

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van personen bij overtredingen van het mededingingsrecht

78

In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre bestuurders en werknemers van een onderneming *persoonlijk* civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn wegens hun betrokkenheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen. Het antwoord op de vraag is nog niet of nauwelijks aan de orde gekomen in de jurisprudentie en rechtsliteratuur. Op voorhand is het geen uitgemaakte zaak dat dergelijke functionarissen *persoonlijk aansprakelijk* kunnen zijn, omdat de mededingingsrechtelijke verboden zich uitsluitend richten tot ondernemingen en niet tot bestuurders of werknemers. In zoverre vraagt de beantwoording om een andere benadering dan de civielrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen. Ook het kader van de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van functionarissen bij mededingingsrechtelijke overtredingen kan niet een-op-een gekopieerd worden om deze vraag te beantwoorden.

De auteur betoogt aan de hand van het leerstuk van *secundaire aansprakelijkheid* dat functionarissen inderdaad *persoonlijk* civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn wegens hun betrokkenheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen. De auteur behandelt verder in welke gevallen dit aan de orde kan zijn en enig andere consequenties van deze conclusie.

1. Inleiding

Deze bijdrage behandelt de vraag in hoeverre medewerkers van een onderneming *persoonlijk* aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schade als gevolg van hun betrokkenheid bij overtredingen van het mededingingsrecht. Tot nu toe hebben Nederlandse rechters zich nog niet over deze vraag uitgelaten. Ook in de rechtsliteratuur is de civielrechtelijke aansprakelijkheid² van medewerkers en bestuurders voor overtredingen van het mededingingsrecht nauwelijks besproken.³ Toch is de kans dat werknemers van ondernemingen hier in de praktijk mee te maken krijgen niet slechts hypothetisch: in 2007 werden in een schadevergoedingsprocedure 21 bestuur-

ders van een vennootschap *persoonlijk* aansprakelijk gesteld voor een schending van het mededingingsrecht.⁴ Wegens een succesvol verjaringverweer kwam de rechtbank echter niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurders.

Het past geheel binnen de huidige trends in het mededingingsrecht dat een bestuurder of een werknemer van een bedrijf (hierna tezamen: 'functionarissen') *persoonlijk* civielrechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden voor zijn betrokkenheid bij overtredingen van het mededingingsrecht.⁵ Ten eerste is een toename in de civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van schadeclaims één van de speerpunten van het mededingingsbeleid van de Europese Commissie. Een belangrijke reden hiervoor is dat de dreiging van schadeclaims, naast de boetedreiging, het nog onaantrekkelijker moet maken om het mededingingsrecht te overtreden. De verwachting is dat de Commissie op korte termijn specifieke regelgeving zal voorstellen om een groei in de civielrechtelijke handhaving te bewerkstelligen.⁶ Ten tweede kunnen in Nederland sinds 1 oktober 2007 zowel opdrachtgevers van, als feitelijk leidinggevenden aan overtredingen van het mededingingsrecht, *persoonlijk* beboet worden door de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'). Het idee hierachter is dat indien natuurlijke personen zelf gesanctioneerd kunnen worden, zij het wel uit hun hoofd laten om (bijvoorbeeld) het kartelverbod te schenden.⁷ De invoering van de mogelijkheid feitelijk leidinggevenden van ondernemingen *persoonlijk* te beboeten, is bovendien een nieuwe stap in de richting van de criminalisering van het mededingingsrecht.⁸ Kortom, de trend is zowel dat civielrechtelijke handhaving toeneemt, als dat functionarissen *persoonlijk* bestuursrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor overtredingen van het mededingingsrecht. Een voor de hand liggende volgende stap is dat slachtoffers van bijvoorbeeld een kartel, schadevergoedingsprocedures beginnen tegen functionarissen wegens hun betrokkenheid bij dit kartel. In dit artikel wordt besproken in hoeverre dit mogelijk is.

1. C.M.H.M. (Mart) Kneepkens is advocaat te Amsterdam.
2. De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade die slachtoffers van bijvoorbeeld een kartel hebben geleden, betreft de *externe* aansprakelijkheid van functionarissen. Deze moet worden onderscheiden van de *interne* aansprakelijkheid die (feitelijke) bestuurders hebben jegens de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn (art. 2:9 BW). Dit artikel behandelt deze interne aansprakelijkheid niet. In dit artikel wordt met de term 'civielrechtelijke aansprakelijkheid' gedoeld op de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een onrechtmatige daad.
3. Zie voor een korte bespreking: 'Rechtbank Rotterdam 7 maart 2007, zaaknr. 243213/HA ZA 05-2163', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, nr. 6 (m.nt. J.M.M. van de Hel); K. Defares, J. Langer en R. Elkerbout, 'Kroniek Rechtspraak mededingingszaken 2007', *M&M* 2008, nr. 5.

4. Rb. Rotterdam 7 maart 2007, LjN BA0926, nr. 243213/HA ZA 05-2163.
5. Met 'het mededingingsrecht' wordt in dit artikel gedoeld op zowel art. 6 Mw en art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VwEU') (het verbod op mededingingsbeperkende afspraken/kartels), als art. 24 Mw en art. 102 VwEU (het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie).
6. Een concept van de Commissie voor een Raadsverordening hierover circuleert momenteel al in belanghebbende kringen.
7. Tot op heden zijn door de NMa aan dergelijke personen echter nog geen boetes opgelegd.
8. De eerste wetgevingsstappen in deze richting zijn reeds gezet, zie: *Kamerstukken II* 2008/09, Kamervragen nr. 1891, 24 maart 2009. Antwoord op vragen van het lid Ten Hoopen.

In de wetgeving en de rechtspraak zijn specifieke kaders uitgewerkt voor de aansprakelijkheid van ondernemingen en functionarissen voor boetes voor mededingingsrechtelijke overtredingen. Ook de wijze waarop met de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overtredende ondernemingen moet worden omgegaan, is grotendeels helder. Daarentegen zijn er nauwelijks concrete aanwijzingen in de regelgeving en jurisprudentie over de wijze waarop om moet worden gegaan met de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor functionarissen.

