

# Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband

Monique van der Linden en Jakoline Winkels<sup>1</sup>

## INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING .....	2
1.1.	Aanleiding van het preadvies.....	2
1.2.	Afbakening van het preadvies.....	3
1.3.	Opbouw van het preadvies.....	4
2.	AANSPRAKELIJKHEID VAN CONCERNS .....	4
2.1.	Over concerns .....	4
2.2.	Strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband .....	5
2.3.	Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband.....	10
2.4.	Tussenconclusie .....	14
3.	EVENREDIGHEID VAN SANCTIES.....	14
3.1.	Inleiding.....	14
3.2.	Evenredigheid van sancties in het strafrecht.....	15
3.3.	Evenredigheid van sancties in het financieel bestuursrecht.....	19
3.4.	Tussenconclusie .....	25
4.	DE ROL VAN DRAAGKRACHT EN DELICTSEVENREDIGHEID BIJ HET SANCTIONEREN VAN CONCERNS IN DE RECHTSPRAKTIJK .....	26
4.1.	In het strafrecht .....	26
4.2.	In het financieel bestuursrecht .....	32
5.	BESCHOUWINGEN .....	35
5.1.	Vooraf: over het geloof in hoge straffen.....	35
5.2.	Over aansprakelijkheid in concernverband.....	37
5.3.	Over de evenredigheid van sancties in concernverband.....	38
5.4.	Over de wisselwerking tussen strafrecht en punitief financieel bestuursrecht ..	40
6.	CONCLUSIE .....	40
7.	AANBEVELINGEN / STELLINGEN .....	41

---

<sup>1</sup> Monique van der Linden en Jakoline Winkels zijn strafrechtadvocaat bij Stibbe. Zij danken prof. mr. D.R. Doorenbos en de andere preadviseurs voor hun commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

## 1. INLEIDING

### 1.1. Aanleiding van het preadvies

In dit preadvies bespreken wij de evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband in het financieel bestuursrecht en het strafrecht.

De aanleiding van de keuze voor dit thema is de tendens van het verruimen van boetemaxima en de steeds hogere boetes die in de praktijk aan bedrijven worden opgelegd.<sup>2</sup> Die tendens lijkt voort te komen uit een maatschappelijke roep om hoge, afschrikwekkende boetes voor draagkrachtige ondernemingen in de financiële sector. De gedachte is dat ondernemingen en concerns in de financiële sector grote voordelen (kunnen) behalen door zich niet aan de wet- en regelgeving te houden. De dreiging van hoge, liefst aan de draagkracht gerelateerde, boetes zou ondernemingen ervan (moeten) weerhouden om de wet te overtreden.<sup>3</sup> Deze ontwikkeling gaat ten koste van de delictsevenredigheid van sancties, die vergt dat een sanctie in verhouding staat tot de ernst van het feit. Naar onze overtuiging komt de delictsevenredigheid in het bijzonder onder druk te staan bij de bestraffing van rechtspersonen binnen kapitaalcrachtige concerns. De strafbepalende factor van de ernst van het feit verschuift naar de achtergrond naarmate de draagkracht van de overtreder een grotere rol gaat spelen. De vraag is of dan nog wel steeds sprake is van een evenredige sanctie.

Daarbij stellen wij voorop dat de vraag wat een evenredige sanctie is, eenvoudig noch eenduidig te beantwoorden valt. Volgens Saris en Van Emmerik is een evenredige straf een proportionele straf. Zij merken in hun preadvies op dat dit geen "*al te heldere norm*" is: het vraagt een nadere beoordeling van wat evenredig of proportioneel is.<sup>4</sup> Dat geldt te meer bij het sanctioneren van rechtspersonen en rechtspersonen in concernverband. Wanneer is een straf evenredig? Als deze in verhouding staat tot de ernst van het feit, of als deze (met name) in verhouding staat tot de draagkracht van de rechtspersoon? Bij de sanctionering van rechtspersonen die deel uitmaken van een concern, komt bovendien de vraag op met *wiens* draagkracht dan rekening moet worden gehouden. Met de draagkracht van de rechtspersoon die aangemerkt is als overtreder? Of (ook) met de draagkracht van de moederverenootschap van die rechtspersoon of andere verweven rechtspersonen? Kan de draagkracht van de moederverenootschap meewegen als de moederverenootschap niet als (mede)overtreder kan worden aangemerkt en op welke grond zou die mogelijkheid dan bestaan?

In dit preadvies betogen wij dat de antwoorden op deze vragen in de eerste plaats gevonden moeten worden aan de hand van twee algemene strafrechtelijke grondslagen: het schuldbeginsel en de delictsevenredigheid. Onder het schuldbeginsel verstaan wij het algemeen aanvaarde beginsel dat een (rechts)persoon niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden en dus niet gestraft kan worden zonder dat de schuld van deze (rechts)persoon is komen vast te staan. Als strafrechtelijke aansprakelijkheid niet is komen vast te staan, kan een (rechts)persoon niet worden bestraft.<sup>5</sup> Daarbij geldt (net als bij natuurlijke personen) dat rechtspersonen in beginsel alleen strafrechtelijk

---

<sup>2</sup> Kamerbrief van de Minister van Financiën van 13 mei 2016 betreffende de Inventarisatie ervaringen boetestelsel 2009-2015, p. 2. Zie ook A.G. Mein en C.A. Doets, 'Hogere boetes, omdat het kan...', *Tijdschrift voor financieel recht*, 2016-7/8, p. 303-305.

<sup>3</sup> D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2009, p. 128.

<sup>4</sup> M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', *De VAR-preadviezen 2014*, p. 115.

<sup>5</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 214-215 en 282 en C.L.G.F.H. Albers,

aansprakelijk gehouden kunnen worden voor hun eigen gedragingen.<sup>6</sup> Onder delictsevenredigheid wordt begrepen het beginsel dat een straf in een evenredige verhouding tot het gepleegde delict moet staan. Deze (van oorsprong) strafrechtelijke grondslagen gelden ook in het financieel bestuursrecht voor zover bestraffende sancties worden opgelegd.<sup>7</sup>

De voornoemde grondslagen zouden wat ons betreft (meer) tegenwicht moeten bieden aan de neiging van (met name) de wetgever, toezichthouder en het openbaar ministerie om bedrijven "*te scheren naarmate zij wol bezitten*".<sup>8</sup> Met dit preadvies hopen wij aldus een minder voorkomend geluid te laten horen in de discussie over de bestraffing van rechtspersonen in concernverband.

## 1.2. Afbakening van het preadvies

In dit preadvies beperken wij ons tot bestuurlijke boetes die worden opgelegd in het financieel bestuursrecht. Voor wat betreft evenredigheid in het strafrecht beperken wij ons tot de geldboete. Een geldboete is immers de meest gangbare straf voor rechtspersonen.

Het financieel bestuursrecht beslaat een gevarieerd terrein van wetgeving, waaronder de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme (Wwft), maar ook sectorale wetgeving zoals de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) en de Wet op het Accountantsberoep (Wab). De Wft regelt het toezicht op (nagenoeg) de gehele financiële sector in Nederland en richt zich daarbij hoofdzakelijk op degene die "*in beroep of bedrijf op de financiële markten opereert*". Daaronder vallen allerlei financiële ondernemingen, waaronder banken, beleggingsondernemingen, betaaldienstverleners en verzekeraars. De Wft bevat ook verplichtingen die voor een ieder gelden, zoals het verbod op koersmanipulatie en het verbod op zakelijk opereren als verzekeraar of bank zonder vergunning.

Voor toezicht op de naleving van de Wft zijn twee toezichthouders aangewezen: de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), waarbij respectievelijk sprake is van gedragstoezicht en prudentieel toezicht. Beide toezichthouders kunnen bestuurlijke boetes opleggen op grond van artikel 1:80, eerste lid, Wft. Tegen een bestuurlijke boete die door de AFM of DNB is opgelegd, kan (eerst) in bezwaar en (vervolgens) in beroep worden opgekomen. Bij beroep komt men uit bij de Rechtbank Rotterdam en het College van beroep voor het bedrijfsleven (Cbb). De beperking tot het financieel (punitief) bestuursrecht betekent dus dat we met name jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het Cbb zullen bespreken.

Ten aanzien van het evenredigheidsbegrip wordt in dit preadvies de nadruk gelegd op twee factoren: draagkracht en delictsevenredigheid. Er zijn uiteraard meer factoren die een rol kunnen spelen bij het bepalen van een sanctie.<sup>9</sup> Andere relevante factoren zijn bijvoorbeeld recidive en (proces)houding van de rechtspersoon. Waar relevant komen ook deze factoren (zijdelings) aan bod.

---

'Bestraffend bestuur', *De VAR-preadviezen 2014*, p. 19-23.

<sup>6</sup> F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', *Maatschappelijk verantwoord ondernemen: preadviezen Nederlandse Juristenvereniging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 158.

<sup>7</sup> Albers 2014, p. 19-23.

<sup>8</sup> Vrij naar Van Dis (Kamerlid SGP) in: *Handelingen Tweede Kamer 1981-1982*, 18 mei 1982, p. 3364.

<sup>9</sup> Zie hierover Van Emmerik en Saris 2014.

### 1.3. Opbouw van het preadvies

Zoals in de inleiding al werd vermeld, is een algemeen aanvaard beginsel in het strafrecht en (in ieder geval: in theorie) in het punitief bestuursrecht dat rechtspersonen niet gestraft kunnen worden als de schuld (in de zin van: aansprakelijkheid) niet vaststaat. In dit preadvies zullen we daarom eerst onderzoeken onder welke omstandigheden rechtspersonen in concernverband strafrechtelijk en bestuursrechtelijk aansprakelijk gehouden kunnen worden (**paragraaf 2**). Dit is immers de ondergrens voor sanctionering. Vervolgens zullen wij ingaan op de manier waarop de factoren delictsevenredigheid en draagkracht zich van oudsher hebben ontwikkeld bij de bepaling van wat volgens de wetgever en de doctrine een evenredige sanctie is (**paragraaf 3**). Dit bezien we zowel vanuit een strafrechtelijk perspectief als vanuit een bestuursrechtelijk perspectief. Daarna bespreken we de rol van delictsevenredigheid en draagkracht bij de bestraffing van rechtspersonen in concernverband in de rechtspraak (**paragraaf 4**). Dit onderdeel wordt opgevolgd door enkele beschouwingen van onze zijde, waarbij wij zullen ingaan op het maatschappelijke geloof in de afschrikwekkende werking van hoge straffen en waarin wij zullen betogen dat het schuldbeginsel en de delictsevenredigheid een prominente(re) plaats verdienen bij de bestraffing in concernverband (**paragraaf 5**). Het preadvies wordt afgesloten met een conclusie (**paragraaf 6**) en op basis daarvan geformuleerde aanbevelingen in de vorm van stellingen (**paragraaf 7**).

## 2. AANSPRAKELIJKHEID VAN CONCERNS

### 2.1. Over concerns

Voordat we toekomen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid en evenredigheid van sancties in concernverband, gaan we in op de vraag wat onder concerns wordt verstaan. Van Dale geeft als definitie van concern: "*zeer grote onderneming*". Die definitie sluit vermoedelijk aan bij de gedachten van de meesten wanneer gesproken wordt over concerns. In het dagelijks leven wordt over het algemeen gedacht aan omvangrijke, kapitaalkrachtige, soms internationale bedrijven met verschillende vestigingen en een groot aantal werknemers.

De juridische betekenis van het woord concern is evenwel een andere. Het concern is niet, zoals de besloten vennootschap, naamloze vennootschap, stichting en andere rechtspersonen, als zodanig gedefinieerd of gereguleerd in het Burgerlijk Wetboek. De 'groep' in de zin van artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek komt weliswaar dichtbij het begrip van concern, maar het is niet hetzelfde. In het handboek over concerns wordt de volgende definitie gegeven: "*een eenheid, waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer.*"<sup>10</sup> Deze definitie maakt geen onderscheid naar grootte of aard van de onderneming. Ook minder grote bedrijven kunnen dus (in juridisch opzicht) een concern zijn. Zo komt ook in het midden- en kleinbedrijf voor dat ondernemingen een gelaagde structuur hebben. Een veelvoorkomende structuur bestaat uit enkele besloten vennootschappen met een (daar)bovenliggende holdingvennootschap. Redenen om een dergelijke structuur op te richten kunnen zijn gelegen in de wens om bepaalde risico's te spreiden of vanuit een oogpunt van fiscale optimalisatie.

Hoewel het concern economisch weliswaar als eenheid kan worden beschouwd, is het juridisch gezien geen eenheid: het bestaat uit verschillende rechtspersonen maar heeft zelf geen rechtspersoonlijkheid. In het strafrecht en het punitief bestuursrecht geldt dat strafbare feiten gepleegd kunnen worden door natuurlijke personen en door rechtspersonen (artikel 51 Sr en artikel

---

<sup>10</sup> S.M.B. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, paragraaf I.1 (Concernbegrip en concernrecht).

5:1 Awb). Omdat een concern geen rechtspersoon is, kan het als zodanig niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden of (bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk) worden gestraft. Uiteraard kunnen de afzonderlijke rechtspersonen binnen een concern wél worden vervolgd, beboet en bestraft. Zowel het strafrecht als het punitief bestuursrecht (dat daarbij aansluit op grond van artikel 5:1 Awb) bieden daar verschillende mogelijkheden toe.<sup>11</sup>

## 2.2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband

### 2.2.1. Verschillende mogelijkheden voor bestraffing van rechtspersonen in concernverband

Wanneer sprake is van (vermeend) strafbaar handelen door een vennootschap binnen een concern, zal het openbaar ministerie over het algemeen – al dan niet naast de dochtervennootschap waarbinnen de (vermeende) strafbare gedragingen plaatsvonden – de moedervernootschap willen vervolgen. Redenen daarvoor kunnen zijn dat de moedervernootschap (vaak de naamgever van het concern) bekend is bij het grote publiek, een grotere draagkracht heeft en de vervolging van de moedervernootschap aansprekender is met het oog op de zichtbaarheid van het handelen van het openbaar ministerie.

Net als bij natuurlijke personen, kunnen rechtspersonen alleen strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor hun eigen gedragingen. Het beginsel van rechtspersoonlijkheid staat er aan in de weg om moedervernootschappen zonder grondslag aansprakelijk te houden voor de gedragingen van een dochtervennootschap.<sup>12</sup> Een ander algemeen beginsel van het Nederlands strafrecht is het schuldbeginself: als strafrechtelijke aansprakelijkheid van een (rechts)persoon niet kan worden vastgesteld, wordt geen veroordeling uitgesproken en kan aan deze (rechts)persoon dus geen straf worden opgelegd.<sup>13</sup> Een 100% aandelenverhouding maakt dat niet anders: er is een aanvullende juridische grondslag voor (strafrechtelijke) aansprakelijkheid vereist. Het strafrecht biedt die juridische grondslagen. In het hiernavolgende zullen wij de volgende bespreken: de moedervernootschap als pleger en de moedervernootschap als feitelijk leidinggever.<sup>14</sup>

### 2.2.2. De moedervernootschap als pleger

In de Inleiding op deze preadviezen hebben Hornman en Bleeker uiteengezet dat een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden als de strafbare gedraging van een natuurlijke

---

<sup>11</sup> Kristen 2010, p. 121-189 en C.N.J. Kortmann, Meer rechtseenheid in het overtreddersbegrip? Over functioneel ouderschap en overtredingen in concernverband', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/21, p. 3-4.

<sup>12</sup> Kristen 2010, p. 158.

<sup>13</sup> De Hullu 2018, p. 219. Zie ook: Kortmann 2017, p. 5 en Hoge Raad 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1329.

<sup>14</sup> Bij kwaliteitsdelicten kunnen deelnemingsvormen zoals medeplegen ook een relevante grondslag voor aansprakelijkheid zijn. In de Wft is bij sommige overtredingen vereist dat de overtreder een bepaalde kwaliteit heeft, zoals het zijn van een bank of verzekeraar. Indien slechts de dochteronderneming de normadressaat is, kan de moedervernootschap eventueel als medepleger worden aangesproken. Voor de voorwaarden voor medeplegen verwijzen wij naar de Inleiding op de preadviezen van Hornman en Bleeker. Zie hierover ook: S.J. Lopik, 'Strafbaarheid moederonderneming bij gedraging binnen dochteronderneming', *Onderneming en Strafrecht in Praktijk* 2015/83, p. 4.

persoon redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.<sup>15</sup> Een belangrijk oriëntatiepunt daarbij is of de gedraging is verricht binnen de sfeer van de rechtspersoon. In het Drijfmest-arrest geeft de Hoge Raad (niet-limitatieve en niet-cumulatieve) aanwijzingen van omstandigheden die tot het oordeel kunnen leiden dat een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon verricht is, te weten:

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

Indien een delictomschrijving een subjectief bestanddeel bevat (opzet of schuld), dient vervolgens vastgesteld te worden dat daarvan (ook) op het niveau van de moederverenootschap sprake was. Opzet of schuld kan worden afgeleid uit het beleid (al dan niet vastgelegd in bestuursbesluiten) maar kan ook worden geconstrueerd op basis van toerekening van de geestesgesteldheid van de betrokken natuurlijke personen aan de moederverenootschap.<sup>16</sup>

De Drijfmest-criteria kunnen rechtstreeks en indirect worden toegepast op het toerekenen van gedragingen aan een moederverenootschap. Bij rechtstreekse toerekening wordt de verboden gedraging buiten de dochterverenootschap om aan de moederverenootschap toegerekend. Bij indirecte toerekening vindt de toerekening getrapt plaats: eerst wordt een verboden gedraging aan de dochterverenootschap toegerekend en vervolgens aan de moederverenootschap.<sup>17</sup> Het is overigens de vraag of dit onderscheid in de praktijk erg relevant is. Voor beide gevallen is immers uiteindelijk bepalend of toerekening aan de moederverenootschap redelijk is. Die normatieve vraag is een kwestie van een afweging van argumenten, waarbij als belangrijk oriëntatiepunt in aanmerking genomen wordt of de gedraging *in de sfeer van de moedermaatschappij* plaats heeft gevonden.<sup>18</sup>

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband is met name het laatste Drijfmest-criterium potentieel van waarde (beschikken en aanvaarden). Indien de moederverenootschap erover kon *beschikken* of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken werd *aanvaard*, komt redelijke toerekening in beeld. Kristen betoogt dat een moedermaatschappij over het algemeen instructiemacht heeft over haar dochter, waardoor aan het beschikkingscriterium veelal zal worden voldaan. Indien de moederverenootschap

---

<sup>15</sup> Hoge Raad 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938.

<sup>16</sup> Hoge Raad 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0145, *NJ* 1997/109 en Hoge Raad 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375. Zie ook: De Hullu 2018, p. 282-286 en Kristen 2010, p. 138-139.

<sup>17</sup> De Hullu 2018, p. 178 en Kristen 2010, p. 155-157.

