

# Strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen bij zorgplichtbepalingen

dr. mr. B.J.V. Keupink\*

## 1. Inleiding

In een nieuw tijdschrift waarin de rechtsontwikkelingen en actualiteiten inzake de handhaving van financieel- en economisch straf- en bestuursrecht worden beschreven, mag de gecombineerde bespreking van zorgplichtbepalingen, daderschap en rechtspersonen niet ontbreken. Het actuele spanningsveld tussen deze drie termen is van betekenis voor de compliance van rechtspersonen en raakt daarmee aan de rechtspositie van ondernemingen. Eerst is van belang dat bij deze drie kernbegrippen wordt stilgestaan.

### Zorgplichtbepalingen

Zorgplichtbepalingen zijn in opkomst.<sup>1</sup> Zorgplichtbepalingen worden gekenmerkt door een zekere mate van vaagheid. Het legaliteitsbeginsel is een ten aanzien van zorgplichtbepalingen meermaals gesignaleerde verworvenheid van de democratische rechtstaat die in de weg zou moeten staan aan het gebruik van zorgplichtbepalingen.<sup>2</sup> Het legaliteitsbeginsel lijkt de wetgever echter niet te weerhouden van strafbaarstelling middels zorgplichtbepalingen.<sup>3</sup> Daardoor zijn zorgplichtbepalingen onvermijdelijk geworden en is het belang toegenomen voor de praktijk helder te krijgen hoe deze bepalingen functioneren. Anders gezegd: het is van belang dat inzichtelijk wordt wanneer een geadresseerde wel, en wanneer niet, zorgplichtbepalingen overtreedt en hoe dergelijke overtredingen kunnen worden voorkomen door de geadresseerde.

### Daderschap

Daderschap vereist een gedraging. Ook bij zorgplichtbepalingen zou het strafrechtelijk daderschap op een gedraging moeten worden gebaseerd. Niet altijd duidelijk is echter welke strafbare gedraging ten grondslag ligt aan het strafrechtelijk daderschap bij zorgplichtbepalingen. De bepalingen waarop voorliggend artikel is gericht, zijn die waarin de gedraging wordt gevormd door het werkwoord 'zorgen' (en afgeleiden daarvan). De vraag is hoe de geadresseerde kan 'zorgen' en wanneer de dader 'niet heeft gezorgd'. Bovendien moeten daarbij mogelijk worden onderscheiden de verschillende geadresseerden die niet op gelijkwaardige wijze hun gedragingen begaan. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen strafrechtelijke daders zijn (art. 51 lid 1 Sr) maar lijken zich in beginsel niet op vergelijkbare wijze te kunnen gedragen. Het begaan van een 'fysieke' gedraging door een rechtspersoon is immers een fictie.

### Rechtspersonen

Rechtspersonen zijn in de meeste gevallen de geadresseerden van de hier bedoelde zorgplichtbepalingen. Eerder dit jaar is door de Hoge Raad (hierna: HR) een uitspraak gedaan waarin het daderschap van rechtspersonen aan de orde was.<sup>4</sup> Daarin is, kort gezegd, de in 2003 in het Zijpe-arrest<sup>5</sup> ingezette lijn bevestigd: het corporatief daderschap komt tot stand door toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon. Het valt echter zeer te betwijfelen of deze benadering eveneens opgeld doet wanneer zorgplichtbepalingen zijn geschonden. Op deze twijfel en het wegnemen daarvan is onderhavig artikel gericht.

In het navolgende zal eerst kort worden stilgestaan bij het strafrechtelijk daderschap in algemene zin (§ 2). Daarbij zal aan de orde zijn waarom de gedraging in het strafrecht als ingang voor bestraffing geldt en zal tevens het daderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen worden toegelicht. In de daarop volgende paragraaf zal het daderschap bij zorgplichtbepalingen worden besproken (§ 3). Bij zorgplichtbepalingen lijkt voor strafrechtelijk daderschap namelijk geen gedraging benodigd te zijn. Daarna wordt ingegaan op de wijze waarop rechtspersonen kunnen vermijden dat zij zorgplichtbepalingen overtreden (§ 4). Tot slot volgt de conclusie (§ 5). Voormelde opbouw strekt ter beantwoording van de vraag: *op welke wijze overtreden rechtspersonen zorgplichtbepalingen en hoe kunnen zij daaraan ontkomen?* Deze vraag raakt rechtstreeks aan de rechtspositie van ondernemingen.