Hieronder zal eerst uiteen worden gezet op welke wijze de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen en functionarissen geregeld is. Vervolgens wordt ingegaan op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor mededingingsrechtelijke overtredingen. Uit deze uiteenzettingen blijkt waarom de civielrechtelijke aansprakelijkheid van functionarissen niet op dezelfde wijze geconstrueerd kan worden als die voor ondernemingen. Echter, een analyse van het leerstuk van de 'secondaire aansprakelijkheid' leert dat functionarissen persoonlijk civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn wegens hun betrokkenheid bij de schending van wettelijke verboden – zoals de mededingingsrechtelijke verboden – door een rechtspersoon. Dit leerstuk blijkt echter voor deze situaties nauwelijks uitgekristalliseerd en voor de praktijk lastig toepasbaar. Daarom probeer ik via een analyse van de rechtspraak en literatuur een algemene regel te formuleren voor de toepassing van dit leerstuk bij de schending van wettelijke verboden en vervolgens pas ik deze algemene regel toe op mededingingsrechtelijke overtredingen. Ten slotte wordt afgerond met enige slotopmerkingen en conclusies.

2. Boetes voor overtredingen het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht heeft als doel de concurrentie op de markt te waarborgen. Het idee is dat als gevolg van optimale concurrentie de consumenten kunnen profiteren van lagere prijzen, een hogere kwaliteit, een ruimer aanbod en innovatieve producten en diensten. Om dit doel te verwezenlijken bevat het mededingingsrecht, naast het fusiecontrolesysteem, twee verboden: (1) het verbod op concurrentie beperkende afspraken en (2) het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

2.1 Boetes voor ondernemingen

De twee mededingingsrechtelijke verboden zijn uitsluitend gericht tot ondernemingen. Kort gezegd duidt het begrip 'onderneming' een entiteit aan die een economische activiteit verricht.⁹ Het is een economisch begrip en haar rechtsvorm is irrelevant. De entiteit 'onderneming' hoeft dus geen (rechts)persoon te zijn. Toch is het van belang dat een mededingingsrechtelijke overtreding kan worden toegeschreven aan een bepaalde (rechts)persoon.

9. HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90 (*Höfner e.a./Macrotron*), r.o. 21.

Immers, indien een mededingingsautoriteit de verplichting om een boete te betalen, wil opleggen aan een overtreder dan kan zij dit uitsluitend doen aan een entiteit die (juridisch) drager kan zijn van rechten en plichten. In het mededingingsrecht is hiervoor het leerstuk van de 'toerekening' ontwikkeld. Op basis van dit leerstuk worden mededingingsrechtelijke overtredingen toegerekend aan de (rechts)persoon die de overtredende onderneming voert. Aan deze (rechts)persoon kan dan een boete worden opgelegd. In de praktijk betekent dit meestal dat de boete wordt opgelegd aan de rechtspersoon waarvan de werknemers betrokken zijn geweest bij de overtreding.¹⁰

2.2 Boetes voor functionarissen

Ten aanzien van functionarissen die betrokken zijn bij dergelijke overtredingen ligt de situatie geheel anders. Een werknemer of bestuurder is zelf geen onderneming en hij zal daarom het kartelverbod of het verbod op misbruik van dominantie niet kunnen overtreden. Ook is de functionaris niet degene die de onderneming voert. Aan hem zal de overtreding van een onderneming dus ook niet worden toegerekend.

Toch kunnen functionarissen worden gesanctioneerd wegens hun betrokkenheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen van de onderneming waarvoor zij werken. Op basis van art. 56 Mededingingswet ('Mw') kunnen opdrachtgevers van een feitelijk leidinggevenden aan mededingingsrechtelijke overtredingen beboet worden voor hun betrokkenheid bij deze overtredingen. In feite schept art. 56 Mw een aparte norm, aangezien de boete niet voortvloeit uit een schending door de opdrachtgever of leidinggevende van het kartel- of misbruikverbod. Immers, zoals hierboven vermeld, richten deze verboden zich uitsluitend tot ondernemingen.

De begrippen 'opdrachtgever' en 'feitelijk leidinggevende' zijn uit het strafrecht afkomstige begrippen (art. 51 Sr). Het begrip 'opdrachtgever' is eenduidig: het betreft de persoon die een specifieke opdracht heeft gegeven tot een handeling of nalaten die tot schending van het mededingingsrecht leidt. In de context van dit wetsartikel kwalificeren als 'feitelijk leidinggevenden' aan mededingingsrechtelijke overtredingen, personen die zowel hebben nagelaten maatregelen te treffen ter voorkoming van de mededingingsrechtelijke overtreding door de onderneming ondanks dat zij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden waren, als bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat deze overtredingen zich zouden voordoen.¹¹

10. Vaak wordt ook de rechtspersoon aan het hoofd voor betaling van de boete van de groep waarvan de overtredende rechtspersoon deel uitmaakt, aansprakelijk gesteld. Zie hierover recentelijk HvJ EU 10 september 2009, nr. C-97/08 (*Akzo Nobel/Commissie*).

11. Conform de criteria uit de *Slavenburg II*-beschikking: HR 16 december 1986, NJ 1987, 321, r.o. 5.1.1.

3. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen

De onderneming die het kartelverbod of misbruikverbod overtreedt, handelt in strijd met de wet en zal gewoonlijk een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW plegen. Deze overtreder zal in principe ook aansprakelijk zijn voor de schade die de onderneming bij derden heeft veroorzaakt. Wederom geldt echter dat alleen een (rechts)persoon een verplichting tot betaling (van een schadevergoeding) opgelegd kan worden (zie par. 2.1.). Dus ook voor het vaststellen van de civielrechtelijke aansprakelijkheid moet de vertaalslag van onderneming naar (rechts)persoon gemaakt worden. Deze vertaalslag wordt gemaakt door de onrechtmatige daad van een onderneming als gevolg van een overtreding van bijvoorbeeld het kartelverbod, toe te schrijven aan de (rechts)persoon die deze onderneming voert.¹²

De mededingingsrechtelijke leerstukken van de toerekening van aansprakelijkheid van ondernemingen voor enerzijds *boetes* en anderzijds voor *schade*, komen dus grotendeels overeen: de rechtspersoon die de overtredende onderneming voert, wordt aansprakelijk gehouden.¹³

Echter, de bestuursrechtelijke sancties voor *functionarissen* wegens hun betrokkenheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen vloeit niet voort uit een persoonlijke schending van het mededingingsrecht. Deze aansprakelijkheid is daarentegen gebaseerd op hun betrokkenheid bij de schending van het mededingingsrecht door de onderneming. Hiervoor geldt een specifieke wetsbepaling, namelijk art. 56 Mw. Een dergelijke bepaling is er niet voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van functionarissen. Anders dan bij ondernemingen, kan deze benadering voor de bestuursrechtelijke sanctivering van functionarissen dus niet zo maar overeenkomstig worden toegepast bij de vraag of een functionaris civielrechtelijk aansprakelijk is. Hieronder wordt uiteengezet dat dit echter niet wil zeggen dat van civielrechtelijke aansprakelijkheid van functionarissen geen sprake kan zijn.

4. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van functionarissen

4.1 Gelijktijdige aansprakelijkheid van rechtspersoon en functionaris

Het is bestendige rechtspraak dat de handeling van een functionaris een onrechtmatige daad van een rechtspersoon kan opleveren, indien deze handeling in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van deze rechtspersoon geldt.¹⁴

12. Bijvoorbeeld Hof Arnhem 18 december 2007, LjN BC5311.

13. Gemakshalve laat ik buiten beschouwing de boete-aansprakelijkstelling van de hoogste vennootschap van de groep waartoe de overtredende onderneming behoort. (Zie noot 10.)

14. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babbel, m.nt. C.J.H. Brunner).

Indien een bepaalde handeling van een functionaris wordt toegeschreven aan een rechtspersoon, dan blijft niettemin de mogelijkheid bestaan dat deze handeling *daarnaast* óók geldt als een handeling van deze natuurlijke persoon zélf. Uit de jurisprudentie blijkt dat een handeling van een functionaris die wordt toegeschreven aan een rechtspersoon en als onrechtmatige daad van deze rechtspersoon geldt, ook een onrechtmatige daad van deze functionaris persoonlijk kan opleveren.¹⁵ Rechtspersoon en functionaris kunnen dus als gevolg van één daad beide onrechtmatig handelen. Zo is het goed voorstelbaar dat zowel een functionaris als de rechtspersoon waarvoor hij werkt, zich schuldig maken aan verduistering als gevolg van één fysieke daad van deze functionaris.¹⁶ In een dergelijk geval hebben de rechtspersoon en de functionaris een norm overtreden die zich tot ieder van hen richt. Er is hier sprake van twee 'nevensgeschikte' onrechtmatige daden.

Bij mededingingsrechtelijke overtredingen zal dit echter niet het geval kunnen zijn, aangezien de mededingingsrechtelijke verboden zich niet tot de functionaris richten maar uitsluitend tot de onderneming.

4.2 *Secundaire aansprakelijkheid voor functionaris*

Echter, een functionaris kan óók aansprakelijk zijn voor zijn handelen dat aan een rechtspersoon wordt toegeschreven indien als gevolg van deze handeling alleen een norm is geschonden die zich uitsluitend richt tot de rechtspersoon. De aansprakelijkheid van de functionaris in dergelijke gevallen wordt ook wel 'secundaire aansprakelijkheid' genoemd. Het uitgangspunt is dat de onrechtmatigheid die de handeling van de functionaris teweeg brengt, *op de eerste plaats* voortvloeit uit de schending door de rechtspersoon van een norm gericht tot deze rechtspersoon. Vervolgens kan eventueel – *op de tweede plaats* – de handelende functionaris zelf ook onrechtmatig handelen. Zijn onrechtmatig handelen bestaat dan uit zijn betrokkenheid bij het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon.¹⁷ Overigens is het eerder uitzondering dan regel dat een handeling van een functionaris leidt tot secundaire aansprakelijkheid.¹⁸ Uit de rechtspraak en

15. Sinds HR 25 november 1927, NJ 1928, 64.

16. Zo ook HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 362.

17. Volledigheidshalve merk ik op dat ik in dit artikel niet inga op de aansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van ondergeschikten (art. 6:170 lid 1 BW) en de regresmogelijkheden tussen ondergeschikten en werkgevers (art. 6:170 lid 3 en art. 7:661 BW). Hoewel toepassing van deze artikelen er toe kan leiden dat uiteindelijk de rekening voor het vergoeden van de schade niet door de functionaris wordt betaald, staan deze artikelen er niet aan in de weg dat een functionaris een onrechtmatige daad pleegt.

18. Zie onder meer J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 1998, p. 104, C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (Serie Onderneming en Recht, deel 20), Kluwer: Deventer 2000, p. 17; C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?' p. 24 en P.J. van der Korst, 'Aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder, zijn bestuurders en zijn ondergeschikten jegens zijn cliënten', p. 664, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003.

rechtsliteratuur blijkt dat aan een aantal additionele voorwaarden moet zijn voldaan, wil secundaire aansprakelijkheid aan de orde zijn.

Gewoonlijk zal het voor benadeelden (waaronder slachtoffers van een kartel) niet nuttig zijn om een schadevergoedingsprocedure tegen een functionaris te beginnen, aangezien de rechtspersoon die de onrechtmatige daad pleegde meestal betere verhaalsmogelijkheden biedt. Er kan er juist weer wel een reden zijn om de functionaris aansprakelijk te stellen, indien bijvoorbeeld de rechtspersoon failliet is.

Hieronder zal ik eerst in zijn algemeenheid ingaan op de toepassing van het leerstuk van de secundaire aansprakelijkheid. Vervolgens komt in par. 5 de secundaire aansprakelijkheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen aan de orde.

Eerst nog een opmerking over de kring van personen die secundair aansprakelijk kunnen zijn. In de literatuur wordt ten aanzien van secundaire aansprakelijkheid meestal geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds bestuurders en anderzijds niet-bestuurders.¹⁹ De heersende leer lijkt te zijn dat iedere natuurlijke persoon wiens gedraging geldt als een handeling van een rechtspersoon, ook zelf (secundair) aansprakelijk kan zijn. Mij zijn echter geen voorbeelden uit de rechtspraak bekend waarin secundaire aansprakelijkheid werd aangenomen voor andere personen dan formele bestuurders, *de facto* bestuurders ('feitelijke beleidsbepalers')²⁰ of commissarissen.²¹ De oorzaak hiervoor is mogelijk dat naast de rechtspersoon juist deze personen gewoonlijk de meeste verhaalsmogelijkheden bieden. In theorie lijkt mij er echter geen bezwaar tegen secundaire aansprakelijkheid van (gewone) werknemers te zijn en ik volg dan ook de heersende leer. Waarom zou niet ook een werknemer die een tot hem gerichte (betamelijheids)norm schendt secundair aansprakelijk kunnen zijn? De vraag is wel of de lat voor het aannemen van secundaire aansprakelijkheid van het plaatselijk afdelingshoofd hoger moet liggen dan wanneer het handelen van een bestuurder wordt beoordeeld. Dit artikel leent zich echter niet voor de beantwoording van deze vraag.

Wanneer kan er sprake zijn van secundaire aansprakelijkheid? Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat er onderscheid kan worden gemaakt tussen verschillende soorten subcategorieën van secundaire aansprakelijkheid.