<sup>18</sup> De Hullu 2018, p. 24; Kristen 2010, p. 134 en M. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 260-261.

op de hoogte is van de verboden gedraging maar niet ingrijpt, kan in beginsel worden aangenomen dat zij de gedraging heeft aanvaard. Ten aanzien van het aanvaardingscriterium geldt bovendien dat hiervan ook sprake kan zijn indien de moeder vennootschap *geen* wetenschap had van de gedraging. Kristen geeft in dat verband het voorbeeld van een moeder vennootschap die door een gebrekkig georganiseerd concernverband onwetend is van de strafbare gedragingen. Deze moeder vennootschap zou op basis van de schending van de zorgplicht geacht kunnen worden de gedraging van de dochter vennootschap te hebben aanvaard.<sup>19</sup> Dan moet er uiteraard wel sprake zijn van zorg die *in redelijkheid* van haar kon worden geleverd.

Met De Hullu concluderen wij dat het Drijfmet-arrest ruime mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen biedt en het vaststellen van daderschap van een rechtspersoon in de praktijk over het algemeen niet tot moeilijkheden (voor het openbaar ministerie) leidt.<sup>20</sup> Er zijn echter wel grenzen. Een eerste voorbeeld betreft een geval waarin het openbaar ministerie (tevergeefs) poogde om buiten de dochter vennootschap om te gaan. Het gaat om een zaak waarbij de moeder vennootschap van een concern werd vervolgd wegens een te zwaar beladen vrachtauto. De vrachtauto was in eigendom en de chauffeur was in dienst van een dochter vennootschap. Waar de politierechter van de Rechtbank Arnhem van oordeel was dat deze gedraging aan de moeder vennootschap kon worden toegerekend, kwam het Gerechtshof tot een ander oordeel: "*Nu niet is komen vast te staan dat de activiteiten door de werknemer op enigerlei wijze door verdachte zijn verricht en informatie omtrent de concrete onderlinge verhoudingen tussen dochteronderneming X en verdachte (moederonderneming) ontbreekt, is het hof van oordeel dat onvoldoende is komen vast te staan dat het tenlastegelegde redelijkerwijs (ook) aan verdachte kan worden toegerekend. De enkele omstandigheid dat er sprake is van een 100% moeder-dochterverhouding tussen de rechtspersonen is onvoldoende. Daderschap van verdachte kan derhalve niet worden bewezen.*"<sup>21</sup>

Dit arrest bevestigt dat "*de enkele omstandigheid*" dat sprake is van een 100% moeder-dochterverhouding onvoldoende is voor redelijke toerekening aan een moeder vennootschap. Dat lijkt ons terecht. Het strafrecht vergt een individuele, materiële benadering op basis van een onderzoek naar de feiten en de feitelijke verhoudingen tussen de betreffende vennootschappen.<sup>22</sup> Van een dergelijk onderzoek is kennelijk geen sprake geweest, nu volgens het hof informatie over de "*concrete onderlinge verhoudingen tussen dochteronderneming X en verdachte (moederonderneming) ontbreekt*". Het is niet uitgesloten dat – indien die informatie wel voorhanden was geweest – het hof de gedraging wel aan het moederbedrijf had toegerekend.

Ook in de Urker visfraude-zaak was sprake van strafrechtelijke vervolging in concernverband. Eén van de verdachte vennootschappen (hierna: bedrijf X) werd (onder meer) vervolgd voor medeplegen van valsheid in geschrift (valse facturen) door een zuster vennootschap (hierna: bedrijf Y). De AG stelt voorop dat indien de facturering is verricht "*in de sfeer van de verdachte*", deze (valse) facturering in beginsel aan haar kan worden toegerekend. Het hof had overwogen dat de verkoop van vis en het factureren daarvan niet tot het takenpakket van bedrijf X behoorden. Ook stond vast dat de facturen ten name van bedrijf Y waren verstuurd en in de administratie van bedrijf

---

<sup>19</sup> Kristen 2010, p. 163-164.

<sup>20</sup> De Hullu 2018, p. 178-179.

<sup>21</sup> Gerechtshof Arnhem 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT6907.

<sup>22</sup> D.R. Doorenbos, 'Daderschap en aansprakelijkheid van leidinggevenden', in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 165.

Y waren aangetroffen. Het hof meende dat bedrijf X en bedrijf Y "zo nauw met elkaar verweven" waren dat zij gezien konden worden als "één onderneming" en concludeert daarom dat de (valse) facturering (mede) heeft plaatsgevonden in de sfeer van bedrijf X. De verwevenheid zou bestaan uit het gegeven dat de rechtspersonen nagenoeg dezelfde eigenaarsstructuur hadden met dezelfde directeurs, waarbij één van de directeurs de (valse) facturen opmaakte. Bedrijf X en bedrijf Y werkten bovendien "feitelijk voortdurend nauw samen" en waren gevestigd in één kantoor. De AG acht deze grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van bedrijf X onvoldoende, althans ontoereikend gemotiveerd: "de enkele omstandigheid dat de vennootschappen zeer met elkaar verweven zijn en beide onderdeel uitmaken van een concern c.q. groep van vennootschappen" maakt dat niet anders. Hoewel de directeur van bedrijf Y die de valse facturen opstelde ook directeur van bedrijf X was, is het volgens de AG niet zonder meer begrijpelijk dat hij dit deed ten behoeve en voor rekening van bedrijf X. Het takenpakket van bedrijf X bestond uit het verwerken van vis, niet de verkoop en facturering. De facturen waren bovendien op naam van bedrijf Y gesteld en zaten ook in diens administratie. Een "groeps'-aansprakelijkheid" gaat de AG te ver.<sup>23</sup> De Hoge Raad casseert (overigens op een ander onderdeel) en heeft de zaak teruggewezen.<sup>24</sup>

### 2.2.3. De moedervernootschap als feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging van de dochtervernootschap

Een tweede grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van een moedervernootschap wegens een verboden gedraging van een dochtervernootschap is feitelijk leiding geven als bedoeld in artikel 51, lid 2 onder 2 Sr. Hornman en Bleeker zijn in de Inleiding op de preadviezen ingegaan op de algemene vereisten voor feitelijk leidinggeven. Wij zullen ons toespitsen op feitelijk leidinggeven door rechtspersonen in concernverband. Dat rechtspersonen feitelijk leiding kunnen geven aan gedragingen van (andere) rechtspersonen heeft de Hoge Raad bevestigd in het overzichtsarrest over feitelijk leidinggeven van 26 april 2016. In de noot bij dit arrest merkt annotator Wolswijk op dat feitelijk leidinggeven "zeker bij concernverhoudingen (...) een adequate strafrechtelijke vertaling van de werkelijkheid [kan] zijn."<sup>25</sup>

Voor feitelijk leidinggeven wordt aangesloten bij materiële verantwoordelijkheid, niet bij formele verantwoordelijkheid.<sup>26</sup> In het algemeen geldt dat voor feitelijk leidinggeven "een zekere macht, invloed en verantwoordelijkheid" is vereist met betrekking tot het strafbare feit.<sup>27</sup> Macht, invloed en verantwoordelijkheid met betrekking tot de dochtervernootschap is dus (op zichzelf) niet voldoende. Ook in dit verband geldt dus dat het feit dat een moedervernootschap (100% van de) aandelen van een dochtervernootschap bezit, geen zelfstandige grond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is. De andere kant van de medaille is dat ook lager in het concern geplaatste rechtspersonen feitelijk leiding kunnen geven aan gedragingen van andere vennootschappen.<sup>28</sup>

Voor feitelijk leidinggeven door de moedervernootschap moet éérs vastgesteld worden dat de dochtervernootschap een strafbaar feit heeft gepleegd. Nadat dat vast is komen te staan, kan de

---

<sup>23</sup> Conclusie AG bij Hoge Raad 19 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:644.

<sup>24</sup> Hoge Raad 18 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1685.

<sup>25</sup> Hoge Raad 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 met noot Wolswijk.

<sup>26</sup> De Hullu 2018, p. 505.

<sup>27</sup> De Hullu 2018, p. 510.

<sup>28</sup> Hoge Raad 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948, NJ 1992/414.



(eventuele) rol die de moedervernootschap daarbij heeft gespeeld aan bod komen. Daarvoor is overigens niet vereist dat de dochtervernootschap zelf strafrechtelijk vervolgd wordt.<sup>29</sup>

Feitelijk leidinggeven zal (aldus de Hoge Raad in het voornoemde overzichtsarrest) over het algemeen bestaan uit actief en effectief gedrag van – in dit geval – de moedervernootschap dat het begaan van een strafbaar feit door de dochtervernootschap heeft bevorderd. Hierbij geldt een dubbel opzetvereiste. De moedervernootschap dient zowel (voorwaardelijk) opzet op het feitelijk leidinggeven als (voorwaardelijk) opzet op het strafbare feit te hebben.<sup>30</sup> Bij dergelijk actief feitelijk leidinggeven zal het opzet – dat immers kan worden afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen – niet moeilijk te bewijzen zijn.

Onder bepaalde omstandigheden kan een passievere rol van de moedervernootschap ook tot het oordeel leiden dat zij feitelijk leiding heeft gegeven. Deze ondergrens wordt bepaald door de zogenaamde Slavenburg-criteria.<sup>31</sup> De Slavenburg-criteria bepalen dat een (rechts)persoon feitelijk leiding geeft indien hij of zij *"hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van de verboden gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze zich zullen voordoen."* Deze criteria kunnen worden toegepast op een moedervernootschap die – hoewel bevoegd en redelijkerwijs gehouden – geen maatregelen neemt om verboden gedragingen van de dochtervernootschap te voorkomen. In een dergelijke situatie wordt de moedervernootschap *"geacht"* opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. Dit vereist uiteraard wel dat de moedervernootschap kennis heeft van de gedragingen; zonder kennis kan zij immers niet ingrijpen. Niet bewezen hoeft te worden dat de moedervernootschap precies wist hoe, waar en wanneer de dochtervernootschap het strafbare feit heeft gepleegd.<sup>32</sup> Aan de andere kant is onoplettendheid en onachtzaamheid onvoldoende voor feitelijk leidinggeven: strafrechtstoepassing leidt immers niet tot risicoaansprakelijkheid.<sup>33</sup>

De moedervernootschap moet vervolgens de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Daarvan kan sprake zijn indien de moedervernootschap haar werkzaamheden zo organiseert dat de aan de dochtervernootschap gegeven opdrachten niet kunnen worden uitgevoerd zonder het plegen van strafbare feiten. Ook indien de moedervernootschap bekend was met het begaan van strafbare feiten door de dochtervernootschap die rechtstreeks verband houden met de tenlastegelegde verboden gedraging, en geen maatregelen ter voorkoming daarvan heeft genomen, kan sprake zijn van (bewijs van) dergelijke bewuste aanvaarding. Overigens zal er dan over het algemeen ook al voldaan zijn aan de (ondergrens van de) criteria voor strafrechtelijke aansprakelijkheid als pleger, want onder die omstandigheden zal de moedervernootschap over het algemeen (i) beschikkingsmacht hebben over de verboden gedraging en (ii) niet de zorg hebben betracht die in redelijkheid van haar kon worden gevergd met het oog op de voorkoming daarvan.

---

<sup>29</sup> Vgl. Hoge Raad 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1330, *NJ* 1999/633.

<sup>30</sup> Hoge Raad 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 met noot Wolswijk. NB: Bij feitelijk leidinggeven aan culpoze delicten wordt ten aanzien van de feitelijk leidinggever aan het strafbare feit óók opzet vereist, maar enkel op de gedraging.

<sup>31</sup> De Hullu 2018, p. 512.

<sup>32</sup> De Hullu 2018, p. 512-513.

<sup>33</sup> Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1792.

In de gepubliceerde jurisprudentie hebben wij één voorbeeld aangetroffen van een strafzaak waarbij een moederverenootschap werd vervolgd wegens feitelijk leidinggeven aan een strafbaar feit van een dochterverenootschap. Het gaat om de tragische zaak van de schipbreuk van de schelpenvisser Frisia in de Noordzee in 2010 waarbij drie bemanningsleden om het leven kwamen. Het openbaar ministerie vervolgde twee individuen en twee rechtspersonen uit het rederij concern wegens dood door schuld. Het ging om een dochter- en moederverenootschap (hierna respectievelijk: bedrijf A en bedrijf B). Een andere dochterverenootschap was na het ongeval opgeheven en werd niet vervolgd (hierna: bedrijf C). Een van de verdachte natuurlijke personen voerde de directie over de bedrijven A, B en C (hierna: meneer Y). Uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam blijkt dat bedrijf A de scheepsbeheerder, vergunninghouder, exploitant van het schip en werkgever van de bemanningsleden was. Bedrijf C was scheepsbeheerder en eigenaar van het schip. De rechtbank achtte bewezen dat sprake was van het (mede)plegen van dood door schuld door bedrijf A en bedrijf C door de aanstelling van een onbevoegde schipper en door het schip te laten varen met gesloten waterloos-poorten. Bedrijf B werd vervolgd wegens feitelijk leidinggeven aan deze verboden gedragingen van bedrijf A en bedrijf C. De rechtbank concludeert dat bedrijf B feitelijk leiding heeft gegeven aan dood door schuld door de aanstelling van een onbevoegde schipper. De rechtbank legt daaraan ten grondslag dat meneer Y wist dat de schipper niet bevoegd was. Meneer Y was zowel bestuurder van bedrijf A als van bedrijf C. De rechtbank spreekt bedrijf B echter vrij van feitelijk leidinggeven aan dood door schuld door het schip te laten varen met gesloten waterloos-poorten. De rechtbank overweegt dat bedrijf B weliswaar uiteindelijk verantwoordelijk is voor bedrijf A en bedrijf C, maar uitsluitend als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt als "*kan worden aangenomen*" dat bedrijf B wist dat "*hier een fout werd gemaakt.*" Volgens de rechtbank is daar geen bewijs voor en blijkt "*uit niets*" dat bedrijf B op de hoogte was van de stand van zaken met betrekking tot de waterloos-poorten.<sup>34</sup>

Dit vonnis illustreert dat voor feitelijk leidinggeven door een moederverenootschap vereist is dat de moederverenootschap kennis heeft van de gedragingen. Wanneer niet bewezen kan worden dat de moederverenootschap op de hoogte was van (soortgelijke) verboden gedragingen, kan geen sprake zijn van strafbaar feitelijk leidinggeven en dient zij daarvoor vrijgesproken te worden.

### 2.3. Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband

Het vertrekpunt voor bestuursrechtelijke aansprakelijkheid – ook in concernverband – is dat de gewraakte gedraging een overtreding moet opleveren. Als dat het geval is, is vervolgens de vraag of de kennelijk verboden gedraging te beschouwen is als een gedraging van de rechtspersoon.

Los daarvan is van belang dat ook in het bestuursrecht uitdrukking is gegeven aan het beginsel "geen straf zonder schuld". Dit beginsel is te vinden in artikel 5:41 Awb dat als volgt luidt: "*Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.*" Voor bestraffende sancties is dus steeds de eis van verwijtbaarheid gesteld en dat wordt door dit artikel zeker gesteld, aangezien – net als overigens in het strafrecht – schuld in de zin van verwijtbaarheid lang niet altijd een bestanddeel is van het delict. In de wetsgeschiedenis is hierover ook het volgende opgemerkt: "*Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel <<geen straf zonder schuld>> geldt (zo reeds HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681 (Melk-en-water-arrest)).*"<sup>35</sup> Er zal dus – ook in het bestuursrecht

---

<sup>34</sup> Rechtbank Amsterdam 4 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8911.

<sup>35</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 134.

– altijd sprake moeten zijn van verwijtbaarheid voordat tot oplegging van bestraffende sancties kan worden overgegaan.

Sinds de Vierde tranche van de Awb kunnen (fysiek en functioneel) plegers, feitelijk leidinggevers en medeplegers bestuurlijk worden beboet. Uit artikel 5:1, lid 3 Awb volgt dat overtredingen niet alleen begaan kunnen worden door natuurlijke personen, maar ook door rechtspersonen. Daarbij wordt expliciet aansluiting gezocht bij artikel 51 Sr, waardoor ook een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven dan wel daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.<sup>36</sup> Een belangrijke vraag als het gaat om het daderschap van rechtspersonen in het bestuursrecht is allereerst of de geschonden norm zich wel (mede) tot de aangesproken rechtspersoon richt. In het kader van dit preadvies zal dat echter als uitgangspunt worden genomen, waardoor wordt toegekomen aan de vervolgvraag, namelijk of de rechtspersoon in kwestie in het licht van de vermeende overtreding ook als overtreder kan worden gezien. Anders gezegd: of de onderneming in kwestie de plicht had om de overtreding te voorkomen dan wel te beëindigen. Deze vraag is van wezenlijk belang, omdat anders sprake zou zijn van een vorm van risicoaansprakelijkheid.

De cruciale vraag is of het handelen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Blijkens de wetsgeschiedenis is het uitgangspunt daarbij dat in het geval van bestuurlijke boetes, het bestraffende bestuursrecht, in principe aansluiting gezocht zou moeten worden bij het strafrecht: *"Er bestaan inderdaad overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht; van gescheiden werelden kan dan ook geen sprake zijn. Uitgangspunt dient dan ook te zijn, dat het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht, en daarvan gelet op artikel 6 EVRM op een aantal punten ook niet kan afwijken."*<sup>37</sup>

### 2.3.1. Ruimhartige uitleg van het overtrederbegrip – de moedermaatschappij als "overtreder"

In het strafrecht kan onderscheid worden gemaakt tussen aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als pleger dan wel als feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging van de dochteronderneming. Voorts zou sprake kunnen zijn van een zeldzaam geval waarin vereenzelviging wordt aangenomen met als overweging dat voor de vraag welke rechtspersoon wordt vervolgd niet het civielrechtelijk kleed, maar de maatschappelijke realiteit beslissend is. Daarbij is echter van belang dat voor zover het om de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon gaat, deze maatstaf uitsluitend is gebruikt in het geval van een rechtspersoon die door een andere rechtspersoon werd voortgezet.<sup>38</sup> Gelet op de strijdigheid van vereenzelviging met het beginsel van rechtspersoonlijkheid zijn wij het van harte eens met het betrachten van deze uiterste terughoudendheid bij het aannemen van vereenzelviging.

In het bestuursrecht komen al deze mogelijkheden terug bij de invulling van het overtrederbegrip. Mogelijk verklaart dat ook waarom de nuance tussen de verschillende mogelijkheden in het bestuursrecht soms uit het oog verloren lijkt te worden.

Met dat gegeven in het achterhoofd, is het interessant om te kijken naar het overtrederbegrip dat gehanteerd wordt in het bestuursrecht: *"Overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke*

---

<sup>36</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 28702, nr. 3, p. 81.

<sup>37</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 125.

<sup>38</sup> Hoge Raad 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN771, NJ 2011/124 met noot Mevis.

voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden. Dat is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek heeft verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt."<sup>39</sup> Waar Bleeker hier in zijn preadvies nader in detail op ingaat, volstaan wij met een meer beperkte schets van de huidige stand van zaken.

