

HC7, 15-10-2019, Deelneming 3

Leidinggeven ex art. 51 lid 2, 2^o Sr

Art. 51 lid 1 Sr bepaalt dat zowel natuurlijke als rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen. Als een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kunnen er straffen en maatregelen worden uitgesproken tegen:

- De rechtspersoon;
- Hen die tot het feit **opdracht** hebben **gegeven**;
- Hen die **feitelijke leiding** hebben gegeven aan de verboden gedraging.

Waarom is de bestuurder niet strafbaar gesteld in de bepaling? Dit is omdat de bestuurder in sommige gevallen helemaal niets verwijtbaars heeft gedaan. Vandaar dat er is gekozen voor deze benadering. Niet de bestuurder wordt verondersteld aansprakelijk te zijn; de aansprakelijkheid wordt alleen gelegd bij degene die er uitdrukkelijk bij betrokken is geweest.

Voorwaarden aansprakelijkheid leidinggevers

De volgende regels gelden bij het aansprakelijk stellen van leidinggevers:

- Het strafbare feit is begaan door de rechtspersoon (art. 51 lid 1 Sr): de rechtspersoon kan ook een deelnemer zijn;
- Het **strafmaximum** is hetzelfde maximum dat geldt voor een rechtspersoon;
- Indien blijkt dat een rechtspersoon geen strafbaar feit heeft begaan, dan zal **vrijspraak** volgen;
- De leidinggever is in wettelijke zin geen dader. Het leidinggeven is wel een soort deelnemingsvorm.

Leidinggeven en deelneming

Het leidinggeven lijkt sterk op deelneming. Dit valt af te leiden uit de vereisten:

- **Accessoriteit:** zowel bij deelneming als bij leidinggeven geldt dat er een strafbaar grondfeit is gepleegd. Bij leidinggeven moet het strafbare feit door de rechtspersoon zijn begaan;
- **Deelnemingsgedraging:**
Objectief: de leidinggever moet een bijdrage leveren aan de totstandkoming van het strafbare grondfeit. Dat is hier het feitelijk leidinggeven aan het feit (bijvoorbeeld in de vorm van een opdracht).
Subjectief: er moet opzettelijk feitelijk leiding worden gegeven
Schuldvorm ten aanzien van grondfeit: in beginsel geldt dat de leidinggever opzet moet hebben op alle bestanddelen van het gepleegde delict.

De aansprakelijkheid wordt gelegd bij degene die daadwerkelijk betrokken is bij het strafbare feit. Diegene moet leidinggeven aan het strafbare feit dat is begaan door de rechtspersoon. Dit brengt een aantal consequenties met zich mee:

- Zoals eerder al besproken; de bestuurder is niet direct leidinggever aan een strafbaar feit;
- Je hoeft geen bestuurder te zijn om als leidinggever te worden aangemerkt;
- Meerdere personen kunnen als leidinggevers worden aangemerkt;
- Iemand kan leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit, terwijl iemand “boven” hem staat die hem instructies geeft die op zijn beurt leidinggever kan zijn. Dat jij iemand boven je hebt, betekent niet dat jij geen leidinggever kan zijn.

Het gaat er dus om wie feitelijk gezien leiding heeft gegeven aan het strafbare feit.

Overzichtsarrest

Kan je ook aansprakelijk zijn door niet in te grijpen terwijl je weet of had moeten weten dat een rechtspersoon een strafbaar feit gaat plegen? In het overzichtsarrest bepaalt de rechter dat er in sommige gevallen ook bij een meer passieve rol gesproken kan worden van leidinggeven. Dit kan in het bijzonder indien: ‘de verdachte die **bevoegd en redelijkerwijs gehouden** is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen zulke maatregelen achterwege laat’. Er moet dus sprake zijn van nalaten van een natuurlijk persoon, terwijl hij wel bevoegd en gehouden was om maatregelen te nemen ter voorkoming van een strafbaar feit van de rechtspersoon.

