

SANCTIONERING VAN ONDERNEMINGEN EN BESTUURDERS IN HET BESTUURS(STRAF)RECHT SAMEN WERKEN IS SAMEN DE KLOS?

Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid

mr.dr. M.J. (Mark) Hornman & mr. T.R. (Tim) Bleeker¹

I. Inleiding

Algemene inleiding op de preadviezen

Een bestuursrechtelijke overtreding begaat men zelden alleen. De overtreding komt meestal tot stand in een complex van doen en nalaten van meerdere natuurlijke en rechtspersonen. Daardoor is het zowel voor de handhavende organisaties als voor de rechter die uiteindelijk over de handhaving moet oordelen, niet altijd eenvoudig om dat samenwerkingsverband te ontrafelen en daarbinnen een of meerdere duidelijke verantwoordelijken aan te wijzen, hetgeen het opleggen van een passende sanctie eveneens bemoeilijkt. Naar de concrete rol van de (mogelijk) betrokken individuen blijft het soms gissen. Ook het uitvogelen aan welke rechtspersoon uit het concern de verrichte gedragingen nu precies moeten worden toegerekend, kan een haast onmogelijke opgave zijn wanneer achter die rechtspersonen steeds dezelfde natuurlijke personen schuilgaan en de onderlinge afgrenzing tussen de aangesloten rechtspersonen fluïde van aard is. Het achterhalen van 'de' overtreder is in de praktijk daarom minder eenvoudig dan de tekst van artikel 5:1 Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) doet voorkomen. Daardoor ontstaat het risico dat de verantwoordelijken de dans ontspringen, maar ook dat alle direct of indirect betrokkenen dan maar op één hoop worden gegooid en aansprakelijk worden gehouden voor andermans gedragingen. Bovendien zal het voor de betrokken (rechts)personen niet altijd duidelijk zijn op wie de verplichtingen uit de bestuursrechtelijke voorschriften rusten, en welke consequenties het voor hen heeft als deze verplichtingen worden geschonden. Wanneer is een leidinggevende bijvoorbeeld persoonlijk aansprakelijk voor gedragingen van 'zijn' rechtspersoon en wanneer kan een moedermaatschappij worden aangesproken op door haar dochteronderneming begane overtredingen? Onder de polemische zinsnede 'Samen werken is samen de klos?', staan de preadviezen van de jonge VAR daarom dit jaar in het teken van bestuursrechtelijke handhaving in de context van samenwerkingsverbanden.

Aan de preadviezen gaat een algemeen deel vooraf, waarin het bestuursrechtelijke overtredersbegrip en de daarmee samenhangende leerstukken functioneel dader-(of eigenlijk: pleger)schap, overtrederschap van rechtspersonen, feitelijk leidinggeven en medeplegen worden uiteengezet. De vier preadviezen die volgen, zoomen in op de wijze waarop deze leerstukken in het milieurecht en in het financieel-economische bestuursrecht worden toegepast, en de problemen en vraagstukken die zich daarbij aandienen.

In de preadviezen komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan bod. Tim Bleeker, promovendus bij het onderzoekscentrum voor Water en Duurzaamheidsrecht (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht, onderzoekt wanneer het mogelijk is om een leidinggevende functionaris van een onderneming te sanctioneren voor milieuovertredingen. Manon van Overbeek en Olivier Dusée, beiden werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (verder: ACM), trachten de vraag te beantwoorden of de kritiek op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten in het economisch bestuursrecht terecht is gebleken. Monique van der Linden en Jakoline Winkels, beiden advocaat

¹ Mark Hornman is werkzaam bij de afdeling Juridische Zaken van de Autoriteit Financiële Markten. Tim Bleeker is als promovendus verbonden aan het onderzoekscentrum voor Water en Duurzaamheidsrecht (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven.

binnen het Corporate Fraud and Criminal Law team van Stibbe, bespreken de evenredigheidstoets van bestraffende sancties in samenwerkingsverbanden. Mark Hornman, in 2016 in Utrecht gepromoveerd op het proefschrift 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen' en thans werkzaam bij de Autoriteit Financiële Markten (verder: AFM), onderzoekt de waarde van typologieën van ondernemingen om de zorgplicht van leidinggevendenden te concretiseren.

Inleiding op dit algemene deel

In alle preadviezen speelt het bestuursrechtelijke overtredersbegrip een centrale rol. Met name de mogelijkheden om een verboden gedraging toe te rekenen aan een of meerdere (rechts)personen binnen het samenwerkingsverband en de deelnemingsvormen medeplegen en feitelijk leidinggeven zijn voor meerdere preadviezen van belang. Om de minder in deze materie ingevoerde lezer op weg te helpen, herhaling te voorkomen en een eenduidig juridisch kader te presenteren, volgt in dit algemene deel een eerste meer globale bespreking van deze leerstukken.

Het huidige bestuursrechtelijke overtredersbegrip is tot stand gekomen in de Vierde tranche van de Awb en in 2009 in werking getreden. Voor de invulling van het overtredersbegrip heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het strafrechtelijke daderschapsbegrip. Daarvoor zijn in ieder geval drie redenen te onderscheiden.² De eerste reden is praktisch van aard: de wetgever heeft beoogd om nodeloze verschillen met andere rechtsgebieden te voorkomen. De tweede reden is dat het 'oude' overtredersbegrip niet meer voldeed: het bestuursrecht werd steeds verder uitgebreid met punitieve sanctioneringsmogelijkheden, waardoor het bestaande in de rechtspraak ontwikkelde en op herstel gerichte overtredersbegrip onder druk kwam te staan. Het strafrecht werd in de rechtspraak en literatuur reeds als richtsnoer gebruikt, en de codificatie in de Awb is een neerslag van die ontwikkeling. Bovendien worden door de aansluiting bij het strafrecht aanvullende inhoudelijke eisen gesteld aan het overtrederschap en wordt voldaan aan belangrijke punitiefrechtelijke beginselen, zoals het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Ten derde bestond de behoefte om de handhaving van bestuursrechtelijke normen te verbeteren en te vergemakkelijken, door middel van aansprakelijkheidsfiguren die het mogelijk maakten om betrokkenen die niet zelf de (volledige) overtreding begingen of geen adressaat waren van de norm te sanctioneren.³ Dit werd bereikt door de introductie van enkele belangrijke strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren, te weten medeplegen, opdrachtgeven⁴ en feitelijk leidinggeven (art. 5:1 lid 2 en 3 Awb jo. 51 lid 2 en 3 Wetboek van Strafrecht, verder: Sr).

Vanwege de relatief recente introductie van deze aansprakelijkheidsfiguren in het bestuursrecht en de stormachtige ontwikkeling die zich sindsdien heeft voltrokken, is het van groot maatschappelijk en wetenschappelijk belang om de wijze waarop deze 'strafrechtelijke' leerstukken toepassing vinden in het bestuursrecht aan een grondige analyse te onderwerpen, zeker nu de sancties die, met name in het financieel-economische bestuursrecht plegen te worden opgelegd, die van de strafrechter in zwaarte soms fors overschrijden.⁵ Bovendien blijkt de toepassing van deze aansprakelijkheidsfiguren in de bestuursrechtelijke context soms lastige materie.⁶ Het bestuursrecht kan daarbij bovendien lering trekken uit de strafrechtelijke doctrine die op dit punt al veel verder is ontwikkeld. Gelet op al het voorgaande, is dit algemene deel hoofdzakelijk gebaseerd op strafrechtelijke jurisprudentie en literatuur. De toepassing van de hier besproken overtrederschaps-

² *Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, 3, o.a. op p. 6, 7 en 77-82; zie ook par. 4.2 van het preadvies van Bleeker.*

³ Een vaak terugkomend voorbeeld is de belastingadviseur, die niet gesanctioneerd kon worden als pleger omdat deze geen normadressaat is (*Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, 3, p. 80*).

⁴ Aangezien opdrachtgeven in wezen een meer beperkte verschijningsvorm van feitelijk leidinggeven is welke in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis speelt, zal in het navolgende enkel op feitelijk leidinggeven worden ingegaan.

⁵ Zie hierover nader het preadvies van Van der Linden & Winkels.

⁶ Een voorbeeld waarin de Afdeling bestuursrechtspraak wel erg losjes omgaat met de criteria die gelden voor het functioneel plegerschap betreft ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, AB 2014/144 m.nt. F.R. Vermeer (*Chemie-Pack*). Zie hierover nader het preadvies van Bleeker.

vormen en de concretisering van de toetsing van de aansprakelijkheidscriteria zal plaatsvinden in de afzonderlijke preadviezen. In die preadviezen zal, waar relevant, ook de vraag worden beantwoord of de door de wetgever beoogde inhoudelijke aansluiting bij het strafrecht wel wordt gerealiseerd; trekt het bestuursrecht niet teveel een eigen van het strafrecht afwijkende lijn of geniet een zekere mate van divergentie juist de voorkeur en is dat wellicht zelfs onvermijdelijk?⁷ In aansluiting daarop kan ook worden afgevraagd in hoeverre deze nieuwe aansprakelijkheidsfiguren daadwerkelijk hebben bijgedragen aan de gewenste verbetering van het bestuursrechtelijk handhavingsarsenaal.

In dit algemene deel wordt eerst ingegaan op het bestuursrechtelijke overtredersbegrip (paragraaf II). Daarna worden de overtredersvormen besproken waarbij de pleger de overtreding zelf begaat, of wordt geacht zelf te begaan, namelijk het fysiek en functioneel plegerschap (paragraaf III). Aansluitend bespreken wij welke criteria gelden om een verboden gedraging toe te rekenen aan een rechtspersoon (paragraaf IV). Daarna staan wij stil bij de verschillende deelnemingsvormen die het bestuursrecht sinds de Vierde tranche Awb kent, namelijk feitelijk leidinggeven (paragraaf V) en medeplegen (paragraaf VI). Omdat de begrippen functioneel plegerschap, daderschap van de rechtspersoon en feitelijk leidinggeven in het juridisch spraakgebruik regelmatig worden verward of zelfs worden vereenzelvigd, gaan wij aan het slot van paragraaf II allereerst in op de verschillen tussen deze begrippen en leggen wij uit waarom het belangrijk is om deze figuren goed van elkaar te onderscheiden. Aangezien de mogelijkheden om leidinggevend te sanctioneren in verschillende preadviezen nader en meer diepgaand zullen worden besproken, sluiten wij dit algemene deel af met een korte introductie en reflectie op de discussie die op dit moment zowel in het privaatrecht, strafrecht als bestuursrecht wordt gevoerd over bestuurdersaansprakelijkheid, ‘bange bestuurders’ en de angst voor een risicoaansprakelijkheid (paragraaf VII). Het overkoepelende thema van deze preadviezen is immers ‘samen werken is samen de klos?’. De vraag of dat samen de klos zijn daadwerkelijk het geval is, loopt als een rode draad door de vier preadviezen en verdient dus een passende introductie. Dit algemene deel sluiten wij af met een aantal stellingen (paragraaf VIII).

⁷ Zoals S.M.C. Nuyten en B.J.V. Keupink, ‘Daderschap in recente bestuursrechtspraak’, *Delikt en Delinkwent* 2014, p. 64 terecht opmerken, moet bij die vergelijking een zekere terughoudendheid worden betracht. Als gevolg van bepaalde aan het straf- en het bestuurs(proces)recht inherente verschillen is een één-op-één-vergelijking niet altijd mogelijk. Zo is in het strafrecht de tenlastelegging leidend en vormt de strafrechter naar aanleiding daarvan een oordeel over de feiten en de omstandigheden waaronder die zijn begaan. In het bestuursrecht staat daarentegen het boetebesluit centraal en toetst de bestuursrechter of dat besluit inhoudelijk juist is en op goede gronden is genomen. Voorts treden de hoogste bestuursrechters tegelijkertijd als hoogste feitenrechters op, terwijl de Hoge Raad louter als cassatierechter optreedt. Anders dan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven geeft de strafkamer van de Hoge Raad dus niet zelf invulling aan de criteria voor aansprakelijkheid, maar toetst hij uitsluitend of het gerechtshof de juiste criteria heeft aangelegd en de invulling daarvan voldoende heeft gemotiveerd. Daarbij heeft het gerechtshof een zekere vrijheidsmarge die in cassatie niet kan worden getoetst.

II. Overtredersbegrip en normadressaatschap

Artikel 5:1 Awb luidt, zoals bekend, als volgt:

1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Uit dit artikel volgt dat als overtreder zijn aan te merken: al diegenen – zowel natuurlijke als rechtspersonen – die de overtreding in fysieke dan wel functionele zin plegen of medeplegen. Als gevolg van de schakelbepaling uit lid 3 is het mogelijk om in het geval dat de overtreding is (mede)gepleegd door een rechtspersoon, eveneens een sanctie of een last op te leggen aan degenen die tot de door de rechtspersoon begane overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.⁸ Daarmee zijn de opdrachtgever en feitelijk leidinggever op gelijke voet aansprakelijk als de overtreder.⁹ Het overtrederbegrip is een belangrijk aangrijpingspunt voor de bestuursrechtelijke handhaving. Zo kunnen de bestuurlijke boete, de last onder dwangsom en het kostenverhaal van bestuursdwang alleen worden opgelegd aan de overtreder.¹⁰

De vaststelling van overtrederchap valt uiteen in twee opeenvolgende deelvragen.¹¹ Allereerst is dat de vraag wie de geadresseerden van de wettelijke norm zijn: wie *kan* (of kunnen¹²) overtreder zijn? In het strafrecht wordt deze vraag aangeduid als ‘daderschap *in abstracto*’. Omdat in het bestuursrecht de ‘overtreder’ het aangrijpingspunt is voor handhaving, hanteren wij de term ‘overtrederschap *in abstracto*’. Dit is de vraag naar het normadressaatschap van het wettelijk voorschrift, waarbij moet worden gekeken of het desbetreffende wettelijke voorschrift zich ook tot de aansprakelijkgestelde (rechts)persoon richt. Beschikt deze (rechts)persoon over de benodigde hoedanigheid om de desbetreffende norm (eigenhandig) te overtreden?¹³ Een goed voorbeeld uit

⁸ Voor het overhevelen van de overige strafrechtelijke deelnemingsvormen naar het bestuurlijk sanctierecht achtte de wetgever onvoldoende gronden aanwezig (*Kamerstukken II 2003/2004*, 29 702, 3, p. 79; L.J.A. Damen e.a. (red.), *Bestuursrecht Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 595-596; F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 172). Voor het fiscale boeterecht ligt dat inmiddels anders (art. 67o AWR; *Kamerstukken II 2013/2014*, 33 754, 3, p. 7-9).

⁹ Vgl. Michiels e.a. 2016, p. 168 en 175-176. Ook in dat opzicht correspondeert deze regeling met de strafrechtelijke benadering waarin de opdrachtgever en feitelijk leidinggever formeel gezien geen dader zijn, maar daar in materiële zin wel mee worden gelijkgesteld (J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 438-439 en 506; E. Sikkema, ‘De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland’, in: E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers – in de economische context – Preadvis voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 64). De strafrechtelijke daderschapsvormen worden immers limitatief opgesomd in artikel 47 Sr, terwijl opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers hun grondslag vinden in artikel 51 Sr. Zie hieromtrent ook het preadvies van Bleeker, over het verschil tussen het enge en het ruime overtrederbegrip (par. 1.3).

¹⁰ Respectievelijk art. 5:2 lid 1 sub c, 5:32, en 5:25 lid 1 Awb.

¹¹ Vgl. *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 702, 3, p. 77-78.

¹² Het is immers niet uitgesloten dat meerdere (rechts)personen als normadressaat kunnen worden aangemerkt (Michiels e.a. 2016, p. 159; vgl. T.E.P.A. Lam, ‘Handhaving van omgevingsrecht’, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 528).

¹³ Zie uitgebreid over de normadressaat van milieunormen het preadvies van Bleeker, met name par. 3.

het strafrecht betreft ambtsmisdrijven.¹⁴ Een minister of staatssecretaris die een bevel geeft wetende dat daardoor de grondwet wordt geschonden, kan worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar.¹⁵ Vanwege het kwaliteitsbestanddeel in dit voorschrift kan niemand anders dan een minister of een staatssecretaris dit voorschrift overtreden. Het bestuursrecht, en zeker het omgevingsrecht, kent veel verbodsbepalingen die gericht zijn tot een groep personen met een zekere kwaliteit, (in het strafrecht worden dergelijke voorschriften ook wel ‘kwaliteitsdelicten’ genoemd). Voorschriften uit een vergunning zijn bijvoorbeeld enkel gericht tot ‘de vergunninghouder’.¹⁶ De verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften rust daarom uitsluitend op de houder van de vergunning, en niet op diens werknemers. Evengoed zijn er veel bepalingen die niet zijn gericht tot een specifieke groep, zogeheten tot eenieder gerichte voorschriften. Bij deze voorschriften kan de vraag naar overtrederschap *in abstracto* worden overgeslagen, omdat dan niet vereist is dat de overtreder om een specifieke kwaliteit beschikt. Vereist het voorschrift wel een specifieke hoedanigheid, dan zal zorgvuldig moeten worden vastgesteld wie voor de kwalificatie ‘overtreder’ in aanmerking komt of komen.

