

# **Een inventarisatie van de mogelijkheden tot sanctionering van leidinggevende functionarissen binnen het civiel-, straf- en bestuursrecht**

Prof. mr. S.D. Lindenberg  
Mr. A.I. Schreuder  
Mr. J.H.J. Verbaan

Ten verzoeken van:

Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum  
*Ministerie van Veiligheid en Justitie (projectnr. 2432)*

© WODC 2015

## Inhoudsopgave

1.	Inleiding .....	1
1.1	Achtergrond .....	1
1.2	Afbakening .....	1
1.3	Opzet van het rapport .....	2
1.4	Keuze tussen mogelijke sancties .....	2
2.	Civilrecht .....	3
2.1	Overzicht .....	3
2.2	Welke functionarissen ('wie')? .....	3
2.3	Onder welke omstandigheden ('wanneer')? .....	5
2.3.1.a	Externe aansprakelijkheid .....	5
2.3.1.b	Interne aansprakelijkheid .....	10
2.3.2	Ontzetting uit beroep .....	13
2.4	Welke sancties ('wat')? .....	14
2.4.1	Ontzetting uit beroep .....	14
2.4.2	Schadevergoeding/verklaring voor recht .....	16
2.4.3	Gebod/verbod .....	17
3.	Strafrecht .....	17
3.1	Overzicht .....	17
3.2	Welke functionarissen ('wie')? .....	18
3.2.1	Inleiding .....	18
3.2.2	Dader/functionele dader .....	19
3.2.3	Feitelijk leidinggever of opdrachtgever .....	20
3.3	Onder welke omstandigheden ('wanneer')? .....	22
3.3.1	Strafbepalingen .....	22
3.3.2	Typeringen van delicten .....	26
3.4	Welke sancties ('wat')? .....	27
3.4.1	Hoofdstraffen: vrijheidsstraf, taakstraf, geldboete .....	27
3.4.2	Bijkomende straffen .....	28
3.4.3	Maatregelen .....	29
4.	Bestuursrecht .....	30
4.1	Overzicht .....	30
4.2	Welke functionarissen ('wie')? .....	31
4.2.1	Inleiding .....	31
4.2.2	Overtreder/functionele dader .....	32
4.2.3	Feitelijk leidinggever .....	33
4.3	Onder welke omstandigheden ('wanneer')? .....	34

4.4 Welke sancties ('wat')?.....	35
4.4.1 Inleiding .....	35
4.4.2 Last onder bestuursdwang .....	36
4.4.3 Last onder dwangsom.....	37
4.4.4 Bestuurlijke boete.....	37
4.4.5 Intrekken beschikking .....	38
AFM/DNB: toetsing leidinggevend en openbaarmaking boetebesluit uit hoofde van de Wft.....	39
5. Besluit .....	41
6. Schematisch overzicht .....	42
7. Literatuur .....	50
Bijlage 1 – Samenstelling van de begeleidingscommissie .....	55

## 1. Inleiding

### 1.1 Achtergrond

Er zijn de afgelopen jaren diverse voorvallen aan het licht gekomen waarbij bedrijven en instellingen op onoorbare wijze bleken te hebben gehandeld. In toenemende mate komt daarbij de vraag op naar de mogelijkheden om leidinggevende functionarissen aan te spreken wanneer zij rechtens onjuist handelen c.q. hun positie of hun bedrijf of instelling daarvoor gebruiken. Met dit document wordt beoogd om het bestaande juridische kader ter zake van de mogelijkheden tot sanctionering van leidinggevendenden van bedrijven en instellingen in hoofdlijnen inzichtelijk te maken.

Het doel is primair om een *overzicht* te bieden, en het bestaande ‘instrumentarium’ binnen het civiel-, straf- en bestuursrecht in een handzaam document samen te brengen. Het rapport strekt er niet toe een uitputtende analyse te geven van alle gronden voor aansprakelijkheid en mogelijkerwijs op te leggen sancties, nu de beoogde overzichtsfunctie dan (groten)deels verloren zou gaan.

### 1.2 Afbakening

Het document richt zich op de mogelijkheden om leidinggevende functionarissen van bedrijven en instellingen te sanctioneren wegens rechtens onjuist handelen op basis van het leidinggeven aan een organisatie. De nadruk ligt op het materiële recht; procesrechtelijke aspecten blijven goeddeels buiten beschouwing. Met ‘sanctioneren’ wordt bedoeld op de mogelijkheden om juridische sancties op te leggen wegens schending van een civiel-, straf- en/of bestuursrechtelijk gehandhaafde norm. Onder ‘bedrijven en instellingen’ worden verstaan privaatrechtelijke rechtspersonen (BV en NV, vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij<sup>1</sup>) en personenvennootschappen (maatschap, VOF en CV).<sup>2</sup> Daarom wordt hierna ook wel de overkoepelende term ‘organisatie’ gebruikt.

Dit document richt zich op leidinggevende functionarissen, en meer in het bijzonder op de *hoofdleidinggevendenden* van organisaties. Onder hoofdleidinggevendenden wordt verstaan het ‘middenmanagement’ (functionarissen die leidinggeven aan een bepaalde afdeling/onderdeel van de organisatie, en vooral een bepaalde strategie implementeren) en het ‘topmanagement’ (dat wil zeggen functionarissen die de verantwoordelijkheid dragen voor de organisatie als geheel, en zich bezighouden met het ontwikkelen van het beleid en de strategie van de organisatie). Het document ziet uitsluitend op leidinggevendenden als *natuurlijke personen* en hun gedragingen in het kader van een feitelijke of formele betrokkenheid bij een organisatie. Enkel aan de orde komt de positie van *uitvoerende* (in de zin van ‘besturende’) leidinggevendenden; de sanctionering van interne en externe toezichthouders valt buiten het bestek van dit document.<sup>3</sup> Het begrip ‘leidinggevende’ krijgt binnen elk rechtsgebied een eigen invulling. Hierna komt daarom telkens eerst aan de orde tot welke personen de bepalingen binnen dat rechtsgebied zich uitstrekken.

---

<sup>1</sup> Zie art. 2:3 BW, en art. 2:64 e.v. BW (NV); art. 2:175 e.v. BW (BV); art. 2:26 e.v. BW (vereniging); art. 2:53 lid 1 e.v. BW (coöperatie) en art. 2:53 lid 2 e.v. BW (onderlinge waarborgmaatschappij); art. 2:285 e.v. BW (stichting). Nu de bepalingen ter zake van de vereniging in beginsel ook van toepassing zijn op de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:53a BW), wordt telkens alleen ingegaan op het uitgangspunt voor de vereniging, tenzij er wel een verschil bestaat. Zie ook art. 51 lid 3 Sr (waarbij het begrip rechtspersoon ruimer wordt opgevat dan in het civielrecht, en ook personenvennootschappen omvat), welke bepaling in het bestuursrecht van overeenkomstige toepassing is verklaard in art. 5:1 lid 3 Awb.

<sup>2</sup> Zie voor een algemene weergave Assink e.a. 2013a: H1 (privaatrechtelijke rechtspersonen), H2-7 (NV en BV). Assink e.a. 2013b: H9 (vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting), H11 (maatschap, VOF en CV).

<sup>3</sup> Dat betekent dat de figuur van de niet-uitvoerende bestuurder binnen een one tier board ook buiten het bestek van het onderzoek valt.

De gedragingen van functionarissen zijn veelal nauw verbonden met de handelwijze van de organisatie waar zij bij betrokken zijn. Wanneer een rechtspersoon rechtens onjuist heeft gehandeld, kan – indien aan de daarvoor geldende vereisten is voldaan – in de eerste plaats die rechtspersoon zelf (als zelfstandig rechtssubject) worden aangesproken. Benadrukt zij, dat deze tegen de rechtspersoon in te stellen rechtsacties buiten het bestek van dit rapport vallen. Alleen de mogelijkheden om tegen de individuele leidinggevende functionaris te ageren komen aan de orde. Op de aansprakelijkheid van de organisatie wordt alleen (kort) ingegaan indien dit een vereiste vormt om (ook) de leidinggevende functionaris aan te spreken.

### *1.3 Opzet van het rapport*

Hierna worden de mogelijkheden tot sanctionering van leidinggevenden wegens rechtens onjuist handelen per rechtsgebied besproken, waarbij achtereenvolgens het civiel-, straf- en bestuursrecht aan de orde komen. Voor ieder rechtsgebied wordt ingegaan op de vraag (i) aan welke functionarissen ('wie'), (ii) onder welke omstandigheden ('wanneer'), (iii) welke sancties ('wat') kunnen worden opgelegd. De inhoud van deze bespreking is ook schematisch weergegeven, waarbij een gelijke opzet wordt gevolgd.

### *1.4 Keuze tussen mogelijke sancties*

Benadrukt zij dat de in dit document weergegeven mogelijkheden tot sanctionering niet door eenieder, en niet onder alle omstandigheden kunnen worden ingeroepen. Zo staan de civielrechtelijke sancties enkel open voor de benadeelde partij wier belang in het geding is, dan wel voor de in de wet of statuten aangewezen personen of organen binnen de organisatie. Binnen het strafrecht is initiëring door het Openbaar Ministerie (OM) vereist, en binnen het bestuursrecht dient het bevoegde bestuursorgaan tot sanctionering over te gaan.

Voor zover er verschillende mogelijkheden naast elkaar openstaan, geldt daarnaast dat de keuze voor een bepaalde sanctie, aan de mogelijkheid tot het opleggen van een andere sanctie in de weg kan staan. Dit geldt hoofdzakelijk bij het bestuurs- en strafrecht, en vindt aldaar ook regeling door het una via-beginsel en ne bis in idem-beginsel, die beide ook in wettelijke bepalingen zijn neergelegd.

## 2. Civielrecht

### 2.1 Overzicht

Hier wordt uiteengezet welke functionarissen, onder welke omstandigheden, op welke wijze langs civielrechtelijke weg kunnen worden aangesproken.<sup>4</sup> In algemene zin zij opgemerkt dat een vordering tot schadevergoeding (en de verklaring voor recht en een gebod/verbod) enkel door de benadeelde partij kan worden ingesteld (in sommige gevallen via de faillissementscurator), en dat de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep enkel kunnen worden ingeroepen door de daartoe in de wet of statuten aangewezen personen of organen.

Over de vraag welke functionarissen kunnen worden aangesproken, komt in het onderstaande aan de orde dat de bepalingen voor privaatrechtelijke rechtspersonen (boek 2 BW) in beginsel zien op de *formele bestuurder*, en in sommige gevallen ook op de *beleidsbepaler*. Bij de NV en BV kan onder omstandigheden ook worden aangesproken degene die, zonder deel uit te maken van het bestuur, krachtens de statuten of besluit van de algemene vergadering, bevoegdelijk 'daden van bestuur verricht'.<sup>5</sup> Voor personenvennootschappen geldt een wettelijke aansprakelijkheidsregeling voor de *vennoot*. De vordering uit onrechtmatige daad ten slotte kan jegens *alle functionarissen* van alle organisaties worden ingesteld.

Over de vraag onder welke omstandigheden deze functionarissen kunnen worden aangesproken, komen eerst de gronden voor aansprakelijkheid aan de orde, in welk verband een onderscheid pleegt te worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van leidinggevendenden van organisaties jegens een derde (extern), en jegens de rechtspersoon waarvoor zij werkzaam zijn (intern). Vervolgens wordt weergegeven onder welke omstandigheden ontslag of schorsing van de formele bestuurder van een privaatrechtelijke rechtspersoon bewerkstelligd kan worden (door het binnen de vennootschap bevoegde orgaan, via het enquêterecht en voor bestuurders van stichtingen via art. 2:298 BW). Afgesloten wordt met een korte beschrijving van de op te leggen sancties.

### 2.2 Welke functionarissen ('wie')?

Welke functionarissen binnen het civiele recht als leidinggevende hebben te gelden, wordt door verschillende bepalingen beheerst. De meest ruime reikwijdte heeft de vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW): in beginsel kunnen alle functionarissen van alle organisaties op deze grond worden aangesproken.

De regeling voor privaatrechtelijke rechtspersonen (boek 2 BW) ziet in de meeste gevallen op de formele bestuurder, en in een enkel geval ook op de beleidsbepaler. Voor zover de wet in dit verband de term 'bestuurder' gebruikt, ziet dit in beginsel uitsluitend op de formele bestuurder, dat wil zeggen de functionaris die conform de wettelijke (en/of statutaire) vereisten als zodanig is benoemd en lid is van het orgaan dat de wettelijke bestuurstaak uitoefent.<sup>6</sup> In de praktijk komt (vooral in oudere statuten, literatuur en rechtspraak) ook de aanduiding directeur voor. Of een directeur kan worden aangemerkt als een formele bestuurder in de zin van de wet, hangt af van de wijze waarop hij is benoemd. De aanduiding is daarvoor niet beslissend. De bestuurder kan zowel een natuurlijk persoon

---

<sup>4</sup> Zie voor een bespreking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders (en commissarissen) o.m. Assink e.a. 2011; De Groot 2011; Strik 2010; De Valk 2009; Wezeman 1998.

<sup>5</sup> Zie art. 2:151 (NV)/262 (BV) BW.

<sup>6</sup> Zie De Groot 2011, p. 18. Zie over de benoeming van bestuurders: art. 2:132 (NV)/242 BW (BV) (beide door AV), art. 2:37 jo. 2:27 lid 4 sub e BW (vereniging, door AV); art. 2:286 lid 4 sub c BW (stichting).

als een rechtspersoon zijn.<sup>7</sup> Voor de rechtspersoon-bestuurder wordt de aansprakelijkheid evenwel doorgeleid naar de achterliggende natuurlijke persoon (doorbraak van aansprakelijkheid).<sup>8</sup> De wet voorziet niet in een inhoudelijke omschrijving van de bestuurstaak<sup>9</sup>, maar in de literatuur is deze wel omschreven als (in ieder geval) de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken, wat mede omvat de ‘realisatie van de doelstelling(en), de strategie, het (financieel) beleid van de vennootschap alsmede de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en risicomangement/beheersing’.<sup>10</sup> Ook kan worden gewezen op de administratieplicht (art. 2:10 BW), en de verplichting een jaarrekening en jaarverslag op<sup>11</sup>, en openbaar te maken.<sup>12</sup> Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de bestuurder veelal zowel in een functionele (in de hierboven bedoelde zin) als in een contractuele verhouding tot de rechtspersoon staat, welke contractuele verhouding in de regel als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt. Is dit niet het geval (bijvoorbeeld omdat het incidentele werkzaamheden betreft of omdat sprake is van een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap, zie art. 2:132 lid 3 BW), dan zal het doorgaans een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW betreffen.<sup>13</sup>

In een beperkt aantal bepalingen wordt met een bestuurder gelijkgesteld ‘degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald’, oftewel de *beleidsbepaler of feitelijk bestuurder*.<sup>14</sup> De Hoge Raad heeft in dit verband twee varianten van ‘beleidsbepalen’ onderscheiden, te weten (i) zij die de bestuurder opdrachten geven welke door de bestuurder worden opgevolgd en (ii) zij (al dan niet met een officiële functie in de vennootschap) die het beleid van de vennootschap bepalen met feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur.<sup>15</sup> Wanneer een functionaris als beleidsbepaler kan worden aangemerkt is niet geheel duidelijk, nu de literatuur en lagere rechtspraak verdeeld zijn en de Hoge Raad nog geen duidelijke uitspraak heeft gedaan op dit punt.<sup>16</sup>

Ter zake van de NV en BV wordt voorts als bestuurder aangemerkt degene die – zonder bestuurder te zijn – ‘daden van bestuur’ verricht uit hoofde van een daartoe in de statuten of besluit van de algemene vergadering verleende bevoegdheid.<sup>17</sup> Het gaat in dit verband om een bestuurstaak voor een bepaalde periode, of onder bepaalde omstandigheden; de desbetreffende functionaris kan enkel binnen het kader van die bestuursopdracht worden aangesproken.

Voor personenvennootschappen (maatschap, VOF, CV<sup>18</sup>) geldt een specifieke regeling die ziet op de *vennoten* van de vennootschap.<sup>19</sup> Vennoten zijn de personen die zich contractueel hebben verplicht tot samenwerking in deze vorm.

---

<sup>7</sup> Zie art. 2:11 BW.

<sup>8</sup> Zie art. 2:11 BW.

<sup>9</sup> Vgl. art. 2:129 (NV)/239 (BV) lid 1 BW; art. 2:44 lid 1 BW (vereniging); art. 2:291 lid 1 BW (stichting).

<sup>10</sup> Zie Stolp 2013, p. 1442 met verwijzingen. Zie voor een definitie ook principe II.1 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

<sup>11</sup> Art. 2:101 (NV)/210 (BV) BW; art. 2:48/49 BW (vereniging); art. 2:58 BW (coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij); art. 2:300 BW (stichting).

<sup>12</sup> Vgl. art. 2:394 BW (voor het toepassingsbereik van deze verplichting, zie art. 2:360 BW).

<sup>13</sup> Zie hierover bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/339-340 en 425; De Groot 2011, p. 21-23. In concernverhoudingen is bijvoorbeeld geen sprake van een contractuele rechtsbetrekking.

<sup>14</sup> Zie art. 2:138 (NV)/248 (BV) lid 7 BW; art. 2:216 lid 4 BW (BV).

<sup>15</sup> HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5658, r.o. 2.40 en 2.41, *JOR* 2000/128 (*Montedison/De Liagre Böhl*).

<sup>16</sup> Zie voor een overzicht bijv. Westenbroek 2014.

<sup>17</sup> Art. 2:151 (NV)/262 (BV) BW. Zie hierover bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/477.

<sup>18</sup> Ingevolge art. 15 WvK is de regeling ter zake van de maatschap mede van toepassing op de VOF en CV.

<sup>19</sup> Art. 7A:1680 BW (maatschap); art. 18 WvK (VOF en CV).

## 2.3 Onder welke omstandigheden ('wanneer')?

### 2.3.1.a Externe aansprakelijkheid

Onder *externe* aansprakelijkheid wordt verstaan de aansprakelijkheid van de functionaris jegens derden.

#### Art. 6:162 BW<sup>20</sup>

Art. 6:162 BW kan in beginsel tegen alle functionarissen van alle organisaties worden ingeroepen. Om een functionaris uit onrechtmatige daad te kunnen aanspreken, dient kort gezegd sprake te zijn van (i) een onrechtmatige gedraging (inbreuk op een recht, schending van een wettelijk plicht of schending van een zorgvuldigheidsnorm), (ii) die de functionaris kan worden toegerekend en die (iii) schade (iv) heeft veroorzaakt, waarbij (v) de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

Voor de aansprakelijkheid van leidinggevende functionarissen wordt art. 6:162 BW vooral als grondslag gebruikt in gevallen waarin crediteuren van de organisatie (ook) de bestuurder aanspreken omdat de organisatie diens verplichtingen niet nakomt. Onder omstandigheden kan ook de rechtspersoon waarvoor de functionaris werkzaam is, hem uit hoofde van art. 6:162 BW aanspreken, voor zover het de bestuurder verweten handelen of nalaten ook los van de betrekking met de rechtspersoon een onrechtmatige daad oplevert. Op grond van rechtspraak wordt de invulling van art. 6:162 BW dan evenwel ingekleurd door de norm en aansprakelijkheidsbeperkingen van art. 2:9 BW.<sup>21</sup>

Het uitgangspunt is dat de rechtspersoon met wie de crediteur een verbintenis is aangegaan, voor de nakoming hiervan dient in te staan. Vaste jurisprudentie is evenwel dat (ook) de functionaris persoonlijk kan worden aangesproken indien hem ter zake van de benadeling van de eisende partij *persoonlijk een ernstig verwijt* kan worden gemaakt.<sup>22</sup> In dit verband zijn in de rechtspraak twee categorieën of 'gevalstypen' onderscheiden: enerzijds de situatie waarin een bestuurder (i) *namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan* ('onjuiste schijn van kredietwaardigheid'<sup>23</sup>) en anderzijds de situatie waarin (ii) hij heeft *bewerkstelligd of toegelaten* dat de organisatie diens wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt ('frustratie van betaling'<sup>24</sup>).<sup>25</sup>

Voor de onder (i) genoemde gevallen geldt dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is indien hij namens de organisatie verplichtingen is aangegaan waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de organisatie deze niet zou kunnen nakomen, en geen verhaal voor de hierdoor geleden schade zou bieden (het 'Beklamelcriterium'<sup>26</sup>).<sup>27</sup> Voor aansprakelijkheid is in dit verband (geobjectiveerde) wetenschap van de benadeling aan de zijde van de functionaris vereist; de rechter dient te bepalen vanaf welk moment (welke peildatum) deze wetenschap aanwezig kan worden

<sup>20</sup> Zie hierover in algemene zin bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/469-473; Assink e.a. 2011, p. 15-18; De Groot 2011, p. 52-61; Strik 2010, p. 31-47; De Valk 2009, p. 87-199.

<sup>21</sup> Zie bijv. HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Holding Nutsbedrijf Westland NV*).

<sup>22</sup> Vgl. recent HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, r.o. 3.5.2, JOR 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze; HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, r.o. 3.3.3.

<sup>23</sup> Assink e.a. 2011, par. 14.

<sup>24</sup> Assink e.a. 2011, par. 14.

<sup>25</sup> Zie bijv. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, r.o. 3.5, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

<sup>26</sup> Zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, r.o. 3.2, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

<sup>27</sup> HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, r.o. 3.4.1, NJ 2000/95, m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).



geacht.<sup>28</sup> Onder bijzondere omstandigheden kunnen ook de medebestuurders van de bestuurder die de verplichting is aangegaan, worden aangesproken, indien hun kan worden verweten dat zij niet hebben ingegrepen. Hiervoor is meer vereist dan dat de functionaris deel uitmaakte van het bestuur: hij dient 'anderszins nauw betrokken' te zijn geweest bij het aangaan van de verbintenis en in staat te zijn geweest de totstandkoming te voorkomen dan wel de schadelijke gevolgen hiervan af te wenden. Voorts dient hij hier, gelet op zijn kennis van de financiële situatie van de organisatie, redelijkerwijs toe gehouden te zijn.<sup>29</sup>

Een voorbeeld van een vordering ex art. 6:162 BW vormt een zaak waarin een bestuurder namens een aantal vennootschappen de verplichting aanging om een eerste pandrecht te verstrekken, terwijl hij wist dat deze slechts een tweede pandrecht zouden kunnen verstrekken. De vordering tot schadevergoeding stuitte af op de omstandigheid dat de enkele verstrekking van het tweede (in plaats van het eerste) pandrecht nog niet meebracht dat de schuldeiser hierdoor schade had geleden.<sup>30</sup>

Een ander voorbeeld vormt een zaak waarin de bestuurders, ondanks dat zij er ernstig rekening mee dienden te houden dat de vennootschappen een aanzienlijk bedrag zouden moeten betalen aan de schuldeiser, hadden ingestemd met de overdracht van activiteiten aan een zustermaatschappij, zonder dat zij een voorziening op de balans hadden opgenomen voor de claim van de schuldeiser, of anderszins geld hadden gereserveerd.<sup>31</sup>

Over het onder (ii) genoemde gevalstype ('frustratie van betaling') heeft de Hoge Raad overwogen dat het afhangt van de omstandigheden van het geval of het aan de bestuurder te maken verwijt in een dergelijke situatie voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te kunnen houden.<sup>32</sup> De bestuurder zal in beginsel aansprakelijk zijn indien hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen (objectief kon voorzien) dat de door hem gecreëerde of toegelaten handelswijze van de vennootschap daadwerkelijke benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben.<sup>33</sup> Situaties waar men in dit verband onder meer aan kan denken, zijn het zonder rechtsgrond weigeren van nakoming, het frustreren van zekerheidsrechten van de schuldeiser, selectieve betaling in strijd met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers (art. 3:277 BW), het onttrekken van vermogen aan de organisatie en het bewerkstelligen of toelaten dat deze in strijd met wettelijke verplichtingen handelt.<sup>34</sup>

Bestuurders van een vennootschap hadden in het zicht van en bij bekendheid met het aanstaande faillissement, betalingen ter voldoening van eigen vorderingen (dus aan henzelf) en aan een bepaalde schuldeiser gedaan. Volgens het hof hadden de bestuurders moeten weten dat deze betalingen tot gevolg zouden hebben dat de vennootschap andere verplichtingen niet zou nakomen, terwijl de vennootschap bovendien geen verhaal zou bieden voor de hierdoor ontstane schade.<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> Opgemerkt zij dat schuldeisers wier vordering eerst op of na de peildatum ontstaat, en waarbij de vordering niet voortvloeit uit een duurovereenkomst, geen beroep toekomt op de 'Beklamel-norm', omdat de vereiste wetenschap van benadeling op het moment van het aangaan van de verplichting aan de zijde van de bestuurder dan immers ontbreekt. Zie De Valk 2009, p. 100-105.

