

# Nalatigheid kan strafrechtelijke consequenties hebben voor bestuurders

F.J. Erkens MEWI FFE RFA\*

Trefwoorden: nalatigheid, bestuurlijke aansprakelijkheid, zorgplicht

## Inleiding

De 'license to operate' en professionaliteit van diverse onder toezicht staande instellingen (instellingen) is de afgelopen periode door uiteenlopende incidenten ter discussie gesteld. Bestuurders van deze instellingen lopen het risico om strafrechtelijk aangesproken te worden voor een zogeheten oneigenlijk commissiedelict als zij nalaten een actieve gedraging uit hoofde van een bijzondere rechtsplicht uit te voeren, waardoor incidenten kunnen plaatsvinden. De plicht van een instelling om op grond van geldende wet- en regelgeving, zoals de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) en de Wet toezicht accountantskantoren (Wta) een integere (en beheerste) bedrijfsvoering te voeren en in te richten, is een belangrijke kapstok. Deze belangrijke wettelijke verplichting vraagt van bestuurders een actieve houding om te voldoen aan haar zorgplicht en de daarmee samenhangende informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten.<sup>1</sup> Uit de literatuur en jurisprudentie blijkt dat onder bestuurders ook hoofden van belangrijke lijn- en stafafdelingen, zoals Compliance, Legal en Audit, kunnen worden verstaan.<sup>2</sup>

In de praktijk blijkt vaak onduidelijkheid en onbegrip te bestaan over de vertaling van geldende wet- en regelgeving naar helder beleid en een adequate implementatie en uitvoering van zorgplichten. In de praktijk worden soms potentiële problemen gebagatelliseerd en niet nader onderzocht. Een bestuurder merkte eens op: 'Als ik het niet weet, dan hoef ik er ook niets mee te doen'. Mijn verbazing over deze houding in het licht van de bestaande toezichtswetten is de reden om in dit artikel de samenhang tussen enerzijds civiel- en bestuursrecht en anderzijds strafrecht te verkennen en de strafrechtelijke consequenties te onderzoeken van het niet nakomen van de plicht die op deze instellingen en hun bestuurders rust in het kader

\* Frank Erkens is partner bij het forensische onderzoeks- en adviesbureau Holland Integrity Group.

<sup>1</sup> M.D.H. Nelemans, *Bestuurdersaansprakelijkheid in de financiële sector, Toezicht, handhaving, sancties en zorgplichten* 2013, p. 65.

<sup>2</sup> M. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevenden van ondernemingen. Een beschouwing vanuit multidimensionaal perspectief* (diss.), 2016, p. 55 ev. Nelemans (2013), p. 13-16. In de Slavenburg (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 en 322) en andere arresten zijn criteria voor het feitelijk leidinggeven geformuleerd.

<sup>3</sup> Nelemans (2013), p. 68 en 69, verwijst naar E. Gritter, 'Duidelijkheid omtrent corporatief ouderschap, enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmest-arrest', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2004-2 en 'Functioneel plegen door een natuurlijke rechtspersoon', in J.B.J. van der Leij, *Plegen en deelnemen* 2007.

van het bevorderen van integriteit en het onderkennen en tegengaan van financieel-economische criminaliteit. Het gaat hier om het vaststellen van de ondergrens voor oneigenlijke commissiedelicten voor bestuurders bij financieel-economische criminaliteit. Oneigenlijke commissiedelicten betreffen strafbare feiten, waarbij de bestuurder de plicht heeft om te handelen in het kader van de zorgplicht, maar hij dit nalaat.<sup>3</sup> Hierbij kan gedacht worden aan de plicht voor banken, trustmaatschappijen en andere onder toezicht gestelde instellingen om in het kader van de antiwitwaswetgeving adequate maatregelen te treffen om de herkomst van inkomen en vermogen van toekomstige risicovolle cliënten vast te stellen, maar dat dit structureel wordt nagelaten. Ook kan gedacht worden aan de verplichting om incidenten te signaleren, te onderzoeken en adequate maatregelen te treffen.

## De juridische verplichtingen van bestuurders

### Strafrecht

Financieel-economische criminaliteit is een verzamelbegrip voor een breed scala aan delicten, die geregeld zijn in algemeen

(commuun) strafrecht en in bijzonder strafrecht, of ook wel het ordeningsrecht genoemd. Algemeen strafrecht heeft betrekking op onderwerpen met een algemeen karakter en is geregeld in het Wetboek van Strafrecht. Het gaat hierbij om delicten die onder alle omstandigheden op een ieder van toepassing zijn.

Bijzonder strafrecht of ordeningsrecht heeft betrekking op onderwerpen met een bijzonder karakter die onder tijdelijke of plaatselijke omstandigheden plaatsvinden en alleen van toepassing is op een bepaalde groep. Hierbij kan gedacht worden aan het overtreden van (inter)nationale economische en financiële sancties tegen bepaalde landen of voor bepaalde goederen<sup>4</sup>, het ondersteunen bij het witwassen van de revenuen van criminele activiteiten of het manipuleren van de markt door het oneigenlijk beïnvloeden van bepaalde financiële instrumenten, zoals de Libor en Euribor. Deze delicten zijn geregeld in verschillende wetten, zoals bijvoorbeeld de Sanctiewet en de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme (Wwft). De Wet op de economische delicten (WED) regelt de strafrechtelijke handhaving van deze wetten, waarmee de overheid het sociaaleconomische leven van burgers en ondernemingen wil beïnvloeden.<sup>5</sup>

