

Artikel

Een nieuwe vijfde Drijfmestomstandigheid: vereenzelviging

Mr. dr. A.L.M. Schaap*

1. Introductie

Het daderschap van de rechtspersoon dient te worden vastgesteld aan de hand van het richtinggevend, maar tegelijkertijd open kader van het Drijfmestarrest.¹ Het hoofdcriterium van dit kader is 'de redelijke toerekening': een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Als belangrijk oriëntatiepunt om te bepalen of voldaan is aan het hoofdcriterium van de redelijke toerekening geeft de Hoge Raad het zogenoemde sfeercriterium dat op zijn beurt wordt ingevuld door vier omstandigheden ('de Drijfmestomstandigheden').²

De opsomming van de vier Drijfmestomstandigheden heeft een enuntiatief karakter. De Hoge Raad laat daarmee de mogelijkheid open dat de feitenrechter ook naar andere omstandigheden kijkt om het daderschap van de rechtspersoon te vestigen.³ In de afgelopen jaren is de

vraag opgeworpen of het Drijfmestkader nog aanvulling verdient.⁴ Hoewel in de literatuur wel enkele suggesties zijn gedaan voor (de richting waarin gezocht moet worden naar) alternatieve omstandigheden, is het tot een uitbreiding van het Drijfmestkader tot op heden niet gekomen. Volgens De Hullu is het 'nog niet zo gemakkelijk om zinvolle andere omstandigheden te onderscheiden'.⁵ Gritter meent dat andere omstandigheden niet denkbaar zijn gezien de ruime strekking van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden.⁶

Toch blijkt dat in de feitenrechtspraak wel degelijk aanknopingspunten zijn te ontdekken voor een nieuwe Drijfmestomstandigheid.⁷ Dit gaat om een omstandigheid waarvan het gebruik naar mijn mening verdedigbaar is om vast te stellen dat een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Het betreft

299

* Mr. dr. A.L.M. Schaap is als universitair docent straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht.

1 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfmest).

2 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfmest), r.o. 3.3 en 3.4.

3 Zie o.m. A.L.J. van Strien, 'Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon', *Strafblad* 2006, afl. 3, p. 236; E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevers in Nederland', in: E. Sikkema & P. Waeterinckx (red.), *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevers - in de economische context - Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor*

Strafrecht 2010, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 17; F.G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en strafrecht', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2010-I), Deventer: Kluwer 2010, p. 137; M.J. Hornman, 'Concretisering van redelijke toerekening; invulling van de Drijfmestcriteria in de feitenrechtspraak', *DD* 2010/23, afl. 3, p. 379. Zie ook R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 478; Hendriks in zijn noot bij HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *M en R* 2004/53, nr. 5.

4 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 168.

5 De Hullu 2021, p. 168.

6 E. Gritter, 'De strafbaarheid van de rechtspersoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 60.

7 Deze bevinding is het resultaat van een gestructureerde en gedetailleerde rechtspraakanalyse uitgevoerd ten behoeve van mijn promotieonderzoek. Dit artikel is dan ook gebaseerd op hoofdstuk 8 uit A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfmestkader als richtinggevend kader voor het daderschap van de rechtspersoon*, Den Haag: Boom juridisch 2022.

tevens een omstandigheid die een nuttige toevoeging aan het Drijfkestkader vormt. Deze vijfde Drijfkestomstandigheid, die ik vereenzelviging noem, en vijf zaken waarin de toepassing hiervan aan de orde is, staan in deze bijdrage centraal.

Hiertoe sta ik eerst nader stil bij het Drijfkestkader in paragraaf 2. In paragraaf 3 bespreek ik de zaken en aanknopingspunten voor de vijfde omstandigheid. In paragraaf 4 zie ik vervolgens op welke wijze de vijfde omstandigheid aan de hand van de aanknopingspunten kan worden geconcretiseerd en licht ik toe waarom de omstandigheid ook binnen het Drijfkestkader past. In paragraaf 5 sluit ik af met een conclusie.

2. Het Drijfkestkader

Het vertrekpunt voor het daderschap van de rechtspersoon vormt artikel 51 Sr. Dit artikel bevat sinds 1976 een algemene regeling voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen.⁸ Uit lid 1 volgt weliswaar dat strafbare feiten kunnen worden begaan door rechtspersonen, maar op welke wijze dit kan worden vastgesteld, volgt niet uit de tekst van het artikel, noch uit de wetsgeschiedenis. Het ontwikkelen van criteria voor het daderschap van de rechtspersoon is overgelaten aan de rechtspraak.⁹

In 2003 heeft de Hoge Raad met het Drijfkestarrest een richtinggevend, maar tegelijkertijd open kader gegeven voor het vestigen van het daderschap van de rechtspersoon.¹⁰ Centraal in dit kader staat ‘de redelijke toerekening’: een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Die toerekening is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Als belangrijk oriëntatiepunt om te bepalen of voldaan is aan het hoofdcriterium van de redelijke toerekening geeft de Hoge Raad het zogenoemde sfeercriterium. Wanneer de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden of is verricht, kan de gedraging in beginsel aan de rechtspersoon worden toegerekend.

De Hoge Raad somt vervolgens een aantal omstandigheden op die nader aangeven wanneer een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon plaatsgevonden kan hebben of kan zijn verricht. De omstandigheden die de Hoge Raad geeft, concretiseren het sfeercriterium, maar dienen tegelijkertijd slechts ter indicatie. De omstandigheden zijn niet limitatief; andere omstandigheden zijn ook mogelijk. Het zijn evenmin cumulatieve voorwaar-

den waaraan voldaan moet zijn alvorens daderschap kan worden gevestigd. In principe kan elk van de vier omstandigheden voldoende voorwaarde zijn voor daderschap.¹¹ De Hoge Raad geeft als relevante omstandigheden:

- 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 of taakuitoefening van de rechtspersoon;¹²
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf of in diens taakuitoefening; en
- 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 aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

Bijna twintig jaar naar het wijzen van het Drijfkestarrest bestaan er nog steeds diverse vragen en onduidelijkheden over het Drijfkestkader.¹³ Vanwege het enuntiatieve karakter van de vier omstandigheden is een relevante vraag of zich nog andere omstandigheden laten denken en – in het verlengde hiervan – of het kader nog aanvulling verdient.¹⁴ Uit recentere jurisprudentie van de Hoge Raad volgen er tot op heden geen. Twee criteria die in de literatuur wel als mogelijke nadere concretisering van het sfeercriterium zijn genoemd, zijn het maatschappelijkverkeerscriterium en de zorgplicht.¹⁵ Tevens zijn in de literatuur enkele suggesties gedaan voor de richting waarin alternatieve omstandigheden gezocht moeten worden. Zo zou gedacht kunnen worden aan omstandigheden die zijn toegesneden op de MVO-context of op concernverhoudingen.¹⁶ Voorbeelden of een nadere concretisering van dergelijke omstandigheden zijn in de literatuur tot op heden echter nog niet gegeven.

8 Wet van 23 juni 1976 (*Stb.* 1976, 377).

9 Zo volgt ook uit het Drijfkestarrest zelf. Zie HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfkest), r.o. 3.2.3. Zie ook De Hullu 2021, p. 163; J. Rense, ‘Rechtspersonen in het strafrecht’, *DD* 2005/17, afl. 3, p. 277.

