

CSRD en CSDDD: de (mogelijke) gevolgen voor civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders

mr. J.A.M. Gijsbers en mr. A.E. Wilbrink¹

Auteurs hebben onderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre bestuurders persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schendingen van de CSRD en CSDDD. Deze vraag is zowel vanuit civielrechtelijk als strafrechtelijk perspectief onderzocht. Hoewel de CSRD en CSDDD geen bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid bevatten, kunnen deze richtlijnen toch vergaande implicaties voor bestuurders hebben. Auteurs betogen onder meer dat een terughoudende maatstaf voor het aan nemen van bestuurdersaansprakelijkheid passend is gelet op de complexiteit van de richtlijnen, en dat dit noodzakelijk is om ambitieuze bestuurders te behouden.

1. Inleiding

Het onderwerp ESG (*Environment, Social en Governance*) is inmiddels niet meer weg te denken in het (financiële) bedrijfsleven. Deze groeiende aandacht komt niet alleen door een verhoogd maatschappelijk bewustzijn, maar ook door de toename van *climate change litigation* en de steeds uitgebreidere (Europese) wet- en regelgeving op dit gebied.

Twee recente Europese richtlijnen op het gebied van ESG zijn de Corporate Sustainability Reporting Directive (de “CSRD”)² en de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (de “CSDDD”).³ Deze richtlijnen bevatten verschillende rapportage- en onderzoeksverplichtingen en moeten nog in de Nederlandse wetgeving worden geïmplementeerd.⁴ Zij vloeien voort uit de Europese Green Deal uit 2019 en beogen bij te dragen aan het door de Europese Commissie gestelde doel om in de Europese Unie de CO₂-uitstoot tegen 2030 met 55% te verminderen en om in 2050 klimaatneutraal te zijn.

Deze Europese richtlijnen hebben niet alleen vergaande implicaties voor ondernemingen, maar ook voor de bestuurders daarvan. Bestuurders zijn immers primair verantwoordelijk voor de naleving van de verplichtingen door de onderneming en kunnen onder omstandigheden ook persoonlijk aansprake-

lijk worden gesteld. In dit artikel onderzoeken wij, na een beschrijving van de belangrijkste kenmerken van de CSRD en CSDDD (paragraaf 2), in hoeverre de bestuurders persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor schendingen van de CSRD en CSDDD, zowel civielrechtelijk (paragraaf 3) als strafrechtelijk (paragraaf 4). Ook bespreken we de wenselijkheid daarvan. Ter afsluiting delen wij onze conclusies en geven wij enkele aanbevelingen.

2. De CSRD en CSDDD

2.1. De Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)

De CSRD is per 5 januari 2023 in werking getreden en diende uiterlijk op 6 juli 2024 door alle lidstaten te zijn geïmplementeerd.⁵ De CSRD bouwt voort op de Non Financial Reporting Directive (“NFRD”)⁶ door strengere en verder strekkende rapportagevereisten over duurzaamheid in te voeren.⁷ Op grond van de CSRD zijn grote beursgenoteerde bedrijven en ondernemingen van openbaar belang verplicht om voor het eerst over boekjaar 2024 een bestuursverslag met gedetailleerdere duurzaamheidsinformatie op te stellen en te deponeren bij het Handelsregister.⁸ Hetzelfde geldt voor middelgrote en kleine

1. Julie Gijsbers en Loes Wilbrink zijn beiden advocaat bij Van Doorne in Amsterdam.
2. Richtlijn (EU) 2022/2464 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 537/2014, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2013/34/EU, met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (PbEU 2022, L 322).
3. Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859.
4. Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering. Zie voor een kritische noot over de implementatie van de CSRD S. Hijink, ‘Implementatie-

gepruts met de CSRD’, *Ondernemingsrecht* 2024/64. Ten aanzien van de CSDDD ligt er wel het initiatiefwetsvoorstel Verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen dat eenzelfde doelstelling heeft als de CSDDD, namelijk het introduceren van de verplichting voor ondernemingen tot gepaste zorgvuldigheid in hun waardeketen en een bijbehorende rapportageverplichting.

5. Op 12 juni 2024 is het Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering aangeboden aan de Tweede Kamer.
6. EU NFI-Richtlijn; 2014/95/EU.
7. Op grond van de NFRD waren grote beursgenoteerde bedrijven en ondernemingen van openbaar belang reeds verplicht te rapporteren over niet-financiële informatie.
8. Ondernemingen van Openbaar Belang zijn banken en verzekeringsmaatschappijen en onder ‘grote’ beursgeno-

beursgenoteerde ondernemingen, maar dan vanaf boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2026. Het doel van deze rapportageverplichtingen is om bedrijven te bewegen tot vooruitgang op het gebied van ESG en om ervoor te zorgen dat investeerders en werknemers bewuste keuzes kunnen maken op basis van deze informatie.⁹

De rapportageverplichtingen van de CSRD zijn opgenomen in de *European Sustainability Reporting Standards* ("ESRS").¹⁰ De ESRS zijn onderverdeeld in twee algemene standaarden (ESRS 1 en ESRS 2) en tien specifieke standaarden. De twee algemene standaarden schrijven voor op welke wijze de duurzaamheidseisen moeten worden gepresenteerd en definiëren de rapportagevereisten. De tien specifieke standaarden betreffen de drie ESG-onderwerpen, namelijk *Environmental*¹¹, *Social*¹² en *Governance*.¹³ Ondernemingen moeten over deze onderwerpen rapporteren op basis van het principe van 'dubbele materialiteit'. Dat betekent kort gezegd dat ondernemingen zowel moeten rapporteren over (i) de invloed van de onderneming op het milieu, klimaat en mensenrechten als (ii) de risico's van deze factoren op de onderneming zelf.¹⁴

Daarnaast moeten ondernemingen in het bestuursverslag beschrijven hoe hun strategie bijdraagt aan het doel om als Europese Unie in 2050 klimaatneutraal te zijn.¹⁵ Door van Dijk en Hijink is treffend geconcludeerd dat de CSRD daarmee verder gaat dan verslag doen óf ondernemingen duurzaamheidsplannen hebben. De CSRD schrijft immers dwingend voor dát ondernemingen (realiseerbare) duurzaamheidsplannen moeten hebben.¹⁶ Het ontbreken van dergelijk beleid brengt dus mee dat een onderneming reeds in strijd met de CSRD handelt. Dit betekent overigens niet dat een onderneming in strijd met de CSRD handelt als zij nog niet (volledig) duurzaam is.¹⁷

2.2. Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD)

De CSDDD is op 25 juli 2024 in werking getreden en Europese lidstaten hebben vanaf die datum twee jaar de tijd om de CSDDD te implementeren.¹⁸ De invoering van de CSDDD gebeurt stapsgewijs: (i) vanaf 25 juli 2027 gaan de voorschriften uit de CSDDD gelden voor bedrijven met meer dan 5000 werknemers en een omzet van EUR 1500 miljoen, (ii) vanaf 25 juli 2028 voor bedrijven met meer dan 3000 werknemers en een omzet van EUR 900 miljoen en (iii) vanaf 25 juli 2029 voor bedrijven met meer dan 1000 werknemers en een omzet van EUR 450 miljoen.

