

**Als een frauderende vennootschap tegen de lamp loopt, kan deze rechtspersoon strafrechtelijk worden vervolgd. Echter kunnen ook degenen die achter de schermen aan de touwtjes trokken voor de malversaties van de rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden. De wetgever heeft het openbaar ministerie de keuze gegeven wie strafrechtelijk te vervolgen. Uitdrukkelijk kan ook de vennootschap samen met de feitelijk leidinggevende(n) worden vervolgd. Maar welk nut wordt gediend op het moment dat een frauderende rechtspersoon door één persoon wordt bestuurd die tevens volledig aandeelhouder is, en beide worden vervolgd? Wat kan door de verdediging worden aangevoerd in dit soort gevallen?**



Een rechtspersoon is eigenlijk maar een fictief 'iets'. Hoewel een rechtspersoon fiscale verplichtingen heeft, ontstaan deze pas nadat een mens van vlees en bloed een dergelijk fictieve persoonlijkheid heeft opgericht en namens deze rechtspersoon handelingen verricht. Een rechtspersoon kan niet denken, een rechtspersoon kan niet zelfstandig opereren. Denken en handelen door een rechtspersoon gebeurt in de regel door de bestuurders van de rechtspersoon, dan wel door ondergeschikten daarvan die in opdracht van de bestuurders of leidinggevers activiteiten namens de rechtspersoon verrichten.

*Vereenzelviging DGA en vennootschap*

Indien door een rechtspersoon wordt gefraudeerd, zou je denken dat de verantwoordelijken die bij de rechtspersoon achter de (verkeerde) knoppen hebben gezeten de meest aangewezen personen zijn om zich bij de strafrechter te verantwoorden. Zodra echter de rechtspersoon zelf ook voordeel heeft gehad bij het plegen van de fraude, is het voorstelbaar dat ook de rechtspersoon kan worden vervolgd. Hoewel het voordeel niet door de rechtspersoon kan worden genoten: om voordeel te genieten en dit uit te geven heb je immers weer een gewoon mens nodig.

Als uitgangspunt geldt dat het vermogen van een rechtspersoon niet is te vereenzelvigen met het vermogen van haar DGA. Echter, indien (namens) een rechtspersoon is gefraudeerd en deze daarom een straf krijgt opgelegd (altijd een geldboete omdat een rechtspersoon natuurlijk niet naar de gevangenis kan worden gestuurd of een taakstraf kan uitvoeren), zullen de eigenaren van deze rechtspersoon dit (uiteindelijk) in hun portemonnee voelen. Een boete die is opgelegd aan een rechtspersoon is immers niet aftrekbaar van de winst en komt daarom integraal ten laste van de aandeelhouders.

Indien een rechtspersoon maar één bestuurder heeft die tegelijkertijd de enige aandeelhouder is, is het duidelijk dat (het vermogen van) deze DGA vereenzelvigd kan worden met diens rechtspersoon. Als zowel de rechtspersoon als diens (enige) bestuurder strafrechtelijk worden vervolgd voor een misdrijf dat de bestuurder als feitelijk leidinggevende de rechtspersoon heeft laten plegen, bestaat de kans dat de DGA – in feite – tweemaal voor hetzelfde wordt gestraft.

#### *Vereenzelviging DGA en vennootschap in de rechtspraak*

Hoewel niet expliciet, lijkt deze gedachte te worden onderkend in de rechtspraak. Zo oordeelde de strafkamer van [de Hoge Raad in een arrest in een ontnemingszaak](#) dat indien de bestuurder zonder meer en volledig kan beschikken over het bedrag dat de rechtspersoon met de criminele activiteiten heeft vergaard, vereenzelviging van de vermogens van de rechtspersoon en de DGA mogelijk is. Ook [de belastingkamer van de Hoge Raad heeft een arrest](#) gewezen waaruit blijkt dat het opeppen van boetes aan zowel een DGA en vennootschap ertoe kan leiden dat dit ‘direct of indirect geheel drukken op het vermogen van de DGA’. In [een andere zaak oordeelde belastingkamer van de Hoge Raad](#) dat nadat de directeuren van een vennootschap een transactie met het openbaar ministerie hadden gesloten en de

vennootschap een 'kennisgeving niet verdere vervolging' ontving, tevens sprake was van vereenzelviging. Van het nadien opleggen van een boete door een inspecteur van de belastingdienst kon daarna geen sprake meer zijn. In een andere [strafzaak oordeelde de strafkamer van de Hoge Raad](#) dat, omdat in de motivering bij de straftoemeting van een vennootschap uitdrukkelijk werd verwezen naar de DGA, wel degelijk rekening was gehouden met de dubbele bestraffing. Tot slot: in een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland werden naast een maatschap ook de twee maten van die maatschap vervolgd. Hoewel de strafbare gedragingen van de maten konden worden toegerekend aan de maatschap werd slechts geoordeeld tot een schuldigverklaring zonder strafoplegging omdat de maatschap afzonderlijk al was bestraft.

