

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

**Concretisering van de zorgplicht van leidinggevenden. Een betoog
aan de hand van de typologieën van Henry Mintzberg**

mr.dr. M.J. (Mark) Hornman¹

I. INLEIDING

I.1 Aanleiding en focus

Ondernemingen zijn er in verschillende soorten en maten, reikend van zeer klein tot buitengewoon omvangrijk en met bedrijfsactiviteiten die kunnen variëren van relatief eenvoudig, voorspelbaar en overzichtelijk tot uiterst gecompliceerd, dynamisch en specialistisch. Dat vertaalt zich vanzelfsprekend in een legio aan potentiële leidinggevenden waarvan de mogelijkheden om misstanden binnen hun onderneming te signaleren en te corrigeren wezenlijk uiteenlopen. Dat betekent dat van de ene leidinggevende mogelijk meer, maar bovenal iets anders kan worden verwacht dan van de ander. De vraag is of, en zo ja in hoeverre, dat gegeven zich ook zou moeten vertalen in een andere zorgplicht voor die leidinggevende. Verdient het aanbeveling om daarin te differentiëren, en zo ja, hoe kan dat onderscheid dan het beste vorm krijgen?

In mijn proefschrift heb ik getracht diezelfde vraag voor het strafrecht te beantwoorden, waarbij ik heb geconcludeerd dat het hanteren van typologieën van ondernemingen inderdaad kan bijdragen aan het concretiseren en verduidelijken van de zorgplicht van leidinggevenden, en daarmee aan het bevorderen van zowel rechtszekerheid als effectieve rechtshandhaving.² Het bestuur van de Jonge VAR heeft mij gevraagd om te onderzoeken of eenzelfde concretisering van de zorgplicht van leidinggevenden van ondernemingen kan worden gerealiseerd voor het bestuursrecht. In de praktijk blijken het met name de meer omvangrijke en complexe ondernemingen te zijn waar individuele aansprakelijkheid van leidinggevenden zich lastig laat vaststellen. Veelal omdat er meerdere potentieel verantwoordelijken in beeld komen. Dat leidt tot willekeur en creëert rechtsonzekerheid voor eenieder die in het aansprakelijkheidsvizier van de overheid komt. Bovendien worden de betrokkenen hierdoor – mogelijk ten onrechte – blootgesteld aan een langdurige en ingrijpende juridische procedure die, ongeacht de uitkomst, blijvende sporen zal nalaten. Tegelijkertijd bemoeilijkt deze onvoorspelbaarheid effectieve handhaving voor diezelfde overheidsinstanties, nu niet duidelijk is welke leidinggevende waarvoor verantwoordelijk is. Om de gewenste concretisering van de zorgplicht en de toegevoegde waarde van de typologieën zo inzichtelijk mogelijk te maken, herhaling te voorkomen en de onderlinge samenhang tussen de preadviezen te benadrukken, is in dit preadvies, waar die optie zich aanbood, aansluiting gezocht bij hetgeen reeds in de andere preadviezen naar voren is gebracht. Daardoor ligt de nadruk sterk op het financieel-economische en in mindere mate op het milieubestuurrecht. De reden daarvoor is meerledig. Allereerst conformeert het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich veel nadrukkelijker aan het strafrechtelijke beoordelingskader van artikel 51 Wetboek van

¹ Mark Hornman was gedurende het schrijven van dit preadvies aanvankelijk als universitair docent straf- en strafprocesrecht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Thans is hij werkzaam bij de afdeling Juridische Zaken van de Autoriteit Financiële Markten. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven. De auteur dankt het Jonge VAR bestuur en de overige preadviseurs voor hun commentaren op eerdere versies van dit preadvies.

² Zie M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Strafrecht (verder: Sr) dan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat doet.³ Dat laatste bemoeilijkt de interne rechtsvergelijking met het milieubestuurrecht, zeker binnen de beperkte omvang van dit preadvies. Die beperkte omvang vormt ook de aanleiding om het navolgende betoog toe te spitsen op de aansprakelijkheid van leidinggevende personen als feitelijk leidinggevers en om het functioneel plegerschap⁴ grotendeels en het medeplegen volledig buiten beschouwing te laten.⁵ Feitelijk leidinggeven wordt evenwel vooral in het financieel-economische bestuursrecht gehanteerd. Het milieubestuurrecht concentreert zich, zoals blijkt uit het preadvies van Bleeker, meer op het functioneel plegerschap. Ook om die reden zal de aandacht voornamelijk uitgaan naar het financieel-economische bestuursrecht. Die focus biedt bovendien de mogelijkheid om de binnen het bestuursrecht bestaande opties te verkennen om centrale en decentrale leidinggevers van grotere ondernemingen aan te spreken en de zorgplicht van deze leidinggevers nader in beeld te brengen. Het preadvies van Van Overbeek en Dusée laat namelijk zien dat de beboeting van feitelijk leidinggevers zich in het bestuursrecht voornamelijk toespitst op leidinggevers van relatief kleine ondernemingen.⁶ Voor zover er leidinggevers van grote ondernemingen zijn beboet, waren deze ook direct persoonlijk betrokken bij de aan de rechtspersoon (of in het geval van het mededingingsrecht: de onderneming) verweten overtredingen. Dat roept de vraag op of andere leidinggevers in het bestuursrecht nu niet teveel buiten schot blijven. Dit preadvies zal zich dan ook met name concentreren op de vraag in hoeverre die categorie leidinggevers ter verantwoording kan worden geroepen.

1.2 Probleemstelling en opbouw preadvies

Het voorgaande heeft geresulteerd in de volgende onderzoeksvraag:

Kan het gebruik van typologieën van ondernemingen en daarbinnen te onderscheiden leidinggevende posities voor het bestuursrecht op een gelijksoortige manier als binnen het strafrecht bijdragen aan het concretiseren van de zorgplicht van leidinggevende functionarissen van ondernemingen? En zo ja, hoe krijgt die meer gespecificeerde zorgplicht dan vorm?

Voor de bijbehorende methodologische verantwoording verwijs ik graag naar paragraaf II van dit preadvies waarin ik nader zal ingaan op wat typologieën zijn en zal uiteenzetten dat één algemeen overkoepelend organisatiemodel niet volstaat en dat er een behoefte is aan het gebruik van meerdere typologieën van ondernemingen. Aansluitend zal in paragraaf III worden belicht welke typologieën in dit preadvies worden gehanteerd. In paragraaf IV vindt vervolgens de daadwerkelijke analyse plaats waarin wordt gekeken in hoeverre deze organisatiemodellen kunnen bijdragen aan de concretisering van de zorgplicht van de leidinggevende, en in hoeverre zij dat in de rechtspraak (onbewust) wellicht al doen. Deze bijdrage sluit af met een conclusie en stellingen in de paragrafen V en VI.

³ Zie hierover nader de preadviezen van Van Overbeek & Dusée en (met de nodige kritiek op de meer eigenzinnige benadering van de Afdeling) Bleeker.

⁴ In par. III van het Algemene deel voorafgaand aan de preadviezen is betoogd dat de term functioneel plegerschap eigenlijk zuiverder is dan de veelal gehanteerde term functioneel ouderschap. Om die reden zal in dit preadvies aan de benaming functioneel plegerschap worden vastgehouden.

⁵ Niettemin kunnen de in dit preadvies beschreven punten ook worden gebruikt om nader invulling te geven aan de aansprakelijkheid van de functionele pleger en de medepleger.

⁶ In dezelfde zin eerder: E. 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.

II. ONDERZOEKSACHTERGROND EN METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

II.1 Hiërarchische aansprakelijkheid en de problematiek van de vele handen

Het toepassingsbereik van functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven is zeer breed en beide aansprakelijkheidsfiguren laten zich nauwelijks in één ideaaltypische verschijningsvorm vatten.⁷ Daarvoor is het scala aan verschijningsvormen, reikend van zeer actieve tot nagenoeg volledig passieve betrokkenheid, simpelweg te breed. Dat maakt het duiden van die figuren en het helder belichten van de onderlinge verschillen ook zo lastig. Voor veel juristen, ook voor diegenen die al enigszins in de materie zijn ingevoerd, zijn de leerstukken van functioneel plegerschap, feitelijk leidinggeven en daderschap van de rechtspersoon vaak één pot nat, ondanks dat al deze figuren andere voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteren.⁸ In dit preadvies ligt de nadruk evenwel op één ideaaltypische situatie waarop beide aansprakelijkheidsfiguren van toepassing kunnen zijn, namelijk op aansprakelijkheid die zich het beste laat definiëren als hiërarchische aansprakelijkheid. Conceptueel gezien is hiërarchische aansprakelijkheid een van de vormen van persoonlijke aansprakelijkheid die kan bestaan naast de corporatieve aansprakelijkheid van de onderneming of de rechtspersoon waaraan hij of zij leiding geeft en kenmerkt zich door het feit dat de betrokkene primair uit hoofde van zijn of haar functie *als leidinggevende* wordt aangesproken en niet zo zeer vanuit zijn of haar individuele betrokkenheid bij de overtreding. Voor de uiteindelijke juridische beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag is de individuele verwijtbaarheid overigens nog steeds van belang, en wordt deze, zoals in de andere preadviezen uitvoerig is gebleken, door de straf- en bestuursrechter ook daadwerkelijk getoetst, maar dit aspect vormt niet de voornaamste grondslag waardoor deze leidinggevende in het aansprakelijkheidsvizier komt. Die grondslag ligt duidelijk in het gegeven dat men als leidinggevende een zekere verantwoordelijkheid draagt voor het doen en laten van ondergeschikten, oftewel één moet instaan voor allen. Daarin verschilt hiërarchische aansprakelijkheid van collectieve (allen voor één) en individuele aansprakelijkheid (ieder voor zich).⁹

Het grote voordeel van deze hiërarchische benadering van aansprakelijkheid schuilt in de eenvoud ervan, hetgeen tegelijkertijd de grootste zwakte ervan blootlegt. Wie zich moet verantwoorden is in deze benadering direct evident. Dat is de leiding van de organisatie, en dan vooral die leidinggevendenden aan de absolute top. Daardoor is het niet nodig om te achterhalen wat nu precies de feitelijke betrokkenheid van iedere medewerker (de fysiek plegers) is geweest, zoals het geval is bij een systeem van puur individuele aansprakelijkheid waarin iedereen slechts kan worden aangesproken op zijn of haar eigen aandeel.¹⁰ Dat laatste is weliswaar zeer rechtvaardig, maar in de praktijk veelal ook onmogelijk te achterhalen, hetgeen de handhaving ernstig belemmert. De aandacht gaat in de hiërarchische benadering daarom volledig uit naar degenen die in maatschappelijk opzicht de verantwoordelijkheid voor die gedragingen dragen.¹¹ Daarmee kan het welbekende probleem van de vele handen weliswaar worden omzeild, maar dreigt de individuele verwijtbaarheid juist uit het oog te worden verloren. Aan

⁷ Zie nader par. III en V van het Algemene deel voorafgaand aan de in deze bundel opgenomen preadviezen.

⁸ Zie hiervoor nader het Algemene deel.

⁹ M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie. Beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 64-65, 91-92 en 129; D.F. Thompson, 'The problem of many hands', in: D.F. Thompson (red.), *Restoring responsibility: ethics in government, business, and healthcare*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 12; Hornman 2016, p. 85-87.

¹⁰ Bovens 1990, p. 93.

¹¹ Vgl. J. de Hullu *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 161-162 en 505-506.

al deze drie conceptuele benaderingen kleven dus nadelen,¹² nadelen die in de juridische praktijk ook veelvuldig naar voren komen.

Het is deze haast onmogelijke spagaat om binnen het model van hiërarchische aansprakelijkheid zowel tegemoet te komen aan het belang van effectieve rechtshandhaving als aan de wens om voldoende recht te doen aan de individuele verwijtbaarheid die de achtergrond vormt van dit preadvies. Vele handen maken licht werk, zo luidt het spreekwoord, maar diezelfde veelvoud aan betrokken handen maakt de vraag naar de verantwoordelijkheid voor de uitkomst van dat handelen vaak bijzonder lastig. Fouten die het gevolg zijn van een collectief falen laten zich niet altijd eenvoudig herleiden tot duidelijk identificeerbare verantwoordelijke individuen. Anders gezegd: collectieve verwijten laten zich maar ten dele individualiseren.¹³ Zeker binnen grote gecompliceerde samenwerkingsverbanden kan het probleem van de vele handen daardoor op een tweetal manieren uitpakken. Het eerste mogelijke scenario (dat tevens de basis vormde voor mijn proefschrift) is dat van de *paradox van gedeelde aansprakelijkheid*; het asymmetrische gegeven dat met het talrijker worden van het aantal vermeende verantwoordelijken zowel de individuele verantwoordelijkheid van al deze betrokkenen, als de kans om een van hen daar nog succesvol op te kunnen aanspreken, in meer dan evenredige zin terugloopt.¹⁴ Hierbij ontspringen de verantwoordelijken veelal de dans omdat de persoonlijke verwijtbaarheid onvoldoende kan worden vastgesteld. Het scenario dat daar diametraal tegenover staat en het overkoepelende thema van deze preadviezen vormt, is evenmin wenselijk en neigt juist naar een haast *ongebreidelde collectieve (risico)aansprakelijkheid* waarin de individuele verwijtbaarheid geheel uit beeld dreigt te verdwijnen en samen werken neerkomt op samen de klos.

De rechtvaardigheid van het toedelen van aansprakelijkheid langs hiërarchische lijnen staat of valt daardoor met de mogelijkheden en onmogelijkheden die de desbetreffende leidinggevende ter beschikking staan om het gedrag van de eigen organisatie te sturen. Dat sturingsvermogen wordt allereerst bepaald door de mogelijkheden die de leidinggevende heeft om overtredingen binnen de organisatie te detecteren (*detecting*). Denk hierbij aan factoren die eraan in de weg staan dat de leidinggevende tijdig en volledig op de hoogte raakt van het (dreigende) plaatsvinden van overtredingen en aan omstandigheden die beletten dat de leidinggevende de ernst van die situatie voldoende kan inschatten en adequaat kan beoordelen welke maatregelen passend en geboden zijn om de verboden gedragingen te beëindigen of (herhaling daarvan) te voorkomen. In aanvulling op dat signalerings- en beoordelingsvermogen wordt het sturingsvermogen beïnvloedt door de vraag in hoeverre de leidinggevende de benodigde maatregelen kan doorvoeren, oftewel in hoeverre deze oplossingen kan effectueren (*effecting*).¹⁵

II.2 De tekortkomingen van het traditionele piramidale organisatiebeeld

Het hiërarchische aansprakelijkheidsmodel is onlosmakelijk verbonden met het klassieke piramidale organisatiebeeld zoals dat tot uiting komt in de rationele bureaucratie van Weber, mede omdat het model enkel tegen de achtergrond en aannames van dat organisatiebeeld kan worden gerechtvaardigd.

¹² Het nadeel van het collectieve model (allen voor één) is in de hoofdtekst nog niet benoemd, maar dient zich in de praktijk vooral aan bij het leerstuk medeplegen (welk leerstuk in dit preadvies niet nader zal worden behandeld), waar de strafbepalende of -verzwarende gedragingen van één van de betrokkenen aan alle betrokkenen worden of dreigen te worden toegerekend. In dat opzicht is deze situatie dus eigenlijk tegengesteld aan de situatie bij hiërarchische aansprakelijkheid waarbij er juist één persoon is die zich voor het geheel moet verantwoorden, ondanks dat dat geheel door het toedoen van meerdere personen is ontstaan.

¹³ Zie hierover nader Bovens 1990; Thompson 2005; D.F. Thompson, 'Designing responsibility: the problem of many hands in complex organizations', in: J. van den Hoven e.a. (red.), *Designing in Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 32-56.

¹⁴ Bovens 1990, p. 56-57.

