

Daderschap van de rechtspersoon sinds het Drijfmest-arrest

Stilstaand water

mr. drs. J.T.C. Leliveld¹

1. Inleiding

In deze bijdrage staat de wat achter blijvende ontwikkeling van de rechtspraak rondom het daderschap van de rechtspersoon centraal. Vertrekpunt vormt het *Drijfmest*-arrest uit 2003.² De feiten die ten grondslag lagen aan dat standaardarrest zijn weinig prozaïsch. Mest werd uitgereden over landerijen die door een rechtspersoon werden beheerd. Deze rechtspersoon was niet de eigenaar van de landerijen. De rechtspersoon wist niet wie de mest had uitgereden en had hiervoor geen toestemming gegeven. Hij werd hier wel strafrechtelijk aansprakelijk voor gehouden. De casus bracht de Hoge Raad tot het formuleren van criteria voor daderschap van rechtspersonen.

Een rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Het antwoord op de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon;
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
- 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 bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging.

Het zou aan de rechter zijn om invulling te geven aan de criteria. Vrij snel na het arrest verschenen enkele mooie bijdragen in de literatuur, waarin naast waardering voor de verduidelijking ook vragen werden opgeworpen.³ Vragen over bijvoorbeeld de onderlinge rangorde tussen de omstandigheden, de relevantie van 'de aard van het delict', en de 'aanvullende omstandigheden'. De rechtsontwikkeling in de jurisprudentie biedt vervolgens een karig beeld. De overwegingen uit het *Drijfmest*-arrest zijn vaak letterlijk als algemeen kader terug te vinden. Het beeld is wisselend maar regelmatig is

1. Mr. Jan Leliveld is advocaat bij Wladimiroff Advocaten.
2. Ook *Zijpe*-arrest genoemd, HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (nt. Mevis) en (bijvoorbeeld) JM 2004/72 (nt. Koopmans).

3. In het bijzonder noem ik de bijdrage van J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen. Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge', Nijmegen, WLP 2005, p. 273-288, voor deze bijdrage m.n. hoofdstuk 4 van de bijdrage. Ook veel van de hierna in deze bijdrage aangehaalde artikelen vallen hier onder.

sprake van een wat obligate invuloefening van de omstandigheden. Teruggevallen wordt op bijvoorbeeld een eenvoudig 'de gedraging vond plaats in de normale bedrijfsuitoefening en de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest'. Gemaakte keuzes zijn niet altijd geconcretiseerd en/of inzichtelijk.⁴ De in de literatuur naar aanleiding van het Drijfmet-arrest gestelde vragen worden vaak niet beantwoord. Kortom, de rechtspraak heeft zich in de ruim tien jaar sinds de Drijfmet-overwegingen niet erg doorontwikkeld. Het lijkt er daarbij, gezien de beschikbare rechtspraak, overigens wel op, dat de overwegingen in de praktijk hun werk doen. Misschien speelt bij het achterwege blijven van ontwikkelingen ook mee dat (zoals ik bij het schrijven van deze bijdrage heb ondervonden) close reading van de Drijfmet-overwegingen inderdaad vragen oproept, maar dat werkbare, misschien niet helemaal afgeronde, overwegingen voor de rechtspraak te verkieszen zijn boven technische discussies. Met dit alles in het achterhoofd breng ik enkele eerder in literatuur al aan de orde gestelde vraagpunten (toch) opnieuw onder de aandacht. Daarbij blijf ik overigens dicht bij de overwegingen zelf.⁵ Eerst sta ik stil bij het onderscheid tussen het toerekenen van gedragingen van natuurlijke personen aan de rechtspersonen en rechtstreeks daderschap van rechtspersonen. Vervolgens ga ik in op de relevantie van 'de aard van de gedraging'. Daarna besteed ik aandacht aan de rangorde van de aan de orde zijnde omstandigheden, op basis waarvan volgens de Hoge Raad sprake kan zijn van een gedraging 'in de sfeer van de rechtspersoon'. Daarbij zal ik bezien of er ruimte is, dan wel behoefte of noodzaak, voor enige uitbreiding dan wel aanpassing van de 'Drijfmet-omstandigheden'.

