

RECHTSLEER

DOCTRINE

ECONOMISCH STRAFRECHT / DROIT PÉNAL ÉCONOMIQUE

De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon

Moet de regeling i.v.m. de lasthebber *ad hoc* onder artikel 2bis V.T.Sv. “op de schop” omwille van de afschaffing (?) van de decumulatieregel onder oud artikel 5, tweede lid Sw.?

*Patrick Waeterinckx*¹

I. Afbakening	951
II. De lasthebber <i>ad hoc</i>	951
§ 1. <i>Algemeen</i>	951
§ 2. <i>Verplichte aanstelling en door wie?</i>	952
A. <i>Verplicht?</i>	952
B. <i>Door wie?</i>	954
§ 3. <i>Wie kan als LAH worden aangesteld?</i>	955
§ 4. <i>Statuut en reikwijdte van de “beslissingsmacht” van de LAH</i>	956
§ 5. <i>Aard van de vergoeding/kosten</i>	958
III. De decumulatieregel van artikel 5, tweede lid Sw. OUD	960
§ 1. <i>Algemeen</i>	960
§ 2. <i>De afschaffing van de decumulatieregel (art. 5, tweede lid Sw. OUD)</i>	960
A. <i>De oorspronkelijke tekst</i>	960
1. <i>Algemeen</i>	960
2. <i>Toepassing decumulatie bij onachtzaamheidsmisdrijven</i>	961
3. <i>Toepassing cumulatie bij opzettelijk gepleegde misdrijven</i>	962
4. <i>Verklaring (?) begrippen “uitsluitend” en de “zwaarste fout”</i>	963
5. <i>Evaluatie</i>	966
B. <i>De nieuwe regeling</i>	967
1. <i>De weg naar de nieuwe wettekst</i>	967
2. <i>De nieuwe wettekst</i>	968
C. <i>De toepassing in de tijd van artikel 5, tweede lid Sw. OUD versus artikel 5, derde lid Sw.</i>	968
IV. Heeft de regeling van de LAH onder artikel 2bis V.T.Sv. nog een bestaansreden na de afschaffing van de decumulatieregel onder artikel 5, tweede lid Sw. OUD?	969

¹ Advocaat balie Antwerpen, praktijklector Strafprocesrecht VUB, geregistreerd fraudeauditor.

SAMENVATTING

Anno 2019 kan de rechtspersoon al exact 20 jaar strafrechtelijk verantwoordelijk gesteld worden. De invoering van deze strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor rechtspersonen verliep echter niet zonder slag of stoot. Het oude artikel 5, tweede lid Sw. regelde op een nodeloos ingewikkelde wijze de samenloop van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en de natuurlijke persoon. Die zgn. “decumulatieregeling”, overigens vanuit internationaal perspectief enig in haar soort, zorgde vaak voor meer problemen dan oplossingen. Recent werd deze regeling eindelijk afgeschaft door de wet van 11 juli 2018; tenminste voor feiten gepleegd na 30 juli 2018. Daarvoor geldt nu de “algemene” regel dat rechtspersonen en natuurlijke personen beiden kunnen worden veroordeeld als het feit hen verwijtbaar is, ongeacht of de feiten opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn begaan en ongeacht het “gewicht” van hun respectieve fouten.

Een van de vragen die rijst bij de recente afschaffing van de “decumulatieregeling” heeft betrekking op artikel 2bis V.T.Sv. Dit artikel regelt de situatie van de (ambtshalve of op verzoekschrift) aanstelling van een lasthebber ad hoc (hierna: “LAH”) als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, wanneer die rechtspersoon wordt vervolgd voor dezelfde of samenhangende feiten als zijn “normale” wettelijke vertegenwoordiger. De ratio legis van deze regeling is om belangenconflicten te vermijden tussen de rechtspersoon en de natuurlijke persoon die hem normaal in rechte vertegenwoordigt.

Door het gaandeweg (niet voor feiten gepleegd vóór 30 juli 2018) verdwijnen van de toepassing van de ingewikkelde “decumulatieregeling”, zal in de praktijk gaandeweg ook een belangrijke bron van potentiële belangenconflicten verdwijnen. Dit zal ongetwijfeld een impact hebben op de noodzaak om een LAH aan te stellen.

Echter mag men m.i. uit een te verwachten vermindering van mogelijke gevallen waarin men artikel 2bis V.T.Sv. in de toekomst zal (kunnen) toepassen, niet meteen besluiten dat de regeling i.v.m. de LAH op de schop moet. Zelfs zonder de “decumulatieregeling” kan en zal de LAH een rol van betekenis kunnen spelen. Om deze rol betekenisvol te kunnen invullen, zijn enkele aanpassingen aan de huidige LAH-regeling uit artikel 2bis V.T.Sv. meer dan wenselijk. Immers is de huidige regeling niet aangepast aan de werkelijke noden van de praktijk. Voor deze noodzakelijke wijziging kan inspiratie worden gezocht over de grens en in een wat ouder wetsontwerp waar maximaal ruimte wordt gelaten aan de rechtspersoon om zijn verdediging naar eigen inzicht te regelen. De rechter komt pas tussen bij misbruiken die ertoe zouden kunnen leiden dat de rechtspersoon de facto zonder verdediging komt te staan. Daarnaast moet de regeling ook zo worden geconcipieerd dat zij in een zo vroeg mogelijk stadium belangenconflicten kan opvangen.

Tijd dus om de hervormingen binnen het landschap van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen wat verder en consequenter door te trekken ...

RÉSUMÉ

Cela fait, en cette année 2019, exactement 20 ans que la personne morale peut être tenue pénalement responsable. L'introduction de la responsabilité pénale pour les personnes morales fut cependant houleuse. L'ancien article 5, alinéa 2, C. pén., réglait de manière inutilement compliquée le concours entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique. La « règle de décumul », d'ailleurs unique en son genre au niveau international, causait plus de problèmes qu'elle n'apportait de solutions. Cette réglementation fut annulée récemment par la loi du 11 juillet 2018; du moins pour des faits commis après le 30 juillet 2018. Pour ces faits, la règle « générale » s'applique dorénavant que les personnes morales et physiques peuvent toutes les deux être condamnées si le fait leur est reprochable, indépendamment du fait que les faits soient commis délibérément ou par négligence et indépendamment du « poids » de leurs fautes respectives.

Une des questions qui se pose lors d'une telle annulation de la « règle de décumul » concerne l'article 2bis du Titre Préliminaire du C. proc. pén. Cet article règle la situation de la désignation (d'office ou par requête) d'un mandataire ad hoc (ci-après « MAH ») comme représentant de la personne morale, quand cette personne morale est poursuivie pour les mêmes faits ou pour des faits connexes que son représentant « normal » légal. Le ratio legis de ce règlement réside dans le but d'éviter des conflits d'intérêt entre la personne morale et la personne physique qui la représente normalement en droit.

Par la disparition progressive (pas pour des faits commis avant le 30 juillet 2018) de l'application de la règle compliquée du « décumul », une source importante de conflits d'intérêts potentiels disparaîtra en pratique. Ceci aura indiscutablement un impact sur la nécessité de désigner un « MAH ».

Cependant, cette diminution attendue des cas possibles pour lesquels l'article 2bis du Titre Préliminaire du C. proc. pén. pourrait être appliqué, ne mène selon moi pas automatiquement à la conclusion que la réglementation du MAH doit être modifiée radicalement. Même sans la règle de décumul, le MAH pourra jouer et jouera un rôle important. Afin de remplir ce rôle de manière significative, quelques adaptations à la réglementation du MAH telle que reprise à l'article 2bis du Titre Préliminaire du C. proc. pén. sont plus que souhaitables. Car la réglementation actuelle est inadaptée aux besoins réels de la pratique. Pour cette modification nécessaire, l'inspiration peut venir au-delà des frontières et dans un projet de loi quelque peu plus ancien, laissant une marge de manœuvre maximale à la personne morale pour régler sa défense comme bon lui semble. Le juge n'intervient qu'en cas d'abus menant à la situation dans laquelle la personne morale n'aurait pas de défense. Et la réglementation doit être conçue de telle façon qu'elle puisse solutionner des conflits d'intérêts le plus en amont possible.

Il est dès lors grand temps de poursuivre les réformes dans le domaine de la responsabilité pénale de manière plus avancée et cohérente.

I. AFBAKENING

1. Op 11 en 20 juli 2018 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* de wet tot wijziging van het Strafwetboek (Sw.) en de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (V.T.Sv.) wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft. Deze wet schafte de vermaledijde zogenaamde decumulatieregeling onder het "oude" artikel 5, tweede lid Sw. af.

Kort samengevat, komt die regeling erop neer dat zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon steeds strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor opzettelijk *gepleegde* misdrijven. Als de rechter vaststelt dat de fout wetens en willens werd begaan, dan moet hij niet onderzoeken of de rechtspersoon dan wel de fysieke persoon de zwaarste fout heeft begaan². Het voordeel van de verschoningsgrond (de lichtste fout) wordt maar toegekend aan de persoon die de inbreuk beging uit onachtzaamheid en niet aan diegene die wetens en willens handelde³. De rechter is

verplicht om in zijn oordeel te motiveren of het misdrijf al dan niet opzettelijk werd gepleegd, en in het geval van onachtzaamheid moet hij afwegen wie de zwaarste fout heeft begaan⁴.