- \* Bart Keupink is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.
1. H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis en G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141, zie p. 127-128.
  2. M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001 en G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in milieuwetgeving', *RegelMaat* 2008-4, p. 122-130, zie p. 127.
  3. B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 26-30.
  4. HR 22 februari 2011, *LJN* BN7719.
  5. HR 21 oktober 2003, *LJN* AF7938, *NJ* 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.

## 2. Strafrechtelijk daderschap in het algemeen

### 2.1 Gedraging niet zonder reden als ingang

#### *Uitgangspunt: zonder gedraging geen bestraffing*

Het uitgangspunt is dat sprake moet zijn van een gedraging voordat sanctionering kan plaatsvinden. De primaire vraag rijst waarom dat zo is. Hoewel onderliggend artikel een voor de praktijk nuttige insteek beoogt, kan aan enige theoretische opmerkingen niet worden ontkomen. De reden dat de gedraging als aanvaardbare ingang naar bestraffing geldt, moet worden gevonden (a) in de objectieve waarneembaarheid van de gedraging en (b) in de unieke individuele koppeling van de gedraging met de dader.<sup>6</sup>

#### *a) Objectieve waarneembaarheid*

Of het nu gaat om een doen of een laten, de gedraging kan in de buitenwereld worden waargenomen. Die waarneembaarheid is van belang omdat mede daardoor de sanctionering door de overheid tot op zekere hoogte kan worden gelegitimeerd. De schending waartegen de overheid optreedt, is dan zichtbaar zodat kan worden vergeleken met andere gevallen en de overheid kan worden gecontroleerd. Ook kunnen geadresseerden van de norm hun eigen gedrag afstemmen op dat van anderen. Dit kenmerk van waarneembaarheid dat aan gedragingen moet worden toegedicht, komt niet toe aan bijvoorbeeld 'gedachten'. Sanctionering op basis van loutere gedachten zonder gedraging is om die reden niet acceptabel.

#### *b) Unieke koppeling met dader*

Naast voornoemde waarneembaarheid, staat de unieke, individuele koppeling van de dader met de gedraging. De gedraging geldt als aanvaardbare ingang naar bestraffing omdat de dader zelf zijn gedraging begaat. Iedere dader heeft zijn eigen (eventueel functionele) gedraging. Niemand anders begaat dat individuele, specifieke onderdeel van het feitencomplex: het is iemands persoonlijke gedraging. Die gedraging zal moeten worden benoemd in de tenlastelegging door de officier van justitie en in de bewezenverklaring door de rechter voordat de overheid de sanctionering kan uitvoeren. Een geadresseerde is verantwoordelijk voor zijn eigen gedrag en kan weten wat hij wel en niet had moeten doen. De dader wordt dus aangesproken op zijn eigen gedraging. Dit kenmerk van unieke individuele binding van de gedraging aan de dader, is niet aanwezig in geval van bijvoorbeeld 'gevolgstoerekening'. Het uitsluitend toerekenen van een gevolg aan een geadresseerde zonder een gedraging aan te wijzen, is geen aanvaardbare ingang naar bestraffing.<sup>7</sup> Een gevolg zonder gedraging kan te ver verwijderd zijn van de geadresseerde om gelegitimeerd strafrechtelijke betrokkenheid aan te nemen.

Aldus kan worden toegelicht waarom de gedraging als meest aanvaardbare ingang naar bestraffing heeft te gelden. Het is echter de vraag hoe rechtspersonen de zorggedraging uit zorgplichtbepalingen kunnen begaan.