In lijn met artikel 5:1, lid 3 Awb kan daaraan worden toegevoegd dat ook een rechtspersoon een overtreding kan begaan.<sup>40</sup> De vraag is dan wel hoe in de jurisprudentie wordt bepaald aan wie verboden gedragingen kunnen worden toegerekend en op welke wijze. In de literatuur is de bestendige lijn dat deze vraag niet eenvoudig te beantwoorden is.<sup>41</sup> Het lijkt er echter op dat zeggenschap over en betrokkenheid bij de verboden gedraging – evenals in het strafrecht – voldoende is. In sommige gevallen lijkt het er zelfs op dat de hogere bestuursrechter, de Afdeling, buitenwettelijke risicoaansprakelijkheden creëert.

Dit is bijvoorbeeld het geval geweest bij chemische branden, waarbij verontreinigd bluswater in de bodem dan wel het oppervlaktewater terechtkomt. Dit levert namelijk een overtreding van de Wet bodembescherming dan wel de Waterwet op. De Afdeling rekent dit toe aan het bedrijf waar de brand heeft plaatsgevonden met als motivering dat de bluswerkzaamheden voor dat bedrijf zijn verricht. De gevolgen van deze brandbestrijding dienen aan het betreffende bedrijf te worden toegerekend, ondanks dat deze onderneming de overtreding niet heeft begaan. De bluswerkzaamheden worden immers in opdracht van de gemeente(lijke brandweer) verricht.<sup>42</sup>

In het licht van concernverbanden lijkt eenzelfde lijn te worden gehanteerd. Invloed op het bestuur van de dochtervennootschap (die een norm overtreden zou hebben) én zeggenschap over de verboden gedraging zou voldoende zijn om als moedervennootschap als overtreder aangemerkt te worden. De Afdeling heeft bijvoorbeeld alle vennootschappen van het concern waar de primaire overtreder onder hangt, als "overtreder" aangemerkt, alsmede de bestuurders van de laatste vennootschap, bestaande uit een vennootschap en een directeur. Alle entiteiten zouden zodanig bestuurlijk verweven zijn met de primaire overtreder dat zij dientengevolge invloed konden uitoefenen op de primaire overtreder.<sup>43</sup> De betreffende overwegingen van de Afdeling luiden als volgt:

*"Uit het register van de Kamer van Koophandel blijkt dat de [belanghebbende B] bestuurd wordt door [directeur] en [belanghebbende G]. Tevens blijkt uit dit register dat de [belanghebbende B] enig aandeelhouder en enig bestuurder is van [belanghebbende C], zijnde enig aandeelhouder en enig bestuurder van [belanghebbende D], welke vennootschap enig aandeelhouder en enig bestuurder is van [belanghebbende E], zijnde enig aandeelhouder en enig bestuurder van [belanghebbende F], welke vennootschap enig aandeelhouder en enig bestuurder is van [appellante]."*

---

<sup>39</sup> ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.

<sup>40</sup> Zoals ook is bepaald in ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1053.

<sup>41</sup> Kortmann 2017, p. 8.

<sup>42</sup> ABRvS 22 januari 2014, AB 2014/144 met noot Vermeer.

<sup>43</sup> ABRvS 25 november 2009, M en R 2010/18 met noot Warendorf.

*Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat de [belanghebbende B], [belanghebbende C], [belanghebbende D], [belanghebbende E] en [belanghebbende F] alsmede [directeur] en [belanghebbende G] zodanig bestuurlijk verweven zijn met [appellante] en dientengevolge invloed kunnen uitoefenen op [appellante], dat ook zij als overtreder in de zin van artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht kunnen worden aangemerkt."*

Hoewel de concernverhoudingen in dezen wellicht lastig te doorgronden zijn, rechtvaardigt dit in onze optiek niet dat in het geheel geabstraheerd wordt van de materiële werkelijkheid. Het is onze stellige overtuiging dat de papieren werkelijkheid in dezen niet van doorslaggevend belang kan worden geacht. Er behoort wel in enige vorm een verwijt gemaakt te kunnen worden om toerekening te kunnen rechtvaardigen. De formele verhoudingen volstaan daartoe niet. Hier verschilt het bestuursrecht dan ook van het strafrecht. In het strafproces staat buiten twijfel dat de materiële waarheid van oudsher een centrale positie inneemt.<sup>44</sup> In het bestuursrecht staat deze zoektocht naar de materiële waarheid onder druk. In de literatuur wordt zelfs wel gezegd dat de materiële waarheidsvinding door de bestuursrechter "*de nek is omgedraaid*".<sup>45</sup>

Ook in de wetsgeschiedenis werd de deur reeds op een kier gezet voor gebruikmaking van het criterium "*nauwe (bestuurlijke en economische) verwevenheid*".<sup>46</sup> In deze casus werd één van de drie economisch en bestuurlijk nauw verweven vennootschappen als overtreder aangemerkt, ondanks dat de vergunning die overtreden zou zijn formeel op naam zou hebben gestaan van één van de andere ondernemingen. Het hanteren van dit criterium lijkt met name risico's te creëren voor aandeelhouders en zustervenootschappen. Dit geldt te meer, nu dit slechts een van de voorbeelden uit de rechtspraak is. De materiële werkelijkheid is dus kennelijk lang niet altijd relevant bij het vaststellen van bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband.

In de literatuur wordt wel gespeculeerd over de reden waarom bestuursrechters de neiging zouden hebben een ruim overtrederbegrip te hanteren en daarmee door concernverhoudingen heen te kijken. Dit zou gelegen kunnen zijn in het feit dat het gevoel bestaat dat het gebruik van verschillende vennootschappen minst genomen mede is bedoeld om effectieve handhaving te frustreren. Concerns zouden gezien worden als 'constructies', met name ondoorzichtige constructies met vennootschappen.<sup>47</sup>

### 2.3.2. Verdere illustratieve jurisprudentie van het College

De rechtspraak van het Cbb licht dichterbij de uitgangspunten die in het strafrecht worden gehanteerd. In een uitspraak van 2015<sup>48</sup> is te lezen dat appellante in de zaak aanvoerde dat de overtreding niet door haar is begaan, maar door een dochter van de moedervenootschap van appellante. Volgens appellante was sprake van verschillende vennootschappen die ook werkzaam

---

<sup>44</sup> Zie hiertoe o.a. Kamerstukken II, vergaderjaar 1913-1914, 286, nr. 3, W.H. Vellinga, *Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken (Studiepockets Strafrecht deel 44)*, Deventer: Kluwer 2015 en Asser, W.D.H., Damen, L.J.A., & Knigge, G. (2006). Partijautonomie of materiële waarheid? bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005, p. 8.

<sup>45</sup> Asser, Damen & Knigge 2006, p. 30.

<sup>46</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004 29702, nr. 3, p. 78-79.

<sup>47</sup> Kortmann 2017, p. 1.

<sup>48</sup> Cbb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150.

waren in verschillende landen. Het verwijt was dat sprake zou zijn geweest van marktmanipulatie, maar appellante voerde aan in het geheel niet gehandeld te hebben in de aandelen waar de zaak op zag. De AFM stelt hier (met een beroep op HR 23 februari 1954 (*NJ* 1954/378) tegenover dat wel degelijk sprake is van functioneel ouderschap. Volgens de AFM had appellante volledige zeggenschap over de gewraakte transacties en deze zouden volledig in haar machtsfeer hebben gelegen. Door vrije toegang te verlenen tot Euronext aan de andere entiteit heeft appellante alle transacties aanvaard. Uit niets blijkt volgens de AFM dat ze maatregelen heeft genomen om de manipulatieve transacties te voorkomen. Doorslaggevend acht de AFM dat de transacties niet plaats hadden kunnen vinden zonder dat appellante de betreffende vennootschap in staat had gesteld om vrij van restricties via haar *membership* en haar systemen te handelen. Het Cbb oordeelde dat de AFM ten onrechte had geoordeeld dat appellante kon worden aangemerkt als functioneel vader. Het enkele feit dat deze vennootschap een dochteronderneming is van de moedermaatschappij van appellante, betekent nog niet dat deze vennootschap en appellante met elkaar vereenzelvd kunnen worden. Daarvan zou slechts sprake kunnen zijn als appellante erover kon beschikken of de transacties al dan niet plaats zouden vinden. Daarvoor is onvoldoende dat deze vennootschap voor haar handelen gebruik heeft gemaakt van haar door appellante ter beschikking gestelde middelen. Er is niet gebleken van een gezagsverhouding tussen beide dan wel dat appellante zeggenschap kon uitoefenen over het handelen van deze vennootschap. Van een directe of indirecte contractuele relatie tussen beide vennootschappen is ook niet gebleken. Volgens het Cbb zijn er aldus geen aanknopingspunten dat appellante het in haar macht had om de in geding zijnde transacties tegen te gaan.<sup>49</sup>

Los van de vraag of het Cbb hier de juiste maatstaf hanteert – nu de AFM spreekt van functioneel ouderschap en het Cbb spreekt van vereenzelviging – is dit een evenwichtige uitspraak. Het is bovendien duidelijk dat het Cbb hier een andere lijn dan de Afdeling hanteert als het gaat om het toerekenen van handelen aan rechtspersonen, in het bijzonder in concernverband.

## 2.4. Tussenconclusie

Het strafrecht en het (financieel) bestuursrecht bieden verschillende mogelijkheden om een (moeder)vennootschap aansprakelijk te houden voor gedragingen van een andere vennootschap. In het strafrecht zijn de criteria voor toerekening aan een andere rechtspersoon duidelijk uitgekristalliseerd. In de praktijk worden deze criteria (de Drijfmet-criteria en de criteria voor feitelijk leidinggeven) ook consequent toegepast en zijn deze weinig omstrede.

Dit ligt anders in het punitief bestuursrecht. Hoewel het uitgangspunt geldt dat voor wat betreft leerstukken zoals ouderschap van de rechtspersoon en feitelijk leidinggeven in beginsel aansluiting wordt gezocht bij het strafrecht, wordt er in het bestuursrecht minder consistent omgegaan met deze leerstukken. Het effect hiervan lijkt in ieder geval te zijn dat de formele werkelijkheid soms lijkt te prevaleren boven de materiële werkelijkheid. Illustratief hiervoor is de ruimhartige invulling die wordt gegeven aan het overtrederbegrip. In de rechtspraak is dan ook (nog) geen duidelijke lijn te herkennen als het gaat om bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband.

## 3. EVENREDIGHEID VAN SANCTIES

### 3.1. Inleiding

Velen zullen het eens zijn met de stelling dat een sanctie evenredig of (in ieder geval) niet onevenredig moet zijn. Ingewikkelder is de vraag wat onder een evenredige sanctie wordt verstaan

---

<sup>49</sup> Cbb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150 (zie r.o. 4.1).

en welke factoren daarbij (in welke mate) een rol dienen te spelen. Wat door de één als een evenredige sanctie wordt beschouwd, kan door een ander als een (veel) te hoge of (veel) te lage straf worden gezien. Dat geldt in het bijzonder waar het de bestraffing van rechtspersonen betreft, zeker wanneer deze rechtspersonen deel uitmaken van een (kapitaalkrchtig) concern.

In dit hoofdstuk onderzoeken wij eerst hoe in het strafrecht en het financieel bestuursrecht wordt aangekeken tegen evenredigheid van sancties. We zullen zien dat er tussen het strafrecht en het bestuursrecht verschillen bestaan waar het de wijze van berekening evenals de maximum hoogtes van boetes betreft.<sup>50</sup> Dat is op zichzelf opvallend omdat het soms om (overtredingen van) wetsartikelen gaat die zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk afgedaan kunnen worden.<sup>51</sup> Na een schets van de uitgangspunten die in het strafrecht en financieel bestuursrecht worden gehanteerd bij het bepalen van een sanctie, bespreken wij hoe er in de rechtspraak wordt aangekeken tegen sanctionering van rechtspersonen in concernverband.

### 3.2. Evenredigheid van sancties in het strafrecht

Indien de strafrechter een feit bewezen verklaard, komt hij toe aan de straftoemeting. De straftoemetingsvraag wordt in het strafrecht beschouwd als één van de meest ingewikkelde vragen. Enerzijds moet de rechter een straf kiezen die in het specifieke geval passend is. Tegelijkertijd dient de rechter rekening te houden met het belang van de rechtszekerheid, die gebaat is bij consistente straftoemeting bij vergelijkbare delicten.<sup>52</sup> Rechtseenheid en rechtszekerheid wordt onder andere beoogd met de oriëntatiepunten voor straftoemeting van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht (LOVS), die aanbevelingen geven over de soort en hoogte van de straf. Deze aanbevelingen binden de strafrechter in een concrete zaak echter niet.<sup>53</sup>

Het uitgangspunt bij het bepalen van de hoogte van de straf door de strafrechter is delictsevenredigheid: de geldboete moet in verhouding staan tot de ernst van het feit. Deze basis is het meest zichtbaar in de discussie rondom de invoering van de Wet vermogenssancties. De Wet vermogenssancties is de grondslag waarop het huidige systeem van geldboetes in het strafrecht gebaseerd is. De invoering van deze wet is voorafgegaan door een fundamentele discussie over de evenredigheid van geldboetes mede met het oog op de doelen van de strafrechtspleging. In de aanloop naar de Wet vermogenssancties werd de wetgever voor de vraag gesteld of en in hoeverre de draagkracht van de veroordeelde mee dient te spelen bij het bepalen van de hoogte van de geldboete. De wetgever heeft er weloverwogen voor gekozen om de draagkracht van een veroordeelde niet meer dan een beperkte rol te laten spelen. Daarbij werd onderkend dat een vermogenssanctie van een zekere omvang de ene veroordeelde *"nu eenmaal zwaarder [treft] dan de ander."* Hierbij wordt in de memorie van toelichting verwezen naar het voorbeeld dat men *"zelfs een miljonair"* geen parkeerboetes van f 3000 kan laten betalen. Een andere reden van de wetgever om de factor draagkracht een beperkte rol te geven, was dat draagkracht vaak moeilijk vast te stellen is,

---

<sup>50</sup> Zie hierover in bredere zin: H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman, B.F. Keulen, Referentiekader strafrechtelijke en bestuursrechtelijke geldboetes, Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en strafrecht, WODC 2012.

<sup>51</sup> D.R. Doorenbos en C.A. Doets, 'Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – Maximum overdrive', *Ondernemingsrecht* 2008/147, p. 7.

<sup>52</sup> Van Emmerik en Saris 2014, p. 112.

<sup>53</sup> Oriëntatiepunten voor straftoemeting en overige LOVS-afspraken, via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

omdat deze niet alleen afhankelijk is van inkomen maar ook van uitgaven.<sup>54</sup> Gekozen werd voor de invoering van een draagkrachtbeginsel met een gematigd karakter. In de eerste plaats dient de geldboete gelet op de aard en de omstandigheden van het delict een passende bestraffing te zijn. Uitsluitend binnen die marge mag rekening gehouden worden met de draagkracht van de veroordeelde, want: *"daarboven wordt de geldboete, in absolute zin, zo hoog en daar beneden zo laag, dat het verband tussen het strafbare feit en de sanctie teloorgaat"*.<sup>55</sup> De wetgever meende dat toepassing van de maximum straf op basis van financiële draagkracht alleen toelaatbaar is indien dit mede steunt op andere overwegingen, bijvoorbeeld hardnekkige recidive.<sup>56</sup> Het voorgaande is tot uitdrukking gekomen in artikel 24 Sr, dat luidt: *"Bij de vaststelling van de geldboete wordt rekening gehouden met de draagkracht van de verdachte in de mate waarin dat nodig is met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze in zijn inkomen en vermogen onevenredig wordt getroffen."*

Voor geldboetes is vanuit het uitgangspunt van de delictsevenredigheid in de eerste plaats voorzien in een systeem met geldboetecategorieën. Alleen de maxima zijn voorgeschreven; er zijn geen minimumboetes, met dien verstande dat een geldboete ten minste 3,- euro bedraagt (artikel 23, tweede lid Sr). De maximum geldboete die voor een strafbaar feit kan worden opgelegd, is gelijk aan het bedrag van de categorie die volgens de wet voor dat feit is bepaald (artikel 23, derde lid Sr). Er zijn zes categorieën met oplopende maxima (artikel 23, vierde lid Sr): de eerste categorie, 415,- euro; de tweede categorie, 4.150,- euro; de derde categorie, 8.300,- euro; de vierde categorie, 20.750,- euro; de vijfde categorie, 83.000,- euro en de zesde categorie: 830.000,- euro.<sup>57</sup>

Het gaat om de maxima *per strafbaar feit*. Als sprake is van een veroordeling voor meerdere strafbare feiten, dan kunnen de geldboetes die op die feiten staan (in beginsel) onbeperkt cumuleren (artikel 57, tweede lid Sr). Bovendien dient de geldboete uitsluitend als straf. Het doel van een geldboete is niet om eventuele winsten of kostenbesparingen die het strafbare feit heeft opgeleverd, te ontnemen. Voor het ontnemen van zogenaamd 'wederrechtelijk verkregen voordeel' heeft het strafrecht een aparte ontnemingsmaatregel.

Bij de straftoemeting aan rechtspersonen is nog voorzien in een strafverzwarende "sprongbevoegdheid" voor rechtspersonen. Artikel 23, zevende lid Sr, bepaalt dat indien de van toepassing zijnde boetecategorie geen *"passende bestraffing"* toelaat, de rechter een boete kan opleggen van de naast hogere categorie. Dit is uitdrukkelijk geen automatische strafverzwaringmogelijkheid voor rechtspersonen. Het systeem van de wet impliceert immers dat de maximale geldboetes gereserveerd dienen te worden voor de meest ernstige gevallen waarbij geen straf verminderende omstandigheden aangewezen kunnen worden.<sup>58</sup> De wetgever gaat er bovendien vanuit dat de optimale sanctie, de minimale sanctie is.<sup>59</sup> Uit onderzoek op rechtspraak.nl blijkt – in lijn met het voorgaande – dat deze bevoegdheid niet standaard wordt gebruikt bij het formuleren van een strafeis, laat staan bij de straftoemeting. Redenen om de sprongbevoegdheid *niet* toe te passen kunnen zijn dat de onderneming niet eerder veroordeeld is voor een strafbaar feit,

---

<sup>54</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1977-1978, 15012, nr. 3, p. 19-20.

<sup>55</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1977-1978, 15012, nr. 5, p. 13.

<sup>56</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1977-1978, 15012, nr. 3, p. 42.

<sup>57</sup> Deze bedragen worden elke twee jaar (bij algemene maatregel van bestuur) aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijsindex. Zie artikel 23, negende lid Sr.

<sup>58</sup> D.R. Doorenbos, 'Beboeting van rechtspersonen', *Strafblad* 2014, p. 99.

