

DE STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN EN BINNEN DE RECHTSPERSOON IN NEDERLAND. EEN VOORBEELDIG HUWELIJK TUSSEN PRAGMATISME EN JURIDISCHE DOGMATIEK ALS INSPIRATIEBRON VOOR EUROPESE HARMONISATIE?

J.A.E. Vervaele¹

1. Inleiding

Tot voor kort was de hele discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de politiek-juridische oplossingen die daarvoor werden gevonden een discussie die binnen elke lidstaat apart werd gevoerd. Pogingen om het principe van strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen via de jurisprudentiële weg van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of van het Europees Hof van Justitie verplicht te stellen of te ondergraven zijn op niets uitgelopen. Noch het EVRM, noch het Unierecht verplichten of verbieden de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen op zich. Deze vaststelling betekent trouwens niet dat door het EVRM of het gemeenschapsrecht geen eisen kunnen worden gesteld aan rechtspersonen, en bij strafrechtelijke aansprakelijkheid aan hun rechtsbescherming.

De toenemende economische integratie en het primordiaal belang dat rechtspersonen spelen in het economisch verkeer heeft de UNIE-wetgever er evenwel toe gebracht of misschien wel tot gedwongen om deze nationale autonomie niet langer als gegevenheid te aanvaarden en in het kader van de bescherming van de financiële belangen van de EG, de strijd tegen de EG-fraude, harmonisatievoorstellen uit te werken die ook het principe van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreffen. In 1994 is in het kader van de derde pijler van het Unie-Verdrag, die de samenwerking inzake justitie en binnenlandse zaken reguleert, een conventie aangenomen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid bij EG-fraude.² In die Conventie was het principe van bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen aanvaard, hetgeen inhoudt dat de rechtspersoon bij het begaan van EG-fraude bestuursrechtelijk gesanctioneerd dient te kunnen worden. Momenteel ligt bij de Raad een voorstel voor een 2e Uitvoerings-Protocol³ bij die Conventie, dat onder andere voorziet in de verplichte strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen bij het plegen van EG-fraude en/of actieve corruptie.⁴ Sommige lidstaten willen deze

1. Hoogleraar economisch en financieel strafrecht, Juridische Faculteit, Utrecht.

2. *Pb. EG*, 1994, C 216; zie VERVAELE, J.A.E., 'Rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht: een boedelscheiding tussen de eerste en de derde pijler', *Nederlands Juristenblad*, 1298-1305.

3. Het 1e Uitvoerings-Protocol betreft de strafbaarstelling van actieve en passieve corruptie van ambtenaren van de nationale overheden en van de Europese instellingen.

4. *Projet de deuxième protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, niet gepubliceerd.

aansprakelijkheid ook uitbreiden naar witwassen. De rechtspersoon zou strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor het plegen van, het deelnemen aan of het aanzetten tot EG-fraude en/of actieve corruptie én voor het ontbreken van voldoende toezicht of organisatiestructuur waardoor het plegen van de fraude of corruptie werd bewerkstelligd. Deze vorm van aansprakelijkheid laat de aansprakelijkheid van fysieke daders, medeplichtigen, aanstichters, etc. onverlet. Deze tekst is momenteel voorwerp van bespreking in de werkgroepen bij de 3e pijler en onder andere de artikelen die betrekking hebben op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen is stof voor forse debatten. Dit is op zich niet zo vreemd, want op dit punt zijn er uiteenlopende rechtstradities in Europa. Met name in de lidstaten die een uitgewerkt bestuursrechtelijk handhavingssysteem hebben, in navolging van het Duitse Ordnungswidrigkeitensysteem (Italië, Portugal, Spanje) is voorzien in bestuursrechtelijke sancties voor de rechtspersoon en niet in strafrechtelijke sancties. In een aantal landen, bijvoorbeeld Italië, is het principe van de persoonlijke aansprakelijkheid ook grondwettelijk verankerd. Niet alleen zijn er uiteenlopende rechtstradities over het principe van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar ook tussen de landen die wel de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen kennen. De manier waarop de aansprakelijkheid aan de rechtspersoon wordt toegerekend en wie handelingsbekwaam is voor die toerekening is voorwerp van uiteenlopende regelingen. Ook is de aansprakelijkheid van natuurlijke personen binnen de rechtspersoon op uiteenlopende wijze geregeld. Sommige landen hebben daarvoor speciale voorzieningen in het kader van het functioneel daderschap, andere landen vallen terug op de klassieke regels van het daderschap.

De belangstelling voor de thematiek is nog vergroot doordat in het kader van een wetenschappelijke studie in opdracht van het Europees Parlement, en onder leiding van de Franse hoogleraar M. DELMAS-MARTY⁵, harmonisatievoorstellen zijn uitgewerkt op het terrein van het strafrecht en strafprocesrecht teneinde in een betere strafrechtelijke bescherming van de EG-belangen te voorzien. Het betreft hier geen wetgevende voorstellen, maar een inspiratie-bron daarvoor. Opvallend is wel dat de rapporteur voor het onderdeel aansprakelijkheid van rechtspersonen, de Duitse hoogleraar K. TIEDEMANN, strafrechtelijke harmonisatievoorstellen voorstelt op vier terreinen: 1. de aansprakelijkheidsregels voor het daderschap (inclusief deelneming); 2. de aansprakelijkheidsregels voor het functioneel daderschap; 3. de aansprakelijkheidsregels voor de rechtspersoon en 4. het moreel element voor de aansprakelijkheid. Mochten deze voorstellen ooit Europese wetgeving worden, dan zou dit forse consequenties hebben, niet alleen voor het Duitse recht, maar tevens voor het Belgische recht.

In het kader van deze harmonisatie-voorstellen is het interessant de Nederlandse regelgeving op dit terrein aan een bijzondere analyse te onderwerpen. Niet alleen omwille van de jarenlange ervaring met strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen is Nederland boeiend, maar tevens omwille van de manier waarop de

5. Vers un espace judiciaire européen. *Corpus Juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, 1996, niet gepubliceerd.

aansprakelijkheid juridisch is ingericht. Daaruit blijkt dat veel economische en financiële criminaliteit, en ik reken daar expliciet ook milieucriminaliteit toe, niet op een effectieve wijze kan worden bestreden zonder de aansprakelijkheid van rechtspersonen en zonder voor die aansprakelijkheid bijzondere regels uit te werken op het vlak van materiële en morele toerekening.

2. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland

2.1. NEDERLAND IN CONTEXT

Nederland was tot voor kort het enige land op het Europese continent met een algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid voor rechtspersonen. Ondanks de Napoleontische oorsprong van het Nederlandse strafrecht en een continentale rechtstraditie en dogmatiek, heeft Nederland, als een soort anglo-saksische enclave, gekozen voor het adagium 'societas/universitas delinquere et puniri potest'. De rechtspersoon wordt niet alleen in staat geacht strafbare feiten te plegen (rechtspersoon als dader), maar kan er ook strafrechtelijk voor vervolgd en bestraft worden (vervolgbaarheid en strafbaarheid). Met die stap heeft Nederland definitief afscheid genomen van de idee dat de rechtspersoon slechts een juridische fictie zou zijn en dat dus slechts haar organen en natuurlijke personen strafrechtelijk aan te spreken zouden zijn ('No soul to damn, no body to kick'). Gekozen is voor de sociale realiteit in de moderne industriële en post-industriële samenleving, die ervan uitgaat dat rechtspersonen in het sociaal-economisch verkeer een zeer fundamentele plaats innemen en in die hoedanigheid rechten en plichten hebben die een strafrechtelijke verantwoordelijkheid (en de daarbij horende rechtsbescherming) insluiten.

Precies omwille van het feit dat Nederland in een continentale dogmatische traditie de stap reeds vele decennia terug heeft gezet, is de juridische vormgeving van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in Nederland en de jurisprudentiële invulling ervan, een rijke bron voor de andere Europese landen en voor harmonisatie-exercities in het kader van de regionale Europese integratie. Is de Nederlandse regeling, en met name de juridische spitsvondigheden ervan, in Europa nog relatief onbekend, in de V.S. zijn er zelfs auteurs die de erkenning van de beperkte strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in de Franse nouveau code pénal betitelen als een novum en revolutie voor de landen die niet aansluiten bij de common-law traditie (civil law traditie): 'To the international business community, however, the most important features of the Nouveau Code Penal are not the innovations in crime definition and punishment, but the establishment – for the first time in France and, indeed, for the first time in any civil law nation – of comprehensive principles of corporate criminal liability and the creation of a powerful array of corporate criminal sanctions'.⁶ Het is velen blijkbaar onbekend dat Nederland als eerste continentaal land de algemene strafbaarstelling van rechtspersonen heeft

6. ORLAND, L. & CACHERA, C., *Essay and translation: corporate crime and punishment in France: criminal responsibility of legal entities (personnes morales) under the new french criminal code (nouveau code pénal)*, 11 Conn. J. Int'l L. 111 (1995).

ingevoerd. Opvallend is daarenboven dat in de buitenlandse geschriften over deze Nederlandse materie de regeling vaak niet juist of de kern ervan niet precies wordt weergegeven. Onbekendheid bij continentale juristen met de Angelsaksische denkwijze en onbekendheid met de Nederlandse taal zullen daar zeker niet vreemd aan zijn.