Welke rol het normadressaatschap precies speelt verschilt overigens per overtrederschapsvorm. Om te worden aangemerkt als (fysiek of functioneel) plegger van een kwaliteitsdelict, moet de aangesprokene *persoonlijk* over de vereiste kwaliteit beschikken. Indien de aansprakelijkgestelde (rechts)persoon niet als normadressaat van het voorschrift heeft te gelden, kan deze die norm dus niet zelfstandig – dat wil zeggen als (functioneel) plegger – overtreden. Wel kan deze dat tezamen met anderen doen, dus als medepleger of als feitelijk leidinggever. Bij deelneming (en feitelijk leidinggeven en medeplegen zijn deelnemingsvormen) is namelijk niet vereist dat alle betrokken deelnemers als geadresseerde van de wettelijke norm zijn aan te merken, voldoende is dat minimaal een van hen over de benodigde hoedanigheid beschikt.¹⁷ De opdrachtgever en de feitelijk leidinggever hoeven dus niet persoonlijk als normadressaat te kunnen worden aangemerkt om te kwalificeren als overtreder. Afdoende is dat de *rechtspersoon* normadressaat is. Het is evenwel niet nodig dat de rechtspersoon ook voor het overtreden van de norm wordt beboet. Het is toegestaan om die boete uitsluitend aan de feitelijk leidinggever op te leggen.¹⁸ Onder bepaalde omstandigheden kan het tegelijkertijd beboeten van de rechtspersoon en diens feitelijk leidinggever(s) vanuit evenredigheidsoogpunt zelfs onwenselijk of ontoelaatbaar zijn.¹⁹ Bij medeplegen volstaat dat een van de medeplegers als normadressaat heeft te gelden.²⁰

Als de vraag omtrent het overtrederschap *in abstracto* eenmaal bevestigend is beantwoord, volgt de vraag naar overtrederschap *in concreto*: wie *is* overtreder? Voor het beantwoorden van deze vraag moet worden gekeken of de aansprakelijkgestelde (rechts)persoon, al dan niet samen met anderen, de in het voorliggende voorschrift genoemde gedraging ook daadwerkelijk heeft begaan, waarbij naast de delictsbestanddelen ook acht moet worden geslagen op de voor de eventuele van toepassing zijnde deelnemingsfiguur geldende vereisten.²¹ In de volgende paragrafen zullen de kenmerken van de verschillende overtrederschapsvormen nader worden besproken.

¹⁴ Titel XXVIII uit het Wetboek van Strafrecht.

¹⁵ Art. 355 sub 3 Sr.

¹⁶ Art. 2:25 lid 1 Wabo. Overigens hangt het van het type vergunning af (persoonsgebonden of zaaksgebonden), wie kan worden aangemerkt als vergunninghouder. Zie hierover uitgebreid het preadvies van Bleeker.

¹⁷ Doorenbos 2013, p. 160 en 165; Michiels e.a. 2016, p. 173.

¹⁸ Michiels e.a. 2016, p. 168-169; A.B. Blomberg en I.M. Koopmans, ‘Medeplegen in een bedrijfscontext; lessen uit het milieu(straf)recht’, *TS&O* 2015, p. 69 en 72.

¹⁹ Zie hierover nader het preadvies van Van der Linden & Winkels.

²⁰ De Hullu 2018, p. 459; Michiels e.a. 2016, p. 173.

²¹ F. Vellinga-Schootstra, ‘Het ouderschap van de natuurlijke persoon’, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 22-23; D.R. Doorenbos, ‘Daderschap en aansprakelijkheid van leidinggevendenden’, in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer 2013, p. 159-160; G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 297-298 en 304.

Alvorens daartoe over te gaan, is het evenwel wenselijk om eerst een korte *terminologische verduidelijking* te geven en in te gaan op de verhouding tussen verschillende overtrederschapsvormen. Zowel in het bestuurs- als in het strafrecht wordt feitelijk leidinggeven soms gepresenteerd als een *type* functioneel ouderschap,²² of wordt gezegd dat deze overtrederschapsvormen erg veel op elkaar lijken.²³ Ook de verhouding tussen functioneel ouderschap en het ouderschap van de rechtspersoon blijft wat diffuus. Een verklaring voor deze gelijkschakeling is dat voor de invoering van de Vierde tranche het bestuursrecht alleen nog de overtreder en functioneel overtreder kende; feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven waren toen gezichtspunten voor de toerekening aan de functioneel overtreder.²⁴ De gelijkschakeling tussen deze aansprakelijkheidsfiguren is echter om meerdere redenen onjuist, en om dit te illustreren zetten wij de belangrijkste verschillen tussen deze twee overtrederschapsvormen alvast kort uiteen.

Bij functioneel ouderschap gaat het vaak om functioneel plegerschap, hetgeen inhoudt dat de aangesproken leidinggevende functionaris zelf normadressaat moet zijn. Bovendien moet de functionele pleger, naast het kwaliteitsbestanddeel, zelfstandig alle andere bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen. Dat laatste doet de functionele pleger door tussenkomst van een ander, maar in dat kader is wel vereist dat deze de fysieke gedragingen van die ander heeft aanvaard. Feitelijk leidinggeven hanteert ook een aanvaardingsvereiste, maar daar krijgt aanvaarding een geheel andere invulling dan bij functioneel plegerschap. Bij feitelijk leidinggeven is voorwaardelijk opzet nodig. Voor functioneel plegerschap volstaat het niet betrachten van de in redelijkheid, met het oog op het voorkomen van de gedraging, te vergen zorg. Beide aanvaardingsvereisten kunnen daarom niet ineen worden geschoven, zoals in een deel van de bestuursrechtelijke jurisprudentie,²⁵ (beleids)stukken van toezicht- en handhavende instanties²⁶ en literatuur²⁷ wel gebeurt. Bovendien overtreedt de feitelijk leidinggever, anders dan de functioneel pleger, de verbodsnorm niet zelf. Dat doet de rechtspersoon, vandaar ook het accessoire karakter van feitelijk leidinggeven. De rechtspersoon is de ‘overtreder’. Daarom is ook niet noodzakelijk dat de feitelijk leidinggever persoonlijk als normadressaat van die norm kan worden aangemerkt. De feitelijk leidinggever wordt immers verweten leiding te hebben gegeven aan de verboden gedragingen van de rechtspersoon die tot de overtredding hebben geleid, niet dat hij die overtredding zelf heeft begaan. De feitelijk leidinggever is deelnemer, geen pleger.

²² Zie bijvoorbeeld M. Wladimiroff, ‘Enige beschouwingen over de aan het strafrecht ontleende leerstukken medeplegen en feitelijk leidinggeven in de Vierde tranche Awb’, *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2009, p. 438-444. Ook kritisch over de gelijkschakeling van plegen en deelnemen: Nuyten & Keupink 2014 en S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 502 en 514-516.

²³ Zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2016, p. 598: “Dit criterium vertoont grote verwantschap met dat voor functioneel ouderschap”. Ook Michiels e.a. 2016 bespreken feitelijk leidinggeven in de paragraaf over ‘functioneel ouderschap’, al wordt daar wel opgemerkt dat feitelijk leidinggeven een aparte ouderschapsvorm betreft (Michiels e.a. 2016, p. 169).

²⁴ Aldus ook K.M. van Leeuwen en F.R. Vermeer, ‘De functionele dader vóór en na de Vierde tranche’, in: A.G. Bregman e.a. (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening. Opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach* (Lubachbundel), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 279; en de opmerking van Michiels bij Booy Clean (Michiels e.a. 2016, p. 168). Zie hierover uitvoeriger par. 4.2 van het preadvies van Bleeker.

²⁵ CbB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, *JOR* 2017/42 m.nt. S.M.C. Nuijten (*ECC Southeast*); Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, *JOR* 2012/323 m.nt. C.W.M. Lieveise (*Wegener*); Rb. Rotterdam 11 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7544; Rb. Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420; v.znr. Rb. Rotterdam 31 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3007, *RF* 2017/64.

²⁶ *AFM Boetebeleid feitelijk leidinggevers* 2017, p. 7.

²⁷ Zie bijvoorbeeld C.W.M. Lieveise en A.B. Schoonbeek, ‘Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, p. 185-195; S.M. Peek en B. de Vries, ‘Beboeting van feitelijk leidinggevers in het financiële toezicht. Verkenning van vijf jaar rechtspraak’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2016, p. 100-101; Damen e.a. 2016, p. 598.

Wanneer deze overtredereschapsvormen op één hoop worden gegooid, of de ene als type van de andere wordt gepresenteerd, wordt de aard van de verschillende overtredereschapsvormen miskend en worden de verkeerde criteria voor aansprakelijkheid gehanteerd. Los van de kwalijke dogmatische verslonzing, ontstaat hierdoor het risico dat de verkeerde personen worden beboet of vrijuit gaan, of dat men wellicht de juiste personen beboet, maar dat doet op basis van te lichte of te zware aansprakelijkheidscriteria. Kortom: het verdient aanbeveling om beide aansprakelijkheidsfiguren duidelijk uit elkaar te houden en zorgvuldig toe te passen, met inachtneming van de juiste criteria. Die aansprakelijkheidscriteria zullen in het navolgende nader worden besproken.

III. Fysiek en functioneel plegerschap (“functioneel ouderschap”)

De essentie van plegerschap, is dat de pleger de overtreding geheel zelf begaat, in die zin dat deze zelfstandig de delictsomschrijving vervult²⁸ (of wordt geacht te vervullen²⁹). Dat vervullen kan direct (fysiek) of indirect (functioneel) plaatsvinden. In dat laatste geval vervult de betrokkene de delictsomschrijving weliswaar door tussenkomst van een ander, maar in dogmatisch opzicht wordt dat fysieke optreden gezien als een uitvloeisel van de eigen functionele gedraging van de betrokkene en dus als een geheel eigen gedraging van de functionele pleger waarvoor deze ook de volledige verantwoordelijkheid draagt. Van fysiek plegerschap is daarentegen sprake wanneer de betrokkene zelf de feitelijke gedragingen die de overtreding opleveren verricht.³⁰

De term functioneel plegerschap zal ingewijde lezers wellicht enigszins bevreemdend in de oren klinken. Dat komt omdat wat wij in dit preadvies functioneel plegerschap noemen zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht meestal wordt aangeduid als ‘functioneel ouderschap’. Die aanduiding is dogmatisch echter niet helemaal zuiver. De term ‘ouderschap’ refereert namelijk aan *alle* in artikel 47 Sr genoemde aansprakelijkheidsfiguren. ‘Functioneel ouderschap’ ziet dus niet alleen op de functionele variant van plegen, maar ook op andere (functioneel ingevulde) deelnemingsvormen, zoals medeplegen. Om geen misverstanden te laten ontstaan over welke aansprakelijkheidsfiguur wij bedoelen, zal in dit algemene deel de term *functioneel plegerschap* worden gehanteerd.

De criteria voor functioneel plegerschap worden ontleend aan het strafrecht en stammen uit het IJzerdraad-arrest uit 1954.³¹ De zogenaamde IJzerdraad-criteria houden in dat de functionele pleger verantwoordelijk kan worden gehouden voor gedragingen die feitelijk gezien door de fysiek pleger zijn verricht, indien deze “erover vermocht te *beschikken*, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd[achte] werd *aanvaard of placht te worden aanvaard*.”³² Als daarvan sprake is, kunnen de verweten gedragingen worden ‘aangemerkt’ als gedragingen van de overtreder of kunnen deze aan hem worden ‘toegerekend’.³³ Het aanvaardings- en het beschikkingsvereiste zien daarbij vanzelfsprekend op de concrete verboden wijze van handelen.³⁴

Voordat wij nader op beide criteria ingaan, plaatsen wij de kanttekening dat het twijfelachtig is of de Afdeling hierin dezelfde lijn volgt als de Hoge Raad. Ondanks de door de wetgever beoogde aansluiting op het strafrecht voor de invulling van functioneel plegerschap,³⁵ valt de afdeling soms terug

²⁸ O.a. H.D. Wolswijk, ‘Functioneel ouderschap en IJzerdraadcriteria’, *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 1090; Sikkema 2010, p. 31.

²⁹ A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 56.

³⁰ F.R. Vermeer, F.W. Visser en A. Sibma, *De Last Onder Dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 32.

³¹ Michiels e.a. 2016, p. 162, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, 3, p. 78-79.

³² HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378 m.nt. B.V.A. Röling (*IJzerdraad*). Cursivering en aanvulling door auteurs. De verboden handeling betrof in casu het in strijd met de wet invullen en doen toekomen van aanvraagformulieren voor een exportvergunning en het vervolgens op basis van de verkregen exportvergunning uitvoeren van grote hoeveelheden ijzerdraad.

³³ Over het verschil tussen toerekenen en aanmerken is in de strafrechtelijke literatuur veel te doen geweest. Hoewel het gebruikelijker is om van toerekenen te spreken, is deze kwalificatie dogmatisch gezien niet helemaal zuiver en omstreden. Functioneel plegerschap komt in geval van toerekening namelijk neer op aansprakelijkheid voor de gedragingen van anderen. Bij aanmerken wordt de door de fysiek pleger verrichte gedraging daarentegen gezien als het feitelijk uitvloeisel van de eigen functionele gedraging van de functioneel pleger, zodat de betrokkene niet voor anderen maar alleen voor diens eigen gedraging verantwoordelijk wordt gehouden (Hornman 2016a, p. 28-30 (met verdere verwijzingen aldaar)). In het bestuursrecht lijkt aan dit dogmatische punt minder te worden getild en wordt eenvoudigweg over toerekenen gesproken. Toerekenen zou bij rechtspersonen zelfs onvermijdelijk zijn (Michiels e.a. 2016, p. 165-166).

³⁴ Sikkema 2010, p. 38-39; Vellinga-Schootstra 1999, p. 30; Van Woensel 1993, p. 95.

³⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 31124, 8, p. 19.

op het criterium dat werd gehanteerd in CZL Tilburg.³⁶ De overweging omtrent functioneel plegerschap in die uitspraak luidt als volgt: “De overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt. De Afdeling overweegt dat dat in de eerste plaats degene is die de verboden handeling fysiek verricht; daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.”³⁷ Onzes inziens verdient het de voorkeur om de IJzerdraad-criteria te verkiezen boven dit vage en haast tautologische criterium.³⁸ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich voor de invulling van functioneel plegerschap wel aangesloten bij het strafrecht.³⁹

Beschikken

Nu het bij functioneel plegerschap gaat om het aanspreken van degene die maatschappelijk gezien verantwoordelijk is,⁴⁰ staat de materiële verantwoordelijkheid voorop en gaat dus om de feitelijke beschikkingsmacht van de betrokkene. Formeel-juridische verhoudingen kunnen daarvoor een belangrijke indicatie vormen, maar zijn uiteindelijk niet doorslaggevend. Het gaat om de feitelijke hiërarchische verhoudingen.⁴¹ Voor beschikkingsmacht is het kunnen aanwenden van invloed voldoende (beschikkingsmacht in abstracto).⁴² Het gegeven dat de betrokkene heeft getracht om corrigerend in te grijpen en daar niet in is geslaagd, en dus in concreto kennelijk geen of niet afdoende beschikkingsmacht had, is enkel relevant voor de beoordeling van de vraag of de verweten gedraging ook is aanvaard, maar doet geen afbreuk aan het gegeven dat de beschikkingsmacht er (in abstracto) wel was.⁴³ Toereikend is dus dat de betrokkene in staat moet zijn geweest om iets te doen. Of deze ook genoeg heeft gedaan is een vervolgvraag die als onderdeel van de aanvaardingseis moet worden beantwoord.⁴⁴

Dat roept de vraag op hoeveel zeggenschap er moet zijn om van beschikkingsmacht te kunnen spreken, hetgeen in het bijzonder relevant is voor situaties waar de betrokkene wordt verweten de verboden gedraging te hebben bewerkstelligd door niet in te grijpen. In dat kader wordt veelal aangenomen dat het om een reële mogelijkheid tot ingrijpen moet gaan.⁴⁵ De functionele pleger moet de feitelijke pleger als het ware kunnen terugfluiten.⁴⁶ Welke mate van zeggenschap daarvoor concreet noodzakelijk is, laat zich moeilijk beantwoorden, hetgeen mede verband houdt met het feit dat macht een kwalificatie is van een wederkerige verhouding. De machtsrelatie is niet alleen een

³⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463; ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1841; Helemaal opmerkelijk is ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:ABRVS:2010:BO0223, AB 2010/330, m.nt. F.R. Vermeer (*Drugspand Apeldoorn*), waarin de afdeling een professionele verhuurder aangemerkt heeft als functioneel dader omdat deze ‘tot op zekere hoogte verantwoordelijk’ was. Ons zijn geen voorbeelden bekend van uitspraken van de Afdeling waarin de IJzerdraad-criteria wél worden gevolgd.

³⁷ ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008/364 m.nt. F.C.M.A. Michiels (*CZL Tilburg*).

³⁸ Ook kritisch, zie onder meer Vermeer e.a. 2016, p. 33-36; Damen e.a. 2016, p. 596. Zie hierover eveneens het preadvies van Bleeker.

³⁹ Zie bijvoorbeeld CBB 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:233, AB 2015/299, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

⁴⁰ De Hullu 2018, p. 161-162; Michiels e.a. 2016, p. 159; ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008/364 m.nt. F.C.M.A. Michiels (*CZL Tilburg*).

⁴¹ De Hullu 2018, p. 164; E. Gritter, ‘Functioneel plegen door een natuurlijk persoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007a, p. 20; Knigge 1992, p. 145; Sikkema 2010, p. 40; Van Woensel 1993, p. 96; Hornman 2016a, p. 36.

⁴² Niet te verwarren met overtrederschap/daderschap *in abstracto* – daar gaat het om normadressaatschap.

