

ENKELE OPMERKINGEN OVER DE REIKWIJDTE VAN DE PUBLIEKRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID BIJ ZORGPLICHTINGEN IN DE FINANCIËLE TOEZICHTSWETGEVING

Prof. mr.dr. A.R. Hartmann en Mr.dr. B.J.V. Keupink

1. Inleiding

In de financiële toezichtswetgeving zijn diverse zogenaamde wettelijke zorgplichten opgenomen. De reikwijdte van de aansprakelijkheid wordt daarbij in wisselwerking bepaald door zowel het formele aspect van de normadressaat van de betreffende bepaling, als de materiële reikwijdte van de wettelijke zorgplicht. Binnen het kader van het publiekrecht levert schending van een zorgplicht door de onduidelijkheid van de materiële reikwijdte van de wettelijke zorgplicht per definitie spanningen op met de rechtsstatelijke rechtszekerheid voor de burger. Daarnaast kent ouderschap binnen het strafrecht zo zijn invulling in delictsbetrokkenheden, maar ook daar zijn de afbakeningen niet scherp. Opmerkelijk is daarbij dat verschillende van de typisch strafrechtelijke ouderschapsconstructies sinds enige tijd eveneens gelden in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving, dat als het primaire handhavingssysteem geldt voor de financiële toezichtswetgeving. De grenzen van de aansprakelijkheid voor de burger bij de publiekrechtelijke handhaving van de financiële toezichtswetgeving staan derhalve sterk onder druk bij de vraag naar ouderschap bij de schending van zorgplichten. Dat vertaalt zich in deze bijdrage in vragen als: wat dient gezien de wettelijke zorgplichtbepaling precies te worden nageleefd en in aansluiting daarop: wie van de delictsbetrokkenen kan voor die schending worden aangesproken? Daartegenover staat natuurlijk de vraag: op welke wijze kan die aansprakelijkheid voor de betrokkene worden beperkt? Wat zijn de mogelijkheden voor de betrokkene om de aansprakelijkheid op grond van ouderschap bij zorgplichten te voorkomen?

In deze bijdrage wordt ingegaan op de bovengenoemde vragen met het oog op de publiekrechtelijke handhaving van wettelijke zorgplichten in het kader van de Wet op het financieel toezicht (Wft).¹ In de eerste plaats wordt ingegaan op zorgplichten als containerbegrip en de diverse vormen van zorgplichten die kunnen worden onderscheiden. Vervolgens wordt een specifieke categorie van zorgplichtbepalingen beschreven, namelijk die waarin de gedraging wordt gevormd door het bestanddeel ‘zorgen’ en afgeleiden daarvan. Aansluitend zal ten aanzien van deze wettelijke zorgplichten worden gezien hoe strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid voor schending daarvan wordt geconstrueerd en waar de grenzen van die aansprakelijkheid liggen. Ten slotte wordt gekeken in hoeverre er mogelijkheden zijn om binnen de beide handhavingssystemen de genoemde aansprakelijkheid te voorkomen. Daarbij wordt ingegaan op de mogelijkheid van het verweer tegen het aanwezige opzet, het verweer van afwezigheid van alle schuld en het pleitbaar standpunt. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

2. Zorgplichten in het algemeen: een containerbegrip

De huidige samenleving lijkt veel risico's te zien en de daarmee samenhangende verantwoordelijkheden te willen afwentelen, althans te verdelen. Dat vertaalt zich onder andere op juridisch vlak in concepten als *corporate governance* en maatschappelijk verantwoord ondernemen, waarin de verwachting wordt verwoord dat bedrijven behoorlijk worden bestuurd en risico's worden gekanaliseerd door behoorlijk ondernemingsbestuur en toezicht.² Zorgplichtbepalingen kunnen behulpzaam zijn in het kader van die verantwoordelijkheidsverdeling. Degene op wie een zorgplicht rust, is verantwoordelijk. Op deze wijze kan eenvoudig een verantwoordelijke worden aangewezen als het misgaat. De geadresseerde van een zorgplichtbepaling heeft ook geen andere keus: als hij bijvoorbeeld een noodzakelijke vergunning wil verkrijgen, zal hij bepaalde verantwoordelijkheden moeten accepteren. Op schending daarvan kan hij worden aangesproken.

‘Zorgplichten’ komen in een aanzienlijke hoeveelheid van zeer uiteenlopende varianten voor. Het gaat daarbij in het algemeen om een rechtsplicht om te handelen of na te laten, om te ‘zorgen’ dat iets gebeurt of juist niet

-
1. Wet van 28 september 2006, *Stb.* 2006, 475, gefaseerde iwtr. per 1 januari 2007. De financiële toezichtswetgeving omvat meer dan alleen deze wet, maar gezien het ‘centrale karakter’ van de Wft als kaderwet, spitst deze bijdrage zich daarop specifiek toe.
 2. Zie A. de Bos, ‘Corporate governance volop in beweging’, in: A. de Bos en W.J. Slagter (red.), *Financieel recht vanuit economisch en juridisch perspectief*, Deventer 2007, p. 51-63 en de preadviezen inzake het thema ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen’, in de *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2010-1, Deventer 2010.

plaatsvindt.³ Die verplichting kan zijn vormgegeven ten behoeve van een of meer concrete of meer algemene belangen. Bij meer concrete belangen gaat het bijvoorbeeld om de zorgplicht van een effecteninstelling ten opzichte van haar cliënten. De effecteninstelling heeft dan de verplichting tot een goede belangenbehartiging van de vermogensbestanddelen van haar cliënten. Natuurlijk ligt achter dit concrete cliëntenbelang een meer algemeen belang van een behoorlijk ondernemingsbestuur binnen de kaders van het financieel maatschappelijk bestel, maar de concrete juridische relatie tussen instelling en cliënt staat voorop.

Zorgplichten die zich richten tot meer algemene belangen staan meestal verwoord in een wettelijke regeling en behelzen een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde mate van zorgvuldigheid op het door de betreffende regelingen beoogde belang.⁴ Ook deze wettelijke zorgplichten die zich richten tot meer algemene belangen zijn er in diverse 'soorten en maten'. Vele zorgplichten richten zich tot de overheid of tot aan de overheid gelieerde organisaties en geven daarmee invulling aan en creëren een verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de betreffende overheidstaak.

Deze bijdrage richt zich op wettelijke zorgplichten gericht tot private natuurlijke (rechts)personen. Bij deze rechtssubjecten staat de toerekenbaarheid en de publiekrechtelijke afdwingbaarheid centraal. Intrigerend is bijvoorbeeld de algemene en ruim geformuleerde wettelijke zorgplicht dat een ieder voldoende zorg voor het milieu in acht neemt, zoals omschreven in art. 1.1a Wet Milieubeheer. Met deze bepaling wordt door de overheid aangegeven dat een ieder een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van een schoon milieu. Deze zorgplicht is wel privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk afdwingbaar, maar de wetgever heeft er niet voor gekozen om deze ook strafrechtelijk te kunnen handhaven.⁵ Een andere, meer specifieke wettelijke zorgplichtbepaling in het kader van de milieuwetgeving is art. 10.1 lid 1 Wet Milieubeheer. Daarin is opgenomen dat een ieder die handelingen met betrekking tot afvalstoffen verricht of nalaat en die weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan, verplicht is alle maatregelen te nemen of na te laten die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken.⁶ Deze zorgplichtbepaling geeft een concretere invulling aan wat mag en niet mag indien handelingen worden verricht met betrekking tot afvalstoffen en is wel strafbaar gesteld als economisch delict via de Wet op de Economische Delicten. Ook art. 5 Wegenverkeerswet 1994 wordt regelmatig aangeduid als zorgplichtbepaling.⁷ Dit voorschrift verbiedt een ieder zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd. Deze wettelijke zorgplichtbepaling wordt eveneens strafrechtelijk gehandhaafd.⁸

Het fenomeen 'zorgplicht' betreft een containerbegrip. In diverse wettelijke bepalingen wordt in algemene bewoordingen een verplichting tot bepaald handelen of nalaten verwoord die soms functioneel dan wel woordelijk onderling kunnen verschillen. Zodra – kort gezegd – sprake is van een vage gedragsomschrijving, ontstaat de neiging de betreffende bepaling in het hokje 'zorgplicht' te plaatsen. Dat levert echter het gevaar op dat alle zorgplichtbepalingen over één kam worden geschoren zonder dat rekening wordt gehouden met de reikwijdte van de betreffende aansprakelijkheid en de mogelijkheden tot handhaving. Alleen al wegens de te zeer verschillende inhoud van de bepalingen, is dat een onwenselijke situatie. Het is daarom niet zonder gewicht dat in besprekingen en debatten in literatuur, wetgeving en jurisprudentie wordt duidelijk gemaakt op welke wijze de betreffende zorgplicht aan de genoemde aspecten invulling geeft.

3. Zorgplichten in het bijzonder: over 'zorgen' als gedragsbestanddeel

-
3. Vgl. de omschrijving in het Advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen, CTW 90/6, Den Haag 20 augustus 1990, p. 3: 'Een zorgplicht bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat.'
 4. Zie voor een nadere uiteenzetting M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. UM, Arnhem 2001, p. 15-17, waar wordt aangegeven dat zorgplichten zowel in algemeen verbindende voorschriften als in beschikkingen (vergunningen) kunnen zijn opgenomen. Zie bijv. art. 2.25 lid 1 Wabo. Zie voor een verdere uitleg tevens B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, diss. EUR, Nijmegen 2011, p. 91-119.
 5. Zie de discussie die ontstond over art. 1.1a WM: J.M.F.H. Teunissen en A.Q.C. Tak, 'Recht ist was der Umwelt nützt?', *NJB* 1994, p. 605-616 en de reacties daarop in *NJB* 1994, p. 1006-1010.
 6. Zie nader: G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in milieuwetgeving', *RegelMaat* 2008-4, p. 122-130.
 7. D. Roef, 'Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal, E. Prakken en G.E. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding*, Deventer 2003, p. 53 en M.J.C. Visser, a.w., p. 255.
 8. Zie art. 177 en art. 178 Wegenverkeerswet 1994.

De wettelijke zorgplichtbepalingen die in deze bijdrage centraal staan, worden gekenmerkt door het gedragingsbestanddeel 'zorgen' (of afgeleiden daarvan, zoals 'zorgdragen'). In de betreffende bepalingen wordt een geadresseerde verplicht tot een zekere 'zorg'. Deze variant van de zorgplichtbepaling – welke kan worden omschreven als een 'zorgplicht in enge zin' – komt voor in allerlei bijzondere wetten van diverse deelterreinen van het recht.⁹

Ook in de Wft komen zorgplichtbepalingen in de hier bedoelde zin voor. Voorbeelden zijn de art. 1:38, 1:107, 1:109, 2:8, 2:30, 2:81, 2:97, 3:2, 3:17, 3:18, 3:33, 3:45, 3:110, 3:261, 3:278, 3:279, 3:280, 3:296, 3:299, 4:9, 4:16, 4:17, 4:19, 4:23, 4:62, 4:63, 4:66-4:71, 4:71d, 4:77, 4:88, 4:91a en c, 4:93, 4:100a, 5:20, 5:25k, l en m, 5:27, 5:30-5:31, 5:32a-b en j, 5:64 lid 6 Wft. Daarnaast komen dergelijke bepalingen ook voor in de nadere regelgeving behorende bij de Wft, zoals in art. 10, 13 en 24 en 24a Besluit prudentiële regels Wft.¹⁰ Naast het geven van een nadere invulling aan de taak van toezichthouders of via verwijzing naar nadere regelgeving bij besluit, zijn diverse genoemde zorgplichtbepalingen bepalend voor het al dan niet van toepassing zijn van een toezichtsregime of het verkrijgen van een vergunning. Interessant is de zorgplicht in enge zin die via bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering afdwingbaar is. Bij deze bepalingen treedt in het bijzonder de materiële reikwijdte van de betreffende zorgplicht pregnant op de voorgrond, omdat deze de aansprakelijkheid van natuurlijke (rechts)personen duidt, welke juridisch afdwingbaar is met bijvoorbeeld het opleggen van ingrijpende bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties. Juist in die gevallen dringt zich de vraag op: wat dient gezien de wettelijke zorgplichtbepaling precies te worden nageleefd en op welke wijze kan de normadressaat – degene tot wie de wetgever de betreffende norm richt – de aansprakelijkheid op grond van de betreffende zorgplicht voorkomen?

