

Tijdschrift voor SANCTIERECHT ONDERNEMING

Straf- en bestuursrechtelijke handhaving van financieel-economisch recht

JAARGANG 14 - MAART 2024

1/2

mr. dr. M.J. Hornman

Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management

mr. E.H.A. Bootsma

Toetsing bestuurders en commissarissen

mr. H.J.J. Bisscheroux en prof. mr. D.R. Doorenbos

Verdediging van bestuurders en 'feitelijk leidinggevers'

mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma en mr. L.C.J.W. Verhoeven

Voorkoming van dubbele bestraffing van bestuurders en hun BV: de vereenzelvigingsleer revisited

mr. drs. M. Kool en mr. drs. E.F. Vaal

Cybersecurity naar de boardroom

Actualiteiten

Uitgeverij Den Hollander BV
Postbus 325, 7400 AH Deventer
tel. 0570 - 751225
e-mail: info@denhollander.info

Hoofdredeacteurs
mr. A.B. Vissers (De Bont Advocaten)
mr. A.E. van der Wal (De Roos & Pen)

Redactie
mr. M. Altena (Openbaar Ministerie)
mr. H.J.J. Bisscheroux (Stibbe)
mr. drs. M.J. Blotwijk (Functioneel Parket 's-Hertogenbosch)
mr. R. de Bree (Wladimiroff Advocaten)
mr. drs. S.R. van Breukelen (JahaeRaymakers)
mr. T. Felix (De Roos & Pen)
mr. A.A. van Gelder (AFM)
mr. dr. A.R. Hartmann (Rechterlijke Macht)
mr. R. van der Hoeven (Gerechtshof Den Haag)
mr. L.E.G. van der Hut (Sjöcrona Van Stigt Advocaten)
mr. R.P.A. Kraaijeveld (De Nederlandsche Bank N.V.)
mr. M.A. Loenen (Vrije Universiteit Amsterdam en De Reede advocatuur B.V.)
mr. A.S.M.L. Prompers (ACM)
mr. R.M.J. de Rijk (Openbaar Ministerie)
mr. J.S. Roepnarain (DNB)
Guido Roth (Finnius advocaten)
mr. B.J. Schmitz (Openbaar Ministerie)
mr. A.B. Vissers (De Bont Advocaten)
mr. A.E. Wilbrink (Van Doorne)
mr. dr. M.T. van der Wulp (Libertas Advocaten)

Redactiesecretaris
mr. L.M. Hermans (Stibbe)

Redactiesecretariaat
Stibbe
Beethovenlaan 10
1077 WM Amsterdam

Vaste medewerkers
mr. L.A. van Bavel (Libertas Advocaten)
mr. L.J. Bergsma (Sjöcrona Van Stigt Advocaten)
mr. K.M.G. Demandt (Demandt Advocatuur)
mr. F.A. Dudok van Heel (Sjöcrona Van Stigt Advocaten)
mr. J.G. Geertsma (JahaeRaymakers)
mr. S.D. de Jong (AFM)
mr. D.J.E. de Kruij (De Bont Advocaten)
mr. drs. L.J. Leijten (Van Doorne)
mr. T.S.E. van Nispen (Libertas Advocaten)
mr. O.S. Pluimer (JahaeRaymakers)

Raad van Advies
prof. mr. D.R. Doorenbos (Stibbe, Universiteit Nijmegen)

Abonnementsprijs
Zie: <https://denhollander.info/>

Nieuwe abonnementen
Abonnementen kunnen via de website worden afgesloten
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een abonnement niet samen met het begin van een kalenderjaar, dan wordt op aanvraag het tarief voor het lopende jaar naar rato berekend indien het abonnement ook in het jaar daaropvolgend wordt afgenomen.
Op al onze abonnementen zijn de Algemene voorwaarden van toepassing

Adreswijziging
Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo spoedig mogelijk en bij voorkeur schriftelijk (per email) door te geven aan de uitgeverij onder vermelding van: adreswijziging Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming.

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen uitsluitend schriftelijk (per email), tot 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

© **Uitgeverij Den Hollander B.V.**
Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in de auteurswet opgenomen uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, ongeacht op welke wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Citeerwijze
TvSO 2024, nr. 1/2
ISSN: 2211-6184



Tijdschrift voor SANCTIERECHT & ONDERNEMING

JAARGANG 14 - MAART 2024 - NUMMER 1/2

- 3 *mr. dr. M.J. Hornman*
Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management
- 14 *mr. E.H.A. Bootsma*
Toetsing bestuurders en commissarissen
- 20 *mr. H.J.J. Bisscheroux en prof. mr. D.R. Doorenbos*
Verdediging van bestuurders en 'feitelijk leidinggevers'
- 34 *mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma en mr. L.C.J.W. Verhoeven*
Voorkoming van dubbele bestraffing van bestuurders en hun BV: de vereenzelvigingsleer revisited
- 42 *mr. drs. M. Kool en mr. drs. E.F. Vaal*
Cybersecurity naar de boardroom
- 46 **Actualiteiten**

Feitelijk leidinggeven. Over de grens tussen falend en strafwaardig management

mr. dr. M.J. Hornman¹

Uit angst om af te glijden naar een risicoaansprakelijkheid voor leidinggevendenden wordt krampachtig vastgehouden aan een (te) rigide interpretatie van voorwaardelijk opzet. Ten onrechte. Door de zeggenschap, kennis en zorgplicht van de leidinggevende meer als onderling communicerende vaten te benaderen, kan passende betekenis worden toegekend aan het niet of onvoldoende uitoefenen van toezicht of controle door die leidinggevende op een wijze die verenigbaar is met het schuldbeginnsel én het dogmatische karakter van voorwaardelijk opzet en daarmee met het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven. Strafwwaardig management kan daardoor beter worden geadresseerd.

Over het daderschap van de rechtspersoon schreef Leliveld in 2015 in dit tijdschrift dat er op dat vlak sprake leek te zijn van stilstaand water. "[D]e rechtspraak heeft zich in de ruim tien jaar sinds de Drijfmest-overwegingen niet erg doorontwikkeld." Daaraan voegt hij toe "dat de overwegingen in de praktijk hun werk doen. Misschien speelt bij het achterwege blijven van ontwikkelingen ook mee dat (...) *close reading* van de Drijfmest-overwegingen inderdaad vragen oproept, maar dat werkbare, misschien niet helemaal afgeronde, overwegingen voor de rechtspraak te verkiezen zijn boven technische discussies."² De vraag kan worden opgeworpen of voor feitelijk leidinggeven niet exact hetzelfde geldt. Daarover wees de Hoge Raad in 2016 een overzichtsarrest.³ In dat arrest worden zeer welkome extra handreikingen aan de praktijk gegeven, zeker daar waar het meer actieve verschijningsvormen van feitelijk leidinggeven betreft. Sindsdien is het op het vlak van toonaangevende of vernieuwende uitspraken echter redelijk stil gebleven. Dat is, totdat het Haagse hof in december 2020 een flinke en voor sommigen onverwachte steen in de vijver van de strafrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid gooide door te gelasten dat oud-ING bestuurder Hamers moest worden vervolgd wegens – kort gezegd – feitelijk leidinggeven aan meerdere overtredingen van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en (schuld)witwassen door ING.⁴ Die beslissing veroorzaakte de nodige beroering. Niet eerder greep een gerechtshof in een artikel 12 Sv-procedure

(ogenschoonlijk) zo ingrijpend in in de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie op het terrein van het financieel-economisch strafrecht. Inmiddels zijn de plooien weer redelijk gladgestreken en straalt het vijverwater weer dezelfde sereniteit uit als voorheen, maar onder de oppervlakte blijft het borrelen, in afwachting van wat (mogelijk) komen gaat.

Mijn huidige functie belet mij om teveel in de details van deze specifieke zaak te treden. Een bredere duiding van deze beschikking in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen en de discussie in de literatuur blijft evenwel mogelijk. Des te meer nu ik mijzelf in het verleden heb uitgesproken tegen de – in mijn optiek – terughoudendheid waarmee topbestuurders van grote ondernemingen strafrechtelijk worden aangesproken. Het (vaker) persoonlijk aansprakelijk stellen van bestuurders is geen doel op zich. Kern van mijn betoog was – en is – dat de mogelijkheden daartoe ruimer zijn dan tot dusver wordt aangenomen en dat de argumenten die worden aangevoerd voor grote(re) terughoudendheid niet overtuigend zijn. Dat maakt overigens niet dat ik onverdeeld enthousiast ben over de beschikking van het Haagse hof. Op die beschikking valt het nodige af te dingen en het is opvallend hoe weinig meer diepgaande publicaties deze beschikking heeft weten te ontlokken.⁵ Kennelijk is de uitkomst van het verdere verloop van deze zaak voor velen te ongewis om daar de vingers aan te durven branden. Veel verder dan het signaleren dat bestuurders van grote onderne-

1. Mark Hornman is officier van justitie i.o. bij het arrondissementsparket Oost-Nederland. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.
2. J.T.C. Leliveld, 'Daderschap van de rechtspersoon sinds het Drijfmest-arrest. Stilstaand water', *TvS&O* 2015, p. 64.
3. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven).
4. Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347 (art. 12 Sv-procedure Hamers).
5. In de vaktijdschriften blijft de bespreking van deze beschikking zeer feitelijk van aard, zonder verdere duiding (zie de rubrieken 'Actualiteiten', *TvS&O* 2021, p. 53-56 en

'Kroniek ondernemingsstrafrecht', *TBS&H* 2021, p. 66; J.F. Rense e.a., 'Annotatie bij Gerechtshof Den Haag 9 december 2020. Beklag tegen niet-vervolgen ING en beklag tegen niet-vervolgen van de voormalig bestuursvoorzitter van ING', *TvS&O* 2021, p. 29-36 geven enkel aan het slot een korte duiding). Voor zover de beschikking wel in breder perspectief wordt geplaatst, is dat een ander perspectief dan in de beschikking zelf centraal staat (zie bijvoorbeeld T.R. Becker en L. van Lent, 'Strategische procesvoering in de beklagprocedure van artikel 12 Sv', *TBS&H* 2023, p. 291-304).

mingen zich niet – of in ieder geval minder – veilig kunnen wanen voor strafvervolging komt men in de journalistiek of vaktijdschriften veelal niet. In deze bijdrage wil ik de achter deze beschikking schuilgaande hoofdvraag naar de ondergrens van feitelijk leidinggeven centraal stellen, oftewel ingaan op de vraag: wanneer wordt falend management strafwaardig management? Het gaat dan niet alleen over de vraag onder welke omstandigheden 'slecht leidinggeven' strafbaar zou moeten zijn, maar ook om de meer normatieve vraag waarom dat strafbaar zou moeten zijn. Extra spijtig is dat deze discussie vaak snel uitdraait op een versimpeling van tegenstellingen en *one liners* die het debat en uiteindelijk ook de rechtspositie van in onzekerheid verkerende potentiële feitelijk leidinggevers geen goed doen. Daardoor blijft de discussie in een impasse steken. In deze bijdrage wil ik (wederom) een poging wagen om die discussie vooruit te helpen en te nuanceren. Daartoe bespreek ik in paragraaf 1 eerst kort het juridisch kader. In paragraaf 2 zoom ik nader in op het geldende opzetvereiste. In paragraaf 3 ga ik nader in op dat opzetvereiste en de angst om af te glijden naar een risicoaansprakelijkheid voor leidinggevers. In die discussie speelt het schuldbeginnsel een grote rol maar dat beginsel legt in mijn optiek weinig gewicht in de schaal, zo zal ik in paragraaf 4 betogen. In paragraaf 5 zal ik uiteenzetten hoe het voorwaardelijk opzetvereiste bij feitelijk leidinggeven naar mijn mening vorm zou moeten krijgen om falend management dat het predicaat strafwaardig management verdient, beter te kunnen adresseren. In mijn optiek is dat mogelijk zonder in de gevaarzone van een risicoaansprakelijkheid te komen. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6.

1. Juridisch kader

Bij feitelijk leidinggeven draait het om de materiële verantwoordelijkheid van de leidinggevende. Daarvoor is zijn/haar feitelijke machtspositie bepalend.⁶ Een formele leidinggevende positie is niet noodzakelijk en evenmin afdoende.⁷ Daarin komt ook tot uiting dat het bij feitelijk leidinggeven niet gaat om het leidinggeven aan de rechtspersoon, maar om het feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging(en) van die rechtspersoon. Uit dat accessoriteitsvereiste volgt dat de rechtspersoon als dader van het uiteindelijk strafbare feit moet kunnen worden aangemerkt. Die verbondenheid met het ouderschap van de rechtspersoon laat evenwel onverlet dat het bij feitelijk leidinggeven gaat om een zelfstandig en strikt persoonlijk verwijt aan het adres van de leidinggevende. Dat verwijt kan, maar hoeft niet ge-

heel samen te vallen met het verwijt dat de rechtspersoon wordt gemaakt.⁸

Feitelijk leidinggeven aan een door een rechtspersoon begane gedraging kent meerdere verschijningsvormen strekkende van zeer actieve tot louter passieve betrokkenheid. De meest actieve (en meest voorkomende) verschijningsvorm van feitelijk leidinggeven wordt volgens de Hoge Raad gevormd door (i) het actief en effectief aansturen van verboden gedragingen van de rechtspersoon. Daarnaast identificeert de Hoge Raad nog twee minder actieve varianten van feitelijk leidinggeven. Het gaat dan (iia) om de situatie waarin de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene door de verdachte gevoerde beleid en (iib) om het geval waarin de verdachte naast het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat tot de verboden gedraging heeft geleid, daartoe ook nog eens het initiatief heeft genomen. De derde en meest minimale verschijningsvorm van feitelijk leidinggeven wordt gevormd welbekende Slavenburg-criteria. Zij formuleren de ondergrens van feitelijk leidinggeven. Van deze meest passieve variant van feitelijk leidinggeven kan sprake zijn (iii) wanneer de verdachte ondanks het feit dat hij/zij bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen, dergelijke maatregelen achterwege laat. In alle gevallen zal de verdachte minimaal bewust de aanmerkelijke kans moeten aanvaarden dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen omdat een dergelijk opzetvereiste nu eenmaal in feitelijk leidinggeven besloten ligt. De Hoge Raad spreekt hier van een 'zelfstandig opzetvereiste'.⁹ Die nadruk laat zich verklaren door het feit dat feitelijk leidinggeven een deelnemingsvorm is en zoals alle deelnemingsvormen een dubbel opzetvereiste kent. Naast opzet op het (door de rechtspersoon begane) grondfeit gaat het dan om opzet op het feitelijk leidinggeven zelf.¹⁰ Voor de vraag wanneer aan het opzet op het grondfeit is voldaan geeft de Hoge Raad twee concrete bewijsaanwijzingen. Allereerst kan – in het bijzonder bij meer structureel begane strafbare feiten – van het bewijs van dergelijke aanvaarding 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(en). Dat bewijs kan zich eveneens aandienen indien een leidinggever de werkzaamheden van zijn/haar onderneming zo organiseert dat hij/zij 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.¹¹

6. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 481.

7. HR 16 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7243, NJ 1981/586 (Papa Blanca); HR 24 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1508.

8. De Hullu 2021, p. 482-483.

9. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven), rov. 3.5.2-3.5.3.

10. De Hullu 2021, p. 486.

11. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven), rov. 3.5.3 en punt 7 van de noot van Wolswijk.

2. Nadere duiding opzeteis bij feitelijk leidinggeven, inclusief de gevolgen daarvan

Uit dit juridisch kader volgt dat iemand geen feitelijk leiding kan geven aan gedragingen waarvan hij/zij niet op de hoogte is. Daarmee vormt het kennisvereiste een – op zich passende – waarborg tegen risicoaansprakelijkheid. Over de exacte inhoud van dat kennisvereiste heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan. Inmiddels lijkt uitgekristalliseerd dat met een generiek (voorwaardelijk) opzet kan worden volstaan. De wetenschap van de leidinggevende hoeft daarbij niet te zien op het exacte verwijt zoals in de tenlastelegging aan de rechtspersoon wordt verweten. Niettemin moet zij daarmee wel in rechtstreeks verband staan. Kennis van gedragingen die zeer dicht aanschurken tegen de gedragingen die de rechtspersoon worden verweten, volstaat dus.¹² Daarbij moet het begrip 'de gedraging' feitelijk worden opgevat. Niet vereist is dat de leidinggevende ook wist welke juridische kwalificatie aan die gedraging(en) zou (kunnen) worden verbonden. Ook is niet vereist dat de leidinggevende op de hoogte is van het specifieke waar, wanneer en hoe de verweten feiten zijn begaan, noch van de concrete omvang van die feiten.¹³ Doordat de betrokkene binnen de rechtspersoon een leidinggevende positie inneemt, is hij/zij – in ieder geval tot op zekere hoogte – feitelijk in staat om preventief dan wel reactief tegen die verboden gedragingen op te treden. Vanaf het moment dat hij/zij van die feiten kennis draagt, is hij/zij ook gehouden om dat te doen. Door Van Elst is dit helder samengevat in de volgende formule: wetenschap + zeggenschap = zorgplicht.¹⁴ Het is aldus de kennis van het gegeven dat zijn/haar rechtspersoon strafbare feiten begaat of dreigt te begaan die de rechtsplicht van de leidinggevende activeert om zijn/haar interne machtspositie aan te wenden ter voorkoming of bestrijding van die strafbare feiten. Doet hij/zij dat niet of niet afdoende, dan kan daarin een belangrijke aanwijzing worden gevonden dat hij/zij het plaatsvinden van die feiten bewust heeft aanvaard. 'Horen, zien en zwijgen' kan daarmee onder omstandigheden in aansprakelijkheid resulteren. Met de nadruk op *kan*, want passief blijven is niet noodzakelijkerwijs bevorderen¹⁵ en hoeft ook niet per definitie te wijzen op aanvaarden.¹⁶ Zeker dat laatste wordt nogal eens vergeten. De Slavenburgformule is daarover duidelijk. Vereist wordt dat maatregelen ter voorkoming van de gedragingen

achterwege worden gelaten én dat bewust de aanmerkelijke kans wordt aanvaard dat die verboden gedragingen zich vervolgens zullen voordoen.¹⁷ Niet ingrijpen kan duiden op instemming, maar die passiviteit kan ook een gevolg zijn van het onderschatten van de aard, ernst en omvang van de situatie of van het overschatten van het vermogen van de eigen organisatie om daar (zonder extra door de feitelijk leidinggever geïnitieerde maatregelen) tegen op te treden. In beide laatste scenario's blijft men steken op culpoos feitelijk leidinggeven, hetgeen niet strafbaar is.

Hoewel voornoemde kennis niet heel concreet hoeft te zijn, veronderstelt zij wel meer dan een vaag vermoeden dat er binnen de eigen onderneming mogelijk iets niet deugt¹⁸ of onvoldoende wordt geadresseerd. Onduidelijk is in hoeverre op leidinggegenden naar geldend recht de verplichting rust om nader onderzoek in te stellen naar dergelijke verontrustende signalen en welke consequenties aan het uitblijven of tekortschieten van dergelijk onderzoek kunnen en mogen worden verbonden. Indien evident wordt weggekeken en de leidinggevende zich dus bewust onwetend/van de domme' houdt, wordt voorwaardelijk opzet aangenomen. De leidinggevende heeft zichzelf dan (bewust) in de situatie gebracht "dat hij niet wist of en wanneer hij moest ingrijpen", hetgeen wordt gelijkgesteld met aanvaarding.¹⁹ Buiten die gevallen geldt dat de onwetenden zalig zijn. Zonder kennis bestaat er immers geen rechtsplicht om in te grijpen, hoe verwijtbaar die onwetendheid ook is, doelbewuste onwetendheid daargelaten.

In grote, meer complexe organisaties laat dat gebrek aan kennis zich ook eenvoudig verklaren, evenals het onvermogen van het topmanagement om eventuele problemen passend te adresseren. Als gevolg van de organisatie-inrichting van grote ondernemingen waarbij informatie een lange weg moet afleggen, vele schakels moet passeren en onderweg vaak nog moet worden samengevoegd met andere informatie afkomstig uit andere delen van de organisatie alvorens zij van de werkvloer de strategische top bereikt om daar te kunnen worden geïnterpreteerd, komt die informatie veelal te laat, selectief of gekleurd door, als zij de ondernemingstop al bereikt.²⁰ Ook een decentraal ingerichte organisatiestructuur kan een drempel opwerpen voor de doorgifte van informatie.²¹ Dit heeft weer tot gevolg dat (incrimine-

12. De Hullu 2021, p. 486; 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.
13. De Hullu 2021, p. 489; HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9379, NJ 1994/53.
14. R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 63.
15. De Hullu 2021, p. 488.
16. Vgl. A.A. Feenstra in haar annotatie onder HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NBStraf 2016/146 (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven).
17. HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, NJ 1987/321 m.nt. A.C. 't Hart (Slavenburg II), rov. 5.1.1 (mijn accentuering).

18. C.H. Brants, 'Slavenburg en de grenzen van het strafrecht', *Recht en kritiek* 1988, p. 52.
19. W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A.E. Hartevelt e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 540. Deze redering werd bijvoorbeeld gevolgd in Hof Den Bosch 23 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BT2641 (Royal Dubai).
20. M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggegenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016a, p. 90-92, 151-153, 163-165, 185-191 en 441-444.
21. Hornman 2016a, p. 244-258, 293-294 en 299-320.

rende) kennis – uitgaande van traditionele interne informatiestromen²² – veelal in de lagere organisatieregionen blijft steken. Passend ingrijpen vergt bovendien gedetailleerde kennis van de aard, ernst en omvang van het probleem. Die gedetailleerde mate van kennis dringt bij grotere organisaties doorgaans niet door tot de centrale organisatieleiding. Hoewel zij dus wel bij machte is om exact voor te schrijven welke specifieke maatregelen moeten worden getroffen, is dat in de praktijk vaak lastig zo niet onmogelijk omdat zij de daarvoor benodigde concrete kennis mist. Tegelijkertijd geldt dat van het topmanagement niet wordt verwacht dat het zich inlaat met micromanagement. De nadere uitwerking van de instructies van de strategische ondernemingsleiding is aan de hiërarchisch ondergeschikte en meer specialistische managers en afdelingen.

Nu kennis van de verboden gedragingen van de rechtspersoon het fundament vormt waarop de aansprakelijkheid voor die verboden gedragingen berust en die kennis er lang over doet om de centrale ondernemingsleiding te bereiken, komt aansprakelijkheid pas relatief laat in beeld. Omdat van het topmanagement ook niet wordt verwacht dat het zich in detail gaat inlaten met de aanpak daarvan, kan het die aanpak – met de juiste instructies – ook weer relatief snel uit handen geven en delegeren. Het gevolg hiervan is dat het strategische ondernemingsmanagement niet alleen pas laat in beeld komt, maar ook weer snel uit beeld verdwijnt. Daardoor zijn het in de praktijk veelal de laagste in rang (het lagere en het middenmanagement) die het hoogst komen te hangen.²³ Het is het lagere management dat veelal als eerste maar ook het meest gedetailleerde zicht heeft op de strafbare feiten die samenhangen met de primaire organisatieprocessen. Tegelijkertijd is het veelal ook dat management dat – vanuit hogerhand – is belast met de aanpak van die strafbare feiten, en wel totdat de verboden gedragingen in hun geheel zijn beëindigd.²⁴ Deels is dat een logische en terechte consequentie van het door de Hoge Raad geformuleerde kennisvereiste. Als kennis van strafbare feiten het fundament vormt onder aansprakelijkheid voor die feiten, dan kan zonder wetenschap geen aansprakelijkheid bestaan. Dat zou immers op een risicoaansprakelijkheid neerkomen, zo wordt althans gesteld. Omdat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet moeten worden overtrokken,²⁵ kan ik daar voor een deel in meegaan, doch niet geheel.

Allereerst leidt een dergelijke vereenvoudigde uitleg van het kennisvereiste en het schuldbeginsel waarin een onderzoeksplicht geheel van de hand wordt gewezen tot meerdere ongewenste en onnodige begrenzingen van de persoonlijke aansprakelijkheid van leidinggevers voor strafbare feiten die door hun onderneming zijn begaan. Daarnaast heeft de focus op de (vermeende) kennis van de feitelijk leidinggever tot gevolg dat andere voorwaarden voor feitelijk leidinggeven – in het bijzonder het causaliteitsvereiste – nauwelijks tot wasdom komen. Dit terwijl daar in mijn optiek juist bij passief leidinggeven grote betekenis aan zou moeten toekomen.²⁶ Tot slot pakt deze uitleg zeer nadelig en enigszins onrechtvaardig uit voor bestuurders die zich bovenmatig inspannen en wel hun verantwoordelijkheid nemen. Zij lopen een groter risico om op de hoogte te geraken van onvolkomenheden in hun organisatie. Terwijl de door onkunde onwetend blijvende medebestuurder buiten schot blijft, maakt hun opgedane kennis hen wel verantwoordelijk. Doordat zij weten dat hun organisatie de wet overtreedt, worden zij gehouden daar wat aan te doen. Indien zij die taak vervolgens ook nog eens serieus nemen en met enige regelmaat vragen om terugkoppeling van de genomen maatregelen, dan blijven zij ook langdurig in beeld als potentieel feitelijk leidinggever, net zolang totdat de verboden gedragingen in hun geheel zijn beëindigd. Op dat moment kan immers pas met zekerheid worden gezegd dat de leidinggevende daadwerkelijk alle in redelijkheid te vergen maatregelen heeft getroffen. Tot die tijd loopt hij/zij het risico dat hem/haar – achteraf bezien – wordt verweten dat hij/zij meer had kunnen doen. Daarmee wordt kundig en toegewijd leiderschap eerder afgestraft dan beloond.²⁷ Dat creëert geen strafrechtelijke prikkel voor topbestuurders om hun verantwoordelijkheid te nemen echt door te pakken in die situaties die daar mogelijk om vragen. De bestuurder die dat doet wordt namelijk ook verantwoordelijk en loopt daardoor een groter strafrechtelijk risico dan de minder toegewijde bestuurder die er uiterst lichtvaardig van uitgaat dat het wel los zal lopen of mee zal vallen. Strafrechtelijk gezien pakt de huidige jurisprudentie zelfs zo uit dat het daardoor aantrekkelijk wordt om als topbestuurder zo min mogelijk te weten, of eigenlijk: om net voldoende te weten om de voorliggende risico's te kunnen inschatten, maar net te weinig om aansprakelijk te zijn indien die risico's zich onverhoopt verwezenlijken.²⁸ Die uitkomst is niet wenselijk. Hoewel ik dus meerdere bezwaren zie, zal ik mij in het navolgende beperken tot het eer-

22. Dit is uiteraard (deels) anders wanneer er door interne of externe partijen (zoals toezichthouders) rechtstreeks aan de raad van bestuur wordt gerapporteerd. Ook dat maakt de casus van de Hamersbeschikking interessant nu het hof daarin overweegt dat er niet alleen interne signalen waren, maar ook duidelijke berichten vanuit De Nederlandsche Bank over de tekortkomingen.

23. Brants 1988, p. 55 en M.S. Groenhuijsen, 'Berechting en bestrafing van witte boordencriminelen in Nederland', DD 2010, p. 826. Vgl. S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 435.

24. Hornman 2016a, p. 165-173 en 193-204.

25. Zie J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

26. Omdat deze bijdrage zich concentreert op het kennisvereiste bij feitelijk leidinggeven zal het causaliteitsvereiste in het navolgende grotendeels buiten beschouwing blijven.

27. Hornman 2016a, p. 446-448 en M.J. Hornman, 'Feitelijk leidinggeven. Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing', TBS&H 2016b, p. 132-133.

28. Hornman 2016a, p. 467 en Hornman 2016b, p. 132.

ste punt: de gestelde dreigende risicoaansprakelijkheid als gevolg van een mijns inziens te ruime uitleg van het schuldbeginnsel en te beperkte interpretatie van voorwaardelijk opzet waarin geen ruimte is voor een onderzoeks- of controleplicht. Eerst ga ik echter in op de bezwaren vanuit de literatuur en de rechtspraak.

3. **Sauveren van slecht leidinggeven of waarborg tegen risicoaansprakelijkheid?**

Het belangrijkste argument om terughoudend te zijn met het persoonlijk strafrechtelijk aansprakelijk houden van topbestuurders voor misdragingen van hun rechtspersonen is gelegen in de angst voor een risicoaansprakelijkheid. "[H]et (...) gaat te ver om aan de verdachte het opzettelijk bevorderen van de onderhavige onregelmatigheden toe te rekenen louter en alleen op grond van het feit dat hij voorzitter was van de raad van bestuur van de bank die nu eenmaal zo georganiseerd was als zij was."²⁹ Dat de verdachte "niet meer weet of hij [de 'omvangrijke' managementletter] wel (geheel) heeft gelezen of daaraan wel voldoende aandacht heeft besteed", (...) "mag wellicht enige verbazing wekken als bedacht wordt welke functie [verdachte] bij Ahold bekleedde, maar het maakt zijn verklaring op dit punt niet ongeloofwaardig. De vergaderstukken die hem waren toegezonden waren inderdaad omvangrijk en van leden van het audit committee werd niet zonder meer verwacht dat zij over een grondige kennis van de normen van financiële verslaggeving beschikten. Strafrechtstoepassing leidt niet tot risico-aansprakelijkheid."³⁰ Het adresseren van ondermaats presteren en mismanagement is niet aan het strafrecht, zo luidt de boodschap.³¹ Dat de onkunde of onwetendheid van de leidinggevende wellicht verbazing wekt, verwijtbaar of zelfs ronduit laakbaar is, kan daaraan niet afdoen. Het loslaten van een (solide) opzeteis zou strafrechtelijke aansprakelijkheid veel te snel laten intreden en tot gevolg hebben dat leidinggevend, en dan vooral de topbestuurders van grote organisaties, voor nagenoeg alles dat in strafrechtelijk opzicht in hun organisatie misgaat, zouden

opdraaien, aldus Doorenbos.³² Daarbij wordt aangevoerd dat er geen behoefte aan verruiming van aansprakelijkheid zou zijn omdat er al een ander – en wel primair – rechtssubject is dat kan worden aangesproken: de rechtspersoon. De aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever zou slechts van secundaire aard zijn.³³ Bovendien wordt gesteld dat te ruimhartige strafrechtelijke aansprakelijkheid tot 'bange bestuurders' zou kunnen leiden, waardoor capabele bestuurders zouden kunnen afhaken en ondernemingen geen risico's meer durven te nemen en te defensief gaan opereren.³⁴ Erkend wordt nog wel dat de grens daar zou moeten liggen "waar bestuurders zich bewust onwetend houden om strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen."³⁵ Waar die grens van bewuste onwetendheid ligt, blijft evenwel gissen. Literatuur en jurisprudentie bieden hiervoor weinig houvast, terwijl dit mijns inziens het kernpunt is waar het bij de duiding van 'slecht leidinggeven' om zou moeten gaan.

Het geheel loslaten van de eis van voorwaardelijk opzet sta ik niet voor.³⁶ Dat verhoudt zich ook niet met het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven.³⁷ De vraag zou mijns inziens wel moeten zijn in hoeverre in het voor feitelijk leidinggeven vereiste opzet toch een zekere zorgplicht besloten ligt om toezicht te houden of nader onderzoek in te stellen. Doorenbos is daarin behoorlijk stellig door zelfs bij 'ronduit laakbare' onwetendheid geen aansprakelijkheid te willen aannemen. In artikel 51 Sr ligt immers geen zelfstandige zorgplicht besloten op basis waarvan de leidinggevende is gehouden om te voorkomen dat zijn/haar rechtspersoon strafbare feiten begaat. Die verantwoordelijkheid ontstaat pas wanneer de leidinggevende bij die feiten betrokken raakt en dus op de hoogte raakt van die strafbare feiten. Pas vanaf dat moment is hij/zij tot optreden gehouden.³⁸ En, zo voeg ik daar in die lijn aan toe, dan ook nog eens enkel voor zover zijn/haar informatie over de aard, ernst en omvang van de strafbare feiten daar aanleiding toe geeft en voor zover de interne taakverdeling hem/haar daartoe verplicht.³⁹ Een verplichting om bij zorgwekkende signalen nader onderzoek in te stellen ziet Doorenbos

29. Hof Den Haag 2 december 1987, NJ 1988/433 (Vrijspraak Piet Slavenburg), rov. 5.17.
30. Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009: BH1971 (Ahold boekhoudfraude; Fahlin).
31. Doorenbos 2014 en C.N.J. Kortmann, 'Meer rechtseenheid in het overtrederbegrip? Over functioneel ouderschap en overtredingen in concernverband', NTB 2017/21, p. 179. Vgl. De Hullu 2021, p. 489 die overigens een zekere slag om de arm houdt door te spreken over 'enkel' mismanagement. Iets verderop (p. 490) lijken zijn bezwaren overigens nog minder principieel en vooral dogmatisch door op te merken dat bij culpoze delicten en overtredingen wellicht eerder zou moeten worden geopteerd voor functioneel ouderschap in plaats van feitelijk leidinggeven. Anders dan in de deelnemingsfiguur feitelijk leidinggeven ligt in functioneel ouderschap geen inherent opzetvereiste besloten. Daardoor ligt de drempel voor aansprakelijkheid bij culpoze misdrijven en overtredingen aanzienlijk lager dan bij feitelijk leidinggeven. Bij functioneel ouderschap vindt De Hullu die lagere aansprakelijkheidsdrempel voor bestuurders kennelijk geen probleem.
32. Doorenbos 2014, p. 33.
33. Doorenbos 2014, p. 45-46.
34. Doorenbos 2014, p. 33.
35. Kortmann 2017, p. 179.
36. Al interpreteren K. Lindenberg en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 356 dat wel zo.
37. Hornman 2016a, p. 472-476 en Hornman 2016b, p. 134-136. Zie voorts paragraaf 1.
38. Doorenbos 2014, p. 30 en 39.
39. Volledigheidshalve merk ik hierbij op dat de interne taakverdeling enkel relevant is bij overwegend passief leidinggeven. In geval van gezamenlijke actieve betrokkenheid, waaronder ook betrokkenheid in de voorfase moet worden verstaan, geldt dat alle betrokken leidinggevend, in gelijke mate gehouden zijn om aan die strafbare feiten een einde te maken, ongeacht de onderlinge taakverdeling. Strafbare gedragingen die door de ene leidinggevende zijn verricht, komen daarbij als gevolg van de nauwe samenwerking en (grotendeels) gezamen-

niet. Daar vindt hij het Amsterdamse hof wederom aan zijn zijde. "De leidinggever moet weten van de verboden gedraging of van strafbare feiten door de rechtspersoon die rechtstreeks verband hielden met de in de tenlastelegging omschreven verboden gedraging. Als bewijs voor deze wetenschap ontbreekt, is voor een veroordeling voor feitelijke leidinggeven niet voldoende dat de verdachte verantwoordelijk was voor de gedragingen of redelijkerwijs van hem verwacht had kunnen worden meer onderzoek te doen en beter toezicht te houden."⁴⁰

Andere auteurs zijn iets gereserveerder. Zo menen Vellinga en Vellinga-Schootstra dat enig – preventief – toezicht toch wel noodzakelijk is, zeker wanneer het gaat om voorschriften in de sociaaleconomische, fiscale of milieusfeer die de bedrijfsvoering van de onderneming aan banden plegen te leggen. Naleving van wet- en regelgeving vloeit op deze terreinen immers niet vanzelfsprekend uit de bedrijfsvoering voort, nu deze daarmee in de regel niet is gediend.⁴¹ Ook Bleeker meent dat voor terughoudendheid weinig aanleiding bestaat. Het argument van de 'bange bestuurder', dat in zijn optiek ook in het civiele recht niet weet te overtuigen,⁴² gaat voor het strafrecht al helemaal niet op. Daar waar zwaarwegende rechtsbelangen spelen, zou iets meer risicoaversie van ondernemingen en hun bestuurders juist zijn toe te juichen.⁴³ De angst om persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld kan eraan bijdragen dat die gewichtige belangen zorgvuldig(er) worden meegewogen bij bedrijfsbeslissingen. Ook het argument van de secundaire aansprakelijkheid overtuigt volgens hem niet. De aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever is vanwege het vereiste ouderschap van de rechtspersoon onlosmakelijk met de gedragingen van die rechtspersoon verbonden, maar het feitelijk leidinggeven heeft een zelfstandig en nevengeschiedt karakter. Van een rangorde in aansprakelijkheid of de noodzaak van een bijkomend verwijt is geen sprake. De leidinggevende wordt aangesproken op zijn eigen gedragingen en verantwoordelijkheden, niet op de tekortkomingen van de rechtspersoon.⁴⁴ Daar komt bij dat bonafide leidinggevers van

het aansprakelijkheidsrecht weinig te vrezen hebben, ook niet indien hun controlerende en toezicht houdende verantwoordelijkheid zou worden aangescherpt. Een substantieel persoonlijk verwijt is en blijft nodig.⁴⁵ Buruma merkt op dat de vrees voor de verlamme invloeden van te ruime persoonlijke aansprakelijkheid ons niet moet verleiden tot het de facto totaal verwerpen van persoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen.⁴⁶ Hij formuleert de vuistregel dat hoe groter de maatschappelijke verantwoordelijkheid voor gedragingen van anderen of gebeurtenissen is, des te geringer de vereiste graad van opzet of wetenschap kan zijn.⁴⁷ Ook dat biedt ruimte.

4. Relatieve waarde van het schuldbeginnsel

Dat het schuldbeginnsel een van de fundamenteën van ons strafrecht vormt, laat onverlet dat de concrete betekenis daarvan voor de nadere invulling en afbakening van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever zich maar lastig laat vaststellen. Buiten twijfel staat dat er zonder schuld geen straf kan worden opgelegd, maar dat is dan ook de enige harde voorwaarde die de Hoge Raad stelt.⁴⁸ Omdat in het EVRM geen materieelrechtelijk schuldbeginnsel besloten ligt, biedt de Straatsburgse rechtspraak nog minder concrete handvatten. Het EHRM formuleert geen algemene ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴⁹ Aldus is het schuldbeginnsel wel gebaat bij, maar dwingt het niet tot het opnemen van een subjectief bestanddeel of het stellen van een kennis- of aanvaardingsvereiste.⁵⁰

De enige dogmatisch valide reden om bij feitelijk leidinggeven een opzeteis te stellen is gelegen in het deelnemingskarakter van deze aansprakelijkheidsfiguur. Alle deelnemingsvormen eisen opzet en voor feitelijk leidinggeven ligt dat om die reden niet an-

lijke besluitvorming ook voor rekening van de ander (HR 16 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7243, NJ 1981/586 (Papa Blanca)). Hieruit volgt dus ook dat iedere taakverdeling door de rechter op redelijkheid kan worden getoetst (De Hullu 2021, p. 489).

40. Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2429 (Palm Invest).

41. Vellinga en Vellinga-Schootstra 2005, p. 540-541.

42. T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevers. Over strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sanctiëring van leidinggevers voor milieuovertredingen in bedrijfscontext* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 278-350 en 504-506.

43. Bleeker 2021, p. 150-151.

44. Bleeker 2021, p. 151-153 en 502-503. Vgl. Hornman 2016a, p. 56. Anders De Valk 2009, p. 391, 411-412, 425 en 559-560.

45. Bleeker 2021, p. 147-150 en 497-498: "leidinggevers [kunnen] nog steeds fouten (...) maken zonder dat dit meteen strafbaar is" en "voldoende voorzorg [leidt] in principe (...) tot vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolg-ing."

46. Punt 5 noot Y. Buruma onder HR 29 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8977, NJ 2009/130 (Fiscale fraude gemeente Etten-Leur).

47. Y. Buruma, 'Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 89.

48. HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681 (Melk en water).

49. E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnsel 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 2015, p. 364-365, 386-387 en 431-432 en Hornman 2016a, p. 470.

50. E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland', in: E. Sikkema en P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers – in de economische context – Preadvis voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 90, Hornman 2016a, p. 470-472 en Hornman 2016b, p. 134.

ders.⁵¹ Indien men feitelijk leidinggeven niet ziet als een deelnemingsvorm maar – in lijn met een minderheidsopvatting in de literatuur – als een vorm van (pure) aansprakelijkheidstelling, dan komt daarmee ook ieder richtinggevend kader voor nadere invulling en afbakening te ontvallen. Doorenbos grijpt dat karakter bijvoorbeeld aan om – vanwege de in zijn ogen secundaire/van de rechtspersoon afgeleide aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever – te pleiten voor een hogere drempel voor aansprakelijkheid.⁵² Rimmelink ziet daarin juist aanleiding om met een lagere meer culpoze maatstaf genoegen te nemen.⁵³ Het in feitelijk leidinggeven besloten liggende opzetvereiste zou volgens hem "de nonchalante en onverschillige, kortom de slechte, leidinggevers die hun even eens slechte employés maar laten begaan" sauveren.⁵⁴ Kortom, het schuldbeginnel verschafte in deze discussie weinig richting. Iedereen die het schuldbeginnel als argument ter inperking of opreiking van aansprakelijkheid inroept, verheft in feite zijn/haar eigen subjectieve interpretatie van dat begrip tot algemeen geldende norm.

Dat het schuldbeginnel geen statische ondergrens formuleert, neemt volgens Van Luijk niet weg dat er wel een zekere ondergrens is. Die benodigde minimale mate van betrokkenheid en verwijtbaarheid (de drempel voor aansprakelijkheid) wordt evenwel casuïstisch bepaald door de waarde die door het gedeelde rechtsgevoel aan het schuldbeginnel wordt toegekend.⁵⁵ Oftewel, als genoeg mensen dezelfde subjectieve interpretatie delen, dan is dat de maatschappelijke norm. Aldus is de ondergrens voor aansprakelijkheid uiterst diffuus en subjectief en vermoedelijk ook arbitrair en fluïde. Zogeheten 'functionele aansprakelijkheden' nemen daarbinnen bovendien een bijzondere positie in. Het werken met 'presumptions of responsibility' wordt daar algemeen aanvaard, mits dit binnen 'reasonable limits' blijft en men oog houdt voor de 'importance of what is at stake'.⁵⁶ Argumenten van effectieve rechtshandhaving wegen daarbij ook (zwaar) mee.⁵⁷ Gesteld kan worden dat het hier uiteindelijk draait om een kwestie van bewijs(voerings)lastverdeling waarin de juiste balans moet worden gevonden.⁵⁸ Te stringente daderschapscriteria resulteren in ongewenste vrijspraken. Te ruime daderschapscriteria dragen het risico in zich dat veelvuldig beroep zal moeten worden gedaan op afwezigheid van alle schuld om strafrechtelijke aansprakelijkheid binnen de perken te houden. In die evenwichtsoefening⁵⁹ zouden de criteria

voor daderschap – en dus voor feitelijk leidinggeven – in de regel een stevige indicatie voor verwijtbaarheid moeten opleveren en behoudens uitzonderlijke gevallen in aansprakelijkheid moeten resulteren.⁶⁰

De essentie – en daarmee de waarde – van het schuldbeginnel komt er in mijn optiek op neer dat er slechts sprake kan zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid indien de betrokkene (feitelijk) anders *kon* en (normatief) anders *moest* handelen.⁶¹ Die eerste eis vertoont nog enige objectieve trekken. De laatste is ronduit subjectief en daarmee onbestemd. Aldus, en dat vormt de kern van mijn betoog, staat of valt het respecteren van het schuldbeginnel en het voorkomen van een risicoaansprakelijkheid bij feitelijk leidinggeven niet met het wel of niet stellen van een opzeteis of de invulling die tot dusver aan dat vereiste wordt of lijkt te worden gegeven.

5. Wetenschap, zeggenschap én zorgplicht

Waar het op de hoogte zijn van strafbare feiten in de formule van Van Elst (wetenschap + zeggenschap = zorgplicht) het startpunt vormt voor aansprakelijkheid, zou ik de drie elementen uit deze formule meer in onderlinge samenhang willen beschouwen waarbij zij tot op zekere hoogte als communicerende vaten functioneren. De aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever berust mijns inziens op de driehoeksverhouding tussen wetenschap, zeggenschap én zorgplicht. Tezamen vormen zij het fundament onder feitelijk leidinggeven. Feitelijk leidinggeven is in de kern een vorm van hiërarchische aansprakelijkheid: de betrokkene wordt uit hoofde van zijn/haar gezagspositie aansprakelijk gesteld voor feiten die door anderen onder zijn/haar verantwoordelijkheid zijn begaan.⁶² Daaruit vloeit voort dat zeggenschap de grondslag vormt voor aansprakelijkheid. Deze grondslag geeft in samenhang met één van de twee overige voorwaarden (dus: wetenschap of zorgplicht) invulling aan de derde resterende component van de driehoek. Concreet houdt die wisselwerking in dat de zorgplicht van de leidinggevende wordt afgemeten aan diens interne bevoegdheden (zeggenschap) en de kennis (wetenschap) waarover hij/zij beschikt. Tegelijkertijd vloeit uit het innemen van een bepaalde positie binnen de organisatiehiërarchie ook een inspanningsverplichting voort om

51. De Hullu 2021, p. 482 en 486-487, Hornman 2016a, p. 62 en 71 en Hornman 2016b, p. 135.
52. D.R. Doorenbos, 'Feitelijk leiding geven', *Strafblad* 2015, p. 456-457 en 459-460.
53. J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 155-158.
54. A-G Rimmelink in diens conclusie voor HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, NJ 1987/321 m.nt. A.C. 't Hart (Slavenburg II) en Hazewinkel-Suringa/Rimmelink 1996, p. 157.
55. Van Luijk 2015, p. 241, 435 en 438.
56. De Hullu 2021, p. 205-208, Van Luijk 2015, p. 323-365, 387 en 397-404 en Sikkema 2010, p. 90-91. Zie bijv. EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351 m.nt. Alkema (Salabiaku t. Frankrijk) en EHRM 25 september 1992, NJ 1995/593, m.nt. Alkema (Pham Hoang t. Frankrijk).
57. Van Luijk 2015, p. 404.
58. M.J. Borgers en F.G.H. Kristen, 'Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoering in het strafproces', AA 1999, p. 872-876, H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', DD 2001, p. 1101-1102 en Sikkema 2010, p. 49-50.
59. Deze omschrijving wordt gehanteerd door 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. 168.
60. Wolswijk 2001, p. 1101-1102 en Sikkema 2010, p. 49-50 en 90.
61. Zo ook Sikkema 2010, p. 50-51 en 93.
62. Hornman 2016a, p. 77-78 en 85-87.

zich in bepaalde zaken te verdiepen en dus kennis te vergaren.⁶³ Hier geven zeggenschap en zorgplicht dus nader invulling aan het kennisvereiste, terwijl in de daaraan voorafgaande situatie wetenschap en zeggenschap invulling gaven aan de zorgplicht. Aldus wordt onder omstandigheden weliswaar een zekere zorgplicht voor leidinggevend in het leven roepen, maar wordt die zorgplicht tegelijkertijd ook weer verfiind en ingeperkt en verschilt deze naar gelang de positie de desbetreffende leidinggevende binnen de organisatie inneemt. Van een algehele of ongebreidelde zorgplicht, zoals zou kunnen worden gevreesd, is dus geen sprake. De zorgplicht is contextgeboden en ook nog eens toegesneden op de specifieke positie die de leidinggevende binnen de organisatie inneemt en wat gelet op de concrete situatie van hem/haar (in redelijkheid) kan worden verwacht.⁶⁴

Vooraf dat laatste is cruciaal, want de rechtvaardigheid van het toedelen van aansprakelijkheid langs hiërarchische lijnen binnen een organisatie staat of valt met de mogelijkheden die de desbetreffende leidinggevende heeft om die organisatie te sturen. In dat sturingsvermogen, dat in de kern is terug te voeren op zijn/haar zeggenschap, gaan de strafrechtelijke actieve dan wel passieve gedraging en de verwijtbaarheid schuil (het anders kunnen en moeten handelen). Uiteindelijk wordt dit sturingsvermogen bepaald door de mogelijkheden die de leidinggevende heeft op het vlak van het ontdekken en analyseren van strafbare feiten (*detecting*) en zijn/haar mogelijkheden om maatregelen te treffen om deze verboden gedragingen te voorkomen dan wel te beëindigen, oftewel om oplossingen te effectueren (*effecting*).⁶⁵ In grote organisaties zijn de mogelijkheden om structurele problemen op het vlak van informatievoorziening of onderlinge afstemming geheel zelf op te lossen als gevolg van arbeidsdeling doorgaans beperkt. Daarvoor is de medewerking van anderen nodig. Leidinggevend in de organisatie hiërarchie hebben de steun en middelen van hun superieuren nodig en het topmanagement heeft de lagere organisatieregionen juist weer nodig voor de nadere uitwerking van beslissingen die op strategisch niveau zijn genomen. Beiden lopen dus op geheel eigen wijze tegen hun beperkingen op het vlak van *detecting* en *effecting* aan, hetgeen vanzelfsprekend ook een uitwerking heeft op hun zorgplicht en de maatregelen waartoe zij in redelijkheid kunnen worden gehouden.

Dit probleem kan worden opgelost door de zorgplichten van de verschillende interne leidinggevend in op elkaar te laten inhaken. Voor zover lagere leidinggevend in de gerezen problemen niet zelf kunnen verhelpen, kunnen zij hun zorgplicht om die problemen passend aan te pakken vervullen door hun superieuren tijdig en volledig te informeren over de aard en omvang van de problematiek en het daarvoor benodigde ingrijpen. Hiertoe zijn zij

dan ook 'redelijkerwijs gehouden'. Door die kennis door te geven, wordt de zorgplicht van deze hoger geplaatste leidinggevende geactiveerd. Nu zal deze hogere leidinggevende het doorgeschoven deel van de problemen moeten aanpakken. Voor zover hij/zij dat zelf niet kan, zal ook hij/zij de zorgplicht van anderen in de organisatie moeten activeren door hen te informeren. Voor zover de leidinggevende de problemen zelf kan verhelpen, is hij/zij daar ook toe gehouden. Dit systeem van het vervullen van de eigen zorgplicht door – naast alles te doen wat binnen de eigen mogelijkheden ligt – de zorgplicht van een ander te activeren herhaalt zich keer op keer binnen de organisatie hiërarchie totdat het niveau waarop de problemen kunnen worden opgelost is bereikt of men uitkomt bij de absolute organisatietop die als eindverantwoordelijke fungeert voor structurele problemen die elders in de organisatie niet of niet afdoende kunnen worden opgelost. Door de zorgplicht op deze manier in te zetten kan het aansprakelijkheidsrecht worden gebruikt om gedegen interne informatiestromen te bevorderen en ervoor te zorgen dat cruciale informatie ook daar aankomt waar zij aan moet komen.⁶⁶ Mensen zijn van nature immers niet geneigd om onwelgevallig nieuws door te geven. Op deze manier kan het aansprakelijkheidsrecht ertoe bijdragen dat de interne informatievoorziening binnen omvangrijke en/of complexe organisaties verbetert.