2. Toerekenen en rechtstreeks daderschap

Een rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging 'redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend', zo begint de Hoge Raad de relevante

4. ie bijvoorbeeld recent nog de toepassing door het Hof Den Haag (LIBOR klacht, in het bijzonder 10.2) 19 mei 2005, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204 en Rb. Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2462 (heel korte motivering), Rb. Rotterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4057 (iets uitvoeriger motivering) en Rb. Amsterdam 23 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2300 (weer iets langere motivering)
5. Er is veel geschreven naar aanleiding van het Drijfmet-arrest. Op voorhand merk ik op, dat veel onderwerpen ook al – in zekere zin – door andere schrijvers aan de orde zijn gesteld. In het bijzonder verwijs ik bijvoorbeeld naar J. de Hullu, *Het daderschap van de rechtspersoon, Materieel strafrecht, vijfde druk* 2012. Deventer: Kluwer (m.n. p. 168-169), waar ik veelvuldig inspiratie opdeed. Met deze bijdrage beoog ik niets meer, dan een aantal door anderen aan de orde gestelde vraagpunten opnieuw onder de aandacht te brengen.

Drijfmet-overwegingen. Het begrip 'toerekenen' is in dit kader niet eenduidig gedefinieerd en in de rechtspraak wordt vrijwel niet ingegaan op de vraag of handelen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, of dat sprake is van een eigen vorm van daderschap. In de literatuur heeft een aantal auteurs betoogd dat voor daderschap noodzakelijk is, dat de gedraging van natuurlijke personen aan de rechtspersoon wordt toegerekend.⁶ Anderen menen dat het daderschap van een rechtspersoon ook rechtstreeks kan worden vastgesteld.⁷ Het louter toerekenen van gedragingen van natuurlijke personen (fysieke gedragingen) aan de rechtspersoon zou volgens hen onvoldoende recht doen aan het specifieke eigen karakter van het daderschap van de rechtspersoon. Soms zijn specifieke handelingen door natuurlijke personen ook niet te identificeren.⁸ Dat beide manieren van daderschap van rechtspersonen mogelijk zijn, mag inmiddels mijns inziens wel worden aangenomen. Wat de gevolgen hiervan zijn voor de (invulling van) de Drijfmet-criteria, is niet duidelijk.

Betoogd is ook, dat in het geval uitgegaan wordt van eigen daderschap de Drijfmet-criteria niet van toepassing zijn.⁹ Er zou dan sprake kunnen zijn van eigen op de rechtspersoon toegesneden criteria voor daderschap, zoals een gebrekkige interne organisatie, of een bepaalde bedrijfscultuur.¹⁰ De Valk heeft aangegeven dat het gelet op de zeer algemene formulering van de Drijfmet-criteria, niet goed denkbaar is, dat deze criteria slechts van toepassing zijn in het geval van toerekening van gedragingen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon. Voor de beoordeling van de in het Drijfmet-arrest gegeven omstandigheden is het mijns inziens dan wel van belang stil te staan bij de vraag wat de rechtspersoon wordt verweten en of het toereke-