Niet alleen ging het om een nodeloos ingewikkelde regeling, maar verhoogde zij nodeloos de kans op belangenconflicten tussen natuurlijke en rechtspersonen.

2. Met de afschaffing van deze regeling (hoewel *infra* nog zal blijken dat ze een tijdje naast de nieuwe regeling zal blijven bestaan) rijst de vraag of een ander gecontesteerd artikel nog een bestaansreden heeft? Het gaat om artikel 2bis V.T.Sv. dat voorziet in de mogelijkheid tot aanstelling van een lasthebber *ad hoc* als de strafvordering is ingesteld tegen de rechtspersoon en de persoon die hem vertegenwoordigt.

M.i. wel, weliswaar mits de nodige aanpassingen aan artikel 2bis V.T.Sv. ...

II. DE LASTHEBBER AD HOC⁵

§ 1. Algemeen

3. In overeenstemming met artikel 185, § 1 Sv. (correctionele rechtbank) of artikel 171, tweede lid Sv. (politie-rechtbank) verschijnen de beklaagde, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij en de burgerlijke partij persoonlijk of in de persoon van een advocaat⁶. Dezelfde regels i.v.m. de ver-

schijning gelden in hoger beroep⁷.

Toegepast op de rechtspersoon impliceert dit dat die verschijnt via een orgaan of via een bijzonder gemandateerde aangesteld door hemzelf, dan wel in bepaalde gevallen door een bijzonder gemandateerde aangesteld door de rechter⁸. Dit laatste doet zich voor als de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het bestuursorgaan is ontnomen en door de

² Cass. 27 oktober 2009, P.09.0778.N, *VAV* 2010, 58, noot.

³ Cass. 10 februari 2010, *RDPC* 2010, 930-944.

⁴ Cass. 3 mei 2011, P.10.1923.N, *T.Strafr.* 2013, 104, noot S. STALLAERT, *T.Strafr.* 2013, 105-109.

⁵ Verder: "LAH".

⁶ Als de beklaagde, de burgerrechtelijk aansprakelijke partij of de burgerlijke partij een rechtspersoon is, dan treedt de advocaat op voor de rechtspersoon als juridische entiteit. De rechtspersoon is m.a.w. zijn cliënt (G. LINDEMANS, "Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor", *D&T* 2015, afl. 2, (165) 170).

⁷ R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 2012, nr. 2134 dat verwijst naar Cass. 2 juni 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1137.

⁸ Door zijn onlichamelijk karakter is de rechtspersoon immers verplicht om op te treden via natuurlijke personen (G. LINDEMANS, "Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor", *D&T* 2015, afl. 2, (165) 171).

rechter is toegekend aan een bijzonder mandataris. De bijzonder mandataris zal dan namens de rechtspersoon in rechte optreden. Dit is het geval voor een voorlopig bewindvoerder of, tijdens een strafprocedure, een LAH aangesteld door de bevoegde rechtbank. In principe ontstaat er als het ware een driehoeksverhouding tussen de rechtspersoon, diegene die hem wettelijk vertegenwoordigt en de advocaat, die zijn instructies doorgaans krijgt van de vertegenwoordiger⁹.

4. Indien de rechtspersoon en de natuurlijke persoon, die bevoegd is om eerstgenoemde te vertegenwoordigen, samen worden vervolgd, dan voorziet de wet in een bijzondere regeling. Artikel 2bis V.T.Sv. bepaalt dat ingeval de strafvordering wegens dezelfde of samenhangende feiten wordt ingesteld tegen een rechtspersoon en tegen diegene bevoegd om hem te vertegenwoordigen, de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van de strafvordering tegen de rechtspersoon, ambtshalve of op verzoekschrift, een lasthebber *ad hoc* aanwijst om deze te vertegenwoordigen.

Artikel 2bis V.T.Sv. is bijzonder “inaccuraat” geformuleerd waardoor het in de rechtspraktijk gevolgen heeft gekregen die wellicht nooit door de wetgever werden beoogd¹⁰. Een groot deel van de praktische problemen die intussen zijn gerezen waren nochtans al tijdens de parlementaire werkzaamheden opgemerkt. Niettemin heeft de wetgever nagelaten ze nog voor de stemming van de wet op te vangen.

5. De *ratio legis* van artikel 2bis V.T.Sv. is nochtans lovenswaardig. Het gaat erom belangenconflicten te vermijden wanneer de rechtspersoon wordt vervolgd samen met de natuurlijke persoon die hem vertegenwoordigt¹¹. Een dergelijke gezamenlijke vervolging is overigens steeds mogelijk, zowel bij opzettelijk als bij onopzettelijk gepleegde misdrij-

ven. De wetgever voorzag dus dat de natuurlijke persoon, die de rechtspersoon vertegenwoordigt en ook zelf wordt vervolgd, zou kunnen handelen in functie van een “verborgen agenda”.

Echter, juist ten aanzien van de vraag wat de precieze rol is van deze LAH en onder welke omstandigheden de aanstelling ervan zich opdringt, zijn de problemen talrijk¹².

§ 2. Verplichte aanstelling en door wie?

A. Verplicht?

6. Een *eerste* kwestie is de vraag of de aanduiding van een LAH al dan niet is verplicht zodra de rechtspersoon en de vertegenwoordigingsbevoegde natuurlijke persoon samen worden vervolgd.

Volgens bepaalde rechtspraak was de aanwijzing van een LAH verplicht bij misdrijven die geen opzet vereisen omdat bij dergelijke misdrijven het belangenconflict tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon a.h.w. is ingebakken omwille van het inmiddels afgeschafte¹³ artikel 5, tweede lid Sw.¹⁴. Voor de inhoud van dit artikel en de soms problematische toepassing ervan verwijs ik de lezer naar randnrs. 29-46.

7. Andere rechtspraak oordeelde dat de aanwijzing van een LAH niet verplicht is¹⁵. Deze zienswijze verdient de voorkeur.

Het is denkbaar dat er tussen de rechtspersoon en de natuurlijke persoon geen belangenconflict ontstaat, zelfs niet wanneer zij worden vervolgd voor een onopzettelijk gepleegd misdrijf¹⁶. Het is niet omdat artikel 5, tweede lid Sw. OUD

⁹ G. LINDEMANS, “Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor”, *D&T* 2015, afl. 2, (165) 171-172.

¹⁰ J. CASTIAUX, “Les honoraires du mandataire *ad hoc*”, *Dr.pén.entr.* 2010, 5-8; S. VAN DYCK en V. FRANSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 33-44; F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 207-221; M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele beschouwingen uit de praktijk”, *T.Strafr.* 2004, (318) 335; S. DE MEULENAER en P. WAETERINCKX, “De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dan gedacht. Overzicht van rechtspraak 1999-2002”, *RW* 2003-04, 401-410; P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, (181) 246; P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, 2-13.

¹¹ Cass. 13 oktober 2015, P.14.0355.N.

¹² Voor een uitgebreid overzicht van de rechtspraak: zie S. DE MEULENAER en P. WAETERINCKX, “De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dan gedacht. Overzicht van rechtspraak 1999-2002”, *RW* 2003-04, 401-410; P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, 2-13; D. MATRAY en J. OVERATH, “Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales” in X, *Liber Amicorum J.-P. De Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 467-482; A. SMETS, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen en de lasthebber *ad hoc*: een belangenconflict? (noot onder Gent 1 maart 2002)”, *RW* 2002-03, 1550-1551; P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, (181) 246-259.

¹³ Er wordt verder in de bijdrage dan ook gesproken van art. 5, tweede lid Sw. OUD.

¹⁴ Luik 28 oktober 2009, *Dr.pén.entr.* 2010, 23; Corr. Gent 5 februari 2002, *NJW* 2003, 167.

¹⁵ Gent 11 januari 2002, *NJW* 2002, 63; Gent 22 oktober 2002, nr. 91492, *onuitg.*; Luik 29 maart 2006, *T.Strafr.* 2006, 274; Corr. Leuven 22 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 228-232, noot P. HELSEN; Corr. Leuven 30 januari 2007, nr. 247, *onuitg.*; impliciet zoals blijkt uit de gemaakte afweging, ook Brussel 31 mei 2011, *Dr.pén.entr.* 2011, 341 en Brussel 11 oktober 2011, *RABG* 2012, 533-542, noot P. WAETERINCKX.

¹⁶ Eerder werd verdedigd dat bij onopzettelijke misdrijven de rechter *de facto* verplicht is om een LAH aan te stellen (P. WAETERINCKX, De lasthebber *ad hoc*, nog steeds lastiger dan gedacht ... (noot onder GwH 5 december 2006), *RABG* 2007, 379-392). Wellicht is dit te ongenueanceerd en is het juist te schrijven dat de rechter in een dergelijke situatie verplicht is een hogere graad van waakzaamheid aan de dag te leggen om eventuele belangenconflicten onmiddellijk in de kiem te smoren.

bepaalt dat in dat geval enkel diegene die de zwaarste fout heeft gepleegd, kan worden veroordeeld, dat het verweer beperkt zal blijven tot de vraag wie nu de zwaarste fout heeft gepleegd. Het is immers mogelijk dat zowel rechtspersoon als natuurlijke persoon het verweer voeren dat er geen sprake is van enig gebrek aan voorzorg en voorzichtigheid.