⁴³ Hornman 2016a, p. 36-37.

⁴⁴ Enigszins anders op dit punt A.L.J. van Strien, ‘Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon’, *Strafblad* 2006, p. 241, waarmee zij volgens Van Woensel (1993, p. 95-96) ten onrechte vooruit loopt op de aanvaardingsvraag.

⁴⁵ E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 219; Sikkema 2010, p. 39.

⁴⁶ Gritter 2007a, p. 20-21.

proces van machtsuitoefening door de een, maar ook van machtsaanvaarding door de ander.⁴⁷ Beide aangehaalde formuleringen plaatsen het functioneel plegerschap overigens duidelijk in de sleutel van een omissieaansprakelijkheid waarbij de betrokkene in de kern een nalaten wordt verweten. Binnen de strafrechtelijke literatuur bestaat discussie of het kunnen voorkomen alleen altijd afdoende is om beschikkingsmacht aan te nemen. De functionele pleger begaat de overtreding immers door de gedraging van de fysiek pleger (passief) toe te laten dan wel door deze (actief) te bewerkstelligen. Beide aansprakelijkheidsgronden zijn – naar wij menen – in beginsel alternatief, niet cumulatief.⁴⁸ In sommige gevallen kan het afdoende zijn dat de betrokkene het gedrag kon voorkomen of beëindigen, ook als hij dergelijk gedrag niet had kunnen bewerkstelligen.^{49, 50} Uiteindelijk is voor de vraag waarover de beschikkingsmacht zich moet uitstrekken, de concreet voorliggende verbodsnorm doorslaggevend. Zo geven Damen e.a. als voorbeeld dat, indien het voorschrift het verbiedt om afval te storten, de eigenaar op wiens terrein door een ander afval wordt gestort, niet als overtreder kan worden aangemerkt, ook al ligt het in zijn macht om aan de ongewenste toestand een einde te maken.⁵¹ Een vergelijkbare feitelijke situatie, maar met een net iets andere norm deed zich voor in *M&R 2005/16* waar juist de zeggenschap over het weghalen van gevaarlijke stoffen doorslaggevend was en niet de zeggenschap over het plaatsen daarvan.⁵²

Aanvaarden

Het aanvaardingscriterium uit het IJzerdraadarrest werd lange tijd opgevat als een vorm van voorwaardelijk opzet; voor de toerekening aan de betrokkene was – net als bij feitelijk leidinggeven het geval is (zie nader par. V) – vereist dat deze bewust de aanmerkelijke kans op de strafbare gedraging op de koop had toegenomen. Daardoor gold voor de functionele pleger een aanvullende aansprakelijkheidsvoorwaarde die niet opging voor de fysiek pleger, hetgeen concreet inhield dat de

⁴⁷ Hornman 2016a, p. 92-93.

⁴⁸ Hornman 2016a, p. 37-38. Zo ook Sikkema 2010, p. 39 en Van Woensel 1993, p. 89. Enigszins anders De Hullu 2018, p. 164-165.

⁴⁹ Bekende strafrechtelijke voorbeelden zijn het gebruik van verdovende middelen onder werktijd en het verkopen van heroïne onder de toonbank. De functionele pleger kan dergelijk gedrag tot op zekere hoogte voorkomen of beëindigen, maar het wordt lastig om een onwillige werknemer zover te krijgen om actief deel te gaan nemen aan illegale drugshandel. Om die reden stellen sommige auteurs zich dan ook op het standpunt dat hier geen functioneel daderschap kan worden aangenomen (zie Hornman 2016a, p. 38 voor verdere verwijzingen). Wel moet de verweten gedraging enig verband houden met feitelijke werkzaamheden en de bedrijfsrelatie om van beschikkingsmacht te kunnen spreken (Knigge/Wolswijk 2015, p. 299). Gedragingen die een ondergeschikte in privéhoedanigheid begaat, vallen in beginsel niet binnen de reikwijdte van functioneel daderschap. Zie in dit kader ook Hof Amsterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1769 en ECLI:NL:GHAMS:2014:1770 (*Art. 12 Sv-procedure 't Hofnarretje*).

⁵⁰ Wellicht enigszins anders CbB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716, *AB 2013/321* m.nt. W. Sauter en M. de Leeuw (*DollarRevenue*) en CbB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117 waarin het College de opvatting lijkt toegedaan dat beschikkingsmacht in zijn algemeenheid zou veronderstellen dat de betrokkene de verweten gedragingen kan bewerkstelligen, in casu het plaatsen van spyware zonder toestemming. Het enkel kunnen voorkomen zou niet toereikend zijn. Deze lezing lijkt bevestiging te vinden in CbB 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150. Deze overwegingen laten zich echter lastig duiden nu zij waarschijnlijk mede zijn ingegeven om de voor functioneel plegerschap benodigde hiërarchische verhouding te benadrukken in een casus die eerder aanstuurt op samenwerking binnen een gelijkwaardige relatie en dus op medeplegen; een optie waarin de Awb ten tijde van de begane overtreding nog niet voorzag (vgl. hierover ook Nuyten & Keupink 2014, p. 65-66). In zijn jurisprudentie over het uitzenden van radiocommunicatiesignalen zonder vergunning neemt het College daarentegen wel genoegen met het enkel niet-voorkomen als grondslag voor functioneel plegerschap (CbB 27 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:2; CbB 11 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:8).

⁵¹ Damen e.a. 2016, p. 594.

⁵² HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9919, *M&R 2005/16* m.nt. A.M.C.C. Tubbing (*Schiphol*).

functionele pleger ook bij overtredingen (minimaal) voorwaardelijk opzet moest hebben.⁵³ Die eis heeft de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest losgelaten door te overwegen dat onder aanvaarden mede moet worden begrepen “het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.”⁵⁴ Onder deze nieuwe uitleg is (voorwaardelijk) opzet nog steeds een afdoende, maar niet langer een noodzakelijke voorwaarde voor aanvaarding.⁵⁵ Het verwijtbaar achterblijven bij de geldende zorgvuldigheidseisen is tegenwoordig genoeg om bij functioneel plegerschap van aanvaarding van de delicts*gedraging* te kunnen spreken.^{56, 57} Het is niet nodig dat die zorgplichtschending ook aanmerkelijk is, in die zin dat er sprake moet zijn van verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid (culpa).⁵⁸ Naar de huidige stand van de strafrechtelijke literatuur en jurisprudentie is voldoende dat kan worden aangetoond dat de betrokkene verwijtbaar heeft gehandeld en dus geen beroep op afwezigheid van alle schuld toekomt, bijvoorbeeld op grond van feitelijke dwaling of het wel in acht nemen van de in redelijkheid te vergen zorg.⁵⁹ Daaruit volgt eveneens dat het niet noodzakelijk is dat de betrokkene op de hoogte is van de verboden gedragingen, mits die onwetendheid maar verwijtbaar is, bijvoorbeeld door slecht toezicht. Hoewel de vraag welke zorg in redelijkheid kan worden geleverd nog steeds een (rechts)-persoonsgebonden en daarmee subjectief oordeel is, is die norm als gevolg van deze ruimere interpretatie van het aanvaardingsvereiste wel in vergaande mate geobjectiveerd en kan de normschending dus grotendeels aan de hand van objectieve factoren worden vastgesteld, bijvoorbeeld door de inspanningen van de betrokkene te vergelijken met die van branchegeenoten.⁶⁰

⁵³ R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 33-34; G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap’, *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 141; Van Woensel 1993, p. 96-98; Wolswijk 2001, p. 1089.

⁵⁴ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328 m.nt. P.A.M. Mevis, *AB* 2004/310 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en *M&R* 2004/53 m.nt. L.E.M. Hendriks (*Drijfmest*). In HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, *NJ* 2016/23 heeft de Hoge Raad, in navolging van wat in de literatuur al breed werd betoogd, expliciet bevestigd dat de uitleg uit het Drijfmest-arrest, die strikt genomen alleen ziet op het ouderschap van de rechtspersoon, ook geldt voor het functioneel ouderschap van natuurlijke personen.

⁵⁵ M. Kessler, ‘Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmest-arrest’, in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 205-206.

⁵⁶ Voor het strafrecht betekent deze wijziging dat de vraag naar de aansprakelijkheid van de functionele pleger nog duidelijker uiteenvalt in twee vragen. Indien het voorliggende delict namelijk een misdrijf is, moet eerst worden gekeken of de gedraging kan worden toegerekend en daarna of de betrokkene ook over het door de delictsomschrijving vereiste opzet of de benodigde culpa beschikt. Dit zijn twee separate vragen. Opzet en schuld mogen – zo volgt ook uit het IJzerdraad-arrest – bij natuurlijke personen namelijk niet worden toegerekend. Die delictsbestanddelen moet de functionele pleger persoonlijk vervullen. Toerekening van de gedraging alleen is dus niet voldoende voor aansprakelijkheid bij misdrijven. Bij overtredingen, zoals in het bestuursrecht, is dat wel het geval.

⁵⁷ Deze lijn lijkt ook te worden gevolgd in het bestuursrecht. Er zijn verschillende uitspraken waarin functioneel ouderschap werd aangenomen doordat de functionele pleger onvoldoende toezicht hield. Zie bijvoorbeeld CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:233, *AB* 2015/299, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; Vermeer e.a. 2016, p. 35.

⁵⁸ In deze zin nog wel C.M.I. van Asperen de Boer, ‘Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel I)’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance voor Ondernemingen* 2014a, p. 21 en De Valk 2009, p. 410.

⁵⁹ D.R. Doorenbos, ‘Schuldige rechtspersonen in de risico-maatschappij. Toerekenen, toerekenen en nog eens toerekenen’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma* (Buruma-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 147-148; Hornman 2016a, p. 39-40; K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 50; Sikkema 2010, p. 46. Iets cryptischer: De Hullu 2018, p. 165-166.

⁶⁰ Hornman 2016a, p. 35-36. Vgl. De Hullu 2018, p. 165-166.

IV. De rechtspersoon als overtreder

Bij de toerekening van gedragingen aan rechtspersonen, heeft de wetgever eveneens aansluiting gezocht bij het strafrecht.⁶¹ In het strafrecht wordt het daderschap van de rechtspersoon (in het bestuursrecht dus: overtrederschap) en daarmee gelijkgestelde entiteiten⁶² beoordeeld aan de hand van de uitgangspunten die de Hoge Raad daartoe formuleert in het Drijfmest-arrest.⁶³ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven verwijst ook expliciet naar dit arrest.⁶⁴ De Afdeling gebruikt haar eigen uit de CZL Tilburg-uitspraak afkomstige formulering.⁶⁵

De achter het Drijfmest-arrest schuilgaande casus maakt direct duidelijk hoe lastig het soms kan zijn om, zelfs in ogenschijnlijk eenvoudige situaties, vast te stellen wie nu precies de maatschappelijke verantwoordelijkheid voor een bepaalde gedraging draagt. De feiten en de juridische verhoudingen zijn in deze casus vrij overzichtelijk. Een BV (verder: de beheersmaatschappij) beheerde in opdracht van een andere BV (verder: de eigenares) een stuk grond in Groote Keeten (gemeente Zijpe). Het feitelijk beheer van die grond wordt door de beheersmaatschappij uitbesteed aan een natuurlijk persoon, die op zijn beurt weer in loondienst is bij de eigenares. Deze feitelijke beheerder onderhield onder meer de contacten met de huurder van de desbetreffende grond. In mei 1999 wordt vastgesteld dat onbekenden op die grond niet-ondergewerkte drijfmest hebben uitgereden. Daarop wordt de beheersmaatschappij vervolgd wegens het – kortgezegd – ‘gebruiken’, en meer specifiek het ‘op of in de bodem brengen van dierlijke meststoffen’, en rijst de vraag of zij als ‘gebruiker’ kan worden aangemerkt.

De ‘grondslag’ voor aansprakelijkheid wordt gevonden in de redelijke toerekening. Volgens de Hoge Raad kan een rechtspersoon namelijk als dader⁶⁶ worden aangemerkt indien de desbetreffende (verboden) gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Wanneer toerekening redelijk is, laat zich evenwel niet eenvoudig in een algemene regel vatten. Dat neemt niet weg dat als belangrijk ‘oriëntatiepunt’ heeft te gelden of de verweten gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Dergelijke gedragingen kunnen in beginsel namelijk in redelijkheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Aan dit nog wat onbestemde oriëntatiepunt wordt nadere invulling gegeven door een viertal concretiserende ‘omstandigheden’:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard, waarbij onder aanvaarden mede moet worden begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

⁶¹ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 702, 3, p. 78-82.

⁶² Welke gelijkschakeling er de facto op neerkomt dat, met uitzondering van de eenmanszaak, alle veelvoorkomende ondernemingsvormen voor wat betreft de toepassing van het straf- en bestuursrecht rechtspersoonlijkheid genieten (art. 5:1 lid 3 juncto 51 lid 3 Sr).

⁶³ HR 21 oktober 2003, *NJ 2006/328* m.nt. P.A.M. Mevis, *AB 2004/310* m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Drijfmest*); Michiels e.a. 2016, p. 165-166.

⁶⁴ Cbb 3 juni 2014, *ECLI:NL:CBB:2014:200*, *AB 2015/298* m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld *ABRvS 19 april 2017*, *ECLI:NL:RVS:2017:1053*.

⁶⁶ De term ‘dader’ heeft hier overigens een brede betekenis dan de betekenis die daaraan in artikel 47 Sr toekomt. Ook voor de vraag of gedragingen aan een medeplachtige of feitelijk leidinggevende rechtspersoon kunnen worden toegerekend (beide aansprakelijkheidsfiguren zijn wettelijk gezien geen dader), zijn de Drijfmest-criteria medebepalend, uiteraard naast de voorwaarden die uit de desbetreffende deelnemingsvorm zelf voortvloeien.

Deze ‘omstandigheden’ zijn cumulatief noch exclusief; zij vormen niet meer dan (stevige) indicaties voor daderschap. Waar het uiteindelijk steeds op aankomt is of toerekening van de desbetreffende gedraging aan de rechtspersoon – alle omstandigheden overziend – redelijk is. Daarvoor kan de feitenrechter ook teruggrijpen op andere indicatoren voor daderschap.⁶⁷ Mede tegen die achtergrond kan, hoewel de Hoge Raad zelf geen rangorde tussen de vier omstandigheden aanbrengt, worden betoogd dat het enkel voldoen aan de eerste of derde omstandigheid nog onvoldoende is voor toerekening en meer gewicht toekomt aan het normale bedrijfsvoeringscriterium en de (verruimde) IJzerdraadcriteria (het vierde criterium),⁶⁸ zeker wanneer die laatste twee in onderlinge samenhang worden gezien. Het normale bedrijfsvoeringscriterium is namelijk nogal ruim. Bij de beoordeling van de vraag of een gedraging tot de normale bedrijfsvoering behoort, of daar direct uit voortvloeit,⁶⁹ moet namelijk niet alleen naar de feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon worden gekeken,⁷⁰ maar dienen deze werkzaamheden bovendien van hun verboden karakter te worden geabstraheerd.⁷¹ Het is niet noodzakelijk dat ook de verboden wijze waarop die gedragingen worden uitgevoerd tot de normale bedrijfsvoering behoort, al is dat laatste natuurlijk wel een extra indicatie voor daderschap.⁷² Concreet betekent dit dat de gedraging (bijvoorbeeld het vissen of het vervoeren van vee) deel moet uitmaken van de normale bedrijfsvoering en dat niet relevant is of ook de specifieke verboden wijze waarop de gedraging zich voltrekt (zoals het vissen met verkleinde netten,⁷³ het vervoeren van ziek of gewond vee, het vervoeren van vee op een dusdanige wijze dat het daarbij verwondingen oploopt of het overstijgen van de beladingsnorm⁷⁴) daar eveneens onder kan worden geschaard. Als gevolg daarvan is de reikwijdte van deze omstandigheid aanzienlijk. Nagenoeg elke fout die een werknemer tijdens de verrichting van diens werkzaamheden maakt, zal voor rekening van de rechtspersoon komen waar hij of zij in dienst is. Dat is op zich ook niet onlogisch. Waar gehakt wordt vallen spaanders, en die spaanders zal de rechtspersoon zich in sanctierechtelijke zin moeten laten welgevalen, aldus Gritter.⁷⁵ Wel roept dit de vraag op of de rechtspersoon toerekening nog kan voorkomen of dat toerekening onder dergelijke omstandigheden simpelweg een automatisme is.⁷⁶

⁶⁷ Het Drijfmeststramien ziet uitsluitend op de vraag of een gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, niet op de vraag of een rechtspersoon ook opzet of schuld heeft. De beantwoording van die (voor het bestuursrecht minder relevante) vraag heeft de Hoge Raad in het arrest nog voor zich uit geschoven (zie r.o. 3.5). In het overzichtsarrest over feitelijk leidinggeven weidt de Hoge Raad hier wel enige overwegingen aan (zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.4.2 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*)).

⁶⁸ De Hullu 2018, p. 174-179 (in het bijzonder p. 176); Hornman 2016a, p. 50-52. Vgl. Van Elst 2006, p. 435-437; A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 46-51; Sikkema 2010, p. 20-12 en 87-92; Van Strien 2006, p. 246-249; De Valk 2009, p. 319-320.

⁶⁹ Dat is bijvoorbeeld het geval bij het ontstaan en zich ontdoen van afvalstoffen (HR 23 februari 1993, *NJ* 1993/605 m.nt. A.C. 't Hart (*Furazolidon*)).