6. Bijvoorbeeld E. Gritter, 'Duidelijkheid omtrent corporatief daderschap, Enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmet-arrest', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht*, 2004, p. 31-38. Zie ook A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013. Hij schrijft: 'De redelijke toerekening betreft de toerekening van een (strafbare) gedraging van een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon. Voor eigen daderschap van een rechtspersoon gelden andere criteria.' Ik meen echter, dat ook in dat geval sprake zal moeten zijn van redelijke toerekening.
7. S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden, naar privaatrechtelijk, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, in het bijzonder hoofdstuk 5.4.3 Het Zijpe-arrest: het criterium van de redelijke toerekening, diss. Groningen 2009, Deventer: Kluwer 2009, in het bijzonder hoofdstuk 5.4.3 Het Zijpe-arrest: het criterium van de redelijke toerekening.
8. De Hullu, a.w. 2012, p. 166.
9. De Valk, a.w. 2009, p. 313.
10. M.J. Hornman, 'Concretisering van redelijke toerekening; invulling van de Drijfmet-criteria in de feitenrechtspraak', *DD* 2010/23. De Hullu, a.w. 2012, p. 165-166 en D. Doorenbos, 'Schuldige rechtspersonen in de risico-maatschappij' in: *Levend strafrecht, Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 143-153.

nen van gedragingen/nalaten van natuurlijke personen of rechtstreeks daderschap van de rechtspersoon daarbij het meest in de rede ligt.

3. Wat is de relevantie van de aard van de (verboden) gedraging en welk belang komt de aard van het delict toe?

Het antwoord op de vraag, of een gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is afhankelijk van 'de concrete omstandigheden van het geval', waartoe mede behoort 'de aard van de (verboden) gedraging'. De aard van de verboden gedraging wordt, voordat op (overige) omstandigheden van het geval wordt ingegaan, afzonderlijk benoemd. De betekenis hiervan moet nog worden verhelderd.¹¹

In de rechtspraak is de aard van de (verboden) gedraging vaak in de overwegingen terug te vinden, omdat eenvoudigweg de hele passage over daderschap van rechtspersonen uit het *Drijfmest*-arrest is overgenomen. Vervolgens wordt echter veelal slechts ingegaan op de vier verschillende omstandigheden die in het *Drijfmest*-arrest in het kader van de sfeer van de rechtspersoon zijn opgesomd.¹² De aard van de gedraging wordt dan niet, althans niet zichtbaar, in die overwegingen betrokken.¹³ Hiermee is van enige verheldering van het belang van de aard van de gedraging, in de rechtspraak niet gesproken.¹⁴ Dit is opmerkelijk nu de Hoge Raad met de volgorde van zijn overwegingen in het *Drijfmest*-arrest en met de aparte benoeming daarin van de aard van de (verboden) gedraging, mijns inziens bedoeld lijkt te hebben, dat de aard van de gedraging *voorafgaand* aan de omstandigheden bezien moet worden en daarmee juist richtinggevend moet zijn.

Op dit standpunt werd ik bij de voorbereiding van deze bijdrage kritisch bevraagd door Van Russen Groen¹⁵, die voorhield dat de Hoge Raad juist ook bedoeld kan hebben, dat de omstandigheid dat een gedraging plaats vond in de sfeer van de rechtspersoon een *short cut* oplevert naar daderschap omdat de Hoge Raad zegt dat "een dergelijke gedraging in beginsel kan worden toegerekend aan de rechtspersoon". Ik denk dat onduidelijkheid over de uitleg kan ontstaan, omdat in het *Drijfmest*-arrest twee maal het begrip 'omstandigheden' wordt gebruikt.

De eerste keer bij 'de omstandigheden van het geval', de tweede keer als gesproken wordt over 'de omstandigheden die van belang kunnen zijn om te bepalen of sprake is van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon'. Ook is verwarrend dat ten aanzien van de aard van de gedraging bij de omstandigheden van het geval is aangegeven 'waartoe mede behoort de aard van de gedraging'. Mijn voorkeur gaat er naar uit, om eerst naar de aard van de (verboden) gedraging te kijken: welk handelen/nalaten staat centraal? Temeer nu hieruit mijns inziens ook zal volgen, hoe tegen de daarna opgenomen omstandigheden in het kader van de bepaling of de gedraging plaatsvond in de sfeer van de rechtspersoon moet worden aangekeken.