In het strafrecht zijn met name actieve gedragingen strafbaar gesteld. Deze zogeheten (economische) commissiedelicten betreffen onder meer het actief deelnemen van bestuurders van instellingen aan strafbare gedragingen, zoals het verduisteren of het witwassen van financiële middelen van cliënten. Dit essay gaat echter niet over commissiedelicten, maar juist over omissiedelicten of oneigenlijke commissiedelicten. Nelemans merkt over oneigenlijke commissiedelicten op: 'Oneigenlijke commissiedelicten zijn commissiedelicten waarin een actieve gedraging is omschreven, maar die wordt begaan door een passieve gedraging, een nalaten. Bij een oneigenlijk commissiedelict zal een bijzondere rechtsplicht van buiten het strafrecht moeten worden aangewezen. Zonder een dergelijke plicht kan een commissieplicht niet door een omissie worden begaan'.<sup>6</sup> In de recente aangifte van de Mexicaanse cliënt tegen de Rabobank wordt de bank verweten zijn bijzondere rechtsplichten voor het identificeren van cliënten en het onderkennen van ongebruikelijke transacties uit hoofde van de Wwft niet voldoende te hebben nageleefd.

## Privaatrecht

Op instellingen en haar bestuurders zijn algemene en bijzondere bepalingen uit het privaatrecht van toepassing. Algemene bepalingen betreffen onder meer de eisen van redelijkheid en billijkheid, de eisen gericht op een behoorlijke taakvervulling, zoals opgenomen in art. 2:8 en 2:9 BW, en de eisen om te handelen in het belang van de vennootschap en haar onderneming, zoals bepaald in art. 2:129/239 lid 5 BW. Een bijzondere bepaling in het privaatrecht betreft art. 2:391 lid 5 BW, waarin is aangegeven dat bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften kunnen worden gegeven voor het jaarverslag van beursgenoteerde ondernemingen. Deze nadere voorschriften bestaan uit de aanbevelingen die de Nederlandse Commissie Corporate Governance (NCGC) de afgelopen jaren heeft opgesteld.

Na de verschillende boekhoudschandalen is internationaal de noodzaak onderkend om nadere eisen te stellen aan beursgenoteerde ondernemingen, teneinde het geschonden vertrouwen in bestuurders en commissarissen te herstellen. In sommige landen is corporate governance in wetgeving omgezet, terwijl in andere landen de corporate governance code de status heeft van soft law. Strickwerda merkt hierover op: 'De belangrijkste codificatie van de corporate governance in Nederland ligt besloten in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, het ondernemingsrecht'.<sup>7, 8</sup>

De aanbevelingen in de NCGC worden ook wel omschreven als omgangsnormen gericht op goed bestuur, adequaat toezicht en een goede verdeling van verantwoordelijkheden, taken en bevoegdheden. Het bestuur van beursgenoteerde ondernemingen is verplicht in het jaarverslag mededeling te doen over de toepassing en naleving van de aanbevelingen uit de NCGC. Bij niet-naleving van deze aanbevelingen

<sup>4</sup> Uitgevaardigd door de Verenigde Naties, de Europese Unie of individuele landen, zoals de Verenigde Staten van Amerika. In 2014 zijn sancties uitgevaardigd tegen Rusland, individuen en bedrijven in het kader van de Russische bezetting van de Krim. Tevens golden in het verleden sancties voor bijvoorbeeld de handel in zogeheten bloeddiamanten uit Afrikaanse landen waar burgeroorlogen woedden.

<sup>5</sup> M. Wladimiroff, *Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie*, p. 16.

<sup>6</sup> B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht* (diss.), 17 februari 2011, p. 111.

<sup>7</sup> Nelemans (2013), p. 36.

<sup>8</sup> J. Strickwerda, *De Nederlandse Corporate Governance Code, ingeleid, toegelicht en becommentarieerd 2012*, p. 64.

dient het bestuur in het jaarverslag gemotiveerd uit te leggen waarom zij afwijkt van deze aanbevelingen: het *'comply or explain principe'*. Ook de Hoge Raad heeft in verschillende arresten het gebruik van de NCGC onderschreven en aangegeven dat de code 'de in Nederland heersende algemene rechtsopvattingen' weerspiegelt.<sup>9, 10</sup>

De AFM houdt toezicht op de naleving van de NCGC door beursgenoteerde ondernemingen en institutionele beleggers. De grondslag voor deze laatste groep ondernemingen ligt sinds 1 januari 2007 in art. 5:86 Wft. Sinds 1 januari 2010 geldt de Code Banken voor alle Nederlandse banken. In deze Code zijn soortgelijke aanbevelingen als in de NCGC opgenomen.

### Publiekrecht

De publiekrechtelijke verplichtingen op het terrein van integere (en beheerste) bedrijfsvoering voor instellingen zijn met name opgenomen in de toezichtswetten, de daarmee verband houdende besluiten en regelingen en in de Wwft. In deze wetten wordt bepaald dat een instelling in de eerste plaats een adequaat beleid moet voeren dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat de volgende zaken worden tegengestaan:

- a. belangenverstremgeling;
- b. strafbare feiten;
- c. het schaden van het vertrouwen in de onderneming of in de markten door handelen van cliënten of door andere onbetamelijke handelingen.

De wetten bepalen in de tweede plaats dat een instelling haar bedrijfsvoering op een beheerste en integere wijze moet inrichten, waarbij de relatie wordt gelegd met de hiervoor onder a, b en c genoemde zaken die de instelling moet tegengaan.