En als er zich toch een belangenconflict zou voordoen, dan kan dit vaak worden opgevangen door afzonderlijke raadslieden aan te stellen voor de rechtspersoon en voor de natuurlijke persoon. Elke raadsman heeft immers de plicht de belangen van zijn cliënt(e) te behartigen. Dit vloeit onder meer voort uit de deontologie die geldt voor advocaten.

Vanuit de positie van de advocaat beschouwd, is het zelfs raadzaam om rechtspersoon en natuurlijke persoon ook bij *convergerende* belangen te laten vertegenwoordigen door afzonderlijke raadslieden. Zo hoeft elke raadsman zich slechts te bekommeren om één belang en wordt elke vorm van ambiguïteit vermeden. Immers, hoe convergerend het belang van de rechtspersoon met dat van de natuurlijke persoon ook mag zijn, volledig identiek zal dat belang – zeker in strafzaken – nooit zijn. Desbetreffend ligt de eindbeslissing bij de advoca(t)en¹⁷. Wellicht biedt de oplossing van onderscheiden raadslieden ook meer garanties voor de naleving van het beroepsgeheim met betrekking tot strikt persoonlijke informatie die de cliënt toch niet wenst te delen ondanks *in globo* convergerende belangen¹⁸.

8. In de praktijk zien veel rechters, weliswaar na een opportuniteitscontrole¹⁹, af van het aanstellen van een LAH als afzonderlijke raadslieden zich aanmelden²⁰. Die stelling werd goedkeurend aangehaald n.a.v. een vonnis van de 49ste kamer van de correctionele rechtbank te Brussel^{21,22}.

Het is natuurlijk essentieel om het belangenconflict zo *vroeg mogelijk* te ondervangen²³, hetgeen de wetgever trouwens niet was ontgaan tijdens de parlementaire voorbereiding. Toch sluit dit niet uit dat de rechter terwijl de behandeling ter zitting al aan de gang is (dus niet noodzakelijk alleen *in limine litis*), tussenkomt bij eventueel nog rijzende belangenconflicten. Die kunnen immers nog/pas blijken uit de wijze waarop een partij zich ter zitting verdedigt of uit plotse wendingen die een partij in haar verdedigingsstrategie neemt.

9. Samengevat is de ambtshalve aanstelling van een LAH voor de rechter een optie, maar geen verplichting. Daarbij kan wel de kanttekening worden gemaakt dat zodra de rechtspersoon en diens orgaan voor dezelfde feiten worden vervolgd, de rechtbank, wanneer geen verzoekschrift werd ingediend, ambtshalve dient na te gaan of het opportuun is om een LAH aan te stellen. Er is dus geen plicht tot aanstelling van een LAH, maar *de facto* wel een controleplicht van de rechter op de opportuniteit ervan²⁴. Deze interpretatie biedt maximaal ruimte voor de rechtspersoon om zijn verdediging naar eigen inzicht in te richten²⁵.

17. G. LINDEMANS, “Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor”, *D&T* 2015, afl. 2, (165) 180-181.

18. G. LINDEMANS, “Een delicate balans: de deontologie van vennootschapsadvocaten. Knelpunten in de fiduciaire driehoek tussen advocaat, cliënte-vennootschap en instructor”, *D&T* 2015, afl. 2, (165) 185-189.

19. Luik 8 september 2008, *JDSC* 2009, 261, noot M. DELVAUX. Cf. ook in die zin Gent 1 maart 2002, *RW* 2002-03, 1548. Hoewel het m.i. correct is dat de aanstelling van een LAH geen verplichting is, is de redenering van het hof dat men uit de zinsnede “ambtshalve of op verzoekschrift” kan afleiden dat de ambtshalve aanstelling facultatief is, niet correct. Dit geeft eerder gewoon weer dat er twee wegen zijn om een LAH aan te stellen, (1) ambtshalve, facultatief dan wel verplicht, (2) op initiatief van andere personen dan de rechter. Ook P. HELSEN lijkt niet overtuigd van de stelling van het hof (P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, (2) 5).

20. Corr. Leuven 22 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 228, noot P. HELSEN.

21. F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 209.

22. In het gepubliceerde arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 85/2015 was de verwijzingsrechter van oordeel dat de aanstelling van een LAH verplicht is zodra er een belangenconflict bestaat. Het kan niet uit het arrest worden afgeleid of de verwijzingsrechter dit beoordeelde *in abstracto*, dan wel *in concreto* (i.e. kan het belangenconflict niet worden opgevangen op een andere wijze die maximale ruimte laat aan de rechtspersoon om zijn verdediging naar eigen inzicht uit te oefenen?). De verwijzingsrechter die de prejudiciële vragen stelde die aanleiding gaven tot het arrest nr. 143/2016 lijkt die verplichting alvast eerder *in abstracto* op te vatten. Hij formuleert de verplichting in zijn prejudiciële vraag immers als volgt: “(...) *het* (i.e. art. 2bis V.T.Sv.) *de hoven en rechtbanken verplicht om over te gaan tot de aanwijzing van een lasthebber ad hoc vanaf het ogenblik een rechtspersoon en diegene die bevoegd is om hem te vertegenwoordigen worden vervolgd wegens dezelfde of samenhangende feiten*”. Met deze zinsnede geeft de rechter aan dat op hem een verplichting rust zodra er sprake is van een gezamenlijke vervolging zonder dat hij daarbij hoeft te kijken naar het bestaan van een reëel belangenconflict. Ten overvloede, een gezamenlijke vervolging impliceert nog niet per definitie tegengestelde belangen.

23. Een punt overigens waarop art. 2bis V.T.Sv. schromelijk tekortschiet (S. DE MEULENAER en P. WAETERINCKX, “De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dan gedacht. Overzicht van rechtspraak 1999-2002”, *RW* 2003-04, (401) 410). Het probleem van de tijdige opvang was de wetgever nochtans niet ontgaan tijdens de parlementaire werkzaamheden ... (*Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 49-2093/5).

24. S. COISNE en P. WAETERINCKX, “La sauvegarde des droits de la défense d’une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits” in M. NIHOUL (ed.), *La responsabilité pénale de la personne morale*, Brugge, die Keure, 2005, 345-350; S. DE MEULENAER en P. WAETERINCKX, “De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dan gedacht. Overzicht van rechtspraak 1999-2002”, *RW* 2003-04, (401) 405-408.

25. In Frankrijk is het facultatief karakter van de aanstelling wettelijk verankerd in art. 706-43 van de Code de Procédure pénale (Cass. crim. 13 septembre 2005, *Gaz. Pal.* 2005, n° 352-354, 18-20 décembre, jurisprudence, 19). Volgens dit art. 706-43 *in fine* zal de rechter maar ambtshalve een “mandataire de justice” (MDJ) aanstellen op verzoek van het Openbaar Ministerie, de onderzoeksrechter of de burgerlijke partij als de rechtspersoon niet kan worden vertegenwoordigd op één van de wijzen opgenomen in art. 706-43. Dit zijn: een MDJ aangesteld op verzoek van het vervolgd vertegenwoordigingsbevoegd orgaan, een persoon beschikkend over een delegatie van bevoegdheden in overeenstemming met de wet en de statuten van de rechtspersoon.

Uiteraard dient een rechtbank of een hof de aanstelling van een LAH niet meer te beoordelen als de beklagde-natuurlijke persoon niet langer bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, ook al worden beide voor dezelfde feiten vervolgd²⁶.

B. Door wie?

10. Een tweede vraag is wie de LAH kan aanstellen? In artikel 2bis V.T.Sv. is er sprake van “de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van de strafvordering tegen de rechtspersoon”.

De bevoegde rechter is deze bij wie de zaak aanhangig is op het ogenblik waarop het belangenconflict wordt vastgesteld of het verzoekschrift wordt neergelegd. M.a.w. de onderzoeksrechter tijdens het gerechtelijk onderzoek, het bevoegde onderzoeksgerecht, het vonnisgerecht vanaf de verwijzing door de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling (verder: KI) en het appelgerecht na het aantekenen van het hoger beroep²⁷.

11. Of er hoger beroep kon worden aangetekend tegen de aanstelling van een LAH stond al ter discussie sinds de invoering van de wet²⁸. De wetgever had immers nergens expliciet voorzien in de mogelijkheid tot hoger beroep, noch bij de aanstelling tijdens de onderzoeksfase (gerechtelijk onderzoek), noch bij de aanstelling tijdens de bodemprocedure. De aanwending van rechtsmiddelen tegen een beslissing in de zin van artikel 2bis V.T.Sv. beruiste daardoor grotendeels op jurisprudentie waarbij de rechter diende (dient) te toetsen aan een ruimer wettelijk kader waarin een rechts-

grond tot het instellen van hoger beroep kon worden gevonden.

In de vonnisfase vond men al vlug een rechtsgrond in de artikelen 172 en 199 van het Wetboek van Strafvordering en in de artikelen 2 en 1050 Ger.W.²⁹. Vonnissen in eerste aanleg zijn in principe vatbaar voor hoger beroep. *Mutatis mutandis* nam men opnieuw impliciet aan dat ook verzet mogelijk moet zijn tegen een beslissing tot aanstelling van een LAH³⁰. Een tussenvonnis dat een LAH aanstelt, is een vonnis alvorens recht te doen. Het doet uitspraak over een bepaald punt en is rechtstreeks grievend. Het is bijgevolg inderdaad vatbaar voor hoger beroep³¹. Mocht tegen de aanstelling van een LAH geen rechtsmiddel mogelijk zijn, dan zou een rechter met zijn beslissing een definitieve richting kunnen geven aan het verdere verloop van het verweer van de rechtspersoon, zonder dat die beslissing door een hoger rechtscollege op haar merites zou kunnen worden beoordeeld³².