In omgekeerde richting geldt vervolgens hetzelfde. Voor zover de ondernemingstop gehouden is om initiatieven te nemen om interne onvolkomenheden te adresseren, kan zij dat doen door anderen met de gepaste middelen, instructies en mankracht aan het werk te zetten. Het enige dat nodig is om dit systeem van op elkaar aansluitende zorgplichten sluitend te krijgen, is een verplichting voor het topmanagement om na het geven van instructies in ieder geval tot op zekere hoogte na te gaan of die instructies ook adequaat worden opgevolgd en tot het gewenste resultaat leiden, mocht daar aanleiding toe bestaan. Blijven die beoogde effecten immers uit, dan zijn aanvullende maatregelen nodig. Om te weten of effecten uitblijven is toezicht en controle nodig.

Door de zorgplicht van de verschillende potentiële feitelijk leidinggevers binnen een organisatie zo vorm te geven wordt recht gedaan aan de (on)mogelijkheden op het vlak van *detecting* en *effecting* die iedere intern identificeerbare leidinggevende positie met zich brengt en wordt er ook geen aansprakelijkheid gecreëerd voor zover de betrokkene in feitelijk opzicht niet anders kon en in normatief opzicht niet anders moest handelen. Aldus hoeft een meer genuanceerde benadering van feitelijk leidinggeven waarin de opzeteis iets soepeler wordt gehanteerd, niet automatisch naar een risicoaansprakelijkheid af te glijden. De bedoeling is juist om de zorgplicht in te kapselen in het voorwaardelijk opzet op een wijze die tegelijkertijd zowel recht doet aan de mogelijke

63. Hornman 2016a, p. 431.

64. Hornman 2016a, p. 449-488.

65. Hornman 2016a, p. 86-96 en 431-432.

66. Hornman 2016a, p. 451-457 en 478-480.

den en verantwoordelijkheden die voortvloeien uit het *detecting* en *effecting*vermogen van de leidinggevende als aan het dogmatische karakter van voorwaardelijk opzet. Hieronder zal ik betogen hoe dat kan, en ook al gebeurt. Juist door wetenschap, zeggenschap en zorgplicht steeds in onderlinge samenhang te benaderen, blijft het schuldbeginself gewaarborgd. Ook biedt dit ruimte voor maatwerk nu op bepaalde vlakken en onder bepaalde omstandigheden van de ene leidinggevende meer onderzoek mag worden verwacht dan van de andere. Die zorgplicht is immers verbonden aan de positie die de betrokkene binnen de interne organisatiehiërarchie inneemt en de verantwoordelijkheden die hij/zij heeft.

Voor genoemde zorgplicht kan eenvoudig worden ingekapseld in de voorwaardelijk opzetredenering, en daarmee ook meteen worden begrensd. Elders in het strafrecht wordt eenzelfde toepassing ook al gehanteerd. Bij WED-feiten en drugsdelicten wordt het niet of niet afdoende uitoefenen van toezicht of controle of het achterwege laten van voor de hand liggende maatregelen ter voorkoming van het feit, terwijl daar gelet op de concrete omstandigheden van het geval alle aanleiding en gelegenheid toe heeft bestaan, al meegewogen bij de *bewijsrechtelijke onderbouwing* van voorwaardelijk opzet (lees: de *materieelrechtelijke inhoud* van voorwaardelijke opzet verandert dus niet⁶⁷). Aan het onder dergelijke omstandigheden volstaan met apert ontoereikend onderzoek alvorens tot handelen over te gaan, wordt de bewijsrechtelijke gevolgtrekking verbonden dat de verdachte kennelijk bewust de hem/haar bekende risico's op de koop toe heeft genomen.⁶⁸ Voor feitelijk leidinggeven zou in gevallen waarin nader onderzoek duidelijk op zijn plaats zou zijn geweest voor eenzelfde bewijsredenering kunnen worden gekozen. Zo'n redenering ligt ook in het verlengde van de tweede door de Hoge Raad gegeven bewijsaanwijzing: het bewijs van voorwaardelijk opzet kan zich aandienen indien een leidinggever de werkzaamheden van zijn onderneming zo organiseert dat hij/zij 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.⁶⁹ In de rechtspraak worden dergelijke bewijsredeneringen ook al gehanteerd.⁷⁰ Ik meen dat daar vaker gebruik van zou kunnen worden gemaakt en dat de eerder aangehaalde overweging van het Amsterdamse hof dat "voor een veroordeling voor feitelijke leidinggeven niet voldoende [is] dat (...) redelijkerwijs van [de verdachte] verwacht had kunnen worden meer onderzoek te doen en beter toezicht te houden"⁷¹ te kort door de bocht is. Onder omstandigheden volstaat

dat namelijk wel. Dat is in mijn optiek – bij incidentele gebeurtenissen – het geval indien er gelet op de omstandigheden alle aanleiding bestond om dergelijk nader onderzoek in te stellen of om maatregelen te nemen en de leidinggevende dat vervolgens in het geheel niet of apert ontoereikend heeft gedaan.⁷² Voor meer structurele incidenten kan een vergelijkbare redenering worden gevolgd, al neemt het belang van het evident tekortschieten daar met het verstrijken van de tijd af. Bewijsrechtelijk kan het aanvaarden dan worden afgeleid uit het over een langere periode in weerwil van signalen dat de genomen maatregelen niet toereikend zijn, (herhaaldelijk) niet of onvoldoende nemen van aanvullende meer doortastende maatregelen of het niet of onvoldoende instellen van onderzoek naar de diepere oorzaken van het probleem en het uitblijven van resultaten van eerder getroffen maatregelen (*root cause analysis*).

Bij die beoordeling past evenwel terughoudendheid. Of een leidinggevende gehouden was om meer of betere maatregelen te treffen is een beoordeling die altijd achteraf met een *hindsight bias* plaatsvindt, terwijl die beoordeling *ex tunc* moet plaatsvinden op basis van wat de leidinggevende op dat moment wist en – objectief – redelijkerwijs kon en moest voorzien. Daarna volgt de beoordeling of hij/zij dat ook subjectief heeft voorzien en adequaat heeft ingeschat. Bovendien is het initiëren en doorvoeren van aanpassingen in organisatiestructuren en informatie- of -systemen een project van lange adem dat doorgaans niet in een keer het gewenste resultaat oplevert. Als blijkt dat de leidinggevende op dat vlak enige noemenswaardige actie heeft ondernomen die in ieder geval in potentie geschikt zou moeten zijn om het probleem te verhelpen, of in ieder geval te verkleinen, dan zal daarin doorgaans een belangrijke contra-indicatie voor aanvaarding van de verboden gedraging(en) zijn gelegen. Tegen die achtergrond is het ook opvallend dat het Haagse hof in de Hamersbeschikking vrij uitvoerig ingaat op de tekortkomingen in het anti-witwasbeleid van ING en hetgeen Hamers daarvan zou hebben geweten, maar dat het hof nauwelijks (of eigenlijk: in het geheel niet) inzichtelijk maakt wat Hamers met die kennis heeft gedaan.⁷³ Dit terwijl dat laatste mijns inziens de belangrijkste voorliggende vraag is. Dat er vanuit de raad van bestuur helemaal niks zou zijn ondernomen om het FEC-CDD beleid op orde te krijgen is niet aannemelijk. Daarmee raakt ook deze beschikking aan mijn belangrijkste bezwaar tegen de huidige jurisprudentiële lijn inzake feitelijk leidinggeven, te weten de te eenzijdige focus op de exacte

67. 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 2019, p. 519.

68. M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 166, 170, 231 en 243, De Jong en Sikkema 2019, p. 518-519, Hornman 2016a, p. 478 en Hornman 2016b, p. 137-138.

69. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk (Overzichtsarrest feitelijk leidinggeven),

rov. 3.5.3 en punt 7 van de noot van Wolswijk. Zie eveneens het slot van paragraaf 1.

70. Zie Hof Den Bosch 23 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BT2641 (Royal Dubai).

71. Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2429 (Palm Invest).

72. Vgl. De Jong en Sikkema 2019, p. 519.

73. Zie slot rov. 8.1.2 en 8.1.3 van Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347 (art. 12 Sv-procedure Hamers).

wetenschap van de leidinggevende waardoor andere vereisten, waaronder de leidinggevende gedraging zelf en het causaliteitsvereiste, onderbelicht blijven. Juist in deze casus zouden die vereisten mijns inziens centraal moeten staan. Daarin moet immers het bewust bevorderen van de verboden gedragingen zijn gelegen.

Al het voorgaande roept ook de vraag op waar dogmatische gezien nu exact de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld ligt. Communis opinio is dat de voorwaardelijk opzetdader bewust de aanmerkelijke kans – oftewel de "in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid"⁷⁴ – op het intreden van het gevolg aanvaardt, terwijl de culpoze dader dat risico wellicht heeft voorzien, maar er achteraf bezien te lichtvaardig van is uitgegaan dat dit gevolg niet zou intreden.⁷⁵ Die overeenstemming op hoofdlijnen laat echter onverlet dat het begrip 'aanvaarden' zich niet alleen in de rechtspraktijk maar ook op wetenschappelijk niveau lastig laat afbakenen. 'Aanvaarden' omvat meer dan 'willen' in de betekenis die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend. Echte onverschilligheid wordt niet vereist. Ook de dader die zijn/haar gedraging doorzet terwijl hij/zij weet dat hij/zij in alle redelijkheid niet langer oprecht op het uitblijven van de voorzienbare gevolgen kan vertrouwen, wordt geacht opzettelijk te hebben gehandeld. Zijn/haar vertrouwen of lichtvaardigheid moet ergens aan zijn ontleend en enige feitelijke basis hebben. Dat wordt mijns inziens in de feitenrechtspraak soms onvoldoende onderkend of blijkt in ieder geval niet altijd duidelijk uit de gegeven bewijsmotivering.

Bewuste schuld ligt enkel dan voor wanneer de dader wellicht te lichtvaardig, maar wel oprecht, rekenende op, uitgang van, vertrouwde op etc. een goede afloop. Hopen tegen beter weten in en zonder enige substantiële grond volstaat niet.⁷⁶ In de woorden van het Duitse Bundesgerichtshof: "Mit bedingtem Vorsatz handelt, wer den Erfolgseintritt als möglich – als nicht ganz fernliegend – erkennt und ihn billigend in Kauf nimmt. In Kauf nimmt der Täter auch einen an sich unerwünschten Erfolg, mit dessen möglichen Eintritt er sich aber abfindet; anders ist es, wenn der Täter ernsthaft – *nicht nur vage* – *darauf vertraut*, daß der Erfolg nicht eintritt."⁷⁷ Aldus vormt het vertrouwen op een goede afloop de daadwerkelijk grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. Uit het ondanks het ontbreken van dat oprechte vertrouwen toch doorzetten van de ge-

draging (lees in geval van passief feitelijk leidinggeven: het niet nemen van aanvullende maatregelen), blijkt de berusting⁷⁸ in de mogelijke verwezenlijking van de kans op het intreden van de door de verdachte voorziene (en wellicht ongewenst bevonden) gevolgen. Die aanscherping van de afbakening van voorwaardelijk opzet biedt in de bewijsmotivering ruimte om van de in het voorgaande genoemde bewijsredeneringen gebruik te maken en leidinggevers die zoals de gewezen Ahold commissaris stellen dat zij de essentie van essentiële stukken wellicht niet helemaal tot zich hebben laten doordringen of geen vragen hebben gesteld waar dit wellicht passend was geweest, kritisch aan de tand te voelen. Het verweer dat de leidinggevende simpelweg te lichtvaardig is geweest hoeft in dergelijke gevallen niet zonder meer te worden geloofd en gehonoreerd. Voor lichtvaardig vertrouwen moet wel enige grond zijn geweest. Als die grond er niet is dan kan en mag daaraan door de feitenrechter, mits goed gemotiveerd, de bewijsrechtelijke gevolgtrekking worden verbonden dat het geclaimde vertrouwen er ook niet was.

Concluderend zou ik daarom willen stellen dat ik, en enkelen anderen met mij,⁷⁹ dus niet pleiten voor een verruiming van de opzet eis,⁸⁰ of het loslaten daarvan,⁸¹ maar juist voor het loslaten van de huidige krampachtigheid rondom het persoonlijk aansprakelijk stellen van leidinggevers en de te beperkte invulling van het voorwaardelijk opzet van de feitelijk leidinggever. Al hetgeen in het voorgaande is betoogd, ligt geheel in lijn met jurisprudentie die op andere deelterreinen van het strafrecht al geldt en past binnen de bestaande dogmatiek op het vlak van voorwaardelijk opzet. Daarmee is er in wezen – en anders dan wel wordt gesteld – dus niets nieuws onder de zon. De terughoudende en rigide benadering ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever kan en dient daarom te worden losgelaten. Feitelijk leidinggeven is een deelnemingsvorm als alle andere deelnemingsvormen en de leidinggevende is ook een rechtssubject als alle andere natuurlijke personen die rechtssubject zijn. Voor het bieden van andere of extra rechtsbescherming bestaat geen aanleiding. Het voorwaardelijk opzet van de feitelijk leidinggever moet op gelijke wijze en met gebruikmaking van dezelfde bewijsredeneringen worden ingevuld als elders het geval is. Alle rechtsbescherming die nodig is kan binnen die kaders meer dan afdoende worden geboden.

74. HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, NJ 2019/103 m.nt. H.D. Wolswijk (Gevaarlijk dier).

75. De Hullu 2021, p. 228-229 en Lindenberg en Wolswijk 2021, p. 156.

76. Zie o.a. K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlijn: Otto Liebmann 1930, p. 176-179, A.J. Machielse, in: Noyon/Langemeijer/Rommelink *Strafrecht*, Sr, aant. 6.4 (online, bijgewerkt 23 november 2021), C. Roxin, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Beck 2020, p. 547-553 en CAG Wortel bij HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8241, NJ 2006/358.

77. Zie o.a. BGH 7 juli 1999, NStZ 1999, p. 507 (mijn curs.).

78. De woordkeuze van het Bundesgerichtshof 'sich damit abfinden' laat zich in deze zinscontext het beste vertalen als 'berusten in'. Die omschrijving lijkt, in ieder geval (taal)gevoelsmatig, een net iets minder krachtig positief bevestigend signaal te vergen waaruit de acceptatie door de verdachte blijkt dan het geval is bij de Nederlandse equivalent 'aanvaarden'. Het ontbreken van contra-indicaties die de andere richting op wijzen zal vermoedelijk sneller volstaan.

79. Ik verwijs hier in het bijzonder naar Bleeker 2021.

80. Kennelijk anders Kortmann 2017, p. 179 en Feenstra 2016.

81. Lindenberg en Wolswijk 2021, p. 356.

6. Conclusie

Rechtspersonen kunnen niet acteren zonder de tussenkomst van natuurlijke personen, maar het is een misvatting dat er binnen iedere strafbare rechtspersoon altijd een of meerdere feitelijk leidinggevers moeten zijn aan te wijzen. Collectieve schuld zoals die zich *kan* aandienen bij rechtspersonen laat zich doorgaans lastig individualiseren en resulteert met enige regelmaat in de gevoelsmatig moeizaam te aanvaarden *paradox van gedeelde aansprakelijkheid*. Deze paradox behelst het gegeven dat met het talrijker worden van het aantal vermeende verantwoordelijken niet alleen ieders individuele verantwoordelijkheid in meer dan evenredige zin terugloopt, maar ook de kans om een van hen nog met succes op die verantwoordelijkheid te kunnen aanspreken.⁸² Dat creëert een ongemakkelijke spagaat, want als iedereen verantwoordelijk is, wie kan er dan nog ter verantwoording worden geroepen?⁸³ De veronderstelling dat er altijd iemand verantwoordelijk moet zijn, of in ieder geval verantwoording moet afleggen, is echter hardnekkig, zeker in de maatschappelijke beeldvorming over dit gevoelige onderwerp. Begrijpelijkerwijs wordt dan als eerste naar de top van de organisatiehiërarchie gekeken, daar waar de (vermeende) eindverantwoordelijke(n) schuilen. Dat laatste is niet altijd terecht, want voor zover er feitelijk leidinggevers zijn, kunnen die ook lager en/of verspreid in de organisatie zitten en ieder een eigen deelverantwoordelijkheid voor het geheel dragen. De vraag *wie is verantwoordelijk*, moet daarom eigenlijk worden verfijnd naar *wie is waarvoor verantwoordelijk*?

Dit alles neemt niet weg dat leidinggevers van grote ondernemingen een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben en daar ook strafrechtelijk op moeten kunnen worden aangesproken. In het voorgaande heb ik betoogd dat die ruimte uit angst voor een risicoaansprakelijkheid voor leidinggevers tot op heden niet volledig wordt benut. Een meer ruimhartige benadering van het voorwaardelijk opzetvereiste bij feitelijk leidinggeven zou daartoe kunnen bijdragen en is bovendien verenigbaar is met het schuldbeginsel én met staande jurisprudentie en dogmatiek over het aannemen van voorwaardelijk opzet. Daardoor valt die uitleg ook te rijmen met het deelnemingskarakter van feitelijk leidinggeven. Daar komt bij dat de angst voor het afglijden naar een risicoaansprakelijkheid overtrokken is, mits recht wordt gedaan de mogelijkheden en onmogelijkheden die de leidinggevende had aangaande het signaleren en adresseren van de oorzaken die tot de verboden gedragingen van de rechtspersoon hebben geleid. Daarmee biedt deze benadering mijns inziens ruimte om complexe gevallen waarin de vraag voorligt of er feitelijk leiding is gegeven, zoals de casus Hamers, genuanceerd(er) te be-

oordelen. Binnen grote, complexe organisaties moet de vraag wie is verantwoordelijk zoals gezegd worden verfijnd naar wie is waarvoor verantwoordelijk. Daarvoor zal moeten worden geïdentificeerd wat nu exact de verboden gedragingen van de rechtspersoon zijn geweest, waar deze zich hebben voorgedaan en waardoor deze zich hebben kunnen voordoen. Als dat is uitgekristalliseerd (lees: kan worden achterhaald), dan kan voor ieder van die probleemgebieden worden gekeken of er ook een of meerdere verantwoordelijken kunnen worden aangewezen die deze problemen hadden moeten adresseren. Vervolgens rijst dan de vraag wat die betrokkenen wisten, wat zij (gelet op mijn voorgaande betoog) wellicht hadden moeten uitzoeken en wat zij met die kennis hebben gedaan. Daarna komt de vraag of dat voldoende is om feitelijk leidinggeven aan een (een deel van) de verboden gedragingen aan te nemen. Het hebben van kennis, macht en – het tekortschieten in – een zorgplicht, betekent immers nog niet dat de uiteindelijke verboden gedragingen daarmee ook automatisch zijn aanvaard of bevorderd. Dat laatste is een causaliteitsvraagstuk dat nu vaak onderbelicht blijft, terwijl die vraag bij grote organisaties en complexe problemen met meerdere op elkaar inwerkende factoren op verschillende niveaus en invloed van verschillende actoren niet altijd eenvoudig te beantwoorden is. Daarmee is aansprakelijkheid, ook in de door mij voorgestane benadering van voorwaardelijk opzet, dus nog geen gegeven. Hetzelfde geldt voor het aanvaardingsvraagstuk zelf. Dat het verweer dat de leidinggevende de situatie heeft onderschat of het vermogen van zijn/haar organisatie om die problemen adequaat aan te pakken heeft overschat kritischer wordt bekeken, betekent niet automatisch dat het verweer geen kans van slagen meer heeft. Ook in de aangehaalde bewijsconstructies van voorwaardelijk opzet waarin mede gebruik wordt gemaakt van een zorgplichtredenering, ligt de lat voor aansprakelijkheid nog steeds hoog. Het moet gaan om een overduidelijke schending van de zorgplicht in situaties waarin evident meer van de leidinggevende mocht worden verwacht dan hij/zij heeft gedaan.

Concluderend is er geen grond om het voorwaardelijk opzet bij feitelijk leidinggeven anders te benaderen dan bij WED-feiten en drugsdelicten. De bewijsredeneringen die daar worden gehanteerd kunnen ook worden gebruikt om nader invulling en afbakening te geven aan de verantwoordelijkheid van de feitelijk leidinggever. Het schuldbeginsel hoeft daarbij niet in het gedrang te komen en de vrees voor het afglijden naar een risicoaansprakelijkheid is ongegrond. Aldus kan een meer zorgplichtgerichte benadering van voorwaardelijk opzet het stille water rondom het feitelijk leidinggeven wellicht wat meer in beweging brengen en in de juiste richting doen stromen.

82. M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie. Beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burger-*

schap en ambtelijke ongehoorzaamheid (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 56-57.

83. Bovens 1990, p. 124.

Toetsing bestuurders en commissarissen

mr. E.H.A. Bootsma¹

Personen die het beleid van een financiële onderneming bepalen of toezicht houden op dit beleid moeten betrouwbaar en geschikt zijn voor de uitoefening van hun functie. Voordat deze personen mogen aantreden worden zij door De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM) getoetst.² Voor benoemingen bij significante banken geldt dat de Europese Centrale Bank (ECB) het finale besluit neemt over de geschiktheid en betrouwbaarheid.³

Personentoetsingen zijn een belangrijk instrument in het toezicht op een solide en integere financiële sector. Bestuurders en commissarissen bepalen immers de *tone at the top* en zijn daarmee essentieel voor de strategie en bedrijfscultuur. In dit artikel wordt de praktijk van toetsingen uiteengezet alsmede hoe bestuurders en commissarissen in de financiële sector verantwoordelijk worden gehouden voor het handelen of nalaten van de financiële onderneming.

1. Achtergrond

In de eerste cross-sectorale Wet op het financieel toezicht (Wft) werd in 2007 een betrouwbaarheids- en deskundigheidstoets vastgelegd, maar het toetsen van beleidsbepalers in de financiële sector bestaat al langer.⁴ Na de wereldwijde financiële crisis van 2008/2009 werd in 2010 voorgesteld om de deskundigheidseis te vervangen door een geschiktheidseis. Met de versterking van de geschiktheids-toetsing is beoogd om een goede governance van financiële ondernemingen beter te waarborgen.⁵ Bestuurders, commissarissen en andere beleidsbepalers in de financiële sector moeten zich bewust zijn van hun taak en maatschappelijke verantwoordelijkheid en dit ook laten zien in hun dagelijks functioneren. DNB en de AFM hebben in de Beleidsregel geschiktheid 2012 vastgelegd wat onder geschiktheid wordt verstaan en welke aspecten daarbij in aanmerking worden genomen.⁶

2. Geschiktheid

Geschiktheid bestaat niet alleen uit kennis en ervaring, maar omvat ook vaardigheden en professioneel gedrag. De geschiktheid van een beleidsbepaler blijkt in ieder geval uit de opleiding, werkervaring en competenties van de beleidsbepaler en de doorlopende toepassing hiervan. Aspirant beleidsbepalers moeten geschiktheid aantonen met betrekking tot vijf onderwerpen.⁷

Geschiktheid is geen eendimensionaal gegeven maar een afgeleide van het specifieke functieprofiel van betrokkene en daarnaast afhankelijk van het soort, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming. Verder weegt de samenstelling en het functioneren van het collectief van het bestuur of het toezichthoudend orgaan mee in de toetsing van de geschiktheid. Het begrip 'collectief' in het kader van de Beleidsregel geschiktheid is breder dan het begrip 'collegiaal bestuur', waarmee wordt bedoeld dat bestuurders met elkaar de eindverantwoordelijkheid dragen voor de onderneming. Voor het bepalen van de groep te toetsen personen wordt niet slechts naar juridische structuren geke-

1. Elisabeth Bootsma is toezichthouder-specialist Expertisecentrum toetsingen bij De Nederlandsche Bank. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven en de meningen in dit artikel zijn niet noodzakelijkerwijs de meningen van DNB.
2. Naast bestuurders (dagelijks beleidsbepalers) en commissarissen (leden van het toezichthoudend orgaan) zijn er meer personen die in het kader van hun functie getoetst moeten worden. Op Open Boek Toezicht van DNB staat een overzicht: Bestuurderstoetsing (dnb.nl). Voor de leesbaarheid wordt in dit artikel in het algemeen gesproken over bestuurders en commissarissen en andere beleidsbepalers.
3. Zie voor een actueel overzicht van significante banken List of supervised entities Cut-off date 1 January 2024 (europa.eu).
4. Zie voor een uitgebreid overzicht van de geschiedenis en aanleiding Hoofdstuk 1 van het Proefschrift van Iris Palm "Personentoetsingen in de Financiële sector", Wolters Kluwer 2021.

5. In onderzoeken werd onder meer gewezen op gebrekkige geschiktheid van bestuurders en commissarissen als één van de oorzaken van de problemen. In Nederlands waren dat m.n. de Tijdelijke Commissie Parlementair Onderzoek Financieel Stelsel en de Commissie DSB Bank (de Commissie De Wit respectievelijk de Commissie Scheltema). De rapporten van deze commissies waren de directe aanleiding de geschiktheidstoets te versterken en om ook commissarissen onder de doelgroep van de toets te brengen. Ook de Adviescommissie Toekomst Banken (Commissie Maas) pleitte in haar rapport voor een evenwichtig samengestelde raad van commissarissen, die uit een voldoende aantal voldoende gekwalificeerde leden zou moeten bestaan om alle commissies die bij een bank uit de raad van commissarissen worden gevormd, te kunnen vullen (bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 31 371, nr. 163).
6. Publicatieversie-Beleidsregel-geschiktheid.pdf
7. Zoals opgesomd in onderdeel 1.2 van de Beleidsregel geschiktheid 2012.

ken, maar ook naar degenen die feitelijke invloed hebben op de beleidsvorming.⁸ Iedere individuele beleidsbepaler moet geschikt zijn om gezamenlijk de verantwoordelijkheid te kunnen dragen voor de financiële onderneming. Dit betekent niet dat zij allemaal dezelfde mate van geschiktheid moeten hebben, maar zij kunnen elkaar daarin aanvullen. In een collectief kan op specifieke kennis en vaardigheden worden gevarieerd. Een CFO moet bijvoorbeeld meer specifieke (financiële) kennis en vaardigheden in huis hebben, maar een CEO moet voldoende geschikt zijn op dat terrein om een CFO kritisch te kunnen volgen.

Primair is de financiële onderneming verantwoordelijk om geschikte beleidsbepalers voor te dragen; DNB of de AFM toetst of deze verantwoordelijkheid juist is ingevuld en of de desbetreffende (aspirant) beleidsbepaler voldoende geschikt is.

3. **Betrouwbaarheid**

Toezicht is (mede) gericht op het bewaken van de integriteit van financiële ondernemingen. De toezichthouder stelt in dat kader vast of de betrouwbaarheid van een kandidaat beleidsbepaler buiten twijfel staat; 'onbetrouwbaarheid' hoeft aldus niet te worden aangetoond. Het gaat bij betrouwbaarheid om de beoordeling of er geen sprake is van voornemens, handelingen en antecedenten die het vervullen van de functie in de weg staan.⁹ Een antecedent leidt niet per definitie tot een negatief betrouwbaarheidsoordeel.¹⁰ Een beoordeling van betrouwbaarheid is in beginsel eenmalig.

De Rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 16 september 2022 bepaald dat DNB daarbij beoordelingsruimte toekomt en haar oordeel moet baseren op het beschikbare feitenmateriaal. Omdat een negatieve uitkomst gevolgen heeft voor (toekomstige) functies in de financiële sector, worden hoge eisen gesteld aan de vaststelling en weging van de antecedenten. DNB ging in deze zaak bij de weging uit van toezichtmaatregelen die de AFM had opgelegd. De rechtbank oordeelde echter dat vanwege de vereiste waarborgen DNB een zelfstandige beoordeling en weging had moeten verrichten. DNB mag in beginsel wel uitgaan van de expertise van de AFM, maar moet als daar aanleiding toe is, wel beoordelen of de toezichtantecedenten op 'kennelijke misslagen' berusten. De rechtbank hechte bij de weging veel waarde aan het aantonen of bepaalde bestuurlijke

keuzes al dan niet bewust waren gemaakt. Ook het tijdsverloop sinds de gedragingen achtte de rechtbank van groot belang: hoe verder in het verleden hoe minder evenredig het is om in de oordeelsvorming een gedraging te blijven tegenwerpen.¹¹

Als een antecedent niet leidt tot twijfel aan de betrouwbaarheid van de beleidsbepaler, dan kan een antecedent er alsnog toe leiden dat de beleidsbepaler ongeschikt wordt geacht. Dat deze afweging niet eenvoudig is, volgt uit een uitspraak in 2015 inzake het beroep tegen de aanwijzing van DNB tot heenzending van de CFO van delta Lloyd naar aanleiding van diens betrokkenheid bij de transacties rondom de invoering van de Ultimate Forward Rate (UFR) waardoor DNB hem niet langer geschikt achtte. Volgens de rechtbank raakte zijn handelen minstens zozeer zijn betrouwbaarheid als aan zijn geschiktheid.¹²

4. **Reputatie**

Dit is de derde type toetsing die DNB uitvoert. Per 1 juli 2019 is in de Wft opgenomen dat bij het verwerven of vergroten van een gekwalificeerde deelneming, van de bestuurders van de rechtspersoon die een verklaring van geen bezwaar aanvraagt, de reputatie wordt getoetst. Verder is op 15 oktober 2020 de Herstelwet financiële markten 2020 in werking getreden. In deze wet is onder meer bepaald dat de 'ultimate beneficial owner' (UBO of uiteindelijk belanghebbende) van aanbieders van cryptodiensten, wisselinstellingen en trustkantoren gelet op hun reputatie, geschikt zijn en dat hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat. De beoordeling van de reputatie is een andere toets dan de geschiktheidstoets als bedoeld in de Beleidsregel geschiktheid en ziet op een andere doelgroep.¹³ In het kader van de reputatietoets geldt dat de bestuurder bekwaam moet zijn op het gebied van de beoogde activiteiten. De mate van invloed is bepalend: hoe groter de invloed, hoe strenger de eisen van bekwaamheid. Er wordt gekeken naar eerdere ervaringen, het investeringsverleden van de kandidaat en het CV.¹⁴

5. **Toetsingsproces**

Als een financiële onderneming een bestuurder of commissaris of andere beleidsbepaler wil benoemen, dan moet vooraf een toetsingsaanvraag ingediend worden bij DNB of de AFM; afhankelijk van

8. Zo wordt onder 'dagelijks beleidsbepalers' in de Wft niet uitsluitend de statutaire bestuurders verstaan, maar ook titulaire bestuurders.
9. Artikel 6 en Bijlage A van het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) respectievelijk artikel 13 en Bijlage C van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo).
10. Tenzij er sprake is van een situatie genoemd in art. 8 Bpr respectievelijk art. 15 BGfo.
11. Rechtsoverweging 42, ECLI:NL:RBROT:2022:11948 en Cbb 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1045.

12. Rechtbank Rotterdam, 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5634.
13. Zie ook Beleidsregel geschiktheid onder 1.1. Definities en begrippen.
14. Aanvragers van een verklaring van geen bezwaar als bedoeld in artikel 3:95, eerste lid, Wft worden conform artikel 3:100, eerste lid, onderdeel b Wft beoordeeld op hun reputatie, met inachtneming van de Gemeenschappelijke richtsnoeren inzake de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector, vastgesteld door het Gemengd Comité van de Europese toezichthoudende autoriteiten bestaande uit EBA, EIOPA en ESMA.

het type onderneming vindt de toetsing door DNB of de AFM plaats.¹⁵

Het bij de aanvraag ingediende dossier met relevante informatie over de geschiktheid, zoals het functieprofiel, het CV, de geschiktheidsmatrix en de overige vereiste informatie neemt een belangrijke plaats in bij de toetsing. Daarom is het belangrijk een volledig, actueel en correct dossier aan te leveren. Duidelijke overwegingen bij benoemingsvoordracht dragen bij aan de overtuigingskracht van de toetsingsaanvraag. Vaak zal een beleidsbepaler niet volledig aan het functieprofiel voldoen en dan is het van belang om dat concreet toe te lichten en te adresseren in de voorbereiding op de functie, bijvoorbeeld met een aanvullend opleidingsplan, begeleiding na benoeming (mentor/coach) of compensatie in het collectief. Ook interne afwegingen ten aanzien van mogelijke (schijn van) potentiële belangenconflicten zijn belangrijk om toe te voegen aan het dossier en voor wat betreft commissarissen afwegingen ten aanzien van het onafhankelijk kunnen functioneren.¹⁶ Op basis van een goed opgebouwd toetsingsdossier kan de toezichthouder zich een oordeel vormen over de geschiktheid van de kandidaat.

6. Toetsingsgesprek

Ter aanvulling van het beeld op basis van het ingediende dossier, kan een toetsingsgesprek worden ingepland. Er vindt in de meeste gevallen geen gesprek plaats omdat het dossier voldoende informatie biedt om tot een oordeel te komen. Voor een aantal toetsingen is meer inzicht in de geschiktheid van de kandidaat vereist en wordt gebruik gemaakt van een of meer interviews. Een toetsingsgesprek vindt vaak plaats bij een benoeming van een nieuwe CEO en voorzitter van de raad van commissarissen. Een toetsingsgesprek is voor deze functies een verplicht onderdeel voor benoemingen bij significante banken.¹⁷

Het toetsingsgesprek heeft een open karakter met als doel meer informatie te krijgen om vast te kunnen stellen of de kandidaat voldoende kennis en vaardigheden heeft om de beoogde functie te vervullen. De praktijk leert dat als iemand goed is voorbereid op de functie, deze ook voorbereid zal zijn op het toetsingsgesprek. Op de website van DNB staan voorbeelden van vragen die gesteld kunnen worden.¹⁸ De inhoud van het gesprek varieert en hangt af van functie en omstandigheden: vakinhoudelijke kennis, bestuurlijke competenties en vaardigheden zoals leiderschap, lerend vermogen en posi-

tie binnen het collectief en – indien van toepassing – toelichting op betrokkenheid bij toezichtmaatregelen of andere antecedenten. In een toetsingsgesprek kunnen bijvoorbeeld naast vaktechnische vragen die specifiek zijn voor de functie ook vragen worden gesteld die zien op de benodigde competenties voor effectieve invulling van de functie. De toezichthouders maken in het gesprek gebruik van de 'STAR-methodiek' (situatie, taak, acties en resultaat) zodat aan de hand van reflectie van de kandidaat op concrete voorbeelden vaardigheden en professioneel gedrag kunnen worden getoetst: Bij de uitnodiging voor het toetsingsgesprek wordt informatie gegeven over de focus van het gesprek.

7. Uitkomst toetsing

Op basis van de ingediende toetsingsaanvraag en een eventueel toetsingsgesprek wordt een besluit genomen over de geschiktheid en/of betrouwbaarheid of reputatie van de beleidsbepaler voor de beoogde functie. De kandidaat en de onderneming worden na een toetsingsgesprek telefonisch geïnformeerd over het positieve besluit en ontvangen een schriftelijke bevestiging. Indien er geen toetsingsgesprek heeft plaatsgevonden, worden de kandidaat en onderneming alleen schriftelijk geïnformeerd. Na een positief besluit, kan de kandidaat benoemd worden in de beoogde functie en beleidsbepalende activiteiten verrichten. Als de toezichthouder het voornemen heeft om een negatief besluit te nemen, wordt de kandidaat van dit voornemen schriftelijk op de hoogte gesteld en wordt een telefonische afspraak gemaakt om een nadere toelichting te geven. Direct nadat de kandidaat is geïnformeerd, wordt ook de financiële onderneming op dezelfde wijze geïnformeerd.

Voor significante banken moet rekening gehouden worden met de procedures van de ECB.¹⁹ DNB legt een ontwerpbesluit voor aan de ECB en houdt daarbij rekening met het advies van de AFM.²⁰ De ECB neemt het uiteindelijke besluit. De ECB kan in uitzonderlijke gevallen afwijken van het ontwerpbesluit van de nationale autoriteit.²¹

8. Effecten

Sinds 1 januari 2013, toen geschiktheid en de versterking daarvan en de samenwerking tussen de toe-

15. Op Open Boek Toezicht staat een overzicht per type onderneming wie de verantwoordelijke toezichthouder is Bestuurderstoetsing (dnb.nl).

16. Zowel onafhankelijkheid van geest voor alle leden als een voldoende aantal formeel onafhankelijke leden, zie ook Resultaten consultatie Q&A Onafhankelijkheid Raad van Commissarissen (dnb.nl)

17. "Interviews are mandatory for new appointments to the positions of CEO and Chair of the management body at stand-alone banks and top banks of groups", Paragraph 6.2 Guide to fit and proper assessments (europa.eu).

18. Aanvangstoetsing - voorbeeldvragen toetsingsgesprek (dnb.nl).

19. In uitzonderlijke gevallen kan de ECB ook bij niet significante banken ('LSI's) de toetsing naar zich toetrekken.

20. In artikel 1:47C en artikel 149 Wft is de samenwerking van DNB met de AFM vastgelegd voor geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsingen. Het advies van de AFM vormt een integraal onderdeel van het oordeel dat DNB aan de ECB ter besluitvorming voorlegt. De ECB is daar echter niet aan gebonden.

21. Meer informatie op de website van de ECB Fit and proper assessments (europa.eu).

zichhouders in het kader van toetsingen in werking trad, is de professionaliteit van het bestuur en intern toezicht over het algemeen toegenomen. De toezichthouders kregen de noodzakelijke handvatten en hebben daar gezamenlijk invulling aan gegeven, bijvoorbeeld door al in 2012, dus voordat de wet in werking trad, op verzoek van de minister van Financiën, de geschiktheid van commissarissen van de vier grote banken en verzekeraars te toetsen.²² De toezichthouders zien dat financiële ondernemingen beter in staat zijn om geschikte beleidsbepalers te vinden en aan te trekken. Voordrachten van kandidaten die klaarblijkelijk niet over de benodigde ervaring en gebleken bestuurlijke competenties beschikken om de beoogde functie effectief te kunnen uitoefenen, komen minder vaak voor. Dit blijkt ook uit de procentuele daling van het aantal negatieve uitkomsten voor wat betreft de geschiktheid: in 2023 was dat circa 3%, in 2014 was dat bijvoorbeeld nog 10%.

9. Redelijke aanleiding

Geschiktheid, betrouwbaarheid en reputatie zijn doorlopende verplichtingen. Een beoordeling van betrouwbaarheid is in beginsel eenmalig. Dit betekent dat geen nieuwe beoordeling van betrouwbaarheid plaatsvindt bij een nieuwe benoeming, tenzij er sprake is van feiten die relevant zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid. Een beoordeling van geschiktheid is gekoppeld aan een functie. Dit betekent dat voor elke benoeming een beoordeling van geschiktheid plaatsvindt.

Wanneer er feiten of omstandigheden bekend worden waardoor twijfel ontstaat over de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van een beleidsbepaler in de huidige functie, dan kan overwogen worden om een hertoetsing uit te voeren. Twijfels kunnen zowel ontstaan door handelen of nalaten van de beleidsbepaler in kwestie, als door relevante ontwikkelingen ten aanzien van de onderneming. Er is een 'redelijke aanleiding' vereist om tot hertoetsing over te gaan. Deze term wordt niet door de wetgever gedefinieerd of anderszins ingevuld. Er bestaat dus geen (limitatieve) opsomming van redelijke aanleidingen voor een hertoetsing.

Bij het onderzoeken van een 'redelijke aanleiding' worden diverse factoren beoordeeld, zoals de ernst van de feiten en omstandigheden, de betrokkenheid, de mate van verwijtbaarheid, de toerekenbaarheid en de maatschappelijke impact en de duur/ herhaling. In het onderzoek naar de redelijke aanleiding is nadrukkelijk oog voor schikkingen met, boetes aan of veroordeling van een financiële onderneming.²³

In de herziene EBA/ESMA-richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie²⁴ van banken en beleggingsondernemingen is het vermoeden dat witwassen of financiering van terrorisme heeft plaatsgevonden of plaatsvindt opgenomen als redelijke aanleiding voor hertoetsing.²⁵

Een redelijke aanleiding voor hertoetsing van een of meerdere beleidsbepalers is onderdeel van het doorlopend toezicht. Indien de aanleiding voor de hertoetsing bijvoorbeeld zorgen over de bedrijfscultuur is, kunnen meerdere beleidsbepalers daar verantwoordelijk voor zijn. Als de aanleiding specifieke activiteiten betreft (bijvoorbeeld een toezichtmaatregel betreffende een bepaald product, dienst of markt) kan de bestuurder tot wiens portefeuille deze activiteiten behoren daar verantwoordelijk voor worden gehouden en zal de hertoetsing zich waarschijnlijk op deze specifieke beleidsbepaler richten.

10. Hertoetsingsproces

Als een hertoetsing wordt gestart dan wordt de beleidsbepaler daarover altijd schriftelijk geïnformeerd. Ook de onderneming waarbij de beleidsbepaler een rol heeft, wordt over de hertoetsing geïnformeerd, tenzij er goede redenen zijn om dat (nog) niet te doen. Dat is bijvoorbeeld het geval als er sprake is van een persoonlijk antecedent, waarbij nog beroep mogelijk is bij een hogere rechter. Hertoetsing bestaat uit het doen van bronnenonderzoek, deskresearch en het voeren van een of meerdere gesprekken met de beleidsbepaler.

Bij hertoetsing ligt het zwaartepunt van de beoordeling in het handelen en feitelijk functioneren van een beleidsbepaler in de praktijk. Op welke wijze zijn kennis en vaardigheden ingezet en hoe getuigt bijvoorbeeld de besluitvorming en inrichting van de bedrijfsvoering van professioneel gedrag? De toezichthouder maakt bij hertoetsing gebruik van feitenmateriaal dat is verzameld over een bepaalde periode (patroon van handelen) waardoor de beoordeling geen momentopname is. Het kan voorkomen dat de beleidsbepaler betrokken is of raakt bij een strafrechtelijk onderzoek. Bij een dergelijke samenloop, is de beleidsbepaler niet verplicht te verklaren over het lopend strafrechtelijk onderzoek of om vragen hierover te beantwoorden. Als er sprake is van een boetevoornemen van de toezichthouder voor betrokkene als feitelijk leidinggevende, dan acht de rechter dit geen zelfstandig antecedent als het boetevoornemen dezelfde gedragingen betreft.²⁶

22. Zie de brief van de AFM en DNB aan de minister van Financiën d.d. 27 februari 2013 (kenmerk 2013/151311) document (eerstekamer.nl).

23. Zie ook de brief van de AFM en DNB inzake motie standaard hertoetsing beleidsbepalers (motie Ronnes c.s.) Brief AFM DNB inzake motie Ronnes cs.DOCX (eerstekamer.nl).

24. Medewerkers met een sleutelfunctie betreffen de hoofden van interne controlefuncties en de CFO, als die geen lid van het leidinggevend orgaan zijn, en andere medewerkers, wanneer die door relevante instellingen volgens een op risico gebaseerde aanpak zijn geïdentificeerd.

25. Onderdeel 15. en onderdeel 74. (a.) (i.) juncto onderdeel 153 e.v. EBA BS 2017 XXX (Final GL on the assessment of suitability of MB members and KFH).docx (europa.eu).

26. Rechtsoverweging 35, ECLI:NL:RBROT:2022:11948.

Voor significante banken geldt dat de ECB de bevoegde toezichthouder is bij het vaststellen of er aanleiding is voor hertoetsing van leden van het leidinggevend orgaan en/of sleutelfunctiehouders.²⁷

11. **Uitkomst hertoetsing**

Op grond van de bevindingen wordt door de toezichthouder bepaald of een maatregel en, zo ja, welke maatregel geboden is. Wanneer de hertoetsing niet leidt tot een negatief oordeel, kan de beleidsbepaler in functie blijven. Bij een negatief oordeel over de betrouwbaarheid of geschiktheid van een beleidsbepaler zal doorgaans een voorgenomen besluit tot heenzending volgen. Die heenzending betreft de functie waarvoor de geschiktheid opnieuw werd getoetst.

In sommige gevallen kan de toezichthouder ook een termijn stellen voor herstel van de geconstateerde gebreken en eisen dat gedurende de hersteltermijn de geschiktheid wordt gecompenseerd, bijvoorbeeld door het volgen van een opleiding of het aantrekken van een extra (interim) beleidsbepaler als tijdens de hertoetsing vastgesteld is dat er een gebrek is aan de voor de functie benodigde actuele kennis. Ook kan de toezichthouder verlangen dat een onderneming zelf een plan van aanpak opstelt waarin is neergelegd wanneer en welke concrete maatregelen worden genomen om herhaling in de toekomst te voorkomen.

12. **Tot slot**

DNB voert circa 2.000 toetsingen per jaar uit²⁸, waarbij in 10 tot 15% een of meerdere toetsingsgesprekken plaatsvinden. De laatste jaren leidt 3 tot 5% van de toetsingen tot een negatieve uitkomst.²⁹ Een belangrijk effect van toetsingen is evenwel preventief; financiële ondernemingen zijn immers primair verantwoordelijk om geschikte en betrouwbare beleidsbepalers voor te dragen. De wetgever wil dat bestuurders, toezichthouders en andere beleidsbepalers in de financiële sector bewust zijn van hun taak en maatschappelijke verantwoordelijkheid en dit ook laten zien in hun dagelijks functioneren. Met dit toezichtinstrument blijven ook nieuwe belangrijke ontwikkelingen gewaarborgd in de governance zoals de pensioentransitie, kennis en ervaring van klimaat- en milieu gerelateerde risico's, IT en cyber risico's en digitale weerbaarheid.

De ECB loopt hierin voorop. De komende twee jaar heeft onder meer het toezicht op de aanpak van ICT en veiligheidsrisico's die voortvloeien uit de digitalisering van diensten prioriteit.³⁰ Bestuurders en commissarissen moeten daarom beschikken over relevante, actuele kennis van ICT- en beveiligingsrisico's.³¹ Vanaf maart 2024 zal de geschiktheid van bestuurders en commissarissen van banken mede op deze gebieden worden beoordeeld, in lijn met het nieuwe beleid dat op 21 februari 2024 is gepubliceerd.³² Mede in het zicht van de inwerkingtreding van de Digital Operational Resilience Act (DORA)³³, die concrete eisen stelt aan de kennis en vaardigheden op het vlak van ICT-risico's in het leidinggevend orgaan, zal dit ook bij nationale toetsingen een rol gaan spelen.

De ECB loopt wereldwijd ook voorop als het gaat om toezicht op klimaatrisico's en wijst banken erop dat ze voor eind 2024 een gedegen risicoanalyse over hun klimaat- en milieurisico's inleveren. Ook hiervoor zal nader beleid worden ontwikkeld voor wat betreft de eisen aan de (collectieve) geschiktheid van het leidinggevend orgaan van de bank. Het belang hiervan is actueel; recent heeft Milieudefensie ING Bank per brief aansprakelijk gesteld voor (vermeende) bijdrage aan klimaatverandering en waarin ze aangeven juridische stappen te overwegen.³⁴

Mede gezien nieuwe ontwikkelingen is diversiteit in de collectieven van een niet te onderschatten belang. Verschillen in kennis, ervaring, leeftijd, geslacht en professionele en geografische achtergrond zorgen voor een brede blik en verschillende perspectieven. Diversiteit levert zodoende een positieve bijdrage aan een evenwichtige en consistente besluitvorming en de governance van de onderneming als geheel. Toezichthouders houden in het toetsingsproces daarom ook nadrukkelijk rekening met het belang van diversiteit. Om diversiteit te bevorderen, hebben de toezichthouders in 2016 aangegeven dat ook personen die geen uitgesproken achtergrond in de financiële sector hebben, maar die specifieke en nog ontbrekende expertise meebrengen, geschikt kunnen zijn mits de beleidsbepaler over voldoende basiskennis beschikt en in het collectief als geheel voldoende (specifieke) vakinhoudelijke kennis aanwezig is.³⁵

Alleen voor Nederlandse beursgenoteerde bedrijven gelden harde streefcijfers: bij nieuwe benoemingen

27. Informatie over hertoetsingen en de benadering daarvan door de ECB is te vinden in paragraaf 5.2 en 5.3 van de Guide to fit and proper assessments (europa.eu).
28. Dit totaal bestaat uit de drie soorten toetsingen die DNB uitvoert: toetsingen waarbij DNB op geschiktheid én betrouwbaarheid toetst, toetsingen waarbij DNB alleen op betrouwbaarheid toetst en toetsingen waarbij DNB op reputatie toetst.
29. Bron: ZBO Verantwoording 2022.
30. ECB Banking Supervision: SSM supervisory priorities for 2024-2026 (europa.eu).
31. Zoals in de EBA/ESMA richtsnoeren is vastgelegd, moet het leidinggevend orgaan in zijn geheel beschikken over

o.a. voldoende kennis van informatietechnologie en beveiliging, zie onderdeel 70. sub F.
32. New policy for more bank board expertise on ICT and security risks (europa.eu).
33. VERORDENING (EU) 2022/2554 VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD, 14 december 2022.
34. Reactie ING is keuze voor winst boven klimaat — Milieudefensie.
35. Dit naar aanleiding van aanbevelingen van de externe evaluatie Commissie Ottow: Rapportage Externe evaluatie toetsingsproces AFM en DNB door de commissie-Ottow (bijlage bij 32648, nr.14) - Parlementaire monitor.

in hun raden van commissarissen moeten zij zorgen dat deze ten minste uit een derde mannen en een derde uit vrouwen bestaat.³⁶ Het ingroeiquote uit artikel 2:142b Burgerlijk Wetboek betekent dat de toezichthouder niet akkoord zal gaan met een benoeming in strijd met deze wettelijke bepaling.