10 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfkest), r.o. 3.3-3.4.

11 Zie o.m. Van Strien, *Strafblad* 2006, p. 236; Sikkema 2010, p. 17; Kristen 2010, p. 137; Hornman, *DD* 2010/23, p. 379. Zie ook Van Elst 2006, p. 478; Hendriks in zijn noot bij HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *M en R* 2004/53, nr. 5.

12 ‘Taakuitoefening’ is in recentere rechtspraak van de Hoge Raad toegevoegd aan de tweede en derde Drijfkestomstandigheid. Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375, m.nt. Wolswijk, r.o. 3.4.1. Door deze toevoeging wordt benadrukt dat een economische context niet noodzakelijk is. De Hullu 2021, p. 164 (voetnoot 81).

13 De Hullu 2021, p. 167-169. Voor een inventarisatie van vragen en onduidelijkheden die in de afgelopen jaren zijn opgeworpen naar aanleiding van het Drijfkestarrest, zie Schaap 2022, p. 63-102 (en dan met name ook p. 87-102).

14 Zie o.m. Gritter 2007, p. 60; De Hullu 2021, p. 168; J.T.C. Leliveld, ‘Daderschap van de rechtspersoon sinds het Drijfkest-arrest. Stilstaand water’, *TS&O* 2015, afl. 2/3, p. 67-68.

15 Zie bijvoorbeeld Hornman, *DD* 2010/23, p. 379; Sikkema 2010, p. 17. Zie ook Van Elst 2006, p. 478-480.

16 Kristen 2010, p. 137-138.

De suggesties die in de literatuur wel zijn gedaan voor (de richting waarin gezocht moet worden naar) alternatieve criteria om het sfeercriterium nader te concretiseren, lijken als zodanig geen weerklank te vinden in de meer recente feitenrechtspraak.¹⁷ Toch blijkt dat in de feitenrechtspraak wel degelijk aanknopingspunten zijn te ontdekken voor een nieuwe, vijfde Drijfmemestomstandigheid. In de volgende paragraaf staan vijf uitspraken centraal waarin ik aanknopingspunten zie voor deze nieuwe omstandigheid.

3. Vereenzelviging in de feitenrechtspraak

In de vijf uitspraken die in deze paragraaf centraal staan, kijkt de feitenrechter naar feiten en omstandigheden ter onderbouwing van het daderschap van de rechtspersoon die onder één noemer kunnen worden geschaard, onderscheiden kunnen worden van de vier bekende Drijfmemestomstandigheden en dienen ter concretisering van het sfeercriterium. In deze zaken zie ik dan ook aanwijzingen voor een nieuwe Drijfmemestomstandigheid. Het gaat om uitspraken waarin de feitenrechter uiteindelijk vaststelt dat een rechtspersoon voor wat betreft het strafbare gedrag gelijkgesteld kan worden met de natuurlijke persoon die het gedrag heeft verricht en dat de gedraging daarmee heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Deze omstandigheid noem ik ‘vereenzelviging’.

De eerste en tweede uitspraak die hieronder aan bod komen, hebben betrekking op dezelfde ‘zaak’. Het gaat om twee verschillende verdachten in dezelfde zaak, resulterend in twee uitspraken. Hetzelfde geldt voor de derde en de vierde uitspraak. Hoewel daarmee in wezen ‘slechts’ drie verschillende ‘zaken’ worden besproken waarin de vijfde omstandigheid toepassing vindt, is relevant om op te merken dat de rechtbank in dezelfde zaak vereenzelviging toepast jegens twee verdachten (in twee uitspraken) en de manier waarop – de precieze argumenten en omstandigheden ter onderbouwing – verschilt. Het gaat hier dus wel om een te onderscheiden toepassingswijze van de constructie. Uiteindelijk resulteren deze toepassingswijzen in dezelfde voorwaarden, zo zal in paragraaf 4 nog duidelijk worden. Kortom, er komen vier toepassingswijzen van vereenzelviging aan bod.¹⁸

3.1 Vereenzelviging in twee uitspraken van de rechtbank Noord-Nederland van 6 februari 2018

Illustratief voor de vijfde omstandigheid zijn twee uitspraken in de fraudezaak Zebra, gewezen door de recht-

bank Noord-Nederland op 6 februari 2018.¹⁹ Twee vennootschappen stonden in deze zaak terecht voor fraude in de vorm van oplichting en witwassen bij de financiering van een energiecentrale.²⁰

De twee verdachte vennootschappen waren opgericht door twee toenmalige directeuren van het energiebedrijf Rendo. De vennootschappen waren onderdeel van een schijnconstructie om te verhullen, onder meer voor de raad van commissarissen en de gemeentelijke aandeelhouders van Rendo,²¹ dat de twee directeuren aandelen hielden in het bedrijf dat de bouw en exploitatie van de energiecentrale in handen had, genaamd SGI. De twee directeuren hebben vanuit hun functie bij Rendo bewerkstelligd dat Rendo met SGI diverse financiële verplichtingen is aangegaan. Rendo heeft uiteindelijk ongeveer 30 miljoen euro geïnvesteerd in SGI. Uit de uitspraak volgt dat Rendo deze verplichtingen nooit was aangegaan als zij van de belangenverstengeling had geweten. Met een deel van dit bedrag zijn later ook nog door SGI aandelen ingekocht die door de verdachte vennootschappen werden gehouden. De opbrengst van de verkochte aandelen is – in eerste instantie – bij de twee vennootschappen terechtgekomen.

De eerste verdachte rechtspersoon (in ECLI:NL:RBNNE:2018:411) was opgericht door een van de twee directeuren en had enkel tot doel om de aandelen in SGI op naam te nemen en het geld dat uit de oplichting was verkregen te incasseren. De andere verdachte rechtspersoon (in ECLI:NL:RBNNE:2018:412) wordt in de uitspraak omschreven als de vennootschap van de andere directeur en heeft tevens aandelen in SGI op naam genomen en geld uit de oplichting geïncasseerd. Beide vennootschappen waren behulpzaam in het verhullen dat de directeuren de feitelijke aandeelhouders waren.

In de eerste uitspraak zet de rechtbank uiteen waarvoor een van de twee voormalige directeuren van Rendo door de rechtbank is veroordeeld. Vervolgens werpt de rechtbank de vraag op of de verdachte vennootschap aanmerkt kan worden als medepleger van deze feiten. Allereerst komt oplichting aan bod. Na het herhalen van het eerste deel van de algemene Drijfmemestoverweging, waarbij het criterium van de redelijke toerekening en het sfeercriterium aan bod komen, overweegt de rechtbank als volgt:

‘Dat de onderhavige oplichting heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon [verdacht bedrijf] is naar het oordeel van de rechtbank evident, nu deze rechtspersoon met betrekking tot het handelen ten aanzien van [bedrijf 4] (AS: dit gaat om SGI) volledig samen valt met de natuurlijke persoon [medeverdachte 1] (AS: een van de twee directeuren). Daartoe is van belang dat [mede-

17 Schaap 2022, p. 418, 442 (en zie ook p. 354).

18 Deze bespreking van de vijf zaken is grotendeels terug te vinden in hoofdstuk 8 van Schaap 2022.

19 Rb. Noord-Nederland 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:411 en Rb. Noord-Nederland 6 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:412.