<sup>29</sup> Zie hierover bijv. De Valk 2009, p. 93-96. Zie HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2812, r.o. 3.7 onder iii, *NJ* 1999/318, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Peelco/Sturkenboom*).

<sup>30</sup> Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/2, m.nt. P. van Schilfgaarde.

<sup>31</sup> HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829.

<sup>32</sup> HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, r.o. 3.4.1, *NJ* 2000/95, m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

<sup>33</sup> Zie Assink e.a. 2011, par. 15.

<sup>34</sup> Zie De Valk 2009, p. 108-127.

<sup>35</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9126.

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat het door de Hoge Raad gewezen Spaanse villa-arrest uit 2012 aanleiding is geweest voor de nodige discussie over art. 6:162 BW als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>36</sup> Het arrest zag op een bestuurder van een (makelaars-)BV, die een deels bemiddelende en deels adviserende rol had vervuld bij de verkoop van een woning. De Hoge Raad overwoog dat het hof de bestuurder aansprakelijk had geoordeeld 'op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting', en niet 'op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting'.<sup>37</sup> Bij een dergelijke aansprakelijkheid gelden, aldus de Hoge Raad, de 'gewone regels van onrechtmatige daad' en is niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt.<sup>38</sup> Naar aanleiding hiervan kwam de vraag op of de Hoge Raad een 'nieuwe categorie' van bestuurdersaansprakelijkheid in het leven had geroepen, en of hij hiermee afstand had genomen van de maatstaf van een ernstig verwijt.<sup>39</sup> In zijn latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het arrest niet op een zodanige wijze dient te worden uitgelegd: het Spaanse villa-arrest had 'niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of die betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener) had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm'.<sup>40</sup> De 'bestuurder' in deze zaak werd niet aangesproken vanwege de vervulling van zijn bestuurstaak, maar vanwege het tekortschieten in zijn verplichtingen als professioneel bemiddelaar.<sup>41</sup>

#### Art. 2:138/248 BW: faillissement van de vennootschap<sup>42</sup>

Bij faillissement van de vennootschap kan de curator in sommige gevallen een beroep doen op de hierop toegesneden bijzondere regeling van art. 2:138/248 BW. Deze regeling ziet op de formele bestuurder en de (met de bestuurder gelijkgestelde) beleidsbepaler (zie lid 7) van NV's en BV's, en is van overeenkomstige toepassing op de commerciële vereniging en stichting.<sup>43</sup> De aansprakelijkheid van bestuurders op deze grond strekt zich uit tot het *faillissementstekort*, en niet tot de volledige schade die door het normschendende gedrag is veroorzaakt.

Om een bestuurder met succes op deze grond aan te spreken, dient de curator aan te tonen dat het bestuur zijn taak 'kennelijk onbehoorlijk' heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het in de rechtspraak gehanteerde criterium in dit verband is of 'geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld'.<sup>44</sup> De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan

<sup>36</sup> HR 23 november 2012, ECLI:NLHR:2012:BX5881, NJ 2013/302, m.nt. P van Schilfgaarde (*Spaanse villa*).

<sup>37</sup> HR 23 november 2012, ECLI:NLHR:2012:BX5881, r.o. 3.4.2, NJ 2013/302, m.nt. P van Schilfgaarde (*Spaanse villa*).

<sup>38</sup> HR 23 november 2012, ECLI:NLHR:2012:BX5881, r.o. 3.4.2, NJ 2013/302, m.nt. P van Schilfgaarde (*Spaanse villa*).

<sup>39</sup> Zie bijv. Verstijlen 2013.

<sup>40</sup> HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, r.o. 3.5.3, JOR 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze.

<sup>41</sup> Zie o.m. Stolp 2013 (met name p. 1446-1447).

<sup>42</sup> Zie hierover in algemene zin bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/452-468; Assink e.a. 2011, p. 19-22; De Groot 2011, p. 104-137; De Valk 2009, p. 212-245; Wezeman 1998.

<sup>43</sup> Zie art. 2:50a BW (vereniging) en 2:300a BW (stichting). Krachtens art. 2:53a BW vallen onder de reikwijdte van art. 2:50a BW ook de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

<sup>44</sup> Zie o.m. HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, r.o. 5.3, NJ 1996/695, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Zoolingen*); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, r.o. 3.7, NJ 2001/454 (*Panmo*).

het faillissement.<sup>45</sup> Hoewel de wet in dit verband spreekt van de taakvervulling door *het bestuur* kan aansprakelijkheid ook volgen uit een gedraging van een individuele bestuurder. Voor zover tot een onbehoorlijke taakvervulling wordt geconcludeerd, zijn alle individuele bestuurders in beginsel hoofdelijk verbonden. Een functionaris kan zich disculperen door aan te tonen dat (i) de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en (ii) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.<sup>46</sup> De civiele rechter kan zowel het bedrag waarvoor het bestuur als collectief aansprakelijk wordt gehouden, als het bedrag van de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder matigen indien het bedrag hem bovenmatig voorkomt, gelet op de in art. 2:138/248 lid 4 BW genoemde omstandigheden.<sup>47</sup>

Het bijzondere van de regeling van art. 2:138/248 BW is dat de curator in sommige opzichten wordt tegemoetgekomen in de op hem rustende bewijslast. Voor zover het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieverplichting met betrekking tot de vermogenstoestand van de rechtspersoon (art. 2:10 BW) of aan zijn verplichting de jaarrekening tijdig te publiceren (art. 2:394 BW), geldt een *onweerlegbaar* vermoeden dat het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, en geldt een *weerlegbaar* vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:138/248 lid 2 BW). Het is aan de bestuurder dit vermoeden te ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.<sup>48</sup> In dit verband geldt dat een ‘onbelangrijk’ verzuim niet in aanmerking wordt genomen; hiervan is sprake indien het niet voldoen aan de verplichtingen er in de omstandigheden van het geval niet op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, bijvoorbeeld bij een geringe overschrijding van de termijn voor publicatie.<sup>49</sup>

Een curator stelde de bestuurder van een stichting met succes aansprakelijk ex art. 2:300a jo art. 2:138 BW, nu de bestuurder ermee bekend was dat de exploitatie van een winkel die hij – zonder deugdelijke begroting – had doen openen van begin af aan verliesgevend was, maar hij de exploitatie niettemin geruime tijd had voortgezet, waarbij financiële dekking of zekerheid tegenover het oplopende verlies ontbrak en ook niet kon worden verwacht. Naar het oordeel van het hof had geen redelijk denkend bestuurder onder de gegeven omstandigheden aldus gehandeld.<sup>50</sup>

Opgemerkt zij dat in 2014 een conceptwetsvoorstel ter consultatie is voorgelegd, waarin wordt voorgesteld om de regeling van art. 2:138/248 BW te vervangen door een voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen geldende regeling, neer te leggen in een nieuw in te voeren bepaling in de Faillissementswet.<sup>51</sup>

Naast de meer algemene regeling van art. 6:162 en art. 2:138/248 BW, zijn er meer specifieke gronden die jegens de leidinggevende van een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen worden ingeroepen. Deze aansprakelijkheidsgronden bestrijken – kort gezegd – drie

---

<sup>45</sup> Zie art. 2:138 (NV)/248 (BV) lid 6 BW.

<sup>46</sup> Zie art. 2:138 (NV)/248 (BV) lid 3 BW.

<sup>47</sup> Zie art. 2:138 (NV)/248 (BV) lid 4 BW.

<sup>48</sup> Zie HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, r.o. 4.5.2, NJ 2007/2, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>49</sup> Zie bijv. HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7, m.nt. P. van Schilfgaarde.

<sup>50</sup> Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9960, JOR 2014/156, m.nt. J.B. Wezeman.

<sup>51</sup> Conceptvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 2014, waarvan de consultatie in mei 2014 is gesloten (te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>). Zie voor een bespreking o.m. Van Gulik 2014.

situaties die zien op (een gebrek in de) de totstandkoming van de rechtspersoon<sup>52</sup>, de situatie waarin openbaar gemaakte jaarcijfers of tussentijdse cijfers een misleidende voorstelling van de stand van zaken van de NV of BV geven<sup>53</sup> en de situatie waarin door de NV in strijd met het verbod daarop eigen aandelen in de vennootschap worden genomen.<sup>54</sup> Deze aansprakelijkheidsgronden zijn weergegeven in het schematisch overzicht (waarbij zij opgemerkt dat de laatste situatie een interne aansprakelijkheidsgrond vormt).

### Personenvennootschappen

Voor personenvennootschappen (maatschap, VOF en CV) geeft de wet een specifieke aansprakelijkheidsregeling, die deels van regeland recht is. Voor alle personenvennootschappen is het wettelijk uitgangspunt dat alle vennoten verbonden zijn voor de schulden van de vennootschap (ongeacht de grondslag van de schulden).<sup>55</sup> Voor de vennoten van een VOF en CV geldt dat zij in beginsel *hoofdelijk* verbonden zijn.<sup>56</sup> De commanditaire vennoot van een CV is in beginsel *niet* verder aansprakelijk dan zijn inbreng, tenzij hij – in strijd met art. 20 WvK – daden van beheer verricht of zijn naam als (deel van de) naam van de CV bezigt.<sup>57</sup> De vennoten van een maatschap zijn verbonden voor een *gelijk aandeel*, tenzij anders met de schuldeisers is overeengekomen of indien de vennootschap tekortkomt in de nakoming van een overeenkomst van opdracht (art. 7:407 lid 2 BW); dan zijn zij ieder hoofdelijk verbonden voor het geheel.<sup>58</sup>

### Fiscale aansprakelijkheid<sup>59</sup> / Bijdrage deelneming bedrijfstakpensioenfonds

Opgemerkt zij dat de in de Invorderingswet (IW), en in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (BPF) neergelegde fiscale aansprakelijkheidsgronden eigenlijk tot het bestuursrecht behoren, maar omdat zij qua systematiek meer overeenkomen met de mogelijkheden tot civiele aansprakelijkstelling, worden zij hier behandeld.

De aansprakelijkheidsgronden uit hoofde van de IW zien op de aansprakelijkheid van functionarissen jegens de Staat ter zake van (de daar omschreven) belastingschulden van de organisatie.<sup>60</sup> De aansprakelijkheidsgronden uit de BPF omvatten de aansprakelijkheid voor de bijdragen ter zake van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Gewezen zij in de eerste plaats op art. 36 IW, dat zich richt op (privaatrechtelijke) rechtspersonen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen en ziet op de aansprakelijkheid voor onder meer de loonbelasting en de omzetbelasting.<sup>61</sup> Verenigingen en stichtingen die geen onderneming drijven, vallen daarom buiten het bereik van deze bepaling. De belastingen die het betreft, zijn omschreven in het eerste lid van art. 36 IW. Aangesproken kunnen worden de formele

---

<sup>52</sup> Zie art. 2:4 (aansprakelijkheid bij niet-bestaande rechtspersoon) en het hierop lijkende art. 2:30 BW (aansprakelijkheid bij informele vereniging), art. 2:93 (NV)/203 lid 2 BW (BV) (rechtshandelingen namens BV/NV voor moment van oprichting) en art. 2:69 (NV)/180 (BV) BW en art. 2:29 lid 1 BW (vereniging); art. 2:289 lid 1 BW (stichting) (niet voldaan aan de voor oprichting vereiste inschrijvings- en deponeringsverplichtingen).

<sup>53</sup> Art. 2:139 (NV)/249 (BV) BW (misleidende voorstelling).

<sup>54</sup> Zie art. 2:95 BW (NV).

<sup>55</sup> Zie art. 7A:1680 BW (maatschap); art. 18 WvK (VOF en CV).

<sup>56</sup> Zie art. 18 WvK.

<sup>57</sup> Zie art. 21 WvK. Zie voor een relativering van deze strenge regel HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1413, *JOR* 2015/192, m.nt. Chr.M. Stokkermans, waarbij de Hoge Raad terugkwam op een arrest uit 1943.

<sup>58</sup> Zie art. 7A:1680 BW.

<sup>59</sup> Zie hierover bijv. Raaijmakers 2010; Wezeman 1998.

<sup>60</sup> Zie hierover bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/474; De Groot 2011, p. 71-104 en 192-223.

<sup>61</sup> Zie art. 36 lid 1 IW.

bestuurder en beleidsbepaler<sup>62</sup>, en sinds enige tijd (met het oog op concernverhoudingen) ook bestuurders van lichamen die deel uitmaken van een fiscale eenheid indien aansprakelijk gestelde onderdelen van dit lichaam geen verhaal bieden.<sup>63</sup> Opgemerkt zij dat de aansprakelijkheidsbepaling van art. 36 IW grotendeels overeenkomt met de aansprakelijkheid uit hoofde van de Wet BPF.<sup>64</sup> In het onderstaande wordt daarom volstaan met een (verdere) bespreking van art. 36 IW.

Bij de aansprakelijkheidsbeoordeling in dit verband wordt een onderscheid gemaakt naar gelang de rechtspersoon heeft voldaan aan zijn plicht om melding te doen van zijn onmacht om de desbetreffende belastingen te voldoen. Voor zover op een juiste wijze aan deze meldingsplicht is voldaan, is de bestuurder aansprakelijk indien het aannemelijk is dat het niet voldoen van de belastingsschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.<sup>65</sup> Indien de rechtspersoon *niet* aan zijn plicht tot melding van betalingsonmacht heeft voldaan, wordt vermoed dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat de 'niet betaling' aan de bestuurder is te wijten.<sup>66</sup> Van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' is sprake indien geen redelijk handelend bestuurder onder deze omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (vergelijk het hierboven besproken art. 2:138/248 BW).<sup>67</sup> De bestuurder kan het vermoeden weerleggen indien hij aannemelijk maakt dat het niet aan hem is te wijten dat de rechtspersoon niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan.

Voor personenvennootschappen, en de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid bepaalt art. 33 IW dat de volledig aansprakelijke vennoot respectievelijk de bestuurder, hoofdelijk aansprakelijk is voor de rijksbelastingen<sup>68</sup> die de vennootschap/vereniging verschuldigd is. De functionaris kan zich disculperen indien hij aantoont dat het niet aan hem is te wijten dat de belasting niet is voldaan.

Art. 36 IW vormde de grondslag voor de vordering van de Staat jegens een bestuurder wegens verschuldigde loon- en omzetbelasting over een periode van bijna drie jaar. Het hof achtte de bestuurder aansprakelijk, nu er bewust voor was gekozen om de concurrente crediteuren wel, en de Belastingdienst niet te betalen, welke structurele benadeling het aanmerkte als onbehoorlijk bestuur. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en overweegt dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht of de bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat zijn handelswijze tot gevolg zou hebben dat de belasting- en premieschulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven.<sup>69</sup>

### 2.3.1.b Interne aansprakelijkheid

Onder *interne* aansprakelijkheid wordt verstaan de aansprakelijkheid van de functionaris jegens de rechtspersoon waarvoor hij werkzaam is. Opgemerkt zij dat de rechtspersoon de functionaris van aansprakelijkheid kan ontheffen (decharge).<sup>70</sup> De meest voorkomende vorm hiervan is de jaarlijkse decharge door de algemene vergadering bij gelegenheid van

---

<sup>62</sup> Zie art. 5 sub b IW en HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2881, NJ 2002/413, m.nt. J.W. Zwemmer. De functionaris dient het beleid daadwerkelijk te hebben bepaald of medebepaald, niet voldoende is dat hij het beleid kon bepalen (zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/474 onder d).

<sup>63</sup> Zie art. 36b IW.

<sup>64</sup> Zie in dat verband art. 22 en 23 Wet Bpf.

<sup>65</sup> Zie art. 36 lid 3 IW. Deze beoordeling strekt zich uit tot drie jaar voorafgaand aan het moment van melding.

<sup>66</sup> Zie art. 36 lid 4 IW. De periode van drie jaar treedt dan in op het tijdstip waarop de rechtspersoon in gebreke is.

<sup>67</sup> HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, NJ 1996/695, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>68</sup> Zie art. 2 IW, waarmee wordt aangesloten bij art. 1 lid 2 AWR. Zie in dit verband bijv. De Groot 2011, p. 193.

<sup>69</sup> HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6722, NTFR 2012/504, m.nt. Schouten.

<sup>70</sup> Zie hierover bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/479 e.v. Zie voor een kort overzicht bijv. Bier 2010.

vaststelling van de jaarrekening.<sup>71</sup> Deze decharge strekt zich enkel uit tot de gedragingen van de functionaris waar de algemene vergadering bekend mee was<sup>72</sup> en ziet enkel op gegevens die uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn.<sup>73</sup> Naast de jaarlijkse decharge, kan de rechtspersoon bij overeenkomst afstand doen van alle mogelijke vorderingen jegens de functionaris (de 'finale decharge'), die zich ook kan uitstrekken tot nog niet kenbare gedragingen. Benadrukt zij dat een decharge alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon, en niet op de aansprakelijkheid jegens derden.<sup>74</sup>

#### Art. 2:9 BW: onbehoorlijke taakvervulling<sup>75</sup>

De belangrijkste grond waarop de rechtspersoon de *formele* bestuurder kan aanspreken is art. 2:9 BW, waarin is bepaald dat iedere bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een 'behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak', waartoe in ieder geval alle taken behoren die niet wettelijk of statutair aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.<sup>76</sup> Indien wordt geoordeeld dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling, is in beginsel iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de vennootschap hierdoor heeft geleden. Een bestuurder kan zich disculperen door te bewijzen dat hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, en (ii) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Voor de beoordeling van aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:9 BW hanteert de Hoge Raad als maatstaf of de bestuurder een (voldoende) *ernstig verwijt* kan worden gemaakt.<sup>77</sup> Bij deze beoordeling komt het aan op alle omstandigheden van het geval; de Hoge Raad noemt in dit verband, niet limitatief, 'de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten'<sup>78</sup>, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.<sup>79</sup> Opgemerkt zij dat de norm van art 2:9 BW soms ook terugkomt in de jurisprudentie over de beoordeling van de (hierboven besproken) vordering uit hoofde van

<sup>71</sup> Waarbij zij opgemerkt dat de vaststelling van de jaarrekening niet langer automatisch decharge met zich brengt.

<sup>72</sup> Zie HR 20 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0915, NJ 1990/308, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>73</sup> HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, JOR 2010/227, m.nt. J.B. Wezeman (*De Rouw*).

<sup>74</sup> Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/480.

<sup>75</sup> Zie hierover in algemene zin bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/445-450; Assink e.a. 2011, p. 23-27; De Groot 2011, p. 21-37; Strik 2010, p. 15-30; p. 87-97.

<sup>76</sup> De huidige formulering van art. 2:9 BW geldt sinds 1 januari 2013; zie de Wet bestuur en toezicht, *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 1-20; *Kamerstukken I* 2009/10-2010/11, 31763, A-D. Nieuw is de expliciete verwijzing naar de taakverdeling binnen het bestuur en de geboden wettelijke basis voor een statutaire taakverdeling. In publicaties over het gewijzigde art. 2:9 BW wordt door de meeste auteurs benadrukt dat de wijziging nauwelijks inhoudelijke veranderingen met zich brengt. Zie bijv. Cappelle 2013; Schild & Timmerman 2014.

<sup>77</sup> HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2242, r.o. 3.3.1, NJ 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*). Deze maatstaf is nadien herhaaldelijk bevestigd; zie bijv. HR 11 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2925, r.o. 3.4, NJ 1999/586; HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, r.o. 3.5, NJ 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Skipper*); HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, r.o. 3.4.5, JOR 2003/2, m.nt. S.M. Bartman (*Berghuizer Papierfabriek*); HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 5.3, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Willemsen/NOM*).

<sup>78</sup> Ten aanzien van bestuurders van semipublieke instellingen lijkt bijvoorbeeld een meer strikte beoordeling te worden gehanteerd. Zie hierover bijv. De Boer & Schennink 2014. Zie bijv. Hof Amsterdam 21 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6929, r.o. 4.5, 4.20, JOR 2011/40, m.nt. J.B. Wezeman; Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257, r.o. 4.13; Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, JOR 2014/90, m.nt. Y. Borrius (*Servatius I*); Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, JOR 2014/126, m.nt. U.B. Verboom (*Servatius II*).

<sup>79</sup> HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2242, r.o. 3.3.1, NJ 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

art 6:162 BW, maar het is niet duidelijk of dit betekent dat de beoordeling in de zin van beide bepalingen ook geheel gelijk is.<sup>80</sup>

Indien de bestuurder heeft gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die strekken tot bescherming van de rechtspersoon, dan vormt dit een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.<sup>81</sup> Andere gevallen waarin een beroep op art. 2:9 BW zou kunnen worden gedaan, zijn (bijvoorbeeld) het gebruik van middelen van de rechtspersoon voor privédoelen door de bestuurder, het in privé aangaan van verplichtingen die eigenlijk tot de werkingssfeer van de rechtspersoon behoren, het nemen van (onnodig) onverantwoorde risico's, het nemen van beslissingen met grote financiële gevolgen zonder deze deugdelijk voor te bereiden, het verstrekken van leningen zonder hiervoor voldoende zekerheid te verkrijgen en het nalaten om passende verzekeringen ten behoeve van de rechtspersoon af te sluiten.<sup>82</sup>

Art. 6:74 BW en art. 6:162 BW vormden de grondslagen voor de vordering tot schadevergoeding in een zaak waarin een aandeelhouder een bestuurder aansprak omdat deze in strijd met een statutaire bepaling en een aandeelhoudersovereenkomst had gehandeld. De Hoge Raad oordeelde dat de norm voor interne aansprakelijkheid overeenkomstig heeft te gelden indien niet de vennootschap, maar de aandeelhouder de bestuurder aanspreekt. Gelet op de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders brengen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 1 BW) mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is op deze verhouding.<sup>83</sup>

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat voor zover sprake is van een arbeidsovereenkomst, de rechtspersoon ook een vordering uit hoofde van art. 7:661 BW kan instellen; dan lijkt evenwel eenzelfde norm te worden gehanteerd als in het geval waarin art. 2:9 BW als grondslag wordt gebruikt.<sup>84</sup>

#### Art. 2:216 BW: ongeoorloofde winstuitkering aan aandeelhouders

De formele bestuurder en beleidsbepaler (lid 7) van een BV kunnen voorts door de vennootschap worden aangesproken ter zake van ongeoorloofde winstuitkeringen aan aandeelhouders.<sup>85</sup> Het bestuur moet zijn goedkeuring geven aan een uitkeringsbesluit en dient deze goedkeuring alleen te onthouden indien het 'weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden'.<sup>86</sup> Indien de vennootschap na de uitkering niet aan haar verplichtingen kan voldoen, zijn de bestuurders die dit ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien, hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. De disculpatiemogelijkheden voor de bestuurder zijn gelijk aan de in art. 2:9 BW genoemde gronden.

<sup>80</sup> Zie hierover bijv. Assink e.a. 2011, p. 23 e.v.

<sup>81</sup> HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, r.o. 3.4.5, JOR 2003/2, m.nt. S.M. Bartman (*Berghuizer Papierfabriek*).

<sup>82</sup> Zie SDU Commentaar Ondernemingsrecht art. 2:9 BW, D.A.M.H.W. Strik.

<sup>83</sup> HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, JOR 2008/260, m.nt. Y. Borrius.

<sup>84</sup> Zie hierover bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/446; De Groot 2011, p. 28-29.

<sup>85</sup> Het gewijzigde art. 2:216 BW is ingevoerd met de Wet bestuur en toezicht, *Kamerstukken II* 2006/07-2009/10, 31058, 1-28, *Kamerstukken I* 2009/10-2012/13, 31058, A-F; Invoeringswet, *Kamerstukken II* 2010/11-2011/12, 32426, 1-18; *Kamerstukken I* 2011/12-2012/13, 32426, A-F. Zie over het nieuwe art. 2:216 onder meer Beckman 2012; Borrius 2013; Lennarts 2012.

<sup>86</sup> Art. 2:216 lid 2 BW. Hiermee wordt aangesloten bij de regeling van surseance van betaling, zie art. 214 lid 1 Fw.