<sup>59</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1977-1978, 15012, nr. 3, p. 42.



sprake is van een lichte(re) vorm van schuld, de slechte financiële positie van de onderneming of de vaststelling dat het strafbare feit een (of meer) incident(en) betrof en geen bedrijfsbeleid.<sup>60</sup> Redenen om de sprongbevoegdheid *wèl* toe te passen zijn bijvoorbeeld de ernst en duur van het feit en de omvang van het bedrag dat ermee verdiend is.<sup>61</sup> Ook bij fatale arbeidsongevallen wordt vanwege de ernst van de gevolgen van het strafbare feit soms (maar niet altijd) gebruik gemaakt van de sprongbevoegdheid voor rechtspersonen.<sup>62</sup>

Dat strafrechters bij rechtspersonen over het algemeen goed uit de voeten kunnen met de maximale geldboete (mede) omdat geldboetes onbeperkt mogen cumuleren, wordt mooi geïllustreerd door de volgende uitspraak. De Kantonrechter van de Rechtbank Haarlem veroordeelde op 13 februari 2001 een bedrijf vanwege het (in strijd met het Reclamebesluit geneesmiddelen) organiseren van marketingactiviteiten voor artsen. In totaal konden negentien strafbare bijeenkomsten bewezenverklaard worden. Hoewel de kantonrechter overweegt dat in het onderhavige geval in beginsel gebruik gemaakt mocht worden van de sprongbevoegdheid voor rechtspersonen, wordt dit niet nodig geacht. Per feit wordt een geldboete van f 5.000,- opgelegd. Door dit bedrag met negentien te vermenigvuldigen, komt de Kantonrechter tot een boete van f 95.000.<sup>63</sup>

Sinds 1 januari 2015 bevat artikel 23, zevende lid Sr een tweede straf verhogende mogelijkheid voor rechtspersonen: de omzetgerelateerde geldboete: *"Indien voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, kan een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste tien procent van de jaaromzet van de rechtspersoon in het boekjaar voorafgaande aan de uitspraak of strafbeschikking."* Volgens de memorie van toelichting zouden de mogelijkheden om (grote) ondernemingen te straffen niet toereikend zijn. Bovendien zou het strafrecht qua hoogte van de boetes te veel uit de pas lopen met het bestuursrecht. Met de invoering van de omzetgerelateerde boete werd een *"effectieve, proportionele en ontmoedigende bestraffing"* mogelijk gemaakt.<sup>64</sup> De invoering van de omzetgerelateerde geldboete heeft tot stevige kritiek geleid. Volgens verschillende auteurs bestond er geen enkele noodzaak tot invoering van deze boetemodaliteit en is het bovendien in strijd met de systematiek van het strafrechtelijk sanctiestelsel.<sup>65</sup> De omzetgerelateerde boete is bovendien een breuk met het op delictsevenredigheid gebaseerde systeem van de vermogensstraffen. Bij de invoering van de Wet

---

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF9498; Rechtbank Rotterdam 16 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8987 en Rechtbank Maastricht 13 maart 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA0569.

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Noord-Nederland 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:411; Rechtbank Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4950 en Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:572.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 25 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1341; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 juli 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5418; Rechtbank Groningen 25 oktober 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB6505 en Rechtbank Amsterdam 21 september 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA7215.

<sup>63</sup> Kantongerecht Haarlem 13 februari 2001, ECLI:NL:KTGHAA:2001:AA9951.

<sup>64</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012-2013, 33685, nr. 3, p. 9-10.

<sup>65</sup> Zie met name T. Kooijmans en M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boetep plafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van de financieel-economische criminaliteit.', *Delikt en Delinkwent* 2012/65, p. 5-8; M.J. Borgers en T. Kooijmans, 'Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *Delikt en Delinkwent* 2012/55, p. 7-8 en Doorenbos

vermogenssancties werd nog expliciet overwogen dat de omvang van een bedrijf bezwaarlijk als leidraad kan dienen bij de strafoplegging.<sup>66</sup> Borgers en Kooijmans beschouwen de omzetgerelateerde boete als symboolwetgeving, *"waarmee de minister wil laten zien dat ondernemingen die zich schuldig maken aan strafbare feiten, heel stevig zullen worden aangepakt."* Zij voorspelden in 2012 dat de invoering hiervan in de praktijk geen grote impact zal hebben.<sup>67</sup> Op deze voorspelling zullen wij verderop in het preadvies nog ingaan, maar we noteren hier vast dat het openbaar ministerie in zijn transactiepraktijk in ieder geval dankbaar gebruik maakt van het flexibele boeteplafond.

De omzetgerelateerde boete is dus een boetemodaliteit geworden waarmee ondernemingen rekening moeten houden indien zij betrokken worden in een strafrechtelijk onderzoek. Het is daarom op zijn plaats om meer inhoudelijk te bezien wat deze inhoudt. Welke omzet wordt er precies bedoeld en – zeer relevant bij strafrechtelijke vervolging van rechtspersonen die deel uitmaken van een concern – wiens omzet? De wettekst is hier duidelijk over: het gaat om de jaaromzet van de *rechtspersoon* in het boekjaar voorafgaande aan de uitspraak. In de memorie van toelichting staat echter dat het zou gaan om de netto jaaromzet van de *onderneming* die door de rechtspersoon wordt gedreven, *ongeacht waar die omzet wordt gerealiseerd*. Met verwijzing naar (de memorie van toelichting bij) de Mededingingswet wordt gesteld dat *"bijvoorbeeld wanneer sprake is van een strafbaar feit begaan door een dochtermaatschappij waarvan het beleid wordt bepaald door de moeder, de moeder en dochter tezamen als de onderneming van de rechtspersoon kunnen worden beschouwd."*

<sup>68</sup> Als men deze redenering zou volgen, betekent dit dat indien een moederverenootschap het beleid van een dochterverenootschap bepaalt (wat dat in strafrechtelijke zin ook moge betekenen), haar omzet betrokken kan worden bij de bestraffing van de dochterverenootschap, ook als zij niets met die strafbare feiten te maken heeft. De wettekst biedt geen grond voor deze interpretatie. Er zijn bovendien goede redenen om deze benadering van de hand te wijzen. Het is principieel onjuist om de draagkracht van een andere verenootschap te betrekken bij het bepalen van de hoogte van een straf. De (dochter)verenootschap beschikt immers niet over de middelen van de moederverenootschap. Ook bij de bestraffing van natuurlijke personen is het niet voorstelbaar dat rekening wordt gehouden met de draagkracht van een rijk familielid. De in de memorie van toelichting voorgestelde benadering leidt tot onevenredig hoge boetes, die niet in verhouding staan tot de financiële draagkracht van de veroordeelde rechtspersoon. Gevolg daarvan is dat de veroordeelde dochteronderneming de boete niet zelf kan betalen en de moederverenootschap de boete (grotendeels) zal moeten dragen. De moederverenootschap wordt dan gestraft voor strafbare feiten waarvoor zij niet aansprakelijk is, waartegen zij zich niet eens in rechte heeft kunnen verweren. Dat zou een schending van de onschuldpresumptie opleveren.<sup>69</sup>

Ten slotte kan worden vastgesteld dat de wetgever geen aandacht heeft besteed aan het inpassen van de omzetgerelateerde boete in het wettelijk systeem van vermogenssancties. Er is immers geen enkele beperking aangebracht met betrekking tot het cumuleren van de omzetgerelateerde geldboete. In theorie betekent dit dat in een geval waarbij er negentien strafbare feiten bewezenverklaard worden, zoals in het eerder aangehaalde voorbeeld, een maximale geldboete van

---

2014, p. 100.

<sup>66</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1977-78, 15012, nr. 3, p. 42.

<sup>67</sup> Borgers en Kooijmans 2012-2, p. 9.

<sup>68</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2013-2014, 33685, nr. 6, p. 13.

<sup>69</sup> Doorenbos 2014, p. 97-105 en Borgers en Kooijmans 2012-1, p. 8.

190% van de jaarmzet opgelegd kan worden. Dat lijkt ons een effect dat zelfs in de huidige tijdgeest niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn.

### 3.3. Evenredigheid van sancties in het financieel bestuursrecht

Overtredingen van voorschriften uit de financiële toezichtwetten werden repressief oorspronkelijk strafrechtelijk gehandhaafd. Als grondslag hiervoor gold de Wet op de economische delicten. Op 1 januari 2000 trad de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (Wet IDBB) in werking en daarmee werd in acht financiële toezichtwetten de bevoegdheid opgenomen om een bestuurlijke boete op te leggen. Later volgden ook de integriteitswetten waardoor het accent meer en meer kwam te liggen op bestuursrechtelijke handhaving.

Deze initiële boetesystematiek op grond van de Wet IDBB bracht een rigide systeem. Dit systeem was gebaseerd op twee uitgangspunten: aan de ene kant moest de hoogte van de boete het voordeel overtreffen dat met de overtreding zou kunnen worden behaald en aan de andere kant moest rekening gehouden worden met de draagkracht van de overtreder.<sup>70</sup> Op basis van de zwaarte van de overtreding bestond er een vaste tariefgroepindeling van de boete. De draagkracht van de overtreder bepaalde de categorie-indeling. In beginsel werd de boete vervolgens vastgesteld door het boetetarief te vermenigvuldigen met de draagkrachtfactor. Daarbij gold wel een wettelijk boeteplafond.<sup>71</sup>

In de loop van de jaren is het boetestelsel een aantal keer aangepast. Dit heeft onder andere tot gevolg gehad dat de (basis)bedragen van de bestuurlijke boete aanzienlijk zijn gestegen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een nadere verhoging van de maximale boete gerechtvaardigd wordt geacht, gelet op de hoogte van boetes op andere verwante terreinen, zoals de mededingingswetgeving, en de hoogte van financiële boetes in andere landen. Een dergelijke verhoging draagt ook bij aan het beoogde effect van een hogere mate van preventieve werking. *"De bestuurlijke boetes voor grotere instellingen zullen duidelijker <<voelbaar>> worden. De maximale boetebedragen gaan over de hele linie bezien flink omhoog."*<sup>72</sup> Illustratief is eveneens de volgende passage uit de wetsgeschiedenis: *"De verwachting was dat met de introductie van een flexibeler boetestelsel meer proportionele boetes konden worden opgelegd. Het tot dan toe gehanteerde systeem met draagkrachtfactoren deed in bepaalde gevallen geen recht aan de daadwerkelijke draagkracht van de overtreder. Zo bleek in de praktijk dat deze draagkrachtfactoren tot ongewenste situaties leidden, waarbij bijvoorbeeld een grote bank een relatief lage boete kreeg in verhouding tot de boete voor een vergelijkbare overtreding door een bemiddelaar in verzekeringen."*<sup>73</sup>

De boetes moesten, kort gezegd, afschrikwekkender worden. De achterliggende gedachte hiervan blijkt onder andere ook uit de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving, waarin wordt benadrukt dat bestuurlijke boetes in zoveel mogelijk gevallen een evenredig antwoord op een overtreding moeten kunnen bieden om effectieve handhaving van de bepalingen mogelijk te maken. Van de boete moet een preventieve werking uitgaan richting zowel de overtreder, als richting derden.

---

<sup>70</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25821, nr. 3, p. 8.

<sup>71</sup> A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015, p. 116-117.

<sup>72</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2007-2008, 31458, nr. 3, p. 3.

<sup>73</sup> Staatsblad 2009/329, p. 28.

"Boetes moeten proportioneel zijn en niet te laag uitvallen".<sup>74</sup> Zoals eveneens uit het Verslag Referentiekader geldboetes blijkt, is de gedachte dat een vaste boetesystematiek het de 'calculerende overtreders' gemakkelijk kan maken: "hij weet precies vooraf welke boete hem boven het hoofd hangt als hij wordt gepakt en kan uitrekenen of dit opweegt tegen de baten."<sup>75</sup> Zoals wij hierna nog nader zullen toelichten, is er echter geen bewijs van het bestaan van dergelijke "calculerende overtreders".

Desondanks werd op 1 augustus 2014 in artikel 1:81, lid 3 Wft een omzetgerelateerde boete geïntroduceerd voor de AFM en DNB. In specifieke gevallen kon de hoogte van de boete worden vastgesteld op ten hoogste 10% van de netto-omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaand aan de beboeting. Sinds 2017 heeft dit een verdere vlucht genomen, aangezien per 1 augustus 2017 de omzetgerelateerde boete is ingevoerd over de gehele breedte van de Wft. Daarmee wordt de mogelijkheid gecreëerd om aan draagkrachtige ondernemingen bestuurlijke boetes op te leggen tot een maximum van 10% van de netto-jaaromzet.

De aanleiding hiervoor was de motie Nijboer, waarbij werd verzocht de boetes voor alle overtredingen van bepalingen in de Wft te verhogen, waarbij de hoogte van de omzet van de overtreders steeds van invloed zal zijn op de hoogte van de boete. Hij overweegt hiertoe onder andere dat de boetes te laag zijn, dat de boetes voor het schenden van individuele normen vier miljoen euro bedragen en dat financiële instellingen deze boetes in voorkomende gevallen misschien voor lief nemen.<sup>76</sup> Voorts wordt voor de introductie van de omzetgerelateerde boete ook wel gewezen op de Europese tendens: "De sancties op dergelijke overtredingen liften mee op de Europese tendens van de – potentieel zeer hoge – omzetgerelateerde boete. Hiermee heeft de wetgever een goede poging gedaan om de 'juridische spaghetti' die dreigde te ontstaan bij de inpassing van de Europese wetgeving in de Wft te ontwarren."<sup>77</sup>

Opmerkelijk is dit naar onze mening wel. Europese regels (de Market Abuse Regulation en de Market Abuse Directive) vereisten dit inderdaad ten aanzien van enkele overtredingen uit de Wft,<sup>78</sup> maar de wetgever heeft daarop de omzetgerelateerde boete over de gehele linie ingevoerd. Hoewel het nog te vroeg is hier verdere conclusies aan te verbinden, blijkt uit de jurisprudentie dat de omzetgerelateerde boete zoals opgenomen in de Wft tot op heden nog niet is opgelegd.

### 3.3.1. Het huidige boetesysteem

Hoe werkt het huidige boetesysteem? De AFM en DNB kunnen in ieder geval een boete opleggen in geval van overtreding van de artikelen die specifiek zijn opgenomen in de bijlage behorend bij artikel 1:80 Wft. Ook schending van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb is bestuurlijk beboetbaar. Overigens geldt op grond van artikel 5:8 Awb ook in het bestuursrecht dat indien twee of meer voorschriften overtreden zijn, voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een

---

<sup>74</sup> Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 61.

<sup>75</sup> Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 61.

<sup>76</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 33 964, nr. 32 en A.J. van Es en R.P.A. Kraaijeveld, 'De introductie van de omzetgerelateerde boete. Hoe nu verder?', *Tijdschrift voor Sanctierecht en onderneming* 2016-4, p. 137-146.

<sup>77</sup> Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 144.

<sup>78</sup> Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 137-146.

bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Ook in het bestuursrecht kan derhalve gecumuleerd worden.

In het geval een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, wordt relevant in welke boetecategorie de omschreven overtreding is gerangschikt. Een rangschikking die plaatsvindt naar de zwaarte van de overtreding. Er zijn drie categorieën en iedere categorie heeft zijn eigen basisbedrag, minimumbedrag (overigens steeds € 0,-) en maximumbedrag voor de mogelijk op te leggen bestuurlijke boete. Op dit moment wordt de volgende indeling gebruikt, zoals blijkt uit artikel 1:81, lid 2 Wft. Categorie 1 geldt voor de lichtere overtredingen en heeft een vast boetebedrag van € 10.000. De tweede categorie kent een basisbedrag van € 500.000 en een maximumboete van € 1 miljoen. Categorie 3, de categorie ernstige overtredingen, gaat uit van een basisbedrag van € 2,5 miljoen en een maximumboete van € 5 miljoen. Uit artikel 1:81, lid 3 Wft blijkt dat ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen het maximumbedrag voor categorie 2 verhoogd kan worden tot het basisbedrag van de derde categorie én het maximumbedrag voor categorie 3 verhoogd kan worden tot € 10 miljoen, € 15 miljoen of € 20 miljoen. Ingevolge artikel 1:81, lid 4 Wft kan het toepasselijke maximumbedrag verdubbeld worden in geval van recidive (uitgaande van een periode van vijf jaar).

In afwijking hiervan bedraagt de bestuurlijke boete voor een overtreding van een voorschrift vallend binnen de derde categorie ten hoogste 10% van de netto-omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking waarmee de bestuurlijke boete wordt opgelegd, indien dit meer is dan tweemaal het maximumbedrag dat van toepassing zou zijn op grond van artikel 1:81 Wft (zo blijkt uit artikel 1:82, lid 1 Wft). Uit artikel 1:82, lid 3 Wft blijkt dat indien de bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een onderneming die is opgenomen in een groep met een geconsolideerde jaarrekening, bij de berekening van de netto-omzet de totaalbedragen gehanteerd worden uit de geconsolideerde jaarrekening van de uiteindelijke moederonderneming.<sup>79</sup>

Eveneens in afwijking van artikel 1:81 Wft kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van ten hoogste driemaal het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen. Hoewel in het bestuursrecht geen mogelijkheid bestaat tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel – een mogelijkheid die in het strafrecht wel bestaat – heeft de wetgever hier dus wel iets op verzonnen. Met het behaalde voordeel kan derhalve alsnog rekening worden gehouden, ook al is het niet over de band van het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel. Nu de bestuurlijke boete dus kennelijk ook dient om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen, sluipt hier (ten minste enige vorm van) onzuiverheid in het systeem.

---

<sup>79</sup> Het verbaast ons overigens dat hiermee automatisch wordt aangesloten bij de geconsolideerde jaarrekening van de moederonderneming. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers het volgende: "*Voorts wordt in dat lid bepaald dat in geval van een dochteronderneming het omzetgerelateerde boetemaximum gebaseerd wordt op de omzet van de uiteindelijke moederonderneming.*" (Memorie van Toelichting – Wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter uitvoering van verordening (EU) nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257) (Wet uitvoering verordening centrale effectenbewaarinstellingen). Van Es en Kraaijeveld hebben op hun beurt ook wel gesuggereerd dat de toepassing van de omzetgerelateerde boete op grond van artikel 1:82, lid 3 Awb een verplichting is geworden en zien dit zelfs als een verbetering (Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 144). Daar denken wij anders over. Hoewel wij ons realiseren dat een moedermaatschappij in veel gevallen slechts eigenaar zal zijn van andere bedrijven, komt het zeker ook voor dat de moedermaatschappij een bedrijf is met een eigen onderneming en eigen inkomsten.

De Wft bepaalt derhalve de basisbedragen, de minimumbedragen en de maximumbedragen per categorie. Vervolgens is het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) van belang, de *"handleiding voor de boeteoplegging in de praktijk"*.<sup>80</sup> Dit besluit is van wezenlijk belang, nu sprake is van een flexibele boetesystematiek. Op deze basis heeft de toezichthouder een grotere discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen van de hoogte van de door hem op te leggen bestuurlijke boete. In dit besluit worden niet alleen de overtredingen uit de Wft opgenomen in categorieën, maar worden ook de factoren benoemd waar de toezichthouder acht op zal moeten slaan bij het opleggen van een bestuurlijke boete.