⁷⁰ Dat de rechtspersoon statutair gezien andere doelen nastreeft vormt geen beletsel voor toerekening.

⁷¹ R. van Elst, ‘Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren, Th. A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 429; Hornman 2016a, p. 47-48; Kessler 2007, p. 207; Sikkema 2010, p. 18; Van Strien 2006, p. 239.

⁷² Dit zou ook een belangrijk argument zijn om opzet of schuld aan de zijde van de rechtspersoon vast te stellen, aangezien het dan gaat om de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon en mogelijk zelfs om doelbewust gevoerd beleid (zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.4.2 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*)).

⁷³ HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7619 (*Mazen in het net*).

⁷⁴ Cbb 22 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP9342, *JB* 2011/126; Cbb 17 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:222, *JB* 2014/196; Cbb 22 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:102.

⁷⁵ E. Gritter, ‘De strafbaarheid van de rechtspersoon’, in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007b, p. 52.

⁷⁶ Vgl. in dit opzicht ook Nuyten & Keuping 2014, p. 68 die terecht opmerken dat bij het zich voordoen van een of meerdere van de genoemde omstandigheden volgens de Hoge Raad sprake *kan* zijn van het plaatsvinden in

In de bestuursrechtelijke literatuur wordt dit onderwerp nog nauwelijks aangestipt, en valt daar, voor zover dat wel gebeurt, nog niet echt een heldere lijn in te ontwaren.⁷⁷ In de strafrechtelijke literatuur wordt daarentegen duidelijk betoogd dat het wél voldoen aan de in redelijkheid te vergen zorg met het oog op het voorkomen van de gedraging, dus het tegenovergestelde van het (nieuwe) aanvaardingscriterium uit de verruimde IJzerdraadcriteria, in dergelijke situaties uitkomst kan bieden. Van die omstandigheid wordt namelijk breed,⁷⁸ doch niet unaniem,⁷⁹ betoogd dat deze omstandigheid aan toerekening in de weg staat en als algemene daderschapsuitsluitingsgrond fungeert, ook indien andere omstandigheden toerekening wel toe zouden laten. Langs deze weg kunnen de IJzerdraadcriteria dienen om de scherpe kantjes van het normale bedrijfsvoeringscriterium af te slijpen.⁸⁰

Vergelijkingen met het milieubestuuersrecht zijn op dit punt lastig, omdat de Afdeling een duidelijke eigen lijn hanteert voor de vaststelling van overtrederschap.⁸¹ De financieel-economische bestuursrechter conformeert zich meer aan het strafrechtelijke kader,⁸² maar pleegt dergelijke toerekeningsverweren opvallend genoeg anders te behandelen dan de strafrechter. Waar de strafrechter doorgaans inhoudelijk ingaat op een zorgvuldigheids- of normale bedrijfsvoeringsverweer (en dat verweer veelal afwijst⁸³), valt op dat de bestuursrechter verweren van dien aard in de regel eenvoudigweg lijkt te passeren door overtrederschap op basis van een van de andere genoemde omstandigheden aan te nemen, waardoor de juistheid van het aangevoerde verweer meer in het midden wordt gelaten.⁸⁴ Of de financieel-economische bestuursrechter bovengenoemde meerderheidsopvatting volgt, valt dus te betwijfelen.

Overigens ligt de lat voor uitsluiting van overtrederschap – terecht – hoog. Aannemelijk zal moeten worden dat de rechtspersoon alles in het werk heeft gesteld dat in redelijkheid kon worden gevergd om de verweten gedraging te voorkomen. Daarvan zal niet snel sprake zijn. Het enkel verschaffen van de tijd, middelen en opleiding om de werkzaamheden in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving en interne instructies uit te voeren, is daarvoor niet zondermeer

de sfeer van de rechtspersoon; een automatisme is dat niet. Uiteindelijk gaat het erom of toerekening, alle omstandigheden overziend, redelijk is (zo ook Hornman 2016a, p. 49; De Hullu 2018, p. 174).

⁷⁷ Een welkome eerste stap daarin is evenwel het in deze bundel opgenomen preadvies van Van der Linden & Winkels waarin uitgebreid wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van concerns. De gebrekkige aandacht voor dit onderwerp in de bestuursrechtelijke literatuur valt overigens deels eenvoudig te verklaren. Anders dan in het strafrecht, voorziet het mededingingsrecht wel in de mogelijkheid om boetes op te leggen aan concerns, waardoor het niet nodig is om de individuele betrokkenheid van alle tot dat concern (de onderneming) behorende rechtspersonen uit te pluizen.

⁷⁸ De Hullu 2018, p. 177; Gritter 2007b, p. 56-57; E. Gritter, 'De anonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag', in: B.F. Keulen, G. Knigge en H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007c, p. 63-64, 68-69, 72 en 80; Doorenbos 2013, p. 164; Hornman 2016a, p. 48-49; Knigge/Wolswijk 2015, p. 305-306 en (genueanceerder) 308; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 558-559; R. Stijnen, 'De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesities en het nemo-teneturbeginsel', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2017/2.

⁷⁹ Van Elst 2006, p. 434; Sikkema 2010, p. 48-49; B. Meyer, T. van Roomen en E. Sikkema, 'Corporate Criminal Liability for Corruption Offences and the Due Diligence Defence. A Comparison of the Dutch and English Legal Frameworks', *Utrecht Law Review* (vol. 10, nr. 3) 2014, p. 48.

⁸⁰ Hornman 2016a, p. 49.

⁸¹ Zie eerder par. III en nader het preadvies van Bleeker waarin hierop uitvoerig wordt ingegaan.

⁸² Zie hierover nader het preadvies van Van Overbeek & Dusée.

⁸³ Zeldzame uitzonderingen zijn Gerechtshof Arnhem 28 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5582 en het in bestuursrechtelijke procedures met enige regelmaat aangevoerde arrest van het Gerechtshof Arnhem van 4 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2165.

⁸⁴ Zie o.a. maar inmiddels bestendige rechtspraak Rb. Rotterdam 7 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6222 en ECLI:NL:RBROT:2013:6226.

toereikend.⁸⁵ Door het normale bedrijfsvoeringscriterium in samenhang met de verruimde IJzerdraadcriteria als uitgangspunt voor toerekening te hanteren, is het mogelijk om tot een evenwichtig, solide, weloverwogen en op de concrete verdachte rechtspersoon toegespitst overtrederschaapsordeel te komen. De omstandigheid dat de verweten gedraging (geabstraheerd van haar verboden karakter) tot diens normale bedrijfsvoering behoort en de rechtspersoon vervolgens niet de benodigde mate van zorg heeft betracht om binnen de grenzen van wat redelijk is te waarborgen dat bij de uitvoering van die werkzaamheden de toepasselijke wet- en regelgeving wordt gerespecteerd, vormt volgens ons meer dan afdoende rechtvaardiging voor toerekening.⁸⁶

Hoewel het Drijfmeststramien door de Hoge Raad is ontwikkeld met het oog op de toerekening van de gedragingen van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon, kan dat beoordelingskader ook worden gebruikt voor de toerekening in concernverhoudingen. Gedragingen kunnen daarbij zowel direct als getrappt worden toegerekend. In het laatste geval wordt de gedraging van een medewerker van de dochtermaatschappij eerst aan de dochtermaatschappij zelf toegerekend om deze vervolgens weer door te berekenen aan de moedermaatschappij. Bij directe toerekening wordt de gedraging meteen op het conto van de moedermaatschappij geschreven en wordt de dochtermaatschappij als tussenstap overgeslagen. Ook is het mogelijk om de moedermaatschappij als feitelijk leidinggever van de gedraging van de dochter aan te merken.⁸⁷

Om tot slot nog even terug te komen op de uitkomst van de Drijfmest-casus zelf: omdat het gerechtshof zowel onvoldoende inzicht had gegeven in de concrete aan de beheersmaatschappij opgedragen taken en toegekende bevoegdheden, als in de relatie die bestond tussen haar en de eigenares en de bij die laatste in dienst zijnde feitelijke beheerder, kon volgens de Hoge Raad niet zondermeer worden geconcludeerd dat toerekening redelijk was en volgt vernietiging van de bestreden uitspraak.⁸⁸

⁸⁵ Zie in dit verband de uitspraak in hoger beroep behorende bij de in de voorgaande voetnoot genoemde uitspraak van de rechtbank: CBB 17 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:222, *JB* 2014/196, welke lijn inmiddels ook tot vaste jurisprudentie behoort (CBB 30 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:52).

⁸⁶ Hornman 2016a, p. 49.

⁸⁷ Zie hierover nader F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-1), Deventer: Kluwer 2010, p. 121-189, Hornman 2016a, p. 259-271 en het verderop opgenomen preadvies van Van der Linden & Winkels (met verdere verwijzingen aldaar). Strafrechtelijk gezien zou daarnaast ook nog kunnen worden gedacht aan constructies waarbij moeder en dochter(s) worden aangemerkt als leden van een criminele organisatie (art. 140 Sr) of de moedermaatschappij wordt vervolgd wegens het witwassen van de door de dochter uit misdrijf verkregen winsten (art. 420bis e.v. Sr) (zie Kristen 2010). Bestuursrechtelijke zijn deze wegen niet begaanbaar omdat beide routes een misdrijf vereisen.

⁸⁸ Ook na verwijzing blijven die omstandigheden onopgehelderd en rijzen er vragen of het gerechtshof dat de zaak opnieuw heeft behandeld, het door de Hoge Raad geschetste beoordelingskader wel correct heeft toegepast (aldus Van Elst 2006, p. 437-438; de uitspraak zelf is niet gepubliceerd).

V. Feitelijk leidinggeven

Accessoriteit en de aard van feitelijk leidinggeven

In artikel 5:1 lid 3 Awb wordt artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor is het mogelijk om, indien de rechtspersoon als overtreder kan worden aangemerkt, ook degene die feitelijk leiding of opdracht heeft gegeven aan die verboden gedraging te sanctioneren. Het was uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever om aan te sluiten bij de strafrechtelijke regeling.⁸⁹ Feitelijk leidinggeven stelt dan ook een specifiek accessoriteitsvereiste, namelijk dat de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt.⁹⁰ Niet nodig is dat de rechtspersoon ook wordt of kan worden beboet.⁹¹ Evenmin hoeft de leidinggevende zelf normadressaat te zijn. Daardoor is deze deelnemingsvorm bij uitstek geschikt om normen die gericht zijn tot rechtspersonen te handhaven jegens de personen die achter de rechtspersoon schuilgaan en zodoende door te pakken naar de ‘dader(s) achter de dader’ of de ‘overtreder(s) achter de overtreder’. Indien de leidinggevende overigens wel als normadressaat van de regeling kan worden aangemerkt, ligt dus zowel het pad naar functioneel plegerschap als de weg naar feitelijk leidinggeven open en kan het bestuursorgaan kiezen via welke aansprakelijkheidsfiguur het wenst te handhaven.⁹² Dat gegeven is niet zonder betekenis omdat beide figuren andere voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteren (zie verderop in deze paragraaf).

Het gegeven dat de rechtspersoon als dader/overtreder wordt gezien en de feitelijk leidinggever ‘slechts’ wordt verweten leiding te hebben gegeven aan die gedraging, impliceert, anders dan het accessoriteitsvereiste wellicht suggereert, nog geen verhouding van primair en secundair ouderschap analoog aan de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder zoals deze uit het civiele aansprakelijkheidsrecht bekend is.⁹³ Feitelijk leidinggeven is terecht te kwalificeren als een mogelijke ‘vervolgstap’⁹⁴ op het ouderschap van de rechtspersoon, maar artikel 51 Sr stelt de beide rechtssubjecten op geheel gelijke voet aansprakelijk. Een onderlinge rangorde in aansprakelijkheid is er niet. Voor de vraag of het passend is om naast of in plaats van de rechtspersoon, ook of alleen een sanctie op te leggen aan de leidinggevende, is dus niet bepalend of die laatste een *aanvullend verwijt* kan worden gemaakt ten opzichte van de rechtspersoon, maar of de leidinggevende een *persoonlijk verwijt* treft. Dat is een geheel individueel verwijt dat niet samen hoeft te vallen met het verwijt dat de rechtspersoon of eventuele collega feitelijk leidinggevers wordt gemaakt.⁹⁵

Feitelijk leidinggeven blijft overigens niet beperkt tot natuurlijke personen. Ook een rechtspersoon kan feitelijk leidinggever zijn,⁹⁶ hetgeen vooral interessant kan zijn voor de vaststelling van aansprakelijkheid in concernverhoudingen.⁹⁷ Daarmee lijkt ook de weg voor feitelijk leidinggeven (door een natuurlijk persoon) aan feitelijk leidinggeven (door een moedermaatschappij) aan de

⁸⁹ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 702, 3, p. 126; *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 124, 8. Zie Damen e.a. 2016, p. 598 voor nadere verwijzingen. Dat gebeurt ook. Zie voor het financieel-economische bestuursrecht o.a. CbB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256, *JOR* 2015/266, m.nt. S.M.C. Nuijten, CbB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, *JOR* 2015/300, m.nt. S.M.C. Nuijten en CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, *JOR* 2016/131, m.nt. B. Bierman en voor het milieubestuurrecht o.a. ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, *JM* 2016/75 m.nt. T. van der Meulen (*Edelchemie*).

⁹⁰ De Hullu 2018, p. 507; Damen e.a. 2016, p. 598.

⁹¹ Doorenbos 2013, p. 167; De Hullu 2018, p. 507. Enkel voor wat betreft de immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon ligt dat anders. Die werkt wel door naar de feitelijk leidinggever. Zie daarover o.a. nader Damen e.a. 2016, p. 597-598; De Valk 2009, 483-493.

⁹² De Hullu 2018, p. 507-508.

⁹³ Anders De Valk 2009, p. 391, 411-412, 425 en 559-560; B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman en S.N. de Valk, ‘Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Kluwer: Deventer 2011, p. 48, 51, 61 en 71-72.

⁹⁴ Michiels e.a. 2016, p. 169; De Hullu 2018, p. 507; Van Asperen de Boer 2014a, p. 20.

⁹⁵ Michiels e.a. 2016, p. 169; De Hullu 2015, p. 170 en 506; Hornman 2016a, p. 56 en 62.

⁹⁶ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.2 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

⁹⁷ Zie Kristen 2010, p. 173.

verboden gedraging van de rechtspersoon (de dochteronderneming) mogelijk te worden.⁹⁸ Principiële bezwaren om feitelijk leidinggeven aan te merken als een ‘begaan’ in de zin van artikel 51 Sr zijn er immers niet,⁹⁹ al is deze optie in de jurisprudentie nog niet toegepast.

Criteria voor aansprakelijkheid

Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever wordt veelal teruggegrepen op de klassieke Slavenburgcriteria. Dat is niet geheel terecht. Voor de vraag onder welke omstandigheden iemand aansprakelijk is als feitelijk leidinggever moet namelijk allereerst gekeken worden naar de *aard van de betrokkenheid*. In geval van actieve betrokkenheid is de betrokkene eerder en ook in verdergaande mate aansprakelijk dan het geval is bij passieve betrokkenheid, waarop de Slavenburgcriteria zien. In diens recente overzichtsarrest plaatst de Hoge Raad actieve betrokkenheid terecht meer op de voorgrond.¹⁰⁰ Hierna bespreken wij eerst het beoordelingskader van actieve vormen van feitelijk leidinggeven, en vervolgens de Slavenburgcriteria voor passief leidinggeven.

Van feitelijk leidinggeven is volgens de Hoge Raad allereerst sprake bij het actief en effectief – oftewel direct – aansturen van de verboden gedraging.¹⁰¹ Het merendeel van de gevallen zal ook op dergelijke actieve betrokkenheid zien, hetgeen nog eens extra wordt benadrukt door het feit dat het niet noodzakelijk is dat een ander de uitvoeringshandelingen feitelijk heeft verricht.¹⁰² Het is dus niet uitgesloten dat de feitelijk leidinggever tegelijkertijd ook als de fysiek pleger kan worden aangemerkt.¹⁰³ Anders dan bij functioneel plegerschap waarbij er minimaal twee betrokkenen moeten zijn – een functionele en een fysieke pleger –, vergt feitelijk leidinggeven alleen dat er leiding is gegeven aan gedragingen van de rechtspersoon. Het is niet noodzakelijk dat daarbij ook leiding is gegeven aan anderen.¹⁰⁴

⁹⁸ Overigens is deze constructie in dogmatisch opzicht zuiver gezien overbodig. Feitelijk leidinggeven aan feitelijk leidinggeven (oftewel getrappt feitelijk leidinggeven) levert gewoon regulier (dus enkelvoudig) feitelijk leidinggeven op (zie De Hullu 2018, p. 510; Sikkema 2010, p. 66). Als de feitelijke machtsverhoudingen zodanig zijn dat de leidinggevende van de moedermaatschappij vanwege diens machtspositie binnen de moedermaatschappij ook over voldoende feitelijke zeggenschap binnen dochteronderneming beschikt om deze natuurlijke persoon ook als feitelijk leidinggever binnen de dochter aan te merken, dan is deze getrapte constructies niet langer nodig omdat de betrokkene al als direct feitelijk leidinggever kan worden gekwalificeerd (Hornman 2016a, p. 266-267).

⁹⁹ Sikkema 2010, p. 63 en 69; Hornman 2016a, p. 266. Anders Kesteloo 2013, p. 26 en 81.

¹⁰⁰ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.1 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*). Zie hierover eveneens M.J. Hornman, ‘Feitelijk leidinggeven. Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2016b, p. 128-139.