20 ‘Noordelijke Fraudekamer doet uitspraak in mega fraudezaak’, www.rechtspraak.nl.

21 Rendo – feitelijk bestaande uit meer bedrijven – was eigendom van negen gemeentes in Drenthe en Overijssel.

verdachte 1] 99% van de aandelen van [verdacht bedrijf] bezat waarmee hij de feitelijke zeggenschap had over deze onderneming. Dat medeverdachte [medeverdachte 6] als directeur van [verdacht bedrijf] was aangesteld maakt dit niet anders, nu hij slechts 1% van de aandelen in handen had en dus op geen enkele wijze bepalende invloed kon uitoefenen. Ook overigens blijkt uit de feitelijke gang van zaken, zoals door de rechtbank in het vonnis tegen [medeverdachte 1] beschreven, dat [medeverdachte 1] binnen [verdacht bedrijf] (als enige) besliste wat er met de aandelen [bedrijf 4] gebeurde en dat hij ook degene was die optrad als ware hij aandeelhouder van [bedrijf 4].'

Over het ten laste gelegde witwassen overweegt de rechtbank – na uiteengezet te hebben wat zij bewezen acht ten aanzien van de directeur – als volgt:

'Dit onderhavige witwasfeit heeft naar het oordeel van de rechtbank, net als de hiervoor vermelde oplichting en op grond van dezelfde redenering als bij dat feit, plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon [verdacht bedrijf]. Ook hier vallen de gedraging van [medeverdachte 1] en [verdacht bedrijf] zodanig samen dat ook dit feit redelijkerwijs kan worden toegerekend aan [verdacht bedrijf], zodat zij als dader en medepleger van dit witwasfeit moet worden aangemerkt.'

In het eerste fragment merkt de rechtbank met betrekking tot de oplichting op dat het gedrag evident heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon vanwege het 'volledig samenvallen' van de verdachte met de directeur voor wat betreft het handelen ten aanzien van bedrijf 4 (SGI). Oftewel, ter nadere concretisering van het sfeercriterium wordt de rechtspersoon voor wat betreft het handelen ten aanzien van SGI hier met de natuurlijke persoon vereenzelvigd. Ook in de tweede overweging spreekt zij van het samenvallen van de directeur van Rendo met de rechtspersoon, maar nu voegt zij hier niet het voorbehoud aan toe dat dit enkel geldt voor het handelen ten aanzien van SGI. Omdat in deze overweging wordt verwezen naar de voorgaande overweging, zou het overigens kunnen dat zij dit wel heeft bedoeld. Voor het oordeel dat de verdachte en de medeverdachte samenvallen is het van belang:

- dat de medeverdachte feitelijke zeggenschap had over de rechtspersoon waarvoor de rechtbank naar het aandelenpercentage kijkt (de medeverdachte bezat 99% van de aandelen van verdachte);
- dat iemand anders formeel als directeur van verdachte is aangesteld doet hier niet aan af; hiervoor is van belang dat deze persoon op geen enkele wijze bepalende invloed kon uitoefenen, waarvoor het aandelenpercentage relevant is (deze persoon had slechts 1% van de aandelen in handen);
- dat de medeverdachte binnen de verdachte (als enige) besliste wat er met de aandelen in SGI gebeurde, zoals door de rechtbank wordt vastgesteld op basis van de feitelijke gang van zaken;
- dat medeverdachte ook optrad als ware hij aandeelhouder van SGI.

In de tweede zaak (ECLI:NL:RBNNE:2018:412) komt eerst aan bod wat de rechtbank bewezen acht jegens de andere directeur (oplichting). De rechtbank werpt vervolgens de vraag op of de verdachte, de vennootschap van deze directeur, kan worden aangemerkt als medepleger van de oplichting. Na het wederom herhalen van de algemene Drijfmoestoverweging tot en met het sfeercriterium stelt de rechtbank vervolgens:

'Dat de onderhavige oplichting heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon [verdacht bedrijf] is naar het oordeel van de rechtbank evident nu deze rechtspersoon met betrekking tot het handelen ten aanzien van [bedrijf 4] volledig samen valt met de natuurlijke persoon [medeverdachte 1]. Daartoe is van belang dat [medeverdachte 1] 99,95% van de aandelen van [verdacht bedrijf] bezat waarmee hij de feitelijke zeggenschap had over deze onderneming. Dat medeverdachte [medeverdachte 4] als directeur van [verdacht bedrijf] was aangesteld maakt dit niet anders, nu [medeverdachte 4] slechts 0,05% van de aandelen in handen had en dus op geen enkele wijze bepalende invloed kon uitoefenen. Dit geldt temeer, nu [medeverdachte 4] op 6 februari 2008 [medeverdachte 1] heeft gevolmachtigd om namens [verdacht bedrijf] alle voorkomende (rechts)handelingen te verrichten. Ook overigens blijkt uit de feitelijke gang van zaken dat [medeverdachte 1], zoals door de rechtbank in het vonnis tegen [medeverdachte 1] beschreven, als enige binnen [verdacht bedrijf] besliste wat er met de aandelen [bedrijf 4] gebeurde en dat hij ook degene was die optrad als ware hij aandeelhouder.'

In deze zaak spreekt de rechtbank ter invulling van het sfeercriterium tevens van het volledig samenvallen van de medeverdachte en de rechtspersoon voor wat betreft het handelen ten aanzien van SGI. Kortom, vereenzelving van de rechtspersoon met een natuurlijk persoon die het strafbare feit heeft begaan, wordt door de rechtbank als aparte omstandigheid onderscheiden ter nadere concretisering van het sfeercriterium. De rechtbank acht hiervoor het volgende van belang:

- dat de medeverdachte feitelijke zeggenschap had over de rechtspersoon waarvoor de rechtbank naar het aandelenpercentage kijkt (de medeverdachte bezat 99,95% van de aandelen van verdachte);
- dat iemand anders formeel als directeur van verdachte is aangesteld doet hier niet aan af; hiervoor is van belang dat deze persoon op geen enkele wijze bepalende invloed kon uitoefenen, waarvoor tevens het aandelenpercentage relevant is (deze persoon had slechts 0,05% van de aandelen in handen);
- dat de medeverdachte was gevolmachtigd om namens verdachte alle voorkomende (rechts)handelingen te verrichten;
- dat de medeverdachte binnen de verdachte als enige besliste wat er met de aandelen in SGI gebeurde, zoals door de rechtbank wordt vastgesteld op basis van de feitelijke gang van zaken;
- dat medeverdachte ook optrad als ware hij aandeelhouder van SGI.

Beide rechtspersonen zijn uiteindelijk veroordeeld voor het medeplegen van (de voorgezette handeling van) oplichting. De verdachte die terechtstaat in de eerste zaak is tevens veroordeeld voor het medeplegen van witwassen.