Voor de eerste boetecategorie geldt een vaste boete zonder verhogende of verlagende factoren om rekening mee te houden. Het gaat hierbij om relatief lichte – relatief vaak voorkomende – overtredingen, waarbij de pakkans vrij hoog is en het financiële voordeel voor de overtreder gering. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het niet-tijdig verstrekken van gegevens aan de toezichthouder.<sup>81</sup> Voor categorie 2 en 3 geldt een flexibele boetesystematiek.

De toezichthouder stelt een bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie vast op het basisbedrag, zo blijkt uit artikel 2, lid 1 Bbbfs. Vervolgens kan het basisbedrag op grond van respectievelijk artikel 2, lid 2 Bbbfs en artikel 2, lid 3 Bbbfs worden verlaagd of verhoogd met ten hoogste vijftig procent indien de ernst of duur van de overtreding dan wel de verwijtbaarheid een dergelijke verlaging of verhoging zouden rechtvaardigen. In dit kader verdient opmerking dat de AFM in juni 2017 door het College is verplicht haar boetetoemingsbeleid openbaar te maken, zodat meer inzicht werd verkregen in dit interne beleid.<sup>82</sup> Uit dit beleid blijkt dat de AFM een stappenplan bestaande uit zeven stappen hanteert om van het basisbedrag te komen tot het uiteindelijke boetebedrag.<sup>83</sup> De stappen 1 en 2 zien op de ernst en de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Daarbij wordt overigens expliciet opgemerkt dat bij het ontbreken van verwijtbaarheid geen boete wordt opgelegd. In het kader van deze stappen 1 en 2 kan het basisbedrag worden verlaagd of verhoogd met maximaal 50% in stappen van 25%, zo blijkt uit het boetetoemingsbeleid van de AFM.

Dit is overigens niet van toepassing bij oplegging van een omzetgerelateerde boete. Op grond van artikel 3a Bbbfs blijft artikel 2 Bbbfs namelijk buiten toepassing in het geval een omzetgerelateerde boete wordt opgelegd. Ten aanzien van de omzetgerelateerde boete dient aansluiting gezocht te worden bij de netto-omzet van de overtreder in het voorgaande boekjaar. Dit begrip is in de Wft dan wel het Bbbfs niet gedefinieerd. Uit de memorie van toelichting blijkt dat *"het begrip netto-omzet duidt op de opbrengsten uit leveringen van goederen en diensten uit het bedrijf van de onderneming die overtreder is. In elk geval vallen daaronder rente-opbrengsten ontvangen dividenden (tenzij sprake is van deelnemingen met invloed van betekenis) en royalties."*<sup>84</sup> Deze definitie zal zonder twijfel nog wel de nodige discussie opleveren, maar dat zullen we in het kader van dit preadvies buiten beschouwing laten. Uit het interne boetetoemingsbeleid van de AFM blijkt dat hier gebruik wordt gemaakt van drie stappen om de hoogte van de omzetgerelateerde boete vast te stellen. Het

---

<sup>80</sup> Staatsblad 2009/329, p. 25.

<sup>81</sup> Staatsblad 2009/329, p. 25.

<sup>82</sup> Dit deed het College in ECLI:NL:CBB:2017:309.

<sup>83</sup> Gelet op de inzichten die in dit boetetoemingsbeleid worden verschaft, zal in dit preadvies met name worden stilgestaan bij dit beleid van de AFM – waarbij opgemerkt kan worden dat DNB een gelijksoortig beleid hanteert.

<sup>84</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2015-16, 34455, nr. 3, p. 29.

basisbedrag daarbij is in principe 20% van het geldende maximum – aldus 2% van de netto-omzet – vermeerderd met het door de overtreding genoten voordeel. In het licht van stap 2 kan een verhoging van het basisbedrag plaatsvinden met steeds 1% van de netto-omzet op grond van de ernst en/of de duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid dan wel de mate van tekortschieten in compliance-gericht gedrag. De laatste stap is een algemene evenredigheidstoets, waarbij ook de draagkracht van de onderneming een rol kan spelen.

### 3.3.2. De draagkracht van de overtreder

In het kader van het financieel bestuursrecht is het evenredigheidsbeginsel opgenomen in artikel 5:46, tweede lid Awb. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat door de toezichthouder en de rechter zo nodig rekening gehouden behoort te worden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd bij de beoordeling van de evenredigheid van de op te leggen of opgelegde boete. Onder verwijzing naar artikel 24 Sr wordt daaraan toegevoegd dat in voorkomende gevallen in dat kader ook de draagkracht van de overtreder een rol kan spelen. Blijkens de wetsgeschiedenis dient daaraan de volgende invulling te worden gegeven: *"Dit betekent niet, dat het bestuursorgaan steeds een onderzoek naar deze draagkracht moet instellen. In de meeste gevallen zal het bestuursorgaan er van mogen uitgaan dat de draagkracht geen beletsel vormt voor het opleggen van een boete. Maar zeker bij hogere boeten zal het bestuursorgaan zich er van moeten vergewissen dat de boete, mede gelet op de draagkracht van de overtreder, geen onevenredige gevolgen heeft. Wat een hoge boete is, zal daarbij mede van de context afhangen."*<sup>85</sup> Hieruit blijkt in ieder geval expliciet dat het dient te gaan om de draagkracht van de overtreder; niet de draagkracht van de moeder- of zustervereniging van de overtreder.

Uit artikel 4, lid 1 Bbbfs volgt ook dat de toezichthouder bij het vaststellen van een bestuurlijke boete rekening houdt met de draagkracht van de overtreder. Dit blijkt ook uitdrukkelijk uit de nota van toelichting bij het Bbbfs: *"De toezichthouder dient bij het opleggen van een bestuurlijke boete – en ongeacht de toepasselijke boetecategorie – steeds rekening te houden met de (financiële) draagkracht van de overtreder."*<sup>86</sup>

Hieruit volgt eveneens expliciet dat het hierbij enkel en alleen gaat om de (financiële) draagkracht van de overtreder. Dit volgt overigens ook uit artikel 70 van de Capital Requirements Directive (CRD), aangezien daarin is opgenomen dat de toezichthouder bij het bepalen van het bedrag van de bestuurlijke boete alle relevante omstandigheden in aanmerking neemt, met inbegrip van onder andere *"de financiële draagkracht van de voor de inbreuk verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon, zoals deze bijvoorbeeld blijkt uit de totale omzet van de rechtspersoon of het jaarcome van de natuurlijke persoon"*. Het gaat immers om de draagkracht van de voor de inbreuk verantwoordelijke.

De nota van toelichting bij artikel 4 Bbbfs verduidelijkt welke gegevens relevant zijn voor de vaststelling van de draagkracht: *"Het eigen vermogen, het balanstotaal of de omzet kan in bepaalde gevallen een goede basis zijn voor de berekening van de draagkracht. In de gevallen dat de winst- en verliesrekening tot een meer geëigende draagkrachtvaststelling komt, kan de toezichthouder deze*

---

<sup>85</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 141.

<sup>86</sup> Staatsblad 2009/329, p. 26.

*weg bewandelen. Ook de soliditeit en liquiditeit van een instelling kunnen elementen zijn waarmee de draagkracht kan worden bepaald.*"<sup>87</sup>

Uit het boetetoemingsbeleid van de AFM blijkt dat onderscheid wordt gemaakt tussen de objectieve en subjectieve draagkracht van een onderneming.<sup>88</sup> Allereerst wordt de objectieve draagkracht van de overtreder vastgesteld aan de hand van de omvang van de overtreder overeenkomstig een Draagkrachttabel. De reden voor toepassing van deze Draagkrachttabel blijkt duidelijk uit het boetetoemingsbeleid zelf, namelijk *"om te bewerkstelligen dat een grotere onderneming voor eenzelfde soort overtreding een hogere boete opgelegd krijgt dan een kleinere onderneming"*.<sup>89</sup> Toepassing van de Draagkrachttabel leidt tot een basisbedrag voor de op te leggen boete die voor een grotere onderneming dus hoger zal zijn dan in geval van een kleinere onderneming – ondanks dat het dezelfde soort overtreding betreft. Op dit punt stellen wij reeds vast dat van enige prominente rol voor delictsevenredigheid geen sprake meer is. De (voorlopige) hoogte van de op te leggen boete is op deze wijze volledig (mede)afhankelijk van de omvang van de betrokken onderneming(en).

Met dit aldus berekende bedrag als vertrekpunt, wordt vervolgens de subjectieve draagkracht beoordeeld. Dat betekent dat gekeken wordt of er reden is voor (verdere) verlaging van het berekende bedrag op grond van de daadwerkelijke draagkracht van de overtreder. Doordat op grond van de objectieve draagkracht echter steeds een hoge boete (sterker nog: gelet op de huidige tendens een steeds hogere boete) als uitgangspunt zal worden genomen, is toepassing van de subjectieve draagkracht in de kern slechts een aanpassing in de marge. We zullen hier verderop in het preadvies nog nader op ingaan. Daarbij geldt overigens een ondergrens voor deze eventuele verlaging: *"De hoogte van de boete is in beginsel nooit lager dan het door de overtreding verkregen voordeel"*<sup>90</sup> en is in het boetetoemingsbeleid ook het volgende opgenomen: *"We houden altijd – conform wettelijke verplichting – rekening met de draagkracht van de overtreder, maar dat betekent niet dat de hoogte van de boete die draagkracht niet kan overstijgen"*.<sup>91</sup> In het licht van de constatering dat op deze basis überhaupt slechts sprake is van een marginale aanpassing in verlagende zin, is deze opmerking onzes inziens des te opmerkelijker, nu toch steeds sprake zal moeten zijn van een evenredige sanctie. Dit geldt te meer nu – zoals hierna nog zal blijken – bij de beoordeling van de subjectieve draagkracht verder gekeken wordt dan de financiële positie van enkel en alleen de aangesproken rechtspersoon. Door de AFM wordt wel altijd nog een laatste passendheidstoets gedaan, blijkens het boetetoemingsbeleid, maar deze stap blijkt eigenlijk slechts het karakter te hebben van een noodrem.

Vast staat in ieder geval dat door openbaarmaking van het interne beleid een beter inzicht wordt verkregen in de wijze waarop de hoogte van een bestuurlijke boete door de toezichthouder wordt

---

<sup>87</sup> Staatsblad 2009/329, p. 28.

<sup>88</sup> Op het moment dat de 'Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete' van DNB en het 'Boetetoemingsbeleid AFM' in juni 2017 openbaar werden, bleek dat beide toezichthouders het reeds door Van Es en Verrest beschreven onderscheid daadwerkelijk maken (A.J. Van Es en M.E.J. Verrest, 'Besluitvorming omtrent handhaving', in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 97-112).

<sup>89</sup> Boetetoemingsbeleid AFM, p. 4.

<sup>90</sup> Boetetoemingsbeleid AFM, p. 3.

<sup>91</sup> Boetetoemingsbeleid AFM, p. 7.



vastgesteld en meer in het bijzonder ook hoe de draagkracht van de overtreder daarin wordt betrokken. Op die basis kunnen wij echter niet anders dan concluderen dat op basis van de objectieve draagkracht een in de regel buitengewoon hoge boete als vertrekpunt wordt genomen, waarop de subjectieve draagkracht nog slechts van marginale invloed kan zijn.

De bovenstaande ontwikkelingen hebben geleid tot een discussie over de evenredigheid van bestuurlijke boetes.<sup>92</sup> Van een brede introductie van de omzetterelateerde boete zou immers een zeer sterk boete-opdrijvend effect uit kunnen gaan. Van Es en Kraaijeveld achten het goed denkbaar dat vanuit de politiek en/of de publieke opinie druk zal uitgaan om de nieuwe bevoegdheden ten volle te benutten en derhalve zeer hoge boetes op te leggen. Deze verwachting zou ook worden bevestigd door het verslag van de vaste commissie van Financiën van 20 mei 2016. De leden van de PvdA-fractie bleken het *"frustrerend te vinden om te moeten constateren dat bedrijven in Nederland soms wegwamen met een symbolische geldboete, terwijl in andere landen voor hetzelfde vergrijp miljardenboetes werden opgelegd (met verwijzing naar Kamerstukken II 2015/2016, 34 455, nr. 6, p. 5). Wijzelf kennen hier niet echt voorbeelden van, anders dan bij een enkele grensoverschrijdende casus, en ook meer in het algemeen is het niet zo dat de huidige boetesystematiek de afgelopen jaren door de toezichthouders als knellend is ervaren. Dit blijkt ook uit een recente evaluatie, die bij de minister van Financiën de indruk heeft gewekt dat het systeem zoals dat in 2009 is ingevoerd de toezichthouders beter in staat heeft gesteld om afschrikwekkende en proportionele boetes op te leggen. Hoe dan ook is het aan de toezichthouder om zich in iedere zaak te blijven richten op een passende boete, evenredig in de zin van de Awb, ook als dat in voorkomend geval slechts een fractie van het maximum mocht zijn."*<sup>93</sup>

Voorzichtigheid is en blijft dan ook geboden en de vraag is hoe de toezichthouders zullen waarborgen dat sprake blijft van de oplegging van bestuurlijke boetes waarbij het evenredigheidsbeginsel steeds in acht wordt genomen.

Dit geldt te meer nu gebruikmaking van het onderscheid tussen objectieve en subjectieve draagkracht het doet voorkomen alsof dit in het voordeel van de overtreder is. Een interessante observatie van Altena (en Kraaijeveld) in dit kader is dat de draagkracht van de overtreder in de loop van de jaren *"een evolutie heeft ondergaan van een boeteverhogende factor naar een boeteverlagende omstandigheid"*.<sup>94</sup> Naar onze mening ligt dit echter genuanceerder. We kunnen namelijk niet anders dan concluderen dat de wetgever de boetes telkens heeft verhoogd met als argument dat de opgelegde bestuurlijke boetes onvoldoende "pijn" deden. Nu sprake is van een exponentiële verhoging van de basisbedragen en de maximumbedragen van bestuurlijke boetes is het in onze optiek niet meer dan logisch verklaarbaar dat de toezichthouder en de rechter in navolging van de toezichthouder<sup>95</sup> tot matiging over moeten gaan. Anders zou de boete immers niet meer in verhouding staan tot de ernst van de overtreding.

### 3.4. Tussenconclusie

---

<sup>92</sup> M. Altena en R.P.A. Kraaijeveld, 'Over boetes en het (on)vermogen om die te dragen. Een beschouwing over draagkracht.', *Jaarboek Compliance 2018*, p. 135.

<sup>93</sup> Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 144-145.

<sup>94</sup> Altena en Kraaijeveld 2018, p. 136 en Staatsblad 2009/329, p. 26.

<sup>95</sup> Het bestuursorgaan legt de boete op aan de overtreder. Indien tegen dit boetebesluit (na de bezwaarfase) beroep wordt ingesteld, toetst de bestuursrechter dit besluit op rechtmatigheid en de boete op evenredigheid. De bestuursrechter legt dus niet zelfstandig de sanctie op maar toetst deze.

In het strafrecht geldt als primair uitgangspunt dat de geldboete in een redelijke verhouding moet staan tot het delict en de omstandigheden waaronder dit is begaan. De draagkracht van de rechtspersoon behoort vervolgens te worden beoordeeld binnen de marges van de zojuist bedoelde delictsevenredigheid. Het zogenoemde draagkrachtbeginsel is daarbij van secundaire betekenis.<sup>96</sup> Gelet op het systeem van de wet (met gefixeerde boetemaxima per categorie) is de invoering van de omzettegerelateerde boete een bijzondere ontwikkeling die – overigens niet door de minsten – als symboolwetgeving is geduid.

In het bestuursrecht is een dergelijke systeemafhankelijkheid minder. Er is geen algemeen kader met boetecategorieën, waardoor de wetgever meer vrijheid heeft.<sup>97</sup> De wetgever heeft deze vrijheid op het gebied van het financieel bestuursrecht ook genomen. Daarbij is evident dat aan delictsevenredigheid in het financieel bestuursrecht een beduidend minder prominente rol is toebedeeld dan aan de factor draagkracht. Die laatste factor heeft naar onze mening overigens met name een boeteverhogende werking.

#### **4. DE ROL VAN DRAAGKRACHT EN DELICTSEVENREDIGHEID BIJ HET SANCTIONEREN VAN CONCERNS IN DE RECHTSPRAKTIJK**

##### **4.1. In het strafrecht**

###### **4.1.1. Vooraf**

Er is in het strafrecht weinig jurisprudentie over (de evenredigheid van) straffen in concernverband. Het is daarom niet mogelijk om op basis van de jurisprudentie die wel voorhanden is stellige conclusies te trekken. De strafrechtspraktijk bestaat echter niet alleen uit rechterlijke uitspraken. Bij een beschouwing over de evenredigheid van sancties in concernverband betrekken wij daarom de transactiepraktijk van het openbaar ministerie. Ook hierbij geldt dat voorzichtigheid geboden is. Hoewel persberichten over transacties steeds uitgebreider zijn geworden, geldt dat de wijze waarop de hoogte van de transactie tot stand is gekomen nooit geheel inzichtelijk is voor de buitenstaander.

###### **4.1.2. Jurisprudentie**

Eerder kwam aan bod dat een concern *an sich* niet strafrechtelijk vervolgd kan worden omdat een concern geen rechtspersoonlijkheid bezit. Alleen rechtspersonen kunnen worden vervolgd en bestraft. Het openbaar ministerie kan ervoor kiezen om meerdere vennootschappen uit één concern te vervolgen wegens hetzelfde feitencomplex. Recent was dit aan de orde bij de vervolging van het Seatrade-concern naar aanleiding van het recyclen van schepen in India, Bangladesh en Turkije. Het openbaar ministerie vervolgde zes vennootschappen van het Seatrade-concern wegens het in strijd met de EVOA overbrengen van deze schepen. De Rechtbank Rotterdam veroordeelde de zes vennootschappen conform de eis van het openbaar ministerie. Volgens het vonnis is bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening gehouden met het feit dat de vennootschappen deel uitmaken van hetzelfde concern en de verschillende op te leggen boetes in zekere zin cumulatief zijn. Op het moment van schrijven is nog niet bekend of deze zaken onherroepelijk zijn.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Doorenbos 2014, p. 99.

<sup>97</sup> Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 6.