De Hullu schrijft dat 'de aard van de (verboden) gedraging' expliciet als relevant ijkpunt is genoemd.¹⁶ Vervolgens maakt hij de stap naar 'de aard van het delict'. Het antwoord op de vraag hoe de aard van de gedraging en de aard van het delict zich tot elkaar verhouden, is mijns inziens niet helemaal duidelijk. Dat beide nauw verwant zijn, is evident.

Het komt mij voor, dat in het kader van de aard van de gedraging inderdaad ook bezien moet worden over wat voor verwijt het nu gaat. Van Strien maakt daarbij een onderscheid tussen 'functionele delicten' in de sociaal-economische sfeer en niet functionele delicten.¹⁷ Onder functionele delicten in de sociaal-economische sfeer verstaat zij delicten waarbij voorschriften aan de orde zijn voor de manier waarop bepaalde economische of sociale activiteiten dienen te worden uitgeoefend en welke voorschriften zich richten tot een specifieke groep functionarissen. Zij geeft als voorbeeld het overtreden van vergunningvoorwaarden of het niet nakomen van meldings- of registratieverplichtingen. Voor dergelijke overtredingen zouden objectieve omstandigheden (dus niet het aanvaarden) voldoende kunnen zijn.¹⁸ Bij niet-functionele delicten zou minder snel daderschap mogen worden aangenomen dan bij functionele delicten.¹⁹

Keupink²⁰ is in dat kader ingegaan op specifieke zorgplichtbepalingen waarbij – kort samengevat – de strafbare gedraging wordt gevormd door het

11. De Hullu, a.w. 2012, p. 165.

12. Ter indicatie, ook Dolman gaat in T&C Strafrecht, art. 51 Sr, aantekeningen 6c-6', na de algemene introductie aansluitend in op de omstandigheden in de sfeer van de rechtspersoon.

13. Zie bijvoorbeeld: HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5349, of recent Rb. Rotterdam, 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2462, vergelijk ook Rb. Oost-Brabant, 16 juni 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3109.

14. Overigens blijkt vaak niet of openbaar ministerie en/of verdediging hier wel expliciet aandacht aan hebben besteed.

15. Prof. dr. P. van Russen Groen, advocaat bij Wladimiroff Advocaten.

16. De Hullu, a.w. 2012, p. 169.

17. A.L.J. van Strien, 'Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon', *Strafblad* 2006, p. 234-249, anders Hornmann, a.w.

18. Van Strien werkt in haar bijdrage uit waarom zij van oordeel is, dat dergelijke delicten sneller toegerekend kunnen worden. Ik herhaal dat niet. Zie voorts De Valk, a.w. p. 319-321.

19. Zie ook C.M.I. van Asperen de Boer, 'Feitelijke leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat' (Deel I), *S&C* 2014, p.19-30, in het bijzonder p. 21.

20. B.J.V. Keupink, 'Strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen bij zorgplichtbepalingen', *S&C* 2011, nr. 1 p. 11-16, en uitvoerig, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht, diss., Nijmegen: WLP 2011.

werkwoord 'zorgen' of een afgeleide daarvan.²¹ Hij geeft aan dat voor deze specifieke zorgplichtbepalingen 'alles bij elkaar genomen' de Drijfmest-benadering geen opgeld doet, maar dat sprake is van 'een soort risico-daderschap'.

Bij de aard van de gedraging dient ook aandacht te worden besteed aan de vraag of het verwijt betrekking heeft op actief of juist passief gedrag van de rechtspersoon.²² Indien bijvoorbeeld sprake is van een 'verboden toestand'-situatie, is doorgaans beslissend of de rechtspersoon normadressaat is en beschikingsmacht had.

De aard van de gedraging en de aard van het delict zijn van belang om preciezer te kunnen bepalen of sprake kan zijn van daderschap van de rechtspersoon. Meer in het bijzonder is het van belang om de vervolgens opgenomen omstandigheden, in het kader van de vraag of sprake is van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon, op juiste wijze te kunnen toepassen. In de rechtspraak is dit vaak niet terug te zien.