### 2.3.2 Ontzetting uit beroep

Naast aansprakelijkstelling kan onder bepaalde omstandigheden het ontslag of schorsing van de formele bestuurder van een privaatrechtelijke rechtspersoon worden bewerkstelligd. Het bevoegde orgaan binnen de rechtspersoon kan hier in beginsel te allen tijde toe overgaan.<sup>87</sup> Daarnaast kan een voorziening worden gelast, inhoudende schorsing of ontslag van een of meer bestuurders, via een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (zie voor een beschrijving van de procedure onder 2.4), indien van *wanbeleid* van de *rechtspersoon* is gebleken. Of sprake is van wanbeleid wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Het kan onder meer de situatie omvatten waarin in strijd is gehandeld met ‘elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap’<sup>88</sup>, maar het kan zich ook in andere vormen voordoen.<sup>89</sup> Niet iedere beleidsfout kan als wanbeleid worden aangemerkt; de fout moet voldoende ernstig zijn om deze kwalificatie te rechtvaardigen.<sup>90</sup> Het wanbeleid hoeft geen structureel karakter te hebben: een enkele gedraging kan hiervoor voldoende zijn, met name als deze zeer ernstige gevolgen heeft.<sup>91</sup> Gedurende de procedure kan de Ondernemingskamer voorts een tijdelijke, onmiddellijke voorziening gelasten op verzoek van de indieners.<sup>92</sup>

Ter zake van de formele bestuurder van een *stichting* kan de civiele rechter voorts in bepaalde gevallen – op verzoek van het OM of een andere belanghebbende – diens ontslag verlenen (art. 2:298 BW). Hiervoor is vereist dat (i) de bestuurder een doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten kan worden verweten, (ii) dat sprake is van wanbeheer of (iii) dat de bestuurder niet heeft voldaan aan een bevel tot informatieverstrekking van de voorzieningenrechter ingevolge art. 2:297 BW. Voor criterium (i) geldt dat de Hoge Raad hier enkel sprake van acht indien (ex tunc) redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid van de gedraging mogelijk is. Criterium (ii) legt de Hoge Raad eveneens restrictief uit: dit omvat enkel *financieel* wanbeheer.<sup>93</sup>

Bestuurders van een stichting belast met de instandhouding van een Islamitische school werden in 2008 via deze weg, op vordering van de Staat, door de rechtbank ontslagen. Uit een rapport was gebleken dat ten onrechte schoonmaakwerkzaamheden van (voormalig) echtgenotes van de bestuurders werden opgevoerd, waar ongerechtvaardigde vergoedingen voor waren ontvangen.<sup>94</sup>

Opgemerkt zij dat een wetsvoorstel in voorbereiding is waarmee wordt beoogd de ontslaggrond van art. 2:298 BW te verruimen.<sup>95</sup> Voorts is een wetsvoorstel aanhangig waarmee wordt beoogd een grondslag te creëren voor een civielrechtelijk bestuursverbod

---

<sup>87</sup> Zie art. 2:134 (NV)/244 (BV) lid 1 BW (AV), art. 2:147 (NV)/257 (BV) lid 1 BW (RvC); art. 2:37 lid 6 BW (vereniging). Art. 2:286 lid 4 onder c BW bepaalt over de stichting enkel dat de wijze van ontslag in de statuten moet zijn bepaald.

<sup>88</sup> Zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/446, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem II*).

<sup>89</sup> Zie bijv. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, NJ 2002/296, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Zwagerman*), waarbij een beoordeling aan de hand van de redelijkheid- en billijkheidsnorm van art. 2:8 BW wordt gesanctioneerd.

<sup>90</sup> Zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/446, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem II*).

<sup>91</sup> Zie HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/446, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem II*).

<sup>92</sup> Zie art. 2:349a lid 2 BW.

<sup>93</sup> Dat wil zeggen: tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de stichting of de zorg voor de verkrijging van inkomsten waarover de stichting kan beschikken. Zie HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123, NJ 1975/222, m.nt. G.J. Scholten (*Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*).

<sup>94</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002, JOR 2008/3, m.nt. E. Schmieman, bekrachtigd door Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.

<sup>95</sup> Te weten dat ‘de bestuurder het belang van de stichting zodanig ernstig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurschap daardoor in redelijkheid niet meer kan worden geduld’. Zie het conceptvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 2014, waarvan de consultatie in mei 2014 is gesloten (te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>).



voor bestuurders en beleidsbepalers van alle rechtspersonen. Dit zou – alleen – zien op situaties van faillissement en de civiele rechter zou hiertoe kunnen overgaan op verzoek van het OM of op vordering van de curator.<sup>96</sup>

#### 2.4 Welke sancties ('wat')?

De sancties die langs civielrechtelijke weg aan leidinggevendenden kunnen worden opgelegd, vallen uiteen in ontzetting uit het beroep, een verplichting tot schadevergoeding en een gebod/verbod.

##### 2.4.1 Ontzetting uit beroep

In het bovenstaande is kort benoemd onder welke omstandigheden de formele bestuurder van een rechtspersoon kan worden geschorst of ontslagen. Op deze plaats worden kort de procedurele aspecten van deze vorm van sanctionering weergegeven.

#### Ontslag/schorsing door rechtspersoon

In algemene zin zij erop gewezen dat voor zover de verhouding tussen de bestuurder en de organisatie (ook) als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt, het besluit tot schorsing of ontslag dient te voldoen aan de eisen die uit deze overeenkomst volgen; de rechter toetst dit integraal.<sup>97</sup> Daarnaast geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen dat het besluit getoetst kan worden aan art. 2:14 en 2:15 BW (o.m. toetsing aan wet, statuten en eisen van redelijkheid en billijkheid), in welk verband de rechter marginaal toetst; zo worden de gronden voor ontslag hier niet bij betrokken. Een geldig ontslagbesluit heeft naast beëindiging van het functionele verband in beginsel ook beëindiging van de arbeidsrechtelijke betrekking tot gevolg.<sup>98</sup>

Voor (formele) bestuurders van BV's en NV's geldt dat het orgaan dat bevoegd is tot benoeming hen in beginsel te allen tijde kan schorsen of ontslaan, maar in de statuten kunnen aanvullende vereisten zijn neergelegd om hiertoe over te kunnen gaan.<sup>99</sup> In beginsel is dit de algemene vergadering.<sup>100</sup> De raad van commissarissen komt in beginsel de bevoegdheid toe de bestuurder te schorsen, tenzij bij de statuten anders is bepaald.<sup>101</sup> Is gekozen voor een one tier board, dan is het bestuur bevoegd tot schorsing van de uitvoerend bestuurder.<sup>102</sup> Bij structuurvennootschappen is de raad van commissarissen in beginsel bevoegd tot ontslagverlening, in welk verband wel als vereiste geldt dat de raad eerst de algemene vergadering over het voorgenomen ontslag hoort.<sup>103</sup> Is bij een structuurvennootschap geopteerd voor een one tier board, dan kan de uitvoerende bestuurder door de niet-uitvoerende bestuurders worden ontslagen, na de algemene vergadering te hebben gehoord.<sup>104</sup>

---

<sup>96</sup> *Kamerstukken II* 2014-15, 34011, 1-9. Zie het voorgestelde art. 106a Fw. Het wetsvoorstel is aangenomen door de Tweede Kamer. Zie voor een bespreking o.m. Keizer 2015; Neekilappillai 2014; Zuidema en Witlox 2014.

<sup>97</sup> Zie bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/426 en 435; De Groot 2011, p. 27.

<sup>98</sup> HR 25 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030, NJ 2005/484, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Eggenhuizen/Unidek*); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/426. Uitzonderingen vormen het wettelijk ontslagverbod (art. 7:670 BW) of indien anders is overeengekomen.

<sup>99</sup> Zie art. 2:134 (NV)/244 (BV) lid 1 BW.

<sup>100</sup> Art. 2:132 (NV)/242 (BV) BW.

<sup>101</sup> Zie art. 2:147 (NV)/257 (BV) BW.

<sup>102</sup> Zie art. 2:134 (NV)/244 lid 1 (BV) BW. Met de uitvoerend bestuurder wordt bedoeld op de functionaris die hoofdzakelijk bestuurstaken vervult.

<sup>103</sup> Zie art. 2:162 (NV)/272 (BV) BW. Dit geldt weer niet als op de structuurvennootschap het verzwakte regime van toepassing is; zie art. 2:155 (NV)/265 (BV) en art. 2:155a (NV)/265a (BV) BW.

<sup>104</sup> Zie art. 2:164a (NV)/274a (BV) BW.

Voor de vereniging geldt (net als voor de NV en BV) dat de algemene vergadering de bestuurder kan ontslaan, tenzij de statuten anders bepalen.<sup>105</sup> Ditzelfde geldt voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij waarbij (anders dan bij de NV en BV) geen afwijkende regeling geldt voor structuur-coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.<sup>106</sup> Voor bestuurders van een stichting geldt een wettelijke verplichting om de wijze van ontslag in de statuten op te nemen.<sup>107</sup> In de praktijk wordt in de statuten veelal bepaald dat de instantie/het orgaan dat bevoegd is tot benoeming, ook bevoegd is tot ontslag van de bestuurders.

### Ontslag/schorsing via enquêteprocedure

De enquêteprocedure<sup>108</sup> geldt in beginsel voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen, maar voor stichtingen en verenigingen enkel indien deze meer dan 50 werknemers hebben.<sup>109</sup> De Ondernemingskamer kan gedurende de gehele procedure op verzoek van de initiërende partij(en) een onmiddellijke voorziening treffen in verband met de toestand van de vennootschap of indien het belang van het onderzoek dit vereist.<sup>110</sup>

De enquêteprocedure vangt aan met het verzoek aan de Ondernemingskamer om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.<sup>111</sup> Bevoegd tot het doen van dit verzoek zijn de leden van de vereniging (of coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij) voor zover zij een bepaald aantal stemmen of leden vertegenwoordigen<sup>112</sup>, de aandeelhouders of certificaathouders van een NV/BV voor zover zij een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen<sup>113</sup>, de rechtspersoon zelf (dit kan ook namens de rechtspersoon worden gedaan door de raad van commissarissen of de niet-uitvoerende bestuurders)<sup>114</sup> en in geval van faillissement ook de curator.<sup>115</sup> Voorts kan het verzoek worden ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het ressortspakket om redenen van openbaar belang.<sup>116</sup>

De Ondernemingskamer kan het verzoek toewijzen indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken binnen de rechtspersoon te twijfelen; haar komt in dit verband een ruime afwegingsvrijheid toe.<sup>117</sup> Indien de Ondernemingskamer het verzoek toewijst, benoemt zij de met het onderzoek belaste personen (de onderzoekers). De onderzoekers zijn gerechtigd om relevante gegevens van de rechtspersoon te raadplegen. Voorts zijn de bestuurders gehouden om inlichtingen aan hen

---

<sup>105</sup> Zie art. 2:37 lid 2, 3 en 6 BW.

<sup>106</sup> Zie art. 2:53a BW.

<sup>107</sup> Zie art. 2:286 lid 4 onder c BW.

<sup>108</sup> Zie over de functies van de enquêteprocedure bijv. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, NJ 1997/671. Zie voor een algemene bespreking bijv. Assink e.a. 2013b, hoofdstuk 10 (p. 1569-1862).

<sup>109</sup> Zie art. 2:344 BW. In lid 2 wordt genoemd dat deze mogelijkheid bestaat voor stichtingen en verenigingen die verplicht zijn een ondernemingsraad in te stellen; ingevolge art. 2 WOR is dat het geval indien er ten minste 50 werknemers werkzaam zijn bij de stichting of vereniging.

<sup>110</sup> Vgl. art. 349a lid 2 BW.

<sup>111</sup> Zie art. 2:345 BW.

<sup>112</sup> Voor zover het gaat om (i) meer dan 300 leden, (ii) het aantal leden dat het verzoek indien ten minste 10% van het totale ledenaantal vertegenwoordigt, of (iii) leden die samen bevoegd zijn om ten minste 10% van de stemmen in de algemene vergadering uit te brengen (art 2:346 onder a BW).

<sup>113</sup> Bij een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen dienen de aandeelhouders ten minste 10% van het geplaatste kapitaal te vertegenwoordigen, of rechthebbende zijn van aandelen/certificaten met een waarde van ten minste € 225.000 (tenzij de statuten anders bepalen). Bij een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen ten minste 1% (zie art. 2:346 onder b en c BW).

<sup>114</sup> Art. 2:346 onder d en lid 2 BW

<sup>115</sup> Art. 2:346 lid 3 BW.

<sup>116</sup> Zie art. 2:345 lid 2 BW. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/747, omschrijven dit als meer algemene en zwaarwegende belangen, die het particuliere belang overstijgen.

<sup>117</sup> Art. 2:350 BW.

te verstrekken. Zoals eerder vermeld, kan de Ondernemingskamer een of meer bestuurders schorsen of ontslaan indien (uit het verslag) van wanbeleid is gebleken.

In 2011 heeft de Ondernemingskamer een onderzoek gelast naar zorginstelling Meavita, nu er volgens haar gegronde redenen waren om aan de juistheid van het beleid te twijfelen. Hierbij werd – onder meer – van belang geacht een fusie die had plaatsgehad, de administratieve organisatie en interne controle van de instelling, de interne besluitvorming en de beslissing om op grote schaal te investeren in een (gebleken) verliesgevend project, de voorbereiding op en invoering van nieuwe regelgeving, het functioneren van de raad van bestuur en de raad van commissarissen en toegekende salarisverhogingen en ontslagvergoedingen aan (voormalig) bestuurders en directeuren.<sup>118</sup>

#### Art. 2:298 BW: ontslag bestuurder stichting

Het OM en 'belanghebbenden' kunnen een verzoek instellen bij de civiele rechter tot ontslagverlening van de formele bestuurder van een stichting. Ontslag heeft, naast beëindiging van het huidige dienstverband met de rechtspersoon, tot gevolg dat de bestuurder gedurende vijf jaar niet als bestuurder van een stichting kan worden benoemd.<sup>119</sup> Als belanghebbende in de zin van art. 2:298 BW kunnen worden aangemerkt 'degenen die bij de uitkomst van de procedure een (te stellen en aan te tonen) eigen beschermenswaardig belang hebben, en degenen die (anderszins) zo nauw betrokken zijn of zijn geweest bij het onderwerp van de procedure dat dit reeds op zichzelf een belang meebrengt om in de procedure te verschijnen'.<sup>120</sup> Voor instellingen in de semipublieke sector kan bijvoorbeeld ook de Staat belanghebbende zijn, gelet op de herkomst van de financiering en de omstandigheid dat in (bepaalde) bestuurswetgeving geen grondslag voor ontslagverlening wordt geboden.<sup>121</sup>

#### 2.4.2 Schadevergoeding/verklaring voor recht

Indien tot aansprakelijkheid van een functionaris wordt geconcludeerd op basis van een van de genoemde aansprakelijkheidsgronden, dan is het uitgangspunt dat de eisende partij door de schadevergoeding zoveel mogelijk in de situatie dient te worden gebracht die zou hebben bestaan als de functionaris de in het geding zijnde normschending niet had begaan. De verplichting tot schadevergoeding wordt bestreken door de algemene regeling van afd. 6.1.10 BW. Het uitgangspunt is dat de schadevergoeding wordt voldaan in geld, maar de leidinggevende kan ook worden veroordeeld tot vergoeding van de schade in natura.<sup>122</sup> In beginsel dient de volledige schade te worden vergoed, tenzij anders volgt uit de grond voor aansprakelijkheid. In art. 2:138/248 BW is de aansprakelijkheid bijvoorbeeld beperkt tot het faillissementstekort<sup>123</sup>, en in art. 2:216 BW tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Naast het instellen van een vordering tot schadevergoeding kan ook een verklaring voor recht worden gevorderd, zuiver ter vaststelling van de aansprakelijkheid van de leidinggevende functionaris.<sup>124</sup>

---

<sup>118</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ6686, *JOR* 2011/29, m.nt. S.M. Bartman.

<sup>119</sup> Zie art. 2:298 BW.

<sup>120</sup> Zie HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, *NJ* 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer, onder verwijzing naar o.m. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer – dit betreft de zogenoemde twee kringenleer.

<sup>121</sup> Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002, r.o. 4.3, *JOR* 2008/3, m.nt. E. Schmieman, bekrachtigd door Hof 's-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.

<sup>122</sup> Art. 6:103 BW.

<sup>123</sup> Zie art. 2:138/248 lid 1 BW '...is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan...'

<sup>124</sup> Zie art. 3:302 BW.

### 2.4.3 Gebod/verbod

Gewezen zij ten slotte op de mogelijkheid tot het opleggen van een gebod of verbod aan de functionaris, teneinde toekomstig onrechtmatig handelen te voorkomen.<sup>125</sup> In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat voor een toewijzing van een zodanige vordering geen schuld (verwijtbaarheid) is vereist, en dat er daarom ook geen sprake hoeft te zijn van een (voldoende) ernstig persoonlijk verwijt (de bij verschillende aansprakelijkheidsgronden gehanteerde maatstaf).<sup>126</sup> Beslissend wordt geacht of de functionaris in staat is om het onrechtmatig handelen te voorkomen of tot een einde te brengen. Voor toewijzing is wel vereist dat er een concrete dreiging bestaat dat onrechtmatig zal worden gehandeld.<sup>127</sup>

Een voorbeeld uit de rechtspraak betreft de (enig) bestuurder die werd aangesproken wegens het plegen van merkinbreuken door een aantal vennootschappen. De Hoge Raad oordeelde dat de merkinbreuken mede onder zijn leiding, dat wil zeggen met zijn medeweten en goedkeuring, hadden plaatsgevonden. Nu hij persoonlijk onrechtmatig had gehandeld, en de vrees bestond dat hij in de toekomst weer onrechtmatig zou handelen, door verdere merkinbreuken te bevorderen of toe te laten, werd hij persoonlijk veroordeeld tot het staken en voorkomen hiervan.<sup>128</sup>

## 3. Strafrecht

### 3.1 Overzicht

Een functionaris kan in verschillende hoedanigheden strafrechtelijk worden aangesproken, waarbij met betrekking tot de onderhavige thematiek met name relevant zijn de figuren van plegen, medeplegen, functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven.<sup>129</sup> In dit verband is (anders dan in het ondernemingsrecht) de *feitelijke verhouding* beslissend (met uitzondering van een aantal kwaliteitsdelicten die enkel de formele bestuurder als normadressaat hebben). Wanneer de leidinggevende kan worden aangesproken, wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel; de strafrechtelijke aansprakelijkheid volgt uit overtreding van de in de delictsomschrijving omschreven verboden gedragingen, al dan niet in combinatie met de toepasselijkheid van algemene gronden voor daderschap, zoals feitelijk leidinggeven.<sup>130</sup> Naast de bijzondere delicten functioneert art. 51 Sr als bepaling voor strafbaarheid van leidinggevendens aan een feit begaan door een rechtspersoon in de zin van dat artikel. Uit de toepasselijke strafbepaling volgt ook, in combinatie met de algemene normering in wet en rechtspraak van de duur respectievelijk hoogte, welke sancties kunnen worden opgelegd.

Het OM komt de vrijheid toe te beslissen óf het tot vervolging overgaat, zo ja, ter zake van welk strafbaar feit, of het de rechtspersoon en/of de functionaris ter zake aanspreekt, en in welke hoedanigheid het de leidinggevende vervolgt (opportunitiebeginsel).<sup>131</sup> Volledigheidshalve zij erop gewezen dat het begrip 'rechtspersoon' in het strafrecht een ruimere betekenis heeft dan in het civielrecht, en ook

<sup>125</sup> Zie art. 3:296 BW in samenhang met art. 6:162 BW; zie hierover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153.

<sup>126</sup> Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/153; De Valk 2009, p. 194-195 en de conclusie bij HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8122 (afgedaan met art. 81 lid 1 RO); ECLI:NL:PHR:2012:BX8122. Zie HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6095, NJ 2002/464, m.nt. J.M.M. Maeijer, J.H. Spoor.

<sup>127</sup> Zie HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217, m.nt. T. Koopmans.

<sup>128</sup> Zie HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6095, NJ 2002/464, m.nt. J.M.M. Maeijer, J.H. Spoor. Zie hierover De Valk 2009, p. 194-195.

<sup>129</sup> Zie voor een kort (en toegankelijk) overzicht van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendens: Van Elst 1997; Sikkema 2010.

<sup>130</sup> Art 1 lid 1 Sr; zie bijv. De Hullu 2015, p. 85 e.v.; Kelk & De Jong 2013, p. 107 e.v.; Mevis 2009, p. 192 e.v. Zie bijv. ook Assink e.a. 2011 par. 45.

<sup>131</sup> Zie bijv. Mevis 2009, p. 406-407. Zie bijv. ook Assink e.a. 2011, par. 56, onder verwijzing naar HR 18 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7261 (conclusie A-G).

ziet op vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid.<sup>132</sup> Voorts zij in herinnering gebracht dat het onderhavige rapport niet is gericht op de aansprakelijkheid van de rechtspersoon.<sup>133</sup>

### 3.2 Welke functionarissen ('wie')?

#### 3.2.1 Inleiding

Strafrechtelijke aansprakelijkheid kan volgen uit verschillende vormen van betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarbij zij opgemerkt dat strafbare feiten in beginsel door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen worden begaan.<sup>134</sup> Naast de pleger (degene die zelf alle bestanddelen van een delictsomschrijving vervult) worden als deelnemers aan een strafbaar feit onderscheiden de doen pleger (degene die een straffeloze ander gebruikt als fysieke dader), de medepleger, de uitlokker<sup>135</sup> en de medeplichtige.<sup>136</sup> Als een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, onderscheidt art. 51 Sr de feitelijk leidinggever en de opdrachtgever.<sup>137</sup> In het kader van het begaan van het delict strekt de aansprakelijkheid zich naast de pleger in fysieke zin, voorts uit tot degene die als (functioneel) verantwoordelijke voor de gedraging, als *functionele* dader kan worden gekwalificeerd.<sup>138</sup>

Als uitgangspunt geldt dat delictsomschrijvingen tot iedereen zijn gericht, en dat in beginsel eenieder het strafbare feit kan begaan. Een uitzondering vormen de kwaliteitsdelicten, die zich alleen tot rechtssubjecten met een bepaalde hoedanigheid (kwaliteit) richten.<sup>139</sup> Zo ziet een aantal delictsomschrijvingen uit het commune strafrecht alleen op de *formele* bestuurder; alleen hij kan het betreffende delict in die kwaliteit plegen. Dit omvat onder andere delicten op het gebied van faillissementsfraude, ter zake waarvan een wetsvoorstel aanhangig is om de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling uit te breiden.<sup>140</sup> Voor een aantal kwaliteitsdelicten geldt dat personen die de kwaliteit niet bezitten, (in beginsel) wel kunnen *deelnemen* aan het feit, voor zover hun opzet ook op de kwaliteit van de pleger is gericht.<sup>141</sup>

Hierna zullen de voor dit rapport meest relevante figuren worden besproken waaruit de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een functionaris kan volgen. Aan de orde komen de pleger, (heel kort) de medepleger, de functionele dader, en de feitelijk leidinggever. Hier wordt niet ingegaan op de figuren van doen plegen<sup>142</sup>, uitlokken<sup>143</sup> en medeplichtigheid.<sup>144</sup>

---

<sup>132</sup> Zie art. 51 lid 3 Sr.

<sup>133</sup> Tenzij het een voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de leidinggevende functionaris vormt.

<sup>134</sup> Zie art. 51 lid 1 Sr. Dit kan anders zijn indien uit de aard van het delict volgt dat de rechtspersoon deze niet kan plegen.

<sup>135</sup> Zie art. 47 Sr.

<sup>136</sup> Zie art. 48 Sr. In verhouding tot medeplegen ziet medeplichtigheid op mindere betrokkenheid met het strafbare feit; voorts is samenwerking niet vereist (zie De Hullu 2015, p. 496-497). Alleen medeplichtigheid bij een misdrijf is strafbaar.

<sup>137</sup> Art. 51 lid 2 Sr. Er wordt verschillend gedacht over de vraag of feitelijk leidinggeven een deelnemingsvorm betreft of een aansprakelijkstelling suis generis; zie De Hullu 2015, p. 500 met verwijzingen; De Valk 2009, p. 424-426 met verwijzingen.

<sup>138</sup> Zie HR 23 februari 1954, NJ 1954/378, m.nt. Röling (*IJzerdraad*). Zie hierover De Hullu 2015, p. 159-167.

<sup>139</sup> Zie hierover kort bijv. De Hullu 2015, p. 76-77.

<sup>140</sup> Zie het Wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, *Kamerstukken II* 2013/14-2014/15, 33994, 1-9, dat is aangenomen door de Tweede Kamer.

<sup>141</sup> Opgemerkt zij dat dit niet geldt voor alle deelnemingsvormen.

<sup>142</sup> Omdat het in de verhouding tot andere deelnemingsvormen in beperkte mate een eigen functie lijkt te hebben, zie De Hullu 2015, p. 477.

<sup>143</sup> Omdat dit in verhouding tot de andere vormen van deelneming vooral van belang lijkt indien het gaat om het bewegen tot een strafbaar feit buiten een functioneel of organisatorisch verband, hetgeen bij de aansprakelijkheid van leidinggevendenden zelden het geval zal zijn. Vgl. De Hullu 2015, p. 487.