19. De Valk vermeldt expliciet dat er geen onderscheid geldt: S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 187. Klaassen maakt wel een onderscheid tussen secundaire aansprakelijkheid van 'ondergeschikten' en bestuurders. Zij meent, naar ik begrijp, echter wel dat beide categorieën personen secundair aansprakelijk kunnen zijn en tevens dat de eisen aan deze aansprakelijkheid voor beide categorieën gelijk zouden moeten zijn. C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (Serie Onderneming en Recht, deel 20), Deventer: Kluwer 2000, p. 13, 22-23. Tevens C.J.M. Klaassen, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?' in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 24.

20. HR 3 februari 1988, *NJ* 1989, 314; Rb. Utrecht 10 november 1999, *JOR* 2000/94; HR 15 februari 2002, *LJN* AD6095, *NJ* 2002, 464.

21. HR 22 december 1961, *NJ* 1962, 43.

Voor mededingingsrechtelijke overtredingen is relevant wanneer van secundaire aansprakelijkheid sprake is als gevolg van *de betrokkenheid bij het schenden van een wettelijk verbod door de rechtspersoon*. In de rechtspraak zijn voor de gevallen behorende tot deze subcategorie van secundaire aansprakelijkheid geen concrete handvatten geformuleerd.²² Desalniettemin kan uit de jurisprudentie wel het volgende worden afgeleid.

Ten eerste, leidt de betrokkenheid van een functionaris bij de schending van een wettelijk verbod door de rechtspersoon tot een persoonlijke onrechtmatige daad jegens een derde, *indien hij handelt in strijd met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijk verkeer jegens deze derde betaamt*.²³ Met andere woorden, er moet gelden dat de functionaris door zijn betrokkenheid bij de onrechtmatige daad van de rechtspersoon dermate onzorgvuldig jegens een derde handelt, dat hij zelf een onrechtmatige daad pleegt. De functionaris schendt dus een op hem rustende betamelijheidsnorm. In par. 5.1. bespreek ik of de betrokkenheid van een functionaris bij mededingingsrechtelijke overtredingen tot schending van deze betamelijheidsnorm kan leiden.

Ten tweede, volgt uit de jurisprudentie dat slechts sprake kan zijn van secundaire aansprakelijkheid indien de functionaris *persoonlijk verwijtbaar* handelt.^{24, 25} In de literatuur wordt aangenomen dat uitsluitend sprake kan zijn van 'persoonlijke verwijtbaarheid' indien de daad aan de *schuld* van de functionaris is te wijten. Een functionaris handelt persoonlijk verwijtbaar indien deze specifieke functionaris, gelet op onder meer zijn kennis en ervaring, zich anders had moeten en kunnen gedragen dan hij deed.²⁶ Sommigen hebben betoogd dat er een verzwaaarde toets van persoonlijke verwijtbaarheid moet gelden voor secundaire aansprakelijkheid.²⁷ Volgens hen kan een functionaris uitsluitend aansprakelijk zijn indien hij met opzet of grove roekeloosheid handelde. De Hoge Raad vereist dit echter (nog) niet.²⁸ Toch geeft de rechtspraak van de Hoge Raad wel aanleiding om te veronder-

22. Voor secundaire aansprakelijkheid in een andere categorie gevallen, namelijk waar het de betrokkenheid bij het onbetaald en onverhaalbaar laten van vorderingen betreft, is reeds een duidelijker kader uitgekristalliseerd; daarover in par. 4.3. meer.

23. HR 22 december 1961, *NJ* 1962, 43; HR 15 februari 2002, *LJN* AD6095, *NJ* 2002, 464.

24. HR 20 september 2002, *JOR* 2002/203; HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312.

25. Deze conclusie is dan gebaseerd op een analoge interpretatie van het arrest van HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993/165. Zie C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (Serie Onderneming en Recht, deel 20), Kluwer: Deventer 2000, p. 13; H. De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 168; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 138.

26. Zie Asser/Hartkamp 4-III 2006, nr. 76. Secundaire aansprakelijkheid zal dus niet worden aangenomen door toerekening van de daad aan de functionaris op grond van de verkeersopvattingen.

27. C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (Serie Onderneming en Recht, deel 20), Kluwer: Deventer 2000, p. 13; M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 127-128 met verwijzingen;

28. Zie ook Asser/Maeijer 2-II 1997, nr. 115; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 140-142.

stellen dat niet iedere gradatie van 'persoonlijke verwijtbaarheid' voldoende is om secundaire aansprakelijkheid aan te kunnen nemen. Deze conclusie kan getrokken worden na een nadere studie van de rechtspraak inzake gevallen waar het de betrokkenheid van functionarissen bij het onbetaald en onverhaalbaar laten van vorderingen door een rechtspersoon betrof.

4.3 *Secundaire aansprakelijkheid bij onbetaalde en onverhaalbare vorderingen*

Het leeuwendeel van de jurisprudentie en literatuur over secundaire aansprakelijkheid betreft gevallen van het onbetaald en onverhaalbaar laten van vorderingen.²⁹ Deze zaken vormen mijns inziens een aparte subcategorie van secundaire aansprakelijkheid een rol kan spelen. Derhalve zou de benadering van deze subcategorie inzichten kunnen bieden voor de juiste wijze van beoordeling van situaties van de subcategorie van secundaire aansprakelijkheid als gevolg van het plegen van een onrechtmatige daad door de rechtspersoon. Temeer nu in de rechtspraak de tendens lijkt te zijn dat de voorwaarden gesteld aan de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, gelijk getrokken worden.³⁰

De Hoge Raad heeft overwogen dat bij het onbetaald en onverhaalbaar laten van vorderingen sprake kan zijn:

'van aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.'³¹ (cursivering MK)

Mijns inziens moet uit de toevoeging van de zinsnede 'voldoende ernstig' afgeleid worden dat de persoonlijke verwijtbaarheid van een zekere zwaarte moet zijn. Immers, indien iedere vorm van persoonlijke verwijtbaar-

heid zou volstaan dan had deze toevoeging geen zin. De vraag blijft uiteraard wel wanneer sprake is van 'voldoende' ernstig: volstaat 'redelijk ernstig'? Of 'behoorlijk ernstig'? Of 'zeer ernstig'? De Hoge Raad geeft in het hierboven geciteerde arrest omstandigheden waaronder in ieder geval (dus niet uitsluitend) een voldoende ernstig verwijt gemaakt zal kunnen worden. Hij overweegt:

'In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder *wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen* dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.'³² (cursivering MK)

Hiermee is nog geen algemene regel gegeven is omtrent de vereiste gradatie van ernst. Toch is dit criterium wel concreet en praktisch toe te passen. Het is volgens mij voor de hand liggend dat hij die weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat hij ongeoorloofd handelt, *persoonlijk* een verwijt gemaakt kan worden (zie hierboven par. 4.2.). Deze specifieke functionaris had immers, behoudens disculpatiegronden, als gevolg van de aanwezige wetenschap zich anders moeten en kunnen gedragen. Bedacht moet worden dat het wetenschapsvereiste alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de functionaris. De handeling van de rechtspersoon, zoals de gedraging van de functionaris primair heeft te gelden, kan immers onrechtmatig zijn ongeacht of de rechtspersoon wist of had moeten weten dat de handeling onrechtmatig zou zijn.