¹⁵ Bovens 1990, p. 93-95; Hornman 2016, p. 87.

digd. De rationele bureaucratie staat – voor zover voor dit onderzoek relevant¹⁶ – namelijk voor een doelgerichte, efficiënte en strak aangestuurde organisatie die onder de volledige controle staat van de organisatietop en waarin informatie haar weg naar die organisatietop ook ongehinderd weet te vinden. De organisatietop is daarbij bovendien volledig in staat om die informatie op waarde te schatten en tot in detail voor te schrijven welke acties elders in de organisatie moeten worden ondernomen; acties die vervolgens ook precies zoals de organisatietop heeft voorgestaan worden uitgevoerd. Daardoor staat de organisatie onder absolute controle van het centrale gezag en laat deze zich in elke richting sturen die de organisatietop wenselijk acht. Het is die absolute controle die het rechtvaardigt om de gevolgen van eventuele tekortkomingen in die organisatie ook aan dat centrale gezag toe te rekenen.¹⁷

Vanzelfsprekend is de werkelijkheid weerbarstiger. Om de organisatietop te bereiken moet informatie in complexe organisaties meerdere schakels passeren. Dat is tijdrovend en bovendien vormt elke schakel een selectiemoment waar informatie (onbedoeld) kan worden gefilterd, gekleurd of in de verkeerde richting worden gestuurd. Het risico dat informatie de organisatietop niet, te laat, onvolledig of in onjuiste samenstelling bereikt is daarmee reëel, waardoor het centrale gezag niet adequaat kan beoordelen welke maatregelen er moeten worden genomen, nog daargelaten dat de implementatie daarvan op weerstand of onvoorziene omstandigheden kan stuiten en veelal nadere uitwerking behoeft.¹⁸ Het sturingsvermogen van de organisatieleiding is daardoor aanzienlijk beperkter dan Webers ideaalbeeld doet voorkomen. Dat geldt des te meer bij decentraal ingerichte organisaties of samenwerkingsverbanden waarbij over de grenzen van de eigen onderneming heen wordt samengewerkt. Absolute macht vergt namelijk dat men onafhankelijk is van anderen (*independence*). Moderne organisaties en samenwerkingsverbanden van en binnen organisaties kenmerken zich daarentegen door wederkerige afhankelijkheid (*interdependence*). Uit dat wederkerige karakter volgt dat het bij machtsrelaties niet alleen gaat om machtsuitoefening door de een, maar ook om machtsaanvaarding door de ander. De mate waarin macht kan worden uitgeoefend en waarin anderen vatbaar zijn voor die machtsuitoefening is sterk afhankelijk van de aard van de organisatie en haar werkzaamheden, de positie die de betrokken individuen daarin innemen en de mate waarin dat gezag als legitiem wordt ervaren.¹⁹

II.3 Behoeft aan meer en meer actuele organisatietyologieën

Vooropgesteld moet worden dat Webers typologie van de rationele bureaucratie een theoretische gedachteconstructie is, geen beschrijving van de wijze waarop organisaties daadwerkelijk functioneren.²⁰ Eerder gaat het om een beschrijving van hoe organisaties zouden kunnen functioneren, een beschrijving die vervolgens kan worden afgezet tegen andere mogelijke manieren waarop organisaties kunnen functioneren. Daarmee dient diens organisatiebeeld vooral als conceptueel model om de diverse, complexe en lastig te doorgronden werkelijkheid enigszins inzichtelijk te maken. Typologieën ontlenen hun wetenschappelijk nut dan ook aan hun contrastwerking. Zij krijgen pas reliëf op het

¹⁶ Daardoor is deze duiding niet volledig en doet zij evenmin recht aan het grote wetenschappelijke belang van Webers archetype. Zie voor een grondige beschouwing derhalve A. Zuurmond, *De Infocratie. Een theoretische en empirische heroriëntatie op Weber's ideaaltype in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Den Haag: Phaedrus 1994; C.W. Vroom, *Bureaucratie: het veelzijdige instrument van de macht*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1980; P.H.A. Frissen, *Bureaucratische cultuur en informatisering. Een studie naar de betekenis van informatisering voor de cultuur van een overheidsorganisatie* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 1989; P.J. DiMaggio, 'Introduction: Making Sense of the Contemporary Firm and Prefiguring Its Future', in: P.J. DiMaggio (red.), *The twenty-first-century firm: changing economic organization in international perspective*, Princeton: Princeton University Press 2001, p. 7-10.

¹⁷ Thompson 2005, p. 12; Hornman 2016, p. 88-89.

¹⁸ Zie hierover nader en met verdere verwijzingen Hornman 2016, p. 89-96.

¹⁹ Bovens 1990, p. 95-96; A. Downs, *Inside Bureaucracy*, Boston: Little, Brown and Co. 1967, p. 143, 147 en 262-263; Frissen 1989, p. 77; J.D. Thompson, *Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, New York: McGraw-Hill 1967, p. 132; Vroom 1980, p. 11-12; Hornman 2016, p. 91-96.

²⁰ Frissen 1989, p. 73; Vroom 1980, p. 5-6; Zuurmond 1994, p. 15.

moment dat zij worden afgezet tegen andere typologieën.²¹ Iedere typologie bestaat uit een coherente set aan karaktereigenschappen op basis waarvan een holistisch organisatiebeeld ontstaat waaraan een gedragsverwachtingspatroon kan worden ontleend en door verschillende van deze typologieën tegenover elkaar te zetten, kunnen deze met elkaar worden vergeleken en kunnen de verschillen worden uitgelicht en beter worden begrepen. Om dat mogelijk te maken vormen typologieën noodgedwongen een versimpeling van de werkelijkheid waarin bepaalde karaktereigenschappen extra worden benadrukt (overdreven), terwijl andere eigenschappen vanwege de beoogde contrastwerking juist doelbewust onderbelicht blijven. Om hun wetenschappelijk nut te behouden, mogen typologieën de werkelijkheid versimpelen, maar moeten zij wel een reflectie blijven van de werkelijkheid die zij trachten te verklaren. Anders verliezen zij hun toegevoegde waarde.²²

Dat laatste doet zich tot op zekere hoogte voor bij de Webers bureaucratie, terwijl dit nog steeds het model is dat ten grondslag ligt aan, of in ieder geval sterke invloed uitoefent op,²³ het huidige stelsel van straf- en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid. Het voorgaande laat zien dat de verscheidenheid aan moderne organisaties te divers is om nog op één overkoepelend basismodel terug te vallen. Bovendien schieten de aannames van dit klassieke organisatie-model over de detectie- en effectueringsmogelijkheden van de ondernemingsleiding op meerdere plaatsen tekort en zijn zij deels ingehaald door de moderne techniek. Dat heeft tot gevolg dat deze typologie en zijn assumpties niet langer bruikbaar zijn om richtinggevend op te treden bij het beantwoorden van hedendaagse vraagstukken van aansprakelijkheid. Als referentiekader is de Weberiaanse piramide simpelweg achterhaald.²⁴ Daardoor ontstaat de behoefte aan een nieuw referentiekader met meer diversiteit en een hoger actualiteitsgehalte, zodat betere uitspraken kunnen worden gedaan over het gedrag dat van en binnen organisaties kan worden verwacht en nauwgezet kan worden aangegeven hoe de leidinggevende daarin kan interveniëren. In het navolgende zal ik betogen dat de (geactualiseerde) organisatietyologieën van Mintzberg zich daar uitstekend voor lenen en zal ik ook uitwerken hoe zij daarvoor kunnen worden gebruikt.

III. ORGANISATIETYPOLOGIEËN VAN MINTZBERG

III.1 Totstandkoming van de typologieën

De organisatietyologieën van Mintzberg zijn wetenschappelijk valide, breed geaccepteerd en worden veelvuldig gehanteerd.²⁵ Bovendien hebben zij als voordeel dat zij herkenbaar en aansprekend

²¹ Frissen 1989, p. 72-74; Vroom 1980, p. 2, 5 en 10; Zuurmond 1994, p. 14-15; A. Zuurmond, 'Informatie en leiderschap', in: P. van Baalen e.a. (red), *Kennis en management*, Schiedam: Scriptum 2002, p. 205; Hornman 2016, p. 99-101.

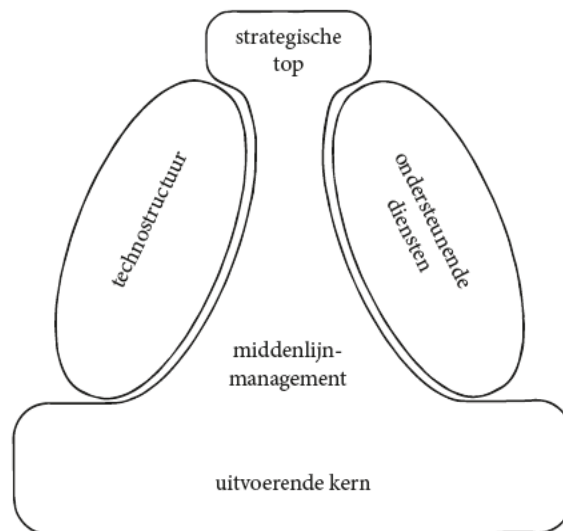
²² D.M. Brock, 'The changing professional organization: A review of competing archetypes', *International Journal of Management Reviews* 2006, p. 157-174; D. Miller en P.H. Friesen, *Organizations: a quantum view*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall 1984, 20; D. Miller en H. Mintzberg, 'The case for configuration', in: G. Morgan (red.), *Beyond Method: Strategies for Social Research*, Newbury Park: SAGE Publications 1983, p. 64; Vroom 1980, p. 6; Zuurmond 1994, p. 278-279 en 288.

²³ Alleen binnen dit model is het namelijk logisch om aansprakelijkheid langs hiërarchische lijnen toe te delen. Bij de andere modellen berust aansprakelijkheid juist op de individuele bijdrage of het lidmaatschap van de groep.

²⁴ DiMaggio 2001, p. 13-14; J. van Erp, W. Huisman, H. van de Bunt en P. Ponsaers, 'Toezicht en compliance', *TvCr* 2008, p. 83-84; C. de Maglie, 'Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law', *Washington University Global Studies Law Review* 2005, p. 559-560; Zuurmond 1994, p. 7.

²⁵ B. Fisse en J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge: Cambridge University Press 1993, p. 105; L. Groth, *Future Organizational Design. The Scope for the IT-based Enterprise*, Chichester: John Wiley & Sons 1999, p. 6; G. Hofstede/G. Hofstede, G.J. Hofstede en M. Minkov (bew.), *Cultures and organizations: software of the mind: intercultural cooperation and its importance for survival*, New York: McGraw-Hill 2010, p. 312; Hornman 2016, p. 101 (met verdere verwijzingen aldaar).

zijn, mede door de bijbehorende Barbapapa-achtige illustraties.²⁶ Daardoor zijn zij ook direct toepasbaar bij de beoordeling van aansprakelijkheidsvraagstukken. De vijf typologieën van Mintzberg onderscheiden zich van elkaar doordat zij ieder een ander coördinatiemechanisme hanteren om de samenwerking binnen de organisatie te waarborgen. Organisaties zijn immers doelgerichte samenwerkingsverbanden van meerdere (minimaal twee) personen met een zekere duurzaamheid.²⁷ Wil die samenwerking effectief en blijvend zijn, dan is een, al dan niet geformaliseerd, afsprakenstelsel over de onderlinge verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden en de coördinatie van die taken onontbeerlijk. Dat resulteert in een bepaalde organisatiestructuur.²⁸ Hoe die structuur concreet vorm krijgt, is volgens Mintzberg het gevolg van de uitwerking van het krachtenveld binnen dat samenwerkingsverband, een krachtenveld dat op zijn beurt weer wordt beïnvloed door omgevingsdimensies: is de omgeving stabiel of dynamisch, is deze simpel of complex, is de markt geïntegreerd of gespreid en is deze genereus of juist vijandig? Die externe factoren stellen namelijk eisen aan de vormgeving en inrichting van de organisatie en haar processen en bepalen daarmee hoeveel gewicht de interne spelers binnen het samenwerkingsverband in de schaal kunnen leggen. In het basismodel van Mintzberg worden die interne spelers geclusterd in een vijftal organisatieonderdelen: de strategische top, het middenkader, de uitvoerende kern (het operationele niveau), de technostructuur (de technische staf: planning, controle, werving & selectie etc.) en de ondersteunende diensten (administratie, catering, overige P&O-taken etc.) (zie figuur 1).²⁹



Figuur 1

Ieder van deze onderdelen zal trachten druk uit te oefenen op de vormgeving van de organisatie en de interne processen om op die manier de eigen positie en belangen zo veel mogelijk veilig te stellen en anderen te dwingen om zich aan zijn wensen te conformeren. Door de omgevingsfactoren wordt de positie van bepaalde organisatieonderdelen evenwel versterkt, terwijl die van andere wordt verzwakt. Zo zal een omgeving die maatwerk vergt, aansturen op professionalisering en de positie en de autonomie van de uitvoerende werknemers (in dat geval veelal hoogopgeleide professionals) verster-

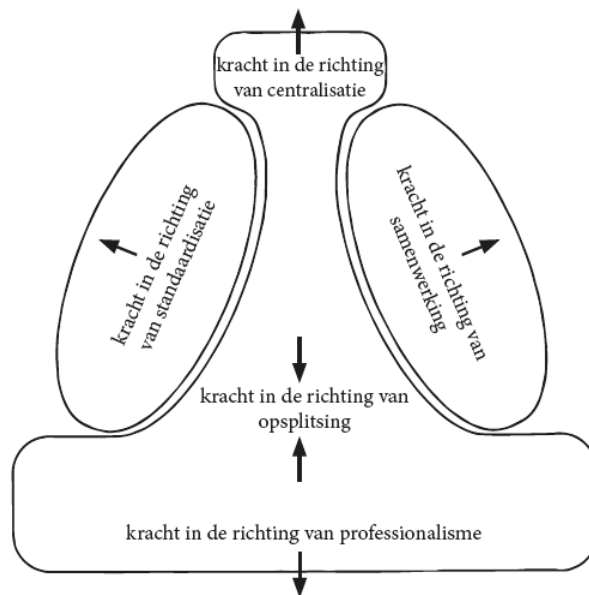
²⁶ Deze kwalificatie is ontleend aan D. Keuning en M.J.J. Wolters, *Structuur doorzien. Over ontwerp van organisatiestructuren. Over klassieke noties en de 'vergeten dimensie' in organisatieontwerp*, Amsterdam: Prentice Hall 2007, p. 39.

²⁷ Bovens 1990, p. 13; Hornman 2016, p. 102 (wederom met verdere verwijzingen aldaar).

²⁸ H. Mintzberg, *The Structuring of Organizations*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall 1979, p. 37; H. Mintzberg, *Structure in Fives: Designing effective Organizations*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall 1983, p. 19; Keuning & Wolters 2007, p. 9-12.

²⁹ Mintzberg 1979, p. 18-34; Mintzberg 1983, p. 9-19; H. Mintzberg, *Mintzberg on Management: Inside Our Strange World of Organizations*, New York: The Free Press 1989, p. 98-100.

ken. Maatwerk laat zich immers lastig van bovenaf dicteren. Vergt de omgeving daarentegen samenwerking op discipline overstijgend niveau, dan zal dat ten koste gaan van de individuele vrijheid van de professionals en zullen zij worden gedwongen om in teamverband te opereren. Die individuele vrijheid staat ook onder druk indien de operationele werkzaamheden zich vergaand laten standaardiseren. In dat geval verschuift de macht naar de technostructuur waar de analisten zitten die zorg dragen voor het ontwerpen, plannen, controleren en bijstellen van de operationele processen en voor de opleiding van de medewerkers en dus tot in detail aan anderen kunnen voorschrijven hoe zij hun werkzaamheden moeten uitvoeren. Zijn de omgeving en de werkzaamheden daarentegen redelijk overzichtelijk en is de organisatie van een dusdanige omvang dat alle werkzaamheden door een of enkele personen kunnen worden overzien, dan zal dit de neiging van de centrale ondernemingsleiding om alle beslissingen zelf in de hand te houden versterken, en aansturen op een centraal aangestuurde organisatie. Kortom: hoe meer druk (*pulls*) ieder onderdeel kan uitoefenen, hoe meer het zijn eigen positie kan versterken en de organisatie in de door hem gewenste richting kan trekken (zie figuur 2),³⁰ mede daarom is de Barbapapavergelijking, verwijzend naar de kinderserie waarin de hoofdrolspelers iedere gewenste vorm kunnen aannemen, wel verhelderend. Het eindresultaat daarvan zou een organisatie moeten zijn die zowel in intern als extern opzicht consistent en coherent is, want dat is waar configuratie voor staat: het in harmonie zijn met zichzelf en met de omgeving.³¹

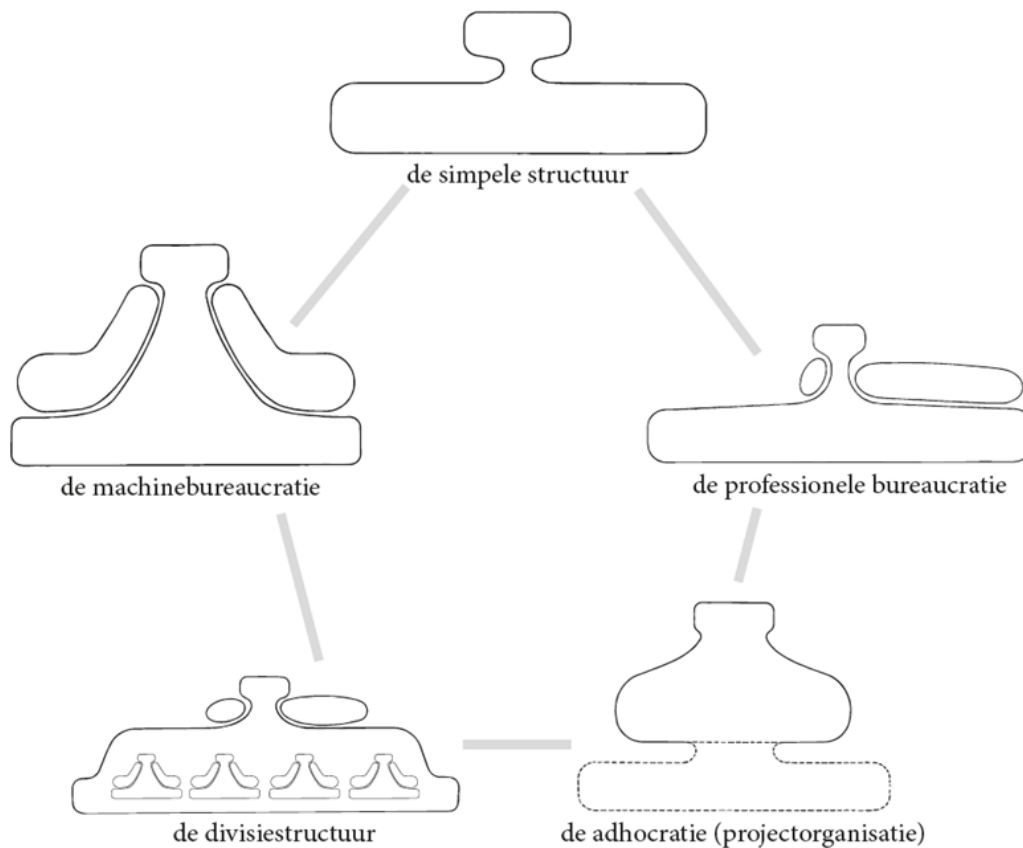


Figuur 2

Omdat Mintzberg uitgaat van een vijftal krachtendimensies, komt hij dan ook tot een vijftal organisatietyptologieën (zie figuur 3). Iedere typologie staat daarbij voor één overheersende *pullfactor* en kenmerkt zich door een eigen onderscheidend coördinatiemechanisme: direct toezicht (simpele structuur), wederzijdse afstemming (adhocratie), dan wel standaardisering in de vorm standaardisering van werkprocessen (machinebureaucratie), van output (divisiestructuur) of van input (professionele bureaucratie). Deze typologieën worden verderop nader toegelicht.