<sup>144</sup> Omdat het vooral van belang lijkt als minder ernstige vorm van deelneming en een zekere overlap met medeplegen lijkt te hebben. Zie De Hullu 2015, p. 498.

### 3.2.2 Dader/functionele dader<sup>145</sup>

Een leidinggevende functionaris kan in de eerste plaats strafrechtelijk worden aangesproken indien hij persoonlijk en in fysieke zin (als 'fysieke' pleger) de delictsgedraging verricht, en zelf alle bestanddelen van de delictsomschrijving vervult.<sup>146</sup> Hij kan voorts als *medepleger* worden aangesproken indien hij met een of meer anderen gezamenlijk de bestanddelen van de delictsomschrijving vervult. In dit verband is voor aansprakelijkheid vereist dat sprake is van een *bewuste en nauwe samenwerking* ter zake van het begane feit.<sup>147</sup> Omdat medeplegen niet alleen van belang kan zijn indien de functionaris zelf als medepleger kan worden aangemerkt, maar ook indien hij als functionele dader of feitelijk leidinggever van een door andere daders medegepleegd feit kan worden aangesproken, wordt onder 3.3 ('wanneer') meer uitgebreid ingegaan op de inhoud van de figuur van medeplegen.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid kan zich daarnaast uitstrekken tot de natuurlijke persoon die vanwege een bepaalde functionele macht verantwoordelijk kan worden gehouden voor de verboden gedraging: de functionele dader.<sup>148</sup> Voor de beoordeling wanneer een persoon als functioneel dader kan worden gekwalificeerd, is richtinggevend de overweging van de Hoge Raad uit het IJzerdraad-arrest, inhoudende dat de gedragingen van een ander (aldaar de werknemer van de verdachte) 'slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verdachte, indien verdachte erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verdacht werd aanvaard of placht te worden aanvaard'.<sup>149</sup> Hieruit zijn de zogenoemde ijzerdraadcriteria afgeleid, te weten (i) het kunnen *beschikken* over de verboden gedraging en (ii) het *aanvaarden* daarvan.<sup>150</sup>

Het beschikkingscriterium ziet op de mogelijkheid om de verboden gedraging te bewerkstelligen. Het gaat in dit verband om de *feitelijke* macht of het gezag; om het 'kunnen ingrijpen'.<sup>151</sup> Het aanvaardingscriterium bevat een meer subjectief element: het impliceert 'een zekere subjectieve instemming met het strafbare gedrag'.<sup>152</sup> Niettemin lijkt het tot op zekere hoogte geobjectiveerd te kunnen worden ingevuld: in het algemeen wordt aangenomen dat het sinds het arrest Drijfmest ook ziet op het niet betrachten van de in redelijkheid te vergen zorg ter voorkoming van de gedraging.<sup>153</sup> Uit de criteria voor functioneel daderschap volgt, dat, om een functionaris als functioneel dader aan te merken, niet noodzakelijk is dat hij een deel van de delictsomschrijving zelf heeft vervuld; het kan (en zal regelmatig) gaan om enkel nalaten om de gedraging te voorkomen of te beëindigen.<sup>154</sup>

---

<sup>145</sup> Zie voor een algemene bespreking van functioneel daderschap bijv. Gritter 2007; Gritter 2009; De Hullu 2015, p. 159-166; Kelk & De Jong 2013, p. 495-502; Knigge 1992; Wolswijk 2001.

<sup>146</sup> Zie bijv. kort Kelk & De Jong 2013, p. 449.

<sup>147</sup> Zie recent HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637. Zie daarvoor bijv. HR 3 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2932, r.o. 3.3, *NJ* 2008/344; HR 22 december 2009, r.o. 2.3, ECLI:NL:HR:2009:BK3356, *NJ* 2010/193, m.nt. P.A.M. Mevis. In het Wormerveerse brandstichting-arrest (HR 29 oktober 1934, *NJ* 1934, p. 173 e.v.) werd nog gesproken van een 'volledige en nauwe samenwerking', maar dat lijkt geen inhoudelijk verschil te behelzen in vergelijking tot het criterium van een 'nauwe samenwerking', zoals dat in recente rechtspraak terugkomt.

<sup>148</sup> Volledigheidshalve zij opgemerkt dat functioneel daderschap niet alleen ziet op plegen, maar ook op deelnemingsvormen. Zie bijv. De Hullu 2015, p. 159 e.v.

<sup>149</sup> HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378, m.nt. Röling (*IJzerdraad*).

<sup>150</sup> Opgemerkt zij dat een aantal auteurs de betekenis van de IJzerdraadcriteria in het verleden heeft gerelativeerd; zie voor een kort overzicht met verwijzingen De Valk 2009, p. 401-404. Uit HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.3, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*) lijkt echter wel te volgen dat de ijzerdraadcriteria de centrale criteria vormen.

<sup>151</sup> HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378, m.nt. Röling (*IJzerdraad*). De Hullu 2015, p. 162; Kelk & De Jong 2013, p. 499.

<sup>152</sup> Kelk & De Jong 2013, p. 499.

<sup>153</sup> Zie bijv. Gritter 2007; De Hullu 2015, p. 162; Kelk & De Jong 2013, p. 501; Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005.

<sup>154</sup> De Hullu 2015, p. 162.

### 3.2.3 Feitelijk leidinggever of opdrachtgever<sup>155</sup>

Een functionaris kan voorts langs strafrechtelijke weg worden aangesproken indien hij als *feitelijk leidinggever* (of opdrachtgever) van een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit kan worden aangemerkt: art. 51 Sr.<sup>156</sup> Voor aansprakelijkheid via deze figuur is noodzakelijk dat de rechter vaststelt dat een organisatie het betreffende strafbare feit heeft begaan.

Omdat feitelijk leidinggeven een ruimer begrip is dan opdracht geven, nu het ook ziet op passieve vormen van betrokkenheid en in die zin als ‘ondergrens’ voor aansprakelijkheid kan worden gezien, wordt verder de term ‘feitelijk leidinggever’ gehanteerd.<sup>157</sup> Voor de beoordeling in dit verband is de formele positie binnen de organisatie niet beslissend.<sup>158</sup> Zo kan een functionaris ook indien hij formeel geen zeggenschap heeft binnen een rechtspersoon als feitelijk leidinggever worden gekwalificeerd, terwijl de enkele hoedanigheid van formeel bestuurder onvoldoende is om hem als feitelijk leidinggever aan te merken. Beslissend is of er een ‘zekere macht, invloed en verantwoordelijkheid’ bestond ten aanzien van het door de rechtspersoon begane strafbare feit, maar dit hoeft zich niet uit te strekken tot de algemene gang van zaken binnen de rechtspersoon.<sup>159</sup>

Richtinggevend voor de beoordeling of een functionaris als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt, is de Tweede Slavenburg-beschikking, waarin de Hoge Raad overwoog: ‘Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn, indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen’.<sup>160</sup> Dat criterium is in daarna volgende jurisprudentie herhaald, laatstelijk in het arrest uit november 2011.<sup>161</sup> Uit het voorgaande volgt dat het erom gaat of de functionaris (i) op de hoogte was van de gedragingen waarmee een bepaling wordt overtreden, dan wel bewust de aanmerkelijke kans hierop heeft aanvaard en (ii) bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de gedraging te nemen.<sup>162</sup>

Vereiste (i) houdt kort gezegd in, dat de functionaris wetenschap in de zin van voorwaardelijk opzet ten aanzien van de gedraging of soortgelijke gedragingen moet hebben gehad.<sup>163</sup> Deze wetenschap hoeft niet te zien op de precieze feiten die ten laste zijn gelegd; voldoende is dat de functionaris bekend was met feiten die rechtstreeks verband hielden met het verweten strafbare feit.<sup>164</sup> Het opzet dient te zijn gericht op de

---

<sup>155</sup> Zie over feitelijk leidinggeven bijv. De Hullu 2015, p. 499-508; Kelk & De Jong 2013, p. 518-523; De Valk 2009; Wolswijk 2007.

<sup>156</sup> Art. 51 lid 2 Sr.

<sup>157</sup> Zie hierover ook Assink e.a. 2011, par. 48. Voorts maakt het onderscheid opdracht geven en feitelijk leidinggeven voor de kwalificatie van het bewezenverklaarde geen verschil.

<sup>158</sup> HR 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948, r.o. 5.1, *NJ* 1992/414, m.nt. A.C. 't Hart; De Hullu 2015, p. 503.

<sup>159</sup> Zie bijv. De Hullu 2015, p. 504.

<sup>160</sup> Zie HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607/AC908, r.o. 5.1.1, *NJ* 1987/321, 322, m.nt. A.C. 't Hart (*Slavenburg II*). Zie recent bijv. HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5551, *NJ* 2011/540.

<sup>161</sup> HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5551, *NJ* 2011/540.

<sup>162</sup> Zie HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607/AC908, r.o. 5.1.1, *NJ* 1987/321, 322, m.nt. A.C. 't Hart (*Slavenburg II*). Zie recent bijv. HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5551, *NJ* 2011/540.

<sup>163</sup> Zie De Valk 2009, p. 428 e.v.

<sup>164</sup> Zie HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607/AC908, r.o. 5.1.2, *NJ* 1987/321, 322, m.nt. A.C. 't Hart (*Slavenburg II*)

*kernbestanddelen* van het strafbare feit.<sup>165</sup> In de literatuur is wel opgemerkt dat voorwaardelijk opzet ook kan worden afgeleid uit het zich ‘min of meer onbewust en/of onbekwaam houden’, vooral indien ‘het gaat om overtreding van voorschriften die op de bedrijfsvoering van de rechtspersoon betrekking hebben, zoals voorschriften van fiscale en sociaaleconomische aard en milieuvoorschriften’.<sup>166</sup>

Ten aanzien van het tweede vereiste, het bevoegd en redelijkerwijs gehouden zijn tot het nemen van maatregelen, kan gewicht toekomen aan (in bijzondere wetgeving neergelegde) zorgplichten, bijvoorbeeld op het gebied van milieu. Voorts kan de structuur van en taakverdeling binnen de organisatie van belang zijn.<sup>167</sup>

Om een functionaris als feitelijk leidinggever te kunnen aanspreken, is vereist dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan.<sup>168</sup> Het ‘begaan’ van een strafbaar feit omvat ook de situatie waarin de rechtspersoon aan een strafbaar feit heeft deelgenomen. Niet is vereist dat de rechtspersoon wordt of kan worden vervolgd. Voor zover dit wel aan de orde is, bestaat de mogelijkheid om een strafvervolgning in te stellen tegen zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever.<sup>169</sup> Zoals aangegeven, dient het begrip ‘rechtspersoon’ in dit verband ruim te worden opgevat: het omvat alle in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen en de maatschap, VOF en CV.<sup>170</sup> Er is sprake van een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit indien de verboden gedraging in redelijkheid aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.<sup>171</sup> Bij deze beoordeling komt het aan op de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer de aard van de gedraging een rol kan spelen; een belangrijk oriëntatiepunt is voorts of de gedraging heeft plaatsgevonden of is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. In dit verband heeft de Hoge Raad overwogen:

‘Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet

---

<sup>165</sup> Zie HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9905, *NJ* 1988/44, m.nt. A.C. ‘t Hart, waar De Hullu 2015, p. 507 en De Valk 2009, p. 428 en 429 naar verwijzen. Zie ook Assink e.a. 2011, par. 50.

<sup>166</sup> Zie Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005, p. 540-541.

<sup>167</sup> Zie De Hullu 2015, p. 507; De Valk 2009, p. 433-436.

<sup>168</sup> Zie Assink e.a. 2011, par. 54.

<sup>169</sup> Zie HR 2 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC2373, *NJ* 1991/528, m.nt. A.C. ‘t Hart.

<sup>170</sup> Art. 51 lid 3 Sr.

<sup>171</sup> HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.3, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*), onder verwijzing naar HR 23 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1835, r.o. 7.2, *NJ* 1993/605, m.nt. A.C. ‘t Hart; HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB314, r.o. 4.4.3, *NJ* 2002/219.



betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op voorkoming van de gedraging'.<sup>172</sup>

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat publiekrechtelijke rechtspersonen (hoewel dit document daar niet in hoofdzaak op is gericht) een bijzondere positie innemen. Naar geldend recht genieten *lagere* publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijke immuniteit indien de gedragingen naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem niet anders dan door bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kunnen worden verricht.<sup>173</sup> Voor zover het openbaar lichaam immuniteit geniet, kan ook geen strafvervolgning worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien zij 'in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging' in de zin van art. 51 lid 2 sub 2 Sr.<sup>174</sup> De Staat geniet algemene immuniteit. Er is een (inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen) wetsvoorstel aanhangig waarmee voor zowel de Staat als decentrale overheden als nieuw uitgangspunt wordt gehanteerd dat zij strafrechtelijk kunnen worden aangesproken. Als nieuwe strafuitsluitingsgrond wordt voorgesteld dat niet 'strafbaar is de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen'.<sup>175</sup>

### 3.3 Onder welke omstandigheden ('wanneer')?

#### 3.3.1 Strafbepalingen

De grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vormt de overtreding van een strafbepaling. Enkel datgene wat expliciet is verboden, is strafbaar.<sup>176</sup> Beslissend zijn de delictsoomschrijvingen van strafbepalingen, neergelegd in het commune en bijzondere strafrecht<sup>177</sup>; de aansprakelijkheid is derhalve 'delictsafhankelijk'.<sup>178</sup>

In de delictsoomschrijving is omschreven aan welke objectieve en subjectieve vereisten (de bestanddelen) dient te zijn voldaan om de verdachte met succes aan te spreken.<sup>179</sup> Als kern van een strafbaar feit wordt wel de in de delictsoomschrijving nader en specifiek omschreven gedraging gezien (de objectieve zijde).<sup>180</sup> Niet in alle gevallen is een duidelijke fysieke gedraging omschreven; vooral bij bepalingen die een bepaald gevolg omschrijven, nalaten strafbaar stellen, en delicten die op een verboden toestand zien (bijvoorbeeld het aanwezig hebben van een bepaalde zaak) staat de gedraging minder op de

---

<sup>172</sup> HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.3, *NJ* 2006/328 m.nt. P.A.M. Mevis (*Driffmest*), onder verwijzing naar HR 23 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1835, r.o. 7.2, *NJ* 1993/605 m.nt. A.C. 't Hart; HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB314, r.o. 4.4.3, *NJ* 2002/219.

<sup>173</sup> HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, r.o. 5.7, *NJ* 1998/367, m.nt. J. de Hullu (*Pikmeer II*).

<sup>174</sup> HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, r.o. 6.4, *NJ* 1996, 513, m.nt. A.C. 't Hart (*Pikmeer I*).

<sup>175</sup> Zie *Kamerstukken II* 2006/07-2012/13, 30538, 1-16; *Kamerstukken I*, 2013/14-2015/16, 30538, A-E, en het voorgestelde art. 42 lid 2 Sr.

<sup>176</sup> Zie bijv. De Hullu 2015, p. 190-191.

<sup>177</sup> Naast het Wetboek van Strafrecht (het commune strafrecht), zij gewezen op bekende bijzondere wetten zoals de Wet Economische Delicten (WED), Wegenverkeerswet (WVW), de Wet Wapens en Munitie (WWM) en de Opiumwet; daarnaast is er nog een groot aantal meer specifieke wetten waar een beroep op kan worden gedaan. Naast wetgeving in formele zin kunnen ook in AMVB's (op basis van delegatie) strafbare feiten zijn opgenomen; voorts kunnen in verordeningen van lagere overheidslichamen overtredingen zijn neergelegd.

<sup>178</sup> Zie Assink e.a. 2011, par. 45.

<sup>179</sup> Bijv. De Hullu 2015, p. 69.

<sup>180</sup> De Hullu 2015, p. 153.

voorgond.<sup>181</sup> Primair bij delicten waarin een bepaald gevolg is opgenomen speelt het vereiste dat een causaal verband tussen de gedraging en het gevolg bestaat. Als criterium is in dit verband de redelijke toerekening aanvaard, welke beoordeling (net als in het civiele recht) een sterk normatief karakter heeft.

De 'subjectieve zijde' van een strafbaar feit omvat een zekere mate van schuld (verwijtbaarheid) van de dader als vereiste voor aansprakelijkheid.<sup>182</sup> Dit schuldbeginsel krijgt vooral uitwerking door opzet en schuld als (subjectieve) bestanddelen, welke in de regel alleen ten aanzien van misdrijven, en niet ten aanzien van overtredingen behoeven te worden bewezen.<sup>183</sup> Maar ook voor overtredingen geldt de ondergrens van 'geen straf zonder schuld' in de zin van 'geen verwijtbaarheid'. Wat betreft de notie van opzet wordt in het algemeen aangenomen dat dit ziet op alle bestanddelen die na dit vereiste in de delictomschrijving zijn opgenomen.<sup>184</sup> De kern van het opzetvereiste is het *willen* en *weten*.<sup>185</sup> De ondergrens van het opzetbegrip wordt gevormd door het voorwaardelijk opzet, hetgeen door de Hoge Raad is ingevuld als het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans.<sup>186</sup> Schuld als bestanddeel (culpa) behelst kort gezegd 'verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid'.<sup>187</sup> Het gaat erom dat de dader anders had kunnen (vermijdbaarheid) en behoren (verwijtbaarheid) te handelen.<sup>188</sup>

Naast het vereiste dat de bestanddelen uit de delictomschrijving zijn bewezen, worden als meer algemene voorwaarden voor aansprakelijkheid ('elementen') *wederrechtelijkheid* en *schuld* (voor zover deze geen bestanddelen vormen) onderscheiden.<sup>189</sup> Wederrechtelijkheid wordt in dit verband ook wel omschreven als 'strijd met het objectieve recht', hetgeen normaliter wordt geconcretiseerd door de inhoud van de delictomschrijvingen.<sup>190</sup>

Zijn de bestanddelen uit de delictomschrijving vervuld, dan heeft dit in beginsel strafrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg. De aansprakelijkheid valt evenwel weg indien de verdachte een beroep op een strafuitsluitingsgrond toekomt. Van oudsher wordt in dit verband een onderscheid gemaakt tussen rechtvaardigingsgronden, die zien op de wederrechtelijkheid, en schulduitsluitingsgronden, die zien op de verwijtbaarheid.<sup>191</sup>

---

<sup>181</sup> Zie in deze zin De Hullu 2015, p. 155.

<sup>182</sup> De Hullu 2015, p. 207.

<sup>183</sup> De Hullu 2015, p. 212.

<sup>184</sup> De Hullu 2015, p. 221.

<sup>185</sup> De Hullu 2015, p. 233 (die overigens pleit voor een omkering, en centraal plaatst het weten en willen).

<sup>186</sup> HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Y. Buruma (*HIV-I*).

<sup>187</sup> De Hullu 2015, p. 263-266.

<sup>188</sup> De Hullu 2015, p. 264.

<sup>189</sup> De Hullu 2015, p. 69.

<sup>190</sup> De Hullu 2015, p. 191 e.v.

<sup>191</sup> Als strafuitsluitingsgronden kunnen worden genoemd: (i) overmacht (art. 40 Sr), dat uiteenvalt in absolute overmacht (onmogelijkheid om anders te handelen), psychische overmacht (een toestand waarin de verdachte redelijkerwijs geen weerstand had kunnen of behoren te bieden aan de drang) en noodtoestand (bij conflicterende rechtsplichten de zwaarstwegende laten prevaleren) (zie hierover De Hullu 2015, p. 298 e.v.), (ii) noodweer (art. 41 lid 1 Sr), (iii) noodweerexces (art. 41 lid 2 Sr), (iv) handelen ter uitvoering wettelijk voorschrift (art. 42 Sr), (v) handelen ter uitvoering ambtelijk bevel (art. 43 Sr), ontoerekenbaarheid wegens een psychische stoornis (art. 39 Sr), (vi) ontbreken materiële wederrechtelijkheid en (vii) de afwezigheid van alle schuld (verontschuldgbare feitelijke dwaling, rechtsdwaling, onmacht en de situatie waarin de maximaal te vergen zorg is betracht) (zie HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 e.v.).

## Medeplegen<sup>192</sup>

Voor alle strafbepalingen geldt dat ook sprake is van een strafbaar feit indien twee of meer daders gezamenlijk de bestanddelen van de delictsomschrijving hebben vervuld. In dit verband kan met betrekking tot de aansprakelijkheid van de functionaris worden gedacht aan de mogelijkheid om hem ter zake van door twee of meer anderen 'medegepleegde feiten' op zijn beurt als functionele dader of feitelijk leidinggever aan te spreken.

Bij medeplegen is het centrale criterium een *bewuste en nauwe samenwerking* met betrekking tot het begane feit.<sup>193</sup> De vraag of de samenwerking zo nauw en bewust is geweest dat van medeplegen mag worden gesproken, vergt een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval.<sup>194</sup> De Hoge Raad heeft in dit verband in recente jurisprudentie enkele gezichtspunten geformuleerd.<sup>195</sup> In de eerste plaats is van belang dat de bewezenverklaarde bijdrage (intellectueel of materieel) van de verdachte aan het delict van voldoende gewicht dient te zijn.<sup>196</sup> Het onderscheid met medeplichtigheid is dat medeplichtigheid ziet op 'het bevorderen en/of vergemakkelijken van een door een ander begaan misdrijf'.<sup>197</sup> Voor zover het niet zozeer gaat om een gezamenlijke uitvoering, maar om gedragingen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht (bijv. het verstrekken van inlichtingen), maar de rechter toch meent dat sprake is van medeplegen, dient hij dit nauwkeurig te motiveren.<sup>198</sup> Bij de beoordeling kan de rechter onder meer betrekken 'de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip'.<sup>199</sup> Geen grote betekenis komt toe aan het zich niet distantiëren, nu om van medeplegen te kunnen spreken is vereist dat de verdachte een wezenlijke bijdrage heeft geleverd.<sup>200</sup> In regel zal de bijdrage van de medepleger bestaan uit een gezamenlijke uitvoering van het feit. Het kan evenwel ook gaan om gedragingen voor, tijdens en/of na het feit; dan dient wel bijzondere aandacht te worden besteed aan de vraag of de bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is geweest.<sup>201</sup>

Om een functionaris als medepleger aan te spreken, geldt daarnaast een aantal aanvullende (ter zake van alle deelnemingsvormen geldende) vereisten. In de eerste plaats is betrokkenheid pas strafbaar indien uiteindelijk een strafbaar feit is begaan (het accessoriteitsvereiste), waarbij zij opgemerkt dat een poging of voorbereiding ook als zodanig geldt. Ten tweede dient de deelnemer opzet te hebben gehad op de deelnemingshandeling en op het strafbare feit. Dit opzet op de deelnemingshandeling volgt bij medeplegen reeds uit de uitwerking van het begrip (bewuste en nauwe

---

<sup>192</sup> Zie over medeplegen in algemene zin bijv. Elzinga 2007, p. 163-181; De Hullu 2015, p. 451-472; Kelk & De Jong 2013, p. 462-477; Van Toorenburg 1998. Opgemerkt zij dat de Hoge Raad in december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3637) nieuwe uitgangspunten heeft geformuleerd met betrekking tot de figuur van medeplegen.

<sup>193</sup> Zie recent HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637. Zie daarvoor bijv. HR 3 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2932, r.o. 3.3, *NJ* 2008/344; HR 22 december 2009, r.o. 2.3, ECLI:NL:HR:2009:BK3356, *NJ* 2010/193, m.nt. P.A.M. Mevis. In het Wormerveerse brandstichting-arrest (HR 29 oktober 1934, *NJ* 1934, p. 173 e.v.) werd nog gesproken van een 'volledige en nauwe samenwerking', maar dat lijkt geen inhoudelijk verschil te behelzen in vergelijking tot een 'nauwe samenwerking', zoals dat in recente rechtspraak terugkomt.

<sup>194</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.1.

<sup>195</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637.

<sup>196</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.2.1.

<sup>197</sup> HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2629, *NJ* 2011/341, m.nt. T.M. Schalken.

<sup>198</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.2.2.

<sup>199</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.2.2.

<sup>200</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.2.2.