4. Hoe worden omstandigheden in de sfeer van de rechtspersoon gewogen en is aanvulling, aanpassing van deze omstandigheden gewenst?

Veelvuldig is geschreven dat de onderlinge verhouding van de verschillende Drijfmest-omstandigheden, verduidelijking behoeft.²³ De verschillende omstandigheden hebben niet hetzelfde gewicht. Zou dat wel het geval zijn dan dreigt dat men in de praktijk de gemakkelijkste omstandigheden vooropstelt.²⁴ De afgelopen tien jaar is de onderlinge verhouding en hoe om te gaan met eventuele tegenstrijdigheden wel in de literatuur, maar niet expliciet in de rechtspraak aan de orde gekomen. De eerste ('werkzaam ten behoeve van') en derde omstandigheid ('dienstig aan de rechtspersoon') zullen minder redengevend zijn dan de omstandigheden twee ('normale bedrijfsvoering') en vier ('beschikken en aanvaarden').²⁵ Er is in de literatuur ook wel overeenstemming dat de eerste, noch de derde omstandigheid kunnen gelden als zelfstandigheid om daderschap te construeren. Het aanwezig zijn van een van deze omstandigheden kan wel als een indicatie voor daderschap worden aangemerkt.²⁶ In de praktijk is echter waarneembaar dat juist deze omstandigheden vaak prominent worden be-

noemd. Een betere motivering van de beide andere omstandigheden zou het inzicht in de afwegingen verbeteren.

De 'normale bedrijfsvoering'²⁷ kan een stevige basis voor redelijke toerekening vormen. Al helemaal als de *verboden* gedraging binnen de 'normale bedrijfsvoering' viel.²⁸ Of de *verboden* gedraging binnen de normale bedrijfsvoering valt, zal soms lastig te bewijzen zijn.²⁹ Veelal zal dan worden verwezen naar de bedrijfscultuur en/of de betrokkenheid van management. In de Chemie-Pack uitspraak besteedt de rechtbank aandacht aan dit verboden karakter: 'Voorts kan gezegd worden dat de gedraging in de normale bedrijfsvoering van Chemie-Pack paste, niet alleen omdat hij plaatsvond in het kader van het productieproces, maar ook omdat hooggeplaatste personen binnen het bedrijf (...) meer dan eens (...) van de brander gebruik hadden gemaakt voor andere werkzaamheden dan voor het branden van krimpfolie op pallets, op een andere locatie dan waar het gebruik van de brander was toegestaan en zonder over een heetwerkvergunning te beschikken'.³⁰ En recent overwoog de Rechtbank Rotterdam: 'De hoofdactiviteit van rechtspersoon bestond uit het doen van geldtransacties, als bewijs waarvan money transfer receipts dienden te worden opgemaakt. Het valselijk opmaken van die money transfer receipts past dus in de "normale bedrijfsvoering" van rechtspersoon. En voorts is deze strafbare gedraging de rechtspersoon dienstig geweest. Omdat het nagenoeg algemeen bekend was dat rechtspersoon het niet nauw nam met het invullen van juiste gegevens op de money transfer receipts'.³¹

De meest interessante omstandigheid (zeker in de verhouding tot de aard van de gedraging en/of de aard van het delict) is die van het beschikken en aanvaarden met betrekking tot de gedraging. Op dit vlak kan een aantal (voorzichtige) ontwikkelingen worden waargenomen.

Een ontwikkeling is dat bij functionele delicten in de economische sfeer het enkel kunnen beschikken lijkt te volstaan – zoals bepleit door Van Strien – voor het aannemen van daderschap. Zo concludeerde A-G Vellinga in 2010 ten aanzien van een overtreding van een vergunningvoorschrift (een functioneel delict in de economische sfeer, dat de zeggenschap (macht) 'bij het bepalen van het strafrechtelijk daderschap van de rechtspersoon in gevallen als de onderhavige een essentiële rol moet spelen (...) Met zeggenschap over het gedrag in strijd met aan de

21. Hij noemt als voorbeelden art. 5:30 Wft (Een marktexploitant zorgt ervoor) en art. 13 WLv (een luchtvaartmaatschappij is verplicht *er voor zorg te dragen dat*).