In beide zaken had de rechtbank ervoor kunnen kiezen om het daderschap van de vennootschappen via een of meer van de vier Drijfmemstandigheden te vestigen. De zaken bevatten hier ook aanwijzingen voor, zo laten de geciteerde fragmenten hiervoor zien. De rechtbank kiest echter een andere route onder het sfeercriterium en laat daarmee zien af te wijken van de door de Hoge Raad gegeven 'routes' onder het Drijfmemkader en de grond voor het plaatsvinden van de gedraging in de sfeer en de redelijke toerekening in andere omstandigheden te zoeken.

3.2 Vereenzelviging in twee uitspraken van de rechtbank Amsterdam van 4 mei 2016

De derde en de vierde zaak die aanwijzingen bevatten voor de nieuwe Drijfmemstandigheid betreffen twee uitspraken van de rechtbank Amsterdam van 4 mei 2016.²² In deze zaken staan twee rechtspersonen terecht, PlanB4You B.V. en Create Commerce BVBA (een Belgische vennootschap), voor het medeplegen van oplichting, het medeplegen van het exploiteren van een piramidespel en het medeplegen van gewontewitwassen.

In deze zaken draait het om een 'netwerk marketing concept', genaamd PlanB4You. (Potentiële) leden werden over het concept geïnformeerd via de website, filmpjes op internet en sociale media, en bijeenkomsten in Nederland en België. Na aanmelding konden leden op basis van de – grofweg – vijf verdienmodellen die binnen het concept onderscheiden konden worden, extra inkomsten verdienen en producten met korting kopen. Het idee achter het concept, zoals dit aan (potentiële) leden werd gepresenteerd, was dat zij konden meeverdienen aan economische activiteiten en projecten die door PlanB4You zouden worden ontplooid. PlanB4You zou door middel van advertenties, projecten en nevenbedrijven zelfstandig inkomsten genereren naast de inleg van de leden, waardoor het aan de leden beloofde rendement zou kunnen uitbetaald. Circa 17.000 personen in binnen- en buitenland hebben in totaal bijna 5 miljoen euro ingelegd.

De werkelijkheid was echter anders en over diverse aspecten van het concept zijn, voornamelijk door de medeverdachte, onjuiste mededelingen gedaan. Behalve een webwinkel, zijn er nooit projecten of nevenbedrijven opgestart. De advertentieruimte op de website was niet verkocht. Er was geen substantiële opbrengst van de webwinkel, noch was er sprake van winst. Dagwinsten die op de website werden geplaatst, waren verzonnen. Er was geen uitgewerkt bedrijfsplan, geen adminis-

tratie en ook is het concept nooit door een gerenomeerd advocatenkantoor getoetst, terwijl de medeverdachte dit wel tijdens bijeenkomsten had medegedeeld. De ingelegde gelden zijn op de rekeningen van de vennootschappen en van de medeverdachte terechtgekomen. Over de uitgaven volgt uit de uitspraken dat een deel van het geld (ruim 1,2 miljoen) is uitbetaald aan leden, ruim 1 miljoen is overgeboekt naar de privéspaarrekening van de medeverdachte en ruim acht ton is besteed bij geld- en betaalautomaten aan auto's en aan vrienden en familieleden.

Relevant voor het daderschap van de twee rechtspersonen is de rol van de medeverdachte. In beide uitspraken stelt de rechtbank voorafgaand aan het beantwoorden van de vraag of het tenlastegelegde bewezen kan worden, hierover als volgt:

'[medeverdachte] is de enige persoon die de dagelijkse activiteiten rond het concept PlanB4You bepaalde en aanstuurde. Hij is naar eigen zeggen de mastermind achter het concept. [medeverdachte] had tevens een bepalende rol in de uitvoering van het concept. Hij werkte daartoe samen met vrienden en familieleden. Zij hadden geen formeel dienstverband. Wel kregen zij van [medeverdachte] bepaalde vermogensbestanddelen in ruil voor hun werkzaamheden. Ook gebruikte hij twee rechtspersonen als vehikel voor de activiteiten van het concept PlanB4You. De Belgische vennootschap Create Commerce BVBA werd op 7 februari 2013 overgenomen door onder meer [naam], die geregistreerd werd als zaakvoerder van Create Commerce. In de praktijk had deze [naam] niets met deze onderneming van doen. [medeverdachte] mocht in verband met een eerder faillissement geen onderneming op zijn naam hebben in België en had daarom [naam] verzocht formeel als zaakvoerder geregistreerd te worden. [medeverdachte] was evenwel bij deze onderneming de feitelijk alles bepalende persoon. [medeverdachte] richtte op 6 maart 2014 in Nederland PlanB4You B.V. op, met hemzelf als formeel bestuurder en enig aandeelhouder. Schrabregs (de medeverdachte, AS) was ook hier feitelijk de alles bepalende persoon.'

Uit dit fragment blijkt de nauwe verwevenheid van de medeverdachte met beide rechtspersonen. De medeverdachte was de formele en feitelijke bestuurder en tevens enig aandeelhouder van de eerste rechtspersoon (PlanB4You). Bij de tweede rechtspersoon (Create Commerce) was de verdachte weliswaar niet formeel bestuurder, maar werd gebruik gemaakt van een schijnconstructie. Het was immers nog steeds de medeverdachte die feitelijk alle touwtjes in handen had. Ook wordt duidelijk dat de medeverdachte volledige zeggenschap over de activiteiten van de rechtspersonen had ten aanzien van het concept PlanB4You. Hij gebruikte de verdachte rechtspersonen hiervoor als vehikel.

De rechtbank stelt vervolgens in beide zaken vast dat het concept van PlanB4You in wezen een 'Ponzi scheme' betreft en geen piramidespel. Deelnemers aan een pira-

²² Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2660 en Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2661.

midespel zijn ervan op de hoogte dat hun rendement afhangt van nieuwe deelnemers, terwijl dit niet geldt voor de deelnemers aan een Ponzi scheme. De verdachte rechtspersonen worden dan ook vrijgesproken van het medeplegen van het exploiteren van een piramidespel en daarmee het tweede feit dat is ten laste gelegd.²³

In beide uitspraken stelt de rechtbank vast dat – in eerste instantie – de medeverdachte (de feitelijke bestuurder) zich schuldig heeft gemaakt aan oplichting, waarna in dezelfde alinea volgt dat het handelen van de verdachte (in deze zaken dus de rechtspersoon) zich laat kwalificeren als oplichting. Tevens kan het medeplegen van gewoontewitwassen voor alle drie de verdachten (de medeverdachte en de twee rechtspersonen) bewezen worden, zo volgt uit beide uitspraken. Het oordeel over de aansprakelijkheid van de medeverdachte en de verdachte rechtspersonen lijkt in deze zaken dus enigszins door elkaar te lopen,²⁴ maar na het bespreken van de bewezenverklaring van twee van de ten laste gelegde feiten en de vrijspraak voor het exploiteren van het piramidespel, volgt nog wel een paragraaf waarin apart wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van beide rechtspersonen.

