

NIEUWE BESTUURSRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID ONDER VIERDE TRANCHE AWB

door: Ellen Timmer

Door nieuwe Nederlandse regelgeving per 1 augustus 2009 – de Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht - is het mogelijk dat bij overtredingen door rechtspersonen sancties worden opgelegd aan medeplegers, leidinggevend en opdrachtgevers tot het verboden feit. Medeplegen en leidinggeven zijn ruime begrippen, die zich ook kunnen uitstrekken tot bestuurders en toezichthouders bij rechtspersonen.

De Vierde Tranche is van belang voor het hele bestuursrecht. De consequenties zullen vooral worden gemerkt in het belastingrecht, mededingingsrecht en de financiële toezichtwetgeving (onder andere Wet op het financieel toezicht, Wet toezicht accountantsorganisaties, Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme).

De Vierde Tranche heeft grote gevolgen nu ondernemingen met vele soorten bestuursrecht te maken hebben en het nauwelijks mogelijk is om op de hoogte te zijn van alle wet- en regelgeving.

De ruime regelgeving inzake sancties gold al in het strafrecht, maar heeft daar een andere impact. Door middel van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht kunnen vanaf 1 augustus 2009 sancties worden opgelegd aan de 'medepleger', de 'feitelijk leidinggevende' en de 'opdrachtgever' van een verboden handeling.

EERST KOMT DE 'PLEGER' VAN DE OVERTREDING AAN DE BEURT

Hoofdgeregeld is dat een sanctie kan worden opgelegd aan de 'dader' van de overtreding. Ook rechtspersonen kunnen pleger van een overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften zijn. Voorbeeld: als een besloten vennootschap een foute aangifte vennootschapsbelasting indient, kan aan deze rechtspersoon een sanctie (bijvoorbeeld een boete) worden opgelegd.

Op grond van de nieuwe sanctieregels kunnen naast de pleger ook sancties worden opgelegd aan de medepleger, leidinggever en opdrachtgever.

MEDEPLEGER

Een medepleger is degene die met de pleger samen de verboden gedraging tot stand brengt. Een medepleger dient bewust mee te werken aan de verboden gedraging. Het begrip medeplegen is ook geïntroduceerd om personen die nooit pleger kunnen zijn, te kunnen sanctioneren. Voorbeeld: bij belastingovertredingen kan alleen de belastingplichtige/ aangifteplichtige de overtreding als dader plegen.

Als een persoon binnen de onderneming welbewust meewerkt aan handelingen waarvan hij weet dat deze een wetsovertreding opleveren, zal wel duidelijk zijn dat hij medepleger is. Maar er kunnen ook allerlei situaties zijn waarin minder duidelijk is of iemand medepleger is. In de rechtspraak is er nl. niet alleen opzet als iemand welbewust meewerkt aan een verboden handeling, maar is er ook opzet als betrokkene welbewust de mogelijkheid aanvaardt dat er een verboden handeling zal zijn. Een voorbeeld hiervan wordt in een cassatiezaak gegeven door een Advocaat-Generaal (AG) naar aanleiding van een fiscale strafzaak:

“In een onderneming moeten facturen worden opgemaakt ten behoeve van de klanten. Twee mensen zijn daarvoor verantwoordelijk en werken daarbij nauw samen. De gegevens ten behoeve van die facturen worden doelbewust onjuist verstrekt aan degene die facturen uitwerkt en vervolgens aflevert aan de klanten. De eerste heeft opzet op de valsheid van de facturen, de tweede niet, maar het verstrekken van valse facturen aan de klanten kan hem nog wel worden verweten omdat hij nalaat de gegevens te controleren, waartoe hij wel was gehouden.”

De AG meent dat de tweede persoon medepleger is. De interessante vraag is dan wel waarom de AG schrijft dat die tweede persoon gehouden zou zijn de gegevens te controleren. Moet een bestuurder de door de financiële afdeling opgestelde aangifte controleren? Moet een werknemer die bij de boekhouding werkt de gegevens die hij van zijn chef ontvangt controleren? Moet een belastingadviseur die gegevens van zijn cliënt ontvangt die gegevens controleren? Wanneer mag je afgaan op gegevens die je van een ander kreeg? Behoeven de ontvangen gegevens alleen te worden gecontroleerd als er aanwijzingen zijn dat de gegevens niet juist zijn?