<sup>98</sup> Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2390; Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2216; Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2217; Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2218; Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2364 en Rechtbank Rotterdam 15

Ook in een zaak bij het Gerechtshof Amsterdam, waar sprake was van een vervolging van een rechtspersoon en haar zusteronderneming, werd – in dit geval bij het bepalen van de eis – rekening gehouden met het feit dat de vennootschappen deel uitmaakten van één concern. De advocaat-generaal vorderde dat de verdachte rechtspersoon zou worden veroordeeld tot een geldboete van € 60.000, waarvan € 25.000 voorwaardelijk. Tegen de medeverdachte zustervennootschap werd een geldboete van € 40.000, waarvan € 25.000 voorwaardelijk geëist. Tijdens de zitting heeft de advocaat-generaal het hof verzocht om – indien het hof de medeverdachte zou vrijspreken – de jegens haar gevorderde straf op te tellen bij de straf van verdachte "*nu beide B.V.'s immers tot één concern behoren en de advocaat-generaal daar in haar vordering rekening mee heeft gehouden.*" Het hof, dat hier in zijn arrest niet op ingaat, veroordeelde de rechtspersoon tot een onvoorwaardelijke geldboete van € 35.000.<sup>99</sup>

In een vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant van 22 december 2017 (over het niet-tijdig melden van een ongewoon voorval) werd overwogen dat de verdachte onderdeel uitmaakt van een internationaal concern en dat "*de hoogte van een op te leggen boete (...) daaraan [dient] te worden gerelateerd.*" De rechtbank voegt daaraan toe dat daarmee zowel naar deze onderneming als naar soortgelijke ondernemingen een signaal wordt afgegeven om niet-tijdig melden in de toekomst te voorkomen. De verdachte voerde in deze zaak geen verweren, ook geen strafmaatverweer. De rechtbank veroordeelde het bedrijf conform de eis tot een boete van € 25.000,-.<sup>100</sup>

Ook in de bekende uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 21 maart 2014 inzake Dow Benelux werd bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening gehouden met het gegeven dat Dow Benelux B.V. onderdeel is van een goedlopend concern.<sup>101</sup>

In een andere milieustrafzaak voerde de verdediging als strafmaatverweer dat voor de hoogte van de boete niet de draagkracht van het Gulf-concern waarvan de rechtspersoon kennelijk onderdeel was, in aanmerking genomen zou mogen worden. De verdediging betoogde dat in dat geval derden de gevolgen van het handelen van deze rechtspersoon zouden dragen. De economische kamer van de Rechtbank Amsterdam deed dit wel, omdat "*uit de uittreksels uit het Handelsregister kan worden afgeleid dat verdachte deel uitmaakt van een concernstructuur die Gulf Nederland B.V. omvat.*" De rechtbank merkte Gulf Nederland B.V. aan als een "*kapitaalkrachtig bedrijf dat de omvang van de op te leggen boete kan dragen*" en veroordeelde de aan Gulf verwante rechtspersoon tot een geldboete van € 450.000,-.<sup>102</sup> In hoger beroep voerde de verdediging haar verweer opnieuw. Hoewel het Hof niet expliciet inging op dit verweer, vermeldt het arrest wel dat het hof rekening heeft gehouden met de "*draagkracht van de verdachte.*" Die opmerking lijkt te suggereren dat het hof uitsluitend rekening heeft gehouden met de draagkracht van de verdachte rechtspersoon. Op (de draagkracht van) het Gulf-concern wordt verder niet ingegaan. Het hof veroordeelde de verdachte tot een aanzienlijk lagere geldboete van € 100.000,- (vermoedelijk overigens mede omdat het hof de feiten als minder ernstig beschouwde dan de rechtbank).<sup>103</sup>

---

maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2345.

<sup>99</sup> Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2230

<sup>100</sup> Rechtbank Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6680.

<sup>101</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911

<sup>102</sup> Rechtbank Amsterdam 5 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH3561.

<sup>103</sup> Gerechtshof Amsterdam 10 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9652.

Relevant zijn ten slotte de strafmaatoverwegingen in het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 23 december 2011 in de strafzaak tegen Trafigura. In eerste aanleg wijdde de rechtbank bij de strafmaatoverwegingen expliciet opmerkingen aan de bruto en netto winst van de Trafigura-groep over het jaar 2008 en 2009. De rechtbank concludeerde dat de op te leggen boete "*voor een bedrijf als Trafigura*" van zeer ondergeschikte betekenis is, gelet op haar draagkracht. Trafigura Beheer B.V. werd veroordeeld tot een geldboete ter hoogte van € 1.000.000.<sup>104</sup> In hoger beroep voerde de verdediging aan dat het niet juist was om draagkracht als uitgangspunt te nemen bij het bepalen van de hoogte van de boete. De bovengrens van de bestraffing zou bepaald moeten worden door de ernst van het feit. Draagkracht kan alleen binnen dat kader een strafverminderende werking hebben, aldus de verdediging. Het hof overweegt in reactie hierop dat voor de hoogte van de geldboete "*uiteraard*" de ernst van de feiten bepalend is. Het hof stelt dat een geldboete van minder dan de zesde categorie aan de ernst van de feiten onvoldoende recht doet en oordeelt dat geen aanleiding bestaat voor matiging vanwege draagkracht. Opvallend is nog dat in strafverhogende zin acht wordt geslagen op een zogenaamde 'plea agreement' uit 2006 van een zustersvennootschap van Trafigura Beheer B.V. in de Verenigde Staten: Trafigura AG. Het hof haalt in dit verband een oordeel van de rechtbank in een bezwaarschriftprocedure aan waarin de rechtbank kennelijk had geoordeeld dat Trafigura B.V. is "*te vereenzelvigen met Trafigura AG*" en concludeert dat de plea agreement meegewogen kan worden in de strafmaat.<sup>105</sup> Het hof legt evenals de rechtbank een geldboete van € 1.000.000 op.<sup>106</sup>

#### 4.1.3. Transactiepraktijk van het openbaar ministerie

De afgelopen jaren is een aantal grote transacties gesloten waarbij door het openbaar ministerie een persbericht (al dan niet met feitenrelaas) naar buiten is gebracht. Uit deze persberichten kan (voorzichtig) worden afgeleid hoe het openbaar ministerie aankijkt tegen toerekening van gedragingen en de evenredigheid van sancties in concernverband. We bespreken de transacties met ING Bank N.V., Telia Company AB en Vimpelcom.

Het wettelijk kader voor de hoogte van transacties is relatief eenvoudig: transacties worden gebaseerd op artikel 74 Sr. Artikel 74, tweede lid Sr bepaalt dat het openbaar ministerie als voorwaarde aan een transactie kan stellen de betaling van een geldsom ter hoogte van het maximum van de geldboete die voor het feit kan worden opgelegd. Het openbaar ministerie kan volgens dit artikel dus geen hoger bedrag overeenkomen dan het wettelijk maximum dat op de betreffende (vermeende) strafbare feiten gesteld is. Daarnaast kan de transactie afspraken bevatten over afstand of vergoeding in verband met verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer en over het voldoen van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Meest recent is de transactie die het openbaar ministerie in september 2018 met ING Bank N.V. sloot wegens overtredingen van de Wwft en schuldwitwassen. ING Bank N.V. transigeerde voor een recordbedrag van € 775 miljoen, waarvan een deel ontneming (€ 100 miljoen) en een deel betaling van een geldsom (€ 675 miljoen). Dat bedrag wordt door het openbaar ministerie overigens meermalen aangeduid als een "boete", hetgeen juridisch gezien uiteraard niet klopt.<sup>107</sup> Naast het

---

<sup>104</sup> Rechtbank Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2149.

<sup>105</sup> Zie hierover nader: R. de Rijck, 'Trafigura en concernrecidive', *Nederlands Juristenblad* 2010, 1399. Anders: Doorenbos 2014, p. 104.

<sup>106</sup> Gerechtshof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.

<sup>107</sup> Rechtbank Amsterdam 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8844.

persbericht en het feitenrelaas publiceerde het openbaar ministerie ook de transactieovereenkomst met ING Bank N.V op zijn website.

Uit voornoemde publicaties komt geen helder beeld naar voren over de toerekening van de gedragingen aan de rechtspersoon ING Bank N.V. Er wordt in het feitenrelaas een duidelijk onderscheid gemaakt tussen ING Bank N.V. en de "*business unit*" ING Bank Nederland (aangeduid als: ING NL). ING NL is voor zover wij hebben kunnen nagaan een bedrijfsonderdeel van ING Bank N.V. en geen afzonderlijke rechtspersoon. In het feitenrelaas valt op dat er (nagenoeg) uitsluitend verwijten aan het adres van bedrijfsonderdeel ING NL worden maakt. Het openbaar ministerie vermeldt expliciet in het feitenrelaas van oordeel te zijn dat ING NL zich schuldig heeft gemaakt aan overtredingen van de Wwft en (gewoonte)schuldwitwassen. Dit wordt niet gesteld over ING Bank N.V. en ten aanzien van deze rechtspersoon wordt ook niet geconcretiseerd waarom de gedragingen aan haar toegerekend zouden kunnen worden. Uit het feitenrelaas blijkt voorts niet of en in hoeverre het openbaar ministerie de Drijfmet-criteria heeft toegepast. Enigszins cryptisch is in de paragraaf "*toerekening van strafbare feiten aan de rechtspersoon/organisatie*" vervat dat het openbaar ministerie de geconstateerde gedragingen kwalificeert als "*illegale handelingen uitgevoerd door een legale onderneming binnen haar normale bedrijfsvoering.*" Dit zou bekend zijn onder de noemer "*organisatiecriminaliteit*". Of hiermee wordt bedoeld op één van de Drijfmet-aanwijzingen voor redelijke toerekening blijft (voor ons) evenwel gissen.<sup>108</sup> Bedrijfsonderdelen zonder rechtspersoonlijkheid kunnen niet strafrechtelijk aansprakelijk gehouden worden. Het verbaast dan ook niet dat het openbaar ministerie de transactieovereenkomst is aangegaan met ING Bank N.V. Opvallend is dan wel dat er geen expliciete redenering ten grondslag wordt gelegd aan de aansprakelijkheid van deze vennootschap.

De transactie met ING Bank N.V. is daarnaast interessant vanwege de hoogte van het bedrag. Voor het eerst is een transactie zo expliciet gebaseerd op de omzetgerelateerde geldboete. Op dit aspect is door het openbaar ministerie in de dagen na bekendmaking van de transactie actief de aandacht gevestigd in diverse media. Uit het feitenrelaas blijkt dat het openbaar ministerie vond "*dat enkel een significante boete*" recht zou doen aan de ernst van de feiten. Daarbij heeft het openbaar ministerie rekening gehouden met de draagkracht van de verdachte "*zoals ook door de wetgever is beoogd*". Daarbij citeert het openbaar ministerie een passage uit de memorie van toelichting bij de introductie van de omzetgerelateerde boete. Geconcludeerd wordt dat een boete "*afschrikwekkend*" moet zijn en "*impact*" moet hebben. Dat betekent volgens het openbaar ministerie dat "*een hogere boete passend is in het geval een rechtspersoon een grotere draagkracht heeft.*" In een interview met het NRC Handelsblad heeft de hoofdofficier van het Functioneel Parket bevestigd dat het openbaar ministerie vond dat een omzetgerelateerde boete op zijn plaats was. Ze geeft aan dat de maximumboete in dit geval € 1,7 miljard zou zijn geweest: tien procent van "*de ING-omzet*". Hierbij tekent ze aan dat dit de maximumsanctie zou zijn waarbij ze opmerkt dat die "*in de zittingszaal ook bijna niet [wordt] opgelegd.*" Dat gebeurt immers "*alleen als het niet erger kan*".<sup>109</sup> We kunnen vaststellen dat ING, los van de voordeelsontneming, een bedrag van bijna 4% van de jaaromzet heeft betaald ter voorkoming van strafvervolging. Uit openbare stukken kan niet worden afgeleid of dit berekend is aan de hand van de jaaromzet van ING Groep N.V. of (haar 100% dochteronderneming) ING Bank N.V. Die omzetten zijn over 2017 overigens gelijk, zo blijkt uit openbare gegevens van de Kamer van Koophandel. Over de evenredigheid van dit (record)

---

<sup>108</sup> Zie: Openbaar Ministerie, 'ING betaalt 775 miljoen vanwege ernstige nalatigheden bij voorkomen witwassen' en 'Onderzoek Houston. Het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V. Feitenrelaas en Beoordeling Openbaar Ministerie', via [www.om.nl](http://www.om.nl).

<sup>109</sup> NRC Handelsblad 4 september 2018, 'Schikking ING is beter dan proces', Interview met Margreet Fröberg, hoofdofficier van justitie.

transactiebedrag zijn de laatste woorden vermoedelijk nog niet gezegd. Het zal de lezer waarschijnlijk niet verbazen dat wij het minst genomen weinig consequent vinden dat het openbaar ministerie zijn verwijten in het feitenrelaas expliciet aan bedrijfsonderdeel ING NL maakt, maar bij het bepalen van het transactiebedrag de omzet van ING Bank N.V. in aanmerking neemt.

Een tweede transactie waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband aan de orde was, is de transactie met Telia Company AB (voorheen TeliaSonera) van september 2017. Deze transactie had betrekking op (vermeende) omkoping door dochtervennootschappen van (de voorganger van) Telia Company AB op de telecommarkt in Oezbekistan in de periode 2007 – 2010. Op de website van het openbaar ministerie zijn een persbericht en een feitenrelaas gepubliceerd. Het persbericht leert dat "*Nederland tot een bestraffing [is] gekomen van de drie Rotterdamse dochterbedrijven van de internationale telecomprovider Telia Company AB*" en dat het openbaar ministerie deze dochtervennootschappen ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift verwijt. Het gaat om drie holdingvennootschappen: Sonera Holding B.V., TeliaSonera UTA Holding B.V. en Telia Sonera Uzbek Telecom Holding B.V. Vervolgens vermeldt het persbericht dat TeliaSonera "*via deze holdingmaatschappijen*" steekpenningen heeft betaald om actief te kunnen zijn op de Oezbeekse telecommarkt. In het feitenrelaas staat min of meer hetzelfde: TeliaSonera zou "*middels*" de drie dochtervennootschappen steekpenningen hebben betaald. In het persbericht en het feitenrelaas wordt niet uitgelegd aan welke rechtsperso(o)n(en) de gedragingen worden toegerekend. De opmerking over de "*bestrafing*" van drie Rotterdamse dochterbedrijven lijkt te impliceren dat het gaat om toerekening aan de drie holdingvennootschappen. Uit andere passages in het persbericht zou echter weer afgeleid kunnen worden dat het verwijt (met name) aan het moederbedrijf wordt gemaakt. Mogelijk kwalificeren deze vier vennootschappen allemaal als dader in de optiek van het openbaar ministerie. Op welke grondslag dat dan zo zou zijn, blijkt echter niet uit de publicaties. Noch het persbericht, noch het feitenrelaas bevat een uitleg over de wijze van toerekening aan de betrokken rechtspersonen en het moederbedrijf. Uit de bewoordingen "*middels*" en "*via*" zou (zij het voorzichtig) afgeleid kunnen worden dat het openbaar ministerie voor wat betreft de ambtelijke omkoping buiten de dochterondernemingen om is gegaan. De valsheid in geschrift beschuldiging heeft volgens het feitenrelaas (uitsluitend) betrekking op de administratie van TeliaSonera Uzbek Telecom Holding B.V. en is daarom wellicht via indirecte toerekening aan de moedervennootschap toegerekend. Voor de buitenstaander blijft dit echter speculeren.

Telia Company AB betaalde een bedrag van 965 miljoen US dollar aan het Nederlands openbaar ministerie en de Amerikaanse autoriteiten, waarvan 457 miljoen US dollar aan wederrechtelijk verkregen voordeel. De "*straf*" van het Nederlands openbaar ministerie bedroeg 274 miljoen US dollar. Dat het openbaar ministerie kennelijk een bedrag in dollars heeft ontvangen, illustreert reeds de Amerikanisering van het optreden van het openbaar ministerie in omkopingszaken.<sup>110</sup> Het persbericht is vrij summier over de totstandkoming van de hoogte van dit bedrag: het is volgens het openbaar ministerie een "*passende afdoening*" die "*pijn doet, recht doet aan de ernst van de feiten en de geschokte rechtsorde.*" Er is enerzijds rekening gehouden met de "*lange periode*" waarin de feiten gepleegd zouden zijn en de "*hoge omkopingsbedragen*", maar anderzijds ook met de houding van het bedrijf, dat heeft meegewerkt aan het onderzoek. Verder lijkt te worden gehint op een omzetgerelateerde geldboete. Het persbericht vermeldt immers onder de kop "*Passende afdoening*": "*In 2016 bedroeg de omzet van TeliaSonera rond de 11.400.000.000 US dollar. Nederland ziet de betaling van in totaal 965.000.000 US Dollar als een passende afdoening.*" Deze suggestie is merkwaardig omdat de omzetgerelateerde geldboete pas op 1 januari 2015 in werking is getreden. Artikel 1, tweede lid Sr bepaalt dat bij een verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het

---

<sup>110</sup> Zie hierover F. Haijer en E. Sikkema, 'Amerikanisering van corruptiebestrijding. Buitengerechtelijke afdoening en andere tendensen in de handhaving van anticorruptiewetgeving', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018-2, p. 68-77.

feit is begaan, de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast.<sup>111</sup> De omzetgerelateerde boete kan daarom uitsluitend toegepast worden op strafbare feiten die *na* 1 januari 2015 gepleegd zijn. In deze zaak had de omzetgerelateerde geldboete dus nooit toegepast mogen worden. Omdat er wordt gerefereerd aan de omzet van "TeliaSonera" en met "TeliaSonera" volgens het persbericht de drie voornoemde Nederlandse dochtervennootschappen worden bedoeld, lijkt het erop dat de (gezamenlijke) omzet van deze drie vennootschappen in aanmerking zijn genomen voor de hoogte van het transactiebedrag.<sup>112</sup> Openbare bronnen geven hier geen uitsluitsel over.

Een derde relevante transactie is de transactie tussen het openbaar ministerie en Vimpelcom Ltd van februari 2016. Ook deze transactie had betrekking op ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift in verband met vermeende corruptie op de Oezbeekse telecommarkt. In dit geval ging het om de periode 2006 – 2012. Ook deze transactie werd bekendgemaakt met een persbericht en feitenrelaas op de website van het openbaar ministerie.<sup>113</sup> Wederom is uit deze publicaties niet eenvoudig te ontwaren welke rechtsperso(o)n(en) waarom strafrechtelijk aansprakelijk wordt / worden geacht. Het openbaar ministerie merkt in het persbericht op dat het Vimpelcom Ltd en dochtervennootschap Silkway Holding B.V. ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift "*verwijt*". Meer concreet zou uit het strafrechtelijk onderzoek naar voren zijn gekomen "*dat Vimpelcom steekpenningen aan Oezbeekse overheidsfunctionarissen heeft betaald.*" In het feitenrelaas wordt niet uitgelegd waarom en op welke grond de ambtelijke omkoping aan Vimpelcom Ltd wordt toegerekend. Dat is met name opvallend waar het gaat om de passage over sponsorgelden en liefdadigheid. Het openbaar ministerie stelt in het persbericht dat "*Vimpelcom nog eens 30.000.000 US dollar [betaalde] aan liefdadigheidsdoelen waarvan een aantal gelieerd was aan Oezbeekse overheidsfunctionarissen.*" In het feitenrelaas staat juist expliciet dat Unitel, een kleindochtervennootschap van Vimpelcom Ltd deze betalingen verricht zou hebben en dat hierover gesproken is binnen het bestuur van Unitel. Ten aanzien van de toerekening van valsheid in geschrift aan Vimpelcom Ltd bevat het persbericht iets meer toelichting. Het openbaar ministerie zet uiteen dat de steekpenningen ten onrechte als regelmatige betalingen zijn geboekt in de administratie van Unitel. De jaarrekeningen van Unitel over de jaren 2007 – 2012 zijn hierdoor ook vals, aldus het openbaar ministerie. Vervolgens wordt in het feitenrelaas de link naar VimpelCom gemaakt: "*VimpelCom is aansprakelijk voor de handelingen van haar dochter Unitel, waaronder de handelingen met betrekking tot de administratieve boekingen. VimpelCom is naar de mening van het OM aansprakelijk voor de valsheden in Unitels administratie, aangezien VimpelCom de onjuiste administratie van Unitel in haar eigen financiële stukken heeft verwerkt.*" In de literatuur is over deze redenering waarmee VimpelCom aansprakelijk wordt gehouden onder meer opgemerkt dat deze niets inhoudt over (de vereiste) wetenschap van de valsheid aan de kant van de moedervernootschap.<sup>114</sup> Wetenschap van de valsheid is geen onbelangrijk detail bij een verwijt van valsheid in geschrift in de zin van artikel 225 Sr.