In de herziene EBA/ESMA-richtsnoeren zijn voorts de eisen ten aanzien van diversiteit aangescherpt. DNB en de AFM passen deze richtsnoeren toe in de sectoren die onder de reikwijdte van de richtsnoeren vallen.³⁷

-
36. Is dat niet het geval, dan zijn de nieuwe benoemingen nietig, zie bijvoorbeeld ING ziet vrouwenquotum over het hoofd: nieuwe, mannelijke commissaris begint twee maanden later.
37. De EBA/ESMA richtsnoeren zijn van toepassing voor banken en beleggingsondernemingen. Ook voor markt-

exploitanten geldt dat zij concrete doelstellingen in termen van diversiteit moeten vaststellen, waar bij de toetsing rekening wordt gehouden, zie de ESMA-richtsnoeren over het leidinggevend orgaan van marktexploitanten en datarapporteringsdienstverleners, paragraaf 5.7.

Verdediging van bestuurders en 'feitelijk leidinggevers'

mr. H.J.J. Bisscheroux en prof. mr. D.R. Doorenbos¹

Als het gaat om de verdenking van strafbare feiten die door een rechtspersoon zouden zijn gepleegd, is het mogelijk dat (ook) de bestuurder of leidinggevende van die rechtspersoon als feitelijk leidinggever aansprakelijk wordt gesteld in een strafrechtelijke procedure. De verdediging van de vermeende feitelijk leidinggever heeft tegen die verdenking een breed palet aan verweren tot haar beschikking. Zowel het strafrecht als het civiele bestuurdersaansprakelijkheidsrecht bieden daarvoor voldoende mogelijkheden.

1. Inleiding

Wanneer het gaat over feitelijk leidinggeven als bedoeld in artikel 51 lid 2 onder 2° Sr, wordt doorgaans vooral gekeken naar de omstandigheden waaronder strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden vastgesteld.² Dan wordt al snel verwezen naar het overzichtsarrest uit 2016 waarin de Hoge Raad heeft omschreven in welke gevallen kan worden gesproken van feitelijk leidinggeven.³ In dit artikel kiezen wij voor een wat andere benadering, waarbij wij vooral aandacht willen besteden aan de vraag hoe een verdachte zich kan verweren tegen een beschuldiging op dat vlak. Wij concentreren ons daarom op de vraag in welke gevallen *niet* kan worden gesproken van feitelijk leidinggeven. Een grensverkenning vanuit het perspectief van de verdediging.

Uiteraard zal ook vanuit dat perspectief voormeld overzichtsarrest als vertrekpunt dienen. Pas wanneer duidelijk is onder welke omstandigheden de strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd, kan worden gezien waar de verdediging zich op zal moeten richten om te voorkomen dat de rechter deze aansprakelijkheid aanvaardt. De verdedigingsmogelijkheden kunnen dan als volgt worden ingedeeld:

1. Verweer dat niet kan worden bewezen dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan;
2. Verweer dat de rechtspersoon zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond;
3. Verweer dat de rechtspersoon zich kan beroepen op een schulditsluitingsgrond;
4. Verweer dat de rechtspersoon 'immuun' is voor strafvervolgning;

5. Verweer dat de verdachte weliswaar op papier een belangrijke functie of positie had, maar realiter geen enkele zeggenschap had;
6. Verweer dat de verdachte zijn positie formeel en feitelijk reeds had verlaten toen de verboden gedraging plaatsvond;
7. Verweer dat de verdachte als buitenstaander geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen;
8. Verweer dat de verdachte zich niet actief of effectief heeft bemoeid met de verboden gedraging;
9. Verweer dat de verdachte niet of onvoldoende betrokken is geweest bij het beleid dat heeft geresulteerd in de verboden gedraging;
10. Verweer dat de verdachte geen relevante bijdrage heeft geleverd aan het complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging;
11. Verweer dat de verdachte geen initiatief heeft genomen bij het complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging;
12. Verweer dat de verdachte niet bevoegd was tot het nemen van maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging;
13. Verweer dat de verdachte niet gehouden was om maatregelen te nemen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging;
14. Verweer dat de verdachte wel maatregelen

1. Mr. H.J.J. (Hester) Bisscheroux is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Prof. mr. D.R. (Daan) Doorenbos is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar Ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.
2. Krachtens de schakelbepaling van artikel 5:1 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht is artikel 51 lid 2 onder 2° Sr van overeenkomstige toepassing op het terrein van de

bestuursrechtelijke handhaving. Hetgeen hierna wordt opgemerkt over de verdedigingsmogelijkheden voor feitelijke leidinggevers zal derhalve ook daar relevant kunnen zijn.
3. Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk.

- heeft getroffen, maar dat hem niet kan worden verweten dat deze ontoereikend zijn gebleken;
15. Verweer dat de verboden gedraging 'buiten zijn toedoen' heeft plaatsgevonden;
16. Verweer dat de verdachte niet de voor feitelijk leidinggeven vereiste mate van opzet heeft gehad.

De opsomming is niet limitatief. Denk aan verweren van meer persoonlijke aard, zoals psychische overmacht of ontoerekeningsvatbaarheid van de vermeende feitelijk leidinggever. We bespreken vooral de verweren die aansluiten bij het organisatorisch verband en de interne structuur van de onderneming waaraan de verdachte verbonden is of was.

Na de bespreking van deze eerste reeks verweren, die aansluiten bij het overzichtsarrest uit 2016, richten we de blik op het civielrechtelijke leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid. Door deze verbreding van het perspectief aan te brengen, willen wij nagaan of vanuit het ondernemingsrecht inspiratie kan worden opgedaan voor het ontwikkelen van andersoortige of aanvullende verweren. Dit resulteert in de bespreking van een tweede reeks verweren, nu van civielrechtelijke aard:

17. Verweer dat de rechtspersoon niet onrechtmatig heeft gehandeld;
18. Verweer dat de aangesproken persoon feitelijk geen bestuurder was;
19. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt;
20. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt wegens het ontbreken van wetenschap;
21. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij de gevolgen van de niet-naleving niet op de koop toe heeft genomen;
22. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij voldoende maatregelen heeft genomen dan wel heeft ingegrepen;
23. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt gelet op de taakverdeling;
24. Verweer dat de bestuurder zich heeft laten leiden door informatie waar hij op mocht vertrouwen;

25. Verweer dat de bestuurder zich heeft verzet tegen het onbehoorlijk bestuur;
26. Verweer dat de bestuurder reeds uit functie was.

De civielrechtelijke verweren vertonen soms grote gelijkenis met de strafrechtelijke verweren. Met de nodige behoedzaamheid vanwege het uiteenlopen van de juridische grondslagen, menen wij dat de civielrechtelijke verweren – en de daarop betrekking hebbende rechtspraak – in voorkomend geval ook geheel of ten dele kunnen worden 'omgezet' in strafrechtelijke verweren in de context van artikel 51 Sr.

De navolgende bespreking valt logischerwijs uiteen in een strafrechtelijk deel en een civielrechtelijk deel, waarna wij zullen afronden met een korte conclusie.

2. Strafrechtelijk deel

Het overzichtsarrest uit 2016 biedt aanknopingspunten voor een hele reeks verweren. Een aantal van die verweren zijn vrij fundamenteel en zullen bij aanvaarding tot vrijspraak moeten leiden. Andere verweren zijn echter minder vergaand, omdat zij beperkt zijn tot één van de door de Hoge Raad omschreven varianten van het feitelijk leidinggeven. In dat laatste geval kan bij aanvaarding van het verweer nog steeds ruimte blijven bestaan voor aansprakelijkheid. Wie dat laatste wil voorkómen, zal diverse verweren moeten combineren.

1. Verweer dat niet kan worden bewezen dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan

In artikel 51 Sr ligt besloten dat de vraag naar aansprakelijkheid van een feitelijk leidinggever steeds wordt voorafgegaan door de vraag of de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan. Indien deze voorvraag niet bevestigend kan worden beantwoord, komt men aan de vervolgvraag niet meer toe. De vermeende feitelijk leidinggever wordt dan vrijgesproken.⁴

Indien de rechtspersoon zelf niet is of wordt vervolgd, bijvoorbeeld omdat zij reeds is ontbonden of omdat zij een transactie is aangegaan, spreekt het vanzelf dat de vraag naar het daderschap van de rechtspersoon alle aandacht verdient. Dat geldt ook na een torenhoge transactie die mogelijk de indruk heeft gewekt dat de rechtspersoon schuldig is. Dat laatste zal allicht aan de orde zijn in de gevallen waarin de rechtspersoon er bij de transactie-overeenkomst voor heeft moeten tekenen de media-uitingen van het OM niet publiekelijk tegen te spreken.⁵ De verdachte feitelijk leidinggever staat dan in de beeldvorming op grote achterstand. Toch zal de rechter gewoon op nul moeten beginnen: waar

4. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 januari 2022, ECLI: NL:GHAMS:2022:97.
5. Dit werd bedongen in de transactie-overeenkomsten met ING ('Houston') en ABN AMRO ('Guardian'). Zie daar-

over D.R. Doorenbos, Strafrechtelijke handhaving van de Wwft bij grootbanken, FR 2023, nr. 4, p. 110-117, i.h.b. p. 112.

immers geen enkele rechter heeft geoordeeld dat de rechtspersoon in kwestie enig strafbaar feit heeft begaan, moet worden uitgegaan van de onschuldpresumptie. Het daderschap van de rechtspersoon moet eerst nog maar eens bewezen worden en pas daarna kan de vraag naar de aansprakelijkheid van de vermeende feitelijk leidinggever aan de orde komen.

Indien de rechtspersoon zelf wél is vervolgd, is de situatie niet anders. Ook dan moet de rechter nog steeds op nul beginnen wanneer hij de zaak van de feitelijk leidinggever ter hand neemt. Dat geldt zelfs indien de rechtspersoon eerder terecht heeft gestaan en deze onherroepelijk is veroordeeld. Ook dan is de rechter nog steeds vrij om in de zaak van de feitelijk leidinggever te beslissen dat naar zijn oordeel niet wettig en overtuigend bewezen is dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan. Dan liggen er uiteindelijk twee tegengestelde uitspraken, maar dat valt te verklaren vanuit de vrijheid van de rechter om tot zijn eigen oordeel te komen. De later oordelende rechter is in beginsel niet gebonden aan het oordeel van de eerder oordelende rechter. Dit kan voor een verdachte feitelijk leidinggever overigens ook nadelig uitpakken. Een eerdere vrijspraak voor de rechtspersoon impliceert nog niet dat hij veilig is: de rechter die zijn zaak behandelt, kan er nog steeds heel anders over denken.⁶

2. Verweer dat de rechtspersoon zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond

Indien de rechtspersoon een beroep toekomt op een rechtvaardigingsgrond, zal ook de feitelijk leidinggever daarvan moeten profiteren.⁷ In dat geval blijkt de rechtspersoon immers bij nader inzien geen "strafbaar" feit te hebben begaan. De gedraging blijkt in het concrete geval niet wederrechtelijk te zijn. Dan is niet voldaan aan de wettelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever en moet deze worden vrijgesproken.⁸

3. Verweer dat de rechtspersoon zich kan beroepen op een schulditsluitingsgrond

Indien de rechtspersoon zich kan beroepen op een schulditsluitingsgrond, ligt de situatie mogelijk anders. Vooral bij schulditsluitingsgronden wordt veelal benadrukt dat zij slechts persoonlijke werking hebben.⁹ Ze nemen de strafbaarheid van het individuele rechtssubject weg, niet de strafbaarheid van het feit. Aan de wettelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever lijkt dan nog steeds te zijn voldaan.

Wij zouden echter willen betogen dat dit uitgangspunt hier – in de context van artikel 51 lid 2 onder 2° Sr – niet onverkort moet worden gevolgd. Neem als voorbeeld een geval waarin de rechter aannemelijk acht dat een rechtspersoon verontschuldigbaar heeft gedwaald omtrent de juiste interpretatie van de toepasselijke voorschriften. Als gevolg van die rechtsdwaling heeft de rechtspersoon een bepaalde handelwijze toegepast, die bij nader inzien verboden bleek te zijn. De rechtspersoon wordt ontslagen van rechtsvervolging. In een dergelijke situatie zou o.i. als uitgangspunt moeten gelden dat ook de feitelijk leidinggever dan geen verwijt meer treft. Er is een zodanig nauwe relatie tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en die van de feitelijk leidinggever dat het niet redelijk lijkt om van deze laatste te vergen dat hij ook zelf nog eens aannemelijk maakt dat hij persoonlijk in rechtsdwaling verkeerde.

Dat laatste hoeft realiter ook helemaal niet het geval te zijn geweest, omdat in grote organisaties werkprocessen kunnen worden uitgevoerd door andere werknemers dan degenen die moeten beoordelen of de werkprocessen voldoen aan alle toepasselijke wet- en regelgeving. Een afdelingschef of -manager kan zodoende feitelijk leiding hebben gegeven aan verboden gedrag, zonder zich ooit te hebben afgevraagd hoe zich dat verhiel tot de regelgeving, omdat andere functionarissen dat reeds hadden beoordeeld. In een dergelijk geval is het niet reëel om de eis te stellen dat de verdachte ook persoonlijk in dwaling heeft verkeerd. Mutatis mutandis geldt hetzelfde ingeval – ander voorbeeld – een rechtspersoon met succes aannemelijk maakt dat hij de maximaal te vergen zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kon worden verwacht om de wetsovertreding te voorkomen. De feitelijk leidinggever zou daarvan moeten meeprofiteren, ook indien hij niet aannemelijk zou kunnen maken dat hij zich daar persoonlijk voor heeft ingespannen.

Staat deze opvatting op gespannen voet met de rechtspraak? In een arrest uit 2006 over de inkeerbepaling van artikel 69 lid 3 AWR heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verdachte feitelijk leidinggever niet kon profiteren van het beroep van de rechtspersoon op deze vervolgingsuitsluitingsgrond.¹⁰ Dat zou slechts anders zijn indien de feitelijk leidinggever de inkeer zelf zou hebben bevorderd. De Hoge Raad baseerde dit oordeel vooral op de wettekst, die de mogelijkheid van een inkeer beperkt tot "de schul-

6. Zie HR 6 april 1999, NJ 1999/633, m.nt. G. Knigge. De Hoge Raad overwoog: "Het Hof was niet gebonden aan de door de Rechtbank ten gunste van de rechtspersoon uitgesproken vrijspraak. Die vrijspraak betreft immers een andere verdachte dan de verdachte in de onderhavige zaak. Het behoort tot de taak van de rechter die heeft te beslissen omtrent de in de art. 348 en 350 Sv vermelde vragen, daarbij slechts te oordelen op de grondslag van hetgeen aan de verdachte is tenlastegelegd en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in diens zaak."

7. Zie ook reeds J. de Hullu in punt 6 van zijn annotatie bij het tweede Pikmeer-arrest (HR 6 januari 1998, NJ

1998/367): "het is immers niet strafbaar om feitelijk leiding te geven aan gerechtvaardigd gedrag".

8. Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 6 juni 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE3855 en Rb. Groningen 6 juni 2002, ECLI:NL:RBGRO:2002:AE3857, waarin de rechtspersoon zich met succes had beroepen op overmacht in de zin van noodtoestand.

9. Volgens artikel 50 Sr geldt dat overigens voor elke strafuitsluitingsgrond, maar in de literatuur en ook in de praktijk wordt dit voorschrift toch hoofdzakelijk betrokken op de schulditsluitingsgronden.

10. Zie HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2016:AY6709.

dige" en dat was in dit geval – strikt genomen – alleen de rechtspersoon. Daarnaast kan echter nog worden opgemerkt dat iemand die wordt verdacht van feitelijk leidinggeven aan het doen van een onjuiste belastingaangifte door een rechtspersoon, welhaast per definitie wordt verdacht van betrokkenheid bij en opzet op dat initieel strafbare gedrag. Vanuit dat oogpunt bezien is het dan niet zo vreemd om eenzelfde persoonlijke betrokkenheid en bewustheid te verlangen bij de inkeer. In het berechte geval was van dat laatste geen sprake, zodat het beroep werd verworpen. Maar daarmee is volgens ons niet gezegd dat de strenge lijn van dit arrest over deze specifieke vervolgingsuitsluitingsgrond ook zou moeten worden doorgetrokken naar de schulduitsluitingsgronden.

Wat ons betreft zou het uitgangspunt voor schulduitsluitingsgronden niet moeten afwijken van het uitgangspunt bij rechtvaardigingsgronden. De verdachte feitelijk leidinggever zou in beginsel automatisch moeten kunnen meelopen in het spoor van de rechtspersoon.

4. Verweer dat de rechtspersoon 'immuun' is voor strafvervolgning

Zolang de wetgever niet ingrijpt, zullen publiek-rechtelijke rechtspersonen die strafbare feiten begaan onder omstandigheden gevrijwaard blijven van strafvervolgning. Dit geldt in het bijzonder voor openbare lichamen als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet, zoals provincies, gemeenten en waterschappen. Zij kunnen zich beroepen op strafrechtelijke immuniteit als het gaat om gedragingen "die naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rechs niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuursstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen".¹¹ In het eerste Pikmeer-arrest oordeelde de Hoge Raad bovendien dat de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en de vervolgbaarheid van de feitelijk leidinggever zo nauw verbonden zijn, dat een geslaagd beroep op immuniteit van de rechtspersoon ook in de weg staat aan de vervolging van de feitelijk leidinggever.¹² Daar voegde hij overigens wel aan toe dat dit de mogelijkheid onverlet laat dat de verdachte uit hoofde van eigen daderschap wordt veroordeeld. Het verweer dat de feitelijk leidinggever aan de Pikmeer-jurisprudentie kan ontleen, vrijwaart hem dus nog niet van elk aansprakelijkheidsrisico.

5. Verweer dat de verdachte weliswaar op papier een belangrijke functie of positie had, maar realiter geen enkele zeggenschap had

De vraag wie feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging van een rechtspersoon, moet worden beantwoord op basis van de feitelijke werkelijkheid. De enkele omstandigheid dat iemand op papier de belangrijkste bestuursfunctie binnen de rechtspersoon bekleedt, is op zichzelf niet maatgevend. Allereerst gaat het hier niet om het leidinggeven aan de rechtspersoon, maar om het leidinggeven aan een verboden gedraging.¹³ Daarnaast gaat het om de vaststelling van de feitelijke machtsverhoudingen. Papieren directeuren, strolieden, katvangers of volstrekte naïevelingen kunnen in de regel niet als feitelijk leidinggevers worden aangemerkt.¹⁴

6. Verweer dat de verdachte zijn positie formeel en feitelijk reeds had verlaten toen de verboden gedraging plaatsvond

Kan iemand nog aansprakelijk worden gesteld voor verboden gedragingen die hebben plaatsgevonden na zijn vertrek bij de onderneming? Het is denkbaar dat het openbaar ministerie zich op het standpunt stelt dat de besluiten, het beleid of de nalatigheid van de leidinggevende ook na zijn vertrek bij de rechtspersoon nog hebben geleid tot verboden gedragingen, omdat de gedragingen nog geruime tijd zijn gecontinueerd. Zou een dergelijke stelling in rechte kunnen worden gehonoreerd?

Dat lijkt ons niet. Macht en zeggenschap van een feitelijk leidinggever zullen eindigen zodra hij de rechtspersoon verlaat, de spreekwoordelijke deur achter zich dicht trekt en geen verdere bemoeienis meer heeft. Indien de rechtspersoon na het vertrek van een leidinggevende functionaris zijn handelwijze niet aanpast, is dat de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zelf en van de (nieuwe) functionarissen die op dat moment (kunnen) bepalen wat de rechtspersoon doet en nalaat. De feitelijk leidinggever kan niet over zijn graf heen regeren.

7. Verweer dat de verdachte als buitenstaander geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen

Zojuist werd gesteld dat het bekleden van een formeel verantwoordelijke positie nog niets zegt over de feitelijke machtspositie ten opzichte van het verboden gedrag van de rechtspersoon. De keerzijde is, dat ook kan blijken dat een buitenstaander feitelijk de leiding heeft gehad bij het verboden handelen of nalaten van de rechtspersoon.¹⁵ Die buitenstaander hoeft op papier geen enkele positie te hebben. Het

11. Zie recent nog HR 21 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1607, NJ 2024/17, m.nt. H.D. Wolswijk.

12. Zie HR 23 april 1996, NJ 1996/513, m.nt. A.C. 't Hart. Dit werd herhaald in het tweede Pikmeer-arrest van HR 6 januari 1998, NJ 1998/367, m.nt. J. de Hullu.

13. Zie ook M. Hornman, De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers van ondernemingen (diss. Utrecht), Boom: Den Haag 2016, p. 63-64.

14. Zie bijvoorbeeld Hof's-Hertogenbosch 21 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3832, waarin de verdachte in een fiscale strafzaak werd vrijgesproken van feitelijk leiding-

geven, omdat bij het hof twijfel was blijven bestaan over zijn reële mate van zeggenschap: zeer wel mogelijk was de verdachte door een medeverdachte gebruikt als katvanger. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Overijssel 16 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:600, waarin niet de bestuurder en enig aandeelhouder feitelijk leiding had gegeven, maar haar broer, hoewel die op papier geen functie had binnen de rechtspersoon.

15. Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 16 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:600.

kan overigens ook een 'halve buitenstaander' zijn, bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder die feitelijk bepaalt wat er gebeurt.

Omdat zulke gevallen betrekkelijk uitzonderlijk zijn, zal voor het openbaar ministerie een relatief zware bewijslast gelden. Dat geldt zeker voor de stelling dat een buitenstaander bij machte is geweest om feitelijk leiding te geven aan de gedragingen van de rechtspersoon.

8. Verweer dat de verdachte zich niet actief of effectief heeft bemoeid met de verboden gedraging

Het is van belang om steeds voor ogen te houden dat het hier moet gaan om bemoeienis met een of meer verboden gedragingen. In een arrest uit 2021 oordeelde de Hoge Raad dan ook dat de enkele vaststelling dat twee verdachten vergaande bemoeienis zouden hebben gehad met "de gang van zaken binnen de rechtspersoon" en dat zij een bepaalde financiële constructie zouden hebben laten opzetten waar de rechtspersoon deel van uitmaakte, op zichzelf onvoldoende was voor een bewezenverklaring van feitelijk leidinggeven aan het doen van onjuiste aangiften voor de winstbelasting door de rechtspersoon.¹⁶ Uit die enkele vaststelling kon immers nog niet volgen of c.q. in welke mate de verdachten ook betrokken waren geweest bij het doen van die aangiften: de delictsgedraging.

In de praktijk trachten leidinggevendenden bepaalde werkzaamheden te delegeren aan anderen. Indien dat gedurende langere tijd naar volle tevredenheid verloopt, is de kans reëel dat de leidinggevende gaandeweg volledig op die anderen is gaan vertrouwen. Hij zal zijn aandacht op andere zaken richten en zal zich feitelijk niet meer bemoeien met de gedelegeerde werkzaamheden. In dergelijke situaties, waarin de leidinggevende geen twijfel had en ook niet had hoeven hebben omtrent de deugdelijkheid van het werk van degene aan wie hij dit had gedelegeerd, is er onvoldoende grond voor een bewezenverklaring van het feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen die zich binnen de gedelegeerde werkzaamheden hebben voorgedaan.¹⁷

De werkzaamheden kunnen worden gedelegeerd, maar kunnen ook (deels) worden uitbesteed aan derden. Te denken valt aan deskundige adviseurs, zoals accountants en fiscalisten die bijstand bieden bij het voeren van de administratie en het doen van aangiften. Ook in die context kan het zo zijn dat de primair verantwoordelijke leidinggevende volledig heeft vertrouwd op het werk van anderen en geen aanleiding had zich daarmee (actief of effectief) te bemoeien. Dat leidt allicht tot het ontbreken van de vereiste mate van bewustheid, maar dus ook tot een te ge-

ringe inbreng op het vlak van de verboden gedraging zelf.¹⁸

9. Verweer dat de verdachte niet of onvoldoende betrokken is geweest bij het beleid dat heeft geresulteerd in de verboden gedraging

Dat het beleid binnen een onderneming "onvermijdelijk" tot verboden gedragingen leidt, mag niet licht worden aangenomen. In het overzichtsarrest over feitelijk leidinggeven verwees de Hoge Raad in dit verband naar een eerdere zaak¹⁹ waarin de directeur van een transportbedrijf zijn chauffeurs zodanig scherp instrueerde dat hij er rekening mee hield dat de rijtijdenwetgeving zou worden overtreden. Dat laatste nam de directeur bewust op de koop toe; hij was namelijk van mening dat deze wetgeving onverenigbaar was met de eisen die de praktijk van het wegvervoer en het bedrijfsbelang stelden. Een schoolvoorbeeld van voorwaardelijk opzet dus, dat zich maar zelden zo duidelijk zal aandienen. Waar geen aanwijzingen bestaan dat het bestuur van de onderneming het overtreden van wet- en regelgeving als een neutraal bedrijfsrisico beschouwt, behoort niet te worden uitgegaan van een zodanige – laakbare – mentaliteit. De gemiddelde ondernemer doet gewoon zijn best de regels na te leven.

10. Verweer dat de verdachte geen relevante bijdrage heeft geleverd aan het complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging

Een werknemer die weliswaar op de hoogte was van hetgeen zich binnen de rechtspersoon afspeelde, maar die zelf geen rol heeft vervuld of hooguit enkele 'hand- en spandiensten' heeft verricht, zal niet snel kunnen worden aangemerkt als feitelijk leidinggever.²⁰ Ook het verweer dat de verboden gedraging zich heeft afgespeeld op een terrein of afdeling waar de verdachte zich nauwelijks mee bemoeide of waar hij slechts een (zeer) klein deel van zijn tijd aan hoefde te besteden, kan bijdragen aan de overtuiging dat zijn betrokkenheid zo gering is geweest dat niet kan worden gesproken van feitelijk leidinggeven.²¹ Een financieel directeur die slechts zijdelings betrokken leek te zijn geweest en die louter bij tijd en wijle werd bijgepraat of ingekopieerd op e-mailberichten over een door anderen geïnitieerd complex van gedragingen, werd vrijgesproken van feitelijk leidinggeven.²² De rechtbank vond in het dossier onvoldoende aanwijzingen dat deze directeur een leidinggevende rol had vervuld.

16. Zie HR 16 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:391.

17. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2599, waarin de leidinggevende (directeur) het doen van Wwft-meldingen had gedelegeerd aan de boekhouder, die prima voor zijn taak berekend leek te zijn. De rechtbank sprak de directeur daarom vrij van de beschuldiging dat hij feitelijk leiding had gegeven aan de niet-naleving van de meldingsplicht.

18. Zie bijvoorbeeld Hof's-Hertogenbosch 11 april 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1368.

19. Zie HR 22 maart 1983, NJ 1983/502.

20. Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 22 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11323.

21. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10163.

22. Zie Rb. Rotterdam 15 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2345.

11. Verweer dat de verdachte geen initiatief heeft genomen bij het complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging

Hoewel het nemen van initiatief geen voorwaarde is voor feitelijk leidinggeven, kan het ontbreken ervan wel meewegen in de beoordeling.²³ Een gemotiveerd verweer op dit punt kan daarom alvast het nodige tegenwicht bieden tegen de beschuldiging. Omdat feitelijk leidinggeven zich in meer varianten kan voordoen, zal in de regel niet kunnen worden volstaan met zo'n verweer. De verdediging zal vaak ook moeten ingaan op het ontbreken van aanwijzingen voor de alternatieve verschijningsvormen van het feitelijk leidinggeven. Deze opmerking geldt overigens voor de meeste van de hier besproken verweren.

12. Verweer dat de verdachte niet bevoegd was tot het nemen van maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging

Vooropgesteld kan worden, dat de wijze waarop de verhoudingen binnen een rechtspersoon op papier zijn geregeld, niet altijd weerspiegelen hoe de macht in werkelijkheid is verdeeld. In de context van het strafrecht wordt uiteindelijk vooral beoordeeld wie er binnen de rechtspersoon *de facto* leiding gaf aan de verboden gedraging die in de tenlastelegging centraal staat. Zo bezien is de bevoegdheidsverdeling binnen de interne structuur van de rechtspersoon niet per se maatgevend. Wel kan de formele bevoegdheidsverdeling als vertrekpunt dienen, om van daaruit te onderzoeken of die in het concrete geval ook is gevolgd. Indien dat niet het geval blijkt, zal er aanleiding zijn om (de achtergronden van) de afwijkende realiteit in kaart te brengen.

Voor al bij grotere en professioneel georganiseerde rechtspersonen mag ervan worden uitgegaan dat men de interne 'corporate governance' serieus neemt. Daar zal zich zelden de situatie voordoen dat een buitenstaander of een dominante werknemer feitelijk de lakens uitdeelt. Aan de afbakening van taken en bevoegdheden in een functie-omschrijving binnen zo'n organisatie zal veelal wel enig gewicht toekomen. Dat geldt zeker zolang geen aanwijzingen bestaan dat de betrokkene in de praktijk veel meer macht uitoefende dan op papier.

Een verdachte feitelijk leidinggever kan zich onder omstandigheden dan ook goed verweren door erop te wijzen dat hij weliswaar kennis droeg van de (verboden) gedragingen in kwestie, maar dat het nemen van maatregelen ter voorkoming of beëindiging daarvan niet binnen zijn competentie viel. Het verwijt dat een functionaris de zaak 'op zijn beloop' heeft gelaten, kan misplaatst blijken indien aanneemelijk is dat de functionaris niet bevoegd was tot

ingrijpen en het tot de orde roepen van collega's of hoger geplaatsten in redelijkheid niet van hem kon worden gevergd.²⁴

13. Verweer dat de verdachte niet gehouden was om maatregelen te nemen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging

Naast het verweer dat de verdachte niet de bevoegdheid had om in te grijpen, staat het verweer dat de verdachte niet gehouden was tot ingrijpen. Die verweren vertonen verwantschap. Wie bevoegd is om een verboden gedraging te voorkomen of te beëindigen, zal immers vaak tevens gehouden zijn om die bevoegdheid dan ook te gebruiken.²⁵ Dat kan echter anders zijn bij een taakverdeling tussen functionarissen met gelijke bevoegdheden. Op grond daarvan kan het bijvoorbeeld zo zijn dat de ene bestuurder het benodigde ingrijpen in eerste instantie zal mogen (en intern zelfs zal moeten) overlaten aan de andere bestuurder, niettegenstaande het beginsel van collectief bestuur. Indien deze taakverdeling duidelijk is overeengekomen en/of genoegzaam is vastgelegd, zal de eerstbedoelde bestuurder redelijkerwijs ook niet gehouden zijn tot het nemen van maatregelen.²⁶ Slechts ingeval zou blijken dat de collega de hem toebedeelde taak niet naar behoren uitvoert of heeft uitgevoerd, zal de verplichting om (alsnog) in te grijpen weer bij de andere bestuurder komen te liggen. Die behoort dan echter niet te worden afgekeurd op het falen van de collega, maar uitsluitend op zijn gedrag vanaf het moment dat hij de taak weer had moeten terugnemen.

14. Verweer dat de verdachte wel maatregelen heeft getroffen, maar dat hem niet kan worden verweten dat deze ontoereikend zijn gebleken

De verdachte feitelijk leidinggever die, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, geen enkele maatregel heeft getroffen, heeft uiteraard meer uit te leggen dan de feitelijk leidinggever die wel degelijk heeft ingegrepen. Maar ook aan de laatstgenoemde leidinggever kan nog steeds het verwijt worden gemaakt dat zijn maatregelen niet effectief waren of veel te laat bleken te zijn doorgevoerd, waardoor het verboden gedrag van de rechtspersoon langer heeft voortgeduurd. Dat verwijt zal niet altijd terecht zijn. Vooral in grote, gelaagde en complexe organisaties kunnen veranderingen en verbeteringen in werkprocessen vaak niet van vandaag op morgen worden gerealiseerd. De implementatie van verbeterprogramma's kost tijd – net als bij de overheid – en die tijd zal de rechtspersoon en dus ook de leidinggevende moeten worden gegund. Het zou niet redelijk zijn om een alert gemaakte leidinggevende af te rekenen op de periode waarin deze zich aan-

23. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3102.

24. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 20 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1660, waarin het ging om iemand met een adviserende (staf)functie zonder enige relevante beslissingsbevoegdheid.

25. Zie echter ook Hof Amsterdam 28 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3102, waarin het hof oordeelde dat de betrokkene (een financieel manager) wellicht bevoegd was

de verboden gedragingen een halt toe te roepen, maar dat dit in dit geval redelijkerwijs niet van hem verwacht kon worden. De betrokkene was onder druk gezet, had geen initiatief genomen tot strafbaar handelen en had ook geen financieel motief, terwijl hij zijn weerstand tegen de onregelmatigheden intern wel had geuit.

26. Zie reeds Hof's-Gravenhage 2 december 1987, NJ 1988/433 (Piet Slavenburg). Zie ook M. Hornman, a.w., p. 66-67.

toonbaar – maar vooralsnog vergeefs – heeft ingespanssen het verboden gedrag c.q. de verboden toestand te doen beëindigen.²⁷ Uiteraard ligt dit anders indien zou worden vastgesteld dat al op voorhand duidelijk was dat de getroffen maatregelen ontoereikend of louter cosmetisch zouden zijn. Maar er moet voor worden gewaakt het verlangde preventieve ingrijpen van een leidinggevende als een resultaatsverplichting te zien.²⁸ Voor de rechtspersoon is het dat wel – deze moet zich te allen tijde onthouden van strafbaar gedrag – maar voor degene die daar als leidinggevende op wordt aangesproken ligt het genuanceerder. Het is immers niet zijn eigen gedrag dat hij moet veranderen, maar het gedrag van zijn organisatie.

Dat laatste zal vaak veel lastiger zijn. Leidinggeven van grote ondernemingen zullen zeker invloed kunnen uitoefenen op het gedrag van hun organisatie. Dat moeten zij ook doen. De realiteit is echter dat hun macht om het gewenste resultaat te bereiken ook inherente beperkingen kent, die samenhangen met de beschikbaarheid van de juiste mensen, de benodigde middelen en de praktische mogelijkheden om de vereiste veranderingen door te voeren. Bij wijze van illustratie kan worden gewezen op de strafrechtelijke aanpak van Wwft-overtredingen binnen de bancaire sector. Het perfect op orde krijgen van de werkprocessen teneinde volledig 'compliant' te zijn, blijkt soms een kwestie van jarenlange inspanningen, waarbij het overigens ook niet helpt dat de regelgeving voortdurend wordt aangepast. Maar wat daarvan verder ook zij: de feitelijk leidinggever die daadkrachtig ingrijpt, zou primair moeten worden beoordeeld op zijn persoonlijke inspanningen en niet moeten worden afgerekend op het uitblijven van (direct) resultaat in het gedrag van de rechtspersoon.

15. Verweer dat de verboden gedraging 'buiten zijn toedoen' heeft plaatsgevonden

Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht gold nog als uitgangspunt dat een rechtspersoon geen strafbare feiten kon plegen. De wetgever richtte zich in voorkomend geval tot de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon. De individuele functionaris kon zich dan nog bevrijden van aansprakelijkheid door te bewijzen dat de overtreding buiten zijn toedoen was gepleegd. Dit was vastgelegd in de oorspronkelijke tekst van artikel 51 Sr, dat op dit punt een omkering van de be-

wijslast inhield.²⁹ De wetgever legde de lat vrij hoog. De bestuurder zou zich niet kunnen vrijwaren met "de bloote bewering, dat hij in de minderheid was geweest of tot de uitvoering van het besluit [van de rechtspersoon, HB/DD] niet had medegewerkt". Hij zou dat ook echt moeten bewijzen.³⁰

Bij gelegenheid van de invoering van de algemene regeling inzake de strafbaarheid van rechtspersonen in 1976 werd de bijzondere strafuitsluitingsgrond voor bestuurders en commissarissen geschrapt. De actuele tekst van artikel 51 Sr luidt geheel anders: deze bepaling bevat nu een aansprakelijkheidsregime voor leidinggeven waarbij in het geheel niet meer gesproken wordt over strafuitsluiting. De wetgever achtte dat laatste intussen overbodig. Gelet op de algemene aanvaarding van het beginsel 'geen straf zonder schuld' zou de individuele bestuurder of commissaris zich in voorkomend geval kunnen beroepen op afwezigheid van alle schuld.³¹ Tijdens de parlementaire behandeling werd nog specifiek aandacht besteed aan de situatie waarin een of meer bestuurders in een college zouden zijn overstemd of in de vergadering niet aanwezig waren. Volgens de toenmalige minister van Justitie (Van Agt) zouden deze tegenstemmende of afwezige bestuursleden gevrijwaard moeten blijven van strafvervolgning.³² Dat zou in beginsel ook moeten gelden ingeval de bestuurder achteraf geen poging meer heeft ondernomen om het in zijn afwezigheid genomen besluit – waarvan de uitvoering een strafbaar feit opleverde – ongedaan te maken.³³

De rechtspraak rondom feitelijk leidinggeven heeft zich intussen zodanig ontwikkeld dat dit laatste uitgangspunt niet meer onverkort zal kunnen worden onderschreven. De bestuurder of commissaris die geheel passief blijft, terwijl hij moet aannemen dat de rechtspersoon het eerder genomen besluit zal uitvoeren en zich daarmee strafbaar zal gedragen, zal toch wel degelijk risico lopen. Indien de rechter meent dat hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was tot ingrijpen, zal zijn afwezigheid bij de initiële besluitvorming hem niet kunnen vrijwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Datzelfde geldt vermoedelijk ook voor de tegenstemmer: van hem zal in voorkomend geval toch nog meer actief verzet worden gevergd, zoals het 'escaleren' naar een raad van commissarissen of een andere – interne of externe – toezichthouder.³⁴ Uiteraard moet dat dan nog wel zin hebben. Indien sprake is geweest van be-

27. Zie bijvoorbeeld Hof's-Hertogenbosch 21 november 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:3893, waarin de verdachte er niet in was geslaagd de administratie tijdig op orde te brengen, maar zich daar wel aantoonbaar voor had ingespannen. Het hof kwam tot vrijspraak.

28. Zo benadrukt ook M. Hornman, a.w., p. 69: "De zorgplicht bestaat immers uit een inspanningsverplichting, geen resultaatsverplichting."

29. Het oorspronkelijke artikel 51 Sr luidde: "In de gevallen waarin wegens overtreding straf wordt bepaald tegen bestuurders, leden van eenig bestuur of commissarissen, wordt geene straf uitgesproken tegen den bestuurder of commissaris van wien blijkt dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd."

30. Zie de memorie van toelichting (Smidt I, p. 451) waar wordt opgemerkt dat dus van de bestuurder of commissaris "het bewijs" wordt gevorderd dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd. In zijn annotatie bij HR 30 januari 1962, NJ 1962/155 (Amsterdamse muziek) sprak Röling in dit verband van een omkering van de bewijslast.

31. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr 3, p. 24, onder verwijzing naar het befaamde "melk en water" arrest (HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681).

32. Zie Handelingen II d.d. 19 mei 1976, p. 4208.

33. Zie Handelingen II d.d. 19 mei 1976, p. 4210.

34. Het zal doorgaans niet reëel zijn om van de andersdenkende functionaris te vergen dat hij ontslag had moeten nemen, tenzij gesteld zou kunnen worden dat geen rede-

sluitvorming die vrijwel onmiddellijk wordt gevolgd door actie, zal de tijdelijk afwezige bestuurder die zou hebben willen – en moeten – ingrijpen al te laat zijn. Dan mag hem echter geen verwijt treffen.³⁵

16. Verweer dat de verdachte niet de voor feitelijk leidinggeven vereiste mate van opzet heeft gehad

In het overzichtsarrest uit 2016 heeft de Hoge Raad nog eens benadrukt dat in feitelijk leidinggeven een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten ligt. Met minder dan voorwaardelijk opzet mag de rechter geen genoeg nemen. Terecht, want indien leidinggevendenden zouden worden afgerekend op de norm "weliswaar wist u het niet, maar u had het wel behoren te weten" zou een vorm van strafrechtelijke risicoaansprakelijkheid ontstaan.³⁶ Volgens sommigen bestaat die overigens al waar het gaat om het daderschap van de rechtspersoon, vanwege het schijnbare gemak waarmee gedragingen kunnen worden toegerekend. Reden temeer om de grenzen scherp te bewaken als het gaat om de vervolgaansprakelijkheid.³⁷

Voor het opzet van de leidinggever geldt als ondergrens dat hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen, zo overwoog de Hoge Raad in het overzichtsarrest. Het is van groot belang om het kenniselement (de bewustheid) en het wilselement (de aanvaarding) steeds zelfstandig te beoordelen. Want ook al heeft een leidinggevende binnen een organisatie de vereiste mate van wetenschap gehad, dat betekent dan nog niet dat hij ook het gedrag van de rechtspersoon heeft aanvaard. In voorkomend geval zal de verdachte leidinggever bijvoorbeeld kunnen wijzen op zijn pogingen het gedrag te voorkomen of te doen beëindigen. Het enkele feit dat deze pogingen tevergeefs waren of achteraf bezien 'too little and too late' wil nog niet zeggen dat de betrokkene de kwade kans op verboden gedrag heeft aanvaard.³⁸ Ook het uiterlijk stilzitten van een leidinggevende die kennis droeg van het verboden gedrag, hoeft nog niet te duiden op aanvaarding. Het kan immers zeer wel zijn dat de betrokken leidinggevende niet in de positie is geweest om het verboden gedrag op korte termijn te doen veranderen, omdat het duidelijk andermans taak en bevoegdheid was om in te grijpen. Indien en zolang de betrokkene daarop heeft mogen vertrouwen, is van bewuste aanvaarding geen sprake.

Wat betreft het kenniselement kan worden opgemerkt dat dit al in de Slavenburg-beschikkingen werd opgerekt tot bekendheid met informatie over het begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon die 'rechtstreeks verband' houdt met de verboden gedragingen die in de tenlastelegging worden omschreven. De feitelijk leidinggever hoeft dus geen opzet te hebben gehad op precies die verboden gedragingen die in de tenlastelegging staan. Een vorm van generieke bewustheid volstaat. De rechter mag echter geen genoeg nemen met historische kennis van strafbare feiten die niet in relatie kunnen worden gebracht met de ten laste gelegde verboden gedragingen. Zo zal een leidinggever die ermee bekend is dat zijn rechtspersoon in het verleden transacties en strafbeschikkingen heeft voldaan ter zake van milieudelicten, daarmee nog niet bekend mogen worden verondersteld met de aanmerkelijke kans dat zijn rechtspersoon zich ook schuldig zou maken aan omkoping of witwassen. Ook uit de bekendheid met bepaalde feitelijke omstandigheden of werkprocessen mag niet te snel worden afgeleid dat een leidinggevende wel zal hebben gedacht aan de kans op verboden gedragingen. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch in de zaak van Chemie Pack dat de algemeen directeur weliswaar op de hoogte was van de aanwezigheid van IBC's met gevaarlijke stoffen op het buitenterrein en dat daar een membraampomp werd gebruikt die bij lage temperaturen problemen gaf, maar dat die kennis nog niet impliceerde dat hij dan ook bewust de aanmerkelijke kans had aanvaard dat werknemers open vuur zouden gaan gebruiken om de problemen op te lossen.³⁹

3. Civielrechtelijk deel

De kans dat een (bonafide) bestuurder zich moet verantwoorden in een strafrechtelijk proces is waarschijnlijk kleiner dan dat hij zich moet verweren tegen een civiele aansprakelijkstelling. Dat lijkt logisch. Het strafrecht dient immers slechts als *ultimum remedium* door de overheid tegen de burger te worden ingezet. Het civiele recht zal sneller in aanmerking komen, namelijk al zodra het gaat om aansprakelijkheid in de context van onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders. Niet voor niets wordt bestuurdersaansprakelijkheid gezien als een kern-

35. Vgl. In dit verband de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:400. De AFM had de CFO van Imtech aangemerkt (en beboet) als feitelijk leidinggever ter zake van de publicatie van een misleidend persbericht door de rechtspersoon. De CFO was ten tijde van deze gedraging in het buitenland en had geen reële gelegenheid meer om in te grijpen, nog daargelaten dat de CEO de communicatie in zijn portefeuille had en de CFO daarover formeel geen zeggenschap had. Het College oordeelde daarom dat de CFO op dit onderdeel ten onrechte was beboet ter zake van feitelijk leidinggeven.

36. Zie hierover ook D.R. Doorenbos, Slecht leiding geven, in: S. Franken en Th. Kelder (red.), Sporen in het strafrecht (Sjöcrona-bundel), Deventer: Kluwer 2014, p. 29-47, met nadere bronvermelding.

37. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:5077, overwegende dat de verdachte wel "had moeten weten" dat de handel van zijn medeverdachte via de rechtspersoon gepaard ging met strafbare gedragingen, maar dat deze (zware) vorm van schuld onvoldoende is om te bewijzen dat de verdachte voorwaardelijk opzet had. Zie bijvoorbeeld ook Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1408 en ECLI:NL:GHSHE:2020:1409.

38. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:3893.

39. Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1597.

onderwerp van het ondernemingsrecht.⁴⁰ Toch kan dan ook het strafrecht in beeld verschijnen. In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid zal dit met name gaan om onverantwoord opererende bestuurders, misbruik van rechtspersonen en de benadeling van crediteuren en andere derden waaronder de fiscus.

Over de raakvlakken en mogelijk convergerende normen van het strafrecht en het ondernemingsrecht is al vaker geschreven.⁴¹ Die raakvlakken en convergentie kunnen inspiratie bieden voor mogelijke verweren ten behoeve van de verdediging van een bestuurder dan wel (vermeende) feitelijk leidinggever in het strafproces.

3.1. Relevantie voor het strafrecht

De relevantie van de civiele bestuurdersaansprakelijkheid voor het strafrecht is al snel gegeven. Zo kan de niet-naleving van bepaalde wettelijke voorschriften niet alleen onbehoorlijk bestuur in een civiele context opleveren, maar tegelijkertijd leiden tot strafrechtelijke verwijten aan het adres van de bestuurder. Een voorbeeld is de verplichting tot het voeren van een deugdelijke administratie.⁴² In faillissement kan het bestuur dan niet alleen door de curator aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in de boedel, maar ook een strafrechtelijk verwijt worden gemaakt in de context van faillissementsfraude.⁴³ Daarnaast kan ook buiten faillissement het niet naleven van de administratieplicht strafrechtelijk worden gesanctioneerd, onder meer als economisch delict via de WED of in relatie tot fiscale verplichtingen krachtens de AWR.⁴⁴

De drempel voor strafrechtelijke aansprakelijkheid ligt terecht hoger.⁴⁵ De succesvolle verweren van de

bestuurder in de civiele context kunnen ook daarom uitermate interessant zijn voor een verdachte leidinggevende in het strafrecht. Indien de civiele aansprakelijkheidsdrempel niet wordt gehaald, ligt het niet in de rede dat de strafrechtelijke drempel wel wordt genomen.

3.2. Civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

Voor het strafrecht is het met name relevant om te kijken naar de externe aansprakelijkheid van bestuurders. In het strafrecht gaat het immers om een aansprakelijkheid ten opzichte van derden: andere (rechts)personen als mogelijke slachtoffers en de samenleving zoals vertegenwoordigd door het openbaar ministerie.⁴⁶ Wij leggen de focus op de situatie waarin een rechtspersoon zijn wettelijke verplichtingen niet nakomt of op andere wijze onrechtmatig handelt.⁴⁷ In die situatie is het immers denkbaar dat ook sprake is van (door de rechtspersoon) gepleegde strafbare gedragingen.

Om de bestuurder in die gevallen aansprakelijk te kunnen stellen voor een onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW, dient sprake te zijn van een persoonlijk ernstig verwijt.⁴⁸ Die aansprakelijkheidslat ligt bewust hoog. De samenleving is immers niet gebaat bij risicomijdende bestuurders. Bij ondernemen horen risico's en regelgeving moet van bonafide geen bange bestuurders maken.⁴⁹ Volgens de Hoge Raad dient voorkomen te worden dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.⁵⁰ Er moet blijkens de wetsgeschiedenis ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. Dat betekent dat van bestuurders niet kan worden verwacht dat zij uitsluitend hande-

40. Zie o.a. B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman en S.N. de Valk, *Evolutie van het Bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Een dwarsdoorsnede, Deventer 2011, p. 9.

41. Zie onder meer S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers*, (diss. RuG), Deventer: Kluwer 2009 en D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht. Convergentie van ondernemingsrecht en strafrecht?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, p. 305-321.

42. Deze verplichting is neergelegd in artikel 2:10 BW voor het bestuur van de rechtspersoon en in artikel 3:15i BW voor ieder die een bedrijf of zelfstandig beroep uitoefent.

43. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2019, waarin de bestuurder mede op grond van het niet hebben gevoerd van een deugdelijke administratie op grond van artikel 2:10 BW werd veroordeeld voor het feitelijk leidinggeven aan faillissementsfraude op grond van artikel 343 Sr. Zie HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:166, NJ 2017/376 en HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:430, NJ 2017/150 in het kader van het niet voldoen aan de administratieplicht op grond van artikel 3:15i BW.

44. Zie artikel 1, onder 4°, van de Wet op de economische delicten (WED) en artikelen 52, 68 en 69 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

45. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1552. Het hof acht wel wettig en overtuigend bewezen dat verdachte tijdens zijn formele bestuurderschap van het bedrijf heeft nagelaten de

uit de artikelen 2:10 en 3:15i BW voortvloeiende verplichting tot het voeren van een administratie na te komen (hij heeft nimmer enige administratie bijgehouden). Echter niet kan wettig en overtuigend worden bewezen dat verdachte dat heeft gedaan ter bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers. De verdachte wordt vrijgesproken.

46. D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht. Convergentie van ondernemingsrecht en strafrecht?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), a.w., p. 312.