Op grond van artikel 5 van de CSDDD zijn de ondernemingen waarop deze richtlijn van toepassing is, verplicht om 'passende zorgvuldigheidsmaatregelen' te treffen ten aanzien van mogelijke milieuschade en schendingen van mensenrechten. Deze passende zorgvuldigheidsmaatregelen bestaan onder meer uit het identificeren, beëindigen en voorkomen van deze type schendingen. Ook zijn ondernemingen verplicht om een klachtenprocedure in te stellen en om informatie over de door hen genomen (voorzorgs-)maatregelen openbaar te maken. Deze verplichtingen hebben betrekking op de activiteitenketen van de onderneming, wat betekent dat een onderneming niet alleen onderzoek moet doen naar haar eigen activiteiten (en die van haar dochterondernemingen), maar ook naar de activiteiten van haar zakenpartners die zich vóór de eigen productie hebben voorgedaan, zoals de activiteiten van leveranciers en grondstoffenwinning.¹⁹ Daarnaast bepaalt artikel 22 van de CSDDD dat bedrijven een klimaatplan moeten opstellen dat ervoor moet zorgen dat de onderneming 'haar uiterste best' doet om de bedrijfsvoering en strategie in lijn te brengen met het doel om de opwarming van de aarde te beperken tot 1,5°C en het doel om in 2050 klimaatneutraal te zijn.²⁰ Ondernemingen dienen over de in de CSDDD

teerde bedrijven worden verstaan ondernemingen met meer dan 500 werknemers over het boekjaar en meer dan EUR 50 miljoen omzet en/of een balansstotaal van EUR 25 miljoen gedurende twee opeenvolgende boekjaren.

9. Mededeling van de Europese Commissie, COM(2022) 230 def, p.2.
 10. Zie Annex 1 behorend bij the Commission Delegated Regulation (EU) 2023/2772 of 31 July 2023 supplementing Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council as regards sustainability reporting standards, Brussels, 31.7.2023 C(2023) 5303. Te raadplegen via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX>.
 11. Zie ESRS E1 t/m E5 inzake de navolgende onderwerpen: (i) klimaatverandering, (ii) verontreiniging, (iii) water en mariene hulpbronnen, (iv) biodiversiteit en ecosystemen en (v) hulpbronnen en kringlooeconomie.
 12. Zie ESRS S1 t/m S4 inzake de navolgende onderwerpen: (i) eigen personeel, (ii) werknemers in de waardeketen, (iii) betrokken gemeenschappen en (iv) consumenten en eindgebruikers.
 13. Zie ESRS G1 met inzake het onderwerp bedrijfsvoering (waaronder beleid inzake corruptie, klokkenluiders en dierenwelzijn valt).

14. Art. 1 lid 4 CSRD. In het bestuursverslag dient informatie te worden opgenomen 'die nodig is om inzicht te krijgen in de effecten van de onderneming op duurzaamheidskwesties, alsmede informatie die nodig is om te begrijpen hoe duurzaamheidskwesties van invloed zijn op de ontwikkeling, de prestaties en de positie van de onderneming'.
 15. Artikel 19a-2, onder iii en iv, van Richtlijn 2013/43/EU, zoals gewijzigd door de CSRD.
 16. L.K. van Dijk en J.B.S. Hijink, 'Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025', *JONDR* 2022/87, p. 33. Zie ook R. ter Hoeven, 'Waarom de CSRD zoveel meer is dan een "disclosure" standaard', *MAB* 97(1/2) 2023, p. 1-3.
 17. Zie ook SER, *CSRD en ESRS Colofon Vragen en antwoorden*, 19 augustus 2024, nr. 6.5.
 18. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/#.
 19. Voorstel van de Raad 2022, p. 7. De keten van afnemers van de producten of diensten van de onderneming (*downstream* activiteiten) is door de Raad geschrapt van de (directe) werking van het CSDDD-voorstel.
 20. Dit doel is neergelegd in het Akkoord van Parijs en de Europese Klimaatwet.

neergelegde verplichtingen jaarlijks op hun website te publiceren.²¹

3. Civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid jegens derden

In deze paragraaf behandelen wij de gevolgen van de CSRD en CSDDD voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders. In paragraaf 3.1 bespreken wij wat daarover in de CSRD en de CSDDD zelf is bepaald. In paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3 gaan wij vervolgens in op de civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-naleving van de CSRD en CRDDD. Dit doen wij aan de hand van twee grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid onder Nederlands recht: onrechtmatig handelen en de balansaanpakelijkheid.

3.1. Wat bepalen de CSRD en CSDDD over bestuurdersaansprakelijkheid?

De CSRD en de CSDDD bevatten geen bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid. Aanvankelijk was in artikel 25 van de CSDDD een zorgplicht voor bestuurders opgenomen om bij het vervullen van hun bestuurstaak "rekening [te] houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties".²² Dit voorstel heeft tot veel discussie geleid. Uiteindelijk is artikel 25 in het geheel geschrapt, omdat er een ernstige bezorgdheid bij de lidstaten bestond dat dit artikel een ongepaste inmenging zou kunnen vormen in de nationale bepalingen betreffende de zorgplicht van bestuurders en zelfs als een mogelijke 'oermijning' van de plicht van bestuurders om in het belang van de onderneming te handelen.²³ Ook Nederland heeft zich "verzet tegen persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders".²⁴ Het schrappen van dit artikel lijkt ons een logische keuze, al was het maar omdat volstrekt onduidelijk is wat precies met de voorgestelde verplichting om "rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties" werd bedoeld en hoe dit getoetst zou moeten worden. Tegelijkertijd menen wij dat het schrappen beperkte implicaties heeft voor Nederlandse bestuurders. De Corporate Governance Code bevat immers al een verplichting voor bestuurders van beursgenoteerde bedrijven om

rekening te houden met de gevolgen van de activiteiten van de onderneming voor mensen en het milieu.²⁵ Daarnaast hebben we in de vorige paragraaf toegelicht dat in de CSRD een verplichting is opgenomen om in het bestuursverslag te rapporteren over hoe de strategie van de onderneming bijdraagt aan het behalen van de Europese klimaatdoelstellingen. Deze laatste verplichting rust weliswaar op de onderneming, maar het is primair het bestuur van de vennootschap die – als hoofdelijk aansprakelijke voor misleidende rapportages (zie paragraaf 3.3 hieronder) – zal toezien op de naleving van deze verplichting.

Hoewel de CSRD en CSDDD dus geen bepaling over bestuurdersaansprakelijkheid kennen, regelt de CSDDD in artikel 29(1) wel de civielrechtelijke aansprakelijkheid van ondernemingen. Deze aansprakelijkheid is onder Nederlands recht indirect van belang voor bestuurdersaansprakelijkheid (zie ook paragraaf 3.2 hierna). Voor civiele aansprakelijkheid van de onderneming zijn vier voorwaarden opgenomen: (i) schending van één van de verplichtingen zoals opgenomen in artikel 10 en 11 CSDDD (ii) schade toegebracht aan een natuurlijke of rechtspersoon, (iii) een oorzakelijk verband tussen de schade en (iv) schuld ('opzettelijk of uit onachtzaamheid niet heeft voldaan aan de verplichtingen'). Aan artikel 29(1) CSDDD is daarnaast toegevoegd dat een onderneming niet aansprakelijk is als de schade uitsluitend is veroorzaakt door een zakenpartner in de activiteitenketen. De civiele aansprakelijkheid in de CSDDD is beperkt tot de schendingen van mensenrechten en milieuschade (opgenomen in artikel 10 en 11) en is niet expliciet van toepassing verklaard op de klimaatverplichtingen. Daarnaast bepaalt artikel 29(6) van de CSDDD dat de civiele aansprakelijkheidsregels onder de CSDDD geen afbreuk doen aan nationale regels over civiele aansprakelijkheid, met name wanneer deze strikter zijn of die voorzien in aansprakelijkheid voor andere gevallen dan benoemd in deze richtlijn. Er blijft dus een grote rol weggelegd voor het recht van de nationale lidstaten. In dat verband is wat ons betreft door Lennarts terecht de vraag opgeworpen wat de toegevoegde waarde van artikel 29 is.²⁶ Wij menen dat deze toegevoegde waarde voor Nederland in ieder geval beperkt is, omdat de vereisten van dit artikel niet verder gaan dan

21. Artikel 4(1) f en 11. Dit geldt niet voor ondernemingen die reeds gehouden waren te rapporteren op grond van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarrekening, de geconsolideerde jaarrekening en de daarmee samenhangende verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad.