### 2.2 Natuurlijke personen en rechtspersonen als daders

#### *Gedraging en daderschap*

Wat houdt de gedraging, en daarmee het daderschap, materieelrechtelijk in? Gedragingen worden bewust begaan. De persoon die door een wesp wordt gestoken en in een reflex een kostbare vaas laat vallen, is niet aan het 'vernieren' (art. 350 Sr).

De gedraging is voorts een complex van doen en/of laten.<sup>8</sup> De gedraging kan ook een gedeelte van de volledige delictsgedraging beslaan. Dat is het geval bij deelnemingsvormen als medeplegen en medepllichtigheid. Dan begaat de dader niet de gehele gedraging, maar een deel daarvan.

#### *Functioneel daderschap*

Ook mogelijk is dat de dader niet de concrete delictsgedraging begaat maar als functioneel dader andere gedragingen begaat waardoor een andere persoon de concrete delictsgedraging begaat. De concrete delictsgedraging wordt dan toegerekend aan de functionele dader die andere gedragingen dan de concrete delictsgedraging verrichtte. Te denken valt aan de arts die een assistent opdracht geeft in een te laat stadium een abortus uit te voeren.<sup>9</sup> Vereist is wel dat in het geval de functionele dader als functionele medepleger wordt vervolgd, dan de functionele gedraging ook de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking oplevert.<sup>10</sup> Het lijkt mij dat functioneel daderschap inderdaad een ruim, deelnemingsvormen overkoepelend, bereik moet worden toegedicht. Daarbij moet worden opgemerkt dat met het daderschap nog niets is gezegd over andere delictsbestanddelen, zoals opzet of schuld.<sup>11</sup> De HR verstaat onder functioneel daderschap 'de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon'.<sup>12</sup>

6. G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 9-17 en A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 7-13. Zie daarover B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 13-17.
7. Ook bij gevolgsdelicten wordt een gevolgveroorzakende gedraging aangewezen.
8. G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent* 1992-2, p. 128-154 en G. Knigge, 'Dat deed mijn handje. Enige opmerkingen over het daderschap van de rechtspersoon', in: M. Kraaij en A. van Veen (red.), *Onderneming en strafrecht. Lustrum Nice Muller 1966-1996*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 11-19.
9. HR 29 mei 1990, *NJ* 1991, 217 en daarover G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over het daderschap', *Delikt en Delinkwent* 1992-2, p. 128-154.
10. HR 24 mei 2011, *LJN* BP6581.
11. In die zin HR 21 oktober 2003, *LJN* AF7938, *NJ* 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis.
12. HR 21 oktober 2003, *LJN* AF7938, *NJ* 2006, 328, r.o. 3.4.

### Corporatief ouderschap

Hoewel de HR spreekt van de 'natuurlijke persoon' heeft het functioneel ouderschap toch ook deuren geopend voor het ouderschap van rechtspersonen. Rechtspersonen kunnen niet zelfstandig gedragen. Rechtspersonen kunnen slechts gedragen door tussenkomst van een natuurlijke persoon of door tussenkomst van een andere rechtspersoon (die zich dan weer gedraagt door tussenkomst van een natuurlijke persoon). Dat een rechtspersoon eigen gedragingen verricht, is een fictie. Desondanks is op goede gronden aanvaard dat rechtspersonen ouders van strafbare feiten kunnen zijn.<sup>13</sup> De huidige stand van zaken is dat gedragingen van natuurlijke personen worden toegerekend aan rechtspersonen. Rechtspersonen zijn dan vrijwel altijd 'functionele dader'. Het betreft immers geparafraseerd in de woorden van de HR 'de aansprakelijkheid van de ene persoon voor de gedraging van een andere persoon'.<sup>14</sup> Bij functioneel ouderschap wordt een gedraging toegerekend.