Specifiek is in de Beleidsregel geschiktheid 2012 voor bestuurders en beleidsbepalers van instellingen opgenomen: 'een beleidsbepaler moet geschikt zijn om te kunnen waarborgen dat de onderneming een integere en beheerste bedrijfsvoering waarborgt. (...) Een beleidsbepaler moet ook geschikt zijn om te kunnen waarborgen dat de onderneming integriteitsrisico's, zoals belangenverstremgeling, strafbare feiten en wetsovertredingen, customer due diligence en maatschappelijk onbetamelijk handelen, beheerst'.

### Samenhang van wettelijke verplichtingen

In het kader van dit essay is het belangrijk stil te staan bij de onderlinge verhoudingen tussen het commune strafrecht en het ordeningsrecht. Demmink merkt over het verschil op: 'het maakt nogal verschil of het de naleving betreft van een norm die enkel de financiële dienstverlener betreft of een norm die iedereen aangaat. In het eerste geval kan en moet een bank haar risicobeheersing toespitsen op een toereikende naleving van de sociale ordeningswetgeving'.<sup>11</sup>

Mocht het commune strafrecht op bestuurders van toepassing zijn, dan spelen boos opzet, voorwaardelijke opzet en grove schuld een belangrijke rol, terwijl in het ordeningsrecht deze bestanddelen geen rol spelen. Demmink merkt hierover op: 'Als uitgangspunt voor toereikende beheersingsmaatregelen hanteer ik de feilbaarheid van het controlesysteem. Heeft een bank van dat systeem onvoldoende werk gemaakt, dan zal zij niet licht vrijuit gaan. Heeft een bank wel voldoende werk gemaakt van die risicobeheersing, dan kan niet gesproken worden van opzet, ook niet over voorwaardelijke opzet en dus niet over een misdrijf. Toereikende risicobeheersingsmaatregelen impliceren dat niet willens en wetens een aanmerkelijke kans wordt aanvaard dat de wet wordt overtreden (...). Er is dan "slechts" sprake van een "kale" overtreding, waarvoor niet geldt dat er sprake moet zijn van opzet of schuld als bestanddeel in de delictomschrijving'.<sup>12</sup>

Demmink maakt voor de strafbaarheid van de kale overtreding de koppeling met de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (AVAS). Hij legt hierbij de relatie met hetgeen van een bestuurder mag worden verwacht: 'Een verschijningsvorm van AVAS is de zogenoemde 'maximaal te vergen zorg'. Bij maximaal te vergen zorg gaat het erom dat de verdachte maximale of

<sup>9</sup> P. Memelink, 'De invloed van de Corporate Governance Code op het vermogensrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, nr. 3.

<sup>10</sup> HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOL* 2007, 510.

<sup>11</sup> G. Demmink, 'Zorgvuldig handelen door banken en het strafrecht', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2004-1, p. 15.

<sup>12</sup> Demmink (2004), p. 16.

in redelijkheid te vergen zorg heeft betracht ter vermindering van het risico van het begaan van strafbare feiten. Heeft een bank alle noodzakelijke organisatorische en administratieve procedures en maatregelen getroffen die noodzakelijk zijn om te waarborgen dat onder meer WID en WMOT<sup>13</sup> worden nageleefd en ontbreekt de minimale nog juist strafrechtelijke relevante maatschappelijke verwijtbaarheid, dan gaat zij strafrechtelijk vrijuit als mocht blijken dat desondanks een cliënt niet werd geïdentificeerd, een ongebruikelijke transactie niet – onverwijld – werd gemeld'.<sup>14 15</sup>

## Zorgplicht en open normen

### Algemeen

Op instellingen is een breed scala aan privaatrechtelijke, straf- en publiekrechtelijke verplichtingen van toepassing en wordt 'maximaal te vergen zorg' verlangd. Nelemans geeft aan dat de verschillende zorgplichten die de afgelopen jaren in de Wft zijn opgenomen reeds op grond van open normen in het privaatrecht bestonden. Daarmee ontstaat volgens Nelemans: 'een stelsel van dubbele zorgplichten (...). Hiernaast gelden voor banken (...) ook zorgplichten van strafrechtelijke aard'.<sup>16</sup>

Het begrip zorgplicht in de strafrechtelijke context is door Nelemans en Keupink uitgebreid beschreven. Voor de meest uitgebreide omschrijving van het begrip zorgplicht wordt door Keupink verwezen naar Kelk die het omschrijft als: 'er is steeds de plicht om te zorgen, dat in het bedrijf niet in strijd met de wet wordt gehandeld. De vraag rijst dan natuurlijk wél, hoe ver deze zorgplicht reikt en op wie deze rust'.<sup>17 18</sup> Deze definitie komt sterk in de buurt van de klassieke, smalle benadering van het begrip compliance.<sup>19</sup>

Keupink verwijst verder naar Wemes die: 'een parallel trekt met de privaatrechtelijke onrechtmatige daad' en opmerkt dat het bij zorgplichten gaat om onzorgvuldigheden in: 'strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt'.<sup>20, 21</sup> Ook wordt verwezen naar Franken, die de zorgplicht ziet als een passieve medeplichtigheid die is gebaseerd op wet, overeenkomst of omstandigheden van het geval.<sup>22, 23</sup> In dit artikel volg ik de redenering van Wolswijk, die de zorgplicht beperkt tot oneigenlijke commissiedelicten.<sup>24, 25</sup>

Keupink onderscheidt een brede en een enge strafrechtelijke zorgplicht.<sup>26</sup> De enge strafrechtelijke zorgplicht komt op vier plaatsen voor in het Wetboek van strafrecht<sup>27</sup>, maar ook in diverse deelgebieden van het bijzondere strafrecht, waaronder het financiële orderingsrecht. Kenmerkend voor de strafrechtelijke zorgplicht in enge zin is het woord 'zorgen' als gedragsbestanddeel.

