

Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders

Mr. M.C.C. van Overbeek & mr. O.E.S. Dusée¹

Inhoud

1 Inleiding.....	3
2 Feitelijk leidinggeven en medeplegen in het economisch bestuursrecht.....	5
2.1 Invoering van feitelijk leidinggeven in het economisch bestuursrecht	5
2.2 Kritiek uit de literatuur	5
2.2.1 Geen persoonlijk verwijt	6
2.2.2 Slecht leidinggevend niet kunnen aanmerken als feitelijk leidinggever.....	7
2.2.3 Weinig guidance omtrent het meenemen van feitelijk leidinggevers.....	7
2.2.4 Weinig guidance voor berekenen van de boetehoogte	7
3 Feitelijk leidinggeven in de praktijk.....	7
3.1 Toepassing van de Slavenburg-criteria.....	8
3.1.1 Toetsing aan de Slavenburg-criteria	11
3.1.2 Opzet.....	20
3.1.3 Grootte van de rechtspersoon	21
3.1.4 Tussenconclusie.....	22
3.2 Beboeting van feitelijk leidinggevers	22
3.2.1 Juridisch kader en beleid	22
3.2.2 Elementen bij boeteoplegging	25
3.2.3 Tussenconclusie.....	31
3.3 Conclusies.....	31
4 Medeplegen in de praktijk	32
4.1 Zaken waarin toezichthouders partij als medepleger aanmerken	33
4.2 Medeplegen toch gehanteerd?	36
5 Factoren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij het al dan niet aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever of medepleger	37
5.1 Aard van de overtreding	37
5.2 Aard van de overtreder-leidinggever.....	38

¹ Manon van Overbeek en Olivier Dusée zijn beiden werkzaam bij de Directie Juridische Zaken van de Autoriteit Consument en Markt. Dit preadvies hebben zij op persoonlijke titel geschreven. Zij danken Kees Hellingman, Monique van Oers, Tom Barkhuysen, Sabine van der Does, Nina Bontje en de andere preadviseurs voor hun inzichten en waardevolle commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

5.3 Ook de rechtspersoon of enkel de feitelijk leidinggever?	38
5.4 Medeplegen	39
6 Zijn de toezichthouders succesvol?	40
7 Concluderende vergelijking ACM, AFM en DNB.....	40
7.1 Inhoudelijke toetsing	40
7.2 Beboeting.....	42
7.3 Factoren	44
7.4 Medeplegen	44
7.5 Trackrecord.....	45
8 Conclusies.....	45
9 Stellingen.....	46

1 Inleiding

Het economisch bestuursrecht kenmerkt zich door een brede variëteit aan specialistische normen die zich doorgaans, maar niet noodzakelijkerwijs, richten tot bedrijven. Of het nu gaat om een groot productiekartel, een financiële instelling die handelt zonder vereiste vergunning of een marketing actie die in strijd is met de spamwetgeving, in de meeste gevallen is er (uitzonderingen daargelaten) sprake van een overtreding door een rechtspersoon.² Dit laat onverlet dat achter de overtreding beslissingen en handelingen liggen van natuurlijke personen; het blijft mensenwerk.

Ook toezichthouders hebben oog voor het feit dat de overtreding begaan door rechtspersonen wordt veroorzaakt door menselijk handelen of nalaten. Zij hebben, zoals in de inleiding op de preadviezen beschreven, sinds de invoering van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) allen de mogelijkheid feitelijk leidinggevers en medeplegers te beboeten. Van deze mogelijkheid hebben zij gebruik gemaakt. De verschillende toezichthouders leggen de afgelopen jaren veel boetes op aan natuurlijke personen wegens feitelijk leidinggeven en een enkele keer wegens medeplegen. In de literatuur is er kritiek geuit op de uitoefening van de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten. De vraag is echter; is deze kritiek op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten in het economisch bestuursrecht terecht gebleken? Om deze vraag te beantwoorden moeten wij bekijken op welke wijze toezichthouders gebruik maken van deze instrumenten en op welke punten zij hun werkwijze eventueel nog kunnen aanpassen.

In dit preadvies bestuderen wij het beboeten van feitelijk leidinggeven en medeplegen door toezichthouders in het economisch bestuursrecht. De toezichthouders op dit gebied zijn de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM), de Autoriteit Financiële markten (hierna: AFM) en De Nederlandsche bank (hierna: DNB) (hierna gezamenlijk: de toezichthouders).

Hoewel Mark Hornman en Tim Bleeker in de inleiding op de preadviezen reeds een zeer uitgebreide uiteenzetting hebben gegeven van de relevante leerstukken, staan wij hierna eerst specifiek stil bij de invoering van het feitelijk leidinggeverschap in het economische bestuursrecht en de discussie die de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten heeft doen opwaaien.

Ten tweede kijken wij naar het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Wij bestuderen de besluiten van toezichthouders en de jurisprudentie.³ Daarbij kijken wij naar de wijze waarop de toezichthouders personen aanmerken als feitelijk leidinggever. Hoe hanteren zij de in de (strafrecht)jurisprudentie ontwikkelde criteria voor feitelijk leidinggeven en medeplegen? Op welke wijze vullen de toezichthouders het opzetvereiste in? In welke mate speelt de grootte van de rechtspersoon een rol bij de invulling van de criteria? Hebben functionarissen en met name bestuurders te vrezen voor een risicoaansprakelijkheid? Valt de functionaris die door de toezichthouder wordt aangesproken een persoonlijk verwijt te maken; moest de functionaris weten dat hij mogelijk een overtreding beging? Wij menen dat, gezien de wijze waarop de toezichthouders de criteria toepassen, functionarissen niet bang hoeven te zijn voor risicoaansprakelijkheid. Leidinggevers dienen hun taak echter wel serieus te nemen en zich voldoende in te (laten) lichten over de geldende regelgeving. Als zij dat niet voldoende doen, valt ze dat te verwijten. De zaken waarin de toezichthouders ervoor kiezen feitelijk leidinggevers te beboeten laten volgens ons ook zien dat de betreffende functionarissen gelet op hun actieve betrokkenheid en/of wetenschap van de wederrechtelijkheid van het gedrag doorgaans persoonlijk verantwoordelijk te houden zijn en dus een persoonlijk verwijt te maken valt.

Daarnaast bestuderen wij de boetetoemeting in de zaken waarin de toezichthouders feitelijk leidinggevers beboeten.⁴ Hebben de toezichthouders boetebeleid en welke elementen zijn met name van belang bij de boetebepaling? Is er wel genoeg guidance op het gebied van beboeting van feitelijk leidinggevers? Wij zien dat sommige toezichthouders stappen zouden kunnen zetten op het gebied van

² In het omgevingsrecht ligt dit anders. De norm richt zich vaak ook tot natuurlijke personen. Zie par. 3 van het preadvies geschreven door Tim Bleeker.

³ Het betreft uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb).

⁴ Wij zullen ook de jurisprudentie op dit gebied bekijken.

guidance bij onvoldoende draagkracht, maar ook van de feitelijk leidinggevers mag volgens ons worden verwacht dat zij zich inspinnen bij de onderbouwing van hun draagkrachtverweer.

Ten derde kijken wij naar het aanmerken en beboeten van medeplegers. Medeplegen wordt door de toezichthouders minder vaak gebruikt. Hebben de toezichthouders deze bevoegdheid niet vaak nodig? Waarom wel of niet? Wij bespreken de vijf zaken waarin de toezichthouders wel medeplegers hebben beboet en komen tot de conclusie dat het instrument weliswaar aan kracht kan winnen, maar niet zinledig is.

Ten vierde kijken wij naar de factoren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij het al dan niet aanmerken van feitelijk leidinggevers en medeplegers. Wij kijken of er beleid is vastgesteld en welke factoren zijn af te leiden uit de door ons bekeken zaken. Er kunnen volgens ons wel wat handvatten uit beleid en praktijk worden gedestilleerd.

Op de vijfde plaats kijken wij naar de cijfers in de rechtspraak. Passen de toezichthouders de Slavenburg-criteria volgens de rechter op juiste wijze toe?

Op basis van al deze informatie maken wij vervolgens een concluderende vergelijking. Hierin beschouwen wij de wijze waarop toezichthouders toepassing geven aan de bevoegdheid boetes op te leggen aan feitelijk leidinggevers. Wij gaan specifiek in op inhoudelijke toetsing, sanctie en aanmerkingsfactoren. Daarnaast gaan wij in op de toepassing van de bevoegdheid boetes op te leggen aan medeplegers.

Ten slotte betogen wij dat de kritiek op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers in het economisch bestuursrecht te beboeten niet geheel terecht is gebleken. Gezien het trackrecord komen wij tot de conclusie dat de toezichthouders goed weten op welke wijze zij van hun bevoegdheden gebruik kunnen maken. Wij zijn van mening dat de vrees voor risicoaansprakelijkheid onterecht is gebleken en toezichthouders overgaan tot beboeting als er een persoonlijk verwijt te maken valt. Wel zien wij op enkele punten mogelijkheden om guidance te verbeteren. Met betrekking tot het instrument medeplegen is het, gelet op het beperkt aantal zaken, te vroeg om tot een daadwerkelijke rechtsvergelijking te komen. Wel opvallend is dat de toezichthouders het instrument (misschien ten onrechte) minder vaak inzetten, omdat de normadressaat extensief wordt geïnterpreteerd.

Afbakening

Wij bekeken 46 verschillende zaken van de ACM en haar voorgangers,⁵ de AFM en DNB om op voorgaande vragen een antwoord te vinden.

Daarbij hebben wij onszelf in de eerste plaats beperkt tot de hiervoor genoemde toezichthouders. Hierbij maken wij de opmerking dat voor alle drie de toezichthouders geldt dat de Rechtbank Rotterdam en het CBB voor het bedrijfsleven zijn aangewezen als de bevoegde rechterlijke instanties. Hierdoor zal dus in dit preadvies geen rechtsvergelijking tussen de verschillende (hoogste) rechterlijke colleges plaatsvinden. Een andere beperking is, dat wij het onderzoek alleen baseren op openbare informatie. Hierdoor kunnen wij geen inzicht geven in zaken die niet gepubliceerd zijn. Zaken waarbij de toezichthouder heeft afgezien feitelijk leidinggevers aan te merken, en die dus minstens zo interessant zijn, kunnen wij dus vaak niet opnemen in dit preadvies.

⁵ De ACM is een fusieorganisatie die op 1 april 2013 is ontstaan uit de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) en de Consumentenautoriteit (hierna: CA).

2 Feitelijk leidinggeven en medeplegen in het economisch bestuursrecht

2.1 Invoering van feitelijk leidinggeven in het economisch bestuursrecht

Het beboeten van feitelijk leidinggeven in het economisch bestuursrecht is sinds 1 oktober 2007 mogelijk in het Mededingingsrecht en sinds 1 juli 2009 in het gehele (economische) bestuursrecht.

Naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet in 2002 werd door de Minister van Economische Zaken geconcludeerd dat de sanctie-instrumenten op het gebied het Mededingingsrecht niet voldoende preventieve en repressieve werking hadden. Volgens de Minister van Economische Zaken was het vanuit preventief oogpunt daarom wenselijk om ook boetes op te kunnen leggen aan opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers van mededingingsrechtelijke overtredingen. Dit voorstel was in lijn met het ontwerp van de Vierde tranche, waarin een dergelijke mogelijkheid in voor het gehele bestuursrecht was opgenomen.⁶

Met de invoering van deze bevoegdheid werd beoogd *“bestuurders, managers en andere werknemers van bedrijven ervan te weerhouden om de materiële bepalingen in de Mededingingswet, zoals het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en de verplichting tot het aanmelden van een voorgenomen concentratie, te overtreden of te laten overtreden.”*⁷

Ter onderbouwing wees de Minister van Economische Zaken op rapporten en bevindingen van de OESO.⁸ De invoering van deze bevoegdheid bestuurders te kunnen beboeten, zou een belangrijke additionele afschrikwekkende werking kunnen hebben naast de mogelijkheid tot oplegging van sancties aan rechtspersonen.

De wetgever kwam in 2005 met een wetsvoorstel waarin de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten werd opgenomen. Daarbij werd aangesloten bij het strafrecht. Er moest dus rekening gehouden worden met de bestaande jurisprudentie, zoals de Slavenburg uitspraken.⁹ Dit voorstel werd aangenomen en sinds 1 oktober 2007 is het voor de toezichthouders dan ook mogelijk feitelijk leidinggevers aan mededingingsrechtelijke overtredingen te beboeten.¹⁰

Ook met betrekking tot de financiële sector gingen er in 2005 al geluiden op een bevoegdheid te creëren om ook natuurlijke personen boetes op te kunnen leggen.¹¹ Hoewel in de nota ‘Boetestelsel in financiële wetgeving’ door de Minister van Financiën werd gesteld dat bestuurlijke beboeting van individuele personen niet het uitgangspunt dient te zijn in het lopende toezicht op onder toezicht staande instellingen, werd toch gesteld dat het voor een effectieve handhaving van met name zware overtredingen van belang is dat ook individuele personen bestuurlijk kunnen worden beboet. Daarbij werd ook gewezen op de afschrikkende werking van boetes volgens de OESO en het wetsvoorstel voor de Vierde tranche van de Awb.¹² Er volgde een voorstel van wet, maar de mogelijkheid feitelijk leidinggevers te beboeten werd niet opgenomen, omdat hierin al zou worden voorzien in de Vierde tranche van de Awb.¹³

2.2 Kritiek uit de literatuur

In de literatuur is behoorlijk wat kritiek geuit op (de wijze van) beboeten van feitelijk leidinggevers in het (economische) bestuursrecht.¹⁴ Er zou ten onrechte sprake zijn van het ontbreken van een persoonlijk verwijt, slecht leidinggevend zouden ten onrechte de dans ontspringen en guidance op het gebied van het aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers zou ontbreken. Wij lichten de verschillende kritiekpunten hierna toe, teneinde deze kritiek bij de bespreking van toepassing van feitelijk leidinggeven in de economische bestuursrechtpraktijk te kunnen beoordelen.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29272, 1, p. 4, 24 en 25 en 1b.

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29272, 1, p. 25.

⁸ De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO), Kamerstukken II 2004/05, 30 071, 3 p. 8.

⁹ Kamerstukken II 2004/05, 30071, 10, p. 9.

¹⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30071, 2, p. 3 en Stb. 2007, 284.

¹¹ R.P.A. Kraaijeveld en M.C. Timmer, ‘Het beboeten van feitelijk leidinggeven door financieel-economische toezichthouders in perspectief’, *Ondernemingsrecht* 2014/73.

¹² Kamerstukken II 2004/05, 30125, 2, p. 13-14.

¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31458, 17.

¹⁴ In het navolgende bespreken wij deze kritiek niet uitputtend maar focussen we ons op de belangrijkste punten van kritiek.

2.2.1 Geen persoonlijk verwijt

Ten eerste zou er ten onrechte sprake zijn van beboeting zonder dat een persoonlijk [ernstig] verwijt aan de feitelijk leidinggever gemaakt zou kunnen worden.¹⁵ Dit persoonlijk verwijt zou ontbreken, nu het opleggen van boetes volgens Van Bekkum ten onrechte zou plaatsvinden zonder dat de leidinggevende wist of behoorde te weten dat de relevante gedraging kwalificeerde als een overtreding.¹⁶ Dit blijkt volgens hem uit de praktijk van de toezichthouders.¹⁷ Daardoor zou er sprake zijn van een risicoaansprakelijkheid die verder gaat dan de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders, waarbij bescherming van rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon aan het privévermogen van leidinggevers te ver wordt uitgehold.¹⁸ De auteur vindt persoonlijke boetes alleen gerechtvaardigd indien de feitelijk leidinggever daadwerkelijk wist of behoorde te weten dat de relevante gedraging van de rechtspersoon kwalificeerde als een overtreding. Dat is in het bestuursrecht volgens van Bekkum vaak niet het geval. Normen in het bestuursrecht zijn volgens hem moreel meer neutraal van aard, veranderlijk en complex.¹⁹ Anders dan in het strafrecht, waarbij normen zijn gebaseerd op vrij algemene morele noties, waardoor eenieder weet of in ieder geval behoort te weten dat de strafrechtelijke norm bestaat en niet mag worden overtreden.

Dat het voor feitelijk leidinggevers (en ook rechtspersonen) in het financieel bestuursrecht moeilijker zou zijn vast te stellen dat er sprake is van een overtreding, wordt ook betoogd door Roth. Volgens hem zijn er in het financiële toezichtsrecht steeds meer en vager gestelde principle based-normen waarop de AFM en DNB toezicht houden. Daarom zou het volgens hem voor marktpartijen en dus ook hun feitelijk leidinggevers niet gemakkelijk zijn vast te stellen wanneer sprake is van niet normconform handelen. Er zou een groot risico zijn dat marktpartijen de wet overtreden. Vervolgens zou ook het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding tamelijk snel worden aangenomen. Dit brengt volgens Roth onaanvaardbare dan wel onwenselijke risico's met zich mee met tot gevolg bange apathische bestuurders.²⁰

Ook Van Asperen de Boer stelt dat de kleurloos opzet-leer niet zozeer past bij de situatie in het bestuursrecht waarin volgens haar vele voor tweeërlei uitleg vatbare of überhaupt onduidelijke normen bestaan.²¹ Bij kleurloos opzet is voor bewijs van opzet niet nodig is dat ook opzet op het verboden karakter het handelen wordt bewezen, er hoeft enkel opzet te zijn op het gedrag. Gezien de onduidelijke normen, pleit zij voor een bozer voorwaardelijk opzet eis. Bij deze vorm van opzet had de functionaris zich wel van enig kwaad bewust moeten zijn. Zij verwijst daarbij naar A-G Vellinga die stelt: *“De kans dat ook een ondernemer die zich behoorlijk heeft georiënteerd op regelgeving mistast, is daardoor toegenomen. Toch scheert de wet hem over één kam met de zelfzuchtige onwetende.”*²² Dit leidt volgens Van Asperen de Boer tot ongewenste situaties. Een bozer voorwaardelijke opzet eis zou hieraan tegemoetkomen. In dat geval zal volgens Vellinga de feitelijk leidinggever die niet of uiterst gebrekkig te rade gaat of hij in strijd met de wet handelt, de aanmerkelijke kans aanvaarden dat hij in strijd met enig wettelijk voorschrift handelt. Voldoet de feitelijk leidinggever wel aan die zorgplicht, dan kan hij niet worden beboet.²³

Ten Slotte stelt Doets dat de toezichthouders de Slavenburg-criteria onjuist hebben uitgelegd.²⁴ Enkel wetenschap en beschikkingsmacht zou niet volstaan. De leidinggever zou met het achterwege laten van maatregelen opzettelijk de verboden gedraging moeten hebben bevorderd. Doets zegt hierover: *“Dit laatste lijkt te veronderstellen dat de betreffende persoon moet hebben begrepen dat sprake was van een wederrechtelijke gedraging. Anders valt niet in te zien waarom de leidinggevende had moeten*

¹⁵ Zie ook de inleiding op de preadviezen, par. ‘Bange bestuurders in het bestuursrecht?’.

¹⁶ Van Bekkum doelt op meer dan alleen verwijtbaarheid in de zin van 5:41 Awb.

¹⁷ J. van Bekkum, ‘Risicoaansprakelijkheid leidinggevendenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes’, *Ondernemingsrecht* 2013/114.

¹⁸ Zie ook C.A. Doets, ‘Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding’, *Sanctierecht en Onderneming* 2015 nr. 5/6, hierna Doets, *Sanctierecht en Onderneming* 2015 nr. 5/6.

¹⁹ Volgens Van Bekkum weten spelers op financiële markten dan ook niet zonder meer welke voorschriften op die markten voor hen gelden en wanneer zij die overtreden, zie Van Bekkum, *Ondernemingsrecht* 2013/144, p. 3.

²⁰ G.P. Roth, ‘Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2013/85.

²¹ C.M.I. van Asperen de Boer, ‘Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel 1)’, *Sanctierecht en Onderneming* 2014, nr. 1, p. 29. In C.M.I. van Asperen de Boer, A.M. de Koning en M.T. van der Wulp, ‘Rubriek Financieel strafrecht’, *Sanctierecht en Onderneming* 2016/6, afl. 4, p. 168, lijkt ook Van Asperen de Boer tot de conclusie te komen dat van risicoaansprakelijkheid geen sprake is.

²² Concl. A-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, bij HR 24 april 2007, *NJ* 2007/544, par. 23.

²³ Van Asperen de Boer, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014, nr. 1.

²⁴ Doets, *Sanctierecht en Onderneming* 2015 nr. 5/6, p. 252.

*ingrijpen, bij gebreke waarvan de overtreding opzettelijk is bevorderd.*²⁵ Oftewel, de persoon zou moeten weten dat er sprake zou zijn van een overtreding. Dus er zou sprake moeten zijn van boos opzet.

2.2.2 Slecht leidinggevende niet kunnen aanmerken als feitelijk leidinggever

In zijn conclusie voor een uitspraak van de Hoge Raad van 14 februari 2012 stelt A-G Vellinga, dat voor het feitelijk leidinggeven aan overtredingen en culpoze misdrijven onder omstandigheden ook voldoende zou moeten kunnen zijn dat de leidinggever van de verboden of soortgelijke gedraging niet op de hoogte was, maar dat hij daarvan wel op de hoogte had moeten zijn. Slecht leidinggeven, in de zin van passiviteit, zou niet moeten worden beloond.²⁶ Volgens Hornman gaat dit voorstel te ver; waardoor een precaire verhouding tot het schuldbeginsel ontstaat, wat ertoe kan leiden dat het verwijt van risicoaansprakelijkheid gemaakt kan worden. De (voorwaardelijke) opzet op [kennis van] het gedrag wordt daarmee losgelaten danwel genuanceerd.²⁷ Hij stelt daarom een zorgplichtgerichte benadering van voorwaardelijke opzet voor. Deze houdt in dat *“enkel van leidinggevendenden die in het licht van de onmiskenbaar bestaande noodzaak tot het houden van toezicht en/of het treffen van maatregelen dat toezicht en/of die maatregelen bewust achterwege laten, kan en mag worden gesteld dat zij het risico dat zich door die evidente tekortkoming verboden gedragingen zullen voordoen bewust hebben aanvaard.”*²⁸ Er moest dus wel aanleiding zijn geweest voor de feitelijk leidinggever om tot actie over te gaan.

2.2.3 Weinig guidance orent het meenemen van feitelijk leidinggevers

In de literatuur wordt verwacht dat vaker en hogere boetes worden opgelegd aan feitelijk leidinggevers.²⁹ Daarnaast wordt vastgesteld dat er vanuit toezichthouders weinig guidance is omtrent het al dan niet meenemen van feitelijk leidinggevers in procedures.³⁰ De toezichthouders hebben beleidsvrijheid, die zij op deze wijze niet inperken.

2.2.4 Weinig guidance voor berekenen van de boetehoogte

In de literatuur wordt daarnaast aangegeven dat er weinig bekend is over de wijze waarop de toezichthouder (en ook de bestuursrechter) tot een evenredige boete komt voor feitelijk leidinggevers, zeker ook in het geval van het berekenen van draagkracht.³¹ Daarbij stellen Sluijs en Van Osch dat zij weten dat de ACM gebruik maakt van gegevens van de Belastingdienst en door partijen aangeleverde gegevens.³²

3 Feitelijk leidinggeven in de praktijk

Uit artikel 5:1 Awb jo. 51, tweede lid, aanhef en onder 2, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) volgt dat op het moment dat een overtreding aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, er een boete kan worden opgelegd aan degene die feitelijke leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging. In de inleiding op de preadviezen zijn Mark Hornman en Tim Bleeker uitgebreid ingegaan op de voorwaarden die hiervoor gelden. In de navolgende paragraaf beperken wij ons dan ook tot de vraag hoe dit leerstuk daadwerkelijk wordt toegepast door de toezichthouders en hoe de bestuursrechter deze besluitvorming vervolgens toetst. Hierbij merken wij op dat artikel 51, tweede lid, Sr zich niet beperkt tot natuurlijke personen, ook rechtspersonen kunnen als feitelijk leidinggever worden aangemerkt. Voor de leesbaarheid zullen wij de feitelijk leidinggever echter als een natuurlijk persoon behandelen.

3.1 Toepassing van de Slavenburg-criteria

Het is aan de toezichthouder om te bewijzen dat een (rechts)persoon is aan te merken als feitelijk leidinggever aan een verboden gedraging. Zoals hiervoor aangegeven verwijst de wetgever in onder

²⁵ Idem.

²⁶ Concl. A-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, bij HR 24 april 2007, NJ 2007/544.

²⁷ M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven, Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing', *Tijdschrift Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016, nr.3.

²⁸ Hornman, *Tijdschrift Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016, nr.3.

²⁹ Roth, *Ondernemingsrecht* 2013/85 en J.J.M. Sluijs en P.J.H.M. van Osch, 'Het beboeten van feitelijk leidinggevers in het mededingingsrecht', *Tijdschrift voor Compliance* 2016 nr. 2.

³⁰ Zie ook Doets, *Sanctierecht en Onderneming* 2015 nr. 5/6; Sluijs en Van Osch, *Tijdschrift voor Compliance* 2016, nr. 2; S.M. Peek en B. de Vries, 'Beboeting van feitelijk leidinggevers in het financiële toezicht, Verkenning van vijf jaar rechtspraak', *Financieel Recht*, 2016, nr. 3.

³¹ Peek en De Vries, *Financieel Recht*, nr. 3 en Sluijs en Van Osch, *Tijdschrift voor Compliance* 2016, nr. 2.