Over het daderschap van PlanB4You oordeelt de rechtbank als volgt:

‘Met inachtneming van de maatstaven ter bepaling of een strafbare gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend ingevolge art 51 (HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 en 2016:733) overweegt de rechtbank al volgt. Uit het overwogene in de paragrafen 4.3.1. en 4.3.3. volgt dat Create Commerce samen met PlanB4You B.V. dienden als vehikels voor de oplichtings- en witwasgedragingen van [medeverdachte] en zijn medewerkers. Zij dienen geen ander doel dan dat. [medeverdachte] was de feitelijke daadwerkelijke bepaler van de gang van zaken bij deze rechtspersonen en tot in detail verantwoordelijk voor en actief betrokken bij de uitvoering daarvan. Van PlanB4You B.V. was hij bovendien formeel de (enig) bestuurder. Hieruit volgt dat deze strafbare gedragingen mede hebben plaatsgevonden en zijn verricht in de sfeer van de onderhavige verdachte rechtspersoon. Zij kunnen derhalve worden toegerekend aan die rechtspersoon’ [sic, AS].

Ten aanzien van Create Commerce hanteert de rechtbank eenzelfde formulering, maar voegt daaraan toe:

‘De formele bestuurder (zaakvoerder) van Create Commerce was weliswaar een andere persoon, maar deze was speciaal en louter met het oog op deze hoedanigheid geworven door [medeverdachte] zelf, was op de hoogte

van de rol van [medeverdachte] bij Create Commerce en had hiermee ingestemd.’

In beide fragmenten stelt de rechtbank vast dat er sprake is van gedragingen in de sfeer van de rechtspersoon. Centraal hierbij staat de rol van de verdachte rechtspersonen als ‘vehikel’ voor het strafbare gedrag van de medeverdachte. Daarbij acht de rechtbank van belang dat de medeverdachte de feitelijke gang van zaken bij de rechtspersonen volledig bepaalde (dat hij tot in detail verantwoordelijk was) en tevens actief betrokken was bij de uitvoering daarvan. Voor PlanB4You geldt dat tevens van belang is dat de medeverdachte formeel enig bestuurder was. Voor Create Commerce was een ander weliswaar formeel bestuurder, maar de rechtbank benadrukt dat dit een schijnconstructie betrof.

De rechtbank spreekt niet van het samenvallen van de natuurlijke persoon met de rechtspersoon. Deze twee zaken verschillen daarin van de voorgaande twee zaken. Toch gaat het hier ook om vereenzelviging. Uit de wijze waarop de bewezenverklaring van het vestigen van het daderschap is vormgegeven, volgt dat eenzelfde ratio aan het vestigen van het daderschap van de rechtspersonen ten grondslag ligt. De rechtbank acht hiervoor bovendien vergelijkbare feiten en omstandigheden van belang. Hier ga ik in paragraaf 4 nader op in.

Net als in de voorgaande zaken, had de rechtbank ook in deze twee zaken in theorie het daderschap van de rechtspersoon kunnen vestigen via een of meer van de vier Drijfmemomstandigheden. Ook nu heeft de rechtbank een andere route onder het sfeercriterium gekozen, waarmee zij afwijkt van de door de Hoge Raad gegeven ‘routes’ onder het Drijfmemkader en waarmee zij de grond voor het plaatsvinden van de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon en daarmee de toerekening in andere omstandigheden zoekt.

3.3 Vereenzelviging in een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 14 januari 2015

De vijfde zaak betreft een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 14 januari 2015.²⁵ In deze zaak wordt een rechtspersoon verdacht van – kort samengevat – valsheid in geschrifte en het gebruikmaken, dan wel voorhanden hebben, van valse geschriften. Ook in deze zaak is het vertrekpunt het strafbare gedrag van de medeverdachte. Alvorens nader wordt ingegaan op de verschillende geschriften die in de administratie van verdachte zijn aangetroffen en de vraag of de medeverdachte (de natuurlijke persoon) zich schuldig heeft gemaakt aan het ten laste gelegde strafbare gedrag, stelt de rechtbank ten aanzien van het eerste cumulatief/alternatief tenlastegelegde onder het kopje ‘feitelijk leidinggeven- de van verdachte’ als volgt:

‘[medeverdachte 2] heeft verklaard dat hij enig leidinggevende en eigenaar is van verdachte. Hij heeft voorts verklaard dat hij altijd en ook gedurende de ten laste

23 Alleen het medeplegen van het exploiteren van een piramidespel als bedoeld in de Wet op de kansspelen was ten laste gelegd en nu PlanB4You als geheel niet kon worden aangemerkt als een piramidespel, werd de verdachte vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde.

24 Al kan niet uitgesloten worden dat dit ook (deels) te maken heeft met wijze waarop de uitspraak is geanonimiseerd.

25 Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16052.

gelegde periode onder andere verantwoordelijk was voor de administratie van verdachte en voor het controleren en betalen van de facturen. [medeverdachte 2] heeft gezegd dat hijzelf in feite verdachte is. Gelet op het vorenstaande kan naar het oordeel van de rechtbank het volledige handelen van [medeverdachte 2] aan verdachte worden toegerekend. Zoals hieronder zal blijken, is het handelen van [medeverdachte 2] verricht binnen de normale bedrijfsactiviteiten van verdachte.'

Ook in deze zaak is de nauwe verwevenheid tussen de verdachte en de natuurlijke persoon die het strafbare gedrag heeft verricht belangrijk voor de rechtbank, zo volgt uit het geciteerde fragment. Voor toerekening acht de rechtbank immers van belang dat de medeverdachte enig leidinggevende en eigenaar van verdachte is. Relevant voor de rechtbank is tevens dat de medeverdachte verantwoordelijk was voor het desbetreffende gedrag. Interessant is dat de medeverdachte zelf heeft verklaard dat de verdachte in wezen met hem samenvalt en de rechtbank dit van belang acht voor het vaststellen van het daderschap. Op basis hiervan oordeelt de rechtbank dat het volledige handelen van de medeverdachte aan de verdachte kan worden toegerekend, waarbij voorts nog van belang is dat het gedrag van de medeverdachte is verricht binnen de normale bedrijfsactiviteiten van de verdachte. Dit is echter niet verder onderbouwd.

Hiermee bevat deze zaak duidelijke aanwijzingen voor vereenzelviging van de rechtspersoon met de natuurlijke persoon die het strafbare gedrag heeft verricht. Wederom kijkt de rechtbank naar vergelijkbare feiten en omstandigheden als in de voorgaande vier zaken. Opmerking verdient wel dat er verder weinig informatie over de verdachte volgt uit de uitspraak en de rechtbank niet vaststelt dat de verdachte ook daadwerkelijk een vehikel voor het verboden gedrag van de medeverdachte was, zoals dit in de andere zaken wel uit de uitspraak volgt.

