Sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht

Samen werken is samen de klos?

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Preadviezen Jonge VAR 2018

mr. T.R. Bleeker, mr. M.C.C. van Overbeek,
mr. O.E.S. Dusée, mr. M. van der Linden,
mr. J. Winkels & mr. dr. M.J. Hornman

17

Boomjuridisch

JONGE VAR 17

ISBN 978-94-6290-607-5

Boomjuridisch

Sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht

Jonge VAR-reeks
17

Sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht

Samen werken is samen de klos?

Preadviezen uitgebracht door

mr. T.R. Bleeker
mr. M.C.C. van Overbeek
mr. O.E.S. Dusée
mr. M. van der Linden
mr. J. Winkels
mr. dr. M.J. Hornman

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
9 november 2018

Boom juridisch
Den Haag
2019

Aanbevolen citeerwijze: Jonge VAR-reeks 17

© 2019 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichtingpro. nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-607-5
ISBN 978-94-6274-999-3 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Voorwoord 7

Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid 9
Mr. dr. M.J. Hornman en mr. T.R. Bleeker

Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht 55
Mr. T.R. Bleeker

Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders 133
Mr. M.C.C. van Overbeek en mr. O.E.S. Dusée

Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband 209
Mr. M. van der Linden en mr. J. Winkels

Concretisering van de zorgplicht van leidinggevenden. Een betoog aan de hand van de typologieën van Henry Mintzberg 267
Mr. dr. M.J. Hornman

Verslag van de Jonge VAR op 9 november 2018 over sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht 315
M.M.W. van Gils

Voorwoord

De Jonge VAR 2018 stond in het teken van feitelijk leidinggeven en bestraffende sancties in het bestuursrecht bij samenwerkingsverbanden. Wanneer is een leidinggevende bijvoorbeeld persoonlijk aansprakelijk voor gedragingen van 'zijn' rechtspersoon en wanneer kan een moedermaatschappij worden aangesproken op door haar dochteronderneming begane overtredingen? Kort en goed: betekent samen werken ook samen de klos zijn? Deze en andere vragen komen aan de orde in de preadviezen die hierna zijn opgenomen en die tijdens een drukbezochte vergadering op 9 november 2018 ten kantore van Stibbe geanimeerd zijn besproken. Daarbij bleek onder meer dat ondanks de al jarenlang bestaande bestuurlijke boetes, de wereld van het strafrecht en het bestuursrecht nog steeds veel van elkaar kunnen leren. Biedt het strafrecht te veel bescherming of is het bestuursrecht te instrumenteel? Vragen die des te belangrijker zijn nu op vele terreinen de bestraffende sancties in het bestuursrecht hoger kunnen zijn dan in het strafrecht.

De preadviezen beogen het thema vanuit verschillende invalshoeken te benaderen en zijn ook geschreven door auteurs met verschillende professionele achtergronden. Mark Hornman (AFM) en Tim Bleeker (UU) trappen af met een inleidend, algemeen preadvies waarin ze ingaan op de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Vervolgens beziet Tim Bleeker het vraagstuk van de leidinggevende functionaris als overtreder van milieunormen. Daarna wordt de blik gericht op economisch bestuursrecht. Olivier Dusée en Manon van Overbeek (beiden ACM) gaan in op het feitelijk leidinggeven en medeplegen in deze context. Vervolgens komt de evenredigheid van sancties aan bod in het preadvies van Monique van der Linden en Jakoline Winkels (beiden Stibbe). Hoe bepaal je wat een evenredige sanctie is in concernverband? Ten slotte schetst Mark Hornman in zijn preadvies hoe de zorgplicht van leidinggevenden geconcretiseerd zou kunnen worden aan de hand van typologieën. In het daarna opgenomen verslag van Martijn van Gils (UU) is de al genoemde levendige discussie over de preadviezen terug te lezen.

Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs, de verslaglegger, de gastheer en de gasten zeer voor hun inspanningen en ziet uit naar de volgende editie van de Jonge VAR.

Tom Barkhuysen, Sabine van der Does en Nina Bontje,
namens het bestuur van de VAR

Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid

*Mr. dr. M.J. Hornman en mr. T.R. Bleeker**

1	**Inleiding**	**11**
2	**Overtredersbegrip en normadressaatschap**	**15**
3	**Fysiek en functioneel plegerschap ('functioneel daderschap')**	**19**
4	**De rechtspersoon als overtreder**	**25**
5	**Feitelijk leidinggeven**	**31**
6	**Medeplegen**	**43**
7	**Bange bestuurders in het bestuursrecht?**	**49**
8	**Stellingen**	**53**

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

1 Inleiding

Algemene inleiding op de preadviezen

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

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

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

in het economisch bestuursrecht terecht is gebleken. Monique van der Linden en Jakoline Winkels, beiden advocaat binnen het Corporate Fraud and Criminal Law team van Stibbe, bespreken de evenredigheidstoets van bestraffende sancties in samenwerkingsverbanden. Mark Hornman, in 2016 in Utrecht gepromoveerd op het proefschrift 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen' en thans werkzaam bij de Autoriteit Financiële Markten (AFM), onderzoekt de waarde van typologieën van ondernemingen om de zorgplicht van leidinggevenden te concretiseren.

Inleiding op dit algemene deel

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

Het huidige bestuursrechtelijke overtredersbegrip is tot stand gekomen in de Vierde tranche van de Awb en in 2009 in werking getreden. Voor de invulling van het overtredersbegrip heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het strafrechtelijke daderschapsbegrip. Daarvoor zijn in ieder geval drie redenen te onderscheiden.[1] De eerste reden is praktisch van aard: de wetgever heeft beoogd om nodeloze verschillen met andere rechtsgebieden te voorkomen.[2] De tweede reden is dat het 'oude' overtredersbegrip niet meer voldeed: het bestuursrecht werd steeds verder uitgebreid met punitieve sanctioneringsmogelijkheden, waardoor het bestaande in de rechtspraak ontwikkelde en op herstel gerichte overtredersbegrip onder druk kwam te staan. Het strafrecht werd in de rechtspraak en literatuur reeds als richtsnoer gebruikt, en de codificatie in de Awb is een neerslag van die ontwikkeling. Bovendien worden door de aansluiting bij het strafrecht aanvullende inhoudelijke eisen gesteld aan het overtrederschap en wordt voldaan aan belangrijke punitiefrechtelijke beginselen, zoals het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Ten derde bestond de behoefte om de handhaving van bestuursrechtelijke normen te verbeteren en te vergemakkelijken, door middel van aansprakelijkheidsfiguren die het mogelijk maakten om betrokkenen die niet zelf de (volledige) overtreding begingen of geen normadressaat waren te sanctioneren.[3] Dit werd bereikt door de introductie van enkele belangrijke strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren, te weten medeplegen, opdrachtgeven[4] en feitelijk leidinggeven (art. 5:1 lid 2 en 3 Awb jo. 51 lid 2 en 3 Wetboek van Strafrecht, verder: Sr).

---

1 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, o.a. op p. 6, 7 en 77-82; zie ook par. 4.2 van het preadvies van Bleeker.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, E.K.S. Mollen & R. Klein 'Daderschap en deelneming in rechtspraak ACM-besluiten', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 2/3, p. 82–92.

3 Een vaak terugkomend voorbeeld is de belastingadviseur, die niet gesanctioneerd kon worden als pleger omdat deze geen normadressaat is (*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 80).

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

Vanwege de relatief recente introductie van deze aansprakelijkheidsfiguren in het bestuursrecht en de stormachtige ontwikkeling die zich sindsdien heeft voltrokken, is het van groot maatschappelijk en wetenschappelijk belang om de wijze waarop deze 'strafrechtelijke' leerstukken toepassing vinden in het bestuursrecht aan een grondige analyse te onderwerpen, zeker nu de sancties die, met name in het financieel-economische bestuursrecht plegen te worden opgelegd, die van de strafrechter in zwaarte soms fors overschrijden.[5] Bovendien blijkt de toepassing van deze aansprakelijkheidsfiguren in de bestuursrechtelijke context soms lastige materie.[6] Het bestuursrecht kan daarbij bovendien lering trekken uit de strafrechtelijke doctrine die op dit punt al veel verder is ontwikkeld. Gelet op al het voorgaande is dit algemene deel hoofdzakelijk gebaseerd op strafrechtelijke jurisprudentie en literatuur. De toepassing van de hier besproken overtrederschapsvormen en de concretisering van de toetsing van de aansprakelijkheidscriteria zal plaatsvinden in de afzonderlijke preadviezen. In die preadviezen zal, waar relevant, ook de vraag worden beantwoord of de door de wetgever beoogde inhoudelijke aansluiting bij het strafrecht wel wordt gerealiseerd; trekt het bestuursrecht niet te veel een eigen van het strafrecht afwijkende lijn of geniet een zekere mate van divergentie juist de voorkeur en is dat wellicht zelfs onvermijdelijk?[7] In aansluiting daarop kan men zich ook afvragen in hoeverre deze nieuwe aansprakelijkheidsfiguren daadwerkelijk hebben bijgedragen aan de gewenste verbetering van het bestuursrechtelijk handhavingsarsenaal.

In dit algemene deel wordt eerst ingegaan op het bestuursrechtelijke overtredersbegrip (par. 2). Daarna worden de overtrederschapsvormen besproken waarbij de pleger de overtreding zelf begaat, of wordt geacht zelf te begaan, namelijk het fysiek en functioneel plegerschap (par. 3). Aansluitend bespreken wij welke criteria gelden om een verboden gedraging toe te rekenen aan een rechtspersoon (par. 4). Daarna staan wij stil bij de verschillende deelnemingsvormen die het bestuursrecht sinds de Vierde tranche Awb kent, namelijk feitelijk leidinggeven (par. 5) en medeplegen (par. 6). Omdat de begrippen functioneel plegerschap, daderschap van de rechtspersoon en feitelijk leidinggeven in het juridisch spraakgebruik regelmatig worden verward of zelfs worden vereenzelvigd, gaan wij aan het slot van paragraaf 2 allereerst in op de verschillen tussen deze begrippen en

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

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

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

leggen wij uit waarom het belangrijk is om deze figuren goed van elkaar te onderscheiden. Aangezien de mogelijkheden om leidinggevenden te sanctioneren in verschillende preadviezen nader en diepgaander zullen worden besproken, sluiten wij dit algemene deel af met een korte introductie en reflectie op de discussie die op dit moment zowel in het privaat-, straf- als bestuursrecht wordt gevoerd over bestuurdersaansprakelijkheid, 'bange bestuurders' en de angst voor een risicoaansprakelijkheid (par. 7). Het overkoepelende thema van deze preadviezen is immers 'samen werken is samen de klos?'. De vraag of dat samen de klos zijn daadwerkelijk het geval is, loopt als een rode draad door de vier preadviezen en verdient dus een passende introductie. Dit algemene deel sluiten wij af met een aantal stellingen (par. 8).

2 Overtredersbegrip en norm-adressaatschap

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

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

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

---

8 Voor het overhevelen van de overige strafrechtelijke deelnemingsvormen naar het bestuurlijk sanctierecht achtte de wetgever onvoldoende gronden aanwezig (Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 79; L.J.A. Damen e.a. (red.), Bestuursrecht Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 595-596; F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 172). Voor het fiscale boeterecht ligt dat inmiddels anders (art. 670 AWR; Kamerstukken II 2013/14, 33754, 3, p. 7-9).

9 Vgl. Michiels e.a. 2016, p. 168 en 175-176. Ook in dat opzicht correspondeert deze regeling met de strafrechtelijke benadering waarin de opdrachtgever en feitelijk leidinggever formeel gezien geen dader zijn, maar daar in materiële zin wel mee worden gelijkgesteld (J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 438-439 en 506; E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden in Nederland', in: E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevenden – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 64). De strafrechtelijke daderschapsvormen worden immers limitatief opgesomd in art. 47 Sr, terwijl opdrachtgeven en feitelijk leidinggeven hun grondslag vinden in art. 51 Sr. Zie hieromtrent ook het preadvies van Bleeker, over het verschil tussen het enge en het ruime overtredersbegrip (par. 2.4.1).

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

De vaststelling van overtrederschap valt uiteen in twee opeenvolgende deelvragen.[11] Allereerst[12] is dat de vraag wie de geadresseerden van de wettelijke norm zijn: wie *kan* (of kunnen[13]) de norm overtreden? Dit is de vraag naar het normadressaatschap van het wettelijk voorschrift, waarbij moet worden gekeken of het desbetreffende wettelijke voorschrift zich ook tot de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon richt. Beschikt deze (rechts)persoon over de benodigde hoedanigheid om de desbetreffende norm (eigenhandig) te overtreden?[14] Een goed voorbeeld uit het strafrecht betreft ambtsmisdrijven.[15] Een minister of staatssecretaris die een bevel geeft wetende dat daardoor de Grondwet wordt geschonden, kan worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar.[16] Vanwege het kwaliteitsbestanddeel in dit voorschrift kan alleen een minister of een staatssecretaris dit voorschrift zelfstandig[17] overtreden. Het bestuursrecht, en zeker het omgevingsrecht, kent veel verbodsbepalingen die gericht zijn tot een groep personen met een zekere kwaliteit. In het strafrecht worden dergelijke voorschriften ook wel 'kwaliteitsdelicten' genoemd, die aanduiding achten wij ook voor het bestuursrecht nuttig. Voorschriften uit een vergunning zijn bijvoorbeeld enkel gericht tot 'de vergunninghouder'.[18] De verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften rust daarom uitsluitend op de houder van de vergunning, en niet op diens werknemers. Evengoed zijn er veel bepalingen die niet zijn gericht tot een specifieke groep, zogeheten tot eenieder gerichte voorschriften. Bij deze voorschriften kan de vraag naar normadressaatschap worden overgeslagen, omdat dan niet vereist is dat de overtreder over een specifieke kwaliteit beschikt. Vereist het voorschrift wel een specifieke hoedanigheid, dan zal zorgvuldig moeten worden vastgesteld wie voor de kwalificatie 'overtreder' in aanmerking komt of komen.

Welke rol het normadressaatschap precies speelt, verschilt overigens per overtrederschapsvorm. Om te worden aangemerkt als (fysiek of functioneel) pleger van een kwaliteitsdelict, moet de aangesprokene *persoonlijk* over de vereiste kwaliteit beschikken. Indien de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon niet als normadressaat van het voorschrift heeft te gelden, kan deze die norm dus niet zelfstandig – dat wil zeggen als (functioneel) pleger – overtreden. Wel kan deze dat tezamen met anderen doen, dus als medepleger of als feitelijk leidinggever. Bij deelneming (en feitelijk leidinggeven en medeplegen zijn deelnemingsvormen)

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

12 De reden dat het normadressaatschap een logische eerste stap is om te zetten, is dat de normadressaat per overtrederschapsvorm een verschillende rol speelt. Het zou omslachtig zijn om eerst te beoordelen of de aangesprokene voldoet aan de criteria die gelden voor bijvoorbeeld het beschikkings- en aanvaardingscriterium voor functioneel plegerschap, om er vervolgens achter te komen achter te komen dat de aangesprokene niet de vereiste kwaliteit heeft. Door eerst de vraag te beantwoorden of de betrokkene normadressaat is, wordt duidelijk welke overtrederschapsvormen op de (rechts)persoon van toepassing kunnen zijn.

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

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

15 Titel XXVIII uit het Wetboek van Strafrecht.

16 Art. 355 sub 3 Sr.

17 Een medepleger van de overtreding hoeft geen normadressaat te zijn om te kwalificeren als overtreder.

18 Art. 2:25 lid 1 Wabo. Overigens hangt het van het type vergunning af (persoonsgebonden of zaaksgebonden), wie kan worden aangemerkt als vergunninghouder. Zie hierover uitgebreid het preadvies van Bleeker, par. 3.3.3.

is namelijk niet vereist dat alle betrokken deelnemers als geadresseerde van de wettelijke norm zijn aan te merken, voldoende is dat minimaal een van hen over de benodigde hoedanigheid beschikt.[19] De opdrachtgever en de feitelijk leidinggever hoeven dus niet persoonlijk als normadressaat te kunnen worden aangemerkt om te kwalificeren als overtreder. Afdoende is dat de *rechtspersoon* normadressaat is. Het is evenwel niet nodig dat de rechtspersoon ook voor het overtreden van de norm wordt beboet. Het is toegestaan om die boete uitsluitend aan de feitelijk leidinggever op te leggen.[20] Onder bepaalde omstandigheden kan het tegelijkertijd beboeten van de rechtspersoon en diens feitelijk leidinggever(s) vanuit evenredigheidsoogpunt zelfs onwenselijk of ontoelaatbaar zijn.[21] Bij medeplegen volstaat dat een van de medeplegers als normadressaat heeft te gelden.[22]

Als de vraag omtrent het normadressaatschap is beantwoord, moet worden gekeken of de aansprakelijk gestelde (rechts)persoon, al dan niet samen met anderen, de in het voorliggende voorschrift genoemde gedraging ook daadwerkelijk heeft begaan, waarbij naast de delictsbestanddelen ook acht moet worden geslagen op de voor de eventuele van toepassing zijnde deelnemingsfiguur geldende vereisten.[23] In de volgende paragrafen zullen de kenmerken van de verschillende overtrederschapsvormen nader worden besproken.

Alvorens daartoe over te gaan is het echter wenselijk om eerst een korte *terminologische verduidelijking* te geven en in te gaan op de verhouding tussen verschillende overtrederschapsvormen. Zowel in het bestuurs- als in het strafrecht wordt feitelijk leidinggeven soms gepresenteerd als een *type* functioneel daderschap,[24] of wordt gezegd dat deze overtrederschapsvormen erg veel op elkaar lijken.[25] Ook de verhouding tussen functioneel daderschap en het daderschap van de rechtspersoon blijft wat diffuus. Een verklaring voor deze gelijkschakeling is dat voor de invoering van de Vierde tranche het bestuursrecht alleen nog de fysiek overtreder en functioneel overtreder kende; feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven waren toen gezichtspunten voor de toerekening aan de functioneel overtreder.[26] De gelijkschakeling tussen deze aansprakelijkheidsfiguren is echter

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

20 Michiels e.a. 2016, p. 168-169; A.B. Blomberg en I.M. Koopmans, 'Medeplegen in een bedrijfscontext; lessen uit het milieu(straf)recht', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2015, p. 69 en 72.

21 Zie hierover nader het preadvies van Van der Linden en Winkels.

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

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

24 Zie bijvoorbeeld M. Wladimiroff, 'Enige beschouwingen over de aan het strafrecht ontleende leerstukken medeplegen en feitelijk leidinggeven in de Vierde tranche Awb', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2009, p. 438-444. Ook kritisch over de gelijkschakeling van plegen en deelnemen: Nuyten & Keupink 2014 en S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 502 en 514-516. Zie voor meer voorbeelden het preadvies van Bleeker, par. 2.2.5 en 4.3.4.

25 Zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2016, p. 598: 'Dit criterium vertoont grote verwantschap met dat voor functioneel daderschap'. Ook Michiels e.a. 2016 bespreken feitelijk leidinggeven in de paragraaf over 'functioneel daderschap', al wordt daar wel opgemerkt dat feitelijk leidinggeven een aparte daderschapsvorm betreft (Michiels e.a. 2016, p. 169).

26 Aldus ook K.M. van Leeuwen en F.R. Vermeer, 'De functionele dader vóór en na de Vierde tranche', in: A.G. Bregman e.a. (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening. Opstellen aangeboden aan prof.*

om meerdere redenen onjuist, en om dit te illustreren zetten wij de belangrijkste verschillen tussen deze twee overtrederschapsvormen alvast kort uiteen.

Bij functioneel daderschap gaat het vaak om functioneel plegerschap, hetgeen inhoudt dat de aangesproken leidinggevende functionaris zelf normadressaat moet zijn. Bovendien moet de functionele pleger, naast het kwaliteitsbestanddeel, zelfstandig alle andere bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen. Dat laatste doet de functionele pleger door tussenkomst van een ander, maar in dat kader is wel vereist dat deze de fysieke gedragingen van die ander heeft aanvaard. Feitelijk leidinggeven hanteert ook een aanvaardingsvereiste, maar daar krijgt aanvaarding een geheel andere invulling dan bij functioneel plegerschap. Bij feitelijk leidinggeven is voorwaardelijk opzet nodig. Voor functioneel plegerschap volstaat het niet betrachten van de in redelijkheid, met het oog op het voorkomen van de gedraging, te vergen zorg. Beide aanvaardingsvereisten kunnen daarom niet ineen worden geschoven, zoals in een deel van de bestuursrechtelijke jurisprudentie,[27] (beleids-) stukken van toezicht- en handhavende instanties[28] en literatuur[29] wel gebeurt. Bovendien overtreedt de feitelijk leidinggever, anders dan de functioneel pleger, de verbodsnorm niet zelf. Dat doet de rechtspersoon, vandaar ook het accessoire karakter van feitelijk leidinggeven. De rechtspersoon is de 'overtreder'. Daarom is ook niet noodzakelijk dat de feitelijk leidinggever persoonlijk als normadressaat van die norm kan worden aangemerkt. De feitelijk leidinggever wordt immers verweten leiding te hebben gegeven aan de verboden gedragingen van de rechtspersoon die tot de overtreding hebben geleid, niet dat hij die overtreding zelf heeft begaan. De feitelijk leidinggever is deelnemer, geen pleger.

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

---

mr. D.A. Lubach (Lubach-bundel), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 279; en de opmerking van Michiels bij Booy Clean (Michiels e.a. 2016, p. 168). Zie hierover uitvoeriger par. 4.2 van het preadvies van Bleeker.

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

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

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

3 Fysiek en functioneel plegerschap ('functioneel daderschap')

De essentie van plegerschap is dat de pleger de overtreding geheel zelf begaat, in die zin dat deze zelfstandig de delictsomschrijving vervult[30] (of wordt geacht te vervullen[31]). Dat vervullen kan direct (fysiek) of indirect (functioneel) plaatsvinden. In dat laatste geval vervult de betrokkene de delictsomschrijving weliswaar door tussenkomst van een ander, maar in dogmatisch opzicht wordt dat fysieke optreden gezien als een uitvloeisel van de eigen functionele gedraging van de betrokkene en dus als een geheel eigen gedraging van de functionele pleger waarvoor deze ook de volledige verantwoordelijkheid draagt. Van fysiek plegerschap is daarentegen sprake wanneer de betrokkene zelf de feitelijke gedragingen die de overtreding opleveren verricht.[32]

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

De criteria voor functioneel plegerschap worden ontleend aan het strafrecht en stammen uit het IJzerdraad-arrest uit 1954.[33] De zogenoemde IJzerdraad-criteria houden in dat de functionele pleger verantwoordelijk kan worden gehouden voor gedragingen die feitelijk gezien door de fysiek pleger zijn verricht, indien deze 'erover vermocht te *beschikken*, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot zodanige, welker plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd[achte] werd *aanvaard of placht te worden aanvaard*.'[34] Als daarvan sprake is, kunnen de verweten gedragingen worden 'aangemerkt' als gedragingen van de

30 O.a. H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 1090; Sikkema 2010, p. 31.
31 A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 56.
32 F.R. Vermeer, F.W. Visser en A. Sibma, *De Last Onder Dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 32.
33 Michiels e.a. 2016, p. 162, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78-79.
34 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 m.nt. B.V.A. Röling (*IJzerdraad*). Cursivering en aanvulling door auteurs. De verboden handeling betrof in casu het in strijd met de wet invullen en doen toekomen van aanvraagformulieren voor een exportvergunning en het vervolgens op basis van de verkregen exportvergunning uitvoeren van grote hoeveelheden ijzerdraad.

overtreder of kunnen deze aan hem worden 'toegerekend'.[35] Het aanvaardings- en het beschikkingsvereiste zien daarbij vanzelfsprekend op de concrete verboden wijze van handelen.[36]

Voordat wij nader op beide criteria ingaan, plaatsen wij de kanttekening dat het twijfelachtig is of de Afdeling hierin dezelfde lijn volgt als de Hoge Raad. Ondanks de door de wetgever beoogde aansluiting op het strafrecht voor de invulling van functioneel plegerschap,[37] valt de afdeling soms terug op het criterium dat werd gehanteerd in CZL Tilburg.[38] De overweging omtrent functioneel plegerschap in die uitspraak luidt als volgt:

> 'De overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt. De Afdeling overweegt dat dat in de eerste plaats degene is die de verboden handeling fysiek verricht; daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt.'[39]

Onzes inziens verdient het de voorkeur om de IJzerdraad-criteria te verkiezen boven dit vage en haast tautologische criterium.[40] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich voor de invulling van functioneel plegerschap wel aangesloten bij het strafrecht.[41]

Beschikken

Nu het bij functioneel plegerschap gaat om het aanspreken van degene die maatschappelijk gezien verantwoordelijk is,[42] staat de materiële verantwoordelijkheid voorop en gaat het dus om de feitelijke beschikkingsmacht van de betrokkene. Formeel-juridische verhoudingen kunnen daarvoor een belangrijke indicatie

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

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

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

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

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

40 Ook kritisch, zie onder meer Vermeer e.a. 2016, p. 33-36; Damen e.a. 2016, p. 596. Zie hierover eveneens het preadvies van Bleeker, m.n. par. 4.33.

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

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

vormen, maar zijn uiteindelijk niet doorslaggevend. Het gaat om de feitelijke hiërarchische verhoudingen.[43] Voor beschikkingsmacht is het kunnen aanwenden van invloed voldoende (beschikkingsmacht in abstracto). Het gegeven dat de betrokkene heeft getracht om corrigerend in te grijpen en daar niet in is geslaagd, en dus in concreto kennelijk geen of niet afdoende beschikkingsmacht had, is enkel relevant voor de beoordeling van de vraag of de verweten gedraging ook is aanvaard, maar doet geen afbreuk aan het gegeven dat de beschikkingsmacht er (in abstracto) wel was.[44] Toereikend is dus dat de betrokkene in staat moet zijn geweest om iets te doen. Of deze ook genoeg heeft gedaan is een vervolgvraag die als onderdeel van de aanvaardingseis moet worden beantwoord.[45]

Dat roept de vraag op hoeveel zeggenschap er moet zijn om van beschikkingsmacht te kunnen spreken, hetgeen in het bijzonder relevant is voor situaties waar de betrokkene wordt verweten de verboden gedraging te hebben bewerkstelligd door niet in te grijpen. In dat kader wordt veelal aangenomen dat het om een reële mogelijkheid tot ingrijpen moet gaan.[46] De functionele pleger moet de feitelijke pleger als het ware kunnen terugfluiten.[47] Welke mate van zeggenschap daarvoor concreet noodzakelijk is, laat zich moeilijk beantwoorden, hetgeen mede verband houdt met het feit dat macht een kwalificatie is van een wederkerige verhouding. De machtsrelatie is niet alleen een proces van machtsuitoefening door de een, maar ook van machtsaanvaarding door de ander.[48] Beide aangehaalde formuleringen plaatsen het functioneel plegerschap overigens duidelijk in de sleutel van een omissieaansprakelijkheid waarbij de betrokkene in de kern een nalaten wordt verweten. Binnen de strafrechtelijke literatuur bestaat discussie of het kunnen voorkomen alleen altijd afdoende is om beschikkingsmacht aan te nemen. De functionele pleger begaat de overtreding immers door de gedraging van de fysiek pleger (passief) toe te laten dan wel door deze (actief) te bewerkstelligen. Beide aansprakelijkheidsgronden zijn – naar wij menen – in beginsel alternatief, niet cumulatief.[49] In sommige gevallen kan het afdoende zijn dat de betrokkene het gedrag kon voorkomen of beëindigen, ook als hij dergelijk gedrag niet had kunnen

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

44 Hornman 2016a, p. 36-37.

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

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

47 Gritter 2007a, p. 20-21.

48 Hornman 2016a, p. 92-93.

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

bewerkstelligen.[50, 51] Uiteindelijk is voor de vraag waarover de beschikkingsmacht zich moet uitstrekken, de concreet voorliggende verbodsnorm doorslaggevend. Zo geven Damen e.a. als voorbeeld dat, indien het voorschrift het verbiedt om afval te storten, de eigenaar op wiens terrein door een ander afval wordt gestort, niet als overtreder kan worden aangemerkt, ook al ligt het in zijn macht om aan de ongewenste toestand een einde te maken.[52] Een vergelijkbare feitelijke situatie, maar met een net iets andere norm, deed zich voor in M&R 2005/16 waar juist de zeggenschap over het weghalen van gevaarlijke stoffen doorslaggevend was en niet de zeggenschap over het plaatsen daarvan.[53]

Aanvaarden

Het aanvaardingscriterium uit het IJzerdraad-arrest werd lange tijd opgevat als een vorm van voorwaardelijk opzet; voor de toerekening aan de betrokkene was – net als bij feitelijk leidinggeven het geval is (zie nader par. 5) – vereist dat deze bewust de aanmerkelijke kans op de strafbare gedraging op de koop had toegenomen. Daardoor gold voor de functionele pleger een aanvullende aansprakelijkheidsvoorwaarde die niet opging voor de fysiek pleger, hetgeen concreet inhield dat de functionele pleger ook bij overtredingen (minimaal) voorwaardelijk opzet moest hebben.[54] Die eis heeft de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest losgelaten door te overwegen dat onder aanvaarden mede moet worden begrepen 'het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging'.[55] Onder deze nieuwe

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

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

52 Damen e.a. 2016, p. 594.

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

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

55 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 m.nt. P.A.M. Mevis, *AB* 2004/310 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en M&R 2004/53 m.nt. L.E.M. Hendriks (*Drijfmest*). In HR

uitleg is (voorwaardelijk) opzet nog steeds een afdoende, maar niet langer een noodzakelijke voorwaarde voor aanvaarding.[56] Het verwijtbaar achterblijven bij de geldende zorgvuldigheidseisen is tegenwoordig genoeg om bij functioneel plegerschap van aanvaarding van de delicts*gedraging* te kunnen spreken.[57, 58] Het is niet nodig dat die zorgplichtschending ook aanmerkelijk is, in die zin dat er sprake moet zijn van verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid (culpa).[59] Naar de huidige stand van de strafrechtelijke literatuur en jurisprudentie is voldoende dat kan worden aangetoond dat de betrokkene verwijtbaar heeft gehandeld en dus geen beroep op afwezigheid van alle schuld toekomt, bijvoorbeeld op grond van feitelijke dwaling of het wel in acht nemen van de in redelijkheid te vergen zorg.[60] Daaruit volgt eveneens dat het niet noodzakelijk is dat de betrokkene op de hoogte is van de verboden gedragingen, mits die onwetendheid maar verwijtbaar is, bijvoorbeeld door slecht toezicht. Hoewel de vraag welke zorg in redelijkheid kan worden gevergd nog steeds een (rechts)persoonsgebonden en daarmee subjectief oordeel is, is die norm als gevolg van deze ruimere interpretatie van het aanvaardingsvereiste wel in vergaande mate geobjectiveerd en kan de normschending dus grotendeels aan de hand van objectieve factoren worden vastgesteld, bijvoorbeeld door de inspanningen van de betrokkene te vergelijken met die van branchegenoten.[61]

---

8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016/23 heeft de Hoge Raad, in navolging van wat in de literatuur al breed werd betoogd, expliciet bevestigd dat de uitleg uit het Drijfmest-arrest, die strikt genomen alleen ziet op het daderschap van de rechtspersoon, ook geldt voor het functioneel daderschap van natuurlijke personen.

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

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

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

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

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

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

4 De rechtspersoon als overtreder

Bij de toerekening van gedragingen aan rechtspersonen, heeft de wetgever eveneens aansluiting gezocht bij het strafrecht.[62] In het strafrecht wordt het daderschap van de rechtspersoon (in het bestuursrecht dus: overtrederschap) en daarmee gelijkgestelde entiteiten[63] beoordeeld aan de hand van de uitgangspunten die de Hoge Raad daartoe formuleert in het Drijfmest-arrest.[64] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven verwijst ook expliciet naar dit arrest.[65] De Afdeling gebruikt haar eigen uit de CZL Tilburg-uitspraak afkomstige formulering.[66]

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

De 'grondslag' voor aansprakelijkheid wordt gevonden in de redelijke toerekening. Volgens de Hoge Raad kan een rechtspersoon namelijk als dader[67] worden aangemerkt indien de desbetreffende (verboden) gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Wanneer toerekening redelijk is, laat zich echter niet eenvoudig in een algemene regel vatten. Dat neemt niet weg dat als belangrijk 'oriëntatiepunt' heeft te gelden of de verweten gedraging heeft plaatsgevonden dan

62 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78-82.

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

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

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

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

67 De term 'dader' heeft hier overigens een bredere betekenis dan de betekenis die daaraan in art. 47 Sr toekomt. Ook voor de vraag of gedragingen aan een medeplichtige of feitelijk leidinggevende rechtspersoon kunnen worden toegerekend (beide aansprakelijkheidsfiguren zijn wettelijk gezien geen dader), zijn de Drijfmestcriteria medebepalend, uiteraard naast de voorwaarden die uit de desbetreffende deelnemingsvorm zelf voortvloeien.

wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Dergelijke gedragingen kunnen in beginsel namelijk in redelijkheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Aan dit nog wat onbestemde oriëntatiepunt wordt nadere invulling gegeven door een viertal concretiserende 'omstandigheden':

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

Deze 'omstandigheden' zijn cumulatief noch exclusief; zij vormen niet meer dan (stevige) indicaties voor daderschap. Waar het uiteindelijk steeds op aankomt, is of toerekening van de desbetreffende gedraging aan de rechtspersoon – alle omstandigheden overziend – redelijk is. Daarvoor kan de feitenrechter ook teruggrijpen op andere indicatoren voor daderschap.[68] Mede tegen die achtergrond kan, hoewel de Hoge Raad zelf geen rangorde tussen de vier omstandigheden aanbrengt, worden betoogd dat het enkel voldoen aan de eerste of derde omstandigheid nog onvoldoende is voor toerekening en meer gewicht toekomt aan het normale bedrijfsvoeringscriterium en de (verruimde) IJzerdraadcriteria (het vierde criterium),[69] zeker wanneer die laatste twee in onderlinge samenhang worden bezien. Het normale bedrijfsvoeringscriterium is namelijk nogal ruim. Bij de beoordeling van de vraag of een gedraging tot de normale bedrijfsvoering behoort, of daar direct uit voortvloeit,[70] moet namelijk niet alleen naar de feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon worden gekeken,[71] maar dienen deze werkzaamheden bovendien van hun verboden karakter te worden geabstraheerd.[72] Het is niet noodzakelijk dat ook de verboden wijze waarop die gedragingen worden

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

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

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

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

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

uitgevoerd tot de normale bedrijfsvoering behoort, al is dat laatste natuurlijk wel een extra indicatie voor daderschap.[73] Concreet betekent dit dat de gedraging (bijvoorbeeld het vissen of het vervoeren van vee) deel moet uitmaken van de normale bedrijfsvoering en dat niet relevant is of ook de specifieke verboden wijze waarop de gedraging zich voltrekt (zoals het vissen met verkleinde netten,[74] het vervoeren van ziek of gewond vee, het vervoeren van vee op een dusdanige wijze dat het daarbij verwondingen oploopt of het overstijgen van de beladingsnorm[75]) daar eveneens onder kan worden geschaard. Als gevolg daarvan is de reikwijdte van deze omstandigheid aanzienlijk. Nagenoeg elke fout die een werknemer tijdens de verrichting van diens werkzaamheden maakt, zal voor rekening van de rechtspersoon komen waar hij of zij in dienst is. Dat is op zich ook niet onlogisch. Waar gehakt wordt, vallen spaanders, en die spaanders zal de rechtspersoon zich in sanctierechtelijke zin moeten laten welgevallen, aldus Gritter.[76] Wel roept dit de vraag op of de rechtspersoon toerekening nog kan voorkomen of dat toerekening onder dergelijke omstandigheden simpelweg een automatisme is.[77]

In de bestuursrechtelijke literatuur wordt dit onderwerp nog nauwelijks aangestipt, en valt daar, voor zover dat wel gebeurt, nog niet echt een heldere lijn in te ontwaren.[78] In de strafrechtelijke literatuur wordt daarentegen duidelijk betoogd dat het wél voldoen aan de in redelijkheid te vergen zorg met het oog op het voorkomen van de gedraging, dus het tegenovergestelde van het (nieuwe) aanvaardingscriterium uit de verruimde IJzerdraadcriteria, in dergelijke situaties uitkomst kan bieden. Van die omstandigheid wordt namelijk breed,[79] doch niet unaniem,[80]

---

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

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

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

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

77 Vgl. in dit opzicht ook Nuyten en Keuping 2014, p. 68 die terecht opmerken dat bij het zich voordoen van één of meer van de genoemde omstandigheden volgens de Hoge Raad sprake *kan* zijn van het plaatsvinden in de sfeer van de rechtspersoon; een automatisme is dat niet. Uiteindelijk gaat het erom of toerekening, alle omstandigheden overziend, redelijk is (zo ook Hornman 2016a, p. 49; De Hullu 2018, p. 174).

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

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

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

betoogd dat deze omstandigheid aan toerekening in de weg staat en als algemene daderschapsuitsluitingsgrond fungeert, ook indien andere omstandigheden toerekening wel zouden toelaten. Langs deze weg kunnen de IJzerdraadcriteria dienen om de scherpe kantjes van het normale bedrijfsvoeringscriterium af te slijpen.[81]

Vergelijkingen met het milieubestuursrecht zijn op dit punt lastig, omdat de Afdeling een duidelijke eigen lijn hanteert voor de vaststelling van overtrederschap.[82] De financieel-economische bestuursrechter conformeert zich meer aan het strafrechtelijke kader,[83] maar pleegt dergelijke toerekeningsverweren opvallend genoeg anders te behandelen dan de strafrechter. Waar de strafrechter doorgaans inhoudelijk ingaat op een zorgvuldigheids- of normale bedrijfsvoeringsverweer (en dat verweer veelal afwijst[84]), valt op dat de bestuursrechter verweren van dien aard in de regel eenvoudigweg lijkt te passeren door overtrederschap op basis van een van de andere genoemde omstandigheden aan te nemen, waardoor de juistheid van het aangevoerde verweer meer in het midden wordt gelaten.[85] Of de financieel-economische bestuursrechter bovengenoemde meerderheidsopvatting volgt, valt dus te betwijfelen.

Overigens ligt de lat voor uitsluiting van overtrederschap – terecht – hoog. Aannemelijk zal moeten worden dat de rechtspersoon alles in het werk heeft gesteld dat in redelijkheid kon worden gevergd om de verweten gedraging te voorkomen. Daarvan zal niet snel sprake zijn. Het enkel verschaffen van de tijd, middelen en opleiding om de werkzaamheden in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving en interne instructies uit te voeren, is daarvoor niet zonder meer toereikend.[86] Door het normale bedrijfsvoeringscriterium in samenhang met de verruimde IJzerdraadcriteria als uitgangspunt voor toerekening te hanteren, is het mogelijk om tot een evenwichtig, solide, weloverwogen en op de concrete verdachte rechtspersoon toegespitst overtrederschapsoordeel te komen. De omstandigheid dat de verweten gedraging (geabstraheerd van haar verboden karakter) tot diens normale bedrijfsvoering behoort en de rechtspersoon vervolgens niet de benodigde mate van zorg heeft betracht om binnen de grenzen van wat redelijk is te waarborgen dat bij de uitvoering van die werkzaamheden de toepasselijke wet- en regelgeving wordt gerespecteerd, vormt volgens ons meer dan afdoende rechtvaardiging voor toerekening.[87]

Hoewel het Drijfmeststramien door de Hoge Raad is ontwikkeld met het oog op de toerekening van de gedragingen van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon, kan dat beoordelingskader ook worden gebruikt voor de toerekening

81 Hornman 2016a, p. 49.
82 Zie eerder par. 3 en nader het preadvies van Bleeker, par. 4.3.3.
83 Zie hierover nader het preadvies van Van Overbeek en Dusée.
84 Zeldzame uitzonderingen zijn Gerechtshof Arnhem 28 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5582 en het in bestuursrechtelijke procedures met enige regelmaat aangevoerde arrest van het Gerechtshof Arnhem van 4 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2165.
85 Zie o.a. maar inmiddels bestendige rechtspraak Rb. Rotterdam 7 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6222 en ECLI:NL:RBROT:2013:6226.
86 Zie in dit verband de uitspraak in hoger beroep behorende bij de in de voorgaande voetnoot genoemde uitspraak van de rechtbank: CBb 17 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:222, JB 2014/196, welke lijn inmiddels ook tot vaste jurisprudentie behoort (CBb 30 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:52).
87 Hornman 2016a, p. 49.

in concernverhoudingen. Gedragingen kunnen daarbij zowel direct als getrapt worden toegerekend. In het laatste geval wordt de gedraging van een medewerker van de dochtermaatschappij eerst aan de dochtermaatschappij zelf toegerekend om deze vervolgens weer door te berekenen aan de moedermaatschappij. Bij directe toerekening wordt de gedraging meteen op het conto van de moedermaatschappij geschreven en wordt de dochtermaatschappij als tussenstap overgeslagen. Ook is het mogelijk om de moedermaatschappij als feitelijk leidinggever van de gedraging van de dochter aan te merken.[88]

Om tot slot nog even terug te komen op de uitkomst van de Drijfmest-casus zelf: omdat het gerechtshof zowel onvoldoende inzicht had gegeven in de concrete aan de beheersmaatschappij opgedragen taken en toegekende bevoegdheden, als in de relatie die bestond tussen haar en de eigenares en de bij die laatste in dienst zijnde feitelijke beheerder, kon volgens de Hoge Raad niet zonder meer worden geconcludeerd dat toerekening redelijk was en volgt vernietiging van de bestreden uitspraak.[89]

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

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

5 Feitelijk leidinggeven

Accessoriteit en de aard van feitelijk leidinggeven

In artikel 5:1 lid 3 Awb wordt artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor is het mogelijk om, indien de rechtspersoon als overtreder kan worden aangemerkt, ook degene die feitelijk leiding of opdracht heeft gegeven aan die verboden gedraging te sanctioneren. Het was uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever om aan te sluiten bij de strafrechtelijke regeling.[90] Feitelijk leidinggeven stelt een specifiek accessoriteitsvereiste, namelijk dat de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt.[91] Niet nodig is dat de rechtspersoon ook wordt of kan worden beboet.[92] Evenmin hoeft de leidinggevende zelf normadressaat te zijn. Daardoor is deze deelnemingsvorm bij uitstek geschikt om normen die gericht zijn tot rechtspersonen te handhaven jegens de personen die achter de rechtspersoon schuilgaan en zodoende door te pakken naar de 'dader(s) achter de dader' of de 'overtreder(s) achter de overtreder'. Indien de leidinggevende overigens wel als normadressaat van de regeling kan worden aangemerkt, ligt dus zowel het pad naar functioneel plegerschap als de weg naar feitelijk leidinggeven open en kan het bestuursorgaan kiezen via welke aansprakelijkheidsfiguur het wenst te handhaven.[93] Dat gegeven is niet zonder betekenis omdat beide figuren andere voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteren.

Het gegeven dat de rechtspersoon als dader/overtreder wordt gezien en de feitelijk leidinggever 'slechts' wordt verweten leiding te hebben gegeven aan die gedraging, impliceert, anders dan het accessoriteitsvereiste wellicht suggereert, nog geen verhouding van primair en secundair daderschap analoog aan de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder zoals deze uit het civiele aansprakelijkheidsrecht bekend is.[94] Feitelijk leidinggeven is terecht te kwalificeren als een mogelijke

90 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 126; *Kamerstukken II* 2007/08, 31124, 8. Zie Damen e.a. 2016, p. 598 voor nadere verwijzingen. Dat gebeurt ook. Zie voor het financieel-economische bestuursrecht o.a. CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256, *JOR* 2015/266, m.nt. S.M.C. Nuijten, CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, *JOR* 2015/300 m.nt. S.M.C. Nuijten en CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, *JOR* 2016/131 m.nt. B. Bierman en voor het milieubestuursrecht o.a. ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, *JM* 2016/75 m.nt. T. van der Meulen (*Edelchemie*).

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

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

93 De Hullu 2018, p. 507-508.

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

'vervolgstap'[95] op het daderschap van de rechtspersoon, maar artikel 51 Sr stelt de beide rechtssubjecten op geheel gelijke voet aansprakelijk. Een onderlinge rangorde in aansprakelijkheid is er niet. Voor de vraag of het passend is om naast of in plaats van de rechtspersoon, ook of alleen een sanctie op te leggen aan de leidinggevende, is dus niet bepalend of die laatste een *aanvullend verwijt* kan worden gemaakt ten opzichte van de rechtspersoon, maar of de leidinggevende een *persoonlijk verwijt* treft. Dat is een geheel individueel verwijt dat niet samen hoeft te vallen met het verwijt dat de rechtspersoon of eventuele collega feitelijk leidinggevers wordt gemaakt.[96]

Feitelijk leidinggeven blijft overigens niet beperkt tot natuurlijke personen. Ook een rechtspersoon kan feitelijk leidinggever zijn,[97] hetgeen vooral interessant kan zijn voor de vaststelling van aansprakelijkheid in concernverhoudingen.[98] Daarmee lijkt ook de weg voor feitelijk leidinggeven (door een natuurlijk persoon) aan feitelijk leidinggeven (door een moedermaatschappij) aan de verboden gedraging van de rechtspersoon (de dochteronderneming) mogelijk te worden.[99] Principiële bezwaren om feitelijk leidinggeven aan te merken als een 'begaan' in de zin van artikel 51 Sr zijn er immers niet,[100] al is deze optie in de jurisprudentie nog niet toegepast.

Criteria voor aansprakelijkheid

Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever wordt veelal teruggegrepen op de klassieke Slavenburgcriteria. Dat is niet geheel terecht. Voor de vraag onder welke omstandigheden iemand aansprakelijk is als feitelijk leidinggever moet namelijk allereerst gekeken worden naar de *aard van de betrokkenheid*. In geval van actieve betrokkenheid is de betrokkene eerder en ook in verdergaande mate aansprakelijk dan het geval is bij passieve betrokkenheid, waarop de Slavenburgcriteria zien. In diens recente overzichtsarrest plaatst de Hoge Raad actieve betrokkenheid terecht meer op de voorgrond.[101] Hierna bespreken wij eerst het beoordelingskader van actieve vormen van feitelijk leidinggeven en vervolgens de Slavenburgcriteria voor passief leidinggeven.

---

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

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

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

98 Zie Kristen 2010, p. 173.

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

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

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

Van feitelijk leidinggeven is volgens de Hoge Raad allereerst sprake bij het actief en effectief – oftewel direct – aansturen van de verboden gedraging.[102] Het merendeel van de gevallen zal ook op dergelijke actieve betrokkenheid zien, hetgeen nog eens extra wordt benadrukt door het feit dat het niet noodzakelijk is dat een ander de uitvoeringshandelingen feitelijk heeft verricht.[103] Het is dus niet uitgesloten dat de feitelijk leidinggever tegelijkertijd ook als de fysiek pleger kan worden aangemerkt.[104] Anders dan bij functioneel plegerschap waarbij er minimaal twee betrokkenen moeten zijn – een functionele en een fysieke pleger – vergt feitelijk leidinggeven alleen dat er leiding is gegeven aan gedragingen van de rechtspersoon. Het is niet noodzakelijk dat daarbij ook leiding is gegeven aan anderen.[105]

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

---

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

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

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

105 Men kan dus leidinggevende zijn in de zin van art. 51 lid 2 Sr zonder ook maar één ondergeschikte te hebben, denk hierbij bijvoorbeeld aan een zzp'er die opereert vanuit een rechtspersoon (Hornman 2016a, p. 64-65; De Hullu 2018, p. 510). Tegen die achtergrond rijst ook de vraag in hoeverre een leidinggevende positie echt noodzakelijk is. Machielse en Remmelink merken op dat men toch wel boven 'het niveau van arbeider' moet uitstijgen' (Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 51 Sr, aant. 8.3 (online, laatst bijgewerkt op 30 mei 2016); J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 158). Wolswijk is echter beduidend ruimhartiger. Het draait bij feitelijk leidinggeven immers niet zozeer om gezag over anderen, maar vooral om gezag over de door de rechtspersoon verrichte gedraging (Wolswijk 2007a, p. 86-87; Hornman 2016a, p. 63; De Hullu 2018, p. 508-509; Kesteloo 2013, p. 75-76).

en resulteerde in de benodigde ontheffing. Op basis daarvan werd gesteld dat de betrokkene – wederom indirect – had aangestuurd op die gedraging. Dat hij als luchthavendirecteur verder op geen enkele wijze bij de organisatorische aspecten van de desbetreffende vlucht was betrokken, deed daaraan niet af.

Pas nadat de Hoge Raad in het overzichtsarrest deze vormen van actieve(re) betrokkenheid uiteen heeft gezet, komt hij toe aan de welbekende Slavenburgcriteria die zien op passieve betrokkenheid (of wellicht zuiverder: op gevallen waarin actieve betrokkenheid niet kan worden aangetoond). Deze als ondergrens voor aansprakelijkheid fungerende criteria krijgen daarmee een veel minder prominente plaats toebedeeld dan tot voor kort het geval was. Waar de Slavenburgcriteria in het verleden – en in het bestuursrecht (voor zover zij daar expliciet worden aangehaald[106]) nog steeds[107] – veelal als dé criteria voor feitelijk leidinggeven werden gezien, is dat met het overzichtsarrest verleden tijd. Feitelijk leidinggeven bestaande uit actieve inmenging wordt door de Hoge Raad duidelijk op de voorgrond geplaatst. De mate van betrokkenheid is overigens ook van belang voor de nadere invulling van de Slavenburgcriteria. Deze houden in dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken wanneer de betrokkene ondanks het feit dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen,[108] dergelijke maatregelen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze verboden gedragingen zich zullen voordoen.[109] De wellicht wat ongelukkig gekozen term bevoegdheid ziet daarbij op feitelijke zeggenschap. Een formeel-hiërarchische positie is immers niet vereist,[110] maar evenmin afdoende voor aansprakelijkheid.[111] Het enkel zijn van directeur of leidinggevende maakt iemand nog niet tot feitelijk leidinggever.[112] Uiteindelijke zeggenschap is evenwel geen vereiste. Het gegeven dat de leidinggevende op zijn beurt mogelijk weer ondergeschikt is aan anderen, hoeft dus geen beletsel te vormen voor het aannemen van feitelijk leidinggeven.[113] Wel kan die ondergeschiktheid van invloed zijn op de maatregelen die van de betrokkene kunnen worden gevergd in het kader van de beoordeling van de vraag of en op welke wijze de leidinggevende redelijkerwijs gehouden is om te interveniëren. Deze kan immers niet buiten de eigen bevoegd- en mogelijkheden treden. Het 'redelijkerwijs gehouden zijn' lijkt overigens vooral van betekenis voor omvangrijkere rechtspersonen waar bevoegd- en verantwoordelijkheden

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

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

108 In de jurisprudentie keren beide opties terug (zie over beëindiging bijvoorbeeld HR 20 november 1984, NJ 1985/355 m.nt. G.E. Mulder (*NCB*)). Welke van de twee volstaat, zal afhangen van het concreet voorliggende voorschrift (vgl. par. 3 over het kunnen voorkomen dan wel moet kunnen bewerkstelligen bij functioneel daderschap).

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

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

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

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

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

als gevolg van de interne taakverdeling niet zonder meer samenvallen. Bij kleine rechtspersonen zal dat vaak wel het geval zijn.[114]

Het gehouden zijn is voorts ook sterk afhankelijk van de mate van feitelijke betrokkenheid bij de verboden gedraging. In geval van *actieve betrokkenheid* is de leidinggevende niet alleen sneller en tot meer gehouden, ook zal deze eerder aansprakelijk zijn voor misdragingen van collega-feitelijkleidinggevers. Daar waar dusdanig nauw en doelgericht is samengewerkt en het beleid gezamenlijk wordt bepaald, komen de handelingen van de een ook voor rekening van de anderen en is niet relevant wie van de leidinggevenden precies welke handeling heeft verricht. Ook zijn alle betrokken leidinggevenden evenzeer gehouden om een einde te maken aan die verboden gedragingen. Aan een eventuele onderlinge taakverdeling komt dan geen, of in ieder geval weinig, betekenis toe.[115] Dat ligt blijkens de Slavenburgcasus anders bij *passieve betrokkenheid*. Daarin werd door het hof overwogen dat de overige bestuursleden de afhandeling van de aanpak van de fraudesignalen mochten overlaten aan de portefeuillehouder. Deze laatste mocht er na het uitvaardigen van instructies vervolgens weer op vertrouwen dat de praktijken waren beëindigd, nu deze geen signalen van het tegendeel ontving. Een verplichting om passend toezicht te houden zodat kon worden geverifieerd of dat ook daadwerkelijk het geval was, werd door het hof niet aangenomen.[116] Of dat laatste nog steeds in die stellige en ongeclausuleerde vorm voor geldend recht doorgaat – de Slavenburgaffaire ligt inmiddels al weer ruim drie decennia achter ons – kan worden betwijfeld. Recente rechtspraak laat op dit punt een wisselend beeld zien, maar waarschijnlijk ligt een en ander tegenwoordig genuanceerder.[117] Voorts belichten beide casussen ook de uitersten van een spectrum dat wellicht eerder als een glijdende schaal moet worden gezien. Niettemin blijft de vraag of en in hoeverre het nalaten om adequaat toezicht te houden, hetgeen zou kunnen worden gekwalificeerd als 'slecht leidinggeven',[118] mag worden gelijkgesteld met aanvaarding, zowel in de straf- als de bestuursrechtelijke literatuur en jurisprudentie nog relatief onbeantwoord.[119] Wanneer falend management ook echt strafwaardig management wordt, blijft daardoor onduidelijk. Dat terwijl het scala aan situaties dat onder slecht leidinggeven valt breed is. Naast gevallen waarin de leidinggevende geen kwaadwillende intenties heeft en weliswaar verwijtbaar

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

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

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

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

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

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

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

Reikwijdte van het opzetvereiste

Het bovenstaande laat zien dat het nalaten om maatregelen te treffen, oftewel het 'horen, zien en (vervolgens) zwijgen' onder omstandigheden genoeg kan zijn om feitelijk leidinggeven aan te nemen.[120] Daaraan verbindt de Hoge Raad wel de duidelijke voorwaarde dat de betrokkene ook bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat de door die omissie mogelijk wordende verboden gedragingen zich zouden realiseren. De leidinggevende die ten onrechte ervan uitgaat dat het zo'n vaart niet zal lopen, voldoet niet aan het opzetvereiste en is daarom geen feitelijk leidinggever, hoe verwijtbaar die inschattingsfout mogelijk ook is.[121] Mede in het licht daarvan is, in navolging van de verruimde uitleg van het aanvaardingsvereiste zoals dat tegenwoordig geldt voor functioneel plegerschap,[122] ook voor feitelijk leidinggeven de vraag opgeworpen of het niet voldoen aan de in redelijkheid van de leidinggevende te vergen zorg ter voorkoming van de verboden gedraging, voldoende zou moeten zijn om van aanvaarding te spreken.[123] In diens conclusie voor HR 14 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU8789, *NJ* 2012/133[124] pleit A-G Vellinga daar uitdrukkelijk voor, in het bijzonder bij culpoze misdrijven en – voor het bestuursrecht zeer relevant – bij overtredingen. Die ruimere invulling wordt door de Hoge Raad nadrukkelijk van de hand gewezen: '[i]n feitelijk leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.'[125] Dat is niet alleen het geval bij (doleuze) misdrijven, maar dus ook bij overtredingen.[126]

Uit deze expliciete afwijzing volgt dus dat het aanvaardingsvereiste bij feitelijk leidinggeven een *andere* – en strengere – *invulling* krijgt dan bij functioneel plegerschap. Om die reden is het bijzonder kwalijk dat de Slavenburgcriteria en de IJzerdraadcriteria in het financieel-economische bestuursrecht ineen plegen te worden geschoven.[127] Die samenvoeging miskent namelijk dat het in beide gevallen om een geheel ander aanvaardingsvereiste gaat, hetgeen vergaande gevolgen kan hebben voor de aan te leggen maatstaf voor aansprakelijkheid. Onder het oude aanvaardingsvereiste voor functioneel plegerschap zoals dat voorafgaand aan het Drijfmest-arrest gold, kon nog worden betoogd dat dit criterium nagenoeg overeenkwam met het voorwaardelijk opzetvereiste van feitelijk leidinggeven. Sinds de verruiming van het aanvaardingscriterium in het Drijfmest-arrest – aanvaarding omvat thans ook het niet betrachten van de in redelijkheid te vergen zorg met

120 Van Elst 1997, p. 65; De Hullu 2018, p. 513; Sikkema 2010, p. 75.
121 Doorenbos 2013, p. 170.
122 Zie hierover par. 3.
123 In bevestigende zin: Van Asperen de Boer 2014a, p. 19-30; C.M.I. van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel II)', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance voor Ondernemingen* 2014b, p. 63; Kesteloo 2013, p. 102-104; P.W. van der Kruijs, 'Joint of superior responsibility', *Strafblad* 2013, p. 479. Ontkennend: Doorenbos 2014; De Hullu 2018, p. 514; Hornman 2016a, p. 80-81 en 468-477; Hornman 2016b, p. 128-139.
124 Onder punt 12 en 13.
125 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).
126 Dat laatste bleek overigens al uit HR 23 juni 1987, *NJ* 1988/44.
127 Vide supra voetnoot 27 tot en met 29, in het bijzonder CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, *JOR* 2017/42 m.nt. S.M.C. Nuijten (*ECC Southeast*).

het oog op het voorkomen van de verweten gedraging – kan die opvatting echter niet langer worden volgehouden. Beide aansprakelijkheidsfiguren zijn daardoor duidelijk uit elkaar gegroeid.[128] Het verdient derhalve aanbeveling dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven op dit punt afstand neemt van zijn eerdere rechtspraak en de gemaakte koppeling tussen beide criteria loslaat.

Met de bovenstaande overweging bevestigt de Hoge Raad bovendien het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven,[129, 130] want kenmerkend voor deelneming is dat altijd sprake moet zijn van opzet. Dit opzet blijft bij overtredingen echter beperkt tot de deelnemingshandeling,[131] in casu: het leidinggeven. Dat veronderstelt dat de betrokkene tot op zekere hoogte weet moet hebben *van* de door de rechtspersoon begane verboden gedragingen,[132] dan wel dat er een aanmerkelijke kans bestond dat de rechtspersoon deze of soortgelijke gedragingen zou begaan. Dit moet niet worden verward met het hebben van opzet *op* die gedragingen. In dat laatste geval moet men namelijk ook wetenschap hebben van de omstandigheden die de gedraging strafbaar *maken*,[133] hetgeen weer moet worden onderscheiden van wetenschap dat die gedraging strafbaar *is* (boos opzet).

Omdat de kwestie over de kleur van opzet vooral in het financieel-economische bestuursrecht regelmatig tot de nodige discussie leidt,[134] lijkt het ons goed om hier wat uitvoeriger bij stil te staan. Een aan een recente conclusie van advocaat-generaal Vegter ontleend strafrechtelijk voorbeeld kan daarbij de nodige verduidelijking bieden.[135] De vermeende aanscherping van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt ziet namelijk op een specifiek strafrechtelijk probleem: de afbakening misdrijf/overtreding. In de casus wordt de verdachte verweten feitelijk leiding te hebben gegeven aan meerdere bij of krachtens milieu-, woning- en

128 Sikkema 2010, p. 79-80.

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

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

131 De Hullu 2018, p. 511; Hornman 2016a, p. 71; De Valk 2009, p. 431; Wolswijk in diens noot onder HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*). Zie hierover ook par. 6.

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

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

134 Zie hierover nader het preadvies van Van Overbeek en Dusée.

135 Zie Conclusie A-G 26 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:653. Het bijbehorende arrest was ten tijde van het schrijven van deze algemene inleiding nog niet verschenen.

arbeidsomstandighedenwetgeving strafbaar gestelde gedragingen door – kort gezegd – bouwwerkzaamheden te laten verrichten aan een kippenstal waarin asbest is verwerkt. Van de (opzettelijke) misdrijfvarianten wordt de verdachte vrijgesproken, wel wordt hij veroordeeld voor het feitelijk leidinggeven aan de subsidiair tenlastegelegde overtredingen. De verdachte claimt, en wordt daarin door het hof gevolgd, geen wetenschap te hebben gehad van het feit dat er in de stallen asbest was verwerkt. Om die reden waren ook geen voorzorgsmaatregelen genomen voor de verwijdering van asbesthoudend materiaal (feit 1), was er geen asbestinventarisatierapport opgemaakt (feit 2), zijn de werkzaamheden niet uitgevoerd door een bedrijf dat over de benodigde certificaten beschikte (feit 3) en is aan de werknemers van het bedrijf dat die werkzaamheden uitvoerde ook niet de benodigde bescherming geboden (feit 4). Voor de veroordeling ter zake van het feitelijk leidinggeven aan deze gedragingen in overtredingsvariant, hoeft enkel te worden aangetoond dat de betrokkene weet heeft van het feit dat de werkzaamheden aan de kippenstallen plaatsvinden.[136] Voor een veroordeling ter zake van de (opzettelijke) misdrijfvariant zou daarenboven moeten worden aangetoond dat de betrokkene wist dat er geen voorzorgsmaatregelen waren genomen, er geen inventarisatierapport was opgemaakt etc. (kleurloos opzet). Wetenschap dat dergelijke maatregelen etc. verplicht waren (boos opzet), is niet nodig. De betrokkene hoeft geen opzet te hebben op/weet te hebben van de wederrechtelijkheid van zijn gedraging.[137] Dat de betrokkene niet weet dat hij een wettelijk voorschrift schendt, is irrelevant. Voor het strafbaar handelen zonder vergunning is afdoende is dat hij weet dat hij geen vergunning heeft. Het is niet noodzakelijk dat hij ook wist dat hij een vergunning moest hebben.

Tot zover is er eigenlijk geen discussie en is de redenering geheel in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals deze sinds 1952 breed wordt geïnterpreteerd. Bovenstaande uitleg kan evenwel verstrekkende gevolgen hebben, waardoor soms toch enige verkleuring van het opzet optreedt om de reikwijdte van de strafbepaling enigszins in te perken, zo ook in deze casus. Wanneer de leer van het kleurloos opzet zeer rigide wordt uitgelegd, zou dat de overtredingsvariant geheel overbodig maken. De enkele wetenschap dat er geen inventarisatierapport is, zou dan bijvoorbeeld al voldoende zijn om het gedrag als misdrijf te kwalificeren. Wetenschap van de noodzaak van een rapport is immers niet nodig. Om het onderscheid tussen de overtreding en het misdrijf te behouden, stelt het hof dat de betrokkene voor een bewezenverklaring van de misdrijfvariant weet moet hebben van het feit dat er asbest wordt verwijderd, dan wel dat de stallen asbesthoudend materiaal bevatten. Zonder die kennis bestaat er immers geen aanleiding om maatregelen te treffen, een rapport op te laten stellen etc.[138] Door de kenniseis op deze manier te interpreteren, blijft het verschil in strafwaardigheid van het handelen dat tot uiting komt in de kwalificatie als misdrijf of overtreding

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

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

138 Zie de overwegingen van het hof geciteerd onder 5 van de Conclusie A-G.

behouden. Anders dan wel wordt betoogd, past deze door het hof gegeven uitleg binnen de interpretatie die de Hoge Raad zelf aan dit leerstuk geeft en is van een kentering in de rechtspraak dus geen sprake.[139] De voornoemde uiterst rigide uitleg heeft de Hoge Raad namelijk nooit beoogd. Zoals Hendriks terecht benadrukt, volgt uit de door de Hoge Raad gebezigde formulering dat opzet vereist is op 'de gedraging in haar verschillende bestanddelen', dat er (voor bewezenverklaring van de misdrijfvariant) wetenschap moet zijn van de specifieke voorwaarden die het gedrag strafbaar maken.[140] Dat komt er dus op neer dat voor een bewezenverklaring van de overtreding met wetenschap van de werkzaamheden sec kan worden volstaan, maar dat voor de misdrijfvariant daarnaast ook wetenschap van de aanwezigheid van asbest (de strafbepalende omstandigheden) is vereist. Daarmee is de opvatting dat het kleurloos opzet tegenwoordig 'bozer' moet worden uitgelegd dus onjuist. Logischerwijs is de daaraan verbonden consequentie dat die nieuwe uitleg ook gevolgen zou moeten hebben voor het bestuursrecht dat dan eveneens. De wetenschap van de bijkomende omstandigheden is juist bedoeld om het misdrijf van de overtreding te onderscheiden en dat aspect is alleen relevant voor het strafrecht, niet voor het bestuursrecht. Vanuit die optiek gezien is het geheel terecht dat de bestuursrechter vast blijft houden aan zijn jurisprudentie dat opzet op de wederrechtelijkheid niet is vereist en dat de Hoge Raad op dit punt niet van standpunt is gewijzigd.[141]

Dat neemt niet weg dat dit aspect, zij het op een andere manier en tegen de achtergrond van een bredere discussie over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht, een punt van aandacht zou moeten zijn voor bestuursrechtjuristen. In het strafrecht vormen overtredingen de minder ingrijpende variant van bepaald gedrag dat, onder aanvullende verzwarende omstandigheden, veelal ook als misdrijf strafbaar is gesteld.[142] Omdat het om een veel lichter verwijt gaat, wordt bij overtredingen ook met een veel lichtere toets volstaan. Het opzet van de deelnemer aan een overtreding hoeft aanzienlijk minder ver te reiken dan dat van de deelnemer aan een misdrijf. Dat geldt voor deelneming in het algemeen, maar, zoals in het bovenstaande is gebleken, ook voor de kleur van het opzet van de deelnemer. Voor het strafrecht is dat niet problematisch, omdat hierin een evenwichtige balans tussen het belang van effectieve rechtshandhaving (instrumentaliteit) en rechtsbescherming tot uiting komt, waarbij de ernst van het feit doorslaggevend is voor de richting waarin die balans uitslaat. Deze afweging betreft echter een puur interne strafrechtelijke aangelegenheid en draagt bij aan interne consistentie binnen het strafrecht. Bij de afweging of wetsovertredingen via het strafrecht dan wel via het bestuursrecht moeten worden gehandhaafd, en dus bij de vraag naar de (externe) consistentie tussen strafrecht en bestuursrecht, spelen daarentegen ook andere factoren dan de ernst van het feit een – niet zelden doorslaggevende –

139 Hendriks 2013, p. 295.
140 Hendriks 2013, p. 291, 293 en 296-297.
141 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie nader het preadvies van Van Overbeek en Dusée.
142 Daarmee is niet gezegd dat overtredingen ook altijd lichte vergrijpen zijn die ook licht worden bestraft. Voor bepaalde overtredingen worden ook in het strafrecht forse straffen opgelegd. Niettemin zullen ernstige inbreuken in de regel als misdrijf worden aangemerkt omdat dit verdergaande toepassing van dwangmiddelen, leerstukken van materieel strafrecht (o.a. onvolkomen delictsvormen) en bepaalde strafbepalingen (o.a. witwassen en deelname aan een criminele organisatie) mogelijk maakt.

rol.[143] De rechtvaardiging die binnen het strafrecht kan worden aangevoerd voor een relatief soepele omgang met het feitelijk leidinggeven aan overtredingen, kan daarom niet ongeclausuleerd worden geëxtrapoleerd naar het bestuursrecht. Via het bestuursrecht worden immers meerdere wettelijke voorschriften gehandhaafd die gezien hun ernst en de sancties die bij overtreding worden opgelegd, zonder meer als misdrijf zou kunnen worden gekwalificeerd, maar, veelal om op zich begrijpelijke en legitieme afwegingen van de wetgever (doelmatigheid, expertise bij toezichthouder, in een hand verenigen van toezicht en handhaving etc.), bij het bestuursrecht zijn ondergebracht. Aan die keuze voor het bestuursrecht is echter inherent dat de schending van het voorschrift de stempel 'overtreding' krijgt, en die aanmerking als overtreding zorgt er weer voor dat het voor overtredingen geldende materieelrechtelijke kader van toepassing wordt. Het is aan het bestuursrecht om de vraag te beantwoorden of dat voor het strafrecht ontwikkelde kader wel aansluit op de specifiek eigen noden van het bestuursrecht; een vraag die wij niet direct onder alle omstandigheden positief zouden durven te beantwoorden.[144] De wetsgeschiedenis biedt ook ruimte voor enige divergentie op dit punt. De wetgever sprak bij de introductie van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht uitdrukkelijk over het voorkomen van *onnodige* verschillen met het strafrecht.[145] Op dit punt kan worden betoogd dat er wel aanleiding is voor enige divergentie.

Na het voorgaande rijst nog wel de vraag hoe concreet het kennisvereiste moet zijn. Het bewust aanvaarden ziet op de gedraging die de rechtspersoon wordt verweten. Dat is immers het grondfeit waaraan leiding is gegeven en waarvan de leidinggevende dus weet moet hebben.[146] Het kennisvereiste is overigens een relatief globaal of generiek opzetvereiste. De feitelijk leidinggever wordt immers verweten de door de rechtspersoon begane verboden gedraging te hebben bevorderd. Dat is

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

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

145 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 96. Zie hierover ook par. 1 van dit Algemene deel.

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

iets anders dan het zelf begaan van die overtreding. Dat suggereert dat er mogelijk enige afstand kan bestaan tussen het leidinggeven en de uiteindelijk door de rechtspersoon begane verboden gedraging. Om die reden mag het kennisvereiste dus iets losser zijn.[147] Niet nodig is dat de leidinggevende ook weet waar, wanneer, hoe en hoe frequent de overtreding is begaan.[148] Een mooie bevestiging hiervan is te vinden in het Klaver Fashion-arrest waarin de leidinggevende op de hoogte was van het feit *dat* er zonder de daarvoor benodigde vergunning arbeid werd verricht door vreemdelingen, maar deze niet wist om welke personen of hoeveel gevallen het precies ging. Desondanks werd aangenomen dat hij aan alle in de tenlastelegging genoemde gevallen feitelijk leiding had gegeven, ook de gevallen waar hij niet bekend mee was.[149] Voorts is evenmin vereist dat de leidinggevende kennis droeg van de specifieke in het boetebesluit genoemde door de rechtspersoon begane overtreding. Kennis van eerdere overtredingen of van overtredingen die in nauw verband staan met deze overtreding volstaat.[150]

Tegelijkertijd blijft het kennisvereiste als zodanig wel overeind. Zo is het enkele (vage) vermoeden dat er ergens binnen de onderneming mogelijk iets mis is nog niet toereikend.[151] Men kan geen feitelijk leidinggeven aan gedragingen waarvan men niet (in enige mate) op de hoogte is.[152] Dat is slechts anders wanneer de betrokkene zichzelf doelbewust onwetend houdt. Doelbewust onwetend houden mag namelijk worden gelijkgesteld met bewuste aanvaarding.[153] De bewijslast daarvoor ligt in het strafrecht echter hoog en voorbeelden uit de jurisprudentie waarin de rechter expliciet stelt dat er sprake is van feitelijk leidinggeven omdat de betrokkene zich doelbewust onwetend heeft gehouden zijn schaars.[154] Het niet houden van adequaat toezicht of het niet instellen van nader onderzoek naar signalen die op misstanden zouden kunnen duiden, zal daarvoor veelal nog niet toereikend zijn. Sterke indicaties van misstanden of het structureel verzaken van toezicht lijken daarvoor wel een absolute voorwaarde, en zelfs dan kan alsnog worden betwijfeld of dat afdoende is voor feitelijk leidinggeven. Ook onder die omstandigheden kan de leidinggevende betogen dat hij die signalen achteraf bezien simpelweg niet voldoende op waarde heeft weten te schatten. Dat laatste levert hoogstens 'slecht leidinggeven' op en van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor mismanagement wil de Hoge Raad vooralsnog niks weten.[155]

147 Doorenbos 2014, p. 36; De Hullu 2018, p. 513; Knigge/Wolswijk 2015, p. 312.
148 Doorenbos 2013, p. 170; Van Elst 1997, p. 59-60; De Hullu 2018, p. 513; Hornman 2016a, p. 74; Knigge/Wolswijk 2018, p. 312; Sikkema 2010, p. 77; Wolswijk 2007a, p. 97.
149 HR 1 juni 1993, NJ 1994/53 (*Klaver Fashion*).
150 De Hullu 2018, p. 513-514.
151 C.H. Brants, 'Slavenburg en de grenzen van het strafrecht', *Recht en kritiek* 1988-1, p. 52; C.H. Brants, 'The King can do no wrong. Daderschap, feitelijk leidinggeven en de staat', *Delikt en Delinkwent* 1996, p. 526.
152 Evenmin kan men dan gehouden zijn om in te grijpen. Het kennisvereiste en het redelijkerwijs gehouden zijn, haken aldus in elkaar (Van Asperen de Boer 2014a, p. 23).
153 Hornman 2016a, p. 75; Sikkema 2010, p. 77; De Valk 2009, p. 432-433.
154 Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BT2641 (*Royal Dubai*); ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065, JM 2016/75 m.nt. T. van der Meulen (*Edelchemie*).
155 Zie hierover nader par. 7 en het preadvies van Hornman.

6 Medeplegen

Niet altijd worden alle handelingen die resulteren in de overtreding door een enkele (rechts)persoon verricht, maar zijn er meerdere (rechts)personen betrokken bij de overtreding. Sinds de Vierde tranche Awb is het mogelijk om deze betrokkenen aan te spreken als medeplegers. Een bijkomend voordeel van deze deelnemingsvorm is dat de aangesprokene geen normadressaat van het geschonden voorschrift hoeft te zijn. Voor de invulling van het begrip medeplegen dient de bestuursrechter volgens de wetgever aansluiting te zoeken bij artikel 47 Sr en de strafrechtelijke jurisprudentie hieromtrent.[156] Medeplegen veronderstelt een bewuste en nauwe samenwerking tussen twee of meer (niet te vereenzelvigen[157]) natuurlijke en/of rechtspersonen welke in beginsel tot uiting komt in een gezamenlijke uitvoering.[158] Het accent ligt bij medeplegen evenwel primair op de onderlinge samenwerking en veel minder op de vraag wie nu precies welke concrete handeling(en) heeft verricht.[159] Het is dus niet noodzakelijk dat de medepleger zelf uitvoeringshandelingen heeft verricht – een gezamenlijke uitvoering is namelijk niet vereist – of fysiek aanwezig is op het moment dat die uitvoeringshandelingen feitelijk worden verricht.[160] Ook (rechts)personen die op afstand staan en meer achter de schermen opereren, kunnen als medepleger worden aangemerkt, zelfs als hun directe bijdrage aan de uitvoering vrij beperkt blijft. Met het oog op de afgrenzing tussen medeplegen en medeplichtigheid stelt de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest van december 2014 niettemin voorop dat de kwalificatie medeplegen alleen gerechtvaardigd is, indien de door de verdachte geleverde intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van voldoende gewicht is.[161] Uit de voorwaarde dat het moet gaan om een bijdrage van voldoende gewicht volgt dat

156 Recente voorbeelden in de jurisprudentie, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429, *AB* 2018/405.

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

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

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

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

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

het niet noodzakelijk is dat de door de medepleger geleverde bijdrage onmisbaar is voor het tot stand komen van de overtreding.[162] Het feit dat de gedraging net zo goed of wellicht zelfs beter door een van de andere medeplegers kon worden verricht, doet aan medeplegen dus niet af.

Vanwege bovengenoemde afgrenzing geldt voor gedragingen van meer ondersteunende aard die normaliter eerder met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht, denk in een bestuursrechtelijke context aan het verstrekken van inlichtingen en het verschaffen van een gelegenheid,[163] een verplichting voor de feitenrechter om, wanneer deze desondanks meent dat er in het voorliggende geval sprake is van medeplegen, dat oordeel uitdrukkelijk en nauwkeurig te motiveren.[164] Deze afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid is voor het bestuursrecht van groot belang, nu de medeplichtige in het bestuursrecht niet wordt erkend als overtreder (art. 5:1 Awb).[165] Daarmee sluit het bestuursrecht aan bij het strafrecht waar medeplichtigheid aan overtredingen evenmin strafbaar is (art. 48 Sr).[166] Bij de beoordeling van de vraag of deze normaliter met medeplichtigheid in verband te brengen gedragingen toch medeplegen opleveren, kan worden gekeken naar de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol van de betrokkene in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip.[167] In latere rechtspraak voegt de Hoge Raad daaraan nog de aard van het delict toe.[168] Ook kan van belang zijn of zich meerdere ondersteunende gedragingen hebben voorgedaan.[169] Het gewicht dat aan het niet distantiëren toekomt, blijft evenwel beperkt nu medeplegen vereist dat de betrokkene een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het delict.[170] Doorgaans zal dat een actieve bijdrage zijn, maar zeker bij (oneigenlijke) omissiedelicten is niet uitgesloten dat het medeplegen (deels) bestaat uit een nalaten of uit niet, te laat of ontoereikend ingrijpen.[171] In de meeste gevallen zal 'de

162 De Hullu 2018, p. 462.

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

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

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

166 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 79. Tegen die achtergrond is de fiscaalrechtelijke regeling van art. 670 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) die het onder omstandigheden mogelijk maakt om bestuurlijke boetes op te leggen aan medeplichtigen extra opvallend.

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

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

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

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

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

gedraging' (strafrechtelijke terminologie) of 'de overtreding' (bestuursrechtelijke terminologie) evenwel uit een complex van doen en nalaten bestaan,[172] waardoor de relevantie van het onderscheid enigszins wordt gerelativeerd. Overigens is niet vereist dat op alle onderdelen van het delict wordt samengewerkt. Zo kan intensieve samenwerking ten aanzien van het beoogde meer omvangrijke einddelict volgens Postma doorwerken in de daarvoor benodigde samenstellende delen daarvan, zodat de samenwerking zich ook daartoe uitstrekt.[173] Ook verdeling van bestanddelen – waaronder de door het delict (impliciet) vereiste kwaliteit – tussen de betrokken medeplegers is mogelijk,[174] waardoor zelfs van medeplegen kan worden gesproken indien een van de betrokkenen de delictsomschrijving geheel zelfstandig vervult en dus als pleger kan worden aangemerkt.[175] Kernpunt is en blijft evenwel dat de bijdrage van de betrokkene substantieel genoeg moet zijn om hem als medepleger te kunnen bestempelen. Daarvoor is niet zozeer vereist dat diens rol gelijkwaardig is aan die van andere betrokkenen,[176] maar wel dat die rol volwaardig genoeg is om de kwalificatie 'dader' (of in het bestuursrecht: 'overtreder') te rechtvaardigen. In dat opzicht kan (of eigenlijk: moet) een geringe of ontbrekende rol bij de uitvoering worden gecompenseerd door een grotere rol bij de voorbereiding of na afloop van het strafbare feit. Dat zal evenwel slechts in uitzonderlijke situaties het geval zijn. Van de strafrechter wordt daarom verwacht dat hij, indien hij tot een bewezenverklaring van medeplegen komt, duidelijk in diens bewijsvoering uiteenzet waaruit die compenserende bijdrage bestaat, waarom die bijdrage van voldoende compenserend gewicht is en dat van een bewuste en nauwe samenwerking kan worden gesproken.[177] Over de vraag of van het bestuursorgaan en/of de bestuursrechter eenzelfde houding wordt verwacht, hebben de hoogste bestuursrechtelijke colleges zich nog niet uitgelaten.

Hoewel de voornoemde materieelrechtelijke factoren om medeplegen van medeplichtigheid te onderscheiden en de invulling die de Hoge Raad daaraan in zijn jurisprudentie heeft gegeven de feitenrechter een zekere richtlijn bieden om in een concreet voorliggend geval te beoordelen of er sprake is van medeplegen of medeplichtigheid, blijft dat beoordelingskader erg casuïstisch.[178] Dat kan volgens de Hoge Raad ook niet anders.[179] Om de feitenrechter enigszins uit de brand te helpen, voegt de Hoge Raad daaraan wel toe dat de feitenrechter, indien de concrete feitelijke gebeurtenissen niet geheel kunnen worden opgehelderd en de concrete

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

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

174 De Hullu 2018, p. 459.

175 De Hullu 2018, p. 470-471.

176 Postma 2014, p. 15. Vgl. De Hullu 2018, p. 462. In deze zin bijvoorbeeld wel *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 80 en Damen e.a. 2016, p. 595.

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

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

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

bijdrage van de betrokkene dus (deels) onduidelijk blijft waardoor niet met zekerheid kan worden vastgesteld wat het aandeel van de betrokkene is geweest, acht mag slaan op de procesopstelling van de verdachte.[180] Dat betekent dat de feitenrechter betekenis mag toekennen aan het feit dat de verdachte een aantoonbaar onjuiste of ongeloofwaardige verklaring heeft afgelegd of dat deze in het geheel niet wenst te verklaren, terwijl de omstandigheden waaronder de verdachte is aangetroffen, wel dusdanig belastend zijn dat hieruit kan worden afgeleid dat deze op zijn minst enige betrokkenheid bij het delict moet hebben gehad.[181] Ook het pas in een zeer laat stadium afleggen van een verklaring, dus na het zichtbaar worden van hiaten of zwakke schakels in de bewijsconstructie, kan in dat opzicht door de rechter worden meegewogen. De verdachte krijgt dus niet zonder meer het voordeel van de twijfel, in die zin dat hij bij gebrek aan bewijs van verdergaande betrokkenheid dan maar als medeplichtige wordt aangemerkt.

> 'De omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden mag op zichzelf, mede gelet op het bepaalde in art. 29, eerste lid, Sv [het zwijgrecht, MJH], niet tot het bewijs bijdragen.[182] Dat brengt echter niet mee dat de rechter, indien een verdachte voor een omstandigheid, die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem telastegelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven, zulks niet in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal zou mogen betrekken.'[183]

Dat is ook niet onverenigbaar met artikel 6 EVRM.[184] Het voorgaande komt erop neer dat indien de door het Openbaar Ministerie aangedragen bewijsmiddelen eigenlijk maar één voor de hand liggend scenario toelaten – het scenario waarin de verdachte schuldig is – uit het uitblijven van een ontzenuwende verklaring van de zijde van de verdediging mag worden afgeleid dat die ontzenuwende verklaring ook niet kan worden gegeven omdat die er simpelweg niet is. Als er zich een alternatief scenario heeft voorgedaan dat afwijkt van het scenario dat door het Openbaar Ministerie is geschetst, dan is dit het moment om dat scenario uit de doeken te doen. Gebeurt dat niet, dan mag de rechter daaraan de logische gevolgtrekking

---

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

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

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

183 HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584 (*Strippenkaart*). Zo kan de rechter uit het feit dat de verdachte weigert nadere vragen te beantwoorden over hoe het voorval volgens hem heeft plaatsgevonden, afleiden dat die gestelde gang van zaken zich niet heeft voorgedaan (HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0413, NJ 1996/540 m.nt. T.M. Schalken). Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin de rechter de kennelijke leugenachtigheid van de verklaring van de verdachte gebruikt voor de bewijsredenering (zie hierover nader A.N. Biersteker en B. de Wilde, 'Het gebruik van kennelijk leugenachtige verklaringen van verdachten in bewijsmotiveringen', *Delikt en Delinkwent* 2015, p. 842-858).

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

verbinden dat de verdachte het hem verweten feit heeft begaan. In het strafrecht heeft het betekenis toekennen aan de procesopstelling de laatste jaren een enorme vlucht genomen.[185] Het is nog afwachten in hoeverre de bestuursrechter daar acht op zal gaan slaan.

Uit het criterium 'bewuste en nauwe samenwerking' volgt dat medeplegen zich kenmerkt door een subjectieve component – de bewustheid – waarin de intensiteit van de samenwerking tot uiting komt en een objectieve component die het gewicht van de bijdrage belicht. Deze moet immers van voldoende gewicht zijn om de kwalificatie medeplegen te rechtvaardigen. Bij de subjectieve zijde gaat het, zoals bij deelneming altijd het geval is, om een dubbel opzetvereiste: de medepleger moet opzet hebben op de samenwerking en opzet op het grondfeit. Daar waar het grondfeit een overtreding betreft, zoals in het bestuursrecht, blijft het opzet beperkt tot de delictsgedraging of de voortdurende toestand, in die zin dat de betrokkene weet heeft van het plaatsvinden van die gedraging.[186] Wetenschap van het verboden karakter van die gedraging (boos opzet) is niet vereist.[187] Hoewel de Hoge Raad overweegt dat voor medeplegen van overtredingen enkel opzet op de samenwerking vereist is,[188] ligt in die samenwerkingseis wel besloten dat de betrokkene zich moet hebben gerealiseerd dat de gedraging werd verricht en een uitvloeisel vormde van de samenwerking. Dat samenwerkingsopzet reikt verder dan alleen het oorspronkelijke plan/het nagestreefde doel en eventueel via voorwaardelijk opzet ingecalculeerde nevengevolgen en omvat eveneens niet-ingecalculeerde maar in het licht van het nagestreefde doel evident voorzienbare overtredingen. Daaronder vallen ook overtredingen die in het geheel niet bijdragen aan het realiseren van het beoogde doel,[189] waarbij kan worden gedacht aan overtredingen die de pakkans vergroten of die ernstiger zijn dan de beoogde wetsovertredingen.

Om van medeplegen te kunnen spreken zal zowel aan de objectieve component (het gewicht van de bijdrage) als aan de subjectieve component (het opzet) moeten zijn voldaan. Beide componenten zijn geen communicerende vaten. De aard en de omvang van de geleverde bijdrage kan in dat kader weliswaar een bewijsindicatie zijn voor het bij de betrokkene aanwezige opzet, maar het leveren van een grote bijdrage aan de uitvoering van het delict kan een gebrek aan opzet niet compenseren.[190] Iemand die louter behulpzaam wil zijn en diens ondersteunende

185 Zie daarover zeer recent nog Meijer en Ter Haar 2018.

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

187 Doorenbos 2013, p. 166. Zie daarover eerder uitvoerig par. 6.

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

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

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

gedragingen meer vanuit een zelfstandige buitenstaanderspositie verricht dan dat hij daartoe bewust en nauw met anderen samenwerkt, wordt niet ineens medepleger omdat zijn hulp uiterst effectief en wellicht zelfs doorslaggevend blijkt te zijn voor de uitvoering van het delict.[191] Evenmin kan een overdaad aan opzet compenserend werken voor een te geringe feitelijke bijdrage aan de uitvoering van het delict.[192]

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

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

7 Bange bestuurders in het bestuursrecht?

Het overkoepelende thema van de in deze bundel opgenomen preadviezen 'samen werken is samen de klos?' roept het schrikbeeld op van een risicoaansprakelijkheid. Is dat angstbeeld terecht? In verschillende preadviezen worden de mogelijkheden besproken om bestuurlijke sancties op te leggen aan bestuurders en andere (decentrale) leidinggevende functionarissen van ondernemingen, al dan niet in combinatie met het tegelijkertijd beboeten van de onderneming of van één of meer tot die onderneming behorende rechtspersonen.[193] 'Bestuurdersaansprakelijkheid'[194] blijkt een gevoelig onderwerp te zijn onder juristen, het heeft dan ook in meerdere rechtsgebieden al voor de nodige discussie gezorgd. Vooral in het ondernemingsrecht blijkt er grote weerstand te bestaan tegen het persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders. In zijn oratie uit 2005 waarschuwt Maarten Kroeze voor de ongewenste bijwerkingen die (vergaande) aansprakelijkheid van bestuurders kan meebrengen.[195] Het zou onder meer de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven schaden en ertoe leiden dat *bona fide* bestuurders onwenselijk risicomijdend gedrag gaan vertonen waardoor zij hun taak niet meer goed kunnen uitoefenen. Om 'bange bestuurders' te voorkomen, pleit Kroeze voor terughoudendheid in het aansprakelijk stellen van bestuurders. Sinds de oratie van Kroeze heeft het thema 'bange bestuurders' veel aandacht gekregen van onze civielrechtelijke collega's. Er is in korte tijd een aanzienlijke hoeveelheid boeken,[196] artikelen[197]

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

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

195 M. Kroeze, 'Bange Bestuurders' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2006/3.

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

197 Onder veel meer, zie bijvoorbeeld J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *Onderneming en Financiering* 2009/17; Y. Borrius, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.', *Ondernemingsrecht* 2013/79; R.A. Orsel, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: ruimere exoneratie en vrijwaring mogelijk', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2006/6650; M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *Nederlands Juristenblad* 2013/1344; L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid: Hoedanigheid van bestuurder doet ertoe', *Weekblad voor*

en zelfs proefschriften[198] over dit thema verschenen en het einde van de publicatiestroom lijkt nog lang niet in zicht. Tevens is er uitgebreid empirisch onderzoek gedaan naar de invloed van gepercipieerde aansprakelijkheid op het gedrag van bestuurders.[199]

Naast de argumenten die Kroeze gaf voor beperkte bestuurdersaansprakelijkheid, wordt in de literatuur nog een aanvullende reden voor beperkte aansprakelijkheid genoemd. Bestuurders zouden bescherming verdienen tegen aansprakelijkheid omdat zij uit naam van de rechtspersoon handelen;[200] de rechtspersoon zou daarom moeten worden aangemerkt als de 'primaire dader'. De bestuurder is slechts 'secundaire dader' wiens aansprakelijkheid alleen in geval van bijkomende omstandigheden zou zijn gerechtvaardigd.[201] Bovendien zou de rechter 'niet op de stoel van de ondernemer' moeten gaan zitten.[202] Anderen menen juist dat de verhoogde drempel voor de aansprakelijkheid van bestuurders om dogmatische redenen moet worden afgeschaft.[203] In het privaatrecht lijkt beperkte bestuurdersaansprakelijkheid op dit moment de norm te zijn. In beginsel is alleen de rechtspersoon aansprakelijk, pas als de bestuurder een *persoonlijk ernstig verwijt* treft, komt de bestuurder zelf in beeld.[204]

De discussie over de vraag naar de ondergrens van aansprakelijkheid woedt, zij het in kleinere kring, ook in het strafrecht, en is eigenlijk een herleving van een oud debat. Deze discussie borrelde voor het eerst op in de jaren tachtig naar aanleiding van de Slavenburgaffaire waarin de N.V. Slavenburg's Bank zich op grote

---

Privaatrecht, Notariaat en Registratie 2016/7105; W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24; W.A. Westenbroek, 'De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de "ernstig verwijt"-maatstaf en de "externe werknemersaansprakelijkheid"', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2017/7144.

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

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

200 Zie bijvoorbeeld P.D. Olden, 'Voordracht ondernemingsrechtdiner', *Ondernemingsrecht* 2013/81; J. van Bekkum, 'Risicoaansprakelijkheid leidinggevenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes – tijd voor debat', *Ondernemingsrecht* 2013/114.

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

202 Assink 2007, p. 14-43.

203 Zie in het bijzonder Westenbroek 2016.

204 Zo ook de Hoge Raad in de 5 september-arresten: 'Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.' HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*).

schaal had ingelaten met het faciliteren van witwassen en belastingontduiking en het strafrecht voor het eerst werd geconfronteerd met de vraag wanneer passieve betrokkenheid van topbestuurders van omvangrijke ondernemingen in aansprakelijkheid zou mogen resulteren. Enkele jaren terug is die discussie over de aansprakelijkheid van de ondermaats presterende leidinggevende wederom opgelaaid en door de Hoge Raad (voorlopig) voor een aanzienlijk deel ook weer beslecht.[205] Voor feitelijk leidinggeven wordt door de Hoge Raad onverkort vastgehouden aan het kennisvereiste en aansprakelijkheid wegens 'slecht leidinggeven' wordt afgewezen.[206] Tegelijkertijd, en nog redelijk onopgemerkt, wordt de deur voor ruimhartige aansprakelijkheid van diezelfde leidinggevende functionarissen langs de weg van het functioneel plegerschap nagenoeg volledig opengezet.[207] De bescherming die door de Hoge Raad wordt geboden om mismanagement buiten het strafrecht te houden, is daarmee behoorlijk selectief. Bovendien blijft het de vraag of die bescherming terecht is.[208]

Zoals reeds in de doctrine wordt aangenomen, en wordt bevestigd in de preadviezen, kunnen ook bestuurders en andere leidinggevenden doelwit zijn van bestuursrechtelijke sancties. Ook komen in de preadviezen voorbeelden aan bod van bestuurlijke boetes en herstelsancties, die ingrijpender zijn dan privaatrechtelijke en strafrechtelijke sancties. De toegevoegde waarde van de mogelijkheid om bestuurders ook bestuursrechtelijk te sanctioneren, is onder meer gelegen in het verbeteren van de handhaafbaarheid van bestuursrechtelijke normen, het creëren van aanvullende verhaalsmogelijkheden, en het afschrikwekkend effect dat mogelijk uitgaat van de sancties. Om die reden kan ook niet met een louter civiel- of tuchtrechtelijk aansprakelijkheidskader worden volstaan.