Over de hoogte van het transactiebedrag is het openbaar ministerie relatief kort. VimpelCom betaalt in totaal een bedrag van 795 miljoen US dollar waarvan de Verenigde Staten en Nederland ieder de helft ontvangen. In Nederland bestaat het bedrag van 397,5 miljoen US dollar uit een deel "*straf*"

---

<sup>111</sup> Zie ook EHRM 17 september 2009 (Scoppola tegen Italië), AB 2010/102.

<sup>112</sup> Zie Openbaar Ministerie, 'Internationale strijd tegen corruptie: Telia Company betaalt Nederland 274.000.000 US Dollar' met link naar 'Feitenrelaas', 21 september 2017, via [www.om.nl](http://www.om.nl).

<sup>113</sup> Zie Openbaar Ministerie, 'Vimpelcom betaalt bijna 400 miljoen dollar aan Nederland voor omkoping in Oezbekistan' met link naar 'Feitenrelaas', 18 februari 2016.

<sup>114</sup> Zie hierover nader: T. Walter, 'Grensoverschrijdende fraudebestrijding', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018-3, p. 122-134.

van 230 miljoen US dollar en betreft de rest ontneming. In het persbericht wordt vermeld dat de transactie met bestraffing en ontneming door het openbaar ministerie als een "*passende afdoening*" gezien wordt, die "*pijn doet, recht doet aan de ernst van de feiten en de geschokte rechtsorde.*" In verlagende zin zou rekening zijn gehouden met de omstandigheid dat er ook schikkingen met de Amerikaanse autoriteiten zijn getroffen, dat VimpelCom aan het onderzoek heeft meegewerkt en dat de betrokken directieleden de onderneming hebben verlaten. In verhogend opzicht is volgens het persbericht meegewogen dat het om hoge omkopingsbedragen en een lange periode zou gaan.

## 4.2. In het financieel bestuursrecht

### 4.2.1. Vooraf

In hoofdstuk 3.3 is reeds stilgestaan bij het interne boetetoemingsbeleid van de AFM dat de AFM op verzoek van het College openbaar heeft gemaakt. Het College overweegt dat dit (interne) boetebeleid van de AFM geen beleidsregel is als bedoeld in artikel 1:3, lid 4 Awb, maar dat dit niet wegneemt dat het College dit beleid wel bij de beoordeling van voorliggende zaken betreft. Het boetebeleid bevat immers criteria en uitgangspunten die de AFM in haar beschikkingspraktijk als vaste gedragslijn toepast ter bepaling van de hoogte van op te leggen boetes en de wijze waarop daarbij rekening wordt gehouden met de financiële positie van de overtreder.<sup>115</sup> De AFM zal in beginsel dus wel degelijk conform haar beleid moeten handelen.

Ook in de rechtspraak is al in een relatief vroeg stadium bevestigd dat de financiële toezichthouders rekening moeten houden met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en overige omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Daarbij is er niet langer ruimte voor terughoudende toepassing van de matigingsbevoegdheid door toezichthouders. Zodra sprake is van onevenredigheid, dient gebruik gemaakt te worden van de matigingsbevoegdheid.<sup>116</sup> Dat is een belangrijk uitgangspunt.

Wij zullen in hetgeen hierna volgt, verder stilstaan bij de relevante jurisprudentie in het financieel bestuursrecht, waarbij wij ons zullen concentreren op de rol van draagkracht bij het sanctioneren van concerns. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen, wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen objectieve en subjectieve draagkracht. De objectieve draagkracht bepaalt (mede) het uitgangspunt voor de boeteoplegging, waar de subjectieve draagkracht tot een verlaging van dit vastgestelde bedrag kan leiden. Ten aanzien van de bepaling van deze subjectieve draagkracht kan vooropgesteld worden dat duidelijk is dat de overtreder volledige, controleerbare en actuele informatie zal moeten aanleveren ten aanzien van haar draagkracht om een eventuele (verdere) matiging te kunnen realiseren.<sup>117</sup>

### 4.2.2. Beboeting van de rechtspersoon in context

Ter achtergrond zal kort worden stilgestaan bij een interessante categorie uitspraken waarbij niet alleen de onderneming, maar ook de feitelijk leidinggevende bestuurlijk werd beboet.

---

<sup>115</sup> Cbb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309.

<sup>116</sup> Zie hiertoe o.a. Cbb 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO9910, *JOR* 2004/173 met noot Grundmann-van de Krol en Cbb 7 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443, *JOR* 2007/185 met noot Peters.

<sup>117</sup> Dit blijkt onder andere uit Cbb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309 (zie r.o. 4.6) en Cbb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91, (zie r.o. 12.2).



Een besprekenswaardige uitspraak is van het College van 3 mei 2016.<sup>118</sup> Dit betreft een vermeende overtreding door een dochteronderneming binnen een holding met betrekking tot het aanbieden van krediet zonder vergunning. De AFM heeft niet alleen een bestuurlijke boete opgelegd aan deze dochteronderneming als overtreder, maar ook – over de band van het feitelijk leidinggeven – aan de twee bestuurders van de holding waarvan de betreffende dochteronderneming een 100% dochter was. Tegen deze bestuurlijke boetes zijn de betrokkenen in beroep gegaan.

De rechtbank<sup>119</sup> liet de door de AFM aan de betrokken dochteronderneming opgelegde boete van € 100.000 in stand. De bestuurlijke boetes die de AFM had opgelegd aan de twee feitelijk leidinggevendenden werden door de rechtbank gematigd tot € 50.000 en € 25.000. Daarbij is niet alleen gekeken naar de individuele draagkracht van de feitelijk leidinggevendenden, maar ook naar de hoogte van de boete die reeds aan de betrokken onderneming was opgelegd. De betrokkenen zijn het ook met deze uitspraak niet eens en hebben hoger beroep ingesteld. Een van de beboete feitelijk leidinggevendenden vond de boete in ieder geval niet proportioneel.

In dat kader stelt het College allereerst vast dat de betreffende feitelijk leidinggevende geen nieuwe financiële gegevens heeft overgelegd en op basis van de reeds beschikbare gegevens is het College – in navolging van de rechtbank – van oordeel dat de betreffende feitelijk leidinggevende een boete van € 50.000 zou moeten kunnen dragen. Voorts is door de feitelijk leidinggevendenden aangevoerd dat zij nu feitelijk twee keer beboet worden voor hetzelfde feit, aangezien aan hen ook in privé een boete is opgelegd, naast de reeds opgelegde bestuurlijke boete aan de onderneming. Het College gaat daar echter niet in mee. Het College acht het voldoende dat bij de beoordeling van de evenredigheid van de boetes voor de feitelijk leidinggevendenden rekening is gehouden met de eveneens aan de onderneming opgelegde boete en dat dat (mede) heeft geleid tot een matiging van de aan de feitelijk leidinggevendenden opgelegde boetes. Het hoger beroep is dan ook ongegrond.

Bestuurlijke beboeting van feitelijk leidinggevendenden van een rechtspersoon staat beboeting van deze zelfde rechtspersoon dus niet in de weg. Bij het opleggen van de boetes zal deze omstandigheid echter wel in aanmerking genomen dienen te worden.<sup>120</sup>

Overigens kan ook een vennootschapsrechtelijke splitsing bestuurlijke beboeting niet in de weg staan. Zo blijkt uit de volgende casus<sup>121</sup> met betrekking tot marktmanipulatie en het niet-tijdig publiceren van koersgevoelige informatie in het kader van de overname van ABN Amro in 2007. Fortis S.A./N.V. (gevestigd in België) en Fortis N.V. (gevestigd in Nederland) vormden daarbij tezamen één van de betrokken partijen en zijn beiden door de AFM bestuurlijk beboet. Vanwege de vennootschapsrechtelijke splitsing in twee rechtspersonen hebben zowel de AFM, als de rechtbank een halvering van de boetes voor elke rechtspersoon passend en evenredig geacht. Fortis was van mening dat de opgelegde boetes onevenredig hoog waren, maar het College volgt dat betoog niet. Het College is van oordeel dat een totaalbedrag van € 576.000 evenredig is, nu het om ernstige

---

<sup>118</sup> Cbb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104.

<sup>119</sup> Rechtbank Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298.

<sup>120</sup> Zo wordt tevens bevestigd in o.a. Cbb 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284; Cbb 15 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 en Cbb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413.

<sup>121</sup> Rechtbank Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3832.

overtredingen gaat. Daarbij zijn door appellante geen argumenten, feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan een verdere matiging gerechtvaardigd zou zijn.<sup>122</sup>

#### 4.2.3. Verder kijken mag bij de bepaling van de financiële draagkracht

Uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 augustus 2017<sup>123</sup> volgt dat de rechtbank van oordeel is dat bij de vaststelling van de draagkracht niet alleen moet worden gekeken naar de omzet behaald met de activiteiten binnen welk kader de overtredingen hebben plaatsgevonden, in dit geval in het kader van betaaldiensten. Ook overige gegevens over de financiële positie worden relevant geacht voor de vraag of een boete wel evenredig is en of al dan niet tot matiging moet worden overgegaan. Anders zou dit volgens de rechtbank "*onder omstandigheden ernstig afbreuk kunnen doen aan het punitieve karakter van de boete*".<sup>124</sup>

Een volgende casus betrof overtreding van het verbod om zonder vergunning te bemiddelen, waarbij het College in hoger beroep geen aanleiding heeft gezien tot verdere matiging over te gaan. De actuele gegevens die ter zitting nog naar voren zijn gebracht, kunnen een verdere matiging niet rechtvaardigen, al is het al omdat daarmee geen inzicht is gegeven in de financiële positie van de Holding en [B] in privé, waarmee appellante financieel verweven is. Zonder dat inzicht is een gefundeerd oordeel over de draagkracht van appellante naar het oordeel van het College niet mogelijk.<sup>125</sup> Gegeven de financiële verwevenheid kijkt het College kennelijk dus wel degelijk verder dan de draagkracht van enkel en alleen de overtreder.

Zo werd in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 april 2015<sup>126</sup> ook overwogen dat DNB in het kader van de evenredigheid van de op te leggen boete "terecht" gewezen had op onder andere een in de jaarrekening opgenomen opeisbare vordering op haar 100% aandeelhouder, ondanks dat de rechtbank uiteindelijk overging tot een verdere matiging naar een symbolisch bedrag van € 1.000 vanwege de financiële draagkracht van de betrokken onderneming.

In een volgende casus had de AFM erop gewezen dat een bedrag van € 2.095.019 aan dividend is uitgekeerd aan haar moedermaatschappij. Volgens de AFM heeft de betreffende onderneming daardoor zelf bewerkstelligd dat de omvang van haar vermogen aanzienlijk is afgenomen. De betrokken onderneming benadrukt dat zij niet bewust vermogen heeft weggesluisd, maar dat deze dividenduitkering werd gedaan in het kader van een overname waarbij een groot aantal rekening courant-verhoudingen binnen de fiscale eenheid zijn verrekend en agio-stortingen zijn gedaan, maar tevergeefs. Het College overweegt namelijk dat de AFM "*bij het beoordelen van de draagkracht van [naam 1] rekening [heeft] mogen houden met het vermogen van de met haar verbonden vennootschap [naam 4]*".<sup>127</sup>

Overigens kan een zorgelijke ontwikkeling die wij zien in uitspraken van de Afdeling in Wav-zaken<sup>128</sup> in dit kader niet onopgemerkt blijven. Als het gaat om het bepalen van de draagkracht van de dochtermaatschappij die de overtreding zou hebben begaan, wordt in die zaken soms toch ook (veel) verder gekeken dan de draagkracht van de betrokken dochteronderneming zelf. Zo keek de Afdeling in 2015 reeds naar "gezamenlijke draagkracht", waarbij niet alleen de draagkracht van

<sup>123</sup> Rechtbank Rotterdam 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264.

<sup>124</sup> Rechtbank Rotterdam 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264, (zie r.o. 6.4).

<sup>125</sup> Cbb 7 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1184.

<sup>126</sup> Rechtbank Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2430.

<sup>127</sup> Cbb 21 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:206, (zie r.o. 7.5). De uitspraak in beroep betrof Rechtbank Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759.

<sup>128</sup> Zaken met betrekking tot de Wet arbeid vreemdelingen.

de dochteronderneming werd meegenomen, maar ook de financiële positie van de moedermaatschappij in de beoordeling werd betrokken.<sup>129</sup> Een jaar later oordeelde de Afdeling dat in situaties waarin de werkgever onderdeel is van een concern, dat met zich brengt dat de minister van de werkgever mag vergen om, naast zijn eigen financiële gegevens, ook de relevante gegevens van de overige ondernemingen in het concern over te leggen.<sup>130</sup> Een onzes inziens zorgelijke ontwikkeling als bij het bepalen van juist de subjectieve draagkracht van de overtreder rekening gehouden zou (gaan) worden met de financiële positie van de moedermaatschappij of het concern.

#### 4.2.4. Rechters blijven toch soms wel kritisch

In de onderhavige kwestie heeft de betrokkene – zonder vergunning – voor een viertal klanten bemiddeld. Gelet op deze beperkte hoeveelheid klanten, heeft de AFM de boete gematigd tot het behaalde voordeel. Een verdere matiging werd niet passend geacht en zo resteerde een boetebedrag van € 50.865. Het College ziet echter wel degelijk reden tot verdere matiging over te gaan. Geconstateerd wordt immers dat in vergelijkbare zaken de boetes aanzienlijk verder zijn gematigd dan in de onderhavige zaak. Het College ziet geen rechtvaardiging voor het significante verschil tussen de hoogte van de in deze eerdere zaken opgelegde boetes en de in de onderhavige zaak opgelegde bestuurlijke boete. In dit geval wordt een boete van uiteindelijk €30.000 passend en geboden geacht.<sup>131</sup> Gelijke gevallen moeten dus wel degelijk gelijk behandeld worden. Het doet dan niet ter zake dat de overtreder een hogere boete misschien wel kan dragen.

In dit verband kan ook gewezen worden op een uitspraak van de voorzieningenrechter in verband met het verrichten van verboden bemiddelingsactiviteiten.<sup>132</sup> Deze zaak was aan de voorzieningenrechter voorgelegd om publicatie van de boete te voorkomen. Dat verzoek wordt uiteindelijk gehonoreerd, aangezien de voorzieningenrechter voorshands van oordeel is dat de hoogte van de boete in een wanverhouding staat in relatie tot de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid. Uit deze uitspraak blijkt dat in dit kader onder andere was meegewogen dat een forse omzet was gegenereerd met de overtreding. De voorzieningenrechter acht dit echter niet van doorslaggevende betekenis; "*Immers bij een grotere organisatie is de omzet groter.*", aldus de voorzieningenrechter.<sup>133</sup> Rechters blijven dus gelukkig (soms) wel kritisch.

## 5. BESCHOUWINGEN

### 5.1. Vooraf: over het geloof in hoge straffen

Dit preadvies begon met de observatie dat ondernemingen in de financiële sector de afgelopen jaren steeds harder gestraft worden. Het geloof in de afschrikwekkende werking van hoge boetes heeft een hoge vlucht genomen en onder andere geleid tot de introductie van de omzetgerelateerde geldboete in het strafrecht en het financieel bestuursrecht.<sup>134</sup> Ook in de transactiepraktijk van het openbaar ministerie en de rechtspraak over boetes in concernverband is het vertrouwen in de werking van hoge boetes duidelijk te herkennen. Hoewel het in het kader van dit preadvies te ver

---

<sup>129</sup> ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2120, (zie r.o. 9.3-9.4).

<sup>130</sup> ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2501, (zie r.o. 11.5).

<sup>131</sup> Cbb 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507.

<sup>132</sup> Rechtbank Rotterdam 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3171.

<sup>133</sup> Rechtbank Rotterdam 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3171, (zie r.o.10).

<sup>134</sup> Mein en Doets 2016, p. 303-305.

zou voeren om uitgebreide beschouwingen te wijden aan de effectiviteit van (hogere) geldboetes, wijden wij hier wel – mede met het oog op de stellingen en het debat – graag enkele opmerkingen aan.

In 2016 hebben toezichthouders in de financiële sector in het kader van een evaluatie van het boetestelsel hun ervaringen gedeeld met (onder meer) de verhoging van het boetemaximum. Hieruit is gebleken dat AFM en DNB de mogelijkheid om hogere boetes op te leggen als positief ervaren en meer en hogere boetes opleggen. De veranderende opvattingen hierover zouden voortvloeien uit beleidswijzigingen "*die deels een gevolg zijn van het sentiment, ontstaan sinds de financiële crisis – dat toezichthouders steviger dienen op te treden tegen misstanden in de financiële sector.*"<sup>135</sup> Wij herkennen het hier beschreven sentiment en de gevolgen daarvan in de praktijk: hogere boetes en steviger optreden.

Mein en Doets hebben kritische kanttekeningen geplaatst bij deze evaluatie en de hieraan gewijde Kamerbrief van de minister. In de brief wordt met tevredenheid geconcludeerd dat het nieuwe stelsel tot afschrikwekkender en proportionele boetes heeft geleid. Mein en Doets beschrijven dat het doel van het boetestelsel – naleving van de financiële wetgeving – uit het oog verloren lijkt te worden. Zij stellen vast dat het maar de vraag is of hogere boetes leiden tot betere naleving. Uit (empirisch) onderzoek blijkt namelijk eerder het tegendeel: hoge boetes zouden een averechts effect op de naleving kunnen hebben.<sup>136</sup>

Uit onderzoek is gebleken dat het beeld van een amorele, calculerende onderneming die enkel met zware straffen tot naleving gedwongen kan worden, losstaat van de werkelijkheid.<sup>137</sup> Recent uitte Van Wingerde twijfels bij de afschrikkingsgedachte omdat uit onderzoek blijkt dat eventuele preventieve effecten eerder uitgaan van de pakkans en (negatieve) publiciteit.<sup>138</sup> Het is ook niet onze ervaring dat overtredingen van ondernemingen voortkomen uit een bewuste en op boetecalculatie gebaseerde afweging.<sup>139</sup>

Naarmate de hoogte van boetes toeneemt, nemen de negatieve effecten van hoge bestuurlijke boetes naar verwachting ook toe. Volgens Kraaijeveld en Van Es zijn mogelijke negatieve neveneffecten: defensief gedrag in de markt, benadeling van klanten en het gevaar voor de continuïteit van de onderneming.<sup>140</sup> Mein signaleert dat een hoge bestuurlijke boete tot vervreemding zou kunnen leiden tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde. Deze verhouding zou uit balans kunnen raken omdat de onder toezicht gestelde de relatie met de toezichthouder niet op het spel wil zetten door zich (in rechte) te verdedigen tegen de door de toezichthouder geuite verwijten.<sup>141</sup> Dit geldt overigens te meer nu dezelfde toezichthouder steeds vaker toetsingen uitvoert op

---

<sup>135</sup> Kamerbrief van de Minister van Financiën van 13 mei 2016 betreffende de Inventarisatie ervaringen boetestelsel 2009-2015, p. 2.