³² De AFM en DNB hebben de bevoegdheid gegevens bij de Belastingdienst op te vragen niet.

meer de memorie van toelichting bij de Vierde tranche hierbij expliciet naar het strafrechtelijke kader. Dit maakt dat ook bewijsrechtelijk gekeken moet worden naar het strafrechtelijke kader, waarbij wel in het oog gehouden moet worden dat de (bewijs)regels in het (punitieve) bestuursrecht verschillen van het strafrecht. Toezichthouders en rechters moeten aldus een vertaalslag maken van de strafrechtelijke jurisprudentie naar het bestuursrecht. In het navolgende zoomen wij aan de hand van concrete zaken in op hoe de toezichthouders hier praktisch mee omgaan.

Voor kan worden overgegaan tot beboeting van een feitelijk leidinggever, moet worden vastgesteld of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan.³³ Dit volgt uit de tekst van artikel 51 Sr, vervolging kan immers pas worden ingesteld tegen een feitelijk leidinggever indien een strafbaar feit door een rechtspersoon wordt begaan. Hoewel het niet noodzakelijk is dat zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever beboet wordt, is dit gegeven ook van belang voor de verdere behandeling van de zaak. Op het moment dat bij de behandeling van de zaak wordt geoordeeld dat de rechtspersoon geen overtreding heeft begaan, dan valt de grondslag voor de beboeting van de feitelijk leidinggevers weg en gaan zij vrijuit.³⁴

De ondergrens om iemand als feitelijk leidinggever aan te merken is geformuleerd in de Slavenburg-uitspraken.³⁵ De Hoge Raad heeft het leerstuk feitelijk leidinggeven in haar overzichtsarrest verduidelijkt.³⁶ Zo heeft de Hoge Raad in haar overzichtsarrest mooi verschillende vormen van feitelijk leidinggeven aangeduid:

“Feitelijke leidinggeven zal vaak bestaan uit actief en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt. Van feitelijk leidinggeven kan voorts sprake zijn indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid.⁸ Ook kan worden gedacht aan het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven.⁹ Niet is vereist dat een ander de fysieke uitvoeringshandelingen heeft verricht.¹⁰

Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat.”³⁷

Overigens merken wij hierbij op dat de meeste van de bestudeerde besluiten dateren van voor dit overzichtsarrest. Alleen in de beslissing op bezwaar in de zaak Vrieshuizen van de ACM zien wij een expliciete verwijzing naar dit overzichtsarrest.³⁸ De invloed die dit arrest heeft op de besluitvorming konden wij dan ook nog niet meewegen in dit preadvies.

De Slavenburg-criteria komen erop neer dat een (rechts)persoon kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege laat (beschikkingscriterium³⁹) en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen (aanvaardingscriterium⁴⁰).⁴¹ Niet van belang is dat de functionaris wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.⁴²

³³ Zie voor toepassing bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 mei 2014, ECLI:RBROT:2014:4054 (*Besluit DNB 22 april 2014*); Rb. Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7659-64 (*Taxi's*).

³⁴ CBB 26 oktober 2015, ECLI:CBB:2015:340 (*Besluit AFM 7 maart 2013*); CBB 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116 (*Besluit DNB 20 december 2013*).

³⁵ HR. 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9097 (*Slavenburg I*); HR 16 december 1986, ECLI:HR:1986:AC9607 (*Slavenburg II*).

³⁶ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (*Overzichtsarrest*), NJ 2016/375, (m. nt. H.D. Wolswijk), r.o. 3.5.2.

³⁷ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (*Overzichtsarrest*), NJ 2016/375, (m. nt. H.D. Wolswijk), r.o. 3.5.2.

³⁸ Beslissing op bezwaar ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen*), nr. 57.

³⁹ CBB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.3.

⁴⁰ Idem.

Uit de 46 gepubliceerde zaken valt een duidelijk beeld op te maken van hoe de toezichhouders met deze criteria omgaan. Allereerst valt op dat de AFM en DNB op een vrijwel identieke wijze uitleg geven aan deze criteria, vandaar dat wij hen hierna gezamenlijk behandelen. De AFM en DNB hebben deze criteria geconcretiseerd door drie voorwaarden te formuleren waaraan een feitelijk leidinggever dient te voldoen alvorens hij kan worden aangesproken voor het verboden gedrag:

- a. De feitelijk leidinggever dient op de hoogte te zijn geweest van de verboden gedraging, althans hij dient bewust de aanmerkelijke kans te hebben aanvaard dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
- b. Hij dient bevoegd en redelijkerwijs gehouden de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen⁴³, en;
- c. Maatregelen daartoe achterwege gelaten te hebben.

Bij de opzet die de AFM en DNB hanteren valt in de eerste plaats op dat de kennis die een bepaalde functionaris heeft of de aanmerkelijke kans die hij heeft aanvaard, voorop staat bij het aanmerken van een feitelijk leidinggever (voorwaarde a). De positie die hij bekleedt en de bijbehorende bevoegdheden komen pas daarna aanbod (voorwaarde b). Tot slot gaan de AFM en DNB in op de maatregelen die de functionaris eventueel genomen heeft (voorwaarde c). Pas als aan al deze voorwaarden voldaan is, gaan de toezichhouders over tot de beboeting van de betreffende feitelijk leidinggever. Reeds hieruit valt op te maken dat de AFM en DNB het leerstuk niet zozeer zien als een vorm van risicoaansprakelijkheid, maar dit inzetten om de daadwerkelijk verantwoordelijke feitelijk leidinggever aan te spreken. De gepubliceerde zaken bevestigen dit beeld. De AFM en DNB vullen de voornoemde voorwaarden aan de hand van de concrete feiten uit de zaak in. Ook de rechter volgt in navolging van DNB en de AFM deze drie criteria cumulatief.

Ook de ACM en haar voorgangers maakten actief gebruik van de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten. Uit de zaken waarin de ACM en haar voorgangers een boete opleggen aan een feitelijk leidinggever, volgt niet eenzelfde eenduidige motivering als de AFM en DNB hebben gehanteerd. Wel is duidelijk dat de OPTA, CA en de NMa en later ook de ACM de Slavenburg-criteria toepassen voor het aanmerken van een natuurlijk persoon als feitelijk leidinggever.

NMa was zoals in het voorgaande hoofdstuk opgemerkt als eerste bevoegd een boete op te leggen aan feitelijk leidinggevers. De NMa paste deze bevoegdheid zeer snel toe in de zaken Wegener, Limburgse Bouw, Greenchoice en Taxi's. Hierbij hanteerde zij telkens het Slavenburg-kader, maar gaf hier op verschillende wijze uiting aan.

De OPTA probeerde eerder dan 1 juli 2009 op creatieve wijze met behulp van IJzerdraad/Slavenburg/functioneel plegerschap betrokken natuurlijke personen en rechtspersonen als overtreder aan te merken. Dat deed OPTA op 24 april 2008 in verband met een overtreding van het spamverbod.⁴⁴ OPTA paste in deze zaken de Slavenburg-criteria feitelijk toe om natuurlijke personen/rechtspersonen als overtreder –in deze casus is de verzender van spam de normadressaat- aan te merken. Het CBb is hier echter niet in meegegaan. Nu de door OPTA aangemerkte personen/rechtspersonen niet de feitelijke verzending tot stand hebben gebracht en daar ook geen opdracht toe hebben gegeven overweegt het CBb dat zij niet als verzender aangemerkt kunnen worden. Het CBb overweegt vervolgens *“Op het moment van de overtreding was er ook geen rechtsregel op grond waarvan Abodata, Development en A moeten worden aangemerkt als overtreder op de grond dat zij hebben nagelaten op te treden tegen de overtreding van het spamverbod door [onderneming] C.”*⁴⁵ Hiermee lijkt het CBb te suggereren dat er op het moment van de uitspraak, 14 juni 2012, wel mogelijkheden waren geweest om in een geval als deze overtreders aan te merken. Wij denken dan ook dat feitelijk leidinggeven hier een uitkomst was geweest.

⁴¹ HR 16 december 1986, ECLI:NL:1986:AC9607 (*Slavenburg II*), r.o. 5.1.1.

⁴² Zie bijvoorbeeld CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7; CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3.

⁴³ Hoewel de Slavenburg-uitspraken alleen spreken over 'voorkomen' hebben de AFM en DNB steeds ook 'beëindigen' benoemd in hun besluiten. Deze toevoeging is logisch nu een overtreding die reeds is aangevangen niet meer voorkomen kan worden. Zie onder meer besluit DNB 10 augustus 2012, p. 11 en besluit AFM 30 december 2010 (*O&B Finance*), par. 4.2. Deze toevoeging lijkt te zijn ontleend uit HR 20 november 1984, NJ 1985, 355 m.nt. Mulder (*NCB*).

⁴⁴ Besluit OPTA 24 april 2008 (*Thuiswerkcentrale*), dat zij handhaafde in bezwaar Besluit OPTA 3 september 2008 (*Thuiswerkcentrale*).

⁴⁵ CBb 14 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW8802 (*Thuiswerkcentrale*), r.o. 3.2.

Ook in de zaak Digital Magazines B.V. besluit de OPTA een natuurlijk persoon aan te merken als overtreder/verzender aan de hand van de IJzerdraad- en/of Slavenburg-criteria.⁴⁶

“Uit de vastgestelde feiten en gedragingen, alsmede de verklaringen van [B] zelf blijkt dat ten tijde van de overtredingen de dagelijkse leiding van Digital Magazines in zijn handen lag. [B] zorgde voor het verkrijgen van opdrachten van adverteerders, voor de benodigde technische faciliteiten, verzamelde e-mailadressen en gaf opdracht op de verschillende mailings te verzenden. De fysieke handelingen die de overtredingen opleverden werden door [B] voorbereid en onder zijn toezicht en leiding uitgevoerd. De gedragingen die de overtredingen opleverden lagen dan ook binnen de machtssfeer van [B]. Niet is gebleken dat [B] maatregelen heeft genomen om de wederrechtelijke gedragingen te stoppen. Gezien de rol die [B] speelde binnen de onderneming Digital Magazines merkt het college [B] aan als functioneel dader ten aanzien van de overtredingen die hiervoor onder randnummer 120 zijn genoemd en aan wie de overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend.”⁴⁷

Vervolgens overweegt OPTA:

“Tot slot komt het college tot de conclusie dat de natuurlijke persoon [B] voor zijn rol binnen Digital Magazines kan worden aangemerkt als overtreder van het spamverbod ten aanzien van de e-mailberichten die zijn verzonden door Digital Magazines dan wel als functioneel dader aan wie de overtreding van het spamverbod kan worden toegerekend.”⁴⁸

De door OPTA vastgestelde overtreding duurde van januari 2007 tot 7 april 2010, dus voor een gedeelte van de overtreding bestond de bevoegdheid feitelijk leidinggevers/functioneel plegers te beboeten. De OPTA lijkt hier voor beide ankers te gaan liggen, maar is daar niet expliciet over. De rechtbank en het CBb komen tot de conclusie dat geen sprake is van een overtreding. Hierdoor zijn zij niet toegekomen aan de toetsing van de door OPTA opgenomen redeneerlijn.⁴⁹ Dit heeft het CBb echter wel gedaan in een zaak van DNB. Hieruit blijkt dat het CBb een dergelijk voorschot niet toestaat. Zo overweegt het CBb het volgende:

“Hiervoor is redengevend dat de overtreding, waarvoor de bestuurlijke boete is opgelegd, volgens het bestreden besluit is begaan door [Naam overtreder]. De Wtk 1992, noch de Awb voorziet dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een ander dan de overtreder. Zonder een dergelijke expliciete wettelijke grondslag is een bestuursorgaan als DNB niet bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen aan een ander dan de overtreder zelf. Het legaliteitsbeginsel verzet zich ertegen dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht naar analogie wordt toegepast of dat wordt geanticipeerd op de vierde tranche van de Awb.”⁵⁰

In andere zaken, Sell-it⁵¹ en All4Call⁵², merkte de OPTA natuurlijke personen wel aan als feitelijk leidinggevers. Hierbij past OPTA de Slavenburg-criteria toe, maar zij verwijst hierbij echter niet expliciet naar de jurisprudentie. Verder lijkt het erop dat de autoriteit in deze besluiten op het gebied van spam en telemarketing de natuurlijke persoon ondanks deze kwalificatie als feitelijk leidinggever eigenlijk van oordeel is dat deze functionaris ook zou als pleger gekwalificeerd zou kunnen worden.

De CA paste de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten niet toe. In één zaak heeft de rechter echter geoordeeld dat de CA een bepaalde functionaris ten onrechte als functioneel pleger of medepleger had aangemerkt. De rechter komt tot het oordeel dat het besluit wel voldoende grondslag bood om de functionaris als feitelijk leidinggever aan te merken en verandert daarom de grondslag.⁵³ Het CBb heeft deze wijziging vervolgens bevestigd:

⁴⁶ Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), dat zij handhaafde in bezwaar Besluit OPTA 5 oktober 2011 (*Digital Magazines*).

⁴⁷ Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), nr. 123.

⁴⁸ Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), p. 124.

⁴⁹ Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5151(*Digital Magazines*); CBb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438 (*Digital Magazines*).

⁵⁰ CBb 26 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5340, AB 2009, 404 (m.nt. O.J.D.M.L. Jansen), r.o. 5.2.

⁵¹ Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*).

⁵² Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*).

⁵³ Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 8.

“6. De rechtbank heeft overwogen dat ACM appellant ten onrechte als functioneel dader heeft aangemerkt en het bestreden besluit daarom vernietigd wegens een motiveringsgebrek. De rechtbank heeft vervolgens de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand gelaten, omdat appelland naar haar oordeel als feitelijk leidinggever tevens als overtreder valt te kwalificeren. [...] Het College is met de rechtbank van oordeel dat het betoog van appelland niet slaagt en dat appelland als feitelijk leidinggever mede verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtredingen en het maakt de overwegingen van de rechtbank in dit verband tot de zijne.”⁵⁴

In het ACM tijdperk zien wij steeds meer toepassing van de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten en zien wij met name een toename van beboeting van feitelijk leidinggevers op het consumentengebied. Hierbij baseert de ACM haar toets net als haar voorgangers op de Slavenburg jurisprudentie. De ACM hanteert hierbij echter niet een eenduidige formulering van de criteria, zoals de AFM en DNB dat doen. Om de wijze van toepassing van de criteria echter goed te kunnen vergelijken zullen wij in het vervolg de zaken van de ACM en haar voorgangers, bespreken aan de hand van de elementen zoals door de AFM en DNB benoemd.

3.1.1 Toetsing aan de Slavenburg-criteria

Om te bepalen of een bepaalde functionaris is aan te merken als feitelijk leidinggever, kijken de toezichthouders naar het feitelijke gedrag van de functionaris. De betrokkenheid van een functionaris kan voortkomen uit een passieve dan wel actievere rol bij de verboden gedraging.

Allereerst staan wij stil bij de rol die de positie van een functionaris speelt bij de beoordeling of deze als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt. Wij zullen hierna onderzoeken op welke wijze de toezichthouders de kennis van een functionaris vaststellen. Hierbij komt onder meer aan bod of de functionaris enkel op de hoogte, of meer actief betrokken was. Vervolgens gaan wij in op de beschikkingsmacht over de verboden gedraging en sluiten wij af met de wijze waarop wordt vastgesteld dat maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de overtreding zijn uitgebleven. Vooraf merken wij op dat er enige overlap zit tussen de voorwaarden voor het vaststellen van het feitelijk leidinggeverschap, nu bepaalde factoren relevant zijn voor meerdere voorwaarden.

Positie

Het startpunt om te bepalen of een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever is de positie die deze functionaris bekleedt binnen het bedrijf dat de overtreding begaat. Hierbij speelt de formele positie een slechts marginale rol, aangezien louter een formele band onvoldoende is feitelijk leidinggeven aan te nemen. Bovendien is het niet noodzakelijk dat de functionaris een formele positie bekleedt of zelf in dienstverband is van de beboete rechtspersoon.⁵⁵ De functionaris moet juist feitelijke zeggenschap hebben.⁵⁶ Toch geeft de formele positie voor de toezichthouders wel enige inzicht in de kennis en de bevoegdheden die een bepaalde functionaris bezit. Op het moment bijvoorbeeld dat een feitelijk leidinggever als alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder tevens alle uitvoeringshandelingen verricht volgt alleen daaruit al dat deze persoon feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding.⁵⁷

Uit de zaken waarin de toezichthouders zijn overgegaan tot het beboeten van een feitelijk leidinggever blijkt dan ook dat de toezichthouders in eerste instantie stilstaan bij deze formele positie van de functionaris. Zo benoemen de toezichthouders in diverse zaken in dit kader dus logischerwijs wel dat een betreffende functionaris bestuurder en/of aandeelhouder is en of deze op papier beslissingsbevoegd is. Het is van belang om vast te stellen of een functionaris ook daadwerkelijk bevoegd is om in te grijpen en dus of hij kennis van genomen kan hebben van deze keuzes.⁵⁸ Naar mate een functionaris meer formele bevoegdheden heeft, bijvoorbeeld als hij enig aandeelhouder of bestuurder is, ligt het meer voor de hand dat deze ook daadwerkelijk bevoegdheid had om te besluiten over de verboden gedraging. Ook het feit of een functionaris betrokken is geweest bij de oprichting van de rechtspersoon is in dat kader van belang, nu mag worden aangenomen dat bij de oprichting de

⁵⁴ CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123 (HGI), r.o. 6.

⁵⁵ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733(Overzichtsarrest), NJ 2016/375, (m. nt. H.D. Wolswijk), r.o. 3.5.1.

⁵⁶ CBb 17 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151 (Besluit DNB 25 september 2012), r.o.8; CBb 7 maart 2016, ECLI:CBB:2016:54 (Besluit DNB 9 november 2012), r.o. 8.1; CBb 8 mei 2018, ECLI:CBB:2018:140 (Limburgse bouw), r.o. 4.3.2.

⁵⁷ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (OVN), r.o. 3.7 e.v.

⁵⁸ Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6.

koers wordt bepaald van de rechtspersoon en belangrijke beleidsmatige keuzes worden gemaakt.⁵⁹ Hierbij kijken de toezichthouders onder meer naar de gegevens uit het handelsregister van de KVK en de statuten van de rechtspersoon.⁶⁰

Overigens beperken de toezichthouders zich niet enkel tot bestuurders van rechtspersonen. Hoewel de feitelijk leidinggevers in de meeste zaken een bestuurs- of directiefunctie bekleedden, zijn er in een aantal zaken ook functionarissen aangesproken die een hiërarchisch lagere functie bekleedden. Het ging hierbij onder meer om een Chief Product Manager,⁶¹ Hoofd afdeling Juridische Zaken,⁶² verkoopleider,⁶³ Controller⁶⁴ of functionarissen die geen formele leidinggevende positie hadden.⁶⁵ Ook zien wij in enkele zaken terug dat de toezichthouders, in het geval van meerdere overtredingen, per overtreding beoordelen of een functionaris kennis van de betreffende gedraging had.⁶⁶

Voor de AFM kan verder meespelen of iemand bij haar is gemeld als beleidsbepaler. Dit volgt uit de systematiek van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), waaruit blijkt dat rechtspersonen die vallen onder de Wft hun beleidsbepalers moeten melden en laten toetsen op betrouwbaarheid en/of geschiktheid. Vanuit deze wettelijke verplichting voor financiële instellingen, moet de betreffende beleidsbepaler dus betrokken zijn bij keuzes omtrent deze bepalingen.⁶⁷ Bij de ACM zien wij in telemarketing-zaken een vergelijkbare positie voor degene die staat aangemeld bij het Bel-me-niet Register. Die functionaris is immers aangewezen om zorg te dragen voor de naleving van deze regelgeving.⁶⁸ Bij dergelijke posities kan dan ook worden geacht dat de betreffende functionaris in ieder geval kennis had van de verboden gedraging en ook dat hij enige bevoegdheden op dat terrein bezit.

De toezichthouders beperken zich echter in lijn met de jurisprudentie niet tot de veronderstelde kennis en bevoegdheden die volgen uit de formele positie. Zij kijken ook naar feitelijkheden waaruit kennis van de verboden gedraging en bevoegdheden om de overtreding te voorkomen dan wel te beëindigen volgen.

Kennis van de verboden gedraging

De toezichthouders grijpen een breed scala aan factoren aan om te onderzoeken of een bepaalde functionaris kennis heeft van de verboden gedraging, althans of hij de aanmerkelijke kans hiertoe heeft aanvaard (voorwaarde a). Hierbij kijken de toezichthouders zowel naar de informatie die een functionaris uit hoofde van zijn functie gehad moet hebben als naar de daadwerkelijke communicatie die heeft plaatsgevonden.

Of een bepaalde functionaris daadwerkelijk kennis van de verboden gedraging had volgt uit de concrete bewijsstukken die de toezichthouder heeft gevonden. Hierbij valt te denken aan interne stukken, waaronder communicatie over de verboden gedraging. Daarnaast zijn ook de verklaringen⁶⁹ en schriftelijke reacties van de functionaris zelf en de verklaringen van andere betrokkenen (externe adviseurs of medewerkers) relevant om kennis aan te tonen.⁷⁰ Met name wanneer uit verklaringen van de functionaris zelf of van medewerkers volgt dat hij beleidsbepaler en/of de feitelijk leider van de

⁵⁹ Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219.

⁶⁰ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p.16; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 53; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p.23; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 38; Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 12; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p.38; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), p. 19; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 94; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 115; Besluit ACM 7 november 2013 (*Leesmappen*), o.a. rnr. 380.

⁶¹ Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 129.

⁶² Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 243.

⁶³ Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 9 en Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326 (*OVN*), r.o. 6.5.2.

⁶⁴ Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.6.

⁶⁵ Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), rnr. 13 en 107.

⁶⁶ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*) waarbij de ACM tot het oordeel is gekomen dat de verschillende overtredingen een andere feitelijk leidinggever hadden; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*).

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81.

⁶⁸ Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 94-96.

⁶⁹ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 15.

⁷⁰ Zie Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), par. 2.2.3; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*) par. 4.4.1.

rechtspersoon was en de kern van de rechtspersoon gericht was op het verboden gedrag, kunnen de toezichthouders redelijkerwijs aannemen dat hij kennis van het verboden gedrag had.⁷¹

Initiatief of actieve bijdrage

In de meeste zaken zijn de door de toezichthouders aangemerkte feitelijk leidinggevers zelf nauw betrokken bij de uitvoering van de gedragingen die de overtreding van de rechtspersoon behelsden. Zoals hiervoor opgemerkt worden ook niet-bestuurders die zelf feitelijk uitvoering gaven aan het verboden gedrag, aangemerkt als feitelijk leidinggever. Uit het gepubliceerde boetebesluit van de AFM met dagtekening 12 juli 2013 volgt bijvoorbeeld dat uit het feit dat een functionaris die zich als verkoopleider grotendeels bezig met het verboden gedrag, kennis van het gedrag logischerwijs wordt afgeleid.⁷²

Bij de beoordeling van de bijdrage van een functionaris aan de verboden gedraging betrekken de toezichthouders in de eerste plaats wie het initiatief voor de verboden gedraging heeft genomen. Een belangrijke aanwijzing daarbij is of een functionaris aan de wieg heeft gestaan van bepaalde beleidsmatige keuzes (de auctor intellectualis) of zelfs heeft meegewerkt aan een uitgewerkt beleid dat de verboden gedraging tot gevolg heeft.⁷³ Naast het initiatief kan ook het bewust aanpassen van de werkwijze om de verboden praktijk te kunnen voortzetten, de kennis van de functionaris aantonen.⁷⁴ Ook een actieve bijdrage aan de uitvoering van de verboden gedraging wegen de toezichthouders in dit kader mee.⁷⁵

Hoewel in de meeste zaken van de toezichthouders een actieve rol is weggelegd voor de feitelijk - leidinggevers, is er ook een aantal gevallen waarin feitelijk leidinggevers minder direct betrokken waren. Een voorbeeld hiervan is de zaak Limburgse bouw van de NMa. De betreffende functionaris was statutair bestuurder van een bedrijf met meerdere vestigingen, waarbij hij op sommige vestigingen zelden kwam. De functionaris stelde dat hij niet op de hoogte was van de gedragingen die door die vestigingen zijn begaan. Het CBb gaat hier niet in mee, nu uit een tapverslag is gebleken dat hij weldegelijk op de hoogte was van het feit dat zijn ondergeschikte contact had met concurrenten, waarbij prijsinformatie werd gedeeld. Ook had hij bij een hoorzitting van de NMa een verklaring afgelegd, waaruit kon worden opgemaakt dat bij bouwondernemingen in het algemeen en bij de betreffende vestiging in het bijzonder een (algemene) praktijk bestond van overleg met concurrenten over voorgenomen inschrijfgedrag en inschrijfprijzen. Tot slot wordt hem tegen geworpen dat hij reeds bestuurder was toen de vestiging eerder voor een overtreding van het kartelverbod was beboet. Ook in deze zaak oordeelt het CBb dat de functionaris kennis moet hebben gehad van de verboden gedraging.⁷⁶

Het CBb lijkt overigens kennis van de verboden gedraging makkelijker vast te stellen indien de feitelijke hoofdactiviteit van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen. Naar het oordeel van het CBb is dan in beginsel voldaan aan het criterium van feitelijk leidinggeven. Een bestuurder wordt naar het oordeel van het CBb geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde

⁷¹ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p.15; Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 15 en Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 16.

⁷² Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 36 e.v.

⁷³ Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 37; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 15; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p.15; Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.6; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81-82; Besluit ACM 22 december 2015 (*Vrieshuizen-directeur KBIJ en CEO Daalimpex*), rnr. 277 en 281; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219 en 234.

⁷⁴ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), par. 2.3.2; CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, (*Perfect*), r.o. 10.4; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 116.