De instellingen blijken een zorgplicht te hebben ten aanzien van de genoemde onderwerpen in het bijzonder en het bevorderen van integriteit en het voorkomen van financieel-economische criminaliteit in zijn algemeenheid. In de praktijk blijkt dat instellingen moeite hebben een deugdelijke en systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) op te stellen.<sup>28</sup> Geconstateerd wordt dat bij het maken van een afweging tussen diepgang en het beperken van kosten, de laatste veelvuldig de voorkeur geniet. In deze gevallen rijst de vraag of de instellingen daarmee nog voldoen aan de wettelijke zorgplicht en zich niet schuldig maken aan strafbare feiten.

<sup>13</sup> De Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (WMOT) zijn op 1 augustus 2008 vervangen door de Wwft.

<sup>14</sup> Demmink (2004), pagina 16.

<sup>15</sup> Voor het begrip 'strafrechtelijke relevante maatschappelijke verwijtbaarheid' verwijst Demmink naar HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476 (Aflatoxinepinda-arrest).

<sup>16</sup> Nelemans (2013), p. 63.

<sup>17</sup> Keupink (2011), p. 92.

<sup>18</sup> C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht* 2005, p. 379.

<sup>19</sup> Nelemans (2013), p. 73.

<sup>20</sup> Keupink (2011), p. 92.

<sup>21</sup> L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht* 1995, p. 76.

<sup>22</sup> Keupink (2011), p. 92.

<sup>23</sup> A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2006-9, p. 952.

<sup>24</sup> Keupink (2011), p. 93.

<sup>25</sup> H.D. Wolswijk, 'Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder', in: A. Harteveld ea, *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knibbe* 2005, p. 558-565.

<sup>26</sup> Keupink (2011), p. 96.

<sup>27</sup> Art. 402, 425 sub 2, 427 sub 2 en 471 lid 1 sub 1 Sr. Art. 402 Sr is een misdrijf, de andere delicten betreffen overtredingen.

<sup>28</sup> DNB, *Systematische integriteitsrisicoanalyse nog niet overal in orde*, Nieuwsbericht, 30 mei 2016. *Financieele Dagblad*, Toezichthouder uit harde kritiek op trustsector, 23 maart 2016.

## Open normen

Het is belangrijk om in te gaan op de juridische vorm en materiële inhoud van de open normen. In een eerdere paragraaf van dit artikel is Nelemans aangehaald: 'Bij een oneigenlijk commissiedelict zal een bijzondere rechtsplicht van buiten het strafrecht moeten worden aangewezen'.<sup>29</sup> Deze bijzondere rechtsplicht, de juridische vorm, wordt onder meer gevonden in de hiervoor genoemde privaatrechtelijke verplichtingen uit hoofde van het BW, de NCGC, de Bankcode en de publiekrechtelijke verplichtingen in de genoemde toezichtwetten en de daaraan ten grondslag liggende besluiten en regelingen. De vertaalslag van de juridische vorm van de open norm naar de materiële inhoud is cruciaal bij de vaststelling van de ondergrens voor oneigenlijke commissiedelicten. Toezichthouders, tal van representatieve- en belangenorganisaties alsmede vele auteurs zijn behulpzaam bij het invullen van de open normen die op grond van internationaal geaccepteerde principes hun weg in de ordeningswetgeving hebben gevonden.

Een belangrijk document betreft het zogeheten Lamfalussy Report, waarin de aanzet is gegeven voor zogeheten 'principles based' regelgeving.<sup>30</sup> De gedachte achter deze 'principles based' benadering is het geven van verantwoordelijkheid aan instellingen, zodat zij op basis van de geldende principes en individuele risico-inschattingen zelfstandig keuzes kunnen maken over de wijze van inrichten van de eigen organisatie. Van instellingen mag verwacht worden dat zij beschikken over de deskundigheid voor het vertalen van de geldende 'principles based' wet- en regelgeving en het adequaat invullen van de open normen.

Nelemans verwijst ten aanzien van het verband tussen de strafrechtelijke zorgplichten en de publiekrechtelijke verplichtingen gericht op een beheerste en integere bedrijfsvoering naar 't Hart die stelt: 'de publiekrechtelijke verplichtingen ten aanzien van een beheerste en integere bedrijfsvoering functioneren als een ondergrens bij de beoordeling van een schending van een strafrechtelijke zorgplicht'.<sup>31</sup> In het kader van dit essay hebben we hier een belangrijke constatering te pakken.

## Verschillende vormen van daderschap

### Algemeen

In het strafrecht en de jurisprudentie worden verschillende vormen van daderschap onderkend. In dit essay staat met name de aansprakelijkheid van bestuurders centraal. Wladimiroff geeft aan dat de aansprakelijkheid van bestuurders oorspronkelijk zijn basis vindt in het civiele recht: 'Het basis criterium in het civiele recht is het begrip 'een behoorlijke taakvervulling'. De norm is dat een bestuurder moet hebben gehandeld, zoals van een redelijk bestuurder in vergelijkbare omstandigheden mag worden verwacht. (...) Bij de beoordeling van een en ander zal ook een groot aantal omstandigheden een rol kunnen spelen, zoals de grootte en structuur van de onderneming, de complexiteit in het algemeen of meer in het bijzonder de informatiestructuur van de organisatie, de voorbereiding van de besluitvorming, de verdeling van bestuurstaken en andere binnen het bedrijf geldende verantwoordelijkheden, de bestuursinformatie in het algemeen en het inzicht en de kennis van de bestuurder in het bijzonder'.<sup>32</sup> De door Wladimiroff aangehaalde omstandigheden voor de beoordeling van het begrip behoorlijke taakvervulling bij civielrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ook gehanteerd worden bij de beoordeling van de maximaal te vergen zorg waarnaar Demmink verwijst.<sup>33</sup>

In de volgende paragrafen ga ik nader in op de verschillende vormen van daderschap die in het kader van dit essay voor het handelen van bestuurder kunnen worden vastgesteld.<sup>34</sup> Aansluitend zal ik de onderlinge verhoudingen tussen deze vormen van daderschap toelichten en ingaan op het daderschap van de bestuurder.