4. De vijfde Drijfkest-omstandigheid

In de vijf zaken wordt gebruik gemaakt van een omstandigheid voor het vestigen van het daderschap van de rechtspersoon die onderscheiden kan worden van de overige Drijfkestomstandigheden, namelijk vereenzelviging. De rechtspersoon wordt voor wat betreft het strafbare gedrag gelijkgesteld met de natuurlijke persoon die dat strafbare gedrag heeft verricht. Vereenzelviging van een rechtspersoon met een natuurlijk persoon voor het vestigen van daderschap is in het strafrecht echter niet vanzelfsprekend. In het strafrecht geldt immers het uitgangspunt dat eenieder slechts aansprakelijk gesteld kan worden voor zijn eigen gedrag. Het aansprakelijk stellen van de één voor gedrag van een ander is niet toegestaan. Dit geldt ook voor de

rechtspersoon.²⁶ Dit betekent dat ook voor de rechtspersoon in beginsel sprake moet zijn van eigen gedrag resulterend in een delictsgedraging en daarmee in daderschap. Bovendien is belangrijk om op te merken dat eigen gedrag van de rechtspersoon niet zonder meer gelijkstaat aan gedrag van personen die hierachter schuilgaan. De rechtspersoon is immers iets anders (en ook meer) dan een optelsom van individuen.²⁷ Gedrag van een natuurlijk persoon moet dan ook niet te snel 'doorgeschoven' worden naar de rechtspersoon. Bij vereenzelviging wordt hier tot op zekere hoogte van afgeweken. Door vereenzelviging wordt voor het vestigen van het daderschap de rechtssubjectiviteit van de één immers gelijkgesteld met de rechtssubjectiviteit van een ander of in elk geval gerelativeerd.²⁸ Gedrag van de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon wordt het gedrag van de rechtspersoon.

Desalniettemin wordt vereenzelviging van de rechtspersoon met de natuurlijke persoon door de rechtbank gerechtvaardigd geacht in de zaken uit de voorgaande paragraaf. Dit is ook niet vreemd. Het gaat hier immers om zaken die een specifieke situatie betreffen.

In alle zaken was ten eerste sprake van een nauwe verwevenheid tussen de natuurlijke persoon die het strafbare gedrag heeft verricht en de rechtspersoon. In elk geval was sprake van (nagenoeg) volledige feitelijke zeggenschap van de natuurlijke persoon over de rechtspersoon. Ten tweede was er in alle zaken sprake van volledige – of in elk geval bepalende – feitelijke zeggenschap van de natuurlijke persoon over het strafbare gedrag binnen de rechtspersoon. Tot slot heeft de natuurlijke persoon in ten minste vier van de vijf zaken de rechtspersoon als vehikel voor het strafbare gedrag gebruikt. Op deze wijze werd in wezen misbruik gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van de verdachte.

In de twee uitspraken van de rechtbank Noord-Nederland wordt dit laatste weliswaar niet expliciet door de rechtbank benoemd, maar lijkt dit te volgen uit de vaststelling dat de rechtspersonen onderdeel waren van een schijnconstructie en uit de wijze waarop de vennootschappen in deze schijnconstructie zijn gebruikt (om de aandelen op naam te nemen en het geld uit de oplichting te incasseren). Beide vennootschappen waren als zodanig behulpzaam in het verhullen dat de directeuren de feitelijke aandeelhouders waren. In de uitspraken van de rechtbank Amsterdam benoemt de rechtbank expliciet dat de verdachten dienden als vehikels voor de oplichtings- en witwasgedragingen en dat zij geen ander doel dienden.

In deze specifieke gevallen is het verdedigbaar de rechtspersoon met de natuurlijke persoon te vereenzelvigen voor wat betreft het strafbare gedrag waar de natuurlijke persoon de rechtspersoon voor heeft gebruikt met wie

26 Zie hiertoe de bespreking in Schaap 2022, p. 80-87.

27 Van Strien, *Strafblad* 2006, p. 244.

28 Vgl. Kristen 2010, p. 161.

hij zeer nauw verweven is. Hiervoor is het dan wel van belang dat inderdaad ook aan alle drie de ‘voorwaarden’ is voldaan zoals deze uit de besproken rechtspraak ge-distilleerd kunnen worden. Voorkomen moet immers worden dat gedrag te gemakkelijk wordt doorgeschoven en daarmee te gemakkelijk over de gescheiden rechtspersoonlijkheden wordt heengestapt. Alleen een nauwe verwevenheid tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon, resulterend in (nagenoeg) volledige feitelijke zeggenschap, rechtvaardigt vereenzelviging mijns inziens immers niet.²⁹ Ook bepalende feitelijke zeggenschap van de natuurlijke persoon over het desbetreffende gedrag binnen de rechtspersoon zal op zichzelf, of in combinatie met de eerste voorwaarde, onvoldoende zijn voor vereenzelviging. Pas wanneer de natuurlijke persoon de rechtspersoon daarbij daadwerkelijk als vehikel heeft gebruikt voor het strafbare gedrag en op deze wijze en voor het desbetreffende strafbare feit misbruik wordt gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van de verdachte, zoals in elk geval in vier van de vijf de voorgaande zaken aan de orde was, is vereenzelviging naar mijn mening toegestaan. Door deze laatste voorwaarde tevens te vereisen, is immers duidelijk dat ouderschap van de rechtspersoon niet wordt gevestigd voor al het handelen en/of nalaten van de natuurlijke persoon, maar alleen voor de strafbare gedragingen die daadwerkelijk via de rechtspersoon lopen. In de hier voorgestane invulling van vereenzelviging zou dit voor de laatste zaak dus ook nog duidelijk moeten worden.

306

Wanneer aan de drie voorwaarden is voldaan zoals hiervoor uiteengezet, gaat het om situaties waarin de gedragingen evident in de sfeer van de rechtspersoon hebben plaatsgevonden. In deze situatie bestaan immers evidente verbanden tussen (i) de natuurlijke persoon en het gedrag van de natuurlijke persoon, (ii) de rechtspersoon en (iii) de normschending (waarvoor de rechtspersoon als vehikel is gebruikt). Opmerking verdient dat (een combinatie van) de andere Drijfmemomstandigheden blijk (kan/)kunnen geven van vergelijkbare verbanden op basis waarvan voorts gesteld kan worden dat de gedraging in de sfeer van rechtspersoon heeft plaatsgevonden of is verricht en in beginsel redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. De rechtbanken in de bovenstaande zaken wijken echter af van de door de Hoge Raad gegeven ‘routes’ onder het sfeercriterium. Dit terwijl de besproken zaken aanwijzingen bevatten dat aan een of meer andere Drijfmemomstandigheden is voldaan, zo is in paragraaf 3 reeds opgemerkt. De rechtbanken hebben het blijkbaar onvoldoende ge-

oordeeld om (alleen) op basis daarvan de gedraging toe te rekenen.