⁷⁵ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 15: "Ik heb in het verleden 'best wel vaak' leningen verstrekt aan klanten vanuit *Perfect*; en p.16; Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*), p. 28, Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p.16; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p.24-25; CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, *AB* 2018/366 en *AB* 2018/367, m.nt. R. Stijnen, r.o. 9.3.4 (*Imtech*); Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 54; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.5; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 299; Besluit ACM 25 juni 2015 (*Natuurazijn-203325*), r.o. 23; Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), rnr. 105, 110, 117 en Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), rnr. 104; Besluit ACM 22 december 2015 (*Vrieshuizen-directeur KBIJ en CEO Daalimpex*), rnr. 277 en 282; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 244; Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 19; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 106; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 130 en 136; Besluit NMa 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw dhr. A*), rnr. 15 en 22; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 95 e.v.; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr.116-118; Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 144, 201, 306 e.v.

⁷⁶ CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140 (*Limburgse bouw*), r.o. 4.3.3 e.v.

rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat die hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet.⁷⁷ Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁷⁸ Dit geldt ook voor de situatie waarin er een taakverdeling tussen bestuurders bestaat en één van de bestuurders zich feitelijk niet met het gedrag bezighield. Nu de bestuurder op de hoogte was van de hoofdactiviteit en ook zelf een actieve inbreng had in de ontwikkeling en uitvoering van activiteiten, was ook deze bestuurder aan te merken als feitelijk leidinggever.⁷⁹ Voor de toezichthouders is deze overweging echter geen aanleiding geweest om de kennis van een functionaris terughoudender te toetsen. In een aantal besluiten van de toezichthouders is weliswaar al wel verwezen naar deze uitspraak, maar de toezichthouders gaan ook dan dieper in op de kennis van de functionaris.⁸⁰

Communicatie of aanwezigheid bij vergaderingen

Een andere indicator of een functionaris kennis heeft van de verboden gedraging, is de interne communicatie en aanwezigheid bij bepaalde (management)vergaderingen. Indien uit deze communicatie duidelijk wordt dat een bepaalde functionaris wordt ingelicht over de verboden gedraging of hier instructies toe geeft, dan duidt dit ook op kennis van de verboden gedraging.⁸¹ Hetzelfde geldt voor de aanwezigheid bij belangrijke vergaderingen waarin de functionaris heeft kunnen vernemen dat de gedraging heeft plaatsgevonden.⁸² Ook externe communicatie met andere rechtspersonen kan duiden op kennis. Zo werd in de zaak MSP door de AFM kennis aangenomen, onder andere omdat er communicatie was over het verboden gedrag (het niet hebben van een vergunning).⁸³ Dit alles kan blijken uit zowel schriftelijke stukken als verklaringen.⁸⁴

Daarnaast betrekken de toezichthouders de documentatie die een functionaris heeft opgesteld, ondertekend of onder ogen gekregen. Op het moment dat deze documenten informatie bevatten over de verboden gedraging, dan kan dit worden meegewogen bij het bepalen of de functionaris kennis had van de verboden gedraging. Dit geldt eveneens voor het opstellen of tekenen van overeenkomsten die onder verboden gedraging vallen.⁸⁵ Verder kan het voor de toezichthouders relevant zijn of een functionaris kennisgenomen heeft van klachten omtrent de verboden gedraging.⁸⁶ Dergelijke klachten confronteren de functionaris immers direct met de schadelijke gevolgen die het gedrag heeft op de klanten van de rechtspersoon.

Externe adviseurs

Verder wegen de toezichthouders het contact mee dat een de rechtspersoon heeft gehad met externe adviseurs. Hierbij hoeft de betreffende functionaris niet zelf als geadresseerde van het advies te zijn opgenomen, mits duidelijk wordt dat hij de berichtgeving heeft ontvangen. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om notarissen of juridisch adviseurs die de betreffende functionaris inlichten over de regels die gelden voor het gedrag dat een rechtspersoon vertoont of voornemens is om te gaan vertonen.⁸⁷ Hierbij is niet relevant of het advies juist is, maar meer of de bepaalde functionaris uit deze communicatie kan afleiden dat de rechtspersoon waar hij leiding aan geeft bepaalde verboden gedragingen vertoont. Daarnaast ontslaat het inwinnen van advies en het inschakelen van een adviseur

⁷⁷ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*).

⁷⁸ CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 8.3; CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 4.3; CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.8; CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284 (*Perfect*), r.o. 10.3; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.4; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 106.

⁷⁹ CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.9.3.

⁸⁰ Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 37.

⁸¹ Besluit AFM 19 april 2013 (*Commandeur*), p.18; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 19; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 11; Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 104; Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 20; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 105; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 16 e.v. en 28 e.v.; Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 148, 201 en 307.

⁸² Rb. Rotterdam 31 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2017:3007 (*Besluit AFM 25 november 2016*), r.o. 6.4; Besluit NMa 14 juli 2010 (*Wegener*), rnr. 50.

⁸³ Besluit AFM 19 april 2013 (*Commandeur*), p. 17; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), par. 3.2.3.1.

⁸⁴ In de zaak Limburgse Bouw van de ACM hebben bovendien tapverslagen welke de ACM heeft verkregen via het Openbaar Ministerie ten grondslag gelegen aan het oordeel dat de betreffende functionaris kennis had van de verboden gedraging.

⁸⁵ Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p.25; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 18; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 22-23; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 37 en Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 37; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 19.

⁸⁶ Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 297 en 306; Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), rnr. 102; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219, 237 en 244; Besluit AFM 12 juni 2013 (*Clever Life*), p. 16.

⁸⁷ Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 19; Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 21.

de functionaris niet van zijn eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de juiste en tijdige naleving van voorschriften.⁸⁸ Een persoonlijk verwijt kan dan nog steeds worden gemaakt.⁸⁹

Zo blijkt uit de zaak van DNB van 10 augustus 2012 dat een alleen/zelfstandig bevoegde bestuurder advies had gevraagd over voorgenomen gedrag, waaruit al kennis van het verboden gedrag bleek.⁹⁰ Dat geldt natuurlijk al helemaal in het geval dat de adviseur de functionaris op de mogelijke wetsschending heeft gewezen.⁹¹

De juistheid van dit advies is niet van belang voor de kennis-toets.⁹² Alleen kennis van het verboden gedrag is immers vereist, niet kennis van de wederrechtelijkheid van het gedrag.⁹³ Het risico dat bepaald gedrag zich kon voordoen (de kennis daarover) is ook aanwezig indien de bevoegde bestuurder niet zelf het advies heeft ingewonnen, maar vertrouwt op een positief oordeel van een medebestuurder ('de legal check is akkoord').⁹⁴ Een feitelijk leidinggever kan in dit kader niet zonder meer afgaan op het advies van een juridisch adviseur. Het CBb acht een dergelijk advies niet relevant voor de vraag of een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever. Wel kan een juridisch advies gevolgen hebben voor de verwijtbaarheid en de hoogte van de boete.⁹⁵ Hier komen wij onder par 3.2.2 op terug.

Advies of contact toezichthouder

Indien de functionaris contact heeft gehad met de toezichthouder, kan hieruit ook de kennis van het verboden gedrag worden afgeleid.⁹⁶ Indien een functionaris een aanvraag voor een vergunning doet, en hij deze aanvraag zonder reden intrekt, is kennis van de gedragingen zoals vermeld in de vergunningaanvraag evident.⁹⁷ Laat de functionaris het gedrag bij de rechtspersoon voortzetten, dan stelt deze de rechtspersoon willens en wetens bloot aan het risico dat de rechtspersoon een overtreding beging. Ook indien de functionaris zelf een vraag stelt over de reikwijdte van een bepaling en DNB een termijn geeft voor het aanvragen van een vergunning, staat kennis buiten kijf.⁹⁸

Daarnaast zijn toezichthouders ook actief in het informeren van rechtspersonen en feitelijk leidinggevers over een mogelijke overtreding. Opvallend vaak kan kennis van het verboden gedrag bij een functionaris worden afgeleid uit een gesprek met of een brief van de toezichthouder. Zo heeft DNB er bijvoorbeeld in de voornoemde zaak er zowel telefonisch als schriftelijk op gewezen dat in strijd met de wet werd gehandeld.⁹⁹ Ook in de zaken van de AFM geldt voorts in het bijzonder dat zij meeweegt of een bepaalde functionaris contact heeft gehad met de AFM over de gedraging. De AFM wijst functionarissen er bijvoorbeeld op dat een bepaalde handeling mogelijk in strijd is met de wet, of spreekt het voornemen uit een last onder dwangsom op te leggen.¹⁰⁰ En ook uit de praktijk van de ACM blijkt dat zij eerdere aanwijzingen of waarschuwingen van de ACM meeweegt bij de beoordeling of een functionaris kennis had van de verboden gedraging.¹⁰¹

Kennis of aanmerkelijke kans aanvaarden

Uit het voorgaande blijkt dat de toezichthouders in hun besluitvorming zeer uitgebreid ingaan op de kennis die een functionaris bezit ten aanzien van de verboden gedraging. Uit de geconstateerde kennis

⁸⁸ CBb 25 januari 2017, ECLI:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 5.2; CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 5.2.

⁸⁹ Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.7; CBb 8 maart 2017, ECLI:CBB:2017:91 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 5.

⁹⁰ Besluit DNB 10 augustus 2012, p.11.

⁹¹ Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), par. 2.2.2.

⁹² CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3; CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54 (*Besluit DNB 9 november 2012*) r.o. 8.3.

⁹³ Zie bijvoorbeeld CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3.

⁹⁴ Besluit DNB 9 november 2012, nr. 6; Rb. Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5156 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 7.2.

⁹⁵ CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3.

⁹⁶ Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p.11; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 37; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16.

⁹⁷ Besluit AFM 11 mei 2012 (*NCIC*), p. 15-16; Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), nr. 52-54.

⁹⁸ CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 4.4.

⁹⁹ Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 6.

¹⁰⁰ Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) p. 28; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 16; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 23.

¹⁰¹ Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), nr. 306; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), nr. 131 en 137.

valt op te maken dat de toezichthouders voorzichtig zijn bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. De toezichthouders zoeken hierbij dan ook niet de ondergrens op en focussen zich echt op de kennis die een functionaris moet hebben gehad.

Bevoegdheid om overtreding te voorkomen en/of te beëindigen

De vraag of een functionaris de bevoegdheid had om de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen hangt samen met de vraag of deze hier redelijkerwijs toe gehouden was (voorwaarde b). De toezichthouders behandelen deze twee vragen daarom gezamenlijk. Het onderzoek splitst zich ook hier op in formeel en feitelijk gezag. Artikel 51 Sr richt zich immers tot degenen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging en niet noodzakelijk degenen die op papier de verantwoordelijkheid dragen. Het valt op dat de toezichthouders op dit punt naar vergelijkbare indicatoren kijken als bij de toets van voorwaarde a. Hiertussen zit echter wel een nuanceverschil. Daar waar het bij voorwaarde a. draait om kennis van de verboden gedraging, is voor het onderzoek naar beschikkingsmacht van belang dat een functionaris ook daadwerkelijk in staat is om in te grijpen om de verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen. Hoewel constatering voor beide voorwaarden van belang kunnen zijn (heeft een bepaalde functionaris een e-mail met informatie over de verboden gedraging ontvangen), gaat voorwaarde b. een stapje dieper door in te zoomen op de beslissingsruimte van de functionaris (heeft hij deze e-mail beantwoord met zijn akkoord).

De toezichthouders focussen zich in de eerste plaats wederom op de formele positie van de betreffende functionaris. Dergelijke zaken volgen doorgaans uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, statuten en bestuursreglementen van het bedrijf of verklaringen.¹⁰² Daarnaast kan ook hier van belang zijn dat de functionaris als beleidsbepaler is gemeld bij de AFM.¹⁰³ Maar ook persoonlijke documenten zoals arbeids- of managementovereenkomsten kunnen in dit kader een aanwijzing geven voor de hiërarchische positie van een de functionaris.¹⁰⁴ Deze formele beschikkingsmacht is van groot belang, nu dit veelzeggend is over de verhoudingen binnen een rechtspersoon.¹⁰⁵ Van een directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) kan immers eerder verwacht worden dat hij over beslissingen in zijn rechtspersoon beschikt dan bijvoorbeeld een verkoopleider die normaliter hiërarchisch ondergeschikt is. De toezichthouders betrekken hierbij ook de onderlinge portefeuille verdeling tussen de bestuurders om te beoordelen welke gedragingen precies in de beschikkingsmacht van een bestuurder liggen.¹⁰⁶

Commissarissen hebben gezien hun positie formeel doorgaans minder bevoegdheden om in te grijpen. Voor commissarissen geldt dan ook dat zij bij uitzondering kunnen worden aangemerkt als feitelijk leidinggevers. De Rechtbank Rotterdam merkt hierbij op dat de mogelijkheden tot invloed van een commissaris doorgaans beperkt zou zijn tot het houden van toezicht. Het enkel hebben van een goedkeuringsbevoegdheid was in de zaak Wegener niet voldoende om van feitelijk leidinggeven te kunnen spreken. De commissaris moet een zodanige feitelijke taakvervulling hebben dat zij daardoor als feitelijk leidinggevers zouden kwalificeren.

“47. De rechtbank is van oordeel dat de rol van commissaris slechts bij uitzondering is te verenigen met het begrip feitelijk leidinggever omdat de mogelijkheden en de invloed van een commissaris doorgaans beperkt zijn tot het houden van toezicht. Een commissaris moet dan ook een bijzondere, voor een commissaris atypische rol binnen de onderneming hebben, wil hij als feitelijk leidinggever worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn deze eisers noch in hun rol als ‘gewone’ commissaris nog in hun specifieke rol aan te merken als feitelijk leidinggevers. Weliswaar hebben zij specifieke goedkeuringsbevoegdheden (opgenomen in het Reglement van de onderscheiden Raden van Commissarissen van beide uitgeverijen), die dienden

¹⁰² Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p.16; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 54; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p.23; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 38; Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4. Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 12; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p.38; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), p. 19; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), nr. 94; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), nr. 115. Besluit ACM 7 november 2013 (*Leesmappen*), o.a. nr 380.

¹⁰³ Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), nr. 51.

¹⁰⁴ Besluit AFM 12 juli 213 (*OVN*), p. 29; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 12.

¹⁰⁵ Besluit ACM 25 juni 2015 (*Natuurazijn-203325*), r.o. 21; Besluit ACM 22 december 2015 (*Vrieshuizen-directeur KBLI en CEO Daalimpex*), nr. 277 en 283.

¹⁰⁶ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), par. 8.3.3, 9.3.2 en 10. 3.2; CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:2018:400 en ECLI:NL:2018:401, AB 2018/366 en AB 2018/367, m.nt. R. Stijnen, onder 9.

om de onderlinge onafhankelijkheid van de edities te waarborgen, maar deze strekken niet zo ver dat zij op grond hiervan beschouwd kunnen worden als feitelijk leidinggevers. Ook is niet gebleken van een zodanige feitelijke taakvervulling van deze eisers dat zij daardoor als feitelijk leidinggevers zouden kwalificeren.”¹⁰⁷

De ACM heeft nogmaals een commissaris aangesproken als feitelijk leidinggever. In de zaak Lecturama oordeelt zij dat de betreffende commissaris zich dusdanig intensief bemoeide met de dagelijkse gang van zaken dat de commissaris een bijzondere en een voor een commissaris atypische rol binnen de rechtspersoon vervulde. In die hoedanigheid kon hij volgens de toezichthouder worden aangemerkt als feitelijk leidinggever.¹⁰⁸

De formele positie is dus van belang. Niettemin kunnen functionarissen met verschillende formele posities, zoals DGA's en verkoopleiders, beide (en ook naast elkaar¹⁰⁹) worden aangesproken voor het feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon. Dit zal afhangen van de feitelijke verhoudingen binnen een bedrijf en bijvoorbeeld de autonomie van bepaalde functionarissen. Wie maakte in het dagelijkse verkeer de beslissingen die ten rondslag liggen aan de verboden gedraging?¹¹⁰ Zo volgt uit de zaak Visie van de AFM dat de aangesproken functionaris de (zeggenschaps)rechten feitelijk bezat die formeel verbonden waren aan de functie van statutair bestuurder en die formeel aan een andere bestuurder waren toebedeeld.¹¹¹ Een ander typerend voorbeeld in dit kader is de zaak Calatus van de ACM, waarin de eigenaar de formele bestuurspositie had overgedragen in verband met zijn verhuizing naar het buitenland. Gelet echter op de feitelijke inspraak die hij als eigenaar bleef behouden achtte de ACM hem als feitelijk leidinggever nog altijd aansprakelijk.¹¹² Uit de zaak ECC Southeast van DNB volgt dat feitelijke bevoegdheid om in te grijpen van doorslaggevende waarde is. Dat de betreffende functionaris pas later tot het bestuur is toetgetreden, maakte niet dat hij daarvoor geen beschikkingsmacht had. Uit de feitelijke gedragingen bleek dat wel degelijk was voldaan aan het beschikkingscriterium. De betreffende functionaris had immers een eigen, actieve inbreng in de ontwikkeling en uitvoering van de activiteiten, terwijl de functionarissen elkaar daarover informeerden en gezamenlijk besloten. Samen met twee andere feitelijk leidinggevers had hij het initiatief genomen voor het verboden gedrag en hij was binnen de rechtspersoon verantwoordelijk voor de toetsing van het gedrag aan de Wft en hij was actief betrokken bij de uitvoering van het gedrag. Hij was naast de bestuurders als enige werkzaam in de rechtspersoon en besloot mee.¹¹³

Uit een andere zaak van DNB van 25 september 2012 volgt dat ook het omgekeerde het geval kan zijn. Het CBb bepaalde dat ondanks het feit dat een functionaris formeel nog bestuurder was, er geen sprake was van feitelijk leidinggeven. Dit laat zien dat echt moet worden gekeken naar feitelijke zeggenschap. Het CBb benadrukte daarbij nogmaals dat het enkele feit dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding begaat, niet voldoende is. In deze zaak bleek dat de aangesproken functionaris in de periode van de overtreding elke vorm van zeggenschap was ontnomen, ook al was hij formeel nog altijd bestuurder.¹¹⁴

Uit de besluiten van de toezichthouders blijkt dat deze ook uitgebreid ingaan op de feitelijke bevoegdheden van de betreffende functionaris in relatie tot de verboden gedraging.¹¹⁵ Voor het onderzoek naar deze feitelijke verhoudingen kijken de toezichthouders onder meer naar de documenten die een bepaalde functionaris ondertekend heeft, en naar het feitelijk tekenen van overeenkomsten namens de rechtspersoon.¹¹⁶ Hieruit volgt immers dat de functionaris het uiteindelijke besluit heeft genomen en hiervoor beslissingsbevoegdheid bezit. Het kan hierbij gaan om interne

¹⁰⁷ Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI: RBROT:2012:BX8528, r.o. 47.

¹⁰⁸ Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), nr. 309.

¹⁰⁹ Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*); Clever Life, Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*); Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*).

¹¹⁰ Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), nr. 101; Besluit ACM 6 december 2016 (*Financial Media*), nr. 59-60.

¹¹¹ Besluit AFM 9 november 2017 (*Visie*), par. 3.3.2.

¹¹² Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), par. 10.2.2 en 10.2.4.

¹¹³ Rb. Rotterdam, 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2012*), r.o. 4.6 e.v.

¹¹⁴ CBb 17 juni 2016, ECLI:CBB:2016:151 (*Besluit DNB 25 september 2012*), AB 2016/419 (m.nt. O.J.D.M.L. Jansen), r.o. 7.

¹¹⁵ Zoals in het besluit van AFM van 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82 wordt aangegeven, is deze feitelijke zeggenschap belangrijker. Zie ook Besluit ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen-CEO Daalimpex 205216 en 205218*), resp. nr. 60 en 77.

¹¹⁶ Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, nr. 6; Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16; Besluit AFM 18 juli 2012 (*OVN*), p. 20; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*) p. 16; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p.26; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 54; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 23; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16.

stukken zoals beleid, werkinstructies en arbeidsovereenkomsten, waaruit volgt dat de betreffende functionaris de verboden gedraging aanstuurde of zelfs het initiatief hiertoe nam.¹¹⁷ Daarnaast kan het ook gaan om externe overeenkomsten zoals samenwerkingsovereenkomsten of opdrachten aan onderaannemers.¹¹⁸

Daarnaast volgt uit verklaringen¹¹⁹ en interne communicatie¹²⁰ doorgaans hoe de lijnen binnen een rechtspersoon lopen. Hierbij is van belang aan wie de werknemers verantwoording aflegden,¹²¹ of een bepaalde functionaris opdrachten en werkinstructies uitdeelde,¹²² wie het beleid bepaalde en of bepaalde keuzes werden voorgelegd aan de betreffende functionaris. De mate van autonomie van de betreffende functionaris is hierbij van doorslaggevende waarde. Op het moment dat de functionaris immers beslissingen moet voorleggen aan hoger gepositioneerde managers of zelfs het een directieoverleg, kan minder snel worden aangenomen dat deze daadwerkelijk redelijkerwijs gehouden kon zijn de verboden gedraging te staken, nu de feitelijke beslissingsmacht dan een niveau hoger ligt. Ook het feit dat iemand actief deelneemt aan overleggen waar besluiten worden genomen (bijvoorbeeld directie-overleggen) kan meewegen bij het oordeel of een functionaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.¹²³ Toezichthouders betrekken dan ook de notulen van dergelijke vergaderingen om de verhoudingen binnen de rechtspersoon te onderzoeken (in wiens portefeuille ligt een bepaald onderwerp, heeft een functionaris feitelijke zeggenschap of moet hij slechts keuzes voorleggen aan de directie, stuurt een bepaalde functionaris aan op beslissingen die leiden tot de verboden gedraging).

De scheidslijn tussen bevoegdheid en de vraag of iemand redelijkerwijs gehouden is de overtreding te beëindigen, is zoals gezegd dun. Wanneer een functionaris bevoegd is om over de verboden gedraging te beschikken dan betekent dit ook dat hem een verantwoordelijkheid toekomt om normconform te handelen. De functionaris kan zich hierbij niet zonder meer van zijn verantwoordelijkheid ontdoen door een keer juridisch advies in te winnen.¹²⁴ Juist wanneer het advies aanleiding geeft tot nader onderzoek, mag redelijkerwijs van een functionaris worden verwacht dat hij dit ook laat uitvoeren. Dit laat overigens onverlet dat de mate van verwijtbaarheid van de functionaris als gevolg van dit advies wel kan worden beïnvloed. Ook een informele verdeling van taken kan een bestuurder niet baten, als hij nog wel bevoegd was te handelen en hij ook kennis had van het gedrag.¹²⁵ Een formele verdeling van taken in combinatie met het niet hebben van feitelijke zeggenschap kan ook reden zijn een functionaris niet als feitelijk leidinggever aan te kunnen merken. Een bestuurder van Imtech was beboet wegens feitelijk leidinggeven, maar op het moment dat de overtreding plaatsvond (het publiceren van een nieuwsbericht) had hij niet kunnen ingrijpen omdat hij in het buitenland zat en pas op het laatste moment op de hoogte werd gesteld. Daarnaast behoorde de publicatie niet tot zijn takenpakket. De functionaris kon niet worden verweten dat hij niets had gedaan en was niet redelijkerwijs gehouden de overtreding te beëindigen.¹²⁶

Uitblijven van maatregelen

Als laatste onderzoekstap kijkt de toezichthouder of de functionaris heeft nagelaten om maatregelen te nemen om de verboden gedraging te voorkomen of te beëindigen. Hoewel het lastig is om aan te tonen dat iets niet heeft plaatsgevonden, ligt de bewijslast hiervoor bij de toezichthouder. Hierbij kan de toezichthouder tot de conclusie komen dat van geen enkele maatregel is gebleken of dat de maatregelen onvoldoende dan wel ongeschikt waren. Dit ligt in de rede nu reeds is vastgesteld dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan, deze is dus niet voorkomen of tijdig beëindigd. Maar als een bestuurder wel voldoende maatregelen heeft genomen die bijvoorbeeld op een lager niveau niet zijn nageleefd, dan kan dit aanleiding zijn om op een ander niveau te bepalen welke functionaris feitelijk leidinggeven heeft aan de gedraging.

¹¹⁷ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16.

¹¹⁸ Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 20.

¹¹⁹ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p.16; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p.38; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16.

¹²⁰ Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 23 e.v.

¹²¹ Besluit AFM 11 mei 2012 (*NCIC*), p.16.

¹²² Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 54.

¹²³ Besluit NMa 14 juli 2010 (*Wegener*), rnr 50.

¹²⁴ Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.7; CBb 8 maart 2017, ECLI:CBB:2017:91 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 5.

¹²⁵ Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 5.5.

¹²⁶ CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, *AB* 2018/366 en *AB* 2018/367, m.nt. R. Stijnen (*Imtech*), r.o. 6.3.6.