Inmiddels is staande jurisprudentie ten aanzien van het ouderschap van rechtspersonen dat de grondslag daarvoor wordt gevonden in de redelijke toerekening van een gedraging.<sup>15</sup> Of kan worden toegerekend, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld de aard van de gedraging die wordt toegerekend. Het is volgens de HR bezwaarlijk een algemene regel voor de toerekening te formuleren. Wel kan een belangrijk oriëntatiepunt worden aangedragen, namelijk of de toe te rekenen gedraging heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Ter beoordeling van het plaatsvinden in die sfeer kunnen in ieder geval vier omstandigheden een rol spelen, te weten – kort gezegd – de dienstbetrekking, de passendheid in de normale bedrijfsvoering, de dienstigheid van de gedraging aan de rechtspersoon en het 'beschikken en aanvaarden'. Langs deze wegen (i.e. de 'Zijpe-benadering') zal moeten worden beoordeeld of een gedraging aan een rechtspersoon kan worden toegerekend en dus of de rechtspersoon (functioneel) dader is van het onderliggende delict. Met het ouderschap is dan nog niets gezegd over de verdere delictsbestanddelen waaraan voor strafbaarheid moet zijn voldaan.

### Daderschap bij zorgplichtbepalingen?

De te beantwoorden vraag is echter welke gedraging bij zorgplichtbepalingen zou moeten worden toegerekend aan de rechtspersoon teneinde tot ouderschap te kunnen komen. Om op die vraag antwoord te kunnen geven, is eerst van belang te bezien hoe de delictsgedraging bij zorgplichtbepalingen is vormgegeven.

## 3. Zorgplichtbepalingen: ouderschap zonder gedraging

### Voorbeelden van zorgplichtbepalingen

Als voorbeelden van zorgplichtbepalingen waarin de strafrechtelijke gedraging wordt gevormd door het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan), kunnen de volgende twee bepalingen worden genoemd:

#### Art. 5:30 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft)

Een marktexploitant *zorgt ervoor* dat de gereguleerde markt: a.) beschikt over regels en procedures voor het signa-

leren en beheersen van potentiële negatieve gevolgen voor de exploitatie of de goede werking van de gereguleerde markt of voor haar deelnemers van conflicten tussen de belangen van de gereguleerde markt, de eigenaars of de marktexploitant; (...)

Schending van art. 5:30 Wft is strafbaar gesteld in art. 1 Wet op de economische delicten. De op overtreding van art. 5:30 Wft gestelde strafrechtelijke sanctie is gevangenisstraf voor de duur van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.

#### Art. 1.3 Wet luchtvaart (hierna: WLv)

Een luchtvaartmaatschappij is verplicht *er voor zorg te dragen*, dat: (...) c.) al datgene wordt gedaan, wat in haar vermogen ligt om ernstige lichamelijke of geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen.

Schending van art. 1.3 WLv is strafbaar gesteld in art. 11.9 WLv. De op overtreding van art. 1.3 WLv gestelde strafrechtelijke sanctie is hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van ten hoogste de derde categorie.

Hoe kan een luchtvaartmaatschappij, kort gezegd, ervoor 'zorgen' dat een piloot niet ernstig geestelijk vermoeid raakt? Het valt te bezien hoe nu wel of hoe juist niet wordt 'gezorgd' in de zin van voormelde bepalingen en, belangrijker, op welke wijze het 'zorg'-gedragingsbestanddeel zodanig wordt vervuld dat sprake is van ouderschap.

### Daderschap bij zorgplichtbepalingen

Over de materieelrechtelijke kant van zorgplichtbepalingen is niet bijzonder veel bekend. De wetgever heeft daaraan bij de strafbaarstelling van zorgplichtbepalingen de laatste decennia vrijwel geen tekst gewijd. Daardoor lijkt te moeten worden teruggevallen op de toelichting door de wetgever op de zorggedraging bij oudere wetten. Meer bepaald, moet worden teruggevallen op de Arbeidswet 1911.<sup>16</sup> Daarin stond eveneens een zorgplichtbepaling opgenomen die door R Emmelink wel als 'moederbepaling'<sup>17</sup> is aangeduid omdat in een groot aantal wetten van later datum steeds is aangehaakt bij de in de oude Arbeidswet opgetuigde benadering. Die benadering van de wetgever was kernachtig als volgt:

'Volgens de bedoeling van den vooropgestelden regel zal de werkgever niet een zekere mate van zorg hebben aan te wenden over het al of niet voldoende waarvan dan de rechter moet beslissen neen, zoodra

13. J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk ouderschap van rechtspersonen', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in Ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 273-288.