12. Het probleem ligt heel wat moeilijker bij de aanstelling door een onderzoeksrechter of door het onderzoeksgerecht.

Tegen de aanstelling van een LAH tijdens het gerechtelijk onderzoek lijkt er op het eerste gezicht geen voor de hand liggend rechtsmiddel open te staan. De toepassing van het strafrechtelijk kort geding (art. 61*quater* Sv.) is in elk geval uitgesloten³³.

Op 27 maart 2001 besliste de KI te Gent dat het recht op hoger beroep tegen een beslissing tot aanstelling van een LAH door een onderzoeksrechter niet is uitgesloten³⁴. Hoewel de KI het hoger beroep ontvankelijk verklaarde, was het niet helemaal duidelijk op basis van welke rechtsgrond zij zichzelf bevoegd achtte.

²⁶. Luik 9 februari 2012, *JLMB* 2012, 1531.

²⁷. S. VAN DYCK en V. FRANSSSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 36; P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, (181) 246-249, en de vele verwijzingen in beide overzichten; F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 218.

²⁸. A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in *CBR Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen, Maklu, 2000, (13) 49; F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009). Verleden en heden van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt. *Capita selecta* van markante problemen” in *CBR Jaarboek 2009-10*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 66-67; P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, 2-13; P. HELSEN, “Lasthebber *ad hoc*” in X (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, (41) 55; A. SMETS, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen en de lasthebber *ad hoc*: een belangenconflict?” (noot onder Gent 1 maart 2002), *RW* 2002-03, (1550) 1551; J. VAN DEN BERGHE, “Praktijkproblemen en een proeve van oplossing bij de toepassing van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Strafrecht? Strafrecht. Actuele tendensen*, Antwerpen, Maklu, 2001, (135) 146.

²⁹. Corr. Oudenaarde 6 juni 2003, *RABG* 2004, (371) 371-372, noot D. DE BAECKER; P. HELSEN, “Hoger beroep tegen de uitvoerbaar bij voorraad aangeestelde LAH” (noot onder Antwerpen 22 februari 2006), *RW* 2009-10, 583.

³⁰. P. HELSEN, “Lasthebber *ad hoc*” in X (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, (41) 56; *contra*: Corr. Gent 1 februari 2000, *onuitg.*; J. VAN DEN BERGHE, “Praktijkproblemen en een proeve van oplossing bij de toepassing van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Strafrecht? Strafrecht. Actuele tendensen*, Antwerpen, Maklu, 2001, (135) 147.

³¹. Gent 11 januari 2002, *NJW* 2002, 63; Gent 1 maart 2002, *RW* 2002-03, 1548; J. LAENEN, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 535.

³². V. TRUILLET, “La responsabilité pénale des personnes morales. Le mandataire *ad hoc*”, *RDPC* 2011, (187) 190-191; A. MASSET, “La responsabilité pénale des personnes morales”, *Dr.pén.entr.* 2011, (3) 15-16.

³³. S. VAN DYCK en V. FRANSSSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 40-42.

³⁴. KI Gent 27 maart 2001, nr. 981/00, *onuitg.*; zie ook KI Luik 23 april 2001, *onuitg.*

Het klopt dat noch in het Wetboek van Strafvordering, noch in het Gerechtelijk Wetboek een rechtstreekse rechtsgrond is terug te vinden. Niettemin kan vandaag worden verdedigd dat die rechtsgrond wel kan worden gevonden in het ruimere kader van het rechtstreeks toepasselijk internationaal recht.

Artikel 6 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (verder: “EVRM”) omvat het recht op behoorlijke rechtsbedeling³⁵. Elke staat heeft de verplichting om zijn gerechtelijk apparaat zo uit te bouwen dat een eerlijk proces kan worden gevrijwaard³⁶. Hoewel het EHRM principieel het recht op een eerlijk proces beoordeelt in zijn geheel, bestaat hierop een belangrijke uitzondering. Als een onvolkomenheid zo flagrant is *dat zij niet meer kan worden rechtgezet in de loop van het proces*, dan kan deze op zich een schending van het recht op een eerlijke behandeling omvatten³⁷. Bedoeld wordt m.a.w. een schending die het verdere verloop van de procedure *beslissend* beïnvloedt.

Zonder enig rechtsmiddel tegen een beslissing tot aanstelling van een LAH, wordt deze schending van haar rechten van verdediging *onomkeerbaar* en is een eerlijk proces niet meer gewaarborgd. Zoals al onder randnr. 11 opgemerkt zou een rechter een definitieve richting kunnen geven aan het verdere verloop van het verweer van de rechtspersoon zonder dat die beslissing door een hoger rechtscollege op haar merites zou kunnen worden beoordeeld als tegen de aanstelling van een LAH geen rechtsmiddel mogelijk zou zijn.

Om die redenen dient er een ontvankelijk hoger beroep bij de KI mogelijk te zijn tegen de beschikking tot aanstelling van een LAH genomen door een onderzoeksrechter of een raadkamer. Dit was ook de stelling van de KI van Gent in een arrest van 1 maart 2012³⁸.

§ 3. Wie kan als LAH worden aangesteld?

13. Wie de meest geschikte persoon is om te worden aan-

geduid als LAH beroerde geregeld de geesten in de rechtsleer. Ook hier lopen de standpunten uiteen. Sommigen zien toch voornamelijk de advocaat als de meest geschikte persoon, terwijl anderen de geschiktheid van de LAH trachten te beoordelen vanuit het standpunt van diegene die hij moet vertegenwoordigen, nl. de rechtspersoon³⁹.

14. Er bestaat een praktijk waarbij aan de balies wordt gevraagd een lijst op te stellen van advocaten die bereid zijn als LAH te worden aangeduid. Niet zelden wordt ook een willekeurig ter zitting aanwezige advocaat ambtshalve aangesteld als LAH. Soms wordt onmiddellijk ook een vergoeding bepaald, die dan meestal bij de gerechtskosten wordt ondergebracht.

In de eerste 5 toepassingsjaren van de wet van 4 mei 1999, stelde een vonnisrechter, wanneer hij van zijn *ambtshalve bevoegdheid* tot aanstelling van een LAH gebruikmaakte, geregeld een advocaat aan⁴⁰. Op enkele uitzonderingen na⁴¹ ging de strafrechter niet na of er binnen de rechtspersoon geen personen aanwezig waren (zoals een niet-gedagvaard orgaan of een werknemer met een zekere graad van verantwoordelijkheid, zoals een financieel of administratief directeur) die als LAH konden worden aangesteld. Hoewel het zeker nog steeds geen algemene regel is, heeft recentere rechtspraak geregeld meer aandacht voor de vrije keuze van de LAH⁴². De rechtbank is hierdoor natuurlijk niet gebonden en beoordeelt geval per geval of de voorgestelde LAH voldoende onafhankelijkheid waarborgt⁴³.

Zo oordeelde het hof van beroep te Brussel bij tussenarrest op 11 oktober 2011 dat artikel 2bis V.T.Sv. de rechtspersoon helemaal niet de mogelijkheid ontnemt zelf zijn LAH aan de rechter voor te stellen. Logischerwijze hield dit hof dan ook rekening met de keuze gemaakt door de vervolgde rechtspersoon⁴⁴. Daarmee trachtte het hof van beroep de rechtspersoon maximaal ruimte te geven om diens rechten van verdediging naar eigen inzicht te organiseren.

35. F. LOGGHE, “Over de ‘eerlijke’ behandeling volgens artikel 6 van het EVRM”, *Jura Falc.* 1996-97, 271-315.

36. B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6 § 1 EVRM” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM*, Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar, Volume I, Antwerpen, Intersentia, 2004, (371) 484.

37. F. LOGGHE, “Over de ‘eerlijke’ behandeling volgens artikel 6 van het EVRM”, *Jura Falc.* 1996-97, 271-315.

38. KI Gent 1 maart 2012, *onuitg.*

39. Vgl. P. HELSEN (“De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, (2) 6) en D. MATRAY en J. OVERATH (“Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales” in *Liber Amicorum J.-P. De Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, (467) 478) met S. DE MEULENAER en P. WAETERINCKX (“De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dan gedacht. Overzicht van rechtspraak 1999-2002”, *RW* 2003-04, (401) 404).

40. Corr. Gent 5 februari 2002, *NJW* 2003, 167-168, noot H. VAN BAVEL; Corr. Gent 19 oktober 1999, *TMR* 2000, 168-169; Corr. Gent 3 april 2000, *onuitg.*; Corr. Gent 20 september 2000, *onuitg.*; Corr. Mechelen 18 oktober 2000, *onuitg.*; Corr. Gent 22 januari 2001, *onuitg.*; Corr. Gent 21 februari 2001, *onuitg.*; Corr. Gent 1 oktober 2001, *onuitg.*; Corr. Oudenaarde 6 juni 2003, *RABG* 2004, 371-375, noot D. DE BACKER; Corr. Leuven 22 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 228-232, noot P. HELSEN.