In de praktijk blijken de toezichthouders op dit punt doorgaans niet uitgebreid in te gaan, tenzij er concrete gedragingen zijn aan te wijzen die juist het tegendeel bewijzen. Zeker wanneer een functionaris aan de wieg heeft gestaan van de overtreding, zal duidelijk moeten blijken dat deze bepaalde beslissingen heeft teruggedraaid om de overtreding te beëindigen.¹²⁷ Daarbij kan door de toezichthouder ook in aanmerking worden genomen dat de functionaris geen informatie heeft ingewonnen over wettelijke beperkingen die gelden voor de werkwijze van de rechtspersoon.¹²⁸

Hierbij wegen de toezichthouders ook mee dat een functionaris niet (adequaat) reageert op klachten,¹²⁹ aanwijzingen van een curator¹³⁰ of gesprekken dan wel aanschrijvingen van de toezichthouder zelf.¹³¹ Zo dient een functionaris ook maatregelen te nemen indien uit een informatieverzoek blijkt dat er sprake zou kunnen zijn van een overtreding.¹³² Wanneer een functionaris bovendien tegenwerkt indien anderen aansturen op beëindiging, dan wordt dit hem in dit kader ook aangerekend.¹³³ Maatregelen moeten ook daadwerkelijk dienen om de overtreding te doen stoppen en de verboden gedraging te staken. Maatregelen die hiervoor ongeschikt of onvoldoende zijn, ontslaan de functionaris niet van zijn verantwoordelijkheid.¹³⁴

Het moment waarop eventuele maatregelen genomen worden is ook relevant. Indien dit pas op een laat moment gebeurt nadat de toezichthouder contact heeft opgenomen, een onderzoek gestart is, of een last onder dwangsom heeft opgelegd dan kan niet worden gezegd dat de functionaris tijdens de onderzochte periode relevante maatregelen heeft getroffen.¹³⁵ Hierbij moet immers in het achterhoofd gehouden worden dat boetes zijn bedoeld om gedrag uit het verleden te bestraffen en niet zo zeer als herstelsanctie. Het gaat hier dus om inspanningen die de functionaris uit eigen beweging heeft gedaan nadat hij bekend is geworden met de verboden gedraging.¹³⁶

3.1.2 Opzet

Uit vaste jurisprudentie volgt dat (voorwaardelijke) opzet op de verboden gedraging vereist is, voordat een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijke leidinggever.¹³⁷ Dit zelfstandige opzetvereiste is onlangs nogmaals bevestigd door de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest:

“In feitelijke leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.¹²Voor dit opzet van de leidinggever geldt als ondergrens dat hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Van het bewijs van dergelijke aanvaarding kan – in het bijzonder bij meer structureel begane strafbare feiten – ook sprake zijn indien hetgeen de leidinggever bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon rechtstreeks verband hield met de in de tenlastelegging omschreven verboden gedraging.¹³Een ander voorbeeld van een geval waarin onder omstandigheden voldaan kan zijn aan het voor de feitelijke leidinggever geldende opzetvereiste biedt een leidinggever die de werkzaamheden van een onderneming zo organiseert dat hij ermee rekening houdt dat de aan de betrokken werknemers gegeven opdrachten niet kunnen worden uitgevoerd zonder dat dit gepaard gaat met het begaan van strafbare feiten.”¹³⁸

De toezichthouders vullen het opzetvereiste in de besluitvorming in aan de hand van het aanvaardingscriterium. Van feitelijk leidinggeven is sprake indien de betreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van een gedraging achterwege heeft gelaten en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de beboetbare gedraging

¹²⁷ Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p. 26; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 38.

¹²⁸ Besluit AFM Van 29 november 2012 (*Clever Life*), par. 2.3.3.

¹²⁹ Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), par. 4.3; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 39 (hierbij geldt bovendien dat de klachten die hij oploste niet per sé relevant waren voor de geconstateerde overtreding); Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; Besluit ACM 6 december 2016 (*Financial Media*), nr. 61.

¹³⁰ Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 6.

¹³¹ Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p.38.

¹³² Rb. Rotterdam 21 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2880 (*Inpetto*), r.o.5.4.

¹³³ Besluit 29 december 2016 (*ABF*), p. 54.

¹³⁴ Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) p.28, Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16, Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p.17; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 39; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.5.

¹³⁵ Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p.17; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), p. 19.

¹³⁶ Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o.9.4; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 r.o. 10.5; Besluit AFM 11 mei 2012 (*NCIC*), par. 2.2.2; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), par. 4.3.3.

¹³⁷ Zie par. I.5 van de inleiding op de preadviezen voor een uitvoerige bespreking van het opzetvereiste bij feitelijk leidinggevers

¹³⁸ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375, (m. nt. H.D. Wolswijk), r.o. 3.5.3.

zich zou voordoen. Het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden is overigens de ondergrens.¹³⁹ Het betreft aldus een vorm van voorwaardelijk opzet. De Rechtbank Rotterdam overwoog hier het volgende over:

“De functionaris wordt dan geacht opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. De bewuste aanvaarding van het risico dat de verboden gedraging zich zou voordoen hoeft niet betrekking te hebben op de beboete gedraging als zodanig. Er is voldaan aan het criterium ‘bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden’, indien de functionaris (globaal) op de hoogte was van soortgelijke gedragingen binnen de onderneming.”¹⁴⁰

Het aanvaardingscriterium behelst aldus het opzetvereiste. In de praktijk leidt dit opzetvereiste tot discussie. Een aantal partijen voert aan dat zij weliswaar op de hoogte waren van de gedragingen, maar dat zij niet wisten van de wederrechtelijkheid hiervan. Met andere woorden betwisten zij dat er sprake is van boos opzet. Een dergelijk betoog kan echter niet slagen. Uit de rechtspraak volgt immers dat kleurloos opzet vereist is.¹⁴¹ Zo overweegt de rechtbank in de zaak OVN van de AFM:

“Bij de beantwoording van de vraag of aan deze criteria is voldaan, stelt de rechtbank voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, anders dan eiser betoogt, het (voorwaardelijk) opzet slechts behoeft te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).”¹⁴²

Deze lezing wordt door het CBb wordt bevestigd:

“Het College is met de rechtbank van oordeel dat appellant als feitelijk leidinggever aan de overtreding kan worden aangemerkt. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen is sprake indien de desbetreffende functionaris van die gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden: niet van belang is of appellant wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.”¹⁴³

Uit het voorgaande volgt dat binnen het economische bestuursrecht als ondergrens nog altijd wordt uitgegaan van kleurloos opzet. Van een verschuiving richting een bozer opzet, zoals Van Asperen de Boer betoogt, lijkt tot op heden geen sprake.

De toezichthouders lijken niet snel zaken op te pakken waarbij de functionaris op grond van de ondergrens uit Slavenburg kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever. In het merendeel van de onderzochte zaken viel de betreffende functionaris door zijn actieve bijdrage¹⁴⁴ of het nemen van initiatief¹⁴⁵ ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt te maken. In een groot aantal zaken was de

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, r.o. 40.

¹⁴¹ Zie o.m. CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (OVN), r.o. 3.7 welke het CBb ontleent uit CBb 29 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:395, r.o. 3.5.4.

¹⁴² Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326 (OVN), r.o. 6.4.

¹⁴³ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (OVN), r.o. 3.7.

¹⁴⁴ Besluit AFM 4 december 2014 (Perfect), p. 15: “Ik heb in het verleden ‘best wel vaak’ leningen verstrekt aan klanten vanuit Perfect; en p.16; Besluit AFM 5 december 2013 (BA Finance), p. 28; Besluit AFM 10 december 2013 (Monetalis), p. 16; Besluit AFM 12 maart 2015 (AGA), p.24-25; CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, AB 2018/366 en AB 2018/367, m.nt. R. Stijnen, r.o. 9.3.4 (Imtech); Besluit AFM 29 december 2016 (ABF), p. 54; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (VFA), r.o. 10.5; Besluit ACM 30 april 2015 (Lecturama), nr. 299; Besluit ACM 25 juni 2015 (Natuurazijn-203325), r.o. 23; Besluit ACM 1 juli 2015 (Calatus), nr. 105, 110, 117; Beslissing op bezwaar ACM 14 januari 2016 (Calatus), nr. 104; Besluit ACM 22 december 2015 (Vrieshuizen-directeur KBIJ en CEO Daalimpex), nr. 277 en 282; Besluit ACM 26 mei 2016 (Financial Media), nr. 244; Besluit AFM 12 juli 2013 (OVN), p. 19; Besluit ACM 21 december 2017 (Credit Invest), nr. 106; Besluit ACM 9 juni 2016 (TOM B.V.), nr. 130 en 136; Besluit NMa 29 oktober 2010 (Limburgse bouw dhr. A), nr. 15 en 22; Besluit OPTA 30 juni 2011 (Sell-it), nr. 95 e.v.; Besluit OPTA 3 november 2011 (All4Call), nr. 116-118; Besluit ACM 4 oktober 2013 (Daisycon), nr. 144, 201, 306 e.v.

¹⁴⁵ Besluit AFM 23 april 2015 (VFA), p. 37; Besluit AFM 29 december 2016 (ABF), Besluit AFM 25 november 2016 (Blokweg), p. 81; Besluit AFM 12 juni 2012 (Clever Life), p. 15; Besluit AFM 10 december 2013 (Monetalis), p.15; Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, nr. 6; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (Besluit DNB 13 maart 2014), r.o. 4.6; Besluit AFM 25 november 2016 (Blokweg), p. 81-82; Besluit ACM 22 december 2015 (Vrieshuizen-directeur KBIJ en CEO Daalimpex),

functionaris zelfs op de hoogte van het feit dat de rechtspersoon een overtreding beging.¹⁴⁶ In enkele besluiten wordt extra verwijtbaarheid vastgesteld omdat de feitelijk leidinggever een kat-en-muis-spelletje speelde met de toezichthouder door steeds weer over de grenzen heen te gaan.¹⁴⁷ De toezichthouders lijken op dit punt een voorzichtige lijn te kiezen.¹⁴⁸ De vrees dat er een vorm van risicoaansprakelijkheid zou ontstaan is naar ons oordeel vooralsnog ongegrond gebleken.

3.1.3 Grootte van de rechtspersoon

Bijzondere aandacht verdient de omvang van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan. De wetgever heeft bij de invoering van de Vierde tranche geen onderscheid gemaakt tussen soorten rechtspersonen. In principe maakt het voor de toepassing van artikel 51, tweede lid, Sr dus niet uit of er sprake is van een kleine rechtspersoon met enkele werknemers is of een beursgenoteerde N.V. De praktijk van de toezichthouders laat echter zien dat de toezichthouders met name bij kleinere rechtspersonen erin slagen om de feitelijk leidinggever aan te spreken.

Een mogelijke verklaring hiervoor is te vinden in de complexiteit van de organisatie. Waar het bij kleinere rechtspersonen vaak overzichtelijk is wie op welke punten de leiding heeft en waar dus de beslissingsbevoegdheid ligt, is de structuur bij grotere rechtspersonen veel meer gelaagd en worden beslissingen op verschillende niveaus genomen. Dit betekent dat het voor toezichthouders lastiger is om aan te tonen dat een bepaalde functionaris feitelijk leiding gaf aan de verboden gedraging.¹⁴⁹

Hoewel deze redenen in onze ogen legitiem kunnen zijn, moet dit niet leiden tot ongelijkheid. Overigens gaan leidinggevers van een grotere rechtspersoon niet per definitie vrijuit. Hierbij merken wij op dat het niet inzichtelijk is of er gevallen zijn waarin de toezichthouders wel een onderzoek zijn gestart maar uiteindelijk geen rapport hebben opgesteld tegen de feitelijk leidinggevers. Wij weten dus niet hoe vaak de toezichthouders het wel geprobeerd hebben maar niet geslaagd zijn. Toch is er een aantal zaken dat laat zien dat de toezichthouders ook bij grotere rechtspersonen wel degelijk onderzoeken of bepaalde functionarissen zijn aan te merken als feitelijk leidinggever. Bij de ACM speelt dit met name bij de beboeting in het kader van de Mededingingswet.¹⁵⁰ Hierbij valt op dat de ACM ook in dergelijke gevallen haar focus legt op het bestuur van de rechtspersoon. Dit blijkt ook uit de NS-zaak¹⁵¹, waarin de ACM een onderzoek gestart is naar de betrokkenheid van de CEO en de CFO bij een overtreding van het verbod van misbruik van machtspositie. Uit het besluit blijkt dat de ACM onvoldoende grond zag om de beide functionarissen aan te merken als feitelijk leidinggevers. Bij de AFM valt in dit kader met name de Imtech-zaak op waar de AFM een boete heeft opgelegd aan de en de CEO en de CFO.¹⁵²

3.1.4 Tussenconclusie

Op basis van het voorgaande stellen wij vast dat de formele positie slechts een marginale rol speelt in de besluitvorming van de toezichthouders. Hoewel deze formele positie wel aan bod komt in de besluitvorming, gaan de toezichthouders vervolgens steeds zeer uitgebreid in op de feitelijke positie

rnr. 277 en 281; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219 en 234; Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), par. 2.3.2 en ECL:NL:CBB:2017:284, r.o. 10.4; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 116.

¹⁴⁶ Besluit AFM 9 november 2017 (*Vistie*), par. 4.1, Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), par. 4.4., Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 45, Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*), p. 30-31. Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), par. 5.2.; Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 11 en besluit AFM 7 december 2015 (*VFA*), rnr. 209. Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 19 en 23; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p.25; Besluit 29 december 2015 (*ABF*), p. 58; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 327; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 279, 283, 286; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 131-134, 137-140 en 168; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 19.

¹⁴⁷ Besluit AFM 5 december 2013 (*BA finance*), p. 25.

¹⁴⁸ Zie Besluiten ACM 22 mei 2017 (*NS 203847 en 203848*); Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 108; Besluit ACM 30 december 2011 (*LHV*), rnr. 164-165: ACM vond de positie van een aantal functionarissen binnen de organisatie en hun individuele rol bij het tot stand komen en voortduren van de overtreding minder onderscheidend. Daarnaast zag zij gelet op de achtergrond en de aard van de inbreuk en de doelmatigheid van handhaving geen aanleiding om op te treden. Zie ook de beslissing op bezwaar: Besluit ACM 3 februari 2014 (*LHV*), rnr. 342 waarin de ACM overweegt dat zij ook bij de twee wel als feitelijk leidinggevers aangemerkte functionarissen niet langer aanleiding ziet om ze individueel als feitelijk leidinggever te beboeten.

¹⁴⁹ In het laatste preadvies zal Mark Hornman dieper ingaan op de verschillende typologieën in ondernemingen en de gevolgen die complexe organisatiestructuren hebben op het aanspreken van feitelijk leidinggevers.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld Besluiten ACM 25 juni 2015 (*Natuurazijn-203325 en 203329*), r.o. 23; Besluit ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen-CEO Daalimpex 205216*).

¹⁵¹ Besluiten ACM 22 mei 2017 (*NS 203847 en 203848*).

¹⁵² Cbb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:400, *AB 2018/366 en AB 2018/367*, m.nt. R. Stijnen (*Imtech*) en Cbb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, *AB 2018/366 en AB 2018/367*, m.nt. R. Stijnen (*Imtech*).

van de betreffende functionaris, de kennis die hij moet hebben gehad en de feitelijke bevoegdheden van de functionaris.

De derde voorwaarde, of maatregelen ter voorkoming of beëindiging uitblijven, komt in de besluitvorming slechts mondjesmaat aan bod. Alleen wanneer de partij hier zelf feiten toe aandraagt die naar het oordeel van de toezichthouder onvoldoende zijn, of indien de feiten wijzen op het tegendeel, gaan de toezichthouders uitgebreider op deze voorwaarde in. Dit is echter logisch verklaarbaar nu de toezichthouder hier maatregelen moet onderzoeken die zijn uitgebleven. Het is lastig om uitgebreid stil te staan bij een situatie die zich niet voordoet.

Verder merken wij op dat de toezichthouders voorzichtig zijn bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Zelden zitten zij aan de ondergrens van het opzetvereiste. In de meeste zaken is er sprake van een actieve betrokkenheid waardoor aan de feitelijk leidinggever een persoonlijk verwijt te maken is.¹⁵³ Ook ten aanzien van de omvang van de rechtspersoon valt op dat de toezichthouders voor de veilige weg kiezen. Met name bij kleinere rechtspersonen waarbij de directie dicht op het proces zit kiezen de toezichthouders ervoor om een of meerdere functionarissen als feitelijk leidinggever(n) aan te merken. Bij grotere meer complexe rechtspersonen hebben de toezichthouders slechts een enkele keer een feitelijk leidinggever aangesproken. Hoewel dit vanuit het oogpunt van de toezichthouder goed verdedigbaar kan zijn, moet dit niet resulteren in een rechtsongelijkheid tussen grotere en kleinere rechtspersonen.

3.2 Beboeting van feitelijk leidinggevers

3.2.1 Juridisch kader en beleid

De verschillende toezichthouders hebben verschillende juridische kaders waarbinnen de bevoegdheid tot boeteoplegging is geregeld. Daarnaast is er bij alle toezichthouders (kenbaar) beleid ontwikkeld om meer richting te geven aan de juridische kaders.¹⁵⁴ Wij bespreken hieronder in grote lijnen de kaders en het beleid in de zaken waarin de verschillende toezichthouders boetes hebben opgelegd aan feitelijk leidinggevers.

AFM en DNB

De AFM en DNB hanteren sinds de invoering van de Boetewet in 2009 in de meeste gevallen een zelfde soort boetesystematiek.¹⁵⁵ De bepalingen waarop DNB en de AFM toezicht houden (in een groot deel van de onderzochte zaken van DNB ging het om de Wft¹⁵⁶) zijn op grond van de specifieke wet die het betreft ingedeeld in drie categorieën (zie bijvoorbeeld 1:81 Wft, artikel 179 Pensioenwet (hierna: Pw) jo. artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, hierna: Bbbfs en artikel 51a Besluit uitvoering Pw en Wvb):

Categorie	Basisbedrag	Minimumbedrag	Maximumbedrag
1	EUR 10.000	EUR 0	EUR 10.000
2	EUR 500.000	EUR 0	EUR 1.000.000
3	EUR 2.000.000 ¹⁵⁷	EUR 0	EUR 4.000.000

¹⁵³ Ook het CBb benoemt dit in de zaak *VFA*; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.5.

¹⁵⁴ De boetebeleidsregels van de ACM zijn vastgesteld door het Ministerie van Economische Zaken. Zie Boetebeleidsregel ACM 2014, *Stert*, 2016, 634630, welke is vastgesteld door het toenmalige Ministerie van Economische Zaken.

¹⁵⁵ In sommige gevallen is er in de specifieke wet waarop de toezichthouder toezicht houdt een andere systematiek van toepassing (bijvoorbeeld voor feitelijk leidinggeven aan overtredingen van Whc-bepalingen).

¹⁵⁶ Meestal ging het om feitelijk leidinggeven aan een overtreding van art. 2.11, eerste lid, Wft, één keer art. 2, eerste lid, Wtt, één keer art. 2.3a, eerste lid, Wft en ten slotte één keer 116 Pw.

¹⁵⁷ Dit bedrag was 2.000.000 voor de onderzochte zaken, maar dit bedrag is in 1:81 Wft inmiddels aangepast naar EUR 2.500.000.

De boetehoogte in categorie 1 staat in beginsel vast. Alleen op grond van draagkracht, evenredigheid of bijzondere omstandigheden kan dit bedrag worden gematigd.¹⁵⁸ Voor overtredingen in categorie 2 of 3 wordt eerst een basisbedrag vastgesteld. Daarbij merkt DNB in de besluiten op dat in zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat het door de wetgever vastgestelde basisbedrag in categorie twee en drie evenredig is aan de ernst van de overtreding.¹⁵⁹ Dit blijkt overigens ook uit artikel 2, eerste lid, Bbbfs. DNB en de AFM stellen vervolgens vast of het bedrag verlaagd of verhoogd dient te worden op grond van de ernst en de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. In beide stappen kan de boete met 25 of 50% verhoogd of verlaagd worden. Dan bekijken de AFM en DNB of er sprake is van recidive, waardoor het bedrag ten minste kan worden verdubbeld. Vervolgens kan het boetebedrag nog worden verlaagd op grond van evenredigheid, specifieke omstandigheden en draagkracht. Daarnaast wordt bij de vaststelling van de hoogte van de boete ook gekeken naar het door de overtreding behaalde voordeel.¹⁶⁰

De wijze waarop de AFM boetes binnen deze kaders vaststelt is sinds het openbaar maken van het ‘interne’ boetetoemingsbeleid dat ook geldt voor beboeting van feitelijk leidinggevers, transparant. Ook DNB heeft een leidraad gepubliceerd, waarbij de factoren die bij de beoordeling van de verschillende elementen van belang zijn worden benoemd.¹⁶¹

Vooraf de wijze van toetsing van draagkracht bij de AFM is interessant. Er wordt ten eerste gekeken naar evenredigheid in de zin van objectieve draagkracht op basis van het eigen vermogen van de feitelijk leidinggever. Op grond van het eigen vermogen van de feitelijk leidinggever wordt de boete bijgesteld:

	5%	10%	60%	100%
Eigen vermogen	<EUR 500.000	Tussen EUR 500.000 en EUR 2 miljoen	tussen EUR 2 miljoen en EUR 4 miljoen	boven EUR 4 miljoen

De feitelijk leidinggever kan vervolgens zijn persoonlijke financiële draagkracht onderbouwen op grond waarvan de AFM de boete nog kan matigen. De wijze waarop de AFM een dergelijk draagkrachtverweer beoordeelt is ook inzichtelijk.¹⁶²

ACM en voorgangers

Er werden binnen de (voorgangers van) ACM verschillende systematieken gehanteerd. Of er werd een boetegrondslag vastgesteld binnen een bepaalde bandbreedte. Deze bandbreedte was afhankelijk van het type overtreding. Of er werd een boetegrondslag vastgesteld binnen het geldende boetemaximum.

Bij de NMa werd er gewerkt met een bandbreedte voor feitelijk leidinggevers, welke afhankelijk was van het soort overtreding. Binnen deze bandbreedte werd een basisboete vastgesteld die gerelateerd was aan de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder. Er was een bandbreedte van 10.000 tot 200.000, en een bandbreedte van 50.000 tot 400.000.¹⁶³ Na het vaststellen van de basisboete werd bekeken of er sprake was van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden, waarbij rekening gehouden kon worden met de mate van betrokkenheid en de positie van de natuurlijke persoon.¹⁶⁴ Voor beboeting van feitelijk leidinggevers aan een mededingingsrechtelijke overtreding gold een boetemaximum van EUR 450.000.¹⁶⁵

¹⁵⁸ <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/boetes-algemeen/hoogte-boetes>. Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete met kenmerk T048-560433397-32 https://www.dnb.nl/binaries/leidraad_tcm46-361179.pdf.

¹⁵⁹ Zie bijv.: Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 20; Besluit DNB 9 november 2012, nr. 27; Besluit DNB 13 maart 2014, nr. 21.

¹⁶⁰ Zie ook het openbaargemaakte ‘interne Boetetoemingsbeleid AFM’ en Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete met kenmerk T048-560433397-32 (hierna: ‘Leidraad DNB’).

¹⁶¹ Zie Leidraad DNB.

¹⁶² Zie bijvoorbeeld Besluit AFM 18 juli 2013 (OVN).

¹⁶³ Zie art. 2 en 2.11 Boetebeleidsregels 2013, art. 11 Boetebeleidsregels 2009 en randnummer 14 en 50 Boetecode 2007.

¹⁶⁴ Zie art. 2.12 en 2.15 Boetebeleidsregels 2013, art. 3, 12 en 15 Boetebeleidsregels 2009 en randnummer 19 en 50 Boetecode 2007.

¹⁶⁵ Art. 57 en art. 75a Mw (oud).

Bij de OPTA was er sprake van een soortgelijke systematiek, die niet specifiek voor natuurlijke personen was opgesteld, maar voor elke overtreder gold. Indien er sprake was van een overtreding waar het boetemaximum van EUR 450.000 voor gold, werd er aan de hand van de ernst van de overtreding eerst een boetecategorie vastgesteld.¹⁶⁶ In het geval van minder ernstige overtredingen bedroeg de boete maximaal EUR 100.000. In het geval van ernstige overtredingen was deze maximaal EUR 300.000. En in het geval van zeer ernstige overtredingen EUR 450.000. Nadat er een boetecategorie werd vastgesteld, werd het boetebedrag bepaald binnen de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie aan de hand van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder.¹⁶⁷ Vervolgens werd bekeken of bijzondere omstandigheden van het geval aanleiding gaven de boete bij te stellen en werd bekeken of er boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden aanwezig waren.¹⁶⁸ De OPTA legde vervolgens in de zaken die wij hebben bekeken de boete op aan de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever gezamenlijk en hield ze beiden hoofdelijk aansprakelijk.

De CA heeft zelf geen boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevers. Wel heeft zij in de zaak HGI een natuurlijk persoon-pleger beboet. Aan de hand van de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kon worden verweten, de omstandigheden waaronder deze was gepleegd en de omstandigheden waarin de overtreders verkeren, heeft de CA een boete binnen het geldende maximum vastgesteld.¹⁶⁹ De CA heeft in deze zaak een boete opgelegd aan zowel de overtreder als de natuurlijk persoon gezamenlijk en bepaald dat zij beiden hoofdelijk aansprakelijk zijn. De rechtbank wijzigt pleger/medepleger naar feitelijk leidinggever en laat de rechtsgevolgen in stand. Het CBb heeft dat bevestigd.¹⁷⁰

In de periode na de fusie werd binnen de ACM nog gebruik gemaakt van de verschillende soorten beleid van haar voorgangers. Daarbij werd, anders dan in de ‘NMa-zaken’, in de zaken van OPTA en de CA niet proactief gekeken naar inkomen en vermogen van de feitelijk leidinggever. Dit moest de feitelijk leidinggever zelf aanvoeren. Tegenwoordig is het element inkomen en vermogen opgenomen in de Boetebeleidsregels 2014 van de ACM,¹⁷¹ waarbij het boetebeleid zo veel mogelijk is geüniformeerd.¹⁷² In dit beleid worden voor feitelijk leidinggevers bandbreedtes zoals in het boetebeleid van de NMa gehanteerd, maar de bandbreedtes zijn anders. Daarbij relateert de ACM de boetebandbreedte aan de jaaromzet van de marktorganisatie waar de feitelijk leidinggever werkzaam is.¹⁷³

Wijze van toetsing aan (wettelijke) elementen

De AFM en DNB geven een steeds duidelijker beeld over de mate waarin bepaalde elementen invloed hebben op de hoogte van de boete. Zeker nu de AFM en DNB boetebeleid openbaar hebben gemaakt en inzicht geven in de mogelijk mee te wegen elementen. De ACM en haar voorgangers nemen dezelfde (wettelijke) elementen mee bij het bepalen van de boete, maar de voorgangers deden dat niet op eenduidige wijze. De ACM en haar voorgangers zijn er over het algemeen (met uitzondering van boeteverhogende en verlagende omstandigheden en draagkracht) minder expliciet over in welke mate een bepaald element van invloed is op de boetehoogte. In de besluiten wordt een (uitgebreide) motivering gegeven van alle elementen die tezamen leiden tot de vaststelling van één boetebedrag.