14. HR 21 oktober 2003, *LJN AF7938, NJ 2006, 328*, r.o. 3.4.

15. HR 21 oktober 2003, *LJN AF7938, NJ 2006, 328*, m.nt. P.A.M. Mevis en HR 22 februari 2011, *LJN BN7719*.

16. Zie nader B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 261 e.v.

17. Conclusie van A-G R Emmelink voor HR 9 december 1975, *NJ 1976, 234*.

een toestand of een feit, als door de wet niet wordt gewild, zich in zijne onderneming voordoet, wordt hij geacht in gebreke te zijn gebleven en valt hij onder de strafbepaling.<sup>18</sup>

Zodoende is van 'niet zorgen' reeds sprake wanneer de door de wetgever ongewenste situatie intreedt. Een gedraging (een complex van doen en/of laten) is voor ouderschap bij de bedoelde zorgplichtbepalingen dus niet vereist. De enkele 'situatie' volstaat.

Deze lezing is bevestigd door de HR. In een uitspraak<sup>19</sup> uit de jaren zeventig lag aan een ingesteld cassatiemiddel volgens de HR de volgende opvatting ten grondslag:

'dat de in art. 7, vijfde lid, Veiligheidswet 1934 aan de bestuurder ener onderneming opgelegde zorgplicht niet van dien aard is, dat reeds uit het in diens onderneming niet voldaan zijn aan een voorschrift waaraan ingevolge die wet jo. het bepaalde bij of krachtens de in het eerste lid van dat artikel bedoelde algemene maatregel van bestuur voldaan moet zijn, door de rechter de gevolgtrekking zou kunnen worden gemaakt dat de bestuurder in evenbedoelde zorgplicht is tekort geschoten;<sup>20</sup>

De HR meende evenwel dat die opvatting in haar algemeenheid niet te rijmen viel met de onderliggende zorgplichtbepaling (i.c. art. 7 lid 5 Veiligheidswet 1934). De HR overwoog als volgt:

'dat deze opvatting zich evenwel, in haar algemeenheid, niet laat rijmen met een juiste uitleg van het vijfde lid van art. 7 van genoemde wet; dat toch moet worden aangenomen, dat indien in zijn onderneming niet voldaan is aan de in die bepaling bedoelde voorschriften, de bestuurder van die onderneming niet gezegd kan worden in de zin dier bepaling te hebben 'gezorgd' dat in zijn onderneming aan die voorschriften voldaan wordt (...)'<sup>21</sup>

Aldus is voor het ouderschap bij zorgplichtbepalingen geen gedraging benodigd. Zorgplichtbepalingen passen daarom niet binnen de uitgangspunten die maken dat de gedraging als ingang naar bestraffing aanvaardbaar is en zoals die hierboven al werd beschreven: waarneembaarheid en unieke individuele koppeling met de dader. Het is de vraag wat dit betekent voor het ouderschap van rechtspersonen bij zorgplichtbepalingen: kan corporatief ouderschap worden vastgesteld zonder 'toerekening van een gedraging'?

#### **4. Vermijden en afwenden van corporatief ouderschap bij zorgplichtbepalingen**

##### *Corporatief ouderschap bij zorgplichtbepalingen*

Ouderschap bij rechtspersonen kan worden vastgesteld zonder dat een gedraging wordt toegerekend. Er is dan sprake van rechtstreeks ouderschap van de rechtspersoon. De tussenstep waarin een gedraging van een natuurlijke persoon aan de rechtspersoon als functionele dader wordt toegere-

kend, hoeft dan niet te worden gezet.