47. Dit is de tweede aansprakelijkheidscategorie uit HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen). In dit arrest ging het om het niet-voldoen van belastingschulden.

48. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), nadien bevestigd in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI).

49. Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 11. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders (EUR-oratie)*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9. Zie ook B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

50. HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:984, rov. 3.6. Vgl. HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 en HR 5 september 2014, NJ 2015/22.

len in die situaties waarin iedere stap eerst op alle mogelijke manieren is onderzocht en doorgerekend. Om te bepalen of sprake is van onbehoorlijk bestuur is wijsheid achteraf, zoals het uiteindelijke resultaat van een genomen beslissing, uit den boze.⁵¹

In faillissement kan de bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap door de curator ook via artikel 2:138 of 2:248 BW aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in de boedel.⁵² De curator kan iedere bestuurder afzonderlijk aanspreken voor het gehele tekort in de boedel, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.⁵³ Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is slechts sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.⁵⁴ De hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur op grond van artikel 2:138 of 2:248 BW is gebaseerd op het principe van collectief bestuur.⁵⁵ Dit houdt in dat de bestuurstaak in beginsel wordt gezien als een taak en verantwoordelijkheid van de bestuurders gezamenlijk. Wel kan de bestuurder zich van die aansprakelijkheid disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.⁵⁶

Niet als in het strafrecht is er dus een zelfstandig verwijt richting de persoon van de bestuurder nodig voor aansprakelijkheid. Uit de wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak zijn verschillende verweren voor de (feitelijk) bestuurder te destilleren die mogelijk ook relevant zijn in een strafrechtelijke context.

3.3. Verweren tegen bestuurdersaansprakelijkheid

17. Verweer dat de rechtspersoon niet onrechtmatig heeft gehandeld

In de situatie dat de vennootschap een onrechtmatige daad begaat, geldt als uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade.⁵⁷ Slechts onder bijzondere om-

standigheden is er ook ruimte voor aansprakelijkheid van de bestuurder van die vennootschap. In het geval dat de vennootschap wettelijke verplichtingen niet naleeft en de bestuurder daar vervolgens aansprakelijk voor wordt gesteld, gaat het om een secundaire aansprakelijkheid waarbij de vennootschap de 'primaire dader' is.

De focus in het kader van aansprakelijkheid ligt daarmee dus op de vennootschap. In de situatie dat de vennootschap niet kan worden aangesproken voor onrechtmatig gedrag, zou de bestuurder als 'secundaire dader' logischerwijs ook niet aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld.⁵⁸ Neem het voorbeeld dat er binnen de onderneming beleid is gevoerd dat dient ter voorkoming van mogelijke onregelmatigheden. Die omstandigheid zou moeten worden meegewogen in de vraag of de vennootschap een verwijt kan worden gemaakt voor het – ondanks het gevoerde beleid – ontstane onrechtmatige gedrag.⁵⁹ Dit verweer vertoont ook gelijkenissen met het strafrecht: de rechtspersoon zal vrijuit moeten gaan indien hij de maximale van hem te vergen zorg heeft betracht ter voorkoming van verboden gedrag.⁶⁰ Ook in het kader van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt erop gewezen dat er anders een risicoaansprakelijkheid voor de vennootschap ontstaat.⁶¹ Aansprakelijkheid van de bestuurder van die vennootschap zou dan ook niet in beeld moeten komen.

18. Verweer dat de aangesproken persoon feitelijk geen bestuurder was

Naast de formele bestuurder – i.e. een bestuurder die overeenkomstig wet en statuten is benoemd – kan ook de zogenoemde feitelijk beleidsbepaler civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld.⁶² Zo kan in faillissement de curator "degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder" aansprakelijk stellen.⁶³ Het gaat erom dat de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen of dat hij als het ware "op de stoel van de bestuurder is gaan zitten".⁶⁴ De feitelijk beleidsbepaler moet rechtstreeks bemoeienis hebben gehad met de beleidsbepaling en

51. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9 en Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.
52. Artikel 2:138 BW is van toepassing op de naamloze vennootschap en artikel 2:248 BW op de besloten vennootschap.
53. Lid 1 van artikel 2:138 en 2:248 BW. In lid 2 staan de bewijsvermoedens genoemd. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) en/of de publicatieplicht op (artikel 2:394 BW) wordt onweerlegbaar vermoed dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, en wordt weerlegbaar vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
54. Zie onder meer HR 8 juni 2001, NJ 2001/454.
55. De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt ook bij interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW. Deze geldt niet bij externe aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van artikel 6:162 BW.
56. Art. 2:138/248 lid 3 BW. Zie ook art. 2:9 lid 2 BW.
57. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), nadien bevestigd in

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI).
58. Dit is uiteraard anders indien de bestuurder als primaire dader op grond van een onrechtmatige daad kan worden gesproken. Zie nader S.N. de Valk, a.w. (p. 128-137) over secundair daderschap van de bestuurder in het civiele aansprakelijkheidsrecht.
59. Vgl. L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Pre-advies voor de Nederlandse Juristenvereniging, Deventer 2000, p. 103-165, i.h.b. p. 123.
60. HR 2 februari 1993, NJ 1993/476 (Aflatoxine in pinda's).
61. S.N. de Valk, a.w., p. 70.
62. Zie Schutte-Veenstra 2017 (p. 134-135) voor een uitgebreid jurisprudentieonderzoek met betrekking tot de civiele aansprakelijkheid van de feitelijk beleidsbepaler.
63. Dit is neergelegd in lid 7 van artikel 2:138 en 2:248 BW.
64. Kamerstukken II 1980/81, 16 350, nrs. 3-4, p. 18.

een deel van de bestuursbevoegdheid naar zich toe hebben getrokken.⁶⁵

Anders dan in artikel 51 lid 2 onder 2° Sr, waar het gaat om het feitelijk leidinggeven *aan de verboden gedraging*, gaat het hier om het feitelijk leidinggeven *aan de onderneming*. De vraag in hoeverre iemand feitelijk leiding geeft aan de onderneming is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 51 Sr niet doorslaggevend, maar kan wel een rol spelen bij de vraag of iemand bevoegd was om maatregelen te treffen ter voorkoming van het verboden gedrag.

Dit ligt overigens anders bij de kwaliteitsdelicten ter zake de benadeling van schuldeisers of rechthebbenden waarin de bestuurder zelf de normadressaat is. Artikel 348a lid 1 Sr kent een uitbreiding van dit bestuurdersbegrip die gelijkenissen vertoont met de hierboven genoemde feitelijk beleidsbepaler, namelijk "zij die feitelijk optreden als bestuurder van een rechtspersoon". In het strafrecht zal men doorgaans minder geïnteresseerd zijn in het beleid van de rechtspersoon, omdat het gaat om de concrete gedraging(en) van de rechtspersoon. Maar om vast te stellen of iemand feitelijk heeft opgetreden als bestuurder, kan informatie over zijn betrokkenheid bij of invloed op het beleid van de rechtspersoon mogelijk wel behulpzaam zijn. Het ligt daarom in de rede dat het bestuurdersbegrip in de beide wetboeken in sterke mate zal convergeren.⁶⁶

Indien een persoon als feitelijk beleidsbepaler wordt aangesproken, kan hij zich in ieder geval verweren door te stellen dat hij geen rechtstreekse bemoeienis had met de beleidsbepaling of enige bestuursbevoegdheid naar zich toe had getrokken. Zo werd een kantoordirecteur niet als feitelijk beleidsbepaler aangemerkt, omdat hij handelingen verrichtte die in het algemeen vallen binnen de bevoegdheden die aan een kantoordirecteur plegen te worden toegekend en niet bij uitsluiting aan een bestuurder toekomen. Van bestuurshandelingen zou wel sprake zijn indien de kantoordirecteur het laatste woord had en aan de formele bestuurder zijn beslissingen kon opleggen.⁶⁷ Voor aansprakelijkheid van de feitelijk beleidsbepaler is het hebben van bepaalde functies als zodanig, zoals algemeen directeur, bedrijfsleider of districtsdirecteur, onvoldoende.⁶⁸ Dat in opdracht is gehandeld van het formele bestuur is ook onvoldoende.⁶⁹ Het moet echt gaan om 'bestuurshandelingen'.

19. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt

Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor het niet-naleven van wettelijke voorschriften door de vennootschap is een ernstig verwijt van die bestuurder vereist. Volgens de Hoge Raad geldt dit ook indien de vennootschap effectenwetgeving niet naleeft waar het verplichtingen betreft die strekken ter bescherming van belegend publiek.⁷⁰ Een dergelijke niet-naleving van regelgeving levert geen automatische aansprakelijkheid van bestuurders op. Een vermoeden van een persoonlijk ernstig verwijt is daarvoor ook onvoldoende.

Het moet gaan om handelen of nalaten dat zodanig onzorgvuldig is dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarvan is in ieder geval sprake indien de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden voor de geleden schade. Ook andere omstandigheden kunnen zich voordoen op grond waarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden aangenomen.⁷¹

Het lijkt vrij eenvoudig om hier een link te leggen met de reeds aangehaalde Slavenburg-criteria.⁷² De besproken strafrechtelijke verweren tonen dan ook overeenkomsten met de verweren die de bestuurder in een civiele context aan kan voeren. Ook daarom zijn de civiele verweren een goede inspiratiebron voor een strafrechtelijke verdediging.

20. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt wegens het ontbreken van wetenschap

De bestuurder kan zich verweren door te betogen dat hij geen wetenschap had van de niet-naleving van de wettelijke verplichtingen en dit ook niet redelijkerwijs had behoren te begrijpen.

In de reeds aangehaalde zaak met betrekking tot het niet-naleven van effectenwetgeving kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat de bestuurder (in dat geval een rechtspersoon) geen persoonlijk verwijt kon worden gemaakt wegens het ontbreken van feiten of omstandigheden waaruit zou blijken dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de vennootschap in strijd met de effecten-

65. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445. Zie bijv. Rb. Overijssel 6 juli 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1971, rov. 5.4.

66. D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht. Convergentie van ondernemingsrecht en strafrecht?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), a.w., p. 309-310.

67. Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792, JOR 2007/226, rov. 4.3.

68. Zie Schutte-Veenstra 2017, p. 134-135. Genoemde personen kunnen weliswaar een sterke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid van het formele bestuur, maar zolang zij binnen hun taak- of functieomschrijving blij-

ven en zij niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen kwalificeren zij niet als feitelijk bestuurder.

69. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10333, JONDR 2018/1195, rov. 5.14. Zie voor meer concrete voorbeelden Schutte-Veenstra, p. 141-142.

70. Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, rov. 3.4.1-3.4.2.

71. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsens), rov. 3.5.

72. Zie ook D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht. Convergentie van ondernemingsrecht en strafrecht?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), a.w., p. 313.

wetgeving handelde. De Hoge Raad nam daarbij in aanmerking dat de bestuurder ook niet kan worden verweten dat hij onvoldoende toezicht heeft gehouden gelet op de verrichte werkzaamheden van de bestuurder.⁷³

Het ontbreken van een dergelijke wetenschap kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit e-mails met de desbetreffende bestuurder en notulen van besprekingen waar de bestuurder bij aanwezig was.⁷⁴ De bestuurder kan zich daarnaast verweren door te stellen dat er geen signalen waren op basis waarvan hij had behoren te begrijpen dat er sprake zou zijn van overtredingen of onregelmatigheden.⁷⁵

21. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, omdat hij de gevolgen van de niet-naleving niet op de koop toe heeft genomen

In het arrest Ontvanger/Roelofsen was de omstandigheid dat de bestuurder wist dat de rechtspersoon onjuiste belastingaangiften had ingediend en aldus niet had voldaan aan zijn wettelijke verplichtingen, nog niet een voldoende fundament voor aansprakelijkheid. Uit die omstandigheid volgde immers nog niet dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de belastingschulden onbetaald zouden blijven en de rechtspersoon ter zake ook geen verhaal zou bieden. De stelling dat de bestuurder het onbetaald laten van de aanslagen "op de koop toe heeft genomen" was een te licht (bijkomend) verwijt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid.⁷⁶

Ook al had de bestuurder wetenschap van de niet-naleving van de wettelijke verplichtingen, dan nog kan hij zich *in civilibus* verweren door te stellen dat hem geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt omdat hij de gevolgen daarvan niet op de koop toe heeft genomen. In het strafrecht is de bewustheid van benadeling echter geen vereiste voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁷⁷ Waar het gaat om het opzettelijk niet-voldoen van verschuldigde belastingen is het gevolgsbestanddeel geobjectiveerd.⁷⁸ Dit laat ook goed het verschil in focus zien: in het strafrecht staat niet de schade, maar het verboden gedrag centraal.⁷⁹ De vraag naar (bewustheid van) schade of benadeling, komt hierbij niet aan de orde.

22. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, omdat hij voldoende maatregelen heeft genomen dan wel heeft ingegrepen

De bestuurder kan zich verweren door te stellen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat de vennootschap haar wettelijke verplichtingen zou naleven. Dat achteraf blijkt dat deze maatregelen onvoldoende effectief zijn geweest, maakt niet dat de bestuurder een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

Een illustratief voorbeeld uit de rechtspraak gaat over het faillissement van een kinderdagverblijf.⁸⁰ Bij dit kinderdagverblijf worden tijdens meerdere inspectiebezoeken tekortkomingen door de toezichthouder geconstateerd. Na een overname van de onderneming worden nieuwe bestuurders aangesteld. Uiteindelijk legt de toezichthouder een last onder dwangsom op waar het kinderdagverblijf niet aan voldoet. De dwangsommen dienen te worden betaald. Twee maanden later wordt het kinderdagverblijf failliet verklaard en de bestuurders worden door de curator aansprakelijk gesteld.

De rechtbank overweegt dat de bestuurders naar aanleiding van de geconstateerde overtredingen hebben ingegrepen en actief hebben gestuurd op oplossingen. Toen bleek dat de aanvankelijk gekozen aanpak niet afdoende was, zijn de bestuurders overgestapt naar een andere werkwijze. De bestuurders hadden ingrijpende maatregelen genomen (zoals het ontslaan van twee werknemers) en de expertise van een derde ingeroepen. De omstandigheid dat de gekozen aanpak onvoldoende effectief is gebleken – in de zin dat er dwangsommen zijn verbeurd en dat het kinderdagverblijf uiteindelijk is geschrapt uit het register – maakt volgens de rechtbank niet dat de bestuurders hebben gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou doen of dat hen een (persoonlijk) ernstig verwijt treft.

In een andere faillissementszaak kon een bestuurder geen onbehoorlijk bestuur worden verweten wegens schending van de boekhoudplicht, omdat zij direct na het bekend raken met 'verdachte' handelingen maatregelen had genomen. De aandeelhouder had grote bedragen contant geld opgenomen zonder verantwoording in de kasadministratie van de onderneming. Nadat de bestuurder hiermee bekend werd heeft de bestuurder de aandeelhouder daarop aangesproken, financiers gewaarschuwd en zich teruggetrokken als bestuurder.⁸¹

73. Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, rov. 3.5.1-3.5.2. De bestuurder was een rechtspersoon waarvan de bedrijfsvoering bestond uit het verlenen van administratieve en managementservices.
74. Vgl. Rechtbank Amsterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2960. Volgens de eisers zou de kennis en indicaties over onrechtmatig handelen uit e-mails en stukken volgen. Volgens de rechtbank was dit onvoldoende om die kennis vast te kunnen stellen.
75. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1753, rov. 4.4-4.5.
76. HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), rov. 3.6.

77. Zie ook D.R. Doorenbos, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het strafrecht. Convergentie van ondernemingsrecht en strafrecht?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), a.w., p. 316.
78. Zie artikel 69 AWR: "(...) indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven (...)".
79. Zie ook B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman en S.N. de Valk, a.w., p. 12.
80. Rechtbank Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1753.
81. Rb. Utrecht 21 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV2943, rov. 4.4. Volgens de rechtbank kon het de bestuurder ook niet aangerekend worden dat zij hier eerder van op de hoogte had moeten raken.

23. Verweer dat de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt gelet op de taakverdeling

Een formele taakverdeling kan een rol spelen bij de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur.⁸² Dit speelt met name een rol indien een bestuurder aangesproken wordt voor onbehoorlijke taakvervulling van 'het bestuur'.⁸³ Het eerder genoemde beginsel van collectief bestuur gaat niet zo ver dat binnen het bestuur geen taakverdeling kan worden gehanteerd.⁸⁴ Het zou immers niet efficiënt zijn als bestuurders zich met dezelfde taak bezig houden, terwijl dit voor een goede uitvoering van die taak niet nodig is.⁸⁵

Een formele taakverdeling kan op verschillende manieren disculperend werken. In de situatie dat bestuurder A waarneemt dat bestuurder B zijn taken (die niet onder het takenpakket van A vallen) niet goed heeft vervuld waardoor tekortkomingen zijn ontstaan, kan bestuurder A zich op basis van die taakverdeling voor die onbehoorlijke taakvervulling disculperen indien hij vervolgens wel ingrijpt.⁸⁶

Ook kan het zo zijn dat bestuurder A – gelet op die taakverdeling – niet gehouden was om (meer) toezicht te houden op de uitvoering van de taken van bestuurder B.⁸⁷ Op basis van die taakverdeling kan bestuurder A in beginsel vertrouwen op de informatie van bestuurder B met betrekking tot de uitvoering van zijn taken.

Dat kan anders zijn indien de informatie of andere omstandigheden aanleiding geven om wel zelfstandig onderzoek uit te voeren.⁸⁸ Van bestuurder A kan niet gevraagd worden dat hij onder alle omstandigheden zelf onderzoek doet. Dat is gelet op de efficiëntie van een taakverdeling ook logisch en zou in de praktijk vaak ook helemaal niet haalbaar zijn. In deze situatie is het 'taakverdelingsverweer' dus complementair aan een vertrouwensverweer.⁸⁹ Bestuurder A doet echter onvoldoende als hij zich nooit laat informeren over wezenlijke aspecten betreffende het bestuur of weigert om informatie tot zich te nemen.⁹⁰

Overigens kan een informele taakverdeling – *i.e.* een taakverdeling die niet uit de wet of de statuten volgt

– ook disculperend werken door het daaruit volgende verschil in informatiepositie.⁹¹ Zo kan het zijn dat bestuurder B belangrijke informatie verkrijgt vanwege de bestaande (informele of formele) taakverdeling en deze informatie niet deelt. Indien bestuurder A redelijkerwijs niet had behoeven te vermoeden dat bestuurder B over deze informatie beschikte en daarom ook geen reden had hem hierover te bevragen, kan dat bestuurder A niet worden verweten.⁹² In dat geval kan bestuurder A dus ook niet worden verweten hij geen wetenschap had over de achteraf geconstateerde tekortkomingen.

24. Verweer dat de bestuurder zich heeft laten leiden door informatie waar hij op mocht vertrouwen

De bestuurder mag, tot op zekere hoogte, vertrouwen op informatie uit de organisatie. Bestuurders hebben immers niet altijd voldoende tijd om zich op de hoogte te stellen van alle omstandigheden en onderliggende analyses. Zoals reeds besproken, kan dat ook niet van de bestuurder verwacht worden. Daar komt bij dat specialistische kennis en expertise zich vaak in verschillende lagen van de organisatie bevinden. De toenemende complexiteit van producten en diensten, vakspecialisatie en regeldichtheid leiden ertoe dat de bestuurder voor zijn beslissingen afhankelijk is van de informatie van anderen. Dit brengt wel het risico met zich mee dat onjuistheden of onvolledigheden in die informatie de besluitvorming door het bestuur of de bestuurder negatief beïnvloeden.⁹³

In de wetsgeschiedenis wordt in het kader van het kunnen vertrouwen op informatie het voorbeeld gegeven van een bestuurder die geen deel uitmaakt van de auditcommissie. De informatiepositie van die bestuurder zal bijvoorbeeld verschillen van de gene die daar op grond van zijn bijzondere expertise wel zitting in heeft genomen. De bestuurder zal zich daarom tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de bevindingen van de auditcommissie.⁹⁴

Een ander voorbeeld komt naar voren in de reeds aangehaalde uitspraak over het kinderdagverblijf. De rechtbank overwoog dat er geen aanleiding was om niet te vertrouwen op de expertise en het han-

82. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, rov. 3.3.1 (Staleman/Van de Ven).
83. Zoals door de curator op grond van artikel 2:138/248 BW.
84. In artikel 2:9 lid 1 BW staat dat tot de taak van de bestuurder "alle bestuurstaken [behoren] die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld". Voor een negatieve formulering is gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip zouden vallen, omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld (Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 7).
85. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, C (MvA), p. 15 en De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/II.31.I.
86. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8.
87. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 17 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:8100, rov. 3.6. Vgl. Rb. Amsterdam 22 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2024:994, rov. 4.5.

88. Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768 en Rb. Overijssel 24 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1445, rov. 4.32.
89. Vgl. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling (IVOR nr. 83), (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 2.4.2.
90. Kamerstukken I 2010/2011, 31 763, C (MvA), p. 16.
91. Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 8 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1768, rov. 3.13: "tussen partijen in ieder geval informeel sprake was van een taakverdeling, waarbij de financiële administratie tot het takenpakket van BK Holding/ [gedaagde sub 2] behoorde. Ook een dergelijke taakverdeling kan een rol spelen bij het beroep op disculpatie". In deze zaak slaagde de disculpatie van de bestuurder overigens niet.
92. Zie K. de Roo, Bestuur van rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 126.
93. Zie uitgebreid over het onderwerp vertrouwen op informatie door bestuurders: M. Mussche, a.w.
94. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.

delen van het personeel. Volgens de rechtbank was het handhavingsverleden van het kinderdagverblijf geen omstandigheid die aanleiding gaf om daaraan te twijfelen. Dat de toezichthouder kritisch is geweest over de vestigingsmanager maakte dit ook niet anders.⁹⁵

25. Verweer dat de bestuurder zich heeft verzet tegen het onbehoorlijk bestuur

Ook het zich uitdrukkelijk verzetten als bestuurder tegen het mogelijk onrechtmatig handelen van zijn medebestuurders kan disculperend werken. Voorbeelden die in de wetsgeschiedenis worden genoemd zijn het zich verzetten tegen een besluit door bijvoorbeeld tegen te stemmen en het aftreden als bestuurder.⁹⁶ Ook de weigering om de jaarrekening te ondertekenen omdat die op bepaalde punten een verkeerde voorstelling van zaken zou geven, kan disculperend werken indien een bestuurder later hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor een misleidende jaarrekening op grond van artikel 2:139 BW.⁹⁷

26. Verweer dat de bestuurder reeds uit functie was

Indien de bestuurder niet meer bij de vennootschap in functie was toen de niet-naleving van wettelijke voorschriften door de vennootschap plaatsvond, kan hem dat een succesvol verweer opleveren.⁹⁸ De bestuurder zal dan in de regel geen verwijt meer kunnen worden gemaakt.⁹⁹ Zo kon een bestuurder niet worden verweten dat de vennootschap, na zijn vertrek, werd gebruikt voor een btw-carrousel en dat de administratieplicht op grond van artikel 2:10 BW werd geschonden. Anders dan de rechtbank oordeelde het gerechtshof dat niet kon worden verwacht dat de bestuurder, voordat hij zijn aandelen en bestuur overdroeg, nader onderzoek had gedaan naar zijn opvolger.¹⁰⁰

4. Conclusie

In het voorgaande hebben wij een groot aantal verweren gecategoriseerd voor bestuurders en vermeende feitelijk leidinggevers die aansprakelijk worden gesteld voor de verboden gedragingen van 'hun' rechtspersoon. We stellen vast dat de verwe-

ren die bestuurders voeren om te voorkomen dat zij civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld soms grote verwantschap vertonen met de verweren van bestuurders die strafrechtelijk worden aangesproken op verboden gedragingen van de rechtspersoon. De rechtspraak van de civiele rechter zal in voorkomend geval inspiratie kunnen bieden bij het voeren van verweer ten overstaan van de strafrechter.

Neem bijvoorbeeld het verwijt dat de vermeende feitelijk leidinggever wetenschap had van verboden gedragingen en dat de genomen maatregelen onvoldoende waren. De verdachte zou zich met succes kunnen verweren door te stellen dat hij zich wel voldoende heeft ingespannen ter voorkoming van dat het verboden gedrag. Dat – achteraf gezien – deze maatregelen onvoldoende effect hebben gehad, kan niet leiden tot aansprakelijkheid. Dat kan worden ondersteund met het argument dat ook in het civiele bestuurdersaansprakelijkheidsrecht geldt dat wijsheid achteraf uit den boze is, dat bij ondernemen risico's horen en dat niet aan ieder besluit een (uitgebreide) analyse ten grondslag kan liggen. Bovendien moet de bestuurder dan wel feitelijk leidinggever kunnen vertrouwen op de informatie en het handelen van anderen, mede op basis van andermans expertise of een taakverdeling. Dat dergelijke verweren succesvol kunnen worden aangevoerd in een civiele context, zou ertoe moeten leiden dat ook de verdachte 'feitelijk leidinggever' deze verweren met succes kan aanvoeren in een strafrechtelijke procedure (waarin een hogere aansprakelijkheidsdrempel zou moeten gelden).

Het gepresenteerde overzicht kan een hulpmiddel zijn bij het inkleuren van het door de Hoge Raad geschetste strafrechtelijk beslissingskader voor feitelijk leidinggeven. Soms valt een verweer bij nadere beschouwing in meer categorieën onder te brengen. Ook dan lijkt het nog steeds zinvol om de nuanceverschillen te blijven signaleren en de verweren zo concreet mogelijk toe te snijden op de bijzondere omstandigheden van het individuele geval. Immers: geen zaak is hetzelfde en voor elke verdachte ligt het weer anders.

95. Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1753, rov. 4.5.

96. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 5; Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA II), p. 19; Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA I), p. 6.

97. Zie o.a. D.A.H.M.W. Strik, 'Aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:139 en 150 BW', in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007, dl. 93, Van der Heijden Reeks, Deventer: Kluwer 2007, p. 184.

98. Vgl. ook de matigingsgrond zoals neergelegd in lid 4 van artikel 2:138/248 BW: "De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuur-

der verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond."

99. Overigens bespreekt De Valk nog wel twee oudere uitspraken (uit 1990 en 1995) waar, gelet op de specifieke omstandigheden van dat geval, de bestuurder ondanks zijn vertrek persoonlijk aansprakelijk werd gehouden. Zie S.N. de Valk, a.w., p. 154.

100. Gerechtshof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446. Zie voor een ander voorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1760.

Voorkoming van dubbele bestraffing van bestuurders en hun BV: de vereenzelvigingsleer revisited

mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma en mr. L.C.J.W. Verhoeven¹

1. Inleiding

'Dat kunnen alleen juristen bedenken.' Deze zin bekruipt ons als we nadenken over de problematiek die we in dit artikel zullen bespreken. Eenvoudig gezegd gaat het om de situatie waarin een ondernemer zowel als privépersoon (jasje uit) als via zijn rechtspersoon (jasje aan) wordt bestraft. Iets zuiverder geformuleerd: het gaat om de bestuurder, als directeur-groootaandeelhouder, van in het bijzonder de eenmans-BV die voor dezelfde onjuiste belastingaangiften als feitelijk leidinggever afzonderlijk persoonlijk wordt beboet dan wel vervolgd en bestraft, omdat dit civielrechtelijk een aparte 'entiteit' of 'persoon' betreft.² De BV wordt als belastingplichtige bestraft voor het doen van een onjuiste belastingaangifte en de bestuurder als feitelijk leidinggever aan die verboden gedraging, gepleegd door de BV. Hiermee wordt de ondernemer feitelijk tweemaal bestraft. Dit is mogelijk nu de hoofdregel luidt dat 'vereenzelviging' zelfs bij een éénmans-BV niet wordt aanvaard. Maar is die hoofdregel wel gerechtvaardigd?

Wanneer de bestuurder en de BV zozeer met elkaar verweven zijn dat het onderscheid alleen maar een gevolg is van de civiele uitleg van het begrip aparte 'entiteit' maar er in wezen sprake is van één en dezelfde persoon en – nog belangrijker – in wezen maar één verwijt kan worden gemaakt, zou dit zowel in het boeterecht als in het strafrecht in onze ogen ook maar tot één bestraffing moeten kunnen leiden. En niet één voor 'jasje aan' en één voor 'jasje uit.'

De huidige nationale uitleg van de gerelateerde regels, zoals in het bijzonder volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 2022,³ ziet 'jasje aan' in deze situatie echter als 'een ander' persoon⁴ (geen vereenzelviging). Daarbij kan het, volgens de Hoge Raad, wel in de rede liggen om een dergelijke omstandigheid te betrekken bij de straftoemeting. Maar die uitwerking is in onze ogen wat schizofreen. Het feit dat bij het opleggen van de straffen rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat zowel de BV

als de bestuurder voor dezelfde onjuiste belastingaangiften worden (vervolgd en) bestraft, impliceert juist dat er sprake is van vereenzelviging. De Hoge Raad vindt blijkbaar dat de op te leggen straffen over en weer in balans moeten zijn, terwijl straffen van twee verschillende personen normaliter niet intern gecompenseerd hoeven te worden. Hoe zit dit precies en is de nationale uitleg van vereenzelviging in lijn met de Europese rechtspraak op dit onderwerp? Dat zullen we in deze bijdrage uiteenzetten.

2. Vereenzelviging nationaal

2.1. Wanneer is sprake van vereenzelviging?

Het leerstuk van vereenzelviging komt voort uit het ne bis in idem-beginsel en het una via-beginsel. Deze beginselen behelzen, kort gezegd, dat dezelfde persoon voor hetzelfde feit niet mag worden geconfronteerd met dubbele vervolging of bestraffing. Het verbod van ne bis in idem geldt ongeacht de wijze van bestraffing (bestuurs- of strafrechtelijk). Una via houdt in dat wanneer voor de ene route wordt gekozen, de alternatieve bestraffende route wordt afgesloten: wanneer een bestuurlijke boete is opgelegd kan die persoon voor dat feit in beginsel niet meer strafrechtelijk worden vervolgd.⁵ Op grond van artikel 51 lid 1 en 2 Sr kunnen zowel rechtspersonen als feitelijk leidinggevers worden vervolgd. Maar als zowel de bestuurder als diens BV worden bestraft, kan de vraag rijzen of hiermee dezelfde persoon dubbel wordt geraakt. Indien dit het geval is spreken we van vereenzelviging. Dat kan zich zowel voordoen binnen het boete- of strafrecht als in een procedure in het boeterecht naast het strafrecht. Als we het in dit artikel hebben over vereenzelviging, dan bedoelen we specifiek de situatie waarbij de bestuurder ook directeur-groootaandeelhouder is van de BV, en deze (aldus) zo nauw met zijn BV verbonden is dat kan worden gesproken van één persoon.⁶

1. Vanessa Huygen Van Dyck-Jagersma is advocaat en partner bij HuygenLammers Advocaten. Lisa Verhoeven is advocaat-stagiair bij HuygenLammers Advocaten.
2. Omwille van de leesbaarheid spreken wij hierna alleen van 'bestraft', maar moet daarvoor telkens 'beboet dan wel vervolgd en bestraft' worden gelezen.

3. Hoge Raad (Strafkamer) 15 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:364, NJ 2022/196 met noot N. Keijzer
4. Waarbij voor persoon ook rechtspersoon of entiteit kan worden gelezen.
5. Zoals gecodificeerd in art. 243 Sv en art. 5:43 en 5:44 Awb.
6. In dit stuk spreken we voor het leesgemak over de 'bestuurder', waarmee bedoeld wordt op de directeur-groootaandeelhouder.

Vereenzelviging wordt in de Nederlandse jurisprudentie niet gemakkelijk aangenomen, zoals in dit artikel uitgebreid aan bod zal komen. De discussie van vereenzelviging zal meestal spelen in een situatie waarin één bestuurder alle aandelen van zijn eigen BV heeft en in wezen dus zijn eigen BV 'is': de bestuurder vertegenwoordigt in dat geval zowel het vermogen als de wil van de vennootschap. Er kan echter ook sprake zijn van vereenzelviging als er een beperkte groep bestuurders is die gezamenlijk de aandelen van een BV bezit en vervolgens zowel de BV als de gezamenlijke bestuurders gestraft worden. Uiteraard doet zich dit alleen voor als het verwijt ook op dezelfde onjuiste aangifte ziet en niet bijvoorbeeld voor de bestuurder op diens onjuiste aangifte inkomstenbelasting (IB) en voor de BV op de vennootschapsbelasting (Vpb). De situatie van meerdere bestuurders komt hierna ook aan de orde in het te bespreken 'Glazenwasser-arrest'.

2.2. Probleem speelt niet bij de eenmanszaak

Het probleem van vereenzelviging speelt niet bij de eenmanszaak omdat er geen sprake is van een rechtspersoon ('jasje'): er is geen sprake van een aparte entiteit waaraan gedragingen kunnen worden toegerekend. De eenmanszaak heeft geen bestuurder. De eenmanszaak valt dan ook buiten de werkingssfeer van art. 51 Sr, waardoor er geen sprake kan zijn van feitelijk leidinggeven. Dit zal derhalve niet in een dubbele bestaffing van de ondernemer kunnen resulteren.⁷ Dit lijkt logisch, er is slechts één betrokken persoon en die kan dan ook slechts éénmaal worden bestraft. Maar in geval van een eenmans-BV kan de bestuurder/directeur-groootaandeelhouder wel - ook - persoonlijk bestraft worden als feitelijk leidinggever. Dit roept bij ons de vraag op of dit niet voor oneerlijke situaties zorgt. Immers, het gaat zowel bij de eenmans-BV als bij de eenmanszaak om één natuurlijk persoon die uit naam van diens onderneming handelt. In hoeverre rechtvaardigt het strikt (civielrechtelijke) juridische verschil tussen de eenmanszaak en de eenmans-BV het verschil in de mogelijkheid om 'dubbel' te bestraffen?

Een voorbeeld doet zich voor in een zaak van gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2015.⁸ Verdachte is een binnenvaartschipper die in de vorm van een eenmanszaak zijn binnenvaartschip exploiteert. Aan hem zijn in 2012 naheffingsaanslagen omzetbelas-

ting en een vergrijpboete wegens niet tijdig betalen van omzetbelasting over 2009 opgelegd. Daarna wordt hij strafrechtelijk vervolgd voor het onjuist doen van aangiften ten aanzien van diezelfde omzetbelasting. Het Hof verklaart het openbaar ministerie niet ontvankelijk in de strafvervolging, omdat aan de verdachte al bestuurlijke boetes zijn opgelegd wegens het ten laste gelegde feit.⁹ Was de eenmanszaak een BV geweest, dan was de tweede bestraffende procedure tegen de persoon achter de eenmans-BV wél mogelijk geweest.

Zoals Keijzer opmerkt in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2022, zijn de verdachte en zijn BV in geval van een eenmans-BV civielrechtelijk ongetwijfeld twee personen (of entiteiten), maar zou dat niet beslissend moeten zijn voor de leedtoevoeging waarop het strafrecht betrekking heeft.¹⁰ Zeker in vergelijking met de positie van de eenmanszaak-ondernemer dringt de conclusie zich op dat bestraffing van een eenmans-BV en diens directeur de situatie kan opleveren van een "rechtstoepassing waarbij de werkelijkheid uit het oog wordt verloren", aldus Keijzer

2.3. Het leerstuk 'vereenzelviging' bij invoering van de Vierde Tranche

Per 2009 is in de Algemene wet bestuursrecht de mogelijkheid opgenomen om aan een medepleger een boete op te leggen, de zogenoemde Vierde Tranche Awb.¹¹ Bij diezelfde wet is 'una via' in de wet opgenomen: de regel dat een persoon voor hetzelfde feit maar één keer een straf opgelegd kan krijgen.¹² Uitdrukkelijk is mogelijk gemaakt om niet alleen rechtspersonen een boete te kunnen opleggen maar ook de functionele daders, oftewel de mensen achter de rechtspersoon. Natuurlijk is dan niet automatisch sprake van 'dubbelop': niet in alle gevallen zal het gaan om een rechtspersoon en bestuurder(s) die zodanig met elkaar verweven zijn qua vermogen en wil dat zij als één persoon zouden moeten worden gezien.

Bij de invoering van de Vierde Tranche was reeds aandacht voor het leerstuk van vereenzelviging. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bij de invoering uitdrukkelijk is nagedacht over de vraag of het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon mogelijk is wanneer aan de directeur¹³ van de rechtspersoon ook als natuurlijke persoon al een

7. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3539 (geen feitelijk leidinggeven aan eenmanszaak).

8. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:481 (ne bis in idem eenmanszaak).

9. Hoewel de boete was opgelegd wegens niet-betaling en hij strafrechtelijk vervolgd werd wegens het niet-doen van aangifte, is dit aangemerkt als 'hetzelfde feit' omdat "het niet voldoen van de (materieel wel verschuldigde) omzetbelasting en het onjuist of onvolledig invullen van de belastingaangifte zodanig met elkaar in verband staan dat met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen van de

verdachte en met betrekking tot de wezenlijke samenhang in handelen en schuld, er sprake is van hetzelfde feit."

10. Noot Keijzer onder Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p., §3.

11. Kamerstukken 29702, invoering van art. 5:1 Awb ('medeplegersboete') e.a.

12. Art. 5:43 en 5:44 Awb in het bestuursrecht en de strafrechtelijke tegenhanger in art. 243 Sv

13. In de parlementaire geschiedenis wordt het begrip 'directeur' gebruikt, maar is duidelijk dat men het oog heeft op de directeur-groootaandeelhouder. In dit stuk gebruiken wij verder voor het leesgemak de term 'bestuurder' maar doelen op hetzelfde begrip.

straf is opgelegd.¹⁴ Volgens de memorie van toelichting bij artikel 5:43 Awb¹⁵ is hierbij voornamelijk relevant wie feitelijk wordt geraakt door de boete en in hoeverre de directeuren kunnen worden vereenzelvigd met de rechtspersoon.¹⁶ Uitgangspunt voor de wetgever was dat die vereenzelviging zeker mogelijk is en tot een beperking van de mogelijkheid tot het opleggen van een boete aan zowel de rechtspersoon als aan de bestuurder kan leiden. Voor een nadere invulling hiervan wordt in de wetgeschiedenis verwezen naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad uit 1990 en een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit 2002. Deze twee uitspraken zullen wij hierna bespreken.

Het 'Glazenwasser-arrest' van de Hoge Raad uit 1990 ziet op het ne bis in idem-beginsel na een transactie (schikking) met het OM. De casus was als volgt: een schoonmaakbedrijf met vier directeuren wordt verdacht van belastingontduiking en het doen van valse belastingaangiften. Deze vier directeuren waren de enig aandeelhouders. Het OM besluit de rechtspersoon niet nader te vervolgen, maar er volgt geen formeel sepot. De vier directeuren worden als feitelijk leidinggevers wel vervolgd en krijgen uiteindelijk een transactie aangeboden die zij accepteren. Vervolgens wil de inspecteur een fiscale boete opleggen aan de rechtspersoon.

De Hoge Raad oordeelt dat het OM ingevolge artikel 51 lid 2 Sr weliswaar vrij is in zijn keuze om strafvervolgning in te stellen tegen de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever(s), maar als het OM de keuze maakt om de rechtspersoon niet te vervolgen, het de inspecteur "[niet] zonder meer zou vrijstaan" wegens dezelfde feiten een fiscale boete op te leggen.¹⁷ Het ging hier dus om de heel specifieke omstandigheid waarin het OM weliswaar heeft overwogen de BV te vervolgen maar de keuze heeft gemaakt dat niet te doen, en de inspecteur vervolgens probeert een fiscale boete op te leggen. Zoals Van Veen in zijn noot bij dit arrest in onze ogen terecht opmerkt, kon de inspecteur veronderstellen dat de officier van justitie ervan uitging dat het vervolgen van zowel de rechtspersoon als de vier directeuren tot dubbele bestrafing zou leiden.¹⁸ Hoewel de Hoge Raad daar niet expliciet aan refereert, kan hierbij hebben meegespeeld wat de A-G in zijn conclusie opmerkte dat men "[zou] kunnen redeneren dat de directeur de wil van de [BV] bepaalt en beide kunnen worden vereenzelvigd".¹⁹

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep

(CRvB) ziet op de situatie waarbij de bestuurder onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld en de inspecteur vervolgens boetenota's wil opleggen aan de rechtspersoon.²⁰ Volgens de CRvB zal, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 1990, een belangenafweging moeten plaatsvinden om te bepalen of de vennootschap een boete wordt opgelegd wegens dezelfde feiten als die waarvoor de bestuurder strafrechtelijk is veroordeeld en of de ondernemer hierdoor tweemaal in zijn vermogen wordt getroffen.²¹

Ten tijde van de invoering van de Vierde Tranche was de lijn dus duidelijk. Om te bepalen of het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon mogelijk is nadat aan de bestuurder een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke sanctie is opgelegd (of andersom), dient een zorgvuldige belangenafweging plaats te vinden waarbij wordt gekeken naar wie feitelijk wordt geraakt door de boete en in hoeverre de bestuurders kunnen worden vereenzelvigd met de rechtspersoon. Hierbij is onder andere van belang of de directeur hierbij twee keer in zijn vermogen wordt getroffen. In andere woorden, of het gaat om dezelfde portemonnee. Naar onze mening heeft de wetgever dan ook beoogd dat het leerstuk van vereenzelviging volgens deze lijn wordt uitgelegd.

Opvallend is dat in de memorie van toelichting totaal voorbij wordt gegaan aan Hoge Raad 19 maart 2002.²² In dit arrest wordt kort gezegd geoordeeld, een oordeel dat onzes inziens haaks staat op het arrest van de Hoge Raad uit 1990 en de uitspraak van het CRvB uit 2002, dat het mogelijk is om zowel aan de bestuurder als aan de rechtspersoon een boete op te leggen. Deze omstandigheid dient echter wel meegenomen te worden bij de bepaling van de strafmaat, aldus de Hoge Raad. Wellicht dat meespeelde dat het in deze casus van de Hoge Raad ging om *gelijktijdige* vervolging van een BV en diens bestuurder en (werd verondersteld dat) de straffen over en weer zijn verdisconteerd. Het ging niet om volgtijdelijk een (straf-)procedure A tegen de bestuurder en (daarna) een (bestuurlijke boete-)procedure B tegen de entiteit. Als geen sprake is van gelijksoortige procedures of gelijktijdigheid, dan is minder reden aanwezig om aan te nemen dat hier in de strafmaat rekening mee zal zijn gehouden. In dezelfde lijn past overigens een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) uit 2017. Ook daar ging het om *gelijktijdige* beboeting van rechtspersoon en feitelijk leidinggever en is de evenredigheid van de to-

14. Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 137, Memorie van Toelichting (MvT) bij invoering van de Vierde Tranche Awb, van 6 augustus 2004.
15. Dit artikel codificeert het ne bis in idem-beginsel voor bestuurlijke boeten. In de Memorie van Toelichting aangeduid als artikel 5.4.1.4.
16. MvT Vierde Tranche Awb van 6 augustus 2004, t.a.p., p. 137.
17. Hoge Raad (Belastingkamer) 20 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4312, NJ 1990/811, met noot Th.W. van Veen (Glazenwasser-arrest. Ne bis in idem voor BV na schikking OM met directeuren), rov. 9.1 en 9.2.
18. Noot Van Veen, onder 3, bij Hoge Raad 20 juni 1990, t.a.p.

19. A-G Van Soest voor Hoge Raad 20 juni 1990, Conclusie van 9 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:10. De A-G haalt een citaat aan van Van Oosterom dat letterlijk over een NV gaat, maar past dit op de voorliggende casus toe door te schrijven 'naar J.J. van Oosterom (...)', zie J.J. van Oosterom, Weekblad voor fiscaal recht (WFR) 1962/4598, p. 253.
20. CRvB 21 maart 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE1890.
21. CRvB 21 maart 2002, t.a.p.
22. Hoge Raad (Strafkamer) 19 maart 2002, V-N 2002/28.9 (Ne bis in idem. Vennootschap en directeur enig aandeelhouder, impliciet rekening gehouden in strafmotivering)

tale straf beoordeeld.²³ In ieder geval vormde het arrest uit 2002 voor de wetgever (in 2004 en 2006)²⁴ geen aanleiding afstand te nemen van de vereenzelvigingsgedachte, maar zoals gezegd wordt deze uitspraak niet in de wetsgeschiedenis besproken.

2.4. Hoge Raad 2022: oplossing via straf-toemeting

De Hoge Raad heeft recent een in onze ogen opvallend arrest gewezen. In hoger beroep oordeelde het Hof, kort gezegd, dat oplegging van fiscale (bestuursrechtelijke) boetes aan de BV in beginsel in de weg staat aan strafrechtelijke vervolging van de verdachte wegens het feitelijk leidinggeven aan de strafbare gedraging.²⁵ De Hoge Raad ging niet in dit oordeel mee. Hoewel het oordeel van het Hof in lijn lijkt te zijn met de door de wetgever beoogde invulling van het leerstuk van vereenzelviging, oordeelde de Hoge Raad dat *"de enkele omstandigheid dat de verdachte bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder was de BV, de beoordeling van de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging niet anders maakt."*²⁶ Hiermee diskwalificeert de Hoge Raad de situatie die volgens de parlementaire geschiedenis bij uitsteking vereenzelviging opleverde. Het kan volgens de Hoge Raad wel in de rede liggen om een dergelijke omstandigheid te betrekken bij de straf-toemeting.

In diens conclusie voor dit arrest behandelt A-G Hofstee uitgebreid de parlementaire geschiedenis en relevante jurisprudentie.²⁷ Zo ook het eerder door ons genoemde arrest van 20 juni 1990 van de Hoge Raad, de uitspraak van 21 maart 2002 van de Centrale Raad van Beroep en de memorie van toelichting bij de relevante artikelen bij invoering van de Vierde Tranche. A-G Hofstee legt de opsomming van de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie vrij gemakkelijk naast zich neer. Dit is in onze ogen opvallend, nu hier naar onze mening duidelijk uit voortvloeit dat het una-via beginsel van toepassing is bij vereenzelviging zoals in het onderhavige geval. Hij concludeert dat een dergelijke *"(ruime) uitleg van het toepassingsbereik van het una-via beginsel"* nadere motivering verdient om de cassatietoets te kunnen doorstaan.²⁸

Dat het in de rede ligt om een dergelijke omstandigheid te betrekken bij de straf-toemeting, is in onze ogen opmerkelijk. Volgens de Hoge Raad gaat het hier om twee (civielrechtelijke) entiteiten, die ieder

afzonderlijk bestraft kunnen worden. Als het daadwerkelijk gaat om twee strikt te onderscheiden entiteiten en het dus niet gaat om één persoon met zijn 'jasje aan' of 'jasje uit', waarom wordt deze omstandigheid dan meegenomen bij de straf-toemeting? Wanneer ervan moet worden uitgegaan dat sprake is van twee afzonderlijke personen (of entiteiten), is er namelijk geen reden om iets met de straf-toemeting te doen. Als twee personen samen een overval plegen worden hun straffen ook niet met elkaar verdisconteerd. Door dit hier wel te doen, doet de redenering van de Hoge Raad licht schizofreen aan. Het onderling in de strafmaat verdisconteren van de straffen aan een eenmans-BV en bestuurder, impliceert dat er toch sprake is van straffen aan één en dezelfde persoon, dus wel van vereenzelviging. Of zoals Hofman het formuleert: het lijkt toch erg op dubbele aansprakelijkstelling van hetzelfde rechts-subject door economische samenloop, aangezien dezelfde natuurlijk persoon tweemaal in zijn vermogen wordt getroffen.²⁹

Moeten we concluderen dat de Hoge Raad de werkelijkheid uit het oog is verloren? In dit arrest is naar onze mening duidelijk sprake van vereenzelviging. Immers, het gaat om een natuurlijk persoon die de BV volledig belichaamt. Zoals Keijzer in zijn kritische noot bij dit arrest aangeeft, gaat het civielrechtelijk ongetwijfeld om twee verschillende personen, maar betwijfelt hij terecht of dat nu echt is wat doorslaggevend moet zijn voor de leedtoevoeging waarop het strafrecht betrekking heeft.³⁰ Aan een mens langs civielrechtelijke lijn twee entiteiten onderscheiden en die dan voor hetzelfde feit afzonderlijk straffen noemt hij "begriffsjurisprudentz". Hij spreekt van "rechtstoepassing waarbij de werkelijkheid uit het oog wordt verloren". Ons bekruipt bij het lezen van dit arrest het gevoel: dit kan alleen een jurist bedenken.

Een met het leerstuk van vereenzelviging verwant leerstuk is dat van de eendaadse samenloop. Volgens de Hoge Raad in diens arrest van 20 juni 2017 moet de samenloopregeling adequate bescherming bieden tegen mogelijk dubbele bestraffing voor "in wezen hetzelfde strafrechtelijk relevante verwijt".³¹ Mevis merkt in zijn noot bij dit arrest op dat het begrip 'in wezen hetzelfde' herhaaldelijk door de Hoge Raad wordt gebruikt.³² In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat *"het toepassingsbereik van deze regelingen ruimer is dan wellicht kon worden afgeleid uit eerdere rechtspraak waarin vooral de verschillen in de strekking van*

23. CBB 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14.

24. Noch in de Memorie van Toelichting (MvT Vierde Tranche Awb van 6 augustus 2004, t.a.p.), noch in de Nota naar aanleiding van het verslag van twee jaar (12 april 2006) in reactie op vragen Kamerfracties, Kamerstukken II 2005/06, 29702, nr. 7, p. 49-50 (vraag 93), Nota naar aanleiding van het verslag (NnV) van 12 april 2006.

25. Dit arrest gaat ook over de vraag of 'ne bis in idem' kan spelen na een verzuimboete of alleen na een vergrijpboete. De Hoge Raad oordeelt dat een verzuimboete niet aan een latere strafzaak in de weg kan staan. Dit onderwerp valt echter buiten het spectrum van dit artikel.

26. Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p.

27. Conclusie A-G Hofstee voor Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p.

28. Conclusie A-G Hofstee voor Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p., onder punt 23.

29. C. Hofman, 'Evenredige dubbele bestraffing: de toekomst van 'ne bis', of een contradictio in terminis?', NLFW 2022/0016.