Sommige auteurs vragen zich af of bestuurders en andere leidinggevenden nu niet te veel te vrezen hebben in het bestuursrecht. In het licht van het bovenstaande rijst de vraag of bestuurders, net als in het civiele recht, in het bestuursrecht enige vorm van aanvullende bescherming verdienen voor gedragingen die zij verrichten om hun bestuurstaak te vervullen. Heeft de bestuurder van de rechtspersoon in de bestuursrechtelijke handhaving als primaire overtreder te gelden, of moet deze eerder – zoals sommige auteurs beweren[209] – als secundaire overtreder worden gezien? Heeft de bestuurder in het bestuursrecht nu te veel te vrezen

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

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

207 Zo wijst De Hullu (2018, p. 514) de door A-G Vellinga bepleite verruiming feitelijk leidinggeven van de hand, maar acht hij de toepassing van functioneel plegerschap, waarvoor die ruime aansprakelijkheid wel geldt, zonder meer toelaatbaar. Dat laatste zou overigens aansluiten bij het advies van de Hoge Raad aan het Openbaar Ministerie om vaker te opteren voor het functioneel daderschap en minder gebruik te maken van de klassieke deelnemingsvormen (zie HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.3.1 (*Overzichtsarrest medeplegen*; L.M.A.M. Hoeks en J.T.C. Leliveld, 'Geen overzichtsarrest voor functioneel daderschap', *Strafblad* 2018/6)).

208 Zie hierover nader het preadvies van Hornman.

209 Bröring & De Valk 2011; Mellenbergh 2011.

voor aansprakelijkheid?[210] Moeten er aanvullende (beschermende) eisen gesteld moeten worden aan de vereiste verwijtbaarheid voor het aanspreken van natuurlijke personen met een leidinggevende taak? Een aantal preadviseurs zal hierover een standpunt innemen.[211] Voorts leent dit thema zich bijzonder goed voor een prikkelende bespreking tijdens de aankomende Jonge VAR vergadering bij Stibbe. De preadviseurs kijken ernaar uit om met u over dit onderwerp in debat te gaan en te discussiëren over de vraag of bestuurders in het bestuursrecht gegronde redenen hebben om bang te zijn. We hopen dat de bijeenkomst en de preadviezen niet alleen inzicht bieden in het juridisch kader en de ontwikkelingen van bestuursrechtelijke handhaving in de context van samenwerkingsverbanden, maar ook een verdere aanzet geven voor de beslechting van de discussie of bestuurders van rechtspersonen nu te snel 'de klos' zijn in het bestuursrecht.

210 In bevestigende zin: Van Bekkum 2013; G.P. Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85; C.A. Doets, 'Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, nr. 5/6. In ontkennende zin: E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth', *Ondernemingsrecht* 2013/86.

211 Zie met name de preadviezen van Bleeker; Van Overbeek en Dusée; en Hornman.

8 Stellingen

1. De mogelijkheden om gedragingen aan rechtspersonen toe te rekenen zijn – op goede gronden – vrij ruimhartig. Een ondergrens voor aansprakelijkheid en een meer inzichtelijke toepassing van de criteria voor aansprakelijkheid zijn niettemin wenselijk. Om die reden:
   a. zou het voldoen aan de in redelijkheid te vergen zorg als een algemene overtrederschapsuitsluitingsgrond moeten fungeren, en;
   b. dient de bestuursrechter, indien door de verdediging wordt bepleit dat toerekening van de verweten gedraging aan de rechtspersoon op basis van het normale bedrijfsvoeringscriterium of de verruimde IJzerdraadcriteria onredelijk is, dat verweer ook inhoudelijk te weerleggen en niet, zoals nu in het financieel-economische bestuursrecht vaak het geval is, de juistheid van dat verweer in het midden te laten en overtrederschap aan te nemen op basis van een van de andere 'omstandigheden' uit het Drijfmest-arrest.

2. Het ineenschuiven van de Slavenburg- en de IJzerdraadcriteria is onjuist en onwenselijk omdat daarmee wordt miskend dat het aanvaardingscriterium voor feitelijk leidinggeven zoals dat uit de Slavenburg II-beschikking voortvloeit, niet samenvalt met het aanvaardingscriterium zoals dat sinds het Drijfmest-arrest (of in ieder geval sinds NJ 2016/23) geldt voor functioneel plegerschap. Door beide criteria toch samen te voegen ontstaat het risico dat de bestuursrechter de verkeerde maatstaf voor aansprakelijkheid aanlegt.

3. Nu de ernst van het feit niet (langer) de enige factor is die bepalend is voor de vraag of de schending van een bepaald wettelijk voorschrift wordt gehandhaafd via het strafrecht of via het bestuursrecht, mag de bestuursrechter daarin aanleiding zien om op bepaalde punten van de geldende strafrechtelijke doctrine af te wijken, met dien verstande dat – conform de wens van de wetgever – nodeloze verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht bij de interpretatie en toepassing van aansprakelijkheidsfiguren moeten worden voorkomen. Uiteraard moet de afwijking door de bestuursrechter worden gemotiveerd.

Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht

De leidinggevende als overtreder van milieunormen

*Mr. T.R. Bleeker**

1	**Inleiding**	**57**
2	**Begrippenkader en verantwoording**	**61**
2.1	Inleiding	61
2.2	Begrippenkader	62
2.2.1	'Bestuurders' en 'bestuurdersaansprakelijkheid'	62
2.2.2	Bestuursrechtelijke sancties	62
2.2.3	De overtreding	64
2.2.4	De overtreder	65
2.2.5	Zoek de verschillen	71
2.3	Problemen	75
2.4	Toelichting en verantwoording van keuzes	76
2.4.1	Enge en ruime invulling van overtrederschap	76
2.4.2	'Daderschap' in het strafrecht en in het bestuursrecht	78
3	**Overtrederschap in abstracto: de adressaat van milieunormen**	**81**
3.1	Inleiding	81
3.2	Tot eenieder gerichte milieunormen	83
3.3	Inrichtinggebonden milieunormen	84
3.3.1	Inrichtingen	84
3.3.2	De normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels	86
3.3.3	De normadressaat van een omgevingsvergunning milieu	86
3.3.4	Drijver van de inrichting	89
3.4	De normadressaat in de Omgevingswet	95
3.4.1	Milieunormen in de Omgevingswet en hun adressaat	95
3.4.2	Artikel 5.37a Omgevingswet: deelvergunninghouders	97
3.4.3	Résumé normadressaatschap Ow en leidinggevende functionarissen	98
3.5	Tussenconclusie	99

* Tim Bleeker is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Hij doet onderzoek naar de privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheden om leidinggevenden persoonlijk aansprakelijk te stellen voor milieuovertredingen.

4 Overtrederschap in concreto: betrokkenheid bij de overtreding 101
4.1 Inleiding 101
4.2 Pre-Vierde tranche overtrederschap 101
4.3 Post-Vierde tranche overtrederschap 103
4.3.1 Inleiding 103
4.3.2 'Fysiek' plegen 104
4.3.3 Functioneel plegen 104
4.3.4 Feitelijk leidinggeven 112
4.3.5 Medeplegen 115
4.4 Tussenconclusie overtrederschap in concreto 116

5 Bange bestuurders in het milieurecht 119
5.1 Inleiding 119
5.2 Argumenten voor de aanvullende bescherming van bestuurders 120
5.2.1 Bange bestuurders 120
5.2.2 Risicoaansprakelijkheid 123
5.2.3 Indirect verkeersdeelnemers 124
5.2.4 Convergentie van rechtsgebieden 125
5.2.5 De stoel van de ondernemer 126
5.3 Argumenten tegen de aanvullende bescherming van bestuurders 127
5.3.1 Vreemde doorkruising van het systeem 127
5.3.2 Wenselijk defensief gedrag 128
5.3.3 Handhaving moet effectief zijn 128
5.3.4 Kosten voor de samenleving 129
5.4 Balans 129

6 Aanbevelingen 131

1 Inleiding

In ondernemingsrechtelijke kringen heeft de oratie van Maarten Kroeze over 'bange bestuurders' geleid tot een levendig debat over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen.[1] In de afgelopen jaren zijn er verschillende proefschriften, bundels, monografieën en artikelen verschenen over dit onderwerp.[2] Het thema bestuurdersaansprakelijkheid gaat echter verder dan alleen het ondernemingsrecht of zelfs het privaatrecht; ook in de andere rechtsgebieden kunnen bestuurders van rechtspersonen het doelwit zijn van sancties. De positie van leidinggevende functionarissen heeft bijvoorbeeld veel aandacht gekregen in het strafrechtelijke discours.[3] In het economisch bestuursrecht wordt ook regelmatig gehandhaafd jegens bestuurders en andere leidinggevenden.[4]

In dit preadvies ga ik in op 'bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht'.[5] Ik bespreek de voorwaarden die gelden voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie aan bestuurders en andere leidinggevenden voor het overtreden van milieunormen, en stel de normatieve vraag of bestuurders in het milieurecht, net als in het privaatrecht, aanvullende bescherming verdienen tegen 'persoonlijke aansprakelijkheid'. Oftewel, wanneer zijn bestuurders en andere leidinggevenden 'de klos' in het milieubestuursrecht, en zou er iets moeten veranderen aan de

1 M. Kroeze, 'Bange Bestuurders' (oratie), *Ondernemingsrecht* 2006/3.

2 Zie onder (veel) meer B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de boardroom* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2010; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie: Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017; G. Van Solinge e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; S.N. De Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009; B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

3 Zie bijvoorbeeld M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen: Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016; E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevenden – in de economische context – Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

4 Zie bijvoorbeeld het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, *Stcrt.* 2008, 132, p. 30 e.v.; en ook de ACM heeft de pijlen gericht op de natuurlijke personen achter de rechtspersoon. '(..) Dus waar individuen betrokken zijn als feitelijk leidinggevers aan een overtreding, zal de ACM niet schromen persoonlijke boetes op te leggen', speaking notes van Chris Fonteijn op 10e Jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht' Kurhaus, 4 oktober 2012, te raadplegen op www.acm.nl/nl/download/bijlage/?id=10364. Zie verder het preadvies van M.C.C. van Overbeek en O.E.S. Dusée, 'Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders', *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

5 'Milieubestuursrecht' is een breed begrip dat verschillend wordt uitgelegd. In dit preadvies kijk ik vooral naar algemene regels en vergunningsvoorschriften die milieubelastende activiteiten regelen op grond van de Wm, Wabo en Ow. Het natuurbeschermingsrecht, maar ook milieuprivaatrecht en milieustrafrecht, blijven dus buiten beschouwing.

voorwaarden zodat de leidinggevenden minder (of juist meer) 'bang' hoeven te zijn voor aansprakelijkheid?

Het preadvies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 bespreek ik de belangrijkste begrippen uit het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, en adresseer ik een aantal terminologische onduidelijkheden en knelpunten van het overtredersbegrip. Om het zo overzichtelijk mogelijk te maken bevat het begrippenkader onder meer een schema, een stappenplan en een vergelijking van een aantal begrippen die veel op elkaar lijken maar steeds net iets anders betekenen.

Vervolgens ga ik in op de vraag wanneer een leidinggevende functionaris kan worden aangemerkt als 'overtreder' van milieuvoorschriften. Voor het overtrederschap van de leidinggevende functionaris moet eerst de vraag worden beantwoord of de verplichtingen uit de milieuvoorschriften (ook) persoonlijk drukken op de leidinggevende. Dit betreft de vraag omtrent het normadressaatschap, oftewel het *overtrederschap in abstracto*. In paragraaf 3 bespreek ik of leidinggevenden beschikken over de in de in sommige milieuvoorschriften vereiste 'kwaliteit' om de norm te overtreden.

Dat de leidinggevende functionaris beschikt over de juiste kwaliteit, is niet voldoende (en ook niet altijd noodzakelijk) om de leidinggevende aan te merken als *overtreder*: voor het overtrederschap is ook een bepaalde mate van *betrokkenheid* bij de verboden gedraging nodig om een (rechts)persoon aan te merken als overtreder. Dit wordt ook wel het *overtrederschap in concreto* genoemd. Er bestaan verschillende soorten overtreders, namelijk fysieke plegers, functionele plegers, medeplegers en feitelijk leidinggevers. In paragraaf 4 bespreek ik de criteria van elke overtrederschapsvorm, en ga in op de toepassing van die criteria bij leidinggevende functionarissen. Bovendien sta ik stil bij de vraag of in het milieurecht de door de wetgever beoogde aansluiting bij de strafrechtelijke daderschapsvormen gerealiseerd wordt.

Paragraaf 3 en 4 geven dus het antwoord op de vraag wanneer een leidinggevende functionaris aangemerkt kan worden als overtreder van een milieunorm. Ik verklap alvast dat uit de bestudering van de criteria blijkt dat niet alleen rechtspersonen, maar (juist) ook natuurlijke personen met een leidinggevende functie gesanctioneerd kunnen worden voor het schenden van milieunormen. Aan de bestuurders komt in het bestuursrecht – anders in het privaatrecht – geen aanvullende bescherming toe tegen eventuele aansprakelijkheid. Specifieker uitgedrukt: in het milieurecht (en in het algemene bestuursrecht net zo min) is geen ernstig verwijt nodig voor het sanctioneren van een leidinggevende. Sommige auteurs vrezen voor risicoaansprakelijkheid, en zijn bang dat bestuurders onwenselijk risicomijdend gedrag zullen vertonen. Daarom klinken er geluiden om de hogere aansprakelijkheidsdrempel voor leidinggevenden ook in het bestuursrecht te introduceren.[6]

6 Dit standpunt wordt verdedigd door onder meer J. Van Bekkum 'Risicoaansprakelijkheid leidinggevenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes', *Ondernemingsrecht* 2013/114; G.P. Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85. Zie ook H. Bröring en S. De Valk 'Uitdijende aansprakelijkheid in het bestuursrecht: bestuurders de klos?', *Nederlands Juristenblad* 2011/520, waarin de auteurs pleiten dat 'secundaire daders' (lees: bestuurders) slechts onder bijkomende omstandigheden gesanctioneerd kunnen worden. Mellenbergh is genuanceerder, maar wel voorstander van secundair overtrederschap van bestuurders, zie R. Mellenbergh, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van private rechtspersonen: een vergelijking tussen het bestuursrechtelijke begrip overtreder en de privaatrechtelijke onrechtmatige daad', *Ondernemingsrecht* 2011/100.

In paragraaf 5 sta ik daarom stil bij de vraag in hoeverre het *wenselijk* is dat leidinggevende functionarissen ook in het milieurecht aanvullend beschermd worden tegen bestuurlijke sancties. Verschillende argumenten en weerleggingen van argumenten uit de 'bange bestuurders'-discussie komen hier aan bod.

In dit preadvies doe ik natuurlijk ook een aantal aanbevelingen. Steeds zal ik de aanbevelingen **vet gedrukt** noemen in de tussenconclusies. In paragraaf 6 zet ik de aanbevelingen op een rij, onder verwijzing naar de relevante paragrafen.

2 Begrippenkader en verantwoording

2.1 Inleiding

Niet iedereen die dit preadvies leest, zal dagelijks te maken hebben met bestuursrechtelijk handhavingsrecht. Degenen die onbekend zijn met de centrale begrippen, zullen snel verdwalen in dit preadvies. Maar zelfs bij degenen die de termen wel kennen, kan verwarring bestaan over wat de termen betekenen en in welke hoek van het handhavingsrecht ze thuishoren. Vooral bij het overtredersbegrip ligt verwarring op de loer.

Voordat ik dieper inga op de verschillende stukjes van de puzzel, tracht ik eerst het *totaalplaatje* te laten zien. Om dat te bereiken volgt een overzicht van de begrippen die bij de beantwoording van de centrale vraag van dit preadvies aan bod komen. Ik sta kort stil bij de betekenis en de onderlinge relatie van deze begrippen, en ik verwijs naar de paragrafen waarin deze onderwerpen (onder verwijzing naar jurisprudentie en literatuur) worden toegelicht. Zodoende functioneert paragraaf 2.2 zowel als een samenvatting, maar ook als wegwijzer voor dit preadvies.

> Gelet op de centrale plek van het overtredersbegrip in dit preadvies, en gelet op de onduidelijkheden die bestaan met betrekking tot criteria en kenmerken van de verschillende soorten overtreders, ga ik in paragraaf 2.2.4 dieper in op het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Deze subparagraaf is ook voorzien van een schema en een stappenplan met de verschillende overtrederschapsvormen. In paragraaf 2.2.5 bespreek ik een aantal begrippen uit het bestuursrechtelijke handhavingsrecht die vaak verward worden.

Bij het schrijven van dit preadvies en het begrippenkader stuitte ik op twee problemen. Het eerste probleem betreft de terminologische en conceptuele onduidelijkheid van een aantal centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Het tweede probleem heeft ermee te maken dat het systeem van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht op sommige punten knelt: er zijn botsende criteria die toch naast elkaar bestaan. Deze problemen moeten geadresseerd worden, omdat bij de huidige stand van zaken de juridische toets een tamelijk willekeurig karakter heeft. In zekere zin vormden deze problemen zelfs de aanleiding om dit (uitgebreide) begrippenkader te schrijven. In paragraaf 2.3 licht ik de problemen verder toe, en leg ik uit waarom het relevant is ze te adresseren. Ik betoog dat sommige kameleontische begrippen kleur moeten bekennen, en dat bij bepaalde criteria niet de kool en de geit gespaard kunnen worden, dus dat er keuzes gemaakt moeten worden. In paragraaf 2.4 licht ik de keuzes die keuzes toe en geef ik verantwoording.

2.2 Begrippenkader

2.2.1 'Bestuurders' en 'bestuurdersaansprakelijkheid'

De noodzaak om enkele begrippen te verhelderen begint al bij de titel van dit preadvies ('bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht'). Om misverstanden bij het bestuursrechtelijke publiek te voorkomen: het onderwerp van dit preadvies heeft niets te maken met onrechtmatig overheidshandelen. De term '**bestuurders'** verwijst namelijk *niet* naar toezichthouders, wethouders, of andere personen die met enig openbaar gezag bekleed zijn, maar naar leidinggevende functionarissen van *ondernemingen*. Het privaatrechtelijke publiek zal wellicht om een andere reden door de titel op het verkeerde been gezet worden; de term 'bestuurdersaansprakelijkheid' wordt in het privaatrecht doorgaans[7] geassocieerd met de aansprakelijkheid van *formele* (statutaire) bestuurders.

Voor de duidelijkheid: in dit preadvies onderzoek ik de mogelijkheden om een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen aan bestuurders en andere leidinggevenden van ondernemingen voor het schenden van milieunormen. Meestal zal ik in plaats van 'bestuurders' de ruimere term **leidinggevenden** gebruiken,[8] als verzamelnamen voor de natuurlijke personen binnen een onderneming die verantwoordelijk zijn voor de bedrijfsvoering en zeggenschap hebben over de koers van de onderneming.[9] Om te bepalen wie kwalificeert als leidinggevende, is niet de formele positie, maar de feitelijke positie doorslaggevend.[10]

> Dat betekent dat bijvoorbeeld een werknemer die zijn baas opzij zet en feitelijk de lakens uitdeelt, ook aangemerkt kan worden als een leidinggevende. Andersom kan een formele bestuurder die zich in de praktijk niet bemoeit met de gang van zaken van de onderneming buiten de definitie van leidinggevende vallen. In ieder geval kunnen werknemers of contractanten van een onderneming met een louter uitvoerende taak niet aangemerkt worden als leidinggevenden.

2.2.2 Bestuursrechtelijke sancties

Soorten sancties

Voor dit preadvies kijk ik zowel naar de mogelijkheid om herstelsancties (Awb titel 5.3) als bestraffende sancties (Awb titel 5.4) op te leggen aan leidinggevenden voor het overtreden van milieunormen. **Herstelsancties** zien op het ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, het voorkomen van herhaling, of het ongedaan maken van de gevolgen van de overtreding (art. 5:2 lid 1 sub b Awb). De belangrijkste herstelsanctie is de **last onder dwangsom** (art. 5:31d Awb), gevolgd

7 Doorgaans, maar niet altijd. De aansprakelijkheidsnormen in art. 6:162 BW en art. 2:138/2:248 BW gelden ook voor functionarissen die als feitelijk bestuurder zijn te kwalificeren, Van Solinge e.a. 2017, p. 10.

8 Niet te verwarren met de overtrederschapsvorm 'feitelijk leidinggever', zie onder par. 2.2.4.

9 Voorbeelden van leidinggevende functionarissen zijn de (statutaire) bestuurders, directieleden, MT-leden, commissarissen, 'plant managers', afdelingshoofden en filiaalchefs.

10 Hiermee sluit ik aan op de feitelijke benadering van het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Zie par. 2.2.4, par. 3 en par. 4.

door de **last onder bestuursdwang** (art. 5:21 Awb). De 'last' die het bevoegd gezag in herstelsancties oplegt, komt neer op het (deels) herstellen of bewerkstelligen van wat 'rechtens de juiste toestand' is.[11] Het dwangmiddel om ervoor te zorgen dat de last wordt uitgevoerd, is bij de last onder dwangsom een voorwaardelijke betalingsverplichting, en bij de last onder bestuursdwang de dreiging dat het bevoegd gezag de maatregelen op kosten van de overtreder zal nemen.

Bestraffende sancties zijn niet gericht op herstel, maar op het toevoegen van leed aan de overtreder (art. 5:2 lid 1 sub c Awb). De belangrijkste bestraffende sanctie is de **bestuurlijke boete**, waarmee het bevoegd gezag in reactie op een overtreding de overtreder kan straffen met een onvoorwaardelijke betalingsverplichting. Voor het opleggen van een bestuurlijke boete moet per bijzondere wet bekeken worden of hiertoe bevoegdheid bestaat. In het milieurecht zijn er bijna[12] geen grondslagen voor bestuurlijke boetes: het bestraffen van milieuovertredingen verloopt doorgaans via strafbeschikkingen (art. 1a Wet op de Economische Delicten). Bij het opleggen van bestraffende sancties, zoals de bestuurlijke boete, is in beginsel sprake van een *criminal charge*, waardoor de normen uit artikel 6 EVRM van toepassing zijn.

Adressaat van bestuursrechtelijke sancties

Meestal moet de sanctie geadresseerd[13] worden aan de overtreder, maar voor sommige sancties gelden aanvullende eisen, en bij andere sancties is het overtrederschap geen voorwaarde. Ik bespreek kort de adressaten van de hiervoor genoemde bestuursrechtelijke sancties.[14]

Een *last onder dwangsom* kan alleen aan een *overtreder* opgelegd worden, die het bovendien feitelijk en juridisch **in de macht heeft** de last uit te voeren.[15] Een niet-uitvoerbare last, waarbij de niet-uitvoering wordt bestraft met een dwangsom, is immers een verkapte boete.[16] Overigens is de rechter niet snel bereid aan te nemen dat de macht tot het nakomen van de last ontbreekt.[17] De wetgever heeft niet geëxpliciteerd aan wie de *last onder bestuursdwang* kan worden geadresseerd. In de memorie van toelichting wordt wel opgemerkt dat bij de last onder bestuursdwang niet het accent ligt op de overtreder, maar op de overtreding.[18] Men gaat ervan uit dat de last onder bestuursdwang ook opgelegd kan worden aan personen die niet

---

11 L.J.A. Damen e.a. (red.), *Bestuursrecht Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016, par. 14.3.3. en par. 15.1.

12 Een uitzondering is bijvoorbeeld art.18.16a Wm, dat het bevoegd gezag in staat stelt om ETS-overtredingen te bestraffen met een boete. Zie over dit onderwerp onder meer A.B. Blomberg 'De opmars van de bestuurlijke boete in het omgevingsrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2017, afl. 2, p. 82-89.

13 Niet te verwarren met aan wie de beschikking moet worden bekendgemaakt en/of verzonden. Zie bijvoorbeeld art. 5:24 lid 3 Awb.

14 Lees meer over de adressering van de last onder dwangsom in F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 172, par. 6.3.4.

15 Zo volgt uit onder meer art. 5:32 lid 1 Awb.

16 'Het bestuur kan iemand niet dwingen tot iets waartoe hij feitelijk of juridisch niet in staat is.' *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 81.

17 F.R. Vermeer, F.W. Visser en A. Sibma, *De last onder dwangsom*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 44-45. Zie bijvoorbeeld ook ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309, r.o. 2.6.2, waarin de Afdeling oordeelt dat ook wanneer de overtreder afhankelijk is van toestemming van anderen voor de nakoming van de last, dit niet ertoe leidt dat het onmogelijk is voor de overtreder om de last na te komen.

18 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 80.

zelf overtreder zijn.[19] Dit is te verklaren omdat de last onder bestuursdwang vooral bedoeld is om de geadresseerde de gelegenheid te bieden om zelf maatregelen te treffen de illegale situatie te beëindigen.[20] Wanneer de niet-overtreder niet voldoet aan de last, dan heeft dit voor hem of haar ook geen gevolgen. De kosten voor de tenuitvoerlegging van de bestuursdwang kunnen alleen verhaald worden op de overtreder.[21] De *bestuurlijke boete* kan slechts worden opgelegd aan een *overtreder.*[22] Bovendien bepaalt artikel 5:41 Awb dat de bestuurlijke boete alleen opgelegd kan worden als de overtreding aan de overtreder kan worden verweten.[23] Voor een herstelsanctie is dit verwijt niet nodig.[24] Soms zijn er nog aanvullende eisen opgenomen in de bijzondere wet met de grondslag voor de boete.[25]

2.2.3 De overtreding

Beide soorten bestuurlijke sancties zijn een reactie op een **overtreding** (art. 5:2 lid 1 sub a Awb).[26] De overtreding in de bestuursrechtelijke zin moet niet verward worden met de 'strafrechtelijke overtreding', de verzamelnaam voor 'lichte strafbare feiten' en de tegenhanger van misdrijven.[27] Een bestuursrechtelijke overtreding is een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:1 lid 1 Awb). Het begrip 'gedraging' wordt ruim uitgelegd: het omvat ook nalaten of het laten bestaan van een verboden toestand. Er is sprake van een overtreding, indien alle bestanddelen van de bestuursrechtelijke verbodsbepaling worden vervuld. Voor dit preadvies moeten drie soorten bestanddelen worden onderscheiden. *Objectieve bestanddelen* hebben betrekking op de gedraging van een persoon, of omschrijven een bepaalde (verboden) toestand die vervuld moet worden. *Subjectieve bestanddelen* zien op de geestesgesteldheid van de persoon, dus op opzet ('dolus') of schuld ('culpa'). In het milieurecht komen dergelijke subjectieve bestanddelen echter zelden voor. Verder hebben sommige verbodsbepalingen een *kwaliteitsbestanddeel*,[28] dat betekent dat de verantwoordelijkheid voor de

19 Zie onder meer Michiels e.a. 2016, p. 176-177; Damen e.a. 2016, p. 628-629; ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1719, *AB* 2018/88 m.nt. Sanders.

20 ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:489, *AB* 2013/308 m.nt. Vermeer.

21 ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, *AB* 1995/582 m.nt. Van Buuren (*Geldrop*); ABRvS 24 juli 2013, *AB* 2013/308 m.nt. Vermeer; en art. 5:25 lid 1 Awb.

22 Zo volgt uit art. 5:2 lid 1 sub c Awb. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 133 e.v.; Michiels e.a. 2016, p. 175.

23 Zie ook de artikelsgewijze toelichting van de wetgever bij 5.4.1.2. in *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3.

24 Zie o.a. Damen e.a. 2016, p. 603. Anders dan de dader in het strafrecht, komt de overtreder geen beroep op 'afwezigheid van alle schuld' toe. Maar bedenk dat in sommige overtrederschapsvormen al een bepaalde mate van verwijtbaarheid 'ingebakken' zit. Bij functioneel plegerschap omdat er (ten minste) een zorgplicht geschonden wordt. Bij feitelijk leidinggeven omdat er voorwaardelijk opzet is op de verboden gedraging. Bij medeplegen moet er opzet zijn op de samenwerking die leidt tot de overtreding.

25 Voor voorbeelden zie Michiels e.a. 2016, p. 176.

26 Uitgezonderd preventieve herstelsancties, art. 5:7 Awb.

27 Misdrijven zijn opgenomen in het tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, en overtredingen in het derde Boek.

28 Ik merk op dat de term 'kwaliteitsbestanddeel' in bestuursrechtelijke kringen weliswaar niet vreemd, maar ook zeker niet gangbaar is. De term werd eerder gebruikt in o.a. M. Wladimiroff, 'Enige beschouwingen over de aan het strafrecht ontleende leerstukken medeplegen en feitelijk leidinggeven in de Vierde tranche Awb', *Maandblad Belasting Beschouwingen* 2009,

naleving van de norm rust op een groep personen met een bepaalde kwaliteit (de zogeheten 'normadressaat', waarover in par. 2.2.4 meer). Alleen degene tot wie het voorschrift gericht is, kan het voorschrift (zelfstandig) overtreden. Een norm die niet tot eenieder maar tot een specifieke adressaat is gericht, wordt ook wel een **kwaliteitsdelict** genoemd.

2.2.4 De overtreder

In paragraaf 2.2.2 werd duidelijk dat de bestuurlijke boete, de last onder dwangsom en het kostenverhaal van bestuursdwang alleen verhaald kunnen worden op de **overtreder**. Om te weten of deze sancties kunnen worden opgelegd aan een leidinggevende, moet hij of zij dus aangemerkt kunnen worden als *overtreder*. Daarvoor zijn achtereenvolgens twee vragen van belang, die ik hierna allebei zal toelichten. Ten eerste de vraag of de leidinggevende adressaat is van de norm (*overtrederschap in abstracto*, meestal *normadressaat* genoemd); en ten tweede op welke manier de leidinggevende *betrokken* is geweest bij de overtreding, zodat een van de overtrederschapsvormen op hem of haar van toepassing is (*overtrederschap in concreto*).[29]

Overtrederschap in abstracto (de normadressaat)
Bij milieunormen die tot eenieder gericht zijn, kan de stap van *overtrederschap in abstracto* worden overgeslagen, omdat iedereen normadressaat is.[30] Echter, de meeste normen in het milieurecht – namelijk de **algemene regels** op grond van de Wet milieubeheer (Wm) en de **vergunningvoorschriften** op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) – zijn kwaliteitsdelicten. Of de algemene regels of vergunningsvoorschriften van toepassing zijn, hangt ervan af of er sprake is van een **milieu-inrichting**.[31] Iets kan worden aangemerkt als een milieu-inrichting, als er op een bepaalde locatie met een zekere continuïteit en een bedrijfsmatige omvang een bij AMvB aangewezen milieubelastende activiteit plaatsvindt.

Zoals uit de bespreking van overtrederschap in concreto hierna blijkt, is voor het overtrederschap van de leidinggevende van belang of hij zelf[32] of een betrokkene[33] bij de overtreding kwalificeert als normadressaat. Wie is de normadressaat van de normen die de activiteiten van een milieu-inrichting reguleren? **Algemene**

---

afl. 12, p. 438-444; C.L. Knijff, 'Wie drijft de inrichting?', *Milieu en Recht* 1999, afl. 12, p. 284-290; A.B. Blomberg en I.M. Koopmans, 'Medeplegen in een bedrijfscontext; lessen uit het Milieu(straf)recht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 2/3, p. 69-81. De keuze voor het duiden van het normadressaatschap als een bestanddeel van de overtreding, licht ik toe in par. 2.4.1.

29 De termen overtrederschap in abstracto en in concreto zijn niet gangbaar in het bestuursrecht. Ik gebruik ze hier omdat ze de twee redeneerstappen voor de beoordeling van het overtrederschap vatten. Deze termen ontleen ik aan Hornman 2016, die verwijst naar F. Vellinga-Schootstra, 'Het daderschap van de natuurlijke persoon', in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 19-40.

30 Zie par. 3.2.

31 Par. 3.3.1.

32 Voor als de leidinggevende wordt aangesproken als pleger.

33 Voor als de leidinggevende wordt aangesproken als deelnemer.

regels in het milieurecht zijn gericht tot de *drijver* van de inrichting.[34] De **drijver** is degene die *zeggenschap* heeft over de exploitatie van (een deel van) de inrichting.[35] De voorschriften uit **milieuvergunningen** zijn gericht tot de **vergunninghouder**.[36] Milieuvergunningen zijn niet persoonsgebonden, maar hebben een zaaksgebonden karakter. Daarom is de vergunninghouder niet (per se) degene die de vergunning aangevraagd heeft, maar degene die 'verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project'. Wie deze verantwoordelijke is, wordt bepaald aan de hand van zeggenschap over de inrichting. Het is een omweg, maar ook vergunningsvoorschriften zijn gericht tot de *drijver* van de inrichting: in het milieurecht zijn vergunninghouder en drijver synoniemen.[37] In het milieurecht geldt: van zeggenschap (over de inrichting) komt verantwoordelijkheid (voor de naleving van de voorschriften).[38]

Door de nadruk op feitelijke zeggenschap in de drijverschapstoets zullen leidinggevende functionarissen in veel gevallen zelf kunnen worden aangemerkt als normadressaat van milieunormen. Hiermee is alleen het (voor het plegerschap constitutieve) *kwaliteitsbestanddeel* vervuld, dit laat de overige delictsbestanddelen onverlet. Het volgende zal ik nog een aantal keer herhalen in het preadvies omdat het in de literatuur en rechtspraak nog regelmatig misgaat:[39] normadressaat maakt nog geen overtreder, de persoon moet ook kwalificeren als *overtreder in concreto*. Daarvoor is een bepaalde betrokkenheid bij de verboden gedraging nodig, waarover hieronder meer.

---

34 Par. 3.3.2.
35 Par. 3.3.4.
36 Par. 3.3.3.
37 Knijff 1999, par. 2; C.L. Knijff, G.T.J.M. Jurgens en C.W. Backes. *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, Publikatiereeks milieubeheer nr. 1998/8, p. 32; Van 't Lam in haar annotatie bij ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5756, *AB* 2003/7, onder punt 1.
38 Zie par. 3.5.
39 Voorbeelden waarin dit misgaat: Mellenbergh 2011, par. 2.1 'De overtreder is diegene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk heeft geschonden (de normadressaat)'; De Valk 2009, p. 498 'Als de voorwaarden van de vergunning worden overtreden, is de drijver als overtreder aan te merken. De normadressaat is met andere woorden overtreder' en op p. 501 'Indien schending van de vergunningsvoorschriften heeft plaatsgevonden, is de drijver daarvoor aansprakelijk. Er hoeven daartoe geen overtredingen van anderen te worden toegerekend'; C.N.J. Kortmann, 'Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband', *NTB* 2017/21, par. 2.4 'Zo is de drijver in beginsel verantwoordelijk voor alle overtredingen van de voor de inrichting geldende regels, ongeacht door wie deze fysiek worden gepleegd.', een automatische toerekening van een gedraging aan de drijver zou echter neerkomen op risicoaansprakelijkheid; K. van Leeuwen & F. Vermeer, 'De functionele dader voor en na de Vierde tranche', in: A.G. Bregman, H.E. Broring en K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 278, 'Degene die de feitelijke zeggenschap heeft, is drijver van een inrichting en dus overtreder in de zin van de Wm'. Ook onjuist: Vermeer e.a. 2016, par. 2.4.6.2, auteurs menen dat de drijver een 'bijzonder overtreder' is, in plaats van dat de drijver een invulling van het normadressaatschap is. Ook de interpretatie en plaatsing van het drijversbegrip van Wingens snijdt geen hout, R. Wingens, 'Het overtredersbegrip: een bespreking van jurisprudentie over handhaving in het milieurecht', *StAB* 2017, afl. 2, p. 7-14, par. 2. Voorbeelden van jurisprudentie waarin drijver en overtreder gelijkgeschakeld (lijken te) worden: ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309, par. 2.3.2; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550 (*Brand Zaltbommel*).

Overtrederschapsvormen

Voor de invoering van de Vierde tranche Awb kende het algemene bestuursrecht twee soorten overtreders. Overtreders die zelf de verboden handeling (fysiek) verrichten, en overtreders aan wie de handeling kon worden toegerekend. Met de Vierde tranche heeft de wetgever beoogd om met het bestuursrechtelijke overtredersbegrip aansluiting te zoeken bij het strafrechtelijke dadersbegrip; dit heeft een uitbreiding opgeleverd van de groep (rechts)personen die kunnen worden aangemerkt als overtreder.[40] In dit preadvies zal ik consequent het woord **overtreder** gebruiken voor de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsvormen, en **dader** voor de strafrechtelijke.[41] Met het 'ruime overtredersbegrip' dat ik hanteer in dit preadvies,[42] zijn er sinds de Vierde tranche Awb twee *groepen* overtreders te onderscheiden; en beide groepen hebben twee varianten. Zie het schema op de volgende pagina voor een overzicht van de overtrederschapsvormen.[43] Het schema bevat ook een beknopte weergave van de criteria die gelden voor elke aansprakelijkheidsfiguur.

De eerste groep omvat de overtreders die zelf alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen (**plegers**). Deze kunnen worden onderverdeeld in overtreders die 'fysiek' de bestanddelen vervullen (**fysieke plegers**),[44] en overtreders aan wie de verboden gedragingen worden toegerekend (**functionele plegers**).[45] *Functionele plegers* worden trouwens meestal **functionele daders** genoemd, maar die (dogmatisch minder accurate) term vermijd ik liever in dit preadvies.[46] Er bestaan voor *natuurlijke personen* en *rechtspersonen* verschillende toetsen om functioneel plegerschap aan te nemen.[47] De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) gebruikt echter een eigen toerekeningsformule voor zowel natuurlijke als rechtspersonen, de zogeheten *CZL Tilburg-toets*. In dit preadvies betoog ik dat de Afdeling de CZL Tilburg-toets moet verlaten en aansluiting moet zoeken bij het strafrechtelijke leerstuk van functioneel plegerschap.[48]

Tot de tweede groep behoren de overtreders die niet zelf alle bestanddelen vervullen van de verbodsbepaling, maar wel op zodanige manier bij de overtreding betrokken zijn dat ze niettemin kwalificeren als overtreder. De verzamelnaam voor de groep personen die niet zelfstandig de (volledige) overtreding begaan, maar toch aangemerkt worden als overtreders, is **deelnemers**. Allereerst is er de **medepleger**. Dit is een overtreder die samen met één of meer andere personen alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervult. Als er een kwaliteitsbestanddeel is, moet een van hen dus de benodigde kwaliteit bezitten. Een andere

40 Zie uitgebreider par. 4.2; zie ook par. 1 in M.J. Hornman en T.R. Bleeker, 'Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid', *Preadviezen Jonge VAR 2018* (hierna: 'Algemeen deel').
41 Zie par. 2.4.2.
42 Zie hieromtrent par. 2.4.1.
43 Om het schema overzichtelijk te houden zijn subvarianten, zoals de verschillende gevalstypen van feitelijk leidinggeven, niet opgenomen in de afbeelding.
44 Zie par. 4.3.2.
45 Zie par. 4.3.3.
46 Zie par. 2.4.2 en Algemeen deel par. 3.
47 Zie algemeen deel par. 3 en 4.
48 Zie par. 4.3.3 en 4.4.

overtreder[49] van de deelnemerscategorie is de **feitelijk leidinggever**, waartoe ik ook de opdrachtgever reken.[50] Deze overtrederschapsvorm is een vervolg op het plegerschap van een rechtspersoon. De feitelijk leidinggever heeft niet zelf de overtreding begaan maar wordt toch aangemerkt als overtreder, omdat de leidinggever verweten wordt dat hij of zij een overtreding binnen een rechtspersoon direct of indirect heeft bevorderd.[51]

Schema

Het schema op de volgende pagina geeft de overtrederschapsvormen weer van vóór en ná de vierde tranche. In aanvulling op wat ik hiervoor besproken heb, vermeld ik ook de criteria in hoofdlijnen.

Stappenplan

Welke overtrederschapsvorm het meest geschikt is om een leidinggevende aansprakelijk te stellen voor een milieuovertreding, hangt af van de omstandigheden van het geval en de strekking van de geschonden norm. Hieronder is een naar mijn idee logische volgorde van vragen om te stellen bij de beoordeling van het overtrederschap van een leidinggevende functionaris (natuurlijk persoon).[52] Het stappenplan kan helpen om in een concreet geval de meest geschikte overtrederschapsvorm te bepalen, en kan het toepassingsbereik en de overeenkomsten en verschillen tussen de overtrederschapsvormen verhelderen.

Een natuurlijke eerste stap[53] in de beoordeling of een leidinggevende aangemerkt kan worden als overtreder van een reeds vastgestelde overtreding, is het vaststellen of het voorschrift gericht is tot de betrokkene (normadressaatschap). In het milieurecht is dat doorgaans het geval als de leidinggevende feitelijke zeggenschap heeft over het exploiteren van (een deel van) de inrichting (drijverschap).[54]

---

49 In het strafrecht is de feitelijk leidinggever geen dader in de zin van art. 47 Sr, maar een bijzondere deelnemingsvorm die qua strafmaximum aan dader gelijk gesteld wordt, zie Algemeen deel par. 5; Hornman 2016, p. 62; en J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 438-439, 505-507. In het strafrecht is de indeling en samenstelling van daderschapsvormen ook in beweging, zie voor een overzicht van de discussie die speelt De Hullu 2018, p. 522-525. Zie voor de toelichting op de door mij gehanteerde taxonomie par. 2.4.1.

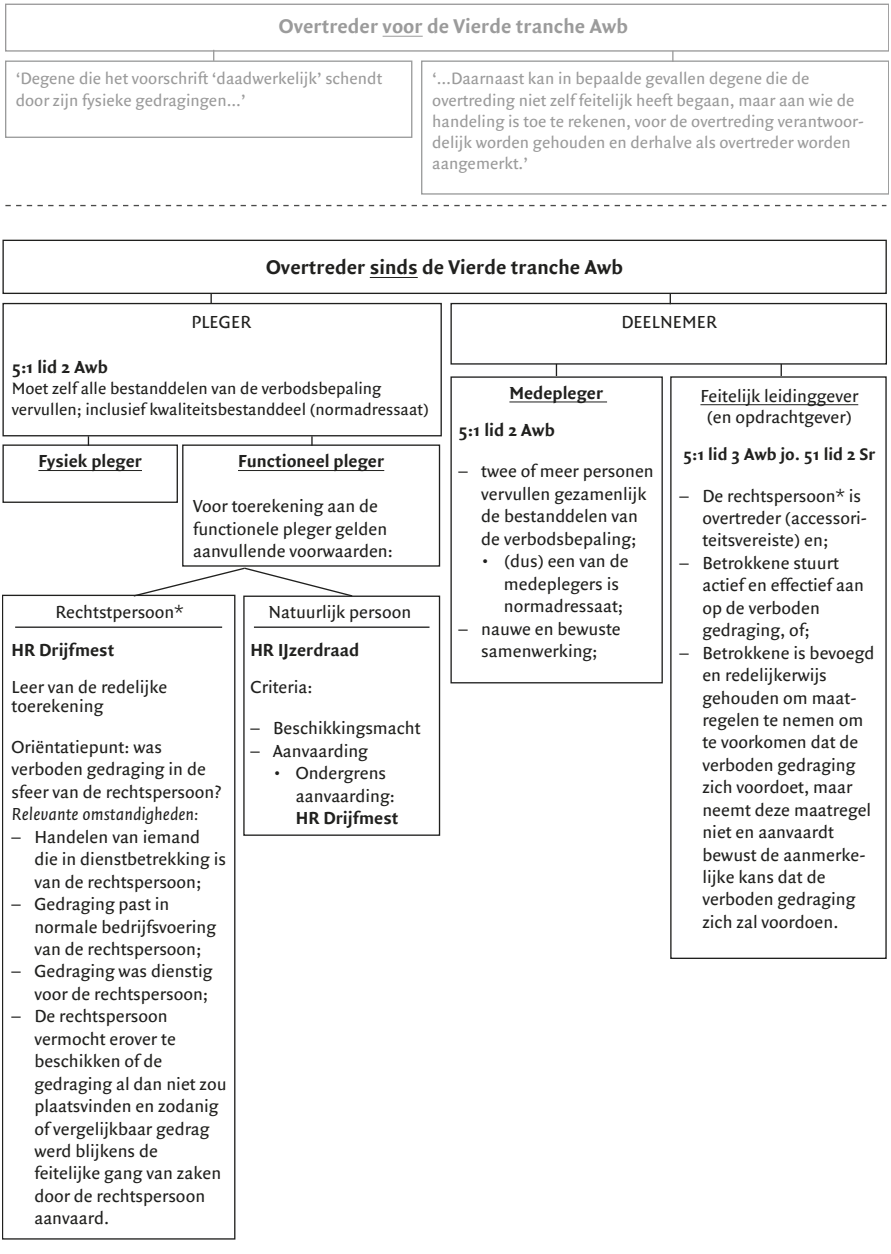
50 Opdrachtgeven is een verdergaande, specifieke variant van feitelijk leidinggeven, zie De Hullu 2018, p. 508-509, 515. Ik zal hier alleen de ondergrens – feitelijk leidinggeven – bespreken.

51 Dit betreft dus twee gevalstypen, de standaardsituatie en de ondergrens waarvoor verschillende gezichtspunten ontwikkeld zijn. Wanneer de aangesprokene op een meer indirecte of subtiele wijze betrokken is geweest bij de overtreding, zijn de voorwaarden van de Slavenburg II-beschikking van toepassing.

52 Dit stappenplan zou ook buiten het milieurecht gebruikt kunnen worden, met dien verstande dat het normadressaatschap een andere invulling heeft of niet van toepassing is.

53 Er zijn twee redenen waarom het logisch is om eerst overtrederschap in abstracto te beoordelen, alvorens overtrederschap in concreto. Ten eerste omdat de vraag wie normadressaat is bij iedere overtrederschapsvorm op een of andere manier terugkomt (zie par. 3.1), dus je moet de vraag sowieso beantwoorden. Ten tweede omdat de rol die normadressaatschap speelt bij iedere overtrederschapsvorm verschillend is, waardoor – afhankelijk van de uitkomst van overtrederschap in abstracto – al op voorhand verschillende overtrederschapsvormen uitgesloten kunnen worden. Het zou omslachtig zijn om bijvoorbeeld eerst te beoordelen of de betrokkene voldoet aan de verruimde IJzerdraad-criteria, om er vervolgens achter te komen dat de betrokkene geen pleger kan zijn omdat de norm niet gericht is tot hem of haar. Normadressaatschap is echter geen stap voorafgaand aan het bepalen van overtrederschap, het is er onderdeel van. Zie par 2.4.2.

54 Zie par. 3.3.4 voor het juridisch kader van drijverschap.



Als de leidinggevende kwalificeert als drijver, kan onderzocht worden of een van de plegerschapsvormen op hem of haar van toepassing is. Indien hij of zij leiding geeft aan een kleine onderneming, en/of er sprake is van overtreding van een ruim geformuleerde verbodsbepaling (bijvoorbeeld 'het laten bestaan' van een bepaalde toestand) is het mogelijk dat de leidinggevende zelf als '*fysiek pleger*' kan worden aangemerkt. Bij een grotere organisatie, en/of bij een fysiek-geformuleerde verbodsbepaling, zou plegerschap vastgesteld kunnen worden door middel van

toerekening. Wanneer aan de verruimde IJzerdraadcriteria voldaan wordt, dan kan de betrokkene in ieder geval aangemerkt worden als '*functioneel pleger*'.[55]

Als de leidinggevende functionaris geen normadressaat is, kan hij of zij niet 'zelfstandig' de overtreding begaan, en dan vallen de plegerschapsvormen af. De leidinggevende kan alsnog aangemerkt worden als overtreder, via de figuur van deelneming.[56] In de context van een onderneming, waar dit preadvies op ziet, ligt de deelnemingsvorm 'feitelijk leidinggeven' het meest voor de hand.[57] Voor feitelijk leidinggeven moet eerst worden vastgesteld of de rechtspersoon aangemerkt kan worden als overtreder.[58] Vervolgens kan worden vastgesteld dat de leidinggevende functionaris een '*feitelijk leidinggever*' is. Dit is in ieder geval mogelijk wanneer de leidinggevende de verboden gedraging actief en effectief bevorderd heeft, maar het is ook mogelijk indien de aangesprokene op een meer indirecte of subtiele wijze betrokken is geweest bij de verboden gedraging.[59]

Mocht de *rechtspersoon* echter *niet* kwalificeren als overtreder, of als de leidinggevende functionaris niet voldoet aan de toets van 'feitelijk leidinggever', dan resteert de mogelijkheid om de leidinggevende aan te spreken als '*medepleger*'. Daarvoor is een nauwe en volledige samenwerking nodig, en moet in ieder geval een van de medeplegers normadressaat zijn.[60]

Merk op dat het overtrederschap van de leidinggevende niet altijd voldoende is om deze een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen. Voor sommige sancties gelden aanvullende voorwaarden. Bijvoorbeeld voor de last onder dwangsom is vereist dat de leidinggevende feitelijk en juridisch in staat is de last na te komen, en voor een bestuurlijke boete gelden aanvullende voorwaarden met betrekking tot de verwijtbaarheid van de leidinggevende.

Bij dit stappenplan past een belangrijke kanttekening: in sommige situaties kunnen meerdere overtrederschapsvormen van toepassing zijn, want de overtrederschapsvormen overlappen deels. Bijvoorbeeld degene die opdracht geeft tot een verboden gedraging, zal (als de rechtspersoon ook kwalificeert als overtreder) aangesproken kunnen worden als feitelijk leidinggever; indien de opdrachtgever ook normadressaat is, behoeft het weinig twijfel dat de persoon ook kwalificeert als functioneel pleger. Het geven van de opdracht impliceert aanvaarding van (zelfs opzet op) de verboden gedraging, en als de opdracht uitgevoerd wordt had de persoon kennelijk beschikkingsmacht. De leidinggevende kan tevens medepleger zijn (ook al vervult hij of zij zelfstandig alle delictsbestanddelen) indien er met een ander een nauwe en bewuste samenwerking bestond. Het hierboven geschetste stappenplan is dus vooral bedoeld om de verhouding tussen de verschillende over-

55 Zie par. 4.3.3 en algemeen deel par. 3 voor de aanvullende criteria die dan gelden.

56 De leidinggevende kan overigens ook worden aangemerkt als deelnemer, als hij wél normadressaat is.

57 Zowel in dit preadvies als in het preadvies van Manon van Overbeek en Olivier Dusée zijn nauwelijks voorbeelden te vinden waarin leidinggevenden zijn aangesproken via medeplegen. Zie M.C.C. van Overbeek en O.E.S. Dusée, 'Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders', *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

58 Dit gaat in de regel via functioneel plegerschap, waarvoor de Drijfmest-toets geldt. Zie par. 4.3.3 en het Algemene deel, par. 4.

59 Zie hieromtrent het overzichtsarrest en de Slavenburg-beschikking, par. 4.3.4 van dit preadvies, en uitgebreider par. 5 in het Algemene deel.

60 Dat is logisch, want voor medeplegen moeten de medeplegers immers gezamenlijk alle bestanddelen vervullen, dus ook het kwaliteitsbestanddeel. Zie voor medeplegen par. 4.3.5. en uitgebreider par. 6 in het Algemene deel.

trederschapsvormen te verduidelijken, maar de keuze voor de ene of de andere overtrederschapsvorm is nog van meer factoren afhankelijk dan uit het overzicht blijkt.

2.2.5 Zoek de verschillen

Hiervoor heb ik de verschillende stappen in de beoordeling van het overtrederschap geschetst. Sommige criteria lijken veel op elkaar, en komen op verschillende plekken van de beoordeling in net iets andere bewoording terug. De verschillen tussen die criteria en overtrederschapsvormen worden echter duidelijker als je ze naast elkaar zet. Hierna contrasteer ik een aantal begrippen die het vaakst verward worden.

Onderscheid tussen functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven
Dit onderscheid wordt uitvoerig besproken in het Algemene deel van de preadviezen,[61] maar omdat het zo'n belangrijk onderscheid is, en de twee vaak verward worden,[62] zet ik de belangrijkste verschillen op een rij.

- De functioneel pleger is een type *pleger*. Dat betekent dat de betrokkene zelf de *overtreding* begaat, en (dus ook) zelfstandig (al dan niet door toerekening) alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervult (dus ook het kwaliteitsbestanddeel). Indien een verboden gedraging aan de betrokkene wordt toegerekend, dan moet hij of zij deze *specifieke gedraging* aanvaarden. Voor de aanvaarding is geen (voorwaardelijk) opzet vereist, het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid gevergd kon worden ter voorkoming van de gedraging voldoet.
- De feitelijk leidinggever is geen pleger maar een *deelnemer*: dogmatisch gezien begaat niet de feitelijk leidinggever maar de rechtspersoon de overtreding. Dat betekent dat eerst moet worden vastgesteld dat de rechtspersoon kwalificeert als overtreder ('*accesoriteitsvereiste*'). Vervolgens moet worden onderzocht of de feitelijk leidinggever leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging. De feitelijk leidinggever hoeft *geen normadressaat* te zijn. Wel is *voorwaardelijk opzet* nodig ten aanzien van de *verboden gedraging of vergelijkbare gedragingen*.

Adressaat van een norm vs. adressaat van een sanctie
De vraag 'aan wie een norm is gericht' (normadressaat) moet worden onderscheiden van de vraag 'aan wie een bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd'

61 Zie algemeen deel par. 3 en 5. Zie ook Hornman 2016, p. 77-78; De Valk 2009, p. 502.

62 Wladimiroff noemt feitelijk leidinggeven 'bij uitstek' een voorbeeld van functioneel daderschap. Wladimiroff 2009, par. 6. Ook onjuist, Wingens die HR Slavenburg en ABRvS Edelchemie duidt als functioneel daderschap, Wingens 2017, par. 3.3. Het komt ook voor dat criteria voor de twee leerstukken worden verward, zoals bijvoorbeeld gebeurt in C.W.M. Lieverse en A.B. Schoonbeek, 'Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, p. 185-195, p. 190. In de bestuursrechtelijke handboeken worden de aansprakelijkheidsfiguren ook niet altijd scherp onderscheiden. Zie bijvoorbeeld Damen e.a. 2016, p. 598: 'Dit criterium vertoont grote verwantschap met dat voor functioneel daderschap'. Ook Michiels e.a. bespreken feitelijk leidinggeven in de paragraaf over 'functioneel daderschap', al wordt daar wel opgemerkt dat het een aparte daderschapsvorm betreft. Michiels e.a. 2016, p. 169. Ook kritisch over de gelijkschakeling van plegen en deelnemen: S.M.C. Nuyten en B.J.V. Keupink, 'Daderschap in recente bestuursrechtspraak', *Delikt en Delinkwent* 2014/7, onder verwijzing naar een veelheid van jurisprudentie; en De Valk 2009, p. 514 e.v.

(adressaat van een sanctie). Zoals de bewoording doet vermoeden, wordt de eerste adressaat bepaald door de norm, en de tweede door de gekozen sanctie.

- De adressaat van een norm is degene op wie de verplichting rust dat de norm wordt nageleefd. Tot wie een norm gericht is, volgt uit de bewoording van de norm (en soms uit de parlementaire geschiedenis of de rechtspraak met betrekking tot de norm). Bij tot eenieder gerichte normen ('gemene delicten') is iedereen normadressaat en kan eenieder de norm overtreden. Bij kwaliteitsdelicten kunnen alleen degenen die beschikken over de door de norm vereiste hoedanigheid de norm overtreden.
  - Voorbeeld: als in een pretpark op basis van een vergunning maximale geluidsnormen gelden, dan kunnen bezoekers van het pretpark die de geluidsnormen overschrijden (bijvoorbeeld door te schreeuwen tijdens de achtbaanrit) de voorschriften uit de vergunning toch niet overtreden. Niet de bezoekers, maar de vergunninghouder is normadressaat en dus verantwoordelijk voor de naleving van de vergunningsvoorschriften.[63]
- De adressaat van de sanctie is degene *aan wie een bestuurlijke sanctie* gericht kan worden, oftewel aan wie de beschikking kan worden geadresseerd. Welke eisen gesteld worden aan de adressering, wisselt per sanctie. Veelal is de 'overtreder' de adressaat van de bestuursrechtelijke sanctie. Echter, zoals besproken in paragraaf 2.2.2 is voor sommige sancties deze hoedanigheid niet vereist, en is voor andere sancties deze hoedanigheid niet genoeg. Ik noem twee voorbeelden:
  - Uniek aan de *last onder bestuursdwang* is dat de adressaat van de sanctie breder is dan overtreders. Deze sanctie kan ook opgelegd worden aan niet-overtreders, zoals rechthebbenden op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft, derden-belanghebbenden en andere betrokkenen.
    - Bijvoorbeeld: in theorie kunnen de pretparkgasten die te hard schreeuwen adressaat zijn van een last onder bestuursdwang, ook al zijn ze geen overtreders.
    - Voor niet-overtreders heeft deze last echter geen tanden, want de kosten van de bestuursdwang kunnen slechts worden verhaald op de overtreder.
  - De last onder dwangsom kan zoals gezegd slechts worden opgelegd aan de overtreder die het in de macht heeft de last uit te voeren. Hierbij is de adressaat dus smaller dan de groep overtreders.
    - Bijvoorbeeld: als een bedrijf milieuschade aanricht waarbij de milieuschade opgeruimd moet worden om de overtreding te beëindigen, en het bedrijf gaat failliet, dan kan *geen* last onder dwangsom opgelegd worden aan de overtreder. De curator heeft het roer overgenomen, dus degene die voorheen de inrichting dreef, is niet feitelijk en juridisch in staat om de last na te komen.
    - Voor een bestuurlijke boete en het kostenverhaal van bestuursdwang geldt het machtscriterium niet, dus de overtreder gaat niet vrijuit.[64]

---

63 Over wie de vergunninghouder is, zie par. 3.3.3; zie ook V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, hoofdstuk 4; C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2003; C.N.J. Kortmann 'Wie is de vergunninghouder?', NTB 2015/29, p. 221-223.

64 Een voorbeeld van een zaak waarin in overtreder het niet in de macht had om de overtreding ongedaan te maken, maar toch beboet kon worden is ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429, AB 2018/405.

De criteria voor de adressaat van de norm, de adressaat van de sanctie en het overtrederschap worden regelmatig verward; dat brengt ons bij het onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en in de macht hebben.

Onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en in de macht hebben

Bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van een bestuurlijke sanctie in het milieurecht komt op verschillende momenten de vraag aan bod welke *invloed* de leidinggevende heeft. Steeds is verschillend waarop de invloed betrekking heeft, en steeds is de reden waarom de invloed bepaald moet worden een andere.[65] In de rechtspraak en literatuur wordt nog regelmatig de verkeerde maatstaf gebruikt.[66] De verwarring is begrijpelijk: de toetsen lijken op elkaar en overlappen goeddeels. Toch is de ene soort invloed de andere niet, en als de toetsen op één hoop gegooid worden zal het bestuursrechtelijke handhavingsrecht nog diffuser en dus ook willekeuriger worden. De truc is om te kijken *waarop* de invloed ziet.

– Allereerst komt de invloed van de leidinggevende functionaris aan bod in de fase van *overtrederschap in abstracto*. De meeste milieunormen zijn gericht tot de drijver van de inrichting. De maatstaf voor drijverschap is *feitelijke zeggenschap* over de exploitatie van (een deel van) de *inrichting*. Bij drijverschap gaat het dus niet om invloed op een verboden gedraging, maar op het vergunningplichtige bedrijf of activiteit. Makkelijker uitgedrukt: niet 'wie heeft zich misdragen?', maar 'wie runt de toko?'
– De mate van invloed van de leidinggevende is ook relevant om te beoordelen of hij of zij aangemerkt kan worden als *overtreder in concreto*. Maar dan gaat het niet om de invloed op de inrichting of de rechtspersoon, maar (vooral) om de invloed op de *verboden gedraging*. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het *beschikkingscriterium* van functioneel plegerschap. Dit criterium draait om de vraag of de invloed van de betrokkene zodanig was dat hij of zij de verboden gedraging kon voorkomen. Die beschikkingsmacht kan er natuurlijk ook zijn,

65 Een uitgebreidere bespreking van dit onderscheid, met voorbeelden, komt aan bod in par. 3.3.4.

66 Ik geef enkele voorbeelden waarin dit gebeurt. Het meest in het oog springende voorbeeld is van Van der Feltz in de reactie op het Bal; hierbij lijken adressering van de sanctie en verschillende overtrederschapsvormen door elkaar heen te lopen: 'Echter, niet alleen degene "die de activiteit verricht" kan een overtreding begaan. In Hoofdstuk 5 Algemene wet bestuursrecht is overtreder: "ieder die het in zijn macht heeft een einde te maken aan de overtreding". Dat kan bijvoorbeeld de aandeelhouder van het bedrijf zijn of een opdrachtgever, betrokkenen die meestal niet zelf de activiteit verrichten maar die door de exploitant laten verrichten.' G.C.W. Van der Feltz, 'Het Besluit activiteiten leefomgeving', *TO* 2016-6, p. 178-187. Ook wordt in de literatuur soms het machtscriterium aangehaald bij de vraag of een bestuurder aangemerkt kan worden als overtreder, zie bijvoorbeeld J.P. Heinrich en R.W. Veldhuis, 'Kroniek: Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 2008/48: 'Om als overtreder te kunnen worden aangemerkt moet de als zodanig aangeschrevene het feitelijk in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen.' Vergelijkbaar M.W. Scheltema, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het bestuursrecht, een effectief instrument?', in: Assink e.a. 2017, par. 2. Ook Mellenbergh, die wel expliciet het machtscriterium en het zeggenschapscriterium onderscheidt, gaat toch de mist in: hij koppelt de zeggenschap die nodig is voor het *drijverschap* aan de invloed op de concrete overtreding. R. Mellenbergh, *Bedrijfsovername en milieurecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 42-42, 399-400, 408 en Mellenbergh 2011, par. 2.1; dezelfde fout werd begaan door de Hoge Raad in een milieustrafrechtelijke zaak, HR 22 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3526, r.o. 3.8 e.v. Ook onjuist, Van Leeuwen en Vermeer 2014, p. 278, auteurs gebruiken de drijverschapstoets ter invulling van de toerekening van functioneel plegen. Een voorbeeld en toelichting van een juiste toepassing van het overtredersbegrip kan gevonden worden in de annotatie van Knijff, in ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45.

zonder dat de persoon in kwestie drijver is.[67] Makkelijker gezegd: niet 'wie runt de toko?', maar 'wie heeft zich misdragen?'.

– Ten slotte speelt de invloed van de leidinggevende ook een rol bij de adressering van bestuurlijke sancties. Voor de toewijsbaarheid van de last onder dwangsom is namelijk relevant of de aangesprokene het feitelijk en juridisch in de macht heeft de last na te komen. Die last ziet doorgaans op het ongedaan maken of de beëindiging van een verboden toestand. Bij het machtscriterium gaat het niet om zeggenschap over de *inrichting*, noch om de beschikkingsmacht over het al dan niet plaatsvinden van de *verboden gedraging*, maar over invloed op de *verboden toestand*. Het gaat om de vraag of de betrokkene de last kan nakomen, wat zal neerkomen op het herstellen of bewerkstelligen van wat rechtens de juiste toestand is. Dus niet 'wie heeft zich misdragen?', ook niet 'wie runt de toko?', maar wel 'wie kan het oplossen?'.

De verschillende toetsen kunnen – en zullen regelmatig – elkaar overlappen. Wanneer de exploitant van een inrichting aanzet tot een overtreding, heeft deze persoon zowel zeggenschap over de inrichting als beschikkingsmacht over de verboden gedraging en heeft hij of zij het in zijn macht om een last tot het beëindigen van de overtreding na te komen. Vooral bij kleinere inrichtingen is degene die 'de toko runt', degene die zich misdragen heeft, en degene die het probleem kan oplossen, vaak één en dezelfde persoon. Dat betekent echter niet dat de toetsen uitwisselbaar zijn.

Waarom is dit onderscheid zo belangrijk? Het drijversbegrip, overtredersbegrip, en de kring van personen aan wie een dwangsom kan worden opgelegd, zouden substantieel worden opgerekt als de verschillende toetsen op één hoop gegooid worden. Bijvoorbeeld, wanneer voor drijverschap zeggenschap over de inrichting niet relevant is en voldoet dat iemand invloed kan uitoefenen op de verboden gedraging, dan rusten de vergunningsverplichtingen opeens op iedereen binnen de inrichting met beschikkingsmacht. Milieuvoorschriften zouden daarmee de status van kwaliteitsdelict verliezen, doordat het kwaliteitsbestanddeel wordt opgeslokt door het objectieve bestanddeel. Net zo wanneer voor beschikkingsmacht voldoende zou zijn dat iemand invloed kan uitoefenen over de inrichting, ongeacht diens betrokkenheid bij de verboden gedragin, dan schuift functioneel plegerschap weer een stapje op richting risicoaansprakelijkheid. Ook als een overtreder het in de macht moet hebben een overtreding ongedaan te maken, kunnen overtreders kostenverhaal van bestuursdwang en bestuurlijke boetes ontspringen door snel de boel te verkopen. Andersom, als iemand al overtreder kan zijn door diens mogelijkheid de overtreding te beëindigen, dan zou een voorbijganger al geconfronteerd kunnen worden met een sanctie. Dit alles is niet alleen in weerwil van de bedoeling van wetgever, maar leidt er ook toe dat bestuursrechtelijke handhaving willekeuriger wordt.

67 Het bevoegd en redelijkerwijs gehouden-criterium van feitelijk leidinggeven schuurt tegen beschikkingsmacht aan. Zie par. 4.3.3. en uitvoerig in het Algemene deel, par. 3.

2.3 Problemen

Bij het beantwoorden van de vraag of een leidinggevende functionaris gesanctioneerd kan worden voor milieuovertredingen en bij het schetsen van het daarvoor benodigde begrippenkader, stuitte ik zoals gezegd op twee problemen.

Het eerste probleem betreft de terminologische en conceptuele onduidelijkheid van een aantal centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Zowel een oorzaak als een gevolg van dit probleem is dat begrippen die veel op elkaar lijken maar steeds net iets anders betekenen op één hoop gegooid worden. Bijvoorbeeld, *overtreder*, *drijver*, *dader*, *pleger* en *vergunninghouder* worden geregeld door elkaar gebruikt.[68] De genoemde begrippen zijn echter niet uitwisselbaar, ze hebben allemaal een aparte betekenis en functie. Door de verwarring dreigt het onderscheid tussen de begrippen te verwateren en krijgen de begrippen een diffuse betekenis, met rechtsonzekerheid en ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen tot gevolg. Een andere factor die het begrippenkader van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht er niet duidelijker op maakt, is dat sommige begrippen verschillende dingen kunnen betekenen. Bijvoorbeeld *functioneel daderschap* is een verzamelnaam voor alle plegers als deelnemers aan wie een gedraging wordt toegerekend,[69] maar het woord is ook ingeburgerd als een aanduiding voor *functioneel plegerschap*. Een ander voorbeeld: *vergunninghouder* kan – afhankelijk van het type vergunning – zowel verwijzen naar degene voor wie de vergunning aangevraagd wordt, als naar degene die feitelijk verantwoordelijk is voor het uitvoeren van de vergunningplichtige activiteit.[70]

Maar zelfs *als* er geen enkele terminologische onduidelijkheid zou bestaan omtrent de begrippen van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, is er nog een tweede probleem: het systeem van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht knelt. Ik bedoel daarmee dat een aantal begrippen en regels met elkaar botsen. De knelpunten worden duidelijker aan de hand van voorbeelden; de volgende stellingen zijn alle drie afkomstig uit de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb:

1. Alleen degene tot wie het voorschrift zich richt (normadressaat) kan de norm overtreden.[71]
2. Onder overtreder moet worden verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.[72]
3. Degene *die geen adressaat* is van de geschonden norm omdat de daarvoor vereiste kwaliteit ontbreekt (normadressaat) *kan als medepleger en dus als overtreder* worden aangeduid.[73]

---

68 Zie verder ook de voorbeelden van par. 2.2.5.

69 Bijvoorbeeld ook de functionele medepleger behoort tot de categorie functionele daders. De term 'dader' verwijst naar alle aansprakelijkheidsvormen die in art. 47 Sr. genoemd worden, en sommige van die vormen kunnen een functionele invulling hebben. De Hullu 2018, p. 162.

70 Zie uitvoerig over de onduidelijkheden met betrekking tot het begrip vergunninghouder Kortmann 2015.

71 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78. Met dit adagium begint vrijwel elk hoofdstuk over bestuursrechtelijke handhaving.

72 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78 en 80, en art. 5:1 lid 2 Awb.

73 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 79.

Afzonderlijk zijn de stellingen uit de voorbeelden begrijpelijk. Maar wanneer je de stellingen naast elkaar zet, zie je dat ze niet alle drie waar kunnen zijn: óf de medepleger (die geen normadressaat is) is geen overtreder, óf normadressaatschap is geen noodzakelijke voorwaarde voor overtrederschap.[74]

Ik geef nog een voorbeeld:
1. De bestuurlijke boete kan, gezien haar bestraffende karakter, uitsluitend aan een overtreder worden opgelegd.[75]
2. De feitelijk leidinggever is zelf geen overtreder.[76]
3. Aan de feitelijk leidinggever kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.[77]

Ook hier botsen de stellingen: óf de bestuurlijke boete kan ook opgelegd worden aan niet-overtreders, óf de leidinggevende is wel een overtreder.[78] Wanneer je alle drie de premissen voor waar houdt, lopen de radertjes van het juridische leerstuk vast.

De bovenstaande voorbeelden laten zien dat **heldere terminologie belangrijk maar niet voldoende is: ook de knelpunten in de systematiek van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht moeten geadresseerd worden**.[79] Dat vergt een adequate ordening en afstemming van de begrippen. Wanneer men vrijblijvend kan kiezen welke criteria wel en niet van toepassing zijn, of tot welke groep een bepaald begrip behoort, dan is het oordeel willekeurig: het recht kan dan per definitie niet bepalend zijn voor het oordeel. Om de onduidelijkheden en de knelpunten te verhelpen moeten keuzes worden gemaakt. De uitkomst van de keuzes zijn reeds verwerkt in het begrippenkader van paragraaf 2.2, hierna licht ik nog een aantal van de keuzes toe.

2.4 Toelichting en verantwoording van keuzes

2.4.1 Enge en ruime invulling van overtrederschap

Tot zo ver heb ik voorbeelden gegeven van terminologische onduidelijkheden en knelpunten in het systeem, en heb ik uitgelegd waarom dat problematisch is. Voor de fijnproevers volgt nu in deze en de volgende subparagraaf een toelichting en verantwoording van een aantal dogmatische en terminologische keuzes.

De grootste uitdaging bij het schetsen van het begrippenkader had te maken met de classificatie van de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren. Zoals volgt uit de voorbeelden die ik gaf in paragraaf 2.3, is nog ongewis welke figuren precies

74 Mijn suggestie om deze spanning op te lossen bespreek ik in par. 2.4.
75 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 80, 133 e.v.; Zo volgt ook uit art. 5:2 lid 1 sub c Awb.
76 Michiels e.a. 2016, p. 168-169. Bovendien ontbreekt de feitelijk leidinggever telkens in de opsomming van de wetgever wie kwalificeren als overtreder. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78 en 80.
77 Dit volgt uit art. 51 lid 2 en 3 Sr jo. art. 5:1 lid 3, Michiels e.a. 2016, p. 167-168; *Kamerstukken II* 2007/08, 31124, 8, p. 19.
78 Overigens merkt Jurgens dit knelpunt ook terloops op. Haar oplossing is de feitelijk leidinggevende wel aan te merken als *adressaat van de sanctie* maar niet als overtreder, in Michiels e.a. 2016, p. 175-176.
79 Deze stelling komt (iets anders geformuleerd) terug in de aanbevelingen, zie par. 6.

vallen onder het overtredersbegrip, en is ook onduidelijk of bepaalde bestuurlijke sancties opgelegd kunnen worden aan anderen dan overtreders. Deze en andere knelpunten kunnen mijns inziens opgelost worden door een 'ruim overtredersbegrip' te hanteren. Om te begrijpen wat dit inhoudt, en welke redenen er bestaan voor de ruime invulling, is het nuttig om eerst uit te leggen wat een 'eng overtredersbegrip' inhoudt.

Als ik het goed zie, was er voor de Vierde tranche Awb sprake van 'overtrederschap in de enge zin van het woord'.[80] *Overtreder*, *overtreden* en *overtreding* waren nauw met elkaar verbonden. Het (algemene) bestuursrecht kende nog *geen* aansprakelijkheidsvorm voor gevallen waarin iemand in strijd handelde met slechts *een deel* van 'het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'. Daarom moesten alle bestanddelen van de verbodsbepaling (al dan niet door middel van toerekening) worden vervuld door de aangesprokene.[81] De premisse 'alleen degene tot wie het voorschrift gericht is, kan hem overtreden', gold daardoor voor alle overtreders. Het normadressaatschap was een noodzakelijke voorwaarde om aangemerkt te worden als overtreder van een kwaliteitsdelict.

'Overtreding' en 'overtreder' waren voor de Vierde tranche nog niet wettelijk gedefinieerd. Het overtredersbegrip was ontwikkeld in de rechtspraak, in een tijd waarin de rechter alleen herstelsancties kon opleggen. Maar gaandeweg kreeg het bestuursrecht ook een punitieve functie, met de daarbij horende punitieve instrumenten. Het overtredersbegrip kwam onder druk te staan, omdat de vrijblijvendheid waarmee de rechter een overtreding kon toerekenen aan een overtreder niet past bij de bestraffende sancties. Uiteindelijk heeft de wetgever besloten om een wettelijke definitie te geven van het overtredersbegrip, en voor de invulling van dat begrip aansluiting te zoeken bij het strafrecht. De aansluiting op het strafrecht heeft twee belangrijke gevolgen voor het bestuursrechtelijke overtredersbegrip. Ten eerste is een bepaalde mate van kennis of aanvaarding van de overtreding vereist om als overtreder aangemerkt te worden. Ten tweede – en dit is de oorzaak van de taxonomische knelpunten die ik eerder noemde – heeft het overtrederschap nieuwe 'daderschapsvormen' erbij gekregen.

Sommige nieuwe aansprakelijkheidsfiguren zorgen voor de nodige compatibiliteitsproblemen. De uit het strafrecht overgenomen deelnemingsvormen passen namelijk niet goed in de 'enge invulling' van overtrederschap: een medepleger vervult (doorgaans) niet alle bestanddelen,[82] de feitelijk leidinggever is vaak niet zelf de normadressaat, en begaat dogmatisch gezien niet zelf de overtreding. Als na de Vierde tranche het enge overtredersbegrip zou worden vastgehouden, zou het alleen *plegers* omvatten. Daarmee rijst de vraag hoe deelnemers gekwalificeerd moeten worden, en of sancties die alleen opgelegd kunnen worden aan overtreders, ook aan deelnemers opgelegd kunnen worden.

Het lijkt er echter niet op dat de wetgever de deelnemers een *status aparte* heeft willen geven. Ook al heeft de wetgever niet expliciet afstand gedaan van het normadressaatschap als wezenskenmerk van het overtrederschap, in zowel de wet als

80 Verdere toelichting van het overtredersbegrip van voor de Vierde tranche is te vinden in par. 4.2.
81 Dat dit niet altijd in de rechtspraak expliciet gebeurde, maakt dit niet anders.
82 Meestal, maar niet altijd, omdat het ook mogelijk is (maar doorgaans niet voor de hand ligt) om een betrokkene die alle bestanddelen vervult aan te spreken als medepleger.

de toelichting wordt de medepleger beschouwd als overtreder.[83] Bovendien is het de bedoeling van de wetgever dat de medepleger en de feitelijk leidinggever doelwit kunnen zijn van bestuurlijke sanctie die slechts geadresseerd kunnen worden aan overtreders.[84] Ook in de handboeken worden medeplegers en feitelijk leidinggevers besproken onder de noemer van overtreders.[85] Oftewel, in alle opzichten lijken deelnemers gewoon op overtreders, behalve dat ze niet passen in het 'enge overtrederbegrip'.

Zoals uit het schema van paragraaf 2.2.4 blijkt, beschouw ik de feitelijk leidinggever en medepleger als deelnemer, en schaar ik de deelnemers onder de groep overtreders. Aldus geef ik een ruime invulling aan het 'overtredersbegrip'. In deze ruime interpretatie van het overtredersbegrip is de *overtreder* niet langer slechts degene die de *overtreding* begaat, maar ook degene die heeft *deelgenomen* aan de overtreding. Daarmee is het normadressaatschap niet langer een noodzakelijke voorwaarde voor overtrederschap; het is een bestanddeel dat vervuld moet worden voor het bestaan van de overtreding – maar of de overtreder normadressaat moet zijn hangt af van de overtrederschapsvorm. De fysieke pleger en functionele pleger moeten wel zelf normadressaat zijn, omdat zij geacht worden alle bestanddelen zelf te vervullen. De medepleger moet zelf normadressaat zijn of samen met de normadressaat de overtreding plegen. Bij de feitelijk leidinggever moet de overtreden norm gericht zijn tot de rechtspersoon waaraan feitelijk leiding wordt gegeven. In de in dit preadvies gehanteerde taxonomie zijn dus de pleger, functioneel pleger, medepleger en de feitelijk leidinggever, allen overtreder.

2.4.2 'Daderschap' in het strafrecht en in het bestuursrecht

Dan zijn er nog enkele terminologische kwesties, die los staan van de enge of ruime invulling van overtrederschap. In dit preadvies kies ik ervoor om consequent de woorden 'overtreder' en 'overtrederschap' te gebruiken als ik schrijf over bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren; de woorden 'dader' en 'daderschap' zal ik *alleen* gebruiken wanneer ik schrijf over het strafrecht. Ik benadruk dat dit anders is dan thans gangbaar is in bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur – daar worden de termen 'dader' en 'daderschap' en 'overtreder' en 'overtrederschap' gezien als uitwisselbaar. Mijns inziens is het echter beter om in het bestuursrecht vast te houden aan de term overtreder, omdat deze term het aangrijpingspunt is in verschillende wetten. Het woord 'dader' ben ik daarentegen in geen enkele bestuursrechtelijke bepaling tegenkomen. Bovendien wordt voor het overtredersbegrip weliswaar aansluiting gezocht bij het strafrecht, maar wordt het strafrechtelijke daderschap niet simpelweg gekopieerd.[86] Door in het bestuursrecht

83 Art. 5:1 lid 2 Awb en *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 79.

84 De adressering aan overtreders volgt uit respectievelijk art. 5:2 lid 1 sub c, art. 5:32 en art. 5:25 lid 1 Awb. Zie ook par. 2.2.2.

85 Zie bijvoorbeeld Michiels e.a. par. 6.2; Damen e.a. 2016, par. 14.3.2.

86 Bijvoorbeeld, de wetgever heeft niet alle strafrechtelijke daderschapsvormen geïmporteerd naar het overtredersbegrip. De 'doen pleger' is dus wel een dader, maar geen overtreder. Ook is het bestuursrechtelijke bewijsrecht anders dan in het strafrecht, wat wellicht ook bepaalde materiele verschillen rechtvaardigt. Zie ook onze opmerkingen met betrekking tot opzet bij feitelijk leidinggeven in het Algemene deel, par. 5.

consequent van 'overtreder' te spreken kan het overtredersbegrip zich verder ontwikkelen als een zelfstandig (zij het een op het strafrecht gebaseerd) leerstuk.[87]

Dan is er nog de kwestie van de verschillende betekenissen van 'functioneel daderschap'. Hierin ben ik een beetje koppig. Hoewel de term functioneel daderschap zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht is ingeburgerd, maakt deze *totum pro parte* aanduiding de doctrine er niet overzichtelijker op. 'Dader' is namelijk een verzamelnaam voor zowel plegers als deelnemers; in het strafrecht vallen alle aansprakelijkheidsfiguren van artikel 47 Sr onder deze noemer.[88] Het begrip is dus breder dan alleen plegerschap. In dit preadvies heb ik ervoor gekozen om zowel in strafrechtelijke als bestuursrechtelijke context consequent te spreken van 'functioneel plegerschap'. Op deze manier kan er geen twijfel over bestaan dat de functionele pleger telkens zelfstandig (maar niet per se fysiek) de bestanddelen van de verboden gedraging dient te vervullen.[89] Oftewel, **het is nodeloos verwarrend en dogmatisch incorrect om een functioneel pleger een functioneel dader te noemen.** Net zo, zie ik **geen goede reden om naar bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren te verwijzen met daderschap in plaats van overtrederschap.** Mede gelet op wat ik in de eerste alinea van deze paragraaf geschreven heb, mag wat mij betreft **de dader teruggestuurd worden naar het strafrecht**.[90]

87 Zie ook de aanbeveling hieromtrent in het Algemene deel, par. 8.
88 De Hullu 2018, p. 438-439.
89 Opmerkelijk genoeg wordt *fysieke pleger* doorgaans wel 'pleger' genoemd, en niet *fysieke dader*.
90 Deze stellingen komen (iets anders geformuleerd) terug in de aanbevelingen, zie par. 6.

3 Overtrederschap in abstracto: de adressaat van milieunormen

3.1 Inleiding

In dit preadvies tracht ik de vraag te beantwoorden of het mogelijk is een bestuurlijke sanctie op te leggen aan leidinggevende functionarissen voor het overtreden van milieunormen. In paragraaf 2 kwam aan bod dat voor het opleggen van bestuurlijke sancties onderzocht moet worden of de leidinggevende aangemerkt kan worden als *overtreder*. Om te bepalen wie kwalificeert als overtreder, is in de eerste plaats van belang tot wie de overtreden norm is gericht. Het bestuursrecht, en dan met name het omgevingsrecht, kent veel 'kwaliteitsdelicten', dus verbodsbepalingen die tot een specifieke groep personen gericht zijn. Deze verbodsbepalingen hebben een kwaliteitsbestanddeel dat vervuld moet worden voordat er sprake is van een overtreding. Het achterhalen van de normadressaat is daarom essentieel voor de handhaving van het milieurecht.

Zoals reeds aan bod kwam in paragraaf 2.2.2 is het in sommige gevallen ook mogelijk om een bestuurlijke sanctie op te leggen aan personen die niet zelf kwalificeren als overtreder in abstracto. Dat kan in de eerste plaats bij deelnemers, omdat deelnemers niet zelf normadressaat hoeven te zijn om aangemerkt te worden als overtreder.[91] Maar dan is het alsnog noodzakelijk te achterhalen tot wie de norm gericht is, omdat de deelnemer wel in een bepaalde relatie moet staan tot de normadressaat. Zo moet bij feitelijk leidinggeven de rechtspersoon die onder leiding staat van de betrokkene kwalificeren als overtreder. Dit geschiedt meestal via (functioneel) plegerschap, en dus moet de overtreden norm (in ieder geval) gericht zijn tot de rechtspersoon.[92] Daarnaast moet bij medeplegen, als de aangesprokene zelf geen normadressaat is, degene met wie samengewerkt wordt normadressaat zijn. In de tweede plaats is 'sanctionering' van niet-normadressaten mogelijk door middel van de last onder bestuursdwang. Deze last kan immers ook geadresseerd worden aan een niet-overtreder. Dan is het echter alsnog nodig voor het verhaal van de kosten van de bestuursdwang om de overtreder (en dus de normadressaat) te traceren.

Al met al kan men bij handhaving niet volstaan met de vraag 'wie het gedaan heeft' (overtrederschap in concreto), maar komt op een of andere manier altijd de vraag aan bod op wie de verantwoordelijkheid voor de naleving van de geschonden norm rust

91 Zie par. 2.2.4 en par. 4.3.4 en 4.3.5.

92 Men kan ook feitelijk leidinggeven aan een feitelijk leidinggever, dan schuift degene die normadressaat moet zijn dus nog een stapje op. Zie meer over getrapt feitelijk leidinggeven in het Algemene deel, par. 5.

(overtrederschap in abstracto, oftewel normadressaatschap). Dat is ook de reden dat het onderzoeken wie normadressaat is een logische eerste vraag is om te stellen – men ontkomt er uiteindelijk toch niet aan, en het normadressaatschap is mede bepalend voor welke overtrederschapsvormen van toepassing kunnen zijn.

Wie de adressaat is van een norm, kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd. Steeds zal aan de hand van het in geding zijnde voorschrift moeten worden bepaald op wie de verplichting rust de norm na te leven. Sommige normen zijn tot eenieder gericht, maar de meeste milieunormen zijn gericht tot (rechts)personen die een bepaalde kwaliteit bezitten. Bijvoorbeeld vergunningseisen binden de 'vergunninghouder'.[93]

Hoe kom je erachter wie de adressaat van een norm is? Soms staan er specifieke hoedanigheden of andere aanwijzingen in de tekst van het voorschrift. Bijvoorbeeld artikel 3 van de Ontgrondingenwet bepaalt dat het 'verboden is om *zonder vergunning te ontgronden* dan wel als *eigenaar, erfpachter, vruchtgebruiker, opstalhouder, beklemde meier of gebruiker* van enige onroerende zaak ontgronding toe te laten'.[94] Soms verschaft de parlementaire geschiedenis duidelijkheid omtrent de adressaat van een norm. Echter, regelmatig is de kwaliteit (bewust) niet gespecificeerd, en wordt het aan de rechtsontwikkeling overgelaten om te bepalen wie zich de norm zouden moeten aantrekken. Daarom moet men voor de concretisering van de normadressaat de blik richten op de wetssystematiek en de jurisprudentie.

In opdracht van het ministerie van VROM is eind jaren negentig door Knijff e.a. grondig onderzoek verricht naar de normadressaat van milieuregels voor inrichtingen.[95] Dit onderzoek verduidelijkt verschillende aspecten van het normadressaatschap, in het bijzonder de relatie tussen normen die gericht zijn tot de drijver van de inrichting en zorgplichten die tot eenieder gericht zijn.[96] De onderzoekers concluderen tevens dat er nog veel onduidelijkheden bestaan met betrekking tot het adressaatschap van milieunormen, vooral bij rechtsovergang en situaties met meerdere drijvers. Een aantal van deze onduidelijkheden zijn in later verschenen proefschriften en publicaties geadresseerd,[97] maar het normadressaatschap van milieuregels blijft een lastige en casuïstische kwestie. Er resteren nog veel vragen met betrekking tot de verhouding tussen het drijverschap en het overtrederschap, de uitleg van het zeggenschapscriterium, en situaties waarin meerdere drijvers bestaan.

In het kader van dit preadvies tracht ik een aantal van die vragen te adresseren. Er komen drie categorieën milieunormen aan bod: (1) normen die tot eenieder gericht zijn; (2) inrichtinggebonden normen uit vergunningsvoorschriften; en (3) inrichtinggebonden normen uit algemene regels. Van elke categorie geef ik een aantal voorbeelden. Daarnaast sta ik stil bij de normadressaat in de Omgevingswet.

---

93 Maar dan is het natuurlijk nog wel de vraag wie kan worden aangemerkt als 'vergunninghouder'. Zie par. 3.3.3.

94 Dit voorbeeld werd gebruikt in Michiels e.a. 2016, p. 158.

95 Knijff e.a. 1998.

96 Dit onderzoek heeft geleid tot de zogenoemde 'enge' uitleg van het normadressaatschap; deze opvatting is nog steeds leidend. Knijff e.a. 1998, p. 116-120.

97 Over rechtsopvolging, zie Knijff 2003; met betrekking tot de reikwijdte van het inrichtingenbegrip, zie Van 't Lam 2005 (diss.).

3.2 Tot eenieder gerichte milieunormen

De eerste categorie normen die ik bespreek, is ook de makkelijkste: normen die tot eenieder zijn gericht, zijn logischerwijs ook gericht tot leidinggevende functionarissen. Omdat de adressering van de norm geen rol meer speelt, hoeft voor het overtrederschap alleen nog te worden bepaald of de leidinggevende functionaris overtreder *in concreto* is.[98]

Bij de bespreking van eenieder verbindende milieunormen is het ook nuttig om stil te staan bij zorgplichten. In het milieurecht spelen zorgplichten een belangrijke rol: ze functioneren als vangnet, bedoeld voor situaties waarin met laakbaar milieuverontreinigend handelen geen specifieke norm wordt overtreden. Daar staat tegenover dat de handhaafbaarheid van zorgplichten (bij milde overtredingen) beperkt is. De normen zijn zo algemeen en onspecifiek van aard, dat handhaving van de norm strijd kan opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel.[99] Er mogen daarom alleen maatregelen vanwege een schending van zorgplicht getroffen worden, als de gedraging onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht.[100] Veel zorgplichten (maar niet alle[101]) zijn tot een ieder gericht. Het beste voorbeeld van een tot eenieder gerichte milieunorm kan gevonden worden in artikel 1.1a Wm, dat bepaalt dat eenieder voldoende zorg voor het milieu in acht moet nemen. Net zo bevat artikel 1.11 Wnb een tot eenieder gerichte zorgplicht voor Natura 2000-gebieden, nationale natuurgebieden en in het wild levende dieren en planten.

Sommige normen zijn gericht tot eenieder die een bepaalde handeling verricht of een bepaald resultaat veroorzaakt. Bijvoorbeeld artikel 13 Wet op Bodembescherming (Wbb) bepaalt – kort gezegd – dat ieder die de bodem verontreinigt of aantast, verplicht is om maatregelen te nemen om de verontreiniging of aantasting te voorkomen, te beperken en ongedaan te maken.[102] Artikel 2.1 van het Besluit lozen buiten inrichtingen (Blbi) bevat een vergelijkbare bepaling voor eenieder die lozingen verricht. Artikel 10.1 Wm geldt voor 'een ieder bij wie in de uitoefening van zijn beroep afvalstoffen ontstaan'.[103] Toch reken ik deze normen niet tot 'kwaliteitsdelicten' maar bespreek ik ze hier onder 'tot eenieder gerichte milieunormen', omdat de adressering van deze normen eigenlijk geen onderscheid maakt op kwaliteit, maar op handelen. Technischer uitgedrukt: het

98 Zie par. 4.

99 G.A. van der Veen, 'Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet' (oratie Groningen), *TO* 2014/3.6, par. 4.2; ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7109, *AB* 2005/44 m.nt. Michiels; ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, *M en R* 2012/20 m.nt. Van 't Lam.

100 ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, *M en R* 2012/20 m.nt. Van 't Lam. ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1896, *AB* 2014/32 m.nt. Van der Velde; ABRvS 8 december 2004, *AB* 2005/44 m.nt. Michiels, r.o. 2.3.3.

101 Naast de tot eenieder gerichte zorgplichten bestaan er ook zorgplichten die specifiek gericht zijn tot een bepaalde groep personen. Bijvoorbeeld de algemene zorgplicht van het Activiteitenbesluit milieubeheer richt zich tot de 'degene die een inrichting drijft' (art. 2.1 lid 1 Abm), en de zorgplichten die zijn opgenomen in vergunningen richten zich tot de vergunninghouder, zie par. 3.3.3.

102 Het gaat om handelingen als bedoeld in de art. 6 tot en met 11 Wbb; deze artikelen verwijzen vervolgens weer naar AMvB's waarin bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van de bodem.

103 Andere voorbeelden, zie onder meer art. 6.8 Wtw en art. 4 Besluit lozing afvalwater huishoudens.

kwaliteitsbestanddeel van de verbodsbepaling wordt opgeslokt door de objectieve bestanddelen.

Ten slotte verdient het verbod om te handelen zonder omgevingsvergunning hier nog enige aandacht (o.a. in art. 2.1 lid 1 Wabo en art. 6.2 Ww). De algemene formulering van het verbod doet vermoeden dat de bepaling geldt voor eenieder. Het verbod speelt evenwel pas een rol op het moment dat een inrichting daadwerkelijk in werking is zonder de benodigde vergunning. Als dit het geval is, kan er niet handhavend worden opgetreden jegens eenieder binnen die inrichting, maar alleen jegens degene op wie de verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften zou hebben gerust als er wel een vergunning was geweest; en dat is degene die de inrichting drijft. In een concreet geval rust het verbod om te handelen zonder vergunning dus op de *drijver* van de inrichting.[104] In paragraaf 3.3.4 bespreek ik wie aangemerkt kunnen worden als drijver.