Schuldverband bij leidinggeven

In het overzichtsarrest wordt ook iets bepaald over het schuldverband bij het leidinggeven. De Hoge Raad zegt dat opzet is vereist voor het leidinggeven aan een strafbaar feit. Hierbij geldt als ondergrens het **voorwaardelijke opzet**. Het opzetvereiste vereist dat het opzet is gericht op alle bestanddelen van het strafbare feit dat door de rechtspersoon is begaan. Bij overtredingen geldt dat de rechtspersoon als dader geen opzet op de bestanddelen hoeft te hebben. De feitelijke leidinggever moet wel opzet hebben op alle bestanddelen van het delict. Voor opzet heeft de Hoge Raad een ‘**bewijsaanwijzing**’ gegeven. Hij geeft aanwijzingen aan de feitenrechter over wanneer je kan zeggen dat er opzet is op het strafbare feit van de leidinggever. De Hoge Raad bepaalt dat je opzet moet hebben op het feit dat in de tenlastelegging staat. Dat opzet kan je soms bewijzen doordat iemand wetenschap heeft van iets anders. Degene heeft kennis van een bepaald strafbaar feit dat is begaan, en deze kennis hangt weer samen met het strafbare feit waarvoor hij als leidinggever wordt vervolgd.

Voorbeeld: een directeur wordt vervolgd voor het leidinggeven aan het strafbare feit valsheid in geschrifte. Directeur geeft aan dat hij geen opzet had op dit strafbare feit. Uit een dossier blijkt dat de directeur kennis heeft van eerdere valsheid in geschrifte gepleegd door de rechtspersoon. Deze valsheid in geschrifte was zelfs op dezelfde manier gepleegd als de latere verdenking van valsheid in geschrifte. Het strafbare feit is op dezelfde manier gepleegd. Dus: indien je kennis draagt van andere strafbare feiten, kan dit erop duiden dat je ook kennis hebt van het strafbare feit dat je ten laste is gelegd.

Verschillende vervolgingsmogelijkheden

Het kan zijn dat verschillende personen aansprakelijk zijn ten aanzien van hetzelfde strafbare ‘gebeuren’:

- Rechtspersoon als pleger (art. 47 Sr);
- Leidinggever (art. 51 lid 2 sub 2);
- Natuurlijk persoon als fysieke pleger (art. 47 Sr);
- Natuurlijk persoon als functionele pleger (art. 47 Sr);
- Natuurlijk persoon als deelnemer (art. 47/48 Sr).

Daarnaast kan het zo zijn dat één persoon aansprakelijk is in verschillende ‘hoedanigheden’.

Poging tot deelneming

De deelneming kan mislukken. Denk aan de volgende situaties:

- A wil B uitlokken tot een strafbaar feit, maar B pleegt geen strafbaar feit. Er is dan geen sprake van deelneming, ook geen sprake van uitlokking van een strafbaar feit. We spreken van poging tot uitlokking om een strafbaar feit te plegen.
- A wil B uitlokken tot het plegen van een bepaald strafbaar feit. Het strafbare feit dat tot stand is gekomen is niet het strafbare feit waar A opzet toe had.

- A wil behulpzaam zijn bij een strafbaar feit dat B gaat plegen, dit mislukt. Poging om medeplichtig te zijn.

Poging tot deelneming valt niet onder art. 47 of art. 48 Sr. De wetgever vond deelneming destijds pas strafbaar indien er een strafbaar feit tot stand was gekomen. De wetgever is hier inmiddels anders over gaan denken. De wetgever heeft daarom in art. 46a Sr de poging tot deelneming strafbaar gesteld. De poging is alleen strafbaar indien men probeert **een ander** uit te lokken door middel van een van de **wettelijke uitlokkingsmiddelen**. Dit wordt ook wel gezien als een **poging tot uitlokking**.

Pogingskarakter

- Alleen bij een poging tot het begaan van een strafbaar **misdrijf** is dit strafbaar gesteld;
- Het **strafmaximum** is hetzelfde als bij de poging van art. 45 Sr;
- Je moet **opzet** hebben om een ander uit te lokken en je moet opzet hebben op dat misdrijf;
- Het onderscheid tussen **relatief en absoluut ondeugdelijk** kan van belang zijn;
- **Vrijwillig terugtreden** is mogelijk (art. 46b Sr).

Bereik van art. 46a Sr

De Hoge Raad heeft aangegeven dat het bereik van art. 46a Sr hetzelfde is als het bereik van art. 134bis (oud). De Hoge Raad heeft bepaald dat art. 46a Sr ziet op ‘gedragingen die er **niet** toe leiden dat het tot een **begin van uitvoering** komt van het misdrijf waarop die gedragingen waren gericht’.

Voorbeeld: A stuurt een bericht naar B, waarin wordt aangegeven dat B een misdrijf moet begaan. De brief komt echter nooit bij B aan. A heeft dus wel een poging gedaan, maar er is geen sprake van een begin van uitvoering. A heeft dan wel een poging gedaan tot uitlokking. Indien er al sprake is van een begin van uitvoering, is er dus geen sprake meer van een poging tot uitlokking. Er is dan sprake van **uitlokking**.

Samenloop

Stel: A doet een poging tot uitlokking van moord. B bereidt dit voor, maar er is nog geen begin van uitvoering. Er is dan zowel een poging tot uitlokking van moord (art. 46a jo. art. 289 Sr), als sprake van uitlokking van een strafbare voorbereiding van moord (art. 47 jo. art. 46 jo. art. 289 Sr). Er is in zo’n geval sprake van **samenloop** (art. 55 lid 1 Sr). De zwaarste strafbepaling gaat dan voor.

Vrijwillig terugtreden en deelneming

Scenario 1: er is sprake van deelneming aan een strafbaar feit, waarbij de plegger van het strafbare feit vrijwillig terugtreedt. A lokt B uit tot het plegen van een moord. B komt tot een begin van uitvoering, maar hij besluit toch om vrijwillig terug te treden. Wat betekent dit voor de strafbaarheid? B heeft wel een poging gedaan tot het plegen van de moord, maar hij is vrijwillig teruggetreden. B gaat dus uiteindelijk vrijuit. Wat gebeurt er nu met A? A heeft een poging tot moord uitgelokt. De poging tot moord kan bewezen worden verklaard en A heeft dit uitgelokt, dus A kan hiervoor succesvol worden vervolgd.

Scenario 2: C en D plannen samen een overval. C staat op de uitkijk terwijl D in de woning is om goederen weg te nemen. D staat al met spullen in zijn handen en besluit toch om de goederen terug te leggen en vrijwillig terug te treden. D gaat vrijuit door het vrijwillig terugtreden. Hoe zit dit nu met C? Wat zijn de consequenties voor C?

Arrest vrijwillig terugtreden en deelneming

Het arrest vrijwillig terugtreden en deelneming speelt bij bovenstaande scenario's een rol. Een groepje mannen zitten in een auto en stoppen in een straat. Zij zijn van plan om bij een slachtoffer aan te bellen en vervolgens samen binnen te stormen. Één van de mannen staat voor de deur en wil aanbellen, maar bedenkt zich toch. Hij treedt vrijwillig terug. Een van de mannen die nog in de auto zit wordt verdacht van een poging tot diefstal met geweld. De Hoge Raad geeft een duidelijke regel: indien sprake is van medeplegen van een poging tot bijvoorbeeld diefstal, gaat alleen de (mede)pleger die vrijwillig is teruggetreden vrijuit. De andere medeplegers gaan dus niet vrijuit. Alleen degene die vrijwillig voorkomt dat het delict gepleegd wordt, gaat dus vrijuit. In casu blijven de andere mannen dus strafbaar voor het medeplegen van een poging tot diefstal met geweld.

Voor de uitlokker en de medeplichtige heeft de Hoge Raad iets anders bepaald. Zij profiteren van de vrijwillige terugtred van de pleger dan wel de medepleger.

Voor scenario 1: de uitlokking tot de poging is niet strafbaar, A profiteert van de vrijwillige terugtred van B. Let op! A is nog steeds strafbaar op grond van art. 46a Sr.

Voor scenario 2 betekent dit dat C wel strafbaar is, want hij is niet zelf vrijwillig teruggetreden.

Vrijwillig terugtreden door poger ex art. 46a Sr

A heeft een poging gedaan B te bewegen tot diefstal. Kan A in zo'n geval terugtreden van poging ex art. 46a Sr? Degene die een ander poogt te bewegen tot begaan van een misdrijf kan vrijuit gaan door vrijwillige terugtred. Om vrijuit te gaan moet hij ervoor zorgen dat degene die hij poogt te bewegen tot een misdrijf, het niet brengt tot een poging van dat delict.