Twee voorbeelden van dergelijke zorgplichten in enge zin in de Wft zijn art. 3:296 lid 1 Wft en art. 5:64 lid 6 Wft. Art. 3:296 lid 1 Wft stelt dat een onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van een financieel conglomeraat waarvan een gereguleerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt, er *zorg voor draagt* dat zij op geconsolideerde basis dan wel geaggregeerde grondslag voldoet aan de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels met betrekking tot de kapitaaltoereikendheid van het conglomeraat, indien De Nederlandsche Bank coördinator is. In art. 5:64 lid 6 Wft is opgenomen dat een uitbrenger van een beleggingsaanbeveling die in of vanuit Nederland een samenvatting van een door een derde uitgebrachte beleggingsaanbeveling verspreidt, er voor *zorg draagt* dat deze samenvatting duidelijk, niet misleidend en direct en gemakkelijk toegankelijk is. Beide bepalingen zijn zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk te handhaven.¹¹

De vraag die zich in het kader van deze bijdrage opdringt is: wat betekent 'zorgen' in de betreffende voorschriften? Een daarmee samenhangende vraag is in welke mate de normadressaat van de betreffende bepaling nu precies dient te 'zorgen' of 'zorg te dragen', opdat hij niet wordt geconfronteerd met een eventuele bestuursrechtelijke sanctie of strafrechtelijke vervolging? Bij de totstandkoming van de Wft is daaraan, gezien de 'beleidsarme omzetting' van de voormalige sectorale financiële toezichtswetten, geen aandacht besteed. Voor een concrete uitwerking dient derhalve te rade te worden gegaan bij de toelichtingen bij de bepalingen uit de voormalige sectorale wetten en de Europese regelgeving die daaraan mede invulling geven. Opmerkelijk is dat op dit punt daaruit weinig of geen informatie is te verkrijgen.¹² Dat daarbij tevens tot strafbaarstelling van enkele van de betreffende zorgplichtbepalingen is overgegaan, kan gezien het weinig geliefde imago van zorgplichtbepalingen in het strafrecht, als bedenkelijk worden gezien.¹³

Wat precies de invulling van het gedragingsbestanddeel 'zorgen' of 'zorgdragen' is, wordt, afhankelijk van de betreffende bepaling, in de eerste plaats nader ingevuld door de materieelrechtelijke achtergrond van de betreffende bepaling.¹⁴ Daarbij speelt de specifieke materiële wettelijke bepaling een belangrijke rol waarbij de omstandigheden van de gedraging invulling geven aan het 'zorgen' of 'zorgdragen' (waar moet precies voor worden gezorgd of zorg voor worden gedragen?). Maar daarnaast is bepalend de wijze waarop andere wettelijke bepalingen van de Wft en bij de Wft behorende besluiten en richtlijnen een verdere invulling geven aan de betreffende zorgplicht. Zo worden in het Besluit prudentiële regels Wft nadere regels gesteld omtrent integere en

9. Zie M.J.C. Visser, a.w., p. 238-398 en i.h.b. B.J.V. Keupink, a.w., p. 121-306.

10. Besluit van 12 oktober 2006, houdende prudentiële regels voor financiële ondernemingen die werkzaam zijn op de financiële markten (Besluit prudentiële regels Wft), *Stb.* 2006, 519.

11. Zie bijlage bij art. 1:80 Wft en art. 1 onder 2e WED en B.J.V. Keupink, 'Zorgen in het financiële strafrecht', in: Wielenga e.a. (red.) *Compliance Jaarboek 2011*, Nieuwerkerk a/d IJssel 2010, p. 207-218.

12. Zie B.J.V. Keupink, a.w., p. 142-158.

13. Zie D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer 2007, p. 545-566, i.h.b. p. 553 en B.J.V. Keupink, a.w., p. 140.

14. Zie meer uitgebreid de bijdrage van R. Stijnen inzake de zorgplicht van art. 4:23 Wft in deze bundel.

beheerste uitvoering en risicomanagement van een bedrijf vallend onder de financiële toezichtwetgeving. Hieraan kan veel van de invulling van de betreffende zorgplichtbepaling worden ontleend, ondanks dat sommige bepalingen daarvan – zoals eerder vermeld – zelf ook een zorgplichtbepaling zijn. Dit alles geeft in beginsel aan wat van de normadressaat van de zorgplicht vanuit de wettelijke context wordt verlangd en creëert daarmee als het ware functionele vereisten voor de normadressaat waaraan hij moet voldoen (een soort *Garantenstellung*). Toch moet de helderheid van de regelgeving ook weer niet worden overschat. De financiële toezichtwetgeving is in omvang en complexiteit enorm en het werkterrein van specialisten, maar zelfs daar bestaat niet altijd helderheid omtrent een juiste uitleg. Zo leidt volgens Roth de omstandigheid dat aan de toezichthouders bij onduidelijkheid over de betreffende regelgeving uitleg kan worden gevraagd over de strekking van de geldende wetgeving meer bepaald niet tot een in meerdere zin houvast biedende en juridisch bestendige uitleg.¹⁵

Naast de juridische aspecten zijn uiteraard de betreffende feiten en omstandigheden bepalend voor de invulling van het zorgen en zorg dragen. Zo is in het kader van de zorgplicht opgenomen in art. 4:23 Wft bepalend om wat voor soort financieel product het gaat, wat voor activiteit precies centraal staat, wie de cliënt is en wat hij of zij verlangt van de normadressaat.¹⁶ Een gelijksoortige afweging geldt ten aanzien van elke zorgplicht. Met andere woorden: de feitelijke context in het kader waarvan ‘gezorgd’ moet worden, vormt bij de uitleg van elke zorgplicht een bepalende factor.

Uiteindelijk leidt een afweging van zowel de feiten als het recht er toe dat ‘via’ rechterlijke rechtsvorming de maatstaf voor verplichte ‘zorg’ of het ‘zorg dragen’, de inhoud van de betreffende begrippen, wordt ingevuld aan de hand van de redelijkheid. Stijnen verwijst in zijn bijdrage in deze bundel naar de norm die de rechtbank Rotterdam formuleerde ten aanzien van de zorgplicht opgenomen in art. 4:23 Wft, zijnde dat ‘maatgevend is of gelet op de ingewonnen gegevens het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kan worden gegeven’.¹⁷ Dit betekent zo veel als dat de maatstaf is of de normadressaat van de betreffende zorgplicht, gezien de feiten en omstandigheden en gezien het wettelijk kader, op adequate en behoorlijke wijze is opgetreden. De normadressaat van de zorgplicht dient niet alleen te handelen, maar de zorgplicht creëert een bepaalde verantwoordelijkheid, een bepaald niveau van behoorlijk of zorgvuldig handelen waaraan moet worden voldaan. Dat optreden mag van de normadressaat worden verlangd, dat toezicht moet worden gehouden, die maatregelen moeten door hem worden getroffen, die middelen moeten worden verschaft, die redelijkerwijs van hem zijn te vergen.

Indien we deze invulling plaatsen in een zuiver publiekrechtelijke context, kan worden gesteld dat indien het niveau van behoorlijk of zorgvuldig handelen niet wordt gehaald, de normadressaat in overtreding is. Van belang is dat daarmee de feitelijke gedraging van het doen of nalaten van de betrokkene naar de achtergrond verdwijnt en plaats maakt voor de constatering dat in een bepaalde situatie de geldende norm niet is nageleefd.¹⁸ Daarin schuilt enerzijds de moeilijkheid van zorgplichtbepalingen omdat niet precies duidelijk wordt waaraan de normadressaat zich dient te houden (wanneer is gezien de feiten en omstandigheden en het wettelijk kader op adequate en behoorlijke wijze opgetreden?). Anderzijds weerspiegelt dat ook de strekking van een zorgplichtbepaling als aansprakelijkheidsgrondslag; wetgeving kan niet alles in zeer verfijnde detailregels vangen en zorgplichten vormen dan ook een soort wettelijke vangnetbepalingen voor allerlei specifieke, niet nader omschreven onrechtmatige situaties.¹⁹

-
15. Zie G.P. Roth, ‘Compliance, een illusie? Over de kenbaarheid van de norm’, in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer 2008, p. 85-96, i.h.b. p. 89, waar deze meldt dat DNB en AFM niet alleen spaarzaam zijn met het nader invullen van de van toepassing zijnde normen, maar ook intern nog al eens van mening verschillen over de uitleg daarvan, nog los van juridische hardheid van de gegeven uitleg. Bovendien lijkt het voor toezichthouders soms lastig weerstand te bieden aan de neiging tot ruime invulling, zie J. Italianer en B.J.V. Keupink, ‘Incidentmelding door accountants’, in: R.C.P. Haentjens en M. Jurgens (red.), *Fraude op de financiële markten*, Deventer 2011, p. 193-207.
 16. Vgl. de verschillende omstandigheden opgesomd in *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 19, p. 512 (Vierde nota van wijziging Wft) ten aanzien van de zorgplichtbepaling in art. 4:23 Wft.
 17. Zie de bijdrage van R. Stijnen in deze bundel, onder verwijzing naar Rb Rotterdam 9 juni 2011, *LJN BQ8039* (Inhout).
 18. Zie in dezen uitgebreid B.J.V. Keupink, a.w., 309-334, i.h.b. p. 325-328, waarbij expliciet wordt verwezen naar HR 9 december 1975, NJ 1976, 234, waarin ‘zorgen’ opgenomen in de Veiligheidswet 1934 (oud) op dergelijke wijze wordt uitgelegd.
 19. Vgl. HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (Kruksla), het strafrechtelijke standaardarrest van de Hoge Raad waarin ten aanzien van wetgeving wordt gesteld dat een bepaalde vaagheid daarin onvermijdelijk kan zijn in verband met onder andere te verfijnde en daardoor onoverzichtelijke wetgeving. Herhaald in HR 18 januari 2005, LJN: AR6579 en HR 29 maart 2005, LJN: AS5435. Het Europese Hof ziet het niet anders, zie EHRM 22 november 1995, zaak 20190/92 (C.R. v. Verenigd Koninkrijk) r.o.v. 33-34, EHRM 15 november 1996, zaak 17862/91 (Cantoni v. Frankrijk) r.o.v. 31-32 en EHRM 12 februari 2008, zaak 21906/04 (Kafkaris v Cyprus) r.o.v. 139-141.