¹⁰¹ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.2 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

¹⁰² Nuyten & Keuping 2014, p. 69. Juist in dergelijke situaties zal het ouderschap van de rechtspersoon vaak aan de hand van dezelfde gedragingen worden vastgesteld die later worden gebruikt om het feitelijk leidinggeven aan te nemen (zie D. Roef, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring* (diss. Maastricht), Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001, p. 384 en A.J.M. Machielse, ‘Medeplegen en feitelijke leiding geven’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma* (Buruma-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 380-381).

¹⁰³ Dit betekent evenwel nog niet dat het zelf vervullen van de delictsomschrijving ook voldoende is om iemand aan te merken als feitelijk leidinggever (Sikkema 2010, p. 68-69). Het zelf vervullen van de delictsomschrijving is immers een ander juridisch verwijt dat het leidinggeven aan het vervullen van de delictsomschrijving (Hornman 2016a, p. 65; Hornman 2016b, p. 129) en vergt dan ook een andere motivering.

¹⁰⁴ Men kan dus leidinggevende zijn in de zin van artikel 51 lid 2 Sr zonder ook maar één ondergeschikte te hebben, denk hierbij bijvoorbeeld aan een zzp’er die opereert vanuit een rechtspersoon (Hornman 2016a, p. 64-65; De Hullu 2018, p. 510). Tegen die achtergrond rijst ook de vraag in hoeverre een leidinggevende positie echt noodzakelijk is. Machielse en R Emmelink merken op dat men toch wel boven ‘het niveau van arbeider’

Het aansturen van (ondergeschikten binnen) de rechtspersoon kan evenwel ook op meer indirecte en subtiële wijze vorm krijgen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de door de rechtspersoon begane verboden gedraging eigenlijk een onvermijdelijk gevolg is van het door de betrokkene gevoerde interne beleid. De Hoge Raad verwijst hier naar HR 22 maart 1983, *NJ* 1983/502 waarin de werkzaamheden door betrokkene dusdanig strak werden ingeroosterd dat het daardoor de facto onmogelijk was om die werkzaamheden uit te voeren zonder daarbij de rij- en rusttijdenregelgeving te overtreden. Voorts kan een dergelijk geval van indirect aansturen zich aandienen wanneer het door de betrokkene getoonde initiatief en de door hem geleverde bijdrage aan het complex van gedragingen dat tot de verboden gedraging heeft geleid van een zodanige omvang is, dat op basis daarvan moet worden geconcludeerd dat hij daarmee indirect ook feitelijk leiding heeft gegeven aan die uiteindelijke verboden gedraging. In dit kader wordt verwezen naar HR 10 februari 1987, *NJ* 1987/662 m.nt. A.C. 't Hart waarin de directeur van een luchthaven aan een ondergeschikte de suggestie had gedaan om door middel van een leugen een nachtvluchtontheffing te verkrijgen van de bevoegde autoriteiten, welke suggestie door de ondergeschikte werd opgevolgd en resulteerde in de benodigde ontheffing. Op basis daarvan werd gesteld dat de betrokkene – wederom indirect – had aangestuurd op die gedraging. Dat hij als luchthavendirecteur verder op geen enkele wijze bij de organisatorische aspecten van de desbetreffende vlucht was betrokken, deed daaraan niet af.

Pas nadat de Hoge Raad in het overzichtsarrest deze vormen van actieve(re) betrokkenheid uiteen heeft gezet, komt hij toe aan de welbekende Slavenburgcriteria die zien op passieve betrokkenheid (of wellicht zuiverder: op gevallen waarin actieve betrokkenheid niet kan worden aangetoond). Deze als ondergrens voor aansprakelijkheid fungerende criteria krijgen daarmee een veel minder prominente plaats toebedeeld dan tot voorkort het geval was. Waar de Slavenburgcriteria in het verleden – en in het bestuursrecht (voor zover zij daar expliciet worden aangehaald¹⁰⁵) nog steeds,¹⁰⁶ veelal als dé criteria voor feitelijk leidinggeven werden gezien, is dat met het overzichtsarrest verleden tijd. Feitelijk leidinggeven bestaande uit actieve inmenging wordt door de Hoge Raad duidelijk op de voorgrond geplaatst. De mate van betrokkenheid is overigens ook van belang voor de nadere invulling van de Slavenburgcriteria. Deze houden in dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken wanneer de betrokkene ondanks het feit dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen,¹⁰⁷ dergelijke maatregelen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen.¹⁰⁸ De wellicht wat ongelukkig gekozen term bevoegdheid ziet daarbij op feitelijke zeggenschap. Een formeel-hiërarchische positie is immers niet vereist,¹⁰⁹ maar evenmin afdoende voor aansprakelijkheid.¹¹⁰ Het enkel zijn van directeur of leidinggevende maakt

moet uitstijgen' (Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 51 Sr, aant. 8.3 (online, laatst bijgewerkt op 30 mei 2016); J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 158). Wolswijk is echter beduidend ruimhartiger. Het draait bij feitelijk leidinggeven immers niet zozeer om gezag over anderen, maar vooral om gezag over de door de rechtspersoon verrichte gedraging (Wolswijk 2007a, p. 86-87; Hornman 2016a, p. 63; De Hullu 2018, p. 508-509; Kesteloo 2013, p. 75-76).

¹⁰⁵ Voor het financieel-economische bestuursrecht is dat wel het geval. Voor het milieubestuursrecht is het beeld minder eenduidig. Zie hierover nader de preadviezen van Van Overbeek & Dusée en Bleeker.

¹⁰⁶ Damen e.a. 2016, p. 598; Michiels e.a. 2016, p. 168-170; Vermeer e.a. 2016, p. 42.

¹⁰⁷ In de jurisprudentie keren beide opties terug (zie over beëindiging bijvoorbeeld HR 20 november 1984, *NJ* 1985/355 m.nt. G.E. Mulder (*NCB*)). Welke van de twee volstaat, zal afhangen van het concreet voorliggende voorschrift (vgl. par. III. over het kunnen voorkomen dan wel moet kunnen bewerkstelligen bij functioneel ouderschap).

¹⁰⁸ HR 16 december 1986, *NJ* 1987/321 en 322 m.nt. A.C. 't Hart (*Slavenburg II*).

¹⁰⁹ HR 16 juni 1981, *NJ* 1981/586 (*Papa Blanca*).

¹¹⁰ HR 24 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1508.

iemand nog niet tot feitelijk leidinggever.¹¹¹ Uiteindelijke zeggenschap is evenwel geen vereiste. Het gegeven dat de leidinggevende op zijn beurt mogelijk weer ondergeschikt is aan anderen, hoeft dus geen beletsel te vormen voor het aannemen van feitelijk leidinggeven.¹¹² Wel kan die ondergeschiktheid van invloed zijn op de maatregelen die van de betrokkene kunnen worden gevegd in het kader van de beoordeling van de vraag of en op welke wijze de leidinggevende redelijkerwijs gehouden is om te interveniëren. Deze kan immers niet buiten de eigen bevoegd- en mogelijkheden treden. Het ‘redelijkerwijs gehouden zijn’ lijkt overigens vooral van betekenis voor meer omvangrijke rechtspersonen waar bevoegd- en verantwoordelijkheden als gevolg van de interne taakverdeling niet zonder meer samenvallen. Bij kleine rechtspersonen zal dat vaak wel het geval zijn.¹¹³

Het gehouden zijn is voorts ook sterk afhankelijk van de mate van feitelijke betrokkenheid bij de verboden gedraging. In geval van *actieve betrokkenheid* is de leidinggevende niet alleen sneller en tot meer gehouden, ook zal deze eerder aansprakelijk zijn voor misdragingen van collega feitelijk leidinggevers. Daar waar dusdanig nauw en doelgericht is samengewerkt en het beleid gezamenlijk wordt bepaald, komen de handelingen van de een ook voor rekening van de anderen en is niet relevant wie van de leidinggevendenden precies welke handeling heeft verricht. Ook zijn alle betrokken leidinggevendenden evenzeer gehouden om een einde te maken aan die verboden gedragingen. Aan een eventuele onderlinge taakverdeling komt dan geen, of in ieder geval weinig, betekenis toe.¹¹⁴ Dat ligt blijkens de Slavenburgcasus anders bij *passieve betrokkenheid*. Daarin werd door het Hof overwogen dat de overige bestuursleden de afhandeling van de aanpak van de fraudesignalen mochten overlaten aan de portefeuillehouder. Deze laatste mocht er na het uitvoeren van instructies vervolgens weer op vertrouwen dat de praktijken waren beëindigd, nu deze geen signalen van het tegendeel ontving. Een verplichting om passend toezicht te houden zodat kon worden geverifieerd of dat ook daadwerkelijk het geval was, werd door het Hof niet aangenomen.¹¹⁵ Of dat laatste nog steeds in die stellige en ongeclausuleerde vorm voor geldend recht doorgaat – de Slavenburgaffaire ligt inmiddels al weer ruim drie decennia achter ons –, kan worden betwijfeld. Recente rechtspraak laat op dit punt een wisselend beeld zien, maar waarschijnlijk ligt een en ander tegenwoordig genuanceerder.¹¹⁶ Voorts belichten beide casussen ook de uitersten van een spectrum dat wellicht eerder als een glijdende schaal moet worden gezien. Niettemin blijft de vraag of en in hoeverre het nalaten om adequaat toezicht te houden, hetgeen zou kunnen worden gekwalificeerd als ‘slecht leidinggeven’,¹¹⁷ mag worden gelijkgesteld met aanvaarding, zowel in de straf- als de bestuursrechtelijke literatuur en jurisprudentie nog relatief onbeantwoord.¹¹⁸ Wanneer falend management ook echt stafwaardig management wordt, blijft daardoor onduidelijk. Dat terwijl het scala aan situaties dat onder slecht leidinggeven valt breed is. Naast gevallen waarin de leidinggevende geen kwaadwillende intenties

¹¹¹ Zie o.a. CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, *JOR* 2016/131 m.nt. B. Bierman en CbB 17 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151, *JOR* 2016/202 m.nt. C.W.M. Lieverse.

¹¹² HR 16 juni 1981, *NJ* 1981/586 (*Papa Blanca*).

¹¹³ Zie bijvoorbeeld CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, *JOR* 2016/131 m.nt. B. Bierman (inzake een stichting bestaande uitsluitend uit de twee bestuursleden). Zie hierover ook het preadvies van Hornman.

¹¹⁴ Zie HR 16 juni 1981, *NJ* 1981/586 (*Papa Blanca*), waarbij moet worden aangetekend dat het in de voorliggende casus om een samenwerking met evident frauduleus oogmerk ging. Bij meer legitieme bedrijfsactiviteiten bestaat mogelijk meer ruimte om ook bij actievormen van betrokkenheid enige betekenis toe te kennen aan de gemaakte taakafspraken. Zie hierover eveneens G. Roth en M. van Eersel, ‘De feitelijk leidinggever bestuurlijk beboet: Q&A’, *Ondernemingsrecht* 2010/144.

¹¹⁵ Hof Den Haag 2 december 1987, *NJ* 1988/433 (*Vrijspraak Piet Slavenburg*). Zie hierover uitvoerig Hornman 2016a.

¹¹⁶ Niettemin zijn er voorbeelden waarin duidelijk aan de strakke lijn wordt vastgehouden: Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1971 (*Ahold boekhoudfraude; Fahlin*) en van recentere datum Hof Amsterdam 12 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2429 (*Palminvest*).

¹¹⁷ Zie hierover vooral D.R. Doorenbos, ‘Slecht leiding geven’, in: A.A. Franken en Th.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht. Liber amicorum Jan Sjöcrona* (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 29-47 en Hornman 2016a.

¹¹⁸ In de afzonderlijke preadviezen zal hier nader op worden ingegaan.

heeft en weliswaar verwijtbaar maar niet doelbewust signalen heeft gemist, omvat deze categorie ook scenario's waarin dat minder evident is.

Reikwijdte van het opzetvereiste

Het bovenstaande laat zien dat het nalaten om maatregelen te treffen, oftewel het 'horen, zien en (vervolgens) zwijgen' onder omstandigheden genoeg kan zijn om feitelijk leidinggeven aan te nemen.¹¹⁹ Daaraan verbindt de Hoge Raad wel de duidelijke voorwaarde dat de betrokkene ook bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat de door die omissie mogelijk wordende verboden gedragingen zich zouden realiseren. De leidinggevende die ten onrechte ervan uitgaat dat het zo'n vaart niet zal lopen, voldoet niet aan het opzetvereiste en is daarom geen feitelijk leidinggever, hoe verwijtbaar die inschattingfout mogelijk ook is.¹²⁰ Mede in het licht daarvan is, in navolging van de verruimde uitleg van het aanvaardingsvereiste zoals dat tegenwoordig geldt voor functioneel plegerschap,¹²¹ ook voor feitelijk leidinggeven de vraag opgeworpen of het niet voldoen aan de in redelijkheid van de leidinggevende te vergen zorg ter voorkoming van de verboden gedraging, voldoende zou moeten zijn om van aanvaarding te spreken.¹²² In diens conclusie voor HR 14 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU8789, NJ 2012/133¹²³ pleit A-G Vellinga daar uitdrukkelijk voor, in het bijzonder bij culpoze misdrijven en – voor het bestuursrecht zeer relevant – bij overtredingen. Die ruimere invulling wordt door de Hoge Raad nadrukkelijk van de hand gewezen: “[i]n feitelijk leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.”¹²⁴ Dat is niet alleen het geval bij (doleuze) misdrijven, maar dus ook bij overtredingen.¹²⁵

Uit deze expliciete afwijzing volgt dus dat het aanvaardingsvereiste bij feitelijk leidinggeven een *andere* – en strengere – *invulling* krijgt dan bij functioneel plegerschap. Om die reden is het bijzonder kwalijk dat de Slavenburgcriteria en de IJzerdraadcriteria in het financieel-economische bestuursrecht ineen plegen te worden geschoven.¹²⁶ Die samenvoeging miskent namelijk dat het in beide gevallen om een geheel ander aanvaardingsvereiste gaat, hetgeen vergaande gevolgen kan hebben voor de aan te leggen maatstaf voor aansprakelijkheid. Onder het oude aanvaardingsvereiste voor functioneel plegerschap zoals dat voorafgaand aan het Drijfmest-arrest gold, kon nog worden betoogd dat dit criterium nagenoeg overeenkwam met het voorwaardelijk opzetvereiste van feitelijk leidinggeven. Sinds de verruiming van het aanvaardingscriterium in het Drijfmest-arrest – aanvaarding omvat thans ook het niet betrachten van de in redelijkheid te vergen zorg met het oog op het voorkomen van de verweten gedraging – kan die opvatting echter niet langer worden volgehouden. Beide aansprakelijkheidsfiguren zijn daardoor duidelijk uit elkaar gegroeid.¹²⁷ Het verdient derhalve aanbeveling dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven op dit punt afstand neemt van zijn eerdere rechtspraak en de gemaakte koppeling tussen beide criteria loslaat.

¹¹⁹ Van Elst 1997, p. 65; De Hullu 2018, p. 513; Sikkema 2010, p. 75.

¹²⁰ Doorenbos 2013, p. 170.

¹²¹ Zie hierover par. III.

¹²² In bevestigende zin: Van Asperen de Boer 2014a, p. 19-30; C.M.I. van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel II)', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance voor Ondernemingen* 2014b, p. 63; Kesteloo 2013, p. 102-104; P.W. van der Kruijs, 'Joint of superior responsibility', *Strafblad* 2013, p. 479. Ontkennend: Doorenbos 2014; De Hullu 2018, p. 514; Hornman 2016a, p. 80-81 en 468-477; M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven. Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2016b, p. 128-139.

¹²³ Onder punt 12 en 13.

¹²⁴ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

¹²⁵ Dat laatste bleek overigens al uit HR 23 juni 1987, NJ 1988/44.

¹²⁶ Vide supra voetnoot 25 tot en met 27, in het bijzonder CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBb:2016:352, JOR 2017/42 m.nt. S.M.C. Nuijten (*ECC Southeast*).

¹²⁷ Sikkema 2010, p. 79-80.

Met de bovenstaande overweging bevestigt de Hoge Raad bovendien het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven,^{128, 129} want kenmerkend voor deelneming is dat altijd sprake moet zijn van opzet. Dit opzet blijft bij overtredingen echter beperkt tot de deelnemingshandeling,¹³⁰ in casu: het leidinggeven. Dat veronderstelt dat de betrokkene tot op zekere hoogte weet moet hebben van de door de rechtspersoon begane verboden gedragingen,¹³¹ dan wel dat er een aanmerkelijke kans bestond dat de rechtspersoon deze of soortgelijke gedragingen zou begaan. Dit moet niet worden verward met het hebben van opzet op die gedragingen. In dat laatste geval moet men namelijk ook wetenschap hebben van de omstandigheden die de gedraging strafbaar maken,¹³² hetgeen weer moet worden onderscheiden van wetenschap dat die gedraging strafbaar is (boos opzet).