De wijze waarop de Hoge Raad de aanwezigheid van secundaire aansprakelijkheid vaststelt, is in zekere zin opmerkelijk. Uit art. 6:162 BW volgt dat voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad vereist zijn dat (i) een onrechtmatige daad gepleegd is die (ii) kan worden toegerekend aan de dader. Zoals al opgemerkt, dient er bij secundaire aansprakelijkheid sprake te zijn van 'schuld' en dus van persoonlijke verwijtbaarheid van de dader. In de hierboven geciteerde passage echter lijken de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid van de daad in elkaar over te vloeien. Of de dader zijn daad kan worden toegerekend wegens voldoende ernstige verwijtbaar-

29. Hierbij valt te denken aan enerzijds de zogenoemde 'Beklamel'-gevallen: een bestuurder gaat een overeenkomst namens een vennootschap aan terwijl hij weet dat de vennootschap deze overeenkomst niet kan nakomen en geen verhaal biedt (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286). Anderzijds gaat het hier om gevallen waarin een bestuurder bewerkstelligt of toelaat dat een rechtspersoon zijn contractuele of wettelijke verplichtingen niet nakomt (HR 8 december 2006 (m.nt. J.B.Wezeman), *NJ* 2006, 659; *Ondernemingsrecht* 2007, 36).

30. HR 8 december 2006 (m.nt. J.B. Wezeman), *Ondernemingsrecht* 2007, 36; Rb. Groningen 16 juli 2008 (m.nt. D.J.J. Folgering, *JIN* 2008/701; S. Berendsen & K.J. Smit, *Willemsen Beheer c.s./NOM: een nieuwe stap richting dezelfde norm voor verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid?*, *TOP* 2009, 5, p. 173 e.v.; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend*, Deventer: Kluwer 2009, p. 114; P. van Schilfgaarde (bewerkt door J. Winter), *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 180-181.

31. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, *RO* 2007, 12 r.o. 3.5; *Ondernemingsrecht* 2007, 36 (m.nt. J.B.Wezeman).

32. Idem voetnoot 30.

heid, hangt volgens de Hoge Raad af van de mate waarin deze daad onzorgvuldig was. Zo lijkt de toerekenbaarheid af te hangen van de ernst en aard van de onrechtmatige (dat wil zeggen onzorgvuldige) daad.³³ Het valt buiten de reikwijdte van dit artikel om nader in te gaan op de (on)wenselijkheid van deze samensmelting van de elementen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.³⁴ Praktijkbeoefenaren zullen het er in ieder geval mee moeten doen. Mijns inziens is in het geval van secundaire aansprakelijkheid de vermelde samensmelting aanvaardbaar. De onzorgvuldige daad van de functionaris geldt immers primair als een daad van de rechtspersoon. Om het gebruik van rechtspersonen in de samenleving goed te laten functioneren, is het in deze situaties begrijpelijk dat de functionaris – in tegenstelling tot de rechtspersoon – niet iedere onzorgvuldige handeling persoonlijk verweeten wordt.³⁵

4.4 Algemene regel secundaire aansprakelijkheid

Uit de vermelde citaten blijkt dat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium met betrekking tot het niet-nakomen van verplichtingen bestaat uit twee cumulatieve voorwaarden: (i) geobjectiveerde wetenschap van de functionaris dat zijn daad leidt tot het verzaken van verplichtingen door de rechtspersoon en (ii) geobjectiveerde wetenschap van de functionaris dat de rechtspersoon geen verhaal zou bieden voor de schade die het gevolg is van het verzaken door de rechtspersoon.

Ik betwijfel of de voorwaarde onder (ii) ook een voorwaarde is voor secundaire aansprakelijkheid als gevolg van de betrokkenheid bij het schenden van een wettelijk (mededingingsrechtelijk) verbod door de rechtspersoon. Wellicht dat het hier een additionele voorwaarde betreft die alleen geldt voor de subcategorie van situaties betreffende het onbetaald en onverhaalbaar laten van vorderingen door een rechtspersoon. Uit de rechtspraak lijkt niet te volgen dat dit in andere situaties altijd vereist is.³⁶ Overigens overwoog de Hoge Raad ook expliciet dat de geciteerde omstandigheden één van de situaties opleveren waarin sprake kan zijn van een voldoende ernstig verwijt. Dit laat dus de mogelijkheid open dat van

een voldoende ernstig verwijt sprake is zonder dat de functionaris wist of moest weten dat de rechtspersoon geen verhaal zou bieden. Mijns inziens is het gewoonlijk behoorlijk onzorgvuldig om bewust mee te werken aan het overtreden van een wettelijk verbod, ongeacht of dit achteraf gerepareerd kan worden door een schadevergoeding (en zo verhaal geboden wordt). Van *secundaire aansprakelijkheid bij het overtreden van wettelijke verboden* zou volgens mij dus al sprake moeten kunnen zijn indien de functionaris wist of moest weten dat hij bewerkstelligde of toeliet dat de rechtspersoon dit verbod schond.³⁷ Ik meen dat dit als een algemene regel voor de vaststelling van de secundaire aansprakelijkheid zou moeten gelden.

4.5 Conclusie secundaire aansprakelijkheid

Kortom, het is duidelijk dat bestuurders die bewerkstelligen of toestaan dat de rechtspersoon een wettelijk verbod schendt, wegens hun betrokkenheid zelf persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn. Waarschijnlijk geldt dit ook voor andere functionarissen, maar dit volgt niet expliciet uit de jurisprudentie. Voorwaarden voor deze secundaire aansprakelijkheid zijn:

- dat de functionaris jegens een derde handelt in strijd met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijk verkeer jegens deze derde betaamt; en
- dat de functionaris persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Ik meen dat uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat deze voorwaarden vervuld zijn indien de functionaris wist of behoorde te weten dat zijn handelen er toe zou leiden dat de rechtspersoon een wettelijk verbod overtrad. Ook onder andere omstandigheden kunnen deze voorwaarden echter als vervuld worden beschouwd.