41. Corr. Hasselt, 4 mei 2001, *onuitg.*; Corr. Hasselt, 28 juni 2002, *onuitg.*

42. Dit zowel op het niveau van de bodemrechters als op het niveau van de onderzoeksgerechten.

43. Luik 3 februari 2011, *Dr.pén.entr.* 2011, 97-98 en *JDSC* 2012, 189-201, noot; Corr. Hasselt 15 februari 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 205, noot S. RENETTE.

44. “Artikel 2bis Sv. (sic) ontnemt de rechtspersoon geenszins de mogelijkheid zelf zijn lasthebber *ad hoc* aan de rechter voor te stellen. Door de rechtspersoon wordt D.R., geboren te (...) op 16 juni 1962 en wonend te (...) voorgesteld en ondergeschikt advocaat P.D.V., met kantoor te (...). Het is aangewezen mr. (...) als lasthebber *ad hoc* van de GmbH T.M. aan te stellen nu voornoemde persoon, anders dan D.R. vertrouwd is met de interne rechtsorde, de taal van de rechtspleging beheerst en woonst in België heeft.” (Brussel 11 oktober 2011, *RABG* 2012, 533-536). Cf. ook P. WAETERINCKX, “De uitspraak van het gezond verstand (!’ of ‘?’)” (noot onder Brussel 11 oktober 2011), *RABG* 2012, 536-542.

In Frankrijk⁴⁵ en het Groothertogdom Luxemburg⁴⁶ is die invalshoek wettelijk verankerd. Voorlopig is het in België bij een poging gebleven de wet in die zin aan te passen. Men consulteert desbetreffend het vooralsnog niet meer “opgeviste” artikel 11 van het “wetsontwerp Onkelinx”⁴⁷.

§ 4. Statuut en reikwijdte van de “beslissingsmacht” van de LAH

15. Hoewel de LAH volgens de tekst van artikel 2bis V.T.Sv. strikt genomen een *vertegenwoordiger* van de rechtspersoon is⁴⁸, en niet diens raadsman, blijkt uit de praktijk dat hij toch op dat terrein komt en dat overigens dikwijls aantoonbaar door de toga te dragen ...

Door de LAH in de praktijk toe te laten zich op te stellen als een echte verdediger van de rechtspersoon, beperkt men *contra legem* de rechtspersoon in zijn vrijheid om zijn verdediging naar eigen inzicht te organiseren. Vele rechters lijken te veronderstellen dat de rechtspersoon als het ware onder curatele moet worden gezet als hij samen wordt vervolgd met een hem vertegenwoordigende natuurlijke persoon.

Heel wat rechtsleer ondersteunt de visie dat de LAH meer is dan een vertegenwoordiger van de rechtspersoon⁴⁹, dat hij de lijn van verdediging bepaalt voor de rechtspersoon⁵⁰ en dat hij *de facto* gewoon de rechtspersoon is⁵¹.

Wie verheldering zoekt in de voorbereidende werken van de wet van 4 mei 1999 (tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen) is eraan voor de moeite.

Het enige lichtpunt dat getuigt van een genuanceerde visie op deze problematiek is het “wetsontwerp Onkelinx”. Daarin is te lezen dat men niet uit het oog mag verliezen dat een LAH de medewerking zal moeten bekomen van de betrokken vennootschap (en dat deze medewerking problematisch kan zijn bij een opgedrongen LAH⁵²).

In dit ontwerp schonk de wetgever overigens wel klare wijn over hoe hij de taak van de LAH zag, nl. die van een vertegenwoordiger. Daarbij onderstreepte de wetgever dat de LAH zich *niet* in de plaats kan stellen van de rechtspersoon voor het nemen van de beslissing die deze verkiest uit te voeren inzake de verdediging. Het wetsontwerp streeft m.a.w. naar een maximale vrijheid voor de rechtspersoon om zijn rechten van verdediging naar eigen inzicht te organiseren⁵³.

16. Die visie sluit trouwens ook nauwer aan bij de glasheldere wettekst van artikel 2bis V.T.Sv. die bepaalt dat de LAH *de vertegenwoordiger* is van de rechtspersoon. Hij neemt immers de plaats in van het orgaan dat mede wordt vervolgd en bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen.

17. De stelling dat de LAH meer is dan een vertegenwoordiger of zelfs *de facto* gewoon de rechtspersoon is⁵⁴, moet dan ook worden genuanceerd. De overweging van het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 143/2016 dat de LAH geen instructies bij de organen (let op het meervoud!) van de vennootschap vraagt, maar hun plaats inneemt en als enige bevoegd is om de verweerstrategie vast te stellen van de vennootschap en om te beslissen over het aanwenden van de rechtsmiddelen, is te kort door de bocht⁵⁵. Overigens neemt het Hof wat later gas terug door te overwegen dat de rol van

⁴⁵. Art. 706-43 CPP-F.

⁴⁶. Art. 223 CIC-Lux.

⁴⁷. Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1.

⁴⁸. In Frankrijk gebruikt de rechtspraak rond art. 706-43 van het Franse Wetboek van Strafvordering dat de regeling uitwerkt rond de “mandataire de justice” steevast de term “représentant”, bv. Cass. crim. 10 février 2010, 08-87.357; Cass. crim. 20 mars 2007, 05-85.253; Cass. crim. 13 septembre 2005, 04-87.840; Cass. crim. du 15 février 2005, 04-87.191, 04-87.193, 04-87.192; allen te vinden op www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁹. P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Straffr.* 2003, (2) 5; D. MATRAY en J. OVERATH, “Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales” in *Liber Amicorum J.-P. De Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, (467) 477.

⁵⁰. S. VAN DYCK en V. FRANSSSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 42-43.

⁵¹. F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, verre van evident” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Preadviezen 2015. Overheidscontracten, Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces, De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, 164; F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, maar verre van evident”, *NC* 2016, (17) 28.

⁵². Over de rechten van verdediging van de rechtspersoon, cf. P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks* 2003, 181-261; F. DERUYCK, “Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces” in NVVS (ed.), *Preadviezen 2015. Overheidscontracten, Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces, De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, 143-197; F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, maar verre van evident”, *NC* 2016, 17-46; P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, “Rechten van verdediging tijdens het strafonderzoek en de regeling van de rechtspleging. *Capita selecta*” in X, *Mensenrechten in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 219-270.

⁵³. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1, 16.

⁵⁴. F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, verre van evident” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Preadviezen 2015. Overheidscontracten, Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces, De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, 164; F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, maar verre van evident”, *NC* 2016, (17) 28.

⁵⁵. GwH 17 november 2016, nr. 143/2016, B.2.3.

de lasthebber *ad hoc* er niet in bestaat aan de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt omstandige juridische adviezen te verstrekken, noch hem bij te staan in het kader van de tegen hem ingestelde strafprocedure, maar wel zich in de plaats te stellen van de personen die gewoonlijk de bekwaamheid hebben om hem te vertegenwoordigen⁵⁶.

18. Men moet rekening houden met de regel dat de “plaatsvervanger” (wat de LAH zonder meer is, ongeacht het spectrum van zijn takenpakket) niet meer rechten heeft dan diegene in wiens plaats hij treedt⁵⁷.

De LAH, aangesteld door de rechter, vervangt het wettelijk orgaan van de vennootschap en valt ook te beschouwen als het wettelijk orgaan van de vennootschap⁵⁸. Dit orgaan moet optreden in het belang van de vennootschap, en als gevolg hiervan overleggen met het bestuur⁵⁹ en de vennoten, om enerzijds geen fouten te maken, maar anderzijds ook om de belangen van de vennootschap in te schatten die ook de belangen zijn van de huidige en toekomstige vennoten⁶⁰.

Mogelijks moet hier thans ook rekening worden gehouden met de plicht tot openbaarmaking vereist door artikel 2:8, § 1, 5°, a) WVV.

19. Vanuit dit perspectief lijkt het erop dat het spectrum van de “beslissingsbevoegdheid” met betrekking tot de verdedigingsstrategie van de rechtspersoon (mede) wordt bepaald door de beslissingsbevoegdheid die het vertegenwoordigingsbevoegd orgaan had alvorens het door de LAH werd vervangen. Het hoeft vanuit die vaststelling geen betoog dat de situatie grondig zal verschillen naargelang de aard en de omvang van de rechtspersoon.

In eenpersoonsvennootschappen is de enige zaakvoerder ook de enige aandeelhouder en *de facto* (vanuit strafrechtelijk oogpunt) ook de rechtspersoon. De LAH die in zijn plaats treedt, zal zich dus in dezelfde feitelijke (almachtige) situatie bevinden. Dit is echter niet het geval t.a.v. een rechtspersoon waar er verschillende zaakvoerders of bestuurders zijn. Daar zal de LAH rekening moeten houden met deze personen en kan hij zomaar niet beslissingen, genomen door de raad van bestuur i.v.m. de verdediging van de rechtspersoon, naast zich neerleggen. Dat de LAH als enige

bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen om proceshandelingen te stellen (het vragen van bijkomend onderzoek, het instellen van een strafrechtelijk kort geding, het aanwenden van rechtsmiddelen, enz.) doet daaraan geen afbreuk. Het feit dat hij moet handelen in het belang van de vennootschap zal hem verplichten tot overleg.

20. Dit alles nuanceert de overweging van het Hof van Cassatie in een arrest van 23 juni 2015 “*dat de aangestelde lasthebber ad hoc als enige bevoegd is om namens de rechtspersoon te beslissen over het aanwenden van rechtsmiddelen*”⁶¹ (eigen benadrukking).