Omdat de kwestie over de kleur van opzet vooral in het financieel-economische bestuursrecht regelmatig tot de nodige discussie leidt,¹³³ lijkt het ons goed om hier wat uitvoeriger bij stil te staan. Een aan een recente conclusie van A-G Vegter ontleend strafrechtelijk voorbeeld kan daarbij de nodige verduidelijking bieden.¹³⁴ De vermeende aanscherping van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt ziet namelijk op een specifiek strafrechtelijk probleem: de afbakening misdrijf/overtreding. In de casus wordt de verdachte verweten feitelijk leiding te hebben gegeven aan meerdere bij of krachtens milieu-, woning- en arbeidsomstandighedenwetgeving strafbaar gestelde gedragingen door – kortgezegd – bouwwerkzaamheden te laten verrichten aan een kippenstal waarin asbest is verwerkt. Van de (opzettelijke) misdrijfvarianten wordt de verdachte vrijgesproken, wel wordt deze veroordeeld voor het feitelijk leidinggeven aan de subsidiair tenlastegelegde overtredingen. De verdachte claimt, en wordt daarin door het Hof gevolgd, geen wetenschap te hebben gehad van het feit dat er in de stallen asbest was verwerkt. Om die reden waren ook geen voorzorgsmaatregelen genomen voor de verwijdering van asbesthoudend materiaal (feit 1), was er geen asbestinventarisatierapport opgemaakt (feit 2), zijn de werkzaamheden niet uitgevoerd door een bedrijf dat over de benodigde certificaten beschikte (feit 3) en is aan de werknemers van het bedrijf dat die werkzaamheden uitvoerde ook niet de benodigde bescherming geboden (feit 4). Voor de veroordeling ter zake van het feitelijk leidinggeven aan deze gedragingen in overtredingsvariant, hoeft enkel te worden aangetoond dat de betrokkene weet heeft van het feit

¹²⁸ Over de vraag hoe deze aansprakelijkheidsfiguur juridisch moest worden gekwalificeerd, is lange tijd veel te doen geweest. Sinds de Slavenburgbeschikkingen wordt, in navolging van het betoog van 't Hart, evenwel breed aangenomen dat feitelijk leidinggeven een deelnemingsvorm *sui generis* is. Niettemin zijn er nog steeds andere afwijkende geluiden te horen (zie hierover nader en met verdere verwijzingen Hornman 2016a, p. 62 en 472-476; Kesteloo 2013, p. 97-102).

¹²⁹ Kraaijeveld en Altena interpreteren deze overwegingen in hun annotatie onder dit arrest in *JOR* 2016/195 anders en zien hierin een stellingname van de Hoge Raad over het al dan niet toereikend zijn van kleurloos opzet. Een dergelijk standpunt zien wij in deze overwegingen echter niet terug.

¹³⁰ De Hullu 2018, p. 511; Hornman 2016a, p. 71; De Valk 2009, p. 431; Wolswijk in diens noot onder HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*). Zie hierover ook par. VI.

¹³¹ Per ongeluk leidinggeven bestaat immers niet. Enige bewustheid van het leidinggeven, en dus van de onderliggende gedragingen waaraan leiding wordt gegeven, is daarom noodzakelijk. In dat opzicht is het ook wat ongelukkig dat de term 'opzet op de gedraging' in de literatuur in wisselende betekenissen wordt gehanteerd. Afhankelijk van hoe deze term wordt uitgelegd, is opzet namelijk wel of niet nodig.

¹³² F. de Jong en E. Sikkema, 'Subjectieve bestanddelen', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 393-394; L.E.M. Hendriks, 'Kleurloos opzet in het economisch strafrecht: geen kleurloos leerstuk', in: M. Groenhuijsen e.a. (red.), *Roosachtig strafrecht. Liber amicorum Theo de Roos* (De Roos-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 289; A.R. Hartmann en I. Kroes, 'Opzet in economische strafzaken in perspectief: een aanzet tot nadere meningsvorming', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2016, p. 158.

¹³³ Zie hierover nader het preadvies van Van Overbeek & Dusée.

¹³⁴ Zie CAG 26 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:653. Het bijbehorende arrest was ten tijde van het schrijven van deze algemene inleiding nog niet verschenen.

dat de werkzaamheden aan de kippenstallen plaatsvinden.¹³⁵ Voor een veroordeling ter zake van de (opzettelijke) misdrijfvariant zou daarenboven moeten worden aangetoond dat de betrokkene wist dat er geen voorzorgsmaatregelen waren genomen, er geen inventarisatierapport was opgemaakt etc. (kleurloos opzet). Wetenschap dat dergelijke maatregelen etc. verplicht waren (boos opzet), is niet nodig. De betrokkene hoeft geen opzet te hebben op/weet te hebben van de wederrechtelijkheid van diens gedraging.¹³⁶ Dat de betrokkene niet weet dat hij een wettelijk voorschrift schendt is irrelevant. Voor het strafbaar handelen zonder vergunning is afdoende is dat hij weet dat hij geen vergunning heeft. Het is niet noodzakelijk dat hij ook wist dat hij een vergunning moest hebben.

Tot zover is er eigenlijk geen discussie en is de redenering geheel in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals deze sinds 1952 breed wordt geïnterpreteerd. Bovenstaande uitleg kan evenwel verstrekkende gevolgen hebben, waardoor soms toch enige verkleuring van het opzet optreedt om de reikwijdte van de strafbepaling enigszins in te perken, zo ook in deze casus. Wanneer de leer van het kleurloos opzet zeer rigide wordt uitgelegd, zou dat de overtredingsvariant geheel overbodig maken. De enkele wetenschap dat er geen inventarisatierapport is, zou dan bijvoorbeeld al voldoende zijn om het gedrag als misdrijf te kwalificeren. Wetenschap van de noodzaak van een rapport is immers niet nodig. Om het onderscheid tussen de overtreding en het misdrijf te behouden, stelt het Hof dat de betrokkene voor een bewezenverklaring van de misdrijfvariant weet moet hebben van het feit dat er asbest wordt verwijderd, dan wel dat de stallen asbesthoudend materiaal bevatten. Zonder die kennis bestaat er immers geen aanleiding om maatregelen te treffen, een rapport op te laten stellen etc.¹³⁷ Door de kennis eis op deze manier te interpreteren, blijft het verschil in strafwaardigheid van het handelen dat tot uiting komt in de kwalificatie als misdrijf of overtreding behouden. Anders dan wel wordt betoogd, past deze door het Hof gegeven uitleg binnen de interpretatie die de Hoge Raad zelf aan dit leerstuk geeft en is van een kentering in de rechtspraak dus geen sprake.¹³⁸ De voornoemde uiterst rigide uitleg heeft de Hoge Raad namelijk nooit beoogd. Zoals Hendriks terecht benadrukt, volgt uit de door de Hoge Raad gebezigde formulering dat opzet vereist is op “de gedraging in haar verschillende bestanddelen”, dat er (voor bewezenverklaring van de misdrijfvariant) wetenschap moet zijn van de specifieke voorwaarden die het gedrag strafbaar maken.¹³⁹ Dat komt er dus op neer dat voor een bewezenverklaring van de overtreding met wetenschap van de werkzaamheden sec kan worden volstaan, maar dat voor de misdrijfvariant daarnaast ook wetenschap van de aanwezigheid van asbest (de strafbepalende omstandigheden) is vereist. Daarmee is de opvatting dat het kleurloos opzet tegenwoordig ‘bozer’ moet worden uitgelegd dus onjuist. Logischerwijs is de daaraan verbonden consequentie dat die nieuwe uitleg ook gevolgen zou moeten hebben voor het bestuursrecht dat dan eveneens. De wetenschap van de bijkomende omstandigheden is juist bedoeld om het misdrijf van de overtreding te onderscheiden en dat aspect is alleen relevant voor het strafrecht, niet voor het bestuursrecht. Vanuit die optiek gezien, is geheel terecht dat de bestuursrechter vast blijft houden aan zijn jurisprudentie dat opzet op de wederrechtelijkheid niet is vereist en dat de Hoge Raad op dit punt niet van standpunt is gewijzigd.¹⁴⁰

Dat neemt niet weg dat dit aspect, zij het op een andere manier en tegen de achtergrond van een bredere discussie over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht, een punt van aandacht zou moeten zijn voor bestuursrechtjuristen. In het strafrecht vormen overtredingen de minder

¹³⁵ Zelfs als de betrokkene meende binnen de grenzen van de wet te handelen, is hij dus strafbaar (CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, *JOR* 2015/300 m.nt. S.M.C. Nuijten).

¹³⁶ HR 18 maart 1952, *NJ* 1952/314 m.nt. B.V.A. Röling; HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783, *NJ* 2007/544 m.nt. Y. Buruma; CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, *JOR* 2015/300 m.nt. S.M.C. Nuijten; CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119, *AB* 2016/420 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; CBb 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:465; Michiels e.a. 2016, p. 169-170; De Jong & Sikkema 2011, p. 389-396; Peek & De Vries 2016, p. 101.

¹³⁷ Zie de overwegingen van het Hof geciteerd onder 5 van de CAG.

¹³⁸ Hendriks 2013, p. 295.

¹³⁹ Hendriks 2013, p. 291, 293 en 296-297.

¹⁴⁰ Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie nader het preadvies van Van Overbeek & Dusée.

ingrijpende variant van bepaald gedrag dat, onder aanvullende verzwarende omstandigheden, veelal ook als misdrijf strafbaar is gesteld.¹⁴¹ Omdat het om een veel lichter verwijt gaat, wordt bij overtredingen ook met een veel lichtere toets volstaan. Het opzet van de deelnemer aan een overtreding hoeft aanzienlijk minder ver te reiken dan dat van de deelnemer aan een misdrijf. Dat geldt voor deelneming in het algemeen, maar, zoals in het bovenstaande is gebleken, ook voor de kleur van het opzet van de deelnemer. Voor het strafrecht is dat niet problematisch, omdat hierin een evenwichtige balans tussen het belang van effectieve rechtshandhaving (instrumentaliteit) en rechtsbescherming tot uiting komt, waarbij de ernst van het feit doorslaggevend is voor de richting waarin die balans uitslaat. Deze afweging betreft echter een puur interne strafrechtelijke aangelegenheid en draagt bij aan interne consistentie binnen het strafrecht. Bij de afweging of wets-overtredingen via het strafrecht dan wel via het bestuursrecht moeten worden gehandhaafd, en dus bij de vraag naar de (externe) consistentie tussen strafrecht en bestuursrecht, spelen daarentegen ook andere factoren dan de ernst van het feit een – niet zelden doorslaggevende – rol.¹⁴² De rechtvaardiging die binnen het strafrecht kan worden aangevoerd voor een relatief soepele omgang met het feitelijk leidinggeven aan overtredingen, kan daarom niet ongeclausuleerd worden geëxtrapoleerd naar het bestuursrecht. Via het bestuursrecht worden immers meerdere wettelijke voorschriften gehandhaafd die gezien hun ernst en de sancties die bij overtreding worden opgelegd, zondermeer als misdrijf zou kunnen worden gekwalificeerd, maar, veelal om op zich begrijpelijke en legitieme afwegingen van de wetgever (doelmatigheid, expertise bij toezichthouder, in een hand verenigen van toezicht en handhaving etc.), bij het bestuursrecht zijn ondergebracht. Aan die keuze voor het bestuursrecht is echter inherent dat de schending van het voorschrift de stempel ‘overtreding’ krijgt, en die aanmerking als overtreding zorgt er weer voor dat het voor overtredingen geldende materieelrechtelijke kader van toepassing wordt. Het is aan het bestuursrecht om de vraag te beantwoorden of dat voor het strafrecht ontwikkelde kader wel aansluit op de specifiek eigen noden van het bestuursrecht; een vraag die wij niet direct onder alle omstandigheden positief zouden durven te beantwoorden.¹⁴³ De wetsgeschiedenis biedt ook ruimte voor enige divergentie op dit punt. De wetgever sprak bij de introductie van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk over het voorkomen van *onnodige* verschillen met het strafrecht.¹⁴⁴ Op dit punt kan worden betoogd dat er wel aanleiding is voor enige divergentie.

¹⁴¹ Daarmee is niet gezegd dat overtredingen ook altijd lichte vergrijpen zijn die ook licht worden bestraft. Voor bepaalde overtredingen worden ook in het strafrecht forse straffen opgelegd. Niettemin zullen ernstige inbreuken in de regel als misdrijf worden aangemerkt omdat dit verdergaande toepassing van dwangmiddelen, leerstukken van materieel strafrecht (o.a. onvolkomen delictsvormen) en bepaalde strafbepalingen (o.a. witwassen en deelname aan een criminele organisatie) mogelijk maakt.

¹⁴² Zie hierover nader, naar aanleiding van het kritische ongevraagde Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake sanctiestelsels, no. W03.0138.11, 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280 (AARvS 2015) en de daarop uitgebrachte reactie van het kabinet (‘Nader Rapport bestuurlijke boetestelsels’, *Stcrt.* 2018, 31269), o.a. A. Mein en B. van der Vorm, ‘Het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels: een stap terug in duidelijkheid?’, *Justitiële Verkenningen* 2018-4, p. 37-48 en N.G.H. Verschaeren, ‘Het Kabinetsstandpunt 2018 over de verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht naar aanleiding van het ongevraagde advies van de AARvS nader beschouwd’, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/61. Gezien het doel van dit algemene deel volstaan wij hier met het agenderen van dit punt, maar blijft een uitvoerige inhoudelijke bespreking daarvan achterwege. Voor die inhoudelijke bespreking verwijzen wij naar voornoemde bronnen en M.J. Hornman, ‘Feitelijk leidinggeven: één aansprakelijkheidsfiguur onder twee rechtsgebieden. Over de houdbaarheid van de verschillen in benadering en rechtsbescherming in het licht van de sanctiestelselkeuze van het kabinet’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2018, p. 14-27.

¹⁴³ Zie in dit kader ook H.E. Bröring, ‘Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?’, *RegelMaat* 2017a, p. 312 die opmerkt dat het op onderdelen gelijktrekken van bestuursrecht en strafrecht meestal het effect heeft dat de rechtseenheid binnen deze rechtsgebieden wordt aangetast. Vgl. hierover eveneens H.E. Bröring, ‘Eenheid en doelmatigheid van bestraffende procedures’, in: H.E. Bröring en B.F. Keulen (red.), *Bestruffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017b, p. 55.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, 3, p. 96. Zie hierover ook par. I. van dit Algemene deel.

Na het voorgaande rijst nog wel de vraag hoe concreet het kennisvereiste moet zijn. Het bewust aanvaarden ziet op de gedraging die de rechtspersoon wordt verweten. Dat is immers het grondfeit waaraan leiding is gegeven en waarvan de leidinggevende dus weet moet hebben.¹⁴⁵ Het kennisvereiste is overigens een relatief globaal of generiek opzetvereiste. De feitelijk leidinggever wordt immers verweten de door de rechtspersoon begane verboden gedraging te hebben bevorderd. Dat is iets anders dan het zelf begaan van die overtreding. Dat suggereert dat er mogelijk enige afstand kan bestaan tussen het leidinggeven en de uiteindelijk door de rechtspersoon begane verboden gedraging. Om die reden mag het kennisvereiste dus iets lossier zijn.¹⁴⁶ Niet nodig is dat de leidinggevende ook weet waar, wanneer, hoe en hoe frequent de overtreding is begaan.¹⁴⁷ Een mooie bevestiging hiervan is te vinden in het Klaver Fashion-arrest waarin de leidinggevende op de hoogte was van het feit *dat* er zonder de daarvoor benodigde vergunning arbeid werd verricht door vreemdelingen, maar deze niet wist om welke personen of hoeveel gevallen het precies ging. Desondanks werd aangenomen dat hij aan alle in de tenlastelegging genoemde gevallen feitelijk leiding had gegeven, ook de gevallen waar hij niet bekend mee was.¹⁴⁸ Voorts is evenmin vereist dat de leidinggevende kennis droeg van de specifieke in het boetebesluit genoemde door de rechtspersoon begane overtreding. Kennis van eerdere overtredingen of van overtredingen die in nauw verband staan met deze overtreding volstaat.¹⁴⁹

Tegelijkertijd blijft het kennisvereiste als zodanig wel overeind. Zo is het enkele (vage) vermoeden dat er ergens binnen de onderneming mogelijk iets mis is nog niet toereikend.¹⁵⁰ Men kan geen feitelijk leidinggeven aan gedragingen waarvan men niet (in enige mate) op de hoogte is.¹⁵¹ Dat is slechts anders wanneer de betrokkene zichzelf doelbewust onwetend houdt. Doelbewust onwetend houden mag namelijk worden gelijkgesteld met bewuste aanvaarding.¹⁵² De bewijslast daarvoor ligt in het strafrecht echter hoog en voorbeelden uit de jurisprudentie waarin de rechter expliciet stelt dat er sprake is van feitelijk leidinggeven omdat de betrokkene zich doelbewust onwetend heeft gehouden zijn schaars.¹⁵³ Het niet houden van adequaat toezicht of het niet instellen van nader onderzoek naar signalen die op misstanden zouden kunnen duiden, zal daarvoor veelal nog niet toereikend zijn. Sterke indicaties van misstanden of het structureel verzaken van toezicht lijken daarvoor wel een absolute voorwaarde, en zelfs dan kan alsnog worden betwijfeld of dat afdoende is voor feitelijk leidinggeven. Ook onder die omstandigheden kan de leidinggevende betogen dat hij die signalen achteraf bezien simpelweg niet voldoende op waarde heeft weten te schatten. Dat laatste levert hoogstens 'slecht leidinggeven' op en van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor mismanagement wil de Hoge Raad vooralsnog niks weten.¹⁵⁴

¹⁴⁵ Opvallend is dat het boetebesluit het verwijt dat de feitelijk leidinggever wordt gemaakt veel duidelijker specificeert dan de tenlastelegging dat doet (zie hierover nader Hornman 2018, p. 20-23). Die laatste is veel meer toegespitst op het tot de rechtspersoon gerichte verwijt: de verboden gedraging. Waaruit het leidinggeven aan die gedraging heeft bestaan, wordt niet uitgewerkt.