³⁰ Mintzberg 1979, p. 299-303; Mintzberg 1983, p. 151-155.

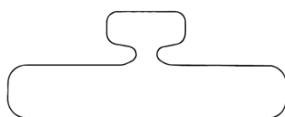
³¹ Mintzberg 1983, p. 2-3; Mintzberg 1989, p. 96.



Figuur 3

Zoals in par. II.3 is uiteengezet, zijn typologieën reducties van de werkelijkheid, archetypen die zich in de maatschappelijke realiteit nooit in hun meest zuivere vorm zullen voordoen. Niettemin vormen deze vijf basisvormen tezamen de hoeken van een pentagoon waarbinnen alle bestaande organisaties een plek zou moeten kunnen worden gegeven.³² Vanwege de afstemming van de organisatie op haar omgeving, zal die plaatsing nooit geheel willekeurig zijn en zal er altijd een dominante typologie zijn waarvan de karakteristieken, hetzij op het niveau van de organisatie als geheel hetzij op afdelingsniveau, duidelijk doorklinken en bepalend zijn voor de aard en het functioneren van de organisatie of het organisatieonderdeel.

III.2 De vijf typologieën van Mintzberg³³



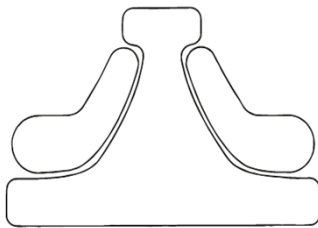
De *simpele structuur* staat voor de kleine, overzichtelijke en flexibele onderneming, waarbij de leidinggevende zelf nog echt ondernemer is en zich actief mengt in de details van de dagelijkse bedrijfsvoering en veelal ook zelf meedraait op de werkvloer. Hierbij kan worden gedacht aan de

startup, maar ook aan de lokale bakker of de kleinschalige financiële dienstverlener of aannemer. Het gezag binnen de organisatie is sterk gecentraliseerd en ligt ideaaltypisch in de handen van één leidinggevende. Deze leidinggevende vormt het epicentrum van de onderneming waaromheen en waarop en de rest van de organisatie wordt gemodelleerd en afgestemd. Als gevolg hiervan worden alle gewichtige beslissingen door deze ene leidinggevende genomen, is het gezag van de leidinggevende

³² Mintzberg 1979, p. 304; Mintzberg 1983, p. 156.

³³ Deze beschrijving is ontleend aan Hornman 2016, p. 110-111 en berust o.a. op Mintzberg 1979, Mintzberg 1983 en Mintzberg 1989. Zie voor een meer uitvoerige beschrijving (en verdere verwijzingen naar de werken van Mintzberg) Hornman 2016, p. 121-394.

onbetwist en ongeëvenaard, is de organisatiestructuur zeer organisch van aard, staat direct toezicht als coördinatiemechanisme voorop en zijn de interne informatiestromen snel, direct, overzichtelijk en kort. Die sterke focus op de centrale leidinggevende maakt dat het detecteren van overtredingen en het effectueren van oplossingen daartegen doorgaans geen noemenswaardig probleem vormen. De leidinggevende zit overal dicht bovenop en van hem of haar wordt ook verwacht dat deze de belangrijke beslissingen neemt en zich overal tegenaan bemoeit. Anderen zullen hierdoor een meer afwach- tende opstelling aannemen. Hierdoor ontstaat een soort natuurlijke focus op de leidinggevende en zal deze een haast magnetische aantrekkingskracht uitoefenen op alle intern beschikbare informatie. Vanwege die actieve betrokkenheid zal het voor de overige medewerkers ook lastig zijn om de leiding- gevende lang onwetend te houden van hun activiteiten. Gedrag dat afwijkt van de norm of van de instructies zal veelal snel worden opgepikt en gecorrigeerd.

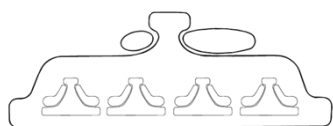


De *machinebureaucratie* staat daarentegen voor de meer omvang- rijke, logge en bureaucratische onderneming, voor banken, verzeke- ringsmaatschappijen en fabrieken met assemblagelijijn. Als gevolg van die vergaande formalisering is haar reactievermogen (verhoudingsge- wijs) traag en kan zij lastig inspelen op veranderende omstandigheden. Tegelijkertijd is de machinebureaucratie zeer efficiënt omdat zij zich richt op gestandaardiseerde producten en/of diensten en niet op maat- werk. Flexibiliteit is dus niet haar sterkste punt, maar wat zij wel kan,

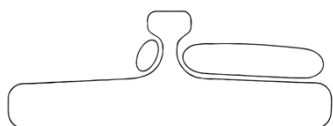
kan zij goed en (relatief) goedkoop. Door de werkprocessen te standaardiseren, kan de organisatie die processen ook eenvoudig coördineren en perfectioneren, hetgeen in een organisatie van deze omvang anders een uiterst complexe aangelegenheid zou zijn. Dat vergt een zeer zorgvuldige afstemming van de opeenvolgende en sterk met elkaar samenhangende interne processen. Alle raderwerkjes moeten nauwgezet op elkaar worden en blijven afgestemd, wil het geheel als een geoliede machine kunnen functioneren. Bij de minste of geringste speling haken de tandwielen niet meer goed op elkaar in en raken de primaire processen ontregeld. Om die afstemming te realiseren, kent deze organisatievorm een zeer omvangrijke technostructuur die alle processen moet uitdenken en wordt de machinebu- reaucratie van oudsher gekenmerkt door een sterk gelaagde managementstructuur. Het middenlijn- management moet immers erop toezien dat de bedoelde afstemming ook daadwerkelijk wordt gereaa- liseerd. Voor de grote doorbraak van ict was dat alleen mogelijk door managers direct en intensief toezicht te laten houden op de primaire processen. Omdat de groep personen waarover iemand toe- zicht kan uitoefenen beperkt is, moest boven deze managementlaag weer een nieuwe management- laag worden geplaatst om toezicht te houden op deze eerstelijnsmanagers. Dit principe herhaalde zich net zolang totdat het punt werd bereikt waarop er een manager of raad van bestuur in beeld kwam die het geheel goed kon overzien. Aldus hield de ene laag toezicht op de andere om zo te waarborgen dat de zorgvuldig tot stand gebrachte afstemming niet in gevaar kwam. Van alle door Mintzberg onderscheidde typologieën komt de machinebureaucratie het meest in de buurt van de eerder geschetste Weberiaanse piramide. Tegelijkertijd volgt uit die gelaagdheid dat informatie meerdere schakels moet passeren om de organisatietop te bereiken, met alle selectie- en vertragingmomenten van dien. Hoewel deze typologie de suggestie wekt van een strak aangestuurde en zorgvuldig afge- stemde onderneming, gaat dat beeld slechts ten dele op. In vergelijking tot andere typen kan inder- daad worden gesproken van een relatief vergaande en (als de daarvoor benodigde structuren en systemen eenmaal operationeel zijn) eenvoudige inmenging in de vormgeving en uitvoering van de primaire organisatieprocessen, zeker voor een organisatie van deze omvang. Dat neemt echter niet weg dat bestuurders voor een aanzienlijk deel ook buitenstaanders zijn die op grote afstand staan van de primaire processen en dus ook nauwelijks weten wat daar echt speelt.³⁴ Communicatie geschiedt overwegend formeel en sturing vindt vooral plaats op basis van kwantitatieve gegevens. Data van kwalitatieve aard weten de organisatietop veel moeilijker te bereiken en zijn daarvoor grotendeels afhankelijk van niet-geinstitutionaliseerde informele kanalen.

³⁴ Bovens 1990, p. 93-96.

Deze klassieke verschijningsvorm van de machinebureaucratie heeft tegenwoordig plaatsgemaakt voor een meer afgeslankte variant waarin de traditionele strakke hiërarchische controle van bovenaf is ingewisseld voor een andere meer subtiele, maar tegelijkertijd ook veel ingrijpendere beheersingsmethode: de beheersing van en via de interne informatie-infrastructuur, oftewel de ontwikkeling van bureaucratie naar *infocratie*.³⁵ Door de interne informatie-infrastructuur te beheersen worden de zorgvuldig afgestemde interne processen bijeengehouden en kunnen potentiële afstemmingsbedreigende factoren snel worden geïdentificeerd en geneutraliseerd, voor zover zij niet reeds op voorhand buiten de deur worden gehouden. Werknemers worden immers gedwongen om met en via de interne systemen te werken, waardoor ongewenste gedragingen of afwegingen voor een aanzienlijk deel kunnen worden voorkomen, simpelweg omdat de computer bepaalde opties niet toelaat. Omdat de onderneming minder hiërarchisch is geworden, ontstaat een schijn van vrijheid.³⁶ In werkelijkheid is die vrijheid echter beperkt omdat het gedrag van individuele medewerkers door de interne systemen vergaand kan worden gemonitord en hun informatiemonopolie wordt doorbroken,³⁷ veelal zonder dat de desbetreffende medewerker zich daar volledig van bewust is. Het gaat dus om autonomie binnen een zorgvuldig door het management vastgestelde (en daarmee veilige) bandbreedte. De *street level bureaucrat* die binnen de beschikkingenfabriek officieel slechts beleidsuitvoerder was, maar de facto toch een aanzienlijke beleidsmakende rol had omdat diens concrete beslissingen zich aan het toezichthoudende oog van het management onttrokken, ziet zijn informatiemonopolie verdampen en zichzelf wederom ondergeschikt worden aan de sturingsambities van het management. In het ergste geval komt zijn positie zelfs geheel te vervallen en wordt die plaats overgenomen door de informatie-infrastructuur zelf.³⁸ De kracht van deze organisatievorm is echter tegelijkertijd zijn zwakte. Door de omvang van de organisatie ontstaat een grote afhankelijkheid van het interne informatievoorzieningsstelsel. Zolang informatie daar niet in komt of door dat systeem niet naar de juiste afdelingen wordt doorgestuurd, blijft de organisatie onwetend en blijven maatregelen achterwege.



De *divisiestructuur* is de overtreffende trap van de machinebureaucratie, een conglomeraat van meerdere zelfstandige en onafhankelijke (quasi-autonome) subondernemingen (divisies) tussen wier afzettingsmarkten veelal geen onderling verband bestaat. Als gevolg hiervan bestaat er nauwelijks behoefte aan onderlinge samenwerking en afstemming tussen de divisies, noch aan inmenging van bovenaf. Voor zover die behoefte aan sturing er wel is, geschiedt die coördinatie door middel van de standaardisering van resultaten (sturing op basis van output). Het is aan de divisies zelf om te bepalen hoe de targets worden behaald. Daardoor ontstaat een zeer decentraal georiënteerde organisatie waarbij de macht ligt bij de afzonderlijke divisies/productlijnen en de informatie-uitwisseling tussen divisie en hoofdbestuur beperkt blijft. Bekende voorbeelden van divisiestructuren zijn organisaties als Philips en Unilever.



De *professionele bureaucratie* komt in grote en kleine gedaantes voor, van de huisarts en het kleine advocatenkantoor tot ziekenhuizen, universiteiten en accountantskantoren, en kenmerkt zich door een uitvoerend niveau dat nagenoeg volledig uit professionals bestaat. Type-rend daarbij is dat deze medewerkers geen onbeduidende, eenvoudig vervangbare en onder strakke (hiërarchische) controle staande raderwerkjes binnen een groter geheel zijn dat ongeacht hun individuele bijdrage toch wel doordendert zoals bij de machinebureaucratie het geval is. In tegendeel, de professional geeft zelf richting en invulling aan de eigen werkzaamheden en moet daarbij maatwerk leveren. Professionele bureaucratieën zijn geen beschikkingenfabrieken, maar beschikkingenateliers.

³⁵ Groth 1999, p. 375-384; Zuurmond 1994, p. 288-289 en 300-301; Zuurmond 2002, p. 202-206.

³⁶ Zuurmond 1994, p. 305.

³⁷ Zuurmond 2002, p. 203.

³⁸ Bovens en Zouridis spreken in dit verband van een ontwikkeling van *street-level bureaucracy* naar *screen-level bureaucracy* en uiteindelijk een *system-level bureaucracy* (M.A.P. Bovens en S. Zouridis, 'Van street-level bureaucratie naar systeem-level bureaucratie: Over ICT, ambtelijke discretie en de democratische rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 65-74).

Daardoor geniet de professional een grote mate van autonomie en is er nauwelijks aanleiding voor informatie-uitwisseling met anderen. De professional opereert zelfstandig in directe (en soms vertrouwelijke) relatie met de cliënt/patiënt. Dat informatiemonopolie en de besloten interactie maken het voor anderen in de organisatie lastig om toezicht te houden op de kwaliteit van het werk van de professional en de integriteit die daarbij wordt betracht. Hoe gevaarlijk dat is, wordt goed geïllustreerd door de handelswijze van *rogue trader* Nick Leeson wiens riskante speculaties de ondergang van de gerenommeerde Britse Barings Bank inluidde en het optreden van diens evenknie Jérôme Kerviel dat bijna dezelfde gevolgen had voor de Franse systeembank Société Générale. Een duidelijk voorbeeld uit medische hoek is het jarenlange ongestoorde disfunctioneren van de Twentse neuroloog Ernst Jansen Steur waardoor de gezondheid van vele patiënten ernstig is benadeeld. Het informatiemonopolie is echter niet het enige probleem. Naast zicht op de geleverde professionele diensten, vergt een adequate beoordeling van de kwaliteit daarvan ook dat de leidinggevende zelf inhoudelijk deskundig is. Deze moeten weten aan welke standaarden de dienstverlening moet voldoen en kunnen beoordelen of de door de professional gemaakte inschattingen juist zijn.