### Functioneel daderschap

In art. 47 lid 1 letter 1 Sr wordt het functioneel daderschap strafbaar gesteld, namelijk het doen plegen van het strafbare feit. Bij functioneel daderschap wordt de strafbare (veelal fysieke) gedraging van de uitvoerder aan iemand anders toegerekend. In het *Ijzerdraad*-arrest heeft

<sup>29</sup> Keupink (2011), p. 111.

<sup>30</sup> Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets (Lamfalussy Report), 15 February 2001.

<sup>31</sup> Nelemans (2013), p. 70.

<sup>32</sup> M. Wladimiroff, *Inflatie van normen en een te kort schietende rechtshandhaving*, datum onbekend, p. 3 - 4.

<sup>33</sup> Demmink (2004), p. 16.

<sup>34</sup> Hierbij blijft het fysieke daderschap art. 47 lid 1 letter 1 Sr buiten beschouwing.



de Hoge Raad de criteria bepaald waarlangs functioneel ouderschap vastgesteld kan worden.<sup>35</sup> De verdachte is aansprakelijk voor de strafbare gedraging als de verdachte de beschikkingsmacht had over de gedraging en wanneer de verdachte tevens deze gedraging aanvaardde. In de latere *Furazolidon*<sup>36</sup>- en *Aflatoxinepinda*<sup>37</sup>-arresten heeft de Hoge Raad voor de toerekening van strafbaar gestelde gedragingen van natuurlijke personen aan instellingen bepaald dat de beschikkingsmacht voldoende is om het functioneel ouderschap vast te stellen.

Uit de bovengenoemde criteria kan ook opgemaakt worden dat een instelling op grond van functioneel ouderschap aansprakelijk kan worden gesteld voor het nalaten van haar bestuurders en medewerkers: 'Ook het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van die ander kan worden gevegd met het oog op de voorkoming van de gedraging, wat neerkomt op het niet gebruiken van de beschikkingsmacht op een daartoe geëigend moment, wordt gezien als 'aanvaarden''.<sup>38</sup>

### Daderschap van de rechtspersoon

De wetgever heeft in 1976 erkend dat rechtspersonen een belangrijke rol in de samenleving vervullen, waardoor aan hun handelen of nalaten dezelfde consequenties verbonden moeten kunnen worden als aan gedragingen van natuurlijke personen. Op grond van deze overweging heeft de wetgever rechtspersonen in art. 51 lid 1 Sr gelijkgesteld met natuurlijke personen.

Wladimiroff licht toe dat: 'de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de onderneming is gebaseerd op de leer van de redelijke toerekening aan de organisatie van de gedragingen (objectieve bestanddelen) en bedoelingen (subjectieve bestanddelen) van natuurlijke personen in het kader van de uitoefening van hun functie, waarover de organisatie mocht beschikken. (...) Toerekening vindt plaats indien een gedraging plaatsvindt in de sfeer van de organisatie, doordat het gaat om een gedraging van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde werkzaam is ten behoeve van de organisatie en de gedraging in de normale bedrijfsvoering past alsook dienstig is geweest voor die bedrijfsvoering. Daarnaast is van belang of de organisatie erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet plaatsvond, waarbij de (...) criteria van wetenschap, macht en aanvaarding een rol spelen'.<sup>39</sup> Leliveld verwijst naar verschillende auteurs die van mening zijn dat 'het ouderschap van een rechtspersoon ook rechtstreeks kan worden vastgesteld. Het louter toerekenen van gedragingen van natuurlijke personen (fysieke gedragingen) aan de rechtspersoon zou volgens hen onvoldoende recht doen aan het specifieke eigen karakter van het ouderschap van de rechtspersoon'.<sup>40, 41</sup>

Wladimiroff merkt verder op dat de drie door hem genoemde criteria: 'zijn ontleend aan de uit de jaren tachtig daterende Slavenburg criteria, die op zich weer voortbouwen op de IJzerdraad-criteria die op hun beurt voortgekomen zijn uit de aan de Wet economische delicten ontleende jurisprudentie. Voor de onderneming is deze rechtspraak weer verrijkt met de zogeheten Drijfmet-criteria uit het begin van deze eeuw. De aansprakelijkheidsformulering (...) komt er op neer dat degene die bekend is met of bewust is van feiten en omstandigheden die makkelijk tot strafbare feiten kunnen of moeten leiden, en, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze tot strafbare feiten leidende gedragingen achterwege laat, kennelijk aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen en aldus geacht wordt die te hebben bevorderd'.<sup>42</sup> Leliveld heeft later opgemerkt: 'de rechtspraak heeft zich in de ruim tien jaar sinds de Drijfmet-overwegingen niet erg doorontwikkeld. Het lijkt er daarbij, gezien de beschikbare rechtspraak, overigens wel op, dat de overwegingen in de praktijk hun werk doen'.<sup>43</sup>

Gemakshalve wordt in dit essay ervan uitgegaan dat er geen onduidelijkheid bestaat over de toerekening van de mogelijk strafbare activiteiten aan de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon. Over wat een redelijke toerekening is, heeft de Hoge Raad in het *Drijfmeer*-arrest bepaald dat dat afhankelijk is van de

<sup>35</sup> HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

<sup>36</sup> HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605.

<sup>37</sup> HR 2 februari 1993, NJ 1993 476.

<sup>38</sup> W.J. Koops, 'De Hoge Raad over het ouderschap van rechtspersonen', *Vennootschap & Onderneming*, december 2003, p. 199.

<sup>39</sup> M. Wladimiroff, *Strafrechtelijke zorgvuldigheidsnormen voor het bedrijfsleven*, 15 april 2010, p. 3.

<sup>40</sup> J.T.C. Leliveld, 'Ouderschap van de rechtspersoon sinds het Drijfmet-arrest, Stilstaand water', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, p. 64.

<sup>41</sup> Leliveld verwijst onder andere naar de dissertatie van S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden, naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* 2009.

<sup>42</sup> Wladimiroff (2010), p. 4.

<sup>43</sup> Leliveld (2015), p. 64.

concrete omstandigheden van het geval.<sup>44</sup> Voor de afweging of toerekening kan plaats vinden, verwijst Leliveld onder meer naar het *Furazolidon*-arrest, het *Mazen in het net*-arrest en de uitspraken van verschillende rechtbanken.<sup>45</sup> Gritter stelt vast dat het *Drijfmeester*-arrest moet worden toegejuicht, omdat 'gezien de verscheidenheid van mogelijk feitelijke constellaties en de rijke variatie die 'de' strafbare feiten – ieder met hun eigen specifieke ratio – tonen zou het juist opmerkelijk zijn als (...) plegersaansprakelijkheid aan de hand van een enkel criterium zou kunnen worden vastgesteld'.<sup>46</sup>

In dit kader is het goed om nog stil te staan bij het *Aflatoxinepinda*-arrest waar Demmink naar verwijst.<sup>47, 48</sup> In zijn essay merkt hij op dat wil een rechtspersoon vermijden dat het strafrechtelijk aangesproken wordt op zijn handelen (of het nalaten te handelen): 'dan dient hij zodanige (interne beheersings)maatregelen te nemen dat hij niet verwijtbaar betrokken raakt bij onoorbare praktijken'. Over de consequenties merkt Demmink op: 'Wel zal duidelijk zijn dat een bank die niet de moeite heeft genomen een deugdelijke en toereikende (onfeilbare, want 'borgende') beheersomgeving in te richten, bij de strafrechter – als het dan mis ging en dat ligt bij het ontbreken of falen van die beheersomgeving voor de hand – een lastig verhaal heeft'.<sup>49</sup>

### Feitelijk leidinggeven

De bestuurder kan op grond van art. 51 lid 2 Sr vervolgd worden voor het feitelijk leidinggeven aan strafbare gedragingen van de instelling. Het zogeheten accessoriteitsvereiste bepaalt dat het feitelijk leidinggeven afhankelijk is gesteld van het daderschap van de rechtspersoon. En de strafbare gedragingen kunnen zowel commissie- als omissiedelicten betreffen.

Wladimiroff stelt ten aanzien van de verantwoordelijkheid van leidinggevers: 'De bestuurder is eerst strafrechtelijk aansprakelijk voor een falende organisatie, indien zulks heeft geleid tot strafbare feiten en er een causale relatie ligt tussen die strafbare feiten en bij de bestuurder persoonlijk vast te stellen wetenschap. Bij die wetenschap kan de civiele verplichting om behoorlijk (...) te besturen een belangrijke rol spelen en daarom zou ik menen dat degene die uit hoofde van zijn functie in de organisatie een zorgplicht heeft voor een bepaalde gang van zaken bij verwaarlozing van zijn organische verantwoordelijkheid te dier zake eerst als feitelijk leidinggever van een verboden gedraging van de onderneming kan worden aangemerkt, indien hij ondanks zijn wetenschap van die verboden gedraging, bewust nalaat terzake zijn verantwoordelijkheid te nemen'.<sup>50</sup> Kwakman merkt op dat de Hoge Raad voor het verwijtbaar nalaten een ondergrens heeft geconstrueerd en noemt dit 'een onverschoonbare zorgplichtschending'.<sup>51</sup>

Uit Wladimiroff zijn betoog blijkt dat hij voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder de relatie legt met de verplichtingen die de bestuurder ook heeft in het civiele recht. Wladimiroff merkt verder op dat: 'deze aansprakelijkheid berust op een impliciete *Garantenstellung*, dat wil zeggen van functionarissen en organisaties mag verwacht worden dat zij aan zekere maatstaven van zorgvuldigheid voldoen. Men is als het ware gehouden er voor in te staan dat in de organisatie geen strafbare feiten plaatsvinden – de *Garantenstellung* dus'.<sup>52</sup>

Hartmann en Keupink vertalen deze *Garantenstellung* als een functioneel vereiste voor bestuurders, omdat van hen verwacht mag worden dat zij zich terdege laten informeren over hun verplichtingen: 'Men dient de wet te kennen, zeker als professionele deelnemer waarvan bij (financieel-)economische delicten vaak sprake zal zijn en van wie mag worden verwacht dat deze zich terdege laat informeren over de beperkingen waaraan zijn handelingen zijn onderworpen'.<sup>53</sup> In deze benadering sluiten zij zich aan bij Van Strien die spreekt van functionele delicten in de sociaal-economische sfeer, waarbij er voorschriften gelden voor bepaalde economische activiteiten.<sup>54</sup>

<sup>44</sup> HR 21 oktober 2003, ECLI:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328.