5. Secundaire aansprakelijkheid bij mededingingsrechtelijke overtredingen

5.1 Secundaire aansprakelijkheid bij schending publiekrechtelijke norm

Uit de bovenstaande analyse volgt een algemene regel aan de hand waarvan secundaire aansprakelijkheid beoordeeld kan worden. Vervolgens speelt de vraag of de twee bovenstaande voorwaarden – schending van de betamelijkheidsnorm en voldoende ernstig verwijtbaar handelen – vervuld kunnen zijn indien een functionaris betrokken is bij overtredingen van het mededingingsrecht door de onderneming waarvoor hij werkt. In de rechtspraak zijn geen voorbeelden te vinden van uitspraken waarin dit is uitgemaakt. Toch zijn er uit de jurisprudentie conclusies te trekken op basis waarvan, via analoge toepassing, dit kan worden aangenomen. Zo oordeelde de Rechtbank Assen in 1997 dat de enige bestuurder (de heer Steen) van een Belgische vennootschap (First Commodities) die ten onrechte zonder ver-

33. Zie ook Asser/Maeijer 2-II 1997, nr. 115: 'De te eisen ernst van de verwijtbaarheid zal mijns inziens mede afhangen van de mate waarmee de betamelijkheidsnorm is geschonden.'

34. Zie hierover S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggeevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 134-135.

35. Dogmatisch gezien zou het wellicht beter zijn om de gevallen van aansprakelijkheid van functionarissen te beperken door de lat voor de onrechtmatigheid hoger te leggen. Met andere woorden, pas als de onzorgvuldigheid voldoende ernstig is, zou de daad van de functionaris ook als een onrechtmatige daad van hem zelf moeten gelden. De toerekenbaarheid zou dan zoals gebruikelijk kunnen worden onderzocht: had deze specifieke functionaris zich anders moeten en kunnen gedragen?

36. Deze voorwaarde werd bijvoorbeeld niet verplicht gesteld in Hof Leeuwarden 3 februari 1988, *NJ* 1989, 314; Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1990, *TBR* 1991/148, r.o. 4.4; Rb. Assen 25 februari 1997, *JOR* 1997/55; Hof Amsterdam 15 oktober 1998, r.o. 5, *JM* 1999/87; HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 464. Eveneens: M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 128.

37. In dezelfde trant: S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggeevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 134, 154-155.

gunning in Nederland in effecten bemiddelde, ook zelf een onrechtmatige daad pleegde. De rechtbank oordeelde:

'De rechtbank overweegt daartoe dat naar haar oordeel Steen, als zaakvoerder van First Commodities, een persoonlijk verwijt valt te maken van het feit dat First Commodities zonder vergunning optrad als effectenbemiddelaar. *Als zaakvoerder had Steen moeten weten dat de vennootschap hiermee in strijd handelde met de Wte* (Wet toezicht effectenverkeer 1992 – MK). Gezien het doel van de Wte, als hiervoor al aangehaald, moet dit als een dermate ernstige tekortkoming worden aangemerkt, dat kan worden gesproken van een ernstige beroepsfout van Steen, met name nu uit het uittreksel uit het handelsregister blijkt dat Steen de enige zaakvoerder van First Commodities was. Bij gebreke aan enige andersluidende stelling van Steen moet het er voor worden gehouden dat Steen volledige zeggenschap had over het beleid van First Commodities en het beheer van de haar toevertrouwde gelden.

6.8. Alleen al deze feiten geven voldoende aanleiding om Steen persoonlijk aansprakelijk te houden voor het onrechtmatig handelen van First Commodities.'³⁸ (cursivering MK)

Uit dit citaat blijkt dat het toestaan of bewerkstelligen door een functionaris dat een vennootschap in effecten bemiddelde zonder een vergunning, *terwijl hij had moeten weten dat dit verboden was*, kan resulteren in een onrechtmatige daad van deze functionaris. Dit is mijns inziens een voorbeeld van het hierboven beschreven schenden van een betamelijkheidsnorm die op een functionaris rust. Overigens achtte de rechtbank ook het doel van de Wte van belang bij de beoordeling of sprake was van een fout van Steen. Dit doel – de verbetering van de positie van beleggers, aldus de rechtbank – lijkt wel wat op het doel van het mededingingsrecht, namelijk het bevorderen van de welvaart van consumenten en eindgebruikers.

De aangehaalde *First Commodities*-zaak is niet de enige uitspraak waarin schending van een effectenrechtelijk verbod tot secundaire aansprakelijkheid van een functionaris leidde.³⁹ Ik meen dat deze gevallen van een schending van een (publiekrechtelijke) norm door een vennootschap waarbij ook een functionaris persoonlijk aansprakelijk werd gesteld, aanleiding geven om aan te nemen dat een functionaris secundair aansprakelijk kan zijn indien hij betrokken is bij een mededingingsrechtelijke overtreding door de onderneming waarvoor hij werkt.

5.2 Wanneer secundaire aansprakelijkheid bij een mededingingsrechtelijke overtreding?

Niet iedere overtreding van het mededingingsrecht door een onderneming zou echter moeten resulteren in secundaire aansprakelijkheid van de betrokken functionaris. Zo is relevant (maar niet vereist) of de functionaris *wist of had moeten weten* dat zijn gedraging tot overtreding van het mededingingsrecht zou leiden. Gezien de aard van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie zal hiervan vaak geen sprake zijn. Vaak kan pas na een uitgebreide juridische en economische analyse vastgesteld worden of een van deze verboden overtreden is. Regelmatig is de uitkomst van zo'n analyse niet conclusief. In een dergelijk geval zou niet aangenomen moeten worden dat de functionaris had moeten weten dat hij betrokken was bij een schending van het mededingingsrecht. Dit geldt des te sterker indien de functionaris is afgegaan op de advisering door deskundigen, zoals mededingingsrechtadvocaten of economen, en deze advisering onjuist blijkt te zijn.⁴⁰ In een dergelijk geval kan bezwaarlijk volgehouden worden dat de functionaris beter had moeten weten. Uit de rechtspraak en literatuur valt overigens wel af te leiden dat de verwijtbaarheid van een functionaris zeker niet zomaar wegvalt indien hij vertrouwt op een advies van een advocaat. Relevante aspecten kunnen zijn de positie van de functionaris binnen het bedrijf, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de adviseur, de specifieke deskundigheid van de adviseur, de complexiteit van de materie waarover advies wordt ingewonnen en de manier waarop en de omstandigheden waaronder het advies is ingewonnen en gegeven.⁴¹ Overigens laat de afwezigheid van de schuld van de functionaris de mogelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon onverlet.

