

ANNOTATIE

## **Annotatie bij Hoge Raad 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.**

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

*Annotatie bij Hoge Raad, 26-04-2016, ECLI:NL:HR:2016:733 (SR-2016-0199)*

Op 26 april 2016 wees de Hoge Raad een overzichtsarrest over feitelijk leidinggeven (artikel 51 Sr). Het is geen arrest waarin een bepaalde richting wordt ingeslagen. Het is een arrest waarin een overzicht wordt gegeven van jurisprudentie tot dusver. Overigens betreft het hoofdzakelijk jurisprudentie uit de jaren tachtig – in die periode is het leerstuk van feitelijk leidinggeven met name ontwikkeld.

De in het leerstuk door de Hoge Raad ontwikkelde regels zijn helder op een rij gezet in de overwegingen 3.1.1-3.5.3. Onder meer wordt herhaald dat voor een veroordeling voor feitelijk leidinggeven, wel is vereist dat een strafbaar feit is begaan door de rechtspersoon, maar niet is vereist dat deze rechtspersoon ook wordt vervolgd. Evenmin is voor de Hoge Raad vereist dat de feitelijk leidinggever een dienstverband heeft bij de rechtspersoon. Verder is het mogelijk feitelijk leiding te geven aan een deelnemingshandeling, begaan door een rechtspersoon. Bovendien kunnen in de opvatting van de Hoge Raad verschillende personen worden aangemerkt als feitelijk leidinggever ten aanzien van één verboden gedraging van de rechtspersoon. Ook rechtspersonen kunnen feitelijk leidinggever zijn.

Een aantal punten valt op. Allereerst is de toelichting door de Hoge Raad voor het wijzen van een overzichtsarrest rond het leerstuk van de feitelijk leidinggever, opvallend. De Hoge Raad laat weten dat dit gecompliceerde thema in recente rechtspraak weinig aan bod is gekomen (r.o. 3.1.1). Vervolgens licht de Hoge Raad toe dat hij ‘enkele opmerkingen’ zal maken over het feitelijk leidinggeven en dat deze opmerkingen ‘geen compleet overzicht’ vormen, maar beogen om op ‘hoofdlijnen een verduidelijking van het beslissingskader te bieden’. Ook houdt

de Hoge Raad – uiteraard – een slag om de arm door op te merken dat bij de toepassing van het gegeven kader veel zal afhangen van de precieze feiten en omstandigheden van het geval. Hoewel het enerzijds begrijpelijk is dat de Hoge Raad ruimte wil houden om waar gewenst af te wijken van het eigen kader, is het toch ook lichtelijk teleurstellend dat de Hoge Raad opmerkt dat het geboden overzicht niet compleet is. Als de Hoge Raad dan toch overgaat tot het opstellen van een overzicht, mag misschien wel worden verwacht dat dat compleet is.

De vraag rijst of misschien nog andere redenen denkbaar zijn, die maken dat de Hoge Raad juist nu met het overzicht komt. Een andere reden is misschien gelegen in het, de laatste jaren nationaal en internationaal steeds luider klinkende, geluid om naast rechtspersonen ook leidinggevend en aan te pakken. Daarnaast komt nog het bestuursstrafrecht waarin de figuur van de feitelijk leidinggevende weliswaar is overgenomen uit het strafrecht, maar waar de toepassing ervan nog lang niet altijd vlekkeloos verloopt.

Een tweede punt dat opvalt in deze uitspraak is dat aan het opdrachtgeven als evenknie van het feitelijk leidinggeven, geen letter wordt besteed. Dat is aan de ene kant begrijpelijk aangezien het opdrachtgeven in de praktijk nauwelijks aan bod komt, maar anderzijds was er misschien iets voor te zeggen dat de Hoge Raad dan duidelijk zou maken dat inderdaad het opdrachtgeven hetzij ‘simpelweg’ onder feitelijk leidinggeven moet worden gerubriceerd, hetzij inmiddels is verworpen tot een nagenoeg dode letter.

Een ander opvallend punt betreft de terminologie voor wat betreft het constateren dat door de rechtspersoon een strafbaar feit wordt begaan voorafgaand aan het toekomen aan de vraag over het feitelijk leidinggeven door de feitelijk leidinggever. In de jurisprudentie tot dusver en in deze uitspraak heeft de Hoge Raad het vrij consequent over het eerst moeten ‘vaststellen’ van het feit dat door de rechtspersoon in kwestie een strafbaar feit zou zijn begaan. Het is niet duidelijk wat wordt bedoeld met dat ‘vaststellen’. Het is de vraag – misschien een wat al te academische, maar dan nog – in hoeverre dit betekent dat moet worden ‘bewezen’, in overeenstemming met het wettelijk systeem van bewijsmiddelen (artikel 338 e.v. Sv), dat de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan. Het zou helpen als de Hoge Raad op dit punt in de toekomst een licht zou kunnen schijnen.

Het vierde punt dat van belang is aan deze uitspraak, naast vanzelfsprekend het nuttige overzicht voor wat betreft het feitelijk leidinggeven, is dat de Hoge Raad en passant stilstaat bij het opzet van rechtspersonen. Het opzet van rechtspersonen kan namelijk op verschillende manieren worden vastgesteld. Het kan volgens de Hoge Raad zijn dat het opzet van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon wordt toegerekend, het kan ook zijn dat het opzet van een rechtspersoon onder omstandigheden bijvoorbeeld kan worden afgeleid uit het beleid van de rechtspersoon of uit de feitelijke gang van zaken binnen de rechtspersoon. Het is niet

onprettig dat de Hoge Raad dit heeft meegenomen in zijn overwegingen: het onderstreept dat bij opzetdelicten niet alleen kan worden volstaan met het vaststellen van daderschap, maar dat ook de subjectieve zijde moet worden onderzocht. Wat misschien wel nog had kunnen worden toegevoegd, is de mogelijkheid dat het opzet bij een rechtspersoon ook kan volgen uit verschillende onderdelen van opzet die bij verschillende natuurlijke personen, of rechtspersonen of in het licht van gevoerd beleid aanwezig is, ook wel bekend als het ‘gefragmenteerde’ opzet.

Het vijfde en laatste punt dat ik kort wil aanstippen betreft de passieve variant van het feitelijk leidinggeven. De passieve variant, staat naast de actieve variant. Het actieve feitelijk leidinggeven kan voor de Hoge Raad bestaan (i) uit het leidinggeven in de gebruikelijke zin van het woord, of (ii) uit het door de feitelijk leidinggever gevoerde beleid (bijvoorbeeld als bestuurder), waarvan de verboden gedraging begaan door de rechtspersoon, het onvermijdelijke gevolg is, of (iii) uit het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijk leiding te hebben gegeven. Daarnaast staat het passieve feitelijk leidinggeven, waarin sprake is van de situatie dat de verboden gedraging van de rechtspersoon door de feitelijk leidinggever zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. De Hoge Raad overweegt dat daarvan ‘in het bijzonder’ sprake kan zijn bij een verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat. Hier valt op dat de Hoge Raad met de woordkeus ‘in het bijzonder’, kennelijk ruimte openlaat voor andere criteria naast de Slavenburg-criteria (r.o. 3.5.2). Wat die andere criteria zouden inhouden, moet worden afgewacht.

Voorgaande opvallende punten laten onverlet dat de uitspraak van 26 april 2016 een bruikbaar overzicht biedt van staande jurisprudentie voor wat betreft het feitelijk leidinggeven. Meer van dit soort arresten zijn zeker welkom.