30. Noot Keijzer onder Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p., §3.

31. Hoge Raad 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, NJ 2019/111 (eendaadse samenloop en voortgezette handeling).

32. P.A.M. Mevis, noot onder Hoge Raad 20 juni 2017, t.a.p., §4.

de betrokken strafbepalingen centraal stonden." Mevis merkt nog op dat de Hoge Raad voor de invulling van deze ruimte nadrukkelijk verwijst naar feitenrechters in strafzaken maar ook naar rechters die over bestuurlijke boetes oordelen.³³ Een vergelijkbare situatie kan zich ook voordoen bij de bestuurder en de eenmans-BV. In onze ogen kunnen zij onder bepaalde omstandigheden inderdaad zodanig samenvallen dat de bestuurder 'in wezen' twee keer hetzelfde verwijt wordt gemaakt, waarvoor slechts één keer bestraffing zou moeten kunnen volgen.

2.5. Dubbele bestraffing na aansprakelijkstelling voor boete?

Een situatie die in onze ogen nog verder gaat dan het vereenzelvigen van de bestuurders (directeur(en) grootaandeelhouders) met het bedrijf en het raken van dezelfde portemonnee, is die van de strafvervolgning van de bestuurder na hoofdelijke aansprakelijkstelling door de Belastingdienst van diezelfde bestuurder voor een aan de vennootschap opgelegde boete, voor het onjuist doen van één bepaalde belastingaangifte.³⁴ In een dergelijke situatie is gevoelsmatig nog sterker sprake van bestraffing van dezelfde persoon voor dezelfde gedraging.

Deze situatie deed zich voor in een arrest van de Hoge Raad in 2004.³⁵ De bestuurder van de BV was hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een verhoging (boete dus) over nageheven premies werkgeversverzekeringen. De Hoge Raad oordeelt dat deze aansprakelijkstelling niet in de weg staat aan de strafvervolgning. Dit oordeel heeft ons verrast vanwege de verregaande consequentie dat dezelfde persoon effectief wel tweemaal voor hetzelfde feit een straf te verduren krijgt. Ook anderen zijn kritisch. Zo schrijft Stijnen in zijn noot bij dit arrest: het is niet om vrolijk van te worden.³⁶ Ook Vetter is in zijn noot bij dit arrest ongezoeten kritisch en suggereert dat de Hoge Raad wellicht het onderscheid tussen (de eisen voor) aansprakelijkstelling voor de naheffing enerzijds en de boete anderzijds niet goed voor ogen heeft gehad.³⁷

De reden dat dit in onze ogen nog verder gaat, is omdat het hiermee niet alleen gaat om het raken van dezelfde portemonnee. Voor aansprakelijkstelling voor een boete is namelijk meer nodig dan voor een 'gewone' aansprakelijkstelling, die kan worden opgelegd wegens niet-tijdig melden van betalings-

onmacht of 'onbehoorlijk bestuur'. Voor een boete moet op grond van art. 32 Invorderingswet een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt van 'het belopen daarvan', met andere woorden: de bestuurder moet persoonlijk een verwijt kunnen worden gemaakt dat de boete is opgelegd. Zoals Hofman in haar dissertatie opmerkt: die eis van verwijtbaarheid past ook bij de rechtspraak van de Hoge Raad, waaruit voortvloeit dat een boete persoonlijk moet zijn, óók als deze verband houdt met belasting van een ander.³⁸ Dit impliceert dat aan de bestuurder een 'persoonlijk verwijt' van het beboetbare feit moet kunnen worden gemaakt. Dat kwam in de casus van het arrest uit 2004 niet zo nadrukkelijk aan de orde. De Hoge Raad zag in ieder geval geen beletsel voor de tweede bestraffing.

Op het eerste oog concludeerde A-G Frielink in 2020 nog in lijn met het arrest uit 2004. Het ging in deze casus om de strafvervolgning van de bestuurder van een rechtspersoon als feitelijk leidinggever, nadat er al fiscale boetes aan de rechtspersoon zijn opgelegd en de bestuurder hiervoor fiscaal aansprakelijk was gesteld. Hij merkt op dat uit de hofuitspraak volgt dat *"hoewel aan de rechtspersoon onder meer een (fiscale) boete is opgelegd, de aansprakelijkheidsstelling van de verdachte voor de belastingschulden van de rechtspersoon niet impliceert dat die boete nu aan de verdachte is opgelegd."*³⁹ Maar een voortzetting van de '2004-lijn' kan hier niet direct in worden gezien, omdat het hof (in de woorden van de A-G) vervolgt: de aansprakelijkstelling betrof andere tijdvakken dan die waarover – ná de aansprakelijkstelling – eveneens naheffingsaanslagen met boetes zijn opgelegd. Voor de tijdvakken waar de strafzaak over ging waren naheffingsaanslagen juist zonder boete opgelegd.

Aangezien het om evident verschillende feiten ging, kon het middel volgens de A-G dan ook via art. 81 RO worden afgedaan, wat de Hoge Raad vervolgens ook doet. Het is wel jammer dat de Hoge Raad hier geen aanleiding heeft gezien te verduidelijken of slechts het verschil in tijdvakken maakte dat geen sprake kon zijn van dubbele bestraffing. Een overweging ten overvloede in reactie op de kritieken op het arrest van 2004, was meer dan welkom geweest.⁴⁰

33. P.A.M. Mevis, noot onder Hoge Raad 20 juni 2017, t.a.p., §4.

34. Destijds nog een 'verhoging' genoemd.

35. Hoge Raad 21 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4045, RSV 2005/124 met noot R. Stijnen.

36. Noot Stijnen in RSV 2005/124 onder Hoge Raad 21 september 2004, t.a.p., §1.

37. Hoge Raad 21 september 2004, FED 2004/655 met noot J.J. Vetter. Vetter merkt hierin op: *"Wellicht is de mislag te wijten aan de wat magere conclusie van de advocaat-generaal op dit punt. De advocaat-generaal zet in zijn conclusie de raadsheren volledig op het verkeerde been. In nr. 14 e.v. van de conclusie wordt ten onrechte geen onderscheid gemaakt tussen de bestuurdersaansprakelijkheid zelf, die in-*

derdaad uit de wet, de feiten en het tijdsverloop voortvloeit (en - althans volgens de wetsgeschiedenis [2] - geen sanctie behelst) en de premieboete (een sanctie die pas ontstaat bij beschikking en derhalve niet uit wet, de feiten en het tijdsverloop)."

38. C. Hofman, Het systeem van sanctionering van fiscale fraude (FM nr. 166) 2021, §5.3.9 Dezelfde portemonnee.

39. Conclusie A-G Frielink van 15 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1182, punt 14.

40. Zie in dezelfde zin de commentaren bij Conclusie A-G Frielink 15 december 2020, t.a.p., van A.M.E. Nuyens in NLF 2021/0155 en A.C.M. Klaasse via BijzonderStrafrecht.nl.

3. Vereenzelviging supranationaal

3.1. Jurisprudentie EHRM

Voordat we ingaan op de uitleg door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) merken we op dat hier voor de Nederlandse rechter niet rechtstreeks een beroep op kan worden gedaan. Dat komt doordat het ne bis in idem-beginsel niet in het EVRM is opgenomen maar in een aanvullend protocol, dat niet door de Nederlandse regering is geratificeerd.⁴¹

Indirect kan toch een beroep worden gedaan op het ne bis in idem-beginsel zoals geregeld in artikel 4 van het Zevende protocol bij het EVRM, namelijk 'over de band' van het Unierecht. Hetzelfde beginsel is opgenomen in artikel 50 van het (hierna te bespreken) EU Handvest. Daarin is geregeld dat door het EVRM erkende grondrechten, die ook als algemene beginselen deel uitmaken van het Unierecht, dezelfde inhoud en reikwijdte hebben als die welke er door het EVRM aan worden toegekend.⁴² Om die reden is het toch relevant te kijken naar de uitleg die het EHRM aan 'ne bis in idem' geeft.

In het arrest Heinänen uit 2015 ging het om een bestuurder van een eenmans-BV.⁴³ De feiten die hem in twee procedures werden verweten waren niet dezelfde, aangezien het in de ene zaak om zijn persoonlijke belasting ging en in de andere om de belasting die de onderneming had moeten aangeven. Naar de Nederlandse context vertaald: in de ene zaak ging het om aangiften inkomstenbelasting (IB), terwijl het in de andere ging om aangiften vennootschapsbelasting (Vpb). Desondanks geeft het EHRM een voor dit artikel relevante overweging (in eigen vertaalde versie, onze onderstreping): *"het doen van een belastingaangifte in de personenbelasting verschilt van het doen van een belastingaangifte voor een vennootschap, aangezien deze aangiften in verschillende vormen worden gedaan; zij kunnen op een ander tijdstip zijn verricht en, in het geval van de vennootschappen, ook andere personen hebben betrokken (zie arrest van 20 mei 2014, Pirttimäki/Finland, nr. 35232/11, § 51))."*⁴⁴ In andere woorden: voor de vraag of al dan niet sprake is van hetzelfde feit, is volgens het EHRM de (mogelijke) betrokkenheid van andere personen van belang.

Het EHRM herhaalt in Heinänen nadrukkelijk diens overweging uit het eerdere arrest Pirttimäki (2014).⁴⁵ Ook daar ging het om een 'IB' versus een 'Vpb' aangifte. Het Hof overwoog (in eigen vertaalde versie, onze onderstreping): *"Zelfs al zou het in beide gevallen inderdaad de aanvrager zijn geweest die de belastingaangifte had gedaan, dan nog waren de omstandigheden niet dezelfde: het doen van een belastingaangifte in de personenbelasting verschilt van het doen van een belastingaangifte voor een vennootschap, aangezien deze aangiften in verschillende vormen worden gedaan, zij op een ander tijdstip kunnen zijn gedaan en, in het geval van het bedrijf, kunnen er ook andere personen bij betrokken zijn geweest."*⁴⁶

In beide arresten verwijst het EHRM ook naar Isaksen (2003).⁴⁷ Daarin overwoog het Hof (in eigen vertaalde versie): *"Hoewel er een nauw verband bestond tussen de belastingontduiking door de onderneming en zijn eigen belastingontduiking, betroffen de sancties twee verschillende juridische entiteiten."*⁴⁸ Hierbij moet echter worden opgemerkt dat het – ook hier – ging om belastingheffing van twee onderscheiden entiteiten, namelijk een 'IB' en een 'Vpb', waardoor het om twee verschillende onjuiste aangiftes en daarmee om twee verschillende verwijten gaat.

Er is dus geen EHRM-rechtspraak die ziet op zuivere vereenzelviging waarbij zowel de bestuurder als de BV voor hetzelfde feit (dezelfde onjuiste belastingaangifte) worden gestraft. Wel wordt in EHRM-rechtspraak verschillende malen overwogen dat het doen van belastingaangifte voor de personenbelasting een ander feit betreft dan het doen van aangifte vennootschapsbelasting. Het EHRM heeft in onze ogen dus (nog) geen oordeel gegeven over de vraag of het ne bis in idem-beginsel in de weg staat aan het opleggen van een sanctie aan twee verschillende entiteiten als het gaat om dezelfde onjuiste aangifte. De aangehaalde cases kunnen immers beter worden vergeleken met diefstal uit twee verschillende winkels, in plaats van met één diefstal die dezelfde persoon in twee hoedanigheden wordt verweten.

Uit de aangehaalde jurisprudentie kan ook een aanwijzing worden afgeleid wat van belang is voor de beoordeling of een natuurlijk persoon en rechtspersoon wel als één kunnen worden gezien. Namelijk of 'andere personen betrokken kunnen zijn geweest'

41. Kamerstukken II 2004/05, 29800 VI, nr. 9. Achtergrond van dat niet-ratificeren was overigens niet dat Nederland het niet eens was of is met de ne bis in idem-gedachte, maar met het in datzelfde protocol opgenomen recht van hoger beroep dat ruimer was dan Nederland destijds had geregeld.

42. Art. 52 lid 3 Handvest. Zie hierover ook HvJ EU 5 april 2017, Orsi en Baldetti, rov. 14-15.

43. EHRM 29 januari 2015, nr. 947/13, Heinänen tegen Finland.

44. EHRM Heinänen 2015 t.a.p., § 37. Automatische vertaling door Word opgenomen voor de leesbaarheid. De originele tekst luidt: *"making a tax declaration in personal taxation differs from making a tax declaration for a company as these declarations are made in different forms, they may have been made at a different point in time and, in the case*

of the companies, may also have involved other persons (see Pirttimäki v. Finland, no. 35232/11, § 51, 20 May 2014)."

45. EHRM 20 mei 2014, nr. 35232/11, Pirttimäki tegen Finland.

46. EHRM Pirttimäki 2014 t.a.p., § 51. Automatische vertaling door Word opgenomen voor de leesbaarheid. De originele tekst luidt: *"Even assuming that it had in fact been the applicant who was making the tax declaration in both cases, the circumstances were still not the same: making a tax declaration in personal taxation differs from making a tax declaration for a company as these declarations are made in different forms, they may have been made at a different point of time and, in the case of the company, may also have involved other persons."*

47. EHRM 2 oktober 2003, nr. 13596/02, Isaksen tegen Noorwegen.

48. EHRM Isaksen 2003 t.a.p.

bij het doen van een belastingaangifte. Dat is begrijpelijk: als meer personen een rol spelen binnen een rechtspersoon, is minder reden om aan te nemen dat het handelen van de één gelijk staat aan het handelen van de ander. Anders gezegd: 'jasje aan' en 'jasje uit' werkt niet als er meer mensen in hetzelfde jasje zitten.

3.2. Jurisprudentie HvJ EU

Net als bij de EHRM-jurisprudentie moet ook hier allereerst een voorbehoud worden gemaakt voor het kunnen invoeren van het ne bis in idem-beginsel zoals opgenomen in het Handvest. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest of EU Handvest) is EU-recht, ook wel Unierecht genoemd. Als lidstaat van de Europese Unie is Nederland gebonden aan het Handvest wanneer het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd. Alleen in die zaken heeft het EU Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) rechtsmacht.

Dit betekent dat het in het Handvest geregelde ne bis in idem-beginsel niet zomaar in elke (fiscale) strafzaak kan worden ingeroepen. Sprake moet zijn ofwel van een 'Unierechtelijk' belastingmiddel zoals omzetbelasting⁴⁹, ofwel op andere wijze van toepassing zijn van Unierecht. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn doordat gebruik is gemaakt van een door het VWEU⁵⁰ gewaarborgde verkeersvrijheid zoals vrijheid van kapitaal, door het aanhouden van een bankrekening in een andere EU-lidstaat.⁵¹

In het arrest Orsi en Baldetti uit 2017 gaat het HvJ EU in op de vraag of sprake zou zijn van vereenzelviging.⁵² Omdat de strafzaak de omzetbelasting betreft en aanvaard is dat fiscale sancties en strafzaken voor strafbare feiten op het gebied van btw daarmee eveneens uitvoering van Unierecht betreffen, valt dit onder het toepassingsbereik van het EU Handvest.

Het HvJ EU leidt uit de verwijzingsbeslissing af dat fiscale sancties zijn opgelegd aan vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (voor het gemak hierna aan te duiden als: BV's), terwijl de strafzaken zijn gericht tegen de natuurlijke personen Orsi en Baldetti. Onder verwijzing naar wat de A-G in zijn conclusie onder 36 opmerkt, overweegt het HvJ EU dat derhalve blijkt dat de vervolging betrekking heeft op verschillende personen, "zodat niet lijkt te zijn voldaan aan de toepassingsvoorwaarde van het ne bis-in-idembeginsel, volgens welke dezelfde persoon het voorwerp moet uitmaken van de sancties en de desbetreffende vervolgingen, hetgeen de verwijzende rechter evenwel dient na te gaan."⁵³ In dit kader wordt tevens

overwogen dat het feit dat Orsi en Baldetti de strafrechtelijk vervolgd feiten "*hebben begaan als wettelijke vertegenwoordigers van vennootschappen waaraan fiscale geldboeten zijn opgelegd, niet afdoen aan de conclusie in het vorige punt.*"⁵⁴

Van belang om op te merken is dat het HvJ EU hier dus niet zegt dat het verschil in entiteiten *onweerlegbaar* betekent dat niet aan toepassing van het ne bis-in-idembeginsel kan zijn voldaan, maar dat dit zo 'lijkt' en de verwijzende rechter dit zal moeten onderzoeken. Waar de A-G voor een heel zwart-witte benadering koos dat bij bestraffing van twee entiteiten onmogelijk sprake kan zijn van dubbele bestraffing ("*in those circumstances, it is not possible to refer to double punishment (or to double prosecution) of the same person*")⁵⁵, is dit niet zo zwart-wit terug te lezen in het arrest van het HvJ EU.

Vervolgens gaat het HvJ EU na of het beschermingsniveau van (het ne bis in idem-beginsel in) art. 50 Handvest voldoet aan het minimumbeschermingsniveau van het EVRM. Op grond van Pirttimäki concludeert het HvJ EU dat het EHRM geen dubbele bestraffing ziet wanneer de sancties betrekking hebben op juridisch onderscheiden natuurlijke- of rechtspersonen.⁵⁶ Zoals hierboven opgemerkt kan die conclusie echter niet worden getrokken, aangezien Pirttimäki betrekking had op twee verschillende beboetbare gedragingen, te weten de één voor een 'IB'-aangifte en de andere voor de 'Vpb'. Dit verschil wordt door het HvJ EU echter niet onderkend. Het HvJ EU concludeert vervolgens dat, gelet op het voorgaande, art. 50 Handvest zich niet verzet tegen een regeling waarbij een natuurlijk persoon wordt vervolgd nadat een rechtspersoon voor datzelfde feit al een boete opgelegd heeft gekregen.⁵⁷ Naar de overige eisen van 'ne bis in idem' hoeft daarom niet meer te worden gekeken.

De overwegingen in §22-23 en §24-27 lijken met elkaar in tegenspraak. In eerste instantie overweegt het HvJ EU dat in geval van bestraffing aan rechtspersoon en natuurlijk persoon door de nationale rechter nog moet worden nagegaan of (geen) sprake is van bestraffing aan dezelfde persoon. Vervolgens concludeert het HvJ EU na beoordeling van EHRM-jurisprudentie dat het Handvest zich niet verzet tegen bestraffing van een rechtspersoon gevolgd door een sanctie aan een natuurlijk persoon. Wellicht dat dit zich laat verklaren, zoals Keijzer suggereert, doordat Orsi en Baldetti 'slechts' wettelijk vertegenwoordiger waren van de vennootschappen en niet blijkt uit het arrest dat zij daarnaast ook de enig aandeelhouders waren.⁵⁸ Dit zou het onderscheid goed

49. De invulling van de Nederlandse omzetbelasting is gebaseerd op de EU btw-richtlijn richtlijn 2006/112.

50. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

51. Vergelijk Rechtbank Zeeland-West-Brabant 5 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:6906, o.v. 10.2 met betrekking tot toepassing van het EU-verdedigingsbeginsel.

52. HvJ EU 5 april 2017, ECLI:EU:C:2017:264, gevoegde zaken C-217/15 en C-350/15 betreffende prejudiciële vragen in de

strafzaken tegen Massimo Orsi (C-217/15), Luciano Baldetti (C-350/15).

53. HvJ EU Orsi en Baldetti 2017, t.a.p. § 22.

54. HvJ EU Orsi en Baldetti 2017, t.a.p. § 23.

55. Conclusie Mr. Campos Sánchez-Bordona voor HvJ EU Orsi en Baldetti 2017, t.a.p., punt 36.

56. HvJ EU Orsi en Baldetti 2017, t.a.p. § 25 onder verwijzing naar EHRM Pirttimäki 2014 t.a.p., § 51.

57. HvJ EU Orsi en Baldetti 2017, t.a.p. § 27.

58. Noot Keijzer onder Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p., §3.

kunnen verklaren; wanneer in de gevallen van Orsi en Baldetti geen sprake was van eenmans-BV's, kan ook geen sprake zijn van vereenzelviging. De opmerking dat het enkele feit dat zij wettelijk vertegenwoordigers waren niet maakt dat van 'dezelfde persoon' zou kunnen worden gesproken, kan dan goed worden geplaatst.

3.3. Hoge Raad in lijn met 'Europa'?

Terug naar de Hoge Raad in 2022.⁵⁹ Is dat arrest in lijn met de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU of daarmee in strijd? Het EHRM geeft zoals gezegd in onze ogen nog geen antwoord, aangezien de casussen die daar zijn voorgelegd over verschillende 'diefstallen' ging en niet over één 'diefstal' waarbij twee civiel onderscheiden entiteiten voor hetzelfde feit zijn gestraft. Het HvJ EU ziet dat ogenschijnlijk niet en oordeelt dat het EHRM de 'dubbele' bestrafing toelaat. Gelet op de overwegingen daarvóór, gaan wij ervan uit dat de HvJ EU desondanks ruimte ziet voor vereenzelviging en die beoordeling aan de nationale rechter laat. Met de opmerking dat de enkele omstandigheid dat het zijn van 'wettelijk vertegenwoordiger' nog géén vereenzelviging rechtvaardigt.

De jurisprudentie van de Hoge Raad is hiermee in zoverre wel in lijn dat ook in diens arrest vereenzelviging niet categorisch wordt uitgesloten. De Hoge Raad overwoog immers dat 'de enkele omstandigheid' dat verdachte bestuurder én enig aandeelhouder was, de beoordeling van de ontvankelijkheid – lees: de beoordeling of sprake is van een tweede vervolging van dezelfde persoon – niet anders maakt. Demandt en Coenen merken op dat hoewel de drempel onhaalbaar hoog lijkt, het nog voorbarig is de vereenzelvigingsleer (in onze woorden) helemaal bij het oud vuil te zetten.⁶⁰ Maar de grote vraag is dan wat nog wel zou kunnen voldoen om tot vereenzelviging te komen. Een beter voorbeeld van een eenmans-BV waarbij vennootschap en natuurlijk persoon samenvallen, is lastig voor te stellen. Vooralsnog concluderen wij dat de Hoge Raad hiermee de lat zo hoog heeft gelegd dat vereenzelviging naar het rijk der fabelen is verbannen, en daarmee strenger is dan de lijn van het EHRM én het HvJ EU.

4. Conclusie

Bij invoering van de Vierde Tranche Awb ging de wetgever uitdrukkelijk uit van de mogelijkheid van vereenzelviging van BV en ondernemer. Die vereenzelviging zou in de weg (kunnen) staan aan het opleggen van een boete aan zowel de rechtspersoon als aan de bestuurder. In onze ogen betreft de in de parlementaire geschiedenis gegeven toelichting niet slechts een weergave van de jurisprudentie op dat moment, maar heeft de wetgever ook beoogd het leerstuk van vereenzelviging op deze wijze uit te leggen. In 2022 legde de Hoge Raad de lat voor het aanmerken van BV en bestuurder als eenzelfde persoon in het kader van de bestrafing echter zo hoog, dat toepassing onmogelijk lijkt te zijn geworden. Daarbij wijkt de Hoge Raad naar onze mening af van de lijn in de jurisprudentie van zowel het EHRM als het HvJ EU, binnen welk kader dat samenvallen nog wel degelijk tot de mogelijkheden behoort. Dat de Hoge Raad in 2004 oordeelde dat een vervolging van een bestuurder geen schending van ne bis in idem kan opleveren, wanneer dit plaatsvindt na diens aansprakelijkstelling voor de aan de BV opgelegde boete voor hetzelfde feit, kunnen wij nog minder begrijpen. Zowel het één als het ander vereist immers het kunnen maken van een persoonlijk verwijt, aan dezelfde persoon, voor hetzelfde feit. Het persoonlijke verwijt bij aansprakelijkstelling voor de boete is in die procedure (die leidde tot het arrest in 2004) echter onderbelicht gebleven.

Wat ons betreft moeten we een beweging maken, terug naar de lijn van de parlementaire geschiedenis bij invoering van de Vierde Tranche Awb en vereenzelviging terugbrengen naar het land der mogelijkheden. Of daarvan sprake kan zijn, hangt uiteraard af van de vraag in hoeverre 'jasje aan' en 'jasje uit' op (leedtoevoeging aan) dezelfde persoon zou neerkomen. Met name de vraag in hoeverre andere personen betrokken zijn bij de keuzes van 'jasje aan', zal in dit kader van belang zijn. Wanneer zij niet alleen in economische zin samenvallen maar ook moet worden geconstateerd dat de bestuurder de wil van de rechtspersoon bepaalt, kan in onze ogen niet anders worden geconcludeerd dan dat deze twee als één persoon moeten worden gezien. Het is aan toekomstig oordelende rechters om de handschoenen op te pakken die A-G Hofstee aanreikt, namelijk dat bij vereenzelviging de uitleg van het toepassingsbereik van het una via-beginsel "*in beginsel wel nadere onderbouwing [verdient] om de cassatietoets te kunnen doorstaan*."⁶¹

59. Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p.

60. In het ook overigens op dit onderwerp lezenswaardige artikel, zie K.M.G. Demandt en M. Coenen, 'De rechtspersoon en de DGA als 'dezelfde persoon': uitholling

van rechtsbescherming bij het una via- beginsel', TVSO 2022/2-3.

61. Conclusie A-G Hofstee voor Hoge Raad 15 maart 2022, t.a.p., onder punt 23.

Cybersecurity naar de boardroom

mr. drs. M. Kool en mr. drs. E.F. Vaal¹

Dit jaar treedt er nieuwe wetgeving in werking over 'cybersecurity'. In deze wetgeving – gebaseerd op een Europese richtlijn – ligt de focus op het voorkomen van verstoringen of uitval van diensten in kritieke sectoren en het verbeteren van de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen, inclusief data. Als gevolg van de nieuwe wetgeving moet het onderwerp cybersecurity nu ook echt op de agenda van bestuurders komen te staan. Bestuurders krijgen onder de nieuwe wetgeving specifieke verantwoordelijkheden toegedicht om ervoor te zorgen dat hun organisaties (kunnen) voldoen aan de eisen die de wet aan cybersecurity stelt. Voldoen zij niet aan die verantwoordelijkheden, dan kunnen bestuurders persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.

1. De NIS 2-richtlijn

Op 14 december 2022 heeft de Europese wetgever een richtlijn aangenomen die 'maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging' in de Europese Unie betreft. Het betreft de *Network and Information Security Directive* (NIS 2-richtlijn of kortweg 'NIS 2')², de tweede richtlijn van de EU met dit doel. De eerste 'NIS' richtlijn, die in Nederland is geïmplementeerd in de Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (Wbni), wordt door de NIS 2-richtlijn vervangen.³ De lidstaten moeten de NIS 2-richtlijn uiterlijk op 17 oktober 2024 in de eigen wetgeving hebben geïmplementeerd. Hierbij geldt 'minimumharmonisatie' voor de richtlijn, dus de lidstaten mogen ervoor kiezen om zelf (nog) strengere wetgeving uit te vaardigen. Oftewel: als alles goed loopt, is er ook in Nederland voor het eind van dit jaar nieuwe wetgeving ter bevordering van de 'cyberveiligheid'.

De NIS 2-richtlijn is onderdeel van een pakket van maatregelen uit Europa op het gebied van cybersecurity.⁴ Deze groeiende aandacht en regelgeving zijn een actueel onderwerp onder juristen en voer voor publicaties. Maar waarom een update over NIS 2 in dit themanummer? Ten opzichte van NIS 1, gaat NIS 2 voor flink wat meer verschillende instanties gelden. Zowel voor overheidsinstellingen als particuliere entiteiten. Deze instanties zullen aan uitgebreidere maatregelen moeten gaan voldoen op het gebied van 'cyberveiligheid'. NIS 2 voorziet daarnaast in strengere sancties en handhaving op de naleving van die maatregelen, inclusief een regeling over bestuurdersaansprakelijkheid.

2. Sancties

De NIS 2-richtlijn schrijft voor dat de lidstaten moeten zorgen voor effectieve, evenredige en afschrikkende sancties. De lidstaten bepalen zelf welk type sanctie (strafrechtelijk of administratief) past bij de ernst en aard van de overtreding en moeten daarbij rekening houden met factoren zoals de veroorzaakte schade, samenwerking met de bevoegde autoriteit en andere omstandigheden. In plaats van of naast andere maatregelen zoals het geven van waarschuwingen en bindende aanwijzingen, het uitvaardigen van geboden tot het staken van bepaalde gedragingen, het aanwijzen van een controlefunctionaris, het een 'natuurlijk persoon met leidinggevende verantwoordelijkheden op het niveau van de algemeen directeur' tijdelijk verbieden om leidinggevende functies in een betreffende entiteit uit te voeren⁵, kunnen administratieve boetes worden opgelegd. Overtredingen kunnen worden bestraft met administratieve boetes van maximaal 10 miljoen euro of 2% van de jaarlijkse wereldwijde omzet van de organisatie, afhankelijk van wat hoger is. Lokale toezichthouders moeten hun eigen beleid voor het opleggen van boetes ontwikkelen.

3. Introductie van bestuurdersaansprakelijkheid

Naast dat er hogere boetes (dan onder NIS 1) kunnen worden opgelegd door de toezichthouder⁶, kunnen bestuurders van entiteiten die onder NIS 2 vallen ook *persoonlijk* aansprakelijk worden gesteld wanneer 'hun' organisatie qua cyberveiligheid niet voldoet aan de eisen die de wet stelt. Deze nieuwe loot aan de boom bestuurdersaansprakelijkheid, volgt uit artikel 32 lid 6 van de NIS 2-richtlijn waarin staat:

1. Mariska Kool en Eliëtte Vaal zijn advocaat bij The Data Lawyers.
2. Richtlijn (EU) 2022/2555 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging in de Unie, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 910/2014 en Richtlijn (EU) 2018/1972 en tot intrekking van Richtlijn (EU) 2016/1148 (NIS 2-richtlijn).

3. Richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerk- en informatiesystemen in de Unie.
4. Cyber Security Act, Cyber Resilience Act, Cyber Solidarity Act, Digital Operational Resilience Act.
5. Artikel 32 lid 4 en 5 NIS 2.
6. Welke (nieuwe) toezichthouder(s) wordt of worden aangewezen in Nederland, is op dit moment nog niet bekend.

“De lidstaten zorgen ervoor dat elke natuurlijke persoon die verantwoordelijk is voor of optreedt als wettelijke vertegenwoordiger van een essentiële entiteit op basis van de bevoegdheid om deze te vertegenwoordigen, de bevoegdheid om namens deze entiteit beslissingen te nemen of de bevoegdheid om controle uit te oefenen op deze entiteit, de bevoegdheid heeft om ervoor te zorgen dat de entiteit deze richtlijn nakomt. De lidstaten zorgen ervoor dat dergelijke natuurlijke personen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het niet nakomen van hun verplichtingen om zorg te dragen voor de naleving van deze richtlijn.”

Naar Nederlands recht is de aansprakelijkheid van bestuurders gestoeld op artikel 6:162 BW. Als maatstaf daarbij geldt dat de bestuurder, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, om tot aansprakelijkheid te komen. De vraag of sprake is van (hoofdelijke) aansprakelijkheid van een of meer individuele bestuurders wordt voorafgegaan door de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een der bestuurders.

Hoe de Nederlandse wetgever de aansprakelijkheid voor bestuurders gaat implementeren is nog niet bekend omdat de concept-wetteksten nog op zich laten wachten.⁷ Vermoedelijk verschijnen die in het eerste kwartaal van 2024 omdat volgens planning dan ook de internetconsultatie plaatsvindt. Dát bestuurders van 'essentiële entiteiten' er een zorg bij hebben is echter wel duidelijk. Nu expliciet in de wet zal komen te staan dat bestuurders voor de naleving van de NIS 2-richtlijn moeten zorgen en ook aansprakelijk gesteld kunnen worden wanneer ze dat niet doen, is te verwachten dat er in de komende jaren ook daadwerkelijk schadeclaims zullen worden neergelegd bij bestuurders van entiteiten waar zich cyberincidenten hebben voorgedaan. Bij cyberincidenten zijn er vaak veel verschillende slachtoffers, wat tot massaschadeclaims kan leiden waarbij bestuurders betrokken worden. En hoewel de administratieve boetes onder de NIS 2-richtlijn in beginsel alleen aan de onder de richtlijn vallende entiteiten kunnen worden opgelegd, zien wij wel een risico dat zulke boetes (al dan niet deels) als schade worden verhaald op tekortschietende bestuurders; zo niet door de entiteit zelf, dan mogelijk wel door een curator in het geval van een faillissement.

Cyberrisico's vormen inmiddels een kritiek, potentieel materieel bedrijfsrisico. Niet alle raden van bestuur zijn daarop toegerust. In de praktijk zien wij dat de verantwoordelijkheid voor het beheersen en beperken van die risico's gedelegeerd wordt aan

technische afdelingen, al dan niet omdat het onderwerp als te technisch wordt ervaren. De Cyber Security Raad publiceerde in 2019 daarom reeds een Handreiking Cybersecurity voor de bestuurder met een overzicht van de aanbevolen aanpak voor raden van bestuur bij het omgaan met cyberrisico's.⁸ Daaruit volgt dat een goede cybersecurity-aanpak raakt aan alle elementen in een organisatie: in de hoogte (organisatiestructuur) en in de breedte (dienstverlening). De boardroom bepaalt op strategisch niveau de kaders voor het formuleren, implementeren, bewaken en handhaven van het cybersecuritybeleid. Vanaf 17 oktober 2024 behoren daar dus ook expliciet de verplichtingen van NIS 2 bij.

4. Essentiële en belangrijke entiteiten

NIS 2 maakt een onderscheid tussen 'essentiële' en 'belangrijke' entiteiten. De oplettende lezer heeft al gezien dat de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 32 lid 6 NIS 2 vooralsnog alleen geldt voor bestuurders van de eerste categorie entiteiten. Dit zijn in ieder geval entiteiten die in een 'zeer kritieke' sector opereren en ten minste van middelgrote omvang zijn.⁹ Lidstaten kunnen echter ook andere entiteiten aanwijzen die in een 'kritieke sector' vallen. Entiteiten die in 'zeer kritieke sectoren' opereren – en dus ook zonder aanwijzing door een lidstaat een essentiële entiteit kunnen zijn – zijn energieleveranciers, vervoersbedrijven (waaronder luchtvaartmaatschappijen), kredietinstellingen (banken), bepaalde zorgaanbieders, drinkwaterbedrijven, aanbieders van digitale infrastructuur zoals aanbieders van datacenterdiensten, cloudcomputingdiensten, entiteiten die zich bezighouden met het beheer van (B2B) ICT-diensten maar ook overheidsinstanties van centrale overheden. De NIS 2-richtlijn bevat bijlagen die de 'zeer kritieke' en 'kritieke' sectoren omschrijft en waaruit per sector blijkt welk soort organisaties daaronder kunnen vallen. Of een organisatie daar dan uiteindelijk onder valt (bijvoorbeeld in geval van zorgaanbieders of kredietinstellingen) moet dan weer worden vastgesteld aan de hand van andere EU-regelgeving waarnaar de bijlagen bij NIS 2 verwijzen. Voor iedere organisatie die in een zeer kritieke of kritieke sector opereert, is het dus aan te bevelen om na te gaan of NIS 2 van toepassing is op de organisatie. Gekwalificeerde aanbieders van vertrouwensdiensten (die bijvoorbeeld elektronische handtekeningen verzorgen), registers voor topleveldomeinnamen (.com, .nl, .org, etc.) en DNS-dienstverleners (dienstverleners van het Domain Name System) kwalificeren volgens NIS 2 ongeacht hun omvang altijd als 'essentiële entiteit'.

7. De exacte datum waarop de consultatie start is ten tijde van deze publicatie nog niet bekend.
8. 'Handreiking Cybersecurity voor de bestuurder', cybersecurityraad.nl, geraadpleegd op 6 februari 2024.
9. Voor het omvang vereiste wordt op EU niveau aansluiting gezocht bij Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.

5. Nieuwe verplichtingen op het gebied van cybersecurity

Met de NIS 2-richtlijn wordt een aanzienlijk pakket aan regels geïntroduceerd op het gebied van cybersecurity. Het vierde hoofdstuk van de NIS 2-richtlijn schrijft voor welke verplichtingen in het leven geroepen moeten worden ten gunste van de cybersecurity. Het gaat – grofweg – om 'risicobeheersmaatregelen', 'rapportageverplichtingen' en verplichtingen voor de toeleveringsketen. Daar komt nog bij dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de 'leden van bestuursorganen van essentiële en belangrijke entiteiten' een opleiding moeten volgen, zodat zij voldoende kennis en vaardigheden verwerven om (i) risico's te kunnen identificeren en (ii) risicobeheerspraktijken op het gebied van cyberbeveiliging te kunnen beoordelen met het oog op de diensten die door de entiteit worden verricht. Dezelfde entiteiten moeten door de lidstaten worden aangemoedigd om regelmatig een soortgelijke opleiding aan hun werknemers aan te bieden. Ook moeten bestuurders verplicht getraind worden. Het idee is dat zo een breder bewustzijn ontstaat van cyberveiligheid en dat dit bewustzijn vooral ook goed doordringt in de bestuurskamer.

Ten opzichte van NIS 1 bevat de NIS 2 strengere beveiligingsverplichtingen met strengere sancties en handhaving. Wanneer we vervolgens kijken naar de maatregelen die moeten worden genomen voor het beheer van cyberbeveiligingsrisico's geeft NIS 2 een niet-limitatieve opsomming. De maatregelen die genomen moeten worden omvatten ten minste:

- a. beleid inzake risicoanalyse en beveiliging van informatiesystemen;
- b. incidentenbehandeling;
- c. bedrijfscontinuïteit;
- d. beveiliging van de toeleveringsketen;
- e. beveiliging bij het verwerven, ontwikkelen en onderhouden van netwerk- en informatiesystemen;
- f. beleid en procedures om de effectiviteit van maatregelen voor het beheer van cyberveiligheidsrisico's te beoordelen;
- g. basispraktijken op het gebied van cyberhygiëne en opleiding op het gebied van cyberbeveiliging;
- h. beleid en procedures inzake het gebruik van cryptografie en, in voorkomend geval, encryptie;
- i. beveiligingsaspecten ten aanzien van personeel, toegangsbeleid en beheer van activa; en
- j. wanneer gepast, het gebruik van multifactor-authenticatie- of continue-authenticatieoplossingen, beveiligde spraak-, video- en tekstcommunicatie en beveiligde noodcommunicatie binnen de entiteit.

Welke maatregelen precies moeten worden genomen binnen deze meer algemene categorieën, hangt steeds af van de stand van de techniek, eventuele Europese en internationale normen, maar ook de uitvoeringskosten van zulke maatregelen. Voor het

beoordelen van de evenredigheid van de te nemen maatregelen wordt rekening gehouden met de mate waarin de entiteit aan risico's wordt blootgesteld, de omvang van de entiteit, de kans dat zich incidenten voordoen en de ernst ervan. Bij dat laatste wordt meegewogen wat de maatschappelijke en economische gevolgen van een incident zouden kunnen zijn. De Europese Commissie stelt overigens later in 2024 (artikel 21 lid 5 van de NIS 2-richtlijn bevat heel specifiek 17 oktober 2024 als uiterste deadline) voor een specifiek genoemde groep entiteiten nog concretere uitvoeringshandelingen vast met technische en methodologische vereisten voor de hiervoor opgesomde maatregelen. Het gaat dan nog om entiteiten die specifiek ICT-gerelateerde diensten verlenen (zoals weer die DNS-dienstverleners die hierboven al genoemd werden, maar ook aanbieders van online-marktplaatsen en -zoekmachines bijvoorbeeld). Het is echter aannemelijk dat de volgende stap is dat de Commissie zulke vereisten ook voor andere entiteiten zal voorschrijven. Hetzelfde artikellid van de NIS 2-richtlijn vermeldt die mogelijkheid namelijk expliciet – zij het zonder deadline voor de Commissie.

Niet geheel nieuw, is het artikel over 'rapportageverplichtingen' in NIS 2 dat – ten opzichte van NIS 1 – beter wordt gestroomlijnd. Essentiële en belangrijke entiteiten moeten elk incident dat 'aanzienlijke gevolgen' heeft voor de verlening van hun diensten (ook: 'significante incidenten') onverwijld melden. Om te voorkomen dat incidenten strategisch niet gemeld worden, is opgenomen dat melding niet leidt tot blootstelling aan een *verhoogde* aansprakelijkheid.

Elke lidstaat moet één of meer 'CSIRTs' (Computer Security Incident Response Teams) aanwijzen of instellen waar dergelijke meldingen gedaan kunnen worden. Op dit moment is het Nationaal Cyber Security Centrum (NCSC) de in Nederland aangewezen 'CSIRT' waar vitale aanbieders die onder de Wbni (Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen) nu ook al verplichte meldingen van cyberincidenten kunnen doen. NIS 2 schrijft voor dat een eerste 'vroegtijdige' waarschuwing aan het CSIRT over een significant incident onverwijld maar in ieder geval binnen 24 uur na de ontdekking van het incident moet worden gedaan. Daarna start een vervolgproces waarin updates over het incident gerapporteerd moeten worden en het CSIRT adviezen kan geven over risicobeperkende maatregelen, maar waarin het CSIRT het incident bijvoorbeeld ook kan escaleren op EU-niveau als er meer lidstaten geraakt worden door het incident. Indien nodig kan het publiek ook geïnformeerd worden over het incident.

De NIS 2-richtlijn geeft alvast enige richting aan wat als een 'significant incident' wordt beschouwd, maar ook hier geldt dat de Commissie uiterlijk op 17 oktober 2024 voor een specifieke groep entiteiten – het gaat weer om de al eerder beschreven aanbieders

van bepaalde ICT-gerelateerde diensten – meer concreet zal vaststellen wanneer een incident als 'significant' wordt aangemerkt. En ook hier geldt weer dat de Commissie een dergelijke concretisering ook voor andere essentiële en belangrijke entiteiten kan vaststellen.

Hoofdstuk 4 van de NIS 2-richtlijn besluit met twee artikelen die ertoe moeten leiden dat Europese 'cyberbeveiligingscertificeringsregelingen' gaan worden gebruikt (het is ook nog wachten op een afkorting die beklijft) en ook 'Europese en internationale normen'. Met de certificeringen zouden entiteiten kunnen aantonen dat zij – althans de door hen gebruikte ICT-producten, ICT-diensten en ICT-procesen – aan de vereiste cyberveiligheidsmaatregelen voldoen.

Al met al, gelden voor essentiële en belangrijke entiteiten concretere vereisten ter bevordering van de

cyberveiligheid. Gelet daarop moeten de bestuurders van die entiteiten écht bij de les blijven en de benodigde maatregelen zien te implementeren. Ze zullen door de nog aan te wijzen toezichthouder gecontroleerd worden door middel van onder andere inspecties, beveiligingsscan's en audits. Met name ten aanzien van de essentiële entiteiten krijgt de toezichthouder vergaande mogelijkheden om de naleving van NIS 2 grondig te controleren.

Kortom: een cyber wake-up call voor de boardroom

NIS 2 biedt veel meer dan alleen een normenkader voor essentiële entiteiten en een risico op bestuursrechtelijke handhaving en aansprakelijkheid voor bestuurders. Waar cybersecurity bij veel organisaties nog een onderwerp is voor de IT-afdeling, dwingt NIS 2 om op boardroom-niveau na te denken over de implementatie van de nieuwe regels. Bestuurders kunnen de verantwoordelijkheid hiervoor niet langer (volledig) delegeren.

Actualiteiten

Arbeidsomstandigheden

Deze rubriek wordt verzorgd door **mr. F.A. Dudok van Heel**.

Rechtspraak

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:695 (zaak-A) en ECLI:NL:GHARL:2024:696 (zaak-B)

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 30 januari 2024 uitspraak gedaan op het hoger beroep tegen twee vonnissen van de Rechtbank Overijssel d.d. 1 maart 2021 (ECLI:NL:RBOVE:2021:880 / ECLI:NL:RBOVE:2021:883). Bij die vonnissen werden twee verdachte rechtspersonen wegens het medeplegen van overtreding van artikel 32 Arbeidsomstandighedenwet ieder veroordeeld tot een geldboete van € 40.000,-. In hoger beroep zijn beide bedrijven vrijgesproken.

De strafzaak hield verband met een dodelijk arbeidsongeval dat plaatsvond op 12 mei 2016, toen tijdens de uitvoering van onderhoudswerkzaamheden aan een verkeersregelininstallatie op de openbare weg twee werknemers van bedrijf-A uit een hoogwerker vielen toen die werd geraakt door een passerende vrachtwagen. Een van beiden overleed ter plaatse, de ander liep ernstig letsel op.

Het gerechtshof overweegt in zaak-A dat het bedrijf als werkgever van haar twee werknemers weliswaar een zorgplicht had met betrekking tot hun veiligheid, maar dat zij die – anders dan het Openbaar Ministerie bij requisitoir heeft aangevoerd – in voldoende mate is nagekomen. Het gerechtshof acht voor dat oordeel van belang dat het bedrijf, bij het aanvaarden van de opdracht voor de werkzaamheden, de risico's daarvan terdege heeft onderkend en daarop een gerenommeerd bedrijf heeft ingeschakeld voor het treffen van de benodigde veiligheidsmaatregelen. Met betrekking tot de invulling en planning van die veiligheidsmaatregelen is geen sprake geweest van samenwerking tussen de twee bedrijven, aldus het gerechtshof. Naar het oordeel van het gerechtshof had bedrijf-A bovendien geen reden om te moeten of hoeven twifelen aan de veiligheid van de door het in haar opdracht ingeschakelde verkeersveiligheidsbedrijf voorgestelde veiligheidsmaatregelen. Bedrijf-A mocht zich beperken tot een marginale toetsing daarvan en mocht erop vertrouwen dat de maatregelen passend waren. Tot meer was zij niet gehouden, aldus het gerechtshof, dat get hierop in zaak-A concludeert dat het verdachte

bedrijf niet kan worden verweten nalatig te hebben gehandeld, terwijl zij wist of redelijkerwijs moest weten dat daardoor gevaar ontstond of te verwachten was voor haar werknemers. Het vonnis waarvan beroep is door het gerechtshof vernietigd en het bedrijf is in hoger beroep integraal vrijgesproken.

In zaak-B is ook het verkeersveiligheidsbedrijf in hoger beroep vrijgesproken. Het gerechtshof overweegt daartoe dat dit bedrijf niet kwalificeert als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet. Het bedrijf valt daarom niet onder de reikwijdte van het kwaliteitsdelict van artikel 32 Arbeidsomstandighedenwet, aldus het gerechtshof. Aangezien de werkgever in zaak-A is vrijgesproken en aldus geen strafbaar feit heeft gepleegd kan bedrijf-B ook niet als medepleger (primair tenlastegelegd) of als medeplichtige (subsidiar tenlastegelegd) onder de reikwijdte van deze bepaling vallen. Ook in zaak-B is het vonnis waarvan beroep daarom door het gerechtshof vernietigd en ook het verkeersveiligheidsbedrijf is in hoger beroep integraal vrijgesproken.

Financieel strafrecht

Deze rubriek wordt verzorgd door **mr. dr. M.T. van der Wulp, mr. T.S.E. van Nispen en mr. E.Y. van Schaik**.

In deze rubriek wordt aandacht besteed aan lezenswaardige jurisprudentie en de actualiteiten op het gebied van het financieel strafrecht in de periode van 1 december 2023 tot 1 maart 2024.

Rechtspraak

Rechtbank Limburg 22 december 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:7509

In onderhavige zaak werd aangifte gedaan van fraude. Aangever heeft twee facturen betaald, welke afkomstig leken te zijn van de energieleverancier van de aangever. De bedragen zijn na de overboeking echter terechtgekomen op het Binance-account van de verdachte.

Uit het onderzoek bleek dat het voornoemde account van de verdachte actief werd gebruikt. In totaal werd daarop immers een bedrag van € 29.349,- gestort, welk bedrag uiteindelijk is overgeboekt naar

twee andere accounts en vervolgens naar een derde account. Niet kon worden achterhaald aan wie de laatstgenoemde accounts toebehoorden. Op het account van de verdachte werd nog een bedrag aangetroffen van € 1.313,93. In totaal stond er een bedrag van € 30.662,93 op de betrokken rekeningen. Voorgaande leidde tot een verdenking van eenvoudig witwassen ten aanzien van het geldbedrag ter hoogte van €30.662,93.

Van een misdrijf afkomstig

Allereerst trekt de politierechter de conclusie dat de facturen die de aangever heeft ontvangen, vals waren aangezien de facturen niet afkomstig waren van de energieleverancier.

Voorts werden 287 geplande stortingen geconstateerd voor een bedrag van € 324,07. Een bedrag gelijk aan de bedragen die de aangever heeft overgemaakt met het oog op het voldoen van de facturen voor energielevering. Bovendien zouden de meeste (pogingen tot) stortingen zijn gedaan middels IDEAL, vermoedelijk via een betaallink, waarbij het aanneemelijk is dat er een soort betaalverzoek naar diverse personen is uitgegaan. Hier komt bij dat de verdachte bij de politie op 17 augustus 2021 heeft verklaard dat hij tot voor kort studiefinanciering had en op het moment van het verhoor loon ontving ter hoogte van € 1.085,93 netto per maand en dat hij een bankrekeningnummer had.

De politierechter overweegt dat de bedragen op het account van de verdachte niet te verklaren zijn uit voornoemde inkomsten van de verdachte. Hieruit trekt de politierechter de conclusie dat het op het account van de verdachte geconstateerde bedrag van € 30.662,93 een criminele oorsprong zou hebben en aldus van een strafbaar feit afkomstig is.

Rol van de verdachte

Nu er geen aanwijzingen zijn voor betrokkenheid van anderen en de verdachte als enige verantwoordelijk is voor de gebeurtenissen op zijn account is er volgens de politierechter sprake van een misdrijf door de verdachte zelf gepleegd.