Op 6 september 2016 heeft het Hof van Cassatie die rechtspraak verfijnd. Het Hof heeft het begrip “beslissen” verwijderd en zijn visie op het aanwenden van de rechtsmiddelen als volgt genuanceerd: “*Wanneer, ingeval tegen een rechtspersoon en tegen degene die bevoegd is om hem te vertegenwoordigen een strafvordering wordt ingesteld wegens dezelfde of samenhangende feiten, door de rechtbank een lasthebber ad hoc is aangewezen om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, is overeenkomstig artikel 2bis Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering deze laatste uitsluitend bevoegd om namens de rechtspersoon als beklagde rechtsmiddelen, met inbegrip van cassatieberoep, aan te wenden tegen de beslissingen over de tegen deze rechtspersoon ingestelde strafvordering en over de gelijktijdig aanhangige burgerlijke rechtsvorderingen als accessorium van die strafvordering, alsook om afstand te doen van de tegen die beslissingen ingestelde rechtsmiddelen.*”⁶² (eigen benadrukking).

Die herformulering t.o.v. het arrest van 23 juni 2015 is belangrijk omdat er een fundamenteel verschil is tussen exclusief bevoegd zijn om te beslissen over de aanwending van een rechtsmiddel en als enige bevoegd zijn om het rechtsmiddel formeel aan te wenden. Beide aspecten hoeven niet *per se* volledig samen te vallen.

Het hof van beroep te Gent oordeelde op 16 september 2016 dat als een LAH is aangesteld, het volstaat dat de raadsman van de rechtspersoon het rechtsmiddel instelt in zoverre dat blijkt dat deze optreedt voor de LAH⁶³.

^{56.} B.7. Dit gas terugnemen is wellicht te verklaren omdat het Hof bij het beantwoorden van de eerste prejudiciële vraag oordeelde dat de LAH niet handelt binnen de context van de juridisch tweedelijnsbijstand (cf. *infra*).

^{57.} H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 267-268; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 773-774.

^{58.} D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Brussel, Larcier, 2016, 857.

^{59.} Het is immers best mogelijk dat andere bestuurders niet worden vervolgd maar dat de rechtspersoon toch ambtshalve een LAH werd “opgedrongen”.

^{60.} Cass. 28 november 2013, *RW* 2014-15, 974.

^{61.} Cass. 23 juni 2015, P.14.0582.N, *APT* 2015 (samenvatting), afl. 4, 671, www.cass.be (26 juli 2015), Concl. A. HENKES, *RABG* 2016, afl. 14, 1070-1081, noot P. WAETERINCKX en *TROS-Nieuwsbrief* 2015 (samenvatting D. LINDEMANS), afl. 9, 15.

^{62.} Cass. 6 september 2016, P.16.0052.N, *NC* 2017, 80, noot P. WAETERINCKX.

^{63.} Gent (10de k.) 16 september 2016, 2015/NT/624, *ERGS*, 4 november 2016, afl. 13, 12.

21. Wat betreft het aanwenden van de rechtsmiddelen vereist finaal ook het cassatieberoep een korte toelichting⁶⁴. Gelet op artikel 425, § 1 Sv. moet de advocaat die cassatie aantekent houder zijn van het getuigschrift van een beroepsopleiding in cassatieprocedures. Hetzelfde geldt voor het neerleggen van de middelen; de memorie daartoe moet ondertekend zijn door een advocaat die houder is van dergelijk getuigschrift (art. 429 Sv.). In relatie tot de LAH kunnen er zich dus twee hypothesen voordoen. Ofwel is de LAH geen houder van het getuigschrift⁶⁵ en dan moet hij noodzakelijkerwijze een beroep doen op een advocaat houder van het vereiste getuigschrift. Ofwel is hij advocaat en houder van het getuigschrift, en dan kan hij zelf de vereiste handelingen stellen of een beroep doen op een raadsman houder van het getuigschrift.

Verder is nog op te merken dat de betekening van een cassatieberoep (art. 427 Sv.) aan een rechtspersoon voor wie een LAH is aangesteld, slechts regelmatig is als die betekening gebeurde aan deze LAH⁶⁶.

De te vervullen formaliteiten i.v.m. het cassatieberoep moeten strikt worden nageleefd. Dit blijkt uit het reeds hoger geciteerde cassatiearrest van 6 september 2016. In die zaak had de rechtspersoon in kort geding (art. 584 Ger.W.) de toestemming gekregen om zelf cassatieberoep aan te tekenen⁶⁷. De rechtspersoon bleek zich echter niet te hebben beperkt tot het louter instellen van het rechtsmiddel, maar had nadien zelf ook nog de memorie ingediend. Als gevolg hiervan verklaarde het Hof het cassatieberoep van de rechtspersoon onontvankelijk⁶⁸.

§ 5. Aard van de vergoeding/kosten

22. De kwestie is te weten of de vergoeding van de LAH gerechtskosten zijn dan wel kosten eigen aan de verdediging. De uitkomst van dit vraagstuk is belangrijk om te bepalen wie de schuldenaar is van de kosten en in welke mate de

schuldeiser bevoorrecht is. De wet rept er in elk geval met geen woord over⁶⁹.

Bepaalde rechtspraak gaat uit van kosten eigen aan de verdediging te betalen door de rechtspersoon, maar waarbij de LAH recht heeft op een rijksvergoeding in de zin van artikel 508/22, derde lid Ger.W. als de rechtspersoon weigert of nalaat te betalen. De Staat beschikt in dit laatste geval over een regresvordering t.a.v. de betrokken rechtspersoon⁷⁰. De meerderheid van de rechtspraak neigt naar een kwalificatie als gerechtskosten (*frais de justice*) die bevoorrecht zijn gelet op artikel 17 Hyp.W.⁷¹.

Een heikele kwestie is de vraag wie het verlies draagt als de rechtspersoon in gebreke blijft om de aangestelde LAH te betalen.

23. In die context – verweerkosten of gerechtskosten – stelde het hof van beroep van Luik een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. De verwijzingsrechter wenste te weten of er een te verantwoorden criterium van onderscheid bestaat dat maakt dat de LAH als gerechtelijk mandataris het in gebreke blijven van de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt zelf moet dragen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld andere gerechtelijke mandatarissen zoals⁷² o.a. een faillissementscurator of een schuldbemiddelaar die genieten van een beschermingsregeling bij insolabiliteit van hun schuldenaar. Beide laatstgenoemden genieten immers het voorrecht van de gerechtskosten bepaald in artikel 17 Hyp.W.⁷³.

Het Hof oordeelde dat zowel curator als schuldbemiddelaar een ruimer belang dienen in vergelijking met de LAH. Daar waar deze laatste een zuiver privaatrechtelijk belang behartigt, behartigen curator en schuldbemiddelaar immers de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Verder is de activiteit van curator en schuldbemiddelaar onderworpen aan een rechterlijke controle, maken de erelonen het voorwerp uit van een bij KB vastgesteld barema, moeten zij voldoen aan bepaalde voorwaarden qua beroepsbekwaamheid

⁶⁴. Betreffende de nieuwe regels geldig voor het cassatieberoep in strafzaken, cf. R. DECLERCQ, *Pourvoi en cassation en matière répressive*, Brussel, Bruylant, 2015, 851 p.; X, *Procéder devant la Cour de cassation – Procederen voor het Hof van Cassatie*, Antwerpen, Knops Publishing, 2016, 5-287; B. MAES, “De nieuwe regels van het cassatieberoep in strafzaken”, *CABG* 2015, Brussel, Larcier, 2015, 67 p.; W. VAN EECKHOUTTE en J. GHYSELS, *Cassatie in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 294 p.

⁶⁵. Omdat hij geen advocaat is, dan wel een advocaat die geen houder van het getuigschrift is.

⁶⁶. Cass. 23 juni 2015, P.14.0582.N, *APT* 2015 (samenvatting), afl. 4, 671, www.cass.be (26 juli 2015), Concl. A. HENKES, *RABG* 2016, afl. 14, 1070-1081, noot P. WAETERINCKX en *TROS-Nieuwsbrief* 2015 (samenvatting D. LINDEMANS), afl. 9, 15.

⁶⁷. De reden waarom de LAH verhinderd was, blijkt niet uit het arrest.

⁶⁸. Cass. 6 september 2016, P.16.0052.N, *NC* 2017, (77) 81, noot P. WAETERINCKX.

⁶⁹. M. DELVAUX, “La prise en charge des frais du mandataire *ad hoc*: qui passe à la caisse?”, *JDSC* 2015, 309-311.

⁷⁰. Vred. Gent 26 maart 2012, *TGR-TWVR* 2012, 259. Cf. ook Corr. 18 oktober 2013, *JLMB* 2013, afl. 34, 1785; Rb. Gent 17 mei 2013, *RW* 2014-15, 1351.

⁷¹. Cass. 4 november 2015, P.15.1061.F; Brussel 22 januari 2010, *Dr.pén.ent.* 2010, 241; Brussel 30 juni 2009, *Dr.pén.ent.* 2010, 25; Corr. Hoei 26 juni 2012, *Dr.pén.ent.* 2012, 281, noot; Corr. Brussel 5 februari 2009, geciteerd door J. CASTIAUX, “Les honoraires du mandataire *ad hoc*”, *Dr.pén.ent.* 2010, (5) 5; Corr. Brussel 8 maart 2007, geciteerd door F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 214.