22. De Valk, a.w. 2009, p. 321, HR 9 maart, 2004, JM 2004/85.

23. De Valk, a.w., p. 315.

24. De Hullu, a.w. 2012, p. 169. Ik meen dat hier in kan worden gelezen 'de gemakkelijkste te bewijzen omstandigheden'.

25. De Hullu, a.w. 2012, p. 166. Herhaalt zij, dat m.i. de eerste/belangrijkste omstandigheid, ook de aard van de gedraging zou kunnen zijn.

26. Kesteloo, a.w., p. 48.

27. Deze omstandigheid is in het verleden (voor het Drijfmest-arrest) aan de orde gekomen in het *Furazolidon*-arrest (HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605, m.nt. 't Hart en (het gaat om de gedraging en niet om de verboden gedraging) het Mazen in het net arrest, HR 29 maart 2005, ljn AR7619.

28. De Hullu, 2012, p. 166, met verwijzing naar *Furazolidon*-arrest, HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605, m.nt. 't Hart.

29. De Hullu, 2012, p. 167.

30. Rb. Breda, 21 december 2012 (Chemiepack), ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000, zie ook Rb. Amsterdam 23 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2300.

31. Rb. Rotterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4057.

*vergunning voor het drijven van een inrichting verbonden voorschriften is het daderschap van de (rechts) persoon gegeven. Meer eisen behoeven daar niet aan te worden gesteld, in het bijzonder niet dat de (rechts) persoon bedoelde gedragingen of situaties of placht te aanvaarden.*³²

Een andere ontwikkeling is dat ook in geval sprake is van strafbaarheid van een bepaalde aanwezige toestand geen zelfstandige betekenis toekomt aan het aanvaardingsvereiste. In voornoemde gevallen, is de aard van de gedraging en/of het delict doorslaggevend. In de literatuur is zelfs betoogd dat aan het aanvaardingscriterium helemaal geen zelfstandige betekenis meer toekomt.³³ Dat standpunt is mijns inziens onjuist. Ik meen dat ook in de hiervoor genoemde gevallen niet zonder meer zou moeten worden volstaan met een enkele toets aan de beschikkingsmacht. Een zekere kenbaarheid mag (in redelijkheid) worden verwacht, anders komt een risicoaansprakelijkheid wel heel erg dichtbij. In de meeste gevallen is aanvaarding in de rechtspraak wel belangrijk. Dit geldt in situaties waar het handelen van natuurlijke personen aan de rechtspersoon wordt toegerekend. De positie en de houding van de rechtspersoon tegenover die gedraging bepaalt dan of de rechtspersoon als dader kan worden aangemerkt.³⁴ Dit aanvaardingscriterium kan problemen geven bij grote rechtspersonen waar de kenbaarheid (wetenschap) van bepaalde (verboden) gedragingen voor de rechtspersoon moeilijk kan zijn. In de Chemie Pack-uitspraak is over die kenbaarheid aangegeven, dat het een klein bedrijf betrof (met ongeveer 50 werknemers) en het bedrijfsterrein overzichtelijk en bescheiden van omvang was. Tegen die achtergrond werd aangenomen dat het verboden handelen kenbaar was. Overigens geldt voor het aanvaarden door de rechtspersoon (evenals voor de directe toerekenbaarheid aan de rechtspersoon), dat dit weer uit handelen van natuurlijke (hooggeplaatste) personen of uit eigen activiteiten of nalaten kan worden afgeleid.