<sup>45</sup> Leliveld (2015), p. 66. *Furazolidon*-arrest, HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605 met nt. 't Hart en *Mazen in het net*-arrest, HR 29 maart 2005, LJN AR7619. Rb. Breda, 21 december 2012 (*Chemie-Pack*), ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000, Rb. Amsterdam, 23 april 2015, ECLI:RBAMS:2015:2300 en Rb. Rotterdam, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4057.

<sup>46</sup> Gritter (2004-2).

<sup>47</sup> HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476.

<sup>48</sup> G. Demmink, 'De noodzaak van compliance als organisatiekundig vraagstuk', *Het Compliance Jaarboek* 2003, p. 43.

<sup>49</sup> Demmink (2004), p. 19.

<sup>50</sup> M. Wladimiroff, *Inflatie van normen en een te kort schietende rechtshandhaving* (onbekend), p. 5.

<sup>51</sup> N. Kwakman, *Functioneel daderschap en daderschap van rechtspersonen. Een schematisch overzicht*, 28 november 2011.

<sup>52</sup> Wladimiroff (2010), p. 4.

<sup>53</sup> Hartmann en Keupink (2011), p. 14.

<sup>54</sup> A.L.J. Van Strien, 'Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon', *Strafblad* 2006.

Leliveld maakt van de *Garantenstelling* de doorstap naar professionele organisaties, waar professionals, zoals accountants, met een grote mate van autonomie werken al dan niet met een verschoningsrecht. Hij acht het voorstelbaar dat bij deze professionals 'een grotere rol toekomt aan de aanvaardingscriteria', teneinde de rechtspersoon en de leidinggevende aansprakelijk te kunnen stellen voor het nalatig handelen van professionele werknemers.<sup>55</sup>

### Samenhang verschillende vormen van daderschap

Voor het verduidelijken van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van een instelling kunnen de bovengenoemde vormen van daderschap en de geldende criteria op de volgende wijze in onderlinge samenhang worden gebracht. In de eerste plaats is het belangrijk om vast te stellen of de strafbare gedragingen van medewerkers van de instelling binnen de normale bedrijfsvoering van de instelling passen. Mocht dat zo zijn, dan kan de directe lijnverantwoordelijke in zijn kwalitatieve hoedanigheid als functionele dader medeverantwoordelijk worden gehouden voor de strafbare gedragingen, indien en voorzover hij op grond van de criteria van het *Ijzerdraad*-arrest de beschikkingsmacht had over de gedragingen en deze gedragingen tevens aanvaardde.<sup>56</sup> Aansluitend kan de instelling zelfstandig op grond van art. 51 lid 1 Sr en de leer van de redelijke toerekening aan de organisatie van de gedragingen en bedoelingen van medewerkers in het kader van de uitoefening van hun functie, waarover de instelling mocht beschikken, als dader worden aangemerkt voor dezelfde strafbare gedragingen.

De bestuurder van de instelling zou uiteindelijk op twee verschillende manieren als eindverantwoordelijke door het Openbaar Ministerie kunnen worden vervolgd. In de eerste plaats eveneens in zijn kwalitatieve hoedanigheid als functionele dader, waarbij hij ook medeverantwoordelijk wordt gehouden voor de strafbare gedragingen, indien en voorzover hij conform het *Ijzerdraad*-arrest ook de beschikkingsmacht had over de gedragingen en deze gedragingen tevens aanvaardde.<sup>57</sup> Voor de tweede variant, waarbij de bestuurder op grond van art. 51 lid 2 Sr wordt vervolgd voor het feitelijk leidinggeven aan strafbare gedragingen van de instelling, is het noodzakelijk dat bewezen wordt dat de bestuurder de wetenschap had van de reële kans op de verboden gedraging en, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze tot strafbare feiten leidende gedragingen achterwege laat.

Bestuurders van instellingen lopen aldus het risico om in het kader van welbewust 'horen, zien en zwijgen'<sup>58</sup> veroordeeld te worden voor nalatigheid bij het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen om financieel economische criminaliteit tegen te gaan.

### Voorzorgsmaatregelen

In het kader van dit essay is het belangrijk inzicht te krijgen in het minimum niveau van voorzorgsmaatregelen waaraan een bestuurder moet voldoen om tegemoet te komen aan de zekere maatstaven van zorgvuldigheid zoals verwoord in het *Aflatoxinepinda*-arrest.<sup>59</sup>

De bestuurder kan zich bij een beschuldiging van het nalaten van de vereiste zorg beroepen op een buitenrechtelijke schulduitsluitingsgrond, zoals het in acht nemen van de maximaal te vergen zorg. Keupink verwijst naar De Hullu: 'Dergelijke verweren zullen niet snel worden gehonoreerd: de toets is streng. Indien de rechter eenvoudig kan benoemen wat had dienen te, en daadwerkelijk had kunnen, gebeuren, zal een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens het betrachten van de maximaal te vergen zorg moeten worden verworpen'.<sup>60, 61</sup> Voor het vaststellen van wat instellingen kunnen doen, kan simpelweg verwezen worden naar de aanbevelingen, handreikingen, leidraden en andere *guidance* die vooraanstaande instellingen, toezichthouders en auteurs over de diverse onderwerpen hebben opgesteld.