Echter, van veel functionarissen kan verlangd worden dat zij wel weten dat betrokkenheid bij zogenoemde *hardcore* overtredingen, zoals prijskartels en marktverdelingen, verboden is. Dat dergelijke flagrante schendingen van het mededingingsrecht verboden zijn, zou bekend moeten zijn bij met name de functionarissen die beslissingen omtrent dergelijke praktijken mogen nemen.

Secundaire aansprakelijkheid zou vastgesteld kunnen worden ten aanzien van de functionaris die als 'fysische dader' van de mededingingsrechtelijke overtredingen kan worden aangewezen. Te denken valt aan de accountmanager die op een borrel met een 'concullega' de prijzen voor het komende seizoen vaststelt en aan de districtsmanager die met zijn evenknie van de concurrent afspreekt dat zij zich zullen richten op verschillende thuismarkten. Hun gedragingen leiden er immers rechtstreeks toe dat de onderneming het kartelverbod overtreedt. Het zijn dus ook deze gedragingen die in strijd

38. Rb. Assen 25 februari 1997, *JOR* 1997/55 (m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol).

39. Onder meer: Rb. Den Haag 8 maart 2006, *JOR* 2006/130 (m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol); Rb. Arnhem 27 juni 2007, *LJN* BB1797, *JOR* 2007/272.

40. Zie ook Asser/Maeijer 2-II 1997, nr. 115 en M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 129-130.

41. HR 4 april 2006, *NJ* 2007, 144 (m.nt. T.M. Schalken) (volledigheidshalve zij vermeld dat dit arrest een strafzaak betrof.) Zie ook *De Groene Serie*, *Privaatrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 6:162 BW, aant. 53.2.

kunnen zijn met de betamelijkheidsnorm. Dat wil niet zeggen dat iedere werknemer die betrokken is bij de uitvoering van een kartelafpraak ook weet of moet weten dat hij meewerkt aan de overtreding van een verbod door de onderneming. Indien de districtmanager te horen krijgt dat zijn onderneming 'haar focus verlegt' en hij vervolgens zijn afnemers in een bepaalde regio weigert te beleveren, dan is maar de vraag of hij weet dat de nieuwe strategie voortkomt uit een verboden marktverdelingsafpraak.

Ook functionarissen die niet zelf de fysieke handeling verrichten die tot de schending van het mededingingsrecht leidt, kunnen echter secundair aansprakelijk gesteld worden voor mededingingsrechtelijke overtredingen. In de *First Commodities*-zaak oordeelde de rechtbank dat de (enig) bestuurder die had moeten weten van de overtreding van de Wte, ook zelf onrechtmatig handelde. De bestuurder was in dit geval echter niet de persoon die de klagende belegger als klant had binnengehaald en de vennootschap deed optreden zonder vergunning. In een zaak die de schending van merkenrechten betrof, werden de merkinbreuken 'fysiek' niet gepleegd door de beleidsbepaler/bestuurder. Het oordeel van de Hoge Raad luidde echter dat deze bestuurder ten onrechte had bevorderd dan wel had nagelaten te voorkomen dat de merkinbreuken plaatsvonden, terwijl hij daartoe wel in staat was geweest en ook wist van de merkinbreuken.⁴² Indien de functionaris niet de 'fysieke dader' is, dan zal een schending van de op hem rustende betamelijkheidsnorm gelegen zijn in het nalaten in te grijpen of voldoende toezicht te houden, of in het geven van een opdracht tot de fysieke daad die de overtreding veroorzaakte.⁴³ Met name in grotere ondernemingen zal de afstand tussen een bestuurder en zijn ondergeschikten groter zijn. In dergelijke gevallen kan niet verwacht worden dat een bestuurder op iedere gedraging van zijn medewerkers toezicht houdt.⁴⁴ De bestuurder zal bijvoorbeeld een incidentele kartelafpraak met betrekking tot een offerte gemaakt door een accountmanager, niet persoonlijk verweten moeten worden. Dit zou weer anders kunnen liggen bij kartelafspraken die een langere tijd duren of een significant deel van de ondernemingsactiviteiten betreffen. Tevens zou een bestuurder van een grotere onderneming mogelijk wel een verwijt kunnen worden gemaakt, indien hij er niet voor zorgt dat binnen de onderneming een adequaat compliancebeleid wordt gevoerd of andere controlemechanismen van toepassing zijn.

42. HR 15 februari 2002, LjN AD6095, NJ 2002, 464.

43. M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 129.

44. Als voorbeeld zou kunnen gelden: Rb. Rotterdam 20 augustus 2008, LjN BE9372. In deze zaak overwoog de rechtbank dat een bestuurder van een vermogensbeheerder niet persoonlijk en ernstig verwijtbaar handelende toen een bepaalde overboeking ten onrechte niet was uitgevoerd: 'Van een bestuurder kan in het algemeen niet worden verwacht dat hij op de hoogte is van de inhoud en stand van zaken van alle klantendossiers.'

Ook uit jurisprudentie met betrekking tot milieuverontreiniging blijkt dat niet iedere bestuurder bij verontreiniging door een vennootschap automatisch persoonlijk verwijtbaar handelt. Van secundaire aansprakelijkheid is, onder omstandigheden, geen sprake indien (i) de bestuurder niet op de hoogte was van de fouten van de vennootschap, (ii) de bestuurder niet vanwege zijn interne takenpakket, kennis of ervaring de onrechtmatigheden had moeten vermoeden en (iii) er ook geen andere redenen zijn op basis waarvan de bestuurder deze had moeten kennen.⁴⁵ Mijns inziens zou deze lijn uitgestippeld in de jurisprudentie met betrekking tot milieuschade doorgetrokken kunnen worden naar overtreding van de mededingingsrechtelijke verboden. Ik meen dat in de bovengenoemde situaties (i) t/m (iii) gewoonlijk geconcludeerd moet worden dat de bestuurder niet wist of had moeten weten dat de onderneming het mededingingsrecht overtrad. Het voert naar mijn mening bijvoorbeeld te ver om te eisen dat de bestuurder die zich uitsluitend richt op het personeelsbeleid (en niet op de hoogte is van kartelafspraken), toezicht houdt op de handelingen van de accountmanagers om kartelafspraken te voorkomen. Overigens blijkt uit de rechtspraak inzake milieuschade dat niet het *bestuur als geheel* – en dus ook niet iedere bestuurder – secundair aansprakelijk is indien één bestuurder ten onrechte niet ingreep.⁴⁶ Dit lijkt mij juist. Het gaat bij secundaire aansprakelijkheid immers om ongeoorloofd gedrag dat de functionaris als individu te verwijten valt, omdat hij een specifiek op hem als natuurlijk persoon rustende betamelijkheidsnorm heeft geschonden.