Uit onderzoek blijkt dat ‘zorgen’ en ‘zorg dragen’ in diverse bepalingen op verschillende deelterreinen van het recht op een zelfde wijze wordt uitgelegd, waardoor een algemene ‘werking’ deze begrippen niet kan worden ontzegd.²⁰ Dat lijkt ons inziens ook in overdrachtelijke zin te gelden bij de diverse mogelijkheden tot handhaving van de zorgplichtbepalingen. Dat betekent dat de invulling van de betreffende norm voor de bestuursrechter niet anders zal zijn dan voor de strafrechter. Maar deze invulling vertoont ook opmerkelijke parallellen met hetgeen in privaatrechtelijke procedures naar voren komt als maatstaf voor aansprakelijkheid. Bij privaatrechtelijke handhaving wordt de materiële reikwijdte van de wettelijke zorgplicht ingevuld door te toetsen of de ter discussie staande schending van de zorgplicht past in wat binnen het vennootschapsrechtelijk en onrechtmatigheidskader wordt omschreven als hetgeen van een ‘redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris’ of ‘maatondernemer’ mag worden verwacht.²¹

4. Publiekrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen

Het aanspreken van de geadresseerde bij de schending van wettelijke zorgplichten in de Wft kan langs privaatrechtelijke en publiekrechtelijke weg plaatsvinden. Onderhavige bijdrage richt zich op de publiekrechtelijke handhaving van zorgplichtbepalingen. Het gaat dan bij de financiële toezichtswetgeving om handhaving door De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten met bestuursrechtelijke (sanctie)mogelijkheden en door het Openbaar Ministerie door het instellen van strafrechtelijke vervolging.²² Beide mogelijke handhavingstrajecten staan in beginsel open bij schending van de hiervoor genoemde zorgplichtbepalingen.²³

Bij publiekrechtelijke handhaving staat de normering onder invloed van mogelijk eenzijdig overheidsingrijpen, waarbij naast reparatoire ook bestraffende sancties kunnen worden toegepast. De rechtsstaatgedachte brengt in dat kader met zich dat norm en sanctie worden beheerst door het uitgangspunt van rechtszekerheid, hetgeen juridisch wordt herleid naar het legaliteitsbeginsel.²⁴ Juist op het punt van de rechtszekerheid zijn binnen het publiekrecht stevige vraagtekens te stellen aan de verwachtingen die burgers kunnen ontleen aan wettelijke zorgplichten. In hoeverre kan de burger zijn gedrag afstemmen op de geldende norm zonder dat hij in strijd daarmee handelt en mogelijk een al dan niet bestraffende sanctie krijgt opgelegd? Met andere woorden; in

20. B.J.V. Keupink, a.w., p. 311-312.

21. Zie A.F. Verdam, ‘De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon’, *O&F* 2010, p. 93-109; A.J.A.J. Eijsbouts, ‘Elementaire beginselen van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap, preadvies NJV’, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2010-1, Deventer 2010, p. 39-119, i.h.b. p. 61-91. Zie tevens de bijdrage van R. Stijnen in deze bundel.

22. Zie inzake de bestuursrechtelijke handhavingmogelijkheden: A.J.P. Tillema en C.A. Doets, ‘Bestuursrechtelijke handhaving’, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer 2007, p. 493-544. Zie inzake de strafrechtelijke handhavingmogelijkheden: D.R. Doorenbos, a.w., in: D. Busch e.a. (red.), a.w., p. 545-566. Zie voor een overzicht R.M.I. Lamp, ‘De Wet op het financieel toezicht’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag 2011, p. 241-273.

23. Op een kleine twintigtal bepalingen na, dat bij schending uitsluitend via het strafrechtelijke handhavingstraject is aan te pakken. Daarvan behelzen er slechts twee, art. 4:71 en 4:71d Wft, een zorgplichtbepaling (strafbaar gesteld per 1 januari 2011, *Stb.* 2010, 887 bij Wet van 23 december 2010 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de introductie van en het toezicht op premiepensioeninstellingen (Wet introductie premiepensioeninstellingen)). Voorheen was het aantal zorgplichtbepalingen dat bij schending strafrechtelijk kon worden vervolgd uitgebreider. Met de inwerkingtreding van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving per 1 augustus 2009 is een groot aantal strafbaarstellingen van zorgplichten uit de WED verdwenen en kunnen sindsdien enkel bestuursrechtelijk worden gehandhaafd (zie B.J.V. Keupink, ‘Zorgen in het financiële strafrecht’, in: Wielenga e.a. (red.) *Compliance Jaarboek 2011*, Nieuwerkerk a/d IJssel 2010, p. 208-211). Daarbij moet direct worden opgemerkt dat de mogelijkheden tot bestraffing met een bestuurlijke boete bij die wijziging flink zijn uitgebreid. Zie P.C. Verloop en A.R. Hartmann, ‘Conceptwetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving gewogen’, in: J. de Bruin e.d. (red.), *Jaarboek Compliance 2008*, Nieuwerkerk a/d IJssel 2008, p. 79-88; D.R. Doorenbos en C.A. Doets, ‘Wijziging boetestelsel in de financiële toezichtswetgeving - maximum overdrive’, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 507-514 en I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, ‘Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtswetgeving: flexibel, afschrikwekkend en effectief’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2009, p. 210-217.

24. Zie als ‘ankers’: art. 15 IVBPR, art. 49 HvGr EU, art. 7 EVRM, art. 16 Gw, art. 1 WvSr en WvSv en art. 5:4 Awb. Zie uitgebreid: F.J. van Ommere, *De verplichting verankerd*, Deventer 1996; P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen-Groningen 1997; H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid*, Deventer 1998 en de recente preadviezen in de *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2011, Deventer 2011.

hoeverre is de materiële norm opgenomen in zorgplichten inzichtelijk voor burgers opdat hij de wet niet overtreedt?²⁵

Strafrechtelijke jurisprudentie terzake van de toelaatbaarheid van zorgplichten op andere deelreinen van het recht dan de financiële toezichtswetgeving laat zien dat deze in de regel niet als strijdig worden gezien met het in het legaliteitsbeginsel opgesloten liggende bepaaldheidsgebod (*lex certa*). Sterker nog; onder verwijzing naar het bekende Krulsla-arrest stelt Borgers recent inzake de toepassing van het bepaaldheidsgebod dat ‘van een daadwerkelijke toetsing of de ter discussie gestelde norm wellicht concreter of specifiekere had kunnen of moeten worden geformuleerd, dan wel of de norm dermate vaag is dat deze vanwege strijd met het bepaaldheidsgebod onverbindend moet worden verklaard, is geen sprake.’²⁶ Wel besteedt de Hoge Raad aandacht aan de vraag of de ter discussie gestelde norm ‘voldoende concreet is om de burger in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen’, maar dat wordt heel gemakkelijk aangenomen.²⁷ Dat noopt des te meer tot een nadere reflectie op de mogelijkheden van de publiekrechtelijke handhaving van zorgplichten.

Voordat de daartoe bevoegde overheid tot sanctionering van een zorgplicht mag overgaan, moet een aantal stappen worden gezet. In het strafrecht staan deze stappen bekend als de vier voorwaarden voor strafbaarheid. Voor sanctionering is vereist dat sprake is van (i) een gedraging, die valt binnen een (ii) wettelijke bepaling, die (iii) wederrechtelijk en aan (iv) schuld te wijten is. Inmiddels wordt meer en meer duidelijk dat ook bij bestuursrechtelijke handhaving dit schema als het ware opgeld doet indien tot sanctionering, meer bepaald bestraffing met een bestuurlijke boete, wordt overgegaan.²⁸ Voor het opleggen van een sanctie gelden sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht immers specifieke rechtsnormen die feitelijk invulling geven aan het hiervoor genoemde schema. Het navolgende is dan ook toegeschreven op beide handhavingstrajecten.

De eerste stap houdt de vraag naar het zogenaamde ‘daderschap’ in.²⁹ De persoon die de in een wettelijke bepaling omschreven gedraging begaat, is in beginsel de dader. In het strafrecht is in de regel de afweging omtrent daderschap gebaseerd op de omstandigheid dat de delictsomschrijving in het commune strafrecht zich gewoonlijk richt tot een ieder. In dat geval geldt dan de afweging dat de delictsgedraging door een natuurlijk of rechtspersoon moet zijn begaan.³⁰ De kring van aan te spreken delictsbetrokkenen is daarbij sterk uit te breiden doordat de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ook meer functioneel kan worden ingevuld en wordt aangevuld met de deelnemingsfiguren, zoals medeplegen.

Een gelijksoortige afweging ten aanzien van het daderschap vindt plaats in het bestuursrecht. Zo zal voordat een bestuursorgaan tot handhaving kan overgaan, moeten worden vastgesteld wie de overtreder is. Dat kan volgens de huidige juridische setting in art. 5:1 Awb zijn degene die de overtreding, al dan niet in functionele zin, pleegt of medepleegt. Daarbij is in art. 5:1 lid 3, onder verwijzing naar art. 51 WvSr, uitdrukkelijk bepaald dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen, inclusief met betrekking tot

25. Vgl. G.P. Roth, a.w., in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer 2008, p. 85-96.

26. M.J. Borgers, De communicatieve strafrechter, NJV-pleadvies, ‘Controverses rondom legaliteit en legitimatie’, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Deventer 2011/1, p. 103-185, i.h.b. p. 122. Vgl. de op die plaats in noot 58 vermelde jurisprudentie. Zie tevens HR 18 januari 2005, *M&R* 2005/34.

27. M.J. Borgers, a.w., p. 123-124.

28. Vgl. Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, VAR/Den Haag 2004, p. 137 en A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, oratie EUR, Apeldoorn/Antwerpen 2011, p. 24.

29. Dit aloude strafrechtelijke dogmatische concept, dat nadrukkelijk stoelt op de uiterlijk waarneembare gedraging, werd als een van de eerste beschreven door J.L.H. Cluysenaer, *Daderschap*, diss. UG, Groningen 1939. Inmiddels heeft de strafrechtsdoctrine een beeld te zien gegeven waarbij het fysiek/causale handelingsbegrip achter het daderschap op verschillende momenten ter discussie is gesteld en inmiddels in belangrijke mate is losgelaten, gezien de toepassing van een functionele invulling van het daderschap. De opkomst van (wettelijke) zorgplichten staat dan ook niet los van deze ontwikkeling in het denken over het handelingsbegrip. Vgl. A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven*, Arnhem 1993, p. 45-106. Nochtans kent ook het functionele daderschap een zelfstandige gedraging, te weten een functionele gedraging. Bij rechtspersonen is de (al dan niet functionele) gedraging een fictie die wordt toegerekend. Natuurlijke personen als functioneel dader begaan een functionele gedraging waarna de concrete delictsgedraging, die door een ander wordt begaan, eveneens wordt toegerekend. Te denken valt aan de hoofdaannemer die de man met de sloopkogel een gebouw laat slopen waarna bijvoorbeeld vernieling of overlijden volgt; de hoofdaannemer kan onder omstandigheden als opdrachtgever/feitelijk leidinggever worden vervolgd, maar kan ook ‘zelfstandig’ worden vervolgd in hoedanigheid van functioneel dader. Bij zorgplichtbepalingen is echter zelfs de functionele gedraging ver te zoeken nu daar het enkele ontstaan van een door de wetgever ongewenste situatie in beginsel volstaat voor daderschap.