Invulling van 'toebehoren' ten aanzien van de verbeurdverklaring

De officier van justitie heeft ter terechtzitting gevorderd om het bedrag van € 30.662,93 verbeurd te verklaren. De politierechter overweegt dat in artikel 34 Sr wordt bepaald dat ook niet in beslag genomen voorwerpen verbeurd kunnen worden verklaard. De rechter wijst erop dat daarbij wel voldaan dient te zijn aan de voorwaarden zoals gesteld in artikel 33a Sr. Dit houdt onder andere in dat 1) enkel voorwerpen met betrekking tot het feit dat is begaan, vatbaar zijn voor verbeurdverklaring en dat 2) de voorwerpen 'toebehoren aan' de verdachte/dader. De verbeurdverklaring strekt ertoe de veroordeelde in zijn vermogen te treffen. Hierdoor kunnen alleen aan de veroordeelde toebehorende voorwerpen worden verbeurdverklaard. Voorgaande brengt mee dat voor een verbeurdverklaring uitdrukkelijk dient te worden vastgesteld of het verbeurdverklaarde voorwerp

toebehoorde aan de verdachte.

In het onderhavige geval is slechts een bedrag van € 1.313,92 aangetroffen op het account van de verdachte. De rest van het bedrag, te weten € 29.349,01, is overgemaakt naar andere accounts waarvan onduidelijk is aan wie ze toebehoren.

De politierechter stelt vast dat het bedrag van € 30.662,93 op het account van de verdachte werd waargenomen, en uiteindelijk ook deels werd aangetroffen. Naar inzicht van de rechter was hij als enige verantwoordelijk voor het verkeer op zijn account. Hij was dan ook degene die voornoemd geldbedrag uiteindelijk heeft verplaatst naar andere accounts.

Vervolgens overweegt de politierechter dat nu de verdachte klaarblijkelijk het achterste van zijn tong niet heeft laten zien en hij daarnaast van oordeel is dat verdachte de enige dader is, het niet zo kan zijn dat door het verplaatsen van voornoemd bedrag de verdachte het vereiste van 'toebehoren aan' in zijn voordeel zou kunnen laten uitvallen. De politierechter interpreteert dit vereiste ten nadele van de verdachte. Voorgaande brengt de politierechter tot het oordeel dat het bedrag – dat van het account van verdachte is verdwenen – nog steeds aan verdachte toebehoort.

De verdachte zal, gelet op het voorgaande, het bedrag van € 30.662,93 moeten betalen, waarbij in het geval van geen (of niet gehele) voldoening vervangende hechtenis zal worden toegepast, met dien verstande dat van het te ontnemen bedrag € 1.313,92 zal worden afgetrokken.

Conclusie

De politierechter acht het ten laste gelegde, te weten eenvoudig witwassen, bewezen. De rechter legt aan de verdachte dan ook een taakstraf op voor de duur van 60 uren en een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van twee weken met een proeftijd van drie jaar.

■ Schikkingen

Geldboetes opgelegd door het OM voor handel met voorwetenschap

In maart 2021 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bij het Functioneel Parket van het OM aangifte gedaan van handel met voorwetenschap. Eerder was door een vermogensbeheerder een melding bij AFM gedaan over opvallend beleggingsgedrag van een cliënt. Uit een opgenomen telefoongesprek met de bank waar de vermogensbeheerder werkzaam was, zou zijn gebleken dat mogelijk sprake was van het mededelen van voorwetenschap door een persoon binnen een Nederlands beursgenoteerd bedrijf.

Het zou daarbij gaan om een persoon met een mana-

gementfunctie bij een beursgenoteerd bedrijf en een tweede persoon die zou handelen in aandelen van dit beursgenoteerde bedrijf en die ook werkzaam was als bankier bij een bank. Uit het strafrechtelijk onderzoek door de FIOD zou volgen dat er tussen de twee voornoemde personen familiale banden bestonden.

Door deze partijen zou koersgevoelige informatie zijn gedeeld. Dit betrof de kwartaalcijfers van het bedrijf en een op handen zijnde distributiedeal in het buitenland. Met deze informatie zou de bejaarde vader van de bankier hebben gehandeld in aandelen in de betrokken onderneming. De waarde van het aandeel steeg 10% nadat het bedrijf de buitenlanddeal bekend had gemaakt.

Na het strafrechtelijk onderzoek is besloten met zowel de manager van het bedrijf als de bankier te transigeren. De manager van het beursgenoteerde bedrijf betaalde een boete ter hoogte van € 20.000,- voor het opzettelijk delen van voorwetenschap. De bankier en tevens familielid van de manager heeft een boete betaald ter hoogte van € 25.000,- vanwege het handelen met voorkennis. De zaak tegen de bejaarde vader werd wegens persoonlijke omstandigheden geseponeerd.

Actualiteiten

Evaluatie Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit

De Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit (Wet Finec) heeft als hoofddoel de maatschappelijke schade van financieel-economische criminaliteit te verminderen. De wet beoogt 'de aantrekkingskracht die uitgaat van deze vorm van criminaliteit' te beperken door: 1) de winsten van verschillende vormen van financieel-economische criminaliteit te verminderen, 2) de pakkans te vergroten door het verbeteren van de opsporingsbevoegdheden van verschillende vormen van financieel-economische criminaliteit en 3) adequater (zwaarder) te straffen door het verhogen van de maximumstraffen en de strafbaarstellingen van vormen van financieel-economische criminaliteit te verruimen.

Op 18 december 2023 – bijna negen jaar na de inwerkingtreding van de Wet Finec – is de Wet Finec door het WODC geëvalueerd. In het kort luidt de conclusie van het rapport dat de verruiming die zijn werkstelligd met de Wet Finec binnen het strafrecht als positief zijn ervaren.

Het onderzoek leidt tot de conclusie dat met de verruiming, neergelegd in de Wet Finec, inderdaad de opsporingsmogelijkheden wettelijk zijn vergroot. Daarbij merkt het WODC op dat de verruiming van de opsporingsmogelijkheden met name ziet op specifieke en relatief weinig voorkomende delicten. Hierbij valt te denken aan het strafbaar stellen van ambtelijke en niet-ambtelijke corruptie. Het feit dat de verruiming met name ziet op specifieke delicten zou de mate waarin is bijgedragen aan het gestelde doel

om de pakkans voor financieel economische criminaliteit te vergroten, temperen.

In de tweede plaats volgt uit het rapport dat de huidige mogelijkheden van kostenafrek verder gaan dan vóór de Wet Finec mogelijk was. Voor de implementatie van de Wet Finec had de kostenafrek immers een reparatoir karakter. Deze afrek bracht daars financieel terug naar de situatie van voor het delict. De verruiming onder de Wet Finec leidt er echter toe dat daders financieel (nog) verder teruggebracht kunnen worden in hun situatie. Deze wijze van kostenafrek zou hierdoor een punitief karakter (kunnen) hebben; dit heeft volgens het rapport mogelijk tot gevolg dat de strafrechtsketen terughoudend is om deze kostenafrek toe te passen.

Tot slot zien de meeste verruiming van de Wet Finec op de mogelijkheid zwaarder te straffen met betrekking tot financieel-economische delicten. Uit het onderzoek volgt dat sinds 2015 een (lichte) stijging is te zien in 1) het aantal veroordelingen, 2) de duur van de opgelegde vrijheidsstraffen en 3) de hoogte van de opgelegde boetes.

In het rapport wordt geconcludeerd dat de Wet Finec wel degelijk een positieve invloed heeft gehad op de bestrijding van financieel economische criminaliteiten. Hierbij wordt opgemerkt dat alle positieve gevolgen niet enkel het effect behoeven te zijn van de Wet Finec, aangezien de Rijksoverheid sinds de Wet Finec eveneens extra gelden beschikbaar heeft gesteld voor het aanpakken van criminele winsten.

Jaarplan 2024 van het FEC

Op 14 december 2024 is het jaarplan van het Financieel Expertise Centrum (FEC) gepubliceerd. De FEC-partners (de Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank, de Belastingdienst, de politie, de FIOD, de FIU-NL en het Openbaar Ministerie) hebben als gezamenlijk doel de integriteit van de financiële sector te versterken.

Een van de FEC-projecten in 2024 richt zich op zogeheten *money transfer organisations* ('MTO's'). Via MTO's kunnen mensen in landen zonder adequate financiële infrastructuur toegang krijgen en houden tot (contant) geld. In het verleden zijn meerdere losse deelonderzoeken uitgevoerd naar misstanden en incidenten in de sector. De opsporingsdiensten trachten meer zicht te krijgen op de problemen die deze sector met zich brengt. Beoogd wordt een barrièremodel op te stellen.

In 2024 zal het FEC daarnaast inzetten op het vergaren van kennis met betrekking tot de criminaliteitsrisico's bij (aanbieders van) cryptoactiva en cryptoactivadiensten. Ook op het gebied van btw-fraude beoogt het FEC in 2024 (door samen te werken) de Wwft-meldketen effectiever en efficiënter in te zetten voor de bestrijding van grensoverschrijdende

btw-fraude. In 2024 zal bijvoorbeeld een barrière-model worden opgeleverd, waaruit zou moeten volgen welke drempels kunnen worden opgeworpen om grensoverschrijdende btw-fraude te voorkomen. Overige (doorlopende) FEC-projecten zijn gericht op Payment Service Providers, misbruik van rechtspersonen, de aanpak van illegale trustdienstverleners en doorstroomvennootschappen.

De NBA herziert Handreiking 1124 'Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor accountants en belastingadviseurs'

Op 5 december 2023 heeft de NBA een herziene handreiking 1124 gepubliceerd. De herziene handreiking dient ertoe accountants en belastingadviseurs meer houvast te geven bij de uitvoering van de wettelijke verplichtingen die de Wwft aan de beroepsgroepen oplegt. De NBA beoogt daarnaast dat met deze handreiking binnen de beroepsgroepen een uniforme uitleg wordt gegeven aan de Wwft-regelgeving.

Eerder heeft de NBA deze handreiking opengesteld voor consultatie. Sinds de consultatie is onder andere een nieuwe alinea toegevoegd over het verifiëren van de identiteit van de vertegenwoordiger van een rechtspersoon. De aanpassing ziet op een nadere toelichting op de alternatieve verificatiemiddelen die zijn toegestaan onder bepaalde omstandigheden. Hierbij wordt gewezen op verificatie via bijvoorbeeld het jaarverslag, de website en LinkedIn.¹

Een andere wijziging ziet op het genoemde voorbeeld dat niet-suppleren, na een in eerste instantie onbewust onjuiste aangifte omzetbelasting, geen gronddelict voor witwassen kan vormen. Deze redenatie is na de consultatie ook uitgewerkt voor andere belastingsoorten dan de omzetbelasting.²

De overige wijzingen in de Richtsnoeren Wwft zien op kleinere aanscherpingen en/of aanvullingen, waaronder nuances op de reikwijdte van preventieve forensische accountancy, de aanvulling met fondsen voor gemene rekening in de alinea die beschrijft wie als UBO van trusts of soortgelijke juridische constructies geldt en de toevoeging van een specifiek voorbeeld over wie als cliënt moet worden aangemerkt.

In de Richtsnoeren Wwft is tevens opgenomen dat consolidatie op zich nog geen grondslag is voor het melden van een ongebruikelijke transactie tussen een dochter en een derde door een accountant of belastingadviseur die de moeder – maar niet de dochter – als cliënt heeft. Een meldplicht is wel aan de orde als de bestuurder van de moeder ook bestuurder bij de dochter is; in dat geval wordt de ongebruikelijke transactie 'toegerekend' aan de moeder en geldt de meldplicht onverkort.

Fiscaal sanctierecht

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. D.J.E. de Kruif en mr. S.D. de Jong.

■ Procesafspraken en buitengerechtelijke afdoening

Procesafspraken kunnen een bijdrage leveren aan een effectieve en voortvarende procedure, met name in omvangrijke of complexe fiscale strafzaken. Door de totstandkoming van een door het Openbaar Ministerie en de verdediging overeengekomen afdoeningsvoorstel voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting kan de desbetreffende zaak daarna doorgaans minder zittingstijd vergen en sneller door de rechter worden afgedaan. Dit draagt bij aan een verkorting van doorlooptijden in omvangrijke of complexe strafzaken. Ook zou de (verdere) strafrechtketen kunnen worden ontlast, bijvoorbeeld omdat wordt afgezien van (het indienen van) onderzoekswensen of het instellen van hoger beroep.

In 2023 is het aantal zaken dat is afgedaan overeenkomstig tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging gemaakte procesafspraken enorm toegenomen. Een belangrijke ontwikkeling is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest van 27 september 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1252) dat procesafspraken tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging toelaatbaar zijn als de eisen van een eerlijk proces in acht worden genomen zoals neergelegd in artikel 6 van het EVRM. Deze waarborg is in het bijzonder van belang omdat de verdachte in een afdoeningsvoorstel veelal afziet van de uitoefening van bepaalde aan hem toekomende verdedigingsrechten. Tegen die achtergrond heeft de Hoge Raad in zijn arrest enkele randvoorwaarden en aandachtspunten geformuleerd die daarbij in acht moeten worden genomen. Deze randvoorwaarden en aandachtspunten komen ook terug in de Aanwijzing procesafspraken in strafzaken die het College van procureurs-generaal in 2023 naar aanleiding van het arrest publiceerde.

Tegen de achtergrond van deze voorwaarden en aandachtspunten zoals geformuleerd in het arrest en de Aanwijzing procesafspraken worden procesafspraken tijdens de inhoudelijke behandeling van de strafzaak indringend met de verdachte besproken. De verdachte zal immers goed moeten begrijpen wat de gemaakte afspraken inhouden en zich bewust moeten zijn van de rechtsgevolgen van de in de overeenkomst neergelegde procesafspraken – zoals de daarmee gepaard gaande afstand van verdedigingsrechten of door de officier van justitie neergelegde strafeis. Ook zal de verdachte volledig achter die af-

1. NBA-handreiking 1124 Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor accountants en belastingadviseurs, p. 71.

2. NBA-handreiking 1124 Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor accountants en belastingadviseurs, p. 104-105.

spraken moeten staan, de afspraken vrijwillig zijn aangegaan en op geen enkele wijze onder druk zijn gezet. Van belang is verder dat de verdachte bij het hele proces om tot afspraken te komen, steeds voorzien is geweest van rechtskundige bijstand.

Aangezien de rechtbank geen partij is bij de procesafspraken – en daaraan dus ook niet per definitie is gebonden – blijft de rechtbank evenwel eigen verantwoordelijkheid houden en zal ter zitting de beantwoording van de vragen uit de artikelen 348 en 350 Sv nog altijd leidend zijn. De rechtbank zal verder haar eigen belangenafweging blijven maken bij de bepaling van de op te leggen straf.

Rechtbank Overijssel 25 januari 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:413

De afgelopen periode zijn een aantal lezenswaardige uitspraken gepubliceerd op het gebied van procesafspraken. In een omvangrijke fiscale strafzaak waarbij ons kantoor de verdachte bijstond werd de verdachte strafrechtelijk vervolgd voor belastingfraude. De verdachte zou samen met een medeverdachte een fiscale structuur hebben aangeboden waarbij dividenden volgens het Openbaar Ministerie zouden zijn 'omgekat' tot uit het buitenland afkomstige giften of leningen zodat over die geldbedragen ogenschijnlijk geen inkomstenbelasting hoefde te worden betaald, terwijl sprake zou zijn van in Nederland belaste dividenduitkeringen. Aanvankelijk werd de verdachte ook witwassen tenlastegelegd. In het kader van procesafspraken is een wijziging tenlastelegging overeengekomen, waarbij dit feit is komen te vervallen. Tevens is overeenstemming bereikt over de door de officier van justitie neer te leggen strafeis. Bij een bewezenverklaring zou de ernst van de feiten een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van aanmerkelijke duur rechtvaardigen. De rechtbank legt evenwel conform het afdoeningsvoorstel – na tot een bewezenverklaring te zijn gekomen en na een afweging van alle belangen – een taakstraf van 355 uren op met aftrek van voorarrest, een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf en een geldboete van € 3.400,-. Daarmee kan voor verdachte een streep worden gezet onder deze langslappende kwestie, waarbij de tenlastegelegde feiten betrekking hadden op jaren in een ver verleden.

Rechtbank Overijssel 8 februari 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:690 en 691

Ook in de volgende recente zaken van rechtbank Overijssel van 8 februari 2024 hebben procesafspraken een grote invloed gehad op de afdoeningswijze en een langslappende (hoger) beroepsprocedure kunnen voorkomen voor de verdachte en diens echtgenote op leeftijd. De verdenking kwam er kortgezegd op neer dat verdachte, een 81-jarige man, opzettelijk onjuiste aangiften inkomstenbelasting en (als feitelijk leidinggever) aangiften omzetbelasting zou hebben ingediend en zich schuldig zou hebben gemaakt aan gewoontewitwassen. Conform de procesafspraken verzoekt het Openbaar Ministerie ter zitting de rechtbank om de verdachte vrij te spreken van gewoontewitwassen. Het belastingnadeel wat betreft de omzetbelasting is berekend op € 834.490,-. Daar-

naast is nadeel ontstaan door de onjuiste aangiften inkomstenbelasting. Gezien de aard en de ernst van de feiten en de straffen die in het algemeen voor dergelijke delicten worden opgelegd, kan naar het oordeel van de rechtbank in beginsel niet anders worden gereageerd dan met een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. De rechtbank ziet echter conform het in de procesafspraken verwoorde afdoeningsvoorstel af van het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf en legt een taakstraf op voor de duur van 120 uur met aftrek van voorarrest. De echtgenote van verdachte, een 78-jarige vrouw, is door de rechtbank schuldig verklaard voor het plegen van inkomstenbelastingfraude. De rechtbank legt haar geen straf of maatregel op, conform de procesafspraken.

Rechtbank Overijssel 12 februari 2024 ECLI:NL:RBOVE:2024:698 en 699

In een tweetal andere recente zaken van rechtbank Overijssel zijn een B.V. en haar middellijk enig aandeelhouder en bestuurder strafrechtelijk vervolgd voor belastingfraude vanwege het ten onrechte verleggen van de btw aan haar klanten met vervalste facturen. De strafkamer van rechtbank Overijssel beslist dat de B.V. haar bedrijfsadministratie op geraffineerde wijze valselijk had opgemaakt en op basis daarvan onjuiste aangiften had gedaan. Als gevolg daarvan is de Nederlandse schatkist benadeeld voor een bedrag van € 658.977,-. De rechtbank ziet na het afwegen van alle belangen voldoende aanleiding om conform de procesafspraken met afdoeningsvoorstel een geldboete van € 15.000,- op te leggen aan de B.V. en neemt daarbij in aanmerking dat de naheffingsaanslag btw inmiddels geheel is voldaan waardoor het belastingnadeel is tenietgedaan. Voor wat betreft de bestuurder stelt de rechtbank vast dat hij zelf betrokken is geweest bij het opmaken van de facturen, de bedrijfsadministratie en het indienen van de aangiften, zodat de bestuurder moet worden geacht feitelijke leiding te hebben gegeven aan de verboden gedragingen van de B.V. Hoewel de ernst van het bewezenverklaarde op zichzelf een langdurige onvoorwaardelijke gevangenisstraf rechtvaardigt, legt de rechtbank conform het afdoeningsvoorstel een forse taakstraf op van 360 uur, een voorwaardelijke gevangenisstraf van 6 maanden met een proeftijd van 3 jaar, en een geldboete van € 15.000,-.

Vergrijpboete staat veroordeling belastingfraude niet in de weg

Rechtbank Rotterdam 5 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:12648

Indien dezelfde gedraging zowel bestuurlijk als strafrechtelijk kan worden afgedaan, dient – op grond van het una via-beginsel – in beginsel voor één der wegen gekozen te worden. Het una via-beginsel is in de praktijk doorgaans geen belemmering voor de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie om

bij hetzelfde onderliggende feitencomplex bij beide tot sanctionering over te gaan. In het kader van straftoemeting – in strafzaken dan wel boetezaken – moet dan wél rekening worden gehouden met de samenloop van sancties. Zo ook in de zaak die voorlag bij rechtbank Rotterdam.

Een Poolse supermarkt had volgens het Openbaar Ministerie via een speciaal ontwikkelde en aangeschafte afroomsoftware vele tienduizenden bonnen vervalst. De onderneming zou bij een controle opzettelijk een valse digitale kopie van het kassasysteem aan de Belastingdienst ter beschikking hebben gesteld. De verdediging betoogt onder meer dat de supermarkt niet nogmaals kan worden vervolgd, omdat aan de supermarkt al een vergrijpboete is opgelegd. Voorts stelt de verdediging dat de manager van de Poolse supermarkt verantwoordelijk was voor het heimelijk afkomen van de kas en dat hij het kasoverschot voor eigen gebruik heeft gehouden en dus ook dat deze gedragingen niet aan de onderneming kunnen worden toegerekend.

Rechtbank Rotterdam verwerpt het verweer, omdat de strafzaak al voor het opleggen van de vergrijpboete was aangevangen. Ook stelt de rechtbank vast dat er is gefraudeerd met het kassasysteem van de supermarkt. Onduidelijk is gebleven welke (natuurlijke) persoon hiervoor verantwoordelijk is geweest. Het dossier biedt echter geen enkel aanknopingspunt voor het door de verdediging geschetste scenario dat de manager van de supermarkt hiervoor verantwoordelijk zou zijn geweest. Vaststaat echter wel dat er is gefraudeerd en dat deze gedraging – conform de jurisprudentie inzake toerekening aan de rechtspersoon – heeft plaatsgevonden 'binnen de sfeer van de rechtspersoon'. Het voeren en bewaren van een kassa-administratie past immers binnen de normale bedrijfsvoering. Dat geldt ook voor het ter beschikking stellen daarvan aan de Belastingdienst (zij het in valse vorm). Het kan ook niet anders zijn dan dat deze handeling is verricht door iemand die uit hoofde van dienstbetrekking of uit andere hoofde werkzaam is geweest ten behoeve van de rechtspersoon. Niemand anders had immers toegang tot het kassasysteem. De aanpassing van het kassasysteem is de vennootschap voorts dienstig geweest: door de fraude werd er immers te weinig belasting geheven. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat het bewezenverklarde redelijkerwijs binnen de sfeer van de rechtspersoon plaatsvond en kan worden toegerekend aan de supermarkt.

De rechtbank acht in beginsel een geldboete passend en geboden. De rechtbank houdt echter, meer dan de officier van justitie, rekening met de reeds opgelegde vergrijpboete en de schending van de redelijke termijn en komt uit op een veel lagere boete van (afgerond) € 14.000,-.

■ Vrijspraak valsheid in geschrifte

Het delict valsheid in geschrift passeert regelmatig de revue in fiscale strafzaken. Om deze reden zijn de volgende uitspraken interessant.

Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:3893

In deze strafzaak vernietigt het hof het vonnis van de rechtbank en spreekt een accountant vrij van alle feiten, waaronder valsheid in geschrift vanwege het opnemen van een valse factuur in de bedrijfsadministratie en het later verstrekken aan de curator. De accountant is aanvankelijk in verzet gegaan tegen een opgelegde strafbeschikking en is vervolgens door de rechtbank veroordeeld tot een taakstraf van 120 uur. In hoger beroep oordeelt het hof anders dan de rechtbank.

Volgens het hof is geen sprake van het 'gebruik' van een vals geschrift. Het doel van het opnemen van de facturen in de administratie van het bedrijf zou zijn geweest om eventuele controlerende ambtenaren en de curator te misleiden. Van gebruik maken van een vals of vervalst geschrift in de zin van artikel 225 Sr kan echter alleen worden gesproken indien het geschrift zelf, als middel tot misleiding, tegenover derden wordt gebruikt. Van gebruik maken van een valse factuur kon weliswaar naar het oordeel van het hof wel worden gesproken toen de bedrijfsadministratie – met daarin de valse creditfactuur – ter beschikking werd gesteld aan de curator. De accountant heeft echter verklaard dat hij toen reeds uit dienst was getreden. Dit betekent volgens het hof dat de accountant niet betrokken kan zijn geweest bij het verstrekken van de bedrijfsadministratie, inclusief de valse creditfactuur. Het hof spreekt de verdachte daarom vrij van het gebruik maken van een valsheid in geschrift.

Aangezien de accountant juist was ingehuurd om de administratie op orde te brengen, kan voorts volgens het hof niet gezegd worden dat het opzet van de onderneming erop zou zijn gericht de administratie zodanig te voeren dat niet aan de fiscale verplichtingen werd voldaan. Alsdan kan van feitelijk leidinggeven daaraan (of van medeplegen) evenmin worden gesproken.

Van belang is op te merken dat aan verdachte in deze zaak artikel 225, tweede lid Sr ten laste was gelegd, het 'gebruik' van een vals geschrift. Daarvan was aldus geen sprake. Mogelijk was de zaak anders afgelopen indien de officier van justitie het opmaken, althans artikel 225, eerste lid Sr, ook (subsidiair) zou hebben tenlastegelegd. Het opnemen van valse facturen in de bedrijfsadministratie, zonder dat de administratie of de facturen worden 'gebruikt', kan namelijk leiden tot een valse bedrijfsadministratie in de zin van artikel 225, eerste lid Sr.³

3. HR 1 november 1993, ECLI:NL:PHR:1993:AB815.

Rechtbank Overijssel 27 november 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:4789

Ook in deze strafzaak wordt de verdachte vrijgesproken van valsheid in geschrifte. Volgens de FIOD faciliteerde de douane-expediteur via een schijnconstructie dat Chinese ondernemingen via online platforms goederen verkochten zonder dat de af te dragen omzetbelasting (invoer-btw) en invoerrechten werden afgedragen. De directeur wordt ervan verdacht dat hij feitelijk leiding zou hebben gegeven aan het opzettelijk onjuist indienen van vervalste invoeraangiften en het opzettelijk gebruik maken van valse inkoopfacturen. De douane-expediteur verzorgde de aangiften ten invoer en zette daarin de verschuldigde btw op nihil, waarbij een beroep werd gedaan op de verleggingsregeling.

Volgens de rechtbank is de verleggingsregeling ten onrechte toegepast waardoor in de invoeraangiften een te laag bedrag aan te betalen belasting is opgegeven. De rechtbank acht opzet op het gebruikmaken van de valse invoeraangiften echter niet bewezen. Zo heeft een medewerker verklaard dat hij de btw-nummers van de klanten van de sales afdeling ontving en deze verwerkte in de invoeraangiften. Daarnaast verklaart de medewerker dat hij de invoer-btw weliswaar heeft ingevuld maar dat hem niet bekend is dat daarbij iets fout is gegaan. De rechtbank kan uit de feitelijke gang van zaken en uit de verklaring van de medewerker niet afleiden dat de medewerker namens de douane-expediteur met (voorwaardelijk) opzet een onjuiste invoeraangifte heeft opgemaakt en ingediend. Dit opzet kan evenmin worden afgeleid uit het beleid van de douane-expediteur dat juist was gericht op compliance met de geldende fiscale en douaneregels.

Verder overweegt de rechtbank dat uit het dossier niet valt af te leiden dat de directeur of de betrokken werknemers van meet af aan ervan op de hoogte waren dat er door de Chinese 'resellers' door middel van het tussenschuiven van entiteiten een papieren handelsschakel werd gecreëerd zonder enig economisch realiteitsgehalte.

Ten slotte heeft de douane-expediteur volgens de rechtbank geen feitelijk leiding gegeven aan het opzettelijk indienen van onjuiste bij de belastingwet voorziene aangiften. De invoeraangiften vallen namelijk niet binnen het bereik van 'de belastingwet'. Het opzettelijk onjuist doen van een bij 'de belastingwet' voorziene aangifte is strafbaar gesteld in artikel 69 AWR. De heffing van belastingen bij invoer is evenwel niet geregeld in het nationale douanerecht, maar in het Unierecht. De werkingssfeer van 'de belastingwet' in de zin van de AWR is aldus beperkt tot nationale wetgeving, zodat de invoeraangiften niet binnen het bereik van het tenlastegelegde artikel 69 AWR vallen. De rechtbank spreekt de directeur vrij van alle ten laste gelegde feiten.

Straftoemeting**Hof Den Haag 20 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2254**

In de volgende fiscale strafzaak acht hof Den Haag het ten laste gelegde bewezen maar ziet het hof op grond van artikel 9a Sr af van het opleggen van een straf of maatregel. De verdachte is een horecaketten met verschillende 'all you can eat' sushi-restaurants. Het Openbaar Ministerie vervolgt verdachte omdat de restaurants – kort gezegd – omzet hebben afgeroomd en met dat geld een deel van het loon van het personeel zwart hebben uitbetaald. Hoewel dit feiten zijn waarvoor in beginsel een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op zijn plaats is, ziet het hof daarvan af vanwege bijzondere omstandigheden. Het Openbaar Ministerie verleende namelijk een documentairemaker toestemming om verschillende FIOD-medewerkers te volgen en filmopnamen te maken tijdens het onderzoek. Met de beslissingen om een documentairemaker – zonder enige noodzaak daartoe – vrijwel ongeclausuleerd toegang te geven tot de gegevens van onder andere de verdachte en gericht het onderzoek naar de horecaketten te volgen – zonder dat de verdachte daarvan op de hoogte was – heeft het Openbaar Ministerie volgens het hof de privacy van de verdachte geschonden en tevens de op haar rustende geheimhoudingsplicht. In eerste aanleg zou het Openbaar Ministerie bovendien hebben gepoogd het bestaan van de documentaire en het voornemen die op televisie uit te zenden voor de verdediging en de rechter geheim te houden, terwijl die documentaire betrekking had op diverse ingrijpende strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden ten aanzien van de verdachte.

Deze ernstige verzuimen leiden volgens het hof niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, maar wel tot strafvermindering. Het hof heeft op basis van het dossier en het verhandelde ter terechtzitting namelijk niet kunnen vaststellen dat het bestaan van de documentaire van invloed is geweest op het onderzoek. Het lichtzinnige optreden van het Openbaar Ministerie heeft echter wel tot forse (reputatie)schade voor verdachte geleid. Volgens het hof moeten deze verzuimen dan ook leiden tot een aanzienlijke vermindering van de op te leggen straf. Daarnaast is de redelijke termijn tweemaal met een aanzienlijke periode verstreken. Bovendien heeft de verdachte de belastingschuld inmiddels volledig voldaan, inclusief de tijdvakken waarvoor zij niet wordt vervolgd. Ten aanzien van de niet ten laste gelegde periode was daarenboven een bestuurlijke boete betaald. Het nadeel voor de schatkist is daarmee volledig teniet gedaan. Het hof ziet daarom in deze zaak, ondanks een bewezenverklaring, af van het opleggen van een straf of maatregel.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 3 november 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7344

In deze zaak oordeelt de rechtbank Zeeland-West-Brabant dat de inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende, een vennootschap onder firma, inkomsten heeft genoten die niet zijn aangegeven. Door geen winst in de aangifte op

te nemen, heeft belanghebbende de vereiste aanpak niet gedaan, zodat omkering en verzwaring van de bewijslast volgt. De navorderingsaanslag blijft daarom in stand. Voor wat betreft de hoogte van de vergrijpboete boekt belanghebbende meer succes. In bezwaar verlaagt de inspecteur de boete al tot € 20.000,- vanwege de draagkracht van belanghebbende. In beroep houdt de rechtbank rekening met hetgeen belanghebbende ter zitting heeft verklaard, namelijk dat op de verkoopopbrengst van belanghebbende beslag is gelegd en daarmee oudere belastingaanslagen zijn geïnd, alsmede dat belanghebbende geen inkomen heeft en ook geen zicht heeft op betaald werk. De rechtbank leidt uit deze omstandigheden af dat een boete van € 20.000,- tot onaanvaardbare financiële problemen zal leiden en matigt de boete daarom tot € 5.000,-. Wegens overschrijding van de redelijke termijn met twee maanden verlaagt de rechtbank de boete met nog 5% tot € 4.750,-. De uiteenzetting van de persoonlijke financiële situatie van belanghebbende heeft in deze zaak duidelijk effect gehad op de hoogte van de boete.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 4 januari 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:53

Een andere omstandigheid die een matiging van een opgelegde boete kan rechtvaardigen zien wij terug in de volgende zaak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant. Naar het oordeel van de rechtbank vormt de situatie waarbij door samenloop van omstandigheden bij een aantal concernvennootschappen eenmalig dezelfde fout is gemaakt, als gevolg waarvan de omzetbelasting niet werd voldaan, een bijzondere omstandigheid die matiging van de verzuimboete bij alle concernvennootschappen rechtvaardigt.

Rechtbank Noord-Holland 21 december 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:13975

In geschil zijn navorderingsaanslagen inkomstenbelasting ter zake van vermogen in een opgerichte Zwitserse stichting (Stiftung) alsmede daarmee verband houdende vergrijpboeten en rentebeslikkingen. De rechtbank acht aannemelijk dat belanghebbende in alle in geschil zijnde jaren fiscaal inwoner van Nederland was. De navorderingsaanslagen blijven daarom in stand. Interessant in deze zaak is evenwel dat de vergrijpboeten worden vernietigd wegens de extreem lange duur van de procedure. De rechtbank vindt dat de berechting zó lang heeft geduurd – namelijk veertien jaar (!) sinds de aankondiging van de boeten – dat er aanleiding is de boeten te vernietigen. Vanwege die overschrijding van de redelijke termijn met negen jaar wordt tevens een fors bedrag aan immateriële schadevergoeding toegekend, namelijk van € 9.000,-.

Rechtbank Gelderland 1 februari 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:483

De ouderdom van een zaak kan van grote betekenis zijn in het kader van de straftoemeting, zo laat ook deze zaak zien. In deze zaak had verdachte als boekhouder, samen met zijn medeverdachte, zijnde de eigenaar van de onderneming waarvoor verdachte de boekhouding verzorgde, in korte periode een grote

hoeveelheid valse documenten opgemaakt. Verdachte heeft dit gedaan vanuit zijn rol als professional en stelde – zoals wel had gemoeten – geen vervolgvragen toen de medeverdachte verzocht om stukken aan te passen. Bij de bepaling van de straf houdt de rechtbank rekening met de ouderdom van de zaak. Een eindvonnis dient in de regel namelijk binnen twee jaren te volgen na, kort gezegd, enig feit waaruit volgt dat de strafvervolgning is ingesteld. Hoewel de feiten in beginsel de oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf rechtvaardigen, legt de rechtbank een taakstraf op voor de duur van 240 uur en een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van 6 maanden.

■ Schending nemo tenetur-beginsel vordering verstrekking van stukken

Hoge Raad 14 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1562

De volgende zaak betreft weliswaar geen fiscale strafzaak, maar is in onze optiek zeer interessant voor dit rechtsgebied vanwege de schending van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende 'privilege against self-incrimination' - ook wel het 'nemo tenetur-beginsel'.

De politie verdenkt een particulier ervan illegaal vuurwerk te hebben gekocht omdat illegaal vuurwerk op zijn adres was afgeleverd. Vervolgens wordt hij bij brief door de politie uitgenodigd voor een verhoor. In de brief wordt tevens gevorderd dat verdachte alle gegevens die betrekking hebben op het bestellen en ontvangen van vuurwerk, zoals facturen en bestelbevestigingen, meeneemt. In cassatie is in geschil of de vordering van de politie aan verdachte op grond van artikel 19 Wet op de economische delicten (WED) een schending oplevert van artikel 6 EVRM.

Hof Arnhem-Leeuwarden meende daaraan voorafgaand dat de gevorderde stukken, die niet door de politie eigenmachtig konden worden verkregen, als afhankelijk van de wil van verdachte dienden te worden aangemerkt. Het hof oordeelde dat sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel, nu verdachte tegen zijn wil, zelf onder dwang de gevorderde gegevens – die eventueel later als bewijs gebruikt konden worden – moest aanleveren aan de politie die hem reeds in het vizier had.

De Hoge Raad bewandelt een andere route en beslist dat waar het gaat om het verkrijgen van de "specific pre-existing documents" beslissend is of de autoriteiten bekend zijn met het bestaan van dergelijke stukken. De omstandigheid of de autoriteiten stukken eigenmachtig kunnen verkrijgen, is niet bepalend voor de beantwoording van de vraag of dergelijke stukken moeten worden gezien als onafhankelijk van de verdachte. Het al dan niet benodigd zijn van de inspanning van de verdachte ter verkrijging is niet relevant. De strafkamer hanteert daarbij het

beoordelingskader dat het EHRM in de zaak De Legé tegen Nederland heeft uiteengezet.

Uit het beoordelingskader volgt immers dat voor de toetsing aan artikel 6 EVRM beslissend is of de autoriteiten bekend zijn met het bestaan van de betreffende stukken, maar niet of de autoriteiten die stukken (ook) eigenmachtig hadden kunnen verkrijgen. Daarnaast volgt uit die uitspraak ook niet dat de omstandigheid of de autoriteiten stukken eigenmachtig konden verkrijgen, bepalend is voor de beantwoording van de vraag of dergelijke stukken moeten worden gezien als wilsonafhankelijk materiaal, aldus de Hoge Raad.

Voor zover het cassatiemiddel hierover klaagt, slaagt het. Dit leidt echter niet tot cassatie. De politie vorderde dat verdachte "alle" gegevens die betrekking hebben op bestellen en ontvangen van "vuurwerk", waarbij "onder andere" kon worden gedacht aan facturen, bestelbevestigingen "etc." zou meenemen naar zijn verhoor. Volgens de Hoge Raad ligt in de vaststellingen van het hof besloten dat de betreffende vordering een situatie opleverde "where the authorities attempt to compel an individual to provide the evidence of offences he (...) has allegedly committed by forcing him (...) to supply documents which they believe must exist, although they are not certain of it (...)." Deze situatie heeft het EHRM als een 'fishing expedition' aangeduid. Dat brengt mee dat in de gegeven omstandigheden de vervolging van verdachte voor handelen in strijd met de gedane vordering, een schending oplevert van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende nemo tenetur-beginsel.

Naar het oordeel van de Hoge Raad kon dus niet worden volstaan met 'ongespecificeerde' en niet-concrete verzoeken; dat was ongeoorloofd 'vissen'. De politie had in de brief dus kennelijk ten minste specifieke stukken over de bekende levering dienen te vorderen, daaraan had de verdachte dan dienen te voldoen.

In deze zaak was reeds sprake was van een verdening, een 'criminal charge'. Daarvan is bij een zuiver fiscaal controleonderzoek geen sprake. Er zijn echter andere situaties denkbaar, waarin sprake is van beboeting. Het opzettelijk niet (volledig) voldoen aan een dergelijk verzoek is immers strafbaar gesteld in artikel 68, lid 1, sub a jo artikel 69, lid 1 AWR – in dat geval is wel sprake van een 'criminal charge'.

Als dit arrest van de Hoge Raad wordt losgelaten op fiscale zaken, dan zou de conclusie kunnen zijn dat stukken die worden verstrekt op basis van een algemeen niet gespecificeerd verzoek niet mogen worden gebruikt als bewijs ten behoeve van de boete. Ondanks dat sprake is van stukken die 'pre-existing' zijn, kunnen deze alsdan toch niet punitief worden benut als de bestraffende instantie ten tijde van het opvragen niet zeker was van het bestaan daarvan. Wellicht dat aankomende tijd een antwoord wordt gegeven op de vraag of in het geval dat ten volle wordt voldaan aan een "alle" of "etc." vraag van de inspecteur ex artikel 47 AWR en op basis daarvan be-

lastende pre-existing documenten worden verstrekt, de (nemo tenetur-)uitleg van de strafkamer wordt gevolgd.

Milieustrafrecht

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. R.J.M. de Rijck en mr. L.J. Bergsma.

In deze rubrieksperiode is een aantal interessante uitspraken gedaan. De omvang van de voor deze rubriek beschikbare ruimte dwingt ons om op een aantal punten te volstaan met een attendering.

Hoge Raad 21 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1607

Kort samengevat, werd het waterschap ervan verdacht in 2020 meermalen opzettelijk te hebben gepoogd een bever te doden of te vangen door in gebieden waarin bevers leven onbeschermd klemmen om muskusratten te vangen te plaatsen (artikel 3.5, eerste lid, Wet natuurbescherming). Het hof had het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van het waterschap omdat dit immuun zou zijn voor vervolging. Het Openbaar Ministerie kwam hiertegen in cassatie op en de Hoge Raad oordeelde anders dan het hof.

De Hoge Raad herhaalde de relevante overwegingen uit het bekende Pikmeer II-arrest (HR:1998:AA9342) met betrekking tot de strafrechtelijke immuniteit van het openbaar lichaam, namelijk dat strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet alleen dient te worden aangenomen als de betreffende gedragingen naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De Hoge Raad oordeelde dat het hof in zoverre de juiste maatstaf had gehanteerd. Het hof beantwoordde die vraag – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis – bevestigend. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het hof dat het waterschap met betrekking tot de tenlastegelegde gedragingen immuniteit toekwam, niet zonder meer begrijpelijk was. De Hoge Raad overwoog dat de op een waterschap rustende zorgplicht om schade aan waterstaatswerken veroorzaakt door muskusratten te voorkomen, niet betekent dat het feitelijk plaatsen van onbeschermd (muskusrat)klemmen naar zijn aard en gelet op het wettelijk systeem niet anders dan door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kan worden verricht. In de conclusie van A-G Keulen werd dien-

aangaande overwogen dat het feit dat waterschappen gespecialiseerde muskusrattenvangers in dienst zou hebben, dit ook niet anders zou maken. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en wees de zaak terug. Wordt vervolgd.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:10037, 10057, 10059 en 10065

Op 29 november 2023 wees het hof Arnhem-Leeuwarden vier samenhangende arresten aan de strafrechtelijke kant van de geruchtmakende fipronilaffaire van 2017. De casus is bekend als gevolg van de overvloedige publiciteit uit die periode. Twee samenhangende bedrijven gebruikten op grote schaal in kippenstallen het biocide fipronil. Dat middel is niet toegelaten, maar zeer effectief tegen 'bloedluis', dat anders dan de naam doet vermoeden geen insect is, maar een parasitaire mijt. Het middel werd op enig moment in eieren aangetroffen, hetgeen er uiteindelijk toe leidde dat een aanzienlijk deel van de Nederlandse eierproductie en -export kwam stil te liggen. Zeer leerzaam over de vele aspecten van de kwestie is het rapport dat de commissie Sorgdrager over de kwestie opstelde (*Onderzoek fipronil in eieren*, juni 2018).

De rechtspersonen werden (in de zaken met nummers 10057 en 10065) vervolgd ter zake van overtreding van artikel 174 Sr (waren verkopen, te koop aanbieden en afleveren, wetende dat zij voor het leven of de gezondheid schadelijk zijn, en dat schadelijk karakter verzwijgende), opzettelijk handelen in strijd met artikel 43 lid 3 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (het voorhanden of in voorraad hebben van biociden zonder toelating) en het op de markt aanbieden en gebruik van niet toegelaten biociden (artikel 43 lid 1 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden in verband met Artikel 17 lid 1 EU-Verordening 528/2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden). Deze vervolging betrof overigens meer niet toegelaten biociden dan alleen de fipronilhoudende middelen. De twee vennoten werden als feitelijk leidinggevend vervolgd (zaken met nummers 10037 en 10059).

Juridisch bevatten de vier arresten geen opvallende elementen. Het hof kwam tot bewezenverklaring van alle tenlastegelegde misdrijven, waarbij het voor het bewijs van overtreding van artikel 174 Sr het grootste aantal overwegingen nodig had.

In zijn strafmaatoverwegingen besteedde het hof aandacht aan de strenge regelgeving op dit gebied, de enorme economische schade die was ontstaan en het belang van voedselveiligheid, maar overwoog het ook dat uiteindelijk niet was gebleken dat er daadwerkelijk schadelijke gevolgen waren opgetreden voor de volksgezondheid.

Dat het hof ten aanzien van beide rechtspersonen tot een geheel voorwaardelijke geldboete kwam, kwam voort uit de wens van het hof geen strafrechtelijke willen opleggen ten koste van het verhaal dat nog aan schuldeisers zou kunnen worden geboden. Het

achtte het belangrijker dat het beschikbare geld zoveel mogelijk ten goede kwam aan de benadeelden.

In de uitspraken tegen de natuurlijke personen woog het hof ook de negatieve gevolgen van de vervolging en de media-aandacht voor de verdachten mee.

Een en ander resulteerde voor de twee natuurlijke personen in een gevangenisstraf van 180 dagen, waarvan 117 dagen voorwaardelijk. Het onvoorwaardelijk strafdeel was daarmee gelijk aan de toegepaste voorlopige hechtenis. Daarnaast werd een taakstraf van 200 uren opgelegd. Voor beide rechtspersonen volgde een voorwaardelijke geldboete van € 20.000,-.

Het meest opvallende aan de uitspraak is misschien dat – voor zover wij zagen – in de media geen enkele aandacht aan deze uitspraken is gewijd.

Rechtbank Overijssel 18 december 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:5175, 5177, 5178, 5179, 5180 en 5181 ; 5182, 5184, 5189, 5190 en 5191

Een hele serie uitspraken van de rechtbank Overijssel van 18 december 2023 betrof de verwerking van paperslib in biovergisters. Dit slib was ontstaan uit het afvalwater van papierfabrieken en bleek bij enkele analyses een kopergehalte van 360 en 395 mg/kg droge stof te bevatten. De rechtbank beschouwde dit slib als een afvalstof. Weliswaar kan zuiveringsslib worden aangemerkt als een (verhandelbare) meststof, maar dan is een van de vereisten dat de maximale waarden voor zware metalen niet mogen worden overschreden. Hier was dat het geval, want voor koper is die grenswaarde 75 mg/kg droge stof. Nu mogen bepaalde afval- en reststoffen wel samen met dierlijke meststoffen worden vergist, maar de betreffende lijst bevat, aldus de rechtbank, geen aan papier verwante stof. Volgens haar mocht deze afvalstof daarom niet voor covergisting worden gebruikt. En nu het slib niet rechtstreeks als meststof op landbouwgrond mocht worden aangewend, mocht dat natuurlijk ook niet via het uit vergisting overblijvende digestaat. Zoals de rechtbank overwoog: 'Koper als zwaar metaal is potentieel schadelijk. Een grote hoeveelheid koper in de bodem, in het gras en/of in het oppervlaktewater kan giftig zijn voor onder andere wormen, micro-organismen en schapen, afhankelijk van de concentratie.'

De vervolging in deze casus richtte zich ten eerste op de rechtspersoon die de afvalwaterinzameling en behandeling verrichtte en het slib had geleverd (zaak met nummer 5175). Zij werd vervolgd voor het zich opzettelijk ontdoen van bedrijfsafvalstoffen door afgifte aan bedrijven die niet bevoegd waren om die te accepteren (artikel 10.37 lid 1 wet milieubeheer) en daarnaast voor het opzettelijk bedrijfsmatig verrichten van handelingen met afvalstoffen, te weten het leveren daarvan aan afnemers, terwijl zij redelijkerwijs had kunnen weten dat daar-

door nadelige gevolgen voor het milieu konden ontstaan (artikel 10.1 lid 3 Wet milieubeheer). In de tweede plaats werden ondernemingen vervolgd die in de afzet naar de covergisters hadden bemiddeld en kennelijk ook slib hadden vervoerd (zaken met nummers 5177, 5178, 5179, 5180). Hun werd verweten het opzettelijk bedrijfsmatig handelen met afvalstoffen verrichten, terwijl zij redelijkerwijs hadden kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu konden ontstaan. In twee van de zaken (met nummers 5179 en 5180) was de verdachten ook ten laste gelegd dat zij opzettelijk hadden bemiddeld bij het beheer van bedrijfsafvalstoffen zonder vermelding als bemiddelaar op de lijst van vervoerders, handelaars en bemiddelaars (artikel 10.55, eerste lid aanhef en onder c Wet milieubeheer).

In al deze zaken werd een beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De vervolgte rechtspersonen (zaken met nummers 5175, 5177, 5178, 5179, 5180) voerden aan dat er ook enkele betrokken ondernemingen niet waren vervolgd en de zaken tegen de betrokken covergisters waren aangebracht bij de Economische Politierichter. Hier vond de rechtbank geen sprake van strijd met het verbod op willekeur. De onderbouwing van de OvJ dat de ene niet vervolgte onderneming een minieme rol als bemiddelaar had vervuld en dat wat de andere onderneming had gedaan, niet onder bemiddeling viel, achtte de rechtbank voldoende.

In de enige zaak in deze reeks tegen een natuurlijke persoon (zaak met nummer 5181) slaagde het verweer wel. Andere in het dossier voorkomende feitelijke-leidinggevers waren niet vervolgd en dat verschil was volgens de rechtbank hier niet gerechtvaardigd.

In de zaak tegen de ontdoener werd ook aangevoerd dat de tenlastelegging onvoldoende specifiek was geformuleerd. De verdediging stelde dat had moeten worden toegevoegd dat het verwijt draaide om papierslib met een kopergehalte boven de grenswaarde van 75 mg/kg droge stof. Opvallend aan de verwerping van dit verweer was dat de rechtbank dit niet toetste aan artikel 261 Sv, maar aan artikel 47 WED.

Op grond van de uiteengezette beoordeling van het papierslib als afvalstof kwam de rechtbank in de zaken tegen de rechtspersonen tot een bewezenverklaring. Er volgde ook strafoplegging, want het in alle zaken gevoerde beroep op dwaling ging niet op. De verdachten hadden nu eenmaal een onderzoeksplicht om te verifiëren met welke stof zij te maken hadden. De straffen die werden opgelegd varieerden tussen een boetes van € 150.000,- waarvan € 75.000,- voorwaardelijk voor de ontdoener tot € 10.000,- waarvan € 7.500,- voorwaardelijk voor een van de bemiddelaars.

In de zaken met nummers 5182, 5184, 5189, 5190 en 5191 werd telkens het wederrechtelijk verkregen voordeel gevorderd. Aan de ontdoener werd de hoogste betalingsverplichting opgelegd, te weten € 309.100,65. In de andere zaken werd het voordeel aanzienlijk lager geschat en in drie daarvan (met

nummers 5189, 5190 en 5191) werd de betalingsverplichting op nihil vastgesteld. Vermeldenswaardig is nog de overweging in de zaak met nummer 5184 inhoudende dat de kosten van de afvoer van het papierslib naar een legale ontvanger niet waren gemaakt ten behoeve van het plegen van het strafbare feit, maar voor het herstellen van de strafbare gedraging. Deze kosten kwamen daarom redelijkerwijs niet voor aftrek in aanmerking.