De Hoge Raad sluit de mogelijkheid tot het vestigen van ouderschap indien de rechtspersoon als vehikel is gebruikt niet uit, zo volgt uit de Klimop-zaak.³⁰ De verdachte rechtspersoon in de Klimop-zaak is door het hof vrijgesproken van het plegen althans medeplegen van vijf strafbare feiten, waaronder valsheid in geschrifte en witwassen. Hiervoor was volgens het hof doorslaggevend ‘dat de vertegenwoordiger van de rechtspersoon zelf alle strafbare handelingen had verricht’ en de rechtspersoon ‘enkel heeft gebruikt als middel om de strafbare gedragingen te kunnen plegen’.³¹

Volgens de Hoge Raad heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. De overweging van het hof kan op twee manieren worden gelezen. De eerste lezing houdt in dat de verdachte geen (mede)pleger kan zijn, enkel omdat de vertegenwoordiger pleger van de feiten is. Deze omstandigheid staat gelet op het Drijfmemestkader niet aan een bewezenverklaring in de weg. De tweede lezing komt erop neer dat de verdachte geen (mede)pleger kan zijn omdat de vertegenwoordiger zelf alle strafbare handelingen heeft verricht en hij de rechtspersoon enkel als middel daarbij heeft gebruikt. Deze omstandigheden staan volgens de Hoge Raad ‘niet zonder meer’ aan toerekening van de door de vertegenwoordiger verrichte gedragingen aan de verdachte in de weg.³² De Hoge Raad legt echter niet uit ‘wat het “meer” zou kunnen zijn waardoor de toerekening wel mogelijk – dat wil zeggen redelijk – is’, aldus Wolswijk in zijn noot bij het arrest.³³ Zoals hiervoor uiteengezet, meen ik dat het gedrag evident in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden waardoor toerekening in beginsel redelijk is wanneer is voldaan aan de drie uit de rechtspraak gedestilleerde voorwaarden voor vereenzelviging.

Het belang van het voldoen aan alle drie de voorwaarden voor vereenzelviging, laat zich illustreren aan de hand van een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 22 november 2018.³⁴ In deze uitspraak wordt een onderneming verdacht van niet-ambtelijke omkoping, valsheid in geschrifte, (gewoonte)witwassen en deelname aan een criminele organisatie.

Alvorens in te gaan op de vraag naar het vestigen van het ouderschap, staat de rechtbank stil bij de verhouding tussen de verdachte en de andere betrokken (rechts)personen. Duidelijk wordt dat de verdachte onderdeel uitmaakte van een groep van ongeveer 100 rechtspersonen. Twee bij deze groep betrokken natuur-

29 Vgl. de standpunten in de literatuur over het gewicht van de eerste Drijfmemomstandigheid. Zie o.m. Van Strien, *Strafblad* 2006, p. 238; Van Elst 2006, p. 486-487; M. Kessler, ‘Beschikkingsmacht centraal bij functioneel plegen. Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmemest arrest’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 213-215; Leliveld, *TS&O* 2015, p. 66; De Hullu 2021, p. 165-166; M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend van ondernemingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 46-47.

30 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1382, NJ 2016/376 m.nt. Wolswijk.

31 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1382, NJ 2016/376 m.nt. Wolswijk, r.o. 2.2.

32 HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1382, NJ 2016/376 m.nt. Wolswijk, r.o. 3.3. Zie ook Wolswijk in zijn annotatie bij dit arrest, punt 1-2.

33 Wolswijk, annotatie bij: HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1382, NJ 2016/376, punt 6.

34 Rb. Overijssel 22 november 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4479.

lijke personen zijn door de rechtbank veroordeeld voor het medeplegen van actieve niet-ambtelijke omkoping, valsheid in geschrifte en gewoontewitwassen. Tevens wordt duidelijk dat deze twee personen valse facturen hebben laten opnemen in de administratie van verdachte.

De rechtbank noemt vervolgens omstandigheden die zij relevant acht voor het oordeel dat de gedraging niet toegerekend kan worden aan de rechtspersoon. Daarbij gaat het om de omstandigheid dat het initiatief tot het relevante strafbare gedrag buiten het zicht van de verdachte heeft plaatsgevonden (op het niveau van de concernleiding van de groep waartoe de verdachte behoort) en dat de verdachte door de medeverdachten als vehikel is gebruikt. De facturen werden vanuit de centraal gevoerde financiële administratie door verschillende entiteiten van de groep betaald en op verschillende kostenplaatsen geboekt. Vanuit welke entiteit betaald werd en bij welke entiteit de kosten werden geboekt was min of meer willekeurig, zo stelt de rechtbank vast. De verdachte kon er niet over beschikken of de gedragingen al dan niet zouden plaatsvinden:

‘Hierbij neemt de rechtbank in aanmerking de plek van verdachte binnen het [bedrijvengroep verdachte] -concern (de groep van vennootschappen met aan het hoofd [bedrijf verdachte 1] SE), de omstandigheid dat verdachte zich rekenschap diende te geven van het grotere concernbelang en daardoor onder meer geen invloed had op het feit dat de administratie centraal in Utrecht werd gevoerd en dat uiteindelijk niemand formeel in overwegende mate zeggenschap had binnen verdachte. In de ten laste gelegde periode was namelijk steeds sprake van een collegiaal bestuur bestaande uit meerdere bestuurders, die enkel gezamenlijk bevoegd waren. Verder werden de administratieve handelingen vanuit de centrale administratie van het concern verricht en kon en mocht verdachte op deze keuze geen invloed uitoefenen.’

Voorts stelt de rechtbank vast dat evenmin kan worden vastgesteld dat de verdachte het gedrag heeft aanvaard.

Anders dan bij de zaken uit paragraaf 3 was er in deze zaak geen sprake van volledige – of in elk geval bepaalde – feitelijke zeggenschap over de rechtspersoon van de natuurlijke personen die het strafbare gedrag hebben verricht, zo volgt uit de motivering van de rechtbank. Daarmee is in elk geval al niet aan een belangrijke voorwaarde voor vereenzelviging voldaan en kan de vijfde omstandigheid dan ook geen toepassing vinden. Hiermee onderscheidt deze zaak zich van de zaken uit paragraaf 3.

Opmerking verdient dat vereenzelviging ook op andere plekken in het strafrecht en in het civiele recht voorkomt onder vergelijkbare voorwaarden. In het strafrecht komt vereenzelviging wel eens voor of is de mogelijkheid hiertoe door de Hoge Raad erkend, bijvoorbeeld bij

ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel,³⁵ een delict als heling,³⁶ en in het kader van deelneming aan een criminele organisatie op grond van artikel 140 Sr.³⁷ Dit zegt uiteraard nog niets over het gerechtvaardigd zijn van het vestigen van het daderschap via vereenzelviging, maar laat wel zien dat de Hoge Raad vereenzelviging in specifieke situaties in het strafrecht toegestaan acht.³⁸ Relevant is dat in de zaken waarin vereenzelviging concreet aan de orde was, sprake was van vergelijkbare feiten en omstandigheden.³⁹

Ook in het civiele recht is het in uitzonderlijke gevallen toegestaan dat wordt afgeweken van het beginsel van rechtspersoonlijkheid zoals neergelegd in artikel 2:5 BW en kan ‘aan het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en een of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts-)personen (...) worden voorbijgegaan in dier voege dat gedragingen van de één aan de ander worden toegerekend’.⁴⁰ De Hoge Raad staat in exceptionele gevallen toe dat gedragingen van het ene rechtssubject door vereenzelviging gedragingen van het andere rechtssubject worden. Belangrijk hierbij is dat vereenzelviging in het civiele recht slechts onder een strikte voorwaarde is toegestaan: er moet sprake zijn van misbruik van rechtspersoonlijkheid.⁴¹ Dit is een open maatstaf.⁴² In elk geval lijkt er sprake te moeten zijn van nauwe verwevenheid tussen de ene rechtspersoon en de andere (rechts)persoon.⁴³ Alleen een nauwe verwevenheid is echter niet voldoende. Bijzondere omstandighe-

35 Voor ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel geldt dat de Hoge Raad de mogelijkheid tot vereenzelviging in theorie heeft opengelaten. Zie De Hullu 2021, p. 116 met verwijzing naar HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1522, NJ 2001/507 en HR 21 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3658; Kristen 2010, p. 161, met verwijzing naar HR 9 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0345, NJ 1998/591 (conclusie van A-G Fokkens) en HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1522, NJ 2001/507 (conclusie van A-G Wortel).