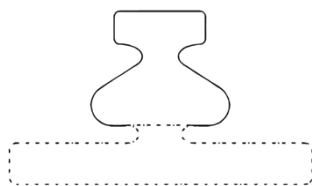
Omdat zowel de output als de primaire processen (de professionele taken) zich vanwege het te leveren maatwerk moeilijk laten standaardiseren en controleren, ligt de nadruk binnen de professionele bureaucratie op het standaardiseren van de input, oftewel van de kennis en vaardigheden van de professional. Door van alle professionals bij binnenkomst dezelfde kennis, vaardigheden en professionele attitude te verlangen en hen te stimuleren om die kennis, vaardigheden en attitude vervolgens zo veel mogelijk op peil te houden, zou de kwaliteit van de door hen geleverde output enigszins gewaarborgd moeten zijn. Niettemin staan de wijze waarop en de zorgvuldigheid waarmee die kennis en vaardigheden worden aangewend doorgaans uitsluitend ter beoordeling van de professional zelf. De cliënt/patiënt mist de inhoudelijke expertise om die kwaliteit te beoordelen en sturing en controle langs hiërarchische lijnen druist in tegen de aard van de professionele bureaucratie. Daarin staan autonomie en vertrouwen in de professionaliteit van de professional centraal, zowel door de organisatieleiding als door collega professionals. Controle bestaat daardoor vooral uit zelfcontrole en *peer control* voor zover de professional daarvoor openstaat en collega professionals daartoe bereid zijn.³⁹ Veel zal daarbij ook afhangen van de professionele status van de leidinggevende en de collega's. Gezag wordt in de professionele bureaucratie namelijk vooral ontleend aan expertise – de ideale leidinggevende is de professional waar alle andere professionals tegenop kijken –, niet, of althans niet primair, aan hiërarchie in zuiver juridisch opzicht.⁴⁰ Alleen voor omvangrijke professionele bureaucratieën waarin in multidisciplinaire teams wordt samengewerkt, denk aan de grote advocaten- en consultancykantoren op de Zuidas, ligt dit alles genuanceerder. Binnen deze verschijningsvorm van de professionele bureaucratie is sturing op basis van targets en langs hiërarchische lijnen de norm en prevaleert samenwerking boven autonomie en solistisch optreden.⁴¹ Dat verstevigt de positie van het management en de technestructuur ten koste van de zelfstandigheid en het informatiemonopolie van de professional. Ook daarin schuilen evenwel risico's. De deconfiture van Enron en de daarop volgende decimering van consultancyfirma Arthur Andersen (een van de voormalige Big Five Accounting firma's) als gevolg van het prevaleren van het eigen belang van de consultants en het belang van de partners boven de kwaliteit van de geleverde dienstverlening en de belangen van de cliënt en de markt, waardoor maatwerk

³⁹ De praktijk laat zien dat die bereidheid van beide kanten doorgaans beperkt is (zie hierover nader D.J. Cooper, C.R. Hinings, R. Greenwood en J.L. Brown, 'Sedimentation and transformation in organizational change: the case of Canadian law firms', *Organization Studies* 1996, p. 623-647; R. Greenwood, C.R. Hinings en J.L. Brown, "'P2-form" strategic management: corporate practices in professional partnerships', *Academy of Management Journal* 1990, p. 725-755; H.A.J. van Oostrum, *Toevallige weetbaarheden. Een onderzoek naar integriteitsbewaking in advocatenkantoren* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002); Hornman 2016, p. 292-293 en 485-487).

⁴⁰ Al krijgt het aan expertise ontleende gezag *in the shadow of hierarchy* natuurlijk wel een andere lading (T. Schillemans, 'Accountability in the Shadow of Hierarchy: The Horizontal Accountability of Agencies', *Public Organization Review* 2008, p. 175-194; Hornman 2016, p. 321 en 435).

⁴¹ Brock 2006; Cooper e.a. 1996; Hornman 2016, p. 294-296.

werd gereduceerd tot het leveren van dure standaardproducten die moesten worden geïmplementeerd door onervaren junior medewerkers, laat dat duidelijk zien.



De *adhocratie/matrixorganisatie* is van alle typologieën de meest dynamische en innovatieve. Waar de drie voornoemde organisatievormen zich richten op min of meer stabiele markten, opereert de adhocratie in een meer volatiele omgeving. Standaardisering is dan ook geen optie. Deze organisatie richt zich juist op het realiseren van het buitengewone door professionals van verschillende achtergronden in multidisciplinaire projectteams bijeen te brengen om zo tot vernieuwende ideeën te komen. Dat vergt flexibiliteit, intensieve samenwerking en vergaande informatie-uitwisseling. Deze samenwerking op projectbasis is naar haar aard tijdelijk en resulteert in steeds wijzigende gezagsverhoudingen. Daardoor ontstaat een matrixverhouding waarbij medewerkers tegelijkertijd worden aangestuurd door en verantwoording verschuldigd zijn aan meerdere direct leidinggevendenden: de functioneel leidinggevende en de projectleider. De dynamiek, druk en intensieve samenwerking doen een vergaand beroep op het coördinatie- en inlevingsvermogen van de leidinggevendenden die dienen te waken voor de onderlinge verhoudingen en de afstemming binnen de projectgroep. Daardoor berust gezag binnen de adhocratie niet zozeer op hiërarchie, want die verhoudingen fluctueren sterk, maar eerder op kennis, ervaring en (interpersoonlijke) vaardigheden. Dit type organisatie keert veel terug bij onderzoeksafdelingen van technologie- en farmaciegiganten en op kleinere schaal bij marketing of ict-startups. Microsoft en Google zijn bijvoorbeeld ooit zo begonnen en kennen deze structuur voor een deel nog steeds.

IV. Gevolgen van typologieën voor aansprakelijkheid

IV.1 Voorwaarden voor aansprakelijkheid

De voorwaarden om functioneel plegerschap of feitelijk leidinggeven aan te nemen zijn in het Algemene deel voorafgaand aan de preadviezen al uitvoerig uiteengezet. Hier wordt derhalve met een korte recapitulatie van die criteria volstaan. Een leidinggevende kan als functionele pleger van de door een ander verrichte feitelijke gedragingen worden aangemerkt indien deze over het al dan niet plaatsvinden van die gedragingen kon beschikken en deze het plaatsvinden van die gedragingen ook heeft aanvaard, waarbij onder aanvaarden mede moet worden geschaard het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van die gedragingen. Daaruit volgt dat het niet noodzakelijk is dat de leidinggevende ook van die gedragingen op de hoogte is, mits deze daarvan, indien de vereiste mate van zorg wel in acht zou zijn genomen, op de hoogte had kunnen zijn. Afdoende is dus dat diens onwetendheid verwijtbaar is.⁴² Voor feitelijk leidinggeven geldt een hogere aansprakelijkheidsdrempel. Net zoals bij functioneel plegerschap het geval is, kan passieve betrokkenheid ook hier toereikend zijn, mits de leidinggevende maar kennis droeg van de door de rechtspersoon verrichte gedragingen. Verwijtbare onwetendheid volstaat bij deze aansprakelijkheidsfiguur niet. In feitelijk leidinggeven ligt een inherent voorwaardelijk opzetvereiste besloten waaruit volgt dat men enkel leiding kan geven aan gedragingen waarvan men (minimaal enige) kennis draagt. Indien men over die kennis beschikt en vervolgens, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden van ingrijpen afziet en daarmee bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt die de verweten gedragingen zich zullen voortdoen of voortzetten, dan kan worden gesteld dat de leidinggevende die gedragingen heeft bevorderd en daarmee feitelijk leiding heeft gegeven aan die gedragingen.⁴³

⁴² Zie par. III van het Algemene deel. Voor doleuze misdrijven ligt dat anders, maar die vallen buiten het bestek van dit preadvies.

⁴³ Zie par. V van het Algemene deel.

Hoewel de criteria voor functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven dus niet samenvallen,⁴⁴ kenmerken die criteria zich door drie (grotendeels) dezelfde aansprakelijkheid funderende elementen: zeggenschap, (aanwezige of verwijtbaar ontbrekende) kennis en een zorgplichtschending.⁴⁵ Welke mate van zeggenschap en kennis bij een leidinggevende kan worden aangenomen, verschilt echter sterk naar gelang de aard van de organisatie waarin deze actief is en de plaats die deze daarin binnen de organisatiehiërarchie inneemt. Die omstandigheden bepalen immers wat in het kader van *detecting* en *effecting* in redelijkheid van de leidinggevende kan worden gevergd en die factoren zouden dan ook bepalend moeten zijn voor het nader definiëren van zijn of haar zorgplicht. Het schuldbeingsel verzet zich ertegen om van een leidinggevende het (nagenoeg) onmogelijke te verwachten. Ook vanuit handhavingsoogpunt valt van een dergelijke stringente en onhaalbare norm geen profijt te verwachten nu het in het geding zijnde rechtsgoed daardoor de facto toch niet wordt beschermd. Die bescherming blijft dan illusoir omdat niemand aan de gestelde norm kan voldoen. Door te kijken naar de detectie- en effectueringsmogelijkheden van de leidinggevende kan nader worden gedefinieerd en ook geconcretiseerd welke maatregelen van een leidinggevende functionaris mogen worden verwacht. Op die manier kan nader invulling worden gegeven aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor aansprakelijkheid en kan de huidige *one-size-fits-all* benadering worden omgevormd tot een meer op maat gemaakte aanpak.

IV.2 Specificering van zorgplicht naar typologie

Door acht te slaan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van de leidinggevende inzake detectie en effectuering kunnen de grenzen van zeggenschap nader worden gedefinieerd en kan een zeker verwachtingspatroon worden uitgesproken over de kennis die van de aangesproken leidinggevende kan worden verwacht. In de praktijk blijkt het vaststellen wat een leidinggevende precies wist en vanaf welk moment hij of zij wat wist namelijk uitermate lastig. Daarmee vormt kennis de grootste barrière (of zo men wil: bescherming) voor de vestiging van aansprakelijkheid. Dat is deels terecht. Grenzen aan aansprakelijkheid zijn er niet voor niets en op een risicoaansprakelijkheid in het sanctierecht zit niemand te wachten. Tegelijkertijd moet “vrees voor de verlamme invloed van te ruime persoonlijke aansprakelijkheid (...) ons niet verleiden tot het de facto totaal verwerpen van persoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen”, zoals Buruma terecht opmerkt.⁴⁶ In mijn proefschrift heb ik betoogd dat er binnen het strafrecht een ontwikkeling valt te ontwaren die in mijn optiek teveel in die richting doorslaat en te terughoudend is waar het gaat om het vestigen van individuele aansprakelijkheid van leidinggevers, in het bijzonder daar waar de leidinggevende grove steken heeft laten vallen en geen toezicht heeft gehouden en geen navraag heeft gedaan, ondanks dat daartoe gegronde aanleiding bestond.⁴⁷

Veelal resulteert dat ondermaats presteren erin dat de leidinggevende niet of niet afdoende op de hoogte was van de verweten verboden gedragingen. Dit terwijl feitelijk leidinggeven, zoals in het overzichtsarrest van 2016 nogmaals door de Hoge Raad is benadrukt en ook vaste jurisprudentie is van het

⁴⁴ Door de Slavenburg- en de IJzerdraadcriteria in zijn uitspraak van 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, *JOR* 2017/42 m.nt. S.M.C. Nuijten (*ECC Southeast*) toch ineens te schuiven, miskent het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat het aanvaardingscriterium bij beide aansprakelijkheidsfiguren een andere invulling krijgt. Zie voor een kritische beschouwing van deze gelijkschakeling nader par. II, III en V van het Algemene deel.

⁴⁵ Zie hierover uitvoeriger Hornman 2016, p. 81-82.

⁴⁶ Y. Buruma in punt 5 van diens annotatie onder HR 29 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8977, *NJ* 2009/130 (Fiscale fraude gemeente Etten-Leur). Het citaat gaat overigens als volgt verder: “... al was het maar omdat het persoonlijk vervolgen (met het oog op generale preventie) vermoedelijk effectiever is dan vervolging van de publiekrechtelijke rechtspersoon.”

⁴⁷ Zie nader Hornman 2016, p. 441-491. Anderen denken daar anders over, zie hierover in het bijzonder de publicaties van Doorenbos op dit terrein. In de literatuur lijkt dat laatste standpunt overigens de overhand te hebben (zie de instemmende reactie van De Hullu 2018, p. 514), maar dat hangt volgens mij mede samen met het feit dat de advocatuur eerder dan aan handhavende zijde geneigd is om in de pen te klimmen.

College van Beroep voor het bedrijfsleven,⁴⁸ kennis van de door de rechtspersoon begane overtreding(en) veronderstelt. Zeer concreet hoeft die kennis overigens niet te zijn, een min of meer globaal of generiek opzet volstaat.⁴⁹ De feitelijk leidinggever hoeft niet te weten waar, wanneer, hoe en hoe vaak de verweten overtredingen hebben plaatsgevonden,⁵⁰ maar wel dat die overtredingen (of overtredingen die daarmee in rechtstreeks verband staan) zich hebben voorgedaan.⁵¹ Tegelijkertijd vergt kennis meer dan een vaag vermoeden dat er iets in de bedrijfsvoering van de onderneming mogelijk niet deugt.⁵² Ook het verkeerd interpreteren van signalen die op misstanden zouden kunnen duiden levert nog geen feitelijk leidinggeven op; culpa volstaat niet.⁵³ Waar de grens in de praktijk precies ligt, en wanneer het niet instellen van nader onderzoek of het houden van toezicht dus omslaat in aanvaarding, is echter lastig vast te stellen, mede omdat het onduidelijk is in hoeverre er op de (vermeend) feitelijk leidinggever een zorgplicht rust om (adequaat) toezicht te houden en nader onderzoek in te stellen naar gerezen signalen.⁵⁴ De Hoge Raad heeft zich daar nog niet heel expliciet over uitgelaten en waarschijnlijk is dat oordeel ook dusdanig met de aan de feitenrechter voorbehouden beoordeling en afweging van de feiten verweven, dat dit niet voor een inhoudelijke beoordeling in cassatie in aanmerking komt. Omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet alleen een rol heeft om te waken voor de rechtseenheid, rechtsvorming en juiste toepassing van het recht, maar tegelijkertijd ook als hoogste feitenrechter in het financieel-economische bestuursrecht optreedt, zal zijn jurisprudentie hierover op termijn mogelijk meer inzicht verschaffen. Het aantal zaken dat tot op heden aan het College is voorgelegd, is echter nog vrij beperkt en ziet voor het merendeel ook op actieve betrokkenheid bij de verweten overtreding, zodat hier vooralsnog weinig harde bevindingen uit kunnen worden afgeleid. Niettemin heb ik, mede op basis van de in paragraaf IV.3 te bespreken jurisprudentie, wel het gevoel dat het College de geschetste angst voor een risicoaansprakelijkheid niet, of in ieder geval aanzienlijk minder, deelt. Indien het die angst wel zou onderschrijven, zouden diens overwegingen waarschijnlijk minder stellig zijn geformuleerd. Met die kleine kanttekening, meen ik evenwel te moeten constateren dat de onwetenden vooralsnog nog steeds zalig zijn (of in ieder geval: lijken), hoe verwijtbaar die onwetendheid in beginsel ook is. Zij het dat ook hier een belangrijke, en nog weinig geconstateerde, nuance moet worden geplaatst. De ondermaats presenterende en daarmee onwetende leidinggevende wordt alleen beschermd voor zover hij of zij als feitelijk leidinggever wordt aangesproken. Voor functioneel plegerschap is kennis geen vereiste en is verwijtbare onwetendheid afdoende. Daardoor is het voor de handhavende instanties mogelijk om, indien het normadressaat van het voorschrift dat toelaat, selectief te shoppen tussen aansprakelijkheidsfiguren en te kiezen voor de aansprakelijkheidsfiguur die in kwestie de lichtste voorwaarden voor aan-

⁴⁸ Zie hierover nader het Algemene deel en het preadvies van Van Overbeek & Dusée.

⁴⁹ D.R. Doorenbos, 'Slecht leiding geven', in: A.A. Franken en Th.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht. Liber amicorum Jan Sjöcrona* (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 36; De Hullu 2018, p. 513; G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 312.

⁵⁰ HR 1 juni 1993, NJ 1994/53 (*Klaver Fashion*).

⁵¹ De Hullu 2018, p. 513; HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322 m.nt. A.C. 't Hart, AA 1987, p. 167-175 m.nt. A.H.J. Swart (*Slavenburg II*).

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

⁵³ Doorenbos 2014; De Hullu 2018, p. 511-512; HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322 m.nt. A.C. 't Hart, AA 1987, p. 167-175 m.nt. A.H.J. Swart (*Slavenburg II*); HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.1 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

⁵⁴ Zie hierover nader Hornman 2016, p. 441-491.

sprakelijkheid hanteert. Voor overtredingen komt men dan al snel uit bij het functioneel plegerschap.

55

Hiervoor is aangegeven dat de vragen welke kennis bij een leidinggevende mag worden aangenomen, wat deze (met enige inspanningen) had kunnen weten en wat deze met die kennis had kunnen doen, zich in de praktijk lastig laten beantwoorden. Juist op dit vlak kunnen de beschreven modellen van Mintzberg uitkomst bieden. De detectie- en effectueringsmogelijkheden van een leidinggevende verschillen namelijk sterk per type organisatie en naar gelang de positie die de desbetreffende leidinggevende binnen die organisatie inneemt. Door deze mogelijkheden en onmogelijkheden in de beoordeling te betrekken, kan concreter worden aangegeven wat gezien de omstandigheden in redelijkheid van de desbetreffende leidinggevende had kunnen, en daarmee wellicht ook mogen, worden verwacht. In de navolgende paragrafen zal daartoe een meer concrete aanzet worden gegeven.