30. Vgl. art. 51 lid 1 WvSr.

de laatst genoemde de gelijkschakeling van de afgeleide aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers. Bij de constructie van het ouderschap in het bestuursrecht wordt nadrukkelijk aangesloten bij de juridische invulling zoals deze wordt gehanteerd in het strafrecht.³¹

Het is de vraag op welke wijze aan de ‘zorggedraging’, en daarmee tegelijkertijd het ouderschap, uit de hier besproken zorgplichtbepalingen invulling wordt gegeven in het strafrecht en het bestuursrecht. In het voorgaande werd geconstateerd dat de feitelijke gedraging ter zake van ouderschap bij zorgplichtbepalingen eigenlijk verdwijnt achter de aansprakelijkstelling dat in een bepaalde situatie de geldende norm, het ‘zorgen’ of ‘zorgdragen’, niet is nageleefd. Die enkele – door de wetgever ongewenste – situatie volstaat dan als basis voor het ouderschap. De aansprakelijkstelling voor wat betreft ‘zorgen’ en ‘zorgdragen’ wordt in wettelijke zorgplichtbepalingen in de regel toegeschreven aan een bepaald normadressaat. Zo is dat in de reeds genoemde zorgplichten in art. 3:296 lid 1 Wft en art. 5:64 lid 6 Wft respectievelijke ‘een onderneming die, alleen of tezamen met een andere onderneming, aan het hoofd staat van een financieel conglomeraat waarvan een gereguleerde entiteit met zetel in Nederland deel uitmaakt’ en ‘een uitbrenger van een beleggingsaanbeveling die in of vanuit Nederland een samenvatting van een door een derde uitgebrachte beleggingsaanbeveling verspreidt’. Enkel beide genoemde entiteiten kunnen in het geval de zorgplicht in de betreffende bepaling wordt overtreden, worden aangemerkt als overtreder in bestuursrechtelijke zin of als dader in materieel-strafrechtelijke zin.³²

Daarmee wordt de ‘hobbel’ van het ouderschap voor een belangrijk gedeelte op eenvoudige wijze genomen en zijn discussies over het al dan niet zijn aan te merken als overtreder of dader in de vorm van (functionele) pleger in de regel gepasseerd.³³ Niet onbelangrijk is daarbij dat inmiddels duidelijk wordt uit andere wetgeving dat het opnemen van een bepaalde normadressaat in een wettelijke regeling, de kring van het aantal aan te spreken rechtssubjecten enorm kan verbreden. Met andere woorden; ondanks de specifieke toedeling van mogelijke aansprakelijkheid aan een bepaalde normadressaat (in strafrechtelijke terminologie: een kwaliteitsdelict), maakt de uitleg daarvan het mogelijk een (zeer) ruim aantal delictsbetrokkenen aan te merken als normadressaat.³⁴

Maar naast de normadressaat van de zorgplichtbepaling kunnen ook deelnemers die de specifieke kwaliteit van de normadressaat zoals opgenomen in de wettelijke bepaling ontberen, worden aangesproken op hun mogelijke

31. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78-82 en 124-127. Zie nader L.J.J. Rogier, ‘De Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht. Twee magische lijnen verschoven’, *NJB* 2009, p. 1560-1566. en F.C.M.A. Michiels, ‘Bestraffende bestuurlijke handhaving onder de Awb-IV’, *Trema* 2009, p. 282-288. Zie voor een recent voorbeeld van deze insteek: Rb Rotterdam 14 april 2011, *LJN* BQ1524.

32. Dat sluit overigens deelneming, functioneel ouderschap en opdracht- en feitelijk leiding geven niet uit. Zie nader hieronder.

33. ‘In de regel’ omdat de normadressaat (degene tot wie de norm zich richt) niet altijd de overtreder of dader (degene die de normschending mag worden toegerekend) hoeft te zijn en vice versa. Zie voor een recente betwisting in dezen HR 12 juli 2011, *LJN* BQ4199, inzake de normadressaat ‘geldtransactiekantoor’. Dat betekent dat tussen het zijn van normadressaat en ouderschap een onderscheid is te maken en dat beide een eigen afweging toekomt, maar in de regel zal de normadressaat ook degene zijn die als overtreder kan worden aangemerkt waarbij de wettelijke normstelling het uitgangspunt vormt van de toerekening van de schending van die norm. Vgl. G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap’, *DD* 1992, p. 128-154, i.h.b. p. 138 en E. Gritter, ‘De antonimiteit van ouderschap en zorgvuldig gedrag’, in: B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen 2007, p. 63-83. Ook de Memorie van Toelichting bij de Vierde Tranche Awb gaat van deze veronderstelling uit. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 80: ‘Uit het voorgaande volgt, dat als overtreder kan worden aangemerkt degene tot wie de overtreden norm zich richt en die de overtreding – al dan niet ‘functioneel’ – pleegt of medepleegt.’

34. Illustratief is daarbij de jurisprudentie inzake de Wet arbeid vreemdelingen, waaruit duidelijk wordt dat het zijn van ‘werkgever’ er toe kan leiden dat iedere werkgever in de keten van het verschaft werk aangesproken kan worden voor de regelschending dat een werknemer arbeid verricht zonder tewerkstellingsvergunning, ook al was hij werkzaam ver onder in de keten. Zie ABRvS 17 maart 2010, *LJN* BL7835 en 7836 en ABRvS 4 mei 2010, *LJN* BM3241, BM3244 en BM3246. Een dergelijk vergelijk kan ook worden gemaakt in het kader van de Mededingingswet. Zie de ruime aansprakelijkheid ten aanzien van het zijn van ‘onderneming’ binnen concernverband: Rb Rotterdam 9 juli 2008, *LJN* BD7003 en Rb Rotterdam 30 oktober 2008, *LJN* BG2730. In gelijke zin HvJ EU 10 september 2009, *LJN* BJ8046 (AkzoNobel). In dergelijke gevallen zou een afzonderlijke afweging inzake het ouderschap van het normadressaat een zinvolle afbakening vormen ter beperking van de ruime aansprakelijkheid. Vgl. de jurisprudentie inzake het ‘drijven van een inrichting’, waarbij nadrukkelijk grenzen aan de aansprakelijkheid worden gesteld. Zie HR 22 juni 2010, *LJN* BK3526 en HR 20 januari 2011, *LJN* BO2592. Wij geven in overweging of het in die gevallen, zoals te doen gebruikelijk bij de afweging ter zake van het ouderschap van rechtspersonen, de normschending wel ‘redelijk toerekenbaar’ is. Ons inziens valt bij die afweging in de onderhavige uitspraken, met name bij die op grond van de Wav, veel af te dingen op de toerekening van de aansprakelijkheid.

aansprakelijkheid in bestuursrechtelijke of strafrechtelijke zin. In het strafrecht is dat een ruim aantal, van de kwalificatie van het delict afhankelijke, mogelijkheden, lopend van medeplegen tot medeplichtigheid, waarbij het zijn van opdrachtgever en feitelijk leidinggever als deelnemingsvormen *sui generis* kunnen worden opgevat. Zo is het in het fiscale strafrecht mogelijk om personen die faciliterende handelingen verrichten (tussenpersonen/belastingadviseurs) in rechte aan te spreken als medepleger of medeplichtige van een fiscaal delict begaan door de belastingplichtige, indien zij voldoen aan de eisen die aan de betreffende delictsbetrokkenheden worden gesteld.³⁵

Ook in het bestuursrecht is naast de normadressaat als overtreder de eventuele medepleger en de opdrachtgever en feitelijk leidinggever aan te spreken voor de schending van de zorgplichtbepaling. Deze bij de Vierde tranche Awb ingevoerde aansprakelijkheidsconstructies worden nog maar mondjesmaat toegepast, maar verwacht kan worden dat dat slechts het prille begin is van een uitgebreide bloemlezing.³⁶ Voor de toepassing van deze aansprakelijkheidsconstructies dient nauw te worden aangesloten bij de wijze waarop daaraan in het strafrecht invulling wordt gegeven.³⁷ Dat betekent dat, gezien de huidige stand van de strafrechtelijke jurisprudentie in dezen, voor bijvoorbeeld de medepleger strikt moet komen vast te staan dat hij voldoende nauw en bewust heeft samengewerkt met de ander(en) ten aanzien van de overtreding dan wel het strafbare feit. Dit impliceert zowel opzet van de medepleger ten aanzien van de overtreding/het strafbare feit, als ten aanzien van de nauwe samenwerking die strekt tot voltooiing van de overtreding/het strafbare feit. Niet vereist is dat de medepleger zelf uitvoeringshandelingen heeft verricht. Gezien de huidige stand van de strafrechtelijke jurisprudentie wordt sterk de nadruk gelegd op de subjectieve betrokkenheid, de bewuste en nauwe samenwerking van de medepleger. Dat maakt dat omstandigheden zoals dat de betrokkene verantwoordelijk is voor hetgeen zich in zijn bedrijf afspeelt (het zijn van eigenaar), dat hij zeggenschap heeft over zijn personeel en de financiën binnen het bedrijf beheert, geen specifieke bepalende factoren zijn die de aansprakelijkheid als medepleger constitueren.³⁸

Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat in het dubbel opzet van de medepleger, ingesloten als voorwaarde in de bewuste samenwerking met ander(en), een harde eis ligt die de individuele verwijtbaarheid van de delictsbetrokkene nadrukkelijk als voorwaarde stelt voordat tot sanctionering mag worden overgegaan.³⁹ Daarbij moet in dezen echter wel worden aangetekend dat de betreffende jurisprudentie betrekking heeft op delicten waarbij in de strafbepaling een gedragingsbestanddeel is geformuleerd dat duidt op specifiek handelen of nalaten.⁴⁰ In dat licht is de omstandigheid dat bij zorgplichtbepalingen in de Wft de feitelijke gedraging van het doen of nalaten van de betrokkene naar de achtergrond is verdwenen en plaats heeft gemaakt voor de enkele constatering dat in een bepaalde situatie de geldende norm niet is nageleefd, wellicht grond om in het voorkomende geval sneller vast te stellen dat de betrokkene de betreffende zorgplichtbepaling heeft overtreden.

Uit het voorgaande komt naar voren dat de aansprakelijkheid voor schendingen van zorgplichten in de Wft vrij snel is te bepalen doordat bij deze bepalingen de feitelijke gedraging van het doen of nalaten van de betrokkene (overtreder/dader) naar de achtergrond verdwijnt en plaats heeft gemaakt voor de constatering dat in een

35. Zie bijv. Hof Amsterdam 4 april 2004, *NJ* 2004/106; Hof Amsterdam 14 maart 2006, *LJN* AV4924 en Rb Roermond 3 december 2008, *RF* 2009/25.

36. Feitelijk leidinggever werd, in tegenstelling tot medeplegen, al wel eerder in het bestuursrecht als aansprakelijkheidsconstructie toegepast, maar heeft sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb ook een wettelijke basis verkregen. Zie reeds ARRvS 24 februari 1984, *AB* 1984/480 (Booy Clean); ABRvS 22 maart 1995, *AB* 1995/538; Rb Rotterdam 28 juni 2005, *AB* 2006/24 en ter zake van het financiële recht: CBb 26 juni 2008, *LJN* BD5340 en v.z. Rb Rotterdam 15 februari 2011, *JOR* 2011/182. Inmiddels heeft ook de NMa boetes opgelegd aan feitelijke leidinggevers, hoewel dat op grond van de Mededingingswet al eerder mogelijk was. Zie NMa-besluit 1528/895-899 (inzake Wegener), waarbij ook vier leden van de raad van commissarissen zijn beboet, hetgeen in het strafrecht nog niet heeft plaatsgevonden. Zie K.M. Baltus en M.Ph.M. Wiggers, 'Bestuurders en commissarissen zijn gewaarschuwd! Kartelwaakhond bijt vanaf nu ook natuurlijke personen', *V&O* 2010, p. 2201-222. Zie over medeplegen: J.J. Vetter, 'Art. 5:1, tweede lid, Awb, medeplegen door de belastingadviseur, boete, goede bedoelingen en een voorshands te beperkt beleidsmatig kader', *FED* 2010, p. 106 e.v.; J. van de Kerkhof, 'Vierde Tranche Awb: de adviseur beboet?', *WFR* 2009, p. 1084-1090 en R. Stijnen, 'Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders. Ontwikkelingen gezien vanuit de financiële toezichtswetgeving', *NJB* 2008, p. 204-212.

37. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 78-79.

38. Zie HR 3 september 2003, *M&R* 2004, 24; HR 6 december 2005, *LJN* AU2246; HR 30 mei 2006, *LJN* AV2344; HR 15 april 2008, *LJN* BC9412; HR 3 juni 2008, *LJN* BD2932; HR 23 maart 2010, *LJN* BL1689; HR 22 februari 2011, *LJN* BO0077 en HR 24 mei 2011, *LJN* BP6581.

39. Hetgeen voor de aansprakelijkheid voor feitelijk leidinggeven niet anders is (opzet op het strafbare grondfeit begaan door de rechtspersoon en opzet op het leidinggeven zelf), gezien de staande jurisprudentie sinds HR 10 december 1986, *NJ* 1987/312 (Slavenburg II).

40. Het gaat daarbij om het medeplegen van onder andere de verkoop van softdrugs in coffee- en growshops.

bepaalde situatie de geldende norm niet is nageleefd. Dat maakt het interessant te zien wat nog de mogelijkheden zijn voor de betrokkene om de aansprakelijkheid op grond van daderschap bij zorgplichten in de Wft te voorkomen.

5. Mogelijkheden ter voorkoming van aansprakelijkheid

Naast de vraag naar het (i) daderschap is voor sanctionering van belang dat de wettelijke gedraging valt binnen een (ii) wettelijke bepaling, deze (iii) wederrechtelijk en aan (iv) schuld te wijten is. Aan de tweede voorwaarde wordt bij zorgplichten voldaan en de omschrijving daarvan wordt in de regel, zoals vermeld, niet strijdig geacht met het legaliteitsbeginsel. Met name de voorwaarden dat de gedraging wederrechtelijk is en aan schuld te wijten, verdienen extra aandacht voor wat betreft de beperking of het voorkomen van aansprakelijkheid.

Aansprakelijkheid in bestuursrechtelijke of strafrechtelijke zin bestaat in beginsel indien de gedraging door de overtreder of dader is verricht en deze is opgenomen in een wettelijke bepaling welke bij schending kan worden gesanctioneerd. 'In beginsel' omdat onder omstandigheden sprake kan zijn van een rechtvaardigingsgrond of een schulditsluitingsgrond waardoor de aansprakelijkheid voor de schending komt te vervallen. Dit heeft in het bestuurs(proces)recht en het straf(proces)recht op een eigen, specifieke wijze zijn uitwerking. In het bestuursrecht mag een bestuursorgaan op grond van art. 5:5 Awb geen sanctie opleggen voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond en mag op grond van art. 5:41 Awb geen bestuurlijke boete worden opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder is te verwijten. Ook voor de invulling van de rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden wordt in dezen zoveel mogelijk aangesloten bij het strafrecht.⁴¹ In het strafrecht loopt de beperking van de aansprakelijkheid via de bekende wettelijke en buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden.⁴²

De vraag is of, en in hoeverre de normadressaat van de wettelijke zorgplicht in de Wft de aansprakelijkheid nog kan voorkomen als is geconstateerd dat in een bepaalde situatie de geldende norm niet is nageleefd. Wat zijn nog de mogelijkheden voor de normadressaat om zich aan die verantwoordelijkheid op basis van wettelijke vangnetbepalingen te onttrekken? In het navolgende wordt ingegaan op enkele, in het oogspringende, (on)mogelijkheden.

5.1 Van 'kleurloos' naar 'boos' opzet?

De handhaving van de financiële toezichtswetgeving is opgebouwd via het zogenaamde B-model van wetgeving, waarin voor de handhaving zowel het bestuursrechtelijke als het strafrechtelijke handhavingstraject is opengesteld. Het strafrechtelijke traject verschilt op het punt van de aansprakelijkheid in belangrijke mate van het bestuursrechtelijke traject. Het verschil zit voor wat betreft de aansprakelijkheid met name in de omstandigheid dat de strafrechtelijke handhaving via de Wet op de Economische Delicten tot gevolg heeft dat schendingen van zorgplichten van de Wft op grond van art. 2 WED als al dan niet opzettelijke schendingen zullen worden vervolgd. Dat brengt enerzijds met zich mee dat gezien de ernst van het feit – het van toepassing achten van opzet bij het handelen van de overtreder maakt dat het delict wordt gekwalificeerd als een misdrijf – onder andere ex art. 6 lid 1, sub 2 WED, een lange gevangenisstraf als mogelijke sanctie in beeld komt. Anderzijds heeft dat als gevolg dat wil de overtreder in dat geval aansprakelijk zijn voor schending van de zorgplicht, bewezen dient te worden dat hij in beginsel willens en wetens de betreffende zorgplicht niet heeft nageleefd.

Het bewijs van de aansprakelijkheid van de dader lijkt, gezien de strafverzwaring die het opzet met zich brengt, aanzienlijk moeilijker dan de variant waarin opzet ontbreekt. Maar de omstandigheid dat het opzet in dezen ook via de constructie van 'voorwaardelijk opzet' mag worden vastgesteld, maakt dat de aansprakelijkheid van de dader ook los van zijn directe psychische betrokkenheid van de schending van de zorgplicht kan komen vast te staan.⁴³ Bij de constructie van voorwaardelijk opzet kan opzet van de dader worden vastgesteld indien deze willens en wetens de aanmerkelijke kans op de koop heeft toe genomen dat het strafbaar gestelde gevolg intreedt of, zoals bij zorgplichtbepalingen, dat een bepaalde situatie zich heeft voorgedaan. De dader hoeft derhalve gezien de feiten en omstandigheden enkel bewust de grote kans op de koop toe te hebben genomen dat niet adequaat en op behoorlijke wijze is opgetreden om te kunnen worden veroordeeld voor opzettelijk niet de vereiste zorg te hebben betracht. Met deze redenering wordt dus in sterke mate geabstraheerd van de psychische

41. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 86-88, p. 124-127 en 134-135.

42. Zie Titel III Eerste Boek WvSr, i.h.b. art. 39-43 WvSr inzake de wettelijke strafuitsluitingsgronden en daarnaast de in de jurisprudentie geaccepteerde ongeschreven rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en de ongeschreven schulditsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld.

43. Zie uitgebreid J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, vierde druk, Deventer 2009, p. 226-244.

betrokkenheid van de overtreder en vindt aan de hand van de voorliggende feiten en omstandigheden een nadrukkelijke objectivering plaats. Dat maakt het bewijstechnisch een stuk eenvoudiger de dader aansprakelijk te stellen voor zelfs de opzet-variant.

In het economisch strafrecht geldt dat het willen, maar met name het weten van het opzet van de dader geen betrekking heeft op de wederrechtelijkheid of strafbaarheid van hetgeen hem wordt verweten. Strafbareheidsbewustzijn of ‘boos opzet’ ligt niet in het vereiste opzet besloten. De overtreder hoeft zich in het geval van een zorgplichtbepaling dus niet bewust te zijn van de omstandigheid dat hij door niet te zorgen of zorg te dragen de wet heeft overtreden. Dat is niet altijd zo geweest.⁴⁴ Maar in 1952 wees de Hoge Raad twee arresten waaruit duidelijk werd dat het opzet van de overtreder niet vereiste dat hij zich ten tijde van het strafbare handelen ook bewust was van het overtreden van de strafwet.⁴⁵ Meer recent is dit standpunt door de Hoge Raad onder verwijzing naar een van de arresten uit 1952 nog eens bevestigd.⁴⁶

De achtergrond voor dit standpunt is dat iemand die de regels overtreedt zonder dat hij dat weet, even strafbaar dient te zijn als iemand die dat wel weet.⁴⁷ Een ieder behoort de wet te kennen en onwetendheid omtrent de vigerende regelgeving pleit iemand niet vrij (*nemo ius ignorari censetur*). In dat geval zou immers wel heel snel een beroep op onwetendheid worden gedaan en zou de handhaafbaarheid van de regelgeving op de tocht komen te staan. 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.⁴⁸ Hieruit volgt in feite een functioneel vereiste voor de betrokkene (een soort *Garantenstellung*) ten aanzien van de graad van kennis van de vigerende regelgeving, waarbij afhankelijk van de status van de betrokkene (non-professionele, individuele burger tegenover professionele marktdeelnemer) deze zich, om normconform te kunnen optreden, mogelijk dient te laten adviseren over de geldende regelgeving. Voor (voorwaardelijk) opzettelijk niet ‘zorgen’ of ‘zorgdragen’ geldt dan de eis dat de betrokkene in zijn hoedanigheid moet hebben gewild en geweten dat hij onder de geldende norm viel en niet heeft gezorgd dat de situatie voldoet aan de geldende regelgeving. Daarbij komt voor een nadere invulling van het opzet betekenis toe aan de aard van de gedraging (het niet (voldoende) zorgen of zorgdragen dat losstaat van enig doen of laten) en de omstandigheden waaronder die plaatsvond.⁴⁹ De omstandigheid dat de meeste economische delicten opzettelijk worden begaan (‘men blik nu eenmaal geen boontjes in uit nonchalance’ om Röling in zijn noot onder NJ 1952/314 te citeren) maakt dat in het geval van zorgplichten de benadering door de Hoge Raad vrij eenvoudig tot strafrechtelijke aansprakelijkheid voor opzettelijk ‘niet zorgen’ kan leiden.

Toch is de vraag of de kwalificatie ‘opzettelijk niet zorgen’ wel passend is in het geval iemand de regelgeving niet of niet goed kent of, in het geval van zorgplichten, mogelijk niet precies kan kennen. Immers, ‘je kunt een verplichting niet naleven ook al ken je deze niet, maar je moet een verplichting kennen wil je deze opzettelijk kunnen negeren’.⁵⁰ Gezien de omvang en de complexiteit van de normstelling in het financiële toezichtsrecht en de vaagheid van de norm bij zorgplichtbepalingen in de Wft is het niet onaannemelijk dat de verdachte het ongeoorloofde van zijn ‘niet zorgen’ of ‘zorgdragen’ niet kende. Niet alleen is de financiële toezichtswetgeving in omvang enorm, maar ook inhoudelijk is deze zeer moeilijk te doorgronden, hetgeen wordt weerspiegeld door de omstandigheid van het bestaan van *compliance-officers* die er voor moeten waken dat ondernemingen zich aan de financiële toezichtswetgeving houden.⁵¹

Ondanks dat de zorgplichtbepaling een invulling krijgt aan de hand van de wettelijke context waarin deze is opgenomen en de functionele vereisten die daar voor de normadressaat uit voortvloeien, blijft het in het concrete

44. HR 27 november 1939, NJ 1940/338. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting hieromtrent F. de Jong, en E. Sikkema, ‘Subjectieve bestanddelen’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), a.w., p. 385-416, i.h.b. p. 391-396.

45. HR 18 maart 1952, NJ 1952/314 en 315.

46. HR 24 april 2007, NJ 2007/544 en HR 21 april 2009, NJ 2009/210.

47. Zie hiervoor als grondslag de overweging in HR 18 maart 1952, NJ 1952/314: ‘dat ook onvoldoende blijkt van een bijzonderen grond voor zo een afwijkende regeling (boos opzet i.p.v. kleurloos opzet, ARH en BJVK), bij welke ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen voorschriften niet mede door de zwaardere strafbepaling zouden worden getroffen’.