Wij zullen hieronder bekijken op welke wijze de belangrijkste elementen die van belang zijn bij de beboeting van feitelijk leidinggevers worden meegewogen door de toezichthouders en rechters. Daarbij willen wij wel de opmerking maken dat, gezien de wijze waarop de ACM en haar voorgangers haar besluiten over het algemeen motiveert, het gewicht van de elementen niet of moeilijk te achterhalen is, tenzij dit expliciet bij de rechter aan de orde komt. Daarnaast gaan wij alleen in op de elementen die het meest in het oog springen. De lijst met elementen is dus zeker niet uitputtend.

¹⁶⁶ Dit was het geval bij overtredingen van de OPTA, zie Boetebeleidsregels OPTA 2008 en 2010, waar geen specifiek beleid voor feitelijk leidinggevers was vastgesteld.

¹⁶⁷ Boetebeleidsregels OPTA 2008 (*Stcrt.* 2008,50, p.27) en 2010 (*Stcrt.* 2010, 5136) onder 4.

¹⁶⁸ Zie ook Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), nr. 137.

¹⁶⁹ Besluit ACM 9 oktober 2012 (*HGI*).

¹⁷⁰ Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3582 (*HGI*) en CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139 (*HGI*).

¹⁷¹ Art. 2.7 Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹⁷² Ook is het boetemaximum voor alle feitelijk leidinggevers op het gebied waar de ACM op toezicht houdt vastgesteld op EUR 900.000, zie art. 12n Instellingswet ACM.

¹⁷³ Zie art. 2.7 Boetebeleidsregel ACM 2014 zoals deze gelden sinds 1 juli 2016.

3.2.2 Elementen bij boeteoplegging

Ernst

Voor de ernst van de overtreding wordt door de toezichthouders in de eerste plaats gekeken naar de ernst van de overtreding waaraan de feitelijk leidinggever leiding heeft gegeven.¹⁷⁴ Dit is op zichzelf niet vreemd in een situatie waarbij de feitelijk leidinggever de initiatiefnemer was of de feitelijk leidinggever een zeer actieve rol heeft gehad in het gedrag. Dit zou volgens ons anders kunnen zijn indien de feitelijk leidinggever meer op de ondergrens van Slavenburg als feitelijk leidinggever wordt aangemerkt, en de feitelijk leidinggever maar weet heeft van een klein gedeelte van de overtreding. In er dergelijk geval dient ook specifiek te worden gekeken naar de ernst van het gedrag of nalaten van de feitelijk leidinggever zelf, omdat deze ernst dan zou kunnen afwijken.

De AFM verhoogde op grond van de ernst bijvoorbeeld de boetes inzake BA Finance met 25% gezien het feit dat door de overtreding bij financieel kwetsbare consumenten hoge kosten in rekening zijn gebracht. De ernst van de overtreding door de rechtspersoon, het aanbieden van krediet zonder een vergunning, rekent de AFM in dit geval volledig toe aan de feitelijk leidinggevers.¹⁷⁵ Gezien de rol die de twee feitelijk leidinggevers in de kleine rechtspersoon hadden en het feit dat het verboden gedrag de kern van de rechtspersoon raakte, is het onderscheid tussen de ernst van de overtreding van de rechtspersoon en de ernst van de overtreding begaan door de feitelijk leidinggever namelijk niet goed te maken.

Ook indien er sprake is van een intrinsiek oneerlijke bedrijfsvoering verhoogt de AFM de boete van de feitelijk leidinggever op grond van de ernst. De functionaris die in het besluit van de AFM van 25 november 2016 is aangemerkt als feitelijk leidinggever, gaf leiding aan een rechtspersoon die er een intrinsiek oneerlijke bedrijfsvoering op na hield. Hiermee heeft het bedrijf zich, onder leiding van de functionaris, met verschillende trucs op structurele wijze ten koste van haar toch al minder draagkrachtige klanten verrijkt.¹⁷⁶

De ACM weegt bij de ernst van de overtreding ook mee dat de feitelijk leidinggever reeds ten tijde van een eerdere beboeting van de rechtspersoon bij deze rechtspersoon in dienst was. Volgens het CBb kan de toezichthouder deze omstandigheid ook meewegen bij de boetehoogte voor de feitelijk leidinggever.¹⁷⁷ Hoewel de ACM in dit soort gevallen formeel geen recidive kan toepassen, weegt zij de historische ervaringen dus wel mee bij de ernst. Het is echter de vraag op welke wijze deze omstandigheid invloed heeft gehad op de hoogte van de boete.

Verwijtbaarheid

Functionarissen worden over het algemeen geacht te onderzoeken of de activiteiten van de rechtspersoon wel in overeenstemming zijn met relevante wet- en regelgeving.¹⁷⁸ Als de norm duidelijk is, dan moet een functionaris-directeur extra bedacht zijn op een overtreding.¹⁷⁹ Van een directeur mag ook worden verwacht dat hij zich verdiept in de geldende regels en de toepassing daarvan.¹⁸⁰ Daarnaast is van belang dat het ontbreken van kwade wil geen relevante omstandigheid is die meeweegt bij de verwijtbaarheid.¹⁸¹

¹⁷⁴ Zie bijv. Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 381; Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) par. 3.1.2; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), par. 8.2; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), par.8.1-8.3; Besluit NMa 29 oktober 2010 (*Limburgse Bouw C*), rnr. 33; Besluit ACM 22 december 2015 (*Vrieshuizen-CEO Daalimpex*), rnr. 415; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 135; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 199.

¹⁷⁵ Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*), p.30. Een vergelijkbare overweging treffen wij aan bij Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 29.

¹⁷⁶ Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), par. 5.2.

¹⁷⁷ CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140, (*Limburgse bouw – flg C*) r.o. 5.3.5.

¹⁷⁸ Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 20. Zie ook CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140 (*Limburgse bouw*), r.o. 5.3.3; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.

¹⁷⁹ Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), par. 3.1.

¹⁸⁰ CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140, (*Limburgse bouw*); Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 173; Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), rnr. 109; Besluit ACM 26 mei 2016, (*Financial Media*), rnr. 317; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 54.

¹⁸¹ CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.5 en CBb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 8.

De mate van verwijtbaarheid van het gedrag kan echter wel verschillen, dit neemt de toezichthouder dan ook mee bij de boetehoogte. Daarbij is relevant of de functionaris kennis had van het feit dat het gedrag verboden was of hij daar door middel van advies achter had willen komen.

Kennis van de wederrechtelijkheid van het gedrag

Heeft een functionaris, al dan niet via advies, kennis van het verboden karakter van het gedrag, dan leidt dit logischerwijs tot een hogere verwijtbaarheid. Zoals eerder opgemerkt, is opvallend dat in een groot aantal zaken feitelijk leidinggevers worden aangesproken die zich bewust waren van de wederrechtelijkheid van het gedrag.¹⁸² Oftewel, er was sprake van boos opzet. Daarbij speelt ook mee dat functionarissen in een aantal zaken door toezichthouders AFM, DNB, ACM of een notaris ook nog gewezen zijn op het verboden karakter van het gedrag, en er vervolgens niet werd gehandeld. Daarnaast werd in een groot aantal zaken door de functionaris niet gehandeld, terwijl er klachten van klanten waren over de handelwijze van de rechtspersoon waaraan de functionaris leiding gaf.¹⁸³ Deze omstandigheden kunnen leiden tot een bovengemiddelde verwijtbaarheid, die leidt tot boeteverhoging.

¹⁸⁴

Advies

Een uitgebracht advies kan de functionaris wetenschap van het (verboden) gedrag opleveren. Ook als de functionaris op een aantal punten lijnrecht in gaat tegen het advies van de advocaten, wordt dit meegewogen bij de verwijtbaarheid.¹⁸⁵ De AFM verhoogt in de zaak van 29 december 2016 de basisboete in een dergelijk geval echter niet.

De juistheid van het advies kan ook een rol spelen bij de verwijtbaarheid. Indien een functionaris wel advies opvraagt, maar dit advies onjuist is, maakt dit niet dat van verwijtbaar feitelijk leidinggeven geen sprake (meer) is. De functionaris moet ervoor zorgen dat hij de norm kent en daarnaar handelt. De functionaris moet volgens het CBb in het geval hij advies vraagt, de adviseur bevragen of informatie inwinnen bij de toezichthouder. Bovendien moet hij het advies wel inbrengen in de procedure indien hij aanvoert dat hij minder verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de toezichthouder het advies en de handelwijze van de functionaris kan nagaan.¹⁸⁶ Als hij dit niet doet en het advies blijkt onjuist te zijn, handelt hij nog steeds verwijtbaar, maar dergelijke omstandigheden kunnen wel aanleiding zijn tot matiging van de boete.¹⁸⁷

Dat een functionaris afgaat op een mededeling van een medebestuurder dat de legal check was gedaan en dat deze akkoord was, maakt niet dat de functionaris geen verwijt meer kan worden gemaakt. In dat geval moet de functionaris volgens het CBb verifiëren dat er schriftelijk goed advies was ingewonnen en hij had navraag bij de toezichthouder kunnen doen. Wel vond de toezichthouder dat er aanleiding was om de boete te matigen op grond van de mate van verwijtbaarheid.¹⁸⁸

(Objectieve) evenredigheid naar inkomen en vermogen

Alle toezichthouders toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Op welke wijze zij daarbij exact rekening houden met de financiële gesteldheid van een feitelijk leidinggever in de zin van inkomen danwel vermogen is echter niet altijd zichtbaar in de besluiten. Anders dan de ACM en DNB heeft de AFM een kenbare rekenmethode als objectieve evenredigheidstoets naar vermogen openbaar gemaakt, waarbij aan de hand van het eigen vermogen van de feitelijk leidinggever een boete wordt vastgesteld. Deze toets biedt duidelijkheid.

¹⁸² Besluit AFM 9 november 2017 (*Visie*), par. 4.1; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), par. 4.4; Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 45; Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*), p. 30-31; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), par. 5.2; Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 11; besluit AFM 7 december 2015 (*VFA*), rnr. 209; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 23; Besluit 29 december 2015 (*ABF*), p. 58; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 327; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 279, 283, 286; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 131-134, 137-140 en 168.

¹⁸³ Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 279-280; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 85; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 327; Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 137; Besluit ACM 6 december 2016 (*Financial Media*), rnr. 65; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 168.

¹⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*), p. 30-31; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 23; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p. 29; Rb. Rotterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:44815, (*AGA*) r.o. 4.2 en 6.1; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 85; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 131-134, 137-140 en 168.

¹⁸⁵ Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), par. 4.2.2.

¹⁸⁶ Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 18.

¹⁸⁷ Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 20 en CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*) r.o. 3.3.2.

¹⁸⁸ CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 9.3; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 27.

Bij DNB wordt bij de evenredigheidstoets meegewogen wat het economisch effect van de boete is op de overtreder, waaruit wij afleiden dat daarbij het inkomen en vermogen van de functionaris zeker wordt meegewogen. Daarbij is opvallend dat evenredigheid in zijn algemeenheid een grote matigende werking heeft op de boetehoogte in zaken van DNB waarbij personen als feitelijk leidinggever zijn aangemerkt.¹⁸⁹

Bij de ACM wordt het inkomen en vermogen ook meegewogen in een algemene evenredigheidstoets.¹⁹⁰ Zoals eerder beschreven, werd in oud OPTA en CA zaken niet ambtshalve gekeken naar het inkomen en vermogen van de feitelijk leidinggever. De functionaris kon wel een beroep doen op beperkte draagkracht in de zin van betalingsonmacht. Bij oud-NMa-zaken werd wel gekeken naar inkomen en vermogen. Op welke wijze inkomen en vermogen werd meegenomen, is echter niet transparant.¹⁹¹ Dit komt omdat de ACM alle relevante elementen tezamen bespreekt en weegt om tot een evenredige boete te komen. Nu inkomen en vermogen ook tot deze elementen behoren, en deze gegevens daarnaast niet openbaar zijn, is niet vast te stellen in welke mate andere factoren hebben bijgedragen aan een bepaalde boete.¹⁹² Gezien deze wijze van motiveren, zijn boetehogtes voor feitelijk leidinggeven bij de ACM dan ook moeilijk met elkaar te vergelijken.

De rechter lijkt steeds kritischer te kijken naar een expliciete individuele evenredigheidsbeoordeling bij feitelijk leidinggevers.¹⁹³ Het is de vraag of de ACM, als gevolg van deze wijze van beoordeling door de rechter, in het algemeen meer duidelijkheid gaat geven over haar algemene evenredigheidsbeoordeling naar inkomen en vermogen. Dit is des te meer van belang nu boetes voor feitelijk leidinggeven aan gedragingen vanaf 1 juli 2016 bij de ACM, anders dan in de door ons bekeken zaken waarin een boetemaximum van 450.000 gold, op kunnen lopen tot maximaal EUR 900.000 per overtreding.¹⁹⁴ Deze boetemaxima zullen het eigen vermogen van veel feitelijk leidinggevers vaker overstijgen.

Financiële verwevenheid rechtspersoon en feitelijk leidinggever

De autoriteiten kunnen tegelijkertijd boetes opleggen aan zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever, ook als de rechtspersoon en de feitelijk leidinggevers financieel nauw aan elkaar verbonden zijn. Indien de functionaris (indirect) grootaandeelhouder is van een beboete rechtspersoon, houdt de toezichthouder bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening met het feit dat een functionaris tweemaal in zijn vermogen wordt geraakt. Het CBb heeft geoordeeld dat het ne bis in idem beginsel niet aan beboeting van zowel de feitelijk leidinggever als de rechtspersoon in de weg staat, omdat zij beiden zelfstandige dragers van rechten en plichten zijn.¹⁹⁵ Wel dient de toezichthouder, gezien de financiële verwevenheid van de functionaris met de rechtspersoon, rekening te houden met het feit dat deze functionaris twee maal in zijn vermogen kan worden geraakt. De toezichthouder dient immers een evenredige boete op te leggen.¹⁹⁶

De toezichthouders houden daar dan ook rekening mee bij de evenredigheidstoets. Dat deden zij in de bestudeerde zaken op drie verschillende wijzen:

- 1) zij leggen de feitelijk leidinggever een boete op naast de rechtspersoon en houden bij de hoogte van beide boetes rekening met financiële verwevenheid;
- 2) zij leggen een gezamenlijke boete op aan de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon en stellen ze beiden hoofdelijk aansprakelijk;

¹⁸⁹ Zie bijv. Besluit DNB 9 november 2012, p. 29; Rb. Rotterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:17 (*Besluit DNB 7 augustus 2013*), r.o. 8.1; Rb. Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 10.1; Besluit DNB 13 maart 2014, p. 28.

¹⁹⁰ De ACM kan hier alleen rekening mee houden als partijen deze gegevens verstrekken, zie Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 200.

¹⁹¹ Zie bijvoorbeeld Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 58; Besluit ACM 7 november 2013 (*Leesmappen*), rnr. 576; Besluit NMa 14 juli 2010 (*Wegener-D*), rnr. 55 en 56; Besluit NMa 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw dhr. B*), rnr. 33.

¹⁹² Zie bijv. Rb. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4858 (*Limburgse bouw*), r.o. 11.2.

¹⁹³ CBb 19 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:233; CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 10.2.

¹⁹⁴ Sinds 1 juli 2016 is het boetemaximum voor natuurlijke personen EUR 900.000 (zie art. 12n Iw ACM) maar de bandbreedtes zijn gekoppeld aan het soort overtreding waaraan wordt feitelijk leidinggegeven, maar ook gekoppeld aan de grootte van de rechtspersoon, Boetebeleidsregel ACM 2014.

¹⁹⁵ CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, (*Perfect*) r.o. 11.2; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413, (*AGA*) r.o.5.4.

¹⁹⁶ Rb. Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 10.1; CBb 25 januari 2017, CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 6.1; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413, (*AGA*) r.o.5.4; CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, (*Perfect*) r.o. 11.2.

3) zij leggen weliswaar een separate boete op aan de feitelijk leidinggever, maar doen dat in de vorm van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor (een deel van) de boete van de rechtspersoon.

De AFM, DNB en soms ook de ACM en haar voorgangers legden bij financiële verwevenheid tussen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever een zelfstandige boete op aan de feitelijk leidinggever, maar hielden voor wat betreft de hoogte van deze zelfstandige boete rekening met de boete voor de rechtspersoon.¹⁹⁷ De toezichthouder moet echter wel kunnen uitleggen op welke wijze hij daar rekening mee heeft gehouden.¹⁹⁸ De rechter stelt de boete voor de feitelijk leidinggever verder naar beneden bij indien zij de bijstelling niet voldoende acht.¹⁹⁹ Op welke wijze de rechter dat exact doet, is echter ook niet inzichtelijk.

OPTA hield er in de zaken die wij hebben bekeken een andere systematiek op na. OPTA legde een boete op aan de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon gezamenlijk, waarbij zij beiden hoofdelijk aansprakelijk werden gehouden voor het geheel.²⁰⁰ Deze systematiek werd na de fusie ook bij de ACM gehanteerd in de zaak Daisycon.²⁰¹ Het CBb oordeelde daarover:

“Het College is echter van oordeel dat de boeteoplegging aan de bestuurders van [naam I] niet berust op een toereikende motivering. Bij het besluit tot boeteoplegging heeft geen kenbare individuele afweging plaatsgevonden ten aanzien van de bestuurders als feitelijk leidinggevers. Artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht, biedt naar het oordeel van het College, ACM evenmin de grondslag om zonder individuele afweging een boete op te leggen.”²⁰²

De ACM had de afwegingen tot boeteoplegging aan de rechtspersoon en de feitelijk leidinggevers samen besproken. Daarbij merkte de ACM het volgende op: *“De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door B hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.”²⁰³* Volgens het CBb dient de ACM voor elke feitelijk leidinggever een individuele afweging tot boeteoplegging te maken, hoe nauw het verband tussen de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon ook is.²⁰⁴

In andere ACM zaken werd er een boete opgelegd aan de rechtspersoon en aan de feitelijk leidinggever, maar wordt er gezien de financiële verwevenheid besloten de feitelijk leidinggever voor het bedrag ter hoogte van zijn boete hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de boete opgelegd aan de rechtspersoon.²⁰⁵ In de Leesmappen zaak oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat deze wijze van boeteoplegging niet in strijd is met artikel 5:40 Awb of 5:1 Awb jo. 51, tweede lid, aanhef en onder 3, Sr.²⁰⁶ Ook de uitspraak in Daisycon sluit niet uit dat een dergelijke constructie, mits er sprake is van een individuele afweging tot boeteoplegging voor de feitelijk leidinggever, toelaatbaar is. Dat deze constructie geoorloofd is, bepaalde het CBb laatst in zijn uitspraak van 11 september 2018.²⁰⁷

Alle toezichthouders toetsen gelet op de financiële verwevenheid tussen de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon aan evenredigheid. Wel komen wij tot de conclusie dat het niet erg inzichtelijk is op welke wijze exact rekening gehouden wordt met de financiële verwevenheid.

¹⁹⁷ Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*); Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 19; Besluit NMa 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw dhr. A*), rnr. 24.

¹⁹⁸ CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 10.2.

¹⁹⁹ CBb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104 (*BA Finance*), r.o. 8.8-8.7.

²⁰⁰ Zie Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 166; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 137 e.v., Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 385 e.v.

²⁰¹ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 385 e.v.

²⁰² CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139, r.o. 8.4.

²⁰³ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. par. 12.3.

²⁰⁴ Dit is een andere koers dan in HGI, waarbij de overwegingen tot boeteoplegging aan zowel de rechtspersoon als de natuurlijk persoon ook samen werden besproken en de Rechtbank en het CBb de natuurlijk persoon niet als pleger maar als feitelijk leidinggever hebben aangemerkt, waarbij de rechtsgevolgen in stand zijn gelaten. Verschil met Daisycon zou kunnen liggen in het feit dat in de zaak HGI de feitelijk leidinggever en HGI zeer nauw met elkaar verbonden waren. Zie CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123.

²⁰⁵ Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 166; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 201 en waarbij deze werkwijze door de rechtbank juist is bevonden in Rb. Rotterdam ECLI:2017:5652 (*TOM B.V.*), r.o. 14.9; Besluit ACM 7 november 2013 (*Leesmappen*), rnr. 626.

²⁰⁶ Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5777 r.o. 11.2; Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744, r.o. 24.3.

²⁰⁷ CBb 11 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:465 (*Calatus*) en Rb. Rotterdam 6 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5116 (*Calatus*), r.o. 49.

Draagkrachtverweer

DNB en AFM vragen naar de financiële draagkracht van de feitelijk leidinggever.²⁰⁸ Ook de ACM vraagt naar de financiële positie van de feitelijk leidinggever. Zo kan een evenredige boete worden bepaald. Indien een functionaris echter een beroep doet op draagkracht in de zin van betalingsonmacht, moet de feitelijk leidinggever zelf met onderbouwing komen en daarnaast een betrouwbaar en volledig inzicht geven in zijn financiële positie.²⁰⁹ De AFM en DNB sturen de functionaris een vragenlijst toe ten behoeve van bepaling van de draagkracht bij het voornemen tot boeteoplegging.²¹⁰ Daarnaast blijkt uit het boetetoemingsbeleid van de AFM welke bewijsmiddelen de functionaris kan toesturen.²¹¹ Bij de ACM wordt voor zover bekend niet standaard een vragenlijst toegestuurd en moet de functionaris zelf bepalen welke stukken een volledig beeld geven van zijn financiële positie. Gezien de vertrouwelijkheid van de betreffende overwegingen van toezichthouders in besluiten, is het lastig vanuit de buitenwereld een goed beeld te krijgen van de wijze waarop aan de draagkracht van de feitelijk leidinggever wordt getoetst. Het boetetoemingsbeleid van de AFM geeft echter een aardig kijkje in de keuken.

Wat kan een feitelijk leidinggever de toezichthouder sturen? Kraaijeveld en Altena hebben een goed overzicht gegeven. De feitelijk leidinggever “*dient inzicht te verschaffen in zijn inkomen, vermogen, schulden, periodieke lasten en overige persoonlijke omstandigheden.*”²¹² De functionaris kan daartoe volgens de rechter in de eerste plaats definitieve aanslagen inkomstenbelasting overleggen. Belastingaangiften zijn onvoldoende om bij te stellen op grond van draagkracht, er dient een sluitende en verifieerbare analyse van inkomsten en vermogen aangereikt te worden.²¹³

Op welke wijze kunnen de toezichthouders het vermogen volgens de rechter vaststellen? De enkele stelling van een functionaris dat het vermogen bestemd is om als pensioen te dienen, maakt niet dat het vermogen door de toezichthouder buiten beschouwing dient te worden gelaten. Een functionaris dient dit goed te onderbouwen. Daarnaast wordt de waarde van een perceel meegenomen bij de bepaling van het vermogen, niet de (lagere) verkoopprijs waarvoor de functionaris het later heeft verkocht.²¹⁴ Ook mag rekening gehouden worden met het vermogen van de partner indien de feitelijk leidinggever getrouwd is in gemeenschap van goederen.²¹⁵ De toezichthouder hoeft daarnaast bij het berekenen van draagkracht volgens het CBb geen onderscheid te maken tussen meer en minder liquide vermogensbestanddelen.²¹⁶

Bij het bepalen van de draagkracht dient de toezichthouder wel rekening te houden met de (hoge) levensstandaard van de functionaris, maar mag wel worden verwacht dat deze standaard enigszins wordt aangepast.²¹⁷

Het enkel aanreiken van een faillietverklaring kan ook onvoldoende zijn om aan te nemen dat iemand niet in staat is (op termijn) een boete te betalen. Daarbij werd door het CBb overwogen dat het faillissement nog niet is afgewikkeld en uit het vonnis tot faillietverklaring blijkt dat appellant heeft verklaard dat hij betalingen kan hervatten zodra de beslagen zijn opgeheven. Onder deze omstandigheden mag van een appellant worden verwacht dat hij de stand van zaken met betrekking tot het faillissement en zijn perspectieven na afwikkeling van het faillissement nader toelicht.²¹⁸

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 8; Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 18; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), par. 4.2.3 en besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), par. 3.1.1.

²⁰⁹ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 11.3; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413 (*AGA*). Zie 5:46, derde lid, Awb. Zie ook besluit ACM 31 december 2017 (*Credit Invest*), nr. 136.

²¹⁰ Zie ook Mr. M. Altena en mr. R.P.A. Kraaijeveld, ‘Over boetes en het (on)vermogen om die te dragen. Een beschouwing over draagkracht’, *Jaarboek Compliance* 2018, p. 151.

²¹¹ Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), par. 4.2.3 en besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), par. 3.1.1; Zie ook het openbaargemaakte ‘interne Boetetoemingsbeleid AFM’. De ACM stuurt een dergelijke lijst ook toe in het geval er een verzoek wordt gedaan om een betalingsregeling te treffen.

²¹² Altena en Kraaijeveld, *Jaarboek Compliance* 2018, p.151 e.v.

²¹³ CBb 3 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:359 (*Besluit DNB 7 augustus 2013*), r.o. 3.6.4.

²¹⁴ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.15.

²¹⁵ CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.7.

²¹⁶ CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, *AB* 2018/366 en *AB* 2018/367, m.nt. R. Stijnen (*Imtech*), r.o. 10.4.4.

²¹⁷ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, r.o. 3.15; Rb. Rotterdam 21 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2880 (*Inpetto*), r.o. 12.2.

²¹⁸ CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.3.2.

De feitelijk leidinggever dient rekening te houden met hiervoor besproken elementen als hij zijn draagkracht onderbouwt.