3.3 Inrichtinggebonden milieunormen

3.3.1 Inrichtingen

De milieugevolgen van een bedrijf of activiteit worden gereguleerd door algemene regels die gelden krachtens de Wm, en door vergunningsvoorschriften op basis van de Wabo. Het bedrijf of de activiteit valt in beginsel pas onder de werking van deze milieunormen, wanneer er sprake is van een 'inrichting'. Het gros van de milieunormen is 'inrichtinggebonden'. Om te begrijpen jegens wie milieunormen gehandhaafd kunnen worden, is daarom enige kennis vereist van het inrichtingenbegrip. Dat komt in deze subparagraaf (in vogelvlucht) aan bod.

Een bedrijf of activiteit valt onder de werking van inrichtinggebonden milieunormen, als het voldoet aan twee vereisten: (1) de activiteit voldoet aan de omschrijving van het begrip 'inrichting' dat gegeven is in de Wet Milieubeheer; en (2) de activiteit valt onder een bij AMvB aangewezen categorie van inrichtingen die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken. Op beide vereisten ga ik nader in.

Artikel 1.1 lid 1 Wm geeft een definitie van het begrip inrichting, maar de definitie is niet bepaald duidelijk. Het artikel bepaalt dat als inrichting aangemerkt kan worden 'elke door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht'. In de literatuur onderscheidt men drie criteria.[105] Ten eerste moet er sprake zijn van *continuïteit*: de activiteit moet gedurende een zekere periode of met een zekere regelmaat worden verricht. Ten tweede is een fysieke *begrenzing* nodig: de activiteit moet op (steeds) dezelfde locatie plaatsvinden. Het derde criterium is dat de activiteit een bedrijfsmatige omvang moet hebben. Dit is het geval als er sprake is van een op winst gerichte bedrijfsmatige exploitatie en commerciële activiteiten. Ook 'uit de hand gelopen hobby's' kunnen een bedrijfs-

104 A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht; een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 45 onder verwijzing naar Knijff e.a. 1998, p. 6; Van 't Lam 2005 (diss.), p. 38.

105 Zie verder omtrent art. 1.1 lid 3 Wm o.a. Van 't Lam 2005 (diss.), Hfdst. 4, par. 5; en het overzicht op Infomil: www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/activiteitenbesluit/begrip-inrichting/.

matige omvang hebben, en zullen daarom onder de definitie van inrichting vallen. Wanneer een inrichting voldoet aan de criteria van artikel 1:1 lid 1 Wm, wordt het een 'Wm-inrichting' genoemd.

Niet elke Wm-inrichting valt onder het inrichtingenregime van de Wm; zoals aangegeven geldt er nog een tweede vereiste: ingevolge artikel 1.1 lid 3 en 4 Wm moet de activiteit van de Wm-inrichting ook bij AMvB aangemerkt zijn als een milieurelevante activiteit. De AMvB waar artikel 1.1 lid 3 naar verwijst is het Besluit Omgevingsrecht (Bor). In bijlage I in onderdeel B en C van het Bor worden verschillende categorieën van inrichtingen aangewezen,[106] waaronder inrichtingen waarin gewerkt wordt met brandbare stoffen, metalen, textiel, dieren, maar ook kantoren, hotels en sportscholen, om er maar een aantal te noemen. Er is ook een vangnetcategorie, namelijk inrichtingen waarin één of meer motoren aanwezig zijn met een (gezamenlijk) vermogen groter dan 1,5 kW. Zo'n motor is bijvoorbeeld aanwezig in een lift.

Een Wm-inrichting die voldoet aan beide criteria, wordt ook wel een 'milieu-inrichting' genoemd. Let wel, de criteria zijn cumulatief. Als een bepaalde activiteit valt onder een categorie genoemd in bijlage I van onderdeel C van het Bor, maar niet valt onder de inrichting-definitie uit artikel 1.1 lid 1 Wm, dan is het geen milieu-inrichting. Bijvoorbeeld een hijskraan heeft een motor van meer dan 1,5 kW, maar omdat de hijskraan niet voldoet aan de eisen van continuïteit en begrenzing is ze geen milieu-inrichting. Het oordeel van het bestuursorgaan omtrent de kwalificatie van inrichtingen wordt door de rechter vol getoetst.

Ten slotte is voor de vraag of de leidinggevende functionaris een milieunorm overtreedt nog relevant welke activiteiten er precies onder de inrichting vallen. De tweede zin van artikel 1.1 lid 4 Wm bepaalt dat er sprake is van één inrichting als 'de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben, en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen'. Verschillende rechtspersonen kunnen onder één inrichting vallen, de vennootschappelijke structuur is dus niet bepalend. Belangrijker is of de verschillende activiteiten niet te ver van elkaar verwijderd zijn (nabijheid),[107] en of er sprake is van organisatorische binding en eventueel nog andere bindingsvormen die genoemd zijn in het artikel.[108] Voor organisatorische binding wordt gekeken of een (rechts)persoon feitelijk zeggenschap heeft over alle activiteiten.[109] Stel bijvoorbeeld dat er twee zelfstandige ondernemingen in één

106 Art. 2.1 lid 1 Bor.

107 Al is de nabijheidstoets alsnog tamelijk casuïstisch. Boeve e.a. geven het voorbeeld waarin in de ene zaak 400 meter te ver van elkaar verwijderd is, en in een andere zaak 2000 meter nog voldoende nabij is. Respectievelijk ABRvS 9 maart 2011, *M en R* 2011/161 m.nt. Van 't Lam en ABRvS 2 augustus 2006, *JM* 2006/82 m.nt. Zigenhorn; Boeve 2016, p. 196.

108 Knijff 1999; R. Uylenburg, 'De stolpvergunning', *M en R* 1999, afl. 11, p. 264-267, par. 2; H.J.M. Besselink, H.A.E. Uniken Venema en M. Verbree, 'Een complexvergunning voor zelfstandige bedrijven', *M en R* 1996, afl. 2, p. 39-44; Van 't Lam 2005 (diss.), p. 12; Mellenbergh 2009, p. 35-38, 52.

109 Van Trigt, T&C Milieurecht, art. 1.1 Wm, aant. 5; De privaatrechtelijke afspraken vormen hierbij een belangrijk oriëntatiepunt, maar zijn niet vereist om de zeggenschap vast te stellen. Mellenbergh 2009, p. 48-53. Zie verder ABRvS 14 juli 2004, AB 2004, 331 m.nt. Michiels, overweging 2.3.3; en de annotatie van Van 't Lam bij ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:42, AB 2018/131; V.M.Y. van 't Lam, 'Het begrip inrichting en zeggenschap', *StAB* 2005, afl. 2, p. 10-14. ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, *AB* 2006/298 m.nt. Knijff; dit zeggenschapscriterium is nauw verbonden aan dat van drijverschap, zie verder par. 3.3.4.

pand gevestigd zijn die gebruikmaken van dezelfde voorzieningen op het terrein maar geen invloed hebben op elkaars handelen; dan is er weliswaar sprake van technische en functionele binding, maar niet van een organisatorische binding (zeggenschap). In die situatie is er dus *geen* sprake van één inrichting. Beide ondernemingen zijn dan ieder voor zich verantwoordelijk voor de naleving van milieunormen, en kunnen alleen worden aangesproken op overtredingen die binnen hun eigen inrichting is begaan.[110] Als er vergunningplichtige activiteiten uitgevoerd worden, dan moeten er ook aparte vergunningen aangevraagd worden.[111]

3.3.2 De normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels

Artikel 8.40 lid 1 Wm bepaalt dat bij AMvB regels worden opgesteld die nodig zijn ter bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen die inrichtingen kunnen veroorzaken. Die algemene regels zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm). Dit is een omvangrijk besluit met gedetailleerde voorschriften voor inrichtingen over het behoud van milieu, en over de toelaatbare gevolgen. In beginsel vallen alle milieu-inrichtingen onder de algemene regels van het Abm.[112] De regels uit het activiteitenbesluit zijn gericht tot 'degene die de inrichting *drijft*'. Oftewel, de *drijver* is de normadressaat van inrichtinggebonden algemene regels. In paragraaf 3.3.4 bespreek ik wie aangemerkt kunnen worden als drijver van de inrichting.

3.3.3 De normadressaat van een omgevingsvergunning milieu

Voor het oprichten, veranderen of in werking hebben van sommige milieuinrichtingen is een 'omgevingsvergunning milieu' (hierna: milieuvergunning) nodig (art. 2.1 lid 1 sub e Wabo). De vergunningsplicht geldt als uitzondering op de hoofdregel, een milieuvergunning is alleen vereist voor activiteiten die zeer belastend voor het milieu zijn of voor de activiteiten die te ingewikkeld zijn om onder algemene regels te vallen. Welke activiteiten vergunningplichtig zijn, wordt bij AMvB aangewezen, in dit geval het Bor.[113] Het Bor heeft dus meerdere functies: het bepaalt welke Wm-inrichtingen aangemerkt kunnen worden als milieu-inrichtingen (en dus onder de algemene regels van het activiteitenbesluit vallen), en daarnaast wijst het de vergunningplichtige inrichtingen aan.

---

110 Een voorbeeld van een uitspraak waarin de Afdeling expliciet overweegt dat de drijver slechts verantwoordelijk is voor hetgeen op eigen inrichting gebeurt: Vz. ABRvS 18 oktober 1996, *M en R* 1997/5, nr. 55, p. 115.

111 Zie onder meer ABRvS 26 oktober 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5007; ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7325; Van 't Lam 2010. Opmerkelijk, in een recente uitspraak hanteert de rechter niet de zeggenschapstoets, maar 'gezamenlijke exploitatie'. ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:42.

112 *Kamerstukken II* 2005/06, 30483, 3, p. 1.

113 De vergunningplichtige inrichtingen worden aangewezen in Bijlage I onderdeel B en C Bor (art. 1:1 lid 3 Wabo jo. art. 2.1 lid 2 Bor). Inrichtingen waartoe een IPPC-installatie behoort, zijn in ieder geval vergunningplichtig. De vergunningplichtige inrichtingen worden in het Abm 'type C inrichtingen' genoemd. Een drijver van een inrichting moet zelf nagaan of hij vergunningplichtig is en welke algemene regels op hem van toepassing zijn. De internetmodule die te vinden is op www.aimonline.nl kan daarbij helpen.

Wie is verantwoordelijk voor de naleving van vergunningsvoorschriften? De tweede volzin van artikel 2:25 lid 1 Wabo bepaalt dat de *vergunninghouder* zorg draagt dat de aan de omgevingsvergunning verbonden voorschriften worden nageleefd. Daarmee rijst de vraag wie de vergunninghouder is.[114] Bij een *persoonsgebonden* vergunning is deze vraag makkelijk te beantwoorden; het is dan de aanvrager van de vergunning of degene voor wie de vergunning aangevraagd wordt. Zodoende is er één vaste vergunninghouder aan te wijzen. Echter, de eerste zin van artikel 2:25 lid 1 Wabo bepaalt dat de vergunning geldt voor eenieder die het project *uitvoert* waarop de vergunning betrekking heeft. In de memorie van toelichting verduidelijkt de wetgever de normadressaat als volgt:[115]

> 'De omgevingsvergunning is een zaaksgebonden vergunning. De «vergunninghouder» is dus niet degene aan wie de vergunning ooit is verleend, maar degene die het project uitvoert waarop de vergunning betrekking heeft. Met degene "die het project uitvoert" is bedoeld degene die voor die uitvoering verantwoordelijk is (..). Die moet de vergunningvoorschriften naleven of zorgen dat ze door zijn werknemers of contractanten worden nageleefd.'

De 'vergunninghouder' van een omgevingsvergunning milieu is dus geen vaste persoon, maar een hoedanigheid. Als de inrichting van eigenaar verandert, of als de aanvrager van de vergunning niet meer betrokken is bij het exploiteren van de inrichting, dan is – vanwege het zaaksgebonden karakter van de vergunning – de nieuwe 'verantwoordelijke' automatisch normadressaat van de vergunningsvoorschriften.[116] De vergunning volgt dus het project. Dit heeft als voordeel dat de vergunning niet overgeschreven hoeft te worden, en dat er altijd een verantwoordelijke aangewezen kan worden voor de naleving van de vergunningsvoorschriften, en dat deze verantwoordelijke nog direct betrokken is bij de exploitatie van de inrichting ook. Deze materiële invulling heeft als nadeel dat er onduidelijkheid kan bestaan over *wie* de vergunninghouder is.[117]

Als criterium voor het normadressaatschap is 'degene die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project' alsnog weinig richtinggevend. Om te bepalen tot wie de voorschriften uit de omgevingsvergunning milieu gericht zijn, wordt aansluiting gezocht bij de toets die gehanteerd werd voor de intrede van de Wabo. De wetgever heeft namelijk met 'verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het project' (in de context van milieuactiviteiten) willen aansluiten bij het zeggenschapscriterium dat in de Wet milieubeheer gehanteerd werd: oftewel bij het

114 Zie uitgebreid Van 't Lam 2005 (diss.), p. 42 e.v.; Knijff e.a. 1998, par. 3.2; Kortmann 2015.

115 *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, 3, p. 113. Uit de passage zijn de voorbeelden die de wetgever geeft (eigenaar of opdrachtgever) weggelaten, omdat ze de indruk kunnen wekken dat de genoemde categorieën limitatief zijn (quod non). Zie ook de opmerkingen van Van 't Lam hieromtrent o.a. in de annotatie bij ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in *M en R* 2015/151.

116 Van 't Lam 2005 (diss.), Hfdst. 4, par. 3.2.1; Knijff 2003; merk op, wanneer de vergunning voor een ander gaat gelden, dan moet de aanvrager of eerdere vergunninghouder dit melden aan het bevoegd gezag (art. 2:25 lid 2 Wabo). Het niet tijdig melden is strafbaar op grond van art. 1a sub 2 WED. De wetgever is dus niet consequent in het gelijkstellen van drijver en vergunninghouder. Zie ook Kortmann 2015. ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5740; ABRvS(Vz.) 13 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6353, *AB* 2000/241 m.nt. Knijff.; ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:854, r.o. 5.3.

117 Zie voor kritiek op deze onduidelijkheid en een pleidooi voor betere aansluiting bij normaal spraakgebruik Kortmann 2015.

drijversbegrip. Van 't Lam noemt verschillende aanwijzingen voor dit standpunt.[118] Ten eerste wordt in de toelichting op artikel 2.25 Wabo verwezen naar de Wm en Wm-jurisprudentie voor het bepalen van de normadressaat. Daarnaast heeft de wetgever in het kader van de Wabo aangegeven dat geen inhoudelijke wijzigingen beoogd worden. Ten slotte valt op dat de toelichting op en strekking van artikel 2.25 Wabo sterk overeenkomen met die van artikel 8.20 Wm. Onder de Wm was de normadressaat van de milieuvergunning *degene die de inrichting drijft*.[119]

> Ik zou hieraan willen toevoegen dat het drijversbegrip hand in hand gaat met het zaaksgebonden karakter van de milieuvergunning, en dat het daarom ook logisch is dat het drijversbegrip niet is losgelaten in de Wabo (en ook zal blijven in de Omgevingswet).[120] Immers, wanneer de vergunning niet verbonden is aan een persoon, maar aan een inrichting, dan ontkomt men er niet aan dat de (rechts)personen die zeggenschap hebben over de exploitatie van de inrichting de verantwoordelijkheid dragen voor de inrichting (want wie anders?). Wat de 'zeggenschap over de exploitatie van de inrichting' inhoudt, is neergeslagen in het leerstuk van drijverschap. Men kan het drijver noemen of een andere naam geven, maar tenzij de wetgever hier een nieuw leerstuk voor introduceert, is de normadressaat van zaaksgebonden vergunningen iets wat ongeveer neerkomt op wat in de Wm 'drijver' werd genoemd.

Het is een hele omweg, maar voor omgevingsvergunningen milieu geldt het volgende: de normadressaat van vergunningsverplichtingen is de vergunninghouder, de vergunning is niet persoons- maar zaaksgebonden, dus de vergunninghouder is degene die verantwoordelijk is voor de uitvoering van het project, de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het project in de context van milieuvergunningen rust op degene die de inrichting drijft. Kort en goed, de drijver is verantwoordelijk voor de naleving van een vergunning. In de volgende subparagrafen ga ik nader in op het drijversbegrip en op de vraag of en wanneer leidinggevende functionarissen aangemerkt kunnen worden als drijver.

---

118 V.M.Y. van 't Lam, 'Wabo en omgevingsvergunning voor milieu in vogelvlucht', *M en R* 2016/88, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, 3, p. 113. Zie ook de annotatie bij ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522, *M en R* 2017/70, m.nt. Van 't Lam en Bruijnsteen (*Chemours/Dupont*). Zie verder Overgoor, *Milieurecht Totaal*, art. 2.25 Wabo, aant. 1.3.

119 Art. 8.20 lid 1 Wm (oud) bepaalt: 'Een voor een inrichting verleende vergunning geldt voor ieder die de inrichting drijft. Deze draagt ervoor zorg dat de aan de vergunning verbonden voorschriften worden nageleefd.' Knijff e.a. concluderen op basis van de wetsgeschiedenis van art. 8.20 Wm en jurisprudentie dat 'vergunninghouder' en inrichtingendrijver synoniemen zijn. Knijff e.a. 1998, p. 32. Dit standpunt is overgenomen in latere literatuur en in de rechtspraak. Al steekt soms een meer persoonsgebonden interpretatie van vergunninghouder de kop op: ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522, r.o. 3.2 en 3.7, *M en R* 2017/70 m.nt. Van 't Lam en Bruijnsteen, zie ook onder punt 5 van de annotatie.

120 Zie par. 3.4.1.

3.3.4 Drijver van de inrichting

Zeggenschap

Uit het voorgaande volgt dat inrichtinggebonden milieunormen, dus zowel de algemene regels als de vergunningsvoorschriften,[121] zijn gericht tot de drijver van de inrichting.[122] Het begrip 'drijver' is echter niet door de wetgever gedefinieerd, en de jurisprudentie over dit begrip is casuïstisch.[123] Men gaat er in de literatuur van uit dat de drijver degene is die zeggenschap heeft over (de exploitatie van) de inrichting en/of over de activiteiten en het gebruik van het onroerend goed ten behoeve van het verrichten van die activiteiten.[124]

Wat voor een soort zeggenschap is nodig om te kwalificeren als drijver? Uit de jurisprudentie en literatuur volgt dat *juridische* zeggenschap over de inrichting een aanwijzing vormt voor drijverschap, maar niet voldoende is: om iemand aan te merken als drijver moet diegene (ook) *feitelijke* zeggenschap over de inrichting hebben.[125] De enkele juridische hoedanigheid van bijvoorbeeld eigenaar of grootaandeelhouder is dus onvoldoende: de feitelijke situatie is doorslaggevend. In het milieurecht geldt dus: van (feitelijke) zeggenschap over een (deel van) de inrichting, komt verantwoordelijkheid. Daarvoor kan het bevoegd gezag bijvoorbeeld kijken naar wie zich presenteert als degene die het voor het zeggen heeft, wie correspondentie voert uit naam van de inrichting, uit wiens naam de activiteiten verricht worden en voor wiens lusten en lasten de inrichting geëxploiteerd

121 Hier niet besproken maar wel een belangrijke milieunorm die ook gericht is tot de drijver, is de meldplicht en de verplichting tot het nemen van maatregelen bij een ongewoon voorval ex art. 17.1 en 17.2 Wm.

122 Ik ga ervan uit dat de drijver tot wie milieunormen uit algemene regels gericht zijn, en de drijver tot wie vergunningsverplichtingen gericht zijn, dezelfde is, en dat in de Wabo geen andere invulling aan het begrip gegeven wordt dan onder de Wm. Dit lijkt ook aangenomen te worden in de literatuur, zie o.a. Van 't Lam 2005 (diss.), p. 50-51. Ik zal daarom voor het drijversbegrip zowel recente als oudere jurisprudentie betrekken van algemene regels en vergunningsvoorschriften.

123 Er worden verschillende toetsen gehanteerd. In jurisprudentie inzake benzinestations wordt de 'exploitant' van de inrichting aangemerkt als drijver, zie Vz. ABRvS 19 augustus 1996, *AB* 1997/14 m.nt. PvB; ABRvS 21 maart 1997, *BR* 1997, BR 1997, p. 583; Vz. ABRvS 30 juni 2000, *AB* 2000/401 m.nt. C.L. Knijff; ABRvS 29 mei 2002, *MRKort* 2002/59. Bij het bepalen van drijverschap in situaties met meerdere rechtspersonen heeft de rechter als toets aangelegd '(bestuurlijke en economische) verwevenheid', HR 19 juni 2001, *AB* 2002/382 m.nt. Van Buuren, *JOR* 2001/54 m.nt. Bartman (*Sorteerinrichting Fryslan*); 'Betrokkenheid' is soms ook nog als gezichtspunt gebruikt om te bepalen wie de drijver is, zie bijvoorbeeld Vz. ABRS 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45 m.nt. Knijff (*Givaudan*); Knijff e.a. 1998, p. 47-49. Alle genoemde criteria liggen dicht bij elkaar en doen denken aan het zeggenschapscriterium. Aldus ook Knijff 1999, par. 2 en Knijff in *AB* 1999/45; Van 't Lam 2005 (diss.), Hfdst. 4 par. 4.4 en par. 5.

124 Knijff 1999; Van 't Lam 2005 (diss.), p. 55; Van 't Lam 2005, p. 12; Uylenburg 1999, par. 2. Knijff 1999, par. 2; Mellenbergh 2009, par. 8.2.1; ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349 en ECLI:NL:RVS:2008:BD0350 (*Rumeta*); zie ook een overzicht van arresten tot 2009 over het drijversbegrip op www.infomil.nl/vaste-onderdelen/uitgebreid-zoeken/@143552/drijver-inrichting/.

125 Van 't Lam 2005 (diss.), p. 53, 66; Knijff e.a. 1998, p. 32, 42-46; Uylenburg 1999, par. 2; ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45 m.nt. Knijff (m.n. par. 6 e.v. in de annotatie); ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, *AB* 2006/298 m.nt. Knijff; ABRvS 30 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3051; ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349, *JOM* 2008/482; ABRvS 26 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2005:AU5007. Mijns inziens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd, is de uitspraak ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550 (*Brand Zaltbommel*), waarin het drijverschap wordt afgeleid op basis van de formele hoedanigheid van appellant. Zie met betrekking tot de eigenaar als drijver ook de kritiek van Van 't Lam in de annotatie bij ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667, M en R 2015/151 (Houtwal); en in Van 't Lam 2016.

wordt.[126] Voor feitelijke zeggenschap over de inrichting is niet vereist dat de drijver de activiteiten zelf uitvoert.[127] Van 't Lam voegt hier aan toe dat die zeggenschap wel zodanig moet zijn dat afgedwongen kan worden dat er conform de voorschriften wordt gehandeld.[128]

> Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de rechtspersoon failliet gaat. De failliet verliest van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen, en daardoor is hij of zij niet langer drijver van de inrichting. De curator wordt vervolgens aangemerkt als drijver, omdat deze dan 'in een bijzondere gezagsverhouding' staat tot de inrichting, ongeacht de vraag of hij of zij feitelijk de inrichting exploiteert.[129]

Meerdere drijvers – horizontaal en verticaal drijverschap

Doorgaans zullen verschillende (rechts)personen tegelijkertijd betrokken zijn bij het exploiteren van een inrichting.[130] De wetgever heeft bewust de mogelijkheid opengehouden dat meerdere (rechts)personen kunnen worden aangemerkt als drijver.[131] Wanneer er sprake is van meerdere drijvers van één inrichting, kan men twee soorten drijverschap onderscheiden: verticaal en horizontaal drijverschap.[132] Verticaal drijverschap houdt in dat er naast de drijver andere (rechts)personen in een hiërarchisch hogere positie ook zeggenschap hebben op wat er gebeurt binnen de inrichting. Dit wordt ook wel aangeduid als 'doorbraak van drijverschap'.[133] Bijvoorbeeld een benzinemaatschappij regelt doorgaans de vergunningen voor de

126 Knijff e.a. baseren deze gezichtspunten op interviews met toezichthouders, Knijff e.a. 1998, p. 32 e.v.

127 Zie van 't Lam 2005 (diss.), p. 58-60, ABRvS 9 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP1113, *JB* 2004/281; ABRvS 28 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6935, *M en R* 2003/66. Zie ook de annotatie van Knijff, onder punt 3 bij ABRvS(Vz.) 13 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6353, *AB* 2000/241.

128 Van 't Lam 2005 (diss.), p. 57; Van 't Lam 2005. Dat is mijns inziens juist, want de drijver die niet kan afdwingen dat de voorschriften worden nageleefd heeft geen feitelijke zeggenschap over het exploiteren van de inrichting. Ik plaats hier wel de kanttekening bij dat de drijver niet elk denkbare overtreding hoeft te kunnen voorkomen. Ook zijn situaties denkbaar waarin de drijver het niet zelfstandig in de macht heeft om een overtreding ongedaan te maken, en toch drijver is. Zie bijvoorbeeld de casus van de benzinepomphouder die geen vloeistofvaste verharding als ondergrond had, en die voor het aanbrengen van de ondergrond afhankelijk was van toestemming van de verhuurder. ABRvS 29 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE3309.

129 ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703; ABRvS 24 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5036, *AB* 2008/132 m.nt. Jansen; E.M.N. Noordover, 'De curator als overtreder', *TvI* 2015/12; R. Mellenbergh, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005, p. 784-787; F.A. Pommer en M.J.W. van Ingen, 'De curator als milieuvervuiler. De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften', *Tijdschrift voor Curatoren* 2014, nr. 1; Mellenbergh 2009, par. 9.3. 'Bijzondere zeggenschapsverhouding' kan worden gezien als een vergelijkbaar criterium als 'Zeggenschap', zij het met een iets ruimere invulling. Uylenburg 1999 en Knijff in de annotatie van ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999, 45.

130 Wanneer meerdere bedrijven onder één vergunning vallen, wordt dit ook wel een 'koepelvergunning' of 'stolpvergunning' genoemd. Zie hieromtrent onder meer Uylenburg 1999; Besselink e.a. 1996; Van 't Lam 2005 (diss.), m.n. hoofdstuk 4, par. 4.3, en hoofdstuk 13 en 14; en V.M.Y. van 't Lam en M. Jansen Schoonhoven, 'Van inrichting naar MBA: Enkele praktische consequenties nader belicht', *M en R* 2018/108.

131 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 81; *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, 3, p. 113; ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45 m.nt. Knijff. Merk op: een belangrijke voorvraag in dergelijke gevallen is of er wel sprake is van één inrichting. Zie par. 3.3.1.

132 Zie onder meer Blomberg 2000, par. 3.2; Van 't Lam 2005 (diss.), Hfdst. 4, par. 4.3; beiden verwijzend naar Knijff e.a. 1998.

133 Knijff e.a. 1998, p. 55.

benzinestations, en zal invloed kunnen uitoefenen op hoe de pomphouder zijn benzinestation exploiteert. Gelet op de zeggenschap over de inrichting is denkbaar dat naast de pomphouder, ook de benzinemaatschappij aangemerkt kan worden als drijver van het benzinestation.[134] Maar ook een (bemoeizuchtige) grootaandeelhouder van een inrichting kan zodanige zeggenschap hebben dat ook hij of zij geldt als drijver.[135] Enkel een formeel hiërarchische positie – bijvoorbeeld moederbedrijf, eigenaar, bestuurder of grootaandeelhouder – is op zichzelf echter onvoldoende om als drijver aangemerkt te worden.[136] Zoals gezegd speelt de formele hoedanigheid een rol, maar die is niet bepalend; uiteindelijk gaat het om de (feitelijke) zeggenschap over de inrichting. Andersom kan een drijver evenmin voorkomen dat hij of zij aangemerkt wordt als normadressaat van de inrichtinggebonden milieunormen, door het tussenschuiven van rechtspersonen.[137]

Bij horizontaal drijverschap zijn er op hetzelfde niveau verschillende (rechts)personen betrokken bij het exploiteren van de inrichting. In de literatuur wordt in de horizontale relatie onderscheid gemaakt tussen *mededrijverschap* en *deeldrijverschap*. Mededrijverschap houdt in dat verschillende (rechts)personen alle activiteiten binnen de inrichting tezamen uitvoeren. Bijvoorbeeld wanneer een inrichting twee eigenaren heeft die samen de zaak runnen. Van deeldrijverschap is sprake wanneer verschillende (rechts)personen ieder een apart deel van de activiteiten binnen de inrichting voor hun rekening nemen.

> Denk bijvoorbeeld aan een afvalsorteer- en verwerkingscentrum waarin (rechts-) persoon A zich (slechts) bezighoudt met sorteren van afval en (rechts)persoon B met het verwerken van afval.[138]

Er bestaan echter geen inrichtingen met alléén maar deeldrijvers, want dan zou de organisatorische binding ontbreken die vereist is om te kunnen spreken van één inrichting. Bij een samenwerking tussen meerdere deeldrijvers zal er dus in ieder geval één 'hoofddrijver' moeten zijn die (enige) zeggenschap heeft over alle delen van de inrichting.[139]

> De termen horizontaal en verticaal drijverschap, mededrijver en deeldrijver zijn gemunt door Knijff e.a. in het onderzoek uit 1998. De termen komen niet voor in de wet, en worden zelden gebruikt in de rechtspraak.[140] Ik noem ze hier, omdat ze inzichtelijk

134 Blomberg 2000, p. 45-46. Dit is ook het voorbeeld dat de wetgever geeft in de MvT van de Wabo, *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, 3, p.113.

135 ABRvS 10 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0735 (*Desmepol*); ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4382, *M en R* 2010/18 m.nt. Warendorf en JM 2010/30 m.nt. Flietstra; Mellenbergh 2011; en Mellenbergh 2009, p. 432-433.

136 Juridische zeggenschap is immers onvoldoende. Zie ook de kritiek van Van 't Lam op ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in M en R 2015/151; ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, *JOM* 2018/281.

137 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4188 (Lindenboom), waarbij een directeur zich niet kan verschuilen achter de exploiterende rechtspersoon. Zie ook ABRvS 10 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0735 (*Desmepol*). Hierover ook Mellenberg 2011.

138 Er moet dan natuurlijk nog wel sprake zijn van één inrichting. Zie par. 3.3.1.

139 Uylenburg 1999, par. 2; zie ook ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3977, *AB* 2006/298 m.nt. Knijff; ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522, *M en R* 2017/70 m.nt. Van 't Lam en Bruijnsteen, onder punt 4; ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5756, *AB* 2003/7 m.nt. Van 't Lam.

140 Op de term 'mededrijver' na dan, die met enige regelmaat de kop opsteekt in de rechtspraak.

maken wat voor soort zeggenschapsrelaties er bestaan. Zoals zal blijken moeten bij de beoordeling van een mededrijver andere vragen gesteld worden dan bij een deeldrijver, en zijn er bij verticaal drijverschap andere obstakels dan bij horizontaal drijverschap. De terminologie is dus nuttig om de verschillende soorten drijvers gedetailleerder in kaart te brengen en de toets te concretiseren.

Voor welk deel is de deeldrijver verantwoordelijk?

Als er sprake is van meerdere drijvers binnen een inrichting – horizontaal of verticaal – ligt de verantwoordelijkheid voor de naleving van de normen die op de inrichting van toepassing zijn, in beginsel op *alle* drijvers. Er is discussie mogelijk of dit uitgangspunt ook opgaat in gevallen van deeldrijverschap. Er bestaan uitspraken die daarop wijzen,[141] en in de toelichting van de invoeringswet van de Omgevingswet lijkt de wetgever hier ook van uit te gaan,[142] maar Knijff en Van 't Lam menen dat dit onjuist is. Deze auteurs stellen dat de deeldrijver alleen verantwoordelijk is voor de naleving van de normen die betrekking hebben op het 'eigen deel'.[143] Ik sluit me bij Knijff en Van 't Lam aan: het lijkt me namelijk niet terecht en ook niet altijd nuttig dat deeldrijvers normadressaat zijn van voorschriften die betrekking hebben op delen waarover ze geen zeggenschap hebben.

> Het lijkt mij niet terecht, omdat de zeggenschap over de betreffende milieurelevante activiteiten nu juist de rechtvaardiging vormt dat de (rechts)persoon verantwoordelijk wordt gehouden voor de naleving van de normen die op de activiteiten van toepassing zijn. Als de deeldrijver verantwoordelijk is voor alle voorschriften van de inrichting, zou dat tot scheve situaties kunnen leiden. Neem het voorbeeld dat ik eerder gaf: dat zou betekenen dat op afvalsorteerder A ook de verplichtingen drukken die betrekking hebben op afvalverwerking, en op afvalverwerker B de verplichtingen die gelden voor afvalsorteerders, terwijl ze zich allebei afzijdig houden van die activiteiten van de inrichting.
>
> Ook kan betwijfeld worden of de ruime adressering van milieunormen veel nut heeft. Sanctionering is immers slechts mogelijk wanneer de deeldrijver ook op een of andere manier betrokken is geweest bij de verboden gedraging (*overtrederschap in concreto*). Wanneer een overtreding plaatsvindt in een onderdeel van de inrichting waarover de

141 Onder andere ABRvS (vz.) 30 juli 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AS5598, *BR* 1997/49; ABRvS 28 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5834 (*Besselsen/beside*); en ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45 m.nt. Knijff (*Givaudan*); in de laatstgenoemde uitspraak concludeert de Afdeling dat wanneer een inrichting wordt gedreven door meerdere personen 'zij ieder verantwoordelijk zijn voor het naleven van de vergunning en de daaraan verbonden voorschriften' en dat het feit 'dat de bedrijfsvoering van het gedeelte van de inrichting waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden in de praktijk (...) door één van de andere drijvers wordt uitgevoerd (...) dit niet anders (maakt).' Deze uitkomst wordt door Knijff in de annotatie bestreden.

142 'Nu het om één omgevingsvergunning gaat, ligt in het artikellid het uitgangspunt besloten dat als er meer vergunninghouders zijn, deze een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de naleving van de vergunningvoorschriften, ongeacht of de omgevingsvergunning ziet op één of op meer activiteiten. Die gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle vergunninghouders brengt ook mee dat in beginsel tegen elke vergunninghouder handhavend kan worden opgetreden bij het niet-naleven van vergunningvoorschriften, voor zover uiteraard in het concrete geval wordt voldaan aan de eisen die de Awb stelt aan het zijn van overtreder.' MvT op de Invoeringswet Omgevingswet, *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 198.

143 Knijff 1999; Knijff *AB* 1999/45; Uylenburg 1999; ABRvS 22 augustus 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6885, *AB* 2002/88 m.nt. Van 't Lam (*Oprichtingsvergunning voor bedrijvencentrum Nijmegen*).

deeldrijver geen feitelijke zeggenschap heeft, dan zal de deeldrijver doorgaans niet de bevoegdheid of beschikkingsmacht gehad hebben die nodig is om hem of haar aan te merken als overtreder in concreto.

Ondergrens van deeldrijverschap

Voor het deeldrijverschap rijst nog de vraag hoe groot het deel van de inrichting moet zijn waarover de betrokkene feitelijk zeggenschap heeft, voordat hij of zij aangemerkt kan worden als 'deeldrijver'. Op basis van de literatuur en jurisprudentie heb ik (nog) niet kunnen ontdekken hoe de ondergrens van deeldrijverschap eruit ziet. De ondergrens ligt natuurlijk niet zo hoog dat de zeggenschap zich moet uitstrekken tot over de *hele* inrichting. Anders zou het principe van deeldrijverschap immers niet bestaan. Bovendien, wanneer iemand pas drijver is wanneer er zeggenschap is over de *hele* inrichting, dan komt men (zeker bij grotere organisaties) uit bij (rechts)personen hoog in de vennootschappelijke kerstboom die wellicht weer heel ver af staan van de feitelijke exploitatie van de inrichting, hetgeen weer botst met de feitelijke insteek van het drijverschapscriterium. Zeggenschap over een *deel* van de inrichting kan dus voldoen. Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoe groot dit deel moet zijn.

Stel dat het afvalcentrum ook een bedrijfskantine heeft die onderdeel is van de inrichting, is dan degene die de kantine exploiteert – (rechts)persoon C – ook deeldrijver (en daardoor normadressaat van alle voorschriften die gelden voor de inrichting)? Of is de zeggenschap van C te beperkt om als drijver aangemerkt te worden, omdat de zeggenschap slechts strekt over een ondersteunende activiteit van de inrichting? In dat geval zou dan de 'hoofddrijver' verantwoordelijk zijn voor de activiteiten die niet vallen onder de zeggenschap van de deeldrijvers.

Verder is onduidelijk wanneer iemand 'belangrijk genoeg' is binnen de inrichting om aangemerkt te worden als normadressaat. Deze onduidelijkheid speelt niet alleen bij deeldrijvers, maar ook bij andere soorten drijvers. Kan bijvoorbeeld het 'manusje van alles' dat in de praktijk de inrichting draaiende houdt, maar die grote beslissingen voorlegt aan de (verder nauwelijks betrokken) eigenaar van de inrichting, zelf ook aangemerkt worden als drijver van de inrichting?[144] Of kan van een afdelingsleider gezegd worden dat hij of zij (een deel van) de inrichting drijft? Knijff schrijft in haar artikel uit 1999 dat naast een rechtspersoon de bestuurder ook kan worden aangemerkt als drijver, maar noemt het even verderop 'op het eerste gezicht niet aannemelijk' dat een *bedrijfsleider* drijver kan zijn.[145] Helaas wordt in het artikel niet verder op deze kwestie ingegaan, en voor zover ik weet is nog altijd niet onderzocht welke factoren bepalen dat de ene leidinggevende functionaris wél, en de andere niet aangemerkt kan worden als normadressaat. Bovendien is er nadien verschillende jurisprudentie verschenen, waarin een bedrijfsleider juist *wel* als drijver aangemerkt is.[146] Nader onderzoek is dus nodig.

144 Een curieus voorbeeld: een managing director die zeggenschap heeft over de bedrijfsactiviteiten, en die zich opgeworpen heeft als de centrale persoon wiens toestemming essentieel is voor het treffen van de maatregelen binnen de inrichting, is volgens de Afdeling toch geen drijver. ABRvS (vz.) 20 juni 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AH8217, *KG* 2000, 176 (*Amcor*).

145 Knijff 1999, par. 3. Ze voegt er nog wel aan toe dat veel natuurlijk afhankelijk is van de omstandigheden.

146 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB3306, *AB* 2002/101 m.nt. Blomberg (*Faillissement Teka*); ABRS 27 maart 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6893, *AB* 2002/102 (*Kuppens*); ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0349, *JOM* 2008/482.

Onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en 'machtscriterium'

Wel is duidelijk wat *niet* de ondergrens vormt van het deeldrijverschap. Anders dan soms gedacht wordt, leidt betrokkenheid bij de verboden gedraging niet tot normadressaatschap. Evenmin maakt de mogelijkheid om een einde te maken aan de overtreding, de persoon geen drijver (laat staan een overtreder). Deze omstandigheden zeggen (op zichzelf) namelijk nog niets over de zeggenschap van betrokkene over de inrichting. Hiermee komt het onderscheid tussen zeggenschap, beschikkingsmacht en het machtscriterium in beeld, dat in dit preadvies al eerder aan bod gekomen is.[147] De maatstaf voor drijverschap is (feitelijke) zeggenschap over de exploitatie van (een deel van) de *inrichting*. Beschikkingsmacht, daarentegen, is niet gerelateerd aan de inrichting, maar aan de *verboden gedraging*. Het is een concept dat thuishoort in *overtrederschap in concreto*, meer specifiek bij functioneel plegerschap. Het draait om de vraag of de invloed van de betrokkene zodanig was dat hij of zij de verboden gedraging kon voorkomen. In de regel zal de drijver ook beschikkingsmacht hebben over de verboden gedragingen in (zijn deel van) de inrichting. Maar beschikkingsmacht over een concrete gedraging betekent nog niet dat de betrokkene (een deel van de) inrichting drijft.

> Voorbeeld: een werknemer kan zodanige invloed hebben op het gedrag van een stagiaire of een contractant dat hij of zij deze kan aanzetten tot of weerhouden van een verboden gedraging; daardoor kan gezegd worden dat de werknemer beschikkingsmacht heeft die nodig is voor functioneel plegerschap,[148] maar alsnog kan niet gezegd worden dat hij of zij (een deel van) de inrichting *drijft*. Daarom is hij of zij geen adressaat van de normen die rusten op de inrichting.

Het *bevoegd en redelijkerwijs gehouden*-criterium uit de Slavenburg-toets voor feitelijk leidinggeven lijkt veel op de vereiste beschikkingsmacht van functioneel plegen. Bij dit criterium draait het ook om de feitelijke invloed op de *verboden gedraging*, dat de aangesprokene formeel een leidinggevende rol heeft binnen de rechtspersoon is niet voldoende en ook niet noodzakelijk.[149] Sommige auteurs menen dat naast de feitelijke invloed op de verboden gedraging, ook enige zeggenschap nodig is over de rechtspersoon: de aangesprokene moet 'boven het niveau van simpele arbeider' uitkomen.[150]

Blijft over het 'in de macht hebben om de last uit te voeren', oftewel het machtscriterium. Doorgaans ziet de last op het beëindigen van de overtreding, of het voorkomen van herhaling. Het machtscriterium hoort niet thuis in het overtre-

147 Zie par. 2.2.5; zie verder omtrent het onderscheid tussen het machtscriterium, beschikkingsmacht en drijverschap onder meer Michiels e.a. 2016, par. 6.3; Knijff e.a. 1998, p. 37-40, 75. Zie ook de toelichting van de wetgever op de adressaat van sancties: *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, 7, p. 31.

148 Dit zegt natuurlijk nog niets over de aanvaarding van de verboden gedraging door de werknemer.

149 De Hullu schrijft dat iemand die *formeel* geen enkele zeggenschap binnen een rechtspersoon heeft, toch feitelijk leiding kan geven aan een strafbaar feit dat door die rechtspersoon begaan is. De Hullu 2018, p. 510.

150 'Het gaat er om dat de leidinggever het – al dan niet met anderen – in de organisatie, of een deel van de organisatie of ten aanzien van een bepaalde activiteit van de organisatie voor het zeggen had of in ieder geval zwaarwegende invloed had.' A.J. Machielse, Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 51 Sr, aant. 8.3.

dersbegrip, maar bij de adressaat van de sanctie: het is een vereiste voor opleggen van een last onder dwangsom. Aan het machtscriterium wordt voldaan, wanneer de invloed van de betrokkene zodanig is dat hij of zij de last kan nakomen, wat meestal inhoudt het beëindigen van de verboden toestand. Zonder dit vereiste zou de last onder dwangsom eigenlijk een verkapte boete zijn. Dat een aangesprokene het in de macht heeft een last na te komen, is weliswaar een aanwijzing dat de persoon drijver is,[151] maar die macht is op zichzelf niet voldoende (en ook niet altijd noodzakelijk) om aangemerkt te worden als drijver.

> Een voorbeeld dat het verschil tussen het machtscriterium en het zeggenschapscriterium voor drijverschap illustreert: als binnen een inrichting een apparaat de toepasselijke emissienormen overschrijdt, zou een werknemer het in zijn macht hebben om het apparaat uit te schakelen en daarmee de overtreding te beëindigen of voorkomen. Dat maakt de werknemer echter nog geen drijver van de inrichting.
> Andersom voldoet niet iedere overtreder aan het machtscriterium. Bijvoorbeeld als de drijver de bodem van de inrichting vervuilt en daarmee een overtreding begaat, en hij of zij verkoopt vervolgens de inrichting aan een derde, dan heeft hij of zij het niet meer in de macht om de overtreding te beëindigen (de bodem te saneren). Hoewel het ontbreken van macht de oplegging van een last onder dwangsom dwarsboomt, laat dit het overtrederschap en/of drijverschap van de betrokkene (ten tijde van de overtreding) onverlet. Kostenverhaal van bestuursdwang en een bestuurlijke boete blijven mogelijk.

Onderscheid drijverschap en overtrederschap
Al met al lijkt het erop dat het drijversbegrip behoorlijk ruim uitgelegd wordt. Per inrichting kunnen er meerdere drijvers zijn. In dit kader merk ik nog op dat het drijverschap slechts ziet op het kwaliteitsbestanddeel van de verbodsbepaling, maar dat daarmee nog niets gezegd is over de overige bestanddelen. Oftewel, drijver maakt nog geen overtreder. Niet alle drijvers hoeven betrokken te zijn bij een overtreding. Sterker nog, het zou kunnen dat de overtreding binnen de inrichting volledig onttrokken is aan de kennis van degenen met zeggenschap. Het is dus noodzakelijk om niet alleen te onderzoeken tot wie de norm gericht is, maar ook 'wie het gedaan heeft' – oftewel, overtrederschap in concreto.

3.4 De normadressaat in de Omgevingswet

3.4.1 Milieunormen in de Omgevingswet en hun adressaat

De Omgevingswet (Ow) integreert verschillende wetten over de fysieke leefomgeving, waaronder de hiervoor besproken Wabo en Wm. Naar verwachting treedt de Ow in 2021 in werking. In deze paragraaf bespreek ik kort hoe normadressaatschap

151 Andersom, dat een persoon de last niet na kan komen, kan een aanwijzing zijn dat de persoon geen zeggenschap heeft over de exploitatie van (dat deel van) de inrichting. Zie bijvoorbeeld ABRvS(vz.) 18 oktober 1996, *M en R* 1997/5, nr. 55, p. 115; zie ook punt 5 in de annotatie van Knijff, in ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45.

geregeld is in de Ow, en welke implicaties de Ow heeft voor de positie van leidinggevende functionarissen.[152]

Allereerst is van belang dat in de Omgevingswet het inrichtingenbegrip wordt losgelaten. In plaats daarvan wordt 'milieubelastende activiteit' het nieuwe aangrijpingspunt.[153] De aanwijzing van milieubelastende activiteiten vindt plaats in hoofdstuk 3 van het Besluit Activiteiten Leefomgeving (Bal).[154] Als de activiteit aangemerkt is als een milieubelastende activiteit, zijn de milieunormen uit het Omgevingwetregime van toepassing.

Net als in de Wabo is in de Ow uitgangspunt dat milieubelastende activiteiten vallen onder de werking van algemene regels, tenzij de activiteit expliciet aangewezen wordt als vergunningplichting.[155] Voor sommige activiteiten zullen de algemene regels op decentraal niveau worden vastgesteld, bijvoorbeeld in omgevingsplannen. De meeste algemene regels voor milieubelastende activiteiten worden echter bij AMvB vastgelegd (art. 4.3 lid 1 sub b Ow). Dit zal gebeuren in hoofdstuk 2 tot en met 5 van het Bal. De algemene regels zijn gericht tot 'een ieder die deze activiteiten verricht'.[156]

Als er wel voorafgaand toestemming nodig is voor de activiteit, dan verloopt dit via de omgevingsvergunning.[157] Er wordt gesproken van 'activiteit' in plaats van 'project', maar verder is zowel de tekst als de toelichting van het artikel dat de normadressaat aanwijst, artikel 5.37 Ow, nagenoeg gelijk aan die van artikel 2.25 Wabo.[158] Ook in de Omgevingswet is de 'vergunninghouder' de adressaat van de vergunningsvoorschriften, en zijn de vergunningen zaaksgebonden waardoor onder vergunninghouder moet worden verstaan 'degene die verantwoordelijk is voor het verrichten van de desbetreffende activiteit of activiteiten'.[159] Er kunnen meerdere (rechts)personen aangemerkt worden als 'vergunninghouder', zij dragen dan gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor de naleving van de voorschriften. Die gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle vergunninghouders brengt volgens de wetgever ook mee dat in beginsel tegen elke vergunninghouder handhavend kan worden opgetreden bij het niet-naleven van vergunningvoorschriften, voor zover

152 In dit preadvies verwijs ik telkens naar de geconsolideerde versie Omgevingswet (met wijzigingen als gevolg van het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet), te raadplegen op www.omgevingswetportaal.nl/wet-en-regelgeving/documenten/publicaties/2018/07/09/geconsolideerde-versie-omgevingswet-met-wijzigingen-agv-wetsvoorstel-invoeringswet.

153 Een milieubelastende activiteit wordt in de bijlage van de Omgevingswet gedefinieerd als een 'activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, niet zijnde een lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam of een zuiveringtechnisch werk of een wateronttrekkingsactiviteit'. Zie de Bijlage bij art.1.1 van de Ow onder A. Zie uitvoering over het begrip milieubelastende activiteit en de praktische consequenties Van 't Lam en Jansen Schoonhoven 2018.

154 Ik ga uit van het Bal zoals gepubliceerd in Stb. 2018, 293.

155 Toelichting Bal, Stb. 2018, 293, p. 545 e.v. en 571.

156 Art. 2.10 Bal. Merk op dat ten aanzien van algemene regels geen mogelijkheid bestaat tot het verdelen van verantwoordelijkheden in de zin van art. 5.37a Ow. Zie ook de opmerkingen van Van 't Lam en Jansen Schoonhoven 2018, par. 3.3.3; en de Consultatieversie Invoeringsbesluit Omgevingswet, Algemeen deel, nota van toelichting, p. 95-96, versie van 29 oktober 2018, te raadplegen op www.omgevingswetportaal.nl/wet-en-regelgeving/documenten/publicaties/2018/10/29/consultatieversie-invoeringsbesluit-omgevingswet.

157 Het verbod zonder vergunning te handelen is vastgelegd in art. 5.1 lid 2 sub b Ow.

158 MvT op de Omgevingswet, *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 506. *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 197.

159 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 506. Art. 2.9 ontwerpbesluit activiteiten leefomgeving. Zie ook de opmerkingen hierover van Van 't Lam en Bruijnsteen in hun annotatie bij ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:522 in *M en R* 2017/05 (*Chemours/Dupont*), par. 5 en 6.

uiteraard in het concrete geval wordt voldaan aan de eisen die de Awb stelt aan het zijn van overtreder.[160] Gelet op de afwezigheid van een nieuwe regeling omtrent de normadressaat van milieuvergunningen, en gelet op de nagenoeg gelijke toelichting op de Ow en de Wabo, lijkt de Ow wat betreft de normadressaatregeling van milieuvergunningen aan te sluiten bij het stelsel van de Wabo. Daardoor zal het drijversbegrip vermoedelijk ook na 2021 nog van belang zijn.

3.4.2 Artikel 5.37a Omgevingswet: deelvergunninghouders

Nieuw in de Ow is de mogelijkheid om een verantwoordelijkheidsverdeling op te nemen in de vergunning voor zover de activiteit of de onderdelen van de activiteit voor de naleving en handhaving helder en werkbaar te onderscheiden zijn (art. 5.37a Ow).[161] Dat betekent dat één activiteit meerdere vergunninghouders kan hebben, en dat in de omgevingsvergunning wordt bepaald welke 'deelvergunninghouder' verantwoordelijkheid draagt voor de naleving van welke onderdelen van de activiteit.[162] De verantwoordelijkheidsverdeling is alleen mogelijk op verzoek van de aanvragers, en kan niet ambtshalve door een bevoegd gezag worden toegepast.[163] Artikel 5.37a Ow maakt het volgens de wetgever tevens mogelijk dat meerdere niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers die gezamenlijk een IPPC-installatie exploiteren of andere activiteit verrichten, gezamenlijk onder één vergunning kunnen werken.[164] Onder de Wabo zou er in dergelijke gevallen sprake zijn van meerdere inrichtingen, en dus van meerdere vergunningen. De regeling van artikel 5:37a Ow vindt haar oorsprong in artikel 4 lid 3 van de Richtlijn industriële emissies (RIE), maar de wetgever heeft ervoor gekozen de regeling een brede, generieke strekking te geven. Dus niet alleen bij IPPC-installaties is een verantwoordelijkheidsverdeling mogelijk, maar ook bij andere activiteiten.

De verantwoordelijkheidsverdeling roept een belangrijke vraag op: als iemand ingevolge artikel 5.37a Ow aangewezen wordt als deelvergunninghouder, zijn degenen die op grond van artikel 5.37 Ow kwalificeren als vergunninghouders (maar niet aangewezen worden als zodanig op grond van art. 5.37a Ow) dan geen vergunninghouder meer? Makkelijker (en scherper) gezegd, kan je dan (in theorie) een willekeurig persoon aanwijzen als verantwoordelijke, en ontsnappen daarmee de exploitanten van hun normadressaatschap? Mijns inziens moet deze vraag ontkennend beantwoord worden. Anders zou artikel 5.37a Ow moeilijk te rijmen zijn met het zaaksgebonden karakter van de vergunning, en met het milieurechtelijke uitgangspunt dat zeggenschap leidt tot verantwoordelijkheid. De verantwoorde-

160 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 197-198. Voor mededrijvers lijkt me dit logisch, maar voor deeldrijvers zou ik betogen dat ieder slechts voor het eigen deel verantwoordelijk is. Zie par. 3.3.4 en par. 3.4.2.

161 En voor zover het niet een bij AMvB aangewezen uitzonderingsgeval betreft. Maar deze facultatieve grondslag lijkt niet te worden ingevuld. Zie Consultatieversie Invoeringsbesluit Omgevingswet, Algemeen deel, nota van toelichting, p. 96, versie van 29 oktober 2018.

162 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 75-76, 199 e.v.

163 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 75.

164 *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, 3, p. 75-76. Voor zover dat niet sowieso al mogelijk was, doordat het vereiste van organisatorische binding is losgelaten voor de milieubelastende activiteit. Andersom zou op basis van deze opmerking afgeleid kunnen worden dat enige organisatorische binding toch nog vereist is om te kwalificeren als één mba. Zie mijn kanttekeningen hieronder.

lijkheidsverdeling zou ook de handhaving kunnen frustreren, doordat een vergunninghouder wordt aangewezen die feitelijk niet betrokken is bij het verrichten van de activiteit. Het wordt lastig om iemand aan te merken als overtreder, wanneer de overtreder in abstracto (vergunninghouder) en de overtreder in concreto (de pleger of deelnemer van de verboden gedraging) ver uit elkaar liggen.

Mijns inziens moet daarom in gevallen van *mededrijverschap* degene die *niet* aangewezen is als verantwoordelijke maar *wel* zeggenschap heeft over dat onderdeel van de activiteit, toch nog op grond van artikel 5.37 Ow verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor de naleving van de vergunningsvoorschriften. Zo bezien is artikel 5.37a Ow geen *uitzondering* op artikel 5.37 Ow, maar een aanvulling. Het nut van artikel 5.37a Ow is dan drieledig: het maakt mogelijk dat meerdere niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers die gezamenlijk een activiteit verrichten, gezamenlijk onder één vergunning kunnen werken; het kan een verantwoordelijkheidsverdeling tussen deeldrijvers formaliseren en preciseren;[165] en het kan extra deelvergunninghouders aanwijzen.[166]

> Tot zo ver ging ik er steeds van uit dat in de Ow (enige) organisatorische binding vereist is om te kunnen spreken van één milieubelastende activiteit. Echter, er zijn aanwijzingen dat de eis van organisatorische binding niet terugkomt in het kader van de Omgevingswet.[167] Als voor het kwalificeren als één milieubelastende activiteit organisatorische binding inderdaad niet langer vereist is, en de in dit preadvies en de literatuur bepleite invulling van deeldrijverschap gevolgd wordt,[168] dan vervalt een deel van de toegevoegde waarde van artikel 5.37a Ow. Want ook zonder artikel 5.37a Ow kunnen dan niet-organisatorisch verbonden initiatiefnemers onder één vergunning een milieubelastende activiteit verrichten op grond van artikel 5.37 Ow. Daarmee rijst de vraag hoe artikel 5.37a Ow zich precies verhoudt tot artikel 5.37 Ow.

3.4.3 Résumé normadressaatschap Ow en leidinggevende functionarissen

Concluderend: de oorsprong, de vindplaats en het toetsingskader van de milieunormen zullen veranderen, maar de Ow brengt niet veel nieuws onder de zon met betrekking tot de normadressaat van milieuvoorschriften. Dat het drijversbegrip relevant blijft, zou men kunnen zien als een natuurlijk gevolg van het vasthouden

165 Hetgeen onder huidig recht en onder de Ow ook privaatrechtelijk geregeld zou kunnen worden, door een taakverdeling te maken (dan moet de feitelijke situatie natuurlijk nog wel aansluiten op de juridische situatie, het drijversbegrip is immers feitelijk ingestoken). Toch reken ik dit als meerwaarde, omdat art. 5.37a Ow hiermee gelegenheid biedt om de handhaving in te lichten omtrent wie waarvoor verantwoordelijk is, hetgeen voor de handhaving van de normen van belang is.

166 Bij deze lezing van art. 5.37a Ow zouden naast degene die 'de activiteiten verricht' ook degenen die via art. 5.37a Ow aangewezen worden verantwoordelijkheid dragen voor de naleving van de voorschriften.

167 Van 't Lam en Jansen Schoonhoven 2018, par. 2.2, onder verwijzing naar de nota van toelichting Bal, *Stb.* 2018, 293, p. 627-628. Zie in die paragraaf ook de kanttekeningen bij het ontbreken van het vereiste van organisatorische binding, en de opmerkingen van Alders in E. Alders, 'Het besluit activiteiten leefomgeving: de activiteit als aangrijpingspunt van de vergunning en algemene regels. Of toch eigenlijk niet?' *BR* 2018/9.

168 Zie par. 3.3.4.

aan het zaaksgebonden karakter van milieuvergunningen. Ook na 2021 rusten er milieuverplichtingen op leidinggevende functionarissen die aangemerkt kunnen worden als drijver. Verder maakt artikel 5.37a Ow in aanvulling op artikel 5.37 Ow het mogelijk om deelvergunninghouders aan te wijzen. In hoeverre artikel 5.37a Ow een aanvulling is op artikel 5.37, of een uitzondering op de hoofdregel van artikel 5.37 Ow, is nog niet duidelijk.[169]

3.5 Tussenconclusie

In paragraaf 3 heb ik onderzocht of leidinggevende functionarissen *overtreder in abstracto* kunnen zijn van milieunormen. Ik concludeer dat er verschillende milieuverplichtingen rusten op leidinggevenden. Ten eerste zijn leidinggevenden normadressaat van algemene milieuzorgplichten. Belangrijker nog, de verantwoordelijkheid voor de naleving van inrichtinggebonden milieunormen – zowel van vergunningsplichten als algemene regels – kan onder omstandigheden ook rusten op leidinggevenden. Inrichtinggebonden normen zijn namelijk gericht tot de drijver; en om te bepalen wie drijver is van de inrichting, wordt gekeken naar feitelijke zeggenschap over (een deel van) de inrichting.

In het milieurecht geldt en blijft gelden: van (feitelijke) zeggenschap over de inrichting (of over de milieubelastende activiteit) komt verantwoordelijkheid.[170, 171] Gegeven de centrale rol van zeggenschap bij het bepalen van de normadressaat van vergunningsvoorschriften, ligt het voor de hand te concluderen dat de milieuverplichtingen rusten op leidinggevende functionarissen. Een leidinggevende kenmerkt zich per slot van rekening door zijn zeggenschap over anderen binnen een samenwerkingsverband.

Dát een leidinggevende functionaris aangemerkt kan worden als drijver staat buiten kijf. Maar (1) waarop de zeggenschap precies moet zien, en (2) voor welk deel van de normen de drijver verantwoordelijk is, behoeft nader onderzoek.

Het eerste probleem heeft te maken met de *ondergrens* van het drijverschap: hoe groot moet het deel van de inrichting zijn waarover de leidinggevende zeggenschap heeft en over welk soort activiteiten moet de leidinggevende zeggenschap hebben, voordat hij of zij als drijver aangemerkt kan worden? Wanneer is een afdelingsleider nou wel een drijver, en wanneer niet? Moet de zeggenschap zien op de kernactiviteiten van de inrichting, of kan ook iemand drijver zijn wanneer hij of zij zeggenschap heeft over een ondersteunende activiteit (bijvoorbeeld over de energievoorziening van een ziekenhuis, of over de bedrijfskantine).

169 Van 't Lam en Jansen Schoonhoven lijken ervan uit te gaan dat art. 5.37a Ow een uitzondering is op art. 5.37 Ow. Zie Van 't Lam en Jansen Schoonhoven 2018. Mijns inziens vormt art. 5.37a Ow slechts een uitzondering op het uitgangspunt dat de vergunninghouders gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de naleving van de voorschriften, maar doet 5.37a Ow niet af aan het zaaksgebonden karakter van de omgevingsvergunning.

170 Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

171 Hiermee wijkt de normadressering in het milieurecht dan ook af van die in het economisch bestuursrecht, waarin de normen doorgaans (uitsluitend) gericht zijn tot de rechtspersoon. Zie M.C.C. van Overbeek en O.E.S. Dusée, 'Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders', *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

> Ik wijs er nogmaals op dat de zeggenschap die nodig is voor drijverschap niet verward moet worden met beschikkingsmacht en het machtscriterium. Dus niet voldoende (en ook niet per se relevant) voor het drijverschap is dat een leidinggevende zeggenschap had over het al dan niet plaatsvinden van de verboden gedraging: dat is een kwestie voor overtrederschap in concreto! De zeggenschap die nodig is voor het drijverschap moet gerelateerd worden aan de inrichting.

In dit preadvies ben ik – vanwege de focus op natuurlijke personen – ingegaan op de vraag 'hoe dicht bij de werkvloer' iemand drijver kan zijn. Een andere vraag die ook belangrijk is maar hier nog niet aan bod gekomen is, is de vraag hoe 'hoog in de boom' men nog drijver kan zijn. Ook de bovengrens van drijverschap behoeft naar mijn idee concretisering – wanneer kwalificeert de moedervennootschap of de eigenaar van de rechtspersoon-drijver zelf ook als drijver?[172]

Het tweede probleem heeft te maken met de zijgrenzen van deeldrijverschap: als een inrichting meerdere drijvers heeft die ieder een ander onderdeel van de inrichting overzien en geen zeggenschap hebben over elkaars onderdelen, drukt dan de verantwoordelijkheid voor de naleving van álle voorschriften van de inrichting op álle drijvers? In dit preadvies sluit ik me op basis van rechtssystematische argumenten aan bij de auteurs die menen dat deeldrijvers slechts verantwoordelijk zijn voor hun 'eigen deel'. Toch zijn er uitspraken die de andere kant op wijzen, en lijkt ook de wetgever in de toelichting op de Invoeringswet van de Omgevingswet deze kant op te willen. Er is dus geen duidelijke lijn, terwijl de uitleg van de zijgrenzen van het drijverschap duidelijk implicaties heeft voor de handhavingsmogelijkheden: het bepaalt of drijvers ook als pleger zouden kunnen worden aangesproken voor overtredingen in andere delen van de inrichting, en is bepalend voor de mate van verwijtbaarheid die nodig is om de betrokkene aan te merken als overtreder.

Gevolg van de onduidelijkheid over de grenzen van het drijverschap is dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van milieunormen drukt op een grote en tamelijk onbepaalde groep (rechts)personen met een leidinggevende rol. **Het drijversbegrip is te belangrijk om zo vaag te blijven; de ondergrens, bovengrens en zijgrenzen van het drijversbegrip moeten geconcretiseerd worden**.[173] De principiële keuze kan gemaakt worden dat milieunormen hun brede adressering behouden (maar dan hopelijk met een concretere toets), om de handhaving van de normen te vergemakkelijken. **Maar zeker als gekozen wordt voor een brede adressering van milieudelicten, is het overtrederschap in concreto een belangrijke katalysator om willekeur, rechtsonzekerheid en risicoaansprakelijkheid te voorkomen. Daarom beklemtoon ik nogmaals dat het drijverschap niet vereenzelvigd mag worden met het overtrederschap**.[174] In de volgende paragraaf ga ik in op overtrederschap in concreto.

---

172 Het gaat dan om situaties zoals in ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:907, *JOM* 2018/281 en ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, *AB* 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*).

173 Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

174 Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6. Zie voor voorbeelden waarin dit misgaat supra voetnoot 39.

4 Overtrederschap in concreto: betrokkenheid bij de overtreding

4.1 Inleiding

Een van de centrale vragen in dit preadvies is of een leidinggevende functionaris kan worden aangemerkt als overtreder van milieunormen. In de vorige paragraaf heb ik besproken of een leidinggevende *normadressaat* kan zijn. Ik heb geconcludeerd dat veel milieunormen gericht zijn tot leidinggevende functionarissen, zij kunnen daarom zelf (eventuele) kwaliteitsbestanddelen vervullen. Maar bedenk, normadressaatschap zegt alleen iets over *verantwoordelijkheid* voor de naleving van normen, en verantwoordelijkheid maakt nog geen overtreder: de leidinggevende moet voor het overtrederschap ook op een of andere manier laakbaar handelen. In deze paragraaf onderzoek ik wanneer de leidinggevende aangemerkt kan worden als overtreder *in concreto*. De volgende vraag staat daarbij centraal: wanneer is de leidinggevende op zodanige manier betrokken bij de overtreding van milieunormen, dat hij of zij zelf overtreder is? Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik de verschillende overtrederschapsvormen die van toepassing kunnen zijn op de leidinggevende. Er komen twee vormen van *plegen* (fysiek plegen en functioneel plegen) en twee vormen van *deelnemen* (medeplegen en feitelijk leidinggeven) aan bod.

Voor een uitgebreide beschouwing van *overtrederschap in concreto* verwijs ik naar het Algemene deel; daarin zijn de overtrederschapsvormen toegelicht en geconcretiseerd aan de hand van strafrechtelijke rechtspraak en literatuur over daderschap. In deze paragraaf zal ik niet de aan het strafrecht ontleende criteria tot in detail bespreken, zoals de IJzerdraadcriteria en de gezichtspunten in het Drijfmestarrest. In plaats daarvan richt ik me op de toepassing en ontwikkeling van de verschillende overtrederschapsvormen in het milieurecht, in het bijzonder bij leidinggevende functionarissen. Omdat het pre-Vierde tranche overtredersbegrip nog een belangrijke stempel drukt op de huidige lijn van de Afdeling, begin ik met een korte beschouwing van het overtredersbegrip van vóór de Vierde tranche. Vervolgens bespreek ik de toepassing van alle overtrederschapsvormen, namelijk fysiek plegen, functioneel plegen, feitelijk leidinggeven en medeplegen, in het milieurecht.

4.2 Pre-Vierde tranche overtrederschap

Voor de Vierde tranche waren de begrippen ‘overtreding’ en ‘overtreder’ nog niet wettelijk gedefinieerd. In de rechtspraak en literatuur werden (slechts) twee soorten overtreders onderscheiden: (1) de overtreder die zelf (fysiek) het wettelijk voorschrift schendt; en (2) de overtreder aan wie de handelingen van een ander

worden toegerekend omdat deze (maatschappelijk gezien) voor de verboden gedraging (eind)verantwoordelijk is.[175] *Overtreder*, *overtreden* en *overtreding* waren nauw met elkaar verbonden. Het bestuursrecht kende namelijk nog geen aansprakelijkheidsvorm voor gevallen waarin iemand in strijd handelde met slechts een *deel* van 'het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift', hetgeen in het strafrecht via deelneming geregeld is. Vanwege het legaliteitsbeginsel had het bevoegd gezag een grondslag nodig voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie aan de betrokkene, en die grondslag bestond er alleen als de aangesprokene (fysiek of door toerekening) het *hele* voorschrift zelf overtrad. Daarom moesten alle bestanddelen van de verbodsbepaling (al dan niet door toerekening) vervuld worden door de aangesprokene.

Bezien vanuit het prisma van strafrechtelijke daderschapsvormen lijkt de pre-Vierde tranche overtreder aan wie een gedraging wordt toegerekend het meest op een functioneel pleger (of 'functioneel dader', zoals het ook wel bekend staat). Het betreft immers een overtrederschapsvorm waarin de aangesprokene zelf normadressaat moet zijn en die wordt geacht zelf alle bestanddelen van de verbodsbepaling te hebben vervuld. Het lijkt er op, maar het is beslist niet hetzelfde. Een in het oog springend verschil is dat de bestuursrechter 'aanvaarding' van de gedraging niet noodzakelijk achtte voor de toerekening. Ook het beschikkingscriterium werd anders (lees: ruimer) ingevuld. Bovendien gebruikte de bestuursrechter voor natuurlijke personen en voor rechtspersonen dezelfde toerekeningsformule, terwijl dit in het strafrecht verschillende toetsen zijn.[176] De vrijblijvende manier waarop de bestuursrechter een overtreding kon toerekenen, is verklaarbaar doordat het bestuursrecht destijds in het teken stond van herstel. Doordat de sanctionering geen punitief karakter had, speelde verwijtbaarheid geen rol van betekenis, en daardoor kon de bestuursrechter redelijk losjes omgaan met het toerekenen van overtredingen aan overtreders.

De deelnemingsvormen die al langere tijd gebruikt worden in het strafrecht – opdrachtgeven, feitelijk leidinggeven en medeplegen – hadden vóór de Vierde tranche nog geen bestuursrechtelijke equivalent.[177] Voor deze aansprakelijkheidsfiguren bestond immers nog geen wettelijke grondslag. Dit werd 'opgelost' door middel van een extensieve uitleg van functioneel overtreden; opdrachtgeven en leidinggeven werden niet, zoals in het strafrecht, gezien als een deelnemingsvorm met afwijkende criteria en een afwijkende ratio ten opzichte van plegerschap; maar als *varianten* van functioneel overtreden.[178] Als ik het goed zie was feitelijk leidinggeven in het bestuursrecht dus geen 'vervolg' op het overtrederschap van de rechtspersoon, maar was de feitelijk leidinggever 'zelf' degene die de overtreding beging, omdat de gedragingen van de rechtspersoon die onder leiding van de betrokkene stond aan hem of haar werden toegerekend. Daardoor gold er geen

175 Zie verder par. 4.3.3. NB, twee soorten overtreders (voor de Vierde tranche) niet te verwarren met twee soorten plegers (na de Vierde tranche) – naast de materieel en functioneel pleger zijn er nog andere overtrederschapsvormen geïntroduceerd. Zie ook het schema in 2.3.4.

176 ... en de Afdeling doet dat nog steeds, zie par. 4.3.3.

177 Uitzonderingen in bijzondere wetgeving daargelaten, zo werd het door de wijziging van de Mededingingswet in 2007 al mogelijk om feitelijk leidinggevers aan te spreken. Wet van 28 juni 2007, Stb. 2007, 284.

178 Voor deze zienswijze vond ik ook steun in Michiels e.a. 2016, p. 168 en Bröring en Vermeer 2003, p. 128. Zie voorts de heldere analyse Van Leeuwen en Vermeer 2014, m.n. 3.2.3.

accessoriteitsvereiste, en moest de pre-Vierde tranche leidinggever zelf normadressaat zijn.[179]

Het ruime overtredersbegrip van vóór de Vierde tranche werd dus ook gebruikt om feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers aan te spreken. Dit verklaart ook waarom deze aansprakelijkheidsfiguren in bestuursrechtelijke handboeken soms nog worden uitgelegd in de sleutel van functioneel plegerschap, of dat opgemerkt wordt dat beide overtrederschapsvormen sterk op elkaar lijken:[180] vóór de Vierde tranche waren dit immers aanwijzingen voor toerekening aan de overtreder. Nu in het bestuursrecht artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard, kunnen degenen die aangesproken worden via de overtrederschapsvorm feitelijk leidinggeven of opdrachtgeven niet meer worden aangemerkt als functioneel pleger. Daarmee zou de beoogde aansluiting op het strafrecht worden genegeerd. Zie hieromtrent het overzicht met verschillen en overeenkomsten tussen feitelijk leidinggeven en functioneel plegerschap in het algemene deel.[181]

4.3 Post-Vierde tranche overtrederschap

4.3.1 Inleiding

Doordat het bestuursrecht steeds meer punitieve mogelijkheden kreeg, werden hogere eisen gesteld aan het leerstuk van overtrederschap, en keek men voor inspiratie steeds meer naar het strafrechtelijke daderschap.[182] Met de invoering van de Vierde tranche heeft de wetgever de begrippen 'overtreding' en 'overtreder' wettelijk gedefinieerd, en voor de invulling van die begrippen heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke daderschapsvormen.[183] Dat betekent dat in het bestuursrecht, net als in het strafrecht, feitelijk leidinggeven niet langer slechts een gezichtspunt is in een functionele toerekeningsformule, maar dat het gepromoveerd is tot een zelfstandige overtrederschapsvorm. Bovendien is het sinds de Vierde tranche mogelijk om personen die niet alle bestanddelen van de verbodsbepaling vervullen toch aan te spreken via de figuur van medeplegen. Deze nieuwe vormen van overtrederschap hebben bovendien een andere dogmatische grondslag voor de aansprakelijkheid (deelnemen) en andere criteria dan (wat nu heet) plegen. De schematische weergave van overtrederschap in paragraaf 2.2.4 kan de verandering verhelderen en geeft de huidige situatie overzichtelijk weer.

179 Een mooi overzicht van pre-Vierde tranche 'daderschap', waarin ook aandacht wordt besteed aan de verhouding tot de strafrechtelijke daderschapsvormen, is te vinden in o.a. Van Leeuwen en Vermeer 2014; Knijff e.a. 1998, hoofdstuk 3; Blomberg 2000, par. 3.3-3.5; De Valk 2009, hoofdstuk 8; E.K.S. Mollen & R. Klein 'Daderschap en deelneming in rechtspraak ACM-besluiten', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 2/3, p. 82–92. Specifiek over de rol van drijverschap voor het kwalificeren over de overtrederin het pre-Vierde tranche overtredersbegrip, zie Knijff e.a. 1998, p. 73-75 en Knijff in de annotatie bij ABRvS (vz.) 31 juli 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5836, *AB* 1999/45.

180 Damen e.a. 2016, par. 14.3.2, Michiels e.a. 2016, par. 6.2.3.

181 Zie par. 2 van het Algemene deel en een korte weergave in par. 2.2.5 hierboven.

182 Zie bijvoorbeeld Blomberg 2000, p. 57-59; en O.J.D.M.L. Jansen in de noot bij HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *AB* 2004/310 m.nt. Jansen (*Drijfmest*).

183 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 77-82, waarin de wetgever voor de toelichting van de nieuwe overtrederschapsvormen expliciet verwijst naar de strafrechtelijke standaardarresten voor functioneel plegerschap, medeplegen en feitelijk leidinggeven.

Al met al kunnen sinds de Vierde tranche nu vier overtrederschapsvormen worden onderscheiden. In de volgende subparagrafen bespreek ik de voorwaarden die gelden om de leidinggevende functionaris aan te spreken als fysiek pleger, functioneel pleger, feitelijk leidinggever of medepleger.

4.3.2 'Fysiek' plegen

Een leidinggevende functionaris is pleger, wanneer hij of zij zelfstandig alle bestanddelen uit de delictsomschrijving vervult. Er zijn twee soorten plegers. In de eerste plaats is de pleger degene die ('daadwerkelijk')[184] de verboden gedraging fysiek heeft verricht. De leidinggevende is bijvoorbeeld pleger, wanneer hij of zij de pomp bedient bij het lozen van afvalstoffen in oppervlaktewater. Er wordt dan gesproken van 'fysiek plegerschap'. In dit kader is het belangrijk om te constateren dat in het bestuursrecht, en zeker in het milieurecht, verboden gedragingen vaak erg ruim gedefinieerd zijn.[185] De overtreding vindt dan niet plaats door een fysieke gedraging, maar door het (laten) ontstaan of bestaan van een verboden situatie. Bijvoorbeeld artikel 3 van de Ontgrondingenwet bepaalt dat niet alleen ontgronden verboden is, maar ook het toelaten van ontgronding. 'Gedraging' in de zin van artikel 5:1 lid 1 Awb moet dus in de breedst mogelijke zin geïnterpreteerd worden.[186] In het strafrecht worden dit soort passieve verbodsbepalingen 'omissiedelicten' genoemd.[187] Gelet op de ruime definiëring van sommige verboden gedragingen, is 'fysiek' plegerschap dus eigenlijk een te beperkte term. Ik zal het in dit preadvies echter blijven gebruiken als aanduiding voor de tegenhanger van functioneel plegerschap.

4.3.3 Functioneel plegen

Inleiding

In de tweede plaats kan de leidinggevende aangesproken worden als pleger, wanneer de verboden gedragingen van een andere (natuurlijke) persoon hem of haar kunnen worden toegerekend, omdat hij of zij in maatschappelijk opzicht verantwoordelijk is voor de gedragingen.[188] *Facit per alium, facit per se.* In het voorbeeld van het lozen van afvalstoffen in oppervlaktewater hoeft de leidinggevende functionaris dus niet zijn pak vies te maken om toch geacht te worden zelf de bestanddelen van de verboden gedraging te vervullen. Gedragingen kunnen hem of haar worden toegerekend, als aan de hieronder genoemde aanvullende voorwaarden wordt voldaan. In dergelijke gevallen spreekt men van 'functioneel

184 De weinig verhelderende toevoeging van het woord 'daadwerkelijk' om aan te geven wie pleger is, gebeurde voor het eerst in ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, *AB* 1995/582 m.nt. Van Buuren (*Geldrop*) en is later onderdeel geworden van de standaardoverweging uit het CZL Tilburg-arrest, waarover hierna (veel) meer.

185 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1458, *M en R* 2015/150 m.nt. Van 't Lam (*Drugsafval Helmond*).

186 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 77-78.

187 De Hullu 2018, p. 77-79.

188 De Hullu 2018, p. 161-162 en 505-506.

plegerschap'. Merk op dat voor functioneel plegerschap – als species van de genus plegen – vereist is dat de aangesprokene zelf *alle* bestanddelen vervult. De objectieve bestanddelen kunnen worden toegerekend, maar het kwaliteitsbestanddeel en eventuele – maar in het bestuursrecht zeer zeldzame – subjectieve bestanddelen (opzet, schuld) moeten door de leidinggevende zelf worden vervuld.

Het begrip 'functioneel pleger' is niet gedefinieerd in de wet, maar in de memorie van toelichting verwijst de wetgever voor dit leerstuk expliciet naar de criteria en jurisprudentie in het strafrecht.[189] Het strafrecht heeft een afzonderlijke toets voor toerekening aan natuurlijke personen en voor de toerekening aan rechtspersonen. Hierna breng ik eerst kort in herinnering welke criteria gehanteerd worden in het strafrecht. Het CBb heeft de strafrechtelijke criteria reeds expliciet overgenomen.[190] De Afdeling lijkt echter, voor *zowel* het functioneel plegerschap van natuurlijke personen als van rechtspersonen, vast te houden aan haar eigen toerekeningsformule. De verschillen worden het best inzichtelijk door de toetsen naast elkaar te zetten. Daarom zal ik na een zeer korte bespreking van de strafrechtelijke lijn, ingaan op de invulling die de Afdeling geeft aan functioneel plegerschap, en hoe de toets zich ontwikkeld heeft in het milieubestuursrecht. Ik sta in het bijzonder stil bij de onderhand beruchte bluswaterjurisprudentie. Vervolgens zal ik ook mijn bedenkingen uiten over de door de afdeling gehanteerde toets.

De strafrechtelijke toets voor toerekening aan natuurlijke personen

In het strafrecht is voor het functioneel plegerschap van natuurlijke personen het *beschikkings-* en *aanvaardingscriterium* ontwikkeld – ook wel de (verruimde) 'IJzerdraad-criteria' genoemd.[191] Heel kort gezegd moet de functioneel pleger concrete feitelijke beschikkingsmacht hebben over de fysieke gedraging van de ander en die gedraging aanvaarden. Van aanvaarding is al sprake als de functioneel pleger niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem of haar kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.[192]

De strafrechtelijke toets voor toerekening aan rechtspersonen

Hoewel dit preadvies zich focust op natuurlijke personen, is het toch nodig om kort stil te staan bij het overtrederschap van rechtspersonen. Een natuurlijke persoon kan namelijk alleen aangesproken worden als 'feitelijk leidinggever' als de rechtspersoon overtreder is. Artikel 5:1 lid 3 Awb bepaalt dat ook rechtspersonen een overtreding kunnen begaan. Het overtrederschap van de rechtspersoon verloopt in de regel via functioneel plegen; de gedragingen van natuurlijke personen worden dan toegerekend aan de rechtspersoon. Aangezien artikel 51 Sr artikel 5:1 Awb van overeenkomstige toepassing verklaart, moet voor de beoordeling of de rechtspersoon kwalificeert als overtreder aangesloten worden bij de strafrechtelijke benadering.[193] In het strafrecht zijn criteria ontwikkeld voor het 'in redelijkheid

189 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78-79.
190 Zie bijvoorbeeld CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:233, *AB* 2015/22 m.nt. Jansen (*Storten dierlijke mest*) en voor toerekening aan rechtspersonen CBb 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200, *AB* 2015/298 m.nt. Jansen.
191 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378 m.nt. Röling (*IJzerdraad*); HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *AB* 2004/310 m.nt. Jansen (*Drijfmest*).
192 Zie Algemeen deel, par. 3; De Hullu 2018, p. 161-169 en Hornman 2016, hoofdstuk II, par. 2.
193 Zie de annotatie van O.J.D.M.L. Jansen bij HR 21 oktober 2003, *AB* 2004/310 (*Drijfmest*).

toerekenen' aan de rechtspersoon; een belangrijk oriëntatiepunt is of de gedraging plaatsvond 'in de sfeer van de rechtspersoon'. Daarvoor heeft de Hoge Raad verschillende concretiserende 'omstandigheden' genoemd, namelijk:[194]

– 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; en
– 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.

Zie voor een uitgebreide bespreking van het overtrederschap van rechtspersonen het Algemene deel, paragraaf 4.[195]

In het bestuursrecht gaat men ervan uit dat de rechtspersoon alleen *functioneel* pleger kan zijn.[196] Voor dit standpunt wordt meestal gewezen op het feit dat de rechtspersoon een juridische constructie is, en zelf geen *fysieke* handelingen kan begaan voor het vervullen van objectieve bestanddelen. Daarmee rijst de vraag of een rechtspersoon ook kan plegen zonder dat toerekening van de gedragingen van natuurlijke personen nodig is. Hier valt best wat voor te zeggen, voor zogenoemde omissiedelicten zijn immers geen fysieke gedragingen nodig. Bijvoorbeeld het overschrijden van immissie- of emissiewaarden of het niet aanwezig hebben van een omheining is net zo goed (en misschien zelfs wel meer) de gedraging van de rechtspersoon als van de aanwezige natuurlijke personen. Veel bestuursrechtelijke normen zijn bovendien juist gericht tot de rechtspersoon; het zou dan vreemd zijn als de rechtspersoon slechts aangemerkt kan worden als overtreder, door toerekening van gedragingen van natuurlijke personen. Het strekt te ver om dit punt volledig uit te diepen in het kader van dit preadvies, daarom laat ik het bij het volgende: voor de toerekening aan de rechtspersoon is de tussenkomst van natuurlijke personen niet altijd vereist, de Drijfmest-criteria zijn immers 'slechts' gezichtspunten voor wanneer toerekening redelijk is.

194 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (*Drijfmest*), par. 3.4. Merk op dat dit 'slechts' gezichtspunten zijn; anders dan soms wordt gesuggereerd in de literatuur (Vermeer e.a. 2016, p. 41) kan een gedraging ook in redelijkheid worden toegerekend aan een rechtspersoon wanneer niet aan (alle) criteria wordt voldaan.

195 Zie ook De Hullu 2018, p. 169-181; Hornman 2016, hoofdstuk II, par. 3; De Valk 2009, hoofdstuk 5 en 7.

196 De wetgever lijkt daarvan uit te gaan: 'Als de gedraging door een rechtspersoon kan worden gepleegd – er is dan uiteraard altijd sprake van functioneel daderschap – waarborgt art. 5.0.1, derde lid, dat de bestuurlijke sanctie ook aan die rechtspersoon kan worden opgelegd.', p. 81. In de toelichting bij de invoering van art. 51 Sr noemt de wetgever het zelfs 'het toonbeeld van functioneel daderschap', MvT, *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 1-3, p. 8. Ook in de literatuur gaat men er soms van uit dat de rechtspersoon geen fysiek pleger kan zijn. Vermeer e.a. 2016, p. 33; Michiels e.a. 2016, p. 165; D.A.B. Klein Lenderink, 'Functioneel daderschap van rechtspersonen onder de Algemene wet bestuursrecht', *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2015, nr. 3, p. 8. Vandaar dat ik in het overzicht van par. 2.2.4 het plegerschap van de rechtspersoon heb geschaard onder functioneel plegen.

De toerekeningsformule van de Afdeling

Zoals gezegd hanteert de Afdeling momenteel één toerekeningsformule voor het functioneel plegerschap van zowel natuurlijke personen als van rechtspersonen, waardoor beide varianten van functioneel plegerschap hier gezamenlijk kunnen worden besproken. Deze toets is ontwikkeld in de rechtspraak van vóór de Vierde tranche.[197] Voor de uitleg van de huidige lijn, doe ik daarom een stapje terug in de tijd.

De eerste uitspraak (in het milieurecht) waarin de gedragingen van een ander werden toegerekend aan de overtreder, was in de *Booy Clean*-zaak.[198] In deze zaak werd de enig directeur (Booij) van een bedrijf dat tanks van schepen reinigt in het Rotterdamse havengebied (Booy Clean BV) aangeschreven voor de saneringskosten van het verontreinigde oppervlaktewater. Booij betoogt dat hij ten onrechte is aangeschreven, omdat hij uitsluitend in de hoedanigheid van directeur van Booy Clean heeft gehandeld, en dat deze handelingen moeten worden toegerekend aan die rechtspersoon. De Afdeling overweegt:

> 'Als vaststaand moet worden aangenomen dat verzoeker J. Booij als enig directeur van het betrokken bedrijf *opdracht heeft gegeven* tot de verboden lozingen dan wel daaraan *feitelijk leiding heeft gegeven*, althans *deze niet heeft verhinderd alhoewel zulks gegeven de door hem beklede functie in zijn macht lag*. Door aldus te hebben gehandeld, dient hij naar Ons voorlopig oordeel als *overtreder* in de zin van evenbedoeld artikel te worden aangemerkt.' [curs. TRB]

In de *Booy Clean*-uitspraak is zichtbaar dat opdrachtgeven en leidinggeven geen aparte overtrederschapsvormen behelzen, maar dat dit omstandigheden zijn die de toerekening aan de overtreder rechtvaardigen. De koppeling van toerekening aan (eind)verantwoordelijkheid gebeurde in de *Baggerwerkzaamheden in de Vecht*-zaak. In deze zaak oordeelde de Afdeling dat de opdrachtgever van baggerwerkzaamheden als 'eindverantwoordelijke' voor het uitvoeren van de (verboden) werkzaamheden kan worden beschouwd, en daarom overtreder is.[199] De *Baggerwerkzaamheden*-zaak illustreert dat opdrachtgeverschap een aanwijzing vormt voor toerekening aan de functionele pleger, en dat de *aanvaarding* van de verboden gedraging in het bestuursrecht geen rol van betekenis heeft, althans niet expliciet, bij de beoordeling van overtrederschap.[200]

---

197 Zie par. 4.2 en 2.4.1 en Algemeen deel, par. 1.

198 Vz. ABRvS 24 februari 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AH0280, AB 1984/480.

199 ABRvS 3 juli 2002, *AB* 2002/311 m.nt. Michiels (*Baggerwerkzaamheden in de Vecht*); vanuit een strafrechtelijke bril gezien is de focus op de *juridische positie* van de aangesprokene in deze zaak opmerkelijk, terwijl in de beoordeling van overtrederschap in concreto juist gekeken dient te worden naar de feitelijke betrokkenheid bij de verboden gedraging. Dit was echter nog voor de Vierde tranche Awb, en de bestuursrechter was formeel nog niet gebonden aan de strafrechtelijke doctrine. In andere zaken keek de Afdeling voor overtrederschap juist wel weer naar de feitelijke betrokkenheid van de aangesprokene. Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 juni 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3428, *AB* 1999/44.

200 Zie ook H. Bröring en F.R. Vermeer 'De functionele dader in het bestuurlijk sanctierecht', *JBplus* 2003, p. 124-139, par. 3.3.

Bluswaterjurisprudentie

De huidige standaardoverweging voor functioneel plegerschap is afkomstig uit een zaak die gaat over vervuiling door bluswater, namelijk de *CZL Tilburg*-uitspraak.[201] Sinds 2009 zijn er verschillende uitspraken gedaan in zaken waarin sprake is van verontreiniging door bluswater, waarvan de Chemie-pack-uitspraken het bekendst zijn. In deze inmiddels beruchte uitspraken wordt de toerekeningsformule nog eens verder opgerekt. Ik bespreek de zaken hier gezamenlijk.

Steeds komt de casus ongeveer op het volgende neer: bij het blussen van een (chemische) brand kan verontreinigd bluswater in het oppervlaktewater terechtkomen. De brandweer handelt niet in opdracht of onder verantwoordelijkheid (maar wel in het belang?) van het bedrijf dat in brand staat. Om verdere verontreiniging te voorkomen, past het bevoegd gezag spoedeisend bestuursdwang toe om het verontreinigde oppervlaktewater en de vervuilde bodem te verwijderen. Als grondslag voor de bestuursdwang deed het bestuursorgaan in eerdere rechtszaken een beroep op artikel 6.2 Ww.[202] Deze bepaling verbiedt het lozen op oppervlaktewater zonder vergunning. In de hierna genoemde jurisprudentie moest de Afdeling steeds de vraag beantwoorden of de bluswerkzaamheden van de brandweer – met de verboden lozingen op het oppervlaktewater tot gevolg – toegerekend kunnen worden aan degene ten behoeve van wie de brand is geblust.

Te beginnen met CZL Tilburg; in deze zaak gaf de Afdeling de volgende invulling aan overtrederschap:

> 'Overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke 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*.' [curs. TRB][203]

In het CZL Tilburg kiest de afdeling dus 'verantwoordelijkheid voor de overtreding' als maatstaf voor de toerekening van overtrederschap. In deze casus achtte de Afdeling de gedragingen van de brandweer toerekenbaar aan CZL, omdat:

> 'de bluswerkzaamheden van de brandweer feitelijk moeten *worden geacht in opdracht van CZL* te zijn verricht. Dat CZL de brandweer niet zelf heeft gewaarschuwd en naderhand heeft betoogd dat de brandweer het pand ook had mogen laten uitbranden in plaats van te blussen, maakt dit niet anders, nu naar het oordeel van de Afdeling de brandbestrijding in een bedrijf door de brandweer in het algemeen moet worden geacht de gevolgen van die brand te beperken en de gevolgen daarvan *aan het bedrijf kunnen worden toegerekend*.' [curs. TRB]

201 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, *AB* 2008/364 m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*).
202 Voor de inwerkingtreding van de Ww werd art. 1 Wvo als grondslag gebruikt.
203 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, *AB* 2008/364 m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*). Dat in de eerste plaats degene 'die het wettelijk voorschrift daadwerkelijk geschonden heeft' kan worden aangemerkt als overtreder, is ontleend aan ABRvS 19 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1686, *AB* 1995/582 m.nt. Van Buuren (*Geldrop*).

Hier wordt net als in de Baggerwerkzaamheden-uitspraak (fictief) opdrachtgeverschap gebruikt als argument voor de toerekening aan de functioneel pleger.[204] Bovendien wordt het gegeven dat de betrokkene de verboden gedraging niet aanvaard heeft, expliciet van de hand gewezen als obstakel voor diens functioneel plegerschap.

Aanleiding voor de volgende rechtszaken was de brand bij Chemie-pack, een bedrijf in Moerdijk dat chemische materialen verwerkt en verpakt. In de Chemie-pack-jurisprudentie worden drie partijen aangesproken als functioneel pleger van bluswaterverontreiniging: de exploitant, Chemie-pack Nederland B.V. (hierna: CP NL);[205] de rechtspersoon die het onroerend goed beheert, Chemie-pack Onroerend Goed B.V. (hierna: CP OG);[206] en de holding van de eerdergenoemde zustervennootschappen, Gerard Spiering B.V. (hierna: Holding).[207] In deze arresten nuanceert de Afdeling de invulling van functioneel plegerschap uit CZL Tilburg iets, in die zin dat de toerekening niet meer geschiedt op basis van fictief opdrachtgeverschap. Er kwam echter een overweging voor in de plaats die zo mogelijk nog onbegrijpelijker is.