#### *Achtergrond (dubbele) vervolging vennootschap DGA én vennootschap?*

De hiervoor aangehaalde uitspraken in het achterhoofd hebbende, is het verwonderlijk dat het in de praktijk geregeld voorkomt dat zowel een vennootschap en diens DGA('s) tegelijkertijd worden vervolgd. Indien immers duidelijk is dat de DGA('s) de (enige) verantwoordelijke(n) is/zijn, zal immers uiteindelijk één straf, al dan niet verdeeld onder de verschillende daders (moeten) worden opgelegd. Wat is de achtergrond van het vervolgen van alle betrokkenen?

Als het openbaar ministerie er niet zeker van is dat de DGA inderdaad als de feitelijk leidinggevende kan worden gekwalificeerd, bestaat er natuurlijk een belang om (ook) de vennootschap strafrechtelijk te vervolgen. Zodra het echter overduidelijk is dat de DGA met de rechtspersoon kan worden vereenzelvigd, bijvoorbeeld omdat de rechtspersoon maar één aandeelhouder heeft die als bestuurder verantwoordelijk is voor het reilen en zeilen van de vennootschap, kan dit niet de reden zijn.

Een andere reden zou kunnen zijn dat het openbaar ministerie naast het opleggen van een geldboete tevens een andere strafmodaliteit meent te moeten inzetten. Zodra echter wordt bedacht dat een feitelijk leidinggever naast het opgelegd krijgen van bijvoorbeeld een gevangenisstraf daarnaast ook veroordeeld kan worden tot het betalen van een geldboete valt ook deze motivering af.

Een laatste reden kan zijn dat het (in beginsel) afgescheiden vermogen van de rechtspersoon wel verhaal biedt, in tegenstelling tot het privévermogen van de DGA. Zodra echter wordt bedacht dat het schering en

inslag is dat aan het begin van een opsporingsonderzoek op het vermogen van alle (potentiële verdachten) verhaalsbeslag wordt gelegd en het openbaar ministerie daarenboven de mogelijkheid heeft om beslag te leggen bij derden ter verhaal van een dader, valt ook deze reden af.

De enig denkbare reden dat het openbaar ministerie besluit om zowel de DGA als de rechtspersoon te vervolgen is omdat dit meer indruk maakt. Deze grotere impact zal van invloed zijn op het moment een rechter tot zijn overwegingen met betrekking tot het bepalen van een straf/straffen komt. Het ligt voor de hand dat een strafrechter zich er eerder toe zal verleiden om uiteindelijk tot een hogere straf te komen indien bij een tweetal verdachten in totaal dus het dubbele aantal feiten bewezen wordt verklaard dan wanneer één (rechts)persoon wordt veroordeeld (voor dezelfde misdrijven).

#### *Tips voor de verdediging*

Het verweer dat sprake is van schending van een [dubbele vervolging](#) zal weinig kans op succes hebben, ook gelet op [een recent arrest van het Hof van Justitie](#). De echter verder weinig magistratelijke insteek van het openbaar ministerie dient uiteraard wel in het kader van een strafmaatverweer naar voren te worden gebracht. Mits uitdrukkelijk naar voren gebracht als een draagkrachtverweer, stelt de vaste jurisprudentie dat een rechter verplicht is hier gemotiveerd op in te gaan.

Tot slot: soms is het overduidelijk dat de DGA diens rechtspersoon – al dan niet als onderdeel van een speciaal opgezette constructie – uitsluitend gebruikt als instrument om fiscale fraude mee te plegen. Bijvoorbeeld in het geval dat naast het plegen van fraude geen andere activiteiten binnen die rechtspersoon plaatsvinden of als die rechtspersoon is opgezet ten behoeve van het kunnen frauderen. Hoewel in de rechtspraak nog niet tegengekomen, zou zeker in dergelijke gevallen de vervolgte rechtspersoon niet kunnen worden gekwalificeerd als het instrument van de [doen-plegende](#) leidinggevende? Juist omdat een rechtspersoon geen zelfstandige bewustheid en daarmee schuld en toerekenbaarheid bezit zonder de kwaadwillende bestuurder, zou eens kunnen worden geopperd dat een rechtspersoon om deze reden straffeloos dient te blijven. Wordt vervolgd?