De functionaris kan te allen tijde, ook in bezwaar of beroep, een draagkrachtverweer voeren. Hoewel de toets *ex nunc* is, moeten partijen hier geen vrijbrief in zien om het vermogen bewust te verminderen. De Rechter neemt namelijk in zijn oordeel mee dat de functionaris rekening dient te houden met het betalen van een boete, bijvoorbeeld door een reservering te maken voor de betaling van de boete.²¹⁹

Op grond van de door ons bekeken zaken stellen wij vast dat draagkrachtverweren vaak pas gevoerd worden nadat in de sanctiefase een eerste besluit is vastgesteld.²²⁰ Notie verdient wel dat de lat voor het aannemen van beperkte draagkracht hoog ligt en de bewijslast bij de functionaris ligt.²²¹ Duidelijkheid in wat aangeleverd moet worden, zoals bij de AFM en DNB, is volgens ons dan ook een pré. Het is in het belang van de feitelijk leidinggever dat hij vroeg in de procedure met een draagkrachtverweer komt.²²² In het geval de draagkracht van de feitelijk leidinggever echt niet toereikend is, kan dit een onevenredige boete voorkomen.²²³

3.2.3 Tussenconclusie

Toezichthouders hanteren dezelfde (wettelijke) elementen bij het bepalen van de boetehoogte. Opvallend is dat, hoewel de ACM in veel gevallen uitgebreid motiveert, er weinig inzicht wordt gegeven in de mate waarin de meeste elementen bijdragen aan de hoogte van de boete.

Verder is het opvallend dat in een groot aantal zaken waarin feitelijk leidinggevers zijn beboet, zij wisten dat de rechtspersoon overtredingen beging.²²⁴ De toezichthouders verhogen de boete in sommige gevallen dan ook op grond van verwijtbaarheid, maar niet altijd.²²⁵ De verschillen tussen de zaken, waarin dit wel of niet gebeurt, zijn niet duidelijk zichtbaar.

De toetsing van financiële draagkracht in de zin van betalingsonmacht en objectieve evenredigheid naar inkomen en vermogen is voor een buitenstaander niet altijd even inzichtelijk. Dit komt door de vertrouwelijkheid van de toetsing en het daarnaast door de mate waarin er openbaar beleid voor handen is. Het is wel duidelijk dat de toezichthouders rekening houden met de financiële verwevenheid tussen rechtspersoon en feitelijk leidinggever. De wijze waarop zij daarmee rekening houden verschilt en hoe zij in dit soort gevallen daadwerkelijk toetsen is bij geen enkele toezichthouder inzichtelijk. Gelet op het voorgaande lijkt de kritiek dat er weinig guidance zou zijn voor het berekenen van de boetehoogte voor feitelijk leidinggevers op sommige punten dan ook terecht.

3.3 Conclusies

Wijze van toetsing

De AFM, DNB en de ACM geven allen een soortgelijke uitleg aan de criteria voor feitelijk leidinggeven. De AFM en DNB doen dat alleen op een meer gestructureerde wijze.

²¹⁹ CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256 (*Clever Life*), r.o. 3.9 en CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.3.2.

²²⁰ Besluiten ACM 30 augustus 2016 (*Vriesshuizen – CEO Daalimpex 205218 en 205216*), resp. rnr. 87 en 72; Beslissing op bezwaar ACM 31 augustus 2015 (*Leesmappen*), rnr. 256; Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), rnr. 137-144; Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), rnr. 70 e.v. Beslissing op bezwaar AFM 20 maart 2014 (*OVN*), rnr. 165 e.v.; Beslissing op bezwaar AFM 16 juli 2015 (*Inpetto*), 127 e.v.; CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Beslissing op bezwaar DNB 21 december 2012*), r.o. 3.3.2.

²²¹ Zie bijvoorbeeld CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413, (*AGA*) r.o.5.6, waarin het CBb oordeelt dat de overlegde documenten onvoldoende zijn nu er geen inzicht is gegeven in andere financiële gegevens. Ook de Beslissing op bezwaar AFM 27 november 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 15 laat zien dat de toezichthouders draagkrachtverweren zeer kritisch nagaan.

²²² Zie hierover ook Altena en Kraaijeveld, *Jaarboek Compliance* 2018, p. 154.

²²³ Een boete die niet meteen betaald kan worden is niet per se onevenredig. In dat geval kan een betalingsregeling getroffen worden.

²²⁴ Zie ook E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth, gehouden bij gelegenheid van het Ondernemingsrecht diner op 6 juni 2013 te Amsterdam', *Ondernemingsrecht* 2013/86: "Mijn beeld is dat het bij bestuurders van financiële ondernemingen die last hebben van de toezichthouders nogal eens gaat om mensen die welbewust de grens van de wet opzoeken".

²²⁵ Dit gebeurt maar in ongeveer één op de drie gevallen. Zie hiervoor paragraaf inzake 'kennis van het verboden gedrag'.

Wat voor soort leidinggeven? Risicoaansprakelijkheid niet aan de orde

Toezichthouders zijn voorzichtig bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Zij worden zelden aangesproken op de ondergrens van de Slavenburg-uitspraken. Van horen, zien en zwijgen is in de meeste gevallen geen sprake. In de meeste zaken is er sprake van een actieve betrokkenheid waardoor een persoonlijk verwijt te maken is. Van een risicoaansprakelijkheid bij feitelijk leidinggeven is in de praktijk van het economisch bestuursrecht dus volgens ons geen sprake. In veel gevallen is de feitelijk leidinggever, hoewel dat voor feitelijk leidinggeven niet vereist is, zelfs op de hoogte van het verboden karakter van het gedrag. Van een bestuurder wordt wel verwacht dat hij op de hoogte is van de geldende regelgeving, om te voorkomen dat hij als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken, maar ook dat is (tegenwoordig) algemeen bekend. Vooralsnog lijkt het dan ook beleid van toezichthouders te zijn juist die feitelijk leidinggevers te beboeten die een actieve bijdrage leveren aan het verboden gedrag. Daarnaast is opvallend dat toezichthouders met name feitelijk leidinggevers beboeten die in directies van kleinere rechtspersonen bevinden en dicht op het proces zitten. Dit is verklaarbaar, omdat dergelijke leidinggevers doorgaans een actieve rol hebben gespeeld bij de overtreding, waardoor het duidelijk is dat zij kunnen worden aangesproken. In grotere complexere organisaties is dit doorgaans minder evident, waardoor het meer onderzoek vergt om vast te stellen dat een bepaalde functionaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.

Beboeting

Bij de beboeting maken de toezichthouders gebruik van gelijksoortige elementen. De mate waarin de verschillende elementen invloed hebben op de boetehoogte is bij de AFM en DNB transparant. In verschillende stappen komen deze toezichthouders tot een bepaalde boete. Bij de ACM en haar voorgangers worden de verschillende elementen in de besluiten uitgebreid besproken en wordt aan de hand van de verschillende elementen één boetebedrag vastgesteld (met uitzondering van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden -hier wordt een percentage aan toegekend- en de draagkrachtbeoordeling). De evenredigheid op basis van de financiële omstandigheden van de feitelijk leidinggevers wordt niet bij alle toezichthouders op eenzelfde wijze meegenomen bij het bepalen van de boetehoogte. De AFM doet dit in een eerste stap met behulp van een berekening aan de hand van het eigen vermogen van de feitelijk leidinggever. DNB houdt bij het bepalen van een evenredige boete ook rekening met het economisch effect van de boete op de feitelijk leidinggever. De ACM en haar voorgangers hielden niet altijd zichtbaar rekening met het inkomen en vermogen van de feitelijk leidinggever. Gezien het boetebeleid van de ACM lijkt dit nu wel bij elke zaak aan bod te komen. Het is en was echter niet transparant op welke wijze de ACM met deze financiële omstandigheden rekening houdt. Ook de draagkrachtberekening is bij een beroep op beperkte draagkracht in de zin van betalingsonmacht -voor de buitenwereld- niet altijd even transparant. Enerzijds begrijpelijk, het betreft zeer vertrouwelijke informatie. Anderzijds zou een algemeen subjectief draagkrachtbeleid, net zoals de AFM dat heeft gepubliceerd, enige houvast kunnen bieden aan de feitelijk leidinggever die wordt beboet. Het heeft de voorkeur dat de toezichthouder in het geval van beperkte draagkracht al in de sanctiefase een evenredige boete op kan leggen. Hiervoor moet de feitelijk leidinggever echter wel tijdig en goed inzicht geven in zijn financiële positie. Daarnaast zou het helpen dat de toezichthouder de feitelijk leidinggever daarbij guidance biedt; welke bewijsmiddelen kan de feitelijk leidinggever sturen en waarom?

4 Medeplegen in de praktijk

Zoals Hornman en Bleeker in de inleiding op de preadviezen uiteen hebben gezet, is het sinds de invoering van de Vierde tranche binnen het bestuursrecht ook mogelijk om betrokkenen van een verboden gedraging aan te spreken op grond van medeplegen. Evenals bij het feitelijk leidinggeverschap heeft de wetgever ook hier aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie op dit punt.²²⁶

Van medeplegen is sprake op het moment dat twee of meer (rechts)personen gezamenlijk een delict plegen. Het is niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, als gezamenlijk maar alle bestanddelen van de overtreding zijn vervuld. Wel is vereist dat

²²⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 78.

sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking.²²⁷ De nauwe samenwerking kan zich uiten in een gezamenlijke uitvoering, maar lijfelijke aanwezigheid is niet vereist.²²⁸ Wel moet er sprake zijn van een substantieel aandeel in de samenwerking. De rol van de medepleger mag hierbij niet gering of ontbrekend zijn in vergelijking tot die van de overige (mede)plegers.²²⁹ Voorts is bij overtredingen opzet op de samenwerking vereist. Dit opzetvereiste gaat echter niet zo ver dat voor medeplegen opzet vereist is op alle bestanddelen van het delict.²³⁰

Dat ook binnen het bestuurlijk handhavingsrecht behoefte bestond aan deze deelnemingsvorm blijkt onder meer uit een malware zaak van de OPTA. In die zaak was er sprake van een samenwerking tussen twee natuurlijke personen teneinde malware te plaatsen op computers van derden. De rolverdeling tussen de twee natuurlijke personen maakt duidelijk dat één van de twee verantwoordelijk was voor het daadwerkelijk plaatsen van de malware. De ander, waar het in deze uitspraak om draait, beperkte zich onder andere tot het ter beschikking stellen van de benodigde middelen. Uiteindelijk acht het CBb deze rol niet voldoende om hem aan te spreken als pleger of functioneel pleger, nu de natuurlijke persoon er onvoldoende over kon beschikken dat de overtreding zou plaatsvinden (het beschikkingscriterium). Hij had slechts de macht om de financiering van de voor de overtreding essentiële middelen te staken.²³¹ Interessant in deze uitspraak is echter dat het CBb expliciet ernaar verwijst dat de functionaris nog niet als medepleger kon worden aangemerkt, nu de Vierde tranche nog niet in werking was getreden ten tijde van de overtreding.²³² Partijen hadden dit zelf niet aangevoerd.

Ondanks dat uit deze zaak blijkt dat binnen het bestuursrecht de behoefte bestond om partijen als medepleger aan te wijzen, heeft de toepassing hiervan nog niet de vlucht genomen die wij bij het feitelijk leidinggeverschap hebben kunnen constateren. In het navolgende gaan wij in op de zaken waarin de toezichthouders zich wel tot deze deelnemingsvorm hebben gewend.

4.1 Zaken waarin toezichthouders partij als medepleger aanmerken

Bij het opstellen van dit preadvies hebben wij vijf zaken aangetroffen waarin de kwalificatie medeplegen op enig moment in de procedure gehanteerd is. Zoals hierna zal blijken, betekende dit echter niet dat deze kwalificatie in beton gegoten was.

De AFM heeft, voor zover wij hebben kunnen constateren, slechts één keer een persoon aangesproken als medepleger. In de zaak-Clever Life B.V. heeft de AFM twee natuurlijke personen aangesproken. Daar waar de bestuurder is aangesproken op grond van het feitelijk leidinggeven, heeft de AFM in het geval van de andere persoon ervoor gekozen om haar aan te spreken op grond van medeplegen op het feitelijk leidinggeven. Uit het besluit wordt duidelijk dat de AFM aanvankelijk wel voornemens was haar aan te spreken als feitelijk leidinggever, maar in de zienswijze heeft de AFM aanleiding gezien om de kwalificatie aan te passen naar medeplegen van het feitelijk leidinggeven omdat niet is komen vast te staan dat de betreffende functionaris alle bestanddelen had vervuld.²³³ In het besluit stelt de AFM eerst vast dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan en vervolgens dat de bestuurder is aan te merken als feitelijk leidinggever.²³⁴ Vanuit dat startpunt heeft de AFM onderzocht of er sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking met de bestuurder bij het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van de Colportagewet. Hiertoe betreft de AFM verklaringen waaruit haar kennis en haar leidinggevende rol binnen het betreffende filiaal is gebleken en e-mailberichten die duiden op een samenwerking tussen de bestuurder en haarzelf. Uit dit samenstel van feiten concludeert de AFM dat er sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking tussen de betreffende functionaris en de bestuurder, en een gezamenlijke uitvoering door beiden. Nu er sprake was van een substantieel aandeel kon de AFM vaststellen dat er sprake was van medeplegen van het feitelijk leidinggeven.²³⁵

Ook de ACM heeft in een aantal zaken een partij aangemerkt als medepleger. In de Daisycon zaak heeft de ACM in haar primaire besluit de rechtspersoon aangemerkt als medepleger. In deze spamzaak

²²⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 79.

²²⁸ HR 17 november 1981, NJ 1983, 84, m.nt Th.W. van Veen, (*Container diefstal*).

²²⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 80.

²³⁰ HR 20 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZK0235. Bij opzetsdelicten bestaat een dergelijk vereiste van dubbelopzet immers wel.

²³¹ E.K.S. Mollen & R. Klein, 'Daderschap en deelneming in rechtspraak ACM-besluiten', *Sanctierecht en Onderneming* 2015, nr. 2/3, p.86.

²³² CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117, r.o. 5.5.1.

²³³ Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 22 en 23.

²³⁴ Deze bestuurder is overigens ook zelf beboet, zie Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*).

²³⁵ Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 21 en 22.

constateert de ACM dat bij de verzending van de e-mails een keten van rechtspersonen betrokken was, die elk verantwoordelijk waren voor een bepaald deel van de totstandkoming van de verzending van e-mailberichten.²³⁶ Om te onderbouwen dat de rechtspersoon is aan te merken als medepleger, gaat de ACM vervolgens expliciet in op de feitelijke nauwe en bewuste samenwerking tussen de betrokken rechtspersonen en de gezamenlijke uitvoering van de gedraging. Hierbij beschrijft de ACM precies wat ieders rol was in de keten.²³⁷ Vervolgens onderzoekt de ACM of de rechtspersoon ook beschikking had over de overtreding en constateert zij dat de rechtspersoon maatregelen heeft nagelaten om de overtreding te voorkomen of te (doen) stoppen.²³⁸ Mede gelet op het belang dat de rechtspersoon had bij de overtreding, heeft de ACM haar aangemerkt als medepleger van de overtreding. In de beslissing op bezwaar lijkt de ACM er echter van overtuigd geraakt dat de rol van Daisycon niet louter rust op het medeplegen.²³⁹ Deze kwalificatie is immers niet langer terug te zien in het besluit. Een oorzaak hiervan is te vinden in de uitspraak van de voorzieningenrechter die daaraan vooraf is gegaan.²⁴⁰ Hieruit blijkt dat de discussie zich heeft toegespitst op de vraag of de rechtspersoon wel kwalificeerde als normadressaat, de verzender.²⁴¹ Na een uitgebreide opsomming van de gedragingen van de rechtspersoon overweegt de voorzieningenrechter het volgende:

“De voorzieningenrechter voegt hier aan toe dat voor medeplegen niet is vereist dat de medepleger de kwaliteit van verzender heeft, doch dat [Bedrijfsnaam] als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk wel voldoet aan die definitie.”²⁴²

In beroep heeft de rechtspersoon de stelling ingenomen dat dit een wijziging van de kwalificatie van medeplegen naar plegen behelsde en dat een dergelijke wijziging in bezwaar niet zou zijn toegestaan. De rechtbank gaat echter niet mee met dit betoog, zo blijkt uit de onderstaande overweging:

“De stelling van eisers dat het ACM niet is toegestaan de grondslag van de kwalificatie te wijzigen in bezwaar volgt de rechtbank niet. Het staat ACM vrij om na in het primaire besluit uit te zijn gegaan van medeplegen in bezwaar uit te gaan van plegen, omdat zij bij nader inzien meent dat [A] als affiliate-netwerk zelf ook kwalificeert als verzender.”²⁴³

In hoger beroep komt dit punt van geschil niet expliciet terug.²⁴⁴ Hieruit valt dan ook niet op te maken of het CBb een dergelijke wijziging van de kwalificatie toelaatbaar acht.

In een andere zaak van de ACM zien wij echter ook een wijziging van de kwalificatie terugkomen. In de zaak HGI heeft de CA een functionaris aan de hand van de IJzerdraad-criteria²⁴⁵ aangemerkt als functioneel pleger.²⁴⁶ De Rechtbank Rotterdam volgt de CA (die op dat moment was opgegaan in de ACM) niet. Hierbij merkt zij ten eerste op dat de ACM ten onrechte had nagelaten om aan te geven op welke vorm van functioneel plegerschap gedoeld is, maar zij maakt uit de gehanteerde toerekeningsmaatstaf op dat de ACM bedoeld heeft om de functionaris als pleger dan wel medepleger aan te merken.²⁴⁷ Deze constatering is opmerkelijk nu in het besluit niet expliciet is ingegaan op enige vorm van nauwe en bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering. Wel zijn er in het besluit voldoende elementen opgenomen om die punten te onderbouwen. De rechtbank gaat echter nog een stap verder door te oordelen dat de ACM de betreffende functionaris ten onrechte als functioneel pleger heeft aangemerkt, omdat hier niet sprake was van de situatie dat de gedragingen van een ondergeschikte worden toegerekend aan de rechtspersoon of degene die deze rechtspersoon drijft. De criteria uit het IJzerdraad-arrest zijn daardoor niet van toepassing. Van medeplegen was naar het

²³⁶ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), nr. 272.

²³⁷ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), p. 56 t/m 60.

²³⁸ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), p. 60 t/m 61.

²³⁹ Beslissing op bezwaar ACM 7 november 2014 (*Daisycon*), par. 7.3.1.

²⁴⁰ Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808.

²⁴¹ Dit is van bij de beoordeling van het spamverbod in het bijzonder van belang omdat op de verzender ook een wettelijke bewijslast rust.

²⁴² Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808, r.o. 11.3.

²⁴³ Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3582, r.o. 9.4.

²⁴⁴ CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139.

²⁴⁵ Uit het IJzerdraad-uitspraak volgt dat voor het aanmerken van een functioneel pleger enerzijds vereist is dat de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en anderzijds dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is in beginsel reeds sprake indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Zie HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 m.nt. BVAR.

²⁴⁶ Besluit ACM 9 oktober 2012 (*HGI*), nr. 75.

²⁴⁷ Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 6.1.

oordeel van de rechtbank ook geen sprake, nu weliswaar niet noodzakelijk is dat de medepleger ook de normadressaat is, maar dan moet wel sprake zijn van een nauwe samenwerking tussen (rechts)personen.²⁴⁸ Vervolgens toetst de rechtbank de zaak aan de Slavenburg-criteria en komt tot de conclusie dat de functionaris wel is aan te merken als feitelijk leidinggever.²⁴⁹ Bij het CBb komt deze ambtshalve wijziging van kwalificatie aan de orde. De functionaris heeft hiertegen echter geen gronden aangevoerd en ook ter zitting aangevoerd dat zijn beroep hiertegen niet gericht was. Mede omdat de functionaris er ook niet in slaagt om te onderbouwen dat deze er alles aan gedaan heeft om de overtreding te voorkomen, maakt het CBb de overwegingen van de rechtbank in dit verband tot de zijne.²⁵⁰

In deze twee uitspraken bleken de Rechtbank Rotterdam en het CBb er geen principiële bezwaren tegen te hebben om de kwalificatie te wijzigen. Door deze wijzigingen is echter in beide zaken uiteindelijk geen medeplegen komen vast te staan. Ook in de laatste ACM zaak is dit het geval. Hoewel de overtreding in deze zaak uiteindelijk niet stand heeft kunnen houden, geven de overwegingen enige richting.

De zaak Liander & NUON CCC zag op de uitleg van de geheimhoudingsplicht voor netbeheerders. De ACM (destijds NMa) legde destijds aan Liander en NUON CCC een boete op omdat zij haar klantgegevens onvoldoende heeft afgeschermd, waardoor het voor energieleverancier Nuon Sales mogelijk was die gegevens in te kijken. Daardoor bestond de mogelijkheid voor Nuon Sales die gegevens te gebruiken voor eigen marketingdoeleinden. Van misbruik is niet gebleken, maar dit vormt ook geen vereiste voor het vaststellen van de verweten overtreding. Liander was in dit kader aangemerkt als pleger omdat de geheimhoudingsplicht op haar als netbeheerder rustte. NUON CCC is als medepleger aangemerkt, nu zij als gevolg hiervan mogelijk over de gegevens kon beschikken. De rechtbank heeft in deze zaak het oordeel van de ACM gevolgd dat de nauwe samenwerking voort vloeide uit de uitbestedingsrelatie die contractueel is vastgelegd in de dienstverleningsovereenkomst.²⁵¹ In hoger beroep pakt deze zaak echter anders uit. Het CBb heeft de onderhavige zaak doorverwezen naar de Grote Kamer vanwege de complexiteit van het oordeel over de schending van de norm. De Grote Kamer komt uiteindelijk tot de conclusie dat de norm pas is geschonden wanneer de geheim te houden gegevens worden bekendgemaakt. Dit bleek niet het geval.²⁵² Zodoende was er geen sprake van een schending van de geheimhoudingsplicht door Liander. Omdat Liander de door ACM aangenomen overtreding niet heeft begaan, oordeelt het CBb logischerwijs dat NUON CCC niet als medepleger kon worden aangemerkt. Een inhoudelijke toets kon daarom achterwege blijven.²⁵³ Het staat echter niet op voorhand vast dat het medeplegerschap in rechte stand had gehouden als de overtreding door Liander wel was komen vast te staan. In zijn conclusie bij deze zaak is A-G Keus wel ingegaan op het vraagstuk of NUON CCC als medepleger kon worden aangemerkt.²⁵⁴ Hierbij merkt de A-G op dat hij de conclusie van ACM niet deelt, dat het irrelevant zou zijn dat de samenwerking niet op de overtreding was gericht. De samenwerking moet naar zijn oordeel wel zijn gericht op de delictsgedraging van het grondfeit. Dit impliceert ook bij culpoze delicten een opzetvereiste op de delictsgedraging en dus niet louter op de samenwerking, hetgeen overeenkomt met het strafrechtelijke leerstuk op dit punt. De A-G ontleent dit aan het feit dat het om een *bewuste* samenwerking moet gaan.²⁵⁵ Ook is de A-G kritisch op de vraag of NUON CCC een wezenlijke bijdrage leverde aan de verboden gedraging, nu deze volgens de ACM reeds volgde uit de contractrelatie. De rol van de deelnemende partijen bij het plegen van het delict dient volgens de A-G immers voldoende significant te zijn en dit kwam niet direct naar voren uit de onderlinge contractuele relatie.²⁵⁶

Hoewel het gissen blijft of het CBb deze conclusie van de A-G uiteindelijk zou hebben overgenomen, laat dit wel zien dat niet te gemakkelijk kan worden gedacht over de bewuste samenwerking. Verder valt op dat het vereiste van gezamenlijke uitvoering wordt ingevuld aan de hand van de vraag of er

²⁴⁸ Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 6.3.

²⁴⁹ Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 8.

²⁵⁰ CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123 (*HGI*), r.o. 6.

²⁵¹ Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3123 (*Nuon*), r.o. 6.2.

²⁵² Mollen & Klein, *Sanctierecht en Onderneming* 2015, p. 88.

²⁵³ CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76.

²⁵⁴ Concl. A-G L.A.D. Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76.

²⁵⁵ Concl. A-G L.A.D. Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, r.o. 6.32.

²⁵⁶ Concl. A-G L.A.D. Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, r.o. 6.33.

sprake is van een nauwe samenwerking. Mogelijk komt dit door het feit dat het hier een zorgplicht betreft die volgens de ACM onvoldoende was nageleefd. In een dergelijk geval is er eerder sprake van een nalaten in plaats van een uitvoering.

DNB heeft eenmaal een rechtspersoon als medepleger aangemerkt. Het betreft een zaak van 27 januari 2017 waar DNB een boete heeft opgelegd aan een pensioenfonds dat in strijd met artikel 116 van de Pw verrichtingen heeft gedaan die geen verband hielden met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden.²⁵⁷ Het pensioenfonds kreeg zelf een boete opgelegd van €10.000. DNB concludeert echter dat het pensioenfonds heeft samengewerkt met een vermogensbeheerder en legt deze laatste een boete op van bijna 5 miljoen euro.²⁵⁸ Tot slot hebben drie functionarissen van deze vermogensbeheerder een boete gekregen voor het feitelijk leidinggeven aan het medeplegen.²⁵⁹

DNB toetst in deze zaak de gedragingen van de medepleger aan twee factoren. Het gaat daarbij om enerzijds of de partijen bewust hebben samengewerkt en anderzijds of zij nauw hebben samengewerkt. Het eerste criterium vult DNB in door te wijzen op de overeenkomsten die tussen de partijen zijn gesloten en de uitvoering die hieraan is gegeven, het feit dat de verboden gedraging de core business vormde van de vermogensbeheerder en het feit dat hij deze activiteiten niet kon uitvoeren zonder samen te werken met het pensioenfonds. Daarnaast was de partij bekend met het feit dat zij in strijd handelde met de Pw, nu DNB eerder het voornemen had kenbaar gemaakt om het pensioenfonds als gevolg van deze schending uit te schrijven uit het register van pensioenfondsen. Het tweede criterium van nauwe samenwerking werkt DNB nader uit door te wijzen op het feit dat de samenwerkingsovereenkomst tweezijdig is en door beiden is ondertekend. Maar belangrijker nog is dat de verboden gedraging door beide partijen gezamenlijk plaatsvond. Hierbij verdeelden zij de behaalde winsten onderling.