In de zaak tegen CP NL stelt de rechtbank, kort gezegd, dat de gedragingen toerekenbaar zijn aan de exploitant, omdat de bluswerkzaamheden 'in het belang' van CP NL zijn verricht.[208] CP NL was failliet, dus diens overtrederschap mocht niet baten. Daarom werd ook de zustervennootschap van CP NL aangesproken: CP OG. In die zaak oordeelde de rechtbank, kort gezegd, dat CP OG als eigenaar van het onroerend goed verantwoordelijkheid droeg voor het terrein en daarom mede als overtreder was aan te merken.[209] In hoger beroep gaat de Afdeling dieper in op deze kwestie: de nauwe verwevenheid tussen beide rechtspersonen en het feit dat de zeggenschap over de zustervennootschappen en de holding bij eenzelfde persoon lag, was voldoende om ook CP OG in haar hoedanigheid als eigenaar aansprakelijk te stellen. In de derde Afdelingsuitspraak werd de holding via de overtrederschapsvorm van feitelijk leidinggeven aangesproken (dus niet als functioneel pleger).[210] Daarover in de volgende paragraaf meer.

Kritiek op bluswaterjurisprudentie

Er zijn nog andere uitspraken met betrekking tot bluswaterverontreiniging.[211] Thans wordt er gesproken van een bestendige lijn.[212] Veel auteurs hebben kritiek op de toets voor functioneel plegerschap die de bluswater-jurisprudentie voortgebracht heeft.[213] De criteria die de Afdeling hanteert, zijn namelijk bijzonder ruim

204 Zie verderop onder 'kritiek' en in par. 4.4 voor mijn bezwaren op deze toets.
205 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, *AB* 2014/144 (*Chemie-Pack Nederland*).
206 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:102, *AB* 2014/145(*Chemie-Pack Onroerend Goed*).
207 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515 (*Chemie-Pack Holding*).
208 ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:90, *AB* 2014/144 (*Chemie-Pack Nederland*), r.o. 2.2.
209 Rb. Breda 21 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW9002, par. 9.2.
210 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, *AB* 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*).
211 Rb. Noord-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *JM* 2013/138 m.nt. Onrust, Kortmann en Jong; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *AB* 2014/370 m.nt. Van Mil.
212 Van 't Lam 2015, par. 5.1.
213 Zie onder meer Kortmann 2017; Vermeer e.a. 2016, p. 33-36; Damen e.a. 2016, p. 596; F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', *Netherlands Administrative Law Library* 2013, par. 4.1; Van Leeuwen en Vermeer 2014; S.M.C. Nuyten, 'Functioneel daderschap en feitelijk leidinggever: de dader in het bestuursrecht', *Mededingingsrecht in de*

en de beoordeling is vrijwel volledig losgekoppeld van het handelen van de aangesproken rechtspersoon. In een later verschenen bluswater-uitspraak was het zelfs mogelijk een gedraging toe te rekenen aan de vermeend functioneel pleger, terwijl het voor diegene niet eens mogelijk was om de overtreding te voorkomen of beëindigen.[214] Op deze manier heeft de 'toerekenmethode' van de afdeling weinig te maken met functioneel plegerschap – een overtrederschapsvorm waarbij de aangesprokene geacht wordt alle bestanddelen van de verboden gedraging *zelf* te hebben vervuld.

De Drijfmest-toets zou in het onderhavige geval tot een andere uitkomst leiden, omdat de overtreding van artikel 6.2 Ww niet in redelijkheid zou kunnen worden toegerekend aan de aangesproken rechtspersonen. De aangesprokene kan niet beschikken over de bluswerkzaamheden, de brandweer handelt autonoom[215] en de aangesprokene heeft de 'verboden gedraging' ook niet aanvaard.[216] Los van het 'in het belang'-argument waren er ook geen andere omstandigheden waardoor de verboden gedragingen in de sfeer van Chemie-pack zouden kunnen plaatsvinden.[217] Sterker nog, de gedraging die toegerekend wordt aan Chemie-pack is niet verboden, want voor het blussen van de brand bestaat een rechtvaardigingsgrond (art. 5:1 lid 1, art. 5:5 Awb). Bovendien botst de uitkomst van de bluswaterjurisprudentie met de *Brandende oplegger*-uitspraak, waarin degene ten behoeve van wie werd geblust (een natuurlijke persoon) niet aangemerkt kon worden als overtreder.[218] Eigenlijk gaat het dus al mis bij de grondslag, het zou zuiverder zijn geweest om de rechtspersoon aan te spreken op een eigen overtreding (bijvoorbeeld het in strijd met de vergunningsvoorschriften houden van 'open vuur in de buurt van lekbakken met brandbare stoffen',[219] of het 'niet nemen van adequate maatregelen ter voorkoming van oppervlaktewaterverontreiniging'[220]) en de schade van de brand en de bluswerkzaamheden als gevolg van die overtreding aan te merken.

Résumé functioneel plegen

Uit de bespreking van de criteria voor functioneel plegen volgt dat een natuurlijke persoon in een leidinggevende functie kan worden aangemerkt als pleger of functioneel pleger van een milieurechtelijke overtreding. Bij de huidige koers van de Afdeling is er niet veel nodig om een gedraging toe te rekenen aan de leidinggevende functionaris (of aan een rechtspersoon). Met andere auteurs ben ik ervan

Praktijk 2015/195; Nuyten en Keupink 2014; Vermeer in zijn annotatie bij ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463, *AB* 2013/181 m.nt. Vermeer (*Vuil in Leidsche Vaart*).

214 ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *AB* 2014/370 m.nt. Van Mil; zie ook het preadvies van M. van der Linden en J. Winkels, 'Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband', *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

215 Op grond van art. 25 Veiligheidswet heeft de brandweer de wettelijke plicht de brand te blussen. Het handelen van de brandweer ligt niet binnen de invloedsfeer van particulieren, noch is het mogelijk hiertoe (fictief) opdracht te geven.

216 In het arrest *CZL Tilburg* geven de aangesprokenen aan dat de brandweer wat hen betreft het pand had moeten laten uitbranden, in plaats van blussen. ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999, *AB* 2008/364 m.nt. Michiels (*CZL Tilburg*), par. 2.5.2.

217 De brandweer is immers niet in dienst bij Chemie-pack en de bluswerkzaamheden passen ook niet in de normale bedrijfsvoering van het bedrijf.

218 ABRvS 29 september 2000, *JB* 2000/304 m.nt. Albers (*Brandende oplegger*). Aldus ook Van Leeuwen en Vermeer 2014, p. 288-289 en Klein Lenderink 2015, par. 4.

219 Zie Technische informatie over de publicatie IOOV-rapport naar 'de brand bij Chemie-pack in Moerdijk', Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 26956, 110, p. 55.

220 Art. 6.8 Ww.

overtuigd dat de **Afdeling de vage CZL Tilburg-toets moet verlaten**.[221] In de eerste plaats omdat van de beoogde aansluiting bij het strafrecht anders weinig terecht komt. Nog problematischer, wat mij betreft, is hoe weinig richtinggevend deze toets is. Wie is 'maatschappelijk gezien verantwoordelijk' voor de overtreding? Dat is nou juist de vraag die beantwoord moet worden aan de hand van toerekening, waardoor het criterium een tautologisch karakter heeft.[222] Bovendien lijkt het aanvaardingsvereiste, een cumulatief vereiste in de verruimde IJzerdraad-toets, geen rol van betekenis te spelen in de jurisprudentie van de Afdeling.[223] In de literatuur wordt daarom soms gesproken over risicoaansprakelijkheid.[224]

> De vrijblijvendheid waarmee de bestuursrechter iemand aanmerkt als overtreder via functioneel plegerschap, was wellicht niet problematisch in de tijd dat het bestuursrecht alleen herstelsancties kende. Maar bij de punitieve mogelijkheden waarover het bestuursrecht tegenwoordig beschikt, past een volwassen overtrederbegrip. Omdat de bestuurlijke boete een *criminal charge* is in de zin van artikel 6 EVRM, gelden allerhande aanvullende waarborgen en is enige mate van verwijtbaarheid vereist.[225]
>
> Kan de bestuursrechter dan het nieuwe overtredersbegrip gebruiken voor punitieve sancties en voor herstelsancties het oude overtredersbegrip blijven hanteren? Ik ben geneigd te denken van niet. Dit zou de overzichtelijkheid van het leerstuk natuurlijk niet ten goede komen, omdat daarmee de facto een dubbel overtredersbegrip zou bestaan – een voor herstelsancties en een voor punitieve sancties. Belangrijker, volgens mij was dit ook niet de bedoeling van de wetgever. In de toelichting op de Vierde tranche heb ik geen aanwijzingen kunnen vinden dat de wetgever voor herstelsancties een ander overtredersbegrip toestaat dan voor punitieve sancties. De plaats in de Awb van het overtredersbegrip wijst ook op een uniform overtredersbegrip. De wetgever heeft het nieuwe overtrederbegrip ondergebracht bij de algemene bepalingen in titel 5.1, in plaats van aanvullende eisen te stellen aan de overtreder voor de bestuurlijke boete in titel 5.4. De hogere eisen die gesteld worden aan bestraffende handhaving zijn juist weer wel in titel 5.4 opgenomen. Daarnaast vraag ik me af wat een dubbel-overtredersbegrip toevoegt, omdat een op het strafrecht geïnspireerd overtredersbegrip (mét het aanvaardingsvereiste) voldoende ruimte biedt voor het opleggen van herstelsancties. Dat komt omdat veel bestuursrechtelijke normen veel ruimer geformuleerd zijn dan in het strafrecht, omdat de normen doorgaans geen opzet vereisen, en omdat er minder hoge eisen worden gesteld aan het te leveren bewijs (vrije bewijsleer).[226]

---

221 Deze stelling is opgenomen in de aanbevelingen, par. 6.

222 Het kan worden samengevat als: 'de gedraging kan worden toegerekend aan degene die verantwoordelijk is, aan degene die verantwoordelijk is kan het worden toegerekend'.

223 Aldus ook Kortmann 2015; Van Leeuwen en Vermeer 2014, par. 3.2.4.

224 Kortmann 2017, par. 5; Klein Lenderink 2015; in neutrale bewoording ook Michiels e.a. 2016, p. 165.

225 Zie onder meer Michiels e.a. 2016, par. 4.2, en F.C.M.A. Michiels en R.J.G.M. Widdershoven, 'Handhaving en rechtsbescherming', in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2013.

226 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 125-132.

4.3.4 Feitelijk leidinggeven

Inleiding

De leidinggevende functionaris kan ook worden aangemerkt als overtreder via de figuur van 'feitelijk leidinggeven'. Artikel 5:1 lid 3 Awb verklaart artikel 51 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing.[227] Daardoor is het mogelijk om, als de rechtspersoon aangemerkt kan worden als overtreder, degene die aan de verboden gedraging leiding heeft gegeven ook te sanctioneren. Deze deelnemingsvorm is een *vervolg op* (en dus ook afhankelijk van) het overtrederschap van de rechtspersoon.[228] Het accessoire karakter van feitelijk leidinggeven wil niet zeggen dat het gaat om 'secundaire' aansprakelijkheid.[229] De verboden gedraging van de rechtspersoon wordt niet toegerekend aan de leidinggevende, maar het betreft een zelfstandig verwijt: namelijk het opzettelijk feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging. Er is geen hiërarchie in overtrederschap tussen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever, en aan de leidinggever kan ook een sanctie opgelegd worden als de rechtspersoon niet wordt gesanctioneerd. Soms wordt opgemerkt dat al voor de invoering van de Vierde tranche de figuren feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven bekend waren in het bestuursrecht.[230] Dit lijkt me onjuist: materieel was het inderdaad mogelijk om een feitelijk leidinggever en opdrachtgever aan te spreken, maar, zoals ik heb uitgelegd in paragraaf 4.2, alleen indien deze zelf aangemerkt kon worden als normadressaat.[231]

Voordat ik in ga op de huidige invulling die de Afdeling geeft aan feitelijk leidinggeven, breng ik eerst kort de strafrechtelijke criteria in herinnering.

De Slavenburg-toets in het strafrecht

Er zijn twee gevalstypen van feitelijk leidinggeven te onderscheiden. In de eerste plaats is er sprake van feitelijk leidinggeven als de betrokkene actief en effectief gestuurd heeft op de verboden gedraging.[232] Er kan ook sprake zijn van feitelijk leidinggeven, wanneer de aangesprokene op een meer indirecte of subtiele wijze betrokken is geweest bij de overtreding. Uit de welbekende Slavenburg

---

227 De wetgever heeft ook bij feitelijk leidinggeven beoogd om aan te sluiten bij het strafrecht. Naast de expliciete verwijzing naar art. 51 Sr, verwijst de wetgever in de MvT meermaals naar strafrechtelijke jurisprudentie voor feitelijk leidinggeven.

228 Michiels e.a. 2016, p. 168. In het strafrecht is er discussie geweest over de plaats van de feitelijk leidinggever. Thans wordt aangenomen dat feitelijk leidinggeven een bijzondere vorm van deelnemen is, en dat feitelijk leidinggevers met daders op één lijn gesteld worden qua strafmaximum, maar zelf geen daders zijn. De Hullu 2018, p. 438-439, 505-507.

229 Zie verder par. 5 van het Algemene deel; en Hornman 2016 (diss.), Hfdst. II, par. 4.2. Anders: De Valk en Bröring 2011; De Valk 2009, p. 539-551.

230 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 81, waarin verwezen wordt naar ABRvS (vz.) 24 februari 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AH0280, *AB* 1984, 480 (*Booy Clean*); Vermeer e.a. 2016, p. 42. Een voorbeeld van een redenering langs de lijnen van feitelijk leidinggeven van voor de Vierde tranche Awb betreft ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4188, *JOM* 2007/496 (*Lindenboom*). Daar wordt opgemerkt dat het 'vaste rechtspraak' is dat een dwangsom ook opgelegd kan worden aan de feitelijk leidinggever. De uitspraak waar ze naar verwijzen (AB 1995, 538) heeft echter niets te maken met feitelijk leidinggeven. Bovendien lijkt de Lindenboom-zaak zich veel beter te lenen voor functioneel plegerschap: de enig aandeelhouder en enig directeur is vermoedelijk ook drijver van de inrichting.

231 Aldus ook De Valk 2009, p. 514; Van Leeuwen en Vermeer 2014.

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

II-beschikking volgt dat er sprake is van feitelijk leidinggeven indien de betrokkene bevoegd en gehouden is om maatregelen te nemen om te voorkomen dat de verboden gedraging zich voordoet, deze maatregel echter niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.[233] Dit is de ondergrens van feitelijk leidinggeven. Voor beide varianten is (ten minste) voorwaardelijk opzet op de verboden gedraging vereist. Bovendien moet de rechtspersoon in beide varianten kwalificeren als overtreder (accessoriteitsvereiste). Kortheidshalve verwijs ik opnieuw naar het Algemene deel voor de uitwerking en toelichting van het juridisch kader van feitelijk leidinggeven.[234]

De Slavenburg-toets van de Afdeling

Recentelijk heeft de Afdeling in een milieurechtelijke zaak de Slavenburg-toets toegepast om leidinggevende functionarissen aansprakelijk te stellen.[235] De zaak ging over het vervuilde bedrijfsterrein van Edelchemie Panheel BV (hierna: Edelchemie). Op dit bedrijfsterrein werden in het verleden afvalstoffen verwerkt. De verwerkingsactiviteiten werden in 2004 gestaakt, nadat de benodigde vergunning was ingetrokken. Op het bedrijfsterrein en in de bedrijfsgebouwen is een grote hoeveelheid gevaarlijke afvalstoffen achtergebleven. Daarop heeft het college van Gedeputeerde Staten van Limburg besloten om de nog aanwezige bassins leeg te pompen en de grond te saneren. Aan de bestuursdwang heeft het college overtreding van de vergunningsvoorschriften en schending van verschillende zorgplichten ten grondslag gelegd.[236] Voor de kosten van de bestuursdwang is naast Edelchemie ook Phoenica B.V. aangesproken – een bedrijf dat een aantal ruimtes op het terrein van Edelchemie gebruikt. Daarnaast zijn de bestuurder/aandeelhouder van Edelchemie (appellant sub 1A), de bestuurder/aandeelhouder van Phoenica (appellant 1B) – die tevens echtgenote is van appellant 1A – en een werknemer van Phoenica (appellant 1C) aangesproken voor de kosten.

Volgens de Afdeling is 'op zichzelf niet in geschil' dat appellant 1A 'feitelijk leiding geeft aan de activiteiten van Edelchemie'.[237] Appellant 1B meent dat ze ten onrechte als overtreder is aangemerkt, omdat ze zich niet bemoeid heeft met de activiteiten van Phoenica. Daarop verwijst de Afdeling naar de standaardoverweging uit het Slavenburg II-beschikking, en overweegt volgens dat:

> 'De Afdeling gaat ervan uit dat [appellant sub 1B] zich in dit geval bewust niet heeft bemoeid met de activiteiten van de door haar bestuurde Phoenica. Phoenica heeft lange tijd ter plaatse activiteiten verricht. Het is niet aannemelijk dat [appellant sub 1B], echtgenote van [appellant sub 1A] en blijkens de stukken tevens eigenares van een deel van het bedrijfsterrein en aansluitende gronden, niet op de hoogte is geweest van deze activiteiten of van de feitelijke context waarbinnen deze werden verricht. Door als enig bestuurder van Phoenica desondanks een passieve rol aan te nemen heeft

233 HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9607, NJ 1987/321 en 322 m.nt. 't Hart (*Slavenburg II*).

234 Zie verder Algemeen deel, par. 5; De Hullu 2018, p. 505-515; Hornman 2016, hoofdstuk II, par. 4.

235 ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1063 (*Edelchemie: leegpompen bassins*); ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1065 (*Edelchemie: sanering terrein*). De Slavenburg-toets kwam aan bod in de laatstgenoemde uitspraak.

236 Respectievelijk art. 2.1 lid 1 sub e Wabo, en art. 1.1a en art. 10.1 Wm en art. 13 Wbb.

237 R.o. 10.4.

> [appellant sub 1B] bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtreding zich zal voordoen als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad. Daarmee is zij met overeenkomstige toepassing van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht als feitelijk leidinggevende terecht als overtreder aangemerkt.'[238]

Het is prijzenswaardig dat de Afdeling de strafrechtelijke toets omarmt, maar er is nog wel wat aan te merken op de manier waarop de toets wordt toegepast. Allereerst is onbesproken gebleven of de rechtspersoon kwalificeert als overtreder (accessoriteitsvereiste). Ten tweede lijkt de Afdeling de Slavenburg-toets zo uit te leggen dat het feitelijk leidinggeven betrekking heeft op de *onderneming*, en niet op de *verboden gedraging*. Bij een kleine onderneming zoals Edelchemie kunnen beide interpretaties weliswaar op het zelfde neerkomen,[239] maar de redenering is onzuiver: feitelijk leidinggeven behelst immers geen risicoaansprakelijkheid voor formele leidinggevenden van ondernemingen. Er moet sprake zijn van aanvaarding van en betrokkenheid bij de *verboden gedraging*.

> De Afdeling maakte dezelfde redeneerfout in de zaak tegen de holding van Chemie-pack.[240] Ook in die uitspraak werd slechts vastgesteld dat de holding zeggenschap had over de bedrijfsvoering van Chemie-pack. Maar de zeggenschap over de inrichting zegt nog niets over de betrokkenheid bij de verboden gedraging – en dat laatste is nodig om iemand aan te merken als feitelijk leidinggever.

Terug naar het Edelchemie-arrest, maar in het verlengde van het voorgaande; ook de overwegingen met betrekking tot het overtrederschap van Werknemer 1C gaan uit van een te formele invulling van de bevoegdheidstoets, dus snijden geen hout.

> 'Wat [appellant sub 1C] betreft, overweegt de Afdeling als volgt. [appellant sub 1C] heeft uitsluitend een arbeidsovereenkomst met Phoenica en geen (bestuurs)functie bij deze rechtspersoon. Dat hij, zoals de provincie en de gemeente opmerken, jaarstukken van Phoenica heeft ondertekend maakt hem niet een bestuurder van Phoenica. Niet in geschil is dat [appellant sub 1C] als werknemer van Phoenica werkzaamheden ter plekke heeft uitgevoerd. Als uitsluitend werknemer kan hem echter niet zonder meer de overtreding van Edelchemie Panheel en Phoenica worden toegerekend.'[241]

De Afdeling meent dat Appellant 1C buiten schot blijft omdat deze geen bestuursfunctie heeft en 'uitsluitend werknemer is'.[242] Bij feitelijk leidinggeven gaat het echter niet om de formele positie, maar om de feitelijke bevoegdheid en gehoudenheid van betrokkene. Dat de werknemer ook jaarstukken ondertekende, en dat de werknemer recht van opstal op de bedrijfsgebouwen had,[243] wijst erop dat die bevoegdheid er mogelijk wel was. Bovendien, bij feitelijk leidinggeven gaat het primair om de vraag of de aangesprokene invloed had op de verboden gedraging,

238 R.o. 10.5.
239 Hornman 2016 (diss.), p. 57.
240 ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, *AB* 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*), r.o. 5.2 en 5.3.
241 R.o. 10.6.
242 R.o. 10.6, 18 en 21.1.
243 R.o. 19 en 21.2.

en hieromtrent overweegt de Afdeling niets.[244] Of een 'juiste' toepassing van de criteria had geleid tot een andere uitkomst is onduidelijk.[245] In ieder geval kan worden vastgesteld dat de Afdeling ten tijde van deze uitspraak de Slavenburg-toets nog niet helemaal in de vingers had.[246]

Résumé feitelijk leidinggeven

Helaas wordt feitelijk leidinggeven soms nog uitgelegd in de sleutel van functioneel plegerschap, hetgeen botst met de aard van deze deelnemingsvorm. De bestudering van de *Edelchemie*-zaak laat zien dat de Afdeling de Slavenburg-toets wel omarmt, maar anders toepast dan zijn strafrechtelijke collega's en het CBb.[247] Om de beoogde aansluiting op het strafrecht te realiseren, moet komen vast te staan dat ook de rechtspersoon kwalificeert als overtreder, mag het vereiste van voorwaardelijk opzet niet vergeten worden, en dient de (feitelijke) bevoegdheid gerelateerd te worden aan de verboden gedraging. Toch kan geconcludeerd worden dat, zowel bij de invulling die de Afdeling eraan geeft als bij de invulling zoals de Hoge Raad het in de Slavenburg-beschikking bedoeld had, feitelijk leidinggeven bij uitstek een geschikte overtrederschapsvorm is om een natuurlijk persoon met een leidinggevende functie aan te spreken als *overtreder in concreto*.

4.3.5 Medeplegen

Ingevolge artikel 5:1 lid 2 Awb kan ook een medepleger aangemerkt worden als overtreder. Ook bij deze vorm van overtreden heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij het strafrecht.[248] Volgens strafrechtelijke jurisprudentie moeten voor medeplegen, kort gezegd, twee of meer personen gezamenlijk de bestanddelen van de verboden gedraging vervullen, waarbij sprake moet zijn van een nauwe en bewuste samenwerking en de betrokkenen een min of meer gelijkwaardig aandeel moeten hebben gehad.[249] In de memorie van toelichting bij de Vierde tranche Awb geeft de wetgever het voorbeeld van een groep werknemers die gezamenlijk een machine gebruikt op een wijze die onnodig gevaarlijk is voor derden. De aangesproken medepleger hoeft zelf geen normadressaat te zijn, zolang degene met wie hij medepleegt dat maar is. Daardoor is het bijvoorbeeld mogelijk om een belastingadviseur die een tot de belastingplichtige gerichte norm overtreedt toch te sanc-

244 In dat kader schrijft De Hullu (2018, p. 510) dat iemand die formeel geen enkele zeggenschap binnen of relatie met een rechtspersoon heeft, toch feitelijk leiding kan hebben gegeven aan een strafbaar feit dat door die rechtspersoon begaan is.

245 Wellicht dat de werknemer nog wel had kunnen worden aangemerkt als medepleger.

246 Zie voor een voorbeeld uit het milieustrafrecht HR 12 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2129, *M en R* 2003, 62. Blomberg en Koopmans 2015 noemden dit een 'naadloze toepassing' van de Slavenburg-criteria, p. 76. Ook zou de Afdeling het Algemene deel kunnen raadplegen, par. 5. Recenter voorbeeld uit het milieustrafrecht waarin een bedrijfsleiders aangemerkt wordt als feitelijk leidinggever betreft Hof Den Bosch 22 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3500.

247 Zie het preadvies van M.C.C. van Overbeek en O.E.S. Dusée, 'Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders', *Preadviezen Jonge VAR* 2018, m.n. par. 3.

248 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, 78-80; *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, 7, p. 30; *Kamerstukken I* 2008/09, 29702, E, p. 11, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2429, *AB* 2018/405.

249 Ingevolge art. 5:1 lid 2 Awb is een ondergeschikte bijdrage onvoldoende voor het plegerschap. Het bestuursrecht kent dus geen medeplichtigheid. *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, 7, p. 31.

tioneren. Opnieuw verwijs ik kortheidshalve naar het Algemene deel voor een gedetailleerde toelichting van de criteria (par. 6).[250]

Er zijn mij geen uitspraken van de Afdeling bekend in het milieurecht waarin leidinggevende functionarissen aangesproken worden als medepleger.[251] Dit komt waarschijnlijk doordat andere overtrederschapsvormen, namelijk functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven, meer voor de hand liggen en makkelijker aantoonbaar zijn. Toch zijn er situaties denkbaar waarin medeplegen meerwaarde heeft ten opzichte van de andere overtrederschapsvormen, bijvoorbeeld wanneer een leidinggevende samen met een werknemer een overtreding begaat die zich niet afspeelt binnen de sfeer van de rechtspersoon (de rechtspersoon is dan geen overtreder dus valt feitelijk leidinggeven af), waarbij de leidinggevende functionaris niet zelf alle bestanddelen vervult (waardoor hij niet als functioneel pleger kan worden aangemerkt).

4.4 Tussenconclusie overtrederschap in concreto

In paragraaf 4 heb ik onderzocht of natuurlijke personen in een leidinggevende functie aangemerkt kunnen worden als *overtreder in concreto* van een milieuvoorschrift. In dat kader heb ik de verschillende overtrederschapsvormen en hun voorwaarden besproken. Het lijdt geen twijfel dat meerdere overtrederschapsvormen op leidinggevenden van toepassing kunnen zijn; er zijn verschillende voorbeelden in de rechtspraak die dit illustreren. De bestudering van die rechtspraak laat wel zien dat de beoogde aansluiting van overtrederschapsvormen op strafrechtelijke daderschapsvormen nog niet gerealiseerd is. Voor de beoordeling van functioneel plegerschap (in milieurechtelijke zaken) gebruikt de Afdeling nog altijd dezelfde toets voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen, namelijk de weinig richtinggevende toerekeningsformule uit CZL Tilburg.[252] De toerekeningsformule van de Afdeling neigt naar risicoaansprakelijkheid, en heeft mijns inziens weinig te maken met functioneel plegerschap – een overtrederschapsvorm waarbij de betrokkene geacht wordt zelf alle bestanddelen van de verboden gedraging te vervullen. Voor de beoordeling van feitelijk leidinggeven omarmt de Afdeling de Slavenburg-toets, maar past sommige criteria impliciet, onjuist of helemaal niet toe. Ook komt het voor in jurisprudentie van de Afdeling dat partijen niet redeneren aan de hand van een op de situatie toegesneden overtrederschapsvorm,

250 Zie ook de heldere uiteenzetting van dit leerstuk van Conclusie Advocaat Generaal Keus, 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5, nr. 5.1-5.5.

251 De wetgever geeft Vz. ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999, 45 als voorbeeld; dit is echter onjuist: in die casus was er geen sprake van medeplegen, maar waren er volgens de bestuursrechter meerdere overtreders. Of het juist is dat er in die zaak meerdere overtreders waren, kan overigens worden betwijfeld, zie de kritische noot van Knijff bij genoemd arrest. In het milieustrafrecht wordt medeplegen echter regelmatig gebruikt voor het sanctioneren van medeplegende rechtspersonen. Zie voor verschillende voorbeelden Blomberg en Koopmans 2015. Een recent voorbeeld uit het milieustrafrecht betreft Rb. Oost-Brabant 28 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2548, *M en R* 2018/89 m.nt. Velthuis.

252 Recente voorbeelden zijn ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1273, ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1274 en ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1053, *JOM* 2017/414.

maar het overtrederschap via een omslachtige of onmogelijke route proberen vast te stellen.[253]

Let wel, in geval van een ruime adressering van normen of een vage toets voor het normadressaatschap, zoals beide het geval lijkt in het milieurecht,[254] is het *overtrederschap in concreto* zoals gezegd een belangrijke katalysator om willekeur, ongelijkheid en rechtsonzekerheid te voorkomen.[255] Wanneer ook de beoordeling van het *overtrederschap in concreto* geschiedt aan de hand van weinigzeggende criteria, of wanneer onderdelen van de (op het strafrecht gebaseerde) criteria vrijblijvend achterwege gelaten kunnen worden, kan een grote, onbepaalde groep personen binnen de inrichting aangemerkt worden als overtreder. **Voor *overtrederschap in concreto* is daarom betere aansluiting bij het strafrecht nodig, omdat de (invulling van de) criteria van functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven die de Afdeling hanteert te weinig richtinggevend zijn.**[256] In veel gevallen zal de strafrechtelijke toets leiden tot hetzelfde resultaat. In veel gevallen zal de strafrechtelijke toets leiden tot hetzelfde resultaat als de huidige toets van de Afdeling, zij het met een andere motivering of andere grondslag. In ieder geval zal de aansluiting bij het strafrecht zorgen voor inzichtelijkere motiveringen en grotere rechtszekerheid.

253 Bijvoorbeeld door een betrokkene die *geen* normadressaat is, aan te merken als pleger – wat niet kan – in plaats van deze te kwalificeren als deelnemer. In de Houtwal-uitspraak kwam de Afdeling tot de slotsom dat de aangesprokene geen normadressaat was – wat overigens betwijfeld kan worden – en dus geen overtreder is, terwijl via feitelijk leidinggeven de weg naar overtrederschap nog open lag: ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1667 in *M en R* 2015/151 m.nt. Van 't Lam (*Houtwal*). Andersom gebeurde dit ook, bij een zaak waarin functioneel plegerschap zeer voor de hand lag maar een redenering langs de lijn van feitelijk leidinggeven gevolgd werd, ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4188 (*Lindenboom*). Net zo is mij onduidelijk waarom de holding van Chemie-pack niet aangesproken wordt via functioneel plegerschap, de holding was immers zelf ook normadressaat van art. 6.2 Ww. Voordeel is dat dan geen voorwaardelijk opzet aangetoond hoeft te worden. Zie r.o. 5.3 van ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:515, *AB* 2014/193 m.nt. Kortmann (*Chemie-Pack Holding*). Het probleem van categoriefouten doet zich kennelijk ook voor in het economisch bestuursrecht. Zie hieromtrent Nuyten en Keupink 2014.

254 Zie par. 3.5.

255 Spiegelbeeldig: wanneer de toets voor overtrederschap in concreto zeer ruim is, en/of de materiële normen erg ruim zijn (zoals in het milieurecht vaak het geval is, met haar assortiment aan omissiedelicten en verboden toestanden), dan is het overtrederschap in abstracto een belangrijke katalysator. Wanneer iedereen nalaat, is degene op wie de verantwoordelijkheid rustte om niet na te laten overtreder.

256 Deze stelling is opgenomen in de aanbevelingen, zie par. 6.

5 Bange bestuurders in het milieurecht

5.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken bleek dat er verschillende mogelijkheden zijn om een leidinggevende functionaris (waaronder de bestuurder) aan te merken als overtreder van een milieunorm. De aansprakelijkheid van bestuurders wordt in het privaatrecht geregeld in een apart leerstuk. Het 'kernpunt' van het privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsrecht 'is het tegengaan van onwenselijk bestuurlijk gedrag door het creëren van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's, maar dan zonder bonafide bestuurders onnodig bang te maken'.[257] Om te voorkomen dat bestuurders onwenselijk defensief gedrag vertonen, krijgen bestuurders in het privaatrecht aanvullende bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheid.

In het privaatrecht vindt de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een externe partij haar grondslag in het algemene artikel voor de onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW. Maar voor bestuurders geldt een verhoogde drempel voor de toerekening van de gedraging aan de bestuurder: er moet namelijk sprake zijn van een 'persoonlijk ernstig verwijt'.[258] Eerst gold de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel alleen voor aansprakelijkheid jegens aandeelhouders en de boedel (art. 2:9 BW en art. 2:138/2:248 BW),[259] maar onder de vlag van 'normatieve convergentie' geldt de aansprakelijkheidsnorm nu ook voor aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad.[260] Er zijn auteurs die vraagtekens stellen bij de toepasselijkheid van deze drempel

257 Van Solinge e.a. 2017, p. 5, 20.

258 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*); HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*); Conclusie A-G 18 februari 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA4873, NJ 2000/295 m.nt. Maeijer (*NHB/Oosterhof*).

259 De ernstig verwijt-drempel van art. 2:9 BW lijkt veel op het kennelijk onbehoorlijke taakvervullingscriterium van art. 2:138/2:248 BW, al zit er een verschil in ten aanzien van wie het verwijt wordt gemaakt (respectievelijk de vennootschap en de schuldeisers). Zie hieromtrent ook de conclusie van A-G Timmerman in de *Geocopter*-zaak, ECLI:NL:PHR:2018:1139.

260 De Hoge Raad in de 5 september-arresten: 'Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.' HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air Lease*) en HR 5 september 2014 ECLI:NL:HR:2014:2627, m.nt. Van Schilfgaarde (*RCI Financial Services*). Zie voor een overzicht L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105; en A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2015/7087.

in het algemene aansprakelijkheidsrecht.[261] Andersom zijn er ook auteurs die zelfs pleiten voor een verhoging van de ernstig verwijt-drempel.[262]

Als we de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke toets voor 'bestuurdersaansprakelijkheid' naast elkaar zetten, valt op dat bestuurders veel eerder 'de klos' zijn in het bestuursrecht. Er zijn auteurs die zich afvragen wat de rechtvaardiging is voor de afwijkende benadering in het bestuursrecht,[263] of er zelfs voor pleiten dat met de bestuursrechtelijke criteria voor aansprakelijkheid aangesloten wordt bij het leerstuk van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.[264] Men zou kunnen zeggen dat de 'bange bestuurders'-sentimenten overwaaien naar het bestuursrecht. Daarmee rijst de vraag of bestuurders en andere leidinggevende functionarissen ook in het bestuursrecht aanvullende bescherming verdienen tegen bestuurlijke sancties voor het schenden van milieunormen. In deze paragraaf bespreek ik verschillende argumenten en mogelijke weerleggingen. Ten slotte wordt de balans opgemaakt.

Om de droge nasmaak van het begrippenkader weg te spoelen heeft deze paragraaf een wat prikkelender karakter dan de rest van het preadvies. De bespreking van de bange bestuurders-discussie in dit preadvies is verkennend van aard, en bedoeld om een aantal stellingen voor te leggen aan een breder publiek en nieuwe gezichtspunten op te doen. In mijn proefschrift zal ik dit onderwerp in meer detail en nuance behandelen. In dit preadvies concludeer ik dat de civielrechtelijke 'persoonlijk ernstig verwijt'-drempel niet thuishoort in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht.

5.2 Argumenten voor de aanvullende bescherming van bestuurders

5.2.1 Bange bestuurders

Het bekendste argument in het ondernemingsrechtelijke discours voor de bescherming van bestuurders tegen aansprakelijkheid, is het voorkomen van 'bange bestuurders'.[265] Dit argument bespreek ik daarom het eerst en het is ook de vlaggendrager van heel paragraaf 5. Het argument komt erop neer dat (te) veel aansprakelijkheid ertoe leidt dat bonafide bestuurders zich onwenselijk risicomijdend zullen gedragen. 'Bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar

261 Zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: de spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2014-2015, p. 328; Westenbroek 2017; zie ook de opmerkingen van Lennarts in de annotatie bij HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *Ondernemingsrecht* 2018/81, par. 3.8.

262 D.A.M.H.W. Strik, 'Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid', *Ondernemingsrecht* 2009/156; J. van Bekkum, 'In hoeverre beschermt de rechtspersoon tegen privéaansprakelijkheid en zou dit beter moeten?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 93-108; L. Bergkamp, 'Doorbraak van aansprakelijkheid indien aanwezig', *M en R* 2003/9, p. 248.

263 Zie bijvoorbeeld Mellenbergh 2011.

264 Van Bekkum 2013.

265 Dit argument is gemunt door Kroeze in Kroeze 2006, en wordt ook aangehaald in onder meer Roth 2013, par. 6; Van Bekkum 2013, par. 4.4.

minder winstgevende weg.'[266] Bovendien zouden door een streng aansprakelijkheidsregime de beste kandidaten minder snel een positie als bestuurder willen bekleden, waarbij rijke kandidaten extra reden hebben om te weigeren. Ook zou de aansprakelijkheid leiden tot belemmerend indekgedrag en ontstaat er een cultuur waarin commissarissen en bestuurders elkaar eerder voor de bus gooien met het oog op de eigen aansprakelijkheid.[267] Al met al zou (te) vergaande aansprakelijkheid onwenselijke bijwerkingen hebben op het functioneren van bestuurders, (en daarom ook) op ondernemingen en op de concurrentiekracht van het Nederlandse bedrijfsleven.

Of bestuurders inderdaad bang worden van aansprakelijkheid is een kwestie van empirische aard: het gaat uit van bepaalde sociaalpsychologisch waarneembare effecten van een juridische fenomeen. In de oratie van Kroeze, waarin dit argument podium heeft gekregen, verwijst hij ter onderbouwing van de gevreesde bijwerkingen van aansprakelijkheid naar Amerikaanse studies inzake *defensive medicine*: artsen die voorzichtiger te werk gaan doordat er grote aansprakelijkheidsrisico's bestaan.[268] Het is echter zeer de vraag of deze analogie opgaat: Nederland is Amerika niet en bestuurders zijn geen artsen. Verder verwijst Kroeze ter onderbouwing van de bijwerkingen van het ondernemingsrecht naar een uitspraak van de Amerikaanse econoom en voormalig topman van het Amerikaanse bankenstelsel Alan Greenspan.[269] In het citaat impliceert Greenspan dat de toenemende focus van aandeelhouders en regelgevers op *corporate behavior* kan leiden tot indekgedrag bij bestuurders. Het citaat is echter bijzonder ongelukkig gekozen, want het dereguleringsbeleid van Greenspan wordt aangewezen als een belangrijke oorzaak van de bankencrises van 2007 tot 2009, en Greenspan heeft in 2008 ook afstand genomen van een aantal van zijn eerdere opvattingen.[270]

Er kunnen dus vraagtekens gezet worden bij de *onderbouwing* voor de angst voor bange bestuurders, en de daarbij horende terughoudendheid in aansprakelijkheid. Het argument met betrekking tot de effecten van het aansprakelijkheidsrecht vraagt eigenlijk een op Nederlandse bestuurders toegesneden empirische studie naar de effecten van aansprakelijkheidsrecht.[271] En die is er: naar aanleiding van

266 Kroeze 2006, par. 5.
267 Kroeze 2006, par. 5.
268 Kroeze 2006, par. 4.
269 Kroeze 2006, par. 5. 'Corporate executives and boards of directors are seemingly unclear, in the wake of the recent intense focus on corporate behavior, about how an increase in risk-taking on their part would be viewed by shareholders and regulators. As a result, business leaders have been quite circumspect about embarking on major new investment projects.' Testimony of Chairman Alan Greenspan, Federal Reserve Board's semiannual monetary policy report to the Congress, Before the Committee on Financial Services, U.S. House of Representatives, July 15, 2003, te raadplegen op www.federalreserve.gov/boarddocs/hh/2003/july/testimony.htm.
270 New York Times, 23 oktober 2008, 'Greenspan Concedes Error on Regulation', te raadplegen op www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html; Washington Post, 15 oktober 2008, 'What went wrong?', te raadplegen op www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/10/14/AR2008101403343.html??noredirect=on.
271 Kroeze verwijst in par. 6 van zijn oratie naar een aantal empirische onderzoeken en berichten in de media die zijns inziens wijzen op enige risicomijding ten gevolge van het door bestuurders gepercipieerde aansprakelijkheidsrisico. Bij par. 6 van Kroeze zou ik een aantal kanttekeningen willen plaatsen. Ten eerste zien de door hem aangehaalde voorbeelden vooral op de perceptie van aansprakelijkheidsrisico van bestuurders, en niet op het causale verband tussen het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van bestuurders. Ten tweede gaat Kroeze (ook naar eigen zeggen) op zoek naar aanwijzingen dat Nederlandse bestuurders hun handelswijze laten beïnvloeden door het aansprakelijkheidsrisico. Tegenbewijs komt niet of slechts beperkt

de oratie van Kroeze heeft Ngoc Thy Pham voor haar promotieonderzoek onderzocht welke effecten (de perceptie van) aansprakelijkheid heeft op het gedrag van bestuurders.[272] Pham komt tot de conclusie dat bange bonafide bestuurders geen aansprakelijkheid hoeven te vrezen.

> Uit de rechtspraakanalyse van Pham volgt dat in het overgrote deel waarin bestuurders aansprakelijk gesteld werden er sprake is van evident ernstig verwijtbare gedragingen ('subjective bad faith'), daaronder begrepen frauduleuze handelingen. Pham concludeert dat de risiconemende of ondeskundige bestuurder, bij afwezigheid van andere belastende omstandigheden, niet aansprakelijk gehouden wordt door de rechter. Zelfs wanneer de bestuurder achteraf bezien een (excessief) hoog risico neemt, 'is het zeer onwaarschijnlijk dat hem voor zulk een risicovolle beslissing een ernstig verwijt gemaakt kan worden'.[273] Er zijn overigens aanwijzingen dat ook in het bestuursrecht de soep niet zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend.[274]
>
> De voorgenoemde cijfers beschrijven hoe rechters geoordeeld hebben in de bestudeerde rechtszaken, maar zeggen niets over het objectieve aansprakelijkheidsrisico van bonafide bestuurders, en over de subjectieve perceptie van bestuurders van het aansprakelijkheidsrisico. Over het objectieve aansprakelijkheidsrisico merkt Pham op dat er geen cijfers bekend zijn. Over de subjectieve perceptie van bestuurders van de aansprakelijkheid merkt Pham op dat deze kan afwijken van de (objectief) waarneembare risico's. Makkelijker gezegd, bestuurders kunnen bang zijn voor aansprakelijkheid, ongeacht of de aansprakelijkheid reëel is of niet. Op basis van Phams casestudie onder Nederlandse *top-level* bestuurders blijkt dat bonafide bestuurders inderdaad persoonlijke aansprakelijkheid als bijzonder bedreigend ervaren. Of dit ook daadwerkelijk hun gedrag beïnvloedt, wordt niet duidelijk in het onderzoek.[275]

Als ik het goed zie, bestaat er geen overtuigend bewijs dat aansprakelijkheid leidt tot risicomijdend gedrag van bestuurders. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat een causaal verband tussen het (objectieve) aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van de bestuurders ontbreekt. Ook zijn er nog andere factoren, zoals reputatieschade,

---

aan bod. Ook is er naar mijn idee te weinig aandacht voor de vraag of het niet juist wenselijk is dat bestuurders hun gedrag in enige mate laten beïnvloeden door aansprakelijkheid: het afschrikken van laakbaar gedrag is immers een centrale doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht.

272 N.T. Pham, *Directors' liability: A legal and empirical study* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Zie ook De Jong 2017.

273 N.T. Pham, 'Bange bestuurders revisited', in: Van Solinge e.a. 2017, par. 6; N.T. Pham, 'Empirisch onderzoek naar "bange bestuurders"', in: Assink e.a. 2017, par. 2.1 en 4.

274 Opmerkelijk genoeg wordt dit ook onderkend door critici van bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld Bröring en De Valk 2011 over bestuurdersaansprakelijkheid: 'inderdaad loopt het op dit moment nog niet storm'; Van Bekkum erkent dat vrijwel alle door hem aangehaalde uitspraken geen onbevredigende uitkomst hebben, omdat in vrijwel alle gevallen de bestuurder een persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. Van Bekkum maakt zich wel zorgen om de motivering in de aangehaalde zaken, Van Bekkum 2013, par. 5.1-5.3. Zie ook de reactie van Daalder op Roth, waarin hij stelt dat de boetelingen voor wie Roth het opneemt geen lieverdjes zijn, ze zouden welbewust de grens opzoeken en overschrijden, E.J. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth', *Ondernemingsrecht* 2013/86.

275 N.T. Pham '"Bange Bestuurders?" Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders', in: B.F.J. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht, het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Kluwer 2015, m.n. p. 422-426; Pham 2017 in: Van Solinge e.a. 2017; Pham in: Assink e.a. 2017; Pham 2017 (diss.), m.n. par. 2.6.

die misschien wel een veel grotere invloed hebben op het gedrag van bestuurders.[276] Ik zie dan ook niet in hoe het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel ertoe zal leiden dat bestuurders beter hun taak kunnen vervullen. Ook is naar mijn idee niet aangetoond dat bonafide bestuurders momenteel *onnodig* bang gemaakt worden voor aansprakelijkheid. Al met al is het bange bestuurders-argument op zichzelf onvoldoende overtuigend om aanvullende juridische bescherming van bestuurders te rechtvaardigen. Wil het persoonlijk ernstig verwijt-criterium de oversteek maken van het privaatrecht naar het bestuursrecht, dan zal er in ieder geval meer (empirisch) bewijs moeten zijn om het nut van de hogere juridische drempel te onderbouwen.

5.2.2 Risicoaansprakelijkheid

Een aanleiding voor verschillende auteurs om te pleiten voor aanvullende bescherming voor bestuurders tegen bestuurlijke sancties, is dat bestuurders momenteel te vrezen zouden hebben van bestuursrechtelijke 'risicoaansprakelijkheid'.[277] In het milieubestuursrecht is de vrees voor risicoaansprakelijkheid niet ongegrond. Dat heeft twee oorzaken. Ten eerste wordt drijverschap soms in de literatuur of de milieurechtelijke jurisprudentie gelijkgesteld aan overtrederschap. Daardoor wordt enkel gekeken naar de *hoedanigheid* – degene met zeggenschap over (een deel van) de inrichting en daardoor verantwoordelijk voor de naleving van de norm – en niet naar de *betrokkenheid* bij de verboden gedraging. Dit komt neer op risicoaansprakelijkheid, omdat drijvers dan aangemerkt kunnen worden als overtreder terwijl ze de verboden gedraging niet aanvaarden of in de hand hebben.[278] Ten tweede, indien er wél gekeken wordt naar de het *overtrederschap in concreto* van de drijver, dan neemt de Afdeling functioneel plegen en feitelijk leidinggeven wel heel makkelijk aan.[279]

De ruime toerekening is echter een algemeen probleem: ook niet-leidinggevenden lopen het risico zonder zeggenschap over of aanvaarding van andermans verboden gedraging aangemerkt te worden als overtreder.[280] Dit probleem zou goeddeels verholpen kunnen worden als de Afdeling de criteria voor het functionele plegersbegrip en feitelijk leidinggeven zou overnemen uit het strafrecht. De verruimde IJzerdraad-toets is concreter, inzichtelijker, strenger en meer richtinggevend voor de beoordeling van iemands betrokkenheid bij een overtreding. Voor functioneel plegerschap moet de leidinggevende alle bestanddelen zelfstandig vervullen (al dan niet door toerekening), en moet de leidinggevende beschikkingsmacht hebben

276 J.W. Winter, 'Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 41-54, par. 2 en 4; Pham 2017 (diss.), par. 2.4.2; C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij: Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regelnaleving in de Nederlandse afvalbranche* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 306-309.

277 De Valk en Bröring 2011; Van Bekkum 2013; Roth 2013; C.A. Doets, 'Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding', S&O 2015, nr. 5/6, par. 3.

278 Zie voor voorbeelden en verwijzingen par. 3.5.

279 Zie par. 4.3.3 en 4.3.4.

280 Toegegeven, de leidinggevende functionarissen verschijnen waarschijnlijk wel eerder op het vizier van handhavende organisaties dan niet-leidinggevenden.

over de verboden gedraging en deze ook aanvaarden – waardoor de drempel voor aansprakelijkheid al een stuk hoger komt te liggen dan die uit CZL Tilburg. Van risicoaansprakelijkheid kan dan in ieder geval niet meer gesproken worden. Er is ook geen sprake van risicoaansprakelijkheid bij feitelijk leidinggeven wanneer de criteria juist gehanteerd worden: voor die overtrederschapsvorm is immers ten minste voorwaardelijk opzet nodig op de verboden gedraging, en daarmee is verwijtbaarheid – ook bij overtredingen – toch nog vereist.[281]

De slotsom is dat er door de losse omgang van de Afdeling met *overtrederschap in concreto* inderdaad soms sprake is van risicoaansprakelijkheid. Maar in plaats van bepaalde groepen te beschermen tegen de gevolgen van dit vermeende probleem, zou ik ervoor pleiten het probleem bij de wortels aan te pakken. Wanneer de criteria van de verschillende overtrederschapsvormen correct worden toegepast, kan de bestuurder rustig slapen.[282] Daarvoor is geen uitzonderingspositie of een hogere aansprakelijkheidsdrempel nodig.

5.2.3 Indirect verkeersdeelnemers

In het privaatrecht heerst de gedachte dat bestuurders aan het rechtsverkeer deelnemen via de rechtspersoon. De gedragingen van de bestuurder worden dan toegerekend aan de rechtspersoon, die zelfstandig aansprakelijk is voor die handelingen.[283] Andere partijen, zoals crediteuren en aandeelhouders, worden geacht zaken te doen met de rechtspersoon, niet met de natuurlijke personen achter de rechtspersoon. Daarom zou de rechtspersoon 'primair' aansprakelijk zijn. Slechts wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen, is het mogelijk om de bestuurders, als 'indirect' verkeersdeelnemers, aansprakelijk te stellen. Anders wordt 'de bescherming die rechtspersoonlijkheid biedt aan het privévermogen van leidinggevenden uitgehold'.[284] Er zijn auteurs die ervoor pleiten dat deze bescherming ook moet bestaan in het bestuursrecht, of dat de rechtspersoon te gelden heeft als 'primaire overtreder': pas in geval van bijkomende omstandigheden – zoals 'bijzondere (ernstige, in het oog springende) verwijtbaarheid' – zou de bestuurder gesanctioneerd mogen worden.[285]

281 Zie ook R.P.A. Kraaijeveld en M.C. Timmer 'Het beboeten van feitelijk leidinggevenden door financieel-economische toezichthouders in perspectief', *Ondernemingsrecht* 2014/74; Daalder 2013.

282 Het CBb past de criteria al correct toe, en Van Overbeek en Dusée concluderen dan ook dat bonafide bestuurders zich geen zorgen hoeven te maken. M.C.C. van Overbeek en O.E.S. Dusée, 'Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van de economische toezichthouders', *Preadviezen Jonge VAR* 2018.

283 HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde (*Tulip Air*). Sommige ondernemingsrechtelijke auteurs trekken de toerekening aan de rechtspersoon wel heel ver door: 'De CEO die de CFO een klap geeft na een woordenwisseling over het al dan niet melden van betalingsonmacht, schendt geen "losstaande" norm wat mij betreft: de vennootschap handelt onrechtmatig en – bij voldoende verwijtbaarheid – handelt ook de bestuurder onrechtmatig.' P.D. Olden, 'Voordracht ondernemingsrechtdiner', *Ondernemingsrecht* 2013/81.

284 Van Bekkum 2013; Van Bekkum 2017; en genuanceerd: Mellenbergh 2011.

285 Van Bekkum 2013; Mellenbergh 2011; Bröring en De Valk 2011. Bij de laatste publicatie moet de kanttekening worden gemaakt dat Bröring en De Valk in hun argumentatie ervan uitgaan dat de rechtspersoon normadressaat is. Op basis van wat auteurs schrijven zou de bestuurder (die aangemerkt kan worden als drijver) in het milieurecht ook kwalificeren als 'primaire overtreder'.

Er zijn verschillende redenen waarom het indirect verkeersdeelnemers-argument niet overtuigend is in milieurechtelijke context. Ten eerste is het in het milieubestuursrecht onjuist om te denken in termen van primaire en secundaire aansprakelijkheid. Door het brede drijfverbegrip rust de verplichting tot naleving niet alleen op de rechtspersoon, maar heeft de wetgever er expliciet voor gekozen om ook degenen met feitelijke zeggenschap over de exploitatie van de inrichting verantwoordelijk te houden. Zij kunnen daarom zelf (functioneel) pleger zijn. Het is zelfs mogelijk dat de leidinggevende *wel*, maar de rechtspersoon *geen* overtreder is. Het overtrederschap van de feitelijk leidinggever betreft een zelfstandig verwijt; de leidinggever wordt geacht opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen, dan wel dat hij of zij – hoewel bevoegd en daartoe redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de gedraging niet neemt, en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Er is dan ook geen rangorde in de vormen van overtrederschap – het bevoegde bestuursorgaan kan de leidinggevende ook aanspreken wanneer de rechtspersoon niet wordt of kan worden gesanctioneerd.[286]

Ten tweede: met het verruimen van het overtredersbegrip in de Vierde tranche Awb heeft de wetgever kennelijk willen faciliteren dat bestuurlijke sancties niet alleen aan de rechtspersoon maar ook aan leidinggevenden geadresseerd konden worden. In het bestuursrecht nemen ook bestuurders en leidinggevenden deel aan het verkeer, zij zijn zelfstandig adressaat van normen en sancties. Het argument inzake indirect verkeersdeelnemers is dus onvoldoende om de bescherming van bestuurders tegen handhaving van milieurecht te rechtvaardigen.

Ten derde gaat het argument dat de gelaedeerde 'zaken doet met de rechtspersoon' in beginsel niet op in gevallen van milieuschade. Anders dan bijvoorbeeld aandeelhouders en crediteuren, hebben omwonenden en milieubelangenorganisaties geen directe relatie met de rechtspersoon. Anders gezegd: de risico's van het in werking hebben van de inrichting zijn door hen niet geaccepteerd, noch hebben zij baat bij de exploitatie van die inrichting. Bij schade aangericht aan het milieu gaat het dus om een wezenlijk andere situatie.

5.2.4 Convergentie van rechtsgebieden

Het privaatrecht en het bestuursrecht staan zeer verschillend tegenover de aansprakelijkheid van bestuurders. In het privaatrecht geldt de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel van een persoonlijk ernstig verwijt, in het bestuursrecht is soms verwijtbaarheid niet eens nodig om de bestuurder als overtreder aan te merken. Sommige auteurs vragen zich af wat de rechtvaardiging is voor de afwijkende toets, of pleiten er zelfs voor dat het bestuursrecht aansluit bij het privaatrechtelijke regime.[287]

286 Men kan hier bijvoorbeeld van het sanctioneren van de rechtspersoon afzien, als de rechtspersoon failliet is of het niet (meer) in de macht heeft om de overtreding te beëindigen.

287 Van Bekkum 2013, genuanceerder: Mellenbergh 2011; ook Scheltema noemt de afwijkende toets een reden om het risico op aansprakelijkheid van bestuurders aan nader onderzoek te onderwerpen, Scheltema in Assink e.a. 2017, par. 1.

Hier zijn verschillende argumenten tegenin te brengen. Het meest voor de hand liggende punt is dat het bestuursrecht en privaatrecht nu eenmaal verschillende rechtsgebieden zijn, met een verschillend doel en verschillende functies. De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over de afwijkende toets in het bestuursrecht en het privaatrecht, en oordeelde dat er geen reden is om aan te nemen dat de toets voor de aansprakelijkheid in deze rechtsgebieden hetzelfde zou moeten zijn.[288] Als je dan toch gaat convergeren, waarom dan met het privaatrecht en niet met het strafrecht? Het was immers expliciet de bedoeling van de wetgever om wat betreft overtrederschap aan te sluiten bij strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren. In het strafrecht geldt geen hogere aansprakelijkheidsdrempel voor formele bestuurders dan voor andere leidinggevende functionarissen.

Blijft over het praktische argument: het zou de overzichtelijkheid ten goede komen als er tussen de verschillende rechtsgebieden geen nodeloze verschillen bestaan. Maar als dit ten koste van de functionaliteit en doelmatigheid van de afzonderlijke rechtsgebieden gaat, of in strijd is met de structuur of principes van de rechtsgebieden, mag dit argument op zichzelf niet doorslaggevend zijn.

5.2.5 De stoel van de ondernemer

In het discours rondom bestuurdersaansprakelijkheid is erop gewezen dat een rechter geen ondernemer is, dat de specialistische kennis die vereist is voor het besturen van een vennootschap ontbreekt, en dat de rechter daarom niet toegerust is om bestuurlijke beslissingen op waarde te schatten. Bovendien wordt ervoor gevreesd dat de rechter het oordeel zal vellen met de kennis van achteraf. Al met al zou het daarom beter zijn als de rechter niet op de stoel van de ondernemer zou plaatsnemen.[289]

De stoel van de wetgever wordt staatsrechtelijk beschermd, maar er bestaat geen juridische grondslag voor de principiële bescherming van de ondernemerszetel. Welke argumenten blijven er dan over? Allereerst het punt met betrekking tot de *hindsight bias*. Het is een legitiem punt dat een rechter moet voorkomen dat het oordeel over het handelen van de bestuurder hoofdzakelijk gebaseerd is op kennis van achteraf; dat beleid verkeerd uitgepakt heeft, betekent niet (maar kan wel een aanwijzing zijn) dat het beleid destijds onverantwoord was. De rechters dienen zich dus bewust te zijn van hun *hindsight bias*. Dit betekent echter niet dat de (bestuurs-)rechter überhaupt geen oordeel kan vellen over het handelen van bestuurders. Het *ex post* beoordelen van de betamelijkheid van gedrag is juist een van de voornaamste functies van het aansprakelijkheidsrecht.[290] Bovendien is de bestuursrechter deze

288 'De klacht dat het hof heeft miskend dat wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder de Hoge Raad hoge eisen stelt, ziet eraan voorbij dat het in dit verband gaat om een vraag van bestuursrechtelijke aard.' HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9557, *AB* 2002/382 m.nt. Van Buuren (*Oldenburger*), r.o. 3.7; zie ook De Valk 2009, p. 508-509; Mellenbergh 2011, par. 2.1, 'De bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot verantwoordelijkstelling van bestuurders wordt niet doorkruist door jurisprudentie van de civiele rechter. Dit volgt uit het Nederlandse rechtssysteem waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen bevoegdheden van enerzijds de bestuursrechter en anderzijds de civiele rechter.'

289 Zie bijvoorbeeld Assink 2007, Hoofdstuk I, par. 3c; Timmerman 2016.

290 Maar niet de enige functie. Soms grijpt de rechter in als de nadelen nog niet gematerialiseerd zijn. In het privaatrecht loopt dit via de gebodsactie van art. 3:296 BW. In het bestuursrecht via

manier van beoordelen gewend; aangevochten besluiten worden immers *ex tunc* getoetst. Resteert het expertiseargument. Dit argument komt vooral gewicht toe wanneer er sprake is van een inspanningsverplichting, en dan zeker wanneer het een open norm betreft. De rechter dient zich dan goed te verdiepen in de omstandigheden van het geval en zich te laten informeren over gangbaar beleid in dergelijke situaties. Waar nodig moet de rechter hulp van een expert inroepen.[291]

Bovendien dient de rechter (in het milieurecht) niet te beoordelen of de bestuurder zijn taak als bestuurder behoorlijk vervuld heeft, zoals de civiele rechter moet doen, maar of er sprake is van een overtreding. Het activiteitenbesluit milieubeheer en milieuvergunningen bevatten veel resultaatsverplichtingen, zoals emissiewaarden of 'best beschikbare technieken'. Voor de beoordeling van dergelijke normen heeft de rechter geen bijzondere expertise nodig van de rechter om vast te stellen dat er een overtreding plaatsgevonden heeft: er bestaat simpelweg de wettelijke plicht onder een bepaalde waarde te blijven. Kort gezegd bepaalt de aard en inhoud van de norm of er beleidsvrijheid is. Wanneer er geen beleidsvrijheid bestaat, hoeft de rechter zich niet te verplaatsen naar de stoel van de ondernemer.

5.3 Argumenten tegen de aanvullende bescherming van bestuurders

5.3.1 Vreemde doorkruising van het systeem

Het eerste argument tegen de verdergaande bescherming van bestuurders in het bestuursrecht dan thans het geval is, heeft te maken met wetssystematiek en bewijslast, en luidt dat een uitzondering op de standaardsituatie vraagt om rechtvaardiging. Het overtredersbegrip in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht wordt, net als in het strafrecht, feitelijk ingevuld. Dat betekent dat iemand niet aangesproken wordt in zijn formele hoedanigheid als bestuurder van de rechtspersoon, zoals in het ondernemingsrecht het geval kan zijn,[292] maar vanwege de feitelijke betrokkenheid bij een overtreding. In het bestuursrecht en strafrecht kan een werknemer,[293] contractant, of zelfs echtgenote van een bestuurder,[294] net zo goed (feitelijk) leidinggever zijn als de formele bestuurders. Het zou daarom in het bestuursrecht, anders dan in het privaatrecht, een vreemde doorkruising van het systeem opleveren als opeens bepaalde personen, vanwege de formele hoedanigheid, aanvullende bescherming zouden krijgen. De 'normale' feitelijke invulling van het overtredersbegrip moet het uitgangspunt vormen voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Voor uitzonderingen op dit uitgangspunt moet een overtuigende rechtvaardiging bestaan.

---

preventieve bestuursdwang.

291 Dit gebeurt dan ook met grote regelmaat bij technische omgevingsrechtelijke vraagstukken.

292 In geval van ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:138/2:248) geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid waarbij alle bestuurders worden geacht tekort te schieten, behoudens disculpatie. Art. 2:9 en 2:138/2:248 BW.

293 Zie mijn opmerkingen met betrekking tot appellant 1C in par. 4.3.4.

294 Zie mijn opmerkingen met betrekking tot appellant 1B in par. 4.3.4.

5.3.2 Wenselijk defensief gedrag

Kroeze wil voorkomen dat bestuurders onwenselijk defensief gedrag vertonen. In paragraaf 5.2 heb ik opgemerkt dat het twijfelachtig is of aansprakelijkheidsrecht inderdaad leidt tot de gevreesde effecten. Maar zelfs *als* aangenomen wordt dat recht invloed heeft op het gedrag van bestuurders, hetgeen inderdaad een belangrijke aanname is in het aansprakelijkheidsrecht is, dan mag men niet vergeten dat defensief gedrag niet altijd onwenselijk is.[295]

Bij typische *business judgments*, zoals het aannemen van opdrachten, het afsluiten van leningen en het doen van investeringen, is het wellicht wenselijk dat bestuurders enige beleidsruimte hebben en ongehinderd door aansprakelijkheid kunnen handelen. Maar juist bij normen die zien op een goede omgang met het milieu, is het helemaal geen gek idee dat bestuurders een beetje voorzichtig moeten zijn. Het vinden van een verantwoorde omgang met het milieu is immers een van de centrale uitdagingen van deze tijd. Zeker gelet op de enorme, soms onomkeerbare, schade die ondernemingen kunnen aanrichten aan het milieu,[296] en het algemene belang dat gebaat is bij het voorkomen van dergelijke schade, kan het wenselijk zijn dat de leidinggevende functionarissen met zeggenschap over het milieubeleid (een beetje) risicomijdend zijn. Dat bestuurders '*kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevende weg*'[297] is misschien vervelend voor de aandeelhouders, maar vermoedelijk wel beter voor de maatschappij. Wat het risicomijdende gedrag zou kosten aan economische groei, weegt niet op tegen de enorme kosten die gemoeid zijn met het saneren van milieuschade.

5.3.3 Handhaving moet effectief zijn

In het verlengde van het vorige punt kan tegen aanvullende bescherming van bestuurders in stelling worden gebracht dat de handhaving van het milieurecht effectief moet zijn. De naleving van de milieunormen is een randvoorwaarde voor een adequate omgang met het milieu. Als de normen niet nageleefd worden, moet er een stok zijn om *mee* te slaan, en een verantwoordelijke *om* te slaan. In het milieurecht zijn, ingevolge het brede drijversbegrip, naast de rechtspersoon ook natuurlijke personen met zeggenschap over de bedrijfsvoering verantwoordelijk voor de naleving van die normen. Daarom moeten zij erop aangesproken kunnen worden, en bovendien de verantwoordelijkheid voelen door de mogelijkheid van handhaving. De leidinggevenden zijn bij uitstek ook goede geadresseerden van de sanctie, omdat een rechtspersoon niet zijn eigen milieubeleid kan schrijven: het zijn de natuurlijke personen die de overtreding kunnen voorkomen en eventueel beëindigen.

295 Zie hieromtrent ook wat Scheltema schrijft over de 'functies van bestuursrechtelijke aansprakelijkheid'. Scheltema in: Assink e.a. 2017, par. 3.

296 Er zijn veel voorbeelden denkbaar van onomkeerbare of oncompenseerbare milieugevolgen; hierbij kan gedacht worden aan klimaatverandering, olierampen zoals in Nigeria en de Golf van Mexico of de gevolgen van de nucleaire ramp in Tsjernobyl.

297 Kroeze 2006, par. 5.

5.3.4 Kosten voor de samenleving

De saneringskosten van milieuschade kunnen soms hoog oplopen, vaak zelfs hoger dan het vennootschappelijke vermogen, met faillissement van de rechtspersoon die de inrichting exploiteert tot gevolg. In zulke gevallen moet de (lokale) overheid de sanering van de milieuvervuiling bekostigen en betaalt de samenleving uiteindelijk de prijs. De mogelijkheid van het persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders door middel van een herstelsanctie of bestuurlijke boete, geeft extra mogelijkheid voor verhaal van kosten en voor een billijke spreiding van lasten. Bovendien wordt op deze manier bereikt dat ook personen die zelf baat of invloed gehad hebben bij het handelen of nalaten dat geleid heeft tot de milieuschade bijdragen aan de onkosten. Dit sluit tevens aan bij het principe dat de vervuiler betaalt.[298]

Hierbij moet de kanttekening geplaatst worden dat volledige kostenverhaal op de persoonlijke middelen van leidinggevende functionarissen vaak niet mogelijk noch redelijk is. De bestuurlijke sanctie moet in verhouding staan met de normschending van de betrokken persoon en diens aandeel in de gevolgen, en waar nodig moet er ruimte voor matiging zijn. Dit betekent echter niet dat op voorhand drempels opgeworpen moeten worden voor de aansprakelijkheid van desbetreffende personen.

5.4 Balans

In deze paragraaf heb ik verschillende argumenten voor en tegen de aanvullende bescherming van bestuurders tegen bestuursrechtelijke sanctionering onder de loep genomen. De uitkomst is dat de bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders niet verhoogd hoeft te worden.

Allereerst is er onvoldoende empirisch bewijs om aan te nemen dat (milieu) aansprakelijkheid leidt tot onwenselijk defensief gedrag van bestuurders. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat een causaal verband tussen het daadwerkelijke aansprakelijkheidsrisico en het gedrag van bestuurders ontbreekt. Voor zover aansprakelijkheid wél invloed heeft op het gedrag van bestuurders, dan is (enig) risicomijdend gedrag in bestuursrechtelijke context (en zeker in de bestuursrechtelijke context) niet per se onwenselijk. Verder zijn er op het eerste gezicht geen (juridische) argumenten voor convergentie van de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregimes. De verschillen die er bestaan tussen de regimes zijn verklaarbaar door de verschillende aard en functie van de rechtsgebieden. Bovendien zou een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders de publiekrechtelijke systematiek doorkruisen en de handhaving van milieurecht bemoeilijken. Verder kan erop gewezen worden dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om overtrederschapsvormen in het leven te roepen om leidinggevende functionarissen aan te spreken, en deze groep bovendien bewust adressaat heeft gemaakt van milieunormen. Aanvullende bescherming tegen aansprakelijkheid voor bestuurders in het milieurecht ligt daarom niet voor de hand.

298 Aldus ook Mellenbergh 2011, par. 4.

Het sterkste en meest genoemde argument vóór aanvullende bescherming van bestuurders is het voorkomen van risicoaansprakelijkheid. Doordat de Afdeling de criteria voor overtrederschap zo ruim uitlegt, verkeerd toepast of zelfs achterwege laat,[299] is het niet onterecht dat bestuurders 'bang' zouden worden voor bestuursrechtelijke milieuaansprakelijkheid.[300] De ruime invulling die de Afdeling geeft aan het overtredersbegrip, is echter een algemeen probleem: met de brede adressering van milieunormen en de gebrekkige toetsing van overtrederschap in concreto, hebben niet alleen leidinggevende functionarissen reden voor angst, maar ook rechtspersonen, aandeelhouders, contractanten en andere betrokkenen bij een inrichting. Niet voor niets hebben paragraaf 3 en 4 geleid tot aanbevelingen met betrekking tot het afbakenen, concretiseren en aanscherpen van het overtredersbegrip. Dit rechtvaardigt echter geen uitzonderingspositie voor bestuurders: het probleem moet bij de wortels worden aangepakt. Wanneer de Afdeling voor het overtrederschap beter zou kijken naar de strafrechtelijke leerstukken – zoals door de wetgever bedoeld is – dan zou dit algemene probleem goeddeels verholpen zijn.

Al met al zijn er meer argumenten *tegen* aanvullende bescherming van bestuurders tegen bestuursrechtelijke sanctionering dan *vóór* deze bescherming. Daarom sluit ik dit preadvies af met de stelling dat **de civielrechtelijke 'persoonlijk ernstig verwijt'-drempel niet thuishoort in het bestuursrecht**.[301]

299 Zie par. 4.3.
300 Als aansprakelijkheidsrecht dit effect al heeft. Zie par. 5.2.1.
301 Deze stelling is opgenomen bij de aanbevelingen, zie par. 6.

6 Aanbevelingen

1. Verheldering van de centrale begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht is belangrijk maar niet voldoende; ook de knelpunten in de systematiek moeten worden verholpen; (par. 2.3)
   - Een *ruim* bestuursrechtelijk overtredersbegrip verdient de voorkeur boven een *enge* invulling van het overtredersbegrip; dat betekent dat de overtreder niet langer slechts degene is die de overtreding *pleegt*, maar dat ook degene die heeft *deelgenomen* aan de overtreding een overtreder is. (par. 2.4.1 & par. 4.2)
   - Stuur de 'dader' terug naar het strafrecht, en gebruik voor bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren de termen 'overtreder' en 'overtrederschap'. (par. 2.4.2)
   - Het is nodeloos verwarrend en dogmatisch incorrect om een functionele pleger een functionele dader te noemen. (par. 2.3 en 2.4.2)
2. In het milieurecht geldt en blijft gelden: van zeggenschap (over de inrichting of milieubelastende activiteit) komt verantwoordelijkheid. (par. 3.5)
3. Het drijversbegrip is te belangrijk om zo vaag te blijven; de ondergrens van de zeggenschapstoets en zijgrenzen van het drijversbegrip moeten geconcretiseerd worden. (par. 3.5)
4. Het toetsen van het *overtrederschap in concreto* is een belangrijke katalysator om willekeur, rechtsonzekerheid en risicoaansprakelijkheid te voorkomen. (par. 3.5 en 4.4)
   - Drijverschap en overtrederschap mogen niet vereenzelvigd worden. (par. 2.3, 3.5 en 4.4)
   - Voor *overtrederschap in concreto* is betere aansluiting bij het strafrecht nodig, omdat de (invulling van de) criteria voor functioneel plegen en feitelijk leidinggeven die de Afdeling hanteert, te weinig richtinggevend zijn. (par. 4.4)
     – De Afdeling moet de vage CZL Tilburg-toets inruilen voor de verruimde IJzerdraad-criteria. (par. 4.3.3)
5. De civielrechtelijke 'persoonlijk ernstig verwijt'–drempel hoort niet thuis in het bestuursrecht. (par. 5.4)

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

Mr. M.C.C. van Overbeek en mr. O.E.S. Dusée[*]

1	**Inleiding**	**135**
2	**Feitelijk leidinggeven en medeplegen in het economisch bestuursrecht**	**139**
2.1	Invoering van feitelijk leidinggeven in het economisch bestuursrecht	139
2.2	Kritiek uit de literatuur	140
2.2.1	Geen persoonlijk verwijt	140
2.2.2	Slecht leidinggevende niet kunnen aanmerken als feitelijk leidinggever	142
2.2.3	Weinig guidance omtrent het meenemen van feitelijk leidinggevers	143
2.2.4	Weinig guidance voor berekenen van de boetehoogte	143
3	**Feitelijk leidinggeven in de praktijk**	**145**
3.1	Toepassing van de Slavenburg-criteria	145
3.1.1	Toetsing aan de Slavenburg-criteria	150
3.1.2	Opzet	162
3.1.3	Grootte van de rechtspersoon	164
3.1.4	Tussenconclusie	165
3.2	Beboeting van feitelijk leidinggevers	166
3.2.1	Juridisch kader en beleid	166
3.2.2	Elementen bij boeteoplegging	170
3.2.3	Tussenconclusie	177
3.3	Conclusies	178
4	**Medeplegen in de praktijk**	**181**
4.1	Zaken waarin toezichthouders partij als medepleger aanmerken	182
4.2	Medeplegen toch gehanteerd?	187

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

5 Factoren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij het al dan niet aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever of medepleger 189
5.1 Aard van de overtreding 189
5.2 Aard van de overtreder-leidinggever 190
5.3 Ook de rechtspersoon of enkel de feitelijk leidinggever? 191
5.4 Medeplegen 192

6 Zijn de toezichthouders succesvol? 195

7 Concluderende vergelijking ACM, AFM en DNB 197
7.1 Inhoudelijke toetsing 197
7.2 Beboeting 200
7.3 Factoren 202
7.4 Medeplegen 203
7.5 Trackrecord 204

8 Conclusies 205

9 Stellingen 207

1 Inleiding

Het economisch bestuursrecht kenmerkt zich door een brede variëteit aan specialistische normen die zich doorgaans, maar niet noodzakelijkerwijs, richten tot bedrijven. Of het nu gaat om een groot productiekartel, een financiële instelling die handelt zonder vereiste vergunning of een marketingactie die in strijd is met de spamwetgeving, in de meeste gevallen is er (uitzonderingen daargelaten) sprake van een overtreding door een rechtspersoon.[1] Dit laat onverlet dat achter de overtreding beslissingen en handelingen liggen van natuurlijke personen; het blijft mensenwerk.

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

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

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

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

Ten tweede kijken wij naar het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Wij bestuderen de besluiten van toezichthouders en de jurisprudentie.[2] Daarbij kijken wij naar de wijze waarop de toezichthouders personen aanmerken als feitelijk leidinggever. Hoe hanteren zij de in de (strafrecht)jurisprudentie ontwikkelde criteria voor feitelijk leidinggeven en medeplegen? Op welke wijze vullen de toezichthouders het opzetvereiste in? In welke mate speelt de grootte van de rechtspersoon een rol bij de invulling van de criteria? hebben functionarissen en met name bestuurders te vrezen voor een risicoaansprakelijkheid? Valt de functionaris die door de toezichthouder wordt aangesproken een persoonlijk verwijt te maken; moest de functionaris weten dat hij mogelijk een overtreding beging? Wij menen dat, gezien de wijze waarop de toezichthouders de criteria toepassen, functionarissen niet bang hoeven te zijn voor risicoaansprakelijkheid. Leidinggevenden dienen hun taak echter wel serieus te nemen en zich voldoende in te (laten) lichten over de geldende regelgeving. Als zij dat niet voldoende doen, valt hun dat te verwijten. De zaken waarin de toezichthouders ervoor kiezen feitelijk leidinggevers te beboeten laten volgens ons ook zien dat de betreffende functionarissen gelet op hun actieve betrokkenheid en/of wetenschap van de wederrechtelijkheid van het gedrag doorgaans persoonlijk verantwoordelijk te houden zijn en dus zeker een persoonlijk verwijt te maken valt.

Daarnaast bestuderen wij de boetetoemeting in de zaken waarin de toezichthouders feitelijk leidingevers beboetten.[3] hebben de toezichthouders boetebeleid en welke elementen zijn met name van belang bij de boetebepaling? Is er wel genoeg *guidance* op het gebied van beboeting van feitelijk leidinggevers? Wij zien dat sommige toezichthouders stappen zouden kunnen zetten op het gebied van *guidance* bij onvoldoende draagkracht, maar ook van de feitelijk leidinggevers mag volgens ons worden verwacht dat zij zich inspannen bij de onderbouwing van hun draagkrachtverweer.

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

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

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

---

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

3 Wij zullen ook de jurisprudentie op dit gebied bekijken.

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

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

Afbakening
Wij bekeken 48 verschillende zaken van de ACM en haar voorgangers,[4] de AFM en DNB om op voorgaande vragen een antwoord te vinden.

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

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

2 Feitelijk leidinggeven en medeplegen in het economisch bestuursrecht

2.1 Invoering van feitelijk leidinggeven in het economisch bestuursrecht

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

Naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet in 2002 werd door de minister van Economische Zaken geconcludeerd dat de sanctie-instrumenten op het gebied van het Mededingingsrecht niet voldoende preventieve en repressieve werking hadden. Volgens de minister van Economische Zaken was het vanuit preventief oogpunt daarom wenselijk om ook boetes op te kunnen leggen aan opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers van mededingingsrechtelijke overtredingen. Dit voorstel was in lijn met het ontwerp van de Vierde tranche, waarin een dergelijke mogelijkheid voor het gehele bestuursrecht was opgenomen.[5]

Met de invoering van deze bevoegdheid werd beoogd

> 'bestuurders, managers en andere werknemers van bedrijven ervan te weerhouden om de materiële bepalingen in de Mededingingswet, zoals het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en de verplichting tot het aanmelden van een voorgenomen concentratie, te overtreden of te laten overtreden'.[6]

Ter onderbouwing wees de minister van Economische Zaken op rapporten en bevindingen van de OESO.[7] De invoering van deze bevoegdheid bestuurders te kunnen beboeten, zou een belangrijke additionele afschrikwekkende werking kunnen hebben naast de mogelijkheid tot oplegging van sancties aan rechtspersonen.

De wetgever kwam in 2005 met een wetsvoorstel waarin de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten werd opgenomen. Daarbij werd aangesloten bij het strafrecht. Er moest dus rekening gehouden worden met de bestaande

5 *Kamerstukken II* 2003/04, 29272, 1, p. 4, 24 en 25 en 1b.
6 *Kamerstukken II* 2003/04, 29272, 1, p. 25.
7 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, 3, p. 8.

jurisprudentie, zoals de Slavenburg-uitspraken.[8] Dit voorstel werd aangenomen en sinds 1 oktober 2007 is het voor de toezichthouders dan ook mogelijk feitelijk leidingevers aan mededingingsrechtelijke overtredingen te beboeten.[9]

Ook met betrekking tot de financiële sector gingen er in 2005 al geluiden op een bevoegdheid te creëren om ook natuurlijke personen boetes op te kunnen leggen.[10] Hoewel in de nota 'Boetestelsel in financiële wetgeving' door de minister van Financiën werd gesteld dat bestuurlijke beboeting van individuele personen niet het uitgangspunt dient te zijn in het lopende toezicht op onder toezicht staande instellingen, werd toch gesteld dat het voor een effectieve handhaving van met name zware overtredingen van belang is dat ook individuele personen bestuurlijk kunnen worden beboet. Daarbij werd ook gewezen op de afschrikkende werking van boetes volgens de OESO en het wetsvoorstel voor de Vierde tranche van de Awb.[11] Er volgde een voorstel van wet, maar de mogelijkheid feitelijk leidinggevers te beboeten werd niet opgenomen, omdat hierin al zou worden voorzien in de Vierde tranche van de Awb.[12]

2.2 Kritiek uit de literatuur

In de literatuur is behoorlijk wat kritiek geuit op (de wijze van) beboeten van feitelijk leidinggevers in het (economisch) bestuursrecht.[13] Er zou ten onrechte sprake zijn van het ontbreken van een persoonlijk verwijt, slecht leidinggevenden zouden ten onrechte de dans ontspringen en *guidance* op het gebied van het aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers zou ontbreken. Wij lichten de verschillende kritiekpunten hierna toe, teneinde deze kritiek bij de bespreking van toepassing van feitelijk leidinggeven in de economische bestuursrechtpraktijk te kunnen beoordelen.

2.2.1 Geen persoonlijk verwijt

Ten eerste zou er ten onrechte sprake zijn van beboeting zonder dat een persoonlijk verwijt aan de feitelijk leidinggever gemaakt zou kunnen worden.[14] Dit persoonlijk verwijt zou ontbreken, nu het opleggen van boetes volgens Van Bekkum ten onrechte zou plaatsvinden zonder dat de leidinggevende wist of behoorde te weten dat de relevante gedraging kwalificeerde als een overtreding.[15] Dit blijkt volgens

8 *Kamerstukken II* 2004/05, 30071, 10, p. 9.
9 *Kamerstukken II* 2004/05, 30071, 2, p. 3 en *Stb.* 2007, 284.
10 R.P.A. Kraaijeveld en M.C. Timmer, 'Het beboeten van feitelijk leidinggeven door financieel-economische toezichthouders in perspectief', *Ondernemingsrecht* 2014/73.
11 *Kamerstukken II* 2004/05, 30125, 2, p. 13-14.
12 *Kamerstukken II* 2008/09, 31458, 17.
13 In het navolgende bespreken wij deze kritiek niet uitputtend maar focussen we ons op de belangrijkste punten van kritiek.
14 Zie ook de inleiding op de preadviezen, par. 'Bange bestuurders in het bestuursrecht?'.
15 Van Bekkum doelt op meer dan alleen verwijtbaarheid in de zin van art. 5:41 Awb.

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

Dat het voor feitelijk leidinggevers (en ook rechtspersonen) in het financieel bestuursrecht moeilijker zou zijn vast te stellen dat er sprake is van een overtreding, wordt ook betoogd door Roth. Volgens hem zijn er in het financiëletoezichtrecht steeds meer en vager gestelde *principle based*-normen waarop de AFM en DNB toezicht houden. Daarom zou het volgens hem voor marktpartijen en dus ook hun feitelijk leidinggevers niet gemakkelijk zijn vast te stellen wanneer sprake is van niet normconform handelen. Er zou een groot risico zijn dat marktpartijen de wet overtreden. Vervolgens zou ook het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding tamelijk snel worden aangenomen. Dit brengt volgens Roth onaanvaardbare dan wel onwenselijke risico's met zich mee met tot gevolg bange apathische bestuurders.[19]

Ook Van Asperen de Boer stelt dat de kleurloos opzet-leer niet zozeer past bij de situatie in het bestuursrecht waarin volgens haar vele voor tweeërlei uitleg vatbare of überhaupt onduidelijke normen bestaan.[20] Bij kleurloos opzet is niet noodzakelijk dat ook opzet op het verboden karakter van het handelen wordt bewezen, er hoeft enkel opzet te zijn op het gedrag. Gezien de onduidelijke normen pleit zij voor een bozer voorwaardelijk opzet-eis. Bij deze vorm van opzet had de functionaris zich wel van enig kwaad bewust moeten zijn. Zij verwijst daarbij naar advocaat-generaal Vellinga die stelt: 'De kans dat ook een ondernemer die zich behoorlijk heeft georiënteerd op regelgeving mistast, is daardoor toegenomen. Toch scheert de wet hem over één kam met de zelfzuchtige onwetende.'[21] Dit leidt volgens Van Asperen de Boer tot ongewenste situaties. Een bozer voorwaardelijk

16 J. van Bekkum, 'Risicoaansprakelijkheid leidinggevenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes', *Ondernemingsrecht* 2013/114.

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

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

19 G.P. Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85.

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

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

opzet-eis zou hieraan tegemoetkomen. In dat geval zal volgens Vellinga de feitelijk leidinggever die niet of uiterst gebrekkig te rade gaat of hij in strijd met de wet handelt, de aanmerkelijke kans aanvaarden dat hij in strijd met enig wettelijk voorschrift handelt. Voldoet de feitelijk leidinggever wel aan die zorgplicht, dan kan hij niet worden beboet.[22]

Ten slotte stelt Doets dat de toezichthouders de Slavenburg-criteria onjuist hebben uitgelegd.[23] Enkel wetenschap en beschikkingsmacht zou niet volstaan. De leidinggever zou met het achterwege laten van maatregelen opzettelijk de verboden gedraging moeten hebben bevorderd. Doets zegt hierover: 'Dit laatste lijkt te veronderstellen dat de betreffende persoon moet hebben begrepen dat sprake was van een wederrechtelijke gedraging. Anders valt niet in te zien waarom de leidinggevende had moeten ingrijpen, bij gebreke waarvan de overtreding opzettelijk is bevorderd.'[24] Oftewel, de persoon zou moeten weten dat er sprake zou zijn van een overtreding. Dus er zou sprake moeten zijn van boos opzet.

2.2.2 Slecht leidinggevende niet kunnen aanmerken als feitelijk leidinggever

In zijn conclusie voor een uitspraak van de Hoge Raad van 14 februari 2012 stelt advocaat-generaal Vellinga dat voor het feitelijk leidinggeven aan overtredingen en culpoze misdrijven onder omstandigheden ook voldoende zou moeten kunnen zijn dat de leidinggever van de verboden of soortgelijke gedraging niet op de hoogte was, maar dat hij daarvan wel op de hoogte had moeten zijn. Slecht leidinggeven, in de zin van passiviteit, zou niet moeten worden beloond.[25] Volgens Hornman gaat dit voorstel te ver; waardoor een precaire verhouding tot het schuldbeginsel ontstaat, wat ertoe kan leiden dat het verwijt van risicoaansprakelijkheid gemaakt kan worden. De (voorwaardelijke) opzet op (kennis van) het gedrag wordt daarmee losgelaten danwel genuanceerd.[26] Hij stelt daarom een zorgplichtgerichte benadering van voorwaardelijke opzet voor. Deze houdt in dat 'enkel van leidinggevenden die in het licht van de onmiskenbaar bestaande noodzaak tot het houden van toezicht en/of het treffen van maatregelen dat toezicht en/of die maatregelen bewust achterwege laten, kan en mag worden gesteld dat zij het risico dat zich door die evidente tekortkoming verboden gedragingen zullen voordoen bewust hebben aanvaard'.[27] Er moest dus wel aanleiding zijn geweest voor de feitelijk leidinggever om tot actie over te gaan.

22 Van Asperen de Boer, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014, nr. 1.
23 Doets, *Sanctierecht en Onderneming* 2015, nr. 5/6, p. 252.
24 Doets, *Sanctierecht en Onderneming* 2015, nr. 5/6, p. 252.
25 Concl. A-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, bij HR 24 april 2007, NJ 2007/544.
26 M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven, Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing', *Tijdschrift Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016, nr. 3.
27 Hornman, *Tijdschrift Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2016, nr. 3.

2.2.3 Weinig guidance omtrent het meenemen van feitelijk leidinggevers

In de literatuur wordt verwacht dat vaker en hogere boetes worden opgelegd aan feitelijk leidinggevers.[28] Daarnaast wordt vastgesteld dat er vanuit toezichthouders weinig *guidance* is omtrent het al dan niet meenemen van feitelijk leidingevers in procedures.[29] De toezichthouders hebben beleidsvrijheid, die zij op deze wijze niet inperken.

2.2.4 Weinig guidance voor berekenen van de boetehoogte

In de literatuur wordt daarnaast aangegeven dat er weinig bekend is over de wijze waarop de toezichthouder (en ook de bestuursrechter) tot een evenredige boete komt voor feitelijk leidinggevers, zeker ook in het geval van het berekenen van draagkracht.[30] Daarbij stellen Sluijs en Van Osch dat zij weten dat de ACM gebruikmaakt van gegevens van de Belastingdienst en door partijen aangeleverde gegevens.[31]

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

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

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

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

3 Feitelijk leidinggeven in de praktijk

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

3.1 Toepassing van de Slavenburg-criteria

Het is aan de toezichthouder om te bewijzen dat een (rechts)persoon is aan te merken als feitelijk leidinggever aan een verboden gedraging. Zoals hiervoor aangegeven verwijst de wetgever in onder meer de memorie van toelichting bij de Vierde tranche hierbij expliciet naar het strafrechtelijke kader. Dit maakt dat ook bewijsrechtelijk gekeken moet worden naar het strafrechtelijke kader, waarbij wel in het oog gehouden moet worden dat de (bewijs)regels in het (punitieve) bestuursrecht verschillen van het strafrecht. Toezichthouders en rechters moeten aldus een vertaalslag maken van de strafrechtelijke jurisprudentie naar het bestuursrecht. In het navolgende zoomen wij aan de hand van concrete zaken in op hoe de toezichthouders hier praktisch mee omgaan.

Voor kan worden overgegaan tot beboeting van een feitelijk leidinggever, moet worden vastgesteld of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan.[32] Dit volgt uit te tekst van artikel 51 Sr, vervolging kan immers pas worden ingesteld tegen een feitelijk leidinggever indien een strafbaar feit door een rechtspersoon wordt begaan. Hoewel het niet noodzakelijk is dat zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever beboet wordt, is dit gegeven ook van belang voor de verdere behandeling van de zaak. Op het moment dat bij de behandeling van de zaak

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

wordt geoordeeld dat de rechtspersoon geen overtreding heeft begaan, dan valt de grondslag voor de beboeting van de feitelijk leidinggevers weg en gaan zij vrijuit.[33]

De ondergrens om iemand als feitelijk leidinggever aan te merken is geformuleerd in de Slavenburg-uitspraken.[34] De Hoge Raad heeft het leerstuk feitelijk leidinggeven in zijn overzichtsarrest verduidelijkt.[35] Zo heeft de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest mooi verschillende vormen van feitelijk leidinggeven aangeduid:

> 'Feitelijke leidinggeven zal vaak bestaan uit actief en effectief gedrag dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip valt. Van feitelijk leidinggeven kan voorts sprake zijn indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid. Ook kan worden gedacht aan het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven. Niet is vereist dat een ander de fysieke uitvoeringshandelingen heeft verricht.
> Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat.'[36]

Overigens merken wij hierbij op dat de meeste van de bestudeerde besluiten dateren van voor dit overzichtsarrest. Alleen in de beslissing op bezwaar in de Vrieshuizen-zaak van de ACM zien wij een expliciete verwijzing naar dit overzichtsarrest.[37] De invloed die dit arrest heeft op de besluitvorming konden wij dan ook nog niet meewegen in dit preadvies.

De Slavenburg-criteria komen erop neer dat een (rechts)persoon kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege laat (beschikkingscriterium[38]) en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen (aanvaardingscriterium[39]).[40] Niet van belang is dat de functionaris wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.[41]

---

33 CBb 26 oktober 2015, ECLI:CBB:2015:340 (*Besluit AFM 7 maart 2013*); CBb 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116 (*Besluit DNB 20 december 2013*).
34 HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9097 (*Slavenburg I*); HR 16 december 1986, ECLI:HR:1986:AC9607 (*Slavenburg II*).
35 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (*Overzichtsarrest*), NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.2.
36 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (*Overzichtsarrest*), NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.2.
37 Beslissing op bezwaar ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen*), rnr. 57.
38 CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.3.
39 CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.3.
40 HR 16 december 1986, ECLI:NL:1986:AC9607 (*Slavenburg II*), r.o. 5.1.1.
41 Zie bijvoorbeeld CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7; CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3.

Uit de 48 gepubliceerde zaken valt een duidelijk beeld op te maken van hoe de toezichthouders met deze criteria omgaan. Allereerst valt op dat de AFM en DNB op een vrijwel identieke wijze uitleg geven aan deze criteria, vandaar dat wij hen hierna gezamenlijk behandelen. De AFM en DNB hebben deze criteria geconcretiseerd door drie voorwaarden te formuleren waaraan een feitelijk leidinggever dient te voldoen alvorens hij kan worden aangesproken voor het verboden gedrag:

a. De feitelijk leidinggever dient op de hoogte te zijn geweest van de verboden gedraging, althans hij dient bewust de aanmerkelijke kans te hebben aanvaard dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
b. hij dient bevoegd en redelijkerwijs gehouden te zijn de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen;[42] en
c. maatregelen daartoe achterwege gelaten te hebben.