In de parlementaire geschiedenis van de Vierde Tranche is opgemerkt dat in het bestuursrecht opzet en schuld bij de dader een veel minder grote rol spelen bij de vraag of een sanctie mag worden opgelegd. Als voorbeeld wordt genoemd het onvoorzichtig en gevaarlijk gebruiken van een machine (in strijd met de veiligheidswetgeving) door een aantal werknemers samen. Voldoende is dat een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering in het gevaarlijke gebruik hebben geresulteerd. De betrokken

werknemers plegen ieder een overtreding ook al verricht ieder van hen maar een deel van de fysieke handelingen die het gevaar veroorzaken.

Alle personen die betrokken zijn geweest bij iets wat (achteraf) een overtreding van wet- en regelgeving blijkt te zijn, kunnen als medepleger van de overtreding in beeld komen. Dat kunnen zowel personen zijn die bij de rechtspersoon die de overtreding pleegde werkzaam zijn als de adviseurs van de dader. Over medeplegen is veel strafrechtelijke rechtspraak, die ook in het bestuursrecht zal worden toegepast. Wel blijft natuurlijk de vraag of die rechtspraak zich wel leent voor toepassing in het bestuursrecht.

LEIDINGGEVENDE

Nieuw in het bestuursrecht is dat vanaf 1 augustus 2009 naast de rechtspersoon ook de leidinggevende een sanctie opgelegd kan krijgen. Opmerkelijk is dat deze sanctiemogelijkheid zich niet beperkt tot de statutair bestuurder. Er is gekozen voor een ruim begrip leidinggevend, dat onder omstandigheden ook toezichthouders en commissarissen kan omvatten. De betrokkene moet dan wel leiding hebben gegeven aan de verboden handeling. Vraag is of iemand als leidinggevende kan worden beboet terwijl hij geen 'medepleger' is in de hiervoor beschreven zin. (Medeplegers zullen vaak leidinggevend zijn.)

Over medeplegen is veel rechtspraak; die rechtspraak ontbreekt ten aanzien van leidinggevend. Is het voldoende dat de leidinggevende feitelijk leiding gaf inzake de verboden gedraging, of is ook vereist dat hij zich er van bewust was dat de gedraging verboden was? Vraag is ook waarom de leidinggevende apart wordt genoemd, als er voor de sanctionering aan de zelfde eisen moet worden voldaan als bij medeplegen. Is hier sprake van een vorm van risico-aansprakelijkheid? Er zijn nog meer onbeantwoorde vragen, zoals de vraag wanneer er leiding is gegeven aan de verboden gedraging (wanneer er voldoende verband is). Op al deze vragen is op dit moment geen antwoord.

OPDRACHTGEVER

Ook degene die opdracht heeft gegeven tot de verboden handeling kan vanaf 1 augustus 2009 een bestuursrechtelijke sanctie opgelegd krijgen. Uit de strafrechtelijke jurisprudentie over medeplegen blijkt dat een degene die het initiatief neemt tot een delict zonder het zelf uit te voeren al snel als medepleger kan worden aangemerkt. Welke betekenis heeft het dan nog dat de opdrachtgever een sanctie opgelegd kan krijgen? Hier is sprake van dezelfde onzekerheid als hiervoor vermeld ten aanzien van de leidinggevende.

DE PROEFKONIJNEN VAN DE VIERDE TRANCHE

Bestuursorganen als De Nederlandsche Bank (DNB), Autoriteit Financiële Markten, Mededingingswet, zullen met graagte gebruik gaan maken van de mogelijkheid om sancties op te leggen aan anderen dan de pleger van de overtreding. Zo heeft DNB al een keer geprobeerd om aan een leidinggevende een boete op te leggen. Dat besluit sneuvelde bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven omdat er destijds geen wettelijke grondslag was om leidinggevendenden van een overtreder (van de Wet toezicht kredietwezen 1992) een bestuurlijke boete op te leggen.

Het is te hopen dat de bestuursorganen zorgvuldig met hun nieuwe bevoegdheden omgaan en niet zullen gaan experimenteren met het opleggen van sancties aan personen die op een of andere manier bij een overtreding van wet- en regelgeving betrokken zijn.

Ellen Timmer
advocaat
www.pellicaan.nl

Dit artikel is ook gepubliceerd op
<http://www.mazars.nl/Startpagina/Nieuws/Nieuws/Nieuwe-bestuursrechtelijke-aansprakelijkheid>