¹⁴⁶ Doorenbos 2014, p. 36; De Hullu 2018, p. 513; Knigge/Wolswijk 2015, p. 312

¹⁴⁷ Doorenbos 2013, p. 170; Van Elst 1997, p. 59-60; De Hullu 2018, p. 513; Hornman 2016a, p. 74; Knigge/Wolswijk 2018, p. 312; Sikkema 2010, p. 77; Wolswijk 2007a, p. 97.

¹⁴⁸ HR 1 juni 1993, *NJ* 1994/53 (Klaver Fashion).

¹⁴⁹ De Hullu 2018, p. 513-514.

¹⁵⁰ C.H. Brants, 'Slavenburg en de grenzen van het strafrecht', *Recht en kritiek* 1988-1, p. 52; C.H. Brants, 'The King can do no wrong. Daderschap, feitelijk leidinggeven en de staat', *Delikt en Delinkwent* 1996, p. 526.

¹⁵¹ Evenmin kan men dan gehouden zijn om in te grijpen. Het kennisvereiste en het redelijkerwijs gehouden zijn, haken aldus in elkaar (Van Asperen de Boer 2014a, p. 23).

¹⁵² Hornman 2016a, p. 75; Sikkema 2010, p. 77; De Valk 2009, p. 432-433.

¹⁵³ Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BT2641 (*Royal Dubai*); ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, *JM* 2016/75 m.nt. T. van der Meulen (*Edelchemie*).

¹⁵⁴ Zie hierover nader par. VII en het preadvies van Hornman.

VI. Medeplegen

Niet altijd worden alle handelingen die resulteren in de overtreding door een enkele (rechts)persoon verricht, maar zijn er meerdere (rechts)personen betrokken bij de overtreding. Sinds de Vierde tranche Awb is het mogelijk om deze betrokkenen aan te spreken als medeplegers. Een bijkomend voordeel van deze deelnemingsvorm is dat de aangesprokene geen normadressaat van het geschonden voorschrift hoeft te zijn. Voor de invulling van het begrip medeplegen dient de bestuursrechter volgens de wetgever aansluiting te zoeken bij artikel 47 Sr en de strafrechtelijke jurisprudentie hieromtrent. Medeplegen veronderstelt een bewuste en nauwe samenwerking tussen twee of meer (niet te vereenzelvigen¹⁵⁵) natuurlijke en/of rechtspersonen welke in beginsel tot uiting komt in een gezamenlijke uitvoering.¹⁵⁶ Het accent ligt bij medeplegen evenwel primair op de onderlinge samenwerking en veel minder op de vraag wie nu precies welke concrete handeling(en) heeft verricht.¹⁵⁷ Het is dus niet noodzakelijk dat de medepleger zelf uitvoeringshandelingen heeft verricht – een gezamenlijke uitvoering is namelijk niet vereist – of fysiek aanwezig is op het moment dat die uitvoeringshandelingen feitelijk worden verricht.¹⁵⁸ Ook (rechts)personen die op afstand staan en meer achter de schermen opereren, kunnen als medepleger worden aangemerkt, zelfs als hun directe bijdrage aan de uitvoering vrij beperkt blijft. Met het oog op de afgrenzing tussen medeplegen en medeplichtigheid stelt de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest van december 2014 niettemin voorop dat de kwalificatie medeplegen alleen gerechtvaardigd is, indien de door de verdachte geleverde intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van voldoende gewicht is.¹⁵⁹ Uit de voorwaarde dat het moet gaan om een bijdrage van voldoende gewicht volgt dat het niet noodzakelijk is dat de door de medepleger geleverde bijdrage onmisbaar is voor het tot stand komen van de overtreding.¹⁶⁰ Het feit dat de gedraging net zo goed of wellicht zelfs beter door een van de andere medeplegers kon worden verricht, doet aan medeplegen dus niet af.

Vanwege bovengenoemde afgrenzing geldt voor gedragingen van meer ondersteunende aard die normaliter eerder met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht, denk in een bestuursrechtelijke context aan het verstrekken van inlichtingen en het verschaffen van een gelegenheid,¹⁶¹ een verplichting voor de feitenrechter om, wanneer deze desondanks meent dat er in het voorliggende geval sprake is van medeplegen, dat oordeel uitdrukkelijk en nauwkeurig te motiveren.¹⁶² Deze afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid is voor het bestuursrecht van groot belang, nu de medeplichtige in het bestuursrecht niet wordt erkend als overtreder (art. 5:1

¹⁵⁵ Indien een zzp'er met zijn rechtspersoon dus een overtreding begaat, dan levert dat nog geen medeplegen op. De enkele omstandigheid dat een gedraging van een bestuurder aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, maakt deze laatste wellicht tot pleger en de bestuurder tot feitelijk leidinggever, maar maakt hen beide nog niet tot medeplegers (HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5140, *NBSTRAF* 2013/55 m.nt. J.S. Nan).

¹⁵⁶ Het aanvankelijke vereiste dat die samenwerking ook volledig moest zijn is door de Hoge Raad losgelaten. In de bestuursrechtelijke literatuur en jurisprudentie keert dit vereiste echter nog met enige regelmaat terug, zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2016, p. 595 onder verwijzing naar ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2386.

¹⁵⁷ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.1 (*Overzichtsarrest medeplegen*).

¹⁵⁸ HR 17 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7387, *NJ* 1983/84 m.nt. Th.W. van Veen (*Containerdiefstal*). Zie ook de jurisprudentie van het CbB omtrent medeplegen van overtredingen in de sfeer van de meststoffenwet: CbB 29 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:395 en CbB 22 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL0770, *AB* 2010/216.

¹⁵⁹ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.1 (*Overzichtsarrest medeplegen*).

¹⁶⁰ De Hullu 2018, p. 462.

¹⁶¹ Klassieke strafrechtelijke voorbeelden zijn hiernaast het op de uitkijk staan en het besturen van de vluchtauto.

¹⁶² Een fraai bestuursrechtelijk voorbeeld van een dergelijk gemotiveerd oordeel is v.znr. CbB 8 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:450, *JB* 2015/33 (*Uber*). Zie hierover ook Michiels e.a. 2016, p. 174.

Awb).¹⁶³ Daarmee sluit het bestuursrecht aan bij het strafrecht waar medeplichtigheid aan overtredingen evenmin strafbaar is (art. 48 Sr).¹⁶⁴ Bij de beoordeling van de vraag of deze normaliter met medeplichtigheid in verband te brengen gedragingen toch medeplegen opleveren, kan worden gekeken naar de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol van de betrokkene in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip.¹⁶⁵ In latere rechtspraak voegt de Hoge Raad daaraan nog de aard van het delict toe.¹⁶⁶ Ook kan van belang zijn of zich meerdere ondersteunende gedragingen hebben voorgedaan.¹⁶⁷ Het gewicht dat aan het niet distantiëren toekomt, blijft evenwel beperkt nu medeplegen vereist dat de betrokkene een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het delict.¹⁶⁸ Doorgaans zal dat een actieve bijdrage zijn, maar zeker bij (oneigenlijke) omissiedelicten is niet uitgesloten dat het medeplegen (deels) bestaat uit een nalaten of uit niet, te laat of ontoereikend ingrijpen.¹⁶⁹ In de meeste gevallen zal ‘de gedraging’ (strafrechtelijke terminologie) of ‘de overtreding’ (bestuursrechtelijke terminologie) evenwel uit een complex van doen en nalaten bestaan,¹⁷⁰ waardoor de relevantie van het onderscheid enigszins wordt gerelativeerd. Overigens is niet vereist dat op alle onderdelen van het delict wordt samengewerkt. Zo kan intensieve samenwerking ten aanzien van het beoogde meer omvangrijke einddelict volgens Postma doorwerken in de daarvoor benodigde samenstellende delen daarvan, zodat de samenwerking zich ook daartoe uitstrekt.¹⁷¹ Ook verdeling van bestanddelen – waaronder de door het delict (impliciet) vereiste kwaliteit – tussen de betrokken medeplegers is mogelijk,¹⁷² waardoor zelfs van medeplegen kan worden gesproken indien een van de betrokkenen de delictsomschrijving geheel zelfstandig vervult en dus als pleger kan worden aangemerkt.¹⁷³ Kernpunt is en blijft evenwel dat de bijdrage van de betrokkene substantieel genoeg moet zijn om hem als medepleger te kunnen bestempelen. Daarvoor is niet zozeer vereist dat diens rol gelijkwaardig is aan die van andere betrokkenen,¹⁷⁴ maar wel dat die rol volwaardig genoeg is om de kwalificatie ‘dader’ (of in het bestuursrecht: ‘overtreder’) te rechtvaardigen. In dat opzicht kan (of eigenlijk: moet) een geringe of ontbrekende rol bij de uitvoering worden gecompenseerd door een grotere rol bij de voorbereiding of na afloop van het strafbare feit. Dat zal evenwel

¹⁶³ Damen e.a. 2016, p. 595; Michiels e.a. 2016, p.172. Doorenbos 2013, p. 158 spreekt daarom de verwachting uit dat de vloeiende overgang van medeplichtigheid naar medeplegen nog tot de nodige discussies zal leiden in het bestuursrecht.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, 3, p. 79.*

¹⁶⁵ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ 2015/390* m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.2 (*Overzichtsarrest medeplegen*).

¹⁶⁶ HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ 2016/411* m.nt. N. Rozemond, r.o. 3.2.

¹⁶⁷ De Hullu 2018, p. 466. Ook een dergelijke cumulatie van gedragingen is evenwel niet altijd afdoende (zie HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, *NJ 2015/391* m.nt. P.A.M. Mevis).

¹⁶⁸ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ 2015/390* m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.2 (*Overzichtsarrest medeplegen*). Deze factor lijkt vooral van belang voor delicten waarbij de groepsmatige versterking door de betrokkene – vandaar de factor: ‘de aard van het delict’ – direct bijdraagt aan de krenking van het beschermde rechtsgoed, zoals het geval is bij openlijke geweldpleging (art. 141 Sr) en bedreiging met geweld (art. 284 Sr) (zie HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1320, *NJ 2016/418* en ECLI:NL:HR:2016:1322, *NJ 2016/419* m.nt. N. Rozemond onder *NJ 2016/420*). Voor het bestuursrecht zal het gewicht van deze omstandigheid dus vrij gering zijn.

¹⁶⁹ Een dergelijke omissieaansprakelijkheid vergt evenwel dat er ook een rechtsplicht tot ingrijpen bestond. Enkel dan is de betrokkene immers gehouden om te interveniëren.

¹⁷⁰ De Hullu 2018, p. 78; Knigge 1992.

¹⁷¹ A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 17-18, waarbij het voorbeeld van het voorhanden hebben van vuurwapens wordt genoemd ten behoeve van een te plegen beroving.

¹⁷² De Hullu 2018, p. 459.

¹⁷³ De Hullu 2018, p. 470-471.

¹⁷⁴ Postma 2014, p. 15. Vgl. De Hullu 2018, p. 462. In deze zin bijvoorbeeld wel *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, 3, p. 80* en Damen e.a. 2016, p. 595.

slechts in uitzonderlijke situaties het geval zijn. Van de strafrechter wordt daarom verwacht dat deze, indien deze tot een bewezenverklaring van medeplegen komt, duidelijk in diens bewijsvoering uiteenzet waaruit die compenserende bijdrage bestaat, waarom die bijdrage van voldoende compenserend gewicht is en dat van een bewuste en nauwe samenwerking kan worden gesproken.

¹⁷⁵ Over de vraag of van het bestuursorgaan en/of de bestuursrechter eenzelfde houding wordt verwacht, hebben de hoogste bestuursrechtelijke colleges zich nog niet uitgelaten.

Hoewel de voornoemde materieelrechtelijke factoren om medeplegen van medeplichtigheid te onderscheiden en de invulling die de Hoge Raad daaraan in zijn jurisprudentie heeft gegeven de feitenrechter een zekere richtlijn bieden om in een concreet voorliggend geval te beoordelen of er sprake is van medeplegen of medeplichtigheid, blijft dat beoordelingskader erg casuïstisch.¹⁷⁶ Dat kan volgens de Hoge Raad ook niet anders.¹⁷⁷ Om de feitenrechter enigszins uit de brand te helpen, voegt de Hoge Raad daaraan wel toe dat de feitenrechter, indien de concrete feitelijke gebeurtenissen niet geheel kunnen worden opgehelderd en de concrete bijdrage van de betrokkene dus (deels) onduidelijk blijft waardoor niet met zekerheid kan worden vastgesteld wat het aandeel van de betrokkene is geweest, acht mag slaan op de procesopstelling van de verdachte.¹⁷⁸ Dat betekent dat de feitenrechter betekenis mag toekennen aan het feit dat de verdachte een aantoonbaar onjuiste of ongeloofwaardige verklaring heeft afgelegd of dat deze in het geheel niet wenst te verklaren, terwijl de omstandigheden waaronder de verdachte is aangetroffen, wel dusdanig belastend zijn dat hieruit kan worden afgeleid dat deze op zijn minst enige betrokkenheid bij het delict moet hebben gehad.¹⁷⁹ Ook het pas in een zeer laat stadium afleggen van een verklaring, dus na het zichtbaar worden van hiaten of zwakke schakels in de bewijsconstructie, kan in dat opzicht door de rechter worden meegewogen. De verdachte krijgt dus niet zondermeer het voordeel van de twijfel, in die zin dat hij bij gebrek aan bewijs van verdergaande betrokkenheid dan maar als medeplichtige wordt aangemerkt. “De omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden mag op zichzelf, mede gelet op het bepaalde in art. 29, eerste lid, Sv [het zwijgrecht, MJH], niet tot het bewijs bijdragen.¹⁸⁰ Dat brengt echter niet mee dat de rechter, indien een verdachte voor een omstandigheid, die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem telastgelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven, zulks niet in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal zou mogen betrekken.”¹⁸¹ Dat is ook niet onverenigbaar met artikel 6 EVRM.¹⁸² Het voorgaande komt erop neer

¹⁷⁵ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.3 (*Overzichtsarrest medeplegen*); HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:718, *NJ* 2015/395 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.2.3; HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2640, *NJ* 2017/460 m.nt. N. Rozemond.

¹⁷⁶ Rozemond in diens annotatie onder HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411, met de nodige kritiek van de A-G's Spronken en Hofstee (CAG 5 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:584, *NJ* 2016/419 en 19 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:583, *NJ* 2016/412).

¹⁷⁷ HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411 m.nt. N. Rozemond, r.o. 3.2: “Het beslissingskader (...) kan (...) niet anders dan globaal zijn.”

¹⁷⁸ HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411 m.nt. N. Rozemond, r.o. 3.2.

¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412, ECLI:NL:HR:2016:1315, *NJ* 2016/413 en ECLI:NL:HR:2016:1319, *NJ* 2016/414 alle drie m.nt. N. Rozemond onder *NJ* 2016/420; HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:415; HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1019 en 1020; CAG 27 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:959; HR 5 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:796. Zie hierover nader G.H. Meijer en R. ter Haar, ‘Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing’, *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2018, p. 46-63.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld HR 12 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0404, *NJ* 1996/539.

¹⁸¹ HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, *NJ* 1997/584 (*Strippenkaart*). Zo kan de rechter uit het feit dat de verdachte weigert nadere vragen te beantwoorden over hoe het voorval volgens hem heeft plaatsgevonden, afleiden dat die gestelde gang van zaken zich niet heeft voorgedaan (HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0413, *NJ* 1996/540 m.nt. T.M. Schalken). Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin de rechter de kennelijke leugenachtigheid van de verklaring van de verdachte gebruikt voor

dat indien de door het openbaar ministerie aangedragen bewijsmiddelen eigenlijk maar één voor de hand liggend scenario toelaten – het scenario waarin de verdachte schuldig is –, uit het uitblijven van een ontzenuwende verklaring van de zijde van de verdediging mag worden afgeleid dat die ontzenuwende verklaring ook niet kan worden gegeven omdat die er simpelweg niet is. Als er zich een alternatief scenario heeft voorgedaan dat afwijkt van het scenario dat door het openbaar ministerie is geschetst, dan is dit het moment om dat scenario uit de doeken te doen. Gebeurt dat niet, dan mag de rechter daaraan de logische gevolgtrekking verbinden dat de verdachte het hem verweten feit heeft begaan. In het strafrecht heeft het betekenis toekennen aan de procesopstelling de laatste jaren een enorme vlucht genomen.¹⁸³ Het is nog afwachten in hoeverre de bestuursrechter daar acht op zal gaan slaan.