48. Vgl. HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (Kruisla). Dit standpunt wordt ook door het EHRM ingenomen ter invulling van het bepaaldheidsgebod. Zie EHRM 17 september 2009, AB 2010/102. (Scoppola vs Italië), r.o. 102: ‘Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the law concerned (...) and the number and status of those to whom it is addressed.’

49. Vgl. HR 25 maart 2003, NJ 2003/552 (HIV-I).

50. AG Vellinga bij het arrest HR 24 april 2007, NJ 2007/544. Vgl. I. Kroes, ‘De ‘kleur’ van opzet in de Wet op de Economische Delicten’, *Strafblad* 2007, p. 316-331.

51. Zie hierover G.P. Roth, a.w., p. 85-96, i.h.b. p. 87-88.

geval moeilijk om precies vast te stellen waaraan moet worden voldaan. Maar dat doet in de optiek van de Hoge Raad niets af aan een mogelijke veroordeling voor het opzettelijk begaan van het betreffende strafbare feit. Dit heeft in een strafrechtelijke context als consequentie dat het verschil in aansprakelijkheid tussen misdrijven (opzettelijk) en overtredingen (niet-opzettelijk) heel erg dun wordt, wat niet in evenredige verhouding staat tot de daaraan verbonden rechtsgevolgen, zoals aansprakelijkheid voor poging, medeplichtigheid, de verjaring en in het bijzonder de respectievelijke strafmaxima en in concreto de toe te passen strafmaat.

AG Vellinga heeft dan ook in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2007 gepleit voor een andere opstelling van de Hoge Raad in dezen en voorgesteld in economische zaken ‘boos opzet’ als uitgangspunt te hanteren.⁵² Daarbij zou met name de sterk objectiverende invulling van voorwaardelijk opzet, de omstandigheid dat de betrokkene willens en wetens de aanmerkelijke kans op het gevolg op de koop toe heeft genomen, daaraan een nadere inhoud kunnen geven. Ons inziens zal dat in sommige gevallen waarin schendingen van complexe regelgeving, met name in het sociaal-economische recht, inderdaad een aansprakelijkheid beperkende werking kunnen hebben.⁵³ Daarbij dient dan wel aan de aansprakelijkheid op grond van voorwaardelijk opzet op het niet ‘zorgen’ of ‘zorgdragen’ strak de eis te worden gesteld dat het dient te gaan om bewuste aanvaarding van de grote kans dat niet is ‘gezorgd’ of ‘zorggedragen’, waarbij de zorgplicht dan enkel ziet op overduidelijke gevallen van niet naleving van de zorgplicht en niet omvat dat de betrokkene niet alle maatregelen heeft genomen die van hem mogen worden verlangd.⁵⁴

Maar of die invulling aan de huidige uitleg van de wettelijke zorgplichten in de Wft wordt gegeven, lijkt, zeker gezien de omstandigheid dat de Hoge Raad vasthoudt aan het kleurloos opzet in het hiervoor genoemde arrest, niet voor de hand liggend.⁵⁵ Indien deze ruim worden uitgelegd, zal de aansprakelijkheidbeperkende werking van voorwaardelijk opzet gering zijn, juist ook omdat vanuit de wettelijke context van de normadressaat van een zorgplichtbepaling een eigen, juridische verantwoordelijkheid of Garantstelling wordt verlangd, waarbij deze zich terdege op de hoogte dient te (laten) stellen omtrent de geldende norm. Een boos opzet-constructie zou in dezen niet alleen een breuk betekenen met de dogmatische benadering die in het strafrecht met betrekking tot het opzetleerstuk wordt voorgestaan, maar zou ook diametraal ingaan tegen de strekking van zorgplichtbepalingen en de wettelijke context waarin deze zijn opgenomen.⁵⁶ Dit zou de aansprakelijkheid van de betrokkene niet beperken, maar de aansprakelijkheid op grond van opzettelijke schending van wettelijke zorgplichten onmogelijk maken, hetgeen indruist tegen de bedoelingen van de wetgever.

5.2 Afwezigheid van alle schuld?

In het voorgaande werd gesteld dat schending van de wettelijke zorgplicht betekent dat de normadressaat, gezien de feiten en omstandigheden en gezien het wettelijk kader, niet op adequate en behoorlijke wijze is opgetreden. De zorgplicht creëert een bepaalde verantwoordelijkheid; een bepaald niveau van behoorlijk of zorgvuldig handelen waaraan moet worden voldaan. Wordt dat niveau niet gehaald, dan is de normadressaat in overtreding, waardoor de feitelijke gedraging van het doen of nalaten van de betrokkene naar de achtergrond verdwijnt en er sprake is van daderschap. Dat impliceert echter niet dat er ook sprake is van aansprakelijkheid.

Uitgangspunt van zowel bestuursrechtelijke handhaving bij de toepassing van bestraffende sancties – in het bijzonder bestuurlijke boetes – als strafrechtelijke handhaving is dat enkel tot sanctionering mag worden overgegaan als de betrokkene (overtreder of dader) een verwijt is te maken. In dit verwijt weerspiegelt zich het waarderingsoordeel van de rechtsgemeenschap over de mogelijke vermijdbaarheid van het handelen van de betrokkene. De betrokkene wordt het, op grond van persoonlijke verantwoordelijkheid van handelen, toegerekend geen gebruik te hebben gemaakt van de reële mogelijkheid om rechtmatig te handelen.⁵⁷ In het

52. Zie HR 24 april 2007, *NJ* 2007/544, waarbij instemmend annotator Buruma.

53. De aansprakelijkheid wordt in dat geval beperkt, omdat vervolging voor de overtredingsvariant van het delict resteert. Zie art. 2 WED.

54. Zie F. de Jong en E. Sikkema, a.w., p. 413.

55. De Hoge Raad hield zonder nadere toelichting vast aan het kleurloos opzet (‘De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een verandering van zijn rechtspraak op dit punt’) en ging derhalve volledig voorbij aan de conclusie van de AG Vellinga. Vgl. de latere uitspraak HR 21 april 2009, *NJ* 2009/210.

56. Vgl. J. de Hullu, a.w., p. 219. Daarnaast wijst De Hullu er op dat naar zijn mening juist de ontwikkeling van voorwaardelijk opzet gezien de toegenomen ingewikkeldheid van wetgeving in het ordeningsrecht geen reden is een afwijkende invulling van opzet in economische strafzaken voor te staan. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de standpunten inzake al dan niet boos opzet als vereiste invulling in het economische strafrecht: F. de Jong en E. Sikkema, a.w., p. 396-401.

57. Vgl. in de strafrechtelijke literatuur W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek*, Zwolle 1984, p. 8 en 19-20; D. Hazewinkel-Suringa's, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, door J. Remmelink, 1994, p. 191, 197-198 en 373 en J.F. Nijboer, ‘Schuldbegrip en schuldbeginsel als orientatiepunten in het strafrecht’,

strafrecht wordt dit weerspiegeld in het uitgangspunt ‘geen straf zonder schuld’ en het verschoon- of verontschuldigbaar handelen of nalaten van de dader, zoals dat kan worden aangevoerd op grond van de ongeschreven schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (AVAS). De wijze waarop AVAS als schulduitsluitingsgrond na het bekende Melk en water-arrest in de Nederlandse strafrechtjurisprudentie is verdisconteerd, maakt dat ‘geen straf zonder schuld’ kan worden gezien als een structuurbeginsel.⁵⁸

Voor het bestuursrecht inzake het opleggen van bestuurlijke boetes is het uitgangspunt van geen straf zonder schuld neergelegd in art. 5:41 Awb, dat stelt dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder is te verwijten. Bij de uitleg wordt enkel expliciet verwezen naar de wettelijke mogelijkheden van schulduitsluiting in het strafrecht, maar gezien de omschrijving en de nauwe aansluiting die vele andere onderdelen van de Vierde tranche Awb wordt gezocht met het strafrecht, moet hierbij zeker ook worden gedacht aan AVAS.⁵⁹ Voor de nadere duiding op dit punt bij het opleggen van boetes moet dan ook aansluiting worden gezocht bij de wijze waarop in de strafrechtelijke jurisprudentie en dogmatiek invulling is gegeven aan de niet-verwijtbaarheid in geval van AVAS.

AVAS bestaat als afspiegeling van de maatschappelijke verwijtbaarheid uit een feitelijke component (het ten onrechte veronderstellen dat niet wederrechtelijk is gehandeld of nagelaten) en een normatieve component waarin het verwijt ligt ten aanzien van het feitelijk niet anders hebben gehandeld. AVAS fungeert in de strafrechtelijke jurisprudentie als een verzamelbegrip, als een restcategorie van verweren, waarvan zowel verschillende soorten dwaling, verontschuldigbare onmacht en het betrachten van de maximaal te vergen zorg deel uitmaken.⁶⁰

Van belang is op welke wijze de schulduitsluitingsgrond AVAS wordt ingevuld. Enerzijds kan worden aangevoerd dat ten aanzien van de mate van verwijtbaarheid dient te worden aanvaard dat geen sprake hoeft te zijn van afwezigheid van alle schuld. De omschrijving ‘afwezigheid van alle schuld’ zou in dat geval te veeleisend zijn.⁶¹ Enige verwijtbaarheid aan de kant van de betrokkene betekent dan niet dat vanzelfsprekend aansprakelijkheid ontstaat en een valide beroep op AVAS geen zin zou hebben. Echter, in de regel wordt verondersteld dat AVAS impliceert dat daadwerkelijk aan de zijde van de betrokkene alles is gedaan of nagelaten dat tot aansprakelijkheid kan leiden. Volgens De Hullu moet de benaming vrij letterlijk worden genomen en moet het gaan om handelen ‘zonder enige schuld’ waarbij dus is vereist dat alle schuld ontbreekt.⁶²

Daarnaast is van belang dat de reikwijdte van AVAS, de ruimte voor een succesvol beroep daarop, mede wordt bepaald door de centraal staande geschonden wettelijke bepaling ten aanzien waarvan AVAS wordt aangevoerd. De Hullu stelt in dezen dat de delictomschrijving en excepties zoals AVAS immers functioneren als communicerende vaten. De reikwijdte van AVAS zou dan groter zijn bij vagere of erg ruime normstellingen.⁶³ Tevens wijst hij er op dat volgens de Hoge Raad de aard en de strekking van de betreffende centraal staande wettelijke bepaling eveneens de reikwijdte van AVAS kunnen inperken of verruimen.⁶⁴ Dit zou dan juist kunnen betekenen dat de werking van AVAS beperkt zou kunnen worden geacht bij wettelijke bepalingen die zich richten op bescherming van aanmerkelijke rechtsbelangen of -goederen en bij bepalingen die een ruime

R&K 1989, p. 363-383. Vgl. D.H.M. Meeuwissen, ‘Rechtsbeginselen en natuurrecht’, *AA* 1991, p. 14-27, die het begrip schuld plaatst in het materiële rechtsbeginsel van verantwoordelijkheid.

58. De term is van Nijboer, zie J.F. Nijboer, a.w., p. 379. Zie HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 e.v. (Melk en water)

59. Onder verwijzing naar de omstandigheid dat zowel in strafrechtelijke overtredingen als in bestuursrechtelijk te sanctioneren overtredingen doorgaans schuld in de vorm van verwijtbaarheid (sic!) geen bestanddeel is, wordt zonder omhaal gesteld: ‘Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel “geen straf zonder schuld” geldt (zo reeds HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681 Melk-en-water-arrest).’ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 134. Zie A.R. Hartmann, ‘Het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het bestuursstrafrecht’, in: J.R. Blad e.a. (red.), *Met recht op de vlucht*, Arnhem 1995, p. 65-86.