In navolging van de NUON CCC zaak volgt uit dit besluit dat de gezamenlijke uitvoering wordt ingevuld door te onderbouwen dat er sprake is van een nauwe samenwerking. Hiermee legt DNB de nadruk dus meer op de samenwerking en minder op de onderlinge taakverdeling. Dit lijkt overigens in lijn met het overzichtsarrest van de Hoge Raad ten aanzien van medeplegen, waarmee de ondergrens van het medeplegen in het strafrecht is opgetrokken.²⁶⁰

4.2 Medeplegen toch gehanteerd?

Ondanks dat de economische toezichthouders niet snel geneigd lijken te zijn om de kwalificatie medepleger te hanteren, volgt uit de zaken dat er wel degelijk situaties zijn waarin meerdere partijen door middel van samenwerking de delictsomschrijving vervullen. Het meest in het oog springend is hierin het mededingingsrecht en dan met name het kartelverbod. Dit verbod is immers naar zijn aard niet alleen uit te voeren. Maar ook voor de naleving van het spamverbod en de telemarketingregels, waar de normadressaat de “verzender” is, zijn er diverse zaken aan te wijzen waar er wordt samengewerkt tussen meerdere rechtspersoon die samen een keten vormen die tot de overtreding leidt.

Hierbij valt op dat de toezichthouders er de voorkeur aan geven om de partijen over de band van de normadressaat als pleger aan te merken. Dit is in de eerste plaats te verklaren uit het feit dat deze wijze van aanmerken reeds gebruikelijk en door de rechterlijke colleges geaccepteerd was voorafgaand aan de invoering van de Vierde tranche. Voor het spamverbod zit hier zoals gezegd een extra reden achter, nu op de verzender een bewijsplicht rust om aan te tonen dat er sprake is van toestemming voor de verzonden e-mailberichten. Verder zien wij dat de toezichthouders ook zoeken naar combinaties tussen medeplegen en feitelijk leidinggeven om een passende vorm van aanspreken te vinden.

De toezichthouders hebben geen prikkel om een partij aan te merken als medepleger indien hun ervaring uitwijst dat de onderzochte partijen door de brede invulling van de normadressaat ook als pleger zijn aan te merken. Bovendien helpen de ervaringen die er wel zijn met het medeplegerschap ook niet mee om toezichthouders te bewegen tot de inzet van dit instrument. Immers, ook de rechter

²⁵⁷ Besluit DNB 27 januari 2017.

²⁵⁸ Het verschil in boete hoogte wordt mede veroorzaakt doordat met de boete het door de vermogensbeheerder met de overtreding behaalde voordeel is ontnomen.

²⁵⁹ <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2017/dnb352336.jsp>.

²⁶⁰ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 (*Overzichtsarrest medeplegen*), NJ 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.1.

heeft een aantal keer laten zien dat de kwalificatie kan worden gewijzigd indien er in zijn ogen een meer passende wijze van aanspreken aanwezig is.

Dit maakt echter niet dat op voorhand kan worden gezegd dat de toevoeging van het medeplegerschap in het economisch bestuursrecht zinledig is. De Malware zaak die wij hiervoor hebben aangehaald liet wel degelijk zien dat er situaties denkbaar zijn dat het medeplegerschap een meerwaarde kan vormen binnen het instrumentarium van de toezichthouder. Verder zien wij dat de AFM en DNB tot combinaties tussen het feitelijk leidinggeven en medeplegen komen om de juiste partijen aan te spreken voor een overtreding. Tot slot is het goed denkbaar dat in de toekomst andere samenwerkingsvormen opduiken waardoor de toezichthouders wel zijn aangewezen op dit instrument.

5 Factoren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij het al dan niet aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever of medepleger

Uit hetgeen hierboven onder 3 uiteen is gezet, zijn een aantal factoren te destilleren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij de keuze feitelijk leidinggevers al dan niet aan te spreken en te beboeten. Een aantal van deze factoren blijken ook uit beleid dat zowel AFM en DNB hebben gepubliceerd.²⁶¹ De ACM heeft hieromtrent geen beleidsregels opgesteld. Hieronder zullen wij een overzicht geven van deze factoren.

5.1 Aard van de overtreding

De AFM en DNB hebben in hun gezamenlijke handhavingsbeleid in 2008 te kennen gegeven dat zij in elk geval bij overtreding van markttoetredingseisen zullen overwegen ook op te treden tegen feitelijk leidinggevers.²⁶² De AFM heeft in 2016 naar buiten gebracht dat zij altijd overweegt feitelijk leidinggevers te beboeten.²⁶³

De praktijk van DNB laat inderdaad zien dat de focus bij deze toezichthouder lag op schending van verschillende vergunningplichten uit artikel 2:11, eerste lid, Wft. (vergunningplicht voor het uitoefenen van een bank: *Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Europese Centrale Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank.*), 2:11, eerste lid, Wtt (Vergunningplicht voor het werkzaam zijn als trustkantoor: *Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn.*) en 2:3a Wft (vergunningplicht voor het uitoefenen van een betaaldienst: *Een ieder met zetel in Nederland die voornemens is het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep is verbonden, geeft daarvan kennis aan de Nederlandsche Bank onder vermelding ten aanzien van welke in de definitie van afwikkeldiensten onderscheiden werkzaamheden hij dat voornemen heeft*). Dit beleid heeft DNB in januari 2017 nog bevestigd bij het CBb.²⁶⁴ DNB heeft begin 2017 echter voor het eerst ook feitelijk leidinggeven aan een andere overtreding dan markttoetredingseisen beboet. Het betrof feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 116 van de Pw danwel het feitelijk leidinggeven aan het medeplegen van deze overtreding. De overtreding bestond uit het verrichten van andere activiteiten dan activiteiten in verband met pensioen of daarmee verband houdende activiteiten. Het is de vraag of DNB (ook) in de toekomst meer de focus gaat leggen op overtredingen niet zijnde markttoetredingseisen.

De AFM heeft in haar Boetebeleid feitelijk leidinggevers aangegeven dat de focus niet enkel ligt op markttoetredingseisen. Uitgangspunt is dat de rechtspersoon wordt beboet, maar *“Er wordt altijd overwogen om daarnaast één of meer feitelijk leidinggevers te beboeten. De overwegingen worden altijd in het overdrachtsmemo vastgelegd.”* Om reden van efficiency kan een onderzoek naar een feitelijk leidinggever achterwegen blijven.²⁶⁵ De praktijk wijst dit ook uit. De AFM beboette feitelijk leidinggeven aan overtredingen van verschillende vergunningplichten, het ten onrechte niet voorleggen van prospectussen ter goedkeuring, het niet aanmelden van beleidsbepalers, verschillende

²⁶¹ Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank (juli 2008), Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016).

²⁶² Zie Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank, p. 7.

²⁶³ Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 7.

²⁶⁴ CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 7.2.

²⁶⁵ Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 7.

verbodsbepalingen (het niet mogen ontvangen van provisie, colportage, misleiden consumenten, verspreiden misleidende informatie) en het niet voeren van adequaat beleid dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt.

De ACM houdt toezicht op een breed scala aan (verbods)bepalingen. De focus bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers lijkt gezien de praktijk te liggen op kartels en consumentenbeschermingsbepalingen. Het betreft op het consumentenvlak overtredingen waarbij consumenten actief benaderd en benadeeld worden.

5.2 Aard van de overtreder-leidinggever

De toezichtrelatie kan ook van belang zijn bij de afweging om al dan niet zwaardere handhavinginstrumenten in te zetten. Zoals door de AFM en DNB benoemd in hun gezamenlijke handhavingbeleid zou een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief effectiever zijn bij rechtspersonen die onder toezicht staan dan bij rechtspersonen die zich aan dat toezicht onttrekken.²⁶⁶ Als wij naar de zaken kijken waarin de toezichthouders feitelijk leidinggevers hebben beboet, valt op dat zij inderdaad weinig feitelijk leidinggevers hebben beboet bij rechtspersonen waarmee de toezichthouders een intensieve toezichtsrelatie heeft opgebouwd.

De toezichthouders lijken een voorkeur te hebben voor het aanmerken van feitelijk leidinggevers op hoge posities in kleine rechtspersonen. In een enkel geval worden ook lagere functionarissen aangesproken, als zij zeer dicht op het vuur zitten en zeer actief betrokken zijn bij het gedrag. Daarbij kijkt de toezichthouder of de functionaris ten tijde van de overtreding aan de criteria voldeed. Dat een functionaris niet meer werkzaam is bij het betreffende bedrijf en dus geen enkele positie meer inneemt staat aan het aanmerken van de functionaris als feitelijk leidinggever niet in de weg.²⁶⁷ Een lage functionaris zou bijvoorbeeld ook aangepakt kunnen worden als deze het compliancebeleid van de rechtspersoon niet naleeft. De toezichthouder moet dan ook bekijken of de leidinggever van deze functionaris wist van het gedrag, om vast te stellen of ook hij als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.

De mogelijkheid feitelijk leidinggevers te beboeten valt of staat bij de vaststelling van de overtreding door de normadressaat. Vervolgens moet worden bekeken of de functionaris op grond van de Slavenburg-criteria de ondergrens voor het aannemen van feitelijk leiding geven haalt. Zoals hiervoor besproken zijn de functionarissen in de door ons bekeken zaken veelal actief betrokken. De Slavenburggrens wordt in de meeste gevallen ruimschoots gehaald. In een groot aantal gevallen was de functionaris zich zelfs bewust van de overtreding door de rechtspersoon.

5.3 Ook de rechtspersoon of enkel de feitelijk leidinggever?

In de zaken die wij hebben bekeken wordt soms enkel de feitelijk leidinggever beboet of zowel de normadressaat als de feitelijk leidinggever(s). De AFM beboet in vier van de negentien zaken enkel de feitelijk leidinggever.²⁶⁸ DNB kiest daarvoor in vier van de tien zaken.²⁶⁹ De ACM lijkt het beleid te hanteren dat zij naast aan de feitelijk leidinggever altijd een boete oplegt aan de normadressaat.

In het beleid van de AFM is terug te lezen waarom zij de keuze maakt in sommige gevallen enkel de feitelijk leidinggever te beboeten: *“Met het uitsluitend beboeten van de feitelijk leidinggever wordt het accent op de persoon achter de rechtspersoon gelegd. Dat kan met het oog op publicatie wenselijk zijn, als er gereede kans bestaat dat de feitelijk leidinggever in de toekomst via een andere onderneming wederom overtredingen zal begaan.”* Vervolgens overweegt zij *“Indien de rechtspersoon ontbonden is beboet je ook enkel de feitelijk leidinggever.”*

Zoals hierboven vermeld beboet de AFM soms ook enkel feitelijk leidinggevers, omdat zij wil laten zien dat sommige functionarissen mogelijk via andere rechtspersonen in de toekomst overtredingen

²⁶⁶ Zie Handhavingbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank, p. 9.

²⁶⁷ Zie begeleidend bericht bij Besluit AFM 25 november 2016 (Blokweg) op <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/mrt/boete-blokweg-muijselaar>.

²⁶⁸ Besluit AFM 18 juli 2013 (OVN) waarbij de rechtspersoon failliet was; Besluit AFM 25 november 2016; Besluit AFM 9 november 2017 (Visie); Besluit AFM 29 augustus 2013 (MSP).

²⁶⁹ Besluit DNB 9 november 2012; Besluit DNB 10 augustus 2012 CBb 17 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151 (Besluit DNB 25 september 2012); CBb 3 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:2016:359 (Besluit DNB 7 augustus 2013).

zullen begaan. Zij lijkt daarmee recidive kenbaar te maken en te willen voorkomen. Ook de ACM hanteert eenzelfde redenering. Zoals in de zaak HGI aan de orde kwam, wil de toezichthouder de functionaris die als ‘kwade genius’ achter het verboden gedrag zit ook beboeten, zodat bij een volgende overtreding waar de functionaris betrokken bij is, recidive kan worden meegenomen in het bepalen van de boete.²⁷⁰

Het is opvallend dat in een groot aantal bekeken zaken, het om zeer kleine bedrijven gaat, waarbij de rechtspersoon als het ware bijna ‘samenvalt’ met de feitelijk leidinggever. Het is de vraag waarom dan zowel de rechtspersoon als de natuurlijk persoon/feitelijk leidinggever beboet wordt. Zoals ook hierboven beschreven, lijkt het erop dat de AFM de focus (ook) wil leggen op de functionaris in verband met mogelijke recidive of de onmogelijkheid de rechtspersoon te beboeten. Het is geen onbekend fenomeen dat rechtspersonen die zich (soms bewust) bezighouden met een oneerlijke bedrijfsvoering, worden ontbonden (voorafgaand aan boeteoplegging) of failleren. In dat geval is het logisch dat de toezichthouder uit het oogpunt van preventieve werking wil voorkomen dat de functionaris die achter de rechtspersoon zat nogmaals een dergelijke praktijk zal gaan hanteren. Deze functionaris dient dan in het kader van preventie bestraft te worden. Als de functionaris dan recidiveert, moet dit vervolgens ook bij de beboeting kunnen worden meegenomen.

Los van hetgeen hierboven is opgemerkt, kunnen er altijd persoonlijke (schrijnende) omstandigheden zijn, waarom de toezichthouder af kan zien van het aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers. De AFM heeft dit expliciet in haar beleid opgenomen.²⁷¹

5.4 Medeplegen

Zoals volgt uit hoofdstuk 4 van dit preadvies hebben de toezichthouders nog onvoldoende zaken behandeld om te kunnen spreken over een bestendige lijn ofwel beleid. De ACM en DNB hebben op dit punt geen beleidsregels opgesteld en ook de AFM heeft in haar handhavingsbeleid expliciet overwogen dat het onnodig is om afzonderlijk beleid op te stellen voor medeplegen. Reden hiervoor is dat de het sporadisch voorkomt dat het middel medeplegen wordt ingezet.²⁷²

Uit de zaken die de toezichthouders wel hebben behandeld valt dan ook op te maken dat de toezichthouders steeds zaak specifieke redenen hebben om een partij als medepleger aan te wijzen. Uit de systematiek van de wet volgt dat het moet gaan om partijen die niet alle bestanddelen van het delict vervullen, oftewel een rechtspersoon of een persoon die meewerkt aan een overtreding maar die niet zelf als pleger is aan te merken. In de zaken hebben wij kunnen zien dat de grens tussen pleger en medepleger dun is en dat de rechter het lijkt toe te staan om deze kwalificatie in een latere fase te wijzigen. In grote lijnen kan gesteld worden dat de toezichthouders geneigd zijn om deze kwalificatie toe te passen indien zij overtuigd zijn van de betrokkenheid van een partij, maar inzien dat deze mogelijk niet bij alle elementen van de overtreding betrokken is.

In het geval van de zaak Clever Life was dit, omdat de functionaris zelf in de zienswijze met succes wist te onderbouwen dat het niet in zijn macht lag om de overtreding te beëindigen.²⁷³ Daarmee zou hij dus niet aan de Slavenburg-criteria voldoen. In het geval van het pensioenfonds lag het voor de hand dat DNB hem als medepleger zou aan merken, nu de norm zich richt tot het pensioenfonds en deze partij een investeringsmaatschappij was die de feitelijke uitvoering van de overtreding op zich nam.²⁷⁴ Voor de NUON CCC zaak van de ACM is een vergelijkbare situatie aan de orde nu de norm zich richtte tot de andere overtreder en NUON CCC de ontvanger was van de gegevens en daarmee dus een belangrijke bijdrage leverde aan de overtreding. In de overige zaken van de ACM lijkt de toezichthouder te twijfelen over de juiste kwalificatie. In de HGI zaak heeft de ACM nagelaten om nader te duiden welke vorm van functioneel plegerschap zij de functionaris toerekende. Hoewel de rechter uit de verwijzing naar het IJzerdraad-uitspraak heeft afgeleid dat het om medeplegen zou moeten gaan, is dit echter niet aan de orde nu de functionaris niet samenwerkte met de overtreder maar hier feitelijk leiding aan gaf. Dan past de rechter op basis van de feiten het feitelijk leidinggeverschap

²⁷⁰ Besluit ACM 9 oktober 2012 (HGI).

²⁷¹ Boetebeleid feitelijk leidinggevers AFM, par. 3.3.

²⁷² Boetebeleid feitelijk leidinggevers AFM, p. 8.

²⁷³ Besluit AFM 29 november 2012 (Clever Life), p. 22-23.

²⁷⁴ Besluit DNB 27 januari 2017.

toe.²⁷⁵ In de Daisycon-zaak was er sprake van een samenwerkende keten aan bedrijven, waarbij de rol van Daisycon in die keten voor ACM duidelijk was.²⁷⁶ De ACM merkt in haar besluit op dat Daisycon niet automatisch als normadressaat en dus zelf als pleger kon worden aangemerkt.²⁷⁷ Zij zag wel genoeg argumenten om Daisycon aan te merken als medepleger.²⁷⁸ De voorzieningenrechter geeft hier echter duidelijkheid in, waardoor in de rest van de procedure gesproken wordt over pleger.²⁷⁹

Uit dit alles wordt duidelijk dat het voor de toezichthouders met name van belang is of de onderzochte rechtspersoon of functionaris is aan te merken als normadressaat van de geschonden norm of als feitelijk leidinggever. Indien hier twijfel over bestaat, lijken de toezichthouders voor de veilige weg te gaan en te kiezen voor de kwalificatie medepleger.

6 Zijn de toezichthouders succesvol?

Het trackrecord voor wat betreft feitelijk leidinggeven en medeplegen bij de toezichthouders is erg goed. In zeven van de 46 bestudeerde zaken blijft de overtreding van de rechtspersoon niet (geheel) overeind.²⁸⁰ Slechts in drie van de zaken die wij hebben bekeken was de rechter van oordeel dat een (een deel van de) functionaris(sen) ten onrechte als feitelijk leidinggever was aangemerkt.²⁸¹ In de zaak Daisycon werd de boete voor de feitelijk leidinggevers vernietigd, omdat de evenredigheid van de boete aan de feitelijk leidinggevers niet op de juiste wijze was gemotiveerd.²⁸² Ten slotte is de boete aan een feitelijk leidinggever van de AFM vernietigd, maar de reden daarvan is nog onbekend.²⁸³ De toezichthouders lijken prudent om te gaan met het instrument en de rechter oordeelt dat zij juridisch gezien de feitelijk leidinggeven toets juist hanteren.

7 Concluderende vergelijking ACM, AFM en DNB

In de voorgaande paragrafen zijn wij vooral beschouwend ingegaan op de handhavingspraktijk van de toezichthouders op het gebied van feitelijk leidinggeven en medeplegen. In paragraaf 2.2 zijn wij ingegaan op de kritiek die er in de literatuur is geuit op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten. In deze paragraaf zullen wij, gelet op de zaken die wij hebben bekeken, onze visie geven op deze kritiekpunten. Daarbij gaan wij ten eerste in op de inhoudelijke toetsing; valt er een persoonlijk verwijt te maken en/of is er sprake van een risicoaansprakelijkheid? Ten tweede kijken wij naar de boeteoplegging aan feitelijk leidinggevers; is er voldoende guidance omtrent draagkracht? Ten derde gaan wij in op de vraag of er voldoende guidance is omtrent het al dan niet meenemen van feitelijk leidinggevers. Ten vierde bespreken wij de bevoegdheid medeplegers te beboeten. Maken toezichthouders wel op juiste wijze gebruik van dit instrument? Ten slotte gaan wij in op het trackrecord van de toezichthouders met betrekking tot feitelijk leidinggeven en medeplegen. Vindt de rechter dat de toezichthouders op juridisch juiste wijze omgaan met deze instrumenten?

Met onze visie op de hiervoor genoemde punten introduceren wij onze stellingen. Daarnaast helpt deze exercitie om de vraag te beantwoorden: Is de kritiek op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers in het economisch bestuursrecht te beboeten terecht gebleken?

7.1 Inhoudelijke toetsing

Uit de analyse van de besluitvorming van de toezichthouders volgt dat deze bij het al dan niet aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers, in lijn met de jurisprudentie, grote waarde hechten aan de feitelijke positie en wetenschap van een functionaris. In veruit de meeste zaken constateren de

²⁷⁵ Rb. Rotterdam 20 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:1815, r.o. 6.1 t/m 6.3.

²⁷⁶ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), nr. 218 t/m 222.

²⁷⁷ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), nr. 273.

²⁷⁸ Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), par. 10.3.1.

²⁷⁹ Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808, r.o. 11.1 t/m 11.3.

²⁸⁰ CBb 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116 (*Besluit DNB 20 december 2013*); CBb 26 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:340 (*Besluit AFM 7 maart 2013*); Rechtbank Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528 (*Wegener*); CBb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438 (*Digital Magazines*); Rb. Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7659-7664 (*Taxi's*); Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2818; Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2781 (*Vriesshuizen*) en Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3123 (*Nuon*).

²⁸¹ Zie CBb 17 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151 (*Besluit DNB 25 september 2012*), r.o. 7. 2 zaken Wegener waar een commissaris was aangesproken, CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, *AB* 2018/366 en *AB* 2018/367, m.nt. R. Stijnen (*Imtech*), r.o. 6.3.

²⁸² CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139, r.o. 8.4.

²⁸³ Besluit AFM 25 november 2016.

toezichthouders dat er sprake is van een actieve bijdrage van de functionaris aan het verboden gedrag.²⁸⁴ Naar onze mening duidt dit erop dat de toezichthouders de lat voor zichzelf redelijk hoog leggen voor zij een feitelijk leidinggever persoonlijk aansprakelijk houden. De suggestie dat er sprake zou zijn van een vorm van risicoaansprakelijkheid is in de praktijk naar ons oordeel dan ook onterecht gebleken. Juist in de zaken waarin functionarissen zich actief bemoeiden met de verweten gedraging zijn de toezichthouders overgegaan tot het beboeten van de feitelijk leidinggever. De LHV-zaak laat zien dat bij twijfel over kennis van de gedraging omdat een van de bestuurders slechts zijdelings was betrokken bij de overtreding, wordt afgezien van het betrekken van de feitelijk leidinggever.²⁸⁵ Dat het in de rechterlijke fase vervolgens lastig is om als feitelijk leidinggever te betogen dat je niet voldoet aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium, zoals Peek en De Vries concluderen,²⁸⁶ ligt naar onze mening aan het feit dat de bestuursorganen niet lichtzinnig met dit instrument omspringen.

Deze constatering wordt mede ondersteund door het feit dat de toezichthouders juist meer aandacht schenken aan de feitelijke betrokkenheid bij de gedraging, dan aan de formele positie op papier binnen de rechtspersoon. Uit de zaken valt ook op te maken dat de toezichthouders in de meeste gevallen overgaan tot het beboeten van feitelijk leidinggevers, omdat hen volgens ons ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt te maken is nu zij zeer op de hoogte waren van de gedragingen en wisten of behoorden te weten van de wederrechtelijkheid van hiervan. De feitelijk leidinggevers stonden veelal aan de wieg van de verboden gedraging, hebben het beleid uitgewerkt of waren actief betrokken bij de gedraging en de klachtafhandeling. De toezichthouders blijven hier aan de bovengrens van de Slavenburg-criteria. Het feit dat je als bestuurder verantwoordelijk bent voor een bepaald onderdeel van de organisatie, is dus niet doorslaggevend bij de vervolgbeslissing. De kritiek van Van Bekkum²⁸⁷ delen wij dan ook niet, nu ook hij ervan lijkt uit te gaan dat feitelijk leidinggevers wisten of behoorden te weten dat de betreffende gedragingen een overtreding opleverden. Dit is, zoals hiervoor toegelicht en door het CBb bevestigd, niet de norm voor het aansprakelijk stellen van een feitelijk leidinggever in het bestuursrecht.²⁸⁸

Voorts is tot op heden in geen van de zaken gebleken dat een functionaris werd aangesproken, omdat hij slecht (te passief) leidinggaf. In geen van de gevallen komt de toezichthouder tot de conclusie dat een functionaris weliswaar niet op de hoogte was, maar dit wel had moeten zijn. Dat toezichthouders voorzichtiger zijn dan strikt genomen van hen wordt vereist, blijkt uit de zaken waar het een kleine rechtspersoon betreft en de hoofdactiviteit de verboden gedraging behelst. Daar waar het CBb reeds kennis aanneemt indien er sprake is van een kleine rechtspersoon waarbij de verboden gedraging de hoofdactiviteit behelst, blijven de toezichthouders onderzoeken of er ook daadwerkelijk sprake is van kennis en feitelijke betrokkenheid.

Juist door deze constatering zijn wij van mening dat tot nu toe niet is gebleken dat er in de praktijk feitelijk sprake is van een risicoaansprakelijkheid die noopt tot een andere invulling van het vereiste opzet. Naar onze mening is het in het economisch bestuursrecht bovendien onwenselijk dat bij het aansprakelijk stellen van feitelijk leidinggevers boos opzet aan de zou orde moeten zijn. De normen waar de toezichthouders op toezien bevatten geen opzet-element. Door dit wel te vereisen bij de feitelijk leidinggevers ontstaat de situatie dat voor het beboeten van het bedrijf dat de overtreding begaat geen boos opzet vereist is, maar voor de feitelijk leidinggever wel. Dit leidt tot twee sporen binnen het economische bestuursrecht.