Historisch is er een duidelijk verschil tussen de Angelsaksische en de Frans-continentale aanpak. De Angelsaksische aanpak erkent sinds begin deze eeuw dat rechtspersonen functioneel strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn (vicarious liability) voor handelen en nalaten van hun aangestelden. Het Frans-continentale model gaat evenwel uit van de individuele schuld, niet de functionele, en stelt bijgevolg dat criminele sancties alleen kunnen worden opgelegd aan fysieke personen binnen de rechtspersoon en niet aan de rechtspersoon zelf.

Binnen de Angelsaksische traditie is de ontwikkeling het meest uitgesproken. Geconfronteerd met de industrialisatie volgde de rechter in de V.S. de Engelse doctrine, die erkende dat de rechtspersoon strafrechtelijk veroordeeld kon worden voor misdrijven waarvoor geen opzet hoefde bewezen te worden. Deze op het einde van de 19e eeuw algemeen aanvaarde doctrine in de V.S. en in het V.K. werd in het begin van de 20ste eeuw in de V.S. opengebroke door ook mens rea-misdrijven (met opzet) onder de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen te brengen en door de orgaantheorie te verlaten. Dit laatste houdt in dat niet alleen handelen of nalaten door organen van de rechtspersoon, maar door om het even welke fysieke persoon werkzaam in of voor de rechtspersoon, strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de rechtspersoon kan opleveren. Vanaf dit standpunt gaan de V.S. en het V.K. uiteenlopende wegen bewandelen, waarbij het opvalt dat men in het V.K. zich blijft vasthouden aan de beperkte 'alter ego' of orgaantheorie. Bij aansprakelijkheid van mens rea-misdrijven kan alleen handelen of nalaten van het management ('the corporation's brain') tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon leiden. De veel uitgebreidere strafrechtelijke aansprakelijkheid in de V.S. steunt op een jurisprudentiële beslissing, namelijk een uit 1909 daterende beslissing van de Supreme Court: 'Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation, (...) shall also be held to be a misdemeanour committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties (...)'.⁷ Daardoor creëerde de Supreme Court een basisprincipe van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor rechtspersonen, die de grondslag is geworden voor veel wettelijke strafbaarstellingen in de V.S. In 1970 is de Supreme Court specifiek ingegaan op de verantwoordelijkheid voor het nalaten van lager personeel: 'In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission, (...) the Federal Food, Drug and Cosmetic Act imposes not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will

7. New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 (1909).

insure that violations will not occur. The requirement of *foresight* and *vigilance* imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises (...).⁸ Vooral in de laatste jaren is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen nog uitgebreid tot het niet nakomen van zorgplichten, met name in de bank- en financiële wereld.

Ik ben hier in het bijzonder, zij het kort, ingegaan op de ontwikkeling in de V.S., omdat die de bakermat vormt voor dit leerstuk en tevens van grote invloed is geweest op de ontwikkeling in Nederland, ondanks het feit dat Nederland juridisch is geënt op de Napoleontische traditie. In feite is Nederland een voorbeeld van een brugland tussen de juridisch continentale traditie en de Angelsaksische wereld. Dit is een reden te meer om aandacht te besteden aan het Nederlandse recht.

2.2. DE STRAFBAARSTELLING VAN RECHTSPERSONEN IN NEDERLAND IN HISTORISCH PERSPECTIEF

Reeds in de vorige eeuw was er voorzien in de strafbaarstelling van rechtspersonen in het fiscale en douane-strafrecht. Zo werkte het fiscale strafrecht met het concept van een strafrechtelijk aansprakelijke belastingsplichtige rechtspersoon, waarbij het vermogen van de rechtspersoon strafrechtelijk werd aansprakelijk gesteld voor daderschap van ondergeschikten. Artikel 13 van de Algemene Wet op de Douane van 1870 voorzag in een aansprakelijkheid bij het frauderen met invoerrechten (een EG-fraude delict avant la lettre!): 'De vennootschappen en reederijen zijn voor de daden van hare bestuurders, boekhouders, bedienden, arbeiders, knechts of andere personen in hare dienst aansprakelijk op den voet van artikel 231 der Algemeene Wet van 26 augustus 1822 met betrekking tot alle overtredingen van de wettelijke bepalingen omtrent den in-, uit- en doorvoer en de accijnsen.'⁹ Deze regeling gaat dus terug op artikel 231 van de Algemeene Wet van 1822 'over de heffing der relen van In-, Uit- en Doorvoer en van de Accijnsen, alsmede van het tonnégeld der zeeschepen': 'Alle kooplieden, trafijkanten, fabriekanten, nering doende lieden, schippers, voerlieden en verdere personen, wegens hunne bijzondere zaken in eenige betrekking zouden mogen staan met de administratie, zullen te dezen aanzien verantwoordelijk zijn voor de daden van hunnen bedienden, arbeiders, knechts of verdere door hen bezoldigde personen, voor zoo verre die daden tot het door hen uitgeoefend bedrijf betrekkelijk zijn. Wanneer zoodanige kooplieden of andere hier boven breeder opgetelde personen bekeurd mogten worden, ter zake van fraude of andere overtreding dezer wet of bijzondere wetten, en zijlieden tot hunnen verontschuldiging zouden willen beweren dat zulks door hunnen bedienden, knechts of arbeiders, buiten hunne kennis, is geschied, zullen zijlieden desniettemin, en ondanks hunne onbewustheid der daad, de boeten verbeuren op dusdanige overtredin-

8. U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

9. *Staatsblad*, 1870, n 61.

gen gesteld'.¹⁰ Dit bleef echter beperkt tot het bijzondere fiscale en douanestrafrecht, want het Wetboek van Strafrecht in zijn oorspronkelijke versie van 1886 had als uitgangspunt: 'Societas/universitas delinquere non potest'. Wel voorzag het artikel 342 (eenvoudige bankbreuk) in een strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de directeuren of voor de leden van de Raad van Bestuur, maar het Openbaar Ministerie moest wel bewijzen dat zij persoonlijk schuld hadden aan het misdrijf.

Tussen de twee wereldoorlogen heeft de jurisprudentie ook een theorie over functioneel daderschap ontwikkeld. De figuur van het doen plegen is in Nederland niet tot ontwikkeling gekomen; het is de vergeestelijking van het daderschap, culminerend in het functioneel daderschap, geweest die oplossing heeft geboden voor de problemen. In 1933 aanvaarde de Hoge Raad (Nederlandse Hof van Cassatie) dat een drukker strafrechtelijk aansprakelijk was voor het drukken van illegale documenten.¹¹ Door deze constructie werd vermeden dat om het even wie in het bedrijf strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gesteld. In dezelfde lijn kunnen de architect of de aannemer strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld op basis van functioneel daderschap en niet de metser die de werken heeft uitgevoerd.¹² Het functioneel daderschap vereist dus geen persoonlijke actie in hoofde van de verantwoordelijke.¹³ De handeling van de uitvoerder (de directe dader) wordt geacht tot de functionele verantwoordelijkheid van de indirecte dader te behoren. In veel gevallen is die verantwoordelijkheid ook expliciet in de bijzondere wetgeving ingebouwd.

De eerste helft van deze eeuw was ook in Nederland gekenmerkt door een sterke overheidsinterventie in het sociaal-economische leven, samenlopend met de ontwikkeling van de sociale interventiestaat. Door de crisis eind jaren twintig en de oorlogseconomie werd de behoefte gevoeld om het economische leven te onderwerpen aan publiekrechtelijke en strafrechtelijke verplichtingen. Begin jaren vijftig werd de Wet op de Economische Delicten (WED) van kracht. De WED is een kaderwet voor de bestraffing van economische misdrijven.¹⁴ Ten aanzien van de economische delicten bepaalt de WED dat in geval van een misdrijf de overtreder gestraft kan worden met gevangenisstraf en/of geldboete, eventueel voorwaardelijk. De duur van de gevangenisstraf en de hoogte van de boete is afhankelijk van de wet waar het geval betrekking op heeft. De maximale gevangenisstraf is zes jaar en de geldboete 100.000 gulden. Naast deze hoofdstraffen kunnen verschillende bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd. De bijkomende straffen zijn: gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde, verbeurdverklaring van voorwerpen en vordering uit de onderneming waar het delict werd gepleegd en gehele of gedeeltelijke ontzegging van of ontzegging uit bepaalde voordelen of rechten. De voorziene maatregelen zijn: onderbewindstelling van de onderneming

10. *Staatsblad*, 1822, 442.

11. H.R., 13 maart 1933, *N.J.*, 1933, 1385.

12. H.R., 29 juni 1936, *N.J.*, 1937, 9; H.R., 11 december 1951, *N.J.*, 1952, 366 en H.R., 18 juni 1963, *N.J.*, 1964, 107.

13. H.R., 31 januari 1950, *N.J.*, 1950, 286.

14. MULDER, A., *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.

van de veroordeelde, het opleggen van de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander, op kosten van de veroordeelde en betaling van een geldsom aan de Staat ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, ook van hetgeen wederrechtelijk is verkregen uit soortgelijke feiten, waarover voldoende verdenking ten aanzien van de veroordeelde bestaat. De WED is een kaderwet, waaraan momenteel meer dan 100 wetten op sociaal-economisch terrein zijn aangehaakt. Dit betreft wetgeving inzake landbouw, visserij, levensmiddelen, milieu, etc. Met de invoering van de WED in 1950 werd het belangrijk artikel 15 van kracht:

‘1. Indien een economisch delict wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de strafvervolgning ingesteld en worden de straffen en maatregelen uitgesproken hetzij tegen die rechtspersoon, die vennootschap, die vereniging of dat doelvermogen, hetzij tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten, hetzij tegen beiden.