22. "1. De lidstaten zorgen ervoor dat bestuurders van ondernemingen als bedoeld in artikel 2, lid 1, bij het vervullen van hun plicht om te handelen in het belang van de onderneming, rekening houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesties, met inbegrip van, waar van toepassing, de gevolgen voor mensenrechten, klimaatverandering en milieu, ook op korte, middellange en lange termijn." 2. De lidstaten zorgen ervoor dat

hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake verzuim van de plichten van bestuurders ook van toepassing zijn op de bepalingen van dit artikel."

23. Onderhandelingsmandaat van de Europese Raad nr. 31 en 32: data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/nl/pdf. Immers betekent het handelen in het belang van de onderneming niet altijd dat aan de duurzaamheidsdoelen wordt voldaan.

24. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-36146-B.html>.

25. Principe 1.1 Duurzame lange termijn waardecreatie van de Corporate Governance Code 2022.

26. L. Lennarts, 'Civil Liability of Companies for Failure to Conduct Corporate Sustainability Due Diligence throughout their Value Chains – Is Art. 22 CSDDD Fit for Purpose?', *Ondernemingsrecht* 2023/36.

het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Dit zullen wij hieronder toelichten.

3.2. Onrechtmatig handelen jegens derden: persoonlijk ernstig verwijt

Bij schending van de wettelijke verplichtingen uit de CSR en de CSDDD kan de onderneming op grond van artikel 6:162 BW jegens derden een onrechtmatige daad plegen. Dat brengt mee dat ondernemingen ten aanzien van hun ESG-beleid niet alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld via de ‘omweg’ van de ongeschreven zorgvuldigheidnorm zoals opgenomen in lid 2 van artikel 6:162 BW, maar dus ook door een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht.²⁷ De ongeschreven zorgvuldigheidnorm vormde tot nu toe de voornaamste juridische grondslag in de bekendste Nederlandse rechtszaken over duurzaamheid, zoals de Urgenda-zaak, de Klimaatzaak tegen Shell en de rechtszaak tegen Chemours.²⁸ De ongeschreven zorgvuldigheidnorm kan door rechters worden ingevuld door bepaalde wet- en regelgeving en *soft law*,²⁹ ook als deze normen niet direct van toepassing zijn op de aansprakelijk gestelde onderneming. Nieuwenhuis heeft de ongeschreven zorgvuldigheidnorm omschreven als plichten die zonder voorafgaande publicatie kunnen worden opgelegd, omdat ieder op zijn vingers kan natellen dat ze bestaan.³⁰ Toch kwamen de uitspraken in Urgenda en de Klimaatzaak tegen Shell voor veel mensen als een verrassing.³¹ Dit illustreert dat de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidnormen met de tijd kan veranderen. De CSR en CSDDD zullen op hun beurt ook bijdragen aan de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidnorm. Door deze richtlijnen wordt het voor rechters eenvoudiger om te bepalen wat anno 2024 van ondernemingen in het algemeen – ook wanneer de CSR en de CSDDD (nog) niet op deze ondernemingen van toepassing is – op het gebied van duurzaamheid mag worden verwacht. Hoewel de CSDDD nog niet geldt, gaat daar immers al wel een anticiperende werking vanuit. Daarbij moet worden voorkomen dat bij de beoordeling van de vraag of in het verleden een zorgvuldigheidnorm is geschonden, huidige normen en

opvattingen met terugwerkende kracht worden toegepast.

Zoals hiervoor toegelicht, is de aansprakelijkheid van de onderneming indirect van belang voor bestuurdersaansprakelijkheid. Wanneer de onderneming de wettelijke verplichtingen uit de CSR en de CSDDD of de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidnormen schendt, kunnen ook haar bestuurders onder bepaalde omstandigheden door derden, zoals particulieren of milieuorganisaties, op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld. Voor deze bestuurdersaansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt.³² Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt, hangt af van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Van een persoonlijk ernstig verwijt kan volgens de Hoge Raad in ieder geval sprake zijn als de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de onderneming tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.³³

Het is niet zo dat een schending van de rapportage- of *due diligence* verplichtingen of het in strijd handelen met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm, per definitie betekent dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt door de bestuurder. Er geldt immers een hoge drempel voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid, welke wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat primair sprake is van handelingen van de vennootschap, en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.³⁴ Deze hoge drempel is volgens ons te meer bij schendingen van de CSR en de CSDDD op zijn plaats, omdat dat deze richtlijnen nieuw en – alleen al vanwege hun omvang – complex van aard zijn, waardoor er enige ruimte voor interpretatie bestaat.³⁵ Net als De Kluisver menen wij dat de bestuurdersaansprakelijkheid

27. Artikel 6:162 lid 2 BW: “Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (...)”.

28. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.2 e.v. (Urgenda), r.o. 2.2.2 en Rb Rotterdam 27 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8987 r.o. 5.33 en 6.21.

29. Met *soft law* worden regels bedoeld die juridisch niet bindend zijn, maar toch invloed kunnen uitoefenen. In de Klimaatzaak tegen Shell vulde de rechter de ongeschreven zorgvuldigheidnorm in door mensenrechten, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, het UN Global Compact en de OESO Richtlijnen voor multinationale ondernemingen (Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 3.2).

30. J.H. Nieuwenhuis, ‘Ieder het zijne. Beschouwingen over het ongeschreven privaatrecht’, *RM THEMIS* 1988-2, p.

73-84. Ook geciteerd door T. Hartlief, ‘Kennen wij het ongeschreven recht?’, *NJB* 2021/1711.

31. De verrassing ten aanzien van de Klimaatzaak tegen Shell terecht kan nog terecht blijken. Op het moment van publicatie van dit artikel staat de hoger beroep procedure voor vonnis: het hof kan de uitspraak van de rechtbank nog vernietigen.

32. Hier geldt dezelfde hoge drempel als bij de aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de rechtspersoon op grond van artikel 2:9 BW.

33. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, r.o. 3.3.2.. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen), NJ 2006/659. Zie ook Poot/ABP (HR 8 december 2000, NJ 2001/197). Zie ook HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman).

34. HR 5 september 2014, ECLI:NL: HR:2014:2628.

35. Zo kan men zich afvragen wat precies onder ‘uiterste best’ wordt verstaan, zoals opgenomen in artikel 22 van de CSDDD.

geen beleidsinstrument of doel is.³⁶ Een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid is noodzakelijk om te zorgen dat bestuurders niet verlamd raken om het innovatieve beleid te voeren dat juist noodzakelijk is in de energietransitie.