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

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

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

De OPTA probeerde eerder dan 1 juli 2009 op creatieve wijze met behulp van IJzerdraad/Slavenburg/functioneel plegerschap betrokken natuurlijke personen en

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

rechtspersonen als overtreder aan te merken. Dat deed de OPTA op 24 april 2008 in verband met een overtreding van het spamverbod.[43] De OPTA paste in deze zaken de Slavenburg-criteria feitelijk toe om natuurlijke personen/rechtspersonen als overtreder – in deze casus is de verzender van spam de normadressaat – aan te merken. Het CBb is hier echter niet in meegegaan. Nu de door de OPTA aangemerkte personen/rechtspersonen niet de feitelijke verzending tot stand hebben gebracht en daar ook geen opdracht toe hebben gegeven overweegt het CBb dat zij niet als verzender aangemerkt kunnen worden. Het CBb overweegt vervolgens: 'Op het moment van de overtreding was er ook geen rechtsregel op grond waarvan Abodata, Development en A moeten worden aangemerkt als overtreder op de grond dat zij hebben nagelaten op te treden tegen de overtreding van het spamverbod door [onderneming] C.'[44] Hiermee lijkt het CBb te suggereren dat er op het moment van de uitspraak, 14 juni 2012, wel mogelijkheden waren geweest om in een geval als dit overtreders aan te merken. Wij denken dan ook dat feitelijk leidinggeven hier een uitkomst was geweest.

Ook in de Digital Magazines-zaak besluit de OPTA een natuurlijk persoon aan te merken als overtreder/verzender aan de hand van de IJzerdraad- en/of Slavenburg-criteria.[45]

> 'Uit de vastgestelde feiten en gedragingen, alsmede de verklaringen van [B] zelf blijkt dat ten tijde van de overtredingen de dagelijkse leiding van Digital Magazines in zijn handen lag. [B] zorgde voor het verkrijgen van opdrachten van adverteerders, voor de benodigde technische faciliteiten, verzamelde e-mailadressen en gaf opdracht op de verschillende mailings te verzenden. De fysieke handelingen die de overtredingen opleverden werden door [B] voorbereid en onder zijn toezicht en leiding uitgevoerd. De gedragingen die de overtredingen opleverden lagen dan ook binnen de machtssfeer van [B]. Niet is gebleken dat [B] maatregelen heeft genomen om de wederrechtelijke gedragingen te stoppen. Gezien de rol die [B] speelde binnen de onderneming Digital Magazines merkt het college [B] aan als functioneel dader ten aanzien van de overtredingen die hiervoor onder randnummer 120 zijn genoemd en aan wie de overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend.'[46]

Vervolgens overweegt de OPTA:

> 'Tot slot komt het college tot de conclusie dat de natuurlijke persoon [B] voor zijn rol binnen Digital Magazines kan worden aangemerkt als overtreder van het spamverbod ten aanzien van de e-mailberichten die zijn verzonden door Digital Magazines dan wel als functioneel dader aan wie de overtreding van het spamverbod kan worden toegerekend.'[47]

---

43 Besluit OPTA 24 april 2008 (*Thuiswerkcentrale*), dat zij handhaafde in bezwaar Besluit OPTA 3 september 2008 (*Thuiswerkcentrale*).
44 CBb 14 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW8802 (*Thuiswerkcentrale*), r.o. 3.2.
45 Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), dat zij handhaafde in bezwaar Besluit OPTA 5 oktober 2011 (*Digital Magazines*).
46 Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), rnr. 123.
47 Besluit OPTA 19 april 2011 (*Digital Magazines*), p. 124.

De door de OPTA vastgestelde overtreding duurde van januari 2007 tot 7 april 2010, dus voor een gedeelte van de overtreding bestond de bevoegdheid feitelijk leidinggevers/functioneel plegers te beboeten. De OPTA lijkt hier voor beide ankers te gaan liggen, maar is daar niet expliciet over. De rechtbank en het CBb komen tot de conclusie dat geen sprake is van een overtreding. Hierdoor zijn zij niet toegekomen aan de toetsing van de door de OPTA opgenomen redeneerlijn.[48] Dit heeft het CBb echter wel gedaan in een zaak van DNB. Hieruit blijkt dat het CBb een dergelijk voorschot niet toestaat. Zo overweegt het CBb het volgende:

> 'Hiervoor is redengevend dat de overtreding, waarvoor de bestuurlijke boete is opgelegd, volgens het bestreden besluit is begaan door [Naam overtreder]. De Wtk 1992, noch de Awb voorziet dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een ander dan de overtreder. Zonder een dergelijke expliciete wettelijke grondslag is een bestuursorgaan als DNB niet bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen aan een ander dan de overtreder zelf. Het legaliteitsbeginsel verzet zich ertegen dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht naar analogie wordt toegepast of dat wordt geanticipeerd op de vierde tranche van de Awb.'[49]

In andere zaken, Sell-it[50] en All4Call[51], merkte de OPTA natuurlijke personen wel aan als feitelijk leidinggevers. Hierbij past de OPTA de Slavenburg-criteria toe, maar zij verwijst hierbij echter niet expliciet naar de jurisprudentie. Verder lijkt het er in deze besluiten op het gebied van spam en telemarketing op dat de toezichthouder eigenlijk van oordeel is dat de functionaris als pleger gekwalificeerd zou kunnen worden. Desondanks kwalificeert de OPTA de functionaris als feitelijk leidinggever.

De CA paste de bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten niet toe. In één zaak heeft de rechter echter geoordeeld dat de CA een bepaalde functionaris ten onrechte als functioneel pleger of medepleger had aangemerkt. De rechter komt tot het oordeel dat het besluit wel voldoende grondslag bood om de functionaris als feitelijk leidinggever aan te merken en verandert daarom de grondslag.[52] Het CBb heeft deze wijziging vervolgens bevestigd:

> '6. De rechtbank heeft overwogen dat ACM appellant ten onrechte als functioneel dader heeft aangemerkt en het bestreden besluit daarom vernietigd wegens een motiveringsgebrek. De rechtbank heeft vervolgens de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand gelaten, omdat appellant naar haar oordeel als feitelijk leidinggever tevens als overtreder valt te kwalificeren. (...) Het College is met de rechtbank van oordeel dat het betoog van appellant niet slaagt en dat appellant als feitelijk leidinggever mede verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtredingen en het maakt de overwegingen van de rechtbank in dit verband tot de zijne.'[53]

48 Rb. Rotterdam 21 maar 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5151 (*Digital Magazines*); CBb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438 (*Digital Magazines*).
49 CBb 26 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD5340, *AB* 2009, 404 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 5.2.
50 Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*).
51 Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*).
52 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 8.
53 CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123 (*HGI*), r.o. 6.

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

3.1.1 Toetsing aan de Slavenburg-criteria

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

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

Positie

Het startpunt om te bepalen of een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever is de positie die deze functionaris bekleedt binnen het bedrijf dat de overtreding begaat. Hierbij speelt de formele positie een slechts marginale rol, aangezien louter een formele band onvoldoende is feitelijk leidinggeven aan te nemen. Bovendien is het niet noodzakelijk dat de functionaris een formele positie bekleedt of zelf in dienstverband is van de beboete rechtspersoon.[54] De functionaris moet juist feitelijke zeggenschap hebben.[55] Toch geeft de formele positie voor de toezichthouders wel enige inzicht in de kennis en de bevoegdheden die een bepaalde functionaris bezit. Op het moment bijvoorbeeld dat een feitelijk leidinggever als alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder tevens alle uitvoeringshandelingen verricht volgt alleen daaruit al dat deze persoon feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding.[56]

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

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

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

Uit de zaken waarin de toezichthouders zijn overgegaan tot het beboeten van een feitelijk leidinggever blijkt dan ook dat de toezichthouders in eerste instantie stilstaan bij deze formele positie van de functionaris. Zo benoemen de toezichthouders in diverse zaken in dit kader dus logischerwijs wel dat een betreffende functionaris bestuurder en/of aandeelhouder is en of deze op papier beslissingsbevoegd is. Het is van belang om vast te stellen of een functionaris ook daadwerkelijk bevoegd is om in te grijpen en dus of hij kennis genomen kan hebben van deze keuzes.[57] Naarmate een functionaris meer formele bevoegdheden heeft, bijvoorbeeld als hij enig aandeelhouder of bestuurder is, ligt het meer voor de hand dat hij ook daadwerkelijk bevoegdheid had om te besluiten over de verboden gedraging. Ook het feit of een functionaris betrokken is geweest bij de oprichting van de rechtspersoon is in dat kader van belang, nu mag worden aangenomen dat bij de oprichting de koers wordt bepaald van de rechtspersoon en belangrijke beleidsmatige keuzes worden gemaakt.[58] Hierbij kijken de toezichthouders onder meer naar de gegevens uit het handelsregister van de KVK en de statuten van de rechtspersoon.[59]

Overigens beperken de toezichthouders zich niet enkel tot bestuurders van rechtspersonen. Hoewel de feitelijk leidinggevers in de meeste zaken een bestuurs- of directiefunctie bekleedden, zijn er in een aantal zaken ook functionarissen aangesproken die een hiërarchisch lagere functie bekleedden. Het ging hierbij onder meer om een Chief Product Manager,[60] Hoofd afdeling Juridische Zaken,[61] verkoopleider,[62] Controller[63] of functionarissen die geen formele leidinggevende positie hadden.[64] Ook zien wij in enkele zaken terug dat de toezichthouders, in het geval van meerdere overtredingen, per overtreding beoordelen of een functionaris kennis van de betreffende gedraging had.[65]

Voor de AFM kan verder meespelen of iemand bij haar is gemeld als beleidsbepaler. Dit volgt uit de systematiek van de Wet op het financieel toezicht (Wft), waaruit blijkt dat rechtspersonen die vallen onder de Wft hun beleidsbepalers moeten melden en laten toetsen op betrouwbaarheid en/of geschiktheid. Vanuit deze wettelijke verplichting voor financiële instellingen moet de betreffende beleidsbepaler

57 Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6.
58 Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219.
59 Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p.16; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 53; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p.23; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 38; Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 12; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 38; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), p. 19; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 94; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 115; Besluit ACM 7 november 2013 (*Leesmappen*), o.a. rnr. 380.
60 Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 129.
61 Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 243.
62 Besluit AFM 12 juli 2013(*OVN*), p. 9 en Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326 (*OVN*), r.o. 6.5.2.
63 Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.6.
64 Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), rnr. 13 en 107.
65 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*) waarbij de ACM tot het oordeel is gekomen dat de verschillende overtredingen een andere feitelijk leidinggever hadden; Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*).

dus betrokken zijn bij keuzes omtrent deze bepalingen.[66] Bij de ACM zien wij in telemarketingzaken een vergelijkbare positie voor degene die staat aangemeld bij het Bel-me-niet Register. Die functionaris is immers aangewezen om zorg te dragen voor de naleving van deze regelgeving.[67] Bij dergelijke posities kan dan ook worden geacht dat de betreffende functionaris in ieder geval kennis had van de verboden gedraging en ook dat hij enige bevoegdheden op dat terrein bezit.

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

Kennis van de verboden gedraging

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

Of een bepaalde functionaris daadwerkelijk kennis van de verboden gedraging had volgt uit de concrete bewijsstukken die de toezichthouder heeft gevonden. Hierbij valt te denken aan interne stukken, waaronder communicatie over de verboden gedraging. Daarnaast zijn ook de verklaringen[68] en schriftelijke reacties van de functionaris zelf en de verklaringen van andere betrokkenen (externe adviseurs of medewerkers) relevant om kennis aan te tonen.[69] Met name wanneer uit verklaringen van de functionaris zelf of van medewerkers volgt dat hij beleidsbepaler en/of de feitelijk leider van de rechtspersoon was en de kern van de rechtspersoon gericht was op het verboden gedrag, kunnen de toezichthouders redelijkerwijs aannemen dat hij kennis van het verboden gedrag had.[70]

Initiatief of actieve bijdrage

In de meeste zaken zijn de door de toezichthouders aangemerkte feitelijk leidinggevers zelf nauw betrokken bij de uitvoering van de gedragingen die de overtreding van de rechtspersoon behelsden. Zoals hiervoor opgemerkt worden ook niet-bestuurders die zelf feitelijk uitvoering gaven aan het verboden gedrag, aangemerkt als feitelijk leidinggever. Uit het gepubliceerde boetebesluit van de AFM met dagtekening 12 juli 2013 volgt bijvoorbeeld dat uit het feit dat een functionaris die zich als verkoopleider grotendeels bezighield met het verboden gedrag, kennis van het gedrag logischerwijs wordt afgeleid.[71]

---

66 Zie bijvoorbeeld Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81.
67 Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 94-96.
68 Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 15.
69 Zie Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), par. 2.2.3; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), par. 4.4.1.
70 Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 15; Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 15 en Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 16.
71 Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 36 e.v.

Bij de beoordeling van de bijdrage van een functionaris aan de verboden gedraging betrekken de toezichthouders in de eerste plaats wie het initiatief voor de verboden gedraging heeft genomen. Een belangrijke aanwijzing daarbij is of een functionaris aan de wieg heeft gestaan van bepaalde beleidsmatige keuzes (de auctor intellectualis) of zelfs heeft meegewerkt aan een uitgewerkt beleid dat de verboden gedraging tot gevolg heeft.[72] Naast het initiatief kan ook het bewust aanpassen van de werkwijze om de verboden praktijk te kunnen voortzetten, de kennis van de functionaris aantonen.[73] Ook een actieve bijdrage aan de uitvoering van de verboden gedraging wegen de toezichthouders in dit kader mee.[74]

Hoewel in de meeste zaken van de toezichthouders een actieve rol is weggelegd voor de feitelijk leidinggevers, is er ook een aantal gevallen waarin feitelijk leidinggevers minder direct betrokken waren. Een voorbeeld hiervan is de Limburgse bouw-zaak van de NMa. De betreffende functionaris was statutair bestuurder van een bedrijf met meerdere vestigingen, waarbij hij op sommige vestigingen zelden kwam. De functionaris stelde dat hij niet op de hoogte was van de gedragingen die door die vestigingen zijn begaan. Het CBb gaat hier niet in mee, nu uit een tapverslag is gebleken dat hij wel degelijk op de hoogte was van het feit dat zijn ondergeschikte contact had met concurrenten, waarbij prijsinformatie werd gedeeld. Ook had hij bij een hoorzitting van de NMa een verklaring afgelegd, waaruit kon worden opgemaakt dat bij bouwondernemingen in het algemeen en bij de betreffende vestiging in het bijzonder een (algemene) praktijk bestond van overleg met concurrenten over voorgenomen inschrijfgedrag en inschrijfprijzen. Tot slot wordt hem tegengeworpen dat hij reeds bestuurder was toen de vestiging eerder voor een overtreding van het kartelverbod was beboet. Ook in deze zaak oordeelt het CBb dat de functionaris kennis moet hebben gehad van de verboden gedraging.[75]

Het CBb lijkt overigens kennis van de verboden gedraging gemakkelijker vast te stellen indien de feitelijke hoofdactiviteit van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten

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

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

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

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

te nemen. Naar het oordeel van het CBb is dan in beginsel voldaan aan het criterium van feitelijk leidinggeven. Een bestuurder wordt naar het oordeel van het CBb geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat die hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet.[76] Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.[77] Dit geldt ook voor de situatie waarin er een taakverdeling tussen bestuurders bestaat en een van de bestuurders zich feitelijk niet met het gedrag bezighield. Nu de bestuurder op de hoogte was van de hoofdactiviteit en ook zelf een actieve inbreng had in de ontwikkeling en uitvoering van activiteiten, was ook deze bestuurder aan te merken als feitelijk leidinggever.[78] Voor de toezichthouders is deze overweging echter geen aanleiding geweest om de kennis van een functionaris terughoudender te toetsen. In een aantal besluiten van de toezichthouders is weliswaar al wel verwezen naar deze uitspraak, maar de toezichthouders gaan ook dan dieper in op de kennis van de functionaris.[79]

Communicatie of aanwezig bij vergaderingen

Een andere indicator of een functionaris kennis heeft van de verboden gedraging, is de interne communicatie en aanwezigheid bij bepaalde (management)vergaderingen. Indien uit deze communicatie duidelijk wordt dat een bepaalde functionaris wordt ingelicht over de verboden gedraging of hier instructies toe geeft, dan duidt dit ook op kennis van de verboden gedraging.[80] Hetzelfde geldt voor de aanwezigheid bij belangrijke vergaderingen waarin de functionaris heeft kunnen vernemen dat de gedraging heeft plaatsgevonden.[81] Ook externe communicatie met andere rechtspersonen kan duiden op kennis. Zo werd in de MSP-zaak door de AFM kennis aangenomen, onder andere omdat er communicatie was over het verboden gedrag (het niet hebben van een vergunning).[82] Dit alles kan blijken uit zowel schriftelijke stukken als verklaringen.[83]

Daarnaast betrekken de toezichthouders de documentatie die een functionaris heeft opgesteld, ondertekend of onder ogen gekregen. Op het moment dat deze documenten informatie bevatten over de verboden gedraging, dan kan dit worden meegewogen bij het bepalen of de functionaris kennis had van de verboden

76 CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*).
77 CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 8.3; CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 4.3; CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.8; CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284 (*Perfect*), r.o. 10.3; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.4; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 106.
78 CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.9.3.
79 Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 37.
80 Besluit AFM 19 april 2013 (*Commandeur*), p. 18; Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 19; Besluit AFM 30 december 2010 (*O&B*), p. 11; Besluit ACM 1juli 2015 (*Calatus*), r.o. 104; Besluit AFM 12 juli 2013 (*OVN*), p. 20; Besluit ACM 21 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 105; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 16 e.v. en 28 e.v.; Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 148, 201 en 307.
81 Rb. Rotterdam 31 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2017:3007 (*Besluit AFM 25 november 2016*), r.o. 6.4; Besluit NMa 14 juli 2010 (*Wegener*), rnr. 50.
82 Besluit AFM 19 april 2013 (*Commandeur*), p. 17; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), par. 3.2.3.1.
83 In de Limburgse Bouw-zaak van de ACM hebben bovendien tapverslagen die de ACM heeft verkregen via het Openbaar Ministerie ten grondslag gelegen aan het oordeel dat de betreffende functionaris kennis had van de verboden gedraging.

gedraging. Dit geldt eveneens voor het opstellen of tekenen van overeenkomsten die onder verboden gedraging vallen.[84] Verder kan het voor de toezichthouders relevant zijn of een functionaris kennisgenomen heeft van klachten omtrent de verboden gedraging.[85] Dergelijke klachten confronteren de functionaris immers direct met de schadelijke gevolgen die het gedrag heeft op de klanten van de rechtspersoon.

Externe adviseurs

Verder wegen de toezichthouders het contact mee dat de rechtspersoon heeft gehad met externe adviseurs. Hierbij hoeft de betreffende functionaris niet zelf als geadresseerde van het advies te zijn opgenomen, mits duidelijk wordt dat hij de berichtgeving heeft ontvangen. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om notarissen of juridisch adviseurs die de betreffende functionaris inlichten over de regels die gelden voor het gedrag dat een rechtspersoon vertoont of voornemens is om te gaan vertonen.[86] Hierbij is niet relevant of het advies juist is, maar meer of de bepaalde functionaris uit deze communicatie kan afleiden dat de rechtspersoon waar hij leiding aan geeft bepaalde verboden gedragingen vertoont. Daarnaast ontslaat het inwinnen van advies en het inschakelen van een adviseur de functionaris niet van zijn eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de juiste en tijdige naleving van voorschriften.[87] Een persoonlijk verwijt kan dan nog steeds worden gemaakt.[88]

Zo blijkt uit de zaak van DNB van 10 augustus 2012 dat een alleen/zelfstandig bevoegde bestuurder advies had gevraagd over voorgenomen gedrag, waaruit al kennis van het verboden gedrag bleek.[89] Dat geldt natuurlijk al helemaal in het geval dat de adviseur de functionaris op de mogelijke wetsschending heeft gewezen.[90]

De juistheid van dit advies is niet van belang voor de kennistoets.[91] Alleen kennis van het verboden gedrag is immers vereist, geen kennis van de wederrechtelijkheid van het gedrag.[92] Het risico dat bepaald gedrag zich kon voordoen (de kennis daarover) is ook aanwezig indien de bevoegde bestuurder niet zelf het advies heeft ingewonnen, maar vertrouwt op een positief oordeel van een medebestuurder

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

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

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

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

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

89 Besluit DNB 10 augustus 2012, p. 11.

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

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

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

('de legal check is akkoord').[93] Een feitelijk leidinggever kan in dit kader niet zonder meer afgaan op het advies van een juridisch adviseur. Het CBb acht een dergelijk advies niet relevant voor de vraag of een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever. Wel kan een juridisch advies gevolgen hebben voor de verwijtbaarheid en de hoogte van de boete.[94] Hier komen wij in paragraaf 3.2.2 op terug.

Advies of contact toezichthouder
Indien de functionaris contact heeft gehad met de toezichthouder, kan hieruit ook de kennis van het verboden gedrag worden afgeleid.[95] Indien een functionaris een aanvraag voor een vergunning doet, en hij deze aanvraag zonder reden intrekt, is kennis van de gedragingen zoals vermeld in de vergunningaanvraag evident.[96] Laat de functionaris het gedrag bij de rechtspersoon voortzetten, dan stelt deze de rechtspersoon willens en wetens bloot aan het risico dat de rechtspersoon een overtreding beging. Ook indien de functionaris zelf een vraag stelt over de reikwijdte van een bepaling en DNB een termijn geeft voor het aanvragen van een vergunning, staat kennis buiten kijf.[97]

Daarnaast zijn toezichthouders ook actief in het informeren van rechtspersonen en feitelijk leidinggevers over een mogelijke overtreding. Opvallend vaak kan kennis van het verboden gedrag bij een functionaris worden afgeleid uit een gesprek met of een brief van de toezichthouder. Zo heeft DNB er bijvoorbeeld in de voornoemde zaak zowel telefonisch als schriftelijk op gewezen dat in strijd met de wet werd gehandeld.[98] Ook in de zaken van de AFM geldt voorts in het bijzonder dat zij meeweegt of een bepaalde functionaris contact heeft gehad met de AFM over de gedraging.

De AFM wijst functionarissen er bijvoorbeeld op dat een bepaalde handeling mogelijk in strijd is met de wet, of spreekt het voornemen uit een last onder dwangsom op te leggen.[99] En ook uit de praktijk van de ACM blijkt dat zij eerdere aanwijzingen of waarschuwingen van de ACM meeweegt bij de beoordeling of een functionaris kennis had van de verboden gedraging.[100]

Kennis of aanmerkelijke kans aanvaarden
Uit het voorgaande blijkt dat de toezichthouders in hun besluitvorming zeer uitgebreid ingaan op de kennis die een functionaris bezit ten aanzien van de verboden gedraging. Uit de geconstateerde kennis valt op te maken dat de toezichthouders voorzichtig zijn bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. De toezichthouders

93 Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6; Rb. Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5156 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 7.2.
94 CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.1.3.
95 Besluit AFM 30 december 2010 (O&B), p. 11; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 37; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16.
96 Besluit AFM 11 mei 2012 (*NCIC*), p. 15-16; Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), rnr. 52-54.
97 CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 4.4.
98 Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6.
99 Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) p. 28; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 16; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 23.
100 Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 306; Besluit ACM 9 juni 2016 (*TOM B.V.*), rnr. 131 en 137.

zoeken hierbij dan ook niet de ondergrens op en focussen zich echt op de kennis die een functionaris moet hebben gehad.

Bevoegdheid om overtreding te voorkomen en/of te beëindigen

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

De toezichthouders focussen zich in de eerste plaats wederom op de formele positie van de betreffende functionaris. Dergelijke zaken volgen doorgaans uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, statuten en bestuursreglementen van het bedrijf of verklaringen.[101] Daarnaast kan ook hier van belang zijn dat de functionaris als beleidsbepaler is gemeld bij de AFM.[102] Maar ook persoonlijke documenten zoals arbeids- of managementovereenkomsten kunnen in dit kader een aanwijzing geven voor de hiërarchische positie van een functionaris.[103] Deze formele beschikkingsmacht is van groot belang, nu dit veelzeggend is over de verhoudingen binnen een rechtspersoon.[104] Van een directeur-grootaandeelhouder (DGA) kan immers eerder verwacht worden dat hij over beslissingen in zijn rechtspersoon beschikt dan bijvoorbeeld een verkoopleider die normaliter hiërarchisch ondergeschikt is. De toezichthouders betrekken hierbij ook de onderlinge portefeuilleverdeling tussen de bestuurders om te beoordelen welke gedragingen precies in de beschikkingsmacht van een bestuurder liggen.[105]

---

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

102 Beslissing op bezwaar AFM (*NCIC*), rnr. 51.

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

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

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

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

> '47. De rechtbank is van oordeel dat de rol van commissaris slechts bij uitzondering is te verenigen met het begrip feitelijk leidinggever omdat de mogelijkheden en de invloed van een commissaris doorgaans beperkt zijn tot het houden van toezicht. Een commissaris moet dan ook een bijzondere, voor een commissaris atypische rol binnen de onderneming hebben, wil hij als feitelijk leidinggever worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn deze eisers noch in hun rol als "gewone" commissaris nog in hun specifieke rol aan te merken als feitelijk leidinggevers. Weliswaar hebben zij specifieke goedkeuringsbevoegdheden (opgenomen in het Reglement van de onderscheiden Raden van Commissarissen van beide uitgeverijen), die dienden om de onderlinge onafhankelijkheid van de edities te waarborgen, maar deze strekken niet zo ver dat zij op grond hiervan beschouwd kunnen worden als feitelijk leidinggevers. Ook is niet gebleken van een zodanige feitelijke taakvervulling van deze eisers dat zij daardoor als feitelijk leidinggevers zouden kwalificeren.'[106]

De ACM heeft nogmaals een commissaris aangesproken als feitelijk leidinggever. In de Lecturama-zaak oordeelt zij dat de betreffende commissaris zich dusdanig intensief bemoeide met de dagelijkse gang van zaken dat de commissaris een bijzondere en een voor een commissaris atypische rol binnen de rechtspersoon vervulde. In die hoedanigheid kon hij volgens de toezichthouder worden aangemerkt als feitelijk leidinggever.[107]

De formele positie is dus van belang. Niettemin kunnen functionarissen met verschillende formele posities, zoals DGA's en verkoopleiders, beiden (en ook naast elkaar[108]) worden aangesproken voor het feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon. Dit zal afhangen van de feitelijke verhoudingen binnen een bedrijf en bijvoorbeeld de autonomie van bepaalde functionarissen. Wie nam in het dagelijkse verkeer de beslissingen die ten grondslag liggen aan de verboden gedraging?[109] Zo volgt uit de Visie-zaak van de AFM dat de aangesproken functionaris de (zeggenschaps)rechten feitelijk bezat die formeel verbonden waren aan de functie van statutair bestuurder en die formeel aan een andere bestuurder waren toebedeeld.[110] Een ander typerend voorbeeld in dit kader is de Calatus-zaak van de ACM, waarin de eigenaar de formele bestuurspositie had

106 Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI: RBROT:2012:BX8528, r.o. 47.
107 Besluit ACM 30 april 2015 (*Lecturama*), rnr. 309.
108 Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*); Clever Life, Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*); Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*).
109 Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), rnr. 101; Besluit ACM 6 december 2016 (*Financial Media*), rnr. 59-60.
110 Besluit AFM 9 november 2017 (*Visie*), par. 3.3.2.

overgedragen in verband met zijn verhuizing naar het buitenland. Gelet echter op de feitelijke inspraak die hij als eigenaar bleef behouden achtte de ACM hem als feitelijk leidinggever nog altijd aansprakelijk.[111] Uit de ECC Southeast-zaak van DNB volgt dat feitelijke bevoegdheid om in te grijpen van doorslaggevende voorwaarde is. Dat de betreffende functionaris pas later tot het bestuur is toegetreden, maakte niet dat hij daarvoor geen beschikkingsmacht had. Uit de feitelijke gedragingen bleek dat wel degelijk was voldaan aan het beschikkingscriterium. De betreffende functionaris had immers een eigen, actieve inbreng in de ontwikkeling en uitvoering van de activiteiten, terwijl de functionarissen elkaar daarover informeerden en gezamenlijk besloten. Samen met twee andere feitelijk leidinggevers had hij het initiatief genomen voor het verboden gedrag en hij was binnen de rechtspersoon verantwoordelijk voor de toetsing van het gedrag aan de Wft en hij was actief betrokken bij de uitvoering van het gedrag. Hij was naast de bestuurders als enige werkzaam in de rechtspersoon en besloot mee.[112]

Uit een andere zaak van DNB van 25 september 2012 volgt dat ook het omgekeerde het geval kan zijn. Het CBb bepaalde dat ondanks het feit dat een functionaris formeel nog bestuurder was, er geen sprake was van feitelijk leidinggeven. Dit laat zien dat echt moet worden gekeken naar feitelijke zeggenschap. Het CBb benadrukte daarbij nogmaals dat het enkele feit dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding begaat, niet voldoende is. In deze zaak bleek dat de aangesproken functionaris in de periode van de overtreding elke vorm van zeggenschap was ontnomen, ook al was hij formeel nog altijd bestuurder.[113]

Uit de besluiten van de toezichthouders blijkt dat deze ook uitgebreid ingaan op de feitelijke bevoegdheden van de betreffende functionaris in relatie tot de verboden gedraging.[114] Voor het onderzoek naar deze feitelijke verhoudingen kijken de toezichthouders onder meer naar de documenten die een bepaalde functionaris ondertekend heeft, en naar het feitelijk tekenen van overeenkomsten namens de rechtspersoon.[115] Hieruit volgt immers dat de functionaris het uiteindelijke besluit heeft genomen en hiervoor beslissingsbevoegdheid bezit. Het kan hierbij gaan om interne stukken zoals beleid, werkinstructies en arbeidsovereenkomsten, waaruit volgt dat de betreffende functionaris de verboden gedraging aanstuurde of zelfs het initiatief hiertoe nam.[116] Daarnaast kan het ook gaan om externe overeenkomsten zoals samenwerkingsovereenkomsten of opdrachten aan onderaannemers.[117]

111 Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), par. 10.2.2 en 10.2.4.
112 Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2012*), r.o. 4.6 e.v.
113 CBb 17 juni 2016, ECLI:CBB:2016:151 (*Besluit DNB 25 september 2012*), *AB* 2016/419 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 7.
114 Zoals in het besluit van de AFM van 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82 wordt aangegeven, is deze feitelijke zeggenschap belangrijker. Zie ook Besluit ACM 30 augustus 2016 (*Vrieshuizen-CEO Daalimpex 205216 en 205218*), resp. rnr. 60 en 77.
115 Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6; Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16; Besluit AFM 18 juli 2012 (*OVN*), p. 20; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*) p. 16; Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p. 26; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), p. 54; Besluit AFM 30 december 2014 (*Inpetto*), p. 23; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 16.
116 Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16.
117 Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*), p. 20.

Daarnaast volgt uit verklaringen[118] en interne communicatie[119] doorgaans hoe de lijnen binnen een rechtspersoon lopen. Hierbij is van belang aan wie de werknemers verantwoording aflegden,[120] of een bepaalde functionaris opdrachten en werkinstructies uitdeelde,[121] wie het beleid bepaalde en of bepaalde keuzes werden voorgelegd aan de betreffende functionaris. De mate van autonomie van de betreffende functionaris is hierbij van doorslaggevende waarde. Op het moment dat de functionaris immers beslissingen moet voorleggen aan hoger gepositioneerde managers of zelfs aan een directieoverleg, kan minder snel worden aangenomen dat deze daadwerkelijk redelijkerwijs gehouden kon zijn de verboden gedraging te staken, nu de feitelijke beslissingsmacht dan een niveau hoger ligt. Ook het feit dat iemand actief deelneemt aan overleggen waar besluiten worden genomen (bijvoorbeeld directieoverleggen) kan meewegen bij het oordeel of een functionaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.[122] Toezichthouders betrekken dan ook de notulen van dergelijke vergaderingen om de verhoudingen binnen de rechtspersoon te onderzoeken (in wiens portefeuille ligt een bepaald onderwerp, heeft een functionaris feitelijke zeggenschap of moet hij slechts keuzes voorleggen aan de directie, stuurt een bepaalde functionaris aan op beslissingen die leiden tot de verboden gedraging).

De scheidslijn tussen bevoegdheid en de vraag of iemand redelijkerwijs gehouden is de overtreding te beëindigen, is zoals gezegd dun. Wanneer een functionaris bevoegd is om over de verboden gedraging te beschikken dan betekent dit ook dat hem een verantwoordelijkheid toekomt om normconform te handelen. De functionaris kan zich hierbij niet zonder meer van zijn verantwoordelijkheid ontdoen door een keer juridisch advies in te winnen.[123] Juist wanneer het advies aanleiding geeft tot nader onderzoek, mag redelijkerwijs van een functionaris worden verwacht dat hij dit ook laat uitvoeren. Dit laat overigens onverlet dat de mate van verwijtbaarheid van de functionaris als gevolg van dit advies wel kan worden beïnvloed. Ook een informele verdeling van taken kan een bestuurder niet baten, als hij nog wel bevoegd was te handelen en hij ook kennis had van het gedrag.[124] Een formele verdeling van taken in combinatie met het niet hebben van feitelijke zeggenschap kan ook reden zijn een functionaris niet als feitelijk leidinggever aan te kunnen merken. Een bestuurder van Imtech was beboet wegens feitelijk leidinggeven, maar op het moment dat de overtreding plaatsvond (het publiceren van een nieuwsbericht) had hij niet kunnen ingrijpen omdat hij in het buitenland zat en pas op het laatste moment op de hoogte werd gesteld. Daarnaast behoorde de publicatie niet tot zijn takenpakket. De functionaris kon niet worden verweten dat hij niets had gedaan en was niet redelijkerwijs gehouden de overtreding te beëindigen.[125]

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Uitblijven van maatregelen

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

In de praktijk blijken de toezichthouders op dit punt doorgaans niet uitgebreid in te gaan, tenzij er concrete gedragingen zijn aan te wijzen die juist het tegendeel bewijzen. Zeker wanneer een functionaris aan de wieg heeft gestaan van de overtreding, zal duidelijk moeten blijken dat deze bepaalde beslissingen heeft teruggedraaid om de overtreding te beëindigen.[126] Daarbij kan door de toezichthouder ook in aanmerking worden genomen dat de functionaris geen informatie heeft ingewonnen over wettelijke beperkingen die gelden voor de werkwijze van de rechtspersoon.[127]

Hierbij wegen de toezichthouders ook mee dat een functionaris niet (adequaat) reageert op klachten,[128] aanwijzingen van een curator[129] of gesprekken dan wel aanschrijvingen van de toezichthouder zelf.[130] Zo dient een functionaris ook maatregelen te nemen indien uit een informatieverzoek blijkt dat er sprake zou kunnen zijn van een overtreding.[131] Wanneer een functionaris bovendien tegenwerkt indien anderen aansturen op beëindiging, dan wordt dit hem in dit kader ook aangerekend.[132] Maatregelen moeten ook daadwerkelijk dienen om de overtreding te doen stoppen en de verboden gedraging te staken. Maatregelen die hiervoor ongeschikt of onvoldoende zijn, ontslaan de functionaris niet van zijn verantwoordelijkheid.[133]

Het moment waarop eventuele maatregelen genomen worden, is ook relevant. Indien dit pas op een laat moment gebeurt nadat de toezichthouder contact heeft opgenomen, een onderzoek gestart is, of een last onder dwangsom heeft opgelegd dan kan niet worden gezegd dat de functionaris tijdens de onderzochte periode

126 Besluit AFM 12 maart 2015 (*AGA*), p. 26; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 38.
127 Besluit AFM Van 29 november 2012 (*Clever Life*), par. 2.3.3.
128 Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), par. 4.3; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 39 (hierbij geldt bovendien dat de klachten die hij oploste niet per se relevant waren voor de geconstateerde overtreding); Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; Besluit ACM 6 december 2016 (*Financial Media*), rnr. 61.
129 Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6.
130 Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 82; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), p. 38.
131 Rb. Rotterdam 21 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2880 (*Inpetto*), r.o. 5.4.
132 Besluit 29 december 2016 (*ABF*), p. 54.
133 Besluit AFM 5 december 2013 (*BA Finance*) p. 28, Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 16; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 17; Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 39; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 10.5.

relevante maatregelen heeft getroffen.[134] Hierbij moet immers in het achterhoofd gehouden worden dat boetes zijn bedoeld om gedrag uit het verleden te bestraffen en niet zo zeer als herstelsanctie. Het gaat hier dus om inspanningen die de functionaris uit eigen beweging heeft gedaan nadat hij bekend is geworden met de verboden gedraging.[135]

3.1.2 Opzet

Uit vaste jurisprudentie volgt dat (voorwaardelijke) opzet op de verboden gedraging vereist is, voordat een functionaris kan worden aangemerkt als feitelijke leidinggever.[136] Dit zelfstandige opzetvereiste is onlangs nogmaals bevestigd door de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest:

> 'In feitelijke leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten. Voor dit opzet van de leidinggever geldt als ondergrens dat hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Van het bewijs van dergelijke aanvaarding kan – in het bijzonder bij meer structureel begane strafbare feiten – ook sprake zijn indien hetgeen de leidinggever bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon rechtstreeks verband hield met de in de tenlastelegging omschreven verboden gedraging. Een ander voorbeeld van een geval waarin onder omstandigheden voldaan kan zijn aan het voor de feitelijke leidinggever geldende opzetvereiste biedt een leidinggever die de werkzaamheden van een onderneming zo organiseert dat hij ermee rekening houdt dat de aan de betrokken werknemers gegeven opdrachten niet kunnen worden uitgevoerd zonder dat dit gepaard gaat met het begaan van strafbare feiten.'[137]

De toezichthouders vullen het opzetvereiste in de besluitvorming in aan de hand van het aanvaardingscriterium. Van feitelijk leidinggeven is sprake indien de betreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van een gedraging achterwege heeft gelaten en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de beboetbare gedraging zich zou voordoen. Het bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden is overigens de ondergrens.[138] Het betreft aldus een vorm van voorwaardelijk opzet. De Rechtbank Rotterdam overwoog hier het volgende over:

> 'De functionaris wordt dan geacht opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. De bewuste aanvaarding van het risico dat de verboden gedraging zich zou voordoen hoeft niet betrekking te hebben op de beboete gedraging als zodanig. Er is voldaan

134 Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 17; Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*), p. 19.
135 Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836 (*VFA*), r.o. 9.4; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, r.o. 10.5; Besluit AFM 11 mei 2012 (*NCIC*), par. 2.2.2; Besluit AFM 13 juni 2014 (*Veldmaarschalk*), par. 4.3.3.
136 Zie par. 1.5 van de inleiding op de preadviezen voor een uitvoerige bespreking van het opzetvereiste bij feitelijk leidinggevers.
137 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3.
138 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3.

aan het criterium "bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden", indien de functionaris (globaal) op de hoogte was van soortgelijke gedragingen binnen de onderneming.'[139]

Het aanvaardingscriterium behelst aldus het opzetvereiste. In de praktijk leidt dit opzetvereiste tot discussie. Een aantal partijen voert aan dat zij weliswaar op de hoogte waren van de gedragingen, maar dat zij niet wisten van de wederrechtelijkheid hiervan. Met andere woorden: zij betwisten dat er sprake is van boos opzet. Een dergelijk betoog kan echter niet slagen. Uit de rechtspraak volgt immers dat kleurloos opzet vereist is.[140] Zo overweegt de rechtbank in de OVN-zaak van de AFM:

'Bij de beantwoording van de vraag of aan deze criteria is voldaan, stelt de rechtbank voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, anders dan eiser betoogt, het (voorwaardelijk) opzet slechts behoeft te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).'[141]

Deze lezing wordt door het CBb bevestigd:

'Het College is met de rechtbank van oordeel dat appellant als feitelijk leidinggever aan de overtreding kan worden aangemerkt. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen is sprake indien de desbetreffende functionaris van die gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden: niet van belang is of appellant wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.'[142]

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

De toezichthouders lijken niet snel zaken op te pakken waarbij de functionaris op grond van de ondergrens uit Slavenburg kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever. In het merendeel van de onderzochte zaken viel de betreffende

139 Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, r.o. 40.
140 Zie o.m. CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7 welke het CBb ontleent aan CBb 29 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:395, r.o. 3.5.4.
141 Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326 (*OVN*), r.o. 6.4.
142 CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7.

functionaris door zijn actieve bijdrage[143] of het nemen van initiatief[144] ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt te maken. In een groot aantal zaken was de functionaris zelfs op de hoogte van het feit dat de rechtspersoon een overtreding beging.[145] In enkele besluiten wordt extra verwijtbaarheid vastgesteld omdat de feitelijk leidinggever een kat-en-muis-spelletje speelde met de toezichthouder door steeds weer over de grenzen heen te gaan.[146] De toezichthouders lijken op dit punt een voorzichtige lijn te kiezen.[147] De vrees dat er een vorm van risicoaansprakelijkheid zou ontstaan is naar ons oordeel vooralsnog ongegrond gebleken.

3.1.3 Grootte van de rechtspersoon

Bijzondere aandacht verdient de omvang van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan. De wetgever heeft bij de invoering van de Vierde tranche geen onderscheid gemaakt tussen soorten rechtspersonen. In principe maakt het voor de toepassing van artikel 51, tweede lid, Sr dus niet uit of er sprake is van een kleine rechtspersoon met enkele werknemers of een beursgenoteerde nv. De praktijk van

---

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

144 Besluit AFM 23 april 2015 (*VFA*), p. 37; Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*); Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81; Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*), p. 15; Besluit AFM 10 december 2013 (*Monetalis*), p. 15; Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 6; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 6; Rb. Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 4.6; Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*), p. 81-82; Besluit ACM 22 december 2015 (*Vrieshuizen-directeur KBIJ en CEO Daalimpex*), rnr. 277 en 281; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 219 en 234; Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), par. 2.3.2 en ECL:NL:CBB:2017:284, r.o. 10.4; Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 116.

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

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

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

de toezichthouders laat echter zien dat de toezichthouders met name bij kleinere rechtspersonen erin slagen om de feitelijk leidinggever aan te spreken.

Een mogelijke verklaring hiervoor is te vinden in de complexiteit van de organisatie. Waar het bij kleinere rechtspersonen vaak overzichtelijk is wie op welke punten de leiding heeft en waar dus de beslissingsbevoegdheid ligt, is de structuur bij grotere rechtspersonen veel meer gelaagd en worden beslissingen op verschillende niveaus genomen. Dit betekent dat het voor toezichthouders lastiger is om aan te tonen dat een bepaalde functionaris feitelijk leiding gaf aan de verboden gedraging.[148]

Hoewel deze redenen in onze ogen legitiem kunnen zijn, moet dit niet leiden tot ongelijkheid. Overigens gaan leidinggevers van een grotere rechtspersoon niet per definitie vrijuit. Hierbij merken wij op dat het niet inzichtelijk is of er gevallen zijn waarin de toezichthouders wel een onderzoek zijn gestart maar uiteindelijk geen rapport hebben opgesteld tegen de feitelijk leidinggevers. Wij weten dus niet hoe vaak de toezichthouders het wel geprobeerd hebben maar niet geslaagd zijn. Toch is er een aantal zaken dat laat zien dat de toezichthouders ook bij grotere rechtspersonen wel degelijk onderzoeken of bepaalde functionarissen zijn aan te merken als feitelijk leidinggever. Bij de ACM speelt dit met name bij de beboeting in het kader van de Mededingingswet.[149] Hierbij valt op dat de ACM ook in dergelijke gevallen haar focus legt op het bestuur van de rechtspersoon. Dit blijkt ook uit de NS-zaak,[150] waarin de ACM een onderzoek gestart is naar de betrokkenheid van de CEO en de CFO bij een overtreding van het verbod van misbruik van machtspositie. Uit het besluit blijkt dat de ACM onvoldoende grond zag om de beide functionarissen aan te merken als feitelijk leidinggevers. Bij de AFM valt in dit kader met name de Imtech-zaak op waar de AFM een boete heeft opgelegd aan de CEO en de CFO.[151]

3.1.4 Tussenconclusie

Op basis van het voorgaande stellen wij vast dat de formele positie slechts een marginale rol speelt in de besluitvorming van de toezichthouders. Hoewel deze formele positie wel aan bod komt in de besluitvorming, gaan de toezichthouders vervolgens steeds zeer uitgebreid in op de feitelijke positie van de betreffende functionaris, de kennis die hij moet hebben gehad en de feitelijke bevoegdheden van de functionaris.

De derde voorwaarde, te weten of maatregelen ter voorkoming of beëindiging uitblijven, komt in de besluitvorming slechts mondjesmaat aan bod. Alleen wanneer

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

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

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

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

de partij hier zelf feiten toe aandraagt die naar het oordeel van de toezichthouder onvoldoende zijn, of indien de feiten wijzen op het tegendeel, gaan de toezichthouders uitgebreider op deze voorwaarde in. Dit is echter logisch verklaarbaar nu de toezichthouder hier maatregelen moet onderzoeken die zijn uitgebleven. Het is lastig om uitgebreid stil te staan bij een situatie die zich niet voordoet.

Verder merken wij op dat de toezichthouders voorzichtig zijn bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Zelden zitten zij aan de ondergrens van het opzetvereiste. In de meeste zaken is er sprake van een actieve betrokkenheid waardoor aan de feitelijk leidinggever een persoonlijk verwijt te maken is.[152] Ook ten aanzien van de omvang van de rechtspersoon valt op dat de toezichthouders voor de veilige weg kiezen. Met name bij kleinere rechtspersonen waarbij de directie dicht op het proces zit, kiezen de toezichthouders ervoor om één of meer functionarissen als feitelijk leidinggever(s) aan te merken. Bij grotere, complexere rechtspersonen hebben de toezichthouders slechts een enkele keer een feitelijk leidinggever aangesproken. Hoewel dit vanuit het oogpunt van de toezichthouder goed verdedigbaar kan zijn, moet dit niet resulteren in een rechtsongelijkheid tussen grotere en kleinere rechtspersonen.

3.2 Beboeting van feitelijk leidinggevers

3.2.1 Juridisch kader en beleid

De verschillende toezichthouders hebben verschillende juridische kaders waarbinnen de bevoegdheid tot boeteoplegging is geregeld. Daarnaast is er bij alle toezichthouders (kenbaar) beleid ontwikkeld om meer richting te geven aan de juridische kaders.[153] Wij bespreken hieronder in grote lijnen de kaders en het beleid in de zaken waarin de verschillende toezichthouders boetes hebben opgelegd aan feitelijk leidinggevers.

AFM en DNB

De AFM en DNB hanteren sinds de invoering van de Boetewet in 2009 in de meeste gevallen een zelfde soort boetesystematiek.[154] De bepalingen waarop DNB en de AFM toezicht houden (in een groot deel van de onderzochte zaken van DNB ging het om de Wft)[155] zijn op grond van de specifieke wet die het betreft ingedeeld in drie categorieën (zie bijvoorbeeld artikel 1:81 Wft, artikel 179 Pensioenwet (Pw) jo. artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) en artikel 51a Besluit uitvoering Pw en Wvb):

---

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

153 De boetebeleidsregels van de ACM zijn vastgesteld door het ministerie van Economische Zaken. Zie Boetebeleidsregel ACM 2014, *Stcrt.* 2016, 634630, die is vastgesteld door het toenmalige ministerie van Economische Zaken.

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

155 Meestal ging het om feitelijk leidinggeven aan een overtreding van art. 2.11 lid 1 Wft, één keer art. 2 lid 1 Wtt, één keer art. 2.3a lid 1 Wft en ten slotte één keer art. 116 Pw.

Categorie	Basisbedrag	Minimumbedrag	Maximumbedrag
1	€ 10.000	€ 0	€ 10.000
2	€ 500.000	€ 0	€ 1.000.0t00
3	€ 2.000.000[156]	€ 0	€ 4.000.000

De boetehoogte in categorie 1 staat in beginsel vast. Alleen op grond van draagkracht, evenredigheid of bijzondere omstandigheden kan dit bedrag worden gematigd.[157] Voor overtredingen in categorie 2 of 3 wordt eerst een basisbedrag vastgesteld. Daarbij merkt DNB in de besluiten op dat in zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat het door de wetgever vastgestelde basisbedrag in categorie twee en drie evenredig is aan de ernst van de overtreding.[158] Dit blijkt overigens ook uit artikel 2, eerste lid, Bbbfs. DNB en de AFM stellen vervolgens vast of het bedrag verlaagd of verhoogd dient te worden op grond van de ernst en de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. In beide stappen kan de boete met 25 of 50 procent verhoogd of verlaagd worden. Dan bekijken de AFM en DNB of er sprake is van recidive, waardoor het bedrag ten minste kan worden verdubbeld. Vervolgens kan het boetebedrag nog worden verlaagd op grond van evenredigheid, specifieke omstandigheden en draagkracht. Daarnaast wordt bij de vaststelling van de hoogte van de boete ook gekeken naar het door de overtreding behaalde voordeel.[159]

De wijze waarop de AFM boetes binnen deze kaders vaststelt, is sinds het openbaar maken van het 'interne' boetetoemetingsbeleid, dat ook geldt voor beboeting van feitelijk leidinggevers, transparant. Ook DNB heeft een leidraad gepubliceerd, waarbij de factoren die bij de beoordeling van de verschillende elementen van belang zijn worden benoemd.[160]

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

	5 procent	10 procent	60 procent	100 procent
Eigen vermogen	< € 500.000	Tussen € 500.000 en € 2 miljoen	tussen € 2 miljoen en € 4 miljoen	> € 4 miljoen

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

157 www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/boetes-algemeen/hoogte-boetes. Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete met kenmerk To48-560433397-32, www.dnb.nl/binaries/leidraad_tcm46-361179.pdf.

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

159 Zie ook het openbaargemaakte 'interne Boetetoemetingsbeleid AFM' en Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete met kenmerk To48-560433397-32 (hierna: 'Leidraad DNB').

160 Zie Leidraad DNB.

De feitelijk leidinggever kan vervolgens zijn persoonlijke financiële draagkracht onderbouwen op grond waarvan de AFM de boete nog kan matigen. De wijze waarop de AFM een dergelijk draagkrachtverweer beoordeelt, is ook inzichtelijk.[161]

ACM en voorgangers

De ACM en haar voorgangers hanteerden verschillende systematieken. Of er werd een boetegrondslag vastgesteld binnen een bepaalde bandbreedte (deze bandbreedte was afhankelijk van het type overtreding), of er werd een boetegrondslag vastgesteld binnen het geldende boetemaximum.

Bij de NMa werd er gewerkt met een bandbreedte voor feitelijk leidinggevers, die afhankelijk was van het soort overtreding. Binnen deze bandbreedte werd een basisboete vastgesteld die gerelateerd was aan de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder. Er was een bandbreedte van € 10.000 tot € 200.000, en een bandbreedte van € 50.000 tot € 400.000.[162] Na het vaststellen van de basisboete werd bekeken of er sprake was van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden, waarbij rekening gehouden kon worden met de mate van betrokkenheid en de positie van de natuurlijke persoon.[163] Voor beboeting van feitelijk leidinggevers aan een mededingingsrechtelijke overtreding gold een boetemaximum van € 450.000.[164]

Bij de OPTA was er sprake van een soortgelijke systematiek, die niet specifiek voor natuurlijke personen was opgesteld, maar voor elke overtreder gold. Indien er sprake was van een overtreding waar het boetemaximum van € 450.000 voor gold, werd er aan de hand van de ernst van de overtreding eerst een boetecategorie vastgesteld.[165] In het geval van minder ernstige overtredingen bedroeg de boete maximaal € 100.000. In het geval van ernstige overtredingen was deze maximaal € 300.000. En in het geval van zeer ernstige overtredingen € 450.000. Nadat er een boetecategorie werd vastgesteld, werd het boetebedrag bepaald binnen de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie aan de hand van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder.[166] Vervolgens werd bekeken of bijzondere omstandigheden van het geval aanleiding gaven de boete bij te stellen en werd bekeken of er boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden aanwezig waren.[167] De OPTA legde vervolgens in de zaken die wij hebben bekeken de boete op aan de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever gezamenlijk en hield ze beiden hoofdelijk aansprakelijk.

De CA heeft zelf geen boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevers. Wel heeft zij in de HGI-zaak een natuurlijk persoon-pleger beboet. Aan de hand van de ernst van

161 Zie Boetetoemetingsbeleid AFM, p. 11 e.v.
162 Zie art. 2 en 2.11 Boetebeleidsregels 2013, art. 11 Boetebeleidsregels 2009 en rnr. 14 en 50 Boetecode 2007.
163 Zie art. 2.12 en 2.15 Boetebeleidsregels 2013, art. 3, 12 en 15 Boetebeleidsregels 2009 en rnr. 19 en 50 Boetecode 2007.
164 Art. 57 en art. 75a Mw (oud).
165 Dit was het geval bij overtredingen van de OPTA, zie Boetebeleidsregels OPTA 2008 en 2010, waar geen specifiek beleid voor feitelijk leidinggevers was vastgesteld.
166 Boetebeleidsregels OPTA 2008 (Stcrt. 2008, 50, p. 27) en 2010 (Stcrt. 2010, 5136) onder 4.
167 Zie ook Besluit OPTA 30 juni 2011 (Sell-it), rnr. 137.

de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kon worden verweten, de omstandigheden waaronder deze was gepleegd en de omstandigheden waarin de overtreders verkeren, heeft de CA een boete binnen het geldende maximum vastgesteld.[168] De CA heeft in deze zaak een boete opgelegd aan zowel de overtreder als de natuurlijk persoon gezamenlijk en bepaald dat zij beiden hoofdelijk aansprakelijk zijn. De rechtbank wijzigt pleger/medepleger naar feitelijk leidinggever en laat de rechtsgevolgen in stand. Het CBb heeft dat bevestigd.[169]

In de periode na de fusie werd binnen de ACM nog gebruikgemaakt van de verschillende soorten beleid van haar voorgangers. Daarbij werd, anders dan in de 'NMa-zaken', in de zaken van de OPTA en de CA niet proactief gekeken naar inkomen en vermogen van de feitelijk leidinggever. Dit moest de feitelijk leidinggever zelf aanvoeren. Tegenwoordig is het element inkomen en vermogen opgenomen in de Boetebeleidsregels 2014 van de ACM,[170] waarbij het boetebeleid zo veel mogelijk is geüniformeerd.[171] In dit beleid worden voor feitelijk leidinggevers bandbreedtes zoals in het boetebeleid van de NMa gehanteerd, maar de bandbreedtes zijn anders. Daarbij relateert de ACM de boetebandbreedte aan de jaaromzet van de marktorganisatie waar de feitelijk leidinggever werkzaam is.[172]

Wijze van toetsing aan (wettelijke) elementen

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

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

168 Besluit ACM 9 oktober 2012 (*HGI*).
169 Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3582 (*HGI*) en CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139 (*HGI*).
170 Art. 2.7 Boetebeleidsregel ACM 2014.
171 Ook is het boetemaximum voor alle feitelijk leidinggevers op het gebied waar de ACM op toezicht houdt vastgesteld op € 900.000, zie art. 12n Instellingswet ACM.
172 Zie art. 2.7 Boetebeleidsregel ACM 2014 zoals deze gelden sinds 1 juli 2016.

3.2.2 Elementen bij boeteoplegging

Ernst

Voor de ernst van de overtreding wordt door de toezichthouders in de eerste plaats gekeken naar de ernst van de overtreding waaraan de feitelijk leidinggever leiding heeft gegeven.[173] Dit is op zichzelf niet vreemd in een situatie waarbij de feitelijk leidinggever de initiatiefnemer was of de feitelijk leidinggever een zeer actieve rol heeft gehad in het gedrag. Dit zou volgens ons anders kunnen zijn indien de feitelijk leidinggever meer op de ondergrens van Slavenburg als feitelijk leidinggever wordt aangemerkt, en de feitelijk leidinggever slechts weet heeft van een klein gedeelte van de overtreding. In een dergelijk geval dient ook specifiek te worden gekeken naar de ernst van het gedrag of nalaten van de feitelijk leidinggever zelf, omdat deze ernst dan zou kunnen afwijken.

De AFM verhoogde op grond van de ernst bijvoorbeeld de boetes inzake BA Finance met 25 procent omdat door de overtreding bij financieel kwetsbare consumenten hoge kosten in rekening zijn gebracht. De ernst van de overtreding door de rechtspersoon, het aanbieden van krediet zonder een vergunning, rekent de AFM in dit geval volledig toe aan de feitelijk leidinggevers.[174] Gezien de rol die de twee feitelijk leidinggevers in de kleine rechtspersoon hadden en het feit dat het verboden gedrag de kern van de rechtspersoon raakte, is het onderscheid tussen de ernst van de overtreding van de rechtspersoon en de ernst van de overtreding begaan door de feitelijk leidinggever namelijk niet goed te maken.

Ook indien er sprake is van een intrinsiek oneerlijke bedrijfsvoering verhoogt de AFM de boete van de feitelijk leidinggever op grond van de ernst. De functionaris die in het besluit van de AFM van 25 november 2016 is aangemerkt als feitelijk leidinggever, gaf leiding aan een rechtspersoon die er een intrinsiek oneerlijke bedrijfsvoering op nahield. Hiermee heeft het bedrijf zich, onder leiding van de functionaris, met verschillende trucs op structurele wijze ten koste van zijn toch al minder draagkrachtige klanten verrijkt.[175]

De ACM weegt bij de ernst van de overtreding ook mee dat de feitelijk leidinggever reeds ten tijde van een eerdere beboeting van de rechtspersoon bij deze rechtspersoon in dienst was. Volgens het CBb kan de toezichthouder deze omstandigheid ook meewegen bij de boetehoogte voor de feitelijk leidinggever.[176] Hoewel de ACM in dit soort gevallen formeel geen recidive kan toepassen, weegt zij de historische ervaringen dus wel mee bij de ernst. Het is echter de vraag op welke wijze deze omstandigheid invloed heeft gehad op de hoogte van de boete.

---

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

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

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

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

Verwijtbaarheid

Functionarissen worden over het algemeen geacht te onderzoeken of de activiteiten van de rechtspersoon wel in overeenstemming zijn met relevante wet- en regelgeving.[177] Als de norm duidelijk is, dan moet een functionaris-directeur extra bedacht zijn op een overtreding.[178] Van een directeur mag ook worden verwacht dat hij zich verdiept in de geldende regels en de toepassing daarvan.[179] Daarnaast is van belang dat het ontbreken van kwade wil geen relevante omstandigheid is die meeweegt bij de verwijtbaarheid.[180]

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

Kennis van de wederrechtelijkheid van het gedrag

Heeft een functionaris, al dan niet via advies, kennis van het verboden karakter van het gedrag, dan leidt dit logischerwijs tot een hogere verwijtbaarheid. Zoals eerder opgemerkt, is opvallend dat in een groot aantal zaken feitelijk leidinggevers worden aangesproken die zich bewust waren van de wederrechtelijkheid van het gedrag.[181] Oftewel, er was sprake van boos opzet. Daarbij speelt ook mee dat functionarissen in een aantal zaken door toezichthouders AFM, DNB, ACM of bijvoorbeeld een notaris ook nog gewezen zijn op het verboden karakter van het gedrag, maar dat er vervolgens niet werd gehandeld. Daarnaast werd in een groot aantal zaken door de functionaris niet gehandeld, terwijl er klachten van klanten waren over de handelwijze van de rechtspersoon waaraan de functionaris leiding gaf.[182] Deze omstandigheden kunnen leiden tot een bovengemiddelde verwijtbaarheid, die leidt tot boeteverhoging.[183]

---

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

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

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

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

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

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

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

Advies
Een uitgebracht advies kan de functionaris wetenschap van het (verboden) gedrag opleveren. Ook als de functionaris op een aantal punten lijnrecht ingaat tegen het advies van de advocaten, wordt dit meegewogen bij de verwijtbaarheid.[184] De AFM verhoogt in de zaak van 29 december 2016 de basisboete in een dergelijk geval echter niet.

De juistheid van het advies kan ook een rol spelen bij de verwijtbaarheid. Indien een functionaris wel advies opvraagt, maar dit advies onjuist is, maakt dit niet dat van verwijtbaar feitelijk leidinggeven geen sprake (meer) is. De functionaris moet ervoor zorgen dat hij de norm kent en daarnaar handelt. De functionaris moet volgens het CBb in het geval hij advies vraagt, de adviseur bevragen of informatie inwinnen bij de toezichthouder. Bovendien moet hij het advies wel inbrengen in de procedure indien hij aanvoert dat hij minder verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de toezichthouder het advies en de handelswijze van de functionaris kan nagaan.[185] Als hij dit niet doet en het advies blijkt onjuist te zijn, handelt hij nog steeds verwijtbaar, maar dergelijke omstandigheden kunnen wel aanleiding zijn tot matiging van de boete.[186]

Dat een functionaris afgaat op een mededeling van een medebestuurder dat de legal check was gedaan en dat deze akkoord was, maakt niet dat de functionaris geen verwijt meer kan worden gemaakt. In dat geval moet de functionaris volgens het CBb verifiëren dat er schriftelijk goed advies was ingewonnen en had hij navraag bij de toezichthouder kunnen doen. Wel vond de toezichthouder dat er aanleiding was om de boete te matigen op grond van de mate van verwijtbaarheid.[187]

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

Bij DNB wordt bij de evenredigheidstoets meegewogen wat het economisch effect van de boete is op de overtreder, waaruit wij afleiden dat daarbij in ieder geval het inkomen en het vermogen van de functionaris worden meegewogen. Daarbij is opvallend dat evenredigheid in zijn algemeenheid een grote matigende werking

184 Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*), par. 4.2.2.
185 Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 18.
186 Besluit DNB 10 augustus 2012, rnr. 20 en CBb 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119 (*Besluit DNB 10 augustus 2012*), r.o. 3.3.2.
187 CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54 (*Besluit DNB 9 november 2012*), r.o. 9.3; Besluit DNB 9 november 2012, rnr. 27.

heeft op de boetehoogte in zaken van DNB waarbij personen als feitelijk leidinggever zijn aangemerkt.[188]

Bij de ACM wordt het inkomen en het vermogen ook meegewogen in een algemene evenredigheidstoets.[189] Zoals eerder beschreven, werd in oud-OPTA- en CA-zaken niet ambtshalve gekeken naar het inkomen en het vermogen van de feitelijk leidinggever. De functionaris kon wel een beroep doen op beperkte draagkracht in de zin van betalingsonmacht. Bij oud-NMa-zaken werd wel proactief gekeken naar inkomen en vermogen. Op welke wijze inkomen en vermogen werden meegenomen, is echter niet transparant.[190] Dit komt doordat de ACM alle relevante elementen tezamen bespreekt en weegt om tot een evenredige boete te komen. Nu inkomen en vermogen ook tot deze elementen behoren, en deze gegevens daarnaast niet openbaar zijn, is niet vast te stellen in welke mate andere factoren hebben bijgedragen aan een bepaalde boete.[191] Gezien deze wijze van motiveren zijn boetehoogtes voor feitelijk leidinggeven bij de ACM dan ook moeilijk met elkaar te vergelijken.

De rechter lijkt steeds kritischer te kijken naar een expliciete individuele evenredigheidsbeoordeling bij feitelijk leidinggevers.[192] Het is de vraag of de ACM, als gevolg van deze wijze van beoordeling door de rechter, in het algemeen meer duidelijkheid gaat geven over haar algemene evenredigheidsbeoordeling naar inkomen en vermogen. Dit is des te meer van belang nu boetes voor feitelijk leidinggeven aan gedragingen vanaf 1 juli 2016 bij de ACM, anders dan in de door ons bekeken zaken waarin een boetemaximum van € 450.000 gold, op kunnen lopen tot maximaal € 900.000 per overtreding.[193] Deze boetemaxima zullen het eigen vermogen van veel feitelijk leidinggevers vaker overstijgen.

Financiële verwevenheid rechtspersoon en feitelijk leidinggever

De autoriteiten kunnen tegelijkertijd boetes opleggen aan zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever, ook als de rechtspersoon en de feitelijk leidinggevers financieel nauw aan elkaar verbonden zijn. Indien de functionaris (indirect) grootaandeelhouder is van een beboete rechtspersoon, houdt de toezichthouder bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening met het feit dat een functionaris tweemaal in zijn vermogen wordt geraakt. Het CBb heeft geoordeeld dat het ne bis in idem-beginsel niet aan beboeting van zowel de feitelijk leidinggever als de rechtspersoon in de weg staat, omdat zij beide zelfstandige dragers van rechten

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

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

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

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

192 CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139, r.o. 8.4; CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 10.2.

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

en plichten zijn.[194] Wel dient de toezichthouder, gezien de financiële verwevenheid van de functionaris met de rechtspersoon, rekening te houden met het feit dat deze functionaris tweemaal in zijn vermogen kan worden geraakt. De toezichthouder dient immers een evenredige boete op te leggen.[195]

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

1. zij leggen de feitelijk leidinggever een boete op naast de rechtspersoon en houden bij de hoogte van beide boetes rekening met financiële verwevenheid;
2. zij leggen een gezamenlijke boete op aan de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon en stellen ze beide hoofdelijk aansprakelijk;
3. zij leggen weliswaar een separate boete op aan de feitelijk leidinggever, maar doen dat in de vorm van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor (een deel van) de boete van de rechtspersoon.

De AFM, DNB en soms ook de ACM en haar voorgangers legden bij financiële verwevenheid tussen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever een zelfstandige boete op aan de feitelijk leidinggever, maar hielden voor wat betreft de hoogte van deze zelfstandige boete rekening met de boete voor de rechtspersoon.[196] De toezichthouder moet echter wel kunnen uitleggen op welke wijze hij daar rekening mee heeft gehouden.[197] De rechter stelt de boete voor de feitelijk leidinggever verder naar beneden bij indien hij de bijstelling niet voldoende acht.[198] Op welke wijze de rechter dat exact doet, is echter ook niet inzichtelijk.

OPTA hield er in de zaken die wij hebben bekeken een andere systematiek op na. OPTA legde een boete op aan de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon gezamenlijk, waarbij zij beide hoofdelijk aansprakelijk werden gehouden voor het geheel.[199] Deze systematiek werd na de fusie ook bij de ACM gehanteerd in de Daisycon-zaak.[200] Het CBb oordeelde daarover:

> 'Het College is echter van oordeel dat de boeteoplegging aan de bestuurders van [naam 1] niet berust op een toereikende motivering. Bij het besluit tot boeteoplegging heeft geen kenbare individuele afweging plaatsgevonden ten aanzien van de bestuurders als feitelijk leidinggevers. Artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht, biedt naar het oordeel van het College, ACM evenmin de grondslag om zonder individuele afweging een boete op te leggen.'[201]

194 CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284 (*Perfect*), r.o. 11.2; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413 (*AGA*), r.o.5.4.
195 Rb. Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 10.1; CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 6.1; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413 (*AGA*), r.o.5.4; CBb 27 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284 (*Perfect*), r.o. 11.2.
196 Besluit AFM 29 december 2016 (*ABF*); Besluit AFM 4 december 2014 (*Perfect*), p. 19; Besluit NMa 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw dhr. A*), rnr. 24.
197 CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, r.o. 10.2.
198 CBb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104 (*BA Finance*), r.o. 8.8-8.7.
199 Zie Besluit OPTA 3 november 2011 (*All4Call*), rnr. 166; Besluit OPTA 30 juni 2011 (*Sell-it*), rnr. 137 e.v., Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 385 e.v.
200 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 385 e.v.
201 CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139, r.o. 8.4.

De ACM had de afwegingen tot boeteoplegging aan de rechtspersoon en de feitelijk leidinggevers samen besproken. Daarbij merkte de ACM het volgende op: 'De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door B hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.'[202] Volgens het CBb dient de ACM voor elke feitelijk leidinggever een individuele afweging tot boeteoplegging te maken, hoe nauw het verband tussen de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon ook is.[203]

In andere ACM-zaken werd een boete opgelegd aan de rechtspersoon en aan de feitelijk leidinggever, maar werd er gezien de financiële verwevenheid besloten de feitelijk leidinggever voor het bedrag ter hoogte van zijn boete hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de boete opgelegd aan de rechtspersoon.[204] In de Leesmappen-zaak oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat deze wijze van boeteoplegging niet in strijd is met artikel 5:40 Awb of 5:1 Awb jo. 51, tweede lid, aanhef en onder 3, Sr.[205] Ook de uitspraak in de Daisycon-zaak sluit niet uit dat een dergelijke constructie, mits er sprake is van een individuele afweging tot boeteoplegging voor de feitelijk leidinggever, toelaatbaar is. Dat deze constructie geoorloofd is, bepaalde het CBb recent in zijn uitspraak van 11 september 2018.[206]

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

Draagkrachtverweer

DNB en de AFM vragen naar de financiële draagkracht van de feitelijk leidinggever.[207] Ook de ACM vraagt naar de financiële positie van de feitelijk leidinggever. Zo kan een evenredige boete worden bepaald. Indien een functionaris echter een beroep doet op draagkracht in de zin van betalingsonmacht, moet de feitelijk leidinggever zelf met onderbouwing komen en daarnaast een betrouwbaar en volledig inzicht geven in zijn financiële positie.[208] De AFM en DNB sturen de functionaris een vragenlijst toe ten behoeve van bepaling van de draagkracht bij het

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

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

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

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

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

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

208 CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*), r.o. 11.3; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413 (*AGA*). Zie art. 5:46 lid 3 Awb. Zie ook besluit ACM 31 december 2017 (*Credit Invest*), rnr. 136.

voornemen tot boeteoplegging.[209] Daarnaast blijkt uit het boetetoemetingsbeleid van de AFM welke bewijsmiddelen de functionaris kan toesturen.[210] Bij de ACM wordt voor zover bekend niet standaard een vragenlijst toegestuurd en moet de functionaris zelf bepalen welke stukken een volledig beeld geven van zijn financiële positie. Gezien de vertrouwelijkheid van de betreffende overwegingen van toezichthouders in besluiten, is het lastig vanuit de buitenwereld een goed beeld te krijgen van de wijze waarop aan de draagkracht van de feitelijk leidinggever wordt getoetst. Het boetetoemetingsbeleid van de AFM geeft echter een aardig kijkje in de keuken.

Wat kan een feitelijk leidinggever de toezichthouder sturen? Kraaijeveld en Altena hebben een goed overzicht gegeven. De feitelijk leidinggever 'dient inzicht te verschaffen in zijn inkomen, vermogen, schulden, periodieke lasten en overige persoonlijke omstandigheden'.[211] De functionaris kan daartoe volgens de rechter in de eerste plaats definitieve aanslagen inkomstenbelasting overleggen. Belastingaangiften zijn onvoldoende om bij te stellen op grond van draagkracht, er dient een sluitende en verifieerbare analyse van inkomsten en vermogen aangereikt te worden.[212]

Op welke wijze kunnen de toezichthouders het vermogen volgens de rechter vaststellen? De enkele stelling van een functionaris dat het vermogen bestemd is om als pensioen te dienen, maakt niet dat het vermogen door de toezichthouder buiten beschouwing dient te worden gelaten. Een functionaris dient dit goed te onderbouwen. Daarnaast wordt de waarde van een perceel meegenomen bij de bepaling van het vermogen, niet de (lagere) verkoopprijs waarvoor de functionaris het later heeft verkocht.[213] Ook mag rekening gehouden worden met het vermogen van de partner indien de feitelijk leidinggever getrouwd is in gemeenschap van goederen.[214] De toezichthouder hoeft daarnaast bij het berekenen van draagkracht volgens het CBb geen onderscheid te maken tussen meer en minder liquide vermogensbestanddelen.[215]

Bij het bepalen van de draagkracht dient de toezichthouder wel rekening te houden met de (hoge) levensstandaard van de functionaris, maar mag wel worden verwacht dat deze standaard enigszins wordt aangepast.[216]

---

209 Zie ook 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. 151.

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

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

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

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

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

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

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

Het enkel aanreiken van een faillietverklaring kan ook onvoldoende zijn om aan te nemen dat iemand niet in staat is (op termijn) een boete te betalen. Daarbij werd door het CBb overwogen dat het faillissement nog niet is afgewikkeld en uit het vonnis tot faillietverklaring blijkt dat appellant heeft verklaard dat hij betalingen kan hervatten zodra de beslagen zijn opgeheven. Onder deze omstandigheden mag van een appellant worden verwacht dat hij de stand van zaken met betrekking tot het faillissement en zijn perspectieven na afwikkeling van het faillissement nader toelicht.[217]

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

De functionaris kan te allen tijde, ook in bezwaar of beroep, een draagkrachtverweer voeren. Hoewel de toets ex nunc is, moeten partijen hier geen vrijbrief in zien om het vermogen bewust te verminderen. De rechter neemt namelijk in zijn oordeel mee dat de functionaris rekening dient te houden met het betalen van een boete, bijvoorbeeld door een reservering te maken voor de betaling van de boete.[218]

Op grond van de door ons bekeken zaken stellen wij vast dat draagkrachtverweren vaak pas gevoerd worden nadat in de sanctiefase een eerste besluit is vastgesteld.[219] Notie verdient wel dat de lat voor het aannemen van beperkte draagkracht hoog ligt en de bewijslast bij de functionaris ligt.[220] Duidelijkheid in wat aangeleverd moet worden, zoals bij de AFM en DNB, is volgens ons dan ook een pre. Het is in het belang van de feitelijk leidinggever dat hij vroeg in de procedure met een draagkrachtverweer komt.[221] In het geval de draagkracht van de feitelijk leidinggever echt niet toereikend is, kan dit een onevenredige boete voorkomen.[222]

3.2.3 Tussenconclusie

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

---

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

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

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

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

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

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

Verder is het opvallend dat in een groot aantal zaken waarin feitelijk leidinggevers zijn beboet, de feitelijk leidinggevers wisten dat de rechtspersoon overtredingen beging.[223] De toezichthouders verhogen de boete in sommige gevallen dan ook op grond van verwijtbaarheid, maar niet altijd.[224] De verschillen tussen de zaken waarin dit wel of niet gebeurt, zijn niet duidelijk zichtbaar.

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

3.3 Conclusies

Wijze van toetsing
De AFM, DNB en de ACM geven alle een soortgelijke uitleg aan de criteria voor feitelijk leidinggeven. De AFM en DNB doen dat alleen op een gestructureerdere wijze.

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

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

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

bij de overtreding, waardoor het duidelijk is dat zij kunnen worden aangesproken. In grotere, complexere organisaties is dit doorgaans minder evident, waardoor het meer onderzoek vergt om vast te stellen dat een bepaalde functionaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.

Beboeting

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

4 Medeplegen in de praktijk

Zoals Hornman en Bleeker in de inleiding op de preadviezen uiteen hebben gezet, is het sinds de invoering van de Vierde tranche binnen het bestuursrecht ook mogelijk om betrokkenen van een verboden gedraging aan te spreken op grond van medeplegen. Evenals bij het feitelijk leidinggeverschap heeft de wetgever ook hier aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie op dit punt.[225]

Van medeplegen is sprake op het moment dat twee of meer (rechts)personen gezamenlijk een delict plegen. Het is niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, als gezamenlijk maar alle bestanddelen van de overtreding zijn vervuld. Wel is vereist dat sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking.[226] De nauwe samenwerking kan zich uiten in een gezamenlijke uitvoering, maar lijfelijke aanwezigheid is niet vereist.[227] Wel moet er sprake zijn van een substantieel aandeel in de samenwerking. De rol van de medepleger mag hierbij niet gering of ontbrekend zijn in vergelijking tot die van de overige (mede)plegers.[228] Voorts is bij overtredingen opzet op de samenwerking vereist. Dit opzetvereiste gaat echter niet zo ver dat voor medeplegen opzet vereist is op alle bestanddelen van het delict.[229]

Dat ook binnen het bestuurlijk handhavingsrecht behoefte bestond aan deze deelnemingsvorm blijkt onder meer uit een *malware*-zaak van de OPTA. In die zaak was er sprake van een samenwerking tussen twee natuurlijke personen teneinde *malware* te plaatsen op computers van derden. De rolverdeling tussen de twee natuurlijke personen maakt duidelijk dat een van de twee verantwoordelijk was voor het daadwerkelijk plaatsen van de *malware*. De ander, om wie het in deze uitspraak draait, beperkte zich onder andere tot het ter beschikking stellen van de benodigde middelen. Uiteindelijk acht het CBb deze rol niet voldoende om hem aan te spreken als pleger of functioneel pleger, nu de natuurlijke persoon er onvoldoende over kon beschikken dat de overtreding zou plaatsvinden (het beschikkingscriterium). Hij had slechts de macht om de financiering van de voor de overtreding essentiële middelen te staken.[230] Interessant in deze uitspraak is echter dat het CBb expliciet opmerkt dat de functionaris nog niet als medepleger kon worden aangemerkt, nu

225 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 78.
226 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 79.
227 HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 m.nt. Th.W. van Veen (*Container diefstal*).
228 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 80.
229 HR 20 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZK0235. Bij opzetdelicten bestaat een dergelijk vereiste van dubbelopzet immers wel.
230 E.K.S. Mollen en R. Klein, 'Daderschap en deelneming in rechtspraak ACM-besluiten', *Sanctierecht en Onderneming* 2015, nr. 2/3, p.86.

de Vierde tranche nog niet in werking was getreden ten tijde van de overtreding.[231] Partijen hadden dit zelf niet aangevoerd.

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

4.1 Zaken waarin toezichthouders partij als medepleger aanmerken

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

De AFM heeft, voor zover wij hebben kunnen constateren, slechts één keer een persoon aangesproken als medepleger. In de Clever Life-zaak heeft de AFM twee natuurlijke personen aangesproken. Daar waar de bestuurder is aangesproken op grond van het feitelijk leidinggeven, heeft de AFM in het geval van de andere persoon ervoor gekozen om haar aan te spreken op grond van medeplegen op het feitelijk leidinggeven. Uit het besluit wordt duidelijk dat de AFM aanvankelijk wel voornemens was haar aan te spreken als feitelijk leidinggever. In de zienswijze heeft de AFM echter aanleiding gezien om de kwalificatie aan te passen naar medeplegen van het feitelijk leidinggeven, omdat niet is komen vast te staan dat de betreffende functionaris alle bestandsdelen had vervuld.[232] In het besluit stelt de AFM eerst vast dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan en vervolgens dat de bestuurder is aan te merken als feitelijk leidinggever.[233] Vanuit dat startpunt heeft de AFM onderzocht of er sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking met de bestuurder bij het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van de Colportagewet. Hiertoe betrekt de AFM verklaringen waaruit haar kennis en haar leidinggevende rol binnen het betreffende filiaal is gebleken en e-mailberichten die duiden op een samenwerking tussen de bestuurder en haarzelf. Uit dit samenstel van feiten concludeert de AFM dat er sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking tussen de betreffende functionaris en de bestuurder, en een gezamenlijke uitvoering door beiden. Nu er sprake was van een substantieel aandeel kon de AFM vaststellen dat er sprake was van medeplegen van het feitelijk leidinggeven.[234]

Ook de ACM en haar voorgangers hebben in een aantal zaken een partij aangemerkt als medepleger. In de eerste plaats heeft de CA deze aansprakelijkheidsvorm toegepast in de Celldorado-zaak.[235] De overtreding werd in deze zaak begaan door

231 CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:117, r.o. 5.5.1.
232 Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 22 en 23.
233 Deze bestuurder is overigens ook zelf beboet, zie Besluit AFM 12 juni 2012 (*Clever Life*).
234 Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 21 en 22.
235 Besluit CA 17 juni 2010 (*Celldorado*), rnr. 382.

een werkmaatschappij zonder werknemers. De werknemers en diverse relevante afdelingen, die bijvoorbeeld verantwoordelijk waren voor het afsluiten van overeenkomsten, waren onderdeel van een andere rechtspersoon. Deze rechtspersoon was bovendien enig aandeelhouder en bestuurder van de overtreder. Dit maakt dat de CA van oordeel was dat de voorafgaande afspraken en taakverdeling tussen de beide rechtspersonen duiden op een bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering bij het overtreden van de norm.[236] In de procedure die volgde, stond dit oordeel overigens niet ter discussie.[237]

Bij de Goltex-zaak[238] speelt dat een aantal praktische handelingen van de verboden gedraging zijn uitgevoerd door een zusteronderneming die zelf niet is aangesproken.[239] Deze handelingen zijn echter gedaan ten behoeve van de aangesproken medepleger. En deze was ook de spin in het web zonder wie de overtreding niet kon plaatsvinden. Hierbij was ook van belang dat de verboden gedragingen werden verricht om Goltex een podium te bieden om haar producten aan Nederlandse consumenten te verkopen.[240] Die omstandigheid maakt volgens de CA dat er sprake was van een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering.[241] De Rechtbank Rotterdam overweegt vervolgens dat de aangesproken onderneming kon worden aangemerkt als de normadressaat en dat de zusteronderneming ten behoeve van haar had gehandeld. De rechter vindt het dan ook terecht dat deze als overtreder is aangemerkt, maar hierbij laat de rechter in het midden of er sprake is van medeplegen.[242] Het CBb kan zich in dit oordeel vinden. De rol van de aangesproken onderneming is nog wel feitelijk besproken maar het CBb is niet ingegaan op de vraag of er sprake is van een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Volgens het CBb zijn de gedragingen van de zusteronderneming essentieel voor de verkoop van de producten van de aangesproken onderneming.[243]

In de Daisycon-zaak heeft de ACM in haar primaire besluit de rechtspersoon aangemerkt als medepleger. In deze spamzaak constateert de ACM dat bij de verzending van de e-mails een keten van partijen betrokken was, die elk verantwoordelijk waren voor een bepaald deel van de totstandkoming van de verzending van e-mailberichten.[244] Om te onderbouwen dat de rechtspersoon is aan te merken als medepleger, gaat de ACM vervolgens expliciet in op de feitelijke nauwe en bewuste samenwerking tussen de betrokken partijen en de gezamenlijke uitvoering van de gedraging. Hierbij beschrijft de ACM precies wat ieders rol was in de keten.[245] Vervolgens onderzoekt de ACM of de aangesproken rechtspersoon ook beschikking had over de overtreding en constateert zij dat de rechtspersoon maatregelen heeft

236 Besluit CA 17 juni 2010 (*Celldorado*), rnr. 383.
237 Beslissing op bezwaar CA 3 maart 2011 (*Celldorado*); Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358; CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285.
238 Besluit CA 7 april 2011 (*Goltex*).
239 Besluit CA 7 april 2011 (*Goltex*), rnr. 119-120.
240 Besluit CA 7 april 2011 (*Goltex*), rnr. 121.
241 Besluit CA 7 april 2011 (*Goltex*), rnr. 123.
242 Rb. Rotterdam 23 mei 2013 (*Goltex*), ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879, r.o. 9.1-9.3.
243 CBb 8 juli 2015 (*Goltex*), ECLI:NL:CBB:2015:191, r.o. 3.3.
244 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 272.
245 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), p. 56-60.

nagelaten om de overtreding te voorkomen of te (doen) stoppen.[246] Mede gelet op het belang dat de rechtspersoon had bij de overtreding, heeft de ACM haar aangemerkt als medepleger van de overtreding. In de beslissing op bezwaar lijkt de ACM er echter van overtuigd geraakt dat de rol van Daisycon niet louter rust op het medeplegen.[247] Deze kwalificatie is immers niet langer terug te zien in het besluit. Een oorzaak hiervan is te vinden in de uitspraak van de voorzieningenrechter die daaraan vooraf is gegaan.[248] Hieruit blijkt dat de discussie zich heeft toegespitst op de vraag of de rechtspersoon wel kwalificeerde als normadressaat, de verzender.[249] Na een uitgebreide opsomming van de gedragingen van de rechtspersoon overweegt de voorzieningenrechter het volgende:

> 'De voorzieningenrechter voegt hier aan toe dat voor medeplegen niet is vereist dat de medepleger de kwaliteit van verzender heeft, doch dat [Bedrijfsnaam] als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk wel voldoet aan die definitie.'[250]

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

> 'De stelling van eisers dat het ACM niet is toegestaan de grondslag van de kwalificatie te wijzigen in bezwaar volgt de rechtbank niet. Het staat ACM vrij om na in het primaire besluit uit te zijn gegaan van medeplegen in bezwaar uit te gaan van plegen, omdat zij bij nader inzien meent dat [A] als affiliate-netwerk zelf ook kwalificeert als verzender.'[251]

In hoger beroep komt dit punt van geschil niet expliciet terug.[252] Hieruit valt dan ook niet op te maken of het CBb een dergelijke wijziging van de kwalificatie toelaatbaar acht.

In een andere zaak van de ACM zien wij echter ook een wijziging van de kwalificatie terugkomen. In de HGI-zaak heeft de CA een functionaris aan de hand van de IJzerdraad-criteria[253] aangemerkt als functioneel pleger.[254] De Rechtbank Rotterdam volgt de CA (die op dat moment was opgegaan in de ACM) niet. Hierbij merkt zij ten eerste op dat de ACM ten onrechte had nagelaten om aan te geven op

246 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), p. 60-61.
247 Beslissing op bezwaar ACM 7 november 2014 (*Daisycon*), par. 7.3.1.
248 Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808.
249 Dit is bij de beoordeling van het spamverbod in het bijzonder van belang omdat op de verzender ook een wettelijke bewijslast rust.
250 Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808, r.o. 11.3.
251 Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3582, r.o. 9.4.
252 CBb 3 april 2018, ECLI:NL:CBB:2018:139.
253 Uit de IJzerdraad-uitspraak volgt dat voor het aanmerken van een functioneel pleger enerzijds vereist is dat de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en anderzijds dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is in beginsel reeds sprake indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Zie HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 m.nt. BVAR.
254 Besluit ACM 9 oktober 2012 (*HGI*), rnr. 75.

welke vorm van functioneel plegerschap gedoeld is. Vervolgens maakt zij uit de gehanteerde toerekeningsmaatstaf op dat de ACM bedoeld heeft om de functionaris als pleger dan wel medepleger aan te merken.[255] Deze constatering is opmerkelijk nu in het besluit niet expliciet is ingegaan op enige vorm van nauwe en bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering. Wel zijn er in het besluit voldoende elementen opgenomen om die punten te onderbouwen. De rechtbank gaat echter nog een stap verder door te oordelen dat de ACM de betreffende functionaris ten onrechte als functioneel pleger heeft aangemerkt, omdat hier geen sprake was van de situatie dat de gedragingen van een ondergeschikte worden toegerekend aan de rechtspersoon of degene die deze rechtspersoon drijft. De criteria uit het IJzerdraad-arrest zijn daardoor niet van toepassing. Van medeplegen was naar het oordeel van de rechtbank ook geen sprake, nu weliswaar niet noodzakelijk is dat de medepleger ook de normadressaat is, maar dan moet wel sprake zijn van een nauwe samenwerking tussen (rechts)personen.[256] Vervolgens toetst de rechtbank de zaak aan de Slavenburg-criteria en komt tot de conclusie dat de functionaris wel is aan te merken als feitelijk leidinggever.[257] Bij het CBb komt deze ambtshalve wijziging van kwalificatie aan de orde. De functionaris heeft hiertegen echter geen gronden aangevoerd en ook ter zitting aangevoerd dat zijn beroep hiertegen niet gericht was. Mede omdat de functionaris er ook niet in slaagt om te onderbouwen dat deze er alles aan gedaan heeft om de overtreding te voorkomen, maakt het CBb de overwegingen van de rechtbank in dit verband tot de zijne.[258]

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

In de Liander & NUON CCC-zaak stond de uitleg van de geheimhoudingsplicht voor netbeheerders centraal. De ACM (destijds NMa) legde aan Liander en NUON CCC een boete op omdat zij haar klantgegevens onvoldoende heeft afgeschermd, waardoor het voor energieleverancier Nuon Sales mogelijk was die gegevens in te kijken. Daardoor bestond de mogelijkheid voor Nuon Sales die gegevens te gebruiken voor eigen marketingdoeleinden. Van misbruik is niet gebleken, maar dit is ook geen vereiste voor het vaststellen van de verweten overtreding. Liander was in dit kader aangemerkt als pleger omdat de geheimhoudingsplicht op haar als netbeheerder rustte. NUON CCC is als medepleger aangemerkt, nu zij als gevolg hiervan mogelijk over de gegevens kon beschikken. De rechtbank heeft in deze zaak het oordeel van de ACM gevolgd dat de nauwe samenwerking voortvloeide uit de uitbestedingsrelatie die contractueel is vastgelegd in de dienstverleningsovereenkomst.[259] In hoger beroep pakt deze zaak echter anders uit. Het CBb heeft de onderhavige zaak doorverwezen naar de Grote Kamer vanwege de complexiteit

255 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 6.1.
256 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 6.3.
257 Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1815 (*HGI*), r.o. 8.
258 CBb 28 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:123 (*HGI*), r.o. 6.
259 Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3123 (*Nuon*), r.o. 6.2.

van het oordeel over de schending van de norm. De Grote Kamer komt uiteindelijk tot de conclusie dat de norm pas is geschonden wanneer de geheim te houden gegevens worden bekendgemaakt. Dit bleek niet het geval.[260] Zodoende was er geen sprake van een schending van de geheimhoudingsplicht door Liander. Omdat Liander de door ACM aangenomen overtreding niet heeft begaan, oordeelt het CBb logischerwijs dat NUON CCC niet als medepleger kon worden aangemerkt. Een inhoudelijke toets kon daarom achterwege blijven.[261] Het staat echter niet op voorhand vast dat het medeplegerschap in rechte stand had gehouden als de overtreding door Liander wel was komen vast te staan. In zijn conclusie bij deze zaak is advocaat-generaal Keus wel ingegaan op het vraagstuk of NUON CCC als medepleger kon worden aangemerkt.[262] Hierbij merkt de advocaat-generaal op dat hij de conclusie van de ACM niet deelt, dat het irrelevant zou zijn dat de samenwerking niet op de overtreding was gericht. De samenwerking moet naar zijn oordeel wel zijn gericht op de delictsgedraging van het grondfeit. Dit impliceert ook bij culpoze delicten een opzetvereiste op de delictsgedraging en dus niet louter op de samenwerking, hetgeen overeenkomt met het strafrechtelijke leerstuk op dit punt. De advocaat-generaal ontleent dit aan het feit dat het om een *bewuste* samenwerking moet gaan.[263] Ook is de advocaat-generaal kritisch op de vraag of NUON CCC een wezenlijke bijdrage leverde aan de verboden gedraging, nu deze volgens de ACM reeds volgde uit de contractrelatie. De rol van de deelnemende partijen bij het plegen van het delict dient volgens de advocaat-generaal immers voldoende significant te zijn en dit kwam niet direct naar voren uit de onderlinge contractuele relatie.[264]

Hoewel het gissen blijft of het CBb deze conclusie van de advocaat-generaal uiteindelijk zou hebben overgenomen, laat dit wel zien dat niet te gemakkelijk kan worden gedacht over de bewuste samenwerking. Verder valt op dat het vereiste van gezamenlijke uitvoering wordt ingevuld aan de hand van de vraag of er sprake is van een nauwe samenwerking. Mogelijk komt dit door het feit dat het hier een zorgplicht betreft die volgens de ACM onvoldoende was nageleefd. In een dergelijk geval is er eerder sprake van een nalaten in plaats van een uitvoering.

DNB heeft eenmaal een rechtspersoon als medepleger aangemerkt. Het betreft een zaak van 27 januari 2017 waar DNB een boete heeft opgelegd aan een pensioenfonds dat in strijd met artikel 116 van de Pw verrichtingen heeft gedaan die geen verband hielden met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden.[265] Het pensioenfonds kreeg zelf een boete opgelegd van € 10.000. DNB concludeert echter dat het pensioenfonds heeft samengewerkt met een vermogensbeheerder en legt deze laatste een boete op van bijna € 5 miljoen.[266] Tot slot hebben drie

260 Mollen en Klein, *Sanctierecht en Onderneming* 2015, p. 88.
261 CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76.
262 Concl. A-G Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76.
263 Concl. A-G Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, r.o. 6.32.
264 Concl. A-G Keus, ECLI:NL:CBB:2015:5, bij CBb 23 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, r.o. 6.33.
265 Besluit DNB 27 januari 2017.
266 Het verschil in boetehoogte wordt mede veroorzaakt doordat met de boete het door de vermogensbeheerder met de overtreding behaalde voordeel is ontnomen.

functionarissen van deze vermogensbeheerder een boete gekregen voor het feitelijk leidinggeven aan het medeplegen.[267]

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

In navolging van de NUON CCC-zaak volgt uit dit besluit dat de gezamenlijke uitvoering wordt ingevuld door te onderbouwen dat er sprake is van een nauwe samenwerking. Hiermee legt DNB de nadruk dus meer op de samenwerking en minder op de onderlinge taakverdeling. Dit lijkt overigens in lijn met het overzichtsarrest van de Hoge Raad ten aanzien van medeplegen, waarmee de ondergrens van het medeplegen in het strafrecht is opgetrokken.[268]

4.2 Medeplegen toch gehanteerd?

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

Hierbij valt op dat de toezichthouders er de voorkeur aan geven om de partijen over de band van de normadressaat als pleger aan te merken. Dit is in de eerste plaats te verklaren uit het feit dat deze wijze van aanmerken reeds gebruikelijk en door de rechterlijke colleges geaccepteerd was voorafgaand aan de invoering van de Vierde tranche. Voor het spamverbod zit hier zoals gezegd een extra reden achter, nu op de verzender een bewijsplicht rust om aan te tonen dat er sprake is

267 www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2017/dnb352336.jsp.
268 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 (*Overzichtsarrest medeplegen*), NJ 2015/390 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.1.

van toestemming voor de verzonden e-mailberichten. Verder zien wij dat de toezichthouders ook zoeken naar combinaties tussen medeplegen en feitelijk leidinggeven om een passende vorm van aanspreken te vinden.