2. Een economisch delict wordt onder meer begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan wordt door personen, die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde handelen in de sfeer van de rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economische delict hebben begaan dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van dat delict aanwezig zijn.

3. Indien een strafvervolgning wordt ingesteld tegen een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, wordt deze tijdens de vervolging vertegenwoordigd door de bestuurder en, indien er meer bestuurders zijn, door één dezer. De vertegenwoordiger kan bij gemachtigde verschijnen. Het gerecht kan de persoonlijke verschijning van een bepaalde bestuurder bevelen; het kan alsdan zijn medebrenging gelasten.

4. Indien een strafvervolgning wordt ingesteld tegen een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, vindt artikel 538, onder 2, van het Wetboek van Strafvordering overeenkomstige toepassing.’

Met artikel 15 WED wordt én het daderschap én de strafbaarheid van de rechtspersoon erkend voor economische delicten. Dit is meteen ook het einde van de fictie-doctrine dat de rechtspersoon niet bestaat. Het sociaal-economisch ordeningsrecht werkt voortaan met functies en functionarissen. Het gaat er daar om welke economische functie door een bepaald bedrijf wordt vervuld, en als er dan bepalingen worden geschonden die met het oog op de bepaalde functie (van productie of distributie) gemaakt zijn, dan dient de functionaris en het bedrijf ter verantwoording te worden geroepen en dan dient het bedrijf de sancties te ondergaan. Daarnaast zijn ook straffen denkbaar tegen de erbij betrokken natuurlijke personen, maar het kenmerkende van het ordeningsrecht is het zich richten tot de in het economische leven

optredende eenheid, met bijzondere sancties die gemeenlijk ook slechts door die eenheid gedragen kunnen worden.¹⁵ Toch is er onder de WED nog sprake van 'in de sfeer van de rechtspersoon', aangezien de rechtspersoon zelf geen misdrijf kan begaan (toch nog een wettelijke fictie). Artikel 15 WED sluit geenszins de normale strafrechtelijke aansprakelijkheid van natuurlijke personen uit (aansprakelijkheid voor eigen daden). Het feit dat ze ageren binnen het kader van een rechtspersoon doet daar niets aan af. Ook indien iemand dader van het feit is, ook al is hij vennoot van een vennootschap, blijft hij daarvoor strafbaar.¹⁶ Met erkenning van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de WED wordt tegemoet gekomen aan wat TIEDEMANN omschrijft als een maatschappelijke noodzaak: 'La sociologie nous enseigne que le groupement crée une ambiance, un climat qui facilite et incite les auteurs physiques (ou matériels) à commettre des délits au profit du groupement. D'où l'idée de ne pas sanctionner seulement ces auteurs matériels (qui peuvent changer et être remplacés), mais aussi, et surtout, le groupement lui-même. D'autre part, des formes nouvelles de criminalité comme les délits d'affaires, y compris ceux contre le consommateur, les atteintes à l'environnement et le crime organisé posent les systèmes et moyens traditionnels du droit pénal devant des difficultés si grandes qu'une approche nouvelle paraît indispensable. Ce n'est pas hasard que le législateur en Europe continentale a admis, dès les années 20 de ce siècle, à savoir à partir de la naissance du droit économique moderne, des exceptions à l'adage 'societas delinquere non potest' (p.ex. en matière fiscale, douanière ou de concurrence)'.¹⁷ Precies deze toepassingsterreinen zijn voor de Unie van essentiële waarde.

In 1965 wordt de eerste voorzichtige stap gezet in het commune strafrecht, door invoering in het Wetboek van Strafrecht van artikel 50a: 'Bij wettelijk voorschrift kan wegens een overtreding, gepleegd door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, straf worden bepaald tegen bestuurders, leden van het bestuur of commissarissen, alsmede tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijke leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten.' Voorafgaand aan dit artikel had de Hoge Raad reeds een aantal malen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurders erkend voor handelingen van anderen binnen de rechtspersoon.¹⁸ Artikel 50a erkent voor commune strafdelicten het daderschap van de rechtspersoon (*societas delinquere potest*), maar niet de strafbaarheid ervan (*sed non punite potest*). Artikel 50a veronderstelt dat de lid van het bestuur bevel heeft gegeven tot het plegen van de overtreding of daar minstens leiding heeft aan gegeven. Het is duidelijk dat er hier absoluut geen sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon zelf (*societas punite potest*). Wanneer een overtreding van een wettelijk voorschrift wordt gepleegd door of vanwege een corporatie, kan straf worden

15. Zie noot bij H.R., 23 februari 1954, *N.J.*, 1954, 378 (Ijzerdraad-arrest).

16. HOLLANDER, F., WED, Arnhem, 1952, 102; H.R., 9 december 1952, *N.J.*, 1953, 139.

17. Rapport, *o.c.* (noot 5), p. 14.

18. H.R., 26 november 1888, W 5645 (Cadier en Keer-arrest), H.R., 13 maart 1933, *N.J.*, 1933, 1385; a contrario H.R., 21 februari 1938, *N.J.*, 1938, 820.

bepaald tegen bestuurders of tegen hen die tot het feit opdracht hadden gegeven of feitelijk leiding hadden gehad bij het verboden handelen of nalaten.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon komt er pas in 1976 met de invoering van artikel 51 Wetboek van Strafrecht, dat er vanuit gaat dat alle misdrijven kunnen worden gepleegd door rechtspersonen:

‘– 1 Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

– 2 Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1) tegen die rechtspersoon, dan wel

2) tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3) tegen de onder 1 en 2 genoemde tezamen.

– 3 Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersonen gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.’

In feite kunnen, op basis van de combinatie Wetboek van Strafrecht en WED, volgende sancties aan de rechtspersoon worden opgelegd voor het plegen van economische delicten: boete, inbeslagneming, publicatie van de veroordeling, confiscatie, schadevergoeding, gedeeltelijke of gehele stillegging van bedrijfsactiviteiten (het civiele recht voorziet ook in de opheffing van het bedrijf), en bevel tot ophouden/uitvoeren van het verboden/nagelaten handelen. Vanaf de invoering in 1976 van het artikel 51 in het Wetboek van Strafrecht zijn de rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk en dat voor alle mogelijke delicten, inclusief voor het delict dood door schuld. Door de algemene werking van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht komt het artikel 15 WED te vervallen. Voor de verdachte rechtspersoon gelden alle voor de verdachte gegeven rechtswaarborgen in het Wetboek van Strafvordering en in artikel 6 EVRM.

De onder artikel 51 vallende rechtssubjecten zijn breder dan de civielrechtelijke definitie van rechtspersonen. Alle groeperingen, met uitzondering van de éénpersoons-onderneming, vallen onder het toepassingsgebied. De civielrechtelijke status van rechtspersoon is niet doorslaggevend. Artikel 51 kenmerkt zich tevens door een parallelle, binaire aanpak. Naast de aansprakelijkheid van de rechtspersoon is ook de aansprakelijkheid van de opdrachtgevers of feitelijke leidinggevers mogelijk. De ene aansprakelijkheid sluit de andere niet uit (cumulatief aspect), maar er moet wel sprake zijn van daderschap van de rechtspersoon (op basis van het functioneel daderschap) vooraleer de opdrachtgevers of feitelijk leidinggevers aangesproken kunnen worden. Met andere woorden, het betreft hier communicerende vaten. In de praktijk is gebleken dat de strafbaarstelling van de rechtspersoon zeer belangrijk is voor de strafbaarstelling van de functioneel verantwoordelijken in het bedrijf. Het daderschap van de rechtspersoon is niet alleen de basis voor de strafbaarheid van de rechtspersoon, maar ook voor de natuurlijke personen die opdracht hebben gege-

ven alsmede van de natuurlijke personen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.

Naast deze dubbele aansprakelijkheidslijn onder artikel 51 blijft het nog steeds mogelijk de functionarissen uit eigen hoofde, als eigen daders (individuele aansprakelijkheid) strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Fysieke personen kunnen dus ook als daders, als medeplichtigen etc. worden vervolgd en bestraft. Dit staat in de Nederlandse strafwetgeving volledig los van het leerstuk onder artikel 51 Wetboek van Strafrecht, en dus volledig los van de strafbaarstelling van rechtspersonen. Tot slot, bestaat er naast de aansprakelijkheid van een functionaris als 'eigen dader' (pleger, deelnemer), als kwaliteitsdader en als functioneel dader (plegen in functie), ook de aansprakelijkheid van bestuurders in bijzondere wetten als de Wet Autovervoer Personen en de Wet Autovervoer Goederen. In die wetten is specifiek omschreven wie aansprakelijk zijn en hoe zij zich kunnen disculperen.

Na deze historische schets en aanduiding van de grote lijnen en van het belang van de problematiek is het tijd om dieper in te gaan op de communicerende vaten binnen artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht, zijnde de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen én de strafrechtelijke aansprakelijkheid van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden. In het bijzonder zullen we ontleden op welke wijze ze communiceren via de dogmatiek van het functioneel daderschap. Naar mijn mening dient dit aspect bij welke harmonisatie dan ook meer aandacht te krijgen, aangezien hier mogelijkheden liggen om binnen de dogmatiek van het moreel element (culpa en dolus) een functionele strafrechtelijke aanpak te ontwikkelen die niet haaks staat op de basisprincipes van het strafrecht en van de rechtsstaat, maar tevens toelaat het strafrecht aan te passen aan de huidige maatschappelijke ontwikkelingen.

3. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden

3.1. INLEIDING

De problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen en van feitelijk leidinggevendenden dient te worden gesitueerd in de ruimere context van aansprakelijkheid van ondernemingen en van haar bestuurders. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen is slechts een klein deelaspect van de algehele aansprakelijkheidsproblematiek van bestuurders van ondernemingen. Na de invoering van de besloten vennootschap in 1971 werd tevens een misbruikwetgeving ontwikkeld om te voorkomen dat de rechtspersoon zou worden misbruikt om sociale verzekeringspremies en loon- en omzetbelasting niet te hoeven te betalen. Daarin worden bestuurders aansprakelijk gesteld wanneer de rechtspersoon met betaling in gebreke blijft. Voorts kunnen bestuurders aansprakelijk zijn op basis van een onrechtmatige daad (ex art. 1401 B.W.). Onder invloed van Europese Richtlijnen is ook in een aantal gevallen risico-aansprakelijkheid ingevoerd. Tot slot geldt

ook een specifieke civielrechtelijke aansprakelijkheid bij faillissement van een commerciële rechtspersoon. Gezien het feit dat deze materie buiten het bestek van dit artikel valt wordt volstaan met te verwijzen naar de hoofdliteratuur.¹⁹

Maar iedereen is het erover eens dat naast de civielrechtelijke aansprakelijkheid er ook behoefte is aan een punitieve weg, zij het via de administratieve, zij het via de strafrechtelijke weg. Wat de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid betreft dient vermelding dat er in Nederland recentelijk een codificatie van het bestuursrecht heeft plaats gehad (Algemene Wet Bestuursrecht), waarin geen onderscheid wordt gemaakt naar rechtssubjecten die het voorwerp van administratieve sanctionering kunnen zijn. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn onderworpen aan de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid. Artikel 1:2 definieert de belanghebbende als degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Artikel 1:2 (3) verwijst trouwens expliciet naar het belang van de rechtspersoon.

3.2. STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VAN RECHTSPERSONEN EN BEDRIJFSLEIDERS

Ik ben van mening dat Nederland een nieuwe dogmatiek heeft ontwikkeld en nog steeds ontwikkelt die erin is geslaagd met nieuwe juridische concepten het klassieke strafrecht aan te passen aan het feit dat rechtspersonen door handelen of nalaten zich schuldig maken aan strafbare feiten. In de praktijk beschikt het Openbaar Ministerie nu over een scala van mogelijkheden, die elkaar niet per se uitsluiten:

1. vervolging van een rechtspersoon;
2. vervolging van de fysieke dader;
3. vervolging van de leidinggevende functionaris als deelnemer of functionele dader;
4. vervolging van de leidinggevende functionaris op grond van het daderschap van de rechtspersoon.

We spitsen ons hier in het bijzonder toe op de vervolging van de rechtspersoon en op de vervolging van de leidinggevende functionaris op grond van het daderschap van de rechtspersoon.

3.2.1. *Het daderschap van de rechtspersoon:*²⁰ IJZERDRAADCRIPTERIA

In Nederland is er geen sprake van een rechtstreeks daderschap van de rechtspersoon. Uitgangspunt is bijgevolg het vaststellen van individuele verantwoordelijkheid

19. DIJK, P.L., e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle, 1988 en BROODGRAPPERHAUS, J.J., e.a., *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaanemers*, Leiden, 1987.

20. TORRINGA, R.A., *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984; JÖRG, N., *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem, 1990; FIELD, S. en JÖRG, N., 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen voor dodelijke ongevallen naar Engels en Nederlands recht', *Panopticon*, 1991, 233-248.

bij natuurlijke personen, die vervolgens dient toegerekend te worden aan de rechtspersoon. Hieruit blijkt welke belangrijke plaats het leerstuk van de toerekening inneemt. In de Memorie van Antwoord op het wetsontwerp-artikel 51 is gesteld dat ze de vraag of het bij een lagere functionaris aanwezige opzet kan worden toegerekend aan de corporatie, zal afhangen van de interne organisatie en de toedeling van bevoegdheden. De wet verschaft geen criterium, aan de hand waarvan bepaald zou kunnen worden onder welke omstandigheden een rechtspersoon in een concreet geval geacht kan worden het feit te hebben begaan. Om die reden is sinds 1945 in Nederland door de rechtspraak invulling gegeven aan de criteria voor het daderschap van rechtspersonen. Maar het basisprincipe is wel degelijk, in tegenstelling tot veel andere landen, dat het handelen of nalaten van natuurlijke personen aan de rechtspersoon wordt toegerekend (inclusief opzet) en dat op die manier het daderschap van de rechtspersoon wordt geconstrueerd. Eénmaal het daderschap geconstrueerd komt de strafbaarheid in beeld, en het daderschap is ook een voorwaarde voor de strafbaarheid van de feitelijk leidinggevende, opdrachtgever, functionele dader. Als het daderschap van de rechtspersoon vaststaat kan de aansprakelijkheid van de bij de rechtspersonen betrokkenen voor dat daderschap aan de orde worden gesteld. Uit de lectuur van artikel 51 valt onmiddellijk op dat van strafrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid *sensu strictu* niet kan worden gesproken. Voor strafbaarheid op deze grondslag is de hoedanigheid van bestuurder of commissaris geen voorwaarde. Het is een aansprakelijkheid van leidinggevend en in het algemeen.

Inzake toerekening dient een onderscheid gemaakt tussen de toerekening van het materieel bestanddeel en van het moreel bestanddeel.

Materiële toerekening

De theorie van het functioneel daderschap is van jurisprudentiële oorsprong. In het beroemde Ijzerdraadarrest van 1954 oordeelde de Hoge Raad inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ondernemer dat 'niet alles wat er fout gaat in een onderneming kan beschouwd worden als behorend tot de risicosfeer van de ondernemer. Het moet in de ondernemer zijn machtssfeer liggen en hij moet het in het algemeen aanvaard hebben'. Door de Hoge Raad is deze rechtspraak doorgetrokken naar de rechtspersoon in het Kabeljauwarrest. Niet het reële gedrag is van belang, wel het functionele gedrag. De daad van de fysieke persoon zal bijgevolg kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon indien de reële gedraging van de fysieke persoon overeenstemt met een maatschappelijk functie-ervullen door de rechtspersoon in kwestie. Het is echter duidelijk dat bijna elke gedraging van een rechtspersoon een functionele gedraging is. De Nederlandse wetgever geeft in artikel 51 geen limitatieve opsomming van de natuurlijke personen die de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon teweeg brengen. De Hoge Raad heeft daarvoor de criteria macht en aanvaarding ontwikkeld. De rechtspersoon moet een zekere macht hebben over de persoon in kwestie en bovendien moet zij het gedrag in kwestie aanvaard hebben. Dus een eenvoudige bediende kan die aansprakelijkheid veroorzaken, zelfs iemand die formeel niet onder de rechtspersoon fungeert maar materieel

als dusdanig opereert. Macht en aanvaarding betekenen ook dat bepaalde gedragingen zijn uitgesloten, bijvoorbeeld het geval waarin de werknemer drugs verkoopt in het bedrijf (maar wel witwassen in bank, of het storten van afval). De aansprakelijkheid kan ook bijeen gescharreld worden over meerdere natuurlijke personen, die verenigd gezien – doch niet elk apart – beantwoordden aan het constitutieve element van het door de rechtspersoon gepleegde misdrijf (agregaatprincipe).

Morele toerekening

In Nederland dient op dit punt een onderscheid gemaakt te worden tussen overtredingen en misdrijven. Wat de overtredingen betreft is het zo dat het morele element bij de dader zich beperkt tot het niet nakomen van toezicht-plichten en voorzorgsplichten. Het betreft het schenden van zorgplichten. Bij misdrijven hebben we het over de klassieke vormen van culpa en dolus, zij het dat de dolus eventualis (hij had het kunnen voorzien en hij had het kunnen voorkomen, maar heeft niets ondernomen) onderdeel uitmaakt van het dolus-concept. De opzet aanwezig bij de natuurlijke persoon, ook bij lager geplaatsten, kan worden toegerekend aan de rechtspersoon waarvoor hij werkt. Alles hangt af van de interne organisatie van de rechtspersoon en van de taak en verantwoordelijkheden welke aan die natuurlijke persoon toebedeeld zijn. De feitelijke bestaande verhoudingen zijn dus van bepalende aard opdat de rechter het opzet of de schuld van de natuurlijke persoon aan de rechtspersoon zal toerekenen. Het is niet noodzakelijk dat de natuurlijke personen bij de rechtspersoon zijn aangesteld, een feitelijke relatie is voldoende.²¹ Evenmin is het noodzakelijk dat de rechtspersoon of een orgaan van een rechtspersoon een formele beslissing neemt.

Het is duidelijk dat de artikel 51-lijn weinig problematisch is wanneer het pleger- of deelnemersgedragingen van functionarissen betreft die uit handelen bestaan. Moeilijker is het wanneer het om een commissiedelict gaat dat per omissionem wordt begaan. Dan moet er een plicht geconstrueerd worden die op de functionaris zou rusten. De Memorie van Antwoord op artikel 51 Wetboek van Strafrecht vermeldt dat als een bestuurder schuld heeft aan een strafbaar feit door het te verzui- men wijziging in de bedrijfsvoering aan te brengen of te verhinderen dat de handelingen plaats vonden, hij als dader kan worden gestraft volgens het in de jurisprudentie ontwikkelde ruimer daderschapsbegrip.