Tot slot enkele opmerkingen over schade en causaal verband. Voor een succesvol beroep op artikel 6:162 BW is immers ook vereist dat eisers aantonen dat zij schade hebben geleden en dat die schade het gevolg is van het onrechtmatig handelen. Specifiek ten aanzien van klimaatschade is in de literatuur reeds betoogd dat het vaststellen van causaal verband vrijwel onmogelijk is en daar lijkt ons weinig tegen in te brengen.³⁷ Vorderingen van investeerders voor financiële schade lijken meer voor de hand te liggen, bijvoorbeeld als zij verliezen lijden door een investeringsbeslissing die zij hebben gebaseerd op misleidende duurzaamheidsinformatie. Als gevolg van de CSRD worden ondernemingen immers verplicht (nog meer) gedetailleerde informatie over duurzaamheid openbaar te maken. Een misleidend bestuursverslag kan het vertrouwen van investeerders aantasten, wat kan leiden tot dalende aandelenkoersen. Dit zal zeker het geval zijn als in de toekomst de waardering van een bedrijf meer zal afhangen van de duurzaamheid ervan.

3.3. Balansaansprakelijkheid

Naast de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW, kan ook de balansaansprakelijkheid zoals opgenomen in artikel 2:139/249 BW grondslag bieden voor aansprakelijkheid van bestuurders als gevolg van schendingen van de CSRD. Zoals hiervoor toegelicht, moeten veel ondernemingen op grond van de CSRD immers bepaalde duurzaamheidsinformatie in hun bestuursverslag openbaar maken.³⁸ Het bestuursverslag vormt een integraal onderdeel van de jaarrekening en is in Nederland onderhevig aan het jaarrekeningenrecht (dat grotendeels is opgenomen in Boek 2 BW). Voorheen konden ondernemingen die onder de reikwijdte van de NFRD vielen hun duurzaamheidsinformatie nog in een afzonderlijk verslag buiten het bestuursverslag opnemen. Deze mogelijkheid is echter met de introductie van de CSRD komen te vervallen. Dit is gedaan om de transparantie en de toegankelijkheid van belangrijke niet-financiële informatie te verbeteren. Een afzonderlijk verslag zou de vindbaarheid en toegankelijkheid van informatie voor gebruikers

belemmeren, met voor name beleggers die geïnteresseerd zijn in zowel financiële als duurzaamheidsinformatie.³⁹

Voorgaande betekent dat in het geval de door de CSRD verplicht gestelde duurzaamheidsrapportage een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap geeft, dit kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:139/249 BW. Artikel 2:139/249 BW bepaalt namelijk dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover derden wanneer door het bestuursverslag (net als door de jaarrekening of de tussentijdse cijfers) een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap:

”Indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers die de vennootschap bekend heeft gemaakt of door het bestuursverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand der vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De bestuurder die bewijst dat dit aan hem niet te wijten is, is niet aansprakelijk.”

De enkele vaststelling dat een jaarrekeningvoorschrift is geschonden, leidt niet automatisch tot het oordeel dat de toestand van de vennootschap misleidend wordt voorgesteld.⁴⁰ Vereist is dat de informatie door haar misleidende karakter de beslissing van de gemiddelde gebruiker van de jaarrekening kan beïnvloeden. Aangenomen wordt dat het daarbij enkel gaat om informatie die van materieel belang is.⁴¹ De wetsgeschiedenis spreekt daarnaast over een misleidende voorstelling van de ‘financiële verslaggeving’. Dit roept de vraag op of de balansaansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot de niet-financiële duurzaamheidsinformatie van de CSRD. Het feit dat de term ‘niet-financiële informatie’ uit de NFRD bij de introductie van de CSRD is vervangen door ‘duurzaamheidsinformatie’ — omdat de term ‘niet-financieel’ onterecht zou impliceren dat deze informatie financieel niet relevant is — pleit voor een bevestigend antwoord op deze vraag.⁴²

De systematiek van art. 2:139/249 BW lijkt daarnaast mee te brengen dat de schuld van de aangesproken bestuurders wordt verondersteld aanwezig te zijn zodra vaststaat dat de financiële verslaggeving misleidend is. Het is vervolgens aan de individuele bestuurders om aan te tonen dat hen geen

36. H.J. de Kluiver, ‘Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat mede in Europees perspectief’, *WPNR* 7407, P. 311.

37. B.M. Katan, ‘Ieder het hare; Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell’, *Ondernemingsrecht* 2021/106 en S.J. van Calker & J.P.M. Steenkamp, ‘Het Shell-vonnis en bange bestuurders, Een verkenning naar bestuurdersaansprakelijkheid voor klimaatschade’, *Ondernemingsrecht* 2022/31.

38. Voor de verplichtingen onder de CSDDD geldt dit niet: ondernemingen dienen hun bevindingen niet het in het bestuursverslag, maar op hun website te publiceren (artikel 11 CSDDD).

39. Zie overweging 57 CSRD. Zie ook art. 1 onderdeel 4 CSRD (nieuw art. 19 bis lid 1 Richtlijn 2013/34/EU (Jaarrekeningenrichtlijn)) waarin staat: “De in de eerste alinea bedoelde informatie staat duidelijk aangegeven in een deel van het bestuursverslag dat specifiek hierover gaat.”

40. A.C.W. Pijls, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving’, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), *Handboek Jaarrekeningenrecht*, (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1128.

41. A.C.W. Pijls, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving’ *TvOB* 2020-5, p. 154 – 16

42. CSRD, overweging 8.

schuld treft.⁴³ Een belangrijk verschil met de externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW is dat bij balansansprakelijkheid de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn.⁴⁴ Ook is geen persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurder vereist.⁴⁵ Sterker nog: hoewel de wetsgeschiedenis spreekt van ‘culpoze onwaarheid’ en van een ‘welbewust scheve voorstelling’, wordt in lagere rechtspraak en literatuur aangenomen dat voor deze aansprakelijkheid helemaal geen (aanvullende) schuld van de bestuurders is vereist.⁴⁶ Omdat over het onderwerp balansansprakelijkheid weinig rechtspraak is en de Hoge Raad (nog) geen richtinggevend arrest heeft gewezen, is veel nog niet uitgekristalliseerd. Gelet op de – mede als gevolg van de implementatie van de CSRD – steeds uitdijende verplichtingen van bestuurders ten aanzien van het bestuursverslag, lijkt de vergaande balansansprakelijkheid inmiddels haar doel voorbij te schieten.⁴⁷ Het zou volgens ons dan ook passend zijn om in ieder geval ten aanzien de duurzaamheidsrapportages een terughoudendere toets te hanteren.

4. Strafrechtelijke risico's voor bestuurders

Naast civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 en artikel 2:139/249 BW, kan de vraag worden gesteld wat de strafrechtelijke risico's zouden kunnen zijn voor bestuurders bij niet-naleving. Het gaat dit artikel te buiten om uitgebreid stil te staan bij alle mogelijke gevolgen voor strafbaarheid van bestuurders.⁴⁸ Wij gaan daarom specifiek in op drie situaties: i) strafrechtelijke sanctiëring van niet naleving van de (rapportage)verplichtingen, ii) eventuele strafrechtelijke gevolgen voor inhoudelijk onjuiste rapportages en (iii) enkele mogelijke overige gevolgen van de komst van de nieuwe (rapportage)verplichtingen voor de strafbaarheid van bestuurders. Voor een goed begrip van de strafrechtelijke risico's volgt hieronder eerst een

korte schets van het algemene strafrechtelijke aansprakelijkheidskader voor bestuurders.