De toezichthouders hebben geen prikkel om een partij aan te merken als medepleger indien hun ervaring uitwijst dat de onderzochte partijen door de brede invulling van de normadressaat ook als pleger zijn aan te merken. Bovendien helpen de ervaringen die er wel zijn met het medeplegerschap ook niet mee om toezichthouders te bewegen tot de inzet van dit instrument. Immers, ook de rechter heeft een aantal keer laten zien dat de kwalificatie kan worden gewijzigd indien er in zijn ogen een passender wijze van aanspreken aanwezig is.

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

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

Uit hetgeen hierboven in paragraaf 3 uiteen is gezet, is een aantal factoren te destilleren waarmee toezichthouders rekening lijken te houden bij de keuze feitelijk leidinggevers al dan niet aan te spreken en te beboeten. Een aantal van deze factoren blijkt ook uit beleid dat zowel de AFM als DNB heeft gepubliceerd.[269] De ACM heeft hieromtrent geen beleidsregels opgesteld. Hieronder zullen wij een overzicht geven van deze factoren.

5.1 Aard van de overtreding

De AFM en DNB hebben in hun gezamenlijke handhavingsbeleid in 2008 te kennen gegeven dat zij in elk geval bij overtreding van markttoetredingseisen zullen overwegen ook op te treden tegen feitelijk leidinggevers.[270] De AFM heeft in 2016 naar buiten gebracht dat zij altijd overweegt feitelijk leidinggevers te beboeten.[271]

De praktijk van DNB laat inderdaad zien dat de focus bij deze toezichthouder lag op schending van verschillende vergunningplichten uit artikel 2:11, eerste lid, Wft (vergunningplicht voor het uitoefenen van een bank: 'Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Europese Centrale Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank.'), artikel 2, eerste lid, Wet toezicht trustkantoren[272] (Wtt) (Vergunningplicht voor het werkzaam zijn als trustkantoor: 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn.') en artikel 2.3a Wft (vergunningplicht voor het uitoefenen van een betaaldienst: 'Een ieder met zetel in Nederland die voornemens is het bedrijf van afwikkelonderneming uit te oefenen

269 Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank (juli 2008), Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016).
270 Zie Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, p. 7.
271 Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 7.
272 Na het schrijven van dit preadvies is deze wet ingetrokken en vervangen door de Wet toezicht trustkantoren 2018, zie *Stb.* 2018, 443.

jegens betaaldienstverleners met wie zij niet in een groep is verbonden, geeft daarvan kennis aan de Nederlandsche Bank onder vermelding ten aanzien van welke in de definitie van afwikkeldiensten onderscheiden werkzaamheden hij dat voornemen heeft'). Dit beleid heeft DNB in januari 2017 nog bevestigd bij het CBb.[273] DNB heeft begin 2017 echter voor het eerst ook feitelijk leidinggeven aan een andere overtreding dan markttoetredingseisen beboet. Het betrof feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 116 van de Pw dan wel het feitelijk leidinggeven aan het medeplegen van deze overtreding. De overtreding bestond uit het verrichtten van andere activiteiten dan activiteiten in verband met pensioen of daarmee verband houdende activiteiten. Het is de vraag of DNB (ook) in de toekomst meer de focus gaat leggen op overtredingen niet zijnde markttoetredingseisen.

De AFM heeft in haar Boetebeleid feitelijk leidinggevers aangegeven dat de focus niet enkel ligt op markttoetredingseisen. Uitgangspunt is dat de rechtspersoon wordt beboet, maar 'Er wordt altijd overwogen om daarnaast één of meer feitelijk leidinggevers te beboeten. De overwegingen worden altijd in het overdrachtsmemo vastgelegd.'[274] Om reden van efficiency kan een onderzoek naar een feitelijk leidinggever achterwegen blijven.[275] De praktijk wijst dit ook uit. De AFM beboette feitelijk leidinggeven aan overtredingen van verschillende vergunningplichten, het ten onrechte niet voorleggen van prospectussen ter goedkeuring, het niet aanmelden van beleidsbepalers, verschillende verbodsbepalingen (het niet mogen ontvangen van provisie, colportage, misleiden consumenten, verspreiden misleidende informatie) en het niet voeren van adequaat beleid dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt.

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

5.2 Aard van de overtreder-leidinggever

De toezichtrelatie kan ook van belang zijn bij de afweging om al dan niet zwaardere handhavingsinstrumenten in te zetten. Zoals door de AFM en DNB benoemd in hun gezamenlijke handhavingsbeleid zou een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief effectiever zijn bij rechtspersonen die onder toezicht staan dan bij rechtspersonen die zich aan dat toezicht onttrekken.[276] Als wij naar de zaken kijken waarin de toezichthouders feitelijk leidinggevers hebben beboet, valt op dat zij inderdaad weinig feitelijk leidinggevers hebben beboet bij rechtspersonen waarmee de toezichthouders een intensieve toezichtsrelatie hebben opgebouwd.

273 CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14 (*Besluit DNB 31 juli 2013*), r.o. 7.2.
274 Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 7.
275 Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 7.
276 Zie Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, p. 9.

De toezichthouders lijken een voorkeur te hebben voor het aanmerken van feitelijk leidinggevers op hoge posities in kleine rechtspersonen. In een enkel geval worden ook lagere functionarissen aangesproken, als zij zeer dicht op het vuur zitten en zeer actief betrokken zijn bij het gedrag. Daarbij kijkt de toezichthouder of de functionaris ten tijde van de overtreding aan de criteria voldeed. Dat een functionaris niet meer werkzaam is bij het betreffende bedrijf en dus geen enkele positie meer inneemt staat het aanmerken van de functionaris als feitelijk leidinggever niet in de weg.[277] Een lage functionaris zou bijvoorbeeld ook aangepakt kunnen worden als deze het *compliance*-beleid van de rechtspersoon niet naleeft. De toezichthouder moet dan ook bekijken of de leidinggever van deze functionaris wist van het gedrag, om vast te stellen of ook hij als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.

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

5.3 Ook de rechtspersoon of enkel de feitelijk leidinggever?

In de zaken die wij hebben bekeken wordt soms enkel de feitelijk leidinggever beboet of zowel de normadressaat als de feitelijk leidinggever(s). De AFM beboet in vier van de negentien zaken enkel de feitelijk leidinggever.[278] DNB kiest daarvoor in vier van de tien zaken.[279] De ACM lijkt het beleid te hanteren dat zij behalve aan de feitelijk leidinggever altijd een boete oplegt aan de normadressaat.

In het beleid van de AFM is terug te lezen waarom zij de keuze maakt in sommige gevallen enkel de feitelijk leidinggever te beboeten:

> 'Met het uitsluitend beboeten van de feitelijk leidinggever wordt het accent op de persoon achter de rechtspersoon gelegd. Dat kan met het oog op publicatie wenselijk zijn, als er gerede kans bestaat dat de feitelijk leidinggever in de toekomst via een andere onderneming wederom overtredingen zal begaan.'[280]

Vervolgens overweegt zij 'Indien de rechtspersoon ontbonden is beboet je ook enkel de feitelijk leidinggever'.[281]

277 Zie begeleidend bericht bij Besluit AFM 25 november 2016 (*Blokweg*) op www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/mrt/boete-blokweg-muijselaar.
278 Besluit AFM 18 juli 2013 (*OVN*) waarbij de rechtspersoon failliet was; Besluit AFM 25 november 2016; Besluit AFM 9 november 2017 (*Visie*); Besluit AFM 29 augustus 2013 (*MSP*).
279 Besluit DNB 9 november 2012; Besluit DNB 10 augustus 2012; CBb 17 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151 (*Besluit DNB 25 september 2012*); CBb 3 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:2016:359 (*Besluit DNB 7 augustus 2013*).
280 Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 3.
281 Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM (juli 2016), p. 3.

Zoals hierboven vermeld beboet de AFM soms ook enkel feitelijk leidinggevers, omdat zij wil laten zien dat sommige functionarissen mogelijk via andere rechtspersonen in de toekomst overtredingen zullen begaan. Zij lijkt daarmee recidive kenbaar te maken en te willen voorkomen. Ook de ACM hanteert eenzelfde redenering. Zoals in de HGI-zaak aan de orde kwam, wil de toezichthouder de functionaris die als 'kwade genius' achter het verboden gedrag zit ook beboeten, zodat bij een volgende overtreding waarbij de functionaris betrokken is, recidive kan worden meegenomen in het bepalen van de boete.[282]

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

Los van hetgeen hierboven is opgemerkt, kunnen er altijd persoonlijke (schrijnende) omstandigheden zijn, waarom de toezichthouder af kan zien van het aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers. De AFM heeft dit expliciet in haar beleid opgenomen.[283]

5.4 Medeplegen

Zoals volgt uit hoofdstuk 4 van dit preadvies hebben de toezichthouders nog onvoldoende zaken behandeld om te kunnen spreken over een bestendige lijn ofwel beleid. De ACM en DNB hebben op dit punt geen beleidsregels opgesteld en ook de AFM heeft in haar handhavingsbeleid expliciet overwogen dat het onnodig is om afzonderlijk beleid op te stellen voor medeplegen. Reden hiervoor is dat het sporadisch voorkomt dat het middel medeplegen wordt ingezet.[284]

Uit de zaken die de toezichthouders wel hebben behandeld valt dan ook op te maken dat de toezichthouders steeds zaakspecifieke redenen hebben om een partij als medepleger aan te wijzen. Uit de systematiek van de wet volgt dat het moet gaan om partijen die niet alle bestanddelen van het delict vervullen, oftewel een rechtspersoon of een persoon die meewerkt aan een overtreding maar die niet zelf

282 Besluit ACM 9 oktober 2012 (*HGI*).
283 Boetebeleid feitelijk leidinggevers AFM, par. 3.3.
284 Boetebeleid feitelijk leidinggevers AFM, p. 8.

als pleger is aan te merken. In de zaken hebben wij kunnen zien dat de grens tussen pleger en medepleger dun is en dat de rechter het lijkt toe te staan om deze kwalificatie in een latere fase te wijzigen. In grote lijnen kan gesteld worden dat de toezichthouders geneigd zijn om deze kwalificatie toe te passen indien zij overtuigd zijn van de betrokkenheid van een partij, maar inzien dat deze mogelijk niet bij alle elementen van de overtreding betrokken is.

In het geval van de Clever Life-zaak was dit, omdat de functionaris zelf in de zienswijze met succes wist te onderbouwen dat het niet in haar macht lag om de overtreding te beëindigen.[285] Daarmee zou zij dus niet aan de Slavenburg-criteria voldoen. In het geval van het pensioenfonds lag het voor de hand dat DNB de rechtspersoon als medepleger zou aanmerken, nu de norm zich richt tot het pensioenfonds en deze partij een investeringsmaatschappij was die de feitelijke uitvoering van de overtreding op zich nam.[286] Voor de NUON CCC-zaak van de ACM is een vergelijkbare situatie aan de orde nu de norm zich richtte tot de andere overtreder en NUON CCC de ontvanger was van de gegevens en daarmee dus een belangrijke bijdrage leverde aan de overtreding. Bij de Celldorado-zaak was er sprake van een lege werkmaatschappij die als overtreder kon worden aangemerkt, terwijl de medewerkers in dienst waren van de bestuurder en enig aandeelhouder.[287] Bij Goltex ging het juist om een zustermaatschappij die ten behoeve van de aangesproken maatschappij handelingen verrichtte.[288] In de overige zaken van de ACM lijkt de toezichthouder te twijfelen over de juiste kwalificatie. In de HGI-zaak heeft de ACM nagelaten om nader te duiden welke vorm van functioneel plegerschap zij de functionaris toerekende. Hoewel de rechter uit de verwijzing naar de IJzerdraad-uitspraak heeft afgeleid dat het om medeplegen zou moeten gaan, is dit echter niet aan de orde nu de functionaris niet samenwerkte met de overtreder maar hier feitelijk leiding aan gaf. Dan past de rechter op basis van de feiten het feitelijk leidinggeverschap toe.[289] In de Daisycon-zaak was er sprake van een samenwerkende keten aan bedrijven, waarbij de rol van Daisycon in die keten voor ACM duidelijk was.[290] De ACM merkt in haar besluit op dat Daisycon niet automatisch als normadressaat en dus zelf als pleger kon worden aangemerkt.[291] Zij zag wel genoeg argumenten om Daisycon aan te merken als medepleger.[292] De voorzieningenrechter geeft hier echter duidelijkheid in, waardoor in de rest van de procedure gesproken wordt over pleger.[293]

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

285 Besluit AFM 29 november 2012 (*Clever Life*), p. 22-23.
286 Besluit DNB 27 januari 2017.
287 Besluit CA 17 juni 2010 (*Celldorado*), rnr. 382 en 383.
288 Besluit CA 7 april 2011 (*Goltex*), rnr. 119-123.
289 Rb. Rotterdam 20 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:1815, r.o. 6.1 t/m 6.3.
290 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 218 t/m 222.
291 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), rnr. 273.
292 Besluit ACM 4 oktober 2013 (*Daisycon*), par. 10.3.1.
293 Rb. Rotterdam (vrz.) 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7808, r.o. 11.1 t/m 11.3.

6 Zijn de toezichthouders succesvol?

Het *trackrecord* voor wat betreft feitelijk leidinggeven en medeplegen bij de toezichthouders is erg goed. In zeven van de 48 bestudeerde zaken blijft de overtreding van de rechtspersoon niet (geheel) overeind.[294] Slechts in drie van de zaken die wij hebben bekeken was de rechter van oordeel dat een (deel van de) functionaris(sen) ten onrechte als feitelijk leidinggever was aangemerkt.[295] In de Daisycon-zaak werd de boete voor de feitelijk leidinggevers vernietigd, omdat de evenredigheid van de boete aan de feitelijk leidinggevers niet op de juiste wijze was gemotiveerd.[296] Ten slotte is de boete aan een feitelijk leidinggever van de AFM vernietigd, maar de reden daarvan is nog onbekend.[297] De toezichthouders lijken prudent om te gaan met het instrument en de rechter oordeelt dat zij juridisch gezien de feitelijk leidinggeven-toets juist hanteren.

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

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

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

297 Besluit AFM 25 november 2016.

7 Concluderende vergelijking ACM, AFM en DNB

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

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

7.1 Inhoudelijke toetsing

Uit de analyse van de besluitvorming van de toezichthouders volgt dat deze bij het al dan niet aanmerken en beboeten van feitelijk leidinggevers, in lijn met de jurisprudentie, grote waarde hechten aan de feitelijke positie en wetenschap van een functionaris. In veruit de meeste zaken constateren de toezichthouders dat er sprake is van een actieve bijdrage van de functionaris aan het verboden gedrag.[298] Naar onze mening duidt dit erop dat de toezichthouders de lat voor zichzelf redelijk hoog leggen voor zij een feitelijk leidinggever persoonlijk aansprakelijk houden. De suggestie dat er sprake zou zijn van een vorm van risicoaansprakelijkheid is in de praktijk naar ons oordeel dan ook onterecht gebleken. Juist in de zaken waarin functionarissen zich actief bemoeiden met de verweten gedraging

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

zijn de toezichthouders overgegaan tot het beboeten van de feitelijk leidinggever. De LHV-zaak laat zien dat bij twijfel over kennis van de gedraging, omdat een van de bestuurders slechts zijdelings was betrokken bij de overtreding, wordt afgezien van het betrekken van de feitelijk leidinggever.[299] Dat het in de rechterlijke fase vervolgens lastig is om als feitelijk leidinggever te betogen dat je niet voldoet aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium, zoals Peek en De Vries concluderen,[300] ligt naar onze mening aan het feit dat de bestuursorganen niet lichtzinnig met dit instrument omspringen.

Deze constatering wordt mede ondersteund door het feit dat de toezichthouders juist meer aandacht schenken aan de feitelijke betrokkenheid bij de gedraging, dan aan de formele positie op papier binnen de rechtspersoon. Uit de zaken valt ook op te maken dat de toezichthouders in de meeste gevallen overgaan tot het beboeten van feitelijk leidinggevers, omdat hun volgens ons ook daadwerkelijk een persoonlijk verwijt te maken is nu zij zeer op de hoogte waren van de gedragingen en wisten of behoorden te weten van de wederrechtelijkheid hiervan. De feitelijk leidinggevers stonden veelal aan de wieg van de verboden gedraging, hebben het beleid uitgewerkt of waren actief betrokken bij de gedraging en de klachtafhandeling. De toezichthouders blijven hier aan de bovengrens van de Slavenburg-criteria. Het feit dat je als bestuurder verantwoordelijk bent voor een bepaald onderdeel van de organisatie, is dus niet doorslaggevend bij de vervolgbeslissing. De kritiek van Van Bekkum[301] delen wij dan ook niet, nu ook hij ervan lijkt uit te gaan dat feitelijk leidinggevers wisten of behoorden te weten dat de betreffende gedragingen een overtreding opleverden. Dit is, zoals hiervoor toegelicht en door het CBb bevestigd, niet de norm voor het aansprakelijk stellen van een feitelijk leidinggever in het bestuursrecht.[302]

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

Juist door deze constateringen zijn wij van mening dat tot nu toe niet is gebleken dat er in de praktijk feitelijk sprake is van een risicoaansprakelijkheid die noopt tot een andere invulling van het vereiste opzet. Naar onze mening is het in het economisch bestuursrecht bovendien onwenselijk dat bij het aansprakelijk stellen van

299 Besluit ACM 30 december 2011 (*LHV*), rnr. 165; Beslissing op bezwaar ACM 3 februari 2014 (*LHV*), par 5.
300 Peek en De Vries, *Financieel Recht*, nr. 3, p. 102.
301 Van Bekkum, *Ondernemingsrecht* 2013/114, p. 5 e.v.
302 CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 (*OVN*), r.o. 3.7.

feitelijk leidinggevers boos opzet aan de orde zou moeten zijn. De normen waar de toezichthouders op toezien, bevatten geen opzetelement. Door dit wel te vereisen bij de feitelijk leidinggevers ontstaat de situatie dat voor het beboeten van het bedrijf dat de overtreding begaat geen boos opzet vereist is, maar voor de feitelijk leidinggever wel. Dit leidt tot twee sporen binnen het economische bestuursrecht.

Hierbij merken wij verder op dat het feit dat de normen in het economisch bestuursrecht meer *principle-based*, voor meerdere uitleg vatbaar of onduidelijk zouden zijn, wat ons betreft niet kan leiden tot een bozer opzet voor de feitelijk leidinggevers. In de eerste plaats geldt dat dit argument even goed op kan gaan voor het overtredende bedrijf. Niet valt in te zien waarom voor de bestuurders de lat hoger zou moeten liggen, al zien wij wel dat toezichthouders vooral zaken oppakken waarin de functionaris een persoonlijk verwijt te maken valt omdat hij actief betrokken was bij het gedrag en op de hoogte was of zou moeten zijn van de wederrechtelijkheid van het gedrag. In de tweede plaats is er binnen het bestuursrecht altijd ruimte om de verwijtbaarheid lager vast te stellen indien een feitelijk leidinggever zich uitgebreid heeft laten informeren door (externe) deskundigen, maar alsnog door een verkeerde interpretatie van deze deskundige de norm overtreedt. Een zorgplicht zoals Vellinga[303] en Van Asperen de Boer[304] voorstaan is aldus in dit kader reeds vervuld. Ten derde zien de normen waar de toezichthouders op handhaven dikwijls op specialistische markten waar van bedrijven en hun bestuurders ook mag verwacht worden dat zij zich verdiepen in de regelgeving. Dit doen de toezichthouders, en met hen de rechters,[305] dan ook. Wat ons betreft behoort het ook tot de verantwoordelijkheid van een bedrijf en zijn leidinggevers om zich de regelgeving waarbinnen men mag opereren eigen te maken. Dit behoort ook tot de taak van de professionele ondernemer. Wij spreken dan ook eerder van een verantwoordelijkheidsaansprakelijkheid dan van een risicoaansprakelijkheid. Dit brengt ons tot de volgende stelling:

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

De tweede constatering die wij hebben gedaan is dat de toezichthouders bij grote complexe organisaties er tot op heden minder vaak voor kiezen om de feitelijk leidinggevers aan te spreken. De toezichthouders lijken op dit vlak voorzichtig te zijn. Dit is verklaarbaar gezien het dilemma van de toezichthouder dat bij functionarissen die hiërarchisch hoger zijn, de afstand tot de overtreding doorgaans groter is, waardoor het risico bestaat om te dicht tegen de ondergrens van de Slavenburg-criteria aan te zitten. Hoewel het goed is dat de toezichthouder secuur met zijn bevoegdheden omgaat, moet dit er niet toe leiden dat feitelijk

303 Concl. A-G Vellinga, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, bij HR 24 april 2007, NJ 2007/544, par. 23.
304 Van Asperen de Boer, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014, nr. 1.
305 CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140 (*Limburgse bouw*); Besluit ACM 1 juli 2015 (*Calatus*), r.o. 173; Besluit ACM 14 januari 2016 (*Calatus*), rnr. 109; Besluit ACM 26 mei 2016 (*Financial Media*), rnr. 317; Besluit NMa 20 november 2012 (*Taxi's*), rnr. 54; CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 6.5 en CBb 8 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:91 (*Besluit DNB 13 maart 2014*), r.o. 8.

leidinggevers van overtredingen in grotere en complexe organisaties de dans kunnen ontspringen. In het kader van de gelijkheid is het wenselijk dat toezichthouders in alle gevallen onderzoeken of er functionarissen verantwoordelijk zijn voor de verboden gedragingen. Ook in de gevallen waar er sprake is van een vaste toezichtrelatie moet naar onze mening het aanspreken van de verantwoordelijke leidinggevers een reële optie zijn. Wij realiseren ons hierbij dat het vaststellen van de precieze verhoudingen in een complexe en gelaagde rechtspersoon extra onderzoek en capaciteit vergt, maar dat mag naar ons oordeel niet leiden tot ongelijkheid. Onze volgende stelling luidt dan ook:

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

7.2 Beboeting

Evenredigheid en draagkracht kunnen een grote matigende invloed hebben op de boetehoogte.[306] Nu AFM en DNB de elementen die zij meewegen los bespreken en het gepubliceerde beleid van AFM inzicht geeft in de toetsing, komt uit de bekeken zaken een duidelijk beeld naar voren: er wordt veel gematigd op grond van evenredigheid/proportionaliteit en draagkracht. De ACM houdt (tegenwoordig) ook in elke zaak rekening met de financiële positie van de feitelijk leidinggever, maar in welke mate dit element invloed heeft op de uiteindelijke evenredige boetehoogte is gezien de wijze van motiveren onbekend.[307] Gelet op deze wijze van motiveren is het begrijpelijk dat de buitenwereld stelt dat er weinig *guidance* wordt gegeven omtrent het berekenen van de boetehoogte.

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

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

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

De AFM en DNB verzoeken bij het voornemen tot boeteoplegging altijd om informatie over de financiële positie van de functionaris. Daarbij verstrekken de AFM en DNB een vragenlijst. In een aantal gevallen wordt deze lijst, soms na meermaals wijzen op de mogelijkheid een beroep te doen op beperkte draagkracht in de sanctiefase, ingevuld en wordt een eventueel matigingsverzoek op grond van draagkracht met behulp van de vragenlijst en bijbehorende stukken onderbouwd. De ACM verzoekt later in de procedure (in de sanctiefase), waarin een boetebesluit wordt voorbereid, om inzicht in de financiële gegevens.[308]

Indien de functionaris een hardheidsverweer voert en beperkte draagkracht wordt vastgesteld, matigt de toezichthouder naar aanleiding daarvan de boete voor de desbetreffende functionaris.[309] Indien geen enkel inzicht wordt gegeven in de draagkracht van een functionaris, kan de toezichthouder geen rekening houden met deze draagkracht.[310] In een groot aantal gevallen dat er een beroep wordt gedaan op beperkte draagkracht, zijn de aan de toezichthouder overgelegde stukken niet volledig of niet/onvoldoende onderbouwd,[311] zelfs bij de rechter.[312] Daarnaast valt op dat functionarissen pas in een later stadium in de procedure (in bezwaar, beroep of zelfs pas in hoger beroep) een beroep op beperkte draagkracht doen,[313] zelfs bij de AFM en DNB die al in een vroeg stadium een vragenlijst toesturen.[314]

Gelet op het voorgaande lijkt de procedure omtrent een beroep op ontoereikende draagkracht nog niet op rolletjes te lopen. Het draagkrachttraject zou volgens

---

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

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

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

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

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

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

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

ons beter moeten kunnen werken, zeker in het geval van beboeting van feitelijk leidinggevers. Deze boete treft iemand in persoon.

Nu er een roep is om hogere boetes en boetemaxima en bandbreedtes al zijn verhoogd,[315] zou dit kunnen leiden tot nog meer draagkrachtverweren. Daarom is dit zeker het juiste moment om eens te kijken op welke wijze het draagkrachttraject voor zowel de functionaris als de toezichthouder beter zou kunnen verlopen. Enerzijds kunnen (sommige) toezichthouders een actievere rol innemen. Zij kunnen waar het kan transparantie omtrent de draagkrachtbeoordeling en *guidance* over de omvang van de bewijslast bieden. De kritiek op het gebied van *guidance* omtrent de beoordeling van draagkrachtverweren is dan ook deels terecht. Dit geldt temeer nu de bewijslast bij de functionaris ligt. Anderzijds mag wat verwacht worden van de functionaris. Deze lijkt (of zijn vertegenwoordigers lijken) soms (ten onrechte) terughoudend te zijn in het aanleveren van stukken die voldoende inzicht bieden in de financiële situatie.[316] Het is de vraag of het aanleveren van financiële gegevens wel zo vrijblijvend zou moeten zijn. Gezien de vrijblijvendheid bij het aanleveren van gegevens is het namelijk lastig voor de toezichthouder een boete vast te stellen die daadwerkelijk is afgestemd op de draagkracht van de functionaris. Dit heeft tot gevolg dat, zolang de onwetendheid en de vrijblijvendheid overheerst, er het risico bestaat dat onevenredige boetes worden vastgesteld. Gelet op het voorgaande komen wij dan ook tot de volgende stellingen:

> Stelling: Vrijblijvendheid bij het aanleveren van financiële gegevens maakt dat het voor de toezichthouder lastig is een evenredige boete (naar draagkracht) vast te stellen. Daarom is het ook in het belang van de feitelijk leidinggever dat de toezichthouder in een vroeg stadium over de benodigde stukken beschikt.

> Stelling: De bewijslast bij een draagkrachtverweer ligt bij de feitelijk leidinggever; daarom is het wenselijk dat toezichthouders vroeg in de procedure *guidance* bieden wat betreft aan te leveren stukken en wijze van vaststelling van de draagkracht.

7.3 Factoren

Uit de beschreven praktijk hebben wij een aantal factoren gedestilleerd die van belang lijken te zijn bij het al dan niet aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever. DNB leek zich in de bestudeerde zaken vooral te focussen op feitelijk leidinggevers bij markttoetredingseisen. Zij legde vorig jaar wel boetes op aan feitelijk leidinggevers aan een verbodsbepaling. De AFM beboet feitelijk leidinggevers aan diverse overtredingen naast markttoetreding. De ACM heeft de focus op kartels en consumentenbeschermingsbepalingen. Alle toezichthouders lijken met name feitelijk leidinggevers op hoge posities in minder complexe kleinere organisaties aan te spreken die zeer actief betrokken zijn bij het verboden gedrag. Het betreft ook minder vaak feitelijk leidinggevers die al onder het vaste

315 Zie bijvoorbeeld de verhoogde bedragen - art. 12n Iw ACM en 1:81 lid 2 Wft. Zie ook het preadvies van Winkels en Van der Linden.

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

toezicht van de toezichthouder vallen. Zoals ook in het beleid van AFM en DNB staat, kan dit te maken hebben met het feit dat een eventuele overtreding bij een onder toezicht gestelde rechtspersoon op een minder vergaande wijze aangepakt en verholpen kan worden. De toezichthouders moeten ervoor zorgen dat dit niet tot ongelijke behandeling leidt.

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

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

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

7.4 Medeplegen

Medeplegen blijkt een veel minder succesvol instrument te zijn voor toezichthouders. Zij maken er in hun beleid dan ook geen geheim van dat de situatie dat er sprake is van medeplegen sporadisch voor komt.[317] Zoals wij eerder hebben opgemerkt, lijkt dit deels te worden veroorzaakt door het feit dat de toezichthouders deze kwalificaties niet nodig lijken te hebben om alle deelnemers aan de verboden gedraging aan te spreken. Nu in het economisch bestuursrecht vaak sprake is van specifieke normadressaten lijkt de nadruk in de besluitvorming meer te liggen op de vraag wie in dat kader verantwoordelijk is en dus niet welke partij nu precies welk delictsbestanddeel heeft verricht en dus ook niet of er nu sprake is van een pleger of een medepleger. Alleen als de toezichthouders erover twijfelen of een partij is aan te merken als normadressaat, wordt de kwalificatie medepleger gehanteerd.

317 Boetebeleid feitelijk leidinggevers AFM, p. 8.

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

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

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

7.5 Trackrecord

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

8 Conclusies

Gelet op het voorgaande komen wij tot de conclusie dat de kritiek op de bevoegdheid om feitelijk leidinggevers in het economisch bestuursrecht te beboeten niet geheel terecht is gebleken. De toezichthouders kunnen goed uit de voeten met de Slavenburg-criteria en de criteria om medeplegen vast te stellen. In de afgelopen jaren hebben de toezichthouders in 48 zaken één van beide deelnemingsvormen ingezet en slechts in enkele gevallen heeft de rechter de beboeting van de feitelijk leidinggever of de medepleger onrechtmatig geacht gezien de toepassing van beide bevoegdheden. Reeds daarom kan worden geconcludeerd dat de toezichthouders deze middelen op een juiste wijze inzetten en dus niet over de schreef gaan.

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

De toezichthouders leggen, en met hen de rechtspraak, de lat hoog als het gaat om de vereiste kennis die nodig is om te acteren op de markten waar zij toezicht op houden. Het verweer dat een leidinggever geen boos opzet had, lijkt niet te kunnen slagen. Indien een bedrijf of leidinggever niet wist dat een vergunning vereist is om bepaalde handelingen op de financiële markt te verrichten, had het op zijn weg gelegen om dit na te gaan. Ook bij kartels worden functionarissen geacht te beseffen dat bepaalde samenwerkingsvormen niet zijn toegestaan. Voor consumentenrecht geldt in het bijzonder dat de handelaar zich (bewust) verrijkt ten koste van de consument.

Met medeplegen is zoals gezegd minder ervaring opgedaan. Weliswaar hebben de toezichthouders in het verleden deze deelnemingsvorm vaak niet nodig geacht, omdat de aangesproken overtreders doorgaans ook als pleger zijn aan te merken. Dit maakt echter niet dat de toezichthouders de bevoegdheid om medeplegen te beboeten ontoereikend achten. Met name als niet vaststaat dat sprake is van de normadressaat, dan lijken de toezichthouders dit middel aan te grijpen om

partijen aan te spreken die wel een belangrijke rol in de overtreding hebben gehad. Onze voorkeur zou ernaar uitgaan om een zuiverder onderscheid te maken tussen de pleger en de medepleger indien een partij niet alle delictselementen vervult, maar de toezichthouders en de rechtspraak lijken hier flexibel mee om te gaan. Dit heeft er ook in geresulteerd dat deze kwalificatie gedurende de procedure kan worden gewijzigd. Wederom moet de toekomst uitwijzen of deze aansprakelijkheidsvorm meer gestalte zal krijgen, maar wij willen hem niet bij voorbaat al afschrijven. Er zijn immers genoeg situaties denkbaar waarin onvoldoende vast staat dat een partij die een groot aandeel heeft gehad in de overtreding toch niet aan alle delictselementen heeft voldaan.

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

9 Stellingen

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

Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband

*Mr. M. van der Linden en mr. J. Winkels**

1	**Inleiding**	**211**
1.1	Aanleiding van het preadvies	211
1.2	Afbakening van het preadvies	214
1.3	Opbouw van het preadvies	215
2	**Aansprakelijkheid van concerns**	**217**
2.1	Over concerns	217
2.2	Strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband	218
2.2.1	Verschillende mogelijkheden voor bestraffing van rechtspersonen in concernverband	218
2.2.2	De moedervennootschap als pleger	218
2.2.3	De moedervennootschap als feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging van de dochtervennootschap	221
2.3	Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband	224
2.3.1	Ruimhartige uitleg van het overtredersbegrip – de moedermaatschappij als 'overtreder'	225
2.3.2	Verdere illustratieve jurisprudentie van het College	228
2.4	Tussenconclusie	229
3	**Evenredigheid van sancties**	**231**
3.1	Inleiding	231
3.2	Evenredigheid van sancties in het strafrecht	231
3.3	Evenredigheid van sancties in het financieel bestuursrecht	235
3.3.1	Het huidige boetesysteem	237
3.3.2	De draagkracht van de overtreder	240
3.4	Tussenconclusie	243

* 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.

4 De rol van draagkracht en delictsevenredigheid bij het sanctioneren van concerns in de rechtspraktijk 245
4.1 In het strafrecht 245
4.1.1 Vooraf 245
4.1.2 Jurisprudentie 245
4.1.3 Transactiepraktijk van het Openbaar Ministerie 247
4.2 In het financieel bestuursrecht 252
4.2.1 Vooraf 252
4.2.2 Beboeting van de rechtspersoon in context 253
4.2.3 Verder kijken mag bij de bepaling van de financiële draagkracht 254
4.2.4 Rechters blijven toch soms wel kritisch 255

5 Beschouwingen 257
5.1 Vooraf: over het geloof in hoge straffen 257
5.2 Over aansprakelijkheid in concernverband 258
5.3 Over de evenredigheid van sancties in concernverband 260

6 Conclusie 263

7 Aanbevelingen/stellingen 265

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.[1] Deze ontwikkeling is zichtbaar in het (financieel-economisch) strafrecht, maar heeft zich aanvankelijk met name in het financieel bestuursrecht gemanifesteerd. De 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.[2] Bovendien zouden hoge boetes nodig zijn om de uit de overtreding verkregen winsten af te romen.[3] Het gevolg hiervan is dat sancties vaak niet meer in verhouding staan tot de ernst van het feit (delictsevenredigheid). De delictsevenredigheid komt in het bijzonder onder druk te staan bij de bestraffing van rechtspersonen die onderdeel uitmaken van (kapitaalkrachtige) concerns. De draagkracht van de rechtspersoon (of zelfs het concern) weegt als strafbepalende factor (veel) zwaarder dan de ernst van het feit.

De vraag wat een evenredige sanctie is, is eenvoudig noch eenduidig te beantwoorden. 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.[4] Dat geldt temeer 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?

---

1 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.

2 D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2009, p. 128.

3 A.G. Mein, 'Van licht naar zwaar, de evolutie van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015-5/6, p. 259.

4 M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR preadviezen 2014), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 115.

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 moedervennootschap van die rechtspersoon of andere verweven rechtspersonen? Kan de draagkracht van de moedervennootschap meewegen als de moedervennootschap 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 essentiële strafrechtelijke grondslagen: het schuldbeginsel en de delictsevenredigheid. Onder het schuldbeginsel verstaan wij het algemeen aanvaarde beginsel dat een (rechts)persoon niet 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.[5] Daarbij geldt (net als bij natuurlijke personen) dat rechtspersonen in beginsel alleen strafrechtelijk aansprakelijk gehouden kunnen worden voor hun eigen gedragingen.[6] Onder delictsevenredigheid wordt begrepen het beginsel dat een straf in een evenredige verhouding tot het gepleegde delict moet staan.

Omdat het punitief bestuursrecht in materieel opzicht deel uitmaakt van het strafrecht, betekent dit dat de (essentiële) grondslagen van het strafrecht ook in het punitief bestuursrecht hebben te gelden.[7] Bij het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes dienen (onder meer) deze strafrechtelijke grondslagen dus het uitgangspunt te zijn. Overtuigende redenen die rechtvaardigen dat deze grondslagen niet of minder zouden moeten gelden voor bestuurlijke boetes, zijn er in onze optiek niet (zie hierna).

De evenredigheid van bestuurlijke boetes was onderwerp van kritiek in het (ongevraagde) advies van de Raad van State over de sanctiestelsels.[8] De Raad van State signaleerde dat op relatief lichte overtredingen zeer hoge bestuurlijke boetes zijn gesteld, die ook daadwerkelijk worden opgelegd. De Raad van State adviseerde tot verzwaarde rechtsbescherming in het punitief bestuursrecht en meer samenhang en evenwicht tussen het bestuursrechtelijk en strafrechtelijk stelsel. Ten aanzien van de uitkomst van de sanctiezwaarte bepleitte de Raad van State 'eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van boetes' in het bestuursrecht

5 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 214-215 en 282 en C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-preadviezen 2014), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 19-23.

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

7 H.E. Bröring, 'Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht', Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 22; Albers 2014, p. 18-19 met aanvullende bronverwijzing.

8 Zie hierover ook: N.G.H. Verschaeren, 'Het Kabinetsstandpunt 2018 over de verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht naar aanleiding van het ongevraagde advies van de AARvS nader beschouwd', *Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht* 2018/61.

en het strafrecht.[9] In ons preadvies sluiten wij hierbij aan: delictsevenredigheid en het schuldbeginsel dienen zowel in het strafrecht als in het punitief bestuursrecht als uitgangspunten te gelden voor de bepaling van de hoogte van boetes.

In 2018 werd de kabinetsreactie op het advies van de Raad van State gepubliceerd. Het kabinet erkent dat de hoogte van bestuurlijke boetes 'op maatschappelijke kritiek en juridische grenzen is gestuit'. Het geeft aan voornemens te zijn om, ter bevordering van de voornoemde eenheid van uitgangspunten, bij het bepalen van de hoogte van (maxima van) bestuurlijke boetes aan te sluiten bij de boetecategorieën en boetemaxima uit het strafrecht. Een voorstel dat op het eerste gezicht wel verrast, maar valt toe te juichen en tegemoetkomt aan de door de Raad van State gesignaleerde knelpunten. Bij nadere beschouwing blijkt echter hoe het kabinet die aansluiting voor zich ziet: in verband hiermee zal namelijk worden bezien 'in hoeverre de huidige strafrechtelijke boetecategorieën daartoe verdere aanpassing (verhoging of verfijning) behoeven om zo de aansluiting met de bestuurlijke boetehoogtes te faciliteren'.[10] Kortom: het is wachten op het wetsvoorstel ter verhoging van de strafrechtelijke geldboetemaxima, ten behoeve van 'eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van boetes'.

In de kabinetsreactie wordt ook ingegaan op de redenen die zouden moeten rechtvaardigen dat bestuurlijke boetes in vergelijking met strafrechtelijke boetes hoger zijn. Ten eerste zouden relatief hoge boetes nodig zijn om overtredingen van het ('niet zwaar moreel beladen') ordeningsrecht te voorkomen. Nog afgezien van de vraag of de gedachte van de calculerende overtreder juist is (zie hierover paragraaf 5.1), geldt dat dit geen onderscheidende factor is. Ook in het strafrecht worden immers vele 'amorele' normen gehandhaafd. Sterker nog: het gaat soms om dezelfde normen die zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden. De tweede rechtvaardiging voor relatief hogere bestuurlijke boetes zou zijn dat bestuursrechtelijke voorschriften veelal rechtspersonen adresseren en rechtspersonen een relatief grotere draagkracht hebben. Ook dit argument overtuigt niet. Alle strafrechtelijke voorschriften adresseren óók rechtspersonen. In het strafrecht is bovendien bij wet expliciet rekening gehouden met de mogelijkheid om rechtspersonen zwaarder te beboeten dan natuurlijke personen (zie hierover paragraaf 3.2). Een derde factor betreft de afwezigheid van een ontnemingsmaatregel in het bestuursrecht. Het bestuursrecht kent geen ontnemingsmaatregel zoals in het strafrecht, waardoor de bestuurlijke boete mede ter ontneming van verkregen voordeel strekt. Dit lijkt ons meer een argument voor de invoering van een ontnemingsmaatregel in het bestuursrecht. Het is in ieder geval geen overtuigend argument voor hoge bestuurlijke boetemaxima, omdat deze (over het algemeen) ook gelden in de gevallen dat geen of nauwelijks voordeel is verkregen. Ten vierde wordt gewezen op het feit dat Europese wetgeving invloed heeft op de boetemaxima en ten aanzien van sommige overtredingen voorschrijft dat er bepaalde boetes op worden gesteld. Dit argument geldt echter óók voor het

9 Raad van State, 'Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabelen in het strafrecht en het bestuursrecht', advies W03.15.0138/II, gepubliceerd in: *Stcrt.* 2015, 30280.

10 *Kamerstukken II* 2017/18, 34775, 102.

strafrecht en bovendien alleen voor een beperkt aantal voorschriften. Het rechtvaardigt bijvoorbeeld niet het invoeren van deze hoge boetemaxima over de gehele linie van het financieel toezichtrecht (zie hierover paragraaf 3.3). Ten slotte zou 'een veranderd inzicht in de strafwaardigheid van bepaalde overtredingen en de behoefte om meer sturing te geven aan de hoogte van de op te leggen sancties' rechtvaardigen dat bestuurlijke boetes vergeleken met strafrechtelijke boetes hoger moeten zijn. Wij zien niet in op welke wijze deze factor onderscheidend vermogen heeft ten opzichte van het strafrecht. Daar spelen deze wensen uiteraard evenzeer.

De reactie van het kabinet is niet verrassend in het huidige repressieve klimaat waarin sprake lijkt van een 'haasje-over spel' tussen het (financieel) bestuursrecht en het strafrecht om de hoogste boetemaxima en de hoogste straffen.[11] Dat het kabinet het advies van de Raad van State aangrijpt om de strafrechtelijke boetemaxima te willen verhogen, in plaats van de doorgeschoten bestuurlijke boetemaxima te verlagen, is naar onze overtuiging onnodig, onwenselijk en niet wat de Raad van State heeft beoogd. Volgens ons kan en moet deze opwaartse spiraal worden doorbroken door de delictsevenredigheid en het schuldbeginsel (weer) voorop te stellen bij het bepalen van de hoogte van sancties in het strafrecht én het (punitief) bestuursrecht. Deze 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'[12] en de neiging om steeds maar hoger te willen straffen. 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 eenieder gelden, zoals het verbod op koersmanipulatie en het verbod op zakelijk opereren als verzekeraar of bank zonder vergunning.

11 D.R. Doorenbos, 'Beboeting van rechtspersonen', *Strafblad* 2014, p. 100.
12 Vrij naar Van Dis (Kamerlid SGP) in: *Handelingen Tweede Kamer* 1981/82, 18 mei 1982, p. 3364.

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 lid 1 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.[13] Andere relevante factoren zijn bijvoorbeeld recidive en (proces)houding van de rechtspersoon. Waar relevant komen ook deze factoren (zijdelings) aan bod.

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 rechtspraktijk (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).

13 Zie hierover Van Emmerik en Saris 2014.

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 dicht bij 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'.[14] 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 (art. 51 Sr en art. 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

14 S.M.B. Bartman, A.F.M. Dorresteijn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, paragraaf I.1 (Concernbegrip en concernrecht).

bestuursrecht (dat daarbij aansluit op grond van art. 5:1 Awb) biedt daar verschillende mogelijkheden toe.[15]

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 moedervennootschap willen vervolgen. Redenen daarvoor kunnen zijn dat de moedervennootschap (vaak de naamgever van het concern) bekend is bij het grote publiek, een grotere draagkracht heeft en de vervolging van de moedervennootschap 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 eraan in de weg om moedervennootschappen zonder grondslag aansprakelijk te houden voor de gedragingen van een dochtervennootschap.[16] Een ander algemeen beginsel van het Nederlandse strafrecht is het schuldbeginsel: 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.[17] Een 100 procent 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 moedervennootschap als pleger en de moedervennootschap als feitelijk leidinggever.[18]

2.2.2 De moedervennootschap als pleger

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

15 Kristen 2010, p. 121-189 en C.N.J. Kortmann, 'Meer rechtseenheid in het overtredersbegrip? Over functioneel daderschap en overtredingen in concernverband', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017/21, p. 3-4.

16 Kristen 2010, p. 158.

17 De Hullu 2018, p. 219. Zie ook: Kortmann 2017, p. 5 en HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1329.

18 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 moedervennootschap 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.

strafbare gedraging van een natuurlijke persoon redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.[19] 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 delictsomschrijving een subjectief bestanddeel bevat (opzet of schuld), dient vervolgens vastgesteld te worden dat daarvan (ook) op het niveau van de moedervennootschap 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 moedervennootschap.[20]

De Drijfmest-criteria kunnen rechtstreeks en indirect worden toegepast op het toerekenen van gedragingen aan een moedervennootschap. Bij rechtstreekse toerekening wordt de verboden gedraging buiten de dochtervennootschap om aan de moedervennootschap toegerekend. Bij indirecte toerekening vindt de toerekening getrapt plaats: eerst wordt een verboden gedraging aan de dochtervennootschap toegerekend en vervolgens aan de moedervennootschap.[21] 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 moedervennootschap 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.[22]

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband is met name het laatste Drijfmest-criterium potentieel van waarde (beschikken en aanvaarden). Indien de moedervennootschap 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

19 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938.
20 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0145, NJ 1997/109 en HR 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.
21 De Hullu 2018, p. 178 en Kristen 2010, p. 155-157.
22 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.

dat een moedermaatschappij over het algemeen instructiemacht heeft over haar dochter, waardoor aan het beschikkingscriterium veelal zal worden voldaan. Indien de moedervennootschap 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 moedervennootschap *geen* wetenschap had van de gedraging. Kristen geeft in dat verband het voorbeeld van een moedervennootschap die door een gebrekkig georganiseerd concernverband onwetend is van de strafbare gedragingen. Deze moedervennootschap zou op basis van de schending van de zorgplicht geacht kunnen worden de gedraging van de dochtervennootschap te hebben aanvaard.[23] Dan moet er uiteraard wel sprake zijn van zorg die *in redelijkheid* van haar kon worden gevergd.

Met De Hullu concluderen wij dat het Drijfmest-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.[24] Er zijn echter wel grenzen. Een eerste voorbeeld betreft een geval waarin het Openbaar Ministerie (tevergeefs) poogde om buiten de dochtervennootschap om te gaan. Het gaat om een zaak waarbij de moedervennootschap van een concern werd vervolgd wegens een te zwaar beladen vrachtauto. De vrachtauto was in eigendom en de chauffeur was in dienst van een dochtervennootschap. Waar de politierechter van de Rechtbank Arnhem van oordeel was dat deze gedraging aan de moedervennootschap 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.'[25]

Dit arrest bevestigt dat 'de enkele omstandigheid' dat sprake is van een 100 procent moeder-dochterverhouding onvoldoende is voor redelijke toerekening aan een moedervennootschap. 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.[26] 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

23 Kristen 2010, p. 163-164.
24 De Hullu 2018, p. 178-179.
25 Gerechtshof Arnhem 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT6907.
26 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.

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. Een van de verdachte vennootschappen (hierna: bedrijf X) werd (onder meer) vervolgd voor medeplegen van valsheid in geschrift (valse facturen) door een zustervennootschap (hierna: bedrijf Y). De advocaat-generaal 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 Y waren aangetroffen. Het hof meende dat bedrijf 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 directeuren, waarbij een van de directeuren de (valse) facturen opmaakte. Bedrijf X en bedrijf Y werkten bovendien 'feitelijk voortdurend nauw samen' en waren gevestigd in één kantoor. De advocaat-generaal 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 advocaat-generaal 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 advocaat-generaal te ver.[27] De Hoge Raad casseert (overigens op een ander onderdeel) en heeft de zaak teruggewezen.[28]

2.2.3 De moedervennootschap als feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging van de dochtervennootschap

Een tweede grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van een moedervennootschap wegens een verboden gedraging van een dochtervennootschap 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

27 Conclusie A-G bij HR 19 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:644.
28 HR 18 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1685.

concernverhoudingen (...) een adequate strafrechtelijke vertaling van de werkelijkheid [kan] zijn.'[29]

Voor feitelijk leidinggeven wordt aangesloten bij materiële verantwoordelijkheid, niet bij formele verantwoordelijkheid.[30] In het algemeen geldt dat voor feitelijk leidinggeven 'een zekere macht, invloed en verantwoordelijkheid' is vereist *met betrekking tot het strafbare feit*.[31] Macht, invloed en verantwoordelijkheid met betrekking tot de dochtervennootschap is dus (op zichzelf) niet voldoende. Ook in dit verband geldt dus dat het feit dat een moedervennootschap (100 procent van de) aandelen van een dochtervennootschap 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.[32]

Voor feitelijk leidinggeven door de moedervennootschap moet éérst vastgesteld worden dat de dochtervennootschap een strafbaar feit heeft gepleegd. Nadat dat vast is komen te staan, kan de (eventuele) rol die de moedervennootschap daarbij heeft gespeeld aan bod komen. Daarvoor is overigens niet vereist dat de dochtervennootschap zelf strafrechtelijk vervolgd wordt.[33]

Feitelijk leiddinggeven zal (aldus de Hoge Raad in het voornoemde overzichtsarrest) over het algemeen bestaan uit actief en effectief gedrag van – in dit geval – de moedervennootschap dat het begaan van een strafbaar feit door de dochtervennootschap heeft bevorderd. Hierbij geldt een dubbel opzetvereiste. De moedervennootschap dient zowel (voorwaardelijk) opzet op het feitelijk leidinggeven als (voorwaardelijk) opzet op het strafbare feit te hebben.[34] 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 moedervennootschap ook tot het oordeel leiden dat zij feitelijk leiding heeft gegeven. Deze ondergrens wordt bepaald door de zogenoemde Slavenburg-criteria.[35] 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 moedervennootschap die – hoewel bevoegd en redelijkerwijs gehouden – geen maatregelen neemt om verboden gedragingen van de dochtervennootschap te voorkomen. In een dergelijke situatie wordt de moedervennootschap 'geacht'

29 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. Wolswijk.
30 De Hullu 2018, p. 505.
31 De Hullu 2018, p. 510.
32 HR 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948, NJ 1992/414.
33 Vgl. HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1330, NJ 1999/633.
34 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. 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.
35 De Hullu 2018, p. 512.

opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. Dit vereist uiteraard wel dat de moedervennootschap kennis heeft van de gedragingen; zonder kennis kan zij immers niet ingrijpen. Niet bewezen hoeft te worden dat de moedervennootschap precies wist hoe, waar en wanneer de dochtervennootschap het strafbare feit heeft gepleegd.[36] Aan de andere kant is onoplettendheid en onachtzaamheid onvoldoende voor feitelijk leidinggeven: strafrechtstoepassing leidt immers niet tot risicoaansprakelijkheid.[37]

De moedervennootschap moet vervolgens de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Daarvan kan sprake zijn indien de moedervennootschap haar werkzaamheden zo organiseert dat de aan de dochtervennootschap gegeven opdrachten niet kunnen worden uitgevoerd zonder het plegen van strafbare feiten. Ook indien de moedervennootschap bekend was met het begaan van strafbare feiten door de dochtervennootschap 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 moedervennootschap over het algemeen (1) beschikkingsmacht hebben over de verboden gedraging en (2) niet de zorg hebben betracht die in redelijkheid van haar kon worden gevergd met het oog op de voorkoming daarvan.

In de gepubliceerde jurisprudentie hebben wij één voorbeeld aangetroffen van een strafzaak waarbij een moedervennootschap werd vervolgd wegens feitelijk leidinggeven aan een strafbaar feit van een dochtervennootschap. 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 rederijconcern wegens dood door schuld. Het ging om een dochter- en moedervennootschap (hierna respectievelijk: bedrijf A en bedrijf B). Een andere dochtervennootschap 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

36 De Hullu 2018, p. 512-513.
37 Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1792.

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.[38]

Dit vonnis illustreert dat voor feitelijk leidinggeven door een moedervennootschap vereist is dat de moedervennootschap kennis heeft van de gedragingen. Wanneer niet bewezen kan worden dat de moedervennootschap 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 behoeft 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)).'[39]

Er zal dus – ook in het bestuursrecht – 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 leidinggevenden 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

38 Rb. Amsterdam 4 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8911.
39 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 134.

gegeven dan wel daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.[40] 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.'[41]

2.3.1 Ruimhartige uitleg van het overtredersbegrip – 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.[42] 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 overtredersbegrip. 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 overtredersbegrip dat gehanteerd wordt in het bestuursrecht:

---

40 *Kamerstukken II* 2003/04, 28702, 3, p. 81.
41 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 125.
42 HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN771, NJ 2011/124 m.nt. Mevis.

> 'Overtreder is degene die het desbetreffende wettelijke 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.'[43]

Waar Bleeker hier in zijn preadvies nader in detail op ingaat, volstaan wij met een beperktere 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.[44] 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.[45] 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.'[46]

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.[47] 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],

43 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.
44 Zoals ook is bepaald in ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1053.
45 Kortmann 2017, p. 8.
46 ABRvS 22 januari 2014, AB 2014/144 m.nt. Vermeer.
47 ABRvS 25 november 2009, *M en R* 2010/18 m.nt. Warendorf.

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].
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.[48] 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'.[49]

Ook in de wetsgeschiedenis werd de deur reeds op een kier gezet voor gebruikmaking van het criterium 'nauwe (bestuurlijke en economische) verwevenheid'.[50] In deze casus werd een van de drie economisch en bestuurlijk nauw verweven vennootschappen als overtreder aangemerkt, hoewel de vergunning die overtreden zou zijn formeel op naam zou hebben gestaan van een van de andere ondernemingen. Het hanteren van dit criterium lijkt met name risico's te creëren voor aandeelhouders en zustervennootschappen. Dit geldt temeer 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 overtredersbegrip 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.[51] Dergelijke vermoedens rechtvaardigen naar onze overtuiging niet het hanteren van een ruim overtredersbegrip. Om door concernverhoudingen

48 Zie hiertoe o.a. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, W.H. Vellinga, *Ambtshalve onderzoeken en beslissen in strafzaken* (Studiepockets Strafrecht deel 44), Deventer: Kluwer 2015 en W.D.H. Asser, L.J.A. Damen en G. Knigge, 'Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005', *Default Journal* 2006, p. 8.
49 Asser, Damen en Knigge 2006, p. 30.
50 *Kamerstukken II* 2003/04 29702, 3, p. 78-79.
51 Kortmann 2017, p. 1.

heen te kijken dient men een materiële beoordeling van de feiten en omstandigheden te hanteren waarbij *juist* door vennootschapsstructuren heen wordt gekeken. Uiteraard dient de werkelijk verantwoordelijke (rechts)persoon aangesproken te worden. In het strafrecht levert deze materiële beoordeling geen problemen op met betrekking tot het aansprakelijk houden van de verantwoordelijke (rechts)personen in concernverhoudingen.

2.3.2 Verdere illustratieve jurisprudentie van het College

De rechtspraak van het CBb ligt dichter bij de uitgangspunten die in het strafrecht worden gehanteerd. In een uitspraak van 2015[52] is te lezen dat appellante in de zaak aanvoerde dat de overtreding niet door haar is begaan, maar door een dochter van de moedervennootschap van appellante. Volgens appellante was sprake van verschillende vennootschappen die ook werkzaam 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 daderschap. Volgens de AFM had appellante volledige zeggenschap over de gewraakte transacties en deze zouden volledig in haar machtssfeer 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 dader. Het enkele feit dat deze vennootschap een dochteronderneming is van de moedermaatschappij van appellante, betekent nog niet dat deze vennootschap en appellante met elkaar vereenzelvigd 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.[53]

Los van de vraag of het CBb hier de juiste maatstaf hanteert – nu de AFM spreekt van functioneel daderschap 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.

52 CBb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150.
53 CBb 12 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:150 (zie r.o. 4.1).

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 Drijfmest-criteria en de criteria voor feitelijk leidinggeven) ook consequent toegepast en zijn deze weinig omstreden.

Dit ligt anders in het punitief bestuursrecht. Hoewel het uitgangspunt geldt dat voor wat betreft leerstukken zoals daderschap 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 overtredersbegrip. 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 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 (kapitaalkrachtig) 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 maximumhoogtes van boetes betreft.[54] Dat is op zichzelf opvallend omdat het soms om (overtredingen van) wetsartikelen gaat die zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk afgedaan kunnen worden.[55] 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 rechtspraktijk wordt aangekeken tegen sanctionering van rechtspersonen in concernverband.

3.2 Evenredigheid van sancties in het strafrecht

Indien de strafrechter een feit bewezen verklaart, komt hij toe aan de straftoemeting. De straftoemetingsvraag wordt in het strafrecht beschouwd als een van de ingewikkeldste 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.[56] Rechtseenheid en rechtszekerheid worden onder andere beoogd met de oriëntatiepunten voor straftoemeting van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht (LOVS), die aanbevelingen geven over de soort en hoogte

54 Zie hierover in bredere zin: H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman en 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*, Rijksuniversiteit Groningen/WODC 2012.

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

56 Van Emmerik en Saris 2014, p. 112.

van de straf. Deze aanbevelingen binden de strafrechter in een concrete zaak echter niet.[57]

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, omdat deze niet alleen afhankelijk is van inkomen maar ook van uitgaven.[58] 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'.[59] De wetgever meende dat toepassing van de maximumstraf op basis van financiële draagkracht alleen toelaatbaar is indien dit mede steunt op andere overwegingen, bijvoorbeeld hardnekkige recidive.[60] 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 (art. 23 lid 2 Sr). De maximumgeldboete 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 (art. 23 lid 3 Sr). Er zijn zes categorieën met oplopende maxima (art. 23 lid 4 Sr): de eerste categorie, 415 euro; de

57 Oriëntatiepunten voor straftoemeting en overige LOVS-afspraken, via www.rechtspraak.nl.
58 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 3, p. 19-20.
59 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 5, p. 13.
60 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 3, p. 42.

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.[61]

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 (art. 57 lid 2 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 zogenoemd '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 lid 7 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 strafverzwaringsmogelijkheid voor rechtspersonen. Het systeem van de wet impliceert immers dat de maximale geldboetes gereserveerd dienen te worden voor de ernstigste gevallen waarbij geen strafverminderende omstandigheden aangewezen kunnen worden.[62] De wetgever gaat er bovendien van uit dat de optimale sanctie, de minimale sanctie is.[63] 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, dat 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.[64] Redenen om de sprongbevoegdheid *wél* toe te passen zijn bijvoorbeeld de ernst en duur van het feit en de omvang van het bedrag dat ermee verdiend is.[65] Ook bij fatale arbeidsongevallen wordt vanwege de ernst van de gevolgen van het strafbare feit soms (maar niet altijd) gebruikgemaakt van de sprongbevoegdheid voor rechtspersonen.[66]

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

61 Deze bedragen worden elke twee jaar (bij algemene maatregel van bestuur) aangepast aan de ontwikkeling van de consumentenprijsindex. Zie art. 23 lid 9 Sr.
62 Doorenbos 2014, p. 99.
63 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 3, p. 42.
64 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof's-Hertogenbosch 16 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF9498; Rb. Rotterdam 16 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8987 en Rb. Maastricht 13 maart 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BA0569.
65 Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Nederland 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:411; Rb. Noord-Nederland 10 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4950 en Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:572.
66 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 25 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1341; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 juli 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5418; Rb. Groningen 25 oktober 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB6505 en Rb. Amsterdam 21 september 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA7215.

(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 gebruikgemaakt 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.[67]

Sinds 1 januari 2015 bevat artikel 23 lid 7 Sr een tweede strafverhogende 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.[68] 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.[69] De omzetgerelateerde boete is bovendien een breuk met het op delictsevenredigheid gebaseerde systeem van de vermogensstraffen. Bij de invoering van de Wet vermogenssancties werd nog expliciet overwogen dat de omvang van een bedrijf bezwaarlijk als leidraad kan dienen bij de strafoplegging.[70] 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.[71] 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 gebruikmaakt 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

67 Ktg. Haarlem 13 februari 2001, ECLI:NL:KTGHAA:2001:AA9951.
68 *Kamerstukken II* 2012/13, 33685, 3, p. 9-10.
69 Zie met name T. Kooijmans en M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond 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 2014, p. 100.
70 *Kamerstukken II* 1977/78, 15012, 3, p. 42.
71 Borgers en Kooijmans 2012-2, p. 9.

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 nettojaaromzet 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'.[72] Als men deze redenering zou volgen, betekent dit dat indien een moedervennootschap het beleid van een dochtervennootschap bepaalt (wat dat in strafrechtelijke zin ook moge betekenen), haar omzet betrokken kan worden bij de bestraffing van de dochtervennootschap, 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 vennootschap te betrekken bij het bepalen van de hoogte van een straf. De (dochter)vennootschap beschikt immers niet over de middelen van de moedervennootschap. 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 moedervennootschap de boete (grotendeels) zal moeten dragen. De moedervennootschap 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.[73]

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 190 procent van de jaaromzet 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

72 *Kamerstukken II* 2013/14, 33685, 6, p. 13.
73 Doorenbos 2014, p. 97-105 en Borgers en Kooijmans 2012-1, p. 8.

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.[74] 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.[75]

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.'[76] 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.'[77]

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 zo veel 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. 'Boetes moeten proportioneel zijn en niet te laag uitvallen'.[78] Zoals eveneens uit het Verslag Referentiekader geldboetes blijkt, is de gedachte dat een vaste boete-

74 *Kamerstukken II* 1997/98, 25821, 3, p. 8.
75 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.
76 *Kamerstukken II* 2007/08, 31458, 3, p. 3.
77 *Stb.* 2009, 329, p. 28.
78 Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 61.

systematiek het de 'calculerende overtreder' 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.'[79] 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 procent 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 procent van de nettojaaromzet.

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 overtreder 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.[80] 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.'[81]

Opmerkelijk is dit naar onze mening wel. Europese regels (de Verordening marktmisbruik en de Richtlijn marktmisbruik) vereisten dit inderdaad ten aanzien van enkele overtredingen uit de Wft,[82] 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

79 Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 61.
80 *Kamerstukken II* 2014/15, 33964, 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.
81 Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 144.
82 Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 137-146.

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 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 procent 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 art. 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.[83]

83 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.' (MvT – 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 art. 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.

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.

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'.[84] 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.[85] 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 boetetoemetingsbeleid openbaar te maken, zodat meer inzicht werd verkregen in dit interne beleid.[86] Uit dit beleid blijkt dat de AFM een stappenplan bestaande uit zeven stappen hanteert om van het basisbedrag te komen tot het uiteindelijke boetebedrag.[87] 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

84 *Stb.* 2009, 329, p. 25.
85 *Stb.* 2009, 329, p. 25.
86 Dit deed het College in ECLI:NL:CBB:2017:309.
87 Gelet op de inzichten die in dit boetetoemetingsbeleid 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.

basisbedrag worden verlaagd of verhoogd met maximaal 50 procent in stappen van 25 procent, zo blijkt uit het boetetoemetingsbeleid 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'.[88]

Deze definiëring 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 boetetoemetingsbeleid van de AFM blijkt dat hier gebruik wordt gemaakt van drie stappen om de hoogte van de omzetgerelateerde boete vast te stellen. Het basisbedrag daarbij is in principe 20 procent van het geldende maximum – aldus 2 procent 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 procent 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 lid 2 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.'[89]

88 *Kamerstukken II* 2015/16, 34455, 3, p. 29.
89 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 141.

Hieruit blijkt in ieder geval expliciet dat het dient te gaan om de draagkracht van de overtreder; niet de draagkracht van de moeder- of zustervennootschap 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.'[90]

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 Richtlijn kapitaalsvereisten (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 jaarinkomen 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 weg bewandelen. Ook de soliditeit en liquiditeit van een instelling kunnen elementen zijn waarmee de draagkracht kan worden bepaald.'[91]

Uit het boetetoemetingsbeleid van de AFM blijkt dat onderscheid wordt gemaakt tussen de objectieve en subjectieve draagkracht van een onderneming.[92] 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 boetetoemetingsbeleid zelf, namelijk 'om te bewerkstelligen dat een grotere onderneming voor eenzelfde soort overtreding een hogere boete opgelegd krijgt dan een kleinere onderneming'.[93] Toepassing van de Draagkrachttabel leidt tot een basisbedrag voor de op te leggen boete die voor een grotere onderneming dus hoger zal zijn dan

90 *Stb.* 2009, 329, p. 26.
91 *Stb.* 2009, 329, p. 28.
92 Op het moment dat de 'Leidraad vaststellen hoogte bestuurlijke boete' van DNB en het 'Boetetoemetingsbeleid 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).
93 Boetetoemetingsbeleid AFM, p. 4.

in geval van een kleinere onderneming – hoewel 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'[94] en is in het boetetoemetingsbeleid 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'.[95] 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 temeer 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 boetetoemetingsbeleid, 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 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.[96] Van een brede introductie van de omzetgerelateerde 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

94 Boetetoemetingsbeleid AFM, p. 3.
95 Boetetoemetingsbeleid AFM, p. 7.
96 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.

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 wegkwamen 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.'[97]

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 temeer 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'.[98] 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[99] tot matiging over moeten gaan. Anders zou de boete immers niet meer in verhouding staan tot de ernst van de overtreding.

3.4 Tussenconclusie

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

97 Van Es en Kraaijeveld 2016, p. 144-145.
98 Altena en Kraaijeveld 2018, p. 136 en *Stb.* 2009, 329, p. 26.
99 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.

zogenoemde draagkrachtbeginsel is daarbij van secundaire betekenis.[100] Gelet op het systeem van de wet (met gefixeerde boetemaxima per categorie) is de invoering van de omzetgerelateerde 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.[101] 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 overtuiging overigens met name een boeteverhogende werking.

100 Doorenbos 2014, p. 99.
101 Bröring, Den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2012, p. 6.

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.[102]

Ook in een zaak bij het Gerechtshof Amsterdam, waar sprake was van een vervolging van een rechtspersoon en zijn 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.[103]

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.[104]

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.[105]

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'

102 Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2390; Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2216; Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2217; Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2218; Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2364 en Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2345.
103 Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2230.
104 Rb. Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6680.
105 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911.

en veroordeelde de aan Gulf verwante rechtspersoon tot een geldboete van € 450.000.[106] 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).[107]

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 nettowinst 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.[108] 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 zogenoemde 'plea agreement' uit 2006 van een zustervennootschap 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.[109] Het hof legt evenals de rechtbank een geldboete van € 1.000.000 op.[110]

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.

106 Rb. Amsterdam 5 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH3561.
107 Gerechtshof Amsterdam 10 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9652.
108 Rb. Amsterdam 23 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN2149.
109 Zie hierover nader: R. de Rijck, 'Trafigura en concernrecidive', *Nederlands Juristenblad* 2010, 1399. Anders: Doorenbos 2014, p. 104.
110 Gerechtshof Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.

Het wettelijk kader voor de hoogte van transacties is relatief eenvoudig: transacties worden gebaseerd op artikel 74 Sr. Artikel 74 lid 2 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.[111] Naast het 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 Drijfmest-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 gedoeld op een van de Drijfmest-aanwijzingen voor redelijke toerekening blijft (voor ons) evenwel gissen.[112] 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.

111 Rb. Amsterdam 3 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8844.

112 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.

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'.[113] We kunnen vaststellen dat ING, los van de voordeelsontneming, een bedrag van bijna 4 procent 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 procent 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-) 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

113 'Schikking ING is beter dan proces', interview met Margreet Fröberg, hoofdofficier van justitie, *NRC Handelsblad* 4 september 2018.

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 'bestraffing' 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 Nederlandse Openbaar Ministerie en de Amerikaanse autoriteiten, waarvan 457 miljoen US dollar aan wederrechtelijk verkregen voordeel. De 'straf' van het Nederlandse 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.[114] 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 lid 2 Sr bepaalt dat bij een verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit is begaan, de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast.[115] 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

114 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.

115 Zie ook EHRM 17 september 2009 (*Scoppola t. Italië*), AB 2010/102.

in aanmerking is genomen voor de hoogte van het transactiebedrag.[116] 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.[117] 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 moedervennootschap.[118] Wetenschap van de valsheid is geen onbelangrijk detail bij een verwijt van valsheid in geschrift in de zin van artikel 225 Sr.

---

116 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.

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

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

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' 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 paragraaf 3.3 is reeds stilgestaan bij het interne boetetoemetingsbeleid 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 betrekt. 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.[119] 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 gebruikgemaakt te worden van de matigingsbevoegdheid.[120] 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

119 CBb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309.
120 Zie hiertoe o.a. CBb 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO9910, JOR 2004/173 m.nt. Grundmann-van de Krol en CBb 7 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443, JOR 2007/185 m.nt. Peters.

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 zijn draagkracht om een eventuele (verdere) matiging te kunnen realiseren.[121]

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.

Een besprekenswaardige uitspraak is die van het College van 3 mei 2016.[122] 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 procent dochter was. Tegen deze bestuurlijke boetes zijn de betrokkenen in beroep gegaan.

De rechtbank[123] 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 leidinggevenden werden door de rechtbank gematigd tot € 50.000 en € 25.000. Daarbij is niet alleen gekeken naar de individuele draagkracht van de feitelijk leidinggevenden, 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 leidinggevenden 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 leidinggevenden 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 leidinggevenden 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 leidinggevenden opgelegde boetes. Het hoger beroep is dan ook ongegrond.

121 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).
122 CBb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104.
123 Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298.

Bestuurlijke beboeting van feitelijk leidinggevenden 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.[124]

Overigens kan ook een vennootschapsrechtelijke splitsing bestuurlijke beboeting niet in de weg staan. Zo blijkt uit de volgende casus[125] 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 een van de betrokken partijen en zijn beide door de AFM bestuurlijk beboet. Vanwege de vennootschapsrechtelijke splitsing in twee rechtspersonen heeft 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 overtredingen gaat. Daarbij zijn door appellante geen argumenten, feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan een verdere matiging gerechtvaardigd zou zijn.[126]

4.2.3 Verder kijken mag bij de bepaling van de financiële draagkracht

Uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 augustus 2017[127] 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'.[128]

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.[129] Gegeven de financiële verwevenheid kijkt het College kennelijk dus wel degelijk verder dan de draagkracht van enkel en alleen de overtreder.

---

124 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.
125 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3832.
126 CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67 (zie r.o. 5.34).
127 Rb. Rotterdam 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264.
128 Rb. Rotterdam 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264 (zie r.o. 6.4).
129 CBb 7 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1184.

Zo werd in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 april 2015[130] 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 procent aandeelhouder, hoewel 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 agiostortingen 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]'.[131]

Overigens kan een zorgelijke ontwikkeling die wij zien in uitspraken van de Afdeling in Wav-zaken[132] in dit kader niet onbesproken 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 de dochteronderneming werd meegenomen, maar ook de financiële positie van de moedermaatschappij in de beoordeling werd betrokken.[133] 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.[134] 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

130 Rb. Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2430.
131 CBb 21 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:206 (zie r.o. 7.5). De uitspraak in beroep betrof Rb. Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759.
132 Zaken met betrekking tot de Wet arbeid vreemdelingen.
133 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2120 (zie r.o. 9.3-9.4).
134 ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2501 (zie r.o. 11.5).

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.[135] 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.[136] 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.[137] Rechters blijven dus gelukkig (soms) wel kritisch.

135 CBb 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507.
136 Rb. Rotterdam 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3171.
137 Rb. Rotterdam 25 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3171 (zie r.o.10).

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.[138] 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 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'.[139] 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.[140]

Uit onderzoek is gebleken dat het beeld van een amorele, calculerende onderneming die enkel met zware straffen tot naleving gedwongen kan worden, losstaat

138 Mein en Doets 2016, p. 303-305.
139 Kamerbrief van de Minister van Financiën van 13 mei 2016 betreffende de Inventarisatie ervaringen boetestelsel 2009-2015, p. 2.
140 Mein en Doets 2016, p. 303-305. Zie ook Mein 2015, p. 131.

van de werkelijkheid.[141] Recent uitte Van Wingerde twijfels bij de afschrikkingsgedachte omdat uit onderzoek blijkt dat eventuele preventieve effecten eerder uitgaan van de pakkans en (negatieve) publiciteit.[142] Het is ook niet onze ervaring dat overtredingen van ondernemingen voortkomen uit een bewuste en op boetecalculatie gebaseerde afweging.[143]

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.[144] 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.[145] Dit geldt overigens temeer nu dezelfde toezichthouder steeds vaker toetsingen uitvoert op betrouwbaarheid en geschiktheid van bestuurders van financiële instellingen.[146] Dit zal de eventuele vechtlust van bestuurders wel doen afnemen. Doorenbos spreekt in dat verband over het ontstaan van een steeds grimmiger toezichtpraktijk.[147] Dat is onwenselijk, want een goede werkverhouding wordt juist als een belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht beschouwd.[148]

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

141 H.G. van de Bunt, *Organisatiecriminaliteit* (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 17.
142 C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij. Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regelnaleving in de Nederlandse afvalbranche*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 22-24, 61 en 311-312.
143 Doorenbos 2014, p. 101.
144 Kraaijeveld en Van Es 2016, p. 146.
145 Mein 2015, p. 21.
146 G.J. Brugman, '(Her)toetsing op geschiktheid als drukmiddel', *Tijdschrift voor compliance* 2015, p. 255-260.
147 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.
148 Mein 2015, p. 21.

van rechtspersoonlijkheid en het schuldbeginsel zijn er mogelijkheden om een moedervennootschap aan te spreken en te bestraffen voor gedragingen van een dochtervennootschap.

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 moedervennootschappen worden vervolgd voor gedragingen van een dochtervennootschap 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 Drijfmest-criteria consequent toegepast. Bepalend is uiteindelijk of de rechter het *redelijk* acht om de gedraging aan de moedervennootschap toe te rekenen. Het antwoord op die normatieve vraag blijkt sterk afhankelijk te zijn van de concrete feiten en omstandigheden.

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 Drijfmest-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 'bestraffing' 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.[149] 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.[150] 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.[151] 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.[152] 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 maximumstraf voor rechtspersonen, afstand heeft genomen van dit systeem. Borgers en Kooijmans hebben maar deels gelijk gekregen in hun verwachting dat het met de impact van de omzetgerelateerde geldboete in de praktijk wel mee zal vallen.[153] Het Openbaar Ministerie heeft immers dankbaar gebruikgemaakt 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,

149 Walter 2018, p. 122-134.
150 Zie: de Rechtspraak, 11 oktober 2018, *Megaschikkingen schadelijk voor vertrouwen in rechtsstaat*, via www.rechtspraak.nl.
151 Gerechtshof Amsterdam 10 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9652.
152 Gerechtshof Amsterdam, 23 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9237.
153 Borgers en Kooijmans 2012-1, p. 9.

de (nieuwe) raad van bestuur of raad van commissarissen – letterlijk koste wat het kost van een dreigende strafvervolging 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. De bovengrens van de bestraffing zou 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 het hanteren van een dergelijk 'pijn-criterium' ontbreekt echter iedere grondslag. Straffen dienen passend en evenredig te zijn en om dit te bereiken dient als maatstaf de delictsevenredigheid vooropgesteld te worden.

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 klemt temeer nu bij de bepaling van de subjectieve draagkracht – de mogelijk boeteverlagende 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.

6 Conclusie

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 gebruikgemaakt 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.

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

*Mr. dr. M.J. Hornman**

1	**Inleiding**	**269**
1.1	Aanleiding en focus	269
1.2	Probleemstelling en opbouw preadvies	271
2	**Onderzoeksachtergrond en methodologische verantwoording**	**273**
2.1	Hiërarchische aansprakelijkheid en de problematiek van de vele handen	273
2.2	De tekortkomingen van het traditionele piramidale organisatiebeeld	275
2.3	Behoefte aan meer en meer actuele organisatietypologieën	276
3	**Organisatietypologieën van Mintzberg**	**279**
3.1	Totstandkoming van de typologieën	279
3.2	De vijf typologieën van Mintzberg	283
4	**Gevolgen van typologieën voor aansprakelijkheid**	**289**
4.1	Voorwaarden voor aansprakelijkheid	289
4.2	Specificering van zorgplicht naar typologie	290
4.3	Heldere verantwoordelijkheidslijnen en feitelijke vermoedens bij simpele structuren	293
4.4	Twee belangrijke oorzaken voor straffeloosheid: afstand en decentrale autonomie	299
4.5	Bezwaarlijkheid van en alternatieve oplossingen voor straffeloosheid	301
5	**Conclusie: hebben de typologieën meerwaarde?**	**307**
6	**Stellingen**	**313**

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

1 Inleiding

1.1 Aanleiding en focus

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

In mijn proefschrift heb ik getracht diezelfde vraag voor het strafrecht te beantwoorden, waarbij ik heb geconcludeerd dat het hanteren van typologieën van ondernemingen inderdaad kan bijdragen aan het concretiseren en verduidelijken van de zorgplicht van leidinggevenden, en daarmee aan het bevorderen van zowel rechtszekerheid als effectieve rechtshandhaving.[1] Het bestuur van de Jonge VAR heeft mij gevraagd om te onderzoeken of eenzelfde concretisering van de zorgplicht van leidinggevenden van ondernemingen kan worden gerealiseerd voor het bestuursrecht. Naar de achtergrond van die vraag hoeft niet lang te worden gegist. In de praktijk blijken het met name de meer omvangrijke en complexe ondernemingen te zijn waar individuele aansprakelijkheid van leidinggevenden zich lastig laat vaststellen. Veelal omdat er meerdere potentieel verantwoordelijken in beeld komen waardoor het zicht op ieders individuele verantwoordelijkheid – wie is waarvoor verantwoordelijk? – vertroebelt. Dat leidt tot willekeur in het vervolgings- en sanctioneringsbeleid en creëert rechtsonzekerheid voor eenieder die in het aansprakelijkheidsvizier van de overheid komt. Bovendien worden de betrokkenen hierdoor – mogelijk ten onrechte – blootgesteld aan een langdurige en ingrijpende juridische procedure die, ongeacht de uitkomst, blijvende sporen zal nalaten. Tegelijkertijd bemoeilijkt deze onvoorspelbaarheid effectieve handhaving voor diezelfde overheidsinstanties. Als niet duidelijk is welke leidinggevende waarvoor verantwoordelijk is, wordt het ook lastig om de juiste leidinggevenden op hun verantwoordelijkheid aan te spreken. Dat kan erin resulteren dat de verkeerde leidinggevenden worden aangesproken, dat het verwijt aan het adres van de leidinggevende op een verkeerde manier gestalte krijgt en daardoor uiteindelijk

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

niet beklijft omdat de boete geen stand houdt of dat aansprakelijkstelling ten onrechte uitblijft.

Om de gewenste concretisering van de zorgplicht en de toegevoegde waarde van de typologieën zo inzichtelijk mogelijk te maken, herhaling te voorkomen en de onderlinge samenhang tussen de preadviezen te benadrukken, is in dit preadvies, waar die optie zich aanbood, aansluiting gezocht bij hetgeen reeds in de andere preadviezen naar voren is gebracht. Daardoor ligt de nadruk sterk op het financieel-economische en in mindere mate op het milieubestuursrecht. De reden daarvoor is meerledig. Allereerst conformeert het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich veel nadrukkelijker aan het strafrechtelijke beoordelingskader van artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr) dan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat doet.[2] Dat laatste bemoeilijkt de interne rechtsvergelijking met het milieubestuursrecht, zeker binnen de beperkte omvang van dit preadvies. Die beperkte omvang vormt ook de aanleiding om het navolgende betoog toe te spitsen op de aansprakelijkheid van leidinggevende personen als feitelijk leidinggevers en om het functioneel plegerschap[3] grotendeels en het medeplegen volledig buiten beschouwing te laten.[4] Feitelijk leidinggeven wordt vooral in het financieel-economische bestuursrecht gehanteerd. Het milieubestuursrecht concentreert zich, zoals blijkt uit het preadvies van Bleeker, meer op het functioneel plegerschap. Ook om die reden zal de aandacht voornamelijk uitgaan naar het financieel-economische bestuursrecht. Deze focus biedt bovendien de mogelijkheid om de binnen het bestuursrecht bestaande opties te verkennen om centrale en decentrale leidinggevenden van grotere ondernemingen aan te spreken en de zorgplicht van deze leidinggevenden nader in beeld te brengen. Het preadvies van Van Overbeek en Dusée laat namelijk zien dat de beboeting van feitelijk leidinggevers zich in het bestuursrecht voornamelijk toespitst op leidinggevenden van relatief kleine ondernemingen.[5] Voor zover er leidinggevenden van grote ondernemingen zijn beboet, waren deze ook direct persoonlijk betrokken bij de aan de rechtspersoon (of in het geval van het mededingingsrecht: de onderneming) verweten overtredingen. Dat roept de vraag op of andere leidinggevenden in het bestuursrecht nu niet te veel buiten schot blijven. Dit preadvies zal zich dan ook met name concentreren op de vraag in hoeverre die categorie leidinggevenden ter verantwoording kan worden geroepen.

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

3 In par. 3 van het Algemene deel voorafgaand aan de preadviezen is betoogd dat de term functioneel plegerschap eigenlijk zuiverder is dan de veelal gehanteerde term functioneel daderschap. Om die reden zal in dit preadvies aan de benaming functioneel plegerschap worden vastgehouden.

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

5 In dezelfde zin eerder: E. Daalder, 'Reactie op de inleiding van mr. G.P. Roth, gehouden bij gelegenheid van het Ondernemingsrechtdiner op 6 juni 2013 te Amsterdam', *Ondernemingsrecht* 2013/86.

1.2 Probleemstelling en opbouw preadvies

Het voorgaande heeft geresulteerd in de volgende onderzoeksvraag:

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

Voor de bijbehorende methodologische verantwoording verwijs ik graag naar paragraaf 2 van dit preadvies waar ik nader zal ingaan op wat typologieën zijn en zal uiteenzetten dat één algemeen overkoepelend organisatiemodel niet volstaat en dat er een behoefte is aan het gebruik van meerdere typologieën van ondernemingen. Aansluitend zal in paragraaf 3 worden belicht welke typologieën in dit preadvies worden gehanteerd. In paragraaf 4 vindt vervolgens de daadwerkelijke analyse plaats waarin wordt gekeken in hoeverre deze organisatiemodellen kunnen bijdragen aan de concretisering van de zorgplicht van de leidinggevende, en in hoeverre zij dat in de rechtspraak (onbewust) wellicht al doen. Deze bijdrage sluit af met een conclusie en stellingen in de paragrafen 5 en 6.

2 Onderzoeksachtergrond en methodologische verantwoording

2.1 Hiërarchische aansprakelijkheid en de problematiek van de vele handen

Het toepassingsbereik van functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven is zeer breed en beide aansprakelijkheidsfiguren laten zich nauwelijks in één ideaaltypische verschijningsvorm vatten.[6] Daarvoor is het scala aan verschijningsvormen, reikend van zeer actieve tot nagenoeg volledig passieve betrokkenheid, simpelweg te breed. Dat maakt het duiden van deze figuren en het helder belichten van de onderlinge verschillen ook zo lastig. Voor veel juristen, ook voor diegenen die al enigszins in de materie zijn ingevoerd, zijn de leerstukken van functioneel plegerschap, feitelijk leidinggeven en daderschap van de rechtspersoon vaak één pot nat, hoewel al deze figuren andere voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteren.[7] In dit preadvies ligt de nadruk echter op één ideaaltypische situatie waarop beide aansprakelijkheidsfiguren van toepassing kunnen zijn, namelijk op aansprakelijkheid die zich het beste laat definiëren als hiërarchische aansprakelijkheid. Conceptueel gezien is hiërarchische aansprakelijkheid een van de vormen van persoonlijke aansprakelijkheid die kan bestaan naast de corporatieve aansprakelijkheid van de onderneming of de rechtspersoon waaraan hij of zij leiding geeft en kenmerkt zich door het feit dat de betrokkene primair uit hoofde van zijn of haar functie *als leidinggevende* wordt aangesproken en niet zo zeer vanuit zijn of haar individuele betrokkenheid bij de overtreding. Voor de uiteindelijke juridische beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag is de individuele verwijtbaarheid overigens nog steeds van belang, en wordt deze, zoals in de andere preadviezen uitvoerig is gebleken, door de straf- en bestuursrechter ook daadwerkelijk getoetst, maar dit aspect vormt niet de voornaamste grondslag waardoor deze leidinggevende in het aansprakelijkheidsvizier komt. Die grondslag ligt duidelijk in het gegeven dat men als leidinggevende een zekere verantwoordelijkheid draagt voor het doen en laten van ondergeschikten, oftewel één moet instaan voor allen. Daarin verschilt hiërarchische aansprakelijkheid van collectieve (allen voor één) en individuele aansprakelijkheid (ieder voor zich).[8]

6 Zie nader par. 3 en 5 van het Algemene deel voorafgaand aan de in deze bundel opgenomen preadviezen.

7 Zie hiervoor nader het Algemene deel.

8 M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie. Beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 64-65, 91-92 en 129; D.F. Thompson, 'The problem of many hands', in: D.F. Thompson

Het grote voordeel van deze hiërarchische benadering van aansprakelijkheid schuilt in de eenvoud ervan, hetgeen tegelijkertijd de grootste zwakte ervan blootlegt. Wie zich moet verantwoorden is in deze benadering direct evident. Dat is de leiding van de organisatie, en dan vooral die leidinggevenden aan de absolute top. Daardoor is het niet nodig om te achterhalen wat nu precies de feitelijke betrokkenheid van iedere medewerker (de fysiek plegers) is geweest, zoals het geval is bij een systeem van puur individuele aansprakelijkheid waarin iedereen slechts kan worden aangesproken op zijn of haar eigen aandeel.[9] Dat laatste is weliswaar zeer rechtvaardig, maar in de praktijk veelal ook onmogelijk te achterhalen, hetgeen de handhaving ernstig belemmert. De aandacht gaat in de hiërarchische benadering daarom volledig uit naar degenen die in maatschappelijk opzicht de verantwoordelijkheid voor die gedragingen dragen.[10] Daarmee kan het welbekende probleem van de vele handen weliswaar worden omzeild, maar dreigt de individuele verwijtbaarheid juist uit het oog te worden verloren. Aan al deze drie conceptuele benaderingen kleven dus nadelen,[11] nadelen die in de juridische praktijk ook veelvuldig naar voren komen.

Het is deze haast onmogelijke spagaat om binnen het model van hiërarchische aansprakelijkheid zowel tegemoet te komen aan het belang van effectieve rechtshandhaving als aan de wens om voldoende recht te doen aan de individuele verwijtbaarheid die de achtergrond vormt van dit preadvies. Vele handen maken licht werk, zo luidt het spreekwoord, maar diezelfde veelvoud aan betrokken handen maakt de vraag naar de verantwoordelijkheid voor de uitkomst van dat handelen vaak bijzonder lastig. Fouten die het gevolg zijn van een collectief falen laten zich niet altijd eenvoudig herleiden tot duidelijk identificeerbare verantwoordelijke individuen. Anders gezegd: collectieve verwijten laten zich maar ten dele individualiseren.[12] Zeker binnen grote gecompliceerde samenwerkingsverbanden kan het probleem van de vele handen daardoor op een tweetal manieren uitpakken. Het eerste mogelijke scenario (dat tevens de basis vormde voor mijn proefschrift) is dat van de *paradox van gedeelde aansprakelijkheid*; het asymmetrische gegeven dat met het talrijker worden van het aantal vermeende verantwoordelijken zowel de individuele verantwoordelijkheid van al deze betrokkenen, als de kans om een van hen daar nog succesvol op te kunnen aanspreken, in meer dan evenredige zin terugloopt.[13] Hierbij ontspringen de verantwoordelijken veelal de dans omdat de persoonlijke verwijtbaarheid onvoldoende kan worden vastgesteld. Het scenario

(red.), *Restoring responsibility: ethics in government, business, and healthcare*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 12; Hornman 2016, p. 85-87.

9 Bovens 1990, p. 93.

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

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

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

13 Bovens 1990, p. 56-57.

dat daar diametraal tegenover staat en het overkoepelende thema van deze preadviezen vormt, is evenmin wenselijk en neigt juist naar een haast *ongebreidelde collectieve (risico)aansprakelijkheid* waarin de individuele verwijtbaarheid geheel uit beeld dreigt te verdwijnen en samen werken neerkomt op samen de klos.

De rechtvaardigheid van het toedelen van aansprakelijkheid langs hiërarchische lijnen staat of valt daardoor met de mogelijkheden en onmogelijkheden die de desbetreffende leidinggevende ter beschikking staan om het gedrag van de eigen organisatie te sturen. Dat sturingsvermogen wordt allereerst bepaald door de mogelijkheden die de leidinggevende heeft om overtredingen binnen de organisatie te detecteren (*detecting*). Denk hierbij aan factoren die eraan in de weg staan dat de leidinggevende tijdig en volledig op de hoogte raakt van het (dreigende) plaatsvinden van overtredingen en aan omstandigheden die beletten dat de leidinggevende de ernst van die situatie voldoende kan inschatten en adequaat kan beoordelen welke maatregelen passend en geboden zijn om de verboden gedragingen te beëindigen of (herhaling daarvan) te voorkomen. In aanvulling op dat signalerings- en beoordelingsvermogen wordt het sturingsvermogen beïnvloed door de vraag in hoeverre de leidinggevende de benodigde maatregelen kan doorvoeren, oftewel in hoeverre deze oplossingen kan effectueren (*effecting*).[14]

2.2 De tekortkomingen van het traditionele piramidale organisatiebeeld

Het hiërarchische aansprakelijkheidsmodel is onlosmakelijk verbonden met het klassieke piramidale organisatiebeeld zoals dat tot uiting komt in de rationele bureaucratie van Weber, mede omdat het model enkel tegen de achtergrond en aannames van dat organisatiebeeld kan worden gerechtvaardigd. De rationele bureaucratie staat – voor zover voor dit onderzoek relevant[15] – namelijk voor een doelgerichte, efficiënte en strak aangestuurde organisatie die onder de volledige controle staat van de organisatietop en waarin informatie haar weg naar die organisatietop ook ongehinderd weet te vinden. De organisatietop is daarbij bovendien volledig in staat om die informatie op waarde te schatten en tot in detail voor te schrijven welke acties elders in de organisatie moeten worden ondernomen; acties die vervolgens ook precies zoals de organisatietop heeft voorgestaan worden uitgevoerd. Daardoor staat de organisatie onder absolute controle van het centrale gezag en laat deze zich in elke richting sturen die de organisatietop wenselijk acht.