<sup>201</sup> HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3637, r.o. 3.2.3.

samenwerking).<sup>202</sup> Het vereiste van opzet op het begane strafbare feit geldt alleen bij misdrijven, en is meer complex.<sup>203</sup> In de kern gaat het erom dat de medepleger opzet heeft op de bestanddelen van de delictsomschrijving waar het opzet van de pleger ook op dient te zijn gericht.<sup>204</sup> Het is evenwel de vraag hoe dit vereiste dient te worden opgevat indien hetgeen feitelijk heeft plaatsgevonden, afwijkt van waar het opzet van de deelnemer op was gericht. Voor het geval waarin dit opzet enigszins uiteenloopt, is er in de literatuur wel op gewezen dat dit kan worden ondervangen door een ruime uitleg van voorwaardelijk opzet, en door ten aanzien van de deelnemer met een 'globaal opzet' te volstaan.<sup>205</sup> Het wezenlijk uiteenlopen van het opzet (indien het opzet van de deelnemer op een geheel ander delict is gericht) zal er evenwel aan in de weg staan om de functionaris als deelnemer (medepleger) aan te merken; dan zal mogelijk wel sprake zijn van een poging tot deelneming.<sup>206</sup> Bij medeplegen (vergeleken met de andere deelnemingsvormen) geldt voorts dat in een zodanig geval geen bewuste samenwerking zal kunnen worden aangenomen.<sup>207</sup>

#### Art. 140 Sr: deelneming aan een criminele organisatie

Vanzelfsprekend kunnen op deze plaats niet alle mogelijke strafbepalingen aan de orde komen, maar met betrekking tot de onderhavige thematiek zij in het bijzonder gewezen op art. 140 Sr, dat een belangrijke en veelgebruikte grondslag vormt om te ageren tegen georganiseerde criminaliteit.<sup>208</sup> Deze bepaling ziet op deelneming aan een organisatie die het oogmerk heeft om misdrijven te plegen. Wat betreft het 'oogmerk' van de organisatie is van belang dat het plegen van misdrijven niet het primaire doel of de voornaamste bestaansgrond van de organisatie hoeft te zijn, terwijl de organisatie evenmin met dat doel in het leven hoeft te zijn geroepen.<sup>209</sup> Onder een 'organisatie' wordt in dit verband verstaan 'een samenwerkingsverband, met een zekere duurzaamheid en structuur, tussen de verdachte en ten minste één andere persoon.'<sup>210</sup> De Hoge Raad heeft in dit verband overwogen dat niet is 'vereist dat komt vast te staan dat hij bekend was met alle andere personen die deel uitmaken van de organisatie of dat de samenstelling van het samenwerkingsverband steeds dezelfde is'.<sup>211</sup> Van 'deelneming' aan de organisatie is sprake indien 'de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in dat artikel bedoelde oogmerk'.<sup>212</sup> De Hoge Raad eist in dit verband *onvoorwaardelijk* opzet: voldoende is 'dat de betrokkene in zijn algemeenheid weet (...) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven'.<sup>213</sup> Ook door een passieve houding (het nalaten om in te grijpen) kan worden deelgenomen aan een

---

<sup>202</sup> Zie De Hullu 2015, p. 443.

<sup>203</sup> Zie hierover bijv. Knigge 2003, p. 291-321; Postma 2014. Zie HR 20 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZK0235.

<sup>204</sup> Zie De Hullu 2015, p. 443; De Valk 2009, p. 417.

<sup>205</sup> Zie De Hullu 2015, p. 445 e.v.

<sup>206</sup> Art. 46a Sr; De Hullu 2015, p. 447.

<sup>207</sup> De Hullu 2015, p. 464.

<sup>208</sup> Zie over art. 140 Sr in algemene zin bijv. De Hullu 2015, p. 439-442; Kesteloo 2011; De Vries-Leemans 1995. Het hier weergegeven kader met betrekking tot art. 140 Sr geldt ook voor deelneming aan een terroristische organisatie (zie art. 140a Sr), met als verschil dat dan een oogmerk tot het plegen van terroristische misdrijven dient te worden bewezen. Voorts geldt een aanzienlijk hoger strafmaximum dan in het kader van art. 140 Sr.

<sup>209</sup> Zie HR 15 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6148, NJ 2010/357; HR 6 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:AB9524, NJ 1993/100.

<sup>210</sup> Zie HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5182, onder verwijzing naar HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7134, NJ 2008/72.

<sup>211</sup> Zie HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5182, onder verwijzing naar HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7134, NJ 2008/72.

<sup>212</sup> Zie bijv. HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264, onder verwijzing naar HR 29 januari 1992, DD 91.168 en 169.

<sup>213</sup> HR 8 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5651, NJ 2003/64.

organisatie in de zin van art. 140 Sr.<sup>214</sup> Van belang is voorts nog dat art. 140 lid 3 Sr een bijzondere strafverhogende omstandigheid bevat: voor oprichters, leiders of bestuurders kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

‘Beginselen van een goede procesorde’ kunnen eraan in de weg staan dat jegens degene die ter zake van art. 140 Sr is (of wordt) vervolgd, een tweede vervolging met betrekking tot reeds in de eerste vervolging ‘verwerkte’ strafbepalingen wordt ingesteld.<sup>215</sup> Hiervan is sprake bij omstandigheden waaruit een nauw ‘verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en een wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte’ blijkt.<sup>216</sup>

### 3.3.2 Typering van delicten

Er bestaat een zeer uiteenlopend scala aan strafbare feiten, die, zoals aangegeven, op deze plaats logischerwijs niet allemaal aan de orde kunnen komen. Hier worden daarom een aantal onderverdelingen (ontleend aan De Hullu) weergegeven, die kunnen bijdragen aan het overzicht in de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling.

Ten eerste kan een onderscheid worden gemaakt tussen *misdriften* en *overtredingen*, welk verschil is gelegen in de ernst van het feit, en welke kwalificatie enkele procesrechtelijke consequenties heeft, terwijl daarnaast de poging tot, voorbereiding en medeplichtigheid niet strafbaar zijn voor zover het om een overtreding gaat. Een tweede onderscheid is dat tussen krenkings- en gevaarzettingsdelicten, waarbij het eerste op daadwerkelijke (reeds geschiede) schending van een rechtsgoed ziet, en het tweede op de *bedreiging* van een rechtsgoed.<sup>217</sup> Een volgend onderscheid is dat tussen formele delicten, waarbij aansprakelijkheid uit een bepaalde handeling volgt, en materiële delicten, waarbij de aansprakelijkheid is gegrond op een bepaald gevolg.<sup>218</sup> Gewezen kan voorts worden op het eerder genoemde onderscheid tussen kwaliteits- en algemene delicten. Kwaliteitsdelicten zijn enkel gericht tot personen met een bepaalde kwaliteit, hetgeen geregeld voorkomt in bijzondere wetten waarin strafbepalingen bijvoorbeeld enkel zien op de vergunninghouder, eigenaar of ondernemer.<sup>219</sup> Zoals eerder aangegeven, heeft een aantal strafbepalingen in het commune strafrecht bijvoorbeeld enkel de formele bestuurder als normadressaat.<sup>220</sup>

Een bekende onderscheiding vormt voorts die tussen omissie- en commissiedelicten. Omissiedelicten omvatten een *gebod*, hetgeen betekent dat strafbaar is gesteld het nalaten om in overeenstemming met dit gebod te handelen. Commissiedelicten omvatten een *verbod*; strafbaar gesteld is dan het handelen waarmee dit verbod wordt overtreden. Men kan in dit verband ook *zorgplichtbepalingen* onderscheiden, waarin de verplichting is neergelegd om zorg te dragen voor het in de bepaling genoemde.<sup>221</sup>

Gewezen zij voorts op de figuur van gekwalificeerde delicten, waarbij het gegeven dat het delict onder bijzondere omstandigheden is gepleegd, een strafverzwaring met zich brengt.<sup>222</sup> Dit kan bijvoorbeeld gaan om het plegen van een delict in een bepaalde kwaliteit

<sup>214</sup> HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264. Zie in deze zin ook De Vries-Leemans 1995, p. 55.

<sup>215</sup> Zie HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, NJ 1997/209.

<sup>216</sup> Zie HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, NJ 1997/209.

<sup>217</sup> De Hullu 2015, p. 74-75.

<sup>218</sup> De Hullu 2015, p. 75-76.

<sup>219</sup> De Hullu 2015, p. 76-77.

<sup>220</sup> Zie o.m. art. 194, 336, 342, 343, 347 Sr. Zoals genoemd is thans het Wetsvoorstel Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, *Kamerstukken II 2013/14-2014/15*, 33994, 1-9 aanhangig, dat is aangenomen door de Tweede Kamer, waarmee wordt beoogd deze bepalingen te moderniseren en hun toepassingsbereik op enkele punten te verruimen.

<sup>221</sup> Zie Keupink 2011 (zie voor de definitie van zorgplichtbepalingen p. 91 e.v.).

<sup>222</sup> De Hullu 2015, p. 80-81.

of functie. Genoemd zij ten slotte het onderscheid tussen commune delicten en delicten in bijzondere wetgeving. Materieel lijkt hiertussen geen wezenlijk verschil te bestaan, maar bijzondere wetgeving heeft soms wel een andere systematiek dan het commune strafrecht. Bij wijze van voorbeeld zij gewezen op de WED, waar in art. 1 overtreding van de aldaar genoemde wettelijke normen als economisch delict wordt aangemerkt en deswege strafbaar wordt gesteld. De delictomschrijvingen en materiële normen dienen in de genoemde, bijzondere regelgeving te worden gezocht.<sup>223</sup> De WED kent ook een eigen sanctioneringssystematiek.

### 3.4 Welke sancties ('wat')?

#### 3.4.1 Hoofdstraffen: vrijheidsstraf, taakstraf, geldboete

De hoofdstraffen die wegens het begaan van een strafbaar feit kunnen worden opgelegd, zijn de vrijheidsstraf (hechtenis, gevangenisstraf), taakstraf (werkstraf, leerstraf) en de geldboete.<sup>224</sup> Welke sanctie kan worden opgelegd en de maximale duur respectievelijk de hoogte daarvan, volgt uit de strafbepaling. Ten aanzien van de geldboete loopt dit via boetecategorieën, waarbij alle delicten onder een bepaalde categorie zijn geschaard.<sup>225</sup> De drie hoogste boetecategorieën bestaan uit bedragen van € 20.250,- (vierde categorie), € 81.000,- (vijfde categorie) en € 810.000,- (zesde categorie). In vergelijking tot het bestuurlijk sanctierecht zijn de boetebedragen binnen het strafrecht meer genormeerd.

In algemene zin geldt dat ten aanzien van misdrijven waarvoor een vrijheidsstraf of geldboete, en overtredingen waarvoor een vrijheidsstraf kan worden opgelegd, in plaats daarvan tot oplegging van een taakstraf kan worden overgegaan.<sup>226</sup> De strafrechter kan ten hoogste 240 uur werkstraf en 240 uur leerstraf opleggen, welke sancties ook in combinatie kunnen worden opgelegd. Ook andere vormen van cumulatie zijn mogelijk. Zo kan een taakstraf (ten hoogste 240 uur) worden opgelegd naast een gevangenisstraf waarvan het onvoorwaardelijke gedeelte niet meer dan zes jaar bedraagt.<sup>227</sup> Indien een gevangenisstraf of hechtenis wordt opgelegd, kan de strafrechter ook een geldboete opleggen.<sup>228</sup>

Wat betreft de wijze waarop de sanctie wordt opgelegd zij opgemerkt dat de strafrechter (vanzelfsprekend) al deze hoofdstraffen kan gelasten. Via een strafbeschikking door (in beginsel) de Officier van Justitie (OVJ)<sup>229</sup>, welke mogelijkheid openstaat bij alle overtredingen en bij misdrijven waar niet meer dan zes jaar gevangenisstraf op is gesteld, kan – wat betreft de hoofdstraffen – alleen een geldboete, of een taakstraf van ten hoogste 180 uur worden opgelegd. Bij een transactie volgt geen strafrechtelijke veroordeling en kan in die zin geen hoofdstraf worden opgelegd, maar als voorwaarde ter voorkoming hiervan kan wel de verplichting worden opgenomen tot betaling van een geldsom tot maximaal de hoogte van de geldboete die voor dit feit kan worden opgelegd, en een 'taakstraf' voor ten hoogste 120 uur.<sup>230</sup>

---

<sup>223</sup> Art. 26, 33 en 34 WED buiten beschouwing latend.

<sup>224</sup> Zie art. 9 lid 1 Sr.

<sup>225</sup> Zie art. 23 Sr.

<sup>226</sup> Zie art. 9 lid 2 Sr.

<sup>227</sup> Zie art. 9 lid 4 Sr.

<sup>228</sup> Art. 9 lid 3 Sr.

<sup>229</sup> Gewezen zij ook op de mogelijkheid van een bestuurlijke strafbeschikking (art. 257ba Sv), waarbij een bestuursorgaan de bevoegdheid krijgt een strafrechtelijke boete op te leggen, en het college van procureurs-generaals richtlijnen vaststelt om de kwaliteit te waarborgen.

<sup>230</sup> Zie art. 74 lid 2 sub a Sr. Zie over het beleid van het OM: Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen (2015A001), *Stcr.* 25 februari 2015, nr. 4952.

### 3.4.2 Bijkomende straffen

Bijkomende straffen kunnen samen met hoofdstraffen en andere bijkomende sancties, of afzonderlijk worden opgelegd.<sup>231</sup> Opgemerkt zij dat op deze plaats enkel de bijkomende straffen (en maatregelen, zie hieronder) aan de orde komen die zien op sanctionering van de functionaris als *persoon*, en niet op sancties ten aanzien van eventueel aan hem toebehorende/bij het delict betrokken voorwerpen.<sup>232</sup>

#### Ontzetting recht uitoefenen beroep

Een eerste bijkomende straf vormt de ontzetting van het recht een bepaald beroep uit te oefenen.<sup>233</sup> De strafrechter kan deze sanctie opleggen voor zover de wet hier een grondslag voor biedt en het delict in de uitoefening van een beroep is begaan. Met betrekking tot het commune strafrecht bestaat deze, in recente wetgeving tot meer misdrijven uitgebreide<sup>234</sup> grondslag onder meer ter zake van faillissementsfraude en bedrog in gepubliceerde jaarstukken door de bestuurder, ernstige milieumisdrijven, verkoop van gevaarlijke waren en bepaalde vermogensdelicten (bijv. verduistering, heling en witwassen).<sup>235</sup> Bij een algemeen delict wordt het verbod voor ten minste twee en ten hoogste vijf jaar opgelegd.<sup>236</sup> Indien de functionaris is veroordeeld op grond van de WED geldt een ruimer regime: ter zake van al deze delicten kan hij worden ontzet van het recht een beroep uit te oefenen voor ten minste zes maanden en ten hoogste zes jaar.<sup>237</sup>

Een bekend voorbeeld vormt de Chemie-Pack zaak. Het OM had ontzegging gevorderd van het recht om het beroep uit te oefenen van leidinggevende van een onderneming waarbinnen gewerkt wordt met gevaarlijke stoffen, voor de duur van vijf jaar. De rechtbank besloot tot ontzegging voor twee jaar, en overwoog dat de functionaris er blijk van had gegeven 'onvoldoende kennis te hebben van milieuregels en onvoldoende inzicht te hebben in de gevaren die een dergelijke inrichting met zich meebrengt'.<sup>238</sup>

Een ander bekend voorbeeld is de cafébrand in Volendam, waarbij de rechtbank de exploitant voor de duur van twee jaar uit het recht ontzette om het beroep van horecaondernemer uit te oefenen.<sup>239</sup> De rechtbank overwoog in dit verband dat de exploitant 'in verschillende opzichten aanmerkelijk tekort geschoten' was in de 'bijzondere zorgplicht die hij als exploitant van een bar had'. Hierbij nam de rechtbank mede in aanmerking dat hij er 'ook ter terechtzitting onvoldoende blijk van heeft gegeven zich bewust te zijn van de verantwoordelijkheden die op een horecaondernemer rusten'.<sup>240</sup>

#### Openbaarmaking uitspraak

Een tweede bijkomende straf is de openbaarmaking van de uitspraak.<sup>241</sup> Onder openbaar maken wordt in dit verband verstaan het publiceren van de uitspraak, waaronder de persoonsgegevens van de veroordeelde, in bijv. een vakblad of (lokale) krant. De rechter kan slechts openbaarmaking gelasten indien hier een wettelijke grondslag voor bestaat. Dat is in algemene zin het geval ter zake van delicten waarbij het door het publiek in mensen,

---

<sup>231</sup> Zie art. 9 lid 1 sub b jo. lid 5 Sr.

<sup>232</sup> Zie art 9 lid 1 sub b onder 2 Sr (bijkomende straffen); art. 36b-36d, 36e lid 3 sub b Sr (maatregelen).

<sup>233</sup> Zie art. 28 lid 1 sub 5 jo. art. 31 lid 1 sub 2-4 Sr.

<sup>234</sup> Zie *Kamerstukken II* 2007/08-2009/10, 31386, 1-18; *Kamerstukken I* 2009/10, A-G.

<sup>235</sup> Zie bijv. art. 340-344 en 347 Sr jo. art. 349 lid 1 Sr, en art. 336 Sr jo. 339 lid 1 Sr

<sup>236</sup> Zie art. 31 Sr.

<sup>237</sup> Art. 7 onder a WED.

<sup>238</sup> Rb. Breda 21 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000.

<sup>239</sup> Rb. Haarlem 18 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI0129.

<sup>240</sup> Rb. Haarlem 18 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI0129, onder 6 (slot).

<sup>241</sup> Art. 9 lid 1 sub b onder 3 jo. art. 36 Sr.

vanwege de aard van hun beroep, gestelde vertrouwen wordt geschonden, zoals bij dood of lichamelijk letsel door schuld in de uitoefening van een ambt of een beroep<sup>242</sup>, bij bedrogdelicten<sup>243</sup>, bij benadeling van schuldeisers<sup>244</sup> en bij alle economische delicten in de zin van de WED. De kosten van openbaarmaking dienen door de veroordeelde te worden gedragen.

### 3.4.3 Maatregelen

Maatregelen zijn in vergelijking tot straffen, die primair een vergeldende functie dienen, meer gericht op preventie en herstel. Op deze plaats zij ten eerste gewezen op de mogelijkheid om, indien de functionaris bij rechterlijke uitspraak is veroordeeld voor een strafbaar feit, hem de verplichting op te leggen een geldsom te betalen aan de Staat 'ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel'.<sup>245</sup> De strafrechter kan deze sanctie opleggen op vordering van het OM, bij afzonderlijke rechterlijke beslissing. Hier nauw aan verwant is de mogelijkheid tot voldoening van een geldsom ter ontneming van het in deze zin vatbare voordeel bij wege van een aanwijzing in een strafbeschikking<sup>246</sup> of door middel van transactie.<sup>247</sup>

Een tweede maatregel vormt de verplichting tot betaling van een geldsom aan de Staat ten behoeve van het slachtoffer van het begane feit.<sup>248</sup> Voor oplegging van deze maatregel is vereist (i) dat de functionaris bij rechterlijke uitspraak is veroordeeld dan wel dat een strafbeschikking is uitgevaardigd en (ii) dat hij civielrechtelijk aansprakelijk is jegens het slachtoffer voor de door het feit ontstane schade. De strafrechter kan deze maatregel samen met andere straffen/maatregelen opleggen.<sup>249</sup> Voor zover het gaat om een overtreding of een misdrijf dat wordt bedreigd met een gevangenisstraf van niet meer dan zes jaar, kan de sanctie voorts worden opgelegd via een strafbeschikking.<sup>250</sup>

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om via een transactie de functionaris te verplichten de schade ten gevolge van het strafbare feit aan de Staat te vergoeden<sup>251</sup> en ter zake van begane overtredingen van de WED voordelen die in verband met de onderneming van overheidswege zijn/zouden worden toegekend, voor de duur van ten hoogste twee jaar te ontzeggen.<sup>252</sup>

Indien de strafrechter een voorwaardelijke straf oplegt (de wettelijke terminologie luidt dat de straf geheel of gedeeltelijk 'niet ten uitvoer zal worden gelegd'), kan als bijzondere voorwaarde worden gesteld dat de veroordeelde binnen de proeftijd, een deel daarvan of een door de rechter bepaalde termijn<sup>253</sup>, de door het strafbare feit veroorzaakte schade geheel of gedeeltelijk vergoedt.<sup>254</sup>

---

<sup>242</sup> Vgl. art. 309 Sr.

<sup>243</sup> Art. 339 Sr

<sup>244</sup> Art. 349 Sr.

<sup>245</sup> Art. 36e lid 1 Sr; art. 8 WED.

<sup>246</sup> Zie art. 257 lid 3 sub c Sv.

<sup>247</sup> Zie art. 74 lid 2 sub d Sr.

<sup>248</sup> Art. 36f Sr.

<sup>249</sup> Zie art. 36f lid 3 Sr.

<sup>250</sup> Zie art. 257a lid 2 sub d Sv.

<sup>251</sup> Zie art. 74 lid 2 sub e Sr.

<sup>252</sup> Zie art. 7 sub f WED.

<sup>253</sup> Ten hoogste gelijk aan de proeftijd.

<sup>254</sup> Zie art. 14a en art. 14c lid 2 sub 2 Sr.



### Voorlopige maatregelen

In geval van een vermoedelijke overtreding van de WED<sup>255</sup> kunnen in bepaalde gevallen maatregelen worden opgelegd voorafgaand aan het moment van aanvang van de behandeling tijdens de terechtzitting.<sup>256</sup> Indien (i) tegen de verdachte functionaris ‘ernstige bezwaren’ zijn gerezen en (ii) de door het vermoedelijk overtreden voorschrift beschermde belangen een onmiddellijk ingrijpen vereisen, kan de OvJ (door een kennisgeving)<sup>257</sup> of de rechter<sup>258</sup> de functionaris bevelen zich van bepaalde gedragingen te onthouden. In die situatie kan de strafrechter voorts de functionaris van bepaalde rechten ontzetten of hem bepaalde voordelen ontzeggen die hem in verband met zijn onderneming van overheidswege zijn of zouden worden toegekend.<sup>259</sup> Deze voorlopige maatregelen gelden in beginsel voor de duur van zes maanden, en gelden uiterlijk totdat het vonnis van de strafrechter onherroepelijk is geworden.<sup>260</sup> Voor zover de maatregel door de rechter wordt bevolen, kan deze maximaal een keer voor ten hoogste zes maanden worden verlengd.<sup>261</sup>

## **4. Bestuursrecht**

### *4.1 Overzicht*

Wat de systematiek betreft bestaan er aanzienlijke overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestuurlijk sanctierecht. Een verschil is evenwel dat binnen het bestuursrecht wordt aangevangen met het besluit van het bestuursorgaan tot sanctionering, waarna de bestuursrechter (eventueel) in hoofdzaak een controlerende en rechtsbeschermende rol vervult.

Bestuursrechtelijke sancties zijn in de literatuur wel omschreven als ‘door het publiekrecht voorziene, belastende maatregelen die de overheid jegens een burger kan aanwenden in verband met de overtreding van een verplichtende bestuursrechtelijke norm’.<sup>262</sup> Centraal in dit verband staan de begrippen overtreder en overtreding. Als overtreder kunnen, naast degene die de overtreding persoonlijk en in fysieke zin begaat, worden aangemerkt de medepleger, de functionele dader en de feitelijk leidinggever (of opdrachtgever), welke figuren afkomstig zijn uit het strafrecht. De wetgever heeft duidelijk gemaakt dat als uitgangspunt ook zo veel mogelijk wordt aangesloten bij de strafrechtelijke invulling van deze figuren.<sup>263</sup>

Ter zake van de omstandigheden waaronder de functionaris kan worden aangesproken, staat voorop dat om tot sanctionering te kunnen overgaan, een overtreding (een bij of krachtens de wet verboden gedraging) moet zijn begaan (en ten aanzien van herstelsancties dat hier een onmiddellijke dreiging toe dient te bestaan). Het bestuursorgaan komt alleen de bevoegdheid toe een sanctie op te leggen indien deze bevoegdheid hem bij of krachtens een wettelijk voorschrift is toegekend (zie art. 5:4 lid 1 Awb). Wat betreft de op te leggen sancties kan in algemene zin een onderscheid worden gemaakt tussen *herstelsancties*, waarvan de belangrijkste vormen de last onder bestuursdwang en onder dwangsom zijn, en *bestraffende sancties*, waarvan de belangrijkste

---

<sup>255</sup> Met uitzondering van overtreding van art. 6 lid 3 WED.

<sup>256</sup> Zie art. 28 en 29 WED.

<sup>257</sup> Zie art. 28 WED.

<sup>258</sup> Zie art. 29 lid 1 aanhef en onder d WED.

<sup>259</sup> Zie art. 29 lid 1 aanhef en onder c WED.

<sup>260</sup> Zie art. 28 en 29 lid 3 WED.

<sup>261</sup> Zie art. 29 lid 3 WED.

<sup>262</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 439.