Hoge Raad 19 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1766 en 1770

In deze samenhangende arresten werd zowel de rechtspersoon als de directeur van de rechtspersoon vervolgd wegens – kort samengevat – (het feitelijk leidinggeven aan) het treffen van onvoldoende maatregelen om zware ongevallen te voorkomen door het bedrijf waar met gevaarlijke stoffen werd gewerkt (artikel 6, eerste lid, eerste volzin, Arbeidsomstandighedenwet) en (het feitelijk leidinggeven aan) (opzettelijke) overtreding van artikel 8.40 Wet milieubeheer. Opvallend is dat zowel de natuurlijke persoon als de rechtspersoon in eerste aanleg werd vrijgesproken en beiden vervolgens in hoger beroep werden veroordeeld tot respectievelijk een taakstraf van 60 uren (subsidiar 30 dagen hechtenis) en een geldboete van € 180.000,-, waarvan € 40.000,- voorwaardelijk. In de zaken kwam uitvoerig aan bod of 1) het uitvaardigen van een exploitatieverbod vereist is alvorens artikel 23 Brzo 1999 (oud) kan worden overtreden, 2) het invoeren van een veiligheidsbeheersysteem en/of het uitvoeren van veiligheidsstudies maatregelen zijn in de zin van de Brzo 1999 (oud) en 3) of het verrichten van veiligheidsstudies een wettelijke verplichting is, waarvan niet-naleving een strafbaar feit oplevert. Vanwege de tamelijk feitelijke en complexe aard van de zaken, willen wij op zichzelf volstaan met de signalering hiervan. De Hoge Raad verwierp het beroep onder verwijzing naar de relevante overwegingen in de conclusie van A-G Keulen.

Rechtbank Oost-Brabant 11 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:62, 63, 65, 70 en 74

Een reeks uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant van 11 januari 2024 had eveneens betrekking op covergisting. Juridisch draaide het hier om opzettelijk handelen in strijd met de omgevingsvergunning en met artikel 32 van de EU-verordening dierlijke bijproducten (1069/2009). In de zaak tegen een rechtspersoon (nummer 65) beschreef de rechtbank de zaak aldus dat de verdachte zich samen met anderen gedurende een langere periode schuldig gemaakt had aan het opzettelijk innemen van grotere hoeveelheden afvalstoffen dan op basis van de vergunning was toegestaan, het opzettelijk accepteren van afvalstromen die niet vergund waren en het opzettelijk op onjuiste wijze verwerken van afvalstoffen waardoor een onveilig eindproduct werd geproduceerd en verhandeld. Met dit handelen had zij haar eigen zakelijke en financiële belangen geplaatst boven de negatieve gevolgen voor het milieu,

de volksgezondheid en de voedselketen.

In deze zaken waren door Openbaar Ministerie en verdediging procesafspraken gemaakt in de fase dat de behandeling ter zitting al was aangevangen. In de strafzaken (nummers 62, 63, 65 en 70) hadden deze afspraken betrekking op bewezenverklaring en strafmaat. In de ontnemingszaak (met nummer 74) tegen een van de natuurlijke personen (die in de strafzaak met nummer 70) zagen de afspraken op de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de op te leggen betalingsverplichting. Met toetsing aan het kader van het Hoge Raad-arrest van 27 september 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1252), zag de rechtbank in de strafzaken met betrekking tot de bewezenverklaring geen aanleiding om van het afdoeningsvoorstel af te wijken en was zij van oordeel dat de voorgestelde straf in redelijke verhouding stond tot de ernst van de zaak en alle overige betrokken belangen. In de ontnemingszaak overwoog zij dat de berekening was gegrond op het bewezenverklaarde feit en het op basis van dat feit verkregen voordeel en dat de berekening het aandeel van veroordeelde daarin weerspiegelde.

Voor de natuurlijke personen (in de zaken met nummers 62, 63 en 70) resulteerde dat in de bewezenverklaring van één of twee van de tenlastegelegde feiten en taakstraffen van 320 en 240 uur en voorwaardelijke gevangenisstraffen van 9 en 6 maanden. In de ontnemingszaak werd een betalingsverplichting van € 867.820,- opgelegd. De rechtspersoon kreeg een boete opgelegd van € 400.000,-, te betalen in 24 maandelijkse termijnen van elk € 16.666,67.

Een rubriek als deze leent zich niet voor uitgebreidere commentaren. Niettemin merken wij op dat ons bij vergelijking van de hierboven genoemde Overijsselse en deze Bossche uitspraken opviel dat de rechtbank Overijssel een uitgebreide analyse van de regelgeving presenteerde, terwijl de rechtbank Den Bosch daaraan door de procesafspraken niet behoefde toe te komen.

Rechtbank Amsterdam 18 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:229 en 228, 230, 231

De aanleiding voor deze zaak was dat het langs de vaarwegen het IJ en het Amsterdam-Rijnkanaal opgestelde zogeheten eNosenetwerk (op verschillende dagen), kort samengevat, een verandering van de luchtsamenstelling (anomalieën) waarnam. De eNoses van Comon Invent detecteren de afwijking van de luchtsamenstelling ten opzichte van de gangbare luchtsamenstelling. Het platform van Comon Invent is toegankelijk voor de Omgevingsdienst. Die krijgt een melding van de afwijkingen en stuurt dit door aan de Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: ILT). Met behulp van de aan dit netwerk gekoppelde 'Degassing Vessel Detective tool' werd het daar toen langsvarende schip aangemerkt als mogelijke veroorzaker hiervan. De ILT concludeerde dat de veranderde luchtsamenstelling vermoedelijk kwam door een ontgassing van ladingtanks, hetgeen aldaar was

verboden.

In deze (deels) samenhangende zaken werden – kort gezegd – meerdere rechtspersonen verdacht van respectievelijk overtreding van artikel 5 (zaak met nummer 228) en/of artikel 4 Wet vervoer gevaarlijke stoffen (zaak met nummer 229) (op verschillende pleegdata). Twee natuurlijke personen, schippers, werden in verschillende zaken (zaken met nummers 230 en 231) – kort gezegd – verdacht van overtreding van artikel 5 Wet vervoer gevaarlijke stoffen door het varend ontgassen van de ladingtanks van een motortankschip in de nabijheid van bruggen en/of dichtbevolkte gebieden op verschillende data.

Het verweer dat het gebruik van AIS-gegevens⁴, waarmee de vervoersbewegingen van een schip kunnen worden getraceerd, in strijd zou zijn met de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG), werd in dit geval verworpen. De rechtbank overwoog dienaangaande dat de locatiegegevens ten aanzien van schippers met een eenmansbedrijf wél persoonsgegevens zijn waarop de Wet bescherming persoonsgegevens (tegenwoordig de AVG) van toepassing is. In het rapport 'Privacy en AIS in de binnenvaart' is hierover opgenomen dat 'vanwege het feit dat een binnenvaartschip zo nauw [...] is verbonden met de schipper zelf' bepaalde gegevens die via AIS worden verzonden in de binnenvaart kwalificeren als persoonsgegevens. Daarvan was in casu geen sprake, nu het niet ging om een eenmanszaak. Om die reden kwalificeerden de AIS-gegevens niet als persoonsgegevens in de zin van de AVG.

Voorts werd het verweer dat de ILT niet over de eNosegegevens had mogen beschikken en het gebruik hiervan onrechtmatig was (omdat het eNosenetwerk zou zijn bedoeld ter controle van het landelijk ontgassingsverbod) verworpen. Redengevend was dat de ILT naar het oordeel van de rechtbank zowel op grond van zijn wettelijke taak als op grond van het Convenant eNosenetwerk Noordzeekanaalgebied en Amsterdam-Rijnkanaal 2021-2026 (hierna: Convenant) gebruikt mocht maken van de gegevens die hem zijn toegezonden door de Omgevingsdienst.

Ten aanzien van het bewijs overwoog de rechtbank dat de eNoses van Comon Invent de afwijking van de luchtsamenstelling (anomalieën) ten opzichte van de gangbare luchtsamenstelling detecteren. De verantwoordelijke schipper van het schip (in de zaak met nummer 230), had verklaard dat hij in opdracht van de bevrachter onderweg moest ontgassen en dat hij dit had gedaan *buiten* (en dus niet, zoals tenlastegelegd, binnen) de dichtbevolkte en bewoonde gebieden en bruggen om. Dit volgde ook uit het gasmeetformulier. Waar exact was ontgast, volgde niet uit het gasmeetformulier. De rechtbank overwoog dat hoewel een aanwijzing voor ontgassing in verboden gebied kan volgen uit de door eNoses geconstateerde anomalieën, dit (zonder steun in andere bewijsmiddelen en tegenover de ontkenning van de verdachte

4. Automatisch Identificatie Systeem.

natuurlijke persoon) onvoldoende bewijs opleverde dat door de verdachte was ontgast in verboden gebied. De rechtbank overwoog dienaangaande dat in het Convenant was overwogen dat informatie van het eNosenetwerk kort samengevat indicatief is en niet voldoende is om als juridische bewijslast te dienen. De verdachte rechtspersoon en natuurlijke persoon werden vrijgesproken van overtreding van artikel 5 Wet vervoer gevaarlijke stoffen.

Interessant is dat – kort samengevat – ten aanzien van het verdachte bedrijf dat het schip (slechts) ter beschikking had gesteld (in de zaak met nummer 229), door de rechtbank werd overwogen dat de gedragingen niet aan de verdachte konden worden toegerekend (nu volgens de rechtspersoon volgens de rechtbank niet mocht beschikken over of de gedraging zou plaatsvinden en of zij deze gedraging placht te aanvaarden), om welke reden vrijspraak volgde voor het feit dat zag op (opzettelijke) overtreding van artikel 4 Wet vervoer gevaarlijke stoffen. In de samenhangende zaak (met nummer 231) waarin een natuurlijk persoon was aangemerkt als verdachte, volgde wel een veroordeling voor genoemd feit tot betaling van een geheel voorwaardelijke geldboete van € 1.500,-.

Rechtbank Oost-Brabant 30 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:299, 300, 301, 303 en 306

De op 30 januari 2024 door de rechtbank Oost-Brabant gewezen vonnissen in de Chemelot-zaak kregen in de media al veel aandacht.

Het Chemelot-complex is blijkens de beschrijving in de zaak met nummer 301 een multi-user site. Er is een aantal 'deelusers' die verschillende fabrieken drijven met daarboven een koepelorganisatie. Aan de koepelorganisatie en de deelusers is door de provincie een (revisie)vergunning verleend voor de vergunningplichtige activiteiten en installaties op de site. De uitspraken van de rechtbank betroffen zowel de koepelorganisatie als een aantal deelusers.

In de zaak met nummer 306 werden in totaal zeven misdrijven bewezen verklaard. Het ging om overtreding van artikel 173b Sr (onder vrijspraak van overtreding van de opzetvariant van dit delict in artikel 173a Sr), vier maal opzettelijke overtreding van artikel 5 BRZO (inmiddels oud), opzettelijke overtreding van de Arbeidsomstandighedenwetgeving waarvan artikel 5 BRZO ook een onderdeel was en overtreding van de meldplicht van artikel 17.2 Wet milieubeheer (inmiddels ook oud). De bewezenverklaarde feiten hadden zich afgespeeld in de periode 2015 – 2019. Bij de gebeurtenissen vielen ook enkele slachtoffers, van wie een dodelijk.

Wij laten hier een nadere beschrijving van de feiten achterwege en wijzen alleen op de elementen in de uitspraak die ons opvielen.

Eventuele verjaring in deze zaak was gestuit door een brief van de officier van justitie aan de raadsman waarin was vermeld dat het strafrechtelijk onderzoek in de ogen van de officier van justitie was af-

gerond, dat zij voornemens was om de verdachte te dagvaarden overeenkomstig de bijgevoegde concept tenlastelegging en dat de verdachte onderzoekswensen aan de rechter-commissaris kenbaar kon maken. Deze brief was volgens de rechtbank formeel geen vordering tot het verrichten van onderzoekshandelingen als bedoeld in artikel 181 Sv, maar kon daarmee wel worden gelijkgesteld. Hiermee werd immers een rechter in het onderzoek betrokken door de rechter-commissaris in de gelegenheid te stellen onderzoekswensen te inventariseren ten behoeve van de vervolging. Deze overwegingen werden in alle uitspraken herhaald.

Voorts was de rechtbank van oordeel dat de gedwongen afgifte van de bij verdachte in het bezit zijnde Root Cause Analyses en het gebruik daarvan voor het bewijs, geen schending van het nemo tenetur-beginsel opleverden.

Twee van de in deze zaak aan de orde zijnde wettelijke bepalingen zijn per 1 januari 2024 overgegaan naar het op de Omgevingswet berustende Besluit activiteiten leefomgeving. Dat zijn artikel 5 BRZO en artikel 17.2 Wet milieubeheer. Over deze bepalingen constateerde de rechtbank dat de inwerkingtreding van de nieuwe Omgevingswet geen gevolgen had voor de strafbaarheid van het feit (er was geen sprake van een gewijzigd inzicht van de wetgever) of de maximaal op te leggen geldboete.

De opgelegde boete van € 10 miljoen springt in deze uitspraak natuurlijk het meest in het oog. Hier gaf de rechtbank als onderdeel van een uitgebreide strafmotivering toepassing aan artikel 23 lid 7, tweede volzin Sr. De betreffende passage luidt als volgt:

'De officier van justitie heeft gevorderd dat de rechtbank gebruik maakt van de extra verhogingsmogelijkheid, die op 1 januari 2015 in het Wetboek van Strafrecht is ingevoerd en die toegepast kan worden op feiten die vanaf die datum zijn gepleegd, zoals in deze zaak het geval is. Die verhogingsmogelijkheid houdt in dat indien voor een feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd – en dat is dus bij vijf van de bewezen verklaarde feiten het geval – en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, een geldboete kan worden opgelegd tot ten hoogste tien procent van de jaaromzet van de rechtspersoon in het boekjaar voorafgaande aan de uitspraak. [...]

De rechtbank is met de officier van justitie van oordeel dat in de onderhavige zaak de hoogste geldboetecategorie geen passende bestraffing toelaat. De rechtbank heeft hiervoor uitvoerig aandacht besteed aan de aard en ernst van de feiten en verwijst daarvoor.

De rechtbank heeft geconstateerd dat [verdachte] zelf op papier een relatief beperkte omzet heeft, maar dat zij deel uitmaakt de grotere onderneming

[verdachte], dat netto ruim 30 miljard euro aan omzet heeft gegenereerd in 2022.

De rechtbank overweegt voorts dat niet zou worden voldaan aan de eis dat een sanctie doeltreffend en afschrikkend moet zijn, wanneer deze afhankelijk zou worden gemaakt van de cijfers van één enkele entiteit binnen een wereldwijd opererend concern, waarbij binnen die ene entiteit (boekhoudkundig) voornamelijk kosten worden gemaakt en geen of slechts beperkte winst wordt geboekt, terwijl die entiteit op haar plek in de globale concernstructuur wel bijdraagt aan een omzet van tientallen miljarden dollars van het moederconcern.

De rechtbank maakt gebruik van de mogelijkheid om boven de hoogste boetecategorie uit te stijgen, maar met mate. De rechtbank acht namelijk het zeer lange tijdsverloop sinds de bewezenverklaarde feiten wel een mitigerende factor in dit geval.

De rechtbank zal lagere straf opleggen dan door de officier van justitie is gevorderd. Zij is echter van oordeel dat met de op te leggen straf al het voorgaande voldoende tot uitdrukking is gebracht.¹

In de zaak met nummer 301 stond de koepelorganisatie terecht ter zake van diverse incidenten bij de deelusers uit de andere zaken. De verweten gedragingen behelsden (medeplegen van) overtreding van artikel 173a Sr, subsidiair 173b Sr, enkele opzettelijke overtredingen van artikel 5 BRZO en tweemaal het opzettelijk niet zo spoedig mogelijk melden van een ongewoon voorval zoals vereist door artikel 17.2 lid 1 Wet milieubeheer. Subsidiair aan twee van de BRZO-feiten was tenlastegelegd het opzettelijk handelen in strijd met enkele onderhoudsvoorschriften uit de vergunning.

Wat volgde was een integrale vrijspraak. Om te beginnen achtte de rechtbank onvoldoende bewijs aanwezig voor het plegen dan wel medeplegen door de koepelorganisatie van de zich bij de deelusers voordoende incidenten. Op dit punt was de basisoverweging van de rechtbank dat de enkele vaststelling dat een bepaalde installatie van een deeluser (ernstig) disfunctioneerde en/of dat een site-user een strafrechtelijk verwijt trof, niet automatisch een strafrechtelijk verwijt aan het adres van verdachte opleverde als onduidelijk bleef welke steken verdachte zelf had laten vallen. Om een en ander te kunnen beoordelen was informatie nodig over het door verdachte gevoerde beleid ten opzichte van de site-users, over de wijze waarop verdachte zich in concreto liet informeren over de status van de installaties op het industrieterrein en over het al dan niet ingrijpen door verdachte, bijvoorbeeld bij major non-conformities in de fabrieken.

Bij de beoordeling of de koepelorganisatie aan de meldplicht van ongewone voorvallen had voldaan, was de vergunningstructuur van belang. Onderdeel van de revisievergunning was het zogeheten Handboek. Op grond van dit Handboek waren de deelusers verplicht om de koepelorganisatie te in-

formereren. Daaronder viel ook de verplichting tot het melden van ongewone voorvallen, waartoe een centrale meldkamer was ingericht. Op haar beurt meldde de centrale meldkamer het ongewone voorval dan aan het bevoegd gezag. In een van de tenlastegelegde situaties volgde vrijspraak omdat het de medeverdachte deeluser was geweest die te lang had gewacht met melding aan de centrale meldkamer. In de andere situatie was wel een spoedige melding aan het bevoegd gezag gedaan, maar was deze foutief en onvolledig geweest en niet later gecorrigeerd. De rechtbank overwoog dat ook een inhoudelijk onjuiste of onvolledige melding een tijdige melding is als bedoeld in artikel 17.2 lid 1 Wet milieubeheer (oud). Daardoor werd ook hier vrijgesproken, want er was niet ten laste gelegd dat de gegevens bedoeld in artikel 17.2 lid 2 (oud) Wet milieubeheer niet waren verstrekt.

Daarmee resteerde de vraag of de subsidiair ten laste gelegde feiten, het opzettelijk niet naleven van vergunningsvoorschriften aangaande onderhoud bij site users, konden worden bewezen. Zoals gezegd, was de revisievergunning verleend aan de koepelorganisatie en de site users. Volgens deze vergunning was sprake van één inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Voorts hadden alle site users zich verbonden aan een door de koepel opgesteld handboek. Met betrekking tot dit handboek constateerde de rechtbank nu dat met het opnemen daarvan in de vergunning afbreuk leek te zijn gedaan aan de verplichtingen in de vergunningsvoorschriften, maar dat zij niet anders kon dan aannemen dat het bevoegd gezag had geaccordeerd dat het handboek deel uitmaakte van de vergunning.

Daardoor ontstond voor de rechtbank twijfel over de vraag of er gesproken kon worden van overtreding van de vergunningsvoorschriften door de koepelorganisatie, wanneer zij had gehandeld in lijn met het handboek. Zij had het onderhoud en in goede staat houden van deze specifieke bedrijfsonderdelen kenmerkend tot de verantwoordelijkheid van de deelsite-user gerekend en het dossier bood verder geen aanknopingspunt voor de stelling dat zij zich daarmee ten onrechte had onttrokken aan een op haar rustende (site-generieke) verplichting en verantwoordelijkheid, zodanig dat zij in strijd met de vergunningsvoorschriften had gehandeld.

In de zaken met de nummers 299 en 303 werden twee deelusers ieder voor opzettelijke overtreding van artikel 5 BRZO veroordeeld tot een geldboete van € 360.000,-. In de zaak met nummer 300 werd een deeluser vrijgesproken van het niet tijdig melden van een ongewoon voorval. Dit ging om het besproken voorval met de foutieve en onvolledige melding. Deze drie zaken bevatten niet veel bijzonderheden.

Dat laatste geldt zeker niet voor de twee andere za-

ken. Allicht met uitzondering van de door de rechtbank gememoreerde overgang van enkele bepalingen van de Wet milieubeheer naar de Omgevingswet zullen de door ons aangestipte onderwerpen te zijner tijd ongetwijfeld uitgebreid aan de orde komen bij het hof Den Bosch.

Ontneming

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. dr. M.T. van der Wulp en mr. L.A. van Bavel.

In deze rubriek wordt lezenswaardige ontnemingsjurisprudentie besproken, verschenen tussen 22 november 2023 en 22 februari 2024.

Gerechtshof Amsterdam 27 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2944

Achtergrond

Betrokkene is bij arrest van het gerechtshof veroordeeld ter zake van niet-ambtelijke omkoping van een natuurlijk persoon, die vanuit zijn rol binnen een stichting belast was met de aanbesteding van het "inkoopverbetertraject". Door omkoping van deze persoon heeft het bedrijf van betrokkene het project verkregen.

Vordering OM

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt vastgesteld op € 497.642,-. In een nadere conclusie is dit bedrag bijgesteld tot € 468.263,35. Uit de ontnemingsrapportage volgt volgens de advocaat-generaal dat betrokkene als natuurlijk persoon wederrechtelijk verkregen voordeel heeft genoten uit het handelen van het bedrijf van betrokkene, welk voordeel is gerelateerd aan de niet-ambtelijke omkoping. De navorderingsaanslag van de vennootschapsbelasting van € 145.476,- dient volgens de advocaat-generaal niet in mindering te worden gebracht op het voordeel, omdat de fiscale consequenties bij de toepassing van de ontnemingsmaatregel buiten beschouwing dienen te worden gelaten. De aangevoerde advocaatkosten van € 29.378,65 dienen volgens de advocaat-generaal wel in mindering te worden gebracht.

Verweer

De raadvrouw stelt zich primair op het standpunt dat de ontnemingsvordering moet worden afgewezen, omdat een causaal verband tussen de omzet verkregen middels het zakelijke contract en de omkoping ontbreekt. Het bedrijf heeft het "inkoopverbetertraject" op eigen kracht verkregen en het bedrijf werd niet extra betaald vanwege de activiteiten van de natuurlijke persoon, werkzaam bij de stichting. Subsidiar voert de raadvrouw aan dat bij de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel rekening moet worden gehouden met de bedrijfskosten, de navorderingsaanslag vennootschapsbelasting en de advocatenkosten die het bedrijf heeft moeten maken wegens de geschillen met de stichting en een onderaannemer.

Oordeel hof

Het hof is van oordeel dat er wel een causaal verband bestaat tussen de niet-ambtelijke omkoping en het wederrechtelijk verkregen voordeel. Als de stichting wel op de hoogte zou zijn geweest van de niet-ambtelijke omkoping, dan was – zoals ook blijkt uit de verklaring van de bestuurder van de stichting – de overeenkomst tussen de stichting en het bedrijf niet tot stand gekomen. Het door betrokkene, de enige bestuurder en uiteindelijk belanghebbende van de stichting, daaruit verkregen voordeel kan dan ook als wederrechtelijk verkregen voordeel aan hem worden ontnomen.

Het hof neemt bij de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel de ontnemingsrapportage als uitgangspunt. De advocaatkosten die het bedrijf dan wel betrokkene heeft gemaakt in verband met de geschillen met de stichting en een onderaannemer, worden wel in mindering op het wederrechtelijk verkregen voordeel gebracht.

Met betrekking tot de vennootschapsbelasting over het jaar 2011 overweegt het hof dat de strafrechter bij de bepaling van het als wederrechtelijk verkregen voordeel in beginsel geen rekening hoeft te houden met de belastingheffing. De vennootschapsbelasting is verschuldigd door de vennootschap en daarmee is het (jaar)resultaat van die vennootschap belast. De betrokkene heeft dus als natuurlijk persoon geen instrument in handen om de – na ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel ten onrechte geïnde – vennootschapsbelasting terug te vragen. Daarnaast heeft het bedrijf niet meer de mogelijkheid om die belasting nog terug te vragen, omdat deze in 2016 is ontbonden en de finale fiscale afrekening in 2017 heeft plaatsgevonden en derhalve buiten de voor eventuele herziening gelegen termijn van vijf jaar valt. Nu voorkomen dient te worden dat hetzelfde bedrag tweemaal aan de betrokkene wordt ontnomen, komt de door het bedrijf daadwerkelijk betaalde vennootschapsbelasting voor aftrek in aanmerking.

Betrokkene heeft kenbaar gemaakt dat hij een betalingsregeling heeft getroffen met de Belastingdienst voor het afbetalen van een totale belastingschuld ter hoogte van € 850.000,-. Hieronder vallen ook de navorderingsaanslag en vergrijpboete. Aangezien het hof niet kan bepalen welk deel van de (nog niet afbetaalde) totale belastingschuld ziet op het strafbare feit waarop de ontnemingsvordering is gebaseerd, schat het hof de vennootschapsbelasting over het jaar 2011 op € 10.000,-. Dit bedrag wordt in mindering gebracht op het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Het hof heeft ook de advocaatkosten ter hoogte van € 29.378,65 in mindering op het wederrechtelijk verkregen voordeel gebracht. Wat betreft de bedrijfskosten is het hof van opvatting dat het niet aanneemelijk is geworden dat het door de verdediging ge-

noemde percentage van de bedrijfskosten bespaard zou zijn gebleven als het strafbare feit niet was gepleegd.

Het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt door het hof vastgesteld op € 496.078,-. De betalingsverplichting ter hoogte van € 496.078,- wordt door het hof aan betrokkene opgelegd.

Rechtbank Gelderland 20 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:7050

Achtergrond

Betrokkene is door de rechtbank Gelderland op 29 maart 2023 veroordeeld tot een gevangenisstraf van 18 maanden, geheel voorwaardelijk, en een taakstraf voor de duur van 240 uren, ter zake van deelneming van een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven als bedoeld in artikel 10, derde en vierde lid, van de Opiumwet en het medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 2 onder B van de Opiumwet geven verbod.

De officier van justitie heeft op 12 oktober 2023 gevorderd dat de rechtbank het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel van de criminele organisatie wordt geschat en dat aan de betrokkene de verplichting wordt opgelegd tot betaling van dat bedrag. De officier van justitie schat het wederrechtelijk verkregen voordeel op € 1.018.891,20.

Verloop procedure

Uit het ontnemingsvonnis blijkt dat op 14 en 15 februari 2023 de strafzaak tegen betrokkene inhoudelijk is behandeld. Op 29 maart 2023 is uitspraak gedaan. Betrokkene heeft geen hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis. In de zaken van vijf medeveroordeelden is voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling besloten om de ontnemingsprocedure van de hoofdprocedure los te koppelen en gebruik te maken van schriftelijke rondes. Bij e-mailbericht van de griffier van 30 maart 2023 heeft de rechtbank partijen in die zaken geïnformeerd over het verdere verloop van die procedure en de termijnen voor schriftelijke standpunten. De advocaat van betrokkene is niet in die mailwisseling meegenomen. De officier van justitie heeft op 28 april 2023 een schriftelijke conclusie ingediend waarin ook de zaak van betrokkene werd genoemd. De griffier heeft daarop per e-mail op 2 mei 2023 kenbaar gemaakt dat de rechtbank niet bekend was met een ontnemingsvordering in de zaak van betrokkene en dat zij geen aankondiging van de ontnemingsvordering heeft kunnen terugvinden in de zittingsaantekeningen. Uit de zittingsaantekeningen volgt immers enkel dat de officier van justitie aan het eind van zijn requisitoir heeft gezegd: "de ontnemingsprocedure volgt nog." Het kwam echter op de rechtbank over dat de officier van justitie doelde op de vijf verdachten tegen wie reeds een ontnemingsvordering was ingediend en dat de ontnemingsprocedure zou volgen na het wijzen van de vonnissen.

De officier van justitie heeft per e-mail hierop gereageerd dat hij hiermee doelde op alle zeven verdach-

ten. De verdediging heeft hierop ook een schriftelijk standpunt ingenomen waarop de officier heeft gereageerd. De vordering tot ontneming van 12 oktober 2023 is op openbare terechtzitting onderzocht. De officier heeft ter terechtzitting gevorderd dat het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt vastgesteld op een bedrag van € 1.000,-.

Oordeel rechtbank

De rechtbank merkt op dat een proces-verbaal van de zitting in de strafzaak niet is opgemaakt, nu tegen het vonnis geen hoger beroep is ingesteld en in dergelijke gevallen door de rechtbank geen proces-verbaal van terechtzitting wordt opgemaakt. De zittingsaantekeningen van de griffier zijn in dit geval leidend. Daaruit blijkt enkel dat de officier van justitie heeft gezegd: "de ontnemingsprocedure volgt nog". Dit zei de officier van justitie aan het eind van zijn requisitoir in de zaken van de zeven verdachten. In de strafzaken van vijf van deze verdachten was al op een eerdere zitting aangekondigd dat er een ontnemingsvordering zou worden ingediend. In de zaak van betrokkene was nog geen ontnemingsvordering ingediend. Het was voor de rechtbank niet duidelijk dat ook in deze zaak een ontnemingsvordering zou worden ingediend. De officier van justitie heeft naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende duidelijk gemaakt dat ook in de zaak tegen betrokkene een ontnemingsvordering zou worden ingediend, zodat een aankondiging als bedoeld in artikel 311, eerste lid, Sv naar het oordeel van de rechtbank ontbreekt. Aangezien de rol van betrokkene in de criminele organisatie veel kleiner was dan de rol van de overige verdachten, wekte het achterwege blijven van een ontnemingsvordering geen bevreemding bij de rechtbank.

De rechtbank is van oordeel dat betrokkene – door het voornemen van het OM om in zijn zaak een ontnemingsvordering aanhangig te maken na het onherroepelijk worden van de strafzaak – in zijn belang is geschaad. Betrokkene heeft bij de keuze al dan niet hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank geen rekening kunnen houden met de ontnemingsvordering. Het verzuim van de aankondiging kon bij betrokkene de verwachting wekken dat de strafprocedure tegen hem met het vonnis van eerste aanleg was geëindigd.

De rechtbank is van oordeel dat het qua aard en omvang een relatief eenvoudige, niet omvangrijke, ontnemingszaak is. Het OM beschikte ruim voor het moment van indienen van de ontnemingsvordering over de voor de berekening benodigde gegevens. Er valt daarom niet in te zien waarom er niet met meer voortvarendheid is gehandeld en waarom de vordering niet voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak is ingediend, zoals in de zaken van de medeverdachten.

De rechtbank is daarom van oordeel dat het OM niet-

ontvankelijk is in zijn vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

Hoge Raad 23 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:42

Achtergrond

In de strafzaak tegen betrokkene zijn er twee zaken gevoegd. Het hof heeft de betrokkene in de zaak met parketnummer 05-860063-15 en in de zaak met parketnummer 05-840026-17 veroordeeld voor bedrijfsmatige hennepcultuur. Aan de betrokkene is één gevangenisstraf opgelegd.

De strafzaak met parketnummer 05-860063-15 vormde de aanleiding voor het arrest van het hof in de ontnemingsprocedure. In dit arrest bepaalt het hof de duur van de gijzeling die ten hoogste kan worden gevorderd op 618 dagen.

In de andere ontnemingszaak (voortvloeiend uit de strafzaak met parketnummer 05-840026-17) bepaalt het hof de duur van de gijzeling die ten hoogste kan worden gevorderd op 1080 dagen. Tegen beide arresten is beroep in cassatie ingesteld.

Cassatie

Het cassatiemiddel klaagt dat het hof de totale duur van de gijzeling die ten hoogste kan worden gevorderd in deze ontnemingszaak en in een andere ontnemingszaak, die allebei voortvloeien uit één strafzaak tegen betrokkene, ten onrechte heeft bepaald op meer dan 1080 dagen.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad verwijst naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 10 december 1992, *Stb.* 1993.11. Hieruit blijkt dat een ontnemingsprocedure niet een op zichzelf staande procedure vormt, maar slechts kan worden ingesteld als een voortzetting ("sequeel") van een strafvervolgung (Kamerstukken II 1989/90, 21504, nr. 3, p. 38). Als de strafzaak waarin de tenlastegelegde feiten gevoegd aan de kennisneming van de rechter zijn onderworpen, de aanleiding vormt voor een ontnemingsvordering, ligt het daarom in de rede dat de betreffende feiten ook in één ontnemingszaak aan de orde worden gesteld. Als de rechter op grond van artikel 36e lid 11 Sr bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel de duur van de gijzeling bepaalt die ten hoogste kan worden gevorderd, belooft die duur ook in zo'n geval ten hoogste drie jaren. Dit maximum geldt ook als de uit de gevoegde strafzaak voortkomende ontnemingsvorderingen niet in één ontnemingszaak aan de orde zijn gesteld.

De Hoge Raad zal de uitspraak van het hof in zoverre vernietigen en zelf de duur van de gijzeling die ten hoogste kan worden gevorderd, verminderen in die zin dat voor beide zaken samen is voldaan aan het wettelijk bepaalde maximum van drie jaren.

Rechtbank Overijssel 19 februari 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:858

Achtergrond

Betrokkene, een melkveebedrijf én varkenshouderij, is veroordeeld voor het produceren van meer fosfaat

dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht in de jaren 2018 en 2019 (overtreding van artikel 21b, eerste lid, van de Meststoffenwet). Betrokkene had ervoor kunnen zorgen dat haar fosfaatproductie overeenkwam met de aan haar toegekende hoeveelheid fosfaatrechten door extra fosfaatrechten te leasen of te kopen. Door dat na te laten heeft betrokkene kosten bespaard. De rechtbank heeft hiervoor in de strafzaak geen straf opgelegd (ECLI:NL:RBOVE:2024:856).

Bepaling wederrechtelijk verkregen voordeel

De kosten die betrokkene heeft bespaard hebben betrekking op de leaseprijs per kilogram fosfaat en de jaarlijkse leges die aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland hadden moeten worden betaald voor het verwerven van extra fosfaatrechten.

Het wederrechtelijk verkregen voordeel stelt de rechtbank vast op € 51.091,-.

Betalingsverplichting

Met betrekking tot de betalingsverplichting merkt de rechtbank op dat het opleggen van de ontnemingsmaatregel in abstracto passend is ingeval door het begaan van een strafbaar feit financieel voordeel is behaald. De rechter moet echter nog steeds kritisch onderzoeken of het opleggen van een ontnemingsmaatregel in het concrete geval niet alleen een doelmatige, maar ook een rechtvaardige en zinvolle strafrechtelijke reactie is (vgl. ECLI:NL:HR:2022:67, NJ 2022/56, conclusie mr. E.J. Hofstee, overweging 51).

De verdediging heeft naar voren gebracht dat de daadwerkelijke fosfaatproductie van betrokkene in 2018 lager was dan het op haar rustende fosfaatrecht, en dat de daadwerkelijke overschrijding van het fosfaatrecht in 2019 124 kg bedroeg. Dat heeft de officier van justitie ook niet weersproken.

Verder acht de rechtbank het van belang dat betrokkene in een bijzondere situatie verkeerde, zoals ook overwogen in het gewezen vonnis in de strafzaak tegen betrokkene. Zij heeft een jarenlange procedure (moeten) doorlopen om de benodigde vergunningen voor bedrijfsuitbreiding te krijgen. Zij zag zich gedurende die jaren geconfronteerd met de veranderende mestwetgeving, waarop zij haar bedrijfsvoering – getiteld op de inmiddels in gang gezette uitbreiding, mede gezien het trage verloop van het wetgevingsproces – lastig op bedrijfseconomische wijze kon aanpassen.

Dit zijn weliswaar omstandigheden die in de risicosfeer van betrokkene als onderneming liggen, maar zij geven niettemin aanleiding om de (strafrechtelijke) betalingsverplichting op gronden van billijkheid niet ter hoogte van het geschatte voordeel vast te stellen. Als gevolg van een en ander werd en wordt betrokkene namelijk langere tijd geconfronteerd met financiële consequenties. Door de invoering van het fosfaatrechtenstelsel met hante-

ring van de peildatum 2 juli 2015 voor de toe te kennen fosfaatrechten kon en kan betrokkene minder stuks melkvee houden dan zij met realisering van de haar vergunde en door derden gefinancierde nieuwe stal had kunnen doen en wat haar bij het aanvragen van de vergunning en de financieringsverplichtingen, toentertijd terecht, voor ogen stond.

Verder neemt de rechtbank in acht dat betrokkene door deze strafzaak al financiële consequenties heeft gehad, waaronder een aanpassing van de financieringsvoorwaarden (rentetarief) als gevolg van de (conservatoire) beslaglegging op het gehele bedrijf van betrokkene ter zekerheid van voldoening van de ontnemingsvordering. De rechtbank is van oordeel dat de betrokkene daardoor disproportioneel is getroffen.

Onder deze omstandigheden vindt de rechtbank ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet rechtvaardig en zinvol. De betalingsverplichting wordt op nihil vastgesteld.

Toezichthouders

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. drs. M.J. Blotwijk, mr. A.S.M.L. Prompers en mr. J.S. Roepnarin.

Nieuws

AFM

Minder signalen in 2023, oplichting door nep AFM-medewerker blijft probleem

De AFM kreeg in 2023 minder signalen dan in voorgaande jaren. Een relatieve nieuwkomer in de top-5 van ontvangen signalen is fraude met consumentkrediet. De meeste signalen gingen over mogelijke fraude met aanbiedingen in crypto's. Gedupeerden kwamen veelal via nepadvertenties op gekloonde nieuwssites, sociale media en datingapps terecht bij malafide partijen. Die partijen stelden forse beleggingswinsten in het vooruitzicht, om vervolgens niets uit te keren. Omdat beleggers tijdens dat proces vaak officiële gegevens aanleveren, zoals een rijbewijs of paspoort, lopen zij ook kans om slachtoffer te worden van identiteitsfraude. Ook worden hun gegevens soms doorverkocht aan andere criminelen, waarna slachtoffers opnieuw worden benaderd. Bijvoorbeeld door een zogenaamde AFM-medewerker die beweert dat hij de verloren inleg kan terugkrijgen. Als het slachtoffer daarop ingaat, wordt nog meer geld afhandig gemaakt. Zie www.afm.nl.

€1,75 miljoen boete voor Tinka B.V. wegens onverantwoorde kredietverstrekking

Tinka B.V. is een kredietaanbieder die klanten de mogelijkheid geeft om aankopen bij (web)winkels achteraf te betalen. Tinka voldeed niet aan regels tegen overkreditering ter bescherming van consumenten. Dit kan voorts leiden tot een verstoring van een

gelijk speelveld van kredietaanbieders. Tinka past zijn kredietacceptatieproces aan en biedt gedupeerden compensatie. Zie www.afm.nl.

CBb 17 oktober 2023, ECLI:CBB:NL:2023:591, RF 2024/10 *Boete aan een onderneming die bemiddelde en adviseerde in hypothecair krediet. Geen beheerst beloningsbeleid en geen adequate behandeling van klachten van consumenten. Bevestiging uitspraak rechtbank. (4:11, en 4:17, Wft)*

Deze uitspraak betreft het hoger beroep tegen Rb. Rotterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7987. De AFM heeft een vennootschap die bemiddelde in hypothecair krediet en twee feitelijk leidinggevers beboet voor het ontbreken van een beheerst beloningsbeleid en het hebben van een inadequate klachtenafhandeling. De vennootschap werkte uitsluitend met freelance hypotheekadviseurs en huurde deze in voor telkens drie maanden tegen een vergoeding opgebouwd uit een basisbedrag en een variabele component. Deze vergoedingen werden betaald uit een centrale pot die 50/50 werd gevuld door de hypotheekadviseurs en de vennootschap. Een eventueel tekort werd door de vennootschap aangevuld en een overschot werd naar rato en op basis van gestaffelde kwaliteitschecks uitgekeerd aan de hypotheekadviseurs. Het minimaal aantal uren dat een hypotheekadviseur werd ingehuurd, hing af van de gemiddelde omzet die de betreffende hypotheekadviseur had gemaakt in de voorgaande drie maanden. Dit werd berekend door het basissalaris (omzet afgelopen drie maanden / 3 x 0,25) te delen door het uurtarief (€ 50,-). Daarnaast heeft de vennootschap in totaal 132 klachten ontvangen in de periode van 2015 tot november 2016. Daarvan heeft de AFM steekproefsgewijs vijf klachten geselecteerd. In elk van de betrokken dossiers zijn gebreken geconstateerd, waaronder het handelen in strijd met de eigen klachtprocedure, het niet houden aan gestelde termijnen en in een aantal gevallen werd een klacht in eerste instantie zonder inhoudelijke motivering afgewezen. In bezwaar heeft de AFM de boetebedragen gematigd tot € 10.000,- voor de vennootschap en € 5.000,- voor beide bestuurders wegens beperkte draagkracht. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard. Het CBb merkt het "basissalaris" aan als een variabele beloning. Dit omdat de omzet in het voorafgaande kwartaal bepalend was voor het aantal uren dat de vennootschap een hypotheekadviseur inhuurde (en op grond waarvan deze in het opvolgende kwartaal werd betaald). Erkend is dat het basissalaris 80% was van de totale beloning van een hypotheekadviseur. Daarmee staat vast dat de variabele beloning meer was dan 20% van de vaste beloning en niet voor ten minste 50% gebaseerd was op niet-financiële criteria. Het beeld dat is geschetst met de steekproef is voldoende om tot het oordeel te komen dat van een zorgvuldige en objectieve klachtenbehandeling geen sprake is geweest. De vennootschap is gehouden tot een adequaat beleid dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Dit betekent dat de vennootschap moet

voorkomen dat zij en haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in haar of in de financiële markten kunnen schaden, wat niet is beperkt tot strafbare feiten. Er volgt een bevestiging van de uitspraak van de rechtbank.

Rechtbank Rotterdam 7 december 2023, ECLI:NL:RBROT: 2023:11495

Afwijzing verzoek schorsing openbaarmaking bestuurlijke boete van € 5 miljoen aan Bever Holding B.V. vanwege het niet publiceren van voorwetenschap en vanwege marktmanipulatie. Eventuele onzekerheid over de levering betekent niet dat de onvoorwaardelijke verkoop van de percelen onvoldoende concreet was. Geen wanverhouding hoogte boete. (art. 1:98, Wft)

Bever Holding B.V. (Bever) is een kleinere vastgoedonderneming waarvan de aandelen zijn genoteerd aan Euronext Amsterdam. Verordening 596/2014 betreffende marktmisbruik (MAR) is op haar van toepassing. Op basis van onderzoek concludeert de AFM dat Bever op datum (3) openbaar had moeten maken dat zij op die datum een akkoord op hoofdlijnen heeft gesloten om tien percelen in de gemeente G voor een bedrag Y aan de Projectontwikkelaar te verkopen (40% van haar vastgoedportefeuille). Door dit pas op datum (2) te doen, heeft Bever de verplichting uit de MAR overtreden om voorwetenschap zo snel mogelijk openbaar te maken. Daarnaast bevatten de berichten die verzoekster wel openbaar heeft gemaakt volgens de AFM onjuiste of misleidende informatie, omdat daarin stond dat Bever nog altijd een definitieve invulling aan haar strategische locaties in de betreffende gemeente wilde geven. Dat is marktmanipulatie. Beide overtredingen ziet de AFM als ernstige en verwijtbare overtredingen. De hoogte van de gehele boete heeft de AFM op basis van de evenredigheid gehalveerd.

Het akkoord tot verkoop geldt volgens de rechter als concrete informatie. Het is een bestaande situatie of plaatsgevonden gebeurtenis en specifiek genoeg om er conclusies uit te trekken over de mogelijke invloed ervan op de aandelenkoers. Onzekerheid over het doorgaan van een volgende stap in een proces betekent niet dat de huidige stap onvoldoende concreet is. Ook het hoofdlijnenakkoord met de gemeente is informatie waarvan een redelijk handelend belegger waarschijnlijk gebruik zou maken voor beleggingsbeslissingen. Het bedrijf heeft geen rechtmatige belangen gesteld die geschaad zouden kunnen worden door directe publicatie. Het heeft de vertrouwelijkheid van het akkoord ook niet kunnen garanderen. Het FD publiceerde eerder dan Bever. Aan gronden voor uitstel is niet voldaan. Dat leidt tot het oordeel dat buiten redelijke twijfel door de AFM is aangetoond dat sprake was van voorwetenschap en dat deze te laat openbaar is gemaakt. Ook is aangetoond dat met de informatie die wel werd gepubliceerd, het verbod op marktmanipulatie is overtreden. Er zijn geen in artikel 1:98 Wft bedoelde gronden aangevoerd op basis waarvan openbaarmaking van het boetebesluit moet worden uitgesteld, in verdergaande mate moet worden geanonimiseerd of geheel achterwege moet blijven.

Rechtbank Rotterdam 29 december 2023, ECLI:NL:RBROT: 2023:12727

Afwijzing verzoek voorlopige voorziening tegen openbare waarschuwing op grond van Wet handhaving consumentenbescherming. Gerechtvaardigd vermoeden dat alle ingelegde gelden voor een groot deel zijn besteed aan zaken die niet te maken hebben met de investering in vastgoed of de normale bedrijfsvoering van verzoekster. Reëel en acuut risico op benadeling van consumenten omdat de obligaties nog altijd worden aangeboden. (art. 8:8 Whc jo. art. 6:193b lid 3 sub a jo. art. 6:193d lid 1 en lid 2 BW)

Verzoekster (X) meldt aan de AFM haar aanbiedingen van obligaties die zijn vrijgesteld van de prospectusplicht op grond van artikel 53, eerste lid, Vrijstellingsregeling Wft. Daarbij verstrekt zij een brochure en een informatiedocument (artikel 53 lid 3 sub b, Vrijstellingsregeling Wft). De AFM start een onderzoek na klachten van consumenten. Op grond van de vele overboekingen die blijken uit de bankafschriften is de voorzieningenrechter met de AFM van oordeel dat verzoekster zich vermoedelijk schuldig maakt aan misleidende handelspraktijken door feitelijk onjuiste en misleidende informatie te verstrekken over de besteding van de beleggingsgelden en daarover ook essentiële informatie weg te laten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. De voorzieningenrechter acht het vermoeden gerechtvaardigd dat de ingelegde gelden voor een groot deel zijn besteed aan zaken die niets met de investering in vastgoed of de normale bedrijfsvoering van X van doen hebben. De stelling van X dat de gemiddelde belegger de mededeling in het informatiedocument over de besteding van de inleg zal afzetten tegen de rest van de verstrekte informatie en zal beschouwen als een gangbare en legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan, volgt de voorzieningenrechter niet en leidt dan ook niet tot een ander oordeel. Het informatiedocument is een wettelijk verplicht document. Er bestaat voor de gemiddelde belegger geen aanleiding om een mededeling van een aanbieder in een dergelijk informatiedocument op te vatten als een overdreven uitspraak die niet letterlijk moet worden genomen. De voorzieningenrechter wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

DNB

Rechtbank Rotterdam 11 december 2023, ECLI:NL:RBROT: 2023:11786

Voorlopige voorziening; openbaarmaking boetebesluit; nemo tenetur-beginsel

Verzoekster heeft per e-mail en telefonisch incidentmeldingen gedaan bij DNB.

Naar aanleiding van deze incidentmeldingen heeft DNB een onderzoek uitgevoerd bij Verzoekster en, onder andere, de cliëntendossiers die ten grondslag lagen aan de incidentmeldingen bij Verzoekster op-

gevraagd. Vervolgens heeft DNB aanvullende documenten opgevraagd en ook van Verzoekster gekregen.

De voorzieningenrechter overweegt dat indien een financiële onderneming ter nakoming van de meldplicht op grond van artikel 12, derde lid, Besluit prudentiële regels Wft en onder bedreiging van een (hoge) bestuurlijke boete (waarvan dwang uitgaat) DNB informeert over door haar begane overtredingen, het de vraag is of een daarop volgende beboeting van de onderneming voor deze overtredingen leidt tot een inbreuk op het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht dat niemand kan worden gedwongen mee te werken aan zijn eigen veroordeling (het nemo-teneturbeginsel). Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1351, onder 4) merkt de voorzieningenrechter op dat het nemo-teneturbeginsel er in ieder geval aan in de weg staat dat de bij de incidentmelding verstrekte informatie over de begane overtredingen, die naar haar aard moet worden aangemerkt als materiaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de financiële onderneming, wordt gebruikt voor het bewijs dat de onderneming deze overtredingen heeft begaan. Dit geldt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ook als de financiële onderneming, zoals [Verzoekster], achteraf stelt dat de incidentmelding onverplicht en slechts zekerheidshalve is gedaan en dat de gemelde overtredingen niet per se overtredingen betreffen.

De voorzieningenrechter overweegt voorts dat het standpunt van DNB dat zij de door Verzoekster bij de incidentenmeldingen verstrekte informatie - overeenkomstig voormeld arrest van de Hoge Raad - niet heeft gebruikt voor het bewijs dat Verzoekster de vermeende overtredingen heeft begaan, niet zonder meer betekent dat de boeteoplegging niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.

Dit beginsel lijkt volgens de voorzieningenrechter zijn betekenis te verliezen als zou worden aanvaard dat DNB, zoals in dit geval, een financiële onderneming een bestuurlijke boete oplegt op grond van de bevindingen van een eigen onderzoek naar overtredingen die deze onderneming zelf voorafgaand aan dat onderzoek bij een incidentmelding onder dwang aan haar heeft gemeld, terwijl deze incidentmelding de aanleiding was voor dat onderzoek en gesteld noch gebleken is dat ook zonder de incidentmelding een onderzoek naar deze overtredingen zou zijn gestart. Omdat de voorzieningenrechter betwijfelt of het boetebesluit in rechte stand kan houden, ziet zij aanleiding tot het treffen van een voorlopige voorziening, inhoudende schorsing van het openbaarmakingsbesluit.