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

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

Het is die absolute controle die het rechtvaardigt om de gevolgen van eventuele tekortkomingen in die organisatie ook aan dat centrale gezag toe te rekenen.[16]

Vanzelfsprekend is de werkelijkheid weerbarstiger. Om de organisatietop te bereiken moet informatie in complexe organisaties meerdere schakels passeren. Dat is tijdrovend en bovendien vormt elke schakel een selectiemoment waar informatie (onbedoeld) kan worden gefilterd, gekleurd of in de verkeerde richting worden gestuurd. Het risico dat informatie de organisatietop niet, te laat, onvolledig of in onjuiste samenstelling bereikt, is daarmee reëel, waardoor het centrale gezag niet adequaat kan beoordelen welke maatregelen er moeten worden genomen, nog daargelaten dat de implementatie daarvan op weerstand of onvoorziene omstandigheden kan stuiten en veelal nadere uitwerking behoeft.[17] Het sturingsvermogen van de organisatieleiding is daardoor aanzienlijk beperkter dan Webers ideaalbeeld doet voorkomen. Dat geldt des te meer bij decentraal ingerichte organisaties of samenwerkingsverbanden waarbij over de grenzen van de eigen onderneming heen wordt samengewerkt. Absolute macht vergt namelijk dat men onafhankelijk is van anderen (*independence*). Moderne organisaties en samenwerkingsverbanden van en binnen organisaties kenmerken zich daarentegen door wederzijdse afhankelijkheid (*interdependence*). Uit dat wederkerige karakter volgt dat het bij machtsrelaties niet alleen gaat om machtsuitoefening door de een, maar ook om machtsaanvaarding door de ander. De mate waarin macht kan worden uitgeoefend en waarin anderen vatbaar zijn voor die machtsuitoefening is sterk afhankelijk van de aard van de organisatie en haar werkzaamheden, de positie die de betrokken individuen daarin innemen en de mate waarin dat gezag als legitiem wordt ervaren.[18]

2.3 Behoefte aan meer en meer actuele organisatietypologieën

Vooropgesteld moet worden dat Webers typologie van de rationele bureaucratie een theoretische gedachteconstructie is, geen beschrijving van de wijze waarop organisaties daadwerkelijk functioneren.[19] Eerder gaat het om een beschrijving van hoe organisaties zouden kunnen functioneren. Een beschrijving die vervolgens kan worden afgezet tegen andere mogelijke manieren waarop organisaties kunnen functioneren. Daarmee dient diens organisatiebeeld vooral als conceptueel model om de diverse, complexe en lastig te doorgronden werkelijkheid enigszins inzichtelijk te maken. Typologieën ontlenen hun wetenschappelijk nut dan ook aan hun contrastwerking. Zij krijgen pas reliëf op het moment dat zij worden afgezet tegen andere typologieën.[20] Iedere typologie bestaat uit een coherente set aan karaktereigenschappen op basis waarvan een holistisch organisatiebeeld ontstaat waaraan

16 Thompson 2005, p. 12; Hornman 2016, p. 88-89.
17 Zie hierover nader en met verdere verwijzingen Hornman 2016, p. 89-96.
18 Bovens 1990, p. 95-96; A. Downs, *Inside Bureaucracy*, Boston: Little, Brown and Co. 1967, p. 143, 147 en 262-263; Frissen 1989, p. 77; J.D. Thompson, *Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, New York: McGraw-Hill 1967, p. 132; Vroom 1980, p. 11-12; Hornman 2016, p. 91-96.
19 Frissen 1989, p. 73; Vroom 1980, p. 5-6; Zuurmond 1994, p. 15.
20 Frissen 1989, p. 72-74; Vroom 1980, p. 2, 5 en 10; Zuurmond 1994, p. 14-15; A. Zuurmond, 'Informatie en leiderschap', in: P. van Baalen e.a. (red), *Kennis en management*, Schiedam: Scriptum 2002, p. 205; Hornman 2016, p. 99-101.

een gedragsverwachtingspatroon kan worden ontleend. Door verschillende van deze typologieën tegenover elkaar te zetten, kunnen deze met elkaar worden vergeleken en kunnen de verschillen worden uitgelicht en beter worden begrepen. Om dat mogelijk te maken vormen typologieën noodgedwongen een versimpeling van de werkelijkheid waarin bepaalde karaktereigenschappen extra worden benadrukt (overdreven), terwijl andere eigenschappen vanwege de beoogde contrastwerking juist doelbewust onderbelicht blijven. Om hun wetenschappelijk nut te behouden mogen typologieën de werkelijkheid versimpelen, maar moeten zij wel een reflectie blijven van de werkelijkheid die zij trachten te verklaren en mogen zij niet verworden tot karikaturen. Anders verliezen zij hun toegevoegde waarde.[21]

Dat laatste doet zich tot op zekere hoogte voor bij Webers bureaucratie, terwijl dit nog steeds het model is dat ten grondslag ligt aan, of in ieder geval sterke invloed uitoefent op,[22] het huidige stelsel van straf- en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid. Het voorgaande laat zien dat de verscheidenheid aan moderne organisaties te divers is om nog op één overkoepelend basismodel terug te vallen. Bovendien schieten de aannames van dit klassieke organisatiemodel over de detectie- en effectueringsmogelijkheden van de ondernemingsleiding op meerdere plaatsen tekort en zijn zij deels ingehaald door de moderne techniek. Dat heeft tot gevolg dat deze typologie en zijn assumpties niet langer bruikbaar zijn om richtinggevend op te treden bij het beantwoorden van hedendaagse vraagstukken van aansprakelijkheid. Als referentiekader is de Weberiaanse piramide simpelweg achterhaald.[23] Daardoor ontstaat de behoefte aan een nieuw referentiekader met meer diversiteit en een hoger actualiteitsgehalte, zodat betere uitspraken kunnen worden gedaan over het gedrag dat van en binnen organisaties kan worden verwacht en nauwgezetter kan worden aangegeven hoe de leidinggevende daarin kan interveniëren. In het navolgende zal ik betogen dat de (geactualiseerde) organisatietypologieën van Mintzberg zich daar uitstekend voor lenen en zal ik ook uitwerken hoe zij daarvoor kunnen worden gebruikt.

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

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

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

3 Organisatietypologieën van Mintzberg

3.1 Totstandkoming van de typologieën

De organisatietypologieën van Mintzberg zijn wetenschappelijk valide, breed geaccepteerd en worden veelvuldig gehanteerd.[24] Bovendien hebben zij als voordeel dat zij herkenbaar en aansprekend zijn, mede door de bijbehorende Barbapapa-achtige illustraties.[25] Daardoor zijn zij ook direct toepasbaar bij de beoordeling van aansprakelijkheidsvraagstukken. De vijf typologieën van Mintzberg onderscheiden zich van elkaar doordat zij ieder een ander coördinatiemechanisme hanteren om de samenwerking binnen de organisatie te waarborgen. Organisaties zijn immers doelgerichte samenwerkingsverbanden van meerdere (minimaal twee) personen met een zekere duurzaamheid.[26] Wil die samenwerking effectief en blijvend zijn, dan is een, al dan niet geformaliseerd, afsprakenstelsel over de onderlinge verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden en de coördinatie van die taken onontbeerlijk. Dat resulteert in een bepaalde organisatiestructuur.[27] Hoe die structuur concreet vorm krijgt, is volgens Mintzberg het gevolg van de uitwerking van het binnen dat samenwerkingsverband bestaande krachtenveld, een krachtenveld dat op zijn beurt weer wordt beïnvloed door omgevingsdimensies: is de omgeving stabiel of dynamisch, is deze omgeving simpel of complex, is de markt geïntegreerd of gespreid en is deze genereus of juist vijandig? Die externe factoren stellen namelijk eisen aan de vormgeving en inrichting van de organisatie en haar processen en bepalen daarmee hoeveel gewicht de interne spelers binnen het samenwerkingsverband in de schaal kunnen leggen. In het basismodel van Mintzberg worden die interne spelers geclusterd in een vijftal organisatieonderdelen: de strategische top, het middenkader, de uitvoerende kern (het operationele niveau), de technostructuur (de technische staf: planning,

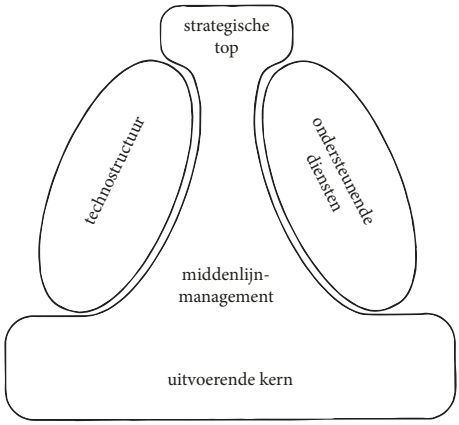
24 B. Fisse en J. Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge: Cambridge University Press 1993, p. 105; L. Groth, *Future Organizational Design. The Scope for the IT-based Enterprise*, Chichester: John Wiley & Sons 1999, p. 6; G. Hofstede/G. Hofstede, G.J. Hofstede en M. Minkov (bew.),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

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

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

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

controle, werving & selectie etc.) en de ondersteunende diensten (administratie, catering, overige P&O-taken etc.) (zie figuur 1).[28]

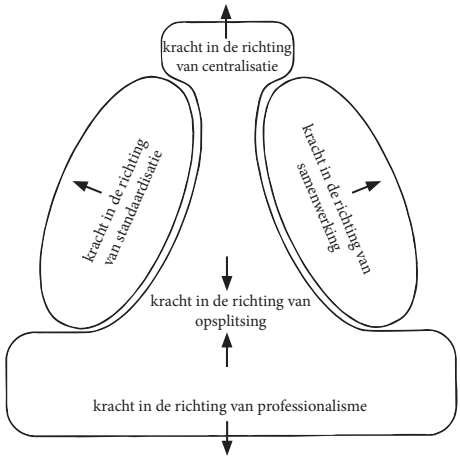


Figuur 1

Ieder van deze onderdelen zal trachten druk uit te oefenen op de vormgeving van de organisatie en de interne processen om op die manier de eigen positie en belangen zo veel mogelijk veilig te stellen en anderen te dwingen om zich aan zijn wensen te conformeren. Door de omgevingsfactoren wordt de positie van bepaalde organisatieonderdelen evenwel versterkt, terwijl die van andere wordt verzwakt. Zo zal een omgeving die maatwerk vergt, aansturen op professionalisering en de positie en de autonomie van de uitvoerende werknemers (in dat geval veelal hoogopgeleide professionals) versterken. Maatwerk laat zich immers lastig van bovenaf dicteren. Vergt de omgeving daarentegen samenwerking op discipline-overstijgend niveau, dan zal dat ten koste gaan van de individuele vrijheid van de professionals en zullen zij worden gedwongen om in teamverband te opereren. Die individuele vrijheid staat ook onder druk indien de operationele werkzaamheden zich vergaand laten standaardiseren. In dat geval verschuift de macht naar de technostructuur waar de analisten zitten die zorg dragen voor het ontwerpen, plannen, controleren en bijstellen van de operationele processen en voor de opleiding van de medewerkers en dus tot in detail aan anderen kunnen voorschrijven hoe zij hun werkzaamheden moeten uitvoeren. Zijn de omgeving en de werkzaamheden daarentegen redelijk overzichtelijk en is de organisatie van een dusdanige omvang dat alle werkzaamheden door een of enkele personen kunnen worden overzien, dan zal dit de neiging van de centrale ondernemingsleiding om alle beslissingen zelf in de hand te houden versterken, en aansturen op een centraal aangestuurde organisatie. Kortom: hoe meer druk (*pulls*) ieder onderdeel kan uitoefenen, hoe meer het zijn eigen positie kan versterken en de organisatie in de door hem gewenste

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

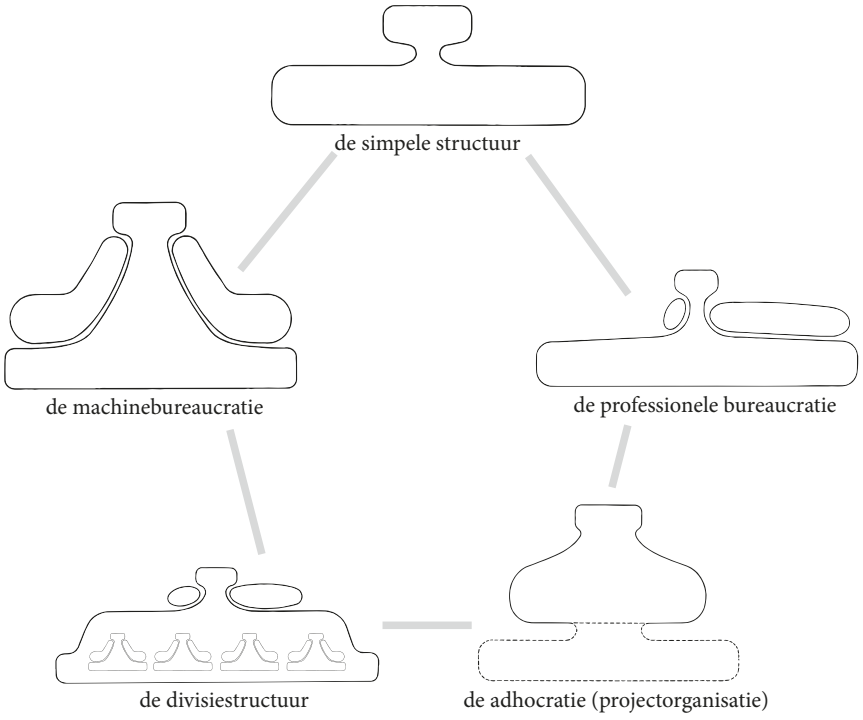
richting kan trekken (zie figuur 2);[29] mede daarom is de Barbapapavergelijking, verwijzend naar de kinderserie waarin de hoofdrolspelers iedere gewenste vorm kunnen aannemen, wel verhelderend. Het eindresultaat daarvan zou een organisatie moeten zijn die zowel in intern als extern opzicht consistent en coherent is, want dat is waar configuratie voor staat: het in harmonie zijn met zichzelf en met de omgeving.[30]



Figuur 2

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

29 Mintzberg 1979, p. 299-303; Mintzberg 1983, p. 151-155.
30 Mintzberg 1983, p. 2-3; Mintzberg 1989, p. 96.

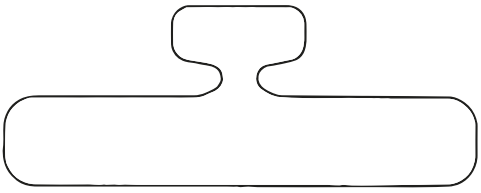


Figuur 3

Zoals in paragraaf 2.3 is uiteengezet, zijn typologieën reducties van de werkelijkheid, archetypen die zich in de maatschappelijke realiteit nooit in hun meest zuivere vorm zullen voordoen. Niettemin vormen deze vijf basisvormen tezamen de hoeken van een pentagoon waarbinnen alle bestaande organisaties een plek zou moeten kunnen worden gegeven.[31] Vanwege de afstemming van de organisatie op haar omgeving, zal die plaatsing nooit geheel willekeurig zijn en zal er altijd een dominante typologie zijn waarvan de karakteristieken, hetzij op het niveau van de organisatie als geheel hetzij op afdelingsniveau, duidelijk doorklinken en bepalend zijn voor de aard en het functioneren van de organisatie of het organisatieonderdeel.

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

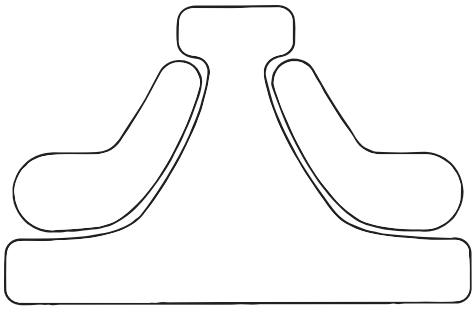
3.2 De vijf typologieën van Mintzberg[32]



Figuur 4

De *simpele structuur* staat voor de kleine, overzichtelijke en flexibele onderneming, waarbij de leidinggevende zelf nog echt ondernemer is en zich actief mengt in de details van de dagelijkse bedrijfsvoering en veelal ook zelf meedraait op de werkvloer. Hierbij kan worden gedacht aan de startup, maar ook aan de lokale bakker of de kleinschalige financiële dienstverlener of aannemer. Het gezag binnen de organisatie is sterk gecentraliseerd en ligt ideaaltypisch in de handen van één leidinggevende. Deze leidinggevende vormt het epicentrum van de onderneming waaromheen en waarop de rest van de organisatie wordt gemodelleerd en afgestemd. Als gevolg hiervan worden alle gewichtige beslissingen door deze ene leidinggevende genomen, is het gezag van de leidinggevende onbetwist en ongeevenaard, is de organisatiestructuur zeer organisch van aard, staat direct toezicht als coördinatiemechanisme voorop en zijn de interne informatiestromen snel, direct, overzichtelijk en kort. Die sterke focus op de centrale leidinggevende maakt dat het detecteren van overtredingen en het effectueren van oplossingen daartegen doorgaans geen noemenswaardig probleem vormen. De leidinggevende zit overal dicht bovenop en van hem of haar wordt ook verwacht dat hij/zij de belangrijke beslissingen neemt en zich overal tegenaan bemoeit. Anderen zullen hierdoor een meer afwachtende opstelling aannemen. Hierdoor ontstaat een soort natuurlijke focus op de leidinggevende en zal deze een haast magnetische aantrekkingskracht uitoefenen op alle intern beschikbare informatie. Vanwege die actieve betrokkenheid zal het voor de overige medewerkers ook lastig zijn om de leidinggevende lang onwetend te houden van hun activiteiten. Gedrag dat afwijkt van de norm of van de instructies zal veelal snel worden opgepikt en gecorrigeerd.

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



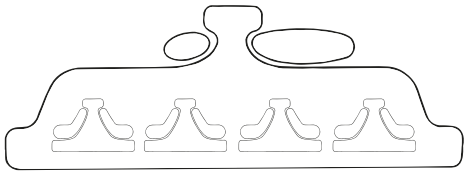
Figuur 5

De *machinebureaucratie* staat daarentegen voor de meer omvangrijke, logge en bureaucratische onderneming, voor banken, verzekeringsmaatschappijen en fabrieken met assemblagelijn. Als gevolg van die vergaande formalisering is haar reactievermogen (verhoudingsgewijs) traag en kan zij lastig inspelen op veranderende omstandigheden. Tegelijkertijd is de machinebureaucratie zeer efficiënt omdat zij zich richt op gestandaardiseerde producten en/of diensten en niet op maatwerk. Flexibiliteit is dus niet haar sterkste punt, maar wat zij wel kan, kan zij goed en (relatief) goedkoop. Door de werkprocessen te standaardiseren kan de organisatie die processen ook eenvoudig coördineren en perfectioneren, hetgeen in een organisatie van deze omvang anders een uiterst complexe aangelegenheid zou zijn. Dat vergt een zeer zorgvuldige afstemming van de opeenvolgende en sterk met elkaar samenhangende interne processen. Alle raderwerkjes moeten nauwgezet op elkaar worden en blijven afgestemd, wil het geheel als een geoliede machine kunnen functioneren. Bij de minste of geringste speling haken de tandwielen niet meer goed op elkaar in en raken de primaire processen ontregeld. Om die afstemming te realiseren, kent deze organisatievorm een zeer omvangrijke technostructuur die alle processen moet uitdenken en wordt de machinebureaucratie van oudsher gekenmerkt door een sterk gelaagde managementstructuur. Het middenlijnmanagement moet er immers op toezien dat de bedoelde afstemming ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Voor de grote doorbraak van ICT was dat alleen mogelijk door managers direct en intensief toezicht te laten houden op de primaire processen. Omdat de groep personen waarover iemand toezicht kan uitoefenen beperkt is, moest boven deze managementlaag weer een nieuwe managementlaag worden geplaatst om toezicht te houden op deze eerstelijnsmanagers. Dit principe herhaalde zich net zolang totdat het punt werd bereikt waarop er een manager of raad van bestuur in beeld kwam die het geheel goed kon overzien. Aldus hield de ene laag toezicht op de andere om zo te waarborgen dat de zorgvuldig tot stand gebrachte afstemming niet in gevaar kwam. Van alle door Mintzberg onderscheiden typologieën komt de machinebureaucratie het meest in de buurt van de eerder geschetste Weberiaanse piramide. Tegelijkertijd volgt uit die gelaagdheid dat informatie meerdere schakels moet passeren om de organisatietop te bereiken, met alle selectie- en vertragingsmomenten van dien. Hoewel deze typologie de suggestie wekt van een strak aangestuurde en zorgvuldig afgestemde onderneming, gaat dat beeld slechts ten dele op. In vergelijking tot andere typen kan inderdaad worden gesproken van een relatief vergaande en (als de daarvoor benodigde structuren en systemen eenmaal operationeel zijn)

eenvoudige inmenging in de vormgeving en uitvoering van de primaire organisatieprocessen, zeker voor een organisatie van deze omvang. Dat neemt echter niet weg dat bestuurders voor een aanzienlijk deel ook buitenstaanders zijn die op grote afstand staan van de primaire processen en dus ook nauwelijks weten wat daar echt speelt.[33] Communicatie geschiedt overwegend formeel en sturing vindt vooral plaats op basis van kwantitatieve gegevens. Data van kwalitatieve aard weten de organisatietop veel moeilijker te bereiken en zijn daarvoor grotendeels afhankelijk van niet-geïnstitutionaliseerde informele kanalen.

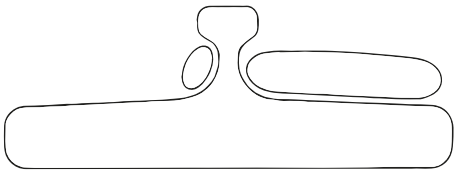
Deze klassieke verschijningsvorm van de machinebureaucratie heeft tegenwoordig plaatsgemaakt voor een meer afgeslankte variant waarin de traditionele strakke hiërarchische controle van bovenaf is ingewisseld voor een andere meer subtiele, maar tegelijkertijd ook veel ingrijpendere beheersingsmethode: de beheersing van en via de interne informatie-infrastructuur, oftewel de ontwikkeling van bureaucratie naar *infocratie*.[34] Door de interne informatie-infrastructuur te beheersen worden de zorgvuldig afgestemde interne processen bijeengehouden en kunnen potentiële afstemmingsbedreigende factoren snel worden geïdentificeerd en geneutraliseerd, voor zover zij niet reeds op voorhand buiten de deur worden gehouden. Werknemers worden immers gedwongen om met en via de interne systemen te werken, waardoor ongewenste gedragingen of afwegingen voor een aanzienlijk deel kunnen worden voorkomen, simpelweg omdat de computer bepaalde opties niet toelaat. Omdat de onderneming minder hiërarchisch is geworden, ontstaat een schijn van vrijheid.[35] In werkelijkheid is die vrijheid echter beperkt omdat het gedrag van individuele medewerkers door de interne systemen vergaand kan worden gemonitord en hun informatiemonopolie wordt doorbroken,[36] veelal zonder dat de desbetreffende medewerker zich daar volledig van bewust is. Het gaat dus om autonomie binnen een zorgvuldig door het management vastgestelde (en daarmee veilige) bandbreedte. De *street level bureaucrat* die binnen de beschikkingenfabriek officieel slechts beleidsuitvoerder was, maar de facto toch een aanzienlijke beleidsmakende rol had omdat diens concrete beslissingen zich aan het toezichthoudende oog van het management onttrokken, ziet zijn informatiemonopolie verdampen en zichzelf wederom ondergeschikt worden aan de sturingsambities van het management. In het ergste geval komt zijn positie zelfs geheel te vervallen en wordt die plaats overgenomen door de informatie-infrastructuur zelf.[37] De kracht van deze organisatievorm is echter tegelijkertijd zijn zwakte. Door de omvang van de organisatie ontstaat een grote afhankelijkheid van het interne informatievoorzieningssysteem. Zolang informatie daar niet in komt of door dat systeem niet naar de juiste afdelingen wordt doorgestuurd, blijft de organisatie onwetend en blijven maatregelen achterwege.

33 Bovens 1990, p. 93-96.
34 Groth 1999, p. 375-384; Zuurmond 1994, p. 288-289 en 300-301; Zuurmond 2002, p. 202-206.
35 Zuurmond 1994, p. 305.
36 Zuurmond 2002, p. 203.
37 Bovens en Zouridis spreken in dit verband van een ontwikkeling van *street-level bureaucracy* naar *screen-level bureaucracy* en uiteindelijk een *system-level bureaucracy* (M.A.P. Bovens en S. Zouridis, 'Van street-level bureaucratie naar systeem-level bureaucratie: Over ICT, ambtelijke discretie en de democratische rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 65-74).



Figuur 6

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



Figuur 7

De *professionele bureaucratie* komt in grote en kleine gedaantes voor, van de huisarts en het kleine advocatenkantoor tot ziekenhuizen, universiteiten en accountantskantoren, en kenmerkt zich door een uitvoerend niveau dat nagenoeg volledig uit professionals bestaat. Typerend daarbij is dat deze medewerkers geen onbeduidende, eenvoudig vervangbare en onder strakke (hiërarchische) controle staande raderwerkjes binnen een groter geheel zijn dat ongeacht hun individuele bijdrage toch wel doordendert zoals bij de machinebureaucratie het geval is. Integendeel, de professional geeft zelf richting en invulling aan de eigen werkzaamheden en moet daarbij maatwerk leveren. Professionele bureaucratieën zijn geen beschikkingenfabrieken, maar beschikkingenateliers. Daardoor geniet de professional een grote mate van autonomie en is er nauwelijks aanleiding voor informatie-uitwisseling met anderen. De professional opereert zelfstandig in directe (en soms vertrouwelijke) relatie met de cliënt/patiënt. Dat informatiemonopolie en de besloten interactie maken het voor anderen in de organisatie lastig om toezicht te houden op de kwaliteit van het werk van de professional en de integriteit die

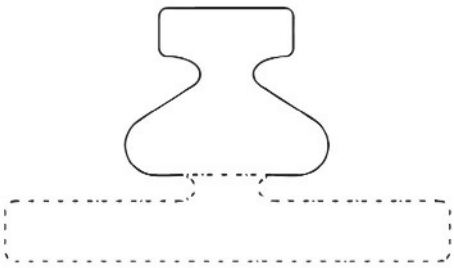
daarbij wordt betracht. Hoe gevaarlijk dat is, wordt goed geïllustreerd door de handelswijze van *rogue trader* Nick Leeson wiens riskante speculaties de ondergang van de gerenommeerde Britse Barings Bank inluidden en het optreden van diens evenknie Jérôme Kerviel dat bijna dezelfde gevolgen had voor de Franse systeembank Société Générale. Een duidelijk voorbeeld uit medische hoek is het jarenlange ongestoorde disfunctioneren van de Twentse neuroloog Ernst Jansen Steur waardoor de gezondheid van vele patiënten ernstig is benadeeld. Het informatiemonopolie is echter niet het enige probleem. Naast zicht op de geleverde professionele diensten vergt een adequate beoordeling van de kwaliteit daarvan ook dat de leidinggevende zelf inhoudelijk deskundig is. Deze moet weten aan welke standaarden de dienstverlening moet voldoen en kunnen beoordelen of de door de professional gemaakte inschattingen juist zijn.

Omdat zowel de output als de primaire processen (de professionele taken) zich vanwege het te leveren maatwerk moeilijk laten standaardiseren en controleren, ligt de nadruk binnen de professionele bureaucratie op het standaardiseren van de input, oftewel van de kennis en vaardigheden van de professional. Door van alle professionals bij binnenkomst dezelfde kennis, vaardigheden en professionele attitude te verlangen en hen te stimuleren om die kennis, vaardigheden en attitude vervolgens zo veel mogelijk op peil te houden, zou de kwaliteit van de door hen geleverde output enigszins gewaarborgd moeten zijn. Niettemin staan de wijze waarop en de zorgvuldigheid waarmee die kennis en vaardigheden worden aangewend doorgaans uitsluitend ter beoordeling van de professional zelf. De cliënt/patiënt mist de inhoudelijke expertise om die kwaliteit te beoordelen en sturing en controle langs hiërarchische lijnen druist in tegen de aard van de professionele bureaucratie. Daarin staan autonomie en vertrouwen in de professionaliteit van de professional centraal, zowel door de organisatieleiding als door collega-professionals. Controle bestaat daardoor vooral uit zelfcontrole en *peer control* voor zover de professional daarvoor openstaat en collega-professionals daartoe bereid zijn.[38] Veel zal daarbij ook afhangen van de professionele status van de leidinggevende en de collega's. Gezag wordt in de professionele bureaucratie namelijk vooral ontleend aan expertise – de ideale leidinggevende is de professional tegen wie alle andere professionals op kijken –, niet, of althans niet primair, aan hiërarchie in zuiver juridisch opzicht.[39] Alleen voor omvangrijke professionele bureaucratieën waarin in multidisciplinaire teams wordt samengewerkt, denk aan de grote advocaten- en consultancykantoren op de Zuidas, ligt dit alles genuanceerder. Binnen deze verschijningsvorm van de professionele bureaucratie is sturing op basis van doelen en langs hiërarchische lijnen de norm en preva-

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

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

leert samenwerking boven autonomie en solistisch optreden.[40] Dat verstevigt de positie van het management en de technostructuur ten koste van de zelfstandigheid en het informatiemonopolie van de professional. Ook daarin schuilen evenwel risico's. De deconfiture van Enron en de daarop volgende decimering van consultancyfirma Arthur Andersen (een van de voormalige Big Five Accounting firma's) als gevolg van het prevaleren van het eigen belang van de consultants en het belang van de partners boven de kwaliteit van de geleverde dienstverlening en de belangen van de cliënt en de markt, waardoor maatwerk werd gereduceerd tot het leveren van dure standaardproducten die moesten worden geïmplementeerd door onervaren junior medewerkers, laat dat duidelijk zien.



Figuur 8

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

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

4 Gevolgen van typologieën voor aansprakelijkheid

4.1 Voorwaarden voor aansprakelijkheid

De voorwaarden om functioneel plegerschap of feitelijk leidinggeven aan te nemen zijn in het Algemene deel voorafgaand aan de preadviezen al uitvoerig uiteengezet. Hier wordt derhalve met een korte recapitulatie van die criteria volstaan. Een leidinggevende kan als functioneel pleger van de door een ander verrichte feitelijke gedragingen worden aangemerkt indien hij over het al dan niet plaatsvinden van die gedragingen kon beschikken en hij het plaatsvinden van die gedragingen ook heeft aanvaard, waarbij onder aanvaarden mede moet worden geschaard het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van die gedragingen. Daaruit volgt dat het niet noodzakelijk is dat de leidinggevende ook van die gedragingen op de hoogte is, mits hij daarvan, indien de vereiste mate van zorg wel in acht zou zijn genomen, op de hoogte had kunnen zijn. Afdoende is dus dat diens onwetendheid verwijtbaar is.[41] Voor feitelijk leidinggeven geldt een hogere aansprakelijkheidsdrempel. Net zoals bij functioneel plegerschap het geval is, kan passieve betrokkenheid ook hier toereikend zijn, mits de leidinggevende maar kennis droeg van de door de rechtspersoon verrichte gedragingen. Verwijtbare onwetendheid volstaat bij deze aansprakelijkheidsfiguur niet. In feitelijk leidinggeven ligt een inherent voorwaardelijkopzetvereiste besloten waaruit volgt dat men enkel leiding kan geven aan gedragingen waarvan men (minimaal enige) kennis draagt. Indien men over die kennis beschikt en vervolgens, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, van ingrijpen afziet en daarmee bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat die verweten gedragingen zich zullen voortdoen of voortzetten, dan kan worden gezegd dat de leidinggevende die gedragingen heeft bevorderd en daarmee feitelijk leiding heeft gegeven aan die gedragingen.[42]

Hoewel de criteria voor functioneel plegerschap en feitelijk leidinggeven dus niet samenvallen,[43] kenmerken die criteria zich door drie (grotendeels) dezelfde

41 Zie par. 3 van het Algemene deel. Voor doleuze misdrijven ligt dat anders, maar die vallen buiten het bestek van dit preadvies.

42 Zie par. 5 van het Algemene deel.

43 Door de Slavenburg- en de IJzerdraadcriteria in zijn uitspraak van 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, JOR 2017/42 m.nt. S.M.C. Nuijten (*ECC Southeast*) toch ineen te schuiven, miskent het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat het aanvaardingscriterium bij beide aansprakelijkheidsfiguren een andere invulling krijgt. Zie voor een kritische beschouwing van deze gelijkschakeling nader par. 2, 3 en 5 van het Algemene deel.

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

4.2 Specificering van zorgplicht naar typologie

Door acht te slaan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van de leidinggevende inzake detectie en effectuering kunnen de grenzen van zeggenschap nader worden gedefinieerd en kan een zeker verwachtingspatroon worden uitgesproken over de kennis die van de aangesproken leidinggevende kan worden verwacht. In de praktijk blijkt het vaststellen wat een leidinggevende precies wist en vanaf welk moment hij of zij wat wist namelijk uitermate lastig. Daarmee vormt kennis de grootste barrière (of zo men wil: bescherming) voor de vestiging van aansprakelijkheid. Dat is deels terecht. Grenzen aan aansprakelijkheid zijn er niet voor niets en op een risicoaansprakelijkheid in het sanctierecht zit niemand te wachten. Tegelijkertijd moet 'vrees voor de verlammende invloed van te ruime persoonlijke aansprakelijkheid (...) ons niet verleiden tot het de facto totaal verwerpen van persoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen', zoals Buruma terecht opmerkt.[45] In mijn proefschrift heb ik betoogd dat er binnen het strafrecht een ontwikkeling valt te ontwaren die in mijn optiek te veel in die richting doorslaat en te terughoudend is waar het gaat om het vestigen van individuele aansprakelijkheid van leidinggevenden, in het bijzonder daar waar de leidinggevende grove steken heeft laten vallen en geen toezicht heeft gehouden en geen navraag heeft gedaan, ondanks dat daartoe gegronde aanleiding bestond.[46]

---

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

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

46 Zie nader Hornman 2016, p. 441-491. Anderen denken daar anders over, zie hierover in het bijzonder de publicaties van Doorenbos op dit terrein. In de literatuur lijkt dat laatste standpunt

Veelal resulteert dat ondermaats presteren erin dat de leidinggevende niet of niet afdoende op de hoogte was van de verweten verboden gedragingen, terwijl feitelijk leidinggeven, zoals in het overzichtsarrest van 2016 nogmaals door de Hoge Raad is benadrukt en ook vaste jurisprudentie is van het College van Beroep voor het bedrijfsleven,[47] kennis van de door de rechtspersoon begane overtreding(en) veronderstelt. Zeer concreet hoeft die kennis overigens niet te zijn, een min of meer globaal of generiek opzet volstaat.[48] De feitelijk leidinggever hoeft niet te weten waar, wanneer, hoe en hoe vaak de verweten overtredingen hebben plaatsgevonden,[49] maar wel dat die overtredingen (of overtredingen die daarmee in rechtstreeks verband staan) zich hebben voorgedaan.[50] Tegelijkertijd vergt kennis meer dan een vaag vermoeden dat er iets in de bedrijfsvoering van de onderneming mogelijk niet deugt.[51] Ook het verkeerd interpreteren van signalen die op misstanden zouden kunnen duiden levert nog geen feitelijk leidinggeven op; culpa volstaat niet.[52] Waar de grens in de praktijk precies ligt, en wanneer het niet instellen van nader onderzoek of het houden van toezicht dus omslaat in aanvaarding, is echter lastig vast te stellen, mede omdat het onduidelijk is in hoeverre er op de (vermeend) feitelijk leidinggever een zorgplicht rust om (adequaat) toezicht te houden en nader onderzoek in te stellen naar gerezen signalen.[53] De Hoge Raad heeft zich daar nog niet heel expliciet over uitgelaten en waarschijnlijk is dat oordeel ook dusdanig met de aan de feitenrechter voorbehouden beoordeling en afweging van de feiten verweven, dat dit niet voor een inhoudelijke beoordeling in cassatie in aanmerking komt. Omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet alleen een rol heeft om te waken voor de rechtseenheid, rechtsvorming en juiste toepassing van het recht, maar tegelijkertijd ook als hoogste feitenrechter in het financieel-economische bestuursrecht optreedt, zal zijn jurisprudentie hierover op termijn mogelijk meer inzicht verschaffen. Het aantal zaken dat tot op heden aan het College is voorgelegd, is echter nog vrij beperkt en ziet voor het merendeel ook op actieve betrokkenheid bij de verweten overtreding, zodat hier vooralsnog weinig harde bevindingen uit kunnen worden afgeleid. Niettemin heb ik, mede op basis van de in paragraaf 4.3 te bespreken jurisprudentie, wel het gevoel dat het College de geschetste angst voor een risicoaansprakelijkheid niet, of in ieder geval aanzienlijk minder, deelt. Indien het die angst wel zou onderschrijven, zouden zijn overwegingen waarschijnlijk minder stellig zijn geformuleerd. Met die kleine

overigens de overhand te hebben (zie de instemmende reactie van De Hullu 2018, p. 514), maar dat hangt volgens mij mede samen met het feit dat de advocatuur eerder dan aan handhavende zijde geneigd is om in de pen te klimmen.

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

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

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

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

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

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

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

kanttekening meen ik echter te moeten constateren dat de onwetenden vooralsnog nog steeds zalig zijn (of in ieder geval: lijken), hoe verwijtbaar die onwetendheid in beginsel ook is. Zij het dat ook hier een belangrijke, en nog weinig geconstateerde, nuance moet worden geplaatst. De ondermaats presenterende en daarmee onwetende leidinggevende wordt alleen beschermd voor zover hij of zij als feitelijk leidinggever wordt aangesproken. Voor functioneel plegerschap is kennis geen vereiste en is verwijtbare onwetendheid afdoende. Daardoor is het voor de handhavende instanties mogelijk om, indien het normadressaat van het voorschrift dat toelaat, selectief te shoppen tussen aansprakelijkheidsfiguren en te kiezen voor de aansprakelijkheidsfiguur die in kwestie de lichtste voorwaarden voor aansprakelijkheid hanteert. Voor overtredingen komt men dan al snel uit bij het functioneel plegerschap.[54]

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

Deze incorporatie van het detectie- en effectueringsvermogen werkt op twee manieren door in de aansprakelijkheidsvraag. Primair gaat het dan om de beantwoording van de vraag of er binnen de rechtspersoon één of meer individuen zijn aan te merken als feitelijk leidinggever (of functioneel pleger), en zo ja, op grond waarvan. Op die manier kan nader en voor de betrokkene ook veel concreter invulling worden gegeven aan de geformuleerde voorwaarden voor aansprakelijkheid. Dat maakt het voor het bestuursorgaan mogelijk om veel scherper te benoemen welke gedragingen nu precies het feitelijk leidinggeven opleveren. Door dat verwijt scherper te benoemen wordt het voor de (vermeend) feitelijk leidinggever ook veel duidelijker waartegen hij of zij zich moet verweren. Daarenboven kunnen de typologieën ook worden gebruikt om, als eenmaal is geoordeeld dat de betrokkene als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt en het bestuursorgaan dus terecht heeft geoordeeld dat er grond is voor het opleggen van een bestuurlijke boete, aan te tonen dat er bijzondere mitigerende omstandigheden zijn (verminderde verwijtbaarheid) op grond waarvan de boetehoogte zou moeten worden verlaagd (art. 5:46 lid 2 Awb). De typologieën helpen dus niet alleen bij het concretiseren van de zorgplicht, maar ook bij de beoordeling van de verwijtbaarheid van het mogelijk onzorgvuldige of incorrecte handelen c.q. nalaten en daarmee

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

de evenredigheid van de opgelegde boete. Naast het gegeven dat de typologieën het mogelijk maken om potentiële obstakels die aan de vestiging van aansprakelijkheid in de weg zouden kunnen staan te identificeren, kunnen zij die belemmeringen deels ook wegnemen door aan te geven wat wel van de leidinggevende had kunnen worden verlangd, zodat aansprakelijkheid alsnog langs die weg zou kunnen worden geconstrueerd. Zo ontbreekt bij de hogere organisatie-echelons van omvangrijke ondernemingen vaak gedetailleerde kennis over de aard, ernst en omvang van de aan de rechtspersoon verweten verboden gedragingen en is het voor deze leidinggevenden derhalve ook ondoenlijk om precies te beoordelen en in detail voor te schrijven welke maatregelen passend en geboden zijn. Tegelijkertijd volgt uit de typologieën dat hun zorgplicht zich daartoe ook niet uitstrekt. Micromanagement behoort niet tot de taken van de centrale ondernemingsleiding van een omvangrijke organisatie. Zij stuurt op hoofdlijnen en voor dergelijke sturing op hoofdlijnen kan met veel abstractere kennis worden volstaan. De organisatietop moet die middelen ter beschikking stellen en die omstandigheden creëren die nodig zijn, zodat anderen in de organisatie passend kunnen optreden. Enkel voor de managementlagen die dicht op de verboden gedragingen zitten en dus met concreet toegesneden oplossingen moeten komen is gedetailleerde kennis noodzakelijk. Zij moeten immers maatwerk leveren dat die gedragingen ook daadwerkelijk gaat verhelpen en/of voorkomen. Daarmee is het kennisvereiste an sich dus niet zozeer het probleem, maar vooral de invulling die daaraan wordt gegeven, want het is die invulling die het grootste beletsel voor de vestiging van aansprakelijkheid vormt en daarom kritisch moet worden bezien.[55]

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

4.3 Heldere verantwoordelijkheidslijnen en feitelijke vermoedens bij simpele structuren

Binnen de simpele structuur is het gezag geconcentreerd in de handen van één of hoogstens een paar personen. Een noemenswaardige opbouw van managementlagen ontbreekt en alle wezenlijke beslissingen in de organisatie worden genomen door die ene of die paar leidinggevende(n). Omdat de organisatie zo enorm zwaar leunt op haar leiding, alle sturing echt vanuit de top komt en niemand noemenswaardige beslissingen zal durven te nemen zonder het management daarin te consulteren, ontstaat een relatief afwachtende organisatie die voor alles naar haar bestuur kijkt. Dat bestuur mengt zich actief in de details van de bedrijfsvoering en stuurt de primaire bedrijfsprocessen ook actief en op microniveau aan. Zonder

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

sturing vanuit die ene leidinggevende of dat kleine selecte clubje valt de onderneming letterlijk stil. Dat gegeven maakt het mogelijk om bij de bewijsconstructie gebruik te maken van – weerlegbare – feitelijke vermoedens. Dat doet het College van Beroep voor het bedrijfsleven dan ook:

> '(...) voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging [is] op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, (een van) de feitelijke hoofdactiviteit(en) van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging – het zonder vergunning verlenen van betaaldiensten – en een bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen, dan is in beginsel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.'[56]

De essentie van een dergelijk vermoeden is dat een bepaalde feitelijkheid niet direct wordt bewezen, maar dat de vervulling of aanwezigheid daarvan wordt ontleend aan een andere feitelijkheid die wel kan worden aangetoond.[57] Aldus vloeit het ene als het ware als logische consequentie voort uit het andere. Binnen redelijke grenzen, dat wil zeggen mits voldoende onderbouwd en weerlegbaar, is het hanteren van dergelijke veronderstellingen ook niet onverenigbaar met de onschuldpresumptie uit artikel 6 EVRM.[58] Die grenzen lijken hier ook niet in het geding te komen, al was het maar omdat de Straatsburgse rechtspraak verdergaande hanteringen van weerlegbare vermoedens toelaatbaar heeft geacht. Zo oordeelde de toenmalige Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak *A.G./Malta* waarin het Maltese strafrecht (bij wet) uitging van een vermoeden van schuld van de directeur indien werd vastgesteld dat diens rechtspersoon een strafbaar feit had begaan (in casu het valselijk opmaken van declaraties), tenzij deze

> 'proves that the offence was committed without his knowledge and that he exercised all due diligence to prevent the commission of the offence', dat '[t]he applicant was therefore provided under the legislation with the possibility of exculpating himself.

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

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

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

> The Commission does not consider that the conditions, which required the applicant to prove that he had no actual knowledge of the offence and also was not negligent in his duties as an officer of a company, were self-contradictory or imposed an irrebuttable presumption.'[59]

Dat deze redenering een aanzienlijke verschuiving van het bewijsrisico behelst, is evident.[60] De aanname van het College is tegen die achtergrond zelfs nog erg voorzichtig.

Bovendien kunnen de door het College geformuleerde veronderstellingen aan de hand van de karakteristieken van de typologie van de simpele structuur worden onderbouwd.[61] Daarmee is dus sprake van een solide fundament voor deze aannames. Daarnaast formuleert het College de aanname gezien de clausule 'in beginsel' ook duidelijk als een veronderstelling en niet als een vaststaand onweerlegbaar gegeven. Evenmin is vereist dat het de gedaagde is die de aanname ontkracht. De onjuistheid van de aanname kan ook langs andere wegen aan het licht komen, bijvoorbeeld omdat er contra-indicaties zijn, zoals ziekte van de bestuurder, op grond waarvan de initiële vanzelfsprekendheid van de veronderstelling komt te vervallen. Het College behoudt duidelijk de door het EHRM vereiste *genuine power of assessment* van de feiten;[62] het gaat om een weerlegbaar vermoeden. Dat dat vermoeden soms wellicht lastig te weerleggen is, maakt dat vermoeden nog niet zonder meer ontoelaatbaar.[63] Bij de beoordeling of de aanname binnen redelijke grenzen blijft, is de *importance of what is at stake* een belangrijke wegingsfactor, zij het dat niet alleen het perspectief van de leidinggevende daarvoor bepalend is. Aan het belang van effectieve rechtshandhaving komt eveneens zwaarwegende betekenis toe.[64]

Tegelijkertijd gaan de aannames van het College ook (nagenoeg) alleen in de bovengenoemde situatie op. In de redenering van het College liggen immers (impliciet) drie cumulatieve constitutieve voorwaarden besloten. Ten eerste moet het gaan om een hoofdactiviteit van de onderneming die de facto samenvalt met de overtreding. In de jurisprudentie van het College gaat het daarbij nagenoeg steeds om het verrichten van bepaalde activiteiten zonder vergunning.[65] De leidinggevende zal dan immers weten (a) dat die activiteiten worden verricht en (b) dat de onderneming daar geen vergunning voor heeft. Wetenschap van het feit dat die vergunning nodig was (boos opzet) kan uiteraard wel ontbreken, maar dergelijke wetenschap is geen vereiste; opzet is kleurloos.[66] Indien hoofdactiviteit en overtreding niet een-op-een samenvallen, dan gaat de veronderstelling niet langer op.

---

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

60 Bemelmans 2018, p. 247.

61 Vgl. Hornman 2016, p. 134-135.

62 Bemelmans 2018, p. 246-249.

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

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

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

66 Zie nader par. 5 van het Algemene deel.

Dat doet zich bijvoorbeeld voor indien de onderneming niet wordt verweten dat zij zonder vergunning heeft gehandeld, maar dat zij de vergunningsvoorwaarden heeft overtreden. Beide aspecten liggen uiteraard in elkaars verlengde, maar wetenschap van het een vloeit hier niet automatisch voort uit het ander. Behoudens gevallen van feitelijke dwaling waarin een leidinggevende meende over een bepaalde vergunning te beschikken terwijl die vergunning in werkelijkheid op iets anders zag, kan het een leidinggevende niet ontgaan dat hij of zij geen vergunning had. Dat is immers bij uitstek iets dat op bestuursniveau wordt geregeld. Voorts is delegatie van taken en bevoegdheden weliswaar toegestaan, maar niet zonder beperkingen. Bij beantwoording van de vraag of de betrokkene persoonlijk redelijkerwijs gehouden was om te interveniëren gaat het overduidelijk om een normatief oordeel.[67] Dat maakt het mogelijk om de delegatie van bepaalde cruciale taken af te wijzen, dan wel daaraan de consequentie te verbinden dat de leidinggevende door die taken uit handen te geven, bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen.

Overtredingen van vergunningsvoorwaarden blijven evenwel niet beperkt tot het (hogere) management en kunnen zich ook op decentraal niveau aandienen, buiten het zicht van de leidinggevende. De eerder geschetste veronderstelling gaat in die situatie dus niet op. Hiermee komen eigenlijk meteen de tweede en derde voorwaarde aan het licht. De aanname van het College gaat eigenlijk alleen op indien binnen de onderneming sprake is van één of enkele leidinggevenden en de onderneming beperkt is van omvang. Bij grotere ondernemingen met meerdere leidinggevenden is het niet langer vanzelfsprekend dat de directeur zich ook met alle juridische aspecten van de bedrijfsvoering bemoeit. De aannames gaan daarom wel op bij de zogenoemde kleine cowboys, *boiler rooms* en nieuwe toetreders tot de financiële markten, maar niet bij de grote gevestigde institutionele financiële instellingen.

De slotoverweging van het College over het door eigen nalatigheid niet op de hoogte zijn, om daaraan vervolgens de conclusie te verbinden dat de verweten gedragingen door de betrokkene zijn aanvaard, gaat ook alleen op bij kleine ondernemingen met een zeer beperkt aantal leidinggevenden. Feitelijk leidinggeven veronderstelt kennis. De leidinggevende moet immers opzet hebben op zijn deelnemingshandeling: het leidinggeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon.[68] Het idee achter feitelijk leidinggeven is immers dat de leidinggevende de verboden gedragingen van de rechtspersoon doelbewust bewerkstelligt. Daarin ligt besloten dat leidinggeven niet onbedoeld of per ongeluk kan plaatsvinden.[69] Op dat kennisvereiste bestaat slechts één uitzondering en dat is de situatie waarin de leidinggevende voorziet dat er een reëel risico bestaat dat dergelijke verboden gedragingen op het punt staan om zich te materialiseren, en hij er vervolgens doelbewust voor kiest om weg te kijken en zichzelf zodoende dus opzettelijk onwetend te houden van het verdere verloop van die ontwikkelingen, zodat hij, in het zeer waarschijnlijke geval dat die gedragingen zich zullen aandienen, kan claimen niet op de hoogte te zijn geweest van die overtredingen. Onder die

67 De Hullu 2018, p. 513.
68 Zie par. 5 van het Algemene deel.
69 Daarmee wijkt feitelijk leidinggeven ook af van functioneel plegerschap. Het aanvaardingsvereiste krijgt daar een andere invulling. Zie nader par. 2, 3 en 5 van het Algemene deel.

omstandigheden wordt de onwetendheid van de leidinggevende niet gesauveerd en kan hij zich evenmin op het standpunt stellen dat hij de signalen heeft onderschat of miskend. Ook dergelijk doelbewust onwetend houden levert namelijk aanvaarden in de zin van voorwaardelijk opzet op.[70] Dat is op zich staande (strafrechtelijke) jurisprudentie en daarmee ook niet zo revolutionair. Dat het College zich bij die lijn aansluit, mag dan ook niet verbazen. Dat neemt echter niet weg dat deze bewijsconstructie in de praktijk eigenlijk alleen kan worden toegepast in situaties zoals voornoemde, waarin de leidinggevende dicht op de overtreding zit, zoals het geval is bij de simpele structuur of de direct leidinggevende uit de machinebureaucratie. Deze redenering valt immers alleen sluitend vol te houden bij leidinggevenden die direct toezicht houden op het niveau waar de overtreding wordt begaan.[71] Voor leidinggevenden die verder daarvan afstaan, gaat deze redenering niet op. Zij kunnen immers claimen dat zij bepaalde signalen niet, niet tijdig of niet volledig, hebben ontvangen en dat zij op basis daarvan (achteraf bezien) een verkeerde inschatting hebben gemaakt. Dat laatste kan wellicht verwijtbaar zijn, maar dergelijk culpoos leidinggeven – tegenwoordig ook wel aangeduid als 'slecht leidinggeven' – levert nog geen feitelijk leidinggeven op.[72] Daarvoor is immers opzet vereist. Het nadeel hiervan – dat ik in mijn proefschrift uitvoeriger bespreek – is dat dit voor bepaalde leidinggevenden in meer omvangrijke organisaties de mogelijkheid creëert om zichzelf net buiten de gevarenzone te positioneren. Zij kunnen net voldoende afstand houden tot de verboden gedragingen om net genoeg te weten om de in het geding zijnde risico's te kunnen inschatten, maar net te weinig te weten om ook daadwerkelijk aansprakelijk te zijn indien die risico's zich onverhoopt mochten verwezenlijken, zonder daarmee direct in de sfeer van het doelbewust onwetend houden te komen.[73] Vanuit het oogpunt van effectieve, maar ook rechtvaardige rechtshandhaving heb ik daar moeite mee. Niet zozeer omdat ik ervan uitga dat hooggeplaatste leidinggevenden hierin altijd sluw of calculerend te werk zouden gaan, maar vooral omdat passiviteit – niets doen en afstand houden – in gevallen waarin een leidinggevende onverhoeds wordt geconfronteerd met een onverwacht scenario, denk hierbij bijvoorbeeld aan een ernstige en/of diep in de organisatieprocessen, -structuur of -cultuur gewortelde overtreding of strafbaar feit, een volstrekt normale menselijke reactie is. De leidinggevende die niet weet wat hij of zij daartegen moet ondernemen, onderneemt veelal niets. Simpelweg omdat hij/zij niet weet wat te doen. Het probleem is dat het hogere management daar veel eenvoudiger mee wegkomt dan het lagere management. Het hogere management staat immers in meerdere opzichten (temporeel, causaal, kennis etc.) op grotere afstand van de verweten overtredingen en kan zich daar dus (deels) achter verschuilen, bijvoorbeeld door te claimen dat het de situatie simpelweg heeft onderschat. Voor het lagere management is dat veel lastiger. Bovendien is de aanpak van structurelere vormen van organisatiedeviantie bij uitstek een taak voor de hogere managementechelons, een taak die nu op het lagere

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

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

72 Zie hierover par. 5 en 7 van het Algemene deel en hetgeen daarover aan het begin van dit hoofdstuk is opgemerkt.

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

management dreigt te worden afgeschoven. Direct leidinggevenden genieten dus niet dezelfde geprivilegieerde positie als hun senioren. Zij mogen in een dergelijke situatie voor het hogere management de kastanjes uit het vuur halen en lopen daarbij ook het risico om aansprakelijk te worden gesteld indien zij daarin onverhoopt tekortschieten, ondanks dat zij bij het doorvoeren van de benodigde maatregelen zijn gebonden aan, en worden gehinderd door, beslissingen die elders in de organisatie zijn genomen of zijn uitgebleven. Met uitzondering van leidinggevenden die leidinggeven aan *street level bureaucrats* of autonome professionals, zitten zij dusdanig dicht op de overtredingen en hebben zij dusdanig intensieve contacten met de personen die deze overtredingen begaan, dat zij ofwel op de hoogte moeten zijn geweest van die overtredingen, dan wel dat zij hun taken dusdanig grovelijk en structureel hebben verzaakt en enkel als gevolg daarvan onwetend zijn gebleven, dat dergelijke onwetendheid als doelbewuste onwetendheid kan worden gekwalificeerd. Een culpoze tussenvariant is er voor deze categorie eigenlijk niet. Er is of kennis, en daarmee opzet, of er is doelbewuste onwetendheid, en ook dat is opzet. Voor alle andere leidinggevenden is die culpoze tussenvariant er wel, zodat deze leidinggevenden er (al dan niet bewust) voor kunnen kiezen om meer distantie te betrachten en de aanpak van de misstanden aan anderen over te laten. Dit terwijl een daadwerkelijke effectieve aanpak enorm gebaat zou zijn bij een bredere integrale aanpak met maatregelen op meerdere niveaus waarbij het lagere management zich ook gesteund voelt door de hogere echelons, in het bijzonder daar waar het lastige of door sommigen als ongewenst ervaren maatregelen betreft. Die specifieke rol van het hogere management wordt mijns inziens nog onvoldoende erkend in de invulling die op dit moment aan de criteria voor feitelijk leidinggeven wordt gegeven, terwijl het 'redelijkerwijs gehouden zijn' daar wel ruimte voor biedt. Voor het senior management van omvangrijke en complexe ondernemingen zou de nadruk meer op de voorzienbaarheid van risico's en de in het licht daarvan bestaande institutionele zorgplicht (management op hoofdlijnen) moeten liggen en minder op de concrete kennis van de daadwerkelijke overtredingen en de aanpak daarvan op operationeel niveau (micromanagement).[74]

In de overwegingen van het College keert de bovengeschetste redenering over de veronderstelde kennis en betrokkenheid van direct leidinggevenden, zij het impliciet, ook terug. De leidinggevende die ontkent op de hoogte te zijn geweest, is ofwel een leugenaar of heeft zichzelf doelbewust onwetend gehouden. In beide gevallen is sprake van feitelijk leidinggeven. De allerlaatste overweging van het College over het 'redelijkerwijs gehouden zijn' mag evenmin verbazen. Als er maar één noemenswaardige leidinggevende in de onderneming valt te identificeren, dan is deze ook automatisch de aangewezen persoon om corrigerend in te grijpen, zeker daar waar het de vitale of kernactiviteiten van de rechtspersoon betreft.[75]

74 Hornman 2016, p. 465-491.
75 Hornman 2016, p. 136-139.

4.4 Twee belangrijke oorzaken voor straffeloosheid: afstand en decentrale autonomie

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

Allereerst is de afstand tussen het hogere management en het operationele niveau in organisaties waarin sprake is van een sterk gelaagde managementstructuur (machinebureaucratie, divisiestructuur en omvangrijke professionele bureaucratie) veelal dusdanig groot dat de kans reëel is dat informatie die afstand niet, of niet tijdig en volledig, weet te overbruggen. Het verweer van de hoger geplaatste leidinggevende dat hij of zij niet, of door de gebrekkige informatie niet afdoende, op de hoogte was, en de ernst van de situatie daardoor niet heeft ingezien of heeft onderschat, is daarmee ook een plausibel (en mogelijk ook terecht) verweer,[76] terwijl kennis niet alleen een constitutief element is voor aansprakelijkheid, maar ook bepalend is voor de nadere invulling van de zorgplicht. Wat een leidinggevende had moeten doen, wordt voor een groot deel afgemeten aan de inschatting van de aard, omvang en ernst van de situatie die hij op basis van de beschikbare informatie kon en moest maken. Niet geheel toevallig worden verweren van dien aard dan ook veelvuldig, en veelal met succes, aangevoerd.[77] Behoudens contra-indicaties van het tegendeel, zoals mailwisseling waaruit blijkt dat de betrokkene wel degelijk was geïnformeerd, zijn dergelijke verweren immers moeilijk te weerleggen. De onwetenden zijn daardoor daadwerkelijk zalig.[78] Als er al verantwoordelijken kunnen worden aangewezen, behoren die leidinggevenden eerder tot het eerstelijnsmanagement dat direct toezicht houdt op het uitvoerend niveau en uit dien hoofde ook vergaand is geïnformeerd over hetgeen zich daar afspeelt (of dat in ieder geval zeer eenvoudig kan zijn). Indien dat lagere management ook voldoende is geëquipeerd om de misstanden aan te pakken, is het vanzelfsprekend geen probleem om deze leidinggevenden ook op hun eigen tekortkomingen aan te spreken. De speelruimte (en daarmee dus de zeggenschap) van het lagere management om die misstanden te verhelpen kan echter vrij gering zijn, hetzij *de jure* omdat de leidinggevenden binnen de grenzen van de eigen bevoegdheid moeten opereren en de noodzakelijke maatregelen die bevoegdheid te buiten gaan, hetzij *de facto* omdat zij zijn gebonden aan beslissingen die elders in de organisatie zijn genomen en waarop zij geen of nauwelijks invloed kunnen uitoefenen. Daar waar doortastend optreden een systeem- of cultuurwijziging vergt, is het voor deze managers nagenoeg ondoenlijk om dat zonder uitdrukkelijke steun en medewerking van hogerhand en van de technostructuur te realiseren. Hun effectueringsmogelijkheden

76 Hornman 2016, p. 442-443.

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

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

zijn aldus beperkt. Tegelijkertijd leert de ervaring dat het deze 'laagsten in rang' zijn die uiteindelijk vaak het hoogst en zeker het eerst komen te hangen,[79] omdat er binnen de geringe mogelijkheden die er waren altijd wel een extra maatregel kan worden gevonden die zij hadden kunnen nemen om de situatie te beëindigen, of in ieder geval te verminderen, in plaats van deze (ongehinderd) te laten doormodderen. Ook indien zij daarvoor geen steun, en mogelijk zelfs tegenwerking, vanuit de organisatie ontvingen. Het feit dat een structurele oplossing uitblijft, neemt immers niet weg dat zij nog steeds ad hoc op alle voorvallen kunnen reageren. Dat gegeven tempert weliswaar de verwachtingen, maar vormt geen excuus om wettelijke verplichtingen dan maar naast zich neer te leggen. Het hogere management dat verantwoordelijk is voor de kaders waarbinnen en de middelen waarmee deze lagere managers moeten opereren, en daarmee (in ieder geval deels) ook voor het gebrek aan steun dat zij ontvangen of de tegenwerking die zij ervaren, zal de dans veelal ontspringen. De door de rechtspersoon begane overtredingen moeten daarvoor immers (mede) op het conto van dat hogere management kunnen worden geschreven. Daarvoor is de causale keten tussen de op decentraal niveau begane overtredingen en de verwijten aan het adres van de ondernemingstop doorgaans te fragiel, de kennis van die overtredingen te beperkt en de invloed op beslissingen die op decentraal niveau moeten worden genomen te indirect.[80]

De tweede hoofdoorzaak schuilt in de decentrale autonomie die tot gevolg heeft dat gehele organisatieonderdelen (divisiestructuur), bepaalde teams (adhocratie) of individuele professionals (professionele bureaucratie) grotendeels zelfstandig opereren en dientengevolge maar weinig informatie delen met het senior management. Dat kan zijn omdat er geen aanleiding bestaat om informatie te delen, maar ook omdat er (principiële) beletsels of andere argumenten kunnen bestaan om dat te doen (voorkomen van inmenging, hoge tempo waarmee veranderingen zich aandienen, vertrouwelijkheid van de informatie etc.).[81] Daarmee onttrekt het decentrale niveau zich voor een deel aan toezicht van hogerhand, met wederom dezelfde gevolgen. Als er al signalen doorkomen of kunnen worden opgepikt die op misstanden zouden kunnen duiden, dan komen die veelal binnen bij de leidinggevenden die dicht op dat decentrale niveau zitten. Het hogere management blijft opnieuw buiten schot, terwijl het lagere management ook hier voor een aanzienlijk deel is aangewezen op de signaleringsmogelijkheden die door de organisatiestructuur, -cultuur en -systemen worden geboden en waaraan het zelf maar weinig kan wijzigen.

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

80 Vide supra.

81 Hornman 2016, p. 443.

4.5 Bezwaarlijkheid van en alternatieve oplossingen voor straffeloosheid

Het bovenstaande zou de suggestie kunnen wekken dat de impuniteit van de hogere managementregionen per definitie kwalijk is. Dat is niet zonder meer het geval. Aansprakelijkheid moet een solide basis hebben, en zoals aan het begin van dit preadvies is geschreven, gaat het klassieke piramidale organisatiebeeld waarin alle tekortkomingen in de organisatie aan de organisatietop kunnen worden toegeschreven al lang niet meer op. Daarnaast laat collectieve schuld zich vaak moeilijk individualiseren.[82] Dat is ook de voornaamste bestaansgrond van de aansprakelijkheid van die collectieve entiteit zelf, te weten in de vorm van de rechtspersoon (of in geval van het mededingingsrecht: de onderneming). Het is dus niet zo dat binnen elke strafbare rechtspersoon altijd een strafbare leidinggevende of fysiek pleger moet zijn te identificeren. Evenmin is het uitgesloten dat de daadwerkelijke verantwoordelijken ook op decentraal niveau moeten worden gezocht omdat het binnen hun mogelijkheden lag om de verweten gedragingen te voorkomen of te beëindigen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld daarvan wordt geboden door de professionele bureaucratie. Aansprakelijkheid van het management is daar vanwege de professionele autonomie en de veelal daarmee gepaard gaande vertrouwelijkheid en informatiemonopolie, lastig te construeren. In een groot deel van de gevallen zal dat ook niet nodig zijn, omdat de professional prima zelf op zijn of haar tekortkomingen kan worden aangesproken (mits deze uiteraard als normadressaat van de bepaling kan worden aangemerkt). Waar de uitvoerend medewerker in de machinebureaucratie slechts een klein en onbeduidend raderwerkje in het grotere geheel vormt dat door anderen is ontworpen en wordt aangestuurd – waardoor het voor de hand liggender wordt om het aansprakelijkheidsvizier naar die ontwerpers en bestuurders te verschuiven –, kan de focus binnen de professionele bureaucratie in de regel beperkt blijven tot de professional zelf.[83] Deze opereert immers solistisch en vormt eerder zijn of haar eigen machine en kan daar zodoende dus ook zelf de verantwoordelijkheid voor dragen. Het door de AFM uitgeoefende accountantstoezicht en -tuchtrecht concentreert zich niet voor niets primair op individuele accountants. Slechts indien het adequaat functioneren van de professional wordt gehinderd door gebreken in de organisatie, haar systemen of de door haar geboden ondersteuning, en de tekortkomingen in de taakuitoefening door de accountant dus oorzaken kunnen hebben die buiten zijn of haar invloedsfeer liggen, bestaat er aanleiding om de verantwoordelijkheid voor die tekortkomingen ook elders te zoeken, te weten bij het accountantskantoor of in zijn organisatiehiërarchie. Op voorhand berust die verantwoordelijkheid echter bij de professional zelf.

Een tweede voorbeeld waarin het niet problematisch is als het hogere management niet kan worden aangesproken dient zich aan wanneer de verantwoordelijkheid om de desbetreffende verboden gedraging(en) aan te pakken ook bij het lagere management ligt. Juist bij omvangrijke organisaties moet de vraag 'wie is verantwoordelijk?' eigenlijk worden verfijnd naar de vraag 'wie is waarvoor verantwoordelijk?'. Ook die vraag kan mede aan de hand van de typologieën worden

82 Zie eerder voetnoot 13.
83 Hornman 2016, p. 345-347.

beantwoord. Zo kent de machinebureaucratie meerdere leidinggevende posities die allemaal een zekere verantwoordelijkheid voor het geheel dragen, maar tegelijkertijd ook een duidelijke eigen verantwoordelijkheid hebben. De machinemetafoor die onlosmakelijk met deze typologie is verbonden, maakt het mogelijk om die verschillende verantwoordelijkheden ook duidelijk te onderscheiden.[84] Het feitenrelaas behorende bij de zeer recent met ING overeengekomen transactie wegens het faciliteren van witwassen biedt een mooi voorbeeld om deze verschillende verantwoordelijkheden binnen de machinebureaucratie nader uit te werken. Als men de gehele organisatie ziet als een machine, dan hebben alle leidinggevenden een specifieke eigen verantwoordelijkheid voor het ongehinderd kunnen functioneren van die machine. Dat begint met het uitdenken (standaardiseren) van de primaire processen. Dat geschiedt door de technostructuur. De leidinggevenden van de technostructuur zijn aldus verantwoordelijk voor *ontwerp- of systeemfouten* in de intern gehanteerde systemen. Zo was het monitoringssysteem ING zo ingericht dat het niet meer dan drie alerts per dag afgaf om op die manier de *compliance*-afdeling niet te overbelasten. Meerdere ongebruikelijke transacties zijn daardoor niet opgemerkt, onderzocht en gerapporteerd.[85] Het vormgeven en inrichten van die systemen is bij uitstek iets dat voor rekening van de technostructuur komt. Indien die systemen op zich toereikend zijn, maar de verboden gedraging zich heeft kunnen voordoen doordat die systemen op een verkeerde wijze zijn toegepast, dan is sprake van een *toepassingsfout*. De verantwoordelijkheid daarvoor berust bij het eerstelijnsmanagement, net zoals het zogenoemde kleine onderhoud aan de machine. Daarnaast vervult deze managementlaag ook een signaleringsfunctie. Omdat zij de verantwoordelijkheid dragen voor de directe toepassing van de systemen, mag van deze managers ook worden verwacht dat zij onvolkomenheden in die systemen signaleren en rapporteren aan anderen binnen de organisatie, zodat zij er op hun beurt weer voor kunnen zorgen dat die problemen worden verholpen. Zo volgt althans uit de typologieën. In hoeverre deze interpretatie van 'gehouden zijn tot' ook voor geldend recht doorgaat, was tot voor kort onduidelijk. Strikt genomen is het namelijk het vervolgoptreden door de ingeseinde leidinggevende/afdeling dat naar zijn aard geschikt is om de problematiek te verhelpen, niet het inseinen zelf. In de ING-transactie lijkt het Openbaar Ministerie deze uitleg niettemin te hebben omarmd,[86] in ieder geval voor wat betreft de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Of deze interpretatie ook navolging gaat krijgen in de rechtspraak blijft afwachten. Met de doorgifte van die gesignaleerde onvolkomenheden bereikt men automatisch het middenlijnmanagement dat binnen de machinebureaucratie de verantwoordelijkheid heeft om ervoor te zorgen dat de zorgvuldig tot stand gebrachte afstemming – het op elkaar inhaken van de tandwieltjes – wordt gerealiseerd en gewaarborgd, oftewel het voorkomen van *afstemmingsfouten*.

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

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

86 Feitenrelaas 'Houston', p. 13 (het Openbaar Ministerie spreekt hier over het 'ontbreken van een escalatiecultuur').

Het grote risico van de machinebureaucratie is namelijk dat afdelingen en personen zich uitsluitend concentreren op en verantwoordelijk voelen voor hun eigen aandeel, maar dat het verantwoordelijkheidsbesef voor het grote geheel eigenlijk verloren gaat. Het is deels de taak van het middenlijnmanagement om dat gevaar te reduceren.[87] Op deze leidinggevenden rust derhalve de taak om de signalen die vanuit het eerstelijnsmanagement komen op te pikken en adequaat door te geleiden naar de afdelingen in de organisatie die de problemen kunnen verhelpen, voor zover zij dat zelf niet kunnen doen. Hun rol is echter niet louter afwachtend, zij zullen ook zelf op zoek moeten gaan naar potentiële afstemmingsbedreigende factoren door actief bij het eerstelijnsmanagement te informeren en zelf toe te zien op de samenwerking tussen de diverse ondergeschikte afdelingen. Dat laatste is cruciaal omdat het eerstelijnsmanagement dat bredere perspectief mist en die onderlinge afstemming tussen de verschillende afdelingen dus niet goed kan beoordelen. Die taak berust bij het middenlijnmanagement. Deze benadering heeft ook als voordeel dat de verantwoordelijkheden van beide managementlagen op elkaar inhaken. Het eerstelijnsmanagement kan zijn zorgplicht vervullen door zijn senioren in te lichten, terwijl het middenlijnmanagement aan zijn zorgplicht kan voldoen door toezicht te houden en actief te informeren. Datzelfde mechanisme herhaalt zich verderop in de organisatiehiërarchie. Net zoals het middenlijnmanagement toezicht moet houden op de onderliggende managementlaag, moet de strategische ondernemingstop toezicht houden op de onder haar ressorterende laag managers van de technostructuur, het middenlijnmanagement en de ondersteunende diensten en kan die onderliggende managementlaag haar zorgplicht juist vervullen door problemen waarvan de oplossing haar bevoegdheden of feitelijke mogelijkheden te buiten gaat, onder de aandacht van de strategische ondernemingstop te brengen. Daarmee wordt de zorgplicht van de een vervuld, terwijl die van de ander juist wordt geactiveerd. Omdat de subtop van de onderneming zelf ook over een aanzienlijke interne machtspositie beschikt, is de verwachting dat alleen de aanpak van diepgewortelde en van uiterst omvangrijke, bedreigende of gevoelige problemen wordt doorgeschoven naar het strategische management. Dat belicht tegelijkertijd de kernverantwoordelijkheid van dat strategische management: het waarborgen van het institutionele kader/de bredere context waarbinnen alle anderen binnen de onderneming moeten functioneren. Daarbij gaat het om het vaststellen en uitdragen van de juiste prioritering, het ter beschikking stellen van voldoende tijd en middelen, het in werking hebben van de benodigde systemen en het zetten van de juiste toon. Die *tone at the top* is immers van groot belang voor de informele bedrijfscultuur, en die cultuur zal veelal van grotere invloed zijn op de handelswijze van medewerkers dan de officieel uitgevaardigde procedures. Kortom, de strategische ondernemingstop is niet verantwoordelijk voor ontwerp-, toepassings- of (kleine) afstemmingsfouten, maar wel voor *contextfouten*, want het voorzien in een gedegen institutionele inbedding vormt de hoofdtaak van het strategisch management. Blijkens de ING-transactie was dat ook het grote verwijt aan de top van de bank. De aandacht en prioritering van de bank en het topmanagement lagen duidelijk bij het realiseren van commerciële doelstellingen ('business boven compliance'), waardoor het belang van het

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

naleven van antiwitwasverplichtingen onvoldoende werd uitgedragen ('tone at the top') en ondersteund. Er werd structureel te weinig geld aan uitgegeven en te weinig belang aan gehecht, waardoor systemen niet langer voldeden en de verantwoordelijke afdeling zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht achterbleef.[88]

Zelfs bij zeer complexe vormen van organisatiecriminaliteit, zoals het onvermogen van een bank om afdoende op te treden tegen witwassen, waarbij zich op vele niveaus in de organisatie tekortkomingen aandienen, bieden de typologieën dus de mogelijkheid om uiteen te rafelen wie voor ieder van die tekortkomingen verantwoordelijk is. Op die manier kan dus nader worden gedefinieerd waartoe welke leidinggevende redelijkerwijs is gehouden, zodat ook in meer complexe zaken niet met het in rechte aanspreken van de rechtspersoon hoeft te worden volstaan en ook individuen ter verantwoording kunnen worden geroepen. In sommige gevallen zal daar één duidelijke verantwoordelijke afdeling of leidinggevende uitkomen, bijvoorbeeld als blijkt dat de systemen of procedures in principe toereikend zijn maar simpelweg onjuist zijn toegepast. In andere gevallen zal blijken dat meerdere afdelingen of personen daarvoor verantwoordelijkheid dragen, bijvoorbeeld als er problemen zijn in de toepassing, maar ook in het systeem zelf en eventueel ook in de aandacht voor het probleem. Dat laatste lijkt zich, afgaande op het feitenrelaas, te hebben voorgedaan bij de witwasaffaires bij ING. In het naar aanleiding van de met ING overeengekomen transactie uitgebrachte persbericht merkt het Openbaar Ministerie echter op dat er '[v]elen (...) verantwoordelijk [zijn, MJH] voor een deel van het verwijtbare gedrag', waardoor '[d]e strafbare feiten (...) niet individueel aan personen [zijn, MJH] toe te rekenen'.[89] Het moge duidelijk zijn dat ik die gevolgtrekking niet zonder meer onderschrijf. Het ene vloeit niet als een vanzelfsprekendheid voort uit het andere. Dat neemt uiteraard niet weg dat de concrete feitelijke omstandigheden nog steeds dusdanig kunnen zijn dat het uiteindelijk aan bepaalde individuen te maken verwijt te gering is om deze betrokkenen als feitelijk leidinggever of functioneel pleger aan te merken.[90] Ook kunnen er andere opportuniteitsafwegingen zijn om van vervolging of beboeting af te zien, bijvoorbeeld indien blijkt dat waarschijnlijk alleen lagere leidinggevenden succesvol kunnen worden aangesproken en het senior- en/of topmanagement niet. Ik sluit niet uit dat dat laatste een belangrijke afwegingsfactor is geweest voor het Openbaar Ministerie. Ook zou het signaal dat het Openbaar Ministerie met deze transactie naar de sector heeft afgegeven ernstig worden verzwakt indien een eventueel ingestelde vervolging van één of meer hooggeplaatste leidinggevenden

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

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

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

in vrijspraak zou resulteren. Dat laatste is waarschijnlijk een tweede belangrijk argument geweest om van vervolging af te zien.[91]

Binnen de divisiestructuur is vooral de positie van het overkoepelende hoofdbestuur interessant. De afzonderlijke divisies zijn vaak immers ingericht als machinebureaucratieën, waardoor de vraag bovenkomt in hoeverre het hoofdbestuur en de moedermaatschappij aansprakelijk zijn voor verboden gedragingen die zich op het niveau van de dochter hebben afgespeeld.[92] Door dat hoofdbestuur wordt (ideaaltypisch) alleen gestuurd op output. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het hoofdbestuur zich vergaand gaat mengen in de inhoudelijke bedrijfsvoering van de afzonderlijke divisies. Dat zou immers afbreuk doen aan de zelfstandige positie die de divisies binnen het geheel innemen, en daarin is nu juist het verschil tussen de divisiestructuur en de machinebureaucratie gelegen. Omdat de divisies grotendeels zelf invulling geven aan hun eigen beleid, berust de verantwoordelijkheid voor eventuele misstappen die daarbij worden begaan ook primair bij de divisies en hun leidinggevenden. Dat het overkoepelende hoofdbestuur niet (of moeilijk) aansprakelijk kan worden gesteld is aldus niet direct bezwaarlijk. Daarvoor bestaat eigenlijk alleen aanleiding indien dat bestuur toch als indirect verantwoordelijke moet worden aangemerkt, bijvoorbeeld omdat het door irreële doelen indirect heeft aangestuurd op de door een divisie begane overtreding of omdat het te lang afwachtend is geweest om corrigerend in te grijpen. De primaire verantwoordelijkheid voor dat corrigerende ingrijpen berust weliswaar bij de divisiebesturen, maar het is wel het overkoepelende hoofdbestuur dat die besturen benoemt (en ontslaat). Wanneer blijkt dat het divisiebestuur niet in staat of niet bereid is om de benodigde maatregelen door te voeren, dan is het aan het hoofdbestuur om het divisiebestuur te vervangen door personen die daar wel toe bereid zijn.[93] In alle gevallen waarin autonomie voor het decentrale niveau wenselijk is, en dat is het geval bij de divisiestructuur, de professionele bureaucratie en de adhocratie, moet het namelijk wel om *verantwoorde autonomie* gaan.[94] Het strategische management is verantwoordelijk voor de vrijheid, maar niet vrij van verantwoordelijkheid. Waar vrijheid wordt gegeven, moeten er dus waarborgingsmechanismen voorhanden zijn die de kans op misbruik daarvan in ieder geval tot een acceptabel niveau terugbrengen. Voor divisiestructuren en omvangrijke professionele bureaucratieën kan daarbij worden gedacht aan *compliance* of integriteitssystemen, waaronder voor de professionele bureaucratie ook collegiaal toezicht moet worden geschaard. Dat laatste zou voor de adhocratie eveneens uitkomst kunnen bieden. In kleine professionele bureaucratieën en adhocratieën blijven de mogelijkheden voor het strategisch management daarentegen beperkt

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

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

93 Hornman 2016, p. 273-277 en 457.

94 Hornman 2016, p. 457-459.

en is men vooral aangewezen op meer indirecte (en daarmee soms ook zwakkere) beïnvloedingsmechanismen, zoals het inzetten op een professionele en integere bedrijfscultuur, een goede personeelsselectie en het op peil houden van de kennis, kunde en vaardigheden van de professionals.[95]

95 Hornman 2016, p. 458-459.

5 Conclusie: hebben de typologieën meerwaarde?

Het voorgaande laat zien dat de typologieën kunnen worden gebruikt om de op de rechtspersoon of onderneming rustende zorgplicht te concretiseren en nader te definiëren welke leidinggevende precies waarvoor verantwoordelijk is, om zo te kunnen beantwoorden waartoe een leidinggevende redelijkerwijs is gehouden. Die behoefte zal zich met name opdringen bij grotere gecompliceerde ondernemingen, zeker wanneer er op meerdere plaatsen in de organisatie fouten zijn gemaakt en deze fouten vervolgens in onderlinge dynamiek tot de verweten overtreding(en) hebben geleid. Bij kleine overzichtelijke organisaties (hier aangemerkt als simpele structuren) zal die behoefte beperkt zijn. Wie bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om in te grijpen is daar direct duidelijk: de directeur-grootaandeelhouder (DGA). Dat maakt het ook mogelijk om in dergelijke gevallen gebruik te maken van weerlegbare feitelijke vermoedens waaraan een veronderstelling van persoonlijke betrokkenheid en kennis kan worden ontleend (zie par. 4.3). Het merendeel van de in Nederland gevestigde als organisaties te kwalificeren bedrijven (dat wil zeggen samenwerkingsverbanden van twee personen of meer, zie par. 3.1) behoort tot die categorie en is van zeer geringe omvang. De behoefte aan verdere concretisering van de zorgplicht valt in veel gevallen dan ook wel mee. Afgaande op de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek had 95,7 procent van die als organisaties te kwalificeren Nederlandse bedrijven in het vierde kwartaal van 2018 minder dan 50 medewerkers in dienst. Slechts bij 2,3 procent lag dat aantal boven de 100.[96] Op basis daarvan moet worden aangenomen dat het gros van de ondernemingen dat overtredingen begaat zeer waarschijnlijk ook onder de categorie simpele structuren moet worden geschaard. Omdat het beleid van dergelijke kleine ondernemingen wordt bepaald door één of enkele individuen en een intern systeem van *checks and balances* ontbreekt, is het aandeel van deze groep in het totale volume van de organisatiecriminaliteit in Nederland verhoudingsgewijs mogelijk nog groter.[97] Functiescheiding, en daarmee de kans op interne correctie, neemt immers toe naarmate de onderneming groeit, waardoor voor het begaan van overtredingen, zeker als dat bewust gebeurt, steeds meer mensen binnen de organisatie bereid moeten zijn om daaraan mee te werken, hetzij door daaraan actief bij te dragen, hetzij door het gedrag van anderen oogluikend toe te staan.

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

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

In een goed functionerende machinebureaucratie zou dat niet het geval moeten zijn omdat de intern aanwezige corrigerende mechanismen in werking zouden moeten treden zodra een leidinggevende of medewerker over de schreef gaat, zodat deze een halt wordt toegeroepen. Binnen simpele structuren zijn al deze taken in één hand verenigd, waardoor de slager zijn eigen vlees keurt en zodoende ook vrij eenvoudig zijn gang kan gaan indien hij zich niet aan de wettelijke voorschriften wenst te houden. Dat gegeven vormt een belangrijke criminogene factor.

Dat de aandacht van het bestuursrecht, voor wat betreft de geformaliseerde handhavingsactiviteiten tegen leidinggevenden,[98] voornamelijk uitgaat naar de kleinere ondernemingen, wordt bevestigd door het beeld dat oprijst uit de andere preadviezen. Jurisprudentie over de concretisering van de zorgplicht is schaars, zo niet nagenoeg ontbrekend.[99] Jurisprudentie over bijvoorbeeld *ne bis in idem* en de cumulatie van sancties bij kleine en mogelijk met de DGA te vereenzelvigen ondernemingen is daarentegen ruim voorhanden.[100] Ook lijken de bestuurlijke toezicht- en handhavende instanties bij kleine ondernemingen eerder geneigd te zijn om natuurlijke personen aan te spreken. Bij grote ondernemingen richt de aandacht zich veelal uitsluitend op de rechtspersoon. Deze bij eerste aanblik wat teleurstellende bevindingen vertonen overigens grote overeenkomsten met het strafrecht, waar herhaaldelijk de kritiek is geuit dat de aandacht te veel uitgaat naar de kleinere vormen van organisatiecriminaliteit en het zogeheten laag hangend fruit waar aansprakelijkheid relatief eenvoudig kan worden vastgesteld.[101] De hier gepresenteerde typologieën kunnen worden gebruikt om die impasse te doorbreken. De meerwaarde van de typologieën laat zich namelijk vooral zien in die gevallen waarin collectieve schuld moet worden geïndividualiseerd. Aldus zijn zij met name bruikbaar in die gevallen waarin toezichthouders en handhavende instanties grotere rechtspersonen en hun leidinggevenden willen aanspreken, in het bijzonder in die gevallen waarin nu met het ter verantwoording roepen van de rechtspersoon wordt volstaan.

De toegevoegde waarde van de typologieën is echter mede afhankelijk van de aard en strekking van de concreet voorliggende verbodsnorm. Bepaalde overtredingen lenen zich naar hun aard minder voor een verdere uitsplitsing naar verschillende leidinggevende posities binnen de rechtspersoon. Dat is in het bijzonder het geval bij overtredingen die enkel structureel kunnen worden begaan met medewerking, of minstens met instemming van de ondernemingsleiding. In bepaalde gevallen is dat zelfs onontbeerlijk, hetgeen aan de hand van de typologieën kan worden onderbouwd. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is waarschijnlijk kartelvorming (art. 101 VWEU/art. 6 lid 1 Mededingingswet), en in ieder geval kartelinstandhouding. Aangezien ondernemingen elkaar normaliter beconcurreren, en het juist de taak van de centrale ondernemingsleiding is om de marktpositie van de onderneming te consolideren en verstevigen, mag worden verwacht dat,

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

99 Zie de preadviezen van Van Overbeek en Dusée en Bleeker.

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

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

wanneer een onderneming haar goederen of diensten goedkoper kan leveren dan de concurrent, zij dat ook zal doen om daar commercieel succes uit te halen. De ondernemingsleiding zal daar ook actief op aansturen. Volgens de principes van marktwerking zou dat moeten betekenen dat de ondernemingsleiding, indien zij erachter komt dat de onderneming niet voldoende scherp heeft geoffreerd, zij die offerte zal *overrulen* en een nieuw concurrerend aanbod zal (doen) uitvaardigen. Zeker in kleine organisaties zou het daardoor voor ondergeschikten ondoenlijk moeten zijn om overeengekomen kartelafspraken in weerwil van de wensen van het management overeind te houden. Voor het management dat geen weet heeft van de gemaakte afspraken, en daarmee dus ook niet van de voordelen die daardoor op langere termijn kunnen worden gerealiseerd, zou het economisch gewin op korte termijn de doorslag moeten geven en zou er dus een concurrerender bod moeten volgen. Daar komt nog eens bij dat het zeer onwaarschijnlijk is dat concurrenten dergelijke kartelafspraken met een laaggeplaatste functionaris zullen willen kortsluiten. Het gaat immers om zeer gevoelige materie die bij ontdekking zwaar kan worden beboet. Het ligt daardoor voor de hand dat alle betrokkenen dergelijke afspraken op het hoogst mogelijke niveau willen afkaarten. Behoudens contra-indicaties mag daardoor, zeker bij langdurige afspraken, mede op basis van de typologieën, worden uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden van een feitelijke betrokkenheid (minimaal in de vorm van instemming) van de centrale ondernemingsleiding.[102] Substantiële kartelafspraken kunnen alleen standhouden indien zij door het management zijn overeengekomen of in ieder geval worden onderschreven. In alle andere gevallen zouden zij als gevolg van de natuurlijke neiging van de onderneming en haar leidinggevenden om de concurrentie te slim af te zijn namelijk moeten sneuvelen, omdat de onderneming – als zij geen onderdeel uit zou maken van de marktverkaveling of prijsopdrijvende afspraken – er baat bij zou hebben om zich concurrerender op te stellen.

In situaties waarin aan verdere uitsplitsing van de zorgplicht minder behoefte bestaat, is de meerwaarde van de modellen ter concretisering van die zorgplicht beperkt. Desondanks zijn de typologieën ook dan nog steeds bruikbaar ter staving van bepaalde vermoedens van betrokkenheid, zoals het bovenstaande mededingingsvoorbeeld laat zien. Op één vlak lijkt de meerwaarde van de typologieën voor het bestuursrecht overigens wel duidelijk beperkter dan voor het strafrecht. Daar dient de meerwaarde zich voornamelijk aan bij materiële (gevolgs)delicten waarvan de oorzaken op verschillende niveaus in de organisatie kunnen zijn gelegen, denk hierbij aan delicten als dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 307 e.v. Sr; art. 32 Arbowet), het niet naleven van milieuvoorschriften en witwassen (art. 420bis e.v. Sr). Voor de veroordeling van de rechtspersoon ter zake van een dergelijk delict is niet noodzakelijk dat de top van de organisatie ook een persoonlijk verwijt valt te maken. Die aansprakelijkheid kan ook berusten op fouten die lager in de organisatie zijn begaan. Het is de vraag of het bestuursrecht

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

veel overtredingen kent die zich op gelijksoortige wijze laten uitsplitsen. Voor veel financieel-economische en milieuovertredingen is het intreden van een bepaald gevolg niet vereist; het sec verrichten van een gedraging of het zich voordoen van een bepaalde toestand is vaak afdoende voor strafbaarheid. Deze bestuursrechtelijke bepalingen fungeren daarmee ook enigszins als abstracte gevaarzettingsdelicten die beogen (de verwezenlijking van) bepaalde risico's te voorkomen en vormen zodoende ook een voorportaal voor gedrag dat onder bijkomende omstandigheden ook voor strafrechtelijke sanctionering in aanmerking komt.[103] De vele anti-witwasverplichtingen onder de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) vormen daarvan een voorbeeld. Het niet voldoen aan die verplichtingen levert een zelfstandige bestuursrechtelijke overtreding op, maar kan onder bijkomende omstandigheden tot een strafbaar feit leiden. Zo kan het niet melden van een ongebruikelijke transactie bijdragen aan het verhullen van de criminele herkomst van dat vermogen, waardoor deze handelswijze eveneens als een (strafrechtelijke) witwashandeling kan worden gekwalificeerd.[104]

Ter afronding: de subtitel van de bundel van de op deze middag te presenteren preadviezen is 'Samen werken is samen de klos?'. Het vraagteken aan het einde indiceert dat hier discussie over mogelijk is. Het moge gezien het voorgaande duidelijk zijn dat uw preadviseur de stelligheid waarmee soms wordt gesproken over een risicoaansprakelijkheid en het daarmee verband houdende gevaar voor bange bestuurders[105] enigszins – zo niet vergaand – wenst te nuanceren. De in dit preadvies gepresenteerde typologieën laten zien dat de zorgplicht van leidinggevende functionarissen nader kan worden ingevuld zodat inzichtelijk kan worden gemaakt welke leidinggevende precies waarvoor verantwoordelijk is. Ook kunnen aan die typologieën bepaalde weerlegbare feitelijke vermoedens worden ontleend die kunnen worden gehanteerd in de bewijsconstructie. Zelf heb ik er in dit preadvies en eerder in mijn proefschrift voor gepleit dat er zelfs wel een tandje bij mag, vooral bij grote gecompliceerde ondernemingen, in die zin dat de norm waaraan leidinggevenden moeten voldoen best mag worden aangescherpt. Hoewel de jurisprudentie hierover op financieel-economisch bestuursrechtelijk terrein nog beperkt is, meen ik uit die schaarse jurisprudentie te mogen afleiden dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven bovengenoemde angst niet deelt en op bepaalde punten hogere eisen lijkt te stellen aan feitelijk leidinggevers dan in (in ieder geval een deel van) de strafrechtspraak gebeurt. De financieel-economische bestuursrechter lijkt namelijk een meer zorgplichtgerichte benadering voor te staan dan de strafrechter, of wellicht iets zuiverder geformuleerd: van de bestuursrechter ben ik nog geen signalen tegengekomen dat een dergelijke invulling onomwonden van de hand wordt gewezen. Binnen het strafrecht zijn uitspraken van dien aard waarin

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

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

105 Zie hierover eerder par. 7 van het Algemene deel.

expliciet wordt gesteld dat het (zelfs stelselmatig) verzaken om toezicht te houden op ondergeschikten, het niet lezen van cruciale stukken of het blind ondertekenen van documenten nog geen feitelijk leidinggeven oplevert, wel bekend.[106] Op basis van de (vooralsnog beperkte) bestuursrechtelijke jurisprudentie meen ik te mogen concluderen dat de bestuursrechter sneller dan de strafrechter, of in ieder geval het Gerechtshof Amsterdam,[107] aanneemt dat de betrokkene door geen adequaat toezicht te houden de door de rechtspersoon verrichte verboden gedragingen heeft aanvaard. Dat ik mijzelf in die meer kritische benadering kan vinden, zal u na het lezen van dit preadvies niet verbazen. Integere en toegewijde bestuurders hebben volgens mij strafrechtelijk noch bestuursrechtelijk iets te vrezen. Falend management wordt niet zomaar strafwaardig management. De financieel-economische bestuursrechter heeft zich bovendien heel bekwaam getoond om dat aspect zeer nauwlettend in de gaten te houden en goed te waarborgen. Juist daarom kan het mijns inziens geen kwaad om de angstgevoelens bij leidinggevenden die expliciet, dan wel impliciet, en mogelijk zelfs heel subtiel, aansturen op strafbare dan wel beboetbare feiten wat verder aan te wakkeren. Wellicht dat het schrikbeeld van aansprakelijkheid hen ertoe brengt om beter ten halve te keren dan ten hele te dwalen. Tegen die leidinggevenden zou ik daarom vooral willen zeggen: wees maar bang!

106 Hof Den Haag 2 december 1987, NJ 1988/433 (*Vrijspraak Piet Slavenburg*); Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1971 (*Ahold boekhoudfraude*; *Fahlin*); Hof Amsterdam 12 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2429 (*Palminvest*). Zie hierover eveneens par. 5 en 7 van het Algemene deel.

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

6 Stellingen

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

   Niettemin:
   c. is de toegevoegde waarde van de typologieën vanwege de aard van de via het bestuursrecht gehandhaafde verbodsnormen voor het bestuursrecht beperkter dan voor het strafrecht.

2. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijkt een meer zorgplichtgerichte invulling van de criteria voor feitelijk leidinggeven voor te staan dan de strafrechter. Dat valt te verwelkomen en verdient navolging in het gehele bestuursrecht en in het strafrecht.

3. In het licht van de vrees voor 'bange bestuurders' en een vermeende (dreigende) risicoaansprakelijkheid is het opvallend dat de discussie over de ondergrens voor aansprakelijkheid van leidinggevenden zich zowel in het straf- als in het bestuursrecht nagenoeg volledig richt op de aansprakelijkheidsfiguur feitelijk leidinggeven en het daarvoor geldende kennisvereiste. De aansprakelijkheidscriteria voor het aannemen van functioneel plegerschap zijn bij overtredingen namelijk veel ruimhartiger, zodat de aandacht zich beter op de ondergrens van deze aansprakelijkheidsfiguur zou kunnen concentreren.

Verslag van de Jonge VAR op 9 november 2018 over sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht

*M.M.W. van Gils**

Inleiding **317**
Welkomstwoord door Tom Barkhuysen 317
Nulmeting van de stellingen 317
Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid 318

Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht: de leidinggevende functionaris als overtreder van milieunormen **323**
Vragen uit de zaal 326

Feitelijk leidinggeven en medeplegen, een blik op de praktijk van economische toezichthouders **327**
Vragen uit de zaal 330

Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband **333**
Vragen uit de zaal 337

Concretisering van de zorgplicht van leidinggevenden. Een betoog aan de hand van de typologieën van Henry Mintzberg **341**
Vragen vanuit de zaal 344

Stellingen **347**

Afsluiting **351**

* Martijn van Gils volgde ten tijde van het schrijven van het verslag de Legal Research Master aan de Universiteit Utrecht en was student-medewerker bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

Inleiding

Op 9 november 2018 vond de vergadering van de Jonge VAR plaats in het auditorium van het kantoor van Stibbe aan de Amsterdamse Zuidas. De preadviezen, met als thema 'Samen werken is samen de klos?', werden gepresenteerd door de preadviseurs Tim Bleeker (UU), Olivier Dusée en Manon van Overbeek (ACM), Monique van der Linden en Jakoline Winkels (Stibbe) en Mark Hornman (AFM). De vergadering werd voorgezeten, en de discussie geleid, door Tom Barkhuysen, lid van het bestuur van de VAR. Na afloop van de vergadering werd de middag feestelijk afgesloten met een borrel. Dit verslag bevat een impressie van de middag, de presentaties en de vragen en discussie die daarop volgden.

Welkomstwoord door Tom Barkhuysen

Tom Barkhuysen, partner bij Stibbe en hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden, heet alle aanwezigen welkom. Andere aanwezige bestuursleden zijn Sabine van der Does, senior legal counsel bij de Autoriteit Consument en Markt, en Nina Bontje, advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, die als adjunct-secretaris van de VAR deze bijeenkomst georganiseerd heeft.

De bijeenkomst vindt plaats bij Stibbe. Het auditorium, waar de bijeenkomst plaatsvindt, zit behoorlijk vol. Tom merkt op dat er gelukkig niet alleen bekende VAR-gezichten zijn, maar ook veel nieuwe en frisse gezichten. Het onderwerp van deze jonge VAR-bijeenkomst is bestuursrechtelijke handhaving in de context van samenwerkingsverbanden, een zeer actueel en relevant onderwerp voor de rechtspraktijk. De preadviezen hebben dan ook geleid tot prikkelende en diepgravende adviezen. Het bestuur van de VAR is de preadviseurs zeer erkentelijk dat ze deze tijdrovende klus op zich hebben willen nemen.

Nulmeting van de stellingen

De preadviseurs hebben bij hun preadviezen een aantal stellingen geformuleerd. Deze stellingen zijn suggesties om de huidige stand van het bestuursrecht met betrekking tot medeplegen en feitelijk leidinggeven te verbeteren. Om erachter te komen wat de aanwezigen van deze stellingen vinden, begint de bijeenkomst met een interactieve, digitale 'nulmeting'. Alle aanwezigen wordt gevraagd via hun smartphone hun mening uit te brengen over de verschillende stellingen.

De uitkomsten van deze nulmeting zijn als volgt:

Stelling 1. Delictsevenredigheid dient als uitgangspunt te worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete.
Eens: 80,7 procent
Oneens: 19,3 procent

Stelling 2. In het bestuursrecht moet de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel worden ingevoerd
Eens: 68,2 procent
Oneens: 31,8 procent

Stelling 3. De ABRvS moet de toerekeningsformule uit CZL Tilburg inruilen voor de verruimde IJzerdraad-criteria
Eens: 46,3 procent
Oneens: 53,8 procent

Stelling 4. Feitelijk leidinggeven is, ook in het bestuursrecht, geen risicoaansprakelijkheid
Eens: 65,1 procent
Oneens: 34,9 procent

Stelling 5. Toezichthouders moeten de feitelijk leidinggevers van grote complexe (onder toezicht gestelde) rechtspersonen vaker aanpakken
Eens: 65,1 procent
Oneens: 34,9 procent

Stelling 6. De civielrechtelijke 'persoonlijk ernstig verwijt'-drempel hoort niet thuis in het bestuursrecht
Eens: 46,5 procent
Oneens: 53,5 procent

Aan het einde van de bijeenkomst wordt aan de aanwezigen opnieuw gevraagd om hun mening te geven over deze stellingen.

Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid

Tim Bleeker is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Ocean & Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht en onderzoekt bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht. **Mark Hornman** is in 2016 gepromoveerd aan de Universiteit Utrecht op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Hij is momenteel werkzaam bij de afdeling Juridische Zaken van de Autoriteit Financiële Markten.

In deze presentatie en in hun gezamenlijke inleiding op de preadviezen geven Tim en Mark een introductie op de bestuursrechtelijke overtrederschapsvormen om alle aanwezigen die minder in dit onderwerp zijn ingevoerd op weg te helpen en te voorkomen dat alle hierop volgende presentaties in herhaling vervallen.

Bestuursrechtelijke overtrederschapsvormen
De preadviseurs beginnen deze presentatie met twee existentiële vragen over bestuursrechtelijke overtrederschapsvormen: *waar komen ze vandaan?* En: *waarom zijn ze hier?* De overtrederschapsvormen zijn afkomstig uit het strafrecht en bij de invoering van de vierde tranche van de Awb ook in het bestuursrecht terechtgekomen. Bij die invoering, in artikel 5:1 Awb, heeft de wetgever ook expliciet naar strafrechtelijke jurisprudentie ter nadere invulling van deze overtrederschapsvormen gewezen.

Deze leerstukken zijn om een aantal redenen in het bestuursrecht ingevoerd. Ten eerste voorkomt de aansluiting bij strafrechtelijke daderschapsvormen nodeloze verschillen met de strafrechtelijke handhaving. Ten tweede stond het – op herstel ingestelde – overtredersbegrip onder druk, vanwege de intrede van punitieve sanctiemogelijkheden in het bestuursrecht. Daarom keek men in de rechtspraak en in de literatuur al voor inspiratie naar het strafrecht. De codificatie in de Awb is een neerslag van deze ontwikkeling. Ten derde, en daarmee samenhangend, was men in het bestuursrecht op zoek naar aansprakelijkheidsfiguren waarmee niet alleen de normadressaat zelf voor een overtreding kon worden aangesproken, maar ook deelnemers bij de overtreding.

De overtreder in abstracto en concreto
Voor het vaststellen wie als overtreder kan worden aangemerkt, worden twee stappen doorlopen. Allereerst moet worden vastgesteld wie *in abstracto* als overtreder, oftewel als normadressaat, valt aan te merken en de overtreding dus *kan* begaan. Daarop volgend moet worden vastgesteld of die (rechts)persoon ook *in concreto* overtreder is, waarbij wordt gekeken of deze de overtreding ook daadwerkelijk *heeft* begaan.

Sommige normen zijn tot eenieder gericht, maar vooral in het milieurecht en het economisch bestuursrecht bestaan er veel kwaliteitsdelicten, delicten gericht tot een persoon met een bepaalde kwaliteit, zoals bijvoorbeeld 'de drijver van een inrichting'. Wie de normadressaat van een verbodsbepaling is, wordt vaak duidelijk uit de bepaling zelf, of anders uit de MvT bij die bepaling. In een aantal gevallen bestaat er wel een normadressaat, maar is die erg ruim geformuleerd en weinig richtinggevend, bijvoorbeeld de 'zender van spam'.

Buiten de vraag wie de normadressaat van een overtreding is, is het ook noodzakelijk om vast te stellen of de aangesprokene op zodanige wijze bij de overtreding betrokken was, dat hij of zij kwalificeert als overtreder in concreto. Er bestaan in het bestuursrecht immers meerdere verschillende aansprakelijkheidsfiguren, waardoor niet alleen de fysieke pleger, maar ook anderen kunnen worden aangesproken voor een overtreding. *Fysiek plegerschap* houdt in dat de pleger van de overtreding ook degene is die fysiek de verboden handeling verricht heeft. Daarnaast kent het bestuursrecht het *functioneel plegerschap.* De pleger heeft de handeling dan niet zelf verricht, maar door tussenkomst van een ander. Verder kan de betrokkene ook aangesproken worden als deelnemer, via de aansprakelijkheidsfiguren medeplegen en feitelijk leidinggeven.

Functioneel plegerschap

Voor functioneel plegerschap gelden verschillende voorwaarden voor de functionele pleger die een natuurlijk persoon is, en de functionele pleger die een rechtspersoon is. Voor natuurlijke personen gelden de criteria die de Hoge Raad in het IJzerdraad-arrest uiteengezet heeft.[1] Ten eerste moet de functionele pleger *beschikkingsmacht* hebben: hij moet beschikken over het plaatsvinden van de verboden gedraging, en bijvoorbeeld kunnen ingrijpen om deze gedraging te voorkomen. Feitelijke zeggenschap is daarvoor doorslaggevend, niet de juridische verhoudingen. Ten tweede moet de functionele pleger hebben *aanvaard* dat de feitelijke gedraging plaatsvindt. Voorheen was daarvoor minimaal voorwaardelijk opzet vereist, maar sinds een arrest van de Hoge Raad uit 2015 valt onder aanvaarden ook het niet betrachten van de redelijkerwijs te vergen zorg met het oog op het voorkomen van de verboden gedraging.[2]

Voor plegerschap van de rechtspersoon gelden de criteria uit het Drijfmest-arrest.[3] De grondslag voor het functionele plegerschap van de rechtspersoon is *de redelijke toerekening*: de rechtspersoon kan als pleger van de verboden gedraging worden aangemerkt wanneer deze gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Een oriëntatiepunt daarvoor is of de verweten gedraging heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Om te bepalen of daarvan sprake is, heeft de Hoge Raad de volgende concretiserende omstandigheden genoemd: de gedraging is uitgevoerd door een persoon die werkzaam is voor de rechtspersoon, in dienstverband of anderszins; de gedraging past binnen de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon; de gedraging is dienstig geweest voor het bedrijf van de rechtspersoon, of; de rechtspersoon kan beschikken over de gedraging en heeft deze aanvaard.

Feitelijk leidinggeven

Een belangrijke voorwaarde voor functioneel plegerschap is dat de functionele pleger normadressaat is van de verbodsbepaling. Dat betekent echter niet dat een natuurlijke of rechtspersoon, die geen normadressaat is van de verbodsbepaling, nooit als overtreder van zo'n bepaling kan worden aangemerkt. Verbodsnormen kunnen namelijk niet alleen zelfstandig, maar ook tezamen met anderen worden overtreden. Ook die deelnemers kwalificeren als overtreder, bijvoorbeeld indien deze (rechts)persoon feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging. Hiervoor is wel vereist dat de rechtspersoon kwalificeert als overtreder (accessoriteitsvereiste).

Om te kwalificeren als feitelijk leidinggevende is een officiële positie of functie niet vereist, maar ook niet voldoende. Feitelijk leidinggeven veronderstelt (kleurloos) opzet en causaal verband. In een recent arrest van de Hoge Raad worden de vier verschijningsvormen van feitelijk leidinggeven uiteengezet.[4] Feitelijk leidinggeven kan blijken uit het actief en effectief aansturen van (een deel van) een

1 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (*IJzerdraad*).
2 HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016/23.
3 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 (*Drijfmest*).
4 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 (*Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

organisatie, uit het feit dat de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg van algemeen beleid is, uit voldoende toereikende bijdrage en initiatief, en uit de Slavenburg-criteria. Deze criteria, geformuleerd in de Slavenburg-beschikking, houden in dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken, indien de betrokkene, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze verboden gedraging zich zal voordoen.[5]

Mark merkt op dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een uitspraak uit 2016 de IJzerdraad- en Slavenburg-criteria ineen lijkt te schuiven.[6] De IJzerdraad-criteria stellen een lagere ondergrens voor aanvaarding (de redelijkerwijs te vergen zorg) dan de Slavenburg-criteria (voorwaardelijk opzet). In deze uitspraak lijkt het CBb echter het IJzerdraad-criterium (de redelijkerwijs te vergen zorg) toe te passen op feitelijk leidinggeven.

Medeplegen

Ten slotte bespreken de preadviseurs de overtrederschapsvorm medeplegen. Voor medeplegen is een bewuste en nauwe samenwerking tussen de verschillende medeplegers van de verboden gedraging vereist. Een gezamenlijke uitvoering is niet nodig, maar wel een 'intellectuele en/of materiële bijdrage van voldoende gewicht'.[7] Een geringe of ontbrekende rol bij de uitvoering kan worden gecompenseerd door een grotere rol bij de voorbereiding of na afloop van de overtreding. Medeplegen moet onderscheiden worden van medeplichtigheid. Medeplichtigheid heeft betrekking op gedragingen van meer ondersteunde aard. De medeplichtige wordt in het bestuursrecht niet erkend als pleger van een overtreding.[8] De grens tussen medeplegen en medeplichtigheid is een vloeiende, waardoor de rechter nauwkeurig zal moeten motiveren waarom in een bepaald geval sprake is van medeplegen.

Samen werken samen de klos?

Het thema van deze jonge VAR-bijeenkomst, 'Samen werken is samen de klos?' roept een schrikbeeld van risicoaansprakelijkheid voor bestuurders en leidinggevenden op. Ook in de rechtspraktijk en de literatuur klinken geluiden om bestuurders en leidinggevenden aanvullende bescherming te bieden tegen bestuursrechtelijke aansprakelijkheid, om zo te voorkomen dat ze onwenselijk risicomijdend gedrag gaan vertonen. Zou het bestuursrecht bijvoorbeeld bij het privaatrecht moeten aansluiten, waar hogere drempels bestaan voor bestuurdersaansprakelijkheid? Tim en Mark hopen dat de presentaties van de preadviezen de betrokkenen nieuwe gezichtspunten over dit onderwerp bieden en zullen leiden tot een vruchtbare discussie aan het einde van deze bijeenkomst.

---

5 HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322 (*Slavenburg II*).
6 CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, JOR 2017/42 (*ECC Southeast*).
7 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390 (*Overzichtsarrest medeplegen*).
8 Een uitzondering geldt voor fiscale overtredingen. Art. 670 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen erkent de medeplichtige namelijk wel als overtreder.

Bestuurdersaansprakelijkheid in het milieurecht: de leidinggevende functionaris als overtreder van milieunormen

Tim Bleeker gaat verder met de bespreking van zijn eigen preadvies over bestuurdersaansprakelijkheid in het milieubestuursrecht. In het preadvies staan twee vragen centraal. Ten eerste een descriptieve vraag: *Wanneer is de bestuurder de klos in het milieurecht?* Ten tweede een normatieve vraag: *Verdient de bestuurder aanvullende bescherming in het milieurecht*

Wanneer is de bestuurder de klos in het milieubestuursrecht?
In zijn preadvies gaat Tim eerst in op de betekenis en onderlinge relatie van een aantal belangrijke begrippen in het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Er bestaat namelijk terminologische en conceptuele onduidelijkheid over een aantal centrale begrippen, en hij constateert een aantal knelpunten: criteria die met elkaar botsen maar toch naast elkaar bestaan. Een voorbeeld daarvan is de vraag of een medepleger ook een normadressaat van de betreffende verbodsbepaling moet zijn. Uit de memorie van toelichting (MvT) bij de invoering van de vierde tranche van de Awb volgt dat normadressaatschap een noodzakelijke voorwaarde is om een norm te overtreden. Tegelijkertijd kan een medepleger die geen adressaat van de geschonden norm is, volgens de MvT wel aangeduid worden als overtreder. Dat roept de nodige hoofdbrekens op: het betekent ofwel dat een medepleger geen overtreder kan zijn, ofwel dat normadressaatschap geen noodzakelijke voorwaarde voor overtrederschap is. Tim meent dat dit knelpunt en andere interne tegenstrijdigheden kunnen worden opgelost met een ruim overtredersbegrip.[9]

Bestuursrechtelijke sancties[10] kunnen alleen worden opgelegd aan overtreders. Daarom is een cruciale vraag voor de mogelijkheid om bestuurders te sanctioneren, of de bestuurder aangemerkt kan worden als overtreder van een milieunorm. Daarbij gaat het, zoals in het eerste preadvies is toegelicht, zowel over overtrederschap in abstracto, als overtrederschap in concreto.

In het milieurecht zijn veel normen kwaliteitsdelicten, en dus gericht aan een (rechts)persoon met een bepaalde kwaliteit. In het milieurecht gaat het daarbij

9 Zie par. 2.3 en 2.4 van het preadvies van Bleeker.
10 Uitgezonderd de last onder bestuursdwang, die een ruimere adressaat kent dan de overtreder.

vaak om de 'drijver van een inrichting'. De drijver van een inrichting is degene, die *feitelijke zeggenschap* heeft over *het exploiteren van de inrichting*. Om te bepalen of een persoon kwalificeert als de drijver van een inrichting, is zijn juridische positie niet doorslaggevend. Ook een persoon die geen formele positie heeft, maar toch feitelijk de inrichting exploiteert, kan drijver zijn. De feitelijke zeggenschap ziet op de exploitatie van een inrichting, en dus niet op zeggenschap over de verboden gedraging. Met andere woorden, *van zeggenschap komt verantwoordelijkheid.*

Drijverschap alleen is echter niet voldoende. De drijver van de inrichting moet ook op de een of andere manier betrokken zijn geweest bij de verboden gedraging, en dus als overtreder in concreto kunnen worden aangemerkt. De drijver hoeft daarvoor niet de fysieke pleger van de overtreding te zijn; ook een van de andere overtrederschapsvormen, uiteengezet in het eerste preadvies, voldoet. Dit preadvies gaat in op de toepassing van deze overtrederschapsvormen in het milieurecht door de Afdeling.

Overtrederschapsvormen in het milieurecht

Tim constateert dat de figuur van medeplegen bijna nooit gebruikt wordt in het milieurecht. Met betrekking tot feitelijk leidinggeven heeft de Afdeling de Slavenburg-criteria overgenomen, maar ze past die volgens Tim nog niet helemaal correct toe. De Afdeling legt voornamelijk de nadruk op de formele positie van de leidinggevende, en minder op de betrokkenheid van de leidinggevende bij de verboden gedraging.

Ondanks de beoogde aansluiting van artikel 5:1 Awb op het strafrecht, houdt de Afdeling vast aan haar eigen maatstaf voor functioneel plegerschap uit de CLZ Tilburg-uitspraak.[11] Hierin overweegt de Afdeling het volgende met betrekking tot functioneel plegerschap: 'degene die de overtreding niet zelf feitelijk heeft begaan, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, [kan] voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt'.

Volgens Tim heeft de standaardoverweging van de Afdeling het karakter van een cirkelberedenering: verantwoordelijk voor de verboden gedraging is degene aan wie deze kan worden toegerekend, en de gedraging wordt toegerekend aan degene die verantwoordelijk is. Daarmee is deze toets weinig richtinggevend, en ontbreken de IJzerdraad-criteria (beschikken en aanvaarden) volledig. Hoe ruim deze toets is, blijkt ook uit de zogenoemde bluswaterjurisprudentie. Het gaat daarbij om de volgende situatie: een chemisch bedrijf staat in brand, de brandweer blust de brand, maar chemische stoffen van het bedrijf raken vermengd met het bluswater, en het verontreinigde bluswater komt in het oppervlaktewater terecht. De brandweer wordt aangemerkt als fysiek pleger van de overtreding om verontreinigde stoffen in het oppervlaktewater te brengen,[12] maar de gedraging wordt toegerekend aan de exploitant (de 'drijver') van het chemische bedrijf.

11 ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999 (*CZL Tilburg*).
12 Art. 6.2 Waterwet.

In de literatuur is veel kritiek geweest op deze jurisprudentie. Ten eerste kan het blussen van de brand niet aangemerkt worden als een verboden gedraging. De brandweer heeft immers de wettelijke plicht om een brand te blussen, en dat vormt een rechtvaardiging voor de overtreding van milieurechtelijke normen.[13] Ook als wel sprake is van een overtreding, wordt niet aan de IJzerdraad-criteria voldaan. De chemische bedrijven hebben geen beschikkingsmacht over de brandweer, die bij het blussen van een brand een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Ook van aanvaarding is niet per se sprake: uit de betreffende uitspraken blijkt dat sommige bedrijven liever hadden gehad dat het bedrijf geheel zou zijn uitgebrand in plaats van geblust. Ten slotte hadden de chemische bedrijven zelf als overtreder van de zorgplicht uit artikel 6:8 van de Waterwet kunnen worden aangemerkt, welke bepaling speciaal voor dit soort situaties bedoeld is.

Tim legt uit dat deze omslachtige wijze van toerekening mede het gevolg is van het weinig richtinggevende criterium uit CZL Tilburg. Door dit zeer ruime criterium voor functioneel plegerschap wordt deze overtrederschapsvorm op veel meer situaties toegepast dan waar zij voor bedoeld is. Functioneel plegerschap is immers bedoeld als aansprakelijkheidsfiguur, waarbij de aangesprokene dogmatisch gezien zelf alle bestanddelen van de verboden gedraging vervult. Als deze figuur wordt opgerekt, waardoor het ook op andere situaties toegepast kan worden, kan dat tot willekeur en rechtsonzekerheid leiden. Tim pleit er daarom voor dat ook de Afdeling aansluit op de verruimde IJzerdraad-criteria.

Verdient de bestuurder aanvullende bescherming in het milieurecht?

De leidinggevende van een inrichting kan in het milieurecht worden aangemerkt als overtreder van milieuvoorschriften. Voor sommige overtrederschapsvormen lijkt voor het overtrederschap van de leidinggevende niet veel nodig. Worden leidinggevenden hierdoor te weinig beschermd en bestaat er een te ruime mogelijkheid hen bestuursrechtelijk aansprakelijk te stellen, zodat bestuurders 'bang' worden en risicomijdend gedrag gaan vertonen? Tim meent dat dit om zes redenen niet het geval is.

Ten eerste is het niet problematisch dat er een verschil bestaat tussen het bestuursrechtelijke en het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregime voor bestuurders. Het zijn nu eenmaal verschillende rechtsgebieden, met verschillende functies en een ander normenkader. Als je al zou pleiten voor de convergentie van verschillende rechtsgebieden, dan ligt convergentie met het strafrecht meer voor de hand dan met het privaatrecht. Ten tweede heeft de wetgever, met de introductie van de strafrechtelijke aansprakelijkheidsfiguren in het bestuursrecht en met de ruime adressering van milieunormen, bewust de mogelijkheid gecreëerd om bestuurders aansprakelijk te stellen. Er bestaat daarom geen reden voor de bestuursrechter om een hogere drempel voor aansprakelijkheid op te werpen.

Ten derde kun je niet beweren, zoals sommige auteurs doen, dat de rechter hiermee ingrijpt in de ondernemingsvrijheid van bestuurders; bij veel milieunormen is die vrijheid er namelijk niet. Ten vierde is het niet zo dat de zeer ruime invulling

13 Art. 25 Veiligheidswet en art. 5:1 lid 1 jo. 5:5 lid 1 Awb.

van de Afdeling van het overtredersbegrip een uitzonderingspositie voor bestuurders rechtvaardigt. Dat is een algemeen probleem, dat bij de wortel aangepakt moet worden, in plaats van sommige groepen te beschermen tegen de gevolgen van het probleem. Ten vijfde kan betwijfeld worden of aansprakelijkheid leidt tot risicomijdend gedrag. Uit recent onderzoek blijkt dat er geen duidelijk causaal verband bestaat tussen het aansprakelijkheidsregime en de angst van de bestuurders. Ten slotte, zelfs als aansprakelijkheid leidt tot risicomijdend gedrag, dan moet bedacht worden dat niet al het risicomijdende gedrag onwenselijk is, zeker niet in het milieurecht. Van sommige milieunormen hebben we immers liever dat ze leiden tot minder winst, dan tot ernstige milieugevolgen (die overigens ook weer financiële gevolgen kunnen hebben).

Vragen uit de zaal

Sander Bax (Universiteit Utrecht) vraagt zich af of medeplichtigheid ook als overtrederschapsvorm in het bestuursrecht zou moeten worden opgenomen. Hangt de onzekerheid over de toepassing van de verschillende overtrederschapsvormen samen met het ontbreken van medeplichtigheid in het bestuursrecht?

Tim Bleeker antwoordt dat de wetgever bewust heeft afgezien van introductie van medeplichtigheid in het bestuursrecht, omdat in het strafrecht medeplichtigheid van overtredingen ook niet mogelijk is. Tim denkt dat medeplichtigheid ook niet nodig is, doordat medeplegen en functioneel plegen in combinatie met de ruim geformuleerde bestuursrechtelijke verbodsbepalingen al sanctionering van veel betrokkenen bij de verboden gedraging mogelijk maakt.

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

Olivier Dusée en **Manon van Overbeek** zijn beiden werkzaam bij de Directie Juridische Zaken van de Autoriteit Consument en Markt. In hun preadvies hebben zij de praktijk van de toezichthouders in het economisch bestuursrecht, de Autoriteit Consument en Markt (ACM), de Autoriteit Financiële Markt (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), met betrekking tot feitelijk leidinggeven en medeplegen naast elkaar gezet. Sinds 2007 hebben deze toezichthouders in 46 zaken ervaring opgedaan met deze leerstukken. Omdat medeplegen in maar heel weinig zaken naar voren komt, bleek het te vroeg om daar daadwerkelijk conclusies over te trekken. De focus van de toelichting op het preadvies ligt daarom vooral op feitelijk leidinggeven.

Het uitgangspunt van het preadvies is de kritiek die bij invoering van deze deelnemingsvormen in het economisch bestuursrecht is geuit, die met name ziet op de verruimde aansprakelijkheid voor feitelijk leidinggevers. De vraag is of deze kritiek terecht is: leidt een overtreding door een rechtspersoon niet te snel tot aansprakelijkheid van bestuurders, waardoor zij 'met het schip ten onder gaan' of is van risicoaansprakelijkheid geen sprake en heeft de bestuurder 'als kapitein de macht over het roer'?

De bestuurder als feitelijk leidinggever

Olivier gaat eerst in op de criteria voor het aanmerken van een functionaris als feitelijk leidinggever. Hiervoor gelden de in de jurisprudentie ontwikkelde Slavenburg-criteria, die door met name de AFM en DNB geconcretiseerd zijn in drie stappen: kennis, beschikkingsmacht, en nalatigheid.

Ten eerste moet de toezichthouder op de hoogte zijn geweest van de verboden gedragingen, of ten minste de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden gedragingen zich voordeden (voorwaardelijk opzet). Met betrekking tot het vaststellen van dit vereiste blijkt dat de toezichthouders daarbij niet over één nacht ijs gaan. Ze onderzoeken of er daadwerkelijk kennis is van de verboden gedraging. Hoewel dat niet vereist is, zoeken de toezichthouders wel uit of de feitelijk leidinggevers ook wisten van de verboden aard van de gedraging (boos opzet). De toezichthouders gaan hierbij heel feitelijk te werk: ze kijken welke stukken de functionaris heeft gezien of opgesteld, bij welke besprekingen de functionaris aanwezig is geweest en of, en zo ja, welke contacten de functionaris heeft gehad met experts en toezichthouders.

Het valt op dat de toezichthouders voorzichtig zijn bij het aanmerken van feitelijk leidinggevers. Ze zoeken niet de ondergrens op (voorwaardelijk opzet) en focussen zich in plaats daarvan op de feitelijke kennis die een functionaris moet hebben gehad van de overtreding. Dat ze hier misschien wel te voorzichtig zijn, valt onder meer op te maken uit de jurisprudentie van het CBb over feitelijk leidinggeven bij kleinere ondernemingen. Deze komt erop neer dat wanneer de feitelijke hoofdactiviteit van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging én een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, dan in beginsel is voldaan aan het kenniscriterium van feitelijk leidinggeven.[14] De toezichthouders halen deze jurisprudentie in hun besluiten wel aan, maar ze kijken nog altijd ook naar de feitelijke kennis van bestuurders.

Ten tweede moet het binnen de bevoegdheid en in de macht van de functionaris liggen om de verboden gedraging te voorkomen of te beëindigen. Ook hier kiezen de toezichthouders voor een feitelijke benadering. De formele positie van de functionaris is relevant, maar van ondergeschikt belang. Het gaat erom wat een functionaris daadwerkelijk in de melk te brokkelen heeft, en of hij de verboden gedraging daadwerkelijk heeft aangestuurd. Dit leidt ertoe dat niet alleen bestuurders uit hogere managementlagen, maar ook hiërarchisch lager geplaatste leidinggevenden aangesproken worden. Belangrijke vragen die de toezichthouder hierbij stelt, zijn: Wie nam in het dagelijkse verkeer de beslissingen die ten grondslag liggen aan de verboden gedraging? Wie stuurde hij aan en aan wie moesten medewerkers verantwoording afleggen? Opereerde de functionaris autonoom of moest hij beslissingen aan hogere managementlagen voorleggen? Was de functionaris betrokken bij het initiatief of de uitwerking van de gedraging?

Ten derde moet de functionaris die de beschikkingsmacht heeft over het voorkomen of beëindigen van de verboden gedraging, hebben nagelaten dusdanige maatregelen te nemen. Wanneer een functionaris bevoegd is om over de verboden gedraging te beschikken en hij weet hiervan, dan betekent dit ook dat hem een verantwoordelijkheid toekomt om normconform te handelen. Voor de toezichthouders is dit een vreemde eend in de bijt, aangezien ze moeten onderzoeken dat een situatie is uitgebleven. In het geval de toezichthouders helemaal geen maatregelen hebben aangetroffen dan is dit onderdeel van het besluit beperkt tot de enkele constatering dat maatregelen zijn uitgebleven.

Het was voor Olivier en Manon dus lastig om vast te stellen hoe diep het onderzoek van de toezichthouders op dit punt gaat. Hier speelt ook mee dat ze alleen zaken hebben onderzocht waar feitelijk leidinggevers zijn beboet. Boetebesluiten waarin een feitelijk leidinggever heeft aangegeven dat hij maatregelen genomen heeft, geven echter wel enigszins een inkijkje. Zo moeten maatregelen op tijd worden genomen, tijdens de periode van overtreding. Pas in actie komen als de toezichthouder je aanspreekt op het verboden gedrag is te laat. Ook moeten de genomen maatregelen wel geschikt zijn om de verboden gedraging te beëindigen. Zeker als een functionaris zelf een bepaald beleid heeft geïntroduceerd, verwachten de toezichthouders ook een actieve rol bij het terugdraaien daarvan. Tot slot

14 Zie o.a. CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327 (*VFA*).

vinden toezichthouders het extra bezwaarlijk als niet adequaat op klachten of waarschuwingen wordt gereageerd.

Met bevoegdheid komt verantwoordelijkheid

Op basis van hun onderzoek naar de praktijk van de ACM, de AFM en DNB met betrekking tot feitelijk leidinggeven komen Olivier en Manon tot de conclusie dat de feitelijke benadering van de toezichthouders maakt dat functionarissen die worden aangemerkt als feitelijk leidinggevers van een verboden gedraging, wel degelijk een persoonlijk verwijt te maken valt. Boetes worden over het algemeen opgelegd aan functionarissen die ofwel zelf actief betrokken zijn bij de verboden gedraging, of zich daar ten minste van bewust waren. De toezichthouders zijn voorzichtig, maar verwachten wel wat van leidinggevenden. Van de professionele partijen op de specialistische markten waar de toezichthouders naar kijken, vraagt de toezichthouder kennis van het speelveld en de regelgeving. Daarnaast moet de functionaris die daartoe de beschikkingsmacht of bevoegdheid heeft, wel verantwoordelijkheid nemen. Olivier en Manon menen daarom dat hier niet zozeer sprake is van risicoaansprakelijkheid, als wel van *verantwoordelijkheidsaansprakelijkheid*. Ze plaatsen daarbij wel de kanttekening dat verantwoordelijkheid in een kleine onderneming niet zwaarder zou moeten wegen dan in een grote onderneming: het feit dat functionarissen van kleinere ondernemingen vaker als feitelijk leidinggevenden worden aangemerkt, kan leiden tot rechtsongelijkheid.

Maar wat als een functionaris zijn verantwoordelijkheid heeft proberen te nemen, bijvoorbeeld door het opvragen van advies? Als de rechtspersoon na het opvragen van een advies door de functionaris alsnog een overtreding begaat, kan de functionaris nog steeds als feitelijk leidinggever worden aangemerkt. Wel kan de toezichthouder daar rekening mee houden bij het vaststellen van de mate van verwijtbaarheid en dus bij de hoogte van de boete. Die zal dat echter alleen doen als de functionaris een serieuze poging heeft ondernomen om zijn verantwoordelijkheid te nemen, maar daar toch niet in geslaagd is.

Aanmerkingsfactoren

Naast de toepassing van de Slavenburg-criteria door de economische toezichthouders komen uit het onderzoek van Olivier en Manon ook een aantal meer specifieke bevindingen naar voren met betrekking tot het onderzoek naar en de beboeting van feitelijk leidinggevenden. In iedere zaak kijken de toezichthouders of feitelijk leidinggevers in de procedure moeten worden meegenomen. Dat kan al heel vroeg zijn in het onderzoek of pas later bij de beslissing om al dan niet een rapport op te maken. Er is een verschil in de aanpak van feitelijk leidinggevers van kleine en van grote ondernemingen. Toezichthouders beboeten vaker feitelijk leidinggevers van kleine eenvoudige ondernemingen. Daar staan leidinggevenden vaak op minder grote afstand tot de verboden gedraging, waardoor deze sneller zouden moeten ingrijpen. Bovendien kan het complexer zijn een feitelijk leidinggever boven in een grotere organisatie aan te merken als feitelijk leidinggever. Bovendien valt op dat in kleine ondernemingen vaak ook de directeur/grootaandeelhouder wordt aangesproken naast de onderneming. Toezichthouders doen dat om de 'kwade genius' persoonlijk verantwoordelijk te houden, om recidive te voorkomen en om te voorkomen dat bij faillissement of ontbinding van de rechtspersoon niemand kan worden aangesproken.

Beperkte draagkracht
Manon bespreekt vervolgens de beboeting van feitelijk leidinggevers, specifiek het leerstuk van de beperkte draagkracht. Als de toezichthouder heeft besloten dat iemand als feitelijk leidinggever aangemerkt kan worden, bepaalt hij vervolgens de hoogte van de boete. Deze boete moet recht doen aan de overtreding; de toezichthouder let daarvoor op verschillende wettelijke criteria. De door de toezichthouder vastgestelde boete is, gelet op de overtreding, in beginsel evenredig, maar het kan zo zijn dat de feitelijk leidinggever de boete alsnog niet kan betalen. Als dat het geval is, dan kan de feitelijk leidinggever een beroep doen op beperkte draagkracht. De bewijslast ligt bij de feitelijk leidinggever, die daarvoor voldoende inzicht in zijn financiële situatie dient te verschaffen.

De ervaring leert echter dat feitelijk leidinggevers vaak niet voldoende of pas laat in de procedure inzicht geven in hun financiële situatie. Het gevolg daarvan kan zijn dat de toezichthouder of rechter de boete niet kan matigen. Als een feitelijk leidinggever de boete echt niet kan betalen is het dus verstandig op tijd over de brug te komen met voldoende stukken die een volledig en betrouwbaar inzicht geven in zijn financiële situatie.

Wel menen Olivier en Manon dat er in ieder geval duidelijkheid moet bestaan over welke stukken aangeleverd moeten worden. Besluiten en jurisprudentie bieden niet altijd evenveel houvast over wat aangeleverd dient te worden. De inhoud van draagkrachtbeoordelingen is bovendien vaak vertrouwelijk. Toezichthouders zetten al wel stappen in het geven van *guidance* voor draagkrachtverweren. De AFM en DNB sturen bijvoorbeeld vragenlijsten over de financiële draagkracht bij het toezenden van het rapport. Daarnaast heeft de AFM in haar boetetoemetingsbeleid al opgeschreven op welke wijze ze draagkrachtverweren beoordeelt. De ACM zet op dit gebied ook stappen. Ze heeft vragenlijsten gepubliceerd voor het geval een beboete persoon een betalingsregeling wil aanvragen. Deze kunnen enige houvast bieden bij een draagkrachtverweer.

Conclusie
Olivier en Manon concluderen dat de vrees voor risicoaansprakelijkheid niet terecht is gebleken in de praktijk van de economische toezichthouders. Ze spreken in plaats daarvan van verantwoordelijkheidsaansprakelijkheid: leidinggevenden zullen immers wel hun verantwoordelijkheid moeten nemen. Dat betekent: ken de spelregels, zorg dat je onderneming zich aan de regels houdt, leun niet achterover maar grijp op tijd in, en overleg voldoende stukken bij beperkte draagkracht. Wel denken ze dat er meer *guidance* gegeven kan worden op het gebied van draagkracht, maar daarin zijn de toezichthouders al wel stappen aan het zetten.

Vragen uit de zaal

Stijn de Jong, advocaat bij Stibbe, vraagt zich af in hoeverre het in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel dat de feitelijk leidinggevers zelf gegevens moet aanleveren ter onderbouwing van zijn draagkrachtverweer. **Olivier** en **Manon** antwoorden dat in beginsel een evenredige boete moet worden opgelegd, maar dat de functionaris voor verlaging van de boete vanwege beperkte draagkracht zelf

gegevens moet aanleveren, dat blijkt ook uit de jurisprudentie. **Stijn** vraagt zich af in hoeverre dat terecht is. **Olivier** en **Manon** geven aan dat je daarover van mening kunt verschillen, maar dat het wel zo is dat de toezichthouders alleen die gegevens verlangen die hiervoor noodzakelijk zijn. Er bestaat natuurlijk een bepaalde wisselwerking: beide partijen zijn op dit punt gebaat bij een goede uitwisseling van gegevens. Als de toezichthouders verplicht zouden zijn deze gegevens mee te nemen, zouden zij in de toekomst anders weleens gedwongen kunnen worden om bevoegdheden in te zetten bij het verkrijgen van de nodige gegevens. Dit levert altijd een grote belasting op voor de functionaris, terwijl er niet altijd sprake is van beperkte draagkracht.

Michiel van Emmerik, universitair hoofddocent aan de Universiteit Leiden, vraagt zich af tot welk moment deze gegevens kunnen worden verstrekt. **Olivier** en **Manon** antwoorden dat dit te allen tijde mag, maar dat de rechter verwacht dat de functionaris er rekening mee houdt dat hem een boete is opgelegd en dus spoedig actie onderneemt. In de praktijk kan dat nog wel eens tot schrijnende situaties leiden, wanneer partijen bijvoorbeeld pas bij het CBb met een draagkrachtverweer komen. Het CBb wijst dat dan af omdat onvoldoende stukken zijn aangeleverd, die al op een eerder moment hadden kunnen worden aangevuld. We raden functionarissen daarom aan deze stukken zo spoedig mogelijk aan te leveren, zodat de discussie omtrent beperkte draagkracht tijdig gevoerd kan worden.

Annick van der Harten, student aan de Universiteit Leiden, vraagt zich of waarom functionarissen bepaalde stukken voor hun draagkrachtverweer niet aanleveren. **Olivier** en **Manon** weten dat zelf ook niet: dat zou je eigenlijk aan de functionarissen zelf moeten vragen. Wel verwachten ze dat meer *guidance* daarbij zeker kan helpen, tenzij functionarissen de stukken helemaal niet hebben.

Annalies Outhuijse, promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen, merkt op dat functionarissen niet direct bezig zijn met hun draagkrachtverweer wanneer ze een boeterapport ontvangen. **Olivier** en **Manon** begrijpen dat, en denken dat meer *guidance* ervoor kan zorgen dat functionarissen er in een latere fase wel mee aan de slag gaan. **Annalies** vraagt zich af of de toezichthouder zich wel voldoende kan verplaatsen in de functionaris. Voor hem heeft zo'n boete een grote emotionele en financiële impact. **Olivier** en **Manon** zeggen dat het natuurlijk onrechtvaardig aan kan voelen voor functionarissen, maar dat dat geen reden is om het draagkrachtverweer te ver naar achteren te schuiven. Als functionarissen precies weten welke gegevens overgelegd moeten worden, is dat niet problematisch.

Eva van Luijk, juridisch beleidsmedewerker bij de Nederlandse Zorgautoriteit, stelt vraagtekens bij de conclusie uit het preadvies dat van risicoaansprakelijkheid geen sprake is. Zorgt het feit dat de toezichthouder niet kan terugvallen op medeplichtigheid, er niet voor dat medeplegen dusdanig wordt opgerekt dat toch sprake is van risicoaansprakelijkheid? **Olivier** en **Manon** houden vast aan hun stelling dat van risicoaansprakelijkheid geen sprake is, de praktijk laat zien dat van oprekking van het medeplegerschap geen sprake is geweest. Maar ze geven aan dat de introductie van medeplichtigheid wel nuttig zou kunnen zijn in het bestuursrecht, namelijk in gevallen waarin de ondersteunende persoon of personen geen normadressaat zijn.

Daan Doorenbos, partner bij Stibbe en hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen, vraagt zich af of het bestuursrecht daarmee niet uit de pas loopt bij het strafrecht. **Olivier** en **Manon** antwoorden dat de introductie van medeplichtigheid wel gepaard zou moeten gaan met een aantal procedurele waarborgen, die in het strafrecht al worden toegepast.

Evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband

Monique van der Linden en **Jakoline Winkels** zijn beiden advocaat bij Stibbe. In hun preadvies gaan zij in op de evenredigheid van bestraffende sancties in concernverband in het financieel bestuursrecht en het strafrecht. De aanleiding voor de keuze van dit thema is de tendens van het verruimen van boetemaxima en de steeds hogere boetes die in de praktijk aan rechtspersonen worden opgelegd. Zowel in het bestuursrecht als in strafrecht lijkt de draagkracht van de beboete rechtspersoon steeds zwaarder te wegen bij het bepalen van de hoogte van een boete. Hoge, liefst aan de draagkracht gerelateerde boetes zouden nodig zijn om ondernemingen ervan te weerhouden de wet te overtreden. Daaruit volgt de gedachte dat een boete de onderneming 'pijn' moet doen. De consequentie hiervan is dat sancties niet meer in verhouding staan tot de ernst van het feit.

In hun preadvies roepen Monique en Jakoline op tot herbezinning. De evenredigheid van sancties wordt volgens hen steeds meer uit het oog verloren. Het gebrek aan evenredigheid doet zich met name voor in concernverband, omdat bij het bepalen van de hoogte van een sanctie soms (zelfs) rekening wordt gehouden met de draagkracht van andere rechtspersonen uit hetzelfde concern. Zij menen dat bij het bepalen van de hoogte van een boete zowel in het strafrecht als in het financieel bestuursrecht twee beginselen als uitgangspunt genomen dienen te worden: de delictsevenredigheid en het schuldbeginsel. Delictsevenredigheid vergt dat de opgelegde straf in verhouding staat tot de ernst van de overtreding. Het schuldbeginsel brengt mee dat een (rechts)persoon niet beboet kan worden als de schuld van die rechtspersoon niet vast is komen te staan. Bij de schuldvraag moet bovendien worden gekeken naar de materiële werkelijkheid en niet naar bijvoorbeeld (louter) aandelenverhoudingen tussen vennootschappen.

In deze presentatie staan Monique en Jakoline kort stil bij de mogelijkheden voor aansprakelijkheid van rechtspersonen in concernverband, die zij in hun preadvies verder uitdiepen. Daarna bespreken zij de evenredigheid van de sancties die aan rechtspersonen in concernverband worden opgelegd in het strafrecht en het financieel bestuursrecht. Vervolgens gaan zij in op de vraag waar het geloof in hoge straffen vandaan komt, en of dat geloof wel gerechtvaardigd is. Zij geven ten slotte hun eigen visie en sluiten af met twee door hen geformuleerde stellingen.

Aansprakelijkheid in concernverband

Een concern kan op zichzelf niet strafrechtelijk of bestuursrechtelijk aansprakelijk gehouden worden omdat het geen rechtspersoonlijkheid heeft. De afzonderlijke rechtspersonen uit een concern kunnen wel aansprakelijk worden gehouden

en bestraft. Het Openbaar Ministerie en de toezichthouder zullen over het algemeen graag de moedervennootschap van het concern willen aanspreken. Daartoe zijn in beginsel verschillende mogelijkheden, waarvan Monique en Jakoline er twee benoemen: de moedervennootschap als pleger en de moedervennootschap als feitelijk leidinggever. Redenen om de moedervennootschap aan te spreken kunnen zijn dat de moedervennootschap een grotere draagkracht heeft, maar ook de (naams)bekendheid van de moedervennootschap bij het publiek, hetgeen de handhaving mogelijk aansprekender maakt. In hun presentatie beelden Monique en Jakoline aansprakelijkheid in concernverband uit door middel van een schatkist. De schatkist staat symbool voor twee dingen. Ten eerste de relatief grotere draagkracht van de moedervennootschap van het concern ('er valt meer te halen'). Ten tweede staat de schatkist ook voor de 'schatkist' aan mogelijkheden die het recht biedt om een moedervennootschap te beboeten voor gedragingen die (primair) binnen een dochtervennootschap plaatsvonden.

In het preadvies gaan Monique en Jakoline op twee van deze mogelijkheden nader in: het aanmerken van de moedervennootschap als pleger en het aanmerken van de moedervennootschap als feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging van de dochtervennootschap. Om de moederonderneming als pleger aan te kunnen merken moet de overtreding in redelijkheid aan de moederonderneming toegerekend kunnen worden. Criteria daarvoor zijn onder andere of de gedraging in de sfeer van de moedervennootschap heeft plaatsgevonden. De moedervennootschap kan voorts als feitelijk leidinggever aan de strafbare overtreding van de dochtervennootschap worden aangesproken. Sinds het Hoge Raad-arrest van 26 april 2016 is boven iedere twijfel verheven dat een rechtspersoon als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt.[15] Daarom is feitelijk leidinggeven een aansprakelijkheidsfiguur die ook in concernverhoudingen kan worden toegepast. Daarvoor is ten minste vereist dat de moedervennootschap een zekere macht, invloed en verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot de dochtermaatschappij. Het bezit van een groot deel van of van alle aandelen van de dochtermaatschappij is echter niet voldoende voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Monique en Jakoline merken expliciet op dat in de strafrechtelijke jurisprudentie een materiële benadering wordt gekozen bij feitelijk leidinggeven. De strafrechter kijkt naar de materiële verantwoordelijkheid van de vermeende feitelijk leidinggever, niet naar hun formele verantwoordelijkheid. Feitelijk leidinggeven in concernverhoudingen zal over het algemeen bestaan uit actief en effectief gedrag van de moedermaatschappij dat het begaan van een strafbaar feit door de dochtervennootschap heeft bevorderd. Ook bij de toepassing van de Slavenburg-criteria kijkt de strafrechter naar de feitelijke verhoudingen tussen de vennootschappen. Daarbij is onoplettendheid en onachtzaamheid onvoldoende; in het strafrecht is immers geen sprake van risicoaansprakelijkheid.

In het bestuursrecht is een bestendige lijn in de jurisprudentie moeilijker te vinden. De rechtspraak is niet eenduidig, waardoor het lastig is om hét criterium

15 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733; Rb. Amsterdam 4 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8911.

voor toerekening van een gedraging van een dochtervennootschap aan de moedervennootschap vast te stellen. Er lijkt echter, vooral in de jurisprudentie van de Afdeling, slechts een beperkte drempel voor toerekening te bestaan: bestuurlijke verwevenheid van de moeder- en dochtermaatschappij blijkt al voldoende te kunnen zijn.[16] Het effect hiervan is dat de formele, 'papieren' werkelijkheid lijkt te prevaleren boven de materiële werkelijkheid. Monique en Jakoline vragen zich af waarom dit het geval is: het punitief bestuursrecht zou naar hun overtuiging niet nodeloos moeten afwijken van het strafrecht. Hoewel de jurisprudentie van het CBb wel dichter bij de uitgangspunten ligt die binnen het strafrecht worden gehanteerd, is naar de toekomst toe een blijvend aandachtspunt dat de materiële werkelijkheid niet uit het oog verloren mag worden.

Evenredigheid van sancties

Monique en Jakoline geven aan de hand van een foto van het beroemde gevecht tussen Rico Verhoeven en Badr Hari aan dat sprake lijkt van een gevecht om de hoogste straffen tussen het financieel bestuursrecht en het strafrecht. In het punitief financieel bestuursrecht wordt anders tegen evenredigheid aangekeken dan in het strafrecht. De doorgeschoten boetes in het punitief bestuursrecht hebben een opwaartse werking op de geldboetes die in het strafrecht worden opgelegd. Dat is een onwenselijke ontwikkeling. Wat Monique en Jakoline betreft, dient zowel het punitief financieel bestuursrecht als het strafrecht bij het bepalen van de hoogte van een sanctie terug te gaan naar de strafrechtelijke grondslagen voor sanctieoplegging. Het strafrecht zou zich op die wijze terecht kunnen en moeten revancheren op de onevenredige sancties die in het financieel bestuursrecht worden opgelegd en ook effect hebben in het strafrecht.

Monique en Jakoline gaan kort in op evenredigheid in het strafrechtelijk systeem en evenredigheid in het punitief financieel bestuursrecht. Het strafrechtelijk boetesysteem is van oudsher gebaseerd op delictsevenredigheid, hoewel ook daar sinds kort omzetgerelateerde boetes kunnen worden opgelegd. Deze evenredigheid wordt gewaarborgd door de verschillende geldboetecategorieën die bestaan voor verschillende categorieën strafbare feiten, waarbij alleen boetemaxima zijn voorgeschreven. Het uitgangspunt blijft daarmee delictsevenredigheid, eventueel gecorrigeerd naar de draagkracht van de personen aan wie de boete opgelegd wordt. Voor rechtspersonen bestaan er ook in het strafrecht mogelijkheden om boetes te verhogen waarbij geldt dat in de praktijk met name gebruik wordt gemaakt van de sprongbevoegdheid voor rechtspersonen (art. 23 lid 7 Sr) en de cumulatie van geldboetes bij meerdere overtredingen. Bovendien kent het strafrecht een ontnemingsmaatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Dat is een aparte maatregel die losstaat van de sanctietoemeting. Gelet hierop was sterk de vraag of de introductie van de omzetgerichte boete in het strafrecht überhaupt wel nodig was. Monique en Jakoline menen dat dit niet het geval was. In het preadvies gaan zij hier in meer detail op in. Zij merken op dat deze sanctiemodaliteit met name ingegeven lijkt door de maatschappelijke roep om hogere boetes. De omzetgerelateerde geldboete is een goed voorbeeld van de invloeden van het financieel punitief

16 ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4382, *M en R* 2010/18.

bestuursrecht op het strafrecht: de wetgever wilde hiermee verschillen tussen het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke boetestelsel voorkomen: het strafrecht zou qua sanctiemodaliteiten te veel uit de pas lopen met het bestuursrecht.

In het financieel bestuursrecht is de omzetgerelateerde boete ook geïntroduceerd, zelfs over de hele breedte van de Wft.[17] Er wordt echter wel een andere systematiek gehanteerd dan die in het strafrecht wordt toegepast, zo blijkt ook uit het boetetoemetingsbeleid van de toezichthouder. Bij het vaststellen van de hoogte van de boete wordt namelijk met name aangesloten bij de draagkracht van de betreffende rechtspersoon. Die is daarbij *leading*. Toezichthouders maken onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve draagkracht. De objectieve draagkracht bepaalt het uitgangspunt van de hoogte van de op te leggen boete. Voor het vaststellen van deze objectieve draagkracht wordt gekeken naar de omvang en omzet van de onderneming. Het expliciete doel daarvan is om relatief grote ondernemingen voor hetzelfde vergrijp een hogere boete op te leggen dan relatief kleinere ondernemingen. Vervolgens wordt binnen die context gekeken naar de subjectieve draagkracht, maar slechts om vast te stellen of enige matiging voor de boetehoogte nodig is gezien de daadwerkelijke draagkracht van de onderneming. Monique en Jakoline zijn echter van mening dat op het moment dat een buitengewoon hoge boete als uitgangspunt wordt genomen, een eventuele matiging – als daarvan al sprake zou zijn – slechts een aanpassing in de marge zal zijn.

Dit klemt temeer nu bij het bepalen van de subjectieve draagkracht vaak niet alleen gekeken wordt naar de draagkracht van de onderneming zelf, maar ook naar de draagkracht van de moedermaatschappij, de zusteronderneming dan wel de overige entiteiten binnen het concern. Deze mogelijkheid is niet slechts theoretisch, maar de Afdeling heeft reeds de gezamenlijke draagkracht van de moeder en de dochter, en in een andere zaak de draagkracht van het concern als geheel in de beoordeling van de subjectieve draagkracht betrokken.[18] Op deze rechtspraak is kritiek geuit, omdat het stelsel er dan op neer zou komen dat 'het schaap geschoren wordt naarmate het wol bezit' en daarmee zou delictsevenredigheid als uitgangspunt worden losgelaten. Ook Monique en Jakoline vinden dit onwenselijk en zijn van mening dat de draagkracht bij het bepalen van de hoogte van de boete niet zou mogen prevaleren, temeer niet nu in matigende zin bij het bepalen van de subjectieve draagkracht verder wordt gekeken dan de daadwerkelijke draagkracht van de direct betrokken rechtspersoon.

Ten slotte staat ook in de transactiepraktijk van het Openbaar Ministerie delictsevenredigheid onder grote druk. Hoewel een schikking tussen het Openbaar Ministerie en een onderneming niet helemaal te vergelijken is met het opleggen van een boete, zien Monique en Jakoline ook hier eenzelfde tendens, namelijk dat de hoogte van de schikking steeds vaker wordt gerelateerd aan de draagkracht van de rechtspersoon in plaats van de ernst van het feit waarvan de rechtspersoon wordt verdacht. Het OM maakt dankbaar gebruik van de mogelijkheid om omzetgerelateerde transacties te sluiten. Een voorbeeld daarvan is de recente schikking

17 Art. 1:81 lid 3 Wft.
18 ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2501; ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2120.

van het OM met ING voor overtreding van de Wwft en witwassen. Monique en Jakoline vinden deze ontwikkeling onwenselijk, omdat delictsevenredigheid hierdoor in het gedrang komt. Bovendien is er geen enkele rechterlijke toets op (de evenredigheid van) zulke transacties.

De wenselijkheid van hoge(re) straffen

Waar komt het geloof in hogere straffen vandaan? Daaraan ligt de gedachte van de calculerende overtreder ten grondslag. De calculerende overtreder kan enkel met zware straffen tot naleving van de wet gedwongen worden. Hoe hoger de straf, hoe sterker de afschrikwekkende werking, is het idee. Monique en Jakoline herkennen zich echter niet in dat beeld. Bovendien is uit onderzoek gebleken dat dit beeld inderdaad los staat van de werkelijkheid. Bestuurders en werknemers van ondernemingen zijn – uitzonderingen daargelaten – niet amoreel en calculerend. Het overgrote deel van de mensen, óók bestuurders en werknemers van ondernemingen, zijn intrinsiek gemotiveerd om de wet na te leven. Overtredingen komen dan ook vrijwel nooit voort uit een bewuste en op boetecalculatie gebaseerde afweging. Naar hun mening is de afschrikgedachte gebaseerd op een gemankeerd beeld van wat ondernemingen en hun bestuurders beweegt.

Bovendien is de vraag of hoge boetes niet juist een negatief en averechts effect hebben. Het doel van financiële wet- en regelgeving is een zo hoog mogelijke naleving. Er zijn aanwijzingen dat hogere boetes hier niet aan bijdragen, maar leiden tot vervreemding en verharding tussen ondernemers en toezichthouders. Bedrijven zouden zich vanuit een angst voor hoge sancties niet of minder transparant kunnen opstellen. Een opgelegde sanctie die als (volstrekt) onevenredig wordt ervaren, frustreert temeer als een rechtspersoon het gevoel heeft deze beter niet te kunnen aanvechten. De vechtlust van ondernemingen en bestuurders om boetes aan te vechten kan afnemen, omdat zij hun relatie met de toezichthouder, bijvoorbeeld vanwege geschiktheidstoetsingen, niet op het spel willen zetten. Dat resulteert niet in een goede werkverhouding.

Ten slotte geven Monique en Jakoline aan dat er een competitie gaande lijkt te zijn tussen het strafrecht en het bestuursrecht over wie de hoogste straf kan opleggen. In een advies uit 2015 signaleert de Raad van State dat bestuurlijke boetes relatief hoog zijn in vergelijking met boetes die in het strafrecht worden opgelegd, en dat eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van deze boetes gewenst is. In reactie daarop stelde het kabinet dat het strafrecht zich dan maar moet aanpassen aan het bestuursrecht. Naar de mening van Monique en Jakoline zou de reactie juist andersom moeten zijn. Zij hopen dat het financieel bestuursrecht meer bij strafrecht aansluit, dat in veel sterkere mate vasthoudt aan delictsevenredigheid. De competitie moet niet gaan over wie de hoogste straf, maar wie de meest evenredige straf oplegt.

Vragen uit de zaal

Jouko Barendse, advocaat bij Ploum, geeft aan dat hij boetebesluiten en schikkingen niet helemaal vergelijkbaar vindt, omdat in het laatste geval sprake is van een overeenkomst tussen twee partijen. Hij vraagt zich af of de discussie

over megaschikkingen binnen deze context moet worden gevoerd. **Monique** en **Jakoline** antwoorden dat er inderdaad verschillen zijn, waardoor conclusies trekken alleen maar heel voorzichtig kan, maar dat transacties wel degelijk relevant zijn voor de ontwikkelingen op het gebied van de evenredigheid van sancties. Door de steeds verdergaande wettelijke mogelijkheden om hoge boetes op te leggen, waarbij in het geval van een groot aantal feiten inmiddels sprake is van een flexibel boeteplafond, zijn de grenzen waarbinnen het Openbaar Ministerie transactiebedragen kan vaststellen, nagenoeg weggevallen. Dat klemt temeer omdat er geen rechterlijke toets is op deze transacties, waarbij je je kan afvragen of het Openbaar Ministerie geen te grote machtspositie heeft ten opzichte van een bedrijf dat – bijvoorbeeld – koste wat het kost wil transigeren. **Jouko** geeft aan dat het in zijn ervaring echter niet vaak voorkomt dat het OM omzetgerelateerde boetes eist. **Nina Bontje** zegt dat ondernemingen toch niet helemaal tegen hun zin een schikking aangaan; er is wel een reden waarom bijvoorbeeld ING deze schikking aan wilde gaan. **Monique** en **Jakoline** stellen voorop dat het de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie is dat sprake is van een evenredig transactiebedrag. Ook als een bedrijf 'koste wat het kost' wil schikken, dient het Openbaar Ministerie – als magistraat – de evenredigheid in acht te nemen. Zonder in te willen gaan op een concrete casus geldt dat een bedrijf dat strafrechtelijk vervolgd wordt verschillende redenen kan hebben voor een transactie. Uit de praktijk blijkt dat bij strafrechtelijke vervolging van grote bedrijven een bepaalde dynamiek kan ontstaan waardoor bestuurders bereid kunnen zijn voor enorme bedragen te transigeren. De vraag is of er dan wel altijd sprake is van een eerlijke onderhandelingspositie. Een magistratelijk OM houdt vast aan evenredigheid, en mijdt de indruk dat het rechtspersonen met name pijn wil doen. **Jouko**, die eerder werkzaam was bij het OM, zegt dat hij nog nooit heeft meegemaakt dat een officier er zo in zit. Wel is het zo dat de transactiebedragen hoger liggen dat de boetes die de strafrechter oplegt.

Sander Bax merkt op dat de preadviseurs de afschrikwekkendheid van boetes benadrukken. Bij Europese richtlijnen komt vaak terug dat sancties 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' moeten zijn. Hij vraagt zich af of ze hebben nagedacht over de Europese dimensie van de boeteproblematiek. Monique en Jakoline geven aan dat in dit kader niet te hebben meegenomen. Wel merken zij op dat in Nederland het begrip afschrikwekkend ingevuld wordt als 'pijn doen'; de vraag is of Europa dat zo zou willen. **Daan Doorenbos** merkt op dat deze formulering al in richtlijnen uit de jaren zeventig en tachtig naar voren komt, en in de jurisprudentie geen rol van betekenis heeft gespeeld. **Olivier Schotel, advocaat bij Stibbe**, merkt op dat afschrikwekkendheid slechts een van de drie relevante criteria is, en ook in die context moet worden opgevat. **Sander** geeft aan dat het criterium van afschrikwekkendheid vooral recentelijk weer belangrijker lijkt te worden.

Niels Jak, senior professional support lawyer bij Stibbe en universitair docent aan de VU, complimenteert de preadviseurs voor het mooie preadvies. Het is een waardevolle aanvulling voor de bestuursrechtelijke literatuur dat deze problematiek vanuit een strafrechtelijk perspectief wordt beschreven. Niels heeft een methodologische vraag. In het preadvies wordt de bestuursrechtelijke rechtspraak beoordeeld aan de hand van het strafrechtelijke schuldbeginsel en de delictsevenredigheid. Als terecht uitgangspunt wordt genomen dat die grondslagen in beginsel ook gelden in het bestuursrecht. Het preadvies laat zien dat de bestuursrechtelijke

rechtspraak op gespannen voet staat met die beginselen. Niels vraagt zich af of er vanuit bestuursrechtelijk perspectief misschien goede redenen bestaan waarom het bestuursrecht afwijkt van het strafrecht en of de preadviseurs hier onderzoek naar hebben gedaan, wat niet zo lijkt te zijn. **Monique** en **Jakoline** geven aan dat het bestuursrecht de waarborgen van het strafrechtelijke systeem mist. Bestuursrechtelijke sancties kunnen grote gevolgen hebben: niet alleen financieel, maar bijvoorbeeld ook vanwege reputatieschade. Als steeds meer overtredingen via het bestuursrecht worden afgedaan, zou het bestuursrecht qua waarborgen daarom bij het strafrecht moeten aansluiten. **Tom Barkhuysen** vraagt zich af of Niels zelf een reden heeft waarom in het bestuursrecht mogelijk een andere benadering zou kunnen worden gevolgd. **Niels** geeft aan dat de bestuursrechter schijnbaar bereid is om een ruim overtredersbegrip te hanteren en daarmee door de concernverhoudingen 'heen te prikken'. Tijn Kortmann heeft beschreven dat de reden daarvoor gelegen zou 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. De vraag is of de preadviseurs dat al dan niet een legitieme reden vinden.

Erlinde Kuijpers, werkzaam bij de Afdeling Juridische zaken van de ACM, wil graag een lans breken voor de rechterlijke toets. Toezichthouders, waaronder de ACM, worden wel eens teruggefloten door de rechter vanwege de evenredigheid van de boete. Ze heeft de ervaring dat de rechterlijke toets geen wassen neus is. **Monique** en **Jakoline** antwoorden dat de evenredigheid al in het gedrang komt bij het vaststellen van de boete zelf. De vraag is of met matiging van de boete vanwege draagkracht evenredigheid wel voldoende wordt bevorderd.

Dave Eftekhari, jurist bij de Brigade Toezicht & Beveiliging Burgerluchtvaart, geeft aan dat hij zich niet herkent in het beeld van de grimmige relatie tussen de toezichthouder en de ondertoezichtgestelde. Er wordt door toezichthouders juist heel terughoudend gebruikgemaakt van hun toezichthoudende mogelijkheden. Toezichthouders zijn eigenlijk veel meer bezig met de vraag hoe compliance bewerkstelligd kan worden, zodat partijen zich uit eigen beweging aan wet- en regelgeving houden.

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

Mark Hornman sluit deze editie van de jonge VAR af met een presentatie van zijn preadvies, waar hij ingaat op de bestaande criteria voor de overtrederschapsvorm feitelijk leidinggeven, en op de vraag hoe de criteria voor deze aansprakelijkheidsfiguur kunnen worden geconcretiseerd.

Een persoon kan als feitelijk leidinggever worden aangemerkt, wanneer hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om maatregelen te nemen om de verboden gedraging te voorkomen, maar deze maatregelen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich voordoet.[19] Deze criteria zijn open en abstract, en daarmee flexibel maar ook weinig richtinggevend. Dat belet effectieve rechtshandhaving, tast de voorzienbaarheid van de aansprakelijkheid aan en zet het uitgangspunt van verwijtbaarheid onder druk. Zeker naarmate een organisatie groter is en uit meerdere leidinggevenden bestaat, bieden deze criteria steeds minder houvast.

Dat kan in de praktijk tot twee problemen leiden. Ten eerste is er de *paradox van gedeelde aansprakelijkheid*, hetgeen inhoudt dat naarmate een organisatie uit meer bestuurders bestaat, het steeds moelijker, zo niet onmogelijk, wordt om te bepalen wie als feitelijk leidinggever kan worden geïdentificeerd. Hoe meer er sprake is van gedeelde aansprakelijkheid, hoe onduidelijker het wordt wie nu eigenlijk verantwoordelijk is. Omdat de individuele verwijtbaarheid van een leidinggever niet goed kan worden vastgesteld, ontstaat daardoor het risico dat iedereen vrijuit gaat. Tegelijkertijd kan die verscheidenheid aan potentiële verantwoordelijken ertoe leiden dat iemands formele positie bepalend wordt en diens aansprakelijkheid niet langer wordt gegrond op zijn materiële betrokkenheid bij de overtreding. Hierdoor ontstaat een tweede probleem, namelijk dat een systeem van *collectieve (risico-) aansprakelijkheid* in het leven wordt geroepen, waarin de persoonlijke verwijtbaarheid van leidinggevers geheel uit beeld dreigt te verdwijnen.

19 HR 16 december 1986, NJ 1987/321 en 322 (*Slavenburg II*); CBb 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352, JOR 2017/42 (*ECC Southeast*).

Het klassieke organisatiemodel en de typologieën van Mintzberg

De oorzaak van deze problematiek is dat feitelijk leidinggeven een aansprakelijkheidsfiguur is die gebaseerd is op het achterhaalde klassieke archetype van de piramidale rationale bureaucratie van Weber, of zich in ieder geval alleen tegen de achtergrond van dat organisatiebeeld laat verklaren en rechtvaardigen. Dit archetype veronderstelt dat informatie de organisatietop ongehinderd weet te vinden (*detecting*) en dat die organisatietop vervolgens ook in staat is om die informatie volledig op waarde te schatten en aan het decentrale organisatieniveau voor te schrijven welke acties in reactie op die signalen moeten plaatsvinden; acties die vervolgens ook precies op die manier worden uitgevoerd (*effecting*). Dit is een ideaalbeeld dat niet strookt met de werkelijkheid. In grote organisaties is er een reëel risico dat informatie de organisatietop niet, te laat, onvolledig of in onjuiste samenstelling bereikt. Daardoor is het lastig voor de organisatietop om te beoordelen welke maatregelen moeten worden genomen. Ook implementatie van deze maatregelen is in een grote organisatie een stuk lastiger, nu deze veelal nadere uitwerking en aanpassing op decentraal niveau vergen.

Omdat dit organisatiemodel achterhaald is, is er behoefte aan meerdere en actuelere archetypen van organisatie. Daarvoor kunnen de organisatietypologieën, ontwikkeld door Mintzberg, een uitkomst bieden.[20] Mintzberg onderscheidt vijf verschillende organisatiestructuren. Ten eerste is er de *simpele structuur*, waarbij de leidinggevende actief meedraait in de dagelijkse operationele bedrijfsvoering en veel kennis heeft van wat er in de organisatie plaatsvindt. Hier vinden *detecting* en *effecting* nog ongehinderd plaats. Nagenoeg alle interne activiteiten worden direct door de leidinggevende zelf gecoördineerd. Ten tweede is er de *machinebureaucratie*, waarbij alle afdelingen zijn gespecialiseerd in eigen specifieke taken, de operationele activiteiten tot in detailniveau zijn uitgedacht en worden voorgeschreven en gemonitord door de technostructuur, de informatie-infrastructuur en het management. Dit vertaalt zich in een sterk gelaagde managementstructuur. Deze structuur lijkt nog vrij veel op het klassieke model, hoewel de organisatietop ver verwijderd is van de rest van de organisatie en die ook niet effectief kan aansturen. Bestuurders zijn daardoor in zekere zin buitenstaanders in hun eigen organisatie. De overtreffende trap van dit organisatiemodel is de *divisiestructuur*, waarbij meerdere zelfstandige machinebureaucratieën in een groot conglomeraat zijn verenigd. Onderlinge samenwerking en afstemming tussen de verschillende divisies is daarbij minimaal. Elke divisie geeft zelf vorm en inhoud aan het eigen beleid en de eigen bedrijfsvoering, zonder vergaande inhoudelijke inmenging van het overkoepelende hoofdbestuur. Ten vierde is er de *professionele bureaucratie*. De uitvoerenden in deze organisaties zijn veelal hoogopgeleide autonoom opererende professionals die keer op keer maatwerk moeten leveren. De organisatietop is slechts beperkt op de hoogte van de werkzaamheden van de professionals en kan daarom maar moeizaam voorschrijven hoe die professionals hun taken moeten uitvoeren, laat staan dat het die wijze van uitvoering kan monitoren. Als gevolg daarvan zijn er maar weinig interne systemen die deze werkzaamheden reguleren. De taak van het management is dan ook vooral ondersteunend: het creëren

20 H. Mintzberg, *Structure in Fives: Designing effective Organizations*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall 1983.

van een geschikte werkomgeving waarin de professionele dienstverlening kan floreren. Sturing blijft daarbij vooral beperkt tot het waarborgen van de *input*, het stellen van de juiste ingangseisen om toe te treden tot de organisatie. De divisiestructuur stuurt daarentegen op *output*, terwijl in de machinebureaucratie juist het gehele productieproces – de *throughput* – zorgvuldig wordt gereguleerd en aangestuurd. Ten slotte is er de *adhocratie*: een losse organisatiestructuur, gebaseerd op flexibiliteit, intensieve samenwerking en vergaande informatie-uitwisseling. Een hiërarchische verhouding zoals die alle andere typologieën kenmerkt, ontbreekt hier grotendeels, waardoor afstemming vooral langs informele weg geschiedt en voor haar succes sterk afhankelijk is van de interpersoonlijke vaardigheden van de leidinggevende.

Het specificeren van de zorgplicht van feitelijk leidinggevers

Volgens de preadviseur bieden deze typologieën handvatten die kunnen worden gebruikt bij het vaststellen van aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevenden. Ten eerste kunnen de typologieën helpen om te identificeren welke leidinggevende binnen een grote organisatie waarvoor verantwoordelijk is. Ten tweede blijkt kennis in de praktijk de grootste barrière bij het vaststellen van feitelijk leidinggeven: wat wist een leidinggevende precies en vanaf welk moment wist hij dat? De typologieën van Mintzberg kunnen helpen om vast te stellen welke kennis van welke leidinggevende kan worden verwacht. Ten derde kunnen, door acht te slaan op de mogelijkheden van de leidinggevende inzake het detecteren van misstanden en het effectueren van oplossingen daarvoor voor iedere typologie, de grenzen van zeggenschap nader worden gedefinieerd. Ook kunnen deze modellen helpen om twee problemen die spelen bij grote en complexe organisaties en nu vaak resulteren in straffeloosheid van het (hogere) management, op te lossen: het gebrek aan kennis van de aan de rechtspersoon verweten verboden gedraging(en) en autonomie op decentraal niveau.

Deze typologieën kunnen toezichthouders en rechters helpen om maatwerk te leveren bij het aanspreken van feitelijk leidinggeven door hun zorgplicht precies af te stemmen op het organisatietype waarin zij actief zijn, en daarbij oog te hebben voor de mogelijkheden en onmogelijkheden die uit dat organisatietype voortvloeien op het vlak van *detecting* en *effecting*. De zorgplicht die een feitelijk leidinggevende heeft om een bepaalde verboden gedraging te voorkomen, kan zo per organisatietype worden gespecificeerd en geconcretiseerd. Dat is vooral relevant voor grotere ondernemingen waar de zorgplicht diffuser is; voor kleine ondernemingen is over het algemeen direct duidelijk dat de directeur-grootaandeelhouder bevoegd en redelijkerwijs is gehouden om de gedraging te voorkomen. Ook bij kleine ondernemingen kunnen de bevindingen echter worden gebruikt om bepaalde feitelijke of bewijsvermoedens te creëren. In meerdere uitspraken stelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven namelijk dat voor het vaststellen van feitelijk leidinggeven van een bestuurder van een bedrijf, waarvan de hoofdactiviteit bestaat uit de verboden gedraging en de desbetreffende leidinggevende alleen of zelfstandig bevoegd was om hieromtrent besluiten te nemen, dit gegeven op zich voldoende is om – behoudens contra-indicaties – aansprakelijkheid aan

te nemen.[21] Het College lijkt hierin overigens voor een lossere interpretatie van de Slavenburg-criteria te kiezen dan de strafrechter pleegt te doen. Volgens Mark zouden rechters dat vaker moeten doen. De typologieën van Mintzberg zouden volgens hem kunnen helpen bij het leveren van maatwerk bij het aanspreken van feitelijk leidinggevers.

Conclusie
Volgens Mark zijn relatief open criteria voor aansprakelijkheid niet problematisch, mits de daarin besloten liggende norm maar voldoende kan worden geconcretiseerd. De typologieën van Mintzberg maken dat ook voor het bestuursrecht mogelijk door te specificeren waartoe de verantwoordelijkheid van een bepaalde leidinggevende zich precies uitstrekt. Bovendien kunnen aan de typologieën bepaalde feitelijke vermoedens worden ontleend die door toezichthouders en rechters kunnen worden gehanteerd bij de bewijsredenering en -motivering van bestuursrechtelijke sancties. Eveneens maken de typologieën het mogelijk om binnen meer omvangrijke en/of complexe ondernemingen concrete feitelijk leidinggevers te identificeren, zodat niet langer hoeft te worden volstaan met het enkel aanspreken van de rechtspersoon. Niettemin vindt Mark dat de toegevoegde waarde van de typologieën vanwege de aard van de via het bestuursrecht gehandhaafde verbodsnormen voor het bestuursrecht beperkter zal zijn dan voor het strafrecht dat meer materiële gevolgsdelicten kent en dus ruimte biedt voor een nadere uitsplitsing van de zorgplicht op verschillende niveaus.

Vragen vanuit de zaal

Stijn de Jong vraagt zich af of bij een specificering van de zorgplicht een feitelijk leidinggevende ook moet weten wanneer hij wel of niet strafbaar is. Dat creëert naar zijn mening meer onduidelijkheid dan zekerheid. **Mark** antwoordt dat boos opzet sowieso geen vereiste is en dat toezichthouders op basis van de typologieën de bestaande abstracte criteria kunnen concretiseren. Aan veel overtredingen die via het bestuursrecht worden gehandhaafd zijn stevige sancties verbonden, dus rechtszekerheid is daarvoor geboden. Die ontbreekt op dit moment en zou door meer terug te vallen op de modellen kunnen worden geboden. **Stijn** denkt juist dat dit tot meer onzekerheid in zowel het straf- als het bestuursrecht zal leiden. Hoe beoordeel je bijvoorbeeld de zeggenschap van bestuurders over werknemers die thuiswerken? **Mark** geeft aan dat het soms lastig is om de modellen naar specifieke situaties te vertalen, maar dat zij in het algemeen wel richting kunnen geven aan de vormgeving van aansprakelijkheid. **Tom Barkhuysen** vraagt zich af in hoeverre toezichthouders hieraan handen en voeten kunnen geven. **Mark** geeft aan dat het niet aan toezichthouders is om te zeggen hoe bestuurders hun beleid moeten voeren. Van een topmanager mag worden verwacht dat deze een bepaalde verantwoordelijkheid neemt, ook voor de systematische bedrijfsvoering. Het wordt namelijk erg lastig voor lagere bestuurders om overtredingen te voorkomen, wanneer zij daarin niet worden gesteund door het beleid dat van hogerhand wordt gevoerd. De vraag

21 CBb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, *AB* 2017/80.

is in dergelijke situaties of het niet beter is om die hogere bestuurders aan te spreken die verantwoordelijk zijn voor de bredere setting waarin de rest van de organisatie moet opereren.

Daan Doorenbos heeft enigszins moeite met deze benadering, omdat het heel erg uitgaat van organisatiestructuren. Bij feitelijk leidinggeven gaat het nu juist om feitelijk leidinggeven aan degenen die bij de overtreding betrokken zijn. Door deze benadering komt juist de materiële benadering bij feitelijk leidinggeven in het gedrang, omdat veel meer wordt uitgegaan van de formele, 'papieren' verantwoordelijkheid van de bestuurder. **Mark** geeft aan dat de typologieën geen papieren werkelijkheid creëren maar juist inzichtelijk maken hoe bepaalde typen organisaties en personen binnen dergelijke organisaties functioneren waar de praktijk zijn voordeel mee kan doen. De modellen bieden daardoor een handvat – maar ook niet meer dan dat – aan toezichthouders en rechters. Uiteraard zullen de feitelijke omstandigheden bij het aanspreken van feitelijk leidinggevers altijd een rol blijven spelen. **Daan** vindt Marks benadering nogal theoretisch: het gaat er bij feitelijk leidinggeven niet om wie volgens bedrijfskundige theorieën verantwoordelijk is, maar wie feitelijk betrokken is bij de verboden gedraging. Dat staat volgens hem echt los van elkaar. **Jakoline Winkels** voegt hieraan toe dat het nu heel theoretisch gaat over de vraag hoe de juridische criteria voor feitelijk leidinggeven geconcretiseerd kunnen worden, maar dat het hier wel gaat om ingrijpende sancties. Het lijkt haar daarom beter wanneer veel meer naar de feitelijke omstandigheden wordt gekeken, zodat de verwijtbaarheid van de bestuurder een rol blijft spelen. **Mark** antwoordt hierop dat bestuurders een verantwoordelijkheid hebben om te voorkomen dat zijn werknemers een overtreding begaan. Als een bestuurder voorziet dat zijn bedrijfsvoering ertoe kan leiden dat werknemers wettelijke voorschriften gaan overtreden, dan mag worden verwacht dat deze bestuurder daarop anticipeert. Dat betekent dat deze ook aansprakelijk moet kunnen zijn, zelfs als hij niet feitelijk bij de overtreding is betrokken. De typologieën kunnen helpen om vast te stellen of een bestuurder deze overtredingen had kunnen voorzien. **Daan** vraagt zich af of hierdoor geen risicoaansprakelijkheid voor bestuurders in het leven wordt geroepen. **Mark** antwoordt dat deze typologieën slechts een eerste vooronderstelling van de voorzienbaarheid vormen. Niets is in beton gegoten. Bestuurders kunnen de vermoedens altijd weerleggen, zoals de clausulering van het CBb ook laat zien.

Muriël Rosing, advocaat bij Stibbe, vraagt zich af waarom de discussie over sanctionering van bestuurders zich nu toespitst op het strafrecht en het bestuursrecht. Bestuurders kunnen ook via bijvoorbeeld het civiele recht of het tuchtrecht gesanctioneerd worden. **Mark** is het hier mee eens en geeft aan dat sanctionering ook via het civiele of het tuchtrecht kan plaatsvinden. Ook daar kunnen ingrijpende sancties worden opgelegd. De rechtsgebieden zijn duidelijk complementair, maar hebben ieder ook een duidelijk eigen functie. Daardoor kan niet zonder meer met de twee laatstgenoemde rechtsgebieden worden volstaan. Zijn stelling is bovendien algemener, namelijk dat de typologieën het mogelijk maken om de criteria voor de aansprakelijkheid van bestuurders te concretiseren, ook buiten het straf- en bestuursrecht. Aan die concretisering is ook behoefte omdat dat de rechtszekerheid ten goede komt.

Mevrouw Timmer-van der Hoeven, werkzaam bij de gemeente Haarlem, vraagt zich af hoe bestuurders van ondernemingen, die gesanctioneerd worden als leidinggevenden, vervolgens procederen. Ze zijn vanaf dat moment namelijk vaak *persona non grata* binnen hun eigen onderneming. Doen zij dat dan via de verzekeringsmaatschappij, waar zij een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering hebben afgesloten? **Mark** antwoordt dat het voor nu te ver voert hierop in te gaan, maar dat hij hier tijdens de borrel graag een toelichting op wil geven.

Ellen Mulder, advocaat bij Houthoff Buruma, vraagt zich af hoe een bestuurder zich verweert tegen aansprakelijkheid gebaseerd op een typologie. Doet dat geen afbreuk aan de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM? **Mark** denkt dat hier geen sprake is van strijd met de onschuldpresumptie. De typologie wordt enkel gebruikt als bewijsvermoeden, maar is niet doorslaggevend. Zijn ervaring is dat de door hem in zijn proefschrift voorgestelde typologiebenadering al mondjesmaat wordt toegepast in de rechtspraktijk en niet tot problemen leidt met de onschuldpresumptie. Bovendien heeft het EHRM veel verdergaande bewijsvermoedens toegelaten.

Frank Barendrecht, advocaat bij Ploum, merkt op dat de figuur van medeplegen erg weinig wordt gebruikt. Zou dat niet veel meer moeten gebeuren? Dat helpt misschien ook al om deze kritiek op te lossen. **Olivier Dusée** is het hiermee eens en geeft aan dat dit inderdaad een oplossing kan bieden in sommige gevallen.

Stellingen

Stelling 1. Delictsevenredigheid dient als uitgangspunt te worden genomen bij het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes.

Toelichting en reactie
Monique geeft aan dat het bestuursrecht in dit opzicht, zoals bij de toelichting van het preadvies reeds aan de orde kwam, aansluiting zou moeten zoeken bij het strafrecht. In dat kader zou de hoogte van de boete ook gerelateerd moeten worden aan de ernst van de overtreding en niet primair aan draagkracht. **Manon** kan zich niet vinden in de stelling en geeft aan dat de gevolgen van hetzelfde soort 'delict' (afhankelijk van een specifieke overtreding) verschillend kunnen zijn, mede omdat de overtreders een verschillende omvang hebben. **Jan de Heer, advocaat bij Loyens & Loeff**, zegt dat hij in het nadeelcompensatierecht eenzelfde trend ziet, waarbij grote ondernemingen meer 'pijn wordt gedaan', en veel lastiger nadeelcompensatie krijgen. **Erlinde Kuijpers** vraagt zich af in hoeverre het relateren van de boete aan de ernst van de overtreding leidt tot evenredigheid. De gevolgen van een overtreding van een bestuursrechtelijk voorschrift door het ene bedrijf kunnen enorm verschillen van de gevolgen van een overtreding door het andere bedrijf (bijvoorbeeld het schenden van een kartelverbod door een grote industriële onderneming of door een lokale winkelier). Ze denkt dat daar bij sanctionering wel recht aan moet worden gedaan. **Jakoline** antwoordt dat ze als strafrechtadvocaat sowieso geen voorstander kan zijn van de basisboete omdat dit geen recht doet aan het maatwerk dat bij sanctionering geleverd zou moeten worden. Volgens haar zouden de gevolgen van een overtreding zoals de onrechtmatig verkregen winst, niet in de hoogte van de sanctie zelf betrokken moeten worden, maar in een aparte maatregel, zoals in het strafrecht nu al het geval is. **Michiel van Emmerik** vraagt zich af of de voldoende afschrikwekkende werking van boetes niet als onderdeel van evenredigheid moet worden gezien. **Jakoline** antwoordt dat dat wel het geval is, maar dat evenredigheid in beginsel meebrengt dat een grotere onderneming geen hogere boete krijgt dan een kleinere onderneming voor dezelfde overtreding

Stemming
Eens 63,9 procent
Oneens: 36, 1 procent

Stelling 2. In het bestuursrecht moet de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel worden ingevoerd.

Toelichting en reactie
Deze maatregel bestaat nu al wel in het strafrecht, maar (nog) niet in het bestuursrecht. **Monique** geeft aan dat het goed is om dit in te voeren, zodat het punitieve

gedeelte van de bestuurlijke boete kan worden onderscheiden van het gedeelte met betrekking tot het wederrechtelijk verkregen voordeel. Dat maakt het systeem zuiverder. **Olivier** is het ermee eens dat dit inderdaad zuiverder is, maar merkt op dat het wederrechtelijk verkregen voordeel van ondernemingen niet altijd duidelijk is, zoals bijvoorbeeld bij kartelvorming. Hij is daarom geen voorstander van deze stelling.

Roel Becker, student aan de Universiteit Leiden, vraagt zich af of dit ook niet een argument tegen de vorige stelling zou kunnen zijn, aangezien de gevolgen, en daarmee de ernst van een overtreding kunnen verschillen naargelang de omvang van de overtredende onderneming. **Manon** geeft aan dat dit inderdaad niet altijd gemakkelijk is vast te stellen. Zij pleit daarom tegen delictsevenredigheid.

Jaap Baar, advocaat bij Kuyp Baar advocaten, vraagt zich af waarom sancties in het bestuursrecht in plaats van het strafrecht worden afgehandeld als de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel zo lastig is. De bestuurlijke boete was bedoeld voor simpele overtredingen, waar ontneming van wederrechtelijk voordeel zelden tot nooit aan de orde is. **Olivier** ziet niet in waarom de vaststelling van het wederrechtelijk verkregen voordeel minder complex zou zijn binnen het strafrecht. Beide rechtsgebieden reguleren immers zeer complexe situaties.

Stemming
Eens: 64,3 procent
Oneens: 35,7 procent

Stelling 3. De Afdeling moet de toerekeningsformule uit CZL Tilburg inruilen voor de verruimde IJzerdraad-criteria.

Toelichting en reactie
Tim licht toe dat de functionele pleger dogmatisch gezien de persoon is die ieder bestanddeel van de verboden gedraging vervult. De toerekeningsformule van CZL Tilburg is echter zo ruim geformuleerd, dat dit dogmatische uitgangspunt wordt losgelaten, en dat functioneel plegerschap te lichtzinnig wordt aangenomen, bijvoorbeeld in de bluswaterjurisprudentie. **Ronald Olivier, advocaat bij Van der Feltz Advocaten**, vraagt zich af of de toets die voortkomt uit de bluswaterjurisprudentie niet verklaard kan worden door de omstandigheden van het geval, en dat het een heel specifiek geval betreft. **Tim** antwoordt dat de CZL Tilburg in alle grote handboeken aangehaald wordt als standaardformule voor functioneel plegerschap. Het kan best zijn dat de bluswaterjurisprudentie een atypisch gevaltype is, maar de criteria worden nu wel algemeen toegepast. **Frank Barendrecht** vraagt zich af of toepassing van de IJzerdraad-criteria in de bluswaterjurisprudentie niet tot hetzelfde resultaat zou leiden. Tim antwoordt dat dat met 6.2 Ww niet het geval is, aangezien in de bluswaterjurisprudentie de vermeend functionele pleger niet kan beschikken over de bluswerkzaamheden. Een andere grondslag (zoals overtreding van een vergunningsvoorschrift, of 6.8 Ww) had waarschijnlijk wel tot dezelfde uitkomst geleid, maar dan met een zuiverdere redenering. Hij verwijst daarvoor naar zijn preadvies en de uitleg die hij hierover in zijn presentatie heeft gegeven.

Stemming
Eens: 84,0 procent
Oneens: 16,0 procent

Stelling 4. Feitelijk leidinggeven is ook in het bestuursrecht geen risicoaansprakelijkheid.

Toelichting en reactie
Olivier zegt, naar aanleiding van een opmerking van **Daan Doorenbos**, dat deze stelling zowel feitelijk als normatief is bedoeld. In de praktijk is van risicoaansprakelijkheid niet gebleken, en dat zou volgens hem ook geen goede ontwikkeling zijn. **Mark** voegt daaraan toe dat uit de jurisprudentie geen risicoaansprakelijkheid blijkt. In de meeste gevallen is aansprakelijkheid vrij evident. Het preadvies van Manon en Olivier laat bovendien zien dat in veel gevallen zelfs kan worden aangetoond dat er sprake is van boos opzet, waarbij de bestuurder dus daadwerkelijk op de hoogte was van de wederrechtelijkheid van de overtreding, terwijl die zware eis in de jurisprudentie juist helemaal niet wordt gesteld.

Stemming
Eens: 82,5 procent
Oneens: 17,5 procent

Stelling 5. Toezichthouders moeten de feitelijk leidinggevers van grote complexe (onder toezicht gestelde) rechtspersonen vaker aanpakken.

Toelichting en reactie
Mark legt uit dat toezichthouders zich niet terughoudend moeten opstellen ten aanzien van bestuurders van grote ondernemingen. Bestuurders in de top van de managementlaag ontspringen vaak de dans, maar zijn vaak wel verantwoordelijk voor het gevoerde beleid en de verboden gedragingen die daar mogelijk uit voortvloeien. **Jakoline** vraagt zich af waarom toezichthouders vooral achter grote ondernemingen aan zouden moeten gaan. Zou het niet veel meer moeten gaan om de ernst van de overtreding, dan om de omvang van de overtredende onderneming? En zouden voor grote ondernemingen niet dezelfde criteria moeten gelden als voor kleine ondernemingen? **Mark** antwoordt dat schuldaansprakelijkheid het uitgangspunt bij feitelijk leidinggeven blijft. Wel kunnen de criteria bij bestuurders van grote ondernemingen soepeler worden toegepast omdat de angst voor een risicoaansprakelijkheid niet reëel is gebleken. Nu heeft die angst nog een te verlammend effect waardoor de rechter en de toezichthouder mogelijk te terughoudend zijn bij het aanspreken van feitelijk leidinggevers. **Christof Swaak, partner bij Stibbe**, vraagt zich af waarom dit het geval moet zijn. Er zijn voorbeelden van leidinggevenden van grote rechtspersonen die door de onderzoeksfase heen zijn gegaan, maar uiteindelijk niet beboet zijn. Dat levert op zichzelf ook al schade op, bijvoorbeeld vanwege reputatieschade. Hij constateert ook een maatschappelijke en politieke tendens om juist achter grote, in plaats van kleinere ondernemingen aan te gaan. **Mark** zegt dat zijn stelling juist genuanceerd bedoeld is, en niet om *rücksichtslos* achter bestuurders van grotere ondernemingen aan te gaan. Hij wil dat rechters wel de criteria voor feitelijk leidinggeven blijven toepassen, zij het alleen wat soepeler.

Stemming
Eens: 69,8 procent
Oneens: 40,2 procent

Stelling 6. De civielrechtelijke 'persoonlijke ernstig verwijt'-drempel hoort niet thuis in het bestuursrecht.

Toelichting
Tim licht toe dat extra bescherming niet nodig en niet gepast is. Ten eerste is voor de aansprakelijkheid reeds een persoonlijk verwijt vereist. Ten tweede is niet aangetoond dat een hogere aansprakelijkheidsdrempel ertoe leidt dat bestuurders hun taak beter kunnen vervullen. Ten derde past het toekennen van gewicht aan de '*risk appetite*' van de bestuurder niet bij het beschermende karakter van het milieurecht. Daarin wordt hij gesteund door Mark.

Stemming
Eens: 53,3 procent
Oneens: 46,7 procent

Afsluiting

Tom Barkhuysen bedankt alle preadviseurs voor het schrijven van de preadviezen en het presenteren van hun preadviezen tijdens deze jonge VAR-bijeenkomst. In het bijzonder bedankt hij Nina Bontje, die deze bijeenkomst georganiseerd heeft, en de facilitaire dienst van Stibbe, die voor de technologische ondersteuning (onder andere het online stemmen) heeft gezorgd. Tom kijkt terug op een boeiende middag en wenst iedereen een fijne borrel toe om de bijeenkomst af te sluiten.