In juni 2008 is de problematiek van zorgplichtbepalingen ten dele aan de HR voorgelegd door het Openbaar Ministerie (hierna: OM) dat cassatie instelde na een uitspraak bij het hof.<sup>22</sup> In de praktijk bestond 'binnen de kring van de handhavers van het zogenaamde ordeningsrecht (...) onduidelijkheid over de strekking van de hier in het geding zijnde voorschriften.' In zoverre zou 'de uitspraak van Uw Raad in deze casus heel nadrukkelijk reflex-werking kunnen hebben.'<sup>23</sup> Een vraag die in het cassatiemiddel van de zijde van het OM werd voorgelegd, betreft die naar het corporatief ouderschap: zou dat bij deze zorgplichtbepalingen niet langs de lijn van het Zijpe-arrest moeten worden toegerekend? De uitspraak van de HR laat veel ruimte te veronderstellen dat het vaststellen van het ouderschap bij zorgplichtbepalingen anders gaat dan bij het Zijpe-arrest.

Het OM stelde onder andere dat het hof de Zijpe-criteria niet had gehanteerd terwijl dat wel was vereist. De A-G liet zich in gelijke termen uit over de benodigde 'sfeer van de rechtspersoon' en de 'toerekening' van de gedraging aan de rechtspersoon. Door de HR wordt deze gedachte echter niet gevolgd. De Zijpe-benadering (dat wil zeggen: functioneel corporatief ouderschap door toerekening van een gedraging) lijkt uitdrukkelijk buiten de overwegingen van de HR te zijn gebleven. De HR overwoog onder meer het volgende:

'Een rechtspersoon kan derhalve slechts als pleger van overtreding van art. 4 Wgw worden veroordeeld indien hij onder één van die in die bepaling genoemde categorieën kan worden gerangschikt. Dat staat overigens niet eraan in de weg een rechtspersoon in voorkomende gevallen als deelnemer aan het in art. 4 Wgw omschreven strafbare feit aansprakelijk te stellen.'<sup>24</sup>

De betreffende bepaling uit het arrest (art. 4 Wet goederenvervoer over de weg (hierna: Wgw), die in het onderstaande in andere context nog aan de orde komt) kende drie geadresseerden, te weten bestuurder, hoofd of toezichthoudend personeel. Het OM had de tenlastelegging niet toegesneden op de rechtspersoon in hoedanigheid van één van die categorieën geadresseerden. Voor zover een rechtspersoon bijvoorbeeld bestuurder was, rustte de verplichting te zorgen dat de Wgw niet werd overtreden op de rechtspersoon. Op de door het OM in het cassatiemiddel en door de A-G in zijn conclusie genoemde Zijpe-arrest gaat de HR niet in. Ook in de verdere overwegingen van de HR komt de Zijpe-doctrine niet aan de orde.

18. *Handelingen I*, 1910/11, p. 568.

19. HR 9 december 1975, *NJ* 1976, 234.

20. HR 9 december 1975, *NJ* 1976, 234.

21. HR 9 december 1975, *NJ* 1976, 234. De complete overweging volgt hieronder in § 4.

22. HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 362.

23. Cassatieschriftuur bij HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 362 (alinea 11).

24. HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 362, r.o. 3.5.

Het lijkt mede daarom logisch dat de Zijpe-benadering bij zorgplichtbepalingen geen opgeld doet. Dit is misschien ook een begrijpelijke opvatting omdat bij zorgplichtbepalingen namelijk geen sprake is van een gedraging die kán worden toegerekend. Het gevolg van deze benadering is dat de geadresseerde rechtspersoon zeer snel als strafrechtelijke dader heeft te gelden.