60. Zie ten aanzien van specifiek deze laatste avas-variant in verhouding tot zorgplichtbepalingen B.J.V. Keupink 2011, a.w., p. 44-47 en 366-369.

61. Zie Th.W. van Veen, ‘Afwezigheid van alle schuld?’, *Verkeersrecht* 1976, p. 237-242, i.h.b. p. 241: ‘Geen enkele exceptie eist in die mate het volle pond. Het wezen van de schuldexceptie is, dat en een bepaalde situatie van een bepaald persoon, gegeven de normen, die wij hanteren, niet verlangd had kunnen worden dat hij zich van het plegen van het delict onthouden zou hebben. (...) (D)e norm is dat onder die omstandigheden niet voldoende verwijt overblijft om een straf te rechtvaardigen.’ Vgl. H. de Doelder en A.C. ‘t Hart, ‘Ontkenning van schuld en verontschuldiging bij verkeersovertredingen’, *Verkeersrecht* 1979, p. 25-27.

62. J. de Hullu, a.w., p. 206 en p. 355 onder verwijzing naar HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 en 103 (Leeftijd). Vgl. C. Kelk, *Materieel strafrecht*, vierde druk, Deventer 2010, p. 236.

63. J. de Hullu, a.w., p. 354.

64. J. de Hullu, a.w., p. 354-355, onder verwijzing naar HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 en 103 (Leeftijd).

omschrijving van de onderliggende aansprakelijkheid van de betrokkene stellen, zoals bij zorgplichten. Naarmate het bereik van een bepaling meer omvattend is, wordt het steeds minder goed mogelijk dat daadwerkelijk alle schuld afwezig is.

In dit licht is de vraag of de onduidelijkheid van de regelgeving in de Wft in het algemeen en die in de zorgplichtbepalingen in de Wft in het bijzonder, met zich meebrengt dat ondanks de omstandigheid dat een ieder de wet behoort te kennen, er ruimte is voor een te honoreren AVAS-verweer. Jurgens stelt dat op dit punt drie soorten gevallen aanleiding kunnen zijn tot een beroep op rechtsdwaling: onbekendheid met wet- en regelgeving, vergissingen in de toepasselijkheid van (op zichzelf bekende regelgeving) en onjuiste advisering.⁶⁵ Met Jurgens stellen wij dat een beroep op rechtsdwaling voor het eerste geval (onbekendheid met de wet- en regelgeving) niet (snel) de betrokkene niet verweten zal worden geacht. Bij de beoordeling van de verwijtbaarheid van de betrokkene wordt in beginsel uitgegaan van de fictieve ‘gemiddelde mens’ die beschikt over het vermogen tot kritische zelfbepaling om aan de wettelijk gestelde normen te kunnen voldoen. Maar zoals reeds gememoreerd; van de gemiddelde professionele deelnemer op financieel-economisch terrein wordt verwacht dat deze de wet kent dan wel dat hij zich terdege laat informeren over de beperkingen waaraan zijn handelingen zijn onderworpen.⁶⁶

Rechtsdwaling als gevolg van vergissingen in de toepasselijkheid van (op zichzelf bekende) regelgeving en onjuiste advisering lijken meer mogelijkheden te bieden op verontschuldigbaar handelen. Daarbij is de vraag of de betrokkene met wat van hem onder de omstandigheden van het geval mag worden verlangd, het gerechtvaardigd vertrouwen mocht hebben dat hij volgens de geldende regelgeving handelde. Vergissen is menselijk, maar ook voor die betrokkene, onder die voorliggende omstandigheden? Daarvoor lijkt gezien de bestaande strafrechtelijke jurisprudentie slechts ruimte onder bijzondere omstandigheden.⁶⁷ De betrokkene dient zich terdege op de hoogte te (laten) stellen van de vigerende regelgeving, waarbij de waarde van het advies omtrent het al dan niet voldoen aan die wetgeving zwaar wordt gewogen.⁶⁸ Zo zal een intern advies van de bedrijfsjurist of *compliance-officer* in dezen niet voldoende worden geacht voor disculpatie.⁶⁹ Daarnaast moet de betrokkene overtuigd zijn van de omstandigheid dat zijn handelen, gezien bijvoorbeeld het gebruikte advies, niet onrechtmatig was. Daarin weerspiegelt zich het subjectieve, persoonlijke karakter van AVAS.⁷⁰

Toch mogen deze eisen, gezien de voorliggende wettelijke context van de financiële toezichtswetgeving en de onbepaaldheid van de wettelijke zorgplicht, tegelijkertijd ook niet worden overtrokken. In de strafrechtelijke literatuur wordt in verband met de complexiteit van de financieel-economische wetgeving en de onbepaaldheid van de normering daarvan, het verband gelegd met de omstandigheid dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid vrij eenvoudig is te construeren. Daar zou dan vervolgens wel tegenover moeten staan dat een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling dan met enige soepelheid zou moeten worden beoordeeld.⁷¹ Interessant is waar wordt bepleit het bereik van de strafuitsluitingsgrond ‘rechtsdwaling’ te vergroten, in het bijzonder door minder nadruk dan thans te leggen op de plicht van de burger tot het inwinnen van advies, maar in zodanig geval eerder

65. M. Jurgens, ‘Compliance in het strafrecht’, in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer 2008, p. 131-155, i.h.b. p. 144. Vgl. HR 16 november 1993, *M&R* 1994/113 en HR 14 december 1993, *M&R* 1994/114 inzake de ingewikkeldheid van de meststoffenwetgeving.

66. Vgl. M. Jurgens, a.w., p. 144 en HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001/14 (Krulsla).

67. Zie HR 9 maart 2004, *NJ* 2004/675 en HR 26 februari 2008, *NJ* 2008/148. Zie ook HR 4 april 2006, *NJ* 2007/144 (Content). Zie over deze uitspraak M. Jurgens, a.w., p. 145-146; R.M.I. Lamp, ‘De bestuurder, zijn advocaat en de strafrechter’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2007, p. 56-61 en B.F. Keulen, ‘Adviezen en rechtsdwaling’, *Ondernemingsrecht* 2011, p. 276-282, die er op wijst dat zijns inziens van belang is bij de afweging van rechtsdwaling: a) het gezag van de adviseur, b) de betrouwbaarheid van het advies en c) de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het advies is ingewonnen en gegeven.

68. Vgl. HR 13 december 1960, *NJ* 1961/416; HR 18 november 1975, *NJ* 1976/123; HR 23 mei 1978, *NJ* 1979/26; HR 14 september 1981, *NJ* 1981/642; HR 2 mei 1989, *NJ* 1989/691; HR 14 november 1989, *NJ* 1990/314; HR 16 mei 1995, *NJ* 1995/567; HR 23 mei 1995, *NJ* 1995/631; HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001/14 (Krulsla) en HR 31 oktober 2006, *NJ* 2006/602. Vgl. voor een dergelijke afweging in het financiële toezichtsrecht: Rb Rotterdam 9 december 2010, *RF* 2011/22, v.w.b. een (mondeling) advies.

69. Vgl. Rb Maastricht 26 juni 1989, *M&R* 1990/52. Vgl. ook de verwijzing bij M. Jurgens, a.w., p. 146, noot 41 en de beschrijving daarvan bij R.C.P. Haentjens en M. Jurgens, ‘Opzet in het financiële strafrecht’, in: R.C.P. Haentjens en M. Jurgens (red.), *Fraude op de financiële markten*, Deventer 2011, p. 13-27, i.h.b. p. 23, van GvEA 17 september 2007, zaak C-550/07P (AKZO/EC).

70. HR 9 maart 2004, *NJ* 2004/675.

71. Zie J. de Hullu, a.w., p. 219 en 358; D.R. Doorenbos, ‘Specialisatie en rechtsvinding’, *Trema* 2010, p. 272-282, i.h.b. p. 281; R.C.P. Haentjens en M. Jurgens, a.w., p. 22 en F. de Jong en E. Sikkema, a.w., p. 413, die allen het verband leggen met het gemakkelijk construeerbare voorwaardelijk opzet. Zie par. 5.1 infra. Borgers komt vanuit het ontbreken van een daadwerkelijke toetsing van het bepaaldheidsgebod door de strafrechter tot deze stellingname: M.J. Borgers, a.w., p. 151-153.

uit te gaan van een redelijke interpretatie van de wet. Hiermee wordt een ruime toepassing van het, in het fiscale recht meer bekend zijnde, ‘pleitbare standpunt’ bepleit.⁷²

5.3 Pleitbaar standpunt?

In het kader van de vraag naar het voorkomen van aansprakelijkheid is in dezen een uitstap naar het fiscale recht niet oninteressant. In het fiscale recht bestaat al jaren de mogelijkheid om, gezien de gedetailleerdheid en complexiteit van de fiscale regelgeving, als overtreder van een fiscale bepaling een verweer te voeren dat wordt omschreven als een ‘pleitbaar standpunt’. Van een ‘pleitbaar standpunt’ is volgens art. 4 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst sprake ‘als een door belanghebbende ingenomen standpunt, gelet op de stand van de jurisprudentie en de heersende leer, in die mate juridisch pleitbaar of verdedigbaar is dat belanghebbende redelijkerwijs kan menen juist te handelen’. Met andere woorden; indien de overtreder van de fiscale regeling weliswaar niet volgens de regels heeft gehandeld maar gezien de feiten en omstandigheden en de geldende regelgeving kon en mocht menen daaraan te voldoen, heeft hij een valide verweer. Dit verweer kan worden gevoerd in zowel het fiscale recht, waarin bestuurlijke boetes worden opgelegd, als in het fiscale strafrecht.⁷³ Het gevolg is dat bij acceptatie van het verweer de overtreder geen verwijt mag worden gemaakt en derhalve geen verzuim- of vergrijpboete mag worden opgelegd. Indien de boete reeds is opgelegd, wordt de betreffende beschikking vernietigd en vervalt de fiscale boete.

Nu is het in de regel zo dat pleitbare standpunten duiden op opzettelijk handelen van de overtreder. Men heeft in de regel gezien de feiten en het recht bewust en gewild een bepaald standpunt ingenomen op grond waarvan men dan al dan niet heeft gehandeld, hetgeen later in strijd bleek met de regelgeving. Het pleitbare standpunt impliceert dan dat de betrokkene gezien de feiten en omstandigheden en de persoon van de betrokkene in redelijkheid kon en mocht menen te handelen of na te laten zoals op de wijze die hem wordt verweten. Met andere woorden dat de betrokkene een redelijk verdedigbaar standpunt heeft ingenomen. Deze afweging brengt volgens Valkenburg met zich mee dat van de betrokkene mag worden verlangd dat hij zich terdege op de hoogte stelt van de geldende regelgeving en mogelijk, bij gebrek aan eigen kennis, laat voorlichten door een deskundige.⁷⁴ Hierdoor lijkt het beroep op een pleitbaar standpunt sterk op een beroep op rechtsdwaling. Desondanks wordt in art. 4 lid 1 BBBB van zowel het pleitbare standpunt als van afwezigheid van alle schuld melding gemaakt als aparte gronden voor niet-sanctionering.

