

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/163242>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-25 and may be subject to change.

## FINANCIËEL STRAFRECHT

### FEITELIJK LEIDING GEVEN

**W**ie feitelijk leiding geeft aan de verboden gedraging van een rechtspersoon, kan daarvoor worden vervolgd en gestraft. De grondslag voor deze bijzondere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid is te vinden in artikel 51 Sr: een belangrijke bepaling die sinds 2009 van overeenkomstige toepassing is in het bestuurlijk handhavingsrecht. De wet geeft echter geen antwoord op de vraag wanneer iemand feitelijk leiding geeft en al evenmin op de vraag of zo'n leidinggever daarbij opzet of schuld moet hebben. Het is aan de rechter overgelaten de aansprakelijkheidscriteria vorm te geven. Reeds in de



jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad hier belangrijke uitspraken over gedaan. Vooral de Slavenburg-jurisprudentie uit die tijd is richtinggevend geweest. Desondanks bleef het een lastig leerstuk, waarvan de contouren soms vrij vaag leken en waarvan de grenzen ook wel ter discussie zijn gesteld.

In een arrest van 26 april 2016 heeft de Hoge Raad het leerstuk nu overzichtelijk en helder neergezet (ECLI:HR:NL:2016:733). In een kernachtige algemene beschouwing wordt een verduidelijking van het beslissingskader geboden. De rechter zal daarin allereerst moeten vaststellen of de rechtspersoon een strafbaar feit heeft begaan. Pas na een bevestigende beantwoording van deze voorvraag kan aan de orde komen of iemand als feitelijk leidinggever strafrechtelijk aansprakelijk is. De Hoge Raad noteert expliciet dat ook een rechtspersoon feitelijk leiding kan geven, hetgeen de mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in concernverband in theorie aanzienlijk uitbreidt. Vervolgens brengt hij in kaart welke soorten van gedrag zoal kunnen worden gekwalificeerd als feitelijk leidinggeven. Dit betreft (i) actief en effectief leidinggevend gedrag, (ii) het voeren van beleid dat onvermijdelijk leidt tot verboden gedragingen, (iii) een zodanige bijdrage aan en een zodanig initiatief tot een complex van gedragingen dat de verdachte geacht moet worden feitelijke leiding te hebben gegeven en (iv) het meer passieve gedrag zoals omschreven in de Slavenburg-jurisprudentie: bevoegd en gehouden zijn tot ingrijpen, maar dat achterwege laten.

De Hoge Raad onderstreept dat voor feitelijk leidinggeven een zelfstandig opzetvereiste geldt. Voor een culpoze variant, waarin ook reeds 'slecht' leidinggeven strafbaar zou zijn, wordt terecht geen ruimte geboden. Het arrest levert een constructieve bijdrage aan de rechtsontwikkeling.

Daan Doorenbos is hoogleraar ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en partner bij Stibbe.

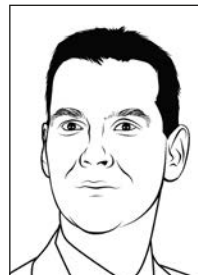
## FINANCIËEL RECHT

### EEN UNIFORM HERSTELKADER RENTEDERIVATEN MKB?

**H**alf juli was het zover: de commissie rentederivaten presenteerde 'haar' herstelkader. Het bepaalt hoe deelnemende banken beoordelingen moeten uitvoeren en welke eventuele herstelacties moeten worden uitgevoerd om mkb'ers die rentederivatencontracten hebben afgesloten te compenseren. ABN Amro, ING, SNS en Van Lanschot hadden bij publicatie al aangegeven deel te nemen aan het herstelkader. Rabobank volgde twee dagen na publicatie (naar verluidt onder zware politieke druk). Alleen Deutsche Bank beraadt zich nog. Het herstelkader voorziet (kort samengevat) in het doorlopen van vier stappen: 1. Compensatie voor zover zeer complexe ('exotische') derivaten niet geschikt zijn voor de mkb'er. 2. Compensatie voor zover rentederivaten niet aansluiten bij de onderliggende leningen. 3. Een coulancevergoeding van maximaal 100.000 euro, afhankelijk van de rente die de klant per saldo onder een renteswap aan de bank heeft betaald en naar verwachting nog zal betalen. 4. Compensatie voor onverwachte verhogingen van renteopslagen die swap én financiering afsloten.

Alle rentederivaten die op enig moment tussen 1 april 2011 en 1 april 2014 liepen moeten actief getoetst worden aan het herstelkader. Klanten hoeven zich niet te melden. Klanten die een rentederivaat beëindigden vóór 1 april 2011 kunnen zich bij de bank melden als de oorspronkelijke looptijd na 1 april 2011 afliep. Dat moet uiterlijk op 5 januari 2017.

De indruk wordt gewekt dat het Herstelkader een hele ruimhartige regeling is. Maar zoals altijd: *the devil is in the details*. De regeling is complex (47 pagina's) en kent veel uitzonderingen en *carve outs*. Zo moet de klant niet voldoen aan de Wft-norm van een professional. Maar die Wft-norm wordt vergaand opgerekt, omdat deze voor het Herstelkader op groepsniveau moet worden beoordeeld. Vervolgens mag de klant ook niet deskundig zijn. Die drempel van deskundigheid is in bepaalde sectoren snel gehaald. Volgens het Herstelkader is een klant al deskundig als hij een vermogen heeft groter dan 10 miljoen euro én 80% van dat



vermogen vastgoed(gerelateerd) is en/of effecten zijn. En voor zover de bank je bij de lening verplichtte een rentederivaat te sluiten is het Herstelkader (op dat deel) ook al niet van toepassing.

Van de (volgens de Wft/MiFiD-definitie) niet-professionele klanten zal dus een groot deel alsnog niet in aanmerking komen voor toepassing van het Herstelkader. De snelle en ruimhartige oplossing is dus slechts beschikbaar voor de kleine en middelgrote ondernemingen in het mkb die niet actief zijn in het vastgoed en/of in effecten. Anderen moeten voor schadevergoeding alsnog procederen.

Advocaat William Schonewille is partner bij BarentKrans.