Deze incorporatie van het detectie- en effectueringsvermogen werkt op twee manieren door in de aansprakelijkheidsvraag. Primair gaat het dan om de beantwoording van de vraag of er binnen de rechtspersoon een of meerdere individuen zijn aan te merken als feitelijk leidinggever (of functioneel pleger), en zo ja, op grond waarvan? Op die manier kan nader en voor de betrokkene ook veel concreter invulling worden gegeven aan de geformuleerde voorwaarden voor aansprakelijkheid. Dat maakt het voor het bestuursorgaan mogelijk om veel scherper te benoemen welke gedragingen nu precies het feitelijk leidinggeven opleveren. Door dat verwijt scherper te benoemen, wordt het voor de (vermeend) feitelijk leidinggever ook veel duidelijker waartegen hij of zij zich moet verweren. Daarenboven kunnen de typologieën ook worden gebruikt om, als eenmaal is geoordeeld dat de betrokkene als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt en het bestuursorgaan dus terecht heeft geoordeeld dat er grond is voor het opleggen van een bestuurlijke boete, aan te tonen dat er bijzondere mitigerende omstandigheden zijn (verminderde verwijtbaarheid) op grond waarvan de boetehoogte zou moeten worden verlaagd (art. 5:46 lid 2 Awb). De typologieën helpen dus niet alleen bij het concretiseren van de zorgplicht, maar ook bij de beoordeling van de verwijtbaarheid van het mogelijk onzorgvuldige of incorrecte handelen c.q. nalaten en daarmee de evenredigheid van de opgelegde boete. Naast het gegeven dat de typologieën het mogelijk maken om potentiële obstakels die aan de vestiging van aansprakelijkheid in de weg zouden kunnen staan te identificeren, kunnen zij die belemmeringen deels ook wegnemen door aan te geven wat wel van de leidinggevende had kunnen worden verlangd, zodat aansprakelijkheid alsnog langs die weg zou kunnen worden geconstrueerd. Zo ontbreekt bij de hogere organisatie-echelons van omvangrijke ondernemingen vaak gedetailleerde kennis over de aard, ernst en omvang van de aan de rechtspersoon verweten verboden gedragingen en is het voor deze leidinggevendenden derhalve ook ondoenlijk om precies te beoordelen en in detail voor te schrijven welke maatregelen passend en geboden zijn. Tegelijkertijd volgt uit de typologieën dat hun zorgplicht zich daartoe ook niet uitstrekt. Micromanagement behoort niet tot de taken van de centrale ondernemingsleiding van een omvangrijke organisatie. Zij stuurt op hoofdlijnen en voor dergelijke sturing op hoofdlijnen kan met veel abstractere kennis worden volstaan. De organisatietop moet die middelen ter beschikking stellen en die omstandigheden creëren die nodig zijn, zodat anderen in de organisatie passend kunnen optreden. Enkel voor de managementlagen die dicht op de verboden gedragingen zitten en dus met concreet toegesneden oplossingen moeten komen is gedetailleerde kennis noodzakelijk. Zij moeten immers maatwerk leveren dat die gedragingen ook daadwerkelijk gaat verhelpen en/of voorkomen. Daarmee is het kennisvereiste an sich dus niet zozeer het probleem,

⁵⁵ Zo ook De Hullu 2018, p. 514. Zie hierover nader Hornman 2016, p. 70-74 (waar wordt opgemerkt dat het bij misdrijven met een oogmerkvereiste juist voordeliger kan zijn om voor feitelijk leidinggeven te opteren omdat de feitelijk leidinggever dat oogmerk niet persoonlijk hoeft te hebben; zo ook L.M.A.M. Hoeks en J.T.C. Leliveld, 'Geen overzichtsarrest voor functioneel ouderschap', *Strafblad* 2018/6, p. 50-52; anders – en in tegenspraak met HR 22 september 1987, nr. 81183, *NJB* 1987-7, p. 98 – De Hullu 2018, p. 511).

maar vooral de invulling die daaraan wordt gegeven, want het is die invulling die het grootste beletsel voor de vestiging van aansprakelijkheid vormt en daarom kritisch moet worden gezien.⁵⁶

Naast dat de typologieën kunnen bijdragen aan het concretiseren van de zorgplicht, kunnen daaraan ook bepaalde feitelijke vermoedens worden ontleend die bestuursorgaan en bestuursrechter zouden kunnen hanteren bij het uitvaardigen of beoordelen van sanctionerende maatregelen. Deels gebeurt dat overigens al. De simpele structuur biedt daarvan het meest heldere voorbeeld.

IV.3 Heldere verantwoordelijkheidslijnen en feitelijke vermoedens bij simpele structuren

Binnen de simpele structuur is het gezag geconcentreerd in de handen van één of hoogstens een paar personen. Een noemenswaardige opbouw van managementlagen ontbreekt en alle wezenlijke beslissingen in de organisatie worden genomen door die ene of die paar leidinggevende(n). Omdat de organisatie zo enorm zwaar leunt op haar leiding, alle sturing echt vanuit de top komt en niemand noemenswaardige beslissingen zal durven te nemen zonder het management daarin te consulteren, ontstaat een relatief afwachtende organisatie die voor alles naar haar bestuur kijkt. Dat bestuur mengt zich actief in de details van de bedrijfsvoering en stuurt de primaire bedrijfsprocessen ook actief en op microniveau aan. Zonder sturing vanuit die ene leidinggevende of dat kleine selecte clubje, valt de onderneming letterlijk stil. Dat gegeven maakt het mogelijk om bij de bewijsconstructie gebruik te maken van – weerlegbare – feitelijke vermoedens. Dat doet het College van Beroep voor het bedrijfsleven dan ook:

“(…) voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging [is] op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, (een van) de feitelijke hoofdactiviteit(en) van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging — het zonder vergunning verlenen van betaaldiensten — en een bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen, dan is in beginsel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.”⁵⁷

De essentie van een dergelijk vermoeden is dat een bepaalde feitelijke niet direct wordt bewezen, maar dat de vervulling of aanwezigheid daarvan wordt ontleend aan een andere feitelijke die wel kan worden aangetoond.⁵⁸ Aldus vloeit het ene als het ware als logische consequentie voort uit het andere. Binnen redelijke grenzen, dat wil zeggen mits voldoende onderbouwd en weerlegbaar, is het hanteren van dergelijke veronderstellingen ook niet onverenigbaar met de onschuldpresumptie uit

⁵⁶ Dat betekent overigens niet per se dat dit vereiste moet worden afgewezen. Er zijn voldoende valide redenen om voor het behoud daarvan te pleiten, maar dan heeft dat wel als consequentie dat het senior management van de meer complexe en omvangrijke ondernemingen veelal de dans zal ontspringen. Doorenbos 2014 en De Hullu 2018, p. 514 zien daarin duidelijk minder bezwaar dan uw preadviseur.

⁵⁷ CbB 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, AB 2017/80 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, JOR 2017/131 m.nt. S.M.C. Nuijten; CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, JOR 2016/131 m.nt. B. Bierman; CbB 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, JOR 2017/296 m.nt. S.M.C. Nuijten.

⁵⁸ J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 216.

artikel 6 EVRM.⁵⁹ Die grenzen lijken hier ook niet in het geding te komen, al was het maar omdat de Straatsburgse rechtspraak verdergaande hantering van weerlegbare vermoedens toelaatbaar heeft geacht. Zo oordeelde de toenmalige Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak *A.G./Malta* waarin het Maltese strafrecht (bij wet) uitging van een vermoeden van schuld van de directeur indien werd vastgesteld dat diens rechtspersoon een strafbaar feit had begaan (in casu het valselijk opmaken van declaraties), tenzij deze “proves that the offence was committed without his knowledge and that he exercised all due diligence to prevent the commission of the offence”, dat “[t]he applicant was therefore provided under the legislation with the possibility of exculpating himself. The Commission does not consider that the conditions, which required the applicant to prove that he had no actual knowledge of the offence and also was not negligent in his duties as an officer of a company, were self-contradictory or imposed an irrebuttable presumption.”⁶⁰ Dat deze redenering een aanzienlijke verschuiving van het bewijsrisico behelst, is evident.⁶¹ De aanname van het College is tegen die achtergrond zelfs nog erg voorzichtig.

Bovendien kunnen de door het College geformuleerde veronderstellingen aan de hand van de karakteristieken van de typologie van de simpele structuur worden onderbouwd.⁶² Daarmee is dus sprake van een solide fundament voor deze aannames. Daarnaast formuleert het College de aanname gezien de clausule ‘in beginsel’ ook duidelijk als een veronderstelling en niet als een vaststaand onweerlegbaar gegeven. Evenmin is vereist dat het de gedaagde is die de aanname ontkracht. De onjuistheid van de aanname kan ook langs andere wegen aan het licht komen, bijvoorbeeld omdat er contraindicaties zijn, zoals ziekte van de bestuurder, op grond waarvan de initiële vanzelfsprekendheid van de veronderstelling komt te ontvallen. Het College behoudt duidelijk de door het EHRM vereiste *genuine power of assessment* van de feiten;⁶³ het gaat om een weerlegbaar vermoeden. Dat dat vermoeden soms wellicht lastig te weerleggen is, maakt dat vermoeden nog niet zonder meer ontoelaatbaar.⁶⁴ Bij de beoordeling of de aanname binnen redelijke grenzen blijft, is de *importance of what is at stake* een belangrijke wegingsfactor, zij het dat niet alleen het perspectief van de leidinggevende daarvoor bepalend is. Aan het belang van effectieve rechtshandhaving komt eveneens zwaarwegende betekenis toe.⁶⁵

Tegelijkertijd gaan de aannames van het College ook (nagenoeg) alleen in de bovengenoemde situatie op. In de redenering van het College liggen immers (impliciet) drie cumulatieve constitutieve voorwaarden besloten. Ten eerste moet het gaan om een hoofdactiviteit van de onderneming die de

⁵⁹ Zie in het bijzonder EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83, *NJ* 1991/351 m.nt. E.A. Alkema (*Salabiaku/Frankrijk*), EHRM 25 september 1992, nr. 13191/87, *NJ* 1995/593, m.nt. E.A. Alkema (*Pham Hoang/Frankrijk*), EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*) en – duidelijk toegespitst op het bestuursrecht – R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 550-554 en 559 en van dezelfde auteur, ‘De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesities en het nemo-teneturbeginsel’, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2017/2. Voor een uitvoerige bespreking van deze jurisprudentie wordt verwezen naar Bemelmans 2018, p. 216-228 en 242-253 en E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht. Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM* (diss. Groningen), Ridderkerk: Ridderprint BV 2015, p. 307-387.

⁶⁰ ECieRM 10 december 1991, nr. 16641/90, dec. (*A.G./Malta*). Vgl. EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*) waarin het ging over de aansprakelijkheid van een *publishing director* voor in nieuwsbulletins geuite lasterlijke uitspraken. Deze was immers gehouden om toe te zien op de inhoud van die berichten alvorens deze zouden worden verspreid.

⁶¹ Bemelmans 2018, p. 247.

⁶² Vgl. Hornman 2016, p. 134-135.

⁶³ Bemelmans 2018, p. 246-249.

⁶⁴ Van Luijk 2016, p. 345-347 onder verwijzing naar EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*); Stijnen 2011, p. 559.

⁶⁵ Bemelmans 2018, p. 244-246; E. Gritter, ‘Toerekening van opzet of schuld in het fiscale boeterecht: legitimatie en achtergronden’, *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 371; Van Luijk 2015, p. 18-19, 328-347, 364-368 en 397-404; Hornman 2016, p. 470-471.

facto samenvalt met de overtreding. In de jurisprudentie van het College gaat het daarbij nagenoeg steeds om het verrichten van bepaalde activiteiten zonder vergunning.⁶⁶ De leidinggevende zal dan immers weten (a) dat die activiteiten worden verricht en (b) dat de onderneming daar geen vergunning voor heeft. Wetenschap van het feit dat die vergunning nodig was (boos opzet) kan uiteraard wel ontbreken, maar dergelijke wetenschap is geen vereiste; opzet is kleurloos.⁶⁷ Indien hoofdactiviteit en overtreding niet één-op-één samenvallen, dan gaat de veronderstelling niet langer op. Dat doet zich bijvoorbeeld voor indien de onderneming niet wordt verweten dat zij zonder vergunning heeft gehandeld, maar dat zij de vergunningsvoorwaarden heeft overtreden. Beide aspecten liggen uiteraard in elkaars verlengde, maar wetenschap van het een vloeit hier niet automatisch voort uit het ander. Behoudens gevallen van feitelijke dwaling waarin een leidinggevende meende over een bepaalde vergunning te beschikken terwijl die vergunning in werkelijkheid op iets anders zag, kan het een leidinggevende niet ontgaan dat hij of zij geen vergunning had. Dat is immers bij uitstek iets dat op bestuursniveau wordt geregeld. Voorts is delegatie van taken en bevoegdheden weliswaar toegestaan, maar niet zonder beperkingen. Bij beantwoording van de vraag of de betrokkene persoonlijk redelijkerwijs gehouden was om te interveniëren gaat het overduidelijk om een normatief oordeel.⁶⁸ Overtredingen van vergunningsvoorwaarden blijven evenwel niet beperkt tot het (hogere) management en kunnen zich ook op decentraal niveau aandienen, buiten het zicht van de leidinggevende. De veronderstelling gaat in die situatie dus niet op. Hiermee komen eigenlijk meteen de tweede en derde voorwaarde aan het licht. De aanname van het College gaat eigenlijk alleen op indien binnen de onderneming sprake is van één of enkele leidinggevers en de onderneming beperkt is van omvang. Bij grotere ondernemingen met meerdere leidinggevers is het niet langer vanzelfsprekend dat de directeur zich ook met alle juridische aspecten van de bedrijfsvoering bemoeit. De aannames gaan daarom wel op bij de zogenaamde kleine cowboys, boiler rooms en nieuwe toetreders tot de financiële markten, maar niet bij de grote gevestigde institutionele financiële instellingen.

De slotoverweging van het College over het door eigen nalatigheid niet op de hoogte zijn, om daaraan vervolgens de conclusie te verbinden dat de verweten gedragingen door de betrokkene zijn aanvaard, gaat ook alleen op bij kleine ondernemingen met een zeer beperkt aantal leidinggevers. Feitelijk leidinggeven veronderstelt kennis. De leidinggevende moet immers opzet hebben op diens deelnemingshandeling: het leidinggeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon.⁶⁹ Het idee achter feitelijk leidinggeven is immers dat de leidinggevende de verboden gedragingen van de rechtspersoon doelbewust bewerkstelligd. Daarin ligt besloten dat leidinggeven niet onbedoeld of per ongeluk kan plaatsvinden.⁷⁰ Op dat kennisvereiste bestaat slechts één uitzondering en dat is de situatie waarin de leidinggevende voorziet dat er een reëel risico bestaat dat dergelijke verboden gedragingen op het punt staan om zich te materialiseren, en deze er vervolgens doelbewust voor kiest om weg te kijken en zichzelf zodoende dus opzettelijk onwetend te houden van het verdere verloop van die ontwikkelingen, zodat deze, in het zeer waarschijnlijke geval dat die gedragingen zich zullen aandienen, kan claimen niet op de hoogte te zijn geweest van die overtredingen. Onder die omstandigheden wordt de onwetendheid van de leidinggevende niet gesauveerd en kan deze zich evenmin op het standpunt stellen dat deze de signalen heeft onderschat of miskend. Ook dergelijk doelbewust onwetend houden levert namelijk aanvaarden in de zin van voorwaardelijk opzet op.⁷¹ Dat is op zich staande (strafrechtelijke) jurisprudentie en daarmee ook niet zo revolutionair. Dat het College zich bij die lijn

⁶⁶ Uitzonderingen zijn: CBb 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, *JOR* 2017/296 m.nt. S.M.C. Nuijten en CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, *AB* 2018/42 m.nt. R. Stijnen

⁶⁷ Zie nader par. V van het Algemene deel.

⁶⁸ De Hullu 2018, p. 513.

⁶⁹ Zie par. V van het Algemene deel.

⁷⁰ Daarmee wijkt feitelijk leidinggeven ook af van functioneel plegerschap. Het aanvaardingsvereiste krijgt daar een andere invulling. Zie nader par. II, III en V van het Algemene deel.