<sup>136</sup> Mein en Doets 2016, p. 303-305. Zie ook Mein 2015, p. 131.

<sup>137</sup> H.G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit* (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 17.

<sup>138</sup> C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij. Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regel naleving in de Nederlandse afvalbranche*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 22-24, 61 en 311-312.

<sup>139</sup> Doorenbos 2014, p. 101.

<sup>140</sup> Kraaijeveld en Van Es 2016, p. 146.

<sup>141</sup> Mein 2015, p. 21.

betrouwbaarheid en geschiktheid van bestuurders van financiële instellingen.<sup>142</sup> Dit zal de eventuele vechtlust van bestuurders wel doen afnemen. Doorenbos spreekt in dat verband over het ontstaan van een steeds grimmiger toezichtspraktijk.<sup>143</sup> Dat is onwenselijk, want een goede werkverhouding wordt juist als een belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht beschouwd.<sup>144</sup>

Kortom, de drijfveer achter het verlangen en de roep naar hogere boetes, is in feite gebaseerd op onbewezen veronderstellingen. In aanvulling op de hierna volgende meer juridische beschouwingen over de evenredigheid van sancties in concernverband, rechtvaardigt die vaststelling naar onze overtuiging op zich al een kritische beoordeling van de rechtspraktijk.

## 5.2. Over aansprakelijkheid in concernverband

We hebben in dit preadvies vastgesteld dat concerns niet als zodanig strafrechtelijk vervolgd of bestuursrechtelijk beboet kunnen worden: alleen de (afzonderlijke) rechtspersonen binnen het concern komen daarvoor in aanmerking. Indien en voor zover het openbaar ministerie of de toezichthouder een rechtspersoon wenst aan te spreken voor gedragingen van een andere rechtspersoon, dient hiervoor een juridische grondslag te zijn. Ook met inachtneming van het beginsel van rechtspersoonlijkheid en het schuldbeginnsel zijn er mogelijkheden om een moedervenootschap aan te spreken en te bestraffen voor gedragingen van een dochtervenootschap.

Op basis van bestudering van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke jurisprudentie over toerekening in concernverband, stellen we vast dat toerekening aan rechtspersonen in het bestuursrecht gemakkelijker wordt aangenomen dan in het strafrecht. Dit geldt in het bijzonder voor toerekening in concernverband. Waarbij overigens opvalt dat de materiële werkelijkheid in het bestuursrecht naar de achtergrond verdwijnt en de papieren werkelijkheid terrein wint. Het is vanuit een perspectief van rechtsbescherming onwenselijk en bovendien niet coherent dat het bestuursrecht op dit vlak niet bij het strafrecht aansluit. Waar in het strafrecht sprake is van een duidelijke afbakening van de verschillende mogelijkheden voor aansprakelijkheid in concernverband, komt dit in het financieel bestuursrecht samen in het overtredersbegrip. Mogelijkerwijs kan daarin ook een eerste verklaring gevonden worden voor het feit dat de in het financieel bestuursrecht gehanteerde criteria voor de toerekening van gedragingen aan rechtspersonen (in concernverband) lastig te ontwaren zijn.

In de gepubliceerde strafrechtelijke jurisprudentie valt op dat zaken waarin moedervenootschappen worden vervolgd voor gedragingen van een dochtervenootschap zeldzaam zijn. Wij hebben maar één uitspraak aangetroffen waarin een rechtspersoon wordt vervolgd wegens feitelijk leidinggeven aan gedragingen van een andere rechtspersoon. De Hoge Raad heeft overigens ook pas vrij recent (in 2016) bevestigd dat deze mogelijkheid bestaat. Waar een vennootschap wordt vervolgd voor gedragingen (in de sfeer) van een andere vennootschap, worden de Drijfmet-criteria consequent toegepast. Bepalend is uiteindelijk of de rechter het *redelijk* acht om de gedraging aan de moedervenootschap toe te rekenen. Het antwoord op die normatieve vraag blijkt sterk afhankelijk te zijn van de concrete feiten en omstandigheden.

---

<sup>142</sup> G.J. Brugman, '(Her)toetsing op geschiktheid als drukmiddel', *Tijdschrift voor compliance* 2015, p. 255-260.

<sup>143</sup> D.R. Doorenbos, 'Vroeger kon je lachen', in: D.R. Doorenbos, N.S.J. Koeman e.a. (red.), *Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*, Deventer: Kluwer 2000, p. 8-11.

<sup>144</sup> Mein 2015, p. 21.

Op basis van de bestudering van drie transacties concluderen wij dat de berichtgeving van het openbaar ministerie over transacties buitengewoon mistig kan zijn over de grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. De Drijfmet-criteria worden niet benoemd en ogenschijnlijk niet toegepast en bovendien wordt niet inzichtelijk gemaakt op welke wijze het openbaar ministerie opzet aan de transigerende rechtspersoon toerekent. Hoewel het bredere publiek allicht minder interesse heeft in deze juridische finesses, is het juridisch gehalte van de berichtgeving soms dermate laag dat het (in ieder geval voor strafrechtjuristen) onbegrijpelijk wordt. Wij doelen hier bijvoorbeeld op het (expliciet) maken van strafrechtelijk verwijten aan een *bedrijfsonderdeel* in plaats van aan een rechtspersoon, spreken over "*bestrafing*" en "*boetes*" zonder dat er ooit een strafrechter aan de zaak te pas is gekomen, maar ook aan de suggestie van een omzetgerelateerde geldboete terwijl die wettelijk gezien niet toegepast kon worden. Zelfs wanneer men de wijze waarop dit soort berichtgeving tot stand komt in aanmerking neemt (waarbij ook minder juridische afwegingen een rol spelen) en in aanmerking neemt dat een persbericht niet dezelfde status heeft als een rechterlijke uitspraak, zijn wij (met Walter) van mening dat juridische analyses in een persbericht juist moeten zijn.<sup>145</sup> Wat ons betreft zou een positief effect van een rechterlijke toets op "*megaschikkingen*" (zoals de rechtspraak het recent formuleerde) ook in dit aspect gelegen kunnen zijn.<sup>146</sup> Wij vermoeden dat het juridisch gehalte van de berichtgeving bij transacties er zeer bij gebaat zou zijn wanneer hierover vooraf een onafhankelijk rechterlijk oordeel gegeven wordt.

### 5.3. Over de evenredigheid van sancties in concernverband

Over de evenredigheid van sancties in concernverband hebben we gezien dat de delictsevenredigheid in het strafrechtelijk systeem de basis vormt bij het bepalen van een evenredige sanctie. De draagkracht van de rechtspersoon kan alleen een rol spelen binnen de marges van die delictsevenredigheid.

Het is lastig om een lijn te vinden in de weinige strafrechtspraak over evenredigheid van sancties in concernverband. Voor zover wij uit het arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake een aan Gulf Nederland B.V. verwante rechtspersoon mogen afleiden dat bij de straftoemeting uitsluitend rekening is gehouden met de draagkracht van de veroordeelde rechtspersoon, lijkt ons dat terecht.<sup>147</sup> Gulf Nederland B.V. heeft zich immers niet kunnen verweren en aan haar worden geen (strafrechtelijke) verwijten gemaakt. Dat het Gerechtshof Amsterdam een jaar later in het arrest betreffende Trafigura overweegt dat "*uiteraard*" de ernst van de feiten bepalend is, geeft aan dat de delictsevenredigheid vooropstaat bij het bepalen van een evenredige sanctie. Het hof overweegt dat het geen aanleiding zag om de boete te matigen op grond van draagkracht.<sup>148</sup> Het op deze manier meewegen van de factor draagkracht is naar onze overtuiging, gelet op het strafrechtelijk systeem, de enige juiste manier.

We hebben echter ook gezien dat de wetgever met de introductie van de omzetgerelateerde geldboete voor wat betreft de maximum straf voor rechtspersonen, afstand heeft genomen van dit systeem. Borgers en Kooijmans hebben maar deels gelijk gekregen in hun verwachting dat het met

---

<sup>145</sup> Walter 2018, p. 122-134.

<sup>146</sup> Zie: de Rechtspraak, 11 oktober 2018, *Megaschikkingen schadelijk voor vertrouwen in rechtsstaat*, via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>147</sup> Gerechtshof Amsterdam 10 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9652.

<sup>148</sup> Gerechtshof Amsterdam, 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.

de impact van de omzetgerelateerde geldboete in de praktijk wel mee zal vallen.<sup>149</sup> Het openbaar ministerie heeft immers dankbaar gebruik gemaakt van de mogelijkheid om *omzetgerelateerde transacties* te sluiten. Waar het bij de transactie met Telia Company niet meer dan een (mogelijk buitenwettelijke) suggestie was, heeft het openbaar ministerie in verband met de transactie met ING Bank N.V. gretig de aandacht gevestigd op de omzetgerelateerde hoogte van de transactie. Wij drukken ons nog voorzichtig uit met de observatie dat de delictsevenredigheid bij dit soort transacties – die van het openbaar ministerie "*pijn*" moeten doen – in het gedrang komt. Omdat sommige bedrijven – al dan niet onder druk van de toezichthouder, aandeelhouders, de (nieuwe) raad van bestuur of raad van commissarissen – letterlijk koste wat het kost van een dreigende strafvervolgning af willen, heeft het openbaar ministerie vrij spel. Zolang er geen rechterlijke toets op (de evenredigheid van) hoge transacties is om onder andere deze machtsongelijkheid te compenseren, verwachten wij niet dat dit tij snel zal keren.

Hoewel de strafrechter de omzetgerelateerde geldboete vooralsnog links laat liggen, is het op dit moment te vroeg om hierover stellige conclusies te trekken. De omzetgerelateerde boete kan immers uitsluitend worden opgelegd voor feiten van *na* 1 januari 2015. Aangezien strafrechtelijke onderzoeken naar vermeende misdrijven van ondernemingen jaren in beslag kunnen nemen, kan het nog wel een paar jaar duren voordat we echt kunnen beoordelen wat de impact van de omzetgerelateerde geldboete in de praktijk is. Naar onze overtuiging hebben rechters de omzetgerelateerde geldboete echter niet nodig, gelet op de mogelijkheid van het cumuleren van geldboetes en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

In het licht van de wens om een sterkere afschrikwekkende werking van bestuurlijke boetes te bewerkstelligen, is ook in het financieel bestuursrecht de omzetgerelateerde boete over de gehele linie ingevoerd. In de huidige boetesystematiek van de AFM en DNB wordt de draagkracht van de aangesproken rechtspersoon op twee manieren betrokken bij de uiteindelijke boeteoplegging. Allereerst wordt aan de hand van de objectieve draagkracht een bepaalde (steeds hoger wordende) boete als uitgangspunt genomen om te bewerkstelligen dat een grotere onderneming een hogere boete opgelegd krijgt dan een kleinere onderneming – voor een zelfde soort overtreding. Vervolgens wordt de subjectieve draagkracht van de aangesproken rechtspersoon in de afweging betrokken als mogelijke boeteverlagende factor.

Hoewel deze systematiek in de ogen van velen wellicht tot een passende en evenredige boeteoplegging zal leiden, is deze boetesystematiek in onze optiek een fundamenteel andere dan de systematiek die in het strafrecht wordt gehanteerd. Naar onze stellige overtuiging zou de bovengrens van de bestraffing bepaald moeten worden op basis van de ernst van het feit, dus de delictsevenredigheid. Vervolgens kan – binnen dat kader – de draagkracht een boeteverlagende werking hebben. De ernst van de feiten dient bepalend te zijn.

Daarmee is niet gezegd, dat men het niet problematisch zou kunnen vinden dat draagkracht op deze wijze slechts een rol speelt in boeteverlagende zin en dat rechtspersonen (in concernverband) onvoldoende pijn zou worden gedaan door de opgelegde boete. Voor een dergelijk "pijn-criterium" ontbreekt echter iedere grondslag. Straffen dienen passend en evenredig te zijn en de enige logische maatstaf om in dat kader te hanteren is (in ieder geval onzes inziens) die van de delictsevenredigheid.

Het wekt vermoedelijk dan ook geen verbazing dat wij van mening zijn dat het financieel bestuursrecht ook in dit opzicht de aansluiting met het strafrecht niet zou mogen verliezen. Dit klemmt te meer, nu bij de bepaling van de subjectieve draagkracht – de mogelijk boeteverlagende

---

<sup>149</sup> Borgers en Kooijmans 2012-1, p. 9.



factor – in sommige gevallen al niet wordt geschroomd om verder te kijken dan de draagkracht van de overtreder en bijvoorbeeld ook de financiële positie van de moedermaatschappij of van het concern waartoe de aangesproken rechtspersoon behoort, in aanmerking te nemen. Dit draagt namelijk het risico in zich dat de rol van draagkracht in boeteverlagende zin op deze wijze zal worden uitgehold. Indien ook de draagkracht van de moedermaatschappij in de beoordeling wordt betrokken, zal immers beduidend minder snel, zo niet eigenlijk nooit, sprake zijn van een boeteverlagende factor. Nog daargelaten dat op het moment dat een hoge (en steeds hoger wordende) boete als vertrekpunt wordt genomen, het in aanmerking nemen van de subjectieve draagkracht nog slechts een marginale rol zal en kan spelen.

#### 5.4. Over de wisselwerking tussen strafrecht en punitief financieel bestuursrecht

Ten slotte wijden wij enkele beschouwingen over de wisselwerking tussen het strafrecht en het financieel bestuursrecht.

De signalering dat bestuurlijke boetes relatief hoog zijn vergeleken met boetes die door de strafrechter worden opgelegd, kwam duidelijk naar voren in het (ongevraagd) advies van de Raad van State. De Raad van State acht het meest in het oog springende feit dat tegenwoordig (aldus in 2015) – anders dan oorspronkelijk de bedoeling van de bestuurlijke boete was – zware, complexe overtredingen bedreigd worden met hoge bestuurlijke boetes, dat hoge boetes worden gesteld op relatief lichte feiten en raadt het kabinet in haar advies dan ook aan meer samenhang en evenwicht te brengen in de (punitieve) rechtshandhaving. Eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van de boetes werd uitdrukkelijk gewenst.<sup>150</sup> Het kabinet heeft – een aantal jaren later – haar reactie op het advies gepubliceerd. Het kabinet geeft aan dat het ernaar streeft om bij de keuze voor een wettelijke maximumhoogte van een bestuurlijke boete voortaan aan te sluiten bij de boetecategorieën in het strafrecht. Op het eerste gezicht lijkt het kabinet dus gehoor te geven aan de roep van de Raad van State. Vervolgens merkt het kabinet echter op dat *"tegelijkertijd"* zal worden gezien *"in hoeverre de huidige strafrechtelijke boetecategorieën daartoe verdere aanpassing (verhoging of verfijning) behoeven om zo de aansluiting met de bestuurlijke boetehogtes te faciliteren."* In andere woorden: het strafrecht moet zich dus maar aanpassen aan de hoge boetes uit het bestuursrecht en de strafrechtelijke boetecategorieën moeten omhoog.<sup>151</sup>

Dat lijkt ons geen gevolg dat door de Raad van State met het advies werd beoogd. De reactie van het kabinet past in het *"haasje-over spel"* tussen het financieel bestuursrecht en het strafrecht om de hoogste boetemaxima en de hoogste straffen. Wat ons betreft zou daar een einde aan moeten komen.<sup>152</sup> Zolang volstrekt onduidelijk is in hoeverre hoge straffen überhaupt het gewenste effect hebben, terwijl duidelijk is dat er negatieve bijeffecten aan verbonden zijn, stellen wij een andere benadering voor: het financieel bestuursrecht zou bij het strafrecht moeten aansluiten in plaats van andersom. In dat verband zou het logisch zijn om in het financieel bestuursrecht ook de ontnemingsmaatregel in te voeren. Vanuit een systematisch oogpunt zou dit meer voor de hand liggen, nu het punitief bestuursrecht aansluit bij het strafrecht.

## 6. CONCLUSIE

---

<sup>150</sup> Advies RvS W03.15.0138/II, *Staatscourant* 2015, 30280, p. 8.

<sup>151</sup> Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, *Staatscourant* 2018, 31269, p. 26.

<sup>152</sup> Doorenbos 2014, p. 100.

In het strafrecht en het punitief financieel bestuursrecht wordt op verschillende wijzen omgegaan met bestraffing in concernverband. Waar in het strafrecht de delictsevenredigheid prevaleert en in principe uitsluitend en in matigende zin rekening wordt gehouden met de draagkracht van de betreffende rechtspersoon, is dit anders in het bestuursrecht.

In het financieel bestuursrecht wordt de evenredigheid van de straf in overwegende mate geplaatst in de sleutel van de vraag of de straf wel in verhouding staat met de omzet en draagkracht van de onderneming. In de financieel bestuursrechtelijke praktijk is zichtbaar dat in concernverband ruimhartig gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheden om "overtreders" te sanctioneren. Met de objectieve draagkracht van een rechtspersoon wordt rekening gehouden om te bewerkstelligen dat een grotere onderneming voor eenzelfde soort overtreding een hogere boete opgelegd krijgt dan een kleinere onderneming, terwijl als het gaat om het vaststellen van de subjectieve draagkracht van de overtreder als mogelijk boeteverlagende factor daarbij niet zal worden geschuwd het volledige financiële plaatje (zo mogelijk van het gehele concern) te betrekken.

Naar onze overtuiging dient het financieel bestuursrecht zich voor zover het gaat om bestraffende sancties te conformeren aan de in het strafrecht gehanteerde beginselen. Die principes gelden óók voor aansprakelijkheid en bestraffing in concernverband.

## **7. AANBEVELINGEN / STELLINGEN**

- Bij het bepalen van de hoogte van boetes in het financieel bestuursrecht dient de bovengrens van de boete – net als in het strafrecht – bepaald te worden door de delictsevenredigheid.
- Bij het bepalen van de hoogte van een sanctie mag alleen de draagkracht van de betrokken rechtspersoon in aanmerking genomen worden.
- In navolging van het strafrecht zou in het bestuursrecht de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ingevoerd moeten worden.