<sup>263</sup> *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, 3, p. 6-7.*

vorm de bestuurlijke boete is.<sup>264</sup> Daarnaast kan de intrekking van een begunstigende beschikking als vorm van sanctionering worden onderscheiden: dit wordt in de meeste gevallen als een herstelsanctie gezien, maar kan onder sommige omstandigheden als een punitieve sanctie hebben te gelden. Opgemerkt zij dat hoofdstuk 5 van de Awb alleen een algemene regeling geeft voor de last onder bestuursdwang en dwangsom, en de bestuurlijke boete, maar niet voor de intrekking van een beschikking. Dit betekent dat de hierna beschreven algemene uitgangspunten hier niet onverkort voor gelden.

Of een sanctie als een herstel- of bestraffende sanctie heeft te gelden, is om meerdere redenen van belang. Op deze plaats zij er, vooruitlopend op de bespreking in paragraaf 4.4, op gewezen dat het bestuursorgaan bij bestraffende sancties in beginsel de vrijheid toekomt om af te wege van het al dan niet een sanctie gelast (opportuiniteitsbeginsel), terwijl het bij herstelsancties in geval van een overtreding in beginsel gehouden is om een sanctie op te leggen indien het daartoe bevoegd is (de beginselplicht tot handhaving).

De mogelijkheden tot bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering kunnen (deels) samenvallen, in welk verband begrenzingen bestaan wat betreft de sancties die kunnen worden opgelegd. Voor zover op de overtreding van een voorschrift zowel een strafrechtelijke sanctie als een bestuurlijke boete (bestraffende sanctie) is gesteld, geldt dat cumulatie tussen beide sancties in beginsel niet is toegestaan.<sup>265</sup> Indien het OM wegens dezelfde gedraging reeds een strafvervolging heeft ingesteld (en de terechtzitting bij de strafrechter is begonnen) of een strafbeschikking heeft uitgevaardigd, kan het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete opleggen.<sup>266</sup> Procedureel staat binnen de Awb de bevoegdheid van het OM voorop: indien de gedraging ook een strafbaar feit oplevert, dient het bestuursorgaan de gedraging in beginsel eerst aan de officier aan justitie voor te leggen, en kan het slechts een boete opleggen indien de OvJ mededeelt van strafvervolging af te zien, of binnen dertien weken geen reactie geeft.<sup>267</sup> In sommige sectoren bestaan in dit verband convenanten waarin werkafspraken tussen het OM en het bevoegde bestuursorgaan zijn neergelegd; dit is bijvoorbeeld het geval bij financiële toezichtwetgeving.<sup>268</sup>

Naast de hierboven weergegeven vormen van sanctionering bestaan voor leidinggevendenden van financiële instellingen twee meer specifieke sancties, te weten de mogelijkheid tot ontzetting uit het beroep door de AFM/DNB, en de mogelijkheid tot openbaarmaking van sanctiebesluiten op grond van de Wft. Nu deze vormen van sanctionering buiten de systematiek van het bestuurlijk sanctierecht vallen, zal hier kort afzonderlijk bij worden stilgestaan.

## 4.2 Welke functionarissen ('wie')?

### 4.2.1 Inleiding

Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid kan (net als de strafrechtelijke) uit verschillende vormen van betrokkenheid bij een overtreding volgen, waarbij zij opgemerkt dat in beginsel

---

<sup>264</sup> Vgl. de begripsomschrijving in art. 5:2 lid 1 Awb.

<sup>265</sup> Uit recente jurisprudentie volgt dat dit anders kan zijn indien de wetgever mogelijke samenloop onder ogen heeft gezien en deze niet heeft uitgesloten, beperkt of anderszins geregeld, bijvoorbeeld omdat de twee procedures een eigen doel dienen. Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen; HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

<sup>266</sup> Art. 5:44 lid 1 Awb.

<sup>267</sup> Art. 5:44 Awb.

<sup>268</sup> Zie bijv. het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, Stct. 15 januari 2009, nr. 9 (financiële toezichtwetgeving).

zowel natuurlijke personen als rechtspersonen een overtreding kunnen begaan.<sup>269</sup> Centraal staat het begrip ‘overtreder’, in welk verband de vanuit het strafrecht afkomstige figuren van plegen, medeplegen<sup>270</sup>, functioneel daderschap en feitelijk leidinggeven<sup>271</sup> kunnen worden onderscheiden. Als uitgangspunt geldt dat binnen het bestuursrecht zo veel mogelijk wordt aangesloten bij de strafrechtelijke invulling van deze vormen van daderschap, zowel ten aanzien van herstel- als ten aanzien van bestraffende sancties.<sup>272</sup> In de praktijk blijkt de bestuursrechtelijke invulling evenwel niet op alle punten overeen te komen met de strafrechtelijke. Op deze plaats wordt voor het grootste gedeelte verwezen naar de strafrechtelijke bespreking onder 3.2 (en het medeplegen onder 3.3), gelet op het genoemde uitgangspunt dat hier in bestuursrechtelijke verhoudingen zo veel mogelijk aansluiting bij wordt gezocht. In het onderstaande wordt enkel op een aantal punten een korte vergelijking tussen de straf- en bestuursrechtelijke invulling gemaakt.

Het bestuurlijk sanctierecht kent een aan het strafrecht verwante systematiek, waarin de te sanctioneren gedragingen zijn neergelegd in ‘delictsomschrijvingen’. Deze zijn, net als in het strafrecht, in beginsel tot eenieder gericht, maar hebben in sommige gevallen enkel de overtreder met een bepaalde kwaliteit als normadressaat (kwaliteitsovertredingen). Zo ziet de in de Wet milieubeheer neergelegde verplichting om zorg te dragen voor naleving van de vergunningsvoorschriften bijvoorbeeld op de ‘drijver’ van de inrichting.<sup>273</sup>

#### 4.2.2 Overtreder/functionele dader

Evenals in het strafrecht kan, indien aan alle overige vereisten is voldaan, in de eerste plaats aan degene die de verboden gedraging verricht (de overtreding persoonlijk en in fysieke zin begaat), een sanctie worden opgelegd. Daarnaast kan de functionaris, net als in het strafrecht, worden aangesproken indien hij als medepleger kan worden gekwalificeerd. Het is nog niet geheel duidelijk of en in hoeverre de bestuursrechtelijke invulling van deze figuur (wezenlijk) verschilt van de strafrechtelijke.<sup>274</sup> Volledigheidshalve zij opgemerkt dat medeplegen (evenals in het strafrecht) ook van betekenis kan zijn in de situatie waarin twee of meer anderen dan de functionaris een overtreding hebben ‘medegepleegd’. Omdat in dit verband vooral lijkt te moeten te worden aangesloten bij het strafrecht, wordt hier in het onderstaande bij de ‘wanneer-vraag’ niet nader bij stilgestaan.

Een voorbeeld van een situatie waarin de functionaris als medepleger werd aangemerkt, betrof een mesthandel die de Meststoffenwet had overtreden. De bestuurder van de BV werd (zonder een uitgebreide motivering) als medepleger aangemerkt, onder meer omdat zij de administratie van de betreffende activiteiten verrichtte.<sup>275</sup>

De bestuursrechtelijke aansprakelijkheid kan zich daarnaast uitstrekken tot de *functionele* overtreder.<sup>276</sup> Wat betreft het uitgangspunt dat aansluiting wordt gezocht bij de strafrechtelijke invulling van het functioneel daderschap, is in de literatuur in dit verband –

---

<sup>269</sup> Zie art. 5:1 lid 3 Awb. Dit geldt niet indien uit de aard van de norm volgt dat een rechtspersoon de overtreding niet kan begaan.

<sup>270</sup> Zie art. 5:1 lid 2 Awb.

<sup>271</sup> Zie art. 5:1 lid 3 Awb jo. art. 51 lid 2 Sr.

<sup>272</sup> Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, 3, p. 6-7. Zie kritisch over de ongedifferentieerde gelijkshakeling van het straf- en bestuursrecht bijv. Van Bekkum 2013.

<sup>273</sup> Zie art. 8.20 lid 1 Wm.

<sup>274</sup> Zie recent bijv. CBB 8 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:450, *NJB* 2015/110.

<sup>275</sup> Rb. Arnhem 28 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0911.

<sup>276</sup> Zie hierover bijv. Nuyten & Keupink 2014; Timmer & Kraaijeveld 2014.

op basis van een beperkt aantal bestuursrechtelijke uitspraken – naar voren gebracht dat dit in de praktijk ook wel lijkt te gebeuren, en dat de bestuursrechtelijke invulling materieel niet wezenlijk lijkt te verschillen van de strafrechtelijke.<sup>277</sup>

De eigenaar van een vaartuig werd aangesproken wegens het zonder vergunning in het oppervlaktewaterlichaam brengen van een ‘olieachtige substantie’, waarmee de Waterwet was overtreden. De oorzaak was gelegen in het zinken van het vaartuig, dat door derden was teweeggebracht. De Raad van State overwoog dat ‘de enkele omstandigheid het vaartuig aan de eigenaar toebehoorde’, onvoldoende was om de handelingen van de derden aan hem toe te rekenen. De eigenaar kon derhalve niet als overtreder worden aangemerkt.<sup>278</sup>

De exploitant van een (als zodanig aangemerkt) landbouwbedrijf had zijn loonwerker opdracht gegeven de mest op zijn grond uit te rijden, waarbij de loonwerker fysiek een overtreding van de Meststoffenwet (Msw) had gepleegd. Naar het oordeel van de rechtbank kon de overtreding aan de exploitant worden toegerekend. De fysieke handeling lag in de machtsfeer van de exploitant (het ging om zijn grond) en hij was tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem kon worden verwacht om de overtreding te voorkomen. Daarbij achtte de rechtbank van belang dat de exploitant geen specifieke instructies had gegeven om binnen de gebruiksnormen van de Msw te blijven; hij had niet enkel mogen afgaan op de expertise van de loonwerker zelf.<sup>279</sup>

#### 4.2.3 Feitelijke leidinggever

Wat betreft de uit het strafrecht afkomstige figuur van feitelijk leidinggeven is in de literatuur enerzijds opgemerkt dat in dit verband wel aansluiting lijkt te worden gezocht bij de strafrechtelijke invulling hiervan.<sup>280</sup> Anderzijds is naar aanleiding van een aantal boetebesluiten van de ACM, AFM en DNB waarbij functionarissen als feitelijk leidinggever werden aangesproken, wel opgemerkt dat niet altijd beslissend lijkt te zijn of de functionaris op de hoogte was of had moeten zijn van de overtreding.<sup>281</sup> Voorts is aangetekend dat de toets aan de eerder genoemde Slavenburg-criteria in veel uitspraken niet of beperkt wordt geëxpliciteerd of gemotiveerd, waardoor niet volledig kan worden beoordeeld of materieel eenzelfde benadering wordt gevolgd als in het strafrecht.<sup>282</sup> Ook is wel naar voren gebracht dat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie vaak wordt gesproken over ‘het toerekenen van overtredingen’, waarmee veeleer van een vorm van functioneel ouderschap in plaats van feitelijk leidinggeven lijkt te worden uitgegaan.<sup>283</sup>

Een bestuurder van een BV kon naar het oordeel van de rechtbank als feitelijk leidinggever worden aangemerkt wegens een overtreding van de Colportagewet door de BV. De rechtbank stemde in met het oordeel van de AFM dat het de bestuurder kon worden verweten dat hij, na een waarschuwing van de AFM, de ‘zaken op zijn beloop had gelaten’. De desbetreffende bestuurder onderscheidde zich volgens de rechtbank voldoende van andere beleidsbepalers, nu hij zelf was gewaarschuwd en toentertijd was belast met de ‘concern compliance’.<sup>284</sup>

De voorzitter van de Raad van Bestuur van een NV werd aangesproken ter zake van een overname, waarbij de Mededingingswet was geschonden wegens het handelen in strijd met de voorschriften van de voor de overname verleende vergunning. Hij kon als feitelijk leidinggever

---

<sup>277</sup> Nuyten & Keupink 2014.

<sup>278</sup> Zie ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463, AB 2013/181, m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>279</sup> Rb. Oost-Brabant 29 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:482.

<sup>280</sup> Nuyten & Keupink 2014.

<sup>281</sup> Zie Van Bekkum 2013.

<sup>282</sup> Nuyten & Keupink 2014.

<sup>283</sup> Nuyten & Keupink 2014.

<sup>284</sup> Rb. Rotterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221.

worden aangemerkt met betrekking tot het in strijd met de voorschriften tot stand brengen van twee personele unies en het in stand houden van één daarvan. De rechtbank achtte van belang dat hij wetenschap had van de personele unies, dat hij, gelet op zijn positie, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om zich tegen de desbetreffende gedragingen te verzetten, en dat de functionaris bovendien degene was geweest die de overtreding had 'gepersonifieerd'.<sup>285</sup>

#### 4.3 Onder welke omstandigheden ('wanneer')?

Om een functionaris een bestuurlijke sanctie op te leggen, dient in de eerste plaats in beginsel sprake te zijn van een begane overtreding (zoals vermeld kan dit bij de intrekking van een beschikking anders zijn). Herstelsancties kunnen in sommige gevallen evenwel ook preventief worden opgelegd.<sup>286</sup> Om een preventieve herstelsanctie te gelasten is vereist dat (i) een klaarblijkelijk gevaar voor overtreding bestaat (bijvoorbeeld omdat de voorschriften al eerder zijn overtreden<sup>287</sup>), (ii) de overtreding 'met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden', (iii) wordt gevreesd voor schending van een *concreet* voorschrift<sup>288</sup> en (iv) dat het bestuursorgaan de gevreesde overtreding voldoende duidelijk kan omschrijven.<sup>289</sup> Het bestuursorgaan kan (v) eerst tot oplegging overgaan indien het de betrokken belangen volledig kan overzien; het dient de sanctie zo kort mogelijk voor de overtreding op te leggen. In beginsel is niet beslissend of door de overtreding ernstige schade zal ontstaan.<sup>290</sup>

Een overtreding wordt gedefinieerd als een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.<sup>291</sup> Hieronder valt bijvoorbeeld ook een aan een vergunning verbonden voorschrift, voor zover de vergunning een wettelijke basis heeft.<sup>292</sup> De bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen bestaat slechts voor zover hier een wettelijke grondslag voor bestaat (het legaliteitsbeginsel).<sup>293</sup> Dit beginsel valt uiteen in twee elementen: ten eerste dient de gedraging die als overtreding heeft te gelden in strijd te zijn met hetgeen *voorafgaand* aan de gedraging bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald, waarbij zij opgemerkt dat in geval van verandering van de regelgeving de overtreding aanvangt met de inwerkingtreding van de nieuwe norm.<sup>294</sup> Daarnaast dient de bevoegdheid tot het opleggen van de sanctie bij of krachtens de wet aan het bestuursorgaan te zijn toegekend.<sup>295</sup> Hoofdstuk 5 van de Awb geeft (alleen) een regeling ten aanzien van de last onder bestuursdwang en –dwangsom, en de bestuurlijke boete, maar bevat niet de bevoegdheid om deze op te leggen. Voor de decentrale overheden is in organieke wetten een algemene bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang toegekend.<sup>296</sup>

Een bestuursorgaan kan geen bestuurlijke sanctie opleggen in het betrekkelijk uitzonderlijke geval dat voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat, in welk verband wordt aangesloten bij de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden.<sup>297</sup> In gevallen

<sup>285</sup> Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8528, OR 2013/16, m.nt. M. Custers.

<sup>286</sup> Art. 5:7 Awb.

<sup>287</sup> Zie bijv. ABRvS 21 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1758, JB 2010/140, m.nt. C.L.G.F.H. Albers; ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5928, AB 2011/226, m.nt. A.B. Blomberg.

<sup>288</sup> Zie bijv. ABRvS 25 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV0288, AB 2006/229, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

<sup>289</sup> Zie bijv. ABRvS 25 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV0288, AB 2006/229, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

<sup>290</sup> Zie bijv. ABRvS 7 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AD5810, AB 2002/177, m.nt. G.T.M.J. Jurgens.

<sup>291</sup> Zie art. 5:1 lid 1 Awb.

<sup>292</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 451.

<sup>293</sup> Zie ten aanzien van de last onder dwangsom bijv. art. 5.15 Wabo, art. 28a Arbeidsomstandighedenwet, art. 44 Drank- en Horecawet, art. 13b Opiumwet (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 462).

<sup>294</sup> Zie art. 5:4 Awb; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 452.

<sup>295</sup> Zie art. 5:4 lid 1 Awb (legaliteitsbeginsel).

<sup>296</sup> Zie art. 125 Gemeentewet, art. 122 Provinciewet en art. 61 Waterschapswet.

<sup>297</sup> Art. 5:5 Awb. *Kamerstukken II 2003/04*, 29702, 3, p. 87.

van cumulatie (meerdere mogelijke sancties ten aanzien van dezelfde overtreding) en samenloop (een gedraging die meerdere normen, met ieder een eigen sanctie, schendt) zij erop gewezen dat niet gelijktijdig meerdere herstelsancties kunnen worden opgelegd.<sup>298</sup> Cumulatie van een herstel- en bestraffende sanctie is wel telkens mogelijk. Ter zake van dezelfde overtreding kan hoogstens één bestuurlijke boete worden opgelegd.<sup>299</sup> Indien verschillende voorschriften zijn overtreden en de overtredingen als afzonderlijke handelingen kunnen worden beschouwd (meerdaadse samenloop), kan ter zake van elk van de overtredingen in beginsel een afzonderlijke sanctie worden opgelegd, maar deze mogelijkheid wordt wel begrensd door het evenredigheidsbeginsel.<sup>300</sup> Zoals eerder vermeld, is in de verhouding met het strafrecht cumulatie van een bestuurlijke boete (bestraffende sanctie) en een strafrechtelijke sanctie niet mogelijk.<sup>301</sup>

*Voorbeeld: Mededingingswet*

In art. 56 van de Mededingingswet (Mw) is bepaald dat de ACM ingeval van een overtreding van art. 6 lid 1 (verbod op mededingingsafspraken) of art. 24 lid 1 Mw (misbruik van economische machtspositie), bevoegd is om een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan de overtreder op te leggen. De bestuurlijke boete mag ten hoogste € 450.000,- bedragen, dan wel 10% van de omzet van de onderneming of de ondernemingsvereniging indien dit op een hoger bedrag uitkomt.<sup>302</sup> De overige bevoegdheden tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie zijn neergelegd in hoofdstuk 8 van de Mw, waarin telkens wordt benoemd ter zake van welke overtredingen, welke sanctie kan worden opgelegd.<sup>303</sup>

#### 4.4 Welke sancties ('wat')?

##### 4.4.1 Inleiding

Wat betreft de bestuurlijke sancties kan in hoofdlijnen een onderscheid worden gemaakt tussen herstelsancties (gericht op het feitelijke herstel van een rechtmatige toestand) en bestraffende sancties (waarmee wordt beoogd leed toe te voegen aan de overtreder).<sup>304</sup> De kwalificatie als herstel- respectievelijk bestraffende sanctie is van belang omdat dit verschillende vereisten met zich brengt: ten aanzien van een herstelsanctie dat herstel feitelijk mogelijk is, en ten aanzien van een bestraffende sanctie dat de overtreding verwijtbaar is.<sup>305</sup> Zoals eerder vermeld, is een verschil daarnaast dat het bestuursorgaan bij herstelsancties bij een geconstateerde overtreding in beginsel gehouden is tot sanctionering over te gaan indien het hiertoe bevoegd is (de beginselplicht tot handhaving). Daarnaast gelden ten aanzien van bestraffende sancties, voor zover deze een 'criminal charge' vormen, aanvullende waarborgen waar het bestuursorgaan op grond van het EVRM en het IVBPR aan dient te voldoen.<sup>306</sup> Een verschil is voorts dat de bestuursrechter herstelsancties marginaal toetst (kon het bestuur een dwangsom van deze hoogte redelijkerwijs opleggen), terwijl het bestraffende sancties volledig toetst (is het boetebedrag redelijk).

---

<sup>298</sup> Art. 5:6 Awb.

<sup>299</sup> Art. 5:43 Awb.

<sup>300</sup> Art. 5:8 Awb. Zie hierover kort Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 453-454.

<sup>301</sup> Zie art. 5:44 en art. 5:54 Awb.

<sup>302</sup> Zie art. 57 Mw.

<sup>303</sup> Zie art. 70a, 70b, 71, 73, 74 en 75 Mw.

<sup>304</sup> Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 447-451, die opmerken dat deze tweedeling niet geheel sluitend is.

<sup>305</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 449-450.

<sup>306</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 457-461 noemen onder meer (i) het openstaan van beroep bij een onafhankelijke rechter die de hoogte van de sanctie vol moet kunnen toetsen, (ii) openbaarheid rechterlijke uitspraak, (iii) vereiste van twee instanties, (iv) de mogelijkheid tot betrokkenheid van een advocaat, (v) redelijke termijn voor de procedure, (vi) de plicht tot het geven van cautie (wijzen op het recht op zwijgrecht) (vii) het legaliteitsbeginsel (nulla poena) en het verbod op ne bis in idem (viii) de onschuldpresumptie en het verwijtbaarheidsvereiste.

De meest belangrijke herstelsancties zijn de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom; de meest belangrijke bestraffende sanctie vormt de bestuurlijke boete. Dat zijn ook de enige vormen van sanctionering ten aanzien waarvan de Awb een algemene regeling geeft.<sup>307</sup> In het onderstaande komen eerst deze drie sancties aan de orde, en wordt vervolgens de intrekking van een beschikking als vorm van sanctionering besproken.

#### 4.4.2 Last onder bestuursdwang<sup>308</sup>

De last onder bestuursdwang behelst de bevoegdheid van het bestuursorgaan om, indien de omschreven herstelmaatregelen niet (tijdig) worden uitgevoerd, de last zelf door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen.<sup>309</sup> Zoals aangegeven, dient de bevoegdheid te worden ontleend aan een wettelijke bepaling.<sup>310</sup> Bij een overtreding geldt als uitgangspunt dat het bestuursorgaan gebruik moet maken van de toegekende bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang (of dwangsom), tenzij er zicht op legalisatie bestaat of indien handhavend optreden onevenredig zou zijn (de beginselplicht tot handhaving).<sup>311</sup> Indien het bestuursorgaan een bepaald beleid voert dat redelijk te achten is, bijvoorbeeld het in bepaalde gevallen eerst waarschuwen van de overtreder, dient het zich hier bij de uitvoering in beginsel wel aan te houden.<sup>312</sup>

De last dient te zijn gericht op ongedaanmaking van de overtreding en dient een omschrijving te bevatten van de herstelmaatregelen die moeten worden genomen. Dit kan zowel bestaan uit de plicht iets te beëindigen of te verwijderen, als uit de plicht een bepaalde handeling te verrichten.<sup>313</sup> In beginsel dient in de bestuursdwangbeschikking een redelijke termijn te worden gegund voor het nemen van de voorgeschreven maatregelen (de begunstigingstermijn), maar in spoedeisende gevallen kan de begunstigingstermijn achterwege blijven.<sup>314</sup> In zeer spoedeisende gevallen, waarin het opstellen van een besluit niet kan worden afgewacht, kan zonder een beschikking bestuursdwang worden toegepast.<sup>315</sup>

Het bestuursdwangbesluit dient te zijn gericht tot een persoon die het in zijn macht heeft om de vereiste maatregelen te nemen; dit hoeft niet de overtreder te zijn.<sup>316</sup> Wordt het gelaste handelen niet (tijdig) uitgevoerd, dan kan het bestuursorgaan de last op kosten van de overtreder (doen) uitvoeren, en zo zelf feitelijk herstel bewerkstelligen.<sup>317</sup> Ten behoeve van de tenuitvoerlegging van deze dwang, wordt een aantal aanvullende bevoegdheden toegekend aan het uitvoerende orgaan, zoals het zonder toestemming betreden van plaatsen en het meevoeren en opslaan van zaken.<sup>318</sup> De kosten van toepassing van de bestuursdwang kunnen niet op een ander dan de overtreder worden verhaald.

Een belanghebbende (in de zin van de Awb) kan het bestuursorgaan verzoeken een last onder bestuursdwang op te leggen. Indien de begunstigingstermijn is verstreken, en het

---

<sup>307</sup> Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 447-448

<sup>308</sup> Zie voor een bronnenoverzicht: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 489.

<sup>309</sup> Zie art. 5:21 Awb.

<sup>310</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 462.

<sup>311</sup> Zie bijv. ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683, AB 2011/307, m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7290, JB 2012/92; ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2533, AB 2013/154, m.nt. F.R. Vermeer. Zie hierover bijv. Van Setten 2004, p. 14 e.v.; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 442-444.

<sup>312</sup> ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6683, AB 2011/307, m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>313</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 462

<sup>314</sup> Zie art. 5:31 lid 1 Awb.