Hierbij merken wij verder op dat het feit dat de normen in het economisch bestuursrecht meer principle-based, voor meerdere uitleg vatbaar of onduidelijk zouden zijn, wat ons betreft niet kan leiden tot een bozer opzet voor de feitelijk leidinggevers. In de eerste plaats geldt zou dit argument even goed op gaan voor het overtredende bedrijf. Niet valt in te zien waarom voor de bestuurders de lat hoger zou moeten liggen. Al zien wij wel dat toezichthouders vooral zaken oppakken waarin de functionaris een persoonlijk verwijt te maken valt omdat hij actief betrokken was bij het gedrag en op de hoogte was of zou moeten zijn van de wederrechtelijkheid van het gedrag. In de tweede plaats is er binnen het bestuursrecht altijd ruimte om de verwijtbaarheid lager vast te stellen indien een feitelijk

²⁸⁴ Uitzondering hierop is bijvoorbeeld CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140 (*Limburgse bouw*), r.o. 4.3.3 e.v.

²⁸⁵ Besluit ACM 30 december 2011 (*LHV*), nr. 165; Beslissing op bezwaar ACM 3 februari 2014 (*LHV*), par 5.

²⁸⁶ Peek en De Vries, *Financieel Recht*, nr. 3, nr. 3, p. 102.

²⁸⁷ Van Bekkum, *Ondernemingsrecht* 2013/114, p. 5 e.v.

²⁸⁸ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7.

leidinggever zich uitgebreid heeft laten informeren door (externe) deskundigen, maar alsnog door een verkeerde interpretatie van deze deskundige de norm overtreedt. Een zorgplicht zoals Vellinga²⁸⁹ en van Asperen de Boer²⁹⁰ voorstaan is aldus in dit kader reeds vervuld. Ten derde zien de normen waar de toezichthouders op handhaven op dikwijls specialistische markten waar van bedrijven en haar bestuurders ook mag verwacht worden dat zij zich verdiepen in de regelgeving. Dit doen de toezichthouders, en met hen de rechters,²⁹¹ dan ook. Wat ons betreft behoort het ook tot de verantwoordelijkheid van een bedrijf en zijn leidinggevers om de regelgeving waarbinnen je mag opereren eigen te maken. Als professionele ondernemer behoort dit ook tot je taak. Wij spreken dan ook eerder van een verantwoordelijkheidsaansprakelijkheid dan van een risicoaansprakelijkheid. Dit brengt ons tot de volgende stelling:

- ➔ Stelling: Doordat toezichthouders in het economisch bestuursrecht de focus leggen op de feitelijke betrokkenheid en persoonlijke verwijtbaarheid, is van (verkapte) risicoaansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers geen sprake.

De tweede constatering die wij hebben gedaan is dat de toezichthouders bij grote complexe organisaties er tot op heden minder vaak voor kiezen om de feitelijk leidinggevers aan te spreken. De toezichthouders lijken op dit vlak voorzichtig te zijn. Dit is verklaarbaar gezien het dilemma van de toezichthouder dat bij functionarissen die hiërarchisch hoger zijn, de afstand tot de overtreding doorgaans groter is, waardoor het risico bestaat om te dicht tegen de ondergrens van de Slavenburg-criteria aan te zitten. Hoewel het goed is dat de toezichthouder secuur met zijn bevoegdheden omgaat, moet dit er niet toe leiden dat leidinggevers in grotere en complexe organisaties de dans kunnen ontspringen. In het kader van de gelijkheid is het wenselijk dat toezichthouders in alle gevallen onderzoeken of er functionarissen verantwoordelijk zijn voor de verboden gedragingen. Ook in de gevallen waar er sprake is van een vaste toezichtsrelatie moet naar onze mening het aanspreken van de verantwoordelijke leidinggevers een reële optie zijn. Wij realiseren ons hierbij dat het vaststellen van de precieze verhoudingen in een complexe en gelaagde rechtspersoon extra onderzoek en capaciteit vergt, maar dat mag naar ons oordeel niet leiden tot ongelijkheid. Onze volgende stelling luidt dan ook:

- ➔ Stelling: Toezichthouders moeten minder voorzichtig zijn bij de keuze feitelijk leidinggevers al dan niet mee te nemen bij grote complexe (onder toezicht gestelde) rechtspersonen.

7.2 Beboeting

Evenredigheid en draagkracht kunnen een grote matigende invloed hebben op de boetehoogte.²⁹² Nu AFM en DNB de elementen die zij meewegen los bespreken en het gepubliceerde beleid van AFM inzicht geeft in de toetsing, komt uit de bekeken zaken een duidelijk beeld naar voren; er wordt veel gematigd op grond van evenredigheid/proportionaliteit en draagkracht. De ACM houdt (tegenwoordig) ook in elke zaak rekening met de financiële positie van de feitelijk leidinggever, maar in welke mate dit element invloed heeft op de uiteindelijke evenredige boetehoogte is gezien de wijze van motiveren onbekend.²⁹³ Gelet op deze wijze van motiveren, is het begrijpelijk dat de buitenwereld stelt dat er weinig guidance wordt gegeven omtrent het berekenen van de boetehoogte.

²⁸⁹ Concl. A-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, bij HR 24 april 2007, *NJ* 2007/544, par. 23.

²⁹⁰ Van Asperen de Boer, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014, nr. 1.

²⁹¹ CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140, (*Limburgse bouw*); Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 173; Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), rnr. 109; Besluit ACM 26 mei 2016, (*Financial Media*), rnr. 317; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 54.

²⁹² CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.5 en CBb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 8.

²⁹³ Bij AFM wordt bijna altijd gematigd op grond van objectieve draagkracht, zie Besluit AFM 9 november 2017 (*Visie*), p. 57. Bij DNB wordt tot nu toe altijd op grond van algemene evenredigheid zoals omvang van de overtreding en overige omstandigheden gematigd. Daarnaast wordt vaak op subjectieve draagkracht/hardheid gematigd, zie: Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p.24; Besluit 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 21; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p.31; Besluit 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 24-25; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 21 e.v.; Besluit ACM 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw A*), rnr. 22-25; CBb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91, (Besluit DNB 13 maart 2014), r.o. 12.1, waarbij het CBb verder matigt dan DNB; Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) p. 31; Rb. Rotterdam 6 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5116, r.o. 53 en 56, waarbij de Rechtbank verder matigt dan AFM; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*).

²⁹³ Zij gaat er en mag er vanuit gaan dat de boetemaxima ervoor zorgen dat er in beginsel een evenredige boete wordt opgelegd. Zie besluit ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen-CEO Daalimpex 205216*), rnr. 72; Besluit CA 9 oktober 2012, (HGI), rnr. 88; Rb. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4858 (*Limburgse bouw*), r.o. 11.3; Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5777, (*Leesmappen*) r.o. 12.

Wat betreft een beroep op ontoereikende draagkracht van een feitelijk leidinggever geldt bij elke toezichthouder dat de verantwoordelijkheid voor een volledige en duidelijke onderbouwing van de ontoereikende draagkracht bij de functionaris ligt. Levert de functionaris niet (voldoende) aan, dan heeft de toezichthouder onvoldoende inzicht en geen grond om de boete naar beneden bij te stellen.

De AFM en DNB verzoeken bij het voornemen tot boetoplegging altijd om informatie over de financiële positie van de functionaris. Daarbij verstrekken de AFM en DNB een vragenlijst. In een aantal gevallen wordt deze lijst, soms na meermaals wijzen op de mogelijkheid een beroep te doen op beperkte draagkracht in de sanctiefase, ingevuld en wordt een eventueel matigingsverzoek op grond van draagkracht met behulp van de vragenlijst en bijbehorende stukken onderbouwd. De ACM verzoekt later in de procedure (in de sanctiefase), waarin een boetebesluit wordt voorbereid, om inzicht in de financiële gegevens.²⁹⁴

Indien de functionaris een hardheidsverweer voert en beperkte draagkracht wordt vastgesteld, matigt de toezichthouder naar aanleiding daarvan de boete voor de desbetreffende functionaris.²⁹⁵ Indien geen enkel inzicht wordt gegeven in de draagkracht van een functionaris, kan de toezichthouder geen rekening houden met deze draagkracht.²⁹⁶ In een groot aantal gevallen dat er een beroep wordt gedaan op beperkte draagkracht, zijn de aan de toezichthouder overgelegde stukken niet volledig of niet/onvoldoende onderbouwd,²⁹⁷ zelfs bij de rechter.²⁹⁸ Daarnaast valt op dat functionarissen pas in een later stadium in de procedure (in bezwaar, beroep op zelfs pas in hoger beroep) een beroep op beperkte draagkracht doen,²⁹⁹ zelfs bij de AFM en DNB die al in een vroeg stadium een vragenlijst toesturen.³⁰⁰

Gelet op het voorgaande lijkt de procedure omtrent een beroep op ontoereikende draagkracht nog niet op rolletjes te lopen. Het draagkrachtraject zou volgens ons beter moeten kunnen werken. Zeker in het geval van beboeting van feitelijk leidinggevers. Deze boete treft iemand in persoon.

Nu er een roep is om hogere boetes en boetemaxima en bandbreedtes al zijn verhoogd,³⁰¹ zou dit kunnen leiden tot nog meer draagkrachtverweren. Daarom is dit zeker het juiste moment om eens te kijken op welke wijze het draagkrachtraject voor zowel de functionaris als de toezichthouder beter zou kunnen verlopen. Enerzijds kunnen (sommige) toezichthouders een actievare rol innemen. Zij kunnen waar het kan transparantie omtrent de draagkrachtbeoordeling en guidance over de omvang van de bewijslast bieden. De kritiek op het gebied van guidance omtrent de beoordeling van draagkrachtverweren is dan ook deels terecht. Dit geldt temeer nu de bewijslast bij de functionaris ligt. Anderzijds mag wat verwacht worden van de functionaris. Deze (of zijn vertegenwoordigers) lijken soms (ten onrechte) terughoudend te zijn in het aanleveren van stukken die voldoende inzicht bieden

²⁹⁴ Zie bijvoorbeeld besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), nr. 200: "Wat betreft de financiële situatie van [FEITELIJK LEIDINGGEVER 2] en [FEITELIJK LEIDINGGEVER 1] heeft ACM beiden ter hoorzitting in de gelegenheid gesteld om ACM hierover nader in te lichten in verband met een mogelijk op te leggen boete. Zij hebben hiervan geen gebruik gemaakt."

²⁹⁵ Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 21; Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), nr. 88 e.v.

²⁹⁶ CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256 (*Clever Life*), r.o. 11.3; Besluit DNB 9 november 2012, p. 29 en Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436 (*Besluit DNB 9 november 2012*), 7.1.

²⁹⁷ Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 85; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p. 29-30; Beslissing op bezwaar 16 juli 2015 (*Inpetto*), nr. 130; Besluit DNB 10 augustus 2012, nr. 12; Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:272, r.o. 6.3; Rb. Rotterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1716, r.o. 8.2; CBb 3 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:359, r.o. 3.6; Besluit ACM 30 augustus 2016 (*Vriesshuizen-CEO Daalimpex 205216 en 205218*), nr. 76-77 en 91-92; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), nr. 136.

²⁹⁸ Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256 (*Clever Life*), r.o. 3.9; CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.7.; CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119, (*Besluit DNB 10 augustus 2012*) r.o. 3.3.1 en 3.3.2; Rb. Rotterdam 6 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5116, r.o. 53 en 56; Rb. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4858 (*Limburgse bouw*), r.o. 11.3; CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123, (*HGI*) r.o. 9; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 8; CBb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91, (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 12.1.

²⁹⁹ Besluiten ACM 30 augustus 2016 (*Vriesshuizen - CEO Daalimpex 205218 en 205216*), resp. nr. 87 en 72; Beslissing op bezwaar ACM 31 augustus 2015 (*Leesmappen*), nr. 256; Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), nr. 137-144.

³⁰⁰ Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), nr. 88 e.v.; Beslissing op bezwaar AFM 20 maart 2014 (*OVN*), nr. 165 e.v.; Beslissing op bezwaar 16 juli 2015 (*Inpetto*), nr. 130 e.v.; Besluit op bezwaar DNB 21 december 2012.

³⁰¹ Zie bijvoorbeeld de verhoogde bedragen - art. 12n Iw ACM en 1:81, tweede lid, Wft. Zie ook het preadvies van Winkels en Van der Linden.

in de financiële situatie.³⁰² Het is de vraag of het aanleveren van financiële gegevens wel zo vrijblijvend zou moeten zijn. Gezien de vrijblijvendheid bij het aanleveren van gegevens, is het namelijk lastig voor de toezichthouder een boete vast te stellen die daadwerkelijk is afgestemd op de draagkracht van de functionaris. Dit heeft tot gevolg dat zolang de onwetendheid en de vrijblijvendheid overheerst, er het risico bestaat dat onevenredige boetes worden vastgesteld. Gelet op het voorgaande komen wij dan ook tot de volgende stellingen:

- ➔ Stelling: Vrijblijvendheid bij aanleveren van financiële gegevens maakt dat het voor de toezichthouder lastig is een evenredige boete (naar draagkracht) vast te stellen. Daarom is het ook in het belang van de feitelijk leidinggever dat de toezichthouder in een vroeg stadium over de benodigde stukken beschikt.
- ➔ Stelling: De bewijslast bij een draagkrachtverweer ligt bij de feitelijk leidinggever, daarom is het wenselijk dat toezichthouders vroeg in de procedure guidance bieden wat betreft aan te leveren stukken en wijze van vaststelling van de draagkracht.

7.3 Factoren

Uit de beschreven praktijk hebben wij een aantal factoren gedestilleerd die van belang lijken te zijn bij het al dan niet aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever. DNB leek zich in de bestudeerde zaken vooral te focussen op feitelijk leidinggevers bij markttoetredingseisen. Zij legde vorig jaar wel boetes op aan feitelijk leidinggevers aan een verbodsbepaling. De AFM beboet feitelijk leidinggevers aan diverse overtredingen naast markttoetreding. De ACM heeft de focus op kartels en consumentenbeschermingsbepalingen. Alle toezichthouders lijken met name feitelijk leidinggevers op hoge posities in minder complexe kleinere organisaties aan te spreken die zeer actief betrokken zijn bij het verboden gedrag. Het betreft ook minder vaak feitelijk leidinggevers die al onder het vaste toezicht van de toezichthouder vallen. Zoals ook in het beleid van AFM en DNB staat, kan dit te maken hebben met het feit dat een eventuele overtreding bij een ondertoezichtgestelde rechtspersoon op een minder vergaande wijze aangepakt en verholpen kan worden. De toezichthouders moeten ervoor zorgen dat dit niet tot ongelijke behandeling leidt.

De toezichthouders lijken in kleinere organisaties juist vaak (ook) de focus te willen leggen op de persoon achter de rechtspersoon, vaak ook zijnde DGA. Om hem of haar persoonlijk verantwoordelijk te houden. Daarnaast wil de toezichthouder recidive voorkomen, zeker als gevaar bestaat dat de persoon andere rechtspersonen opricht, waardoor nieuwe overtredingen begaan door deze nieuwe rechtspersonen een reëel gevaar vormen. Het (ook) aanmerken van de feitelijk leidinggever zorgt er daarnaast voor dat er altijd iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtreding, ook bij het failleren of ontbinden van de rechtspersoon die als pleger wordt aangemerkt. Ook dit bevordert de preventieve werking.

Gelet op het voorgaande zijn er factoren aan te wijzen die de toezichthouder laat meewegen bij de keuze om al dan niet feitelijk leidinggevers mee te nemen. Het klopt dat een leidinggevende functionaris geen lijstje kan aflopen om te kijken hoe groot de kans is dat hij of zij wordt aangemerkt als feitelijk leidinggever. In zoverre is er inderdaad weinig guidance. Het is echter de vraag op welke wijze er dan guidance gegeven zou moeten worden. Met het oog op generale preventie lijkt een dichtgetimmerd afwegingskader onwenselijk. Als je als functionaris actief betrokken bent bij het leidinggeven aan het verboden gedrag, moet je er rekening mee houden dat je ook persoonlijk aangesproken kan worden. Gelet op bovenstaande luidt onze stelling dan ook:

- ➔ Stelling: Meer guidance omtrent het al dan niet aanmerken van feitelijk leidinggevers is niet noodzakelijk.

7.4 Medeplegen

Medeplegen blijkt een stuk minder succesvol instrument te zijn voor toezichthouders. Zij maken er in hun beleid dan ook geen geheim van dat de situatie dat er sprake is van medeplegen sporadisch voor komt. Zoals wij eerder hebben opgemerkt, lijkt dit deels te worden veroorzaakt door het feit dat de toezichthouders deze kwalificaties niet nodig lijken te hebben om alle deelnemers aan de verboden gedraging aan te spreken. Nu in het economisch bestuursrecht vaak sprake is van specifieke

³⁰² Zie ook Altena en Kraaijeveld, *Jaarboek Compliance 2018*, p. 154.

normadressaten lijkt de nadruk in de besluitvorming meer te liggen op de vraag wie in dat kader verantwoordelijk is en dus niet welke partij nu precies welk delictsbestanddeel heeft verricht en dus ook niet of er nu sprake is van een pleger of een medepleger. Alleen als de toezichthouders twijfelen over of een partij is aan te merken als normadressaat, wordt de kwalificatie medepleger gehanteerd.

Ook de rechter lijkt deze lijn te volgen. De rechter heeft hier vóór de invoering van de Vierde tranche een lijn in gevonden en lijkt hiervan niet te zijn afgeweken met de toevoeging van het medeplegerschap. De rechter lijkt hier ook flexibel mee om te gaan, nu wij in een tweetal zaken hebben vastgesteld dat deze, indien de zaak zich hiertoe leent, zelfs bereid lijkt de kwalificatie te wijzigen.

Hoewel het naar onze mening wel begrijpelijk is dat toezichthouders eerst en bovenal onderzoeken of een partij als pleger is aan te merken, is het naar onze mening de vraag of dit ook wenselijk is. In het economisch bestuursrecht wordt reeds gewerkt met een brede interpretatie van normadressaten. Doordat toezichthouders hier ook steeds meer partijen onder pogen te scharen, raakt de aandacht steeds meer weg van de vraag of deze partijen ook daadwerkelijk wel alle delictsbestanddelen hebben vervuld. Het zou volgens ons juridisch meer zuiver zijn als het beestje bij zijn naam genoemd wordt. De toezichthouders moeten dus vaker ingaan op de samenwerking tussen de verschillende deelnemers aan een verboden gedraging.

- ➔ Stelling: In het economische bestuursrecht moet voorkomen worden dat de kwalificatie van pleger of medepleger irrelevant wordt. In het geval van samenwerkende partijen moet de kwalificatie medeplegen worden gehanteerd, ook wanneer de partijen wel als normadressaat zijn aan te wijzen.

7.5 Trackrecord

In het overgrote deel van de bestudeerde zaken waar de overtreding van de rechtspersoon overeind bleef, heeft de toezichthouder volgens de rechter de lat voor feitelijk leidinggeven gehaald. Dat is niet vreemd, gezien het feit dat de toezichthouders aan de veilige kant zitten met het aanmerken van feitelijk leidinggevers.

8 Conclusies

Gelet op het voorgaande komen wij tot de conclusie dat de kritiek op de bevoegdheid feitelijk leidinggevers in het economisch bestuursrecht te beboeten niet geheel terecht is gebleken. De toezichthouders kunnen goed uit de voeten met de Slavenburg-criteria en de criteria om medeplegen vast te stellen. In de afgelopen jaren hebben de toezichthouders in 46 zaken één van beide deelnemingsvormen ingezet en slechts in enkele gevallen heeft de rechter de beboeting van de feitelijk leidinggever of de medepleger onrechtmatig geacht gezien de toepassing van beide bevoegdheden. Reeds daarom kan worden geconcludeerd dat de toezichthouders deze middelen op een juiste wijze inzetten en dus niet over de schreef gaan.

Wij hebben wel vastgesteld dat dit voor feitelijk leidinggevers het gevolg lijkt te zijn van het feit dat de toezichthouders aan de veilige kant van het spectrum zitten. Wij hebben geconstateerd dat de toezichthouders overgaan tot het beboeten van de feitelijk leidinggevers, indien deze een actieve rol bij de overtreding had en hem dus ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt is te maken. Overigens valt niet uit te sluiten dat de toezichthouders in de toekomst ook zaken oppakken waar dit minder het geval is. Hoewel wij nu geen zaak hebben gevonden waarin een functionaris verweten werd dat hij passief heeft leidinggegeven aan een rechtspersoon, valt niet uit te sluiten dat dit in de toekomst wel het geval zal zijn. Meer guidance op dit vlak lijkt op dit vlak misschien wel wenselijk maar niet noodzakelijk. Dat beboeting voor een functionaris een onaangename verrassing is die grote impact kan hebben op zijn persoonlijke leven, dat begrijpen wij. Maar deze verrassing wordt niet veroorzaakt door een gebrek aan guidance.

De toezichthouders leggen, en met hen de rechtspraak, de lat hoog als het gaat om de vereiste kennis die nodig is om te acteren op de markten waar zij toezicht op houden. Het verweer dat een leidinggever geen boos opzet had lijkt niet te kunnen slagen. Indien een bedrijf of leidinggever niet wist dat een vergunning vereist is om bepaalde handelingen op de financiële markt te verrichten, had

het op zijn weg gelegen om dit na te gaan. Ook bij kartels worden functionarissen geacht te beseffen dat bepaalde samenwerkingsvormen niet zijn toegestaan. Voor consumentenrecht geldt in het bijzonder dat de handelaar zich (bewust) verrijkt ten koste van de consument.

Met medeplegen is zoals gezegd minder ervaring opgedaan. Weliswaar hebben de toezichthouders in het verleden deze deelnemingsvorm vaak niet nodig geacht, omdat de aangesproken overtreders doorgaans ook als pleger zijn aan te merken. Dit maakt echter niet dat de toezichthouders de bevoegdheid om medeplegen te beboeten ontoereikend achten. Met name als niet vast staat dat sprake is van de normadressaat, dan lijken de toezichthouders dit middel aan te grijpen om partijen aan te spreken die wel een belangrijke rol in de overtreding hebben gehad. Onze voorkeur zou ernaar uitgaan om een zuiverder onderscheid te maken tussen de pleger en de medepleger indien een partij niet alle delictselementen vervult, maar de toezichthouders en de rechtspraak lijken hier flexibel mee om te gaan. Dit heeft er ook in geresulteerd dat deze kwalificatie gedurende de procedure kan worden gewijzigd. Wederom moet de toekomst uitwijzen of deze aansprakelijkheidsvorm meer gestalte zal krijgen, maar wij willen hem niet bij voorbaat al afschrijven. Er zijn immers genoeg situaties denkbaar waarin onvoldoende vast staat dat een partij die een groot aandeel heeft gehad in de overtreding toch niet aan alle delictselementen heeft voldaan.

Wij hebben gezien dat de toezichthouders problemen hebben ondervonden bij de vaststelling van de boete en de hoogte hiervan. Dit is weliswaar niet uniek voor beide deelnemingsvormen, maar het valt wel op dat functionarissen pas laat een draagkrachtverweer voeren en pas laat een evenredige boete bepaald kan worden. Blijkbaar weten de aangesproken functionarissen, bij wie op dit punt een grote bewijslast ligt, en de toezichthouders elkaar nog onvoldoende te vinden. Naar onze mening zou het echter voor beide partijen beter zijn indien de kaarten op dit punt al in een vroeg stadium op tafel komen. Alleen dan kan worden voorkomen dat de toezichthouders boetes opleggen die gezien de overtreding evenredig zijn, maar toch voor de feitelijk leidinggever gelet op zijn persoonlijke situatie niet draagbaar zijn. Hier zien wij nog wel een taak voor de toezichthouders weggelegd. Door in een vroeger stadium duidelijk te maken dat het in het nadeel van de feitelijk leidinggever is als hij zijn kaarten op de borst houdt en ook helder te communiceren over de benodigde gegevens, kunnen dergelijke schokken mogelijk voorkomen worden. De guidance die op dit punt gegeven wordt, blijkt namelijk vooralsnog niet het gewenste effect te hebben. Een andere oorzaak kan liggen in de vrijblijvendheid voor de feitelijk leidinggevers op dit punt. Zij kunnen het risico nemen om pas laat over de brug te komen, omdat de draagkracht te allen tijde kan worden aangevoerd. Om dit weg te nemen kan gedacht worden aan een meewerkplicht. Voor de toezichthouders kan hiermee worden voorkomen dat zij boetes opleggen die niet draagbaar blijken te zijn. Immers, ook toezichthouders vinden het belangrijk een evenredige boete op te leggen. Maar daarvoor is de wetgever aan zet.

9 Stellingen

1. Doordat toezichthouders in het economisch bestuursrecht de focus leggen op de feitelijke betrokkenheid en persoonlijke verwijtbaarheid, is van (verkapte) risicoaansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers geen sprake.
2. Toezichthouders moeten minder voorzichtig zijn bij de keuze feitelijk leidinggevers al dan niet mee te nemen bij grote complexe (onder toezicht gestelde) rechtspersonen.
3. Vrijblijvendheid bij aanleveren financiële gegevens maakt dat het voor de toezichthouder lastig is een evenredige boete (naar draagkracht) vast te stellen. Daarom is het ook in het belang van de feitelijk leidinggever dat de toezichthouder in een vroeg stadium over de benodigde stukken beschikt.
4. De bewijslast bij een draagkrachtverweer ligt bij de feitelijk leidinggever, daarom is het wenselijk dat toezichthouders vroeg in de procedure guidance bieden wat betreft aan te leveren stukken en wijze van vaststelling van de draagkracht.
5. Meer guidance omtrent het al dan niet aanmerken van feitelijk leidinggevers is niet noodzakelijk.
6. In het economische bestuursrecht moet voorkomen worden dat de kwalificatie van pleger of medepleger irrelevant wordt. In het geval van samenwerkende partijen moet de kwalificatie medeplegen worden gehanteerd, ook wanneer de partijen wel als normadressaat zijn aan te wijzen.