Uit het criterium ‘bewuste en nauwe samenwerking’ volgt dat medeplegen zich kenmerkt door een subjectieve component – de bewustheid – waarin de intensiteit van de samenwerking tot uiting komt en een objectieve component die het gewicht van de bijdrage belicht. Deze moet immers van voldoende gewicht zijn om de kwalificatie medeplegen te rechtvaardigen. Bij de subjectieve zijde gaat het, zoals bij deelneming altijd het geval is, om een dubbel opzetvereiste: de medepleger moet opzet hebben op de samenwerking en opzet op het grondfeit. Daar waar het grondfeit een overtreding betreft, zoals in het bestuursrecht, blijft het opzet beperkt tot de delictsgedraging of de voortdurende toestand, in die zin dat de betrokkene weet heeft van het plaatsvinden van die gedraging.¹⁸⁴ Wetenschap van het verboden karakter van die gedraging (boos opzet) is niet vereist.¹⁸⁵ Hoewel de Hoge Raad overweegt dat voor medeplegen van overtredingen enkel opzet op de samenwerking vereist is,¹⁸⁶ ligt in die samenwerkingseis wel besloten dat de betrokkene zich moet hebben gerealiseerd dat de gedraging werd verricht en een uitvloeisel vormde van de samenwerking. Dat samenwerkingsopzet reikt verder dan alleen het oorspronkelijke plan/het nagestreefde doel en eventueel via voorwaardelijk opzet ingecalculerde nevengevolgen en omvat eveneens niet-ingecalculerde maar in het licht van het nagestreefde doel evident voorzienbare overtredingen. Daaronder vallen ook overtredingen die in het geheel niet bijdragen aan het realiseren van het beoogde doel,¹⁸⁷ waarbij kan worden gedacht aan overtredingen die de pakkans vergroten of die ernstiger zijn dan de beoogde wetsovertredingen.

Om van medeplegen te kunnen spreken zal zowel aan de objectieve component (het gewicht van de bijdrage) als aan de subjectieve component (het opzet) moeten zijn voldaan. Beide componenten zijn geen communicerende vaten. De aard en de omvang van de geleverde bijdrage kan in dat kader weliswaar een bewijsindicatie zijn voor het bij de betrokkene aanwezige opzet, maar het leveren van

de bewijsredenering (zie hierover nader A.N. Biersteker en B. de Wilde, ‘Het gebruik van kennelijk leugenachtige verklaringen van verdachten in bewijsmotiveringen’, *Delikt en Delinkwent* 2015, p. 842-858).

¹⁸² Zie hierover vooral EHRM 8 februari 1996, 18731/91, *NJ* 1996/725 m.nt. G. Knigge, par. 47 en 51 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*) en zeer recentelijk Meijer & Ter Haar 2018.

¹⁸³ Zie daarover zeer recentelijk nog Meijer & Ter Haar 2018.

¹⁸⁴ Postma 2014, p. 29; De Hullu 2018, p. 471-472.

¹⁸⁵ Doorenbos 2013, p. 166. Zie daarover eerder uitvoerig par. VI.

¹⁸⁶ HR 20 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZK0235; HR 2 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1313, *NJ* 1999/554 m.nt. T.M. Schalken. Vgl. Michiels e.a. 2016, p. 173. Zie hierover eveneens Postma 2014, p. 28-29, mede over de wijze waarop de term ‘gedraging’ hier door de Hoge Raad wordt gebezigd.

¹⁸⁷ HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964, *NJ* 2014/514 P.A.M. Mevis, r.o. 2.3.2.-2.3.3 (*Nijmeegse scooter*). Zie hierover nader A. Postma, ‘Facetten van medeplegen’, *Delikt en Delinkwent* 2015, p. 132-136 en N. Rozemond in diens annotatie onder HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964 en ECLI:NL:HR:2013:1966, *AA* 2014, p. 841-846 (*Nijmeegse scooter*). In de Nijmeegse scootercasus betrof het een op de vlucht voor de politie veroorzaakte dodelijke aanrijding met een voetganger, nadat de verdachten zich genoodzaakt zagen om hun voorgenomen overval af te breken omdat zij door de politie waren opgemerkt.

een grote bijdrage aan de uitvoering van het delict kan een gebrek aan opzet niet compenseren.¹⁸⁸ Iemand die louter behulpzaam wil zijn en diens ondersteunende gedragingen meer vanuit een zelfstandige buitenstaanderspositie verricht dan dat deze daartoe bewust en nauw met anderen samenwerkt, wordt niet ineens medepleger omdat diens hulp uiterst effectief en wellicht zelfs doorslaggevend blijkt te zijn voor de uitvoering van het delict.¹⁸⁹ Evenmin kan een overdaad aan opzet compenserend werken voor een te geringe feitelijke bijdrage aan de uitvoering van het delict.

¹⁹⁰

¹⁸⁸ Vgl. De Hullu 2018, p. 470 die opmerkt dat enige wisselwerking wel mogelijk is (zie in dit kader ook *AFM Boetebeleid feitelijk leidinggevers* 2017, p. 10), maar dat beide aspecten aan bod moeten komen.

¹⁸⁹ HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:417; Hof Den Haag 16 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2046.

¹⁹⁰ Postma 2015, p. 126. Ook de medeplichtige gaat planmatig te werk zodat dit aspect an sich de medepleger nog niet strafwaardiger maakt dan de medeplichtige. Die strafwaardigheid gaat schuil in het gecombineerde, maar ook in het afzonderlijke gewicht van ieder van beide componenten.

VII. Bange bestuurders in het bestuursrecht?

Het overkoepelende thema van de in deze bundel opgenomen preadviezen ‘samen werken is samen de klos?’ roept het schrikbeeld op van een risicoaansprakelijkheid. Is dat angstbeeld terecht? In verschillende preadviezen worden de mogelijkheden besproken om bestuurlijke sancties op te leggen aan bestuurders en andere (decentrale) leidinggevende functionarissen van ondernemingen, al dan niet in combinatie met het tegelijkertijd beboeten van de onderneming of van een of meerdere tot die onderneming behorende rechtspersonen.¹⁹¹ ‘Bestuurdersaansprakelijkheid’¹⁹² blijkt een gevoelig onderwerp te zijn onder juristen, het heeft dan ook in meerdere rechtsgebieden al voor de nodige discussie gezorgd. Vooral in het ondernemingsrecht blijkt er grote weerstand te bestaan tegen het persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders. In zijn oratie uit 2005 waarschuwt Maarten Kroeze voor de ongewenste bijwerkingen die (vergaande) aansprakelijkheid van bestuurders kan meebrengen.¹⁹³ Het zou onder meer de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven schaden en ertoe leiden dat *bona fide* bestuurders onwenselijk risicomijdend gedrag gaan vertonen waardoor zij hun taak niet meer goed kunnen uitoefenen. Om ‘bange bestuurders’ te voorkomen, pleit Kroeze voor terughoudendheid in het aansprakelijk stellen van bestuurders. Sinds de oratie van Kroeze heeft het thema ‘bange bestuurders’ veel aandacht gekregen van onze civielrechtelijke collega’s. Er is in korte tijd een aanzienlijke hoeveelheid boeken,¹⁹⁴ artikelen¹⁹⁵ en zelfs proefschriften¹⁹⁶ over dit thema verschenen en het einde van de publicatiestroom lijkt nog lang niet

¹⁹¹ Van der Linden & Winkels zoomen in hun preadvies in op de evenredigheid van sancties in die gevallen waarin meerdere, mogelijk te vereenzelvigen betrokkenen uit het samenwerkingsverband tegelijkertijd in rechte worden aangesproken. De overige preadviezen richten zich meer op het hierboven in de hoofdttekst besproken thema.

¹⁹² Hoewel de categorie leidinggevendens waar de preadviezen zich op richten beduidend breder is dan enkel statutair bestuurders, is ervoor gekozen om in de hoofdttekst de aan het civielrecht ontleende term bestuurdersaansprakelijkheid te hanteren nu deze term is ingeburgerd en de discussie zich in de literatuur ook voornamelijk toespitst op de aansprakelijkheid van bestuurders.

¹⁹³ M. Kroeze, ‘Bange Bestuurders’ (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2006/3.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; J.B. Huizink en A.F. Verdam, *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; B.F. Assink e.a., *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011; J. van Bekkum e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

¹⁹⁵ Onder veel meer, zie bijvoorbeeld J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, *Onderneming en Financiering* 2009/17; Y. Borrius, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.’, *Ondernemingsrecht* 2013/79; R.A. Orsel, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: ruimere exoneratie en vrijwaring mogelijk’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006/6650; M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht’, *Nederlands Juristenblad* 2013/1344; L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid: Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7105; W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24; W.A. Westenbroek, ‘De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en de ‘externe werknemersaansprakelijkheid’’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2017/7144.

¹⁹⁶ B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de boardroom* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2010; De Valk 2009; N.T. Pham, *Director’s Liability – A legal and empirical study* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie: Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

in zicht. Tevens is er uitgebreid empirisch onderzoek gedaan naar de invloed van gepercipieerde aansprakelijkheid op het gedrag van bestuurders.¹⁹⁷

Naast de argumenten die Kroeze gaf voor beperkte bestuurdersaansprakelijkheid, wordt in de literatuur nog een aanvullende reden voor beperkte aansprakelijkheid genoemd. Bestuurders zouden bescherming verdienen tegen aansprakelijkheid omdat zij uit naam van de rechtspersoon handelen;¹⁹⁸ de rechtspersoon zou daarom moeten worden aangemerkt als de ‘primaire dader’. De bestuurder is slechts ‘secundaire dader’ wiens aansprakelijkheid alleen in geval van bijkomende omstandigheden zou zijn gerechtvaardigd.¹⁹⁹ Bovendien zou de rechter ‘niet op de stoel van de ondernemer’ moeten gaan zitten.²⁰⁰ Anderen menen juist dat de verhoogde drempel voor de aansprakelijkheid van bestuurders om dogmatische redenen moet worden afgeschaft.²⁰¹ In het privaatrecht lijkt beperkte bestuurdersaansprakelijkheid op dit moment de norm te zijn. In beginsel is alleen de rechtspersoon aansprakelijk, pas als de bestuurder een *persoonlijk ernstig verwijt* treft, komt de bestuurder zelf in beeld.²⁰²

De discussie over de vraag naar de ondergrens van aansprakelijkheid woedt, zij het in kleinere kring, ook in het strafrecht, en is eigenlijk een herleving van een oud debat. Deze discussie borrelde voor het eerst op in de jaren '80 naar aanleiding van de Slavenburgaffaire waarin de N.V. Slavenburg's Bank zich op grote schaal had ingelaten met het faciliteren van witwassen en belastingontduiking en het strafrecht voor het eerst werd geconfronteerd met de vraag wanneer passieve betrokkenheid van topbestuurders van omvangrijke ondernemingen in aansprakelijkheid zou mogen resulteren. Enkele jaren terug is die discussie over de aansprakelijkheid van de ondermaats presterende leidinggevende (wederom) opgelaaid en door de Hoge Raad (voorlopig) voor een aanzienlijk deel ook weer beslecht.²⁰³ Voor feitelijk leidinggeven wordt door de Hoge Raad onverkort vastgehouden aan het kennisvereiste en aansprakelijkheid wegens ‘slecht leidinggeven’ wordt afgewezen.²⁰⁴ Tegelijkertijd, en nog redelijk onopgemerkt, wordt de deur voor ruimhartige aansprakelijkheid van diezelfde leidinggevende functionarissen langs de weg van het functioneel plegerschap nagenoeg

¹⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Pham 2017; C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij; een empirische studie naar afschrikking generale preventie en regel naleving in de Nederlandse afvalbranche* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Publishers 2012.

¹⁹⁸ Zie bijvoorbeeld P.D. Olden, ‘Voordracht ondernemingsrecht diner’, *Ondernemingsrecht* 2013/81; J. van Bekkum, ‘Risicoaansprakelijkheid leidinggevend voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes – tijd voor debat’, *Ondernemingsrecht* 2013/114.

¹⁹⁹ De Valk 2009, p. 539-551; H. Bröring en S. de Valk, ‘Uitdijende aansprakelijkheid in het bestuursrecht: bestuurders de klos?’, *Nederlands Juristenblad* 2011/520; R. Mellenbergh, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van private rechtspersonen: een vergelijking tussen het bestuursrechtelijke begrip overtreder en de privaatrechtelijke onrechtmatige daad’, *Ondernemingsrecht* 2011/100.

²⁰⁰ Assink 2007, p. 14-43.

²⁰¹ Zie in het bijzonder Westenbroek 2016.

²⁰² Zo ook de Hoge Raad in de 5 september arresten: “Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij 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.” HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*).

²⁰³ Zie hierover nader Doorenbos 2014; Van Asperen de Boer 2014a; F.W. Bleichrodt, ‘Feitelijk leidinggeven’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 167-174; Hornman 2016a; Hornman 2016b; De Hullu 2018, p. 511-514; Kesteloo 2013, p. 102-104.

²⁰⁴ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*); De Hullu 2018, p. 514.

volledig opengezet.²⁰⁵ De bescherming die door de Hoge Raad wordt geboden om mismanagement buiten het strafrecht te houden, is daarmee behoorlijk selectief. Bovendien blijft het de vraag of die bescherming terecht is.²⁰⁶

In het licht van het bovenstaande rijst de vraag of bestuurders, net als in het civiele recht, in het bestuursrecht enige vorm van bescherming verdienen voor gedragingen die zij verrichten om hun taak te vervullen, in het bijzonder omdat de straf- en bestuursrechtelijke handhaving complementair is aan de reeds voorhanden zijnde civiel- en tuchtrechtelijke mogelijkheden om leidinggevendenden ter verantwoording te roepen.²⁰⁷ Nagenoeg alle tot dusver verschenen bijdragen over dit onderwerp zijn – opmerkelijk genoeg – van niet-bestuursrecht juristen.²⁰⁸ De in deze bundel opgenomen preadviezen hopen die leemte voor een aanzienlijk deel te vullen en een verdere aanzet te geven voor de beslechting van deze discussie. Ook in het bestuursrecht moet namelijk de vraag worden beantwoord of de bestuurder van de rechtspersoon in de bestuursrechtelijke handhaving als primaire overtreder te heeft gelden, of dat deze eerder als secundaire overtreder moet worden gezien en er aanvullende (beschermende) eisen gesteld moeten worden aan de vereiste verwijtbaarheid voor het aanspreken van natuurlijke personen met een leidinggevende taak. Een aantal preadviseurs zal hierover ook een duidelijk standpunt innemen. Voorts leent dit thema zich bijzonder goed voor een prikkelende bespreking tijdens de aankomende Jonge VAR vergadering bij Stibbe. De preadviseurs kijken ernaar uit om met u over dit onderwerp in debat te gaan en te discussiëren over de vraag of bestuurders in het bestuursrecht gegronde redenen hebben om bang te zijn. Vanzelfsprekend zijn wij Stibbe erg erkentelijk voor het *hosten* van deze bijeenkomst en zijn wij het Jonge VAR bestuur dankbaar voor het in ons gestelde vertrouwen.

²⁰⁵ Zo wijst De Hullu (2018, p. 514) de door A-G Vellinga bepleitte verruiming feitelijk leidinggeven van de hand, maar acht hij de toepassing van functioneel plegerschap, waarvoor die ruime aansprakelijkheid wel geldt, zondermeer toelaatbaar. Dat laatste zou overigens aansluiten bij het advies van de Hoge Raad aan het openbaar ministerie om vaker te opteren voor het functioneel ouderschap en minder gebruik te maken van de klassieke deelnemingsvormen (zie HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.3.1 (*Overzichtsarrest medeplegen*)).

²⁰⁶ Zie hierover nader het preadvies van Hornman.

²⁰⁷ Denk hierbij bijvoorbeeld aan het accountants- en bankierstuchtrecht.

²⁰⁸ Van Bekkum 2013; Bröring & De Valk 2011; E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth, *Ondernemingsrecht* 2013/86; Mellenbergh 2011; G.P. Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85; F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het faillissementsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2001/31.

VIII. Stellingen

- I. De mogelijkheden om gedragingen aan rechtspersonen toe te rekenen zijn – op goede gronden – vrij ruimhartig. Een ondergrens voor aansprakelijkheid en een meer inzichtelijke toepassing van de criteria voor aansprakelijkheid is niettemin wenselijk. Om die reden:
 - a. zou het voldoen aan de in redelijkheid te vergen zorg als een algemene overtrederschapsuitsluitingsgrond moeten fungeren, en;
 - b. dient de bestuursrechter, indien door de verdediging wordt bepleit dat toerekening van de verweten gedraging aan de rechtspersoon op basis van het normale bedrijfsvoeringscriterium of de verruimde IJzerdraadcriteria onredelijk is, dat verweer ook inhoudelijk te weerleggen en niet, zoals nu in het financieel-economische bestuursrecht vaak het geval is, de juistheid van dat verweer in het midden laten en overtrederschap aan te nemen op basis van een van de andere ‘omstandigheden’ uit het Drijfmest-arrest.
- II. Het ineenschuiven van de Slavenburg- en de IJzerdraadcriteria is onjuist en onwenselijk omdat daarmee wordt miskend dat het aanvaardingscriterium voor feitelijk leidinggeven zoals dat uit de Slavenburg II-beschikking voortvloeit, niet samenvalt met het aanvaardingscriterium zoals dat sinds het Drijfmest-arrest (of in ieder geval sinds *NJ* 2016/23) geldt voor functioneel plegerschap. Door beide criteria toch samen te voegen ontstaat het risico dat de bestuursrechter de verkeerde maatstaf voor aansprakelijkheid aanlegt.
- III. Conform de wens van de wetgever moeten nodeloze verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht bij de interpretatie en toepassing van aansprakelijkheidsfiguren worden voorkomen. Om die reden dient de bestuursrechter met het overtredersbegrip zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij het strafrechtelijke doctrine, en dient afwijking van het strafrechtelijke daderschapsbegrip te worden gemotiveerd. Nu de ernst van het feit niet (langer) de enige factor is die bepalend is voor de vraag of de schending van een bepaald wettelijk voorschrift wordt gehandhaafd via het strafrecht of via het bestuursrecht, mag de bestuursrechter daarin aanleiding zien om op bepaalde punten van de geldende strafrechtelijke doctrine af te wijken.