<sup>315</sup> Zie art. 5:31 lid 2 Awb.

<sup>316</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 463.

<sup>317</sup> Zie art. 5:25 Awb. Indien het bestuursorgaan voornemens is de kosten op de overtreder te verhalen, dient het dit in de bestuursdwangbeschikking te vermelden (lid 2).

<sup>318</sup> Zie art. 5:27-5:30 Awb.

bestuursorgaan geen actie heeft ingesteld, kunnen de aanvrager en degene die wordt benadeeld door de overtreding, het bestuursorgaan verzoeken om de bestuursdwang toe te passen.<sup>319</sup>

#### 4.4.3 Last onder dwangsom<sup>320</sup>

Het bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, heeft (in beginsel) de discretionaire bevoegdheid om in plaats daarvan een last onder dwangsom te gelasten.<sup>321</sup> De bevoegdheid tot het gelasten van een last onder dwangsom vormt een afgeleide van de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang. In enkele gevallen is in bijzondere wetgeving een exclusieve dwangsombevoegdheid toegekend (de 'zelfstandige' dwangsombevoegdheid).

De last onder dwangsom behelst de verplichting van de adressaat van de beschikking om een geldsom te voldoen indien de last niet (tijdig) wordt uitgevoerd.<sup>322</sup> Het bestuursorgaan kan niet voor een last onder dwangsom opteren indien 'het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet'.<sup>323</sup> Dit kan onder meer het geval zijn indien er een risico bestaat dat, ondanks de last onder dwangsom, de overtreding wordt voortgezet of herhaald, bijvoorbeeld in geval van ernstige milieuovertredingen.<sup>324</sup>

De last onder dwangsom kan (anders dan de last onder bestuursdwang) enkel worden opgelegd aan de *overtreder* die in staat is aan de last te voldoen.<sup>325</sup> Voorafgaand aan het opleggen van de last onder dwangsom zal de overtreder moeten worden gehoord.<sup>326</sup> Uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt voorts dat in het algemeen eerst een waarschuwing dient te worden gegeven alvorens het sanctiebesluit wordt genomen.<sup>327</sup> De last onder dwangsom ziet niet alleen op het ongedaan maken van de overtreding, maar kan ook zijn gericht op het voorkomen van verdere of herhaling van overtredingen.<sup>328</sup> De dwangsom kan op een bedrag ineens, op een bedrag per tijdseenheid, of op een bedrag per overtreding worden gesteld.<sup>329</sup> Indien het gaat om een 'positieve last', het ongedaan maken van een overtreding of voorkomen van verdere overtreding, dient de overtreder een bepaalde periode te worden geboden om aan de last te voldoen zonder dat de dwangsom wordt verbeurd. Dwangsommen worden van rechtswege verbeurd, maar invordering kan eerst plaatsvinden nadat het bestuursorgaan een invorderingsbeschikking heeft genomen.<sup>330</sup>

#### 4.4.4 Bestuurlijke boete<sup>331</sup>

De bestuurlijke boete vormt een 'bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom'.<sup>332</sup> Om deze sanctie te kunnen opleggen, is

---

<sup>319</sup> Art. 5:31a Awb.

<sup>320</sup> Zie voor een bronnenoverzicht: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 489-490.

<sup>321</sup> Art. 5:32 Awb.

<sup>322</sup> Zie art. 5:31d Awb.

<sup>323</sup> Zie art. 5:32 Awb.

<sup>324</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 23700, 5, p. 81 (Derde tranche Awb, NV).

<sup>325</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 470.

<sup>326</sup> Art. 4:8 Awb.

<sup>327</sup> Zie art. 3:4 Awb; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 472.

<sup>328</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 470.

<sup>329</sup> Art. 5:32b Awb.

<sup>330</sup> Zie art. 5:37 Awb jo. art. 4:112 jo. art. 4:117 Awb.

<sup>331</sup> Zie voor een bronnenoverzicht Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 490.

<sup>332</sup> Zie art. 5:40 lid 1 Awb.



vereist dat de overtreding aan de overtreder kan worden *verweten*.<sup>333</sup> Nu de verwijtbaarheid veelal geen deel uitmaakt van de delictsomschrijving, behoeft het bestuursorgaan deze niet te bewijzen. Het is aan de overtreder om zich op de afwezigheid van alle schuld te beroepen en deze aannemelijk te maken. Anders dan bij herstelsancties, geldt geen beginselplicht tot handhaving, maar wordt (gelijk aan het strafrecht) uitgegaan van een opportuniteitsbeginsel.<sup>334</sup> In sommige bijzondere wetten is evenwel een verplichting tot sanctionering neergelegd; voorts wordt de afweging van het bestuursorgaan om al dan niet een sanctie te gelasten wel genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Voor dezelfde overtreding kan niet twee maal een bestuurlijke boete worden opgelegd.<sup>335</sup> Voorts kan geen boete worden opgelegd indien de overtreder bericht heeft ontvangen dat dit niet zal plaatsvinden.<sup>336</sup> Een bestuurlijke bestraffende sanctie kan in beginsel niet cumuleren met strafrechtelijke sanctionering.<sup>337</sup> Uit art. 5:44 Awb volgt dat het bestuursorgaan niet bevoegd is een bestuurlijke boete op te leggen indien, ter zake van dezelfde gedraging, een strafvervolgning is ingesteld jegens de overtreder en de terechtzitting is begonnen, of de strafbeschikking is uitgevaardigd.<sup>338</sup> Indien de overtreding ook een strafbaar feit oplevert, is het bestuursorgaan voorts gehouden dit aan de OvJ voor te leggen, tenzij wettelijk is bepaald dat dit achterwege kan worden gelaten. In deze gevallen (behoudens een wettelijke uitzondering) kan enkel een bestuurlijke boete worden opgelegd indien de OvJ heeft medegedeeld van strafvervolgning af te zien, of niet binnen 13 weken een reactie heeft gegeven.<sup>339</sup>

Is de hoogte van de op te leggen boete wettelijk bepaald, dan hebben het bestuursorgaan en de rechter in beginsel niet de vrijheid om hiervan af te wijken. De boete kan evenwel worden gematigd indien de overtreder aantoonbaar dat de boete 'wegens bijzondere omstandigheden te hoog is' (hardheidsclausule).<sup>340</sup> Schrijft de wet niet exact voor hoe hoog de bestuurlijke boete moet zijn, dan dient het bestuursorgaan bij iedere concrete overtreding te beoordelen welk boetebedrag passend is, gelet op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.<sup>341</sup> De bestuursrechter toetst de hoogte van de boete in dat geval volledig aan het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb).

#### 4.4.5 Intrekken beschikking

Een andere mogelijkheid om een leidinggevende functionaris te sanctioneren, is het intrekken van een persoonsgebonden beschikking als reactie op een normovertreding door de functionaris. Zoals eerder vermeld, geeft de Awb geen algemene regeling voor de intrekking van een beschikking; dit brengt met zich dat de hiervoor weergegeven uitgangspunten over welke functionaris onder welke omstandigheden kan worden aangesproken, niet onverkort gelden.

---

<sup>333</sup> Art. 5:41 Awb.

<sup>334</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 444.

<sup>335</sup> Art. 5:43 Awb.

<sup>336</sup> Zie art. 5:50 lid 2 jo. art. 5:43 Awb. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 481.

<sup>337</sup> Uit recente jurisprudentie volgt dat dit anders kan zijn indien de wetgever mogelijke samenloop onder ogen heeft gezien en deze niet heeft uitgesloten, beperkt of anderszins geregeld, bijvoorbeeld omdat de twee procedures een eigen doel dienen. Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen; HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

<sup>338</sup> Art. 5:44 lid 1 Awb.

<sup>339</sup> Art. 5:44 Awb.

<sup>340</sup> Zie art. 5:46 lid 1 en 3 Awb; vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 480.

<sup>341</sup> Art. 5:46 lid 2 Awb.

Indien het bestuursorgaan een beschikking heeft verleend, kan het deze niet 'zomaar' intrekken. Om te beoordelen of het bestuursorgaan deze bevoegdheid toekomt, is in de eerste plaats de toepasselijke wettelijke regeling van belang. Gaat het om een volstrekt gebonden beschikking, dan kan de beschikking in beginsel alleen worden ingetrokken als de regeling dit toelaat.<sup>342</sup> Voorziet de regeling bij een gebonden beschikking niet in een mogelijkheid tot intrekking, dan is intrekking enkel mogelijk indien de oorspronkelijke beschikking op basis van onjuiste gegevens is verleend.

Voor vrije(re) beschikkingen geldt dat in de wettelijke regeling in sommige gevallen wel, en in sommige gevallen geen regeling wordt gegeven over de mogelijkheid tot intrekking.<sup>343</sup> Is dit wel het geval, dan dient uit de regeling te worden afgeleid wanneer tot intrekking kan worden overgegaan. Voorziet de wettelijke regeling niet in een bevoegdheid tot intrekking, of doet een van de niet-limitatief weergegeven intrekkingsoorzaken zich niet voor, dan wordt in het algemeen aangenomen dat een 'impliciete' intrekkingsoorzakelijkheid besloten ligt in de bevoegdheid tot het verlenen van de oorspronkelijke beschikking.<sup>344</sup> Deze impliciete bevoegdheid wordt wel begrensd en genormeerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>345</sup> Voor zover de intrekking in het voorliggende geval als een bestraffende sanctie kan worden aangemerkt (het mede tot doel heeft leed toe te voegen), volstaat een impliciete bevoegdheid niet. Voor intrekking als bestraffende sanctie is een expliciete wettelijke grondslag vereist.<sup>346</sup>

Een bijzondere grond voor intrekking vormt de mogelijkheid tot een 'Bibob-intrekking', die ter zake van meerdere wettelijke regelingen, en ter zake van alle vergunningen krachtens een autonome gemeentelijke verordening geldt. Als intrekkingsoorzaken gelden de situaties waarin het gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt om (i) uit strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of (ii) strafbare feiten te plegen.<sup>347</sup>

#### AFM/DNB: toetsing leidinggevenden en openbaarmaking boetebesluit uit hoofde van de Wft<sup>348</sup>

De toetsing door de AFM of de DNB, en de openbaarmaking van het sanctiebesluit uit hoofde van de Wft, valt niet binnen het hierboven weergegeven kader, nu het niet bestaat uit het opleggen van een bestuurlijke sanctie wegens een overtreding. Vanwege de afwijkende systematiek worden deze elementen op deze plaats als geheel kort besproken, en is niet de 'wie, wanneer, wat' structuur gevolgd.

In de Wet financieel toezicht (Wft) is bepaald dat het dagelijks beleid van financiële instellingen – o.a. verzekeraars, banken, financieel dienstverleners en pensioenfondsen – wordt bepaald door personen die hiervoor *geschikt* zijn en wier *betrouwbaarheid* buiten twijfel staat.<sup>349</sup> Ten aanzien van deze 'personen die het beleid van een financiële instelling bepalen of medebepalen' geldt dat de AFM of de DNB toetst of aan deze normen is voldaan bij een nieuwe vergunningsaanvraag of dat relevante feiten of omstandigheden een

<sup>342</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 475.

<sup>343</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 475.

<sup>344</sup> Zie hierover bijv. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 379, 475-476; zie ook bijv. CBB 29 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2965, AB 2009/395, m.nt. I Sewanandono.

<sup>345</sup> Zie bijv. CBB 29 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2965, AB 2009/395, m.nt. I Sewanandono.

<sup>346</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 476.

<sup>347</sup> Zie art. 6 Bibob; zie onder meer de Wabo en de Drank- en Horecawet.

<sup>348</sup> Zie hierover bijv. Roth & Roepnarain 2014 en 2015.

<sup>349</sup> Vgl. art. 3:9 en 4:10 Wft, nader uitgewerkt in het Besluit prudentiële regels Wft (DNB) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (AFM).

redelijke aanleiding voor hertoetsing vormen.<sup>350</sup> Komt de AFM/DNB tot een negatieve beoordeling, dan heeft dit tot gevolg dat de leidinggevende niet langer in die hoedanigheid actief mag zijn bij de desbetreffende instelling. Er is in dit verband geen termijn vastgelegd voor de duur van de 'ontzetting'. De bestuurder dient af te wachten tot een andere instelling hem voordraagt en de toezichthouder wel tot een positief oordeel komt.

Afsluitend zij erop gewezen dat indien de AFM/DNB een boetebesluit oplegt wegens een in art. 1:97 Wft genoemde overtreding, het besluit tot boeteoplegging in beginsel na bekendmaking openbaar dient te worden gemaakt.<sup>351</sup> Openbaarmaking dient evenwel geanonimiseerd plaats te vinden ter zake van een natuurlijk persoon, wanneer (i) bekendmaking van persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn, indien (ii) het betrokken partijen onevenredige schade zou berokkenen, (iii) het een lopend strafrechtelijk onderzoek zou ondermijnen, of (iv) het de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou brengen.<sup>352</sup> Voorts komt de voorzieningenrechter de bevoegdheid toe een publicatieverbod ter zake van boetebesluiten op te leggen.<sup>353</sup>

---

<sup>350</sup> Zie art. 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012 en art. 3:9 en 4:10 lid 2 Wft.

<sup>351</sup> NB: deze verplichting geldt sinds de wijziging van art. 1:97 Wft per augustus 2014. Zie art. 1:97 lid 1 Wft.

<sup>352</sup> Zie art. 1:97 lid 4 Wft.

<sup>353</sup> Zie art. 1:101 Wft.

## 5. Besluit

In het voorgaande is per rechtsgebied weergegeven welke functionarissen onder welke omstandigheden op welke wijze gesanctioneerd kunnen worden. Deze mogelijkheden staan niet voor eenieder en niet in alle gevallen open. Zo kunnen de civielrechtelijke mogelijkheden enkel worden ingeroepen door de partij wier belang in het geding is (bij de vordering tot schadevergoeding bijvoorbeeld degene die schade heeft geleden), respectievelijk de daartoe in de wet of de statuten aangewezen organisatie of personen. Binnen het strafrecht is initiëring door het OM vereist, en binnen het bestuursrecht kan enkel het bevoegde bestuursorgaan tot sanctionering overgaan.

Daarnaast zij in herinnering gebracht dat een bepaalde sanctieoplegging een andere mogelijkheid tot sanctionering kan frustreren, hetgeen primair speelt in het straf- en bestuursrecht. Zo kunnen niet meerdere bestuurlijke herstelsancties gelijktijdig worden opgelegd, is cumulatie van bestuurlijke boetes niet mogelijk, en is cumulatie van een bestuurlijke boete (en andere bestraffende bestuurlijke sancties) en een strafrechtelijke sanctie in beginsel evenmin toegestaan.

Staan er meer mogelijkheden tot sanctionering binnen verschillende rechtsgebieden open, dan is van belang om in overweging te nemen dat er – naast materieelrechtelijke – vanzelfsprekend ook procesrechtelijke verschillen tussen de rechtsgebieden bestaan. Zo worden bijvoorbeeld verschillende bewijsmaatstaven gehanteerd, en variëren de mogelijkheden tot het doen van onderzoek en het vergaren van gegevens. In het strafrecht bestaan er in dit verband velerlei en de meest vergaande bevoegdheden op het gebied van opsporing; in het bestuursrecht wordt de ‘opsporing’ aangeduid als toezicht door de toezichthouder (zie afdeling 5.2 van de Awb). Nu procesrechtelijke aspecten buiten het bestek van dit document vallen, maar vanzelfsprekend wel (mede) bepalend kunnen zijn voor de keuze voor een bepaalde sanctie, dient in dit verband voor de beslissing in een concrete zaak nader juridisch advies te worden ingewonnen.

## 6. Schematisch overzicht

<b>Civilrecht</b>				
<b>Welke functionarissen ('wie')</b>				
<b>Alle functionarissen</b>	Vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)			
<b>Formeel bestuurder</b>	Degene die conform statutaire en/of wettelijke vereisten is aangesteld, en lid is van het orgaan dat de wettelijke bestuurszaak uitoefent.			
<b>Beleidsbepaler</b>	Degene die: (i) de bestuurder opdrachten geeft welke door die bestuurder wordt opgevolgd (ii) (al dan niet met een officiële functie in de vennootschap) het beleid van de vennootschap bepaalt met feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur			
<b>Persoon in de zin van art. 2:151 (NV)/261 (BV) BW</b>	NV/BV Degene die bevoegdlijk 'daden van bestuur' verricht o.g.v. statutaire bepaling/besluit AV			
<b>Vennoot</b>	Degene die zich contractueel heeft verbonden tot samenwerking in de vorm van een maatschap, VOF of CV			
<b>Onder welke omstandigheden ('wanneer')</b>				
<b>Grondslagen voor aansprakelijkheid</b>				
<b>Externe aansprakelijkheid</b>				
Functionaris	Rechtsvorm	Wanneer/welke norm	Omvang aansprakelijkheid	Instantie, door welke partij in te roepen
Allen	Alle rechtsvormen	<b>Art. 6:162 BW</b> Maatstaf in jurisprudentie: persoonlijk ernstig verwijt. Vooral gevallen waarin organisatie (contractuele en wettelijke) verplichtingen jegens schuldeiser niet nakomt	Geleden schade	Civiele rechter, vordering benadeelde
Formeel bestuurder en beleidsbepaler (lid 7)	NV/BV, commerciële vereniging (2:50a BW) en stichting (2:300a BW)	<b>Art. 2:138 (NV)/248 (BV) BW</b> Faillissement, bestuur taak kennelijk onbehoorlijk vervuld (beoordeling ziet op drie jaren voorafgaand aan faillissement), aannemelijk dat onbehoorlijk bestuur belangrijke oorzaak faillissement is  Bestuur hoofdelijk verbonden, tenzij disculpatie (lid 3): (i) niet aan hem te wijten (ii) niet nalatig in treffen maatregelen	Faillissementstekort	Civiele rechter, vordering curator
Degenen die als bestuurder zijn opgetreden  Of: feitelijk handelende personen	Alle privaatrechtelijke rechtspersonen, m.u.v. vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid	<b>Art. 2:4 lid 4 BW</b> Ontbreken door notaris ondertekende akte, vereist voor totstandkoming. Vermogen gevormd t.b.v. niet bestaande rechtspersoon  Hoofdelijk aansprakelijk	Schulden die dan opeisbaar zijn geworden, of voortkomen uit dan verrichte rechtshandeling	Civiele rechter, vordering benadeelde
Formeel bestuurder	Vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid (statuten niet opgenomen in notariële akte)	<b>Art. 2:30 lid 2 BW</b> Naast vereniging hoofdelijk verbonden, tenzij niet geraadpleegd, of geweigerd	Schulden die dan opeisbaar zijn geworden, of anders: die voortkomen uit dan verrichte rechtshandeling	Civiele rechter, vordering benadeelde
Feitelijk handelende personen	NV/BV	<b>Art. 2:93 (NV)/203 lid 2 (BV) BW</b> Rechtshandelingen, verricht voordat NV/BV is opgericht, tot moment van bekrachtiging door rechtspersoon Indien bekrachtigd en NV/BV biedt geen verhaal: indien redelijkerwijs konden weten dat vennootschap geen verhaal zou bieden  Hoofdelijk aansprakelijk	Uit rechtshandeling voortvloeiende verplichtingen	Civiele rechter, vordering benadeelde

Functionaris	Rechtsvorm	Wanneer/welke norm	Omvang aansprakelijkheid	Instantie, door welke partij in te roepen
Formeel bestuurder Vereniging/stichting: bestuurder die verplichting aangaat NV/BV: bestuur als geheel	NV/BV/vereniging (art. 2:29 lid 2 BW)/stichting (art. 2:289 lid 2 BW)	<b>Art. 2:69 (NV)/180 (BV) BW</b> Niet voldaan aan voor oprichting vereiste inschrijvings- en deponeringsverplichtingen (BV, stichting en vereniging). NV: ook voor periode waarin niet is voldaan aan stortingsverplichtingen	Uit rechtshandeling voortvloeiende verplichtingen	Civiele rechter, vordering benadeelde
Formeel bestuurder	NV/BV, gefailleerde commerciële vereniging (art. 2:50a BW) en stichting (art. 300a BW).	<b>Art. 2:139 (NV)/249 (BV) BW</b> Openbaar maken jaarrekening die misleidende voorstelling toestand vennootschap geeft. Ook aansprakelijk voor misleidende tussentijdse cijfers	Geleden schade	Civiele rechter, vordering benadeelde
Vennoot	Maatschap	<b>Art. 7A:1680 BW</b> Verbonden voor gelijke delen schulden maatschap, tenzij anders overeengekomen met derde of indien tekortkoming in nakoming overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW)	Geleden schade	Civiele rechter, vordering benadeelde
Vennoot	VOF, CV	<b>Art. 18 WvK</b> Hoofdelijk aansprakelijk schulden vennootschap	Geleden schade	Civiele rechter, vordering benadeelde
Formeel bestuurder en beleidsbepaler (art. 5 sub b IW)	Rechtspersoon dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen	<b>Art. 36 IW</b> Niet voldoen 'zakelijke belastingen' door rechtspersoon Indien voldaan aan meldingsplicht: aansprakelijk in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur (lid 3)  Indien niet voldaan meldingsplicht rechtspersoon: vermoeden kennelijk onbehoorlijk bestuur, bestuurder toegelaten om vermoeden ontzenuwen indien hij aannemelijk maakt dat niet voldoen meldingsplicht niet aan zijn schuld is te wijten (lid 4)  Hoofdelijk aansprakelijk	Schulden genoemde belastingen, o.m. omzetbelasting en loonbelasting	Vordering Staat
		<b>Art 36a IW</b> Niet voldoen vennootschapsbelasting door rechtspersoon Hoofdelijk aansprakelijk  Disculpatie: (i) niet aan bestuurder te wijten (ii) indien hij niet wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat het lichaam de verschuldigde belasting niet zou kunnen voldoen (lid 2)	Verschuldigde vennootschapsbelasting	
		<b>Art. 23 Wet BPF</b> Niet voldoen bijdragen ter zake van deelneming bedrijfstakpensioenfondsen door rechtspersoon Hoofdelijk aansprakelijk	Verschuldigde bijdragen deelneming bedrijfstakpensioenfondsen	
Vennoot personenvennootschap/ formeel bestuurder rechtspersoon met beperkte rechtsbevoegdheid	Personenvennootschappen, rechtspersoon met beperkte rechtsbevoegdheid	<b>Art. 22 Wet BPF</b> Niet voldoen bijdragen ter zake van deelneming bedrijfstakpensioenfondsen  Vermoeden onbehoorlijk bestuur gelijk aan regeling art. 36 IW (zie lid 3 en 4 Wet BPF)  Hoofdelijk aansprakelijk	Verschuldigde bijdragen deelneming bedrijfstakpensioenfondsen	Bedrijfstakpensioenfondsen
		<b>Art. 33 IW</b> Niet voldoen rijksbelastingen door maat- of vennootschap Hoofdelijk aansprakelijk Disculpatie: niet aan functionaris te wijten (lid 4)	Schulden genoemde belastingen	Vordering Staat

Interne aansprakelijkheid				
Functionaris	Rechtsvorm	Wanneer/welke norm	Omvang aansprakelijkheid	Instantie, door welke partij in te roepen
Formeel bestuurder	Alle privaatrechtelijke rechtspersonen	<p><b>Art. 2:9 BW</b> Onbehoorlijke taakvervulling. Jurisprudentie: (voldoende) ernstig verwijt</p> <p>Indien i.s.m. tot bescherming van de rechtspersoon strekkende statutaire bepalingen gehandeld: in beginsel aansprakelijk</p> <p>Hoofdelijk verbonden, tenzij disculpatie: (i) geen ernstig verwijt (ii) niet nalatig in treffen maatregelen</p>	Geleden schade	<p>Civiele rechter, vordering rechtspersoon</p> <p>Curator kan ook een beroep doen op deze grondslag</p>
Formeel bestuurder en beleidsbepaler (lid 4)	BV	<p><b>Art. 2:216 BW</b> Goedkeuren winstuitkering indien het bestuur weet of redelijkerwijze behoort te voorzien dat vennootschap na uitkering schulden niet zal kunnen voldoen</p> <p>Hoofdelijk aansprakelijk, tenzij disculpatie (gelijk aan in art. 2:9 genoemde gronden)</p>	Tekort dat door uitkering is ontstaan	Civiele rechter, vordering rechtspersoon
Formeel bestuurder	NV	<p><b>Art. 2:95 BW (NV)</b> Indien vennootschap verbod overtreedt om eigen aandelen te nemen</p> <p>Hoofdelijk aansprakelijk</p>	Volstorting aandelen met de wettelijke rente	Civiele rechter
Ontzetting uit beroep (materiële norm)				
Functionaris	Wanneer/welke norm	Sanctie	Instantie, door welke partij in te roepen	
Formeel bestuurder	<p>In beginsel te allen tijde, tenzij (indien niet dwingendrechtelijk geregeld) statutair anders bepaald</p> <p>Art. 2:134 (NV)/244 (BV) lid 1 BW; art. 2:37 lid 6 (vereniging); art. 2:162 (NV)/272 (BV) BW (structuurvennootschap)</p>	Schorsing/ontslag	Bevoegd orgaan binnen rechtspersoon	
Formeel bestuurder	<p><b>Art. 2:355/356 BW (enquêterecht)</b> Na (uit het verslag) gebleken wanbeleid.</p>	Schorsing/ontslag (art. 2:356 sub b BW)	OK, op verzoek van partijen die bevoegd zijn tot instellen onderzoek (art. 2:346/347 BW + A-G)	
	<p><b>Art. 2:349a lid 2 en 3 BW (enquêterecht)</b> Onmiddellijke voorziening vereist i.v.m. toestand rechtspersoon of in het belang van het onderzoek (lid 2)</p> <p>Indien nog geen onderzoek gelast: indien naar het voorlopig oordeel van de OK gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen</p>	Onmiddellijke voorziening gedurende procedure	OK, op verzoek van partijen die bevoegd zijn tot instellen onderzoek (art. 2:346/347 BW + A-G)	
Formeel bestuurder stichting	<p><b>Art. 2:298 BW</b> Doen/nalaten i.s.m. wet/statuten, (financieel) wanbeheer, niet voldoen aan verzoek inlichtingen art. 2:297 BW</p>	Ontslag, bestuursverbod vijf jaar	Civiele rechter, op verzoek OM of andere belanghebbende	