⁷¹ Zie o.a. Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BT2641 (*Royal Dubai*); ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, *JM* 2016/75 m.nt. T. van der Meulen (*Edelchemie*); Hornman 2016, p. 75-76 (met verdere verwijzingen aldaar).

aansluit, mag dan ook niet verbazen. Dat neemt evenwel niet weg dat deze bewijsconstructie in de praktijk eigenlijk alleen kan worden toegepast in situaties zoals voornoemde, waarin de leidinggevende dicht op de overtreding zit, zoals het geval is bij de simpele structuur of de direct leidinggevende uit de machinebureaucratie. Deze redenering valt immers alleen sluitend vol te houden bij leidinggevendenden die direct toezicht houden op het niveau waar de overtreding wordt begaan.⁷² Voor leidinggevendenden die verder daarvan afstaan, gaat deze redenering niet op. Zij kunnen immers claimen dat zij bepaalde signalen niet, niet tijdig of niet volledig, hebben ontvangen en dat zij op basis daarvan (achteraf gezien) een verkeerde inschatting hebben gemaakt. Dat laatste kan wellicht verwijtbaar zijn, maar dergelijk culpoos leidinggeven – tegenwoordig ook wel aangeduid als ‘slecht leidinggeven’ – levert nog geen feitelijk leidinggeven op.⁷³ Daarvoor is immers opzet vereist. Het nadeel hiervan – dat ik in mijn proefschrift uitvoeriger bespreek – is dat dit voor bepaalde leidinggevendenden in meer omvangrijke organisaties de mogelijkheid creëert om zichzelf net buiten de gevarenzone te positioneren. Zij kunnen net voldoende afstand houden tot de verboden gedragingen om net genoeg te weten om de in het geding zijnde risico’s te kunnen inschatten, maar net te weinig te weten om ook daadwerkelijk aansprakelijk te zijn indien die risico’s zich onverhoopt mochten verwezenlijken, zonder daarmee direct in de sfeer van het doelbewust onwetend houden te komen.⁷⁴ Vanuit het oogpunt van effectieve, maar ook rechtvaardige rechtshandhaving heb ik daar moeite mee. Niet zozeer omdat ik ervan uitga dat hooggeplaatste leidinggevendenden hierin altijd sluw of calculerend te werk zouden gaan, maar vooral omdat passiviteit – niets doen en afstand houden – in gevallen waarin een leidinggevende onverhoeds wordt geconfronteerd met een onverwacht scenario (een ernstige en diep in de organisatieprocessen, -structuur of -cultuur gewortelde overtreding of strafbaar feit) en deze niet weet wat hij of zij daartegen moet ondernemen, een volstrekt normale menselijke reactie is. Het probleem is dat het hogere management daar veel eenvoudiger mee wegstapt dan het lagere management. Het hogere management staat immers in meerdere opzichten (temporeel, causaal, kennis etc.) op grotere afstand van de verweten overtredingen en kan zich daar dus (deels) achter verschuilen, bijvoorbeeld door te claimen dat het de situatie simpelweg heeft onderschat. Voor het lagere management is dat veel lastiger. Bovendien is de aanpak van meer structurele vormen van organisatie-deviantie bij uitstek een taak voor de hogere managementechelons, een taak die nu op het lagere management dreigt te worden afgeschoven. Direct leidinggevendenden genieten dus niet dezelfde geprivilegieerde positie als hun senioren. Zij mogen in een dergelijke situatie voor het hogere management de kastanjes uit het vuur halen en lopen daarbij ook het risico om aansprakelijk te worden gesteld indien zij daarin onverhoopt tekortschieten, ondanks dat zij bij het doorvoeren van de benodigde maatregelen zijn gebonden aan, en worden gehinderd door, beslissingen die elders in de organisatie zijn genomen of zijn uitgebleven. Met uitzondering van leidinggevendenden die leidinggeven aan *street level bureaucrats* of autonome professionals, zitten zij dusdanig dicht op de overtredingen en hebben zij dusdanig intensieve contacten met de personen die deze overtredingen begaan, dat zij ofwel op de hoogte moeten zijn geweest van die overtredingen, dan wel dat zij hun taken dusdanig grovelijk en structureel hebben verzaakt en enkel als gevolg daarvan onwetend zijn gebleven, dat dergelijke onwetendheid als doelbewuste onwetendheid kan worden gekwalificeerd. Een culpoze tussenvariant is er voor deze categorie eigenlijk niet. Er is of kennis, en daarmee opzet, of er is doelbewuste onwetendheid, en ook dat is opzet. Voor alle andere leidinggevendenden is die culpoze tussenvariant er wel, zodat deze leidinggevendenden ervoor kunnen kiezen om meer distantie te betrachten en de aanpak van de misstanden aan anderen over te laten. Dit terwijl een daadwerkelijke effectieve aanpak enorm gebaat zou zijn bij een bredere integrale aanpak met maatregelen op meerdere niveaus waarbij het lagere management zich ook gesteund voelt door de hogere echelons, in het bijzonder daar waar het lastige of door sommigen als ongewenst ervaren maatregelen betreft. Die specifieke rol van het hogere management wordt mijns inziens nog onvoldoende erkend in de invulling die op dit moment aan de criteria voor feitelijk leidinggeven wordt

⁷² Hornman 2016, p. 134-136 en 195-196.

⁷³ Zie hierover par. V en VII van het Algemene deel en hetgeen daarover aan het begin van dit hoofdstuk is opgemerkt.

⁷⁴ Hornman 2016, p. 441-449 en 466-468.

gegeven, terwijl het 'redelijkerwijs gehouden zijn' daar wel ruimte voor biedt. Voor het senior management van omvangrijke en complexe ondernemingen zou de nadruk meer op de voorzienbaarheid van risico's en de in het licht daarvan bestaande institutionele zorgplicht (management op hoofdlijnen) moeten liggen en minder op de concrete kennis van de daadwerkelijke overtredingen (micro-management).⁷⁵

In de overwegingen van het College keert de bovengeschetste redenering over de veronderstelde kennis en betrokkenheid van direct leidinggevendenden, zij het impliciet, ook terug. De leidinggevende die ontkent op de hoogte te zijn geweest, is ofwel een leugenaar of heeft zichzelf doelbewust onwetend gehouden. In beide gevallen is sprake van feitelijk leidinggeven. De allerlaatste overweging van het College over het 'redelijkerwijs gehouden zijn' mag evenmin verbazen. Als er maar één noemenswaardige leidinggevende in de onderneming valt te identificeren, dan is deze ook automatisch de aangewezen persoon om corrigerend in te grijpen, zeker daar waar het de vitale of kernactiviteiten van de rechtspersoon betreft.⁷⁶

⁷⁵ Hornman 2016, p. 465-491.

⁷⁶ Hornman 2016, p. 136-139.

IV.4 Twee belangrijke oorzaken voor straffeloosheid: afstand en decentrale autonomie

In meer omvangrijke en/of complexe organisaties zijn voornoemde vermoedens niet bruikbaar en is doorgaans erg lastig om vast te stellen wat hogergeplaatste leidinggevenden precies wisten, mede omdat het niet vanzelfsprekend is dat de voor aansprakelijkheid benodigde informatie de hogere organisatieregionen ook bereikt. Daarvoor zijn twee hoofdoorzaken aan te wijzen. Behoudens aantoonbare gevallen van actieve betrokkenheid, kan het vaststellen van aansprakelijkheid daardoor erg lastig worden.

Allereerst is de afstand tussen het hogere management en het operationele niveau in organisaties waarin sprake is van een sterk gelaagde managementstructuur (machinebureaucratie, divisiestructuur en omvangrijke professionele bureaucratie) veelal dusdanig groot dat de kans reëel is dat informatie die afstand niet, of niet tijdig en volledig, weet te overbruggen. Het verweer van de hoger geplaatste leidinggevende dat hij of zij niet, of door de gebrekkige informatie niet afdoende, op de hoogte was, en de ernst van de situatie daardoor niet heeft ingezien of heeft onderschat, is daarmee ook een plausibel (en mogelijk ook terecht) verweer.⁷⁷ Dat terwijl kennis niet alleen een constitutief element is voor aansprakelijkheid, maar ook bepalend is voor de nadere invulling van de zorgplicht. Wat een leidinggevende had moeten doen, wordt voor een groot deel afgemeten aan de inschatting van de aard, omvang en ernst van de situatie die deze op basis van de beschikbare informatie kon en moest maken. Niet geheel toevallig worden verweren van dien aard dan ook veelvuldig, en veelal met succes, aangevoerd.⁷⁸ Behoudens contra-indicaties van het tegendeel, zoals mailwisseling waaruit blijkt dat de betrokkene weldegelijk was geïnformeerd, zijn dergelijke verweren immers moeilijk te weerleggen. De onwetenden zijn daardoor daadwerkelijk zalig.⁷⁹ Als er al verantwoordelijken kunnen worden aangewezen, behoren die leidinggevenden eerder tot het eerstelijnsmanagement dat direct toezicht houdt op het uitvoerend niveau en uit dien hoofde ook vergaand is geïnformeerd over hetgeen zich daar afspeelt (of dat in ieder geval zeer eenvoudig kan zijn). Indien dat lagere management ook voldoende is geëquipeerd om de misstanden aan te pakken, is het vanzelfsprekend geen probleem om deze leidinggevenden ook op hun eigen tekortkomingen aan te spreken. De speelruimte (en daarmee dus de zeggenschap) van het lagere management om die misstanden te verhelpen kan echter vrij gering zijn, hetzij *de jure* omdat de leidinggevenden binnen de grenzen van de eigen bevoegdheid moeten opereren en de noodzakelijke maatregelen die bevoegdheid te buiten gaan, hetzij *de facto* omdat zij gebonden zijn aan beslissingen die elders in de organisatie zijn genomen en waarop zij geen of nauwelijks invloed kunnen uitoefenen. Daar waar doortastend optreden een systeem- of cultuurwijziging vergt, is het voor deze managers nagenoeg ondoenlijk om dat zonder uitdrukkelijke steun en medewerking van hogerhand en van de technestructuur te realiseren. Hun effectueringmogelijkheden zijn aldus beperkt. Tegelijkertijd leert de ervaring dat het deze 'laagsten in rang' zijn die uiteindelijk vaak het hoogst en zeker het eerst komen te hangen,⁸⁰ omdat er binnen de geringe mogelijkheden die er waren altijd wel een extra maatregel kan worden gevonden die zij hadden kunnen nemen om de situatie te beëindigen, of in ieder geval te verminderen, in plaats van deze (ongehinderd) te laten doormodderen. Ook indien zij daarvoor geen steun, en mogelijk zelfs tegenwerking, vanuit de organisatie ontvingen. Het feit dat een structurele oplossing uitblijft, neemt immers niet weg dat zij nog steeds ad hoc op alle voorvallen kunnen reageren. Dat gegeven tempert weliswaar de verwachtingen, maar vormt geen excuus om wettelijke verplichtingen dan maar naast zich neer te leggen. Het

⁷⁷ Hornman 2016, p. 442-443.

⁷⁸ De woorden van het Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1971 (*Ahold boekhoudfraude; Fahlin*) dat strafrechtspleging niet leidt tot een risicoaansprakelijkheid zijn daarvoor tekenend.

⁷⁹ Hornman 2016, p. 444-446. In ieder geval voor zover het de straf- en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid betreft. Civielrechtelijk kan dat anders liggen.

⁸⁰ Brants 1988, p 55; J.C. Coffee jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment', *Michigan Law Review* 1981, p. 397; M.S. Groenhuijsen, 'Berechting en bestraffing van witte boordencriminelen in Nederland', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 826; Hornman 2016, p. 226, 443 en 452-457. De kans op een succesvolle vervolging van het topmanagement is statistisch gezien aanzienlijk beperkter.

hogere management dat verantwoordelijk is voor de kaders waarbinnen en de middelen waarmee deze lagere managers moeten opereren, en daarmee (in ieder geval deels) ook voor het gebrek aan steun dat zij ontvangen of de tegenwerking die zij ervaren, zal de dans veelal ontspringen. De door de rechtspersoon begane overtredingen moeten daarvoor immers (mede) op het conto van dat hogere management kunnen worden geschreven. Daarvoor is de causale keten tussen de op decentraal niveau begane overtredingen en de verwijten aan het adres van de ondernemingstop doorgaans te fragiel, de kennis van die overtredingen te beperkt en de invloed op beslissingen die op decentraal niveau moeten worden genomen te indirect.⁸¹

De tweede hoofdoorzaak schuilt in de decentrale autonomie die tot gevolg heeft dat gehele organisatieonderdelen (divisiestructuur), bepaalde teams (ad hoc) of individuele professionals (professionele bureaucratie) grotendeels zelfstandig opereren en dientengevolge maar weinig informatie delen met het senior management. Dat kan zijn omdat er geen aanleiding bestaat om informatie te delen, maar ook omdat er (principiële) beletsels of andere argumenten kunnen bestaan om dat te doen (voorkomen van inmenging, hoge tempo waarmee veranderingen zich aandienen, vertrouwelijkheid van de informatie etc.).⁸² Daarmee onttrekt het decentrale niveau zich voor een deel aan toezicht van hogerhand, met wederom dezelfde gevolgen. Als er al signalen doorkomen of kunnen worden opgepikt die op misstanden zouden kunnen duiden, dan komen die veelal binnen bij de leidinggevenden die dicht op dat decentrale niveau zitten. Het hogere management blijft opnieuw buiten schot, terwijl het lagere management ook hier voor een aanzienlijk deel is aangewezen op de signaleringsmogelijkheden die door de organisatiestructuur, -cultuur en -systemen worden geboden en waaraan het zelf maar weinig kan wijzigen.

IV.5 Bezwaarlijkheid van en alternatieve oplossingen voor straffeloosheid

Het bovenstaande zou de suggestie kunnen wekken dat de impunitie van de hogere managementregio's per definitie kwalijk is. Dat is niet zonder meer het geval. Aansprakelijkheid moet een solide basis hebben, en zoals aan het begin van dit preadvies is geschreven, gaat het klassieke piramidale organisatiebeeld waarin alle tekortkomingen in de organisatie aan de organisatietop kunnen worden toegeschreven al lang niet meer op. Daarnaast laat collectieve schuld zich vaak moeilijk individualiseren.⁸³ Dat is ook de voornaamste bestaansgrond van de aansprakelijkheid van die collectieve entiteit zelf, te weten in de vorm van de rechtspersoon (of in geval van het mededingingsrecht: de onderneming). Het is dus niet zo dat binnen elke strafbare rechtspersoon altijd een strafbare leidinggevende of fysiek plegger moet zijn te identificeren. Evenmin is het uitgesloten dat de daadwerkelijke verantwoordelijken ook op decentraal niveau moeten worden gezocht omdat het binnen hun mogelijkheden lag om de verweten gedragingen te voorkomen of te beëindigen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld daarvan wordt geboden door de professionele bureaucratie. Aansprakelijkheid van het management is daar vanwege de professionele autonomie en de veelal daarmee gepaard gaande vertrouwelijkheid en informatiemonopolie, lastig te construeren. In een groot deel van de gevallen zal dat ook niet nodig zijn, omdat de professional prima zelf op zijn of haar tekortkomingen kan worden aangesproken (mits deze uiteraard als normadressaat van de bepaling kan worden aangemerkt). Waar de uitvoerend medewerker in de machinebureaucratie slechts een klein en onbeduidend raderwerkje in het grotere geheel vormt dat door anderen is ontworpen en wordt aangestuurd – waardoor het voor de hand liggender wordt om het aansprakelijkheidsvizier naar die ontwerpers en bestuurders te verschuiven –, kan de focus binnen de professionele bureaucratie in de regel beperkt blijven tot de professional zelf.⁸⁴ Deze opereert immers solistisch en vormt eerder zijn of haar eigen machine en kan daar zodoende dus ook zelf de verantwoordelijkheid voor dragen. Het door de AFM uitgeoefende accountantstoezicht en -tuchtrecht concentreert zich niet voor niets primair op individuele accountants. Slechts indien het adequaat functioneren van de professional wordt gehinderd door gebreken

⁸¹ Vide supra.

⁸² Hornman 2016, p. 443.

⁸³ Zie eerder voetnoot 13.

⁸⁴ Hornman 2016, p. 345-347.

in de organisatie, haar systemen of de door haar geboden ondersteuning, en de tekortkomingen in de taakuitoefening door de accountant dus oorzaken kunnen hebben die buiten zijn of haar invloedssfeer liggen, bestaat er aanleiding om de verantwoordelijkheid voor die tekortkomingen elders te zoeken, te weten bij het accountantskantoor of in zijn organisatiehiërarchie. Op voorhand berust die verantwoordelijkheid echter bij de professional zelf.

Een tweede voorbeeld waarin het niet problematisch is als het hogere management niet kan worden aangesproken dient zich aan wanneer de verantwoordelijkheid om de desbetreffende verboden gedraging(en) aan te pakken ook bij het lagere management ligt. Juist bij omvangrijke organisaties moet de vraag ‘wie is verantwoordelijk?’ eigenlijk worden verfijnd naar de vraag ‘wie is waarvoor verantwoordelijk?’. Ook die vraag kan mede aan de hand van de typologieën worden beantwoord. Zo kent de machinebureaucratie meerdere leidinggevende posities die allemaal een zekere verantwoordelijkheid voor het geheel dragen, maar tegelijkertijd ook een duidelijke eigen verantwoordelijkheid hebben. De machinemetafoor die onlosmakelijk met deze typologie is verbonden, maakt het mogelijk om die verschillende verantwoordelijkheden ook duidelijk te onderscheiden.⁸⁵ Het feitenrelaas behorende bij de zeer recent met ING overeengekomen transactie wegens het faciliteren van witwassen biedt een mooi voorbeeld om deze verschillende verantwoordelijkheden binnen de machinebureaucratie nader uit te werken. Als men de gehele organisatie ziet als een machine, dan hebben alle leidinggevendenden een specifieke eigen verantwoordelijkheid voor het ongehinderd kunnen functioneren van die machine. Dat begint met het uitdenken (standaardiseren) van de primaire processen. Dat geschiedt door de technostructuur. De leidinggevendenden van de technostructuur zijn aldus verantwoordelijk voor *ontwerp- of systeemfouten* in de intern gehanteerde systemen. Zo was het monitoringsysteem ING zo ingericht dat het niet meer dan drie alerts per dag afgaf om op die manier de compliance afdeling niet te overbelasten. Meerdere ongebruikelijke transacties zijn daardoor niet opgemerkt, onderzocht en gerapporteerd.⁸⁶ Het vormgeven en inrichten van die systemen is bij uitstek iets dat voor rekening van de technostructuur komt. Indien die systemen op zich toereikend zijn, maar heeft de verboden gedraging zich kunnen voordoen doordat die systemen op een verkeerde wijze zijn toegepast, dan is sprake van een *toepassingsfout*. De verantwoordelijkheid daarvoor berust bij het eerstelijnsmanagement, net zo als het zogenaamde kleine onderhoud aan de machine. Daarnaast vervult deze managementlaag ook een signaleringsfunctie. Omdat zij de verantwoordelijkheid dragen voor de directe toepassing van de systemen, mag van deze managers ook worden verwacht dat zij onvolkomenheden in die systemen signaleren en rapporteren aan anderen binnen de organisatie, zodat zij er op hun beurt weer voor kunnen zorgen dat die problemen worden verholpen. Zo volgt althans uit de typologieën. In hoeverre deze interpretatie van ‘gehouden zijn tot’ ook voor geldend recht doorgaat, was tot voorkort onduidelijk. Strikt genomen is het namelijk het vervolgoptreden door de ingeseinde leidinggevende/afdeling dat naar zijn aard geschikt is om de problematiek te verhelpen, niet het inseinen zelf. In de ING transactie lijkt het openbaar ministerie deze uitleg niettemin te hebben omarmd,⁸⁷ in ieder geval voor wat betreft de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Of deze interpretatie ook navolging gaat krijgen in de rechtspraak blijft afwachten. Met de doorgifte van die gesignaleerde onvolkomenheden bereikt men automatisch het middenlijnmanagement dat binnen de machinebureaucratie de verantwoordelijkheid heeft om ervoor te zorgen dat de zorgvuldig tot stand gebrachte afstemming – het op elkaar inhaken van de tandwieltjes – wordt gerealiseerd en gewaarborgd, oftewel het voorkomen van *afstemmingsfouten*. Het grote risico van de machinebureaucratie

⁸⁵ Zie hierover uitgebreider Hornman 2016, p. 452-457 waaraan het navolgende is ontleend.

⁸⁶ *Onderzoek Houston. Het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V. Feitenrelaas en Beoordeling Openbaar Ministerie* (verder: Feitenrelaas ‘Houston’), p. 11 (te raadplegen op www.om.nl). De vergelijking met de (strafrechtelijke) ING casus is vanuit bestuursrechtelijk perspectief bovendien bijzonder interessant omdat veel van de door ING overtreden bepalingen afkomstig zijn uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), in welk kader de bestuursrechtelijke toezichthouders ook een grote rol vervullen. Daarmee heeft deze casus ook een duidelijke bestuursrechtelijke component.

⁸⁷ Feitenrelaas ‘Houston’, p. 13 (het openbaar ministerie spreekt hier over het ‘ontbreken van een escalatiecultuur’).

is namelijk dat afdelingen en personen zich uitsluitend concentreren op en verantwoordelijk voelen voor hun eigen aandeel, maar dat het verantwoordelijkheidsbesef voor het grote geheel eigenlijk verloren gaat. Het is deels de taak van het middenlijnmanagement om dat gevaar te reduceren.⁸⁸ Op deze leidinggevenden rust derhalve de taak om de signalen die vanuit het eerstelijnsmanagement komen op te pikken en adequaat door te geleiden naar de afdelingen in de organisatie die de problemen kunnen verhelpen, voor zover zij dat zelf niet kunnen doen. Hun rol is echter niet louter afwachtend, zij zullen ook zelf op zoek moeten gaan naar potentiële afstemmingsbedreigende factoren door actief bij het eerstelijnsmanagement te informeren en zelf toe te zien op de samenwerking tussen de diverse ondergeschikte afdelingen. Dat laatste is cruciaal omdat het eerstelijnsmanagement dat bredere perspectief mist en die onderlinge afstemming tussen de verschillende afdelingen dus niet goed kan beoordelen. Die taak berust bij het middenlijnmanagement. Deze benadering heeft ook als voordeel dat de verantwoordelijkheden van beide managementlagen op elkaar inhaken. Het eerstelijnsmanagement kan zijn zorgplicht vervullen door zijn senioren in te lichten, terwijl het middenlijnmanagement aan zijn zorgplicht kan voldoen door toezicht te houden en actief te informeren. Datzelfde mechanisme herhaalt zich verderop in de organisatiehiërarchie. Net zoals het middenlijnmanagement toezicht moet houden op de onderliggende managementlaag, moet de strategische ondernemingstop toezicht houden op de onder haar ressorterende laag managers van de technostructuur, het middenlijnmanagement en de ondersteunende diensten en kan die onderliggende managementlaag haar zorgplicht juist vervullen door problemen waarvan de oplossing haar bevoegd- of feitelijke mogelijkheden te buiten gaat, onder de aandacht van de strategische ondernemingstop te brengen. Daarmee wordt de zorgplicht van de een vervuld, terwijl die van de ander juist wordt geactiveerd. Omdat de subtop van de onderneming zelf ook over een aanzienlijke interne machtspositie beschikt, is de verwachting dat alleen de aanpak van diepgewortelde en van uiterst omvangrijke, bedreigende of gevoelige problemen wordt doorgeschoven naar het strategische management. Dat belicht tegelijkertijd de kernverantwoordelijkheid van dat strategische management: het waarborgen van het institutionele kader/de bredere context waarbinnen alle anderen binnen de onderneming moeten functioneren. Daarbij gaat het om het vaststellen en uitdragen van de juiste prioritering, het ter beschikking stellen van voldoende tijd en middelen, het in werking hebben van de benodigde systemen en het zetten van de juiste toon. Die *tone at the top* is immers van groot belang voor de informele bedrijfscultuur, en die cultuur zal veelal van grotere invloed zijn op de handelswijze van medewerkers dan de officieel uitgevaardigde procedures. Kortom, de strategische ondernemingstop is niet verantwoordelijk voor ontwerp-, toepassings- of (kleine) afstemmingsfouten, maar wel voor *contextfouten*, want het voorzien in een gedegen institutionele inbedding vormt de hoofdtaak van het strategisch management. Blijkens de ING transactie was dat ook het grote verwijt aan de top van de bank. De aandacht en prioritering van de bank en het topmanagement lagen duidelijk bij het realiseren van commerciële doelstellingen ('business boven compliance'), waardoor het belang van het naleven van antiwitwasverplichtingen onvoldoende werd uitgedragen ('tone at the top') en ondersteund. Er werd structureel te weinig geld aan uitgegeven en te weinig belang aan gehecht, waardoor systemen niet langer voldeden en de verantwoordelijke afdeling zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht achterbleef.⁸⁹

Zelfs bij zeer complexe vormen van organisatiecriminaliteit, zoals het onvermogen van een bank om afdoende op te treden tegen witwassen, waarbij zich op vele niveaus in de organisatie tekortkomingen aandienen, bieden de typologieën dus de mogelijkheid om uiteen te rafelen wie voor ieder van die tekortkomingen verantwoordelijk is. Op die manier kan dus nader worden gedefinieerd waartoe welke leidinggevende redelijkerwijs is gehouden, zodat ook in meer complexe zaken niet met het in rechte aanspreken van de rechtspersoon hoeft te worden volstaan en ook individuen ter verantwoording kunnen worden geroepen. In sommige gevallen zal daar één duidelijke verantwoordelijke afdeling of leidinggevende uitkomen, bijvoorbeeld als blijkt dat de systemen of procedures in principe toereikend zijn maar simpelweg onjuist zijn toegepast. In andere gevallen zal blijken dat meerdere afdelingen of personen daarvoor verantwoordelijkheid dragen, bijvoorbeeld als er problemen zijn in

⁸⁸ Vgl. Feitenrelaas 'Houston', p. 13.

⁸⁹ Feitenrelaas 'Houston', p. 11-13 en 17-19.

de toepassing, maar ook in het systeem zelf en eventueel ook in de aandacht voor het probleem. Dat laatste lijkt zich, afgaande op het feitenrelaas, te hebben voorgedaan bij de witwasaffaires bij ING. In het naar aanleiding met ING overeengekomen transactie uitgebrachte persbericht merkt het openbaar ministerie evenwel op dat er “[v]elen (...) verantwoordelijk [zijn, MJH] voor een deel van het verwijtbare gedrag”, waardoor “[d]e strafbare feiten (...) niet individueel aan personen [zijn, MJH] toe te rekenen”.⁹⁰ Het moge duidelijk zijn dat ik die gevolgtrekking niet zondermeer onderschrijf. Het ene vloeit niet als een vanzelfsprekendheid voort uit het andere. Dat neemt uiteraard niet weg dat de concrete feitelijke omstandigheden nog steeds dusdanig kunnen zijn dat het uiteindelijk aan bepaalde individuen te maken verwijt te gering is om deze betrokkenen als feitelijk leidinggever of functioneel pleger aan te merken.⁹¹ Ook kunnen er andere opportuniteitsafwegingen zijn om van vervolging of beboeting af te zien, bijvoorbeeld indien blijkt dat waarschijnlijk alleen lagere leidinggevendenden succesvol kunnen worden aangesproken en het senior- en/of topmanagement niet. Ik sluit niet uit dat dat laatste een belangrijke afwegingsfactor is geweest voor het openbaar ministerie. Ook zou het signaal dat het openbaar ministerie met deze transactie naar de sector heeft afgegeven ernstig worden verzwakt indien een eventueel ingestelde vervolging van een of meerdere hooggeplaatste leidinggevendenden in vrijspraak zou resulteren. Dat laatste is waarschijnlijk een tweede belangrijk argument geweest om van vervolging af te zien.⁹²

Binnen de divisiestructuur is vooral de positie van het overkoepelende hoofdbestuur interessant. De afzonderlijke divisies zijn vaak immers ingericht als machinebureaucratieën, waardoor de vraag bovenkomt in hoeverre het hoofdbestuur en de moedermaatschappij aansprakelijk zijn voor verboden gedragingen die zich op het niveau van de dochter hebben afgespeeld.⁹³ Door dat hoofdbestuur wordt (ideaaltypisch) alleen gestuurd op output. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het hoofdbestuur zich vergaand gaat mengen in de inhoudelijke bedrijfsvoering van de afzonderlijke divisies. Dat zou immers afbreuk doen aan de zelfstandige positie die de divisies binnen het geheel innemen, en daarin is nu juist het verschil tussen de divisiestructuur en de machinebureaucratie gelegen. Omdat de divisies grotendeels zelf invulling geven aan hun eigen beleid, berust de verantwoordelijkheid voor eventuele misstappen die daarbij worden begaan ook primair bij de divisies en hun leidinggevendenden. Dat het overkoepelende hoofdbestuur niet (of moeilijk) aansprakelijk kan worden gesteld is aldus niet direct bezwaarlijk. Daarvoor bestaat eigenlijk alleen aanleiding indien dat bestuur toch als indirect verantwoordelijke moet worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat het door irreële targets indirect heeft aangestuurd op de door een divisie begane overtreding of omdat het te lang afwachtend is geweest om corrigerend in te grijpen. De primaire verantwoordelijkheid voor dat corrigerende ingrijpen berust weliswaar bij de divisiebesturen, maar het is wel het overkoepelende hoofdbestuur dat die

⁹⁰ <https://www.om.nl/@103953/ing-betaalt-775/>. Daaraan voegt het openbaar ministerie toe dat de Hoge Raad “aan het vervolgen van personen voor het leiding geven aan strafbare feiten hoge eisen [stelt, MJH]”. Dat laatste hangt kennelijk nogal sterk af van het perspectief dat men hanteert, zo heeft De Hullu (2018, p. 514), zelf raadsheer (en vicepresident) in de Hoge Raad, het over de ‘nogal ruimhartige’ Slavenburgcriteria.

⁹¹ In mijn proefschrift (p. 485-487) bespreek ik de positie van het bestuur van het Medisch Spectrum Twente waar neuroloog Ernst Jansen Steur werkzaam was. Ook daar leken er bij eerste aanblik duidelijke aanknopingspunten voor aansprakelijkheid te zijn die bij nadere bestudering toch aanzienlijk genuanceerder lagen. Om die reden moet de ING casus ook met een zekere terughoudendheid worden benaderd. Het feitenrelaas geeft immers maar een zeer beperkte inkijk in de feitelijke gebeurtenissen en verhoudingen.

⁹² In de literatuur wordt opgemerkt dat het in het verleden mogelijk was om bij een buitengerechtelijke afdoening te bedingen dat er geen natuurlijke personen werden vervolgd of beboet. Die tijd zou nu voorbij zijn (A. Verbruggen e.a., *Onderneming en strafbaar feit*, Den Haag: Sdu 2017, p. 91). Het is echter niet uitgesloten dat een dergelijke (stilzwijgende) afspraak op de achtergrond toch een rol van betekenis heeft gespeeld bij het bereiken van de overeengekomen transactie.

⁹³ In de hoofdtekst concentreer ik mijzelf alleen op de aansprakelijkheid van het hoofdbestuur. De aansprakelijkheid van de moeder- en dochtermaatschappij laat ik hier buiten beschouwing. Voor een nadere analyse daarvan verwijst ik naar het preadvies van Van der Linden & Winkels (met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen aldaar).

besturen benoemt (en ontslaat). Wanneer blijkt dat het divisiebestuur niet in staat of niet bereid is om de benodigde maatregelen door te voeren, dan is het aan het hoofdbestuur om het divisiebestuur te vervangen door personen die daar wel toe bereid zijn.⁹⁴ In alle gevallen waarin autonomie voor het decentrale niveau wenselijk is, en dat is het geval bij de divisiestructuur, de professionele bureaucratie en de adhocratie, moet het namelijk wel om *verantwoorde autonomie* gaan.⁹⁵ Het strategische management is verantwoordelijk voor de vrijheid, maar niet vrij van verantwoordelijkheid. Waar vrijheid wordt gegeven, moeten er dus waarborgingsmechanismen voorhanden zijn die de kans op misbruik daarvan in ieder geval tot een acceptabel niveau terugbrengen. Voor divisiestructuren en omvangrijke professionele bureaucratieën kan daarbij worden gedacht aan compliance of integriteitssystemen, waaronder voor de professionele bureaucratie ook collegiaal toezicht moet worden geschaard. Dat laatste zou voor de adhocratie eveneens uitkomst kunnen bieden. In kleine professionele bureaucratieën en adhocratieën blijven de mogelijkheden voor het strategisch management daarentegen beperkt en is men vooral aangewezen op meer indirecte (en daarmee soms ook zwakkere) beïnvloedingsmechanismen, zoals het inzetten op een professionele en integere bedrijfscultuur, een goede personeelsselectie en het op peil houden van de kennis, kunde en vaardigheden van de professionals.⁹⁶

V. Conclusie: hebben de typologieën meerwaarde?

Het voorgaande laat zien dat de typologieën kunnen worden gebruikt om de op de rechtspersoon of onderneming rustende zorgplicht te concretiseren en nader te definiëren welke leidinggevende precies waarvoor verantwoordelijk is, om zo te kunnen beantwoorden waartoe een leidinggevende redelijkerwijs is gehouden. Die behoefte zal zich met name opdringen bij grotere gecompliceerde ondernemingen, zeker wanneer er op meerdere plaatsen in de organisatie fouten zijn gemaakt en deze fouten vervolgens in onderlinge dynamiek tot de verweten overtreding hebben geleid. Bij kleine overzichtelijke organisaties (hier aangemerkt als simpele structuren) zal die behoefte beperkt zijn. Wie bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om in te grijpen is daar direct duidelijk: de directeur-grotoaandeelhouder (DGA). Dat maakt het ook mogelijk om in dergelijke gevallen gebruik te maken van weerlegbare feitelijke vermoedens waaraan een veronderstelling van persoonlijke betrokkenheid en kennis wordt ontleend (zie par. IV.3). Het merendeel van de in Nederland gevestigde als organisaties te kwalificeren bedrijven (dat wil zeggen samenwerkingsverbanden van twee personen of meer, zie par. III.1) behoort tot die categorie en is van zeer geringe omvang. De behoefte aan verdere concretisering van de zorgplicht valt in veel gevallen dan ook wel mee. Afgaande op de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek had 95,7 procent van die als organisaties te kwalificeren Nederlandse bedrijven in het vierde kwartaal van 2018 minder dan 50 medewerkers in dienst. Slechts bij 2,3 procent lag dat aantal boven de 100.⁹⁷ Op basis daarvan moet worden aangenomen dat het gros van de ondernemingen dat overtredingen begaat zeer waarschijnlijk ook onder de categorie simpele structuren moet worden geschaard. Omdat het beleid van dergelijke kleine ondernemingen wordt bepaald door één of enkele individuen en een intern systeem van *checks and balances* ontbreekt, is het aandeel van deze groep in het totale volume van de organisatiecriminaliteit in Nederland verhoudingsgewijs mogelijk nog groter.⁹⁸ Functiescheiding, en daarmee de kans op interne correctie, neemt immers toe naarmate de onderneming groeit, waardoor voor het begaan van overtredingen, zeker als dat bewust ge-

⁹⁴ Hornman 2016, p. 273-277 en 457.