⁷². Hoewel niet gespecificeerd door de verwijzingsrechter.

⁷³. Dit artikel bepaalt dat de gerechtskosten zijn bevoorrecht op de roerende en de onroerende goederen, ten aanzien van alle schuldeisers in wier belang zij zijn gemaakt.

en treden zij pas op nadat gerechtelijk al een toestand van in gebreke blijven werd vastgesteld⁷⁴.

Daarmee legde het Grondwettelijk Hof enkele duidelijke verschillen bloot tussen het statuut van enerzijds de ambts-halve aangestelde LAH en van anderzijds de faillissementscurator en de schuldbemiddelaar. De conclusie dat er aldus een verantwoord onderscheid bestaat tussen beide categorieën lag dan ook voor de hand⁷⁵.

24. Wat voormeld arrest nr. 85/2015 van 11 juni 2015 niet oplost, en m.i. ook niet kon oplossen, is de kwestie of de erelonen van de LAH verweer- dan wel rechtskosten zijn. Volgens J. CASTIAU was het uitgangspunt van de verwijzingsrechter (verweerkosten) alvast verkeerd. Deze auteur merkt terecht op dat de doelstelling van artikel 2bis V.T.Sv. erin bestaat om potentiële dan wel reële belangenconflicten tussen de vervolgte rechtspersoon en zijn vervolgte wettelijke vertegenwoordiger op te vangen. M.a.w. wenste men de rechtspersoon die zich in een dergelijke situatie bevindt toch de mogelijkheid te geven om zijn verdediging in alle vrijheid te kunnen voeren. Aldus besluit de auteur dat deze regeling wanneer ze wordt toegepast bijdraagt tot een behoorlijke waarheidsvinding en *dito* procesvoering. Daarom vallen de erelonen volgens J. CASTIAU wel degelijk binnen het spectrum van “kosten veroorzaakt door elke strafrechtspiegeling in de fase van het opsporingsonderzoek, het gerechtelijk onderzoek, de uitspraak” zoals bedoeld onder artikel 2, 1° van de programmawet (II) van 27 december 2006. Die kosten zouden dan ten laste moeten vallen van de Staat, zonder dat ze ten laste vallen van de veroordeelden; dan wel ten laste van de verschillende veroordeelden in overeenstemming met artikel 50, tweede lid Sw. dat bepaalt dat alle

wegens eenzelfde misdrijf veroordeelde personen in beginsel⁷⁶ hoofdelijk gehouden zijn tot de kosten, wanneer zij door eenzelfde vonnis of arrest zijn veroordeeld⁷⁷.

25. Recenter boog het Grondwettelijk Hof⁷⁸ zich over de problematiek van het niet bestaan van een mechanisme waarbij de Staat bij financiële problemen of insolventie:

- de kosten en prestaties ten laste neemt van de LAH (prejudiciële vraag 1);
- de erelonen van de door de rechtspersoon of van de door de LAH aangestelde raadsman ten laste neemt (i.e. de kosteloze bijstand (prejudiciële vraag 2).

Bij het onderzoek van de *eerste* vraag stelde het Grondwettelijk Hof vast dat de verwijzingsrechter ervan uitging dat de kosten en de erelonen van de LAH verweerkosten zijn⁷⁹. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het mandaat van LAH geen onbezoldigd mandaat is. Vanuit dat perspectief achtte het Hof het niet redelijk verantwoord het risico van de insolventie van de rechtspersoon te laten dragen door de LAH, terwijl hij met zijn opdracht is belast door de rechtbank, in zoverre daaruit een tekortkoming zou kunnen voortvloeien in de verdediging van de rechtspersoon, die door de LAH wordt verzekerd⁸⁰. Het Hof besloot uiteindelijk dat het niet bestaan van een regeling om de kosten en de erelonen van de LAH ten laste te nemen in geval van insolventie van de rechtspersoon, niet in overeenstemming is te brengen met de artikelen 10 en 11 Gw. in samenhang met artikel 6, 3., c) EVRM. Niettemin werd de prejudiciële vraag afgewezen omdat de schending haar oorsprong niet vindt in artikel 2bis V.T.Sv., maar in het ontbreken van een wettelijke regeling. Het Hof besloot daarbij dat het aan de wetgever toekomt in

^{74.} Overigens zijn er nog wel enkele nuttige opmerkingen te maken als men de LAH vergelijkt met de faillissementscurator. Zo is een faillissementscurator *q.q.* niet bevoegd om de gefailleerde rechtspersoon voor de strafrechter te vertegenwoordigen in zijn strafrechtelijke verdediging. De gefailleerde kan weliswaar niet meer optreden in geschillen die de goederen betreffen waarover hij het beheer heeft verloren, maar wel in alle andere gedingen. Zo blijft de gefailleerde rechtspersoon bevoegd om zijn strafrechtelijke verdediging te voeren. De faillissementswet verleent de curator nergens de bevoegdheid om de strafrechtelijke verdediging van de gefailleerde rechtspersoon te voeren. Dit is eerder logisch, aangezien de curatele naast de belangen van de rechtspersoon ook de belangen van de gezamenlijke schuldeisers verdedigt (F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDP* 2008, (190) 215-217; P. HELSEN, “De lasthebber *ad hoc* in het strafrecht: een eerste verkenning op braakliggend terrein”, *T.Strafr.* 2003, (2) 12-13).

Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de door de correctionele rechtbank aangestelde LAH rechtsgeldig de vennootschap in rechte vertegenwoordigt, zelfs al is deze inmiddels failliet verklaard (Antwerpen 7 mei 2008, *RW* 2008-09, 1520, noot P. HELSEN).

Ook de correctionele rechtbank te Brussel volgt die rechtspraak (Corr. Brussel 27 maart 2012, *TBH* 2012, 540, samenvatting D. LIBOTTE). Het hof van beroep te Brussel refereerde uitdrukkelijk aan het belangenconflict gekoppeld aan het gerechtelijk mandaat van de faillissementscurator om te besluiten dat hij in elk geval niet de LAH kan zijn (Brussel 4 oktober 2011, *Dr.pén.entr.* 2011, 339). De 49ste kamer van de correctionele rechtbank te Brussel oordeelde dat aangezien de faillissementscurator de gefailleerde rechtspersoon niet mag bijstaan in zijn strafrechtelijke verdediging, de curator evenmin bevoegd is een aanbod tot minnelijke schikking (VVSBG in de zin van art. 216bis van het Wetboek van Strafvordering (deels vernietigd door het Grondwettelijk Hof. Cf. GwH 2 juni 2016, nr. 83/2016, *BS* 1 juli 2016, ed. 1 (uittreksel), p. 40.548 en 3 juli 2016, *Juristenkrant* 2016 (weergave), afl. 331, 1 en 3, *JLMB* 2016, afl. 39, 1838, noot O. MICHELS, *NJW* 2016, afl. 348, 72 en *RW* 2016-17 (samenvatting), afl. 1, 40)) van het Openbaar Ministerie te aanvaarden (Corr. Brussel 17 februari 2012, *Dr.pén.entr.* 2013, 103).

^{75.} GwH 11 juni 2015, nr. 85/2015; P. WAETERINCKX, “De kosten en erelonen van de lasthebber ‘*ad hoc*’. Dwingt het Grondwettelijk Hof de wetgever eindelijk tot de broodnodige (lieftst integrale) wijziging van artikel 2bis V.T.Sv.?”, *TRV/RPS* 2017, afl. 4, 486-497.

Cf. ook J. CASTIAUX, “Les honoraires du mandataire *ad hoc* et la Cour constitutionnelle”, *Dr.pén.entr.* 2015, afl. 4, 321-323; M. DELVAUX, “La prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc*: qui passe à la caisse?”, *JDS* 2015, 309-311.

^{76.} Art. 50, derde lid van het Strafwetboek voorziet in een afwijking: “Nochtans kan de rechter alle veroordeelden of enige van hen vrijstellen van de hoofdelijkheid, mits hij de redenen van die vrijstelling opgeeft en het door ieder persoonlijk te dragen aandeel in de kosten bepaalt.”

^{77.} J. CASTIAUX, “Les honoraires du mandataire *ad hoc* et la Cour constitutionnelle”, *Dr.pén.entr.* 2015, (321) 321.

^{78.} GwH 17 november 2016, nr. 143/2016, *Dr.pén.entr.* 2017, 113-118.

^{79.} Dat deze kosten niet worden beoogd door art. 2, 1° van de programmawet (II) van 27 december 2006.

^{80.} Overw. B.8.2.

een dergelijk mechanisme te voorzien; een aanmaning voor de rechter dus.