Hoe sterk de argumenten moeten zijn om te kunnen worden geaccepteerd, is gezien de gehanteerde maatstaf logischerwijs niet helder, maar zal in het bijzonder worden bepaald door de ter discussie staande wettelijke normstelling, de betreffende feiten en omstandigheden en de persoon van de betrokkene in kwestie. Juridisch spelen de stand van de jurisprudentie en de heersende (fiscale) leer, gezien de omschrijving in het art. 4 BBBB, een belangrijke rol. Ook op dit punt is de moeilijkheid bij voorkoming van aansprakelijkheid op grond van het pleitbaar standpunt de omstandigheid dat het opzet, zoals hiervoor reeds uiteengezet, veelal via de objectiverende constructie van voorwaardelijk opzet tot stand komt. Hierdoor worden mogelijkheden tot voorkoming van aansprakelijkheid afnemen. Immers, door te wijzen op de omstandigheid dat de overtreder willens en wetens de aanmerkelijke kans op het primair niet gewilde gevolg op de koop heeft toegenomen, waarbij sterk op de omstandigheden van het geval wordt geleund, wordt de mogelijkheid om gezien die omstandigheden niet verwijtbaar te handelen wel erg klein. Maar het pleitbare standpunt kan ook worden ingenomen ten aanzien van overtredingen waarin geen opzet of schuld als psychisch bestanddeel is opgenomen. Een pleitbaar standpunt discolpeert blijkens het fiscale boeterecht ook ten aanzien van overtredingen.⁷⁵ Dat betekent dat ook in die gevallen er niet mag worden gestraft. Bij overtredingen vervalt met een pleitbaar standpunt de verwijtbaarheid aan het handelen of nalaten.

In de Wft komen, in tegenstelling tot het fiscale recht, geen bepalingen voor waarin opzet en schuld als bestanddeel zijn opgenomen. Het opleggen van bestuurlijke boetes speelt zich, zoals gebruikelijk in het ‘bestuursstrafrecht’, enkel af op overtredingsniveau zonder dat sprake dient te zijn van enige psychische aansprakelijkheidsvoorwaarde. Dat maakt de vraag actueel of het pleitbare standpunt niet ook kan worden

72. Vgl. D.R. Doorenbos, a.w., p. 281.

73. Zie art. 4 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (herplaatsing in *Stcrt.* 2011, nr. 20116). Zie v.w.b. de fiscale boetes reeds: HR 11 juli 1984, *BNB* 1984/268 en v.w.b. het strafrecht: HR 8 februari 2005, *LJN* AR3719 waarin de strafkamer van de Hoge Raad, weliswaar bij ontkenning, impliciet aangeeft toetsing aan hetgeen als ‘pleitbaar standpunt’ wordt omschreven, te accepteren.

74. W.E.C.A. Valkenburg, ‘Rubriek fiscaal strafrecht’, *DD* 2007, p. 527-536. Vgl. Hof Den Bosch 18 maart 2008, *LJN* BC7234, waar dat expliciet als voorwaarde voor acceptatie van het pleitbare standpunt wordt geformuleerd.

75. Zie art. 4 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst, waar in lid 2 expliciet staat vermeld: ‘(E)en pleitbaar standpunt sluit het opleggen van zowel een verzuimboete als een vergrijpboete uit.’

ingeroepen in Wft-zaken waarin bestuurlijke boetes dreigen of zijn opgelegd, dan wel strafvervolging is ingesteld voor schendingen van zorgplichtbepalingen. Naar onze mening zou die mogelijkheid er moeten zijn.⁷⁶ Doorenbos formuleert de grondslag daarvan liggend in de complexiteit en regeldichtheid van de economische wetgeving. Volgens hem zou met de acceptatie van het leerstuk van het pleitbare standpunt de scherpe kanten van het leerstuk van het kleurloos opzet kunnen worden weggenomen, ‘terwijl het ook in relatie tot vage normen zou kunnen leiden tot bevredigende resultaten, zonder de norm zelf geheel en al in de ban te hoeven doen’.⁷⁷ Dat verweer zou dan moeten inhouden dat de (vermeende) overtreder of dader gezien de feiten en omstandigheden en gezien hetgeen hij heeft gedaan of gelaten redelijkerwijs mocht menen aan zijn zorgplicht te hebben voldaan. Inhoudelijk wordt dat verweer in de praktijk regelmatig gevoerd, maar het pleitbare standpunt heeft echter buiten het fiscale recht nog geen plaats veroverd als geaccepteerd verweer.

Ons inziens zijn voor het pleitbaar standpunt desalniettemin, gezien de omvang, gedetailleerdheid en complexiteit van de financiële toezichtsregelgeving in het algemeen en de onbepaaldheid van de zorgplichten in het bijzonder, weldegelijk argumenten aan te voeren. Zo biedt de omstandigheid dat bij het verweer van een pleitbaar standpunt, in vergelijking met afwezigheid van alle schuld, de situatie meer vanuit een objectieve invalshoek wordt bekeken, wellicht meer mogelijkheden tot voorkoming van aansprakelijkheid. Maar of dat effect zal sorteren in het geval van wettelijke zorgplichten is twijfelachtig. Ook op dit punt wreekt zich wederom de omstandigheid dat juist vanuit de vage, objectiverende wettelijke context van een zorgplichtbepaling van de normadressaat een eigen, juridische verantwoordelijkheid of *Garantenstellung* wordt verlangd, waarbij deze zich terdege op de hoogte dient te (laten) stellen omtrent de geldende norm waardoor het subjectieve aspect weer op de voorgrond komt te staan. Het zou in dit kader ook wenselijk zijn wanneer de toezichthouders explicieter dan thans het geval is, zouden aandragen welke diverse invullingen van de zorgplichtbepalingen denkbaar zijn, zodat geadresseerden enig houvast hebben bij het bepalen van hun pleitbare standpunten. Slechts in het geval hieruit naar voren komt dat het ingenomen standpunt in het concrete geval als redelijk kan worden bestempeld, zijn er mogelijkheden om de aansprakelijkstelling van wettelijke zorgplichten in de Wft af te wenden. Maar de beslissing daartoe zal dan impliciet ingaan tegen het instrumentele karakter van de zorgplichtbepaling.

6. Ten slotte

Wettelijke zorgplichten vormen het sluitstuk van de materieelrechtelijke normstelling van de Wft waarin middels specifieke bepalingen invulling wordt gegeven aan de naar zijn aard en inhoud buitengemeen ingewikkelde materie van het financiële toezichtsrecht. Deze zorgplichten vertalen en incorporeren in al hun vaagheid eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid ten aanzien van voorzienbare gevaren in het financiële toezichtsrecht. Dat komt het meest pregnant naar voren in zorgplichtbepalingen waarin ‘zorgen’ en ‘zorg dragen voor’ als bestanddelen zijn opgenomen. De normadressaat dient in die gevallen op adequate en behoorlijke wijze op te treden zodat de achterliggende rechtsbelangen niet worden geschonden. Hoe dat precies moet gebeuren, is afhankelijk van het wettelijk kader waarin de zorgplichtbepaling is opgenomen, de feiten en omstandigheden van het betreffende geval en de bij de normadressaat aanwezig geachte kennis. Zorgplichtbepalingen vormen daarbij de meest vergaande mogelijkheid tot aansprakelijkstelling, in meerdere zin het wettelijk sluitstuk, waarbij de precieze contouren van die aansprakelijkstelling voor de betrokkene niet vaststaan. Dat maakt echter de aansprakelijkheid niet tot een gegeven.

De benadering waarbij ‘boos opzet’ zou moeten worden gehanteerd bij de invulling van het in het strafrecht veelal noodzakelijke opzet, lijkt, naast een weinig acceptabele dogmatische breuk, ook recht in te gaan tegen de strekking van de instrumentele gedachte achter wettelijke zorgplichtbepalingen. Inmiddels is duidelijk dat de Hoge Raad in strafzaken vasthoudt aan ‘kleurloos opzet’ waardoor de door Vellinga geïnitieerde waardevolle denkslag ter beperking van al te ruime aansprakelijkheid in het economische strafrecht eigenlijk kansloos eindigt.

De mogelijkheden voor de betrokkene om zich te disculperen middels de, inherent toch al niet ruime mogelijkheden van AVAS bij zorgplichten in de Wft lijken eveneens zeer beperkt. Niet alleen de omstandigheid dat de wettelijke zorgplicht is ingebed in een context waarin van de betrokkene wordt verwacht dat deze de wet kent dan wel dat hij zich terdege laat informeren over de beperkingen waaraan zijn gedragingen zijn onderworpen, beperken die mogelijkheid tot disculpatie. Maar ook de omstandigheid dat juist de vage, maar daardoor ook ruime aansprakelijkheid die uit wettelijke zorgplichten lijkt te spreken in het kader van de financiële toezichtswetgeving, maakt dat een beroep op AVAS in de meeste gevallen weinig effect zal kunnen resulteren. Op dit punt wreekt zich de onduidelijkheid omtrent de precieze maatstaf die wordt gehanteerd bij

76. Gelijk D.R. Doorenbos, a.w., p. 281.

77. D.R. Doorenbos, a.w., p. 281.

wettelijke zorgplichten. Niet precies duidelijk is op welke wijze en in hoeverre de betrokkene had moeten 'zorgen' of 'zorgdragen' waardoor ook niet helder is in hoeverre de betrokkene zich verontschuldigbaar mag achten indien een schending wordt geconstateerd. Met andere woorden: bij een wettelijke zorgplicht wordt zo veel van de normadressaat verlangd teneinde de norm te kunnen eerbiedigen zonder dat precies helder is wat dat onverschuldigd niet 'zorgen' of 'zorgdragen' inhoudt, dat disculpatie via AVAS illusoir lijkt te zijn.

Ten slotte lijken ook de mogelijkheden tot het voorkomen van aansprakelijkheid bij wettelijke zorgplichten voor het pleitbaar standpunt beperkt. Ondanks dat minder dan in het geval van AVAS de nadruk lijkt te liggen op de subjectieve aspecten, maakt dat de vage, objectiverende wettelijke context van een zorgplichtbepaling een eigen, juridische verantwoordelijkheid of Garantstelling van de normadressaat verlangt. Hierdoor wordt de mogelijke voorkoming van de aansprakelijkheid door objectivering van de vage wettelijke context teniet gedaan. De kans dat het pleitbare standpunt dan ook ingang zal vinden als grondslag ter voorkoming van aansprakelijkheid buiten het fiscale recht is ons inziens, zeker ten aanzien van wettelijke zorgplichtbepalingen in het financiële recht, dan ook klein.

Wettelijke zorgplichten lijken door hun vage en daardoor ruime wijze van aansprakelijkstelling de mogelijkheden voor de betrokkene om aansprakelijkheid te voorkomen uit te sluiten. Hierdoor lijkt het noodzakelijke evenwicht tussen doelmatige handhaving en individuele rechtsbescherming uit het lood te staan. In deze verhouding lijken de risico's van onduidelijkheden volledig op de burger te worden afgewenteld, waardoor de rechtsstatelijke rechtszekerheid die de wetgeving zou moeten bieden op de tocht komt te staan. Dat alles overziend, kan de vraag worden gesteld of ter zake van de normstelling in de Wft, in het bijzonder voor wat betreft zorgplichtbepalingen, door de wetgever de aansprakelijkheid van de overtreder of dader niet veel te eenvoudig is geconstrueerd. Ons inziens is die aansprakelijkheid van de normadressaat in deze regelgeving dusdanig licht dat, gezien de omstandigheid dat met zeer ingrijpende sancties van overheidszijde kan worden gereageerd, er een wanverhouding is ontstaan.