⁹⁵ Hornman 2016, p. 457-459.

⁹⁶ Hornman 2016, p. 458-459.

⁹⁷ Bron: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81589ned/table?ts=1539438999983>. Indien ook het aantal zzp'ers wordt meegerekend, vallen die getallen nog lager uit.

⁹⁸ Daarmee is evenwel nog niks gezegd over de ernst van die feiten. Het zijn veelal de meer gecompliceerde bedrijfsprocessen die in potentie het risico op de grootste maatschappelijke schade in zich dragen, zekere daar waar het milieuzaken of financiële dienstverlening betreft.

beurt, steeds meer mensen binnen de organisatie bereid moeten zijn om daaraan mee te werken, hetzij door daaraan actief bij te dragen, hetzij door het gedrag van anderen oogluikend toe te staan. In een goed functionerende machinebureaucratie zou dat niet het geval moeten zijn omdat de intern aanwezige corrigerende mechanismen in werking zouden moeten treden zodra een leidinggevende of medewerker over de schreef gaat, zodat deze een halt wordt toegeroepen. Binnen simpele structuren zijn al deze taken in een hand verenigd, waardoor de slager zijn eigen vlees keurt en zodoende ook vrij eenvoudig zijn gang kan gaan indien deze zich niet aan de wettelijke voorschriften wenst te houden. Dat gegeven vormt een belangrijke criminogene factor.

Dat de aandacht van het bestuursrecht, voor wat betreft de geformaliseerde handhavingsactiviteiten tegen leidinggevendens,⁹⁹ voornamelijk uitgaat naar de kleinere ondernemingen, wordt bevestigd door het beeld dat oprijst uit de andere preadviezen. Jurisprudentie over de concretisering van de zorgplicht is schaars, zo niet nagenoeg ontbrekend.¹⁰⁰ Jurisprudentie over bijvoorbeeld *ne bis in idem* en de cumulatie van sancties bij kleine en mogelijk met de DGA te vereenzelvigen ondernemingen is daarentegen ruim voorhanden.¹⁰¹ Ook lijkende de bestuurlijke toezicht- en handhavende instanties bij kleine ondernemingen eerder geneigd te zijn om natuurlijke personen aan te spreken. Bij grote ondernemingen richt de aandacht zich veelal uitsluitend op de rechtspersoon. Deze bij eerste aanblik wat teleurstellende bevindingen vertonen overigens grote overeenkomsten met het strafrecht, waar herhaaldelijk de kritiek is geuit dat de aandacht teveel uitgaat naar de kleinere vormen van organisatiecriminaliteit en het zogeheten laag hangend fruit waar aansprakelijkheid relatief eenvoudig kan worden vastgesteld.¹⁰² De hier gepresenteerde typologieën kunnen worden gebruikt om die impasse te doorbreken. De meerwaarde van de typologieën laat zich namelijk vooral zien in die gevallen waarin collectieve schuld moet worden geïndividualiseerd. Aldus zijn zij met name bruikbaar in die gevallen waarin toezichthouders en handhavende instanties grotere rechtspersonen en hun leidinggevendens willen aanspreken, in het bijzonder in die gevallen waarin nu met het ter verantwoording roepen van de rechtspersoon wordt volstaan.

De toegevoegde waarde van de typologieën is echter mede afhankelijk van de aard en strekking van de concreet voorliggende verbodsnorm. Bepaalde overtredingen lenen zich naar hun aard minder voor een verdere uitsplitsing naar verschillende leidinggevende posities binnen de rechtspersoon. Dat is in het bijzonder het geval bij overtredingen die enkel structureel kunnen worden begaan met medewerking, of minstens met instemming van de ondernemingsleiding. In bepaalde gevallen is dat zelfs onontbeerlijk, hetgeen aan de hand van de typologieën kan worden onderbouwd. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is waarschijnlijk kartelvorming (art. 101 VWEU/art. 6 lid 1 Mededingingswet), en in ieder geval kartelinstandhouding. Aangezien ondernemingen elkaar normaliter beconcurreren, en het juist de taak van de centrale ondernemingsleiding is om de marktpositie van de onderneming te consolideren en verstevigen, mag worden verwacht dat, wanneer een onderneming haar goederen of diensten goedkoper kan leveren dan de concurrent, zij dat ook zal doen om daar commercieel succes uit te halen. De ondernemingsleiding zal daar ook actief op aansturen. Volgens de principes van marktwerking zou dat moeten betekenen dat de ondernemingsleiding, indien zij erachter komt dat de onderneming niet voldoende scherp heeft geoffreerd, zij die offerte zal overrulen en een nieuw concurrerend aanbod zal (doen) uitvaardigen. Zeker in kleine organisaties zou het daardoor voor ondergeschikten ondoenlijk moeten zijn om overeengekomen kartelafspraken in weerwil van de wensen van het management overeind te houden. Voor het management dat geen weet heeft van de gemaakte afspraken, en daarmee dus ook niet van de

⁹⁹ Voor de informele handhavingsactiviteiten (de normoverdragende gesprekken e.d.) ligt dat anders. Deze worden vooral aangewend tegen meer geïnstitutionaliseerde marktpartijen met wie de toezichthouder al een lange relatie heeft.

¹⁰⁰ Zie de preadviezen van Van Overbeek & Dusée en Bleeker.

¹⁰¹ Zie hierover nader de preadviezen van Van der Linden & Winkels en van Van Overbeek & Dusée.

¹⁰² Zie hierover uitvoerig J.J.H. Beckers, *Tussen ideaal en werkelijkheid. Een empirische studie naar de strafrechtelijke aanpak van organisatiecriminaliteit in Nederland* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2017.

voordelen die daardoor op langere termijn kunnen worden gerealiseerd, zou het economisch gewin op korte termijn de doorslag moeten geven en zou er dus een concurrerender bod moeten volgen. Daar komt nog eens bij dat het zeer onwaarschijnlijk is dat concurrenten dergelijke kartelafspraken met een laaggeplaatste functionaris zullen willen kortsluiten. Het gaat immers om zeer gevoelige materie die bij ontdekking zwaar kan worden beboet. Het ligt daardoor voor de hand dat alle betrokkenen dergelijke afspraken op het hoogst mogelijke niveau willen afkaarten. Behoudens contra-indicaties, mag daardoor, zeker bij langdurige afspraken, mede op basis van de typologieën, worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden van een feitelijke betrokkenheid (minimaal in de vorm van instemming) van de centrale ondernemingsleiding.¹⁰³ Substantiële kartelafspraken kunnen alleen standhouden indien zij door het management zijn overeengekomen of in ieder geval worden onderschreven. In alle andere gevallen zouden zij als gevolg van de natuurlijke neiging van de onderneming en haar leidinggevenden om de concurrentie te slim af te zijn namelijk moeten sneuvelen, omdat de onderneming – als zij geen onderdeel uit zou maken van de marktverkaveling of prijsopdrijvende afspraken – er baat bij zou hebben om zich concurrerender op te stellen.

In situaties waarin aan verdere uitsplitsing van de zorgplicht minder behoefte bestaat, is de meerwaarde van de modellen ter concretisering van die zorgplicht beperkt. Desondanks zijn de typologieën ook dan nog steeds bruikbaar ter staving van bepaalde vermoedens van betrokkenheid, zoals het bovenstaande mededingingsvoorbeeld laat zien. Op één vlak lijkt de meerwaarde van de typologieën voor het bestuursrecht overigens wel duidelijk beperkter dan voor het strafrecht. Daar dient de meerwaarde zich voornamelijk aan bij materiële (gevolgs)delicten waarvan de oorzaken op verschillende niveaus in de organisatie kunnen zijn gelegen, denk hierbij aan delicten als dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 307 e.v. Sr; art. 32 Arbowet), het niet naleven van milieuvoorschriften en witwassen (art. 420bis e.v. Sr). Voor de veroordeling van de rechtspersoon ter zake van een dergelijk delict is niet noodzakelijk dat de top van de organisatie ook een persoonlijk verwijt valt te maken. Die aansprakelijkheid kan ook berusten op fouten die lager in de organisatie zijn begaan. Het is de vraag of het bestuursrecht veel overtredingen kent die zich gelijksoortige wijze laten uitsplitsen. Voor veel financieel-economische en milieuovertredingen is het intreden van een bepaald gevolg niet vereist; het sec verrichten van een gedraging of het zich voordoen van een bepaalde toestand is vaak afdoende voor strafbaarheid. Deze bestuursrechtelijke bepalingen fungeren daarmee ook enigszins als abstracte gevaarzettingsdelicten die beogen (de verwezenlijking van) bepaalde risico's te voorkomen en vormen zodoende ook een voorportaal voor gedrag dat onder bijkomende omstandigheden ook voor strafrechtelijke sanctionering in aanmerking komt.¹⁰⁴ De vele anti-witwasverplichtingen onder de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) vormen daarvan een voorbeeld. Het niet voldoen aan die verplichtingen levert een zelfstandige bestuursrechtelijke overtreding op, maar kan onder bijkomende omstandigheden tot een strafbaar feit leiden. Zo kan het niet melden van een ongebruikelijke transactie bijdragen aan het verhullen van de criminele herkomst van dat vermogen,

¹⁰³ In hoeverre het College van Beroep voor het bedrijfsleven daarin mee zal gaan blijft afwachten. In diens noot onder CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42 geeft Stijnen aan dat de jurisprudentie van het College op dit punt een wisselend, en soms erg terughoudend, beeld laat zien (eveneens kritisch op die terughoudendheid is Bröring in diens noten onder CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:224, AB 2017/404 (*Pretium*) en 8 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:311, AB 2017/405 (*PostNL*)). Zie hierover eveneens Stijnen 2017. Wellicht dat bovenstaande argumenten ertoe kunnen bijdragen om die restricties enigszins te laten varen.

¹⁰⁴ Stijnen merkt in diens noot onder CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42 overigens op dat er zelfs binnen het bestuursrecht weer bepalingen zijn te ontwaren die op hun beurt weer als kapstokbepalingen kunnen fungeren om ge- of verbodsnormen te handhaven die elders in het bestuursrecht als zelfstandige overtreding zijn opgenomen.

waardoor deze handelswijze eveneens als een (strafrechtelijke) witwashandeling kan worden gekwalificeerd.¹⁰⁵

Ter afronding: de subtitel van de bundel van de op deze middag te presenteren preadviezen is ‘Samen werken is samen de klos?’. Het vraagteken aan het einde indiceert dat hier discussie over mogelijk is. Het moge gezien het voorgaande duidelijk zijn dat uw preadviseur de stelligheid waarmee soms wordt gesproken over een risicoaansprakelijkheid en het daarmee verband houdende gevaar voor bange bestuurders,¹⁰⁶ enigszins – zo niet vergaand – wenst te nuanceren. De in dit preadvies gepresenteerde typologieën laten zien dat de zorgplicht van leidinggevende functionarissen nader kan worden ingevuld zodat inzichtelijk kan worden gemaakt welke leidinggevende precies waarvoor verantwoordelijk is. Ook kunnen aan die typologieën bepaalde weerlegbare feitelijke vermoedens worden ontleend die kunnen worden gehanteerd in de bewijsconstructie. Zelf heb ik er in dit preadvies en eerder in mijn proefschrift voor gepleit dat er zelfs wel een tandje bij mag, vooral bij grote gecompliceerde ondernemingen, in die zin dat de norm waaraan leidinggevendenden moeten voldoen best mag worden aangescherpt. Hoewel de jurisprudentie hierover op financieel-economisch bestuursrechtelijk terrein nog beperkt is, meen ik uit die schaarse jurisprudentie te mogen afleiden dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven bovengenoemde angst niet deelt en op bepaalde punten hogere eisen lijkt te stellen aan feitelijk leidinggevers dan in (in ieder geval een deel van) de strafrechtspraak gebeurt. De financieel-economische bestuursrechter lijkt namelijk een meer zorgplichtgerichte benadering voor te staan dan de strafrechter, of wellicht iets zuiverder geformuleerd: van de bestuursrechter ben ik nog geen signalen tegengekomen dat een dergelijke invulling onomwonden van de hand wordt gewezen. Binnen het strafrecht zijn uitspraken van dien aard waarin expliciet wordt gesteld dat het (zelfs stelselmatig) verzaken om toezicht te houden op ondergeschikten, het niet lezen van cruciale stukken of het blind ondertekenen van documenten nog geen feitelijk leidinggeven oplevert, wel bekend.¹⁰⁷ Op basis van de (vooralsnog beperkte) bestuursrechtelijke jurisprudentie meen ik te mogen concluderen dat de bestuursrechter sneller dan de strafrechter, of in ieder geval het Gerechtshof Amsterdam,¹⁰⁸ aanneemt dat de betrokkene door geen adequaat toezicht te houden de door de rechtspersoon verrichte verboden gedragingen heeft aanvaard. Dat ik mijzelf in die meer kritische benadering kan vinden, zal u na het lezen van dit preadvies niet verbazen. Integere en toegewijde bestuurders hebben volgens mij strafrechtelijk noch bestuursrechtelijk iets te vrezen. Falend management wordt niet zomaar strafwaardig management. De financieel-economische bestuursrechter heeft zich bovendien heel bekwaam getoond om dat aspect zeer nauwlettend in de gaten te houden en goed te waarborgen. Juist daarom kan het mijns inziens geen kwaad om de angstgevoelens bij leidinggevendenden die expliciet, dan wel impliciet, en mogelijk zelfs heel subtiel, aansturen op strafbare dan wel beboetbare feiten wat verder aan te wakkeren. Wellicht dat het schrikbeeld van aansprakelijkheid hen ertoe brengt om beter ten halve te keren dan ten hele te dwalen. Tegen die leidinggevendenden zou ik daarom vooral willen zeggen: wees maar bang!

¹⁰⁵ Zie hierover nader M.J. Hornman, ‘De bank als facilitator. Over de reikwijdte van de zorgplicht van financiële instellingen om witwassen te voorkomen’, *Strafblad* 2018/23, p. 16-24 en M.J. Hornman, ‘Witwassen en deelname aan een criminele organisatie als vangnet voor indirecte betrokkenheid van ondernemingen bij mensenrechtenschendingen. Een analyse van de aangifte tegen de Rabobank’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2018-1, p. 4-18.

¹⁰⁶ Zie hierover eerder par. VII van het Algemene deel.

¹⁰⁷ Hof Den Haag 2 december 1987, *NJ* 1988/433 (*Vrijspraak Piet Slavenburg*); Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1971 (*Ahold boekhoudfraude; Fahlin*); Hof Amsterdam 12 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2429 (*Palminvest*). Zie hierover eveneens par. V en VII van het Algemene deel.

¹⁰⁸ Alle mij bekende recente jurisprudentie waarin dit standpunt zo expliciet wordt verkondigd is namelijk afkomstig van het Amsterdamse gerechtshof.

VI. Stellingen

1. Relatief open criteria voor aansprakelijkheid zijn niet problematisch mits de daarin besloten liggende norm maar voldoende kan worden geconcretiseerd. De in dit preadvies gepresenteerde typologieën maken dat ook voor het bestuursrecht mogelijk door te specificeren waartoe de verantwoordelijkheid van een bepaalde leidinggevende zich precies uitstrekt. Bovendien:
 - a. kunnen aan de typologieën bepaalde feitelijke vermoedens worden ontleend die door toezichthouders en rechters kunnen worden gehanteerd bij de bewijsredenering en -motivering van bestuursrechtelijke sancties, en;
 - b. maken de typologieën het mogelijk om ook binnen meer omvangrijke en/of complexe ondernemingen concrete feitelijk leidinggevers te identificeren, zodat niet langer hoeft te worden volstaan met het alleen aanspreken van de rechtspersoon (vgl. stelling 2 behorende bij het preadvies van Van Overbeek & Dusée).

Niettemin:

- c. is de toegevoegde waarde van de typologieën vanwege de aard van de via het bestuursrecht gehandhaafde verbodsnormen voor het bestuursrecht beperkter dan voor het strafrecht.
2. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijkt een meer zorgplichtgerichte invulling van de criteria voor feitelijk leidinggeven voor te staan dan de strafrechter. Dat valt te verwelkomen en verdient navolging in het gehele bestuursrecht en in het strafrecht.
3. In het licht van de vrees voor 'bange bestuurders' en een vermeende (dreigende) risicoaansprakelijkheid is het opvallend dat de discussie over de ondergrens voor aansprakelijkheid van leidinggevendenden zich zowel in het straf- als in het bestuursrecht nagenoeg volledig richt op de aansprakelijkheidsfiguur feitelijk leidinggeven en het daarvoor geldende kennisvereiste. De aansprakelijkheidscriteria voor het aannemen van functioneel plegerschap zijn bij overtredingen namelijk veel ruimhartiger, zodat de aandacht zich beter op de ondergrens van deze aansprakelijkheidsfiguur zou kunnen concentreren.