4.1. Algemeen kader strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders

Allereerst kunnen bestuurders strafrechtelijk aansprakelijk zijn als zij zelf de ‘pleger’ van een strafbaar feit zijn. Denk aan de situatie dat een bestuurder zelf actief een document vervalst of iemand omkoopt. Daarnaast kunnen zij onder bepaalde voorwaarden bijdragen aan een delict door iets te doen of na te laten. Een bestuurder kan dan strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden als bijvoorbeeld medepleger, medeplichtige of doen pleger.⁴⁹ Ook kunnen bestuurders onder omstandigheden strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor gedragingen van een onderneming. Hiervan kan sprake zijn als zij feitelijk leiding hebben gegeven aan deze strafbare handelingen. Dit raakt niet alleen statutair bestuurders maar ook andere personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging: de feitelijke machtspositie, oftewel de materiële verantwoordelijkheid, is bepalend.⁵⁰

Om feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging van de onderneming vast te stellen, moet allereerst worden bepaald of de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan.⁵¹ Een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit als de gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt bij die toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon.⁵²

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van een strafbaar feit begaan door de rechtspersoon, komt de vraag aan de orde of iemand, bijvoorbeeld een bestuurder, als feitelijk leidinggever kwalificeert en strafrechtelijk aansprakelijk is. Van feitelijk leidinggeven kan sprake zijn als de bestuurder actief en ef-

43. De literatuur is verdeeld over de vraag of bestuurders snel slagen in het leveren van dit bewijs. Zie bijvoorbeeld M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 20 en D.A.M.H.W. Strik, ‘De ondertekening van de ‘in control’-verklaring en financiële verslaggeving naar Nederlands en Amerikaans recht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 165.

44. De Hoge Raad heeft bevestigd dat zelfs indien de vennootschap een wettelijk voorschrift niet naleeft, voor iedere bestuurder afzonderlijk een toerekenbare onrechtmatige daad jegens de eiser moet vaststaan. Zie HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (TMF).

45. Zie ook Rb. Amsterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2960 en Rb. Midden-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:116 (Bruil).

46. bijv. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II* 2009/470, M.J. Kroeze, ‘Bange bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2006, 3, D.A.M.H.W. Strik, ‘Aansprakelijkheid voor financiële verslaggeving in het licht van de Transparantierichtlijn’, *Ondernemingsrecht* 2005, 48 en Assink/Slagter 2013, p. 1096-1097).

47. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de balansansprakelijkheid is ingevoerd om de belangen van ‘derden in de

handelswereld’ bij de openbaarmaking van financiële verslaggeving te waarborgen. Daarnaast is aannemelijk dat de vroegere restrictieve benadering van de onrechtmatige daad door de Hoge Raad deze bijzondere bepaling noodzakelijk maakte. Zie Wet van 2 juli 1928, Stb. 216 en A. Attaïbi, *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Art. 139 – Burgerlijk Wetboek Boek 2 Aansprakelijkheid bestuurders NV bij misleiding, 1 februari 2024.

48. Ook omdat er nog geen (definitieve) implementatiewetgeving is voor beide richtlijnen. Om deze reden hebben wij ons voor wat betreft de CSDDD in het bijzonder gefocust op de rapportageverplichtingen die er gaan komen. Wel gaan wij in paragraaf 4.4 kort in op enkele mogelijke overige gevolgen van de nieuwe verplichtingen voor de strafbaarheid van bestuurders.

49. J. de Hullu & P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Materieel strafrecht* (Deelneming aan strafbare feiten, deel 7), Deventer: Wolters Kluwer 2024.

50. M.J. Hornman, ‘Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management’, *TvSO* 2024-1/2, p. 4.

51. HR 26 april 2016, ECLI 2016:733, NJ 2016, 375, onderdeel 3.3.

52. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328.

fectief de verboden gedragingen van de rechtspersoon heeft aangestuurd.⁵³ Ook kan sprake zijn van feitelijk leidinggeven als de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de bestuurder gevoerde beleid. Of bijvoorbeeld als de bestuurder een zodanige bijdrage heeft geleverd aan een complex van gedragingen die heeft geleid tot de verboden gedraging en daarbij een zodanig initiatief heeft genomen dat de bestuurder wordt geacht feitelijk leiding te hebben gegeven aan de gedraging. De strafbare ondergrens van feitelijk leidinggeven wordt bepaald door de normen uit de Slavenburg-rechtspraak.⁵⁴ Een bestuurder kan als feitelijk leidinggever strafbaar zijn als die bestuurder, ondanks het feit dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging, zulke maatregelen achterwege laat. Daarbij geldt als ondergrens voor de vereiste opzet dat de bestuurder minimaal bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Het gaat dus kort gezegd om wetenschap van een verboden gedraging, bevoegdheid om dit te voorkomen en ondanks dat het bewust nalaten om in te grijpen.⁵⁵

4.2. Sancties voor niet-naleving van de (rapportage)verplichtingen

Voor wat betreft de CSRD en CSDDD is het allereerst goed om op te merken dat deze voorschriften bevatten die primair gaan gelden voor ondernemingen, niet (direct) voor bestuurders. De CSRD en de CSDDD zelf bevatten ook geen bepalingen over eventuele (strafrechtelijke) aansprakelijkheid van bestuurders. De Europese wetgever laat het aan de nationale wetgever over om de consequenties van

niet-naleving te bepalen. Wel volgt uit de CSDDD dat de nationale wetgever dient te zorgen dat de sancties afschrikkend, evenredig en doeltreffend dienen te zijn en er hoge, omzet gerelateerde, geldboetes moeten kunnen worden opgelegd.⁵⁶

Wat betreft sancties voor niet-naleving dient dus naar bestaande en nieuwe Nederlandse wetgeving gekeken te worden. Voor de CSRD ligt er momenteel een wetsvoorstel voor implementatie van de richtlijn ("Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering").⁵⁷ In dit wetsvoorstel is opgenomen dat niet-naleving van bepaalde voorschriften rondom openbaarmaking van het duurzaamheidsverslag wordt aangemerkt als een economisch delict onder de Wet Economische Delicten ("WED"). Hierbij wordt aangesloten bij het bestaande (strafrechtelijke) kader van het jaarrekeningrecht. Titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bevat al een aantal formele voorschriften rondom (openbaarmaking van) de jaarrekening en het bestuursverslag waarvan niet-naleving strafbaar is gesteld voor ondernemingen via de WED.⁵⁸ Aangezien het duurzaamheidsverslag onderdeel wordt van het bestuursverslag⁵⁹, ligt het voor de hand dat hierbij wordt aangesloten.