Door deze toerekeningsleer heeft men geen behoefte meer aan organieke theorieën: 'Souvent, la responsabilité de l'entreprise est seulement déclenchée par des actes ou omissions de la part des organes et/ou représentants légaux, juridiquement qualifiés pour agir au nom de l'entreprise. Cette restriction correspond à la théorie du droit civil et à la vue classique qui veut que la personne morale agit à travers ses organes. Le modèle contraire se contente des actes de toute personne agissant au nom de l'entreprise ou en faveur de celle-ci. Cette conception plutôt pragmatique

21. H.R., 16 juni 1980, *N.J.*, 1981, 586.

va très loin tout en facilitant la preuve et en rendant superflues les distinctions entre différentes catégories de représentants, y compris les représentants de fait'.²² In Nederland is duidelijk gekozen voor het tweede model, met zeer flexibele toerekeningsconstructies aan de rechtspersoon.

In 1945 werd het warenhuis Vroom en Dreesman vervolgd wegens overtreding van een prijsvoorschrift, een overtreding waarbij opzet of schuld niet vereist is. In het bedrijf bestond een directie-instructie die verbood boven de wettelijke maximumprijs te verkopen. Desondanks werd de onderneming veroordeeld. Uit de beslissing van de Hoge Raad terzake²³ komen vier relevante criteria voor daderschap van de rechtspersoon naar voren:

Het moet gaan om een persoon die

1. in dienst van het bedrijf
2. binnen zijn algemene bevoegdheid en
3. in het kader van zijn werkzaamheden
4. ten bate van het bedrijf heeft gehandeld.

In 1954 werd een nieuwe stap gezet in het IJzerdraad-arrest, een arrest over het functioneel daderschap in een eenmansbedrijf. Een natuurlijk persoon, eigenaar van een eenmansbedrijf, verdacht van illegale uitvoer werd door het Gerechtshof veroordeeld op grond van de V&D-criteria. De Hoge Raad deelde evenwel een andere mening en stelde het daderschap van de eigenaar, die verklaard had in zijn hoedanigheid van eigenaar strafrechtelijk verantwoordelijk te zijn, niet vast. De Hoge Raad was immers de mening toegedaan dat 'de gewraakte handelingen alleen dan als gedragingen van de verdachte waren aan te merken indien verdachte erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkend de loop van zaken door verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard'.²⁴

De doorbraak van de IJzerdraad-criteria, zijnde beschikkingsmacht en aanvaarding, naar de rechtspersoon, kwam er met het Kabeljauw-arrest. Een reder, rechtspersoon, werd vervolgd voor illegale visserij. De reder had het schip uitgerust met voor de visvangst op tong en schol speciale netten en had de opdracht gegeven op die vissoorten te vissen. Het Gerechtshof paste de V&D-criteria toe en vond de opdracht een voldoende grond voor vrijspraak. De Hoge Raad oordeelde evenwel de IJzerdraad-criteria van toepassing, ook binnen het kader van een rechtspersoon, en toetste de beschikkingsmacht en de aanvaarding. Reeds in 1979 had de Hoge Raad aangenomen²⁵ dat het 'uitoefenen van de visserij' niet alleen geschiedt door de bemanning van het vissersvaartuig, maar ook door degene die als reder en/of eigenaar bewerkstelligt dat daarmee de visserij in strijd met het verbod wordt uitge-

22. Cf. rapport (noot 5), p. 27.

23. V&D-arrest, H.R., 27 januari 1948, 197.

24. IJzerdraad-arrest, H.R., 23 februari 1954, *N.J.*, 1954, 378.

25. Kabeljauw I-arrest, H.R., 12 juni 1979, *N.J.*, 1979, 555.

oefend. In het Kabeljauw-II arrest²⁶ vulde de Hoge Raad het begrip bewerkstelligen in en stelde dat er sprake van is, indien de 'aan boord van het vissersvaartuig verrichte handelingen zijn aan te merken als gedragingen van de verdachte. Dit zou het geval zijn, indien de verdachte erover vermocht te beschikken of die handelingen al dan niet zouden plaatsvinden en deze behoorden tot de zodanige welke plaatsvinden blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard'. Samengevat, voor het daderschap van een rechtspersoon zijn twee cumulatieve voorwaarden vereist, namelijk dat de rechtspersoon a. over het al dan niet vertonen van het strafbaar gedrag *vermocht te beschikken*, dit is het strafbaar gedrag kon verbieden of reguleren en b. dat strafbaar gedrag heeft *aanvaard*, of minstens soortgelijk strafbaar gedrag in het verleden heeft aanvaard. Aanvaarding betekent niet dat de rechtspersoon de handeling zelf uitdrukkelijk aanvaardt, maar dat tot uitdrukking dient te komen dat de verboden handeling verricht moet zijn in het kader van de bedrijfspolitiek van de rechtspersoon.

Vraag is evenwel of opzet of schuld (culpa), zijnde de subjectieve bestanddelen van een delict, aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Ook hier heeft de wetgever een nadere invulling achterwege gelaten. In de Memorie van Toelichting bij artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht wordt geantwoord dat de toerekening van het bij de natuurlijke persoon aanwezige opzet aan de rechtspersoon waarbij hij in dienst is, mede zal afhangen van de interne organisatie van de betreffende rechtspersoon en van de taak en verantwoordelijkheid die aan de natuurlijke persoon is toebedeeld.²⁷

Dit is een moeilijk probleem, waarover ook relatief weinig rechtspraak bestaat. De strafbaarheid van de rechtspersoon is immers voortgekomen uit het economisch strafrecht. In het economisch strafrecht is de vervolging van een rechtspersoon wegens het opzettelijk plegen van een economisch delict (misdrijf) eerder uitzondering dan regel. Voor de economische overtredingen geldt geen opzetvereiste. Anders in het commune strafrecht, waarbij van de dader van ernstige strafbare feiten (misdrijven) wordt geëist dat hij hetzij willens en wetens (opzet – dolus), hetzij door ernstige onachtzaamheid, onvoorzichtigheid of roekeloosheid (culpa) heeft gehandeld of nagelaten. Uit de rechtspraak is wel duidelijk dat de rechtspersoon opzettelijk kan handelen en dat de toerekening van opzet of schuld aan de rechtspersoon niet beperkt hoeft te worden tot die van organen of lasthebbers van de rechtspersonen.²⁸ Men mag niet uit het oog verliezen dat de vereiste van wetenschap in het strafrecht niet betekent dat ook inzicht bestaat in het verboden en strafbare karakter van de gedraging. De (rechts)persoon hoeft zich slechts bewust te zijn dat de gewraakte gedraging zich voltrekt (kleurloos opzet).²⁹ Ook het nalaten (culpoze delicten) kunnen aan de rechtspersoon worden toegerekend. De bewustheid, de weten-

26. Kabeljauw II-arrest, H.R., 1 juli 1981, *N.J.*, 1982, 80.

27. Memorie van Toelichting, 19.

28. Zie bv. het Nut-arrest, H.R., 16 juni 1981, *N.J.*, 1981, 586 en H.R., 29 mei 1984, *N.J.*, 1985, 6.

29. H.R., 18 maart 1952, *N.J.*, 1952, 314, zie ook VAN DIJK, P.L., *o.c.*, 103-105.

schap van het duurzaam ontbreken van de zorgvuldigheid die in een onderneming wordt geleverd is een inbreuk op hun zorgplicht.

Wat overtredingen betreft geldt een algemene zorgplicht, in die zin dat de organisatie haar potentiële macht om erover te beschikken dat zich geen strafbare feiten voordoen, verwerkelijkt door middel van beleid, instructies, procedures en maatregelen ter voorkoming of verbetering van situaties die gevaarlijk zouden kunnen zijn. Men moet het wel hebben kunnen voorzien, zoniet zou er sprake zijn van risico-aansprakelijkheid (strict liability). Er is evenwel niet snel afwezigheid van alle schuld. Het nalaten naar behoren te beschikken in een potentieel gevaarlijke situatie houdt immers aanvaarding van de gevolgen in.³⁰ Slechts als een organisatie al het mogelijke gedaan heeft wat in haar macht ligt om alle mogelijk voorzienbare strafbare feiten te voorkomen zal een geldig beroep op afwezigheid van alle schuld succes kunnen hebben.³¹ Indien de nodige instructies zijn gegeven, de technische installaties zijn aangepast, het nodige toezicht heeft plaatsgehad, dan kan de organisatie niet verantwoordelijk worden gesteld voor het negeren van instructies door personeel.

Bij misdrijven geldt de extra-voorwaarde van opzet of schuld. Dit betekent minstens wetenschap omtrent het (mogelijk) begaan van strafbare feiten op leidinggevend niveau, zonder dat maatregelen ter voorkoming worden getroffen, hetzij omdat men de situatie aanvaardt (opzet), hetzij omdat men haar te licht inschat (schuld).