Rechtbank Rotterdam 20 oktober 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:10068

Voorlopige voorziening; openbaarmaking boetes; artikel 23, eerste lid, onder a, in samenhang met artikel 27, tweede en derde lid, van de Wtt 2018; schending vertrouwensbeginsel DNB heeft aan trustkantoren boetes opgelegd vanwege overtreding van het verbod op vroegtijdige

dienstverlening. De voorzieningenrechter overweegt dat DNB buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat de trustkantoren de vastgestelde overtredingen hebben begaan. Het standpunt van de trustkantoren dat de overtreden open normen onvoldoende kenbaar zouden zijn geweest, volgt de voorzieningenrechter niet. DNB was volgens de voorzieningenrechter aldus bevoegd om trustkantoren te beboeten voor voornoemde overtredingen. Omdat de trustkantoren onder verwijzing naar een e-mail van DNB betoogden dat zij erop mochten vertrouwen dat DNB geen gebruik zou maken van haar boetebevoegdheid, bespreekt de voorzieningenrechter het in de jurisprudentie ontwikkelde vaste toetsingskader aan de hand waarvan dient te worden beoordeeld of een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt. In het kader van die beoordeling overweegt de voorzieningenrechter dat in de betreffende e-mail van DNB was vermeld dat aan alle verwachtingen van de waarschuwingsbrief was voldaan, dat DNB het onderzoek had gesloten en dat DNB op dat moment geen aanleiding zag voor vervolgstappen. Daaruit hadden de trustkantoren volgens de voorzieningenrechter redelijkerwijs kunnen afleiden dat DNB de inzet van een of meer punitieve maatregelen naar aanleiding van de conclusie van het validatieonderzoek niet langer in beraad had en dat een beboeting voor deze overtredingen dus achterwege zou blijven. Het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt en de openbaarmakingsbesluiten worden geschorst.

CBb 17 oktober 2023, ECLI:NL:CBb:2023:596

Ongebruikelijke transactie die niet onverwijld is gemeld (artikel 16 lid 1 Wwft). Boetes aan onderneming en feitelijk leidinggevende. Matiging boete vanwege overschrijding redelijke termijn.

DNB heeft in 2019 een boete opgelegd aan een trustkantoor voor overtreding van artikel 16 lid 1 Wwft (het niet-onverwijld melden van een ongebruikelijke transactie) en tevens een boete opgelegd aan de toenmalige bestuurder van het trustkantoor, voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. Het College is met de rechtbank van oordeel dat sprake was van een lening die ten onrechte niet is aangemerkt als een ongebruikelijke transactie, zoals bedoeld in artikel 1 Wwft. Aan dit oordeel liggen diverse omstandigheden van de specifieke zaak ten grondslag. Zo volgt uit de uitspraak dat het College met name van belang acht dat [naam 1] in augustus 2012 kennis kreeg van een bericht in een Mexicaanse krant uit 2011 dat [naam 7] werd verdacht van verduistering en corruptie. Volgens het CBb is algemeen bekend dat bij dergelijke delicten ook een bijzonder groot risico bestaat op het (vervolgens) witwassen van die uit misdrijf verkregen gelden. Dat [naam 7] daarvoor niet is veroordeeld betekent niet dat aan dat bericht in de gegeven omstandigheden geen betekenis toekomt. Daarbij komt dat [naam 7] tot eind 2013 een *politically exposed person* was en hij [naam bank] in verband met de lening persoonlijke zekerheden had

gegeven die [naam 1] niet kende. Aan de conclusie dat de transactie ongebruikelijk was, draagt verder bij dat de vennootschapsstructuur was opgezet ten behoeve van een investering in een Mexicaans vastgoedproject op advies van [naam 13], onderdeel van [naam bank]. In september 2012 is [naam 1] geïnformeerd dat het vastgoedproject was uitgesteld en dat [naam 8] het bedrag van USD 10 miljoen had aangewend om de aan haar door [naam bank] verstrekte leningen terug te betalen. In maart 2015 raakt [naam 1] ermee bekend dat de US Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) [naam bank] typeert als een 'foreign financial institution of primary money laundering concern' en dat [naam 6] in [land] was gearresteerd vanwege deze beschuldigingen. Dat FinCEN haar bericht later weer heeft ingetrokken, maakt de berichtgeving niet minder relevant, nu niet blijkt dat FinCEN haar eerdere kwalificatie had teruggenomen. Redengevend voor het intrekken waren, naar DNB volgens het College aannemelijk heeft gemaakt, in [land] genomen vervolgstappen (namelijk een ingrijpende herstructurering van [naam bank]) die het aan [naam bank] verbonden witwasrisico verminderten. Dat de lening, zoals [naam 1] benadrukt, afkomstig was van een bank en dat als vaststaand kan worden aangenomen dat [naam 8] de gelden heeft gebruikt om aan haar door [naam bank] verstrekte leningen terug te betalen, ontkracht onder de hiervoor geschetste omstandigheden niet dat de lening verband kon houden met witwassen. Voorts oordeelt het College dat ook de boete aan de feitelijk leidinggever terecht is opgelegd. In dit verband herhaalt het College de bestendige jurisprudentie inhoudende dat van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging sprake kan zijn indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat (beschikkingscriterium) en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen (aanvaardingscriterium). In deze situatie wordt die functionaris geacht opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen. Vervolgens komt het College aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval tot het oordeel dat [naam 2] terecht is aangemerkt als feitelijk leidinggever en dat hem op 1 augustus 2016 redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn dat de lening een ongebruikelijke transactie was. Op 1 augustus 2016 had hij namelijk kennis van de kritische beoordelingen van de accountmanager en de compliance officer. Beiden zagen een groot risico op witwassen in de structuur en daarnaast zag de accountmanager ook een risico in de specifieke transactie. [Naam 2] heeft het dossier [naam 5] vervolgens 'on hold' gezet. Of het 'on hold' zetten verband hield met een vermoeden van witwassen, is volgens het College niet van belang. Waar het om gaat is dat [naam 2] op dat moment had moeten beseffen dat de transactie als ongebruikelijk kwalificeerde. [Naam 2] was voorts als bestuurder bevoegd een FIU-melding te doen. Door niet zelf te melden heeft hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de gedraging, het niet melden van een ongebruikelijke transactie, zich voordoet. Met betrekking tot de boeteplegging, oordeelt het College dat het feit dat het

slechts één transactie betreft – van weliswaar USD 10 miljoen – niet afdoet aan de bevoegdheid om een boete op te leggen. Voor beboeting van een overtreding op grond van artikel 16, eerste lid, Wwft is niet vereist dat DNB meerdere overtredingen moet vaststellen voordat zij over mag gaan tot handhaving. Iedere individuele ongebruikelijke transactie dient door een financiële instelling te worden gemeld, ook in het geval van de subjectieve indicator. Omdat de redelijke termijn is overschreden, matigt het College beide boetes met 10%.

■ ACM

Rechtbank Rotterdam 19 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:925

Beroep van derde partij tegen ACM-besluit tot goedkeuring overname niet-ontvankelijk wegens ontbreken van belanghebbendheid.

De ACM heeft op 12 april 2023 besloten om aan Sandy HoldCo B.V. (Roompot) een vergunning onder voorschriften te verlenen voor de overname van Vacation Rental B.V. (Landal). Onderdeel van de overname was de overdracht van dertig vakantieparken aan de Dormio Group (Dormio). In het vergunningsbesluit bakent de ACM twee relevante markten af: de markt voor het aanbieden van accommodaties op vakantieparken (ook: B2C-markt) en de markt voor het aanbieden van verhuurbemiddeling- en marketingdiensten (ook: B2B-markt). Een derde partij was het oneens met de verleende vergunning en tekende beroep aan tegen het vergunningsbesluit. De derde partij is eigenaar van huisjes op verschillende Landal-parken waaronder op een park dat als onderdeel van de remedie is afgestoten aan Dormio. In dat kader had hij al gedurende de vergunningsprocedure zijn zorgen over de overname geuit, welke de ACM heeft meegenomen in haar beoordeling. Kortgezegd, stelde de derde partij dat de overname van Landal door Roompot niet alle mededingingsproblemen op de twee relevante markten wegneemt.

De rechtbank Rotterdam oordeelt dat zij niet aan de inhoudelijke beoordeling van de zaak toekomt, omdat het beroep van de derde partij niet-ontvankelijk is. De derde partij is geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Algemene Wet Bestuursrecht (Awb). Volgens de rechtbank is de derde partij een van de vele afnemers van de verhuurverhuurbemiddeling-, beheer- en marketingdiensten van Landal. Deze groep afnemers is zo onbepaald dat enkel het behoren tot deze groep niet de status van belanghebbende met zich brengt. De derde partij onderscheidt zich binnen deze kring van afnemers niet zodanig dat dient te worden aangenomen dat hij wordt geraakt in een persoonlijk belang. Ook is geen sprake van een actueel en voldoende zeker belang voor de derde partij. Hij verhuurt zijn woning op het park binnen het afstotingspakket niet. De enkele mogelijkheid dat hij zijn woning in de toekomst wel gaat verhuren, is onvoldoende om een actueel en vol-

doende zeker belang aan te nemen. Tegen deze uitspraak staat nog beroep open.

Rechtbank Rotterdam 10 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:35

De ACM weigert terecht de openbaarmaking van zelf vervaardigde documenten omdat openbaarmaking in strijd met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht is.

In 2022 ontving de ACM een verzoek tot openbaarmaking gericht op documenten die onder andere zien op apothekers joint ventures in Tilburg, Apeldoorn en Zutphen. De ACM weigert de openbaarmaking van deze documenten omdat openbaarmaking in strijd is met het doel van haar toezicht.

De ACM heeft een bijzonder openbaarmakingsregime zoals neergelegd in de artikelen 7, 12u, 12v en 12w Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Iw). De Iw geeft een uitputtende regeling die voorrang heeft op de Woo. Artikel 7 Iw ziet op gegevens en inlichtingen die de ACM van derden verkrijgt. Artikel 12 Iw ziet op het soort documenten waarom is verzocht, namelijk documenten die de ACM zelf vervaardigt. De rechtbank verduidelijkt dat getoetst moet worden aan artikel 12w Iw ook al bevatten de documenten gegevens en inlichtingen zoals bedoeld in artikel 7 Iw. Uit artikel 12w, eerste lid, Iw, volgt dat de ACM vervaardigde documenten openbaar kan maken. Dat moet de ACM in beginsel ook doen wanneer in een openbaarmakingsverzoek wordt verzocht om dit soort documenten, maar onder bepaalde omstandigheden moet de ACM dit toch weigeren. Eén van deze omstandigheden houdt de strijdigheid van de openbaarmaking met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht in, zoals is neergelegd in artikel 12w lid 4 jo. artikel 12u lid 4 Iw. Op deze omstandigheid doet de ACM een beroep.

Volgens verzoeker heeft de ACM tot doel om markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven. De ACM dient toezicht te houden op concurrentie in de zorg. Verzoeker stelt dat de markt in Apeldoorn niet goed functioneert omdat sprake is van een kartel. De ACM zet hiertegenover dat de documenten zijn vervaardigd in het kader van haar wettelijke taak om toezicht te houden op de Mededingingswet. De documenten bevatten deels vertrouwelijke gegevens die de ACM heeft verkregen van partijen in het kader van dit toezicht. De ACM hanteert bij openbaarmaking als uitgangspunt dat documenten uit toezichts-, handavings- of reguleringsdossiers in beginsel niet openbaar worden gemaakt. Openbaarmaking van deze documenten zet volgens de ACM de vertrouwensrelatie met partijen onder druk, wat de ACM bemoeilijkt in het ontvangen van de inlichtingen die zij nodig heeft. Hierbij stelt de ACM dat de verzochte documenten, ook al is een deel van deze documenten niet recent opgesteld, inzicht geven in de wijze waarop de ACM haar mededingingstoezicht uitoefent. Volgens de ACM is de inhoud van de documenten van zodanig strategische aard dat openbaarmaking daarvan ten koste gaat van het toezicht op de mededinging.

Voor het eerst beoordeelt de rechtbank het criterium

'in strijd met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht'. De rechtbank beperkt zich tot een toetsing van de motivering en stelt dat de ACM in het besluit, het verweerschrift en ter zitting voldoende heeft gemotiveerd waarom de gevonden documenten niet openbaar gemaakt kunnen worden. De stelling van verzoeker weegt de rechtbank niet mee omdat deze een inhoudelijke beoordeling vereist van de markt waarvoor in het kader van een verzoek tot openbaarmaking geen ruimte is. De rechtbank concludeert dat de ACM de openbaarmaking van de documenten niet ten onrechte heeft geweigerd. Het beroep is ongegrond. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld.

Rechtbank Rotterdam 15 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:1011

Last onder dwangsom moet in bezwaar in lijn met Greenpeace-rechtspraak ex nunc worden getoetst

De rechtbank Rotterdam heeft uitspraak gedaan in de beroepsprocedure van Privilege tegen de aan haar opgelegde last onder dwangsom en de publicatie daarvan. De rechtbank bevestigt alle door de ACM geconstateerde overtredingen van de Whc door Privilege en laat ook het invorderingsbesluit in stand. De rechtbank verklaart het beroep van Privilege wel gedeeltelijk gegrond en vernietigt delen van de last. Naar het oordeel van de rechtbank had de ACM, in lijn met de Greenpeace-jurisprudentie, in bezwaar ex nunc naar de omstandigheden op dat moment moeten toetsen of de maatregelen aangehouden moesten worden. De rechtbank overweegt als volgt:

"Op grond van artikel 7:11, eerste lid, van de Awb, vindt – kort gezegd – op grondslag van het bezwaar een heroverweging van het primaire besluit plaats. Het College heeft in een uitspraak van 18 oktober 2022 over een aanwijzing (ECLI:NL:CBB:2022:707; de bunq-uitspraak) onder verwijzing naar een uitspraak van de grote kamer van de Afdeling van 28 oktober 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:2571; de Greenpeace-uitspraak) overwogen dat voor een heroverweging van besluiten die hebben geleid tot het opleggen van een herstelsanctie in het bijzonder geldt dat het resultaat van de heroverweging moet leiden tot een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving van de desbetreffende norm. Dat betekent in de eerste plaats dat het bestuursorgaan moet bezien of het op basis van de feiten en omstandigheden ten tijde van het primaire besluit destijds terecht zijn besluit heeft genomen. In de tweede plaats dient het bestuursorgaan feiten en omstandigheden die zich ná de eerdere weigering of oplegging van een herstelsanctie hebben voorgedaan bij zijn heroverweging te betrekken. Onder die feiten en omstandigheden vallen inspanningen die de overtreder heeft gedaan om de overtreding geheel of gedeeltelijk te beëindigen."

De rechtbank stelde als gevolg hiervan vast dat de ACM delen van de last had moeten herroepen. De ACM heeft bij bestreden besluit 1 nagelaten om een heroverweging te verrichten overeenkomstig de Greenpeace-rechtspraak. Dit motiveringsgebrek

blijft in dit geval niet zonder gevolgen. Naar het oordeel van de rechtbank diende de heroverweging ten dele te leiden tot de herroeping van onderdeel a van de lastoplegging. Volgens de rechtbank heeft de uitspraak van de voorzieningenrechter van 4 oktober 2022 tot gevolg dat de begunstigingstermijn werd verlengd tot 19 oktober 2022. De ACM heeft de website van Privilege vastgelegd op 21 oktober 2022. Uit die vastlegging blijkt dat op dat moment artikel 1.5 van de algemene voorwaarden was gewijzigd en dat artikel 9.4 van de algemene voorwaarden opnieuw was ingevoerd, maar met een nieuwe tekst over pro rata vergoeding en verrekening. Voorts volgt uit die vastlegging dat Privilege artikel 9.3 had aangepast door daarin op te nemen dat ook per e-mail kon worden opgezegd. Privilege is diezelfde dag verzocht de ACM mee te delen of zij heeft voldaan aan de lastoplegging. Op 24 oktober 2022 heeft Privilege de ACM bericht over de door haar gedane aanpassingen. In die brief heeft Privilege onder meer vermeld dat zij artikel 9.3 per 18 oktober 2022 had aangepast. Naar het oordeel van de rechtbank was gelet op die verklaring van Privilege bij gebrek aan een eerdere controle door de ACM aannemelijk dat Privilege tijdig de artikelen 5.2 en 9.3 van de algemene voorwaarden had aangepast. En dit was voordat bestreden besluit 1 gereed kwam. De ACM heeft zich hier niet over uitgelaten ten tijde van de heroverweging. Pas in haar brief van 17 januari 2023 heeft de ACM aan Privilege meegedeeld dat zij het ervoor houdt dat Privilege met de schrapping van artikel 5.2 per 18 oktober 2022 niet langer aanspraak maakt op of dreigt met boetes. De rechtbank herroept daarom onderdelen van de last in haar uitspraak, maar ziet desalniettemin geen reden om de hoogte van de dwangsom(-men) te matigen. De dwangsom is volgens de rechtbank niet onevenredig hoog gelet op de omzet en het ledenbestand van Privilege.

Tenslotte vernietigt de rechtbank het publicatiebesluit en voorziet zelf in haar uitspraak door de ACM op te dragen om naast haar beslissing op bezwaar, de uitspraak van de rechtbank ook op de ACM website te publiceren. Tegen deze uitspraak staat nog hoger beroep open.

Witwassen

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. J.G. Geertsma en mr. O.S. Pluimer.

De rubriek omvat een overzicht van lezenswaardige jurisprudentie en een update van actualiteiten op het gebied van witwassen, gepubliceerd in de periode van 17 november 2023 tot en met 22 februari 2024.

Jurisprudentie

Bewezenverklaring van (impliciet) alternatieve tenlastelegging witwassen en eenvoudig witwassen

**Hoge Raad 5 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1685; Par-
ket bij de Hoge Raad 17 oktober 2023, ECLI:NL:PHR:2023:
921**

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de verdachte in deze zaak veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van zestig uren (subsidiair dertig dagen hechtenis) wegens het witwassen van een geldbedrag van EUR 268,52 en voor een poging tot witwassen van enkele andere geldbedragen. Voor zover hier van belang heeft het hof meer concreet bewezenverklaard dat de verdachte van het geldbedrag van EUR 268,52 de herkomst heeft verhuld alsmede dit geldbedrag voorhanden heeft gehad en/of heeft omgezet en/of daarvan gebruik heeft gemaakt, terwijl hij "wist dat het – onmiddellijk of middellijk van (al dan niet uit eigen) misdrijf" afkomstig was. Ten aanzien van de poging van witwassen heeft het hof meer concreet bewezenverklaard dat hij heeft getracht de herkomst van de geldbedragen te verhullen dan wel deze voorhanden te krijgen, opnieuw terwijl hij "wist dat het – onmiddellijk of middellijk – van (al dan niet uit eigen) misdrijf" afkomstige geldbedragen betroffen.

In cassatie wordt onder andere geklaagd dat het hof in de bewezenverklaring ten onrechte geen keuze heeft gemaakt tussen het (impliciet alternatief) tenlastegelegde witwassen (*ex* artikel 420bis Sr) en eenvoudig witwassen (*ex* artikel 420bis.1 Sr).

Bij de beoordeling van deze klacht stelt A-G Van Wees voorop dat een zogenoemde alternatieve bewezenverklaring in principe slechts toelaatbaar is voor zover de keuze uit de in de tenlastelegging alternatief vermelde kwalificaties niet van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het feit. Indien op de alternatieven ongelijke strafmaxima van toepassing zijn, geldt echter dat een dergelijk belang wel aanwezig is (zie bijv. HR 13 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:569). Nu op "witwassen" enerzijds en "eenvoudig witwassen" anderzijds ten hoogste zes jaren respectievelijk ten hoogste zes maanden gevangenisstraf staat, mag volgens de A-G in een bewezenverklaring een keuze tussen witwassen en eenvoudig witwassen niet achterwege blijven.

Gelet op het voorgaande blinkt de bewezenverklaring in deze zaak niet in helderheid uit. Het hof heeft namelijk bewezenverklaard dat de geldbedragen onmiddellijk dan wel middellijk (en dus niet uitsluitend onmiddellijk als bedoeld in artikel 420bis.1 Sr) uit misdrijf afkomstig waren, terwijl het hof de aan de delictsomschrijving van eenvoudig witwassen ontleende terminologie "al dan niet uit eigen" tussen haken in de bewezenverklaring heeft laten staan. Op grond van de bewezenverklaring kan dus – zo geeft ook de A-G de indiener van het cassatiemiddel gelijk – worden betwist in hoeverre het hof een keuze heeft gemaakt tussen het (impliciet) alternatief tenlastegelegde witwassen en eenvoudig witwassen. Dit geldt temeer nu het hof bij de toepasselijke wetsartikelen ook "artikel 420bis.1 Sr" ter zake

van eenvoudig witwassen heeft vermeld.

In de visie van de A-G hoeft dit echter niet tot cassatie te leiden, omdat volgens hem sprake is van een kennelijke misslag van het hof. Daartoe acht de A-G in de eerste plaats van belang dat het hof gedragingen bewezen heeft verklaard die niet voorkomen in de delictsomschrijving van eenvoudig witwassen. Naast het voorhanden hebben van geldbedragen heeft het hof immers ook bewezenverklaard dat de verdachte de herkomst van de geldbedragen heeft verhuld alsmede geldbedragen heeft omgezet en daarvan gebruik heeft gemaakt. Ten tweede acht de A-G redengevend dat het hof in de bewijsoverwegingen heeft geoordeeld dat het geld afkomstig is uit "enig" misdrijf. Overigens valt volgens de A-G uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen ook niet af te leiden dat het hof heeft willen oordelen dat het geld (onmiddellijk) uit "eigen" misdrijf afkomstig is. Zodoende kan de Hoge Raad de bewezenverklaring lezen met verbetering van de misslag, aldus de A-G. De Hoge Raad leest het oordeel van het hof kennelijk ook op deze wijze, aangezien hij de cassatieklacht heeft verworpen onder verwijzing naar artikel 81 RO.

Bewijs verbergen en verhullen van de herkomst en rechthebbende

Hoge Raad 23 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:47

De verdachte in deze zaak is door het gerechtshof Den Haag veroordeeld wegens het witwassen van een geldbedrag van EUR 23.000,- op 28 augustus 2020. Meer specifiek acht het hof bewezen dat de verdachte "de herkomst" van dit bedrag heeft verhuld en heeft verhuld wie "de rechthebbende" op dit geld is, terwijl hij wist dat het geld geheel of gedeeltelijk – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf.

In de zaak die aan dit oordeel ten grondslag ligt, hebben twee verbalisanten gezien dat op straat een man een gevuld tasje overhandigt aan de bestuurder van een auto. Daarop volgt een controle van de auto en blijkt de verdachte de auto te besturen. Bij deze controle wijst de verdachte een plastic tas aan op de bestuurdersstoel en antwoordt op vragen van de verbalisanten dat hierin EUR 23.000,- zit. Bij bestudering van de inhoud van de tas blijkt dit te kloppen.

In hoger beroep spitst de discussie zich toe op de vraag of kan worden bewezen dat het geldbedrag uit misdrijf afkomstig is. Het hof oordeelt dat de ter terechtzitting in hoger beroep afgelegde verklaring van de verdachte over de herkomst van het geld hoogst onwaarschijnlijk is. Daartoe acht het hof van belang dat de verklaring van de verdachte over de herkomst afwijkt van hetgeen hij onmiddellijk na de vondst van het geld tegenover de verbalisanten heeft verklaard. Ook komt zijn verklaring op cruciale details niet overeen met verklaringen van andere betrokkenen. Zodoende oordeelt het hof dat de verklaring van de verdachte over de herkomst van het geld "een achteraf geconstrueerd samenstel van verzinsels [is] dat de verdachte heeft geprobeerd te onderbouwen met achteraf opgestelde stukken die telkens niet blijken te kloppen met verifieerbare overige de-

tails uit het dossier". Met het overleggen van de stukken heeft de verdachte volgens het hof getracht de werkelijke herkomst van het geld te verhullen.

In cassatie wordt geklaagd dat de bewezenverklaring niet toereikend is gemotiveerd, aangezien uit de bewijsvoering niet kan worden afgeleid dat de verdachte de herkomst en de rechthebbende op het geld heeft verhuld.

De Hoge Raad stelt voorop dat de bestanddelen "verbergen" en "verhullen" in de zin van artikel 420bis, eerste lid, aanhef en onder a, Sr betrekking hebben op gedragingen die erop zijn gericht het zicht op onder meer de herkomst van een voorwerp en de rechthebbende daarop te bemoeilijken. De gedragingen moeten tevens geschikt zijn om dit doel te bereiken (onder verwijzing naar HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:236).

In het licht van deze uitgangspunten acht de Hoge Raad het oordeel van het hof ontoereikend gemotiveerd. De voor het verbergen en verhullen door het hof redengevend geachte handelingen – te weten het in de loop van de strafzaak overleggen van stukken en het afleggen van een verklaring daarover – hebben plaatsgevonden ruim na 28 augustus 2020, terwijl het hof heeft bewezenverklaard dat het verhullen op deze datum heeft plaatsgevonden. Het enkele aantreffen van het geldbedrag in een plastic tas op de bestuurdersstoel van de auto is in de visie van de Hoge Raad eveneens onvoldoende om de bewezenverklaring te kunnen dragen. Bovendien acht de Hoge Raad de direct na de controle gegeven verklaring van de verdachte dat hij het geld had gekregen van een vriend om daarvan een auto te kopen, gelet op de inhoud en de onderbouwing daarvan, niet van zodanige aard dat deze verklaring geschikt is om de herkomst van het geldbedrag en de rechthebbende daarop te verhullen. Aldus slaagt het cassatiemiddel en verwijst de Hoge Raad de zaak terug naar het gerechtshof Den Haag.

Bewijs verbergen en verhullen van de werkelijke aard, vervreemding en rechthebbende

Hoge Raad 23 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:67

In deze zaak heeft het gerechtshof Amsterdam de verdachte veroordeeld voor het witwassen van een drietal geldbedragen. Van deze geldbedragen heeft het hof bewezenverklaard dat de verdachte "de werkelijke aard" en "de vervreemding" heeft verhuld en heeft verhuld wie "de rechthebbende" op deze bedragen is, terwijl zij wist dat dit geld – onmiddellijk of middellijk – uit enig misdrijf afkomstig was.

In de zaak die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, is door drie personen aangifte gedaan van oplichting. Via WhatsApp ontvingen zij van een goede bekende een dringend verzoek om een geldbedrag over te maken. Het geldbedrag zou de volgende ochtend worden gerestitueerd. Aan dit verzoek hebben

de aangevers gehoor gegeven. Zij hebben de geldbedragen via betaalverzoeken overgemaakt naar een bankrekening die op naam stond van de verdachte. Na de betaling werd de aangevers duidelijk dat zij waren opgelicht door iemand die zich had voorgedaan als een goede bekende van hen.

De verdachte verklaart dat zij een bankrekening heeft geopend voor iemand met wie zij in contact was gekomen en een rekeningnummer nodig had om "geld door te sluizen". Na het openen van de bankrekening heeft de verdachte thuis een bankpas ontvangen die door twee jongens is opgehaald. De verdachte is verteld dat een bedrijf failliet is gegaan, dat er geld zou worden overgeschreven naar het door haar geopende bankrekeningnummer en dat dit geld zou worden opgenomen door met de betaalpas te pinnen. Voor haar handelen zou de verdachte tien procent van het geldbedrag ontvangen.

Het cassatiemiddel richt zich tegen het op grond van deze feiten en omstandigheden gebezigde oordeel van het hof dat de verdachte de werkelijke aard en de vervreemding van het geld heeft verhuld alsmede heeft verhuld wie de rechthebbende daarop is. Na zijn standaardrechtspraak over het "verbergen" of "verhullen" van de feitelijkheden als bedoeld in artikel 420bis, eerste lid, onder sub a Sr uiteen te hebben gezet (zie hierboven HR 23 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:47, met verwijzing naar ECLI:NL:HR:2017:236), overweegt de Hoge Raad dat in de vaststellingen van het hof besloten ligt dat de gedragingen van de verdachte erop waren gericht om te bewerkstelligen dat de jongens de geldbedragen van de rekening konden halen die daarop door de aangevers waren gestort. Daarmee konden de twee jongens niet (meer) naar de aangevers herleidbare geldbedragen in handen krijgen. Ook bleef zo uit beeld wie uiteindelijk over de geldbedragen kwamen te beschikken.

Het oordeel van het hof dat de gedragingen van de verdachte er op deze wijze op waren gericht en tevens geschikt waren om het zicht te bemoeilijken op de werkelijke aard, de vervreemding van de geldbedragen en de rechthebbende daarop, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is in de visie van de Hoge Raad ook toereikend gemotiveerd, mede in aanmerking genomen dat door of namens de verdachte op dit punt in hoger beroep geen verweer is gevoerd. Derhalve faalt het cassatiemiddel.

Bewijs voorhanden hebben

Hoge Raad 30 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:112

In deze zaak heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch de verdachte – door bevestiging van het vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant – veroordeeld ter zake van het tezamen en in vereniging voorhanden hebben van meerdere voorwerpen, waaronder een contant geldbedrag van EUR 52.810,-, terwijl zij wist dat deze onmiddellijk of middellijk afkomstig waren uit enig misdrijf.

Bij een doorzoeking is in de woning van de verdachte en haar medeverdachte op een drietal verschillende

plekken het geldbedrag in contanten aangetroffen. Ten overstaan van de politie heeft de medeverdachte verklaard dat het geld van hem is. De verdachte heeft verklaard dat zij wist dat een bedrag van EUR 7.000,- apart lag in de woning. Volgens het hof kan op grond van deze verklaringen worden bewezen dat de verdachte en de medeverdachte samen het contante geldbedrag voorhanden hebben gehad.

Het hof concludeert voorts dat dit geldbedrag uit misdrijf afkomstig is. Daartoe acht het hof van belang dat het grote hoeveelheden contant geld betreft, dit onder andere was samengesteld uit 1.783 briefjes van EUR 20,- en het een feit (van algemene bekendheid) is dat de handel in verdovende middelen veel geld in kleine coupures oplevert. Daarnaast heeft de politie een vermogensvergelijking opgesteld, waaruit blijkt dat in de tenlastegelegde periode van bijna twee jaar sprake is van een negatief netto-privé vermogen van (afgerond) EUR 173.000,-. Deze feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, leveren in de visie van het hof een gerechtvaardigd vermoeden op dat het contante geld uit misdrijf afkomstig is. De verklaring van de verdachte dat het bedrag van ongeveer EUR 7.000,- spaargeld betrof en dat zij voor het overige niet wist van het geld in de woning, acht het hof ongeloofwaardig gelet op de negatieve vermogensvergelijking, het feit dat zij niet nader heeft geconcretiseerd waar het (spaar)geld vandaan komt en de omstandigheid dat het "spaar(geld)" ook biljetten van EUR 500,- bevat terwijl elders in de woning eveneens 500-eurobiljetten waren aangetroffen.

Het namens de verdachte ingediende cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van het hof dat de verdachte het contante geldbedrag van EUR 52.810,- voorhanden heeft gehad. A-G Spronken meent dat het oordeel van het hof in dit "grensgeval" ontoereikend is gemotiveerd. Daarbij acht zij ten eerste van belang dat de door het hof redengevend geachte omstandigheden vooral lijken te zien op de vraag of het geldbedrag uit misdrijf afkomstig is en niet (zozeer) op de vraag of de verdachte er wetenschap of bewustheid van had dat naast zich de ongeveer EUR 7.000,- ook nog andere contante geldbedragen in de woning bevonden. Zo zegt de vermogensvergelijking volgens de A-G nog niets over wetenschap of bewustheid ten aanzien van de andere in de woning aangetroffen geldbedragen. Ook van de constatering dat tussen het spaargeld EUR 500-biljetten zijn aangetroffen valt in de visie van A-G zonder nadere motivering – die hier ontbreekt – niet in te zien in hoeverre dit bijdraagt aan het bewijs van wetenschap of bewustheid dat zich in de woning nog andere geldbedragen bevinden (die ook mede zijn samengesteld uit EUR 500-biljetten). Nu het hof over de vindplaats van de geldbedragen voorts niet meer heeft overwogen dan dat het geld is aangetroffen in de woning van de verdachte die zij samen met haar partner woont en door het hof niets is vastgesteld over de

toegankelijkheid van de plekken waar de geldbedragen zijn gevonden, kan 's hofs oordeel volgens de A-G geen standhouden.

Bij de beoordeling van het cassatiemiddel stelt de Hoge Raad voorop dat voor het als "pleger" voorhanden hebben van een voorwerp als bedoeld in artikel 420bis, eerste lid, onder a, Sr, is vereist dat een verdachte het voorwerp opzettelijk aanwezig had. Dit houdt in dat de verdachte zich bewust dient te zijn geweest van de (waarschijnlijke) aanwezigheid van het voorwerp, zonder dat deze bewustheid zich uit hoeft te strekken tot de precieze eigenschappen en kenmerken van het voorwerp (waaronder de exacte omvang van een geldbedrag) of tot de exacte locatie daarvan. Voor het bewijs van een dergelijke bewustheid geldt volgens de Hoge Raad dat kan worden volstaan met de constatering dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad. Deze eisen gelden ook voor (het bewijs van) het "medeplegen" van het voorhanden hebben van een voorwerp in de zin van artikel 420bis, eerste lid, onder a, Sr. In dat geval moet daarnaast wel komen vast te staan dat de verdachte tezamen met de medeverdachte(n) feitelijke macht heeft kunnen uitoefenen over het voorwerp.

Gelet op deze uitgangspunten heeft het hof volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de verdachte naast de ongeveer EUR 7.000,- spaargeld, ook de andere in de woning aangetroffen contante geldbedragen tezamen en in vereniging voorhanden heeft gehad en is dat oordeel toereikend gemotiveerd. Voorts overweegt de Hoge Raad dat het hof begrijpelijk heeft geoordeeld dat de verdachte geen concrete, min of meer verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring heeft gegeven over de herkomst van de geldbedragen in reactie op het vermoeden dat deze uit enig misdrijf afkomstig zijn. Aldus verwierpt de Hoge Raad het cassatiemiddel.

Bewijs verwerven en overdragen

Hoge Raad 13 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:222

Aan het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak ligt – kort gezegd – een WhatsApp-fraude ten grondslag. In de aangifte is opgetekend dat een persoon zich via WhatsApp voordeed als de dochter van de aangever. Deze persoon heeft (zich uitgevend als de dochter) aan de aangever gevraagd om een rekening te voltooien. In navolging hiervan heeft de aangever een bedrag van EUR 1.875,57 overgemaakt naar het bankrekeningnummer dat – uit nader onderzoek – op naam bleek te staan van de verdachte in deze zaak.

Bij de politie verklaart de verdachte erachter te zijn gekomen een huurachterstand te hebben. De verdachte is toen via Telegram in contact gekomen met jongens om gemakkelijk geld te verdienen teneinde die achterstallige huur te kunnen voldoen. Op enig moment heeft de verdachte met twee jongens afgesproken. Bij die afspraak heeft de verdachte de pinpas en pincode van de zakelijke bankrekening van zijn klusbedrijf afgegeven. Vervolgens is een van de jongens ter plekke bij de verdachte gebleven en heeft

de ander in een tijdsbestek van nog geen kwartier door middel van een viertal pintransacties een bedrag van in totaal EUR 1.900,- opgenomen van de bankrekening van de verdachte. Ter zitting in eerste aanleg verklaart de verdachte wel te hebben vermoed dat de jongens geld wilden witwassen.

Op grond van deze feiten en omstandigheden acht het gerechtshof 's-Hertogenbosch bewezen dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het verwerven en overdragen van het geldbedrag van EUR 1.875,57, terwijl hij redelijkerwijs moest vermoeden dat dit geld geheel of gedeeltelijk – onmiddellijk of middellijk – afkomstig was uit enig misdrijf. In cassatie wordt namens de verdachte geklaagd over deze bewezenverklaring.

De Hoge Raad concludeert dat 's hofs oordeel ontoereikend is gemotiveerd. Daarbij acht hij van belang dat uit de bewijsvoering van het hof slechts kan worden opgemaakt dat, nadat de verdachte zijn pinpas en pincode had afgegeven aan de jongens, in een kort tijdsbestek het geldbedrag op de (zakelijke) bankrekening van de verdachte is gestort en daarvan weer is opgenomen via pintransacties. Het hof heeft niet vastgesteld dat de verdachte bemoeienis heeft gehad met deze pintransacties en ook anderszins geen nadere vaststellingen heeft gedaan waaruit kan worden afgeleid dat de verdachte in voormeld tijdsbestek "feitelijke zeggenschap" had over de met het geldbedrag verrichte transacties. Het enkele feit dat de verdachte bij de gegeven omstandigheden redelijkerwijs moest vermoeden dat transacties plaatsvonden op zijn rekening, maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. Uit deze constatering volgt immers niet dat de verdachte het geldbedrag heeft verworven en overgedragen, aldus de Hoge Raad.

■ Actualiteiten

AFM Trendzicht 2024

In november 2023 heeft de AFM het "Trendzicht 2024" gepubliceerd. Daarin gaat de AFM in op de gesignaleerde trends en daaruit volgende risico's in de financiële sector. De trends vormen volgens de AFM de basis voor het ontstaan van risico's en zijn daarmee in belangrijke mate richtinggevend voor het door de AFM uitgeoefende toezicht.

In het Trendzicht geeft de AFM aan te verwachten dat de terugvallende economische groei, verregaande digitalisering en internationalisering, de achterstand van de duurzaamheidstransitie, de introductie van veel nieuwe Europese wet- en regelgeving en de aanpak van financiële criminaliteit het beeld zullen bepalen in 2024. Risico's die de AFM hierbij signaleert zijn ten eerste de (mogelijk) onbeheerste inzet van AI ten aanzien van de financiële dienstverlenings- en kapitaalmarkten. Bijvoorbeeld doordat criminelen met behulp van AI in staat zouden zijn hun (misleidende) boodschappen beter te

verwoorden en geloofwaardiger te presenteren om de markt te manipuleren. Ten tweede ziet de AFM een risico in de steeds verdergaande internationalisering van de financiële (dienstverlenings-)markt. In dit kader signaleert de AFM een toename van het bereik van buitenlandse malafide aanbieders van beleggingsproducten. Een derde risico dat de AFM signaleert, betreft het optreden van een "waterbed-effect", waardoor het zwaartepunt van de witwassen terrorismefinancieringsrisico's van de ene poortwachter (de banken) verschuift naar andere poortwachters (in de visie van de AFM: assetmanagement-partijen).

Daarnaast kondigt de AFM in het Trendzicht 2024 aan dat "fraude" bij gecontroleerde ondernemingen een belangrijker aandachtspunt wordt voor de accountantscontrole. Bij de bestrijding van crimineel gedrag zal de AFM zelf de internationale en nationale samenwerkingen met ketenpartners voortzetten, bijvoorbeeld met ketenpartners in het FEC, alsmede transacties op de financiële markten (blijven) monitoren.

Voorlopig akkoord EU Raad en Parlement oprichting Anti Money Laundering Authority

Op 13 december 2023 hebben het Europees Parlement en de Raad een voorlopig akkoord bereikt over het voorstel van de Europese Commissie tot oprichting van een Europese autoriteit ter bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, de Anti Money Laundering Authority (AMLA). Het voorstel om deze AMLA op te richten maakt deel uit van het zogenoemde AML/CFT-wetgevingspakket dat in juli 2021 werd gepresenteerd door de Europese Commissie.

De oprichting van de AMLA heeft ten doel om het AML/CFT-toezicht in de Europese Unie te transformeren en de samenwerking tussen de financiële inlichtingeneenheden (FIU's) van de lidstaten te verbeteren. Hiertoe worden in het voorlopig akkoord aan de AMLA bevoegdheden toegekend om direct toezicht uit te oefenen op bepaalde kredietinstellingen en financiële instellingen (waaronder ook aanbieders van cryptoactivadiensten worden verstaan), indien zij als risicovol worden beschouwd of grensoverschrijdend actief zijn. Hiertoe zal de AMLA een selectie maken van kredietinstellingen en financiële instellingen die in verschillende lidstaten een hoog risico vormen. De eerste selectie van instellingen die onder het (directe) toezicht van de AMLA zullen vallen, dient op 1 juli 2027 te zijn afgerond. Het voorlopig akkoord verleent de bevoegdheid om in het eerste selectieproces toezicht te houden op maximaal veertig groepen en entiteiten. Het directe toezicht van de AMLA op de geselecteerde instellingen zal vanaf 2028 moeten aanvangen.

In het kader van het directe toezicht zal de AMLA onder andere beoordelingen en inspecties (kunnen) uitvoeren ten aanzien van de "geselecteerde instellingen". Daarnaast zal de AMLA ook de bevoegdheid worden toegekend om aan geselecteerde instellingen geldboetes op te leggen wegens niet-naleving

van verplichtingen uit de (nog in werking te treden) anti-witwasverordening (zie voor een update over deze verordening hieronder). In de verordening strekkende tot oprichting van de AMLA zullen minimum- en maximumbedragen worden opgenomen waartussen de basisbedragen van de boetes moeten liggen. Voorts krijgt de AMLA de bevoegdheid om aan geselecteerde instellingen periodieke dwangsommen op te leggen bij niet-naleving van door de AMLA opgelegde administratieve maatregelen of ingeval bepaalde informatie na een daartoe strekkend verzoek niet wordt overgelegd aan de AMLA.

Voor "niet-geselecteerde" (kredietinstellingen en financiële) instellingen zal het AML/CFT-toezicht op nationaal niveau blijven bestaan. Voor deze categorie zal de AMLA een ondersteunende rol (gaan) spelen door bijvoorbeeld mogelijke inbreuken bij de toepassing van de AML/CFT-verplichtingen te beoordelen. In dit kader zal de AMLA niet-bindende aanbevelingen kunnen doen.

Nadat de tekst van het voorlopig akkoord is bijgewerkt, zal het ter goedkeuring aan de vertegenwoordigers van de lidstaten van het Europees Parlement worden voorgelegd. Indien zij het voorlopig akkoord goedkeuren, zullen de Raad en het Parlement (de tekst van) het akkoord nog formeel (moeten) aannemen.

In de tweede helft van februari 2024 is voorts bekend geworden dat de AMLA in Frankfurt zal worden gevestigd. Vanaf medio 2025 zullen daar meer dan 400 medewerkers een start maken met de AMLA.

FEC jaarplan 2024

Op 14 december 2023 is het FEC jaarplan 2024 gepresenteerd. In 2024 zal het FEC, voortbouwend op activiteiten die reed waren ingezet, verder werken aan de aanpak van illegale trustdienstverleners, de aanpak van misbruik van rechtspersonen, (het verkennende project) doorstroomvennootschappen en het tegengaan van grensoverschrijdende btw-fraude. Daarnaast zullen in 2024 ook nieuwe projecten worden gestart. Zo zal het FEC aandacht vestigen op de aanbieders van cryptoactiva en cryptoactivadiensten, Payment Service Providers, money transfer organisations en derdenbetalingen vanuit Nederland.

Voorlopig akkoord Raad en Parlement over definitieve tekst nieuwe anti-witwasverordening en zesde anti-witwasrichtlijn

Na het hiervoor beschreven voorlopig akkoord over de oprichting van één centrale Europese AMLA, hebben de Europese Raad en het Europees Parlement medio januari 2024 ook een voorlopig akkoord bereikt over de definitieve tekst van een nieuwe anti-witwasverordening (AMLR) en van de zesde anti-witwasrichtlijn (AMLD6). Ook de AMLR en AMLD6 wa-

ren onderdeel van het EU AML/CFT-wetgevingspakket van juli 2021.

In de AMLR zullen de reeds bestaande verplichtingen ter zake van het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering uit de (vijfde) anti-witwasrichtlijn worden overgenomen en aangevuld. Doordat deze verplichtingen zullen worden opgenomen in een verordening hoeven lidstaten de verplichtingen niet eerst te implementeren in nationale wet- en regelgeving. Een verordening is – in tegenstelling tot (de anti-witwas)richtlijnen – immers rechtstreeks van toepassing in alle lidstaten.

Ten opzichte van de huidige verplichtingen uit de (vijfde) anti-witwasrichtlijn, zal in de eerste plaats de lijst van meldingsplichtige instellingen worden uitgebreid. Zo zullen onder andere aanbieders van cryptoactivadiensten aan de lijst worden toegevoegd, voor zover sprake is van transacties van EUR 1.000,- of meer. Datzelfde geldt voor handelaren in culturele goederen (zoals kunstwerken), luxe goederen (o.a. juweliers en horlogemakers) en handelaren in luxe auto's, jachten en vliegtuigen. Ook professionele voetbalclubs en -makelaars zullen onder de reikwijdte van de AML/CFT-verplichtingen worden gebracht door middel van de verordening, zij het dat aan lidstaten ruimte wordt gelaten om hen niet op de lijst van instellingen op te nemen in geval van een laag risico op witwassen of terrorismefinanciering. Ook voor deze nieuwe instellingen zullen dus verplichtingen gaan gelden met betrekking tot het verrichten van cliëntenonderzoeken en het melden van verdachte of ongebruikelijke transacties.

Ten tweede zullen verscherpte due diligence-maatregelen moet worden genomen ten aanzien van incidentele transacties en zakelijke relaties waarbij zogenoemde hoog-risicolanden betrokken zijn. Te meer als de tekortkomingen in de nationale regimes voor witwasbestrijding en terrorismebedreiging de integriteit van de interne markt van de Europese Unie bedreigen. Ten behoeve van deze verplichting zal de Europese Commissie aan de hand van de FAFT-lijsten nadere guidance (gaan) verschaffen.

Ten derde zal in de verordening een verbod worden opgenomen voor contante betalingen van EUR 10.000,- of meer. Daarbij zal lidstaten de ruimte worden geboden om lagere limieten te hanteren (bijv. voor een verbod op contante betalingen vanaf EUR 3.000,- zoals Nederland thans beoogt in het wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen).

Ten vierde zal de verordening (gaan) voorzien in nadere regels over de identificatie en registratie van *ultimate beneficial owners* (UBO's). Hiermee wordt beoogd om de regels over de vaststelling van het uiteindelijke eigendom te verduidelijken. Uit het akkoord blijkt dat aan de hand van twee aspecten – eigendom en zeggenschap – zal moeten worden geïdentificeerd welke natuurlijke personen de uiteindelijke begunstigden zijn van een rechtspersoon of andere (juridische) entiteit. Daarbij zal binnen de gehele Europese Unie (komen te) gelden dat als UBO's

– op grond van het eigendomsaspect – (zullen) worden aangemerkt degenen die (direct dan wel indirect) tenminste 25% van de aandelen, stemrechten of andere eigendomsbelangen hebben. Voorts zal de registratieplicht van informatie over UBO's gaan gelden voor alle buiten de EU gevestigde juridische entiteiten die een zakelijke relatie aangaan met in de EU gevestigde juridische entiteiten dan wel onroerend goed (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014) of motorvoertuigen, boten en vliegtuigen (van een bepaalde minimumwaarde; voor niet-commerciële doeleinden) hebben verworven.

Ten vijfde, en tot slot, zal de AMLR ook voorschriften bevatten over de wijze waarop instellingen gezamenlijke voorzieningen mogen inrichten om (onderling) gegevens uit te wisselen. Hieraan zullen in de verordening strenge voorwaarden en de nodige beperkingen worden gesteld. Zo bepaalt de verordening onder meer dat dergelijke informatie-uitwisseling enkel mag plaatsvinden met betrekking tot hoog risico-cliënten of ten aanzien van cliënten gevestigd in derde-landen die vanwege strategische tekortkomingen in de nationale AML/CFT-regelgeving een aanzienlijke bedreiging vormen voor het financiële stelsel in de EU. Ook worden in de verordening de nodige eisen gesteld voor wat betreft het treffen van adequate voorzieningen en het borgen van privacy alsmede omtrent het toezicht op de inzet van artificial intelligence bij het genereren van gegevens. De vraag rijst welke implicaties deze (strenge) voorschriften zullen hebben voor het voorstel tot (het oprichten van gezamenlijke voorzieningen ten behoeve van) onderlinge gegevensdeling dat thans onderdeel vormt van het (controversieel verklaarde) wetsvoorstel Plan van aanpak witwassen (*Kamerstukken* 36228). Een recente brief waarin de Minister van Financiën ingaat op de in deze actualiteitenrubriek beschreven ontwikkelingen op Europees niveau op het gebied van AML/CFT-regelgeving, biedt in dit kader nog weinig inzicht (*Kamerstukken II*, 2023/24, 31 477, nr. 95). Gelet op de voorschriften in de AMLR lijkt het in ieder geval aangewezen om voorlopig uitermate behoedzaam te zijn met de wijze waarop (een gezamenlijke voorziening voor) de uitwisseling van gegevens in de praktijk wordt vormgegeven.

Naast de verordening ziet het voorlopig akkoord – zoals beschreven – ook op een gewijzigde anti-witwasrichtlijn, AMLD6. Deze richtlijn zal (nationale) autoriteiten die het UBO-register beheren de bevoegdheid geven om inspecties ter plekke uit te voeren bij geregistreerde juridische entiteiten. In de AMLD6 zal ook worden opgenomen dat naast toezichthouders, meldingsplichtige instellingen en openbare autoriteiten ook anderen met een legitiem belang (bijv. de pers) toegang moeten krijgen tot (de informatie in) een UBO-register.

AMLD6 zal voorts bepalen dat nationale FIU's on-

middellijk en direct toegang (moeten) krijgen tot financiële, administratieve en wetshandavingsinformatie, zoals belastinginformatie, (vuur)wapenregisters en registers van motorvoertuigen. Om de grensoverschrijdende informatie-uitwisseling tussen de nationale FIU's te vergemakkelijken, zal het daartoe strekkende systeem worden aangepast. Tot slot, zullen de FIU's de bevoegdheid krijgen om een (voorgenomen) transactie op te schorten of te weigeren teneinde het gemelde vermoeden (nader) te analyseren en te beoordelen en de resultaten hiervan te de-

len met de bevoegde autoriteiten zodat zij passende maatregelen kunnen nemen.

Ook voor dit voorlopig akkoord geldt dat de tekst ter goedkeuring zal worden voorgelegd aan de vertegenwoordigers van de lidstaten van het Europees Parlement. Indien zij de tekst van het voorlopig akkoord goedkeuren, moeten de Raad en het Parlement van de Europese Unie de tekst van het akkoord nog formeel aannemen.

