 e.v.; A. JANSSEN, "Délégation de pouvoirs dans l'entreprise et risque pénal: un état des lieux", *RPS* 2013, nr. 7080, 24-62.

<sup>59</sup>. P. WAETERINCKX, *o.c.*, 139-140.

de vennootschap. Minder eenduidig is echter de strafrechtelijke beoordeling in geval van een delegatie die betrekking heeft op het stellen van specifieke handelingen die exclusief aan de raad van bestuur werden voorbehouden<sup>60</sup>. Gelet op de strafrechtelijke autonomie zou een dergelijke delegatie bevrijdend kunnen werken<sup>61</sup>. Veel zal daarbij afhangen van de feitenappreciatie door de strafrechter.

Wat betreft de delegatie aan het orgaan van dagelijks bestuur zal deze overeenkomstig de vennootschapsrechtspraak noodzakelijkwijze beperkt zijn tot handelingen of verrichtingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, en/of de behoeften die om reden zowel van het minder belang dat ze vertonen, als van de noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen. Dit

zal in het licht van de aard en de activiteit van de vennootschap worden beoordeeld<sup>62</sup>. In het strafrecht geldt echter opnieuw de vrije beoordeling van de delegatie door de strafrechter op grond van de strafrechtelijke autonomie<sup>63</sup>.

20. Een tweede belangrijke vaststelling is dat delegatie, ook vanuit strafrechtelijk perspectief, een toezichtsverplichting blijft inhouden voor de raad van bestuur als delegataris. Wanneer bijgevolg risico's zich materialiseren bij falend risicobeheer op het operationeel niveau zal een feitelijk verweer tegen strafrechtelijke verantwoordelijkheid slechts sluitend zijn in de mate dat de bestuursleden kunnen aantonen dat zij binnen de raad van bestuur hun toezichtsfunctie zorgvuldig hebben uitgevoerd.

## V. EVALUATIE

21. De regels inzake strafrechtelijke verantwoordelijkheid, zijn net als deze inzake bestuurdersaansprakelijkheid, een instrument om ondernemingsrisico te alloceren. De toenemende eisen inzake naleving van wet- en regelgeving (*compliance*) die vandaag aan ondernemingen worden gesteld vergroten het belang van een adequaat systeem van risicobeheersing teneinde blootstelling aan strafrechtelijke sanctionering te beperken. De interne controle en risicobeheerlijnen van de Commissie Corporate Governance reiken daartoe een referentiekader aan.

De geannoteerde arresten van het hof van beroep te Gent en het Hof van Cassatie wijzen nogmaals op het belang van een adequate uitoefening van de toezichtsfunctie door de raad van bestuur binnen de naamloze vennootschap. Een gebrekig toezicht kan individuele bestuurders als leden van dit collegiaal bestuursorgaan verrassend in de strafrechtelijke gevarezone brengen via de strafrechtelijke toerekening door deelneming. De perimeter van deze gevarezone wordt daarbij bepaald door de invulling van de criteria deelnemingswijze en -opzet. Het individueel gedrag van de

bestuurder binnen het collegiaal besluitvormingsproces, als ook de concrete kennis in hoofde van de bestuurder zijn daarbij de belangrijkste criteria die de drempel voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de bestuurder bepalen.

Deze rechtspraak vormt een correcte toepassing van de strafrechtelijke deelnemingsfiguur. De invulling van de deelnemingscriteria zal door de feitenrechtspraak evenwel zeer nauwkeurig dienen te gebeuren waarbij de complexiteit van het ondernemingsleven niet mag worden genegeerd. Vaak zal het strafproces immers slechts een bepaald deelaspect van het totale bedrijfsproces betreffen waarin het strafrechtelijke risico is gematerialiseerd. Men heeft dan de neiging om het handelen van het bestuur aan een microscopisch onderzoek te onderwerpen en aan bepaalde feitelijke omstandigheden een buitenproportioneel gewicht toe te kennen. Succesvol ondernemen is echter onmogelijk zonder het nemen van risico's, deze dienen evenwel verantwoord te zijn. Binnen de *board room* dient men daar zorgvuldig op toe te zien.

<sup>60</sup>. Zo onder meer het opstellen van een inventaris en de jaarrekening (art. 92, § 1 W.Venn.) en van het jaarverslag (art. 95 W.Venn.), het bijeenroepen van de algemene vergadering met de verplichting daartoe op verzoek van de aandeelhouders die 1/5 van het kapitaal vertegenwoordigen (art. 532 W.Venn.), de verplichting tot bijeenroeping van de algemene vergadering in geval van aanmerkelijke verliezen (art. 633 W.Venn.), de aanwending van het toegestaan kapitaal (art. 603 W.Venn.), de inkoop van eigen aandelen, de beslissing over de uitkering van een interimdividend (art. 618 W.Venn.), het opstellen van een fusiesplitsingsvoorstel, de bevoegdheid om de goedkeuring van de jaarrekening met drie weken uit te stellen (art. 555 W.Venn.), het antwoord geven op de vragen die gesteld worden door de aandeelhouders op de algemene vergadering, de verplichting tot het opstellen van bijzondere verslagen in het kader van besluiten die door de algemene vergadering moeten worden genomen (inbreng, quasi-inbreng, opheffing van voorkeurrecht, uitgifte van aandelen onder nominale of fractiewaarde van de bestaande aandelen, wijziging van de respectieve rechten verbonden aan bepaalde categorieën van aandelen, doelwijziging, omzetting).

<sup>61</sup>. P. WAETERINCKX, *o.c.*, 136.

<sup>62</sup>. Cass. 26 februari 2009, *TBH* 2009, 948, noot E. POTTIER en A. BERTRAND; Cass. 21 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 463; Brussel 14 april 2000, *RPS* 2000, 362. Zie ook W. GOOSSENS, "Bevoegdheden dagelijks bestuurder beperkt door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 26 februari 2009), *RW* 2009-10, 1131.

<sup>63</sup>. Zie vn. 54.