TORRINGA beantwoordt de vraag over de toerekening van opzet of schuld aan de rechtspersoon met volgende veronderstellingen:

– Is er een bestuursbesluit, dan is de daarin gelegen schuld of opzet in beginsel steeds toe te rekenen aan de rechtspersoon;

– is er geen bestuursbesluit, maar is er sprake van het verstrekken van opdrachten, dan kan de daarin gelegen schuld of (voorwaardelijke) opzet ook aan de rechtspersoon worden toegerekend. Hetzelfde geldt indien er sprake is van het bewust aanvaarden van foutieve handelingen, vooral als er sprake is van usances in de bedrijfsvoering. Opzet of schuld liggen dan besloten in de bedrijfspolitiek, of in de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon;

– bij employés of andere feitelijke uitvoerders aanwezige opzet of schuld is onder omstandigheden door 'bijeenharken' toe te rekenen aan de rechtspersoon. Het bijeengeharkte gefragmenteerde opzet of schuld, vanuit meerdere natuurlijke personen.³²

30. Zie H.R., 23 februari 1993, *N.J.*, 1993, 605.

31. H.R., 1 juli 1981, *N.J.*, 1982, 80.

32. TORRINGA, R.A., *De rechtspersoon als dader; strafbaar leidinggeven aan rechtspersonen*, Arnhem, 1988. H.R., 16 juni 1981, *N.J.*, 1981, 586 en H.R., 2 maart 1982, *N.J.*, 1982, 446, bepalen beide dat wanneer verdachten bij het verrichten van handelingen, te zamen opleverend het feitelijke leiding geven aan de verboden gedragingen, het er niet toe doet wie van de verdachten precies welke handelingen heeft verricht. Deelnemingsvormen aan het feitelijk leidinggeven zijn dus mogelijk en 'het bestanddeel opzet hoeft alleen gesteld en bewezen te worden ten aanzien van de rechtspersoon, niet ten aanzien van de opdrachtgever of leidinggever. Weliswaar zal het bij opzet van een rechtspersoon gaan om opzet van één of meer natuurlijke personen dat aan de rechtspersoon wordt toegerekend, maar niet is vereist dat gesteld en bewezen wordt dat dit opzet ook het opzet van de opdracht – of leidinggever was.'

Tot slot is het de vraag of de rechtsbescherming, zoals voorzien in het Wetboek van Strafprocesrecht en in artikel 6 van EVRM kan worden ingeroepen door alle natuurlijke personen die aan de basis liggen van de toerekening aan de rechtspersoon. In een recente zaak had het Openbaar Ministerie natuurlijke personen werkzaam in een bedrijf als getuigen ondervraagd. Aangezien ze getuigen waren, en geen verdachten, moest de verplichting van artikel 29 Wetboek van Strafprocesrecht, inhoudende het zwijgrecht en de verplichting om de verdachte daar op te wijzen (cautieplicht), niet worden nageleefd. Maar die ondervragingen leidden wel tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon, die zich in beroep bij het Hof in Den Haag³³, tevergeefs, beriep op schending van zijn rechtsbescherming. Deze uitspraak lokte forse kritiek uit in de rechtsleer.³⁴

3.2.2. De strafbaarheid van de leidinggevende functionaris op grond van het daderschap van de rechtspersoon: SLAVENBURG-criteria

Als het daderschap van de rechtspersoon vaststaat kan de aansprakelijkheid van de bij de rechtspersonen betrokkenen voor dat daderschap aan de orde worden gesteld. Vrijspraak van een rechtspersoon en veroordeling van de opdracht- en feitelijke leidinggever is een *casus non dabilis*. Het is evenwel naar Nederlands recht niet vereist dat een rechtspersoon ook daadwerkelijk wordt vervolgd teneinde de opdracht- en feitelijke leidinggevers te kunnen vervolgen. Het volstaat dat uit het dossier blijkt dat de veroordeling van de rechtspersoon mogelijk is.

Het feitelijk leiding geven aan de verboden gedraging is een afzonderlijk begrip dat niets uitstaande heeft met het daderschap van de natuurlijke persoon. Het betreft de vervolgbaarheid op grond van het daderschap van de rechtspersoon. Om die reden moet het feitelijk leiding geven (en opdracht geven) duidelijk worden onderscheiden van het daderschap van en de deelneming aan de verboden handeling of het hebben van opzet of schuld daaraan. De aansprakelijkheid van de opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers geldt zowel voor het handelen als voor het nalaten.

Wat feitelijk leidinggeven precies inhoudt is niet in de wet omschreven en overgelaten aan de invulling door de jurisprudentie.³⁵ De meest spectaculaire en doorslaggevende affaire voor de concretisering van dit begrip is ongetwijfeld de Slavenburg-zaak. De Slavenburg-bank had eind zeventiger jaren de kwalijke reputatie gespecialiseerd te zijn in het beheer, het witwassen en het wegsluizen van zwart geld. Een professioneel opgezet opsporingsonderzoek leidde tot de arrestatie van de bedrijfstop en tot twee belangrijke uitspraken van de Hoge Raad.³⁶ Probleem was

33. Affaire van der Valk, 19 juni 1996.

34. Cf. HARTMANN, A.R. en DE MEIJER, M.E., 'De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautie-verplichting bij de verdachte rechtspersoon', *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1768-1773.

35. Commentaar: MULDER, A., 'Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan', *Tvvs, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8, 213-219; TORRINGA, R.A., *o.c.*, en DIJK, P.L., *o.c.*, pp. 97-122.

36. Voor meer details over deze interessante zaak van white-collar crime, zie BRANTS, C.H. en BRANTS, K.L.K., *De sociale constructie van fraude*, Arnhem, 1991.

dat de ten laste gelegde feiten begaan waren in diverse kantoren en er geen sprake was van rechtstreekse persoonlijke en actieve betrokkenheid van de vervolgdgen. Alles draaide rond de bestaande bedrijfscultuur.

Het Gerechtshof in Den Haag had in een eerste uitspraak op basis van de zorgplicht van de verdachten gesteld dat de strafbaarheid ook nog aanwezig is, indien de leidinggevende van de verboden gedraging op de hoogte *had behoren* te zijn, hetgeen in de buurt komt van een strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid. In de Eerste Slavenburgbeschikkingen heeft de Hoge Raad dit criterium weer ongedaan gemaakt, maar dit door op een zeer ongelukkige en restrictieve wijze te stellen dat: 'slechts dan kan worden aangenomen dat iemand feitelijke leiding aan een verboden gedraging heeft gegeven, indien hij van die gedraging op de hoogte was'.³⁷

Bij een tweede beschikking die de Hoge Raad in deze zaak heeft gedaan komt de Hoge Raad terug op haar eerste beschikking. De Hoge Raad gebruikt de Ijzeraad-criteria (zie supra) en spitst die toe op de aansprakelijkheid van de opdracht- of feitelijke leidinggever:

'5.1.1. Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen.

5.1.2. De bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans onder 5.1.1. bedoeld kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de bank rechtstreeks verband hield met de in de kennisgeving van verdere vervolging verboden gedragingen.'

Kortom, het is niet vereist dat de leidinggevende persoon kennis heeft gedragen van de specifieke strafbare feiten, waarvoor daderschap bij de rechtspersoon is vastgesteld, en die dus de basis vormen voor zijn eigen vervolging op grond van artikel 51, lid 2 onder 2 Wetboek van Strafrecht. Als blijkt dat de leidinggevende wetenschap had van andere verboden gedragingen die in nauw verband stonden met die strafbare feiten, dan wordt verondersteld dat de leidinggevende bewust een aanmerkelijke kans op het plaatsvinden van de gewraakte feiten heeft aanvaard. Op basis van die wetenschapsconstructie wordt hij dan ook aansprakelijk geacht.

Opdat de feitelijk leidinggevende dus aansprakelijk kan worden gesteld is voor eerst vereist dat hij een leidinggevende positie inneemt. Daarbij wordt gekeken naar de feitelijke inhoud van zijn positie, niet naar de formele aanstelling, alhoewel deze laatste natuurlijk niet zonder betekenis is. Het feit dat iemand bevoegd en redelijkerwijs gehouden is vanuit zijn feitelijke positie tot het treffen van maatregelen ter voorkoming van strafbare feiten in een concrete situatie is doorslaggevend. Dit betekent dat ook werknemers onder omstandigheden als feitelijk leidinggevend kunnen worden beschouwd. Ten tweede moet de feitelijk leidinggevende persoonlijk

37. H.R., 19 november 1985, *N.J.*, 1985, 125 en 126.

wetenschap hebben gehad van minstens soortgelijke feiten (bedrijfscultuur) en dus door het nalaten maatregelen ter voorkoming te nemen bewust een risico hebben genomen.

'Redelijkerwijs gehouden' betekent tevens dat niet iedereen die leiding geeft en van het delict afweet een ZORGPLICHT heeft (garant). Bepalend voor het strafbaar leidinggeven is niet zozeer de formele positie maar wie in realiteit heeft nagelaten voldoende controle uit te oefenen en daar functioneel toe gehouden was. Voor strafbaar feitelijk leidinggeven is naar Nederlands recht minimaal voorwaardelijk opzet met betrekking tot het zich voordoen van verboden gedragingen nodig. Enig schuldverwijt is dus vereist. De zorgplicht kan bestaan uit bevelen, maatregelen, middelen en toezicht. Hoe groter de zorgplicht die op de leidinggever rust (was hij bij uitstek daarmee belast, of ook anderen?), des te meer activiteiten tot voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen van hem worden verwacht (= communicerende vaten). Basis voor aansprakelijkheid is het verzaken van een zorgplicht die men uit hoofde van zijn functie dient na te komen. Hierbij wordt naar volgende vierdeling gekeken:

1. Actieve betrokkenheid van de leidinggever bij de verboden gedraging
2. Actieve betrokkenheid bij de bedrijfsvoering
3. Passieve betrokkenheid bij de verboden gedraging
4. Passieve betrokkenheid bij de bedrijfsvoering

Bij culpose delicten en overtredingen geldt het principe van de onbewuste schuld. De feitelijke leidinggever moet persoonlijk hebben geweten dat zich een potentieel gevaarlijke situatie voordeed in de organisatie op het terrein waar de eigen bevoegdheden liggen en de mogelijke strafbare gevolgen niet hebben beseft (persoonlijk de potentieel gevaarlijke situatie hebben behoren te kennen).