Keupink verwijst naar verschillende wetten om aan te geven dat de mate van zorg meer betreft dan het alleen treffen van maatregelen. Keupink merkt over de mate van de te treffen zorg op: 'De zorggedraging verlangt in het licht van de letterlijke termen uit de originele disculpatieregelingen dat 1) de nodige bevelen worden gegeven, 2) de nodige maatregelen

<sup>55</sup> Leliveld (2015), p. 68.

<sup>56</sup> Dan wel op grond van het *Furazolidon*-arrest de beschikkingsmacht had over de gedragingen.

<sup>57</sup> Dan wel op grond van het *Furazolidon*-arrest de beschikkingsmacht had over de gedragingen.

<sup>58</sup> Kwakman (2011).

<sup>59</sup> Hoge Raad 2 februari 1993, NJ 1993, 476.

<sup>60</sup> Keupink (2011), p. 45.

<sup>61</sup> J. de Hullu, Materieel strafrecht, 2009, p. 362.



worden genomen, 3) de nodige middelen worden verschaft én 4) het redelijkerwijze te vorderen toezicht wordt gehouden'.<sup>62</sup>

Leliveld verwijst voor de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering van het niet naleven van de bepalingen in de Wft naar de parlementaire behandeling, waarin de belangrijkste uitgangspunten zijn geformuleerd: 'Strafrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft'.<sup>63, 64</sup> Het Openbaar Ministerie en de betrokken toezichthouders hebben een convenant gesloten ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties bij bepaalde overtredingen van de financiële toezichtswetgeving.<sup>65</sup>

Uit de beperkte literatuur en jurisprudentie kan opgemaakt worden dat nog weinig aandacht is voor de strafrechtelijke consequenties bij het niet nakomen van de zorgplicht van onder toezicht staande instellingen. Daar kunnen nieuwe affaires en andere tekortkomingen verandering in brengen.<sup>66, 67</sup> DNB heeft al aangegeven dat de bevindingen uit onder meer de Panama Papers aanleiding hebben gevormd om aangifte te doen tegen enkele trustkantoren. Directeur Integriteit van DNB merkt op: 'Als je als sector zo doorgaat en er verandert niets, dan is op gegeven moment je "license to operate" wel verdwenen'.<sup>68</sup> De aanhoudende maatschappelijke en politieke verontwaardiging over terugkerende problemen zouden toezichthouders kunnen doen besluiten dat het doen van aangifte bij het Openbaar Ministerie een probaat alternatief voor de bestuursrechtelijke route is om de beoogde cultuurverandering te bewerkstelligen.<sup>69</sup>

## Tot slot

Bestuurders lopen het risico om strafrechtelijk aangesproken te worden voor een oneigenlijke commissiedelict als zij nalaten een actieve gedraging uit hoofde van een bijzondere rechtsplicht uit te voeren, waardoor incidenten kunnen plaatsvinden. Bijzondere rechtsplichten zijn in de vorm van zorgplichten te vinden in het privaats- en publiekrecht. De privaatrechtelijke verplichtingen vloeien onder meer voort uit de CGC en de publiekrechtelijke verplichtingen uit het ordeningsrecht. Een belangrijke kapstok in het kader van dit essay is de plicht van onder toezicht staande instellingen om een integere (en beheerste) bedrijfsvoering te voeren en in te richten, teneinde belangenverstrengeling, strafbare feiten of reputatieschade tegen te gaan.

Van bestuurders wordt 'maximaal te vergen zorg' verlangd om de open normen die de wetgever in het ordeningsrecht heeft opgenomen, adequaat in te vullen. Ook wordt van hen een 'Garantenstellung' verwacht voor het voldoen aan zekere maatstaven van zorgvuldigheid, en het treffen van zodanige interne beheersmaatregelen om niet verwijtbaar betrokken te raken bij onoorbare praktijken. Voor de invulling kunnen bestuurders terugvallen op de vele aanbevelingen, besluiten, regelingen, leidraden en essays die de afgelopen jaren op de verschillende terreinen zijn gepubliceerd.

De eerste voortekenen van een andere houding bij toezichthouders en benadeelde burgers ten aanzien van een veronderstelde nalatige houding bij instellingen en hun bestuurders zijn de afgelopen periode in de pers opgetekend. Bestuurders zullen moeten zorgen voor het minimum niveau aan voorzorgsmaatregelen om te voldoen aan de zekere maatstaven van zorgvuldigheid zoals verwoord in het *Aflatoxinepinda*-arrest. Mocht het minimum niveau niet worden gehaald dan kan strafrechtelijke aansprakelijkheid in het verschiet liggen. ■

<sup>62</sup> Keupink (2011), p. 322.

<sup>63</sup> J.T.C. Leliveld, 'Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, mei/juni 2009, p. 219.

<sup>64</sup> *Kamerstukken II 2005/06*, 29 849, nr. 30, pagina 4.

<sup>65</sup> Convenant gesloten ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, *Stcrt.* 2009, 665.

<sup>66</sup> *Financieel Dagblad*, 'DNB doet aangifte tegen meerdere trustkantoren', 25 januari 2017.

<sup>67</sup> *De Nederlandsche Bank*, 'DNB beoordelingskader voor de auditfunctie bij trustkantoren', 23 januari 2017.

<sup>68</sup> *Financieel Dagblad*, 'Het is altijd de vraag: is het niet kunnen, of is het niet willen?', 25 januari 2017.

<sup>69</sup> *Financieel Dagblad*, 'Hoofdredactioneel commentaar, Doorpakken bij trustkantoren', 26 januari 2017.