## Sancties ('wat')

(i) Ontslag/schorsing door rechtspersoon

**Indien arbeidsovereenkomst:** integrale toetsing besluit aan inhoud overeenkomst (naast marginale toetsing)

**In overige gevallen:** marginale toetsing ontslagbesluit, art. 2:14/2:15 BW

Functionaris	Rechtsvorm	Procedure	Sanctie	Instantie, door welke partij in te roepen
Formeel bestuurder	NV/BV	<b>Art. 2:134</b> jo. art. 2:132 (NV)/ <b>244</b> jo. art. 242 (BV) BW	Ontslag/schorsing	Tot benoeming bevoegde persoon, in beginsel AV
Formeel bestuurder	NV/BV structuurvennootschap	<b>Art. 2:162</b> (NV)/ <b>272</b> (BV) BW	Ontslag	RvC, na horen algemene vergadering
Formeel bestuurder	NV/BV	<b>Art. 2:147</b> (NV)/ <b>257</b> (BV) BW	Schorsing	RvC, tenzij statutair anders bepaald
Formeel bestuurder	Vereniging. Zelfde regeling m.b.t. structuurcoöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij	<b>Art. 2:37 lid 2,3 en 6 BW</b>	Ontslag	In beginsel AV, tenzij statutair anders bepaald
Formeel bestuurder	Stichting	<b>Art. 2:286 lid 4 sub c BW</b> Wettelijke verplichting tot statutair bepalen wijze van ontslag	Ontslag	-

(ii) Enquêteprocedure /ontslag bestuurder stichting

Functionaris	Rechtsvorm	Procedure	Sanctie	Instantie, door welke partij in te roepen
Formeel bestuurder	Art. 2:344 BW: NV, BV, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij  Stichting en vereniging indien verplicht tot instellen OR (indien ten minste 50 werknemers, zie art. 2 lid 1 WOR)	(i) Verzoek tot instellen onderzoek, OK wijst dat toe indien er 'gegronde redenen' zijn om aan juistheid beleid rechtspersoon te twijfelen (ii) Indien (uit het verslag) van wanbeleid blijkt, kan OK voorziening opleggen	Schorsing/ontslag (art. 2:356 sub b BW)	Ondernemingskamer, op verzoek van partijen die bevoegd zijn tot instellen onderzoek (art. 2:346/347 BW + A-G)
		Verzoek indieners onmiddellijke voorziening	Onmiddellijke voorziening gedurende procedure, voor ten hoogste de duur van het geding	
Formeel bestuurder	Stichting	-	Bestuursverbod vijf jaar	Civiele rechter, op verzoek OM of andere belanghebbende (die bij de uitkomst van de procedure belang hebben, anderszins nauw betrokken zijn (geweest))
<b>Sanctie</b>	<b>Grondslag/wanneer</b>		<b>Instantie/door wie in te roepen</b>	
Schadevergoeding	<b>Art. 6:95 e.v. BW</b> Indien aansprakelijkheid gevestigd		Civiele rechter, vordering benadeelde	
Verklaring voor recht	<b>Art. 3:302 BW</b> Vaststellen aansprakelijkheid		Civiele rechter, vordering benadeelde	
Gebod/verbod	<b>Art. 3:296 BW</b> Geen schuld vereist		Civiele rechter, vordering benadeelde	



## Strafrecht

### Welke functionarissen ('wie')

<b>Dader</b>	<b>Art. 47 lid 1 sub 1 Sr</b> Pleger: degene die fysiek en persoonlijk alle bestanddelen uit de delictsomschrijving vervult Medepleger
<b>Functionele dader</b>	Degene die: (i) kan beschikken over de verboden gedraging (ii) deze heeft aanvaard
<b>Feitelijk leidinggever/opdrachtgever</b>	<b>Art. 51 lid 2 sub 2 Sr</b> - indien rechtspersoon strafbaar feit heeft begaan - degene die: (i) op de hoogte was van de gedragingen waarmee een bepaling wordt overtreden/bewust de aanmerkelijke kans hierop heeft aanvaard (ii) bevoegd en redelijkerwijs was gehouden maatregelen ter voorkoming/beëindiging gedraging te nemen
<b>Kwaliteitsdelicten</b>	Plegen alleen mogelijk door persoon in betreffende hoedanigheid

### Onder welke omstandigheden ('wanneer')

Overtreding strafbepaling: delictsomschrijving
Objectieve/subjectieve bestanddelen
Indien bestanddelen delictsomschrijving vervuld: in beginsel strafrechtelijk aansprakelijk Tenzij: strafuitsluitingsgrond
Kan ook gaan om een door anderen medegepleegd feit. Van medeplegen is sprake indien een persoon (rechtspersoon of natuurlijk persoon): (i) samen met een ander/anderen de bestanddelen van de delictsomschrijving vervult, waarbij (ii) er tussen hem en de ander(en) een nauwe en bewuste samenwerking bestond
In het bijzonder gewezen op <b>art. 140 Sr: deelneming aan criminele organisatie</b>

### Welke sanctie ('wat')

Sanctie	Wanneer	Inhoud sanctie	Langs welke weg op te leggen
<b>Hoofdstraffen</b>  Vrijheidsstraf, taakstraf, geldboete	Grondslag strafbepaling	Bepaald door inhoud strafbepaling  Taakstraf ten hoogste 240 uur werkstraf/leerstraf  Hoogte boete genormeerd door boetecategorieën	Strafrechter  Indien overtreding/misdrijf gevangenisstraf van niet meer dan zes jaar:  <b>Art. 257a lid 2 sub b Sv</b> Strafbeschikking Geldboete, taakstraf ten hoogste 180 uur  <b>Art 74 lid 2 Sr</b> Transactie - Betaling geldsom aan de Staat, ten hoogste bedrag maximale geldboete (sub a) - Het verrichten van onbetaalde arbeid of het volgen van een leerproject voor ten hoogste 120 uur (sub f)
<b>Ontzetten van recht uitoefenen beroep</b>	Indien delict in uitoefening beroep begaan  <b>Art. 28 lid 1 sub 5 jo. art. 31 lid 1 sub 2-4 Sr</b> Commuun delict: indien grondslag strafbepaling  <b>Art. 7 sub a WED</b> Alle overtredingen WED	<b>Art. 31 Sr</b> Ontzetting uit beroep  Bij levenslange gevangenisstraf: voor het leven  Overige gevallen: voor ten minste twee, ten hoogste vijf jaar  <b>Art. 7 sub a WED</b> Ontzetting uit beroep voor ten minste zes maanden, ten hoogste zes jaar	Strafrechter  Bijkomende straf (zie art. 9 sub b onder 1 Sr), kan afzonderlijk/samen met hoofdstraf worden opgelegd
<b>Openbaarmaking uitspraak</b>	<b>Art. 9 lid 1 sub b onder 3 jo. art. 36 Sr</b> Indien wet in mogelijkheid voorziet <b>Art. 7 WED:</b> alle overtredingen WED	Publiceren uitspraak in bijv. vakblad of (lokale) krant	Strafrechter  Bijkomende straf (zie art. 9 sub b onder 3 Sr), kan afzonderlijk/samen met hoofdstraf worden opgelegd

Sanctie	Wanneer	Inhoud sanctie	Langs welke weg op te leggen
<b>Ontnemen wederrechtelijk verkregen voordeel</b>	Bij rechterlijke uitspraak veroordeeld voor strafbaar feit	<b>Art. 36e lid 1 Sr/art. 8 WED</b> Betaling geldsom aan de Staat ter ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel  - Voordeel d.m.v. of uit baten feit waarvoor verdachte is veroordeeld - of andere strafbare feiten indien voldoende aanwijzingen dat deze zijn begaan - indien (i) veroordeeld voor misdrijf dat wordt bedreigd met geldboete van de vijfde categorie en (ii) aannemelijk is dat het betreffende misdrijf of een ander strafbaar feit ertoe hebben geleid da verdachte wederrechtelijk voordeel heeft verkregen : <u>vermoeden</u> uitgaven zes jaar voorafgaand aan plegen misdrijf/voorwerpen die in deze periode aan verdachte zijn gaan toebehoren wederrechtelijk verkregen voordeel omvatten	Op vordering OM door strafrechter, bij afzonderlijke rechterlijke beslissing
			Indien overtreding/misdrijf gevangenisstraf van niet meer dan zes jaar:  <b>Art. 257 lid 3 sub c Sv</b> Strafbeschikking, aanwijzing waaraan verdachte moet voldoen  <b>Art. 74 lid 2 sub d Sr</b> Transactie
<b>Schadevergoedingsmaatregel</b>	<b>Art. 36f Sr</b>  Indien: (i) bij rechterlijke uitspraak veroordeeld/strafbeschikking uitgevaardigd (lid 1)  en (ii) verdachte naar burgerlijk recht aansprakelijk is jegens slachtoffer voor de door het feit ontstane schade (lid 2)	<b>Art. 36f Sr</b> Betaling geldsom aan de Staat ten behoeve van slachtoffer	Door strafrechter Kan samen met andere straffen/maatregelen worden opgelegd (art. 36f lid 3 Sr)
			Indien overtreding/misdrijf gevangenisstraf van niet meer dan zes jaar:  <b>Art. 257a lid 2 sub d Sv</b> Strafbeschikking Kan samen met andere straffen/maatregelen worden opgelegd (art. 36f lid 3 Sr)
	-	<b>Art. 74 lid 2 sub e Sr</b> Gehele/gedeeltelijke vergoeding door strafbare feit veroorzaakte schade	Transactie
	Overtreding WED	<b>Art. 7 sub f WED</b> Ontzeggen voordelen die in verband met onderneming van overheidswege zijn/zouden worden toegekend, voor de duur van ten hoogste twee jaar	Strafrechter
<b>Bijzondere voorwaarde</b>	Bij rechterlijke uitspraak voorwaardelijke straf opgelegd (zie voor de gevallen waarin de rechter een voorwaardelijke straf kan opleggen/onder welke algemene voorwaarden dat gebeurt: <b>art. 14a en 14c lid 1 Sr</b> )	<b>Art. 14c lid 2 sub 2 Sr</b> Geheel/gedeeltelijk herstel van de door het strafbare feit geleden schade, te voldoen binnen (gedeelte van) proeftijd of door rechter te bepalen termijn	Strafrechter
<b>Voorlopige maatregelen</b>	(i) Ernstige bezwaren verdachte, (ii) door overtreden voorschrift beschermde belangen vereisen onmiddellijk ingrijpen	<b>Art. 28/29 WED</b>	
		- onthouden van bepaalde gedragingen	Kennisgeving OvJ (art. 28 WED)
		- van bepaalde rechten ontzetten - ontzeggen voordelen die in verband met onderneming van overheidswege zijn/zouden worden toegekend	Strafrechter. Mogelijkheid tot eenmalige verlenging van ten hoogste zes maanden

## Bestuursrecht

### Welke functionarissen ('wie')

<b>Overtreder</b>	<b>Art. 5:1 lid 2 Awb</b> Pleger (degene die fysiek en persoonlijk alle bestanddelen uit de delictomschrijving vervult) Medepleger
<b>Functionele dader</b>	Degene die: (i) kan beschikken over de verboden gedraging (ii) deze heeft aanvaard
<b>Feitelijke leidinggever/op drachtgever</b>	<b>Art. 5:1 lid 3 Awb jo art. 51 lid 2 Sr</b> - indien rechtspersoon overtreding heeft begaan - degene die: (i) op de hoogte was van de gedragingen waarmee een bepaling wordt overtreden/bewust de aanmerkelijke kans hierop heeft aanvaard (ii) bevoegd en redelijkerwijs was gehouden maatregelen ter voorkoming/beëindiging gedraging te nemen

### Onder welke omstandigheden ('wanneer')

<b>Wettelijke grondslag</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- als overtreding kwalificerende gedraging i.s.m. voorafgaand aan de gedraging bij/krachtens voorschrift bepaalde</li> <li>- bevoegdheid bij/krachtens wet aan bestuursorgaan toegekend</li> </ul>
Geen sanctie indien rechtvaardigingsgrond (betrekkelijk uitzonderlijk) (aansluiting bij strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden)	
Verschillende voorschriften overtreden, overtredingen als afzonderlijke handelingen te kwalificeren: t.a.v. elke overtreding afzonderlijke sanctie Geen cumulatie herstelsancties; ten hoogste één bestuurlijke boete voor dezelfde overtreding	

### Sancties ('wat')

Hoofddeling: (i) <b>herstelsancties</b> : gericht op feitelijk herstel rechtmatige toestand (ii) <b>bestraffende sancties</b> : gericht op leedtoevoeging		
Sanctie	Wanneer	Vereisten
<b>Last onder Bestuursdwang (herstelsanctie)</b>	<b>Art. 5:21 Awb</b>  Indien omschreven herstelmaatregelen niet (tijdig) uitgevoerd: bevoegdheid bestuursorgaan om last zelf door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen  → Beginselplicht tot handhaving	Overtreding / klaarblijkelijke dreiging gevaar overtreding
		Wettelijke grondslag
		Oplegging d.m.v. bestuursdwangbeschikking: <ul style="list-style-type: none"> <li>- i.b. redelijke termijn voor nemen maatregelen (omschreven last)</li> <li>- indien spoedeisend: zonder voorafgaande last (art. 5:31 lid 1 Awb); indien zeer spoedeisend: zonder besluit (art. 5:31 lid 2 Awb)</li> <li>- beschikking dient te zijn gericht tot persoon die het in zijn macht heeft vereiste maatregelen te nemen</li> </ul>
		Indien last niet (tijdig) uitgevoerd: bestuursorgaan kan last op kosten overtreder uitvoeren
		Belanghebbende kan verzoeken tot opleggen last, en na verstrijken begunstigingstermijn tot toepassing bestuursdwang (zie art. 5:31a Awb)
		Niet meer dan één herstelsanctie gelijktijdig

Sanctie	Wanneer	Vereisten
<b>Last onder dwangsom (herstelsanctie)</b>	Art. 5:32 Awb  Verplichting adressaat beschikking dwangsom te voldoen indien last niet (tijdig) uitgevoerd  → Beginselplicht tot handhaving	Overtreding / klaarblijkelijke dreiging gevaar overtreding
		Wettelijke grondslag bevoegdheid: afgeleide van bevoegdheid tot opleggen last onder bestuursdwang, in een enkel geval zelfstandige dwangsombevoegdheid
		Bestuursorgaan in beginsel vrij in keuze tussen last onder bestuursdwang/dwangsom, tenzij belang dat voorschrift beoogt te beschermen zich verzet tegen opleggen last onder dwangsom
		Kan enkel worden opgelegd aan <u>overtreder</u> die in staat is aan last te voldoen
		Dwangsom kan worden gesteld op bedrag ineens, bedrag per tijdseenheid of bedrag per overtreding Verbeuren dwangsom van rechtswege, voor inning invorderingsbeschikking vereist
		Niet meer dan één herstelsanctie gelijktijdig
<b>Bestuurlijke boete (bestraffende sanctie)</b>	<b>Art. 5:40 Awb</b> Onvoorwaardelijke verplichting voldoening geldsom  Indien exacte hoogte boete wettelijk bepaald: in beginsel geen vrijheid om af te wijken door bestuursorgaan/rechter, maar hardheidsclausule (art. 5:46 lid 3 Awb)  Indien exacte hoogte boete niet wettelijk bepaald: bestuursorgaan → afstemmen op ernst en verwijtbaarheid overtreding (art. 5:46 lid 2 Awb), volle toetsing rechter  → opportuniteitsbeginsel	Overtreding
		Wettelijke grondslag bevoegdheid
		Verwijtbaarheid (art. 5:41 Awb)
		Niet mogelijk meerdere boetes op te leggen voor dezelfde overtreding
		Geen boeteoplegging indien overtreder bericht heeft ontvangen dat geen boete zal worden opgelegd
		In beginsel geen cumulatie strafrechtelijke en bestaurende bestuurlijke sanctie mogelijk
<b>Intrekken beschikking</b>		In alle gevallen: algemene intrekingsbevoegdheid, 'ingelezen' in bevoegdheid tot verlenen beschikking, maar beperkt/genormeerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur
		In sommige gevallen specifieke wettelijke intrekingsbevoegdheid; dan afleiden uit regelgeving of dit een gebonden bevoegdheid is
<b>Bijzondere sancties financiële sector:</b>		
<b>Toetsing leidinggevendend financiële instellingen AFM/DNB</b>		
Geschiktheids- en betrouwbaarheidsbeoordeling (art. 3:9 en 4:10 Wft en daarop gebaseerde regelgeving) Indien negatief: leidinggevende mag niet langer in die hoedanigheid actief zijn bij desbetreffende instelling		
<b>Publicatie besluit tot opleggen bestuurlijke boete wegens in art. 1:97 Wft genoemde overtreding(en)</b>		

## 7. Literatuur

### Civilrecht

#### **Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009**

S. Maeijer, M. Nieuwe Weme & G. van Solinge, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II\*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Asser/ Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015.

#### **Assink e.a. 2011**

B.F. Assink e.a., *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

#### **Assink e.a. 2013a**

B.F. Assink e.a., *Compendium Ondernemingsrecht. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2013.

#### **Assink e.a. 2013b**

B.F. Assink e.a., *Compendium Ondernemingsrecht. Deel 2*, Deventer: Kluwer 2013.

#### **Beckman 2012**

H. Beckman, 'De uitkeringstoets', *OR* 2012/117, afl. 14, p. 632-636.

#### **Bier 2010**

B. Bier, 'Rondom de decharge', *TOP* 2010, afl. 8, p. 299-305.

#### **De Boer & Schennink 2014**

D.N. de Boer & A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector', *TOP* 2014, afl. 3, p. 25-29.

#### **Borrius 2013**

Y. Borrius, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de B.V.', *OR* 2013, afl. 12, p. 401-406.

#### **Cappelle 2013**

L.E. Cappelle, 'Interne aansprakelijkheid van one-tier board bestuurders bij uitkeringen', *V&O* 2013, afl. 7, p. 119-122.

#### **De Groot 2011**

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

**Van Gulik 2014**

L.L. van Gulik, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor het boedeltekort in de Faillissementswet', *V&O* 2014, afl. 7-8.

**Keizer 2015**

F.E. Keizer, 'Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen', *OR* 2015/30, afl. 5, p. 173-179.

**Lennarts 2012**

M.L. Lennarts, 'Het nieuwe art. 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico', *TvOB* 2012, afl. 6, p. 179-187.

**Neekilappillai 2014**

M. Neekilappillai, 'Naar een effectieve vormgeving van het civielrechtelijk bestuursverbod', *OR* 2014/84.

**Nicolai 2012**

J.L.A. Nicolai, 'Wijziging van art. 2:9 BW en de aansprakelijkheid van bestuurders', *BB* 2012/30, p. 105-106.

**Raaijmakers 2010**

J.H.P.M. Raaijmakers, *Fed Fiscale Brochure Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010.

**Schild & Timmerman 2014**

A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014/7011, p. 270-274

**Stolp 2013**

M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344, afl. 22, p. 1440-1447.

**Strik 2010**

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

**De Valk 2009**

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009.

**Verstijlen 2013**

F. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670.

### **Westenbroek 2014**

W.A. Westenbroek, 'De beleidsbepaler van art. 2:138/248 lid 7 onder de loep genomen', *OR* 2014/119, afl. 14, p. 601-609.

### **Wezeman 1998**

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

### **Zuidema & Witlox 2014**

M. Zuidema & C.A.M. Witlox, 'Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *V&O* 2014, afl. 10, p. 147-151.

## Strafrecht

### **Van Elst 1997**

R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi 1997.

### **Elzinga 2007**

H.E. Elzinga, 'Medeplegen', in J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 163-182.

### **Gritter 2007**

E. Gritter, 'Functioneel ouderschap', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-31.

### **Gritter 2009**

E. Gritter, 'Functioneel ouderschap: dogmatische inbedding en praktische uitwerking', in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2009, p. 13-27.

### **De Hullu 2015**

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015

### **Kelk & De Jong 2013**

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Kesteloo 2011**

A.N. Kesteloo, *Deelneming aan een criminele organisatie. Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in art. 140 Sr* (diss. Heerlen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

### **Keupink 2011**

B.J.V. Keupink, *Ouderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragingsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

**Knigge 1992**

G. Knigge, 'Doen en laten: enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992, p. 128-154.

**Knigge 2003**

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

**Mevis 2009**

P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

**Postma 2014**

A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen: een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

**Sikkema 2010**

E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland', in: P. Waeterinckx & E. Sikkema, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend - in de economische context (Preadvies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

**Van Toorenburg 1998**

M.M. van Toorenburg, *Medeplegen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

**Vellinga & Vellinga-Schootstra 2005**

W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, 'Eenheid in daderschap?', in: A.E. Hartevelde, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Knigge-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546.

**De Vries-Leemans**

M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Van Woensel 1993**

A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven: beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993.

**Wolswijk 2001**

H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en ijzerdraadcriteria', *DD* 2001, p. 1090-1097.

**Wolswijk 2007**

H.D. Wolswijk, 'Feitelijk leiding geven en opdracht geven', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 87-109.



## Bestuursrecht

### **Van Bekkum 2013**

J. van Bekkum, 'Risicoaansprakelijkheid leidinggevendenden voor bestuurlijke boetes – tijd voor debat', *Ondernemingsrecht* 2013/114, afl. 13, p. 579-586.

### **Van Leeuwen & Vermeer 2014**

K. van Leeuwen & F. Vermeer, 'De functionele dader voor en na de Vierde tranche', in: A.G. Bregman, H.E. Broring & K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening: opstellen aangeboden aan prof. mr. D.A. Lubach*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014.

### **Nuyten & Keupink 2014**

S.M.C. Nuyten & B.J.V. Keupink, 'Daderschap in recente bestuursrechtspraak', *DD* 2014/7, afl. 1, p. 49-77.

### **Roth & Roepnarain 2014**

G.P. Roth & J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *OR* 2014/95, afl. 10-11.

### **Roth & Roepnarain 2015**

G.P. Roth & J.S. Roepnarain, 'Bedenkingen bij het voorstel om bestuurders en commissarissen te kunnen schorsen bij de enkele twijfel aan hun geschiktheid', *OR* 2015/9, afl. 2, p. 59-64.

### **Van Setten 2004**

Y. van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb*, Deventer: Kluwer 2004.

### **Timmer & Kraaijeveld 2014**

M.C. Timmer & R.P.A. Kraaijeveld, 'Het beboeten van feitelijk leidinggevendenden door financieel-economische toezichthouders in perspectief', *OR* 2014/73, afl. 7.

### **Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014**

H.D. Van Wijk/W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

## **Bijlage 1 – Samenstelling van de begeleidingscommissie**

### **Voorzitter**

Prof. mr. F.G.H. Kristen, hoogleraar straf(proces)recht, Universiteit Utrecht

### **Leden**

Mr. dr. G. van Dijck, universitair hoofddocent privaatrecht, Universiteit van Tilburg

Mr. drs. B. Foederer, Ministerie van Veiligheid en Justitie

Mr. dr. J.B.J. van der Leij, wetenschappelijk medewerker WODC

Mr. dr. J.A.F. Peters, universitair hoofddocent bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen