

## **HC 7, 17-10-2017, deelneming 3**

### **Leidinggeven aan strafbaar feit door rechtspersoon**

Het gaat om art. 51 Sr: strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Hoe zit het met de strafbaarheid van andere betrokkenen, zoals mensen binnen een rechtspersoon? Het tweede lid stelt dat indien het strafbaar feit wordt begaan door de rechtspersoon, dat dan de strafvervolgning kan worden ingesteld en de in de wet voorziene straffen en maatregelen worden uitgesproken tegen de rechtspersoon, maar ook tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven en feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Dit zijn twee nieuwe aansprakelijkheidsvormen. Als er sprake is van opdracht geven, dan is er ook sprake van feitelijk leidinggeven. De aansprakelijkheid wordt gelegd bij de betrokkenheid van het strafbare feit.

Het strafmaximum van de rechtspersoon is hetzelfde strafmaximum van de feitelijk leidinggevende. Als er geen leiding werd gegeven, dan volgt er geen niet-ontvankelijkheid, maar vrijspraak. Onder het begaan van het feit valt zowel het plegen als het deelnemen aan een strafbaar feit. De rechtspersoon kan pleger zijn, maar ook deelnemer. De leidinggever is geen dader in wettelijke zin op grond van art. 47 Sr. Het feitelijk leidinggeven kan worden gezien als deelneming.

### **Leidinggeven**

Leidinggeven is een bijzondere deelnemingsvorm. Het kent een accessoir karakter. Er moet een strafbaar grondfeit tot stand zijn gekomen en dit grondfeit moet zijn begaan door de rechtspersoon. De vereisten en beperken zijn opgesomd in het overzichtsarrest. Daarnaast moet er een gedraging zijn verricht, een deelnemingsgedraging, welke bestaat uit een bijdrage aan de totstandkoming van het strafbare grondfeit door het feitelijk leidinggeven aan het feit of opdracht geven tot het feit. Er moet opzet zijn op de deelnemingsgedraging. De schuldverband is in beginsel opzet op alle bestanddelen en dat geldt ook bij overtredingen.

Strafbaar wordt gesteld het feitelijk leidinggeven aan het strafbaar feit begaan door de rechtspersoon. Er is dus geen strafbaar feit bij het enkele gegeven dat iemand leiding heeft gegeven aan een rechtspersoon. De bestuurder is daarmee nog geen leidinggever. De keerzijde is dat iemand strafbaar kan zijn als leidinggever zonder dat hij bestuurder is. Een formeel lager geplaatst persoon of een persoon die helemaal geen band met de rechtspersoon heeft kan ook strafbaar zijn als leidinggever. Meerdere personen kunnen leidinggever zijn bij een strafbaar feit. De leidinggever kan zelf ook een leidinggever boven zich hebben.

### **Feitelijk leidinggeven**

Wanneer is er sprake van feitelijk leidinggeven? Het overzichtsarrest geeft een duidelijk antwoord en verwijst terug naar het Slavenburg II – arrest. Het feitelijk leidinggeven moet bestaan uit een deelnemingsgedraging. Deze gedraging kan bestaan uit een actieve betrokkenheid bij het plegen van het strafbare feit. Ook iemand met een passieve rol kan strafbaar zijn.

Uit het overzichtsarrest volgt dat ‘onder andere ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijke leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat’. Een bestuurder die geen maatregelen neemt kan als strafbaar worden aangemerkt. De voorwaarde is dat de persoon bevoegd moet zijn geweest om maatregelen te treffen (zeggenschap) en hij moet redelijkerwijs gehouden zijn om in te grijpen.

Wat geldt voor het schuldverband bij een passieve deelnemingsgedraging? Bij het feitelijk leidinggeven moet de leidinggever opzet hebben op de bestanddelen van het strafbare feit. Voorwaardelijk opzet is voldoende. Van het bewijs van een aanvaarding kan ook sprake zijn indien hetgeen de leidinggever bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon rechtsreeks verband hield met de in de tenlastelegging omschreven verboden gedraging. Hoe het plegen van strafbare feit gebeurt hoeft de leidinggever niet te weten.

Voor functioneel daderschap is op grond van IJzerdraadcriteria vereist dat er sprake is van beschikkingsmacht en aanvaarding. Dat aanvaarden impliceert geen opzet. Ook het niet nemen van maatregelen is aanvaarden. Voor feitelijk leidinggeven is niet alleen beschikkingsmacht vereist, maar ook het redelijkerwijs gehouden zijn om maatregelen te nemen. Tevens moet het niet slechts worden aanvaard, maar moet deze aanvaarding ook bewust geschieden (voorwaardelijk opzet).

Een en dezelfde persoon kan aansprakelijk zijn in verschillende hoedanigheden, zoals feitelijk leidinggever, fysieke/functionele pleger en deelnemer.

### **Poging tot deelneming/uitlokking**

Deelneming veronderstelt accessoriteit. A wil B uitlokken tot het plegen van een diefstal, maar B doet niets. Er is geen sprake van uitlokking, maar van poging tot uitlokking van diefstal. Is A niet strafbaar? Art. 46a Sr stelt de poging om een ander door een in art. 47, eerste lid onder 2<sup>e</sup>, vermelde middelen te bewegen om een misdrijf te begaan strafbaar. Hieruit volgt dat er sprake moet zijn van een misdrijf om iemand te kunnen vervolgen voor een poging tot uitlokking. Het strafmaximum is hetzelfde als bij poging. In art. 46a Sr wordt strafbaar gesteld hij die een ander poogt om te bewegen tot het begaan van een misdrijf en met behulp van een uitlokkingsmiddel.

Het pogingskarakter van art. 46a Sr gaat alleen op bij misdrijven. Er moet opzet zijn op het gronddelict. Een poging kan relatief en absoluut ondeugdelijk zijn. Bij een relatief ondeugdelijke poging is de persoon nooit van plan geweest om zich te laten bewegen en bij een absoluut ondeugdelijke poging kan men denken aan het feit dat de persoon die men wil bewegen al overleden is.

Wat is het bereik van art. 46a Sr? Het feit dat je wil uitlokken moet niet gepleegd zijn. Er mag ook geen sprake zijn van een strafbare poging van het feit. Dan is er namelijk sprake van uitlokken tot poging. 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. Je kan dus onder art. 46a Sr vallen als er geen poging of voltooid delict tot stand is gekomen.

Voorbeeld: A wil B met een wettelijk middel uitlokken een moord te plegen, maar het middel bereikt B niet, B ziet niets in criminele plannen, B had al het vaste voornemen tot het plegen van de moord, B pleegt uiteindelijk een ander delict. Het kan ook zijn dat B wel een strafbare voorbereiding van moord pleegt, maar het niet tot een strafbare poging tot moord komt. In dit laatste geval is A vanuit deelneming gezien (art. 47 Sr) uitlokker van strafbare voorbereiding van moord, want ook strafbare voorbereiding is een strafbaar grondfeit. Gezien vanuit poging tot uitlokking (art. 46a Sr) heeft A gepoogd B te bewegen een moord te begaan, want B komt niet tot een begin van uitvoering.

### **Samenloop**

Als er sprake is van samenloop (overlap van art. 47 en 46a Sr) dan geldt de veroordeling ter zake van art. 46a Sr, want dat is het zwaarste strafmaximum.

Bij de poging tot uitlokking van art. 46a Sr kan van alles omheen worden verzonden. A geeft B op het verzoek van B geld zodat B door middel van een beloning C kan uitlokken tot het plegen van een moord. B geeft het geld aan C, maar C doet niets. Is A strafbaar? Voor deelneming is een strafbaar grondfeit vereist, welke in zake poging tot uitlokking van moord is. Aan dit grondfeit kan je deelnemen. A is behulpzaam geweest. A is medeplichtig aan poging tot uitlokking van moord.

### **Vrijwillig terugtrekken bij (poging tot) deelneming**

A lokt B uit tot moord. B verricht begin van uitvoering, maar treedt vrijwillig terug. Pleger B is niet strafbaar. Is A strafbaar?

C en D beramen samen een overval. C staat op de uitkijk, D is in de woning om goed weg te nemen, maar treedt vrijwillig terug en voorkomt zo delictsvoltooiing. Medepleger D is niet strafbaar. Is C strafbaar? De Hoge Raad heeft een uitspraak gedaan in 'vrijwillig terugtrekken en deelneming'. Een

groepje mannen wilde in een woning een beroving plegen. Ze gaan naar de woning en parkeren vlakbij. De verdachte zal aanbellen waarna de deur open zal worden gedaan en de rest ook volgt. Voor het aanbellen trekt de verdachte zich terug door te zeggen tegen de rest dat de man niet thuis is. De Hoge Raad nam aan dat er sprake was van poging tot diefstal met geweld. Er is ook sprake van medeplegen van poging tot diefstal met geweld. Zijn ze strafbaar? De verdachte gaat vrijuit.

Als er sprake is van medeplegen van een poging (art. 45 Sr) dan komen de omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk als bedoeld in art. 46b Sr alleen in aanmerking ten aanzien van hem van wiens wil de omstandigheden daadwerkelijk afhankelijk zijn en niet tevens ten aanzien van medeplegers van wie niet is komen vast te staan dat die omstandigheden van hun wil afhankelijk zijn. Alleen de medepleger die vrijwillig is teruggetreden gaat vrijuit. Als de pleger of medepleger vrijwillig terugtreedt, dan gaat ook de medeplichtige en uitlokker vrijuit.

#### **Vrijwillig terugtreden door poger**

A heeft gepoogd om B te bewegen tot het plegen van een diefstal. Kan A vrijwillig terugtreden van poging ex art. 46a Sr? Art. 46b Sr is ook van toepassing bij poging tot uitlokking ex art. 46a Sr. Uit art. 46b Sr volgt dat voorbereiding noch poging bestaat indien het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk (vrijwillige terugtred). De poger ex art. 46a Sr kan vrijwillig terugtreden door te zorgen dat een ander het niet tot begin van uitvoering (dus tot poging ex art. 45 Sr) brengt.

#### **Vrijwillig terugtreden door uitlokker**

Kan vrijwillig terugtreden door uitlokker of medeplichtige ex art. 47/48 Sr? A wil B uitlokken tot moord. B richt pistool en wil trekker overhalen, maar A slaat op het laatste moment B het wapen uit zijn handen. Pleger B is strafbaar wegens poging tot moord. A is strafbaar wegens uitlokking tot poging tot moord. Kan A zich met succes beroepen op art. 46b Sr? De wet geeft hier geen antwoord op.