#### Disculpatieregeling

De soep wordt echter minder heet gegeten dan dat deze wordt opgediend. In het oorspronkelijke strafrechtelijk zorgplicht-systeem van begin twintigste eeuw bestonden in het kader van zorgplichtbepalingen expliciete 'disculpatieregelingen'. Tot een paar jaar geleden waren dergelijke regelingen nog opgenomen in bijvoorbeeld de Wgw. In het eerste lid was de zorgverplichting opgenomen en art. 4 lid 3 Wgw (oud) luidde als volgt:

'Aan de verplichting van het hoofd of de bestuurder en van het toezichthoudend personeel is voldaan, wanneer zij aantonen, dat door hen de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welke naleving zij verplicht waren te zorgen.'<sup>25</sup>

Weliswaar lijkt het merendeel van dergelijke disculpatieregelingen tegenwoordig te zijn verdwenen, maar dat betekent, ook volgens de HR<sup>26</sup>, niet dat ze materieel van geen betekenis meer zijn. De rechtspersoon die aantoonde alle middelen te hebben verschaft, al het toezicht te hebben gehouden, alle maatregelen te hebben genomen en alle bevelen te hebben gegeven, wordt geacht te hebben gezorgd in de zin van de zorgplichtbepaling.<sup>27</sup> Dat wordt ook door de HR beklemtoond in het vervolg van de hierboven al aangehaalde overweging in zijn arrest uit 1975. De volledige overweging van de HR luidt als volgt:

'dat toch moet worden aangenomen, dat indien in zijn onderneming niet voldaan is aan de in die bepaling bedoelde voorschriften, de bestuurder van die onderneming niet gezegd kan worden in de zin dier bepaling te hebben 'gezorgd' dat in zijn onderneming aan die voorschriften voldaan wordt, en dit slechts uitzondering lijdt in het geval dat ingevolge het bepaalde in het tweede lid van art. 29 van voornoemde wet aan bedoelde zorgplicht geacht moet worden te zijn voldaan, derhalve wanneer die bestuurder - ten genoegen van de rechter - heeft aangetoond dat door hem de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de nodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden, om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welker naleving hij verplicht was te zorgen.'<sup>28</sup>

Van belang voor de invulling van het (oordeel over) daderschap bij zorgplichtbepalingen zijn daardoor ook disculpatieregelingen.<sup>29</sup> 'Niet zorgen' is niet alleen de enkele door de wetgever ongewenste situatie, maar ook het 'niet de nodige

middelen hebben verschaft', 'niet het redelijkerwijze te vorderen toezicht hebben gehouden', 'niet de nodige maatregelen hebben genomen' en 'niet de nodige bevelen hebben gegeven'.

De zorggedraging, en daarmee het daderschap bij zorgplichtbepalingen, ontbeert aldus een strafrechtelijke gedraging maar bestaat daartegenover wel uit twee componenten, te weten (i) de blote feitelijke situatie en (ii) de disculpatie. Ter verdediging kan het bestaan van de door de wetgever ongewenste situatie eerst worden ontkend ('de piloot was niet ernstig geestelijk vermoeid, want etc.'). Vervolgens kan een beroep worden gedaan op de disculpatieregeling ('de nodige bevelen zijn gegeven, maatregelen genomen, middelen verschaft en het redelijkerwijze te vorderen toezicht is gehouden, want etc.'). Aanvaarding van één van de twee verweren leidt ertoe dat toch 'is gezorgd', een bewezenverklaring niet kan volgen en dus zal moeten worden vrijgesproken.<sup>30</sup>