Als laatste zin is in de Drijfmet-overwegingen aangegeven dat onder bedoeld aanvaarden mede is begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging. Met deze toevoeging lijkt de Hoge Raad duidelijk hebben willen maken dat het begrip 'aanvaarden' ruim moet worden uitgelegd. In de literatuur is echter ook de vraag aan de orde gekomen of ondanks

een beroep op zorgvuldig gedrag daderschap kan worden aangenomen op een of meer van andere omstandigheden. De zin krijgt daarmee een corrigerende werking.³⁵ Gritter concludeert dat een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag het aannemen van daderschap op basis van andersoortige daderschap volledig uitsluit en vrijspraak in de rede ligt.³⁶ Ook Hornman besteedt in zijn bijdrage aandacht aan de omstandigheid, dat een rechtspersoon maatregelen treft ter voorkoming van bepaalde gedragingen. Dit zou een begrenzend omstandigheid moeten zijn. In dit verband wordt in het bijzonder de relatie gelegd met de normale bedrijfsvoering.³⁷ De Hullu geeft nog aan dat in het kader van het aanvaarden ook het type rechtspersoon van belang kan zijn.³⁸ In dat kader is dit inderdaad relevant, maar misschien kan het zelfs iets breder worden getrokken en kan het type rechtspersoon als zelfstandige omstandigheid worden gezien. Het type rechtspersoon, de bijzondere relaties waarin de rechtspersoon verwickeld is, maar ook de bijzondere positie van de rechtspersoon in de maatschappij, zijn van belang voor het bepalen van de relevante omstandigheden voor daderschap van een rechtspersoon. Er kan sprake zijn van een vorm van *Garantenstellung*. Dit criterium is in de rechtspraak nog niet echt terug te vinden. Het lijkt mij echter mogelijk, dat ook het type rechtspersoon (dus naast de aard van de gedraging) eerder met zich mee kan brengen, dat de beschikkingsmacht in beginsel (voor zover redelijk) voldoende is voor daderschap van de rechtspersoon. Voor de hand liggende voorbeelden hebben betrekking op de relatie tussen werkgevers en werknemers bij arbeidsongevallen. Waar de verantwoordelijkheid van de werkgever voor een veilige werkomgeving zeer ver reikt.

Een ander situatie ligt misschien minder voor de hand, en is zeker nog niet algemeen geaccepteerd. In de beslissing van het Hof Amsterdam in de klacht tegen het niet vervolgen van (de directeur van) 't Hofnarretje in de *Robbert M. zedenzaak*, werd weinig aandacht besteed aan de bijzondere taak, relatie van de rechtspersoon (de zorg voor kinderen). Het Hof overwoog ondermeer '*Vastgesteld zou kunnen worden dat de bedrijfsvoering van 't Hofnarretje tot gevolg heeft gehad dat het voor M. gemakkelijk is geweest om zich met kinderen af te zonderen. Het is goed mogelijk dat de omstandigheid dat niemand binnen de organisatie alert was op de mogelijkheid van seksueel misbruik van kinderen heeft bijgedragen aan de gelegenheid voor M. om misbruik te plegen. (...) Betoogd kan worden dat beklagde als directeur alert had moeten zijn op de mogelijkheid van seksueel misbruik. Hij had hiervoor duidelijke instructies moeten geven aan zijn medewerkers en hij had interne veiligheidsmaat-*

32. A-G Vellinga bij HR 22 juni 2010, NJ 2010, 476. Overigens vervolgt Vellinga m.i. iets minder begrijpelijk met: 'In het Drijfmet-arrest is die iets anders opgelost. Daar overwoog de Hoge Raad dat onder (plegen te) aanvaarden mede is begrepen het niet betrachten van zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging.' Dat Vellinga tot zijn conclusie kwam, lag overigens in de lijn der verwachting (vgl. W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, *Eenheid in daderschap?*, Hartevelde, De Jong & Stamhuis, 2005, p.235-236).

33. Vgl. De Valk, a.w., p. 321, 322.

34. De Hullu, a.w. 2012, p. 167.

35. De Hullu, a.w. 2012, p. 168 en R.C.P. Haentjes en M. Jurgens, *Opzet in het financiële strafrecht, Fraude op de financiële markten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 24-25.