5.3 Secundaire aansprakelijkheid en persoonlijke boetes van de NMa

Vervolgens nog enige opmerkingen over de secundaire aansprakelijkheid van functionarissen die door de NMa beboet zijn als opdrachtgever of feitelijk leidinggevende. Partijen die een schadevergoedingsprocedure wensen te initiëren en de hierboven geformuleerde algemene regel inzake secundaire aansprakelijkheid willen toepassen, zullen in de praktijk vaak slechts met moeite kunnen aantonen dat een bestuurder wist of had moeten weten van de overtredingen en dat deze bestuurder onvoldoende heeft gedaan om de schendingen te voorkomen. Een eiser zal meestal immers niet beschikken over de relevante interne bedrijfsdocumenten van de gedaagde. Deze bewijsnood zal regelmatig een reden kunnen zijn om af te zien van een procedure. Echter, van bewijsnood zal geen sprake zijn indien een functionaris op basis van art. 56 Mw als 'feitelijk leidinggevende' of 'opdrachtgever'

45. M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 132; J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 1998, p. 109-110; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggegenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 147-154.

46. Zie voor jurisprudentieverwijzingen M.G. Faure & C.A. Schwarz, *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 131 e.v. en S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggegenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 151 e.v.

door de NMa is gesanctioneerd. Met name deze functionarissen moeten dus vrezen voor persoonlijke (secundaire) aansprakelijkheid voor mededingingsrechtelijke overtredingen.⁴⁷

Strikt genomen valt het feitelijk leidinggeven aan mededingingsrechtelijke overtredingen in de zin van art. 56 Mw niet volledig samen met het schenden van de bovenvermelde betamelijkheidsnorm van functionarissen (zie par. 2.2.).⁴⁸ Echter, in de praktijk zal volgens mij vaak de functionaris die 'bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard' dat de rechtspersoon een norm zou overtreden, ook geweten (moeten) hebben dat deze overtredingen zich voor zouden doen. Bovendien zal hij die strafrechtelijk 'bevoegd en redelijkerwijs gehouden was' de overtredingen te voorkomen, ook civielrechtelijk persoonlijk verweten kunnen worden dat hij niet ingreep waar dit had moeten gebeuren. Ongeacht of het sanctiebesluit van de NMa (en de oordelen over de feiten daarin) de burgerlijke rechter nu bindt of niet,⁴⁹ een door de NMa gesanctioneerde functionaris zal het in de praktijk lastig krijgen om onder een secundaire-aansprakelijkheidsclaim uit te komen.

5.4 Conclusie secundaire aansprakelijkheid bij overtredingen van het mededingingsrecht

Kortom, functionarissen die betrokken zijn geweest bij handelingen die de onderneming waarvoor zij werken deed handelen in strijd met het mededingingsrecht, kunnen persoonlijk civielrechtelijk aansprakelijk zijn

47. Overigens is gebleken dat de animo om civielrechtelijke schadevergoedingsprocedures te beginnen tegen bedrijven die gesanctioneerd zijn door de NMa, niet groot is. Er is geen reden om aan te nemen dat dit voor procedures tegen feitelijk leidinggevers of opdrachtgevers anders zal zijn. Mogelijk heeft dit maken met moeilijkheden omtrent het staven van het causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade en de omvang van de schade. Zie hierover ook Witboek van de Europese Commissie betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_nl.pdf (bezocht op 29-06-10). Tevens: S. Hoes-Weishut, D. Lunsingh Scheurleer & H. Speyart, 'Het Witboek Schadevergoeding afgezet tegen de huidige Nederlandse situatie: verworvenheden en vernieuwingen', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, nr.6; Chr. F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims?', *M&M* 2008, nr. 4.

48. S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 153.

49. Dit zal onder meer afhangen van de vraag of het besluit formele rechtskracht heeft. Zie over de vraag of de ene burger in een civielrechtelijke procedure tegen een andere burger zich op de formele rechtskracht van een jegens deze andere burger genomen besluit kan beroepen: G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, de stand van zaken', *JbPlus* 2009, p. 9-10 (afl. 1).

indien zij wisten of hadden moeten weten dat dit het gevolg van hun handelingen was. Secundaire aansprakelijkheid kan tevens aan de orde zijn indien een functionaris ten onrechte naliet in te grijpen om een mededingingsrechtelijke overtreding te voorkomen.

6. Slotopmerkingen

De mogelijkheid van secundaire-aansprakelijkheidsclaims kan consequenties hebben voor het clementiebeleid van de NMa. Op basis van dit clementiebeleid kan (onder meer) een onderneming die als eerste een kartel opbiecht kwijtschelding van een boete krijgen. Echter, dit betekent nog niet dat de onderneming ook immuun is voor schadeclaims; het staat gedupeerden vrij om in een civielrechtelijke procedure te proberen hun schade op de spijtpotant te verhalen. Dit kan natuurlijk als een drempel werken voor de biecht. Ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers kunnen om clementie vragen. (Overigens kunnen de onderneming en de daar werkzame opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers ook gezamenlijk om clementie vragen.) Het vooruitzicht dat een biecht kan leiden tot individuele aansprakelijkheid zal voor de functionarissen een drempel voor biechten kunnen zijn. Mogelijk dat de vrees voor (secundaire-)aansprakelijkheid voor ondernemingen een middel is voor de onderneming om greep op haar functionarissen – en tevens oud-bestuurders en ex-werknemers – te houden. Zo zou de onderneming kunnen toezeggen dat, indien de (oud-)functionaris niet zelfstandig om clementie vraagt en daarmee de boete-immuniteit voor de neus van de onderneming wegkaapt, zij de betaling van een eventuele schadevergoeding op grond van een (secundaire-)aansprakelijkheidstelling op zich zal nemen.

Uit de analyse van dit artikel blijkt dat functionarissen persoonlijk civielrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn voor hun daden die de onderneming waarvoor zij werken, het mededingingsrecht deed schenden. Lang niet iedere functionaris die wisten dat zij kartelafspraken maakten, kan secundaire aansprakelijkheid goed mogelijk zijn. Gezien de groeiende nadruk op civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de trend dat natuurlijke personen bestuursrechtelijk of strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden worden voor hun betrokkenheid bij kartels, zal het waarschijnlijk niet lang meer duren voordat de eerste rechter zich zal uitlaten over een schadeclaim tegen een functionaris om zijn rol bij schendingen van het mededingingsrecht.