#### Afwezigheid van alle schuld

Naast deze 'daderschapsuitsluiting' komt dan nog het beroep op afwezigheid van alle schuld (hierna: avas).<sup>31</sup> Eerst kan in een strafzaak door de rechter worden vastgesteld dat 'niet is gezorgd' zodat een bewezenverklaring van het ten laste gelegde volgt. Vervolgens kan, als een beroep op avas wordt gehonoreerd, worden ontslagen van alle rechtsvervolging.<sup>32</sup> Het avas-verweer mag niet worden verward met voorgaande daderschapsproblematiek. De vraag naar verwijtbaarheid staat ook bij zorgplichtbepalingen los van het daderschap.<sup>33</sup> Een moeilijkheid in deze avas-context is wel dat een avas-beroep een aantal varianten kent, waarvan één inhoudt dat 'alle mogelijk in acht te nemen zorg is betracht'. Een dergelijk verweer zou bij andere delicten eveneens tot ontslag van alle rechtsvervolging leiden.<sup>34</sup> Bij zorgplichtbepalingen echter, waarin het 'zorgen' deel uitmaakt van de tenlastelegging, zou de aanvaarding van een dergelijk verweer moeten resulteren in vrijspraak. In voorkomend geval is dan immers wél 'gezorgd'. De andere avas-varianten (bijvoorbeeld dwaling ten aanzien van het recht) eindigen evenwel ook bij zorgplichtbepalingen in ontslag van alle rechtsvervolging.

25. De gehele wet is ingetrokken en vervangen per 1 mei 2009, *Stb.* 2009, 193. Wet van 30 oktober 2008, *Stb.* 2008, 492.

26. HR 18 mei 1993, *NJ* 1993, 782, m.nt. A.C. 't Hart.

27. Vergelijk over de moeilijkheid van het duiden van deze bepalingen de annotatie van 't Hart onder HR 18 mei 1993, *NJ* 1993, 782.

28. HR 9 december 1975, *NJ* 1976, 234.

29. De disculpatieregeling komt niet pas na de vraag naar het bewijs van de gedraging op. Zie bijvoorbeeld HR 28 januari 1918, *NJ* 1918, p. 261-263. Zie tevens HR 13 mei 1980, *NJ* 1980, 532: een beroep op art. 29 lid 2 Veiligheidswet 1934 (een disculpatieregeling) is een ontkenning van het ten laste gelegde.

30. Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1938, *NJ* 1938, 1019.

31. HR 19 november 1934, *NJ* 1935, p. 349-351, m.nt. Taverne.

32. Vergelijk HR 1 juli 1980, *NJ* 1981, 617.

33. Zie bijvoorbeeld HR 17 mei 1983, *NJ* 1983, 690.

34. HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476.

## **5. Conclusie**

Bij zorgplichtbepalingen is in het algemeen sprake van een soort 'risico- daderschap'. Ten aanzien van rechtspersonen in het bijzonder is van belang dat bij delicten waarin het gedragingsbestanddeel wordt gevormd door het werkwoord 'zorgen' (of afgeleiden daarvan) de enkele door de wetgever ongewenste situatie volstaat voor het strafrechtelijk corporatief daderschap. Een gedraging is niet vereist. Daarmee wijkt het daderschap van rechtspersonen in geval van de hier besproken zorgplichtbepalingen af van de Zijpe-benadering waarin aan rechtspersonen een gedraging wordt toegerekend om tot daderschap te komen. Waar de zorgplichtproblematiek bij rechtspersonen alles bij elkaar genomen op uitdraait, is dat de Zijpe-benadering geen opgeld doet bij zorgplichtbepalingen.

Dat is in zekere zin problematisch omdat de gedraging het uitgangspunt vormt op basis waarvan tot bestraffing kan worden overgegaan. De strafrechtelijke gedraging wordt namelijk gekenmerkt door een zekere waarneembaarheid en unieke individuele koppeling met de dader. Het loslaten van die ingang bij zorgplichtbepalingen wordt echter tot op zekere hoogte opgevangen door disculpatieregelingen. Die geven inhoud aan de zorggedraging en bieden rechtspersonen deels de mogelijkheid op te komen tegen de al te snelle constatering van strafrechtelijk daderschap. Bovendien resten nog beroepen op andere strafuitsluitingsgronden, waaronder het beroep op avas. Een deel van dat beroep raakt rechtstreeks aan de zorggedraging zodat in geval van aanvaarding dan niet slechts wordt ontslagen van alle rechtsvervolging maar moet worden vrijgesproken.