In het huidige wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat enkel het niet (juist/tijdig) openbaar maken van de duurzaamheidsrapportage in het bestuursverslag strafbaar wordt gesteld.⁶⁰ Daarnaast introduceert het wetsvoorstel de nieuwe verplichting om (onder omstandigheden) door de accountant een assurance-onderzoek te laten doen op de duurzaamheidsrapportering.⁶¹ Niet-naleving van deze nieuwe bepaling wordt eveneens aangemerkt als een economisch delict onder de WED. Ondanks dat deze bepalingen in

53. M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management', *TvSO* 2024-1/2, p. 4.

54. HR 16 december 1987, NJ 1987, 321/322.

55. P.N. Ploeger, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor falende compliance', *TvOB* 2024-2 p. 53.

56. CSDDD, overweging 76: "De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de geldboete, wanneer deze wordt opgelegd, in verhouding staat tot de wereldwijde netto-omzet van de onderneming" en artikel 27 lid 4 "wanneer geldboeten worden opgelegd, worden deze gebaseerd op de wereldwijde netto-omzet van de onderneming. De maximumgrens voor geldboeten bedraagt ten minste 5% van de wereldwijde netto-omzet van de onderneming in het boekjaar dat voorafgaat aan het jaar van het besluit tot het opleggen van de geldboete".

57. Wijziging van de wet accountantsorganisaties, de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek, en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2022/2464 met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering)

58. Artikel 1, onderdeel 4° van de WED. Zie ook D. Doorenbos, *Handboek Jaarrekeningenrecht* (VDHI nr. 164), Hoofdstuk 51, jaarrekening en strafrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020, 51.1, 51.2.2, en 51.2.3. Het gaat bijvoorbeeld om het (i) naleven van voorgeschreven verplichtingen in AMVB's over het opnemen van informatie in het bestuursverslag, opstellen en openbaar maken van verklaringen (artikel 2:391a lid 2 BW) en met betrekking tot de jaarrekening om (ii) het laten doen van een accountantscontrole op de

jaarrekening (artikel 2:393 lid 1), (iii) de tijdige openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:394 lid 3 BW) en (iv) de juiste wijze van openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:395 BW).

59. Zie onder meer Concept Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering.

60. MvT Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering, p. 53: "De strafrechtelijke handhaving van de jaarverslaggeving in de Wet op de economische Delicten (WED), heeft betrekking op het niet naleven van de verplichting tot het openbaar maken van informatie (zie de vermelding artikel 2:394, derde lid, BW in artikel 1, onderdeel 4, WED). De vermelding in de WED van de rechtsgrondslag voor algemene maatregelen van bestuur waarin EU-richtlijnen worden geïmplementeerd (artikel 2:391aBW) die gaan over de inhoud van het bestuursverslag en de inhoud van andere bij de jaarrekening te voegen jaarlijkse verslagen en verklaringen, lijkt per abuis te suggereren dat de handhaving op basis van de WED ook op de inhoud van deze stukken betrekking kan hebben. Daarvoor is echter een procedure ingericht voor alle belanghebbenden bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (artikel 2:477 e.v. BW). Daarom wordt de vermelding van artikel 2:391a, tweede lid, BW in de WED aangepast." Het gaat daarbij specifiek om de toevoeging 'voor zover het de openbaarmaking betreft'. Zie verder o.a. artikel 7 lid 2 van het Concept Implementatiebesluit richtlijn duurzaamheidsrapportering.

61. Nieuw artikel 2:393a BW, Voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering.

boek 2 BW in beginsel gericht zijn op de onderneming kan via de route van feitelijk leidinggeven ook een bestuurder hierop worden aangesproken.⁶² Met deze verduidelijking en mogelijk 'nieuwe' overtreding, wordt bevestigd dat de strafrechtelijke sancti- onering van duurzaamheidsrapportageverplichtin- gen vooral lijkt te gaan zien op het niet naleven van de formele vereisten rondom openbaarmaking van het verslag en niet om de inhoud ervan of de inhoud van andere bij de jaarrekening te voegen jaarlijkse verslagen en verklaringen.⁶³

Voor de CSDDD is de implementatiewetgeving in Ne- derland nog in de maak. Deze wordt eind van dit jaar verwacht. Wel ligt er een initiatiefwetsvoorstel Verantwoord en duurzaam internationaal onderne- men.⁶⁴ Dit wetsvoorstel heeft in de kern dezelfde doelstelling als de CSDDD, namelijk de verplichting voor ondernemingen tot gepaste zorgvuldigheid in hun waardeketen en een bijbehorende rapportage- verplichting. In dit wetsvoorstel is wel voorzien in strafrechtelijke handhaving, al is deze mogelijkheid na kritiek van de Raad van State beperkt tot enkel schending van de rapportageverplichtingen en niet langer voor het niet nakomen van andere verplich- tingen rondom gepaste zorgvuldigheid uit de initia- tiefwet.⁶⁵ Als de niet (juiste) naleving van de rappor- tageverplichting inderdaad strafrechtelijk gesancti- oneerd wordt dan geldt hetzelfde als hiervoor be- schreven. Er is dan een strafrechtelijk aansprakelijk- heidsrisico voor een bestuurder als feitelijk leiding- gevende. Het is echter de vraag wat er uiteindelijk met zowel het initiatiefwetsvoorstel als de mogelijk- heid tot strafrechtelijk sanctioneren zal gebeuren.⁶⁶ Wel merken wij op dat indien er daadwerkelijk over- gegaan wordt tot strafrechtelijke sanctiëring van deze rapportageverplichting, voldoende duidelijk en concreet moet zijn wat deze verplichting precies in- houdt. Iets wat in onze ogen in het huidige initiatief- voorstel nog verdere verduidelijking behoeft.

4.3. Strafbaarheid van onjuiste rapportage

Ondanks dat de Nederlandse implementatie wet- geving van de CSRD en CSDDD niet lijkt te gaan

voorzien in strafrechtelijke sanctionering van in- houdelijk onjuiste rapportages of verslagen, kun- nen op basis van het strafrecht bestuurders hier wel degelijk aansprakelijk voor worden gehouden. Te denken valt aan een situatie waarin een bestuur- der een duurzaamheidsrapportage of CSDDD-rap- portage (mede)opstelt of goedkeurt waarvan hij weet of de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze on- juist of onvolledig is.⁶⁷ In bepaalde situaties kan dan sprake zijn van het strafbare feit valsheid in ge- schrift, beschreven in artikel 225 Wetboek van Straf- recht ("Sr"). Indien de rapportage of het verslag niet overeenkomt met de werkelijkheid omdat er belang- rijke informatie niet is opgenomen, speelt bij de be- oordeling of er sprake is van het valselijk opmaken van een geschrift, de vraag mee of het om essenti- ële informatie gaat en of er bijvoorbeeld een (rechts-)plicht was tot vermelding van deze informatie.⁶⁸ Verder moet voor strafbaarheid op basis van arti- kel 225 Sr een bestuurder opzet hebben gehad (met als ondergrens voorwaardelijk opzet) op het valse- lijk opmaken of vervalsen, en het oogmerk om het vervalste geschrift als ware het echt en onvervalst te gebruiken.⁶⁹

Naast valsheid in geschrift kan ook gedacht wor- den aan het strafbare feit oplichting (artikel 326 Sr). Daarvan is kort gezegd sprake als iemand met opzet een ander misleidt om zichzelf te bevoorstellen. Denk aan de situatie dat een onderneming in de duur- zaamheidsrapportage op bepaalde onderdelen veel 'duurzamer' wordt voorgedaan dan deze in werke- lijkheid is, om zo de waarde van de onderneming te vergroten met als doel grote investeerders aan te trekken of de onderneming tegen een betere prijs te kunnen verkopen. In dat kader wordt ook wel gesproken over greenwashing: het 'groener' voor- doen dan iets daadwerkelijk is. Hoewel handhaving van greenwashing zich nu nog veelal beperkt tot be- stuurlijke handhaving of handhaving door de Re- clame Code Commissie, valt niet uit te sluiten dat er in ernstige situaties ook strafrechtelijk zal wor- den opgetreden op basis van bovengenoemde delic- ten, zoals in Duitsland al het geval is tegen een doch- teronderneming van Deutsche Bank.⁷⁰

62. Zie als voorbeeld uit de rechtspraak bijvoorbeeld Ge- rechtshof Amsterdam van 7 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS: 2017:2172

63. Hiervoor, zo stelt de wetgever, staat immers al de (civiel- rechtelijke) route bij de Ondernemingskamer open voor belanghebbenden.

64. Initiatiefwetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam in- ternationaal ondernemen (35761).

65. Voorstel wat wet zoals gewijzigd naar aanleiding Nota van wijziging van het initiatiefwetsvoorstel ver- antwoord en duurzaam internationaal ondernemen, W02.23.00316/II. De meest recente Nota van Wijziging is van 19 augustus 2024.

66. Dit vanwege de inmiddels gewijzigde politieke verhou- dingen waardoor het twijfelachtig is of de wet in deze vorm voldoende politieke steun vindt. Daarnaast ook vanwege de uitgebreide kritiek van de Raad van State op het Initiatiefwetsvoorstel. Bovendien bevat de hui- dige CSDDD veel open normen. Bij eventuele sanctio- nering van niet-naleving daarvan is van belang dat deze

normen verder verduidelijkt en geconcretiseerd worden om de rechtszekerheid voldoende te waarborgen. Zie ook H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht, NJB 2024/929.

67. Het betreft dan intellectuele valsheid.

68. J.P. Cnossen, commentaar op artikel 225 Sr, par. 18 in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Klu- wer, zie ook: HR 16 december 1986, NJ 1987/322 en HR 9 oktober 1979, NJ 1980/47.

69. J.P. Cnossen, commentaar op artikel 225 Sr, par. 2 in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer en E.J. Hofstee, commentaar op artikel 225 sr, aant. 5, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, Deventer: Wol- ters Kluwer.

70. Van dit soort ernstige situaties zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn, als er al meerdere malen bestuursrechtelijk is ingegrepen zonder resultaat of als het verschil tussen hetgeen vermeld is in de rapportages en de werkelijke si- tuatie erg groot is. Zie in dat kader ook S. Lopik, *Strafbare greenwashing*, TBS&H 2024, nr. 4, p. 173.

4.4. Overige risico's

Tenslotte is het interessant om nog kort stil te staan bij enkele mogelijke andere risico's die de komst van de CSR en CSDDD met zich brengen voor de strafbaarheid van bestuurders. Hoewel er nog geen (definitieve) implementatiewetgeving voor beide richtlijnen is, zijn er wel enkele elementen die ervoor zouden kunnen zorgen dat het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders wordt vergroot. Een voorbeeld hiervan is de plicht voor ondernemingen om de feitelijke en potentiële negatieve effecten uitgebreid in kaart te brengen, belanghebbenden hierover te raadplegen en klachtenprocedures op te stellen. Hiermee zal de onderneming, en – gelet op het te publiceren verslag – naar verwachting ook haar bestuurders, meer inzicht en informatie krijgen over haar activiteiten en de effecten hiervan op milieu en mensenrechten. Het is niet ondenkbaar dat daarbij ook informatie naar boven komt over mogelijke strafbare feiten of signalen en risico's daarvan bij haarzelf, dochterondernemingen en eventuele zakenpartners.⁷¹ Hierdoor zal er bij een bestuurder mogelijk sneller wetenschap⁷² van strafbare gedragingen zijn, waardoor deze ook sneller gehouden is om actie te ondernemen, en zou een nalaten om dit te doen⁷³ en de aanmerkelijke kans aan-

vaarding, strafrechtelijke risico's met zich mee kunnen brengen.⁷⁴

Een ander risico heeft betrekking op het strafbare feit witwassen. In de literatuur wordt wel betoogd dat schendingen van mensenrechten in de leveranciersketen, oftewel *supply chain*, kunnen leiden tot verdenkingen van witwassen.⁷⁵ Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin ondernemingen profijt halen uit producten of diensten uit de keten die uit misdrijf afkomstig zijn.⁷⁶ Hierbij is onder meer de vraag van belang in hoeverre een onderneming 'wetenschap' (opzet/schuld) van de criminele herkomst van de producten had, dus wist of had moeten weten dat deze producten of diensten uit misdrijf afkomstig waren.⁷⁷ Visser en Regtering stellen dat de verplichtingen uit de CSDDD effect hebben op dit 'wetenschap' bestanddeel van witwassen.⁷⁸ Volgens Visser en Regtering kan als in strijd met de wettelijke plicht wordt nagelaten om het vereiste onderzoek te doen naar bepaalde activiteiten immers sneller worden aangenomen dat er sprake is van (voorwaardelijke) opzet of schuld.⁷⁹ Daarom trent merken wij op dat het Openbaar Ministerie heeft aangegeven onder meer in het kader van de nieuwe CSDDD-wetgeving te kijken naar mogelijkheden om ondernemingen en bestuurders betrokken bij ESG gerelateerde criminaliteit aan te pakken via de witwasbepalingen.⁸⁰

71. Denk bij mensenrechten bijvoorbeeld aan het verbod op gedwongen of verplichte arbeid. Dit is tevens een strafbaar feit op basis van artikel 273f Sr. Een onderneming dient op basis van de CSDDD-maatregelen te nemen om feitelijke en potentiële negatieve effecten van hun eigen activiteiten of die van hun dochterondernemingen en van hun zakenpartners in de activiteitsketen.
72. Zie over de invulling van deze wetenschap ook M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management', *TvSO* 2024-1/2, p. 5: "De wetenschap van de leidinggevende hoeft daarbij niet te zien op het exacte verwijt zoals in de tenlastelegging aan de rechtspersoon wordt verweten. Niettemin moet zij daarmee wel in rechtstreeks verband staan. Kennis van gedragingen die zeer dicht aanschurken tegen de gedragingen die de rechtspersoon worden verweten, volstaat dus. Daarbij moet het begrip 'de gedraging' feitelijk worden opgevat. Niet vereist is dat de leidinggevende ook wist welke juridische kwalificatie aan die gedraging(en) zou (kunnen) worden verbonden. Ook is niet vereist dat de leidinggevende op de hoogte is van het specifieke waar, wanneer en hoe de verweten feiten zijn begaan, noch van de concrete omvang van die feiten. Doordat de betrokkene binnen de rechtspersoon een leidinggevende positie inneemt, is hij/zij – in ieder geval tot op zekere hoogte – feitelijk in staat om preventief dan wel reactief tegen die verboden gedragingen op te treden. Vanaf het moment dat hij/zij van die feiten kennis draagt, is hij/zij ook gehouden om dat te doen."
73. Zie ook artikel 10 en 11 van de CSDDD; ondernemingen moeten op basis van de CSDDD maatregelen treffen ter preventie en beëindiging van de negatieve effecten. Hierdoor is er mogelijk makkelijker bewijs voorhanden dat een bestuurder wel iets wist, maar niet voldoende en tijdig actie heeft genomen.
74. Stel bijvoorbeeld dat er op basis van de voorgeschreven risico-analyse van artikel 8, lid 2 onder a van de CSDDD volgt dat er binnen een bepaalde dochteronderneming een groot risico bestaat op arbeidsuitbuiting. Vervolgens wordt in lijn met artikel 8, lid 2 onder a verder onderzoek gedaan door de onderneming en komen daadwerkelijk serieuze signalen naar boven van mogelijke arbeidsuit-