36 HR 31 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9790, NJ 1987/796 m.nt. Van Veen; De Hullu 2021, p. 116.

37 HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:378, NJ 2018/169.

38 Vgl. Kristen 2010, p. 162. Kristen bespreekt de mogelijkheid tot vereenzelviging in het strafrecht in het kader van het toerekenen van verboden gedragingen van een dochteronderneming aan een moedermaatschappij. Hij komt tot een vergelijkbare conclusie op basis van het voorbeeld van het door de Hoge Raad openlaten van de mogelijkheid tot vereenzelviging bij verhaal op vermogensbestanddelen wanneer sprake is van misbruik van rechtspersoonlijkheid.

39 Zie bijvoorbeeld HR 31 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9790, NJ 1987/796, r.o. 7.3. Zie ook Van Veen in zijn noot bij dit arrest; HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:378, r.o. 2.4.2.

40 HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, NJ 1996/215, r.o. 4.4.2 (Roc). Zie ook Kristen 2010, p. 158.

41 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213, r.o. 3.3-3.4 (Krijger/Citco); HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698, r.o. 3.3, 3.5 (Rainbow/Ontvanger); HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124 m.nt. Van Schilfgaarde; Kristen 2010, p. 159, tevens met een verwijzing naar lagere rechtspraak Hof Amsterdam 3 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0443, RO 2008/63, r.o. 4.6 (Megapool); L.F.H. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Een rechtsvergelijkend en empirisch onderzoek naar de stand van het Nederlandse recht in het licht van de UN Guiding Principles*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 127; H. Koster, ‘Vereenzelviging?’, *MvV* 2018, afl. 9, p. 288-289.

42 Kristen 2010, p. 159.

43 Enneking e.a. 2016, p. 128; Koster, *MvV* 2018, p. 289.

den moeten vereenzelviging in het desbetreffende geval rechtvaardigen.⁴⁴

Interessant is dat in de zaken uit de vorige paragraaf in wezen aan vergelijkbare voorwaarden is voldaan. Zo was ook in die zaken sprake van een nauwe verwevenheid tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon en het gebruiken van de rechtspersoon als vehikel voor het strafbare gedrag dat neerkomt op misbruik van rechtspersoonlijkheid voor de desbetreffende strafbare feiten in vier van de vijf zaken zou – in elk geval in de strafrechtelijke context, zoals hiervoor uiteengezet⁴⁵ – gekwalificeerd kunnen worden als een bijzondere omstandigheid die vereenzelviging rechtvaardigt. Hierbij is wel van belang om de functie van vereenzelviging in het oog te houden: vereenzelviging wordt in de context van deze vijfde omstandigheid als relevante omstandigheid gehanteerd om vast te stellen dat een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon is verricht, om vervolgens in beginsel toegerekend te kunnen worden aan de rechtspersoon. Belangrijk om hierbij tevens in het achterhoofd te houden is dat het Drijfmestkader enkel betrekking heeft op de daderschapsvraag en de beoordeling van de aanwezigheid van subjectieve bestanddelen hier los van staat.⁴⁶

5. Conclusie

308

De feitenrechtspraak biedt duidelijke aanknopingspunten om een vijfde Drijfmestomstandigheid te onderscheiden, namelijk vereenzelviging. Hoewel vereenzelviging geen vanzelfsprekende omstandigheid is voor het vestigen van het daderschap van de rechtspersoon, is het in bepaalde situaties, wanneer aan specifieke voorwaarden is voldaan, een omstandigheid waarvan het gebruik verdedigbaar is om vast te stellen dat een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Het gaat dan om de volgende voorwaarden:

- i. *De natuurlijke persoon heeft volledige – of in elk geval bepalende – feitelijke zeggenschap over de rechtspersoon. Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de vennootschappelijke verhoudingen en/of de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon. Aanwijzingen zijn bijvoorbeeld dat de natuurlijke persoon de enig leidinggevende en eigenaar van de verdachte was, dat de natuurlijke persoon (nagenoeg) enig aandeelhouder was, dat de natuurlijke persoon een volmacht had om namens de rechtspersoon alle (rechts)handelingen te verrichten, of dat de natuurlijke persoon feitelijk alle touwtjes in handen had. De formele positie van de na-*

tuurlijke persoon is indicatief maar niet doorslaggevend.

- ii. *De natuurlijke persoon heeft bepalende feitelijke zeggenschap over het strafbare gedrag binnen de rechtspersoon. In de zaken volgt dit uit de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon en ook wordt wel waarde gehecht aan de wijze waarop de natuurlijke persoon ten aanzien hiervan naar buiten toe optreedt.*
- iii. *De rechtspersoon wordt door de natuurlijke persoon als vehikel gebruikt voor het strafbare gedrag en op deze wijze en voor het desbetreffende feit wordt misbruik gemaakt van de rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon.*

De gedraging heeft dan evident plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon en toerekening van een dergelijke gedraging aan de rechtspersoon is in beginsel redelijk.

Naar mijn mening verdient het aanbeveling vereenzelviging onder voornoemde voorwaarden ook voor het daderschap van de rechtspersoon te erkennen, als vijfde Drijfmestomstandigheid. Vereenzelviging is een functionele omstandigheid om een bepaald type situatie te onderscheiden. Wanneer aan de drie uit de rechtspraak gedestilleerde voorwaarden is voldaan, is vereenzelviging een omstandigheid die meer recht doet aan de feitelijke situatie in de desbetreffende zaken dan de andere Drijfmestomstandigheden. Het duidt aan wat er in deze situaties feitelijk aan de orde was. Vereenzelviging kan ook een nuttige omstandigheid zijn, juist om te voorkomen dat te gemakkelijk daderschap van de rechtspersoon wordt aangenomen voor een strafbaar feit begaan door een persoon hoog in de hiërarchie van de rechtspersoon. Gedrag van natuurlijke personen moet niet te gemakkelijk doorgeschoven worden naar de rechtspersoon. Wanneer duidelijk is dat het ‘doorschuiven’ van gedragingen slechts onder bepaalde voorwaarden is toegestaan, kan voorkomen worden dat dit ook in andere gevallen geschiedt en er dientengevolge te gemakkelijk over gescheiden rechtspersoonlijkheden wordt heengestapt. De vijfde omstandigheid dient wat mij betreft dan ook te worden opgenomen in het Drijfmestkader.

44 Enneking e.a. 2016, p. 128; Koster, MvV 2018, p. 290.

45 Hier kan de strafrechtelijke autonomie om de hoek komen kijken. Vgl. Kristen 2010, p. 162 met verwijzing naar H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 565-579, 608, 610-611, 618-619, 643-644.

46 Zie immers HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328, m.nt. Mevis (Drijfmest), r.o. 3.5.