Samengevat luiden de Slavenburg-criteria aldus:³⁸

1 de leidinggever moet binnen de rechtspersoon een zodanige machtspositie hebben bekleed, dat hij zeggenschap had over de verboden gedraging;

2 de leidinggever moet persoonlijk – minstens soortelijke – wetenschap hebben gehad³⁹ zodat hij gehouden is – en krachtens zijn machtspositie bevoegd is – maatregelen ter voorkoming te nemen;

3 hij moet door deze maatregelen achterwege te laten bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen, zodat hij geacht kan worden opzettelijk de verboden gedraging te bevorderen.

Dus het feitelijk leidinggeven omvat niet alleen het 'doen', maar ook het 'nalaten'. Deze criteria voorkomen tevens een te grote uitbreiding van de kring der aansprakelijke leidinggevers.

De begrippen daderschap van de rechtspersoon en feitelijk leidinggeven zijn communicerende vaten. Het zijn de Ijzerdraad-criteria die beslissend zijn voor de

38. TORRINGA, R.A., *o.c.*, 56.

39. Hij dient daadwerkelijk op de hoogte te zijn van de betreffende strafbare gedraging. Niet voldoende is dat hij daarvan op de hoogte had kunnen of behoren te zijn. Zie H.R., 19 november 1985, *D.D.*, 86, 163, *N.J.B.*, 1986, 110.

toerekening van aansprakelijkheid: zowel voor de vraag in hoeverre de rechtspersoon heeft kunnen beschikken en aanvaarden, als voor het persoonlijke verwijt dat men individuele feitelijke leidinggevers kan maken wegens het nalaten te beschikken waar dat wel mogelijk was, en daarmee kennelijk aanvaarden. Het eerste hangt af van de wijze waarop de leiding op allerlei niveaus zich bewust is en rekenschap geeft (in geval van misdrijven) dan wel zou moeten zijn (in geval van overtredingen) van de mogelijkheid van potentieel strafbare feiten in het kader van bedrijfsactiviteiten. Voor het tweede, dat pas aan de orde komt wanneer daderschap van de rechtspersoon kan worden vastgesteld, geldt het aangescherpte criterium van persoonlijk bewustzijn.

Het feit dat het Openbaar Ministerie, binnen artikel 51, kan kiezen tussen de vervolging van de rechtspersoon of de vervolging van de opdrachtgevers of de feitelijk leidinggevendenden, op voorwaarde dat de rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, heeft tot consequentie dat aan de rechtspersoon een administratieve boete kan worden opgelegd en aan de opdrachtgever/feitelijk leidinggevende strafsancities kunnen worden opgelegd, zonder dat de administratieve boete vervalt, hetgeen het geval zou zijn, op basis van de anti-cumulatieregels, indien beide sancties aan de rechtspersoon zouden zijn opgelegd.

4. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen en van de staat

4.1. INLEIDING

In de wettekst van artikel 51 wordt niet uitdrukkelijk verwezen naar publiekrechtelijke rechtspersonen. In de Memorie van Toelichting wordt evenwel expliciet aandacht aan het leerstuk besteed, zonder daarbij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen uit te sluiten, maar te onderstrepen dat het om een weerbarstige materie gaat die moeilijk in wetsbepalingen is te vatten. De Memorie van Toelichting stelt 'het is niet prudent om strafbare activiteiten van (ondernemingen) van publiekrechtelijke lichamen of instellingen uit te sluiten, omdat zulks als onrechtvaardig, met name als strijdig met het gelijkheidsbeginsel zou kunnen worden ervaren' (par. 10, 21). Wel moet volgens de Memorie van Toelichting het strafrechtelijk relevante daderschap van publiekrechtelijke rechtspersonen worden beperkt tot feiten die gepleegd zijn binnen een ondernemingsactiviteit die ook door particulieren wordt of kan worden verricht. Als het strafbare feit te plaatsen is in het verband van de algemene of specifieke bestuurstaak is er geen sprake van strafbaarheid. Hoe moeilijk het is om die grens te trekken moge blijken uit een aantal zaken uit het recente verleden, maar vooral uit een aantal recente ophefmakende zaken, waarbij het Openbaar Ministerie en sommige rechtbanken de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, als die van lagere overheidsorganen hebben aanvaard. Ondanks het feit dat de grote meerderheid van de strafrechtsdogmatiek in Nederland de mening is toegedaan dat artikel 51 ook strafrechtelijke aansprakelijkheid creëert

voor publiekrechtelijke rechtspersonen, blijft de Hoge Raad zich op dit punt zeer gereserveerd opstellen.

4.2. ANALYSE VAN DE RECENTE JURISPRUDENTIE

De afgelopen 15 jaar is de problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van lagere overheidsorganen diverse keren aan de orde geweest in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁴⁰ Hierbij beperk ik me tot een aantal spraakmakende voorbeelden. In een zaak in 1982 vervolgt het Openbaar Ministerie de gemeente Tilburg wegens het aanleggen van verkeersdrempels, zonder dat de gemeente daartoe door de verantwoordelijke overheden was gemandateerd. De verdediging gebruikte als argument dat het hier het uitoefenen van een specifieke bestuurstaak betrof. De Hoge Raad gaat met de verdediging mee en stelt dat, zonder evenwel het begrip 'overheidstaak' te definiëren, dat 'de in vorenvermelde tenlastelegging aan de verdachte verweten gedragingen betreffende een overheidstaak, te weten de zorg voor de veiligheid der publieke wegen. Daarvoor kan een gemeente niet strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld. Derhalve heeft de Kantonrechter het recht geschonden door de Officier van Justitie te ontvangen in zijn vervolging'.⁴¹

De definitie van overheidstaak wordt evenmin gegeven in een zaak met betrekking tot de stad Voorburg. De stad had opdracht gegeven om reigersneden in een park te vernietigen, aangezien de vogels het park vervuilden. Ook hier oordeelde de Hoge Raad⁴² dat de rechtbank de vordering van het Openbaar Ministerie onontvankelijk had moeten verklaren, want het betrof hier 1/ een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet en 2/ die gehouden was tot goed beheer van de parken in het kader van haar bestuursbevoegdheden. Beslissend is dus of een rechtspersoon tot de publieke autoriteiten behoort én in dat kader een overheidstaak uitoefent. Dit blijkt ook a contrario uit een aantal visserijzaken. Het gemeentebestuur van Urk, een pittoreske visserijgemeente, bate een gemeentelijke visafslag uit. De gemeente werd strafrechtelijk aansprakelijk gesteld voor het niet naleven van de visserij quoterings- en registratieregels, aangezien de gemeente hier een commerciële activiteit en geen overheidstaak uitoefende.⁴³ Zo ook veroordeelde de Rechtbank Middelburg in 1995 de gemeente Vlissingen tot een boete van 16.000 gulden in verband met onregelmatigheden in de administratie van de gemeentelijke visafslag. De rechtbank overwoog omtrent de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie uitdrukkelijk 'dat de tenlastegelegde gedragingen niet zijn verricht ter behartiging van een bij of krachtens de wet aan de verdachte in het bijzonder opgedragen overheidstaak.'

In een zeer recente zaak heeft de Hoge Raad zich moeten uitspreken over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zelf. Op de militaire luchthaven te Volkel waren er reeds diverse keren problemen geweest met milieuvervuiling door

40. Zie BRANTS, C. en DE LANGE, R., *Strafvervolging van overheden*, Arnhem, 1996.

41. H.R., 27 oktober 1981, *N.J.*, 1982, 474.

42. H.R., 23 okt. 1990, *N.J.*, 1991, 496.

43. H.R., 8 juli 1992, *N.J.*, 1993, 12.

het lekken van een kerosine-brandstoftank (overtreding van artikel 14 Wet op de bodembescherming, bestaande uit niet naleving, door de gebruiker van de grond, van de zorgplicht om te voorkomen dat vervuiling optreedt, hetgeen als overtreding wordt gesanctioneerd in de Wet Economische Delicten en indien opzettelijk begaan ook als misdrijf wordt gesanctioneerd). De eerste keren had de Minister van Landsverdediging een strafzaak kunnen vermijden door het aanvaarden van een transactiebedrag. Maar de aanhoudende recidive verplichtte het Openbaar Ministerie tot vervolging van het Ministerie. De rechtbank verklaarde de staat strafrechtelijk aansprakelijk, zonder evenwel een strafsanctie op te leggen.⁴⁴ De Hoge Raad heeft evenwel de redenering van de rechtbank niet gevolgd en stelt dat

‘6.1. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken.

6.2. Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv.

6.3. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

6.4. het vorenoverwogene brengt mee dat de Rechtbank de Officier van Justitie niet-ontvankelijk had behoren te verklaren in zijn vervolging’.⁴⁵

Met deze beslissing kent de Hoge Raad aan de Staat de absolute strafrechtelijke immuniteit toe: strafvervolging is onmogelijk en de Officier van Justitie die een dergelijke zaak aanbrengt is niet-ontvankelijk. Omdat de strafrechtelijke immuniteit van de overheid door de Hoge Raad is ingekleed als een vervolgingsuitsluitingsgrond, wordt niet aan een oordeel toegekomen over het al dan niet strafbaar zijn van concreet overheidshandelen dat op het eerste gezicht een strafbaar feit lijkt op te leveren.