- buiting. Het is nog de vraag in hoeverre dergelijke bevindingen moeten worden gerapporteerd in het verslag (artikel 16 CSDDD) maar niet uit te sluiten valt dat over feitelijke negatieve effecten in detail zal moeten worden gerapporteerd. Hetzelfde geldt overigens voor de preventie en beëindiging van deze negatieve effecten.
75. Mr. S. Visser en mr. R.A. Regtering, 'Ondernemen met oog voor mens, milieu en maatschappij: van nobel streven tot witwassen', *TBS&H* 2023-2, p. N. Ploeger, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor falende compliance', *TvOB* 2024-2 p. 55, zie ook M.J. Hornman, 'Witwassen deelname aan een criminele organisatie als vangnet voor indirecte betrokkenheid van ondernemingen bij mensenrechtenschendingen', *TBS&H* 2018/1, p. 4 e.v.
76. Gelet op de insteek van dit artikel en een focus op rapportageverplichtingen wat betreft de CSDDD zijn wij niet nader ingegaan op het delict witwassen. Voor meer hierover zie echter Mr. S. Visser en mr. R.A. Regtering, 'Ondernemen met oog voor mens, milieu en maatschappij: van nobel streven tot witwassen', *TBS&H* 2023-2 en M.J. Hornman, 'Witwassen deelname aan een criminele organisatie als vangnet voor indirecte betrokkenheid van ondernemingen bij mensenrechtenschendingen', *TBS&H* 2018/1, p. 4 e.v.
77. Mr. S. Visser en mr. R.A. Regtering, 'Ondernemen met oog voor mens, milieu en maatschappij: van nobel streven tot witwassen', *TBS&H* 2023-2, p. 72.
78. Mr. S. Visser en mr. R.A. Regtering, 'Ondernemen met oog voor mens, milieu en maatschappij: van nobel streven tot witwassen', *TBS&H* 2023-2, p. 74-75.
79. Mr. S. Visser en mr. R.A. Regtering, *TBS&H* 2023-2, p. 74: "Immers, conform die (red: voorgeschreven) wetgeving is een bedrijf verplicht om zijn productieketen door te lichten op strafbare feiten, zoals kinderarbeid (...). Als het bedrijf – tegen de voorgestelde bepalingen in – geen enkele actie heeft ondernomen om informatie over de productie-omstandigheden te achterhalen, dan handelt het in strijd met de voorgeschreven regels. Veel sneller zal dan onzes inziens worden aangenomen dat sprake is van (voorwaardelijke) opzet of schuld."
80. OM jaarbericht criminele geldstromen 2023, p. 26.

Naast dat de onderneming en bestuurders meer inzicht krijgen in haar activiteiten en effecten op milieu en mensenrechten geldt dit door alle rapportageverplichtingen uiteraard ook voor belangenorganisaties, toezichthouders en opsporingsinstanties. Dit, in combinatie met de maatschappelijke druk en ontwikkeling waarbij er steeds meer publieke aandacht is voor duurzaamheidskwesties, het aankaarten van misstanden en NGO's en belangengroepen in steeds grotere mate het strafrecht inzetten om hun doelen na te jagen, maakt ondernemingen en hun bestuurders kwetsbaarder.⁸¹

5. Conclusie en aanbevelingen

De CSRD en CSDDD brengen aanzienlijk meer verplichtingen voor ondernemingen met zich mee, waaronder de (inspannings)verplichting om een bepaald duurzaamheidsbeleid te voeren. De bestuurders zijn primair verantwoordelijk om te zorgen dat de onderneming deze verplichtingen naleeft.

Bestuurders kunnen civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld als gevolg van (schendingen van) de CSRD en de CSDDD, zowel via de route van onrechtmatige daad als op grond van balansaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatigheden door de bestuurder geldt de onverminderd hoge drempel dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. Hier zal niet snel sprake van zijn. Dit is anders bij balansaansprakelijkheid, waarbij bestuurders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn bij een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap en de schuld van de bestuurder in beginsel wordt aangenomen. In Nederland geldt dus een vergaande aansprakelijkheid voor een misleidend bestuursverslag, die als gevolg van de CSRD op een veel breder aantal (duurzaamheids-)onderwerpen van toepassing lijkt te zijn. Gelet op de beperkte jurisprudentie die over het onderwerp balansaansprakelijkheid voorhanden is, valt nog te bezien of deze strikte lijn daadwerkelijk wordt doorgetrokken ten aanzien van het duurzaamheidsverslag.

Ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt op basis van de huidige wetsvoorstellen de strafrechtelijke sanctionering van niet-naleving van de nieuwe voorschriften zich te beperken tot niet-naleving van voorschriften rondom openbaar-

making van de duurzaamheidsrapportage en niet om de inhoud ervan. Via de route van feitelijk leidinggeven kunnen ook bestuurders hier strafrechtelijk aansprakelijk voor worden gehouden. Het is echter nog wel sterk de vraag of ten aanzien hiervan ook daadwerkelijk zal worden gekozen voor strafrechtelijke handhaving. Wel blijft het risico bestaan dat bestuurders onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor onjuistheden in de rapportages langs de band van valsheid of oplichting. De verdergaande rapportage- en *due diligence* verplichtingen en de daarmee gepaard gaande toename van informatie en wetenschap kunnen er in de praktijk toe leiden dat aansprakelijkheidsrisico ten aanzien van (in de keten gepleegde) strafbare feiten voor bestuurders toenemen. Tijdige en zorgvuldige opvolging van dergelijke signalen is voor bestuurders van belang om eventueel strafrechtelijk verwijtbaar handelen te voorkomen.

Het is voor bestuurders in ieder geval essentieel om zich bewust te zijn van hun verplichtingen onder de CSRD en CSDDD en om proactief te zorgen voor naleving. Dit vereist het opzetten van toereikende monitoring- en rapportagesystemen, het trainen van medewerkers op ethisch vlak en het nemen van weloverwogen beslissingen die rekening houden met de duurzaamheidseffecten. Zorgvuldige rapportage speelt daarbij een sleutelrol: bestuurders moeten enerzijds hun ambitie op het gebied van duurzaamheid tonen, maar moeten tegelijkertijd realistisch blijven en zorgdragen dat het duurzaamheidsverslag een juiste weergave is van hoe duurzaam de onderneming is. Bovendien is goede opvolging van meldingen, klachten en overige signalen over mogelijke strafbare feiten, en het nemen van tijdige en passende actie hierop, essentieel voor bestuurders om strafrechtelijk verwijtbaar handelen en aansprakelijkheid te voorkomen. Het is duidelijk dat ESG is uitgegroeid tot een onmiskenbaar onderwerp op de bestuurs-agenda.

Tegelijkertijd is een algemene terughoudendheid bij het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid op zijn plaats, gelet op de complexiteit van de richtlijnen. Een te lage drempel kan averechts werken en leiden tot verlamming, terwijl het juist van groot belang is dat bedrijven die een cruciale rol spelen in de energietransitie en (overige) verduurzaming, ambitieuze bestuurders aantrekken en behouden.

81. P.N. Ploeger, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor falende compliance', *TvOB* 2024-2, p. 56.