36. E. Gritter, *De strafbaarheid van de rechtspersoon, Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p.56-57.

37. Hornman, a.w.

38. De Hullu, a.w. 2012, p. 167.

regelen moeten treffen. (...) Van vervulling van het functioneel daderschap relevante beschikingsvereisten aanzien van de verboden gedraging is evenwel geen sprake. Eigenmachtig en onbevoegd optreden van een werknemer biedt doorgaans ook geen basis voor functioneel daderschap. Het Openbaar Ministerie heeft voorts gemeend dat niet is voldaan aan het aanvaardingsvereiste. (...) Indien beklaagde en/of de directie van 't Hof narretje wel de zorg zouden hebben betracht die van een redelijk handelend bestuurder van een kinderdagverblijf mag worden verwacht ter voorkoming van seksueel misbruik, dan is geenszins evident dat daarmee ook de strafbare feiten van M. zouden zijn voorkomen'. Ik heb de passage, gelet op het bijzondere karakter wat langer geciteerd. Kennelijk oordeelt het Hof dat niet de zorg is betracht die van een redelijk handelend(e) rechtspersoon mocht worden betracht. De vraag kan gesteld worden of met deze constatering, en gelet op de bijzondere taak, de bijzondere verantwoordelijkheid daderschap in beginsel niet had moeten worden aangenomen? De toevoeging 'dat geenszins evident is dat daarmee ook de strafbare feiten van M. zouden zijn voorkomen' is zo meen ik op zichzelf onvoldoende om daarvan af te wijken.

Omgekeerd kan ik mij een type rechtspersonen, of relaties tussen een rechtspersoon en betrokkenen, voorstellen, waar bijvoorbeeld sprake is van een grote mate van autonomie, of misschien zelfs onafhankelijkheid van betrokken natuurlijke personen. In het bijzonder kan dan gedacht worden aan organisaties waar professionals werken. En meer in het bijzonder geldt dit voor bijvoorbeeld ziekenhuizen en advocatenkantoren, waar ten aanzien van het beroepsmatige deel van de professionals ook bijvoorbeeld het beroepsgeheim meebrengt, dat er geen volledig inzicht is in het op cliëntniveau handelen van de betrokken professional. In dergelijke situaties ligt het ten aanzien van gedragingen (in de sfeer van deze professionals) voor de hand dat juist een grotere rol toekomt aan de aanvaardingscriteria.

5. Conclusie

Sinds het Drijfpest-arrest is de ontwikkeling van de rechtspraktijk ten aanzien van het daderschap van rechtspersonen traag verlopen. In de rechtspraak wordt de nadruk gelegd op de in het arrest genoemde omstandigheden, waarbij de gemakkelijke omstandigheden prominent aanwezig zijn. Ontwikkelingen, ik meen ook, verbetering van de motivering en daarmee van de kenbaarheid van de afwegingen zou kunnen plaatsvinden door een meer gestructureerde benadering van de wijze van toerekenen en door meer aandacht te besteden (in requisitoir, pleidooi en motivering van de uitspraak) aan de aard van de gedraging (bijvoorbeeld aan de vraag of sprake is van schending van een zorgplichtbepaling; is sprake van een functioneel delict in de economische sfeer, of is sprake van het bestaan van een illegale omstandigheid). Vervolgens zou behulpzaam zijn, dat duidelijker gekozen en gemotiveerd wordt welke omstandigheden

vervolgens van belang worden geacht en hoe deze omstandigheden zich tot elkaar verhouden. Bijzondere aandacht verdient daarbij de omgang met de IJzerdraad-criteria en de gevolgen van het hebben aan de zorgvuldigheidsvereiste. Ten slotte wordt een beroep gedaan op de creativiteit, om te komen tot nieuwe criteria. Al was het maar om op termijn uit wat aansprekender jurisprudentie te kunnen citeren.