Het Volkel-arrest werd op 23 april 1996 gevolgd door drie arresten inzake de vervolging van respectievelijk een gemeente-ambtenaar die feitelijke leiding had gegeven aan een misdrijf⁴⁶, en de provincie Noord-Holland en het Waterschap West-Friesland⁴⁷, die beide zonder de vereiste vergunning of ontheffing tot het verbranden van riet langs de waterkant waren overgegaan. Ik beperk me hier tot de eerste zaak. De gemeente Boarnsterhim en de B.V. Grontmij hebben verontreinigde baggerspecie in het Pikmeer gestort. Het hoofd van de afdeling openbare werken van de gemeente wordt in zijn hoedanigheid van opdrachtgever of feitelijk leidinggevende geconfronteerd met een strafvervolging. Zowel de rechtbank als het Hof

44. Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 februari 1993, *N.J.*, 1993, 257.

45. H.R., 25 januari 1994, *N.J.*, 1994, 598 (C), MenR 1994, 104 (De L.) (*Vliegbasis Volkel*).

46. H.R., 23 april 1996, *N.J.*, 1996, 513 (tH) (*Pikmeer*).

47. H.R., 23 april 1996, *N.J.B.*, 14 juni 1996, nr. 61 (*Provincie Noord-Holland*) en H.R., 23 april 1996, *N.J.*, 1996, 512 (*Waterschap West-Friesland*).

van Beroep stellen voldoende bewijs vast. Het Hof stelt het als volgt: 'Indien de gemeente Boarnsterhim strafrechtelijk niet kan worden vervolgd, neemt dit niet weg dat zij strafbare feiten kan plegen en dat degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen daarvoor kan worden vervolgd'. Maar de Hoge Raad spreekt dit tegen: 'De vervolgbaarheid van rechtspersoon en feitelijk leidinggever zijn zo nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak, meebrengt dat een strafvervolgning evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam, indien deze in de hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging (...)'.⁴⁸ Dus enkel en alleen de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid (uit eigen hoofde) blijft mogelijk. Precies om te vermijden dat de lagere uitvoerders de strafrechtelijke rekening gepresenteerd krijgen, zijn de regels van het daderschap van rechtspersonen en van feitelijk leidinggeven ontwikkeld (functioneel daderschap). In overheidsorganisaties dreigt nu de situatie te ontstaan dat die niet meer van toepassing kunnen zijn en dat individuele personen dus enkel en alleen kunnen worden aangesproken op het klassieke individueel daderschap. Vaak zullen de lagere uitvoerders daarvan het slachtoffer worden en zullen de hiërarchisch geplaatsten hun handen in onschuld wassen. Frappant is tevens dat de B.V. Grontmij wel strafrechtelijk is aangepakt. Daderschap van de rechtspersoon werd vastgesteld en de feitelijke leidinggever werd vervolgd. De visie van de Hoge Raad leidt in de praktijk tot een frappante rechtsongelijkheid tussen rechtspersonen en binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon tot een bestraffing van de hiërarchisch lageren uit eigen hoofde.

Uit deze arresten wordt duidelijk dat ook de lagere overheid strafrechtelijke immuniteit geniet die elke beoordeling door de strafrechter uitsluit, met die beperking dat het wel moet gaan om een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 Gw, dat bovendien heeft gehandeld ter uitvoering van een bij wet opgedragen taak. Tegelijk werd in de kwestie Boarnsterhim een punt beslist dat na *Volkel* onduidelijk was gebleven: de immuniteit van de overheid strekt zich uit tot de ambtenaren en arbeidscontractanten die in het kader van de overheidstaak als feitelijke leidinggever of opdrachtgever hebben gehandeld (het tweede luik van art. 51 Wetboek van Strafrecht).

In de afgelopen decennia is de publieke taak, en de manier waarop die wordt ingevuld en uitgeoefend, evenwel zodanig veranderd qua vorm en inhoud, dat het functionele onderscheid tussen publieke en private taak en het organieke onderscheid tussen publiek en privaat orgaan geen hanteerbaar criterium meer zijn voor veel juridische verschillen. Tevens heeft er zich in het privaatrecht en in het publiekrecht een ontwikkeling voorgedaan in de richting van een toenemende aansprakelijkheid van de overheid én een toenemende rechtsbescherming voor de burger.

48. H.R., 23 april 1996, *N.J.*, 1996, 513 ('tH), GS 7035.3 (HH) (Pikmeer).

Aan bijvoorbeeld een landbouwbedrijf dat wordt geconfronteerd met zware milieuplichten, die strafrechtelijk worden afgedwongen, is niet meer uit te leggen dat de gemeente of het Ministerie die milieu-inbreuken begaan strafrechtelijk immuun zijn. Bij slot van rekening is dit ook aan de burger niet meer uit te leggen.

5. Conclusie

In het leerstuk van het daderschap van rechtspersonen en feitelijk leidinggeven betekent de versoepeling van de gewone daderschapregels van de art. 47 en 48 Wetboek van Strafrecht, dat daderschap en aansprakelijkheid zijn afgestemd op de taakverdeling, beheersverantwoordelijkheid en beslissingsmacht die moderne organisaties eigen zijn. Voor degene die feitelijk de strafbare handeling verricht blijft, althans voor zover hem daarvan een verwijt te maken valt, de normale strafrechtelijke aansprakelijkheid overeind. Maar voor de organisatie – die het feit alleen via natuurlijke personen kan plegen en per definitie functioneel dader is – gelden functionele daderschapsregels, terwijl ook de aansprakelijkheid van feitelijke leidinggevers die doorgaans niet zelf de delictsomschrijving volledig zullen vervullen, een functionele is.

Door de jurisprudentiële ontwikkeling van het functioneel daderschap en de toepassing ervan op en in het kader van de rechtspersoon is het in de praktijk mogelijk gebleken om niet alleen de rechtspersoon op zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid te wijzen, maar daarbinnen ook de opdrachtgevers en de feitelijke leidinggevers strafrechtelijk te vervolgen. Dit alles gebeurt met functionele daderschapcriteria, die op het punt van de mens rea binnen de continentale traditie 'geen straf zonder schuld' blijven en niet uitgaan van strict liability, evenwel rekening houdend met de actuele organisatie- en verantwoordelijkheidsstructuur binnen een onderneming of organisatie. Hiermee is ook aangegeven dat de klassieke mens rea regels en bewijsregels inzake daderschap en deelneming een onvoldoende instrumentarium vormen om de rechtspersoon op een effectieve wijze strafrechtelijk te bejegenen. In de literatuur wordt bijvoorbeeld gewezen op de moeilijkheid om deelname aan onvoorzichtigheid bij economische activiteit te bestraffen. Door deze verantwoordelijkheidsdeling binnen artikel 51 Wetboek van Strafrecht wordt hiervoor een oplossing geboden. In het algemeen kan worden gesteld dat het functioneel daderschap zoals het in Nederland is uitgewerkt en ingevuld een rijke variatie aan spreiding van strafrechtelijke verantwoordelijkheid oplevert, die ook flexibel kan worden aangewend. In het bijzonder bij financieel en economische activiteiten en bij de bestrijding van EG-fraude, lijkt het me essentieel systemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontwikkelen die in staat zijn de rechtspersoon voor zijn verantwoordelijkheid te stellen.

In die zin getuigen de communicerende vaten van artikel 51 van wetgevende vernieuwing, die verder door de jurisprudentie is verfijnd.

Kortom, het lijkt me essentieel om in de Unie tot een strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen te komen.

Een vlucht naar het bestuursrecht of naar het civiel recht dient te worden vermeden. Het feit dat het Hof voor de Rechten van de Mens in veel arresten heeft gesteld dat de rechtsbeschermings-eisen van artikel 6 EVRM tevens van toepassing zijn op punitieve bestuurssancties, die een semi-strafrechtelijk karakter hebben, is geenszins een doorslaggevend argument om de vlucht naar het bestuursrecht te legitimeren. Immers, het punitief bestuursrecht is in veel landen onderontwikkeld, zowel qua juridische inbedding als qua praktijk. In tegenstelling tot in Duitsland, waar tot op zekere hoogte sprake is van communicerende vaten tussen het administratief en het strafrechtelijk sanctierecht, ook op het vlak van de procedure, is het zo dat in de meeste andere lidstaten de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctiesystemen gescheiden systemen zijn en het bestuursrecht voorziet in beperktere mogelijkheden inzake onderzoek, inbeslagneming, confiscatie, etc. dan het strafrecht.

Met name op het economisch-financieel terrein is het essentieel om over effectieve mogelijkheden te beschikken om het bewijs rond te krijgen. Tot slot, op internationaal en steeds meer op nationaal niveau, is men volop bezig om de inbeslagneming en confiscatie-sancties bij georganiseerde misdaad verder te verruimen. Dit is een onderdeel van het straf(proces)recht en in de V.S. zijn deze sancties een onmisbaar instrument gebleken in de strijd tegen strafbare handelingen begaan door ondernemingen. Zich beperken tot sancties in het kader van het bestuursrecht lijkt me ook om die reden een vlucht naar een relatieve straffeloosheid.