De tweede prejudiciële vraag had betrekking op de uitsluiting van de juridische tweedelijnsbijstand van de vervolgte rechtspersoon die financiële problemen heeft of insolvent is. Die rechtspersoon geniet immers geen enkele tegemoetkoming van de Staat in het ten laste nemen van de kosten en de erelonen van zijn advocaat. Na diverse overwegingen (cf. B.11.1., B.11.2., B.12., B.13.1. en B.13.) kwam het Hof tot het besluit dat een rechtsvervolgning tegen een rechtspersoon belangrijk genoeg kan zijn om de kosteloosheid van rechtsbijstand in zijn voordeel te verantwoorden. Hem dergelijke bijstand onthouden impliceert dat de artikelen 508/1 en 508/

13 Ger.W. niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 Gw., in samenhang met artikel 6, 3., c) EVRM⁸¹.

26. Het is tot op heden nog steeds onduidelijk of de kosten en erelonen van de LAH verweer- dan wel gerechtskosten zijn, en bijgevolg eveneens in welke mate ze bescherming genieten in geval van insolventie van de vervolgte rechtspersoon. Aan de wetgever dus om duidelijkheid te scheppen ... Het zgn. “ontwerp Onkelinx” gaf al een, weliswaar onvolledige, aanzet door in artikel 11 van het ontwerp te bepalen dat de rechter de onkosten en de honoraria van de LAH ten laste van de rechtspersoon taxeert⁸². De wijziging zal echter best deel uitmaken van een globale herziening van artikel 2bis V.T.Sv. waarvoor al eerder werd gepleit⁸³.

III. DE DECUMULATIETEGEL VAN ARTIKEL 5, TWEDE LID SW. OUD

§ 1. Algemeen

27. Op 21 januari 2015 dienden de heer Raf Terwingen en de dames Sonja Becq en Leen Dierick en de heren Philippe Pivin en Servais Verherstraeten een wetsvoorstel in tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft. Het wetsvoorstel beoogde naast de opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van rechtspersonen zoals uitgedrukt onder artikel 5, vierde lid Sw. OUD, de onder artikel 5, tweede lid Sw. OUD opgenomen zgn. “decumulatiereg” af te schaffen⁸⁴.

28. Op 5 juli 2018 werd de uiteindelijke tekst aangenomen in de plenaire vergadering van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en voorgelegd aan de Koning ter bekrachtiging⁸⁵. Dit geschiedde op 11 juli 2018 en op 20 juli 2018 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* de wet tot wijziging van het Strafwetboek (Sw.) en de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (V.T.Sv.) wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft. Bij afwezigheid van enige bijzondere bepaling, trad deze wet in werking op 30 juli 2018⁸⁶.

De nieuwe wet wijzigde volgende artikelen:

- artikel 5 Sw. waarvan het tweede en het vierde lid verdwenen;
- artikel 7bis Sw. waarin de regels i.v.m. de bestraffing werden gewijzigd n.a.v. de wijziging onder artikel 5 Sw.

De twee cruciale wijzigingen zijn de afschaffing van de decumulatiereg onder artikel 5, tweede lid Sw. OUD en de strafrechtelijke immuniteit van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen onder artikel 5, vierde lid Sw. OUD. Enkel de eerste is relevant in relatie tot de wettelijke regeling i.v.m. de LAH en dus in het kader van deze bijdrage.

§ 2. De afschaffing van de decumulatiereg (art. 5, tweede lid Sw. OUD)

A. De oorspronkelijke tekst

1. Algemeen

29. Artikel 5, tweede lid Sw. OUD zoals ingevoegd door de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen⁸⁷ luidde sinds 2 juli 1999 als volgt:

“Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.”

⁸¹. GwH 17 november 2016, nr. 143/2016, *Dr.pén.ent.* 2017, 113-118.

⁸². *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2929/1, 59.

⁸³. F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009). Verleden en heden van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt. *Capita selecta* van markante problemen” in *CBR Jaarboek 2009-10*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 87-89.

⁸⁴. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/001 (samenvatting), 1.

⁸⁵. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/010, 3.

⁸⁶. *BS* 20 juli 2018, p. 58.484.

⁸⁷. *BS* 22 juni 1999, inwerkingtreding 2 juli 1999.

Deze regel, wellicht enig in zijn soort en bestempeld als een *sui generis*-regel⁸⁸, was sinds zijn inwerkingtreding op 2 juli 1999 een aanhoudende bron voor juridisch dispuut.

2. Toepassing decumulatie bij onachtzaamheidsmisdriven

30. Problemen bij de toepassing van artikel 5, tweede lid Sw. OUD rijzen vooral bij de misdrijven die geen opzet vereisen (waaronder het gros van de ondernemingsmisdriven in bijzondere wetgeving). Daarbij dient men twee hypothesen te onderscheiden, nl. die van de zuiver onopzettelijke misdrijven (hypothese 1) en van de misdrijven die weliswaar strafbaar zijn als ze uit onachtzaamheid zijn gepleegd, maar evengoed opzettelijk kunnen worden gepleegd (hypothese 2).

31. Hypothese 1 omvat de onopzettelijke slagen en verwondingen of doding (art. 418-420 Sw.), waarbij cumulatie tussen de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de natuurlijke persoon en de rechtspersoon per definitie is uitgesloten; of moeten we zeggen “zou uitgesloten moeten zijn”? Inderdaad, op 20 november 2012 besliste het Hof van Cassatie om ook de zuiver onopzettelijke misdrijven binnen de perimeter te brengen van artikel 5, tweede lid Sw. OUD. In dit vooralsnog niet-gepubliceerde en alleenstaande arrest oordeelde het Hof dat:

“Het toebrengen van onopzettelijke slagen of verwondingen sluit niet uit dat de natuurlijke persoon de aan de basis daarvan liggende handelingen en verzuimen wetens en willens heeft gepleegd in de zin van artikel 5, tweede lid Strafwetboek.”⁸⁹

Met die overweging sloot het Hof zich aan bij de door A. MISONNE verkondigde stelling dat een opzettelijk gepleegde fout kan leiden tot een onopzettelijk misdrijf⁹⁰. Een vreemde

beslissing volgens A. DE NAUW, die benadrukt dat “*wetens en willens*” het opzet weergeeft⁹¹.

32. Hypothese 2 omvat de andere misdrijven die geen opzet vereisen, zoals inbreuken op het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk zoals geregeld in de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en de uitvoeringsbesluiten⁹², het niet of niet correct betalen van loon⁹³, de artikelen 16.6.1, § 1, 16.6.2, § 1, tweede lid en 16.6.3, § 1, tweede lid Vlaams milieubeleidsdecreet⁹⁴, enz.

Bij deze misdrijven zal de rechter nagaan of de overtreding *in concreto* al dan niet opzettelijk werd gepleegd. Werd er niet concreet opzettelijk gehandeld, dan zal de rechter diegene moeten veroordelen die de zwaarste fout beging⁹⁵. De hoven van beroep te Gent en te Antwerpen benadrukten herhaaldelijk dat *in concreto* wetens en willens handelen bewust en buiten elke dwang handelen impliceert. Wie dus bewust en buiten elke dwang handelde in strijd met bijvoorbeeld het milieuvergunningdecreet, handelde opzettelijk, waardoor cumulatie mogelijk wordt^{96,97}.

33. De rechtspracticus die met een mogelijke toepassing van artikel 5, tweede lid Sw. OUD wordt geconfronteerd, moet steeds de basisregel voor ogen houden dat dit artikeldeel maar van toepassing kan zijn als de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon in het gedrang kan komen. De daarin vervatte strafuitsluitende verschoningsgrond is alleen van toepassing in geval van samenloop tussen de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van een rechtspersoon en die van een geïdentificeerde natuurlijke persoon⁹⁸. Als de rechter oordeelt dat de rechtspersoon geen schuld treft aan de ten laste gelegde feiten, dan kan artikel 5, tweede lid Sw. OUD niet worden toegepast. Dit belet de rechter natuurlijk helemaal niet om te oordelen dat de *natuurlijke* persoon wel strafrechtelijk verantwoordelijk is⁹⁹.

^{88.} *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/005, 34.

^{89.} Cass. 20 november 2012, P.12.0304.N, *onuitg.*

^{90.} A. MISONNE, “Le concours de responsabilités [de la personne morale]” in M. NIHOUL, *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Brussel, la Charte, 2005, 87-164, nr. 84.

^{91.} A. DE NAUW, “Hoe algemeen is het bijzonder strafrecht? Over de invloed van leerstukken van het algemeen strafrecht op de misdrijven van gemeen recht”, *NC* 2014, 257.

^{92.} Art. 128 Sociaal Strafwetboek (verder: “Soc.Sw.”).

^{93.} Art. 162, 1° Soc.Sw.

^{94.} Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (*BS* 3 juni 1995).

^{95.} Cass. 10 februari 2010, *RDPC* 2010, (930) 943 op gelijkkluidende conclusies van Adv. Gen. VANDERMEERSCH, 936.

^{96.} Gent 26 juni 2009, *TMR* 2010, 261; Antwerpen 11 juni 2009 (www.juridat.be); Gent 19 september 2008, *T.Strafr.* 2008, 471, noot. *Cf.* ook Corr. Brugge 25 juni 2010, *TGR* 2012, 62, noot.

^{97.} Dat het criterium voor de cumulatie het *in concreto* opzettelijk handelen omvat, is in het verleden niet altijd even zorgvuldig geformuleerd door het Hof van Cassatie. In een arrest van 19 november 2008 oordeelde het Hof immers als volgt: “Artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek regelt de gevallen waarin de verantwoordelijkheid van een natuurlijke persoon en van een rechtspersoon in het gedrang komen wegens eenzelfde misdrijf. Het sluit de cumulatie van de verantwoordelijkheden uit door alleen die in aanmerking te nemen van degene die de zwaarste fout heeft begaan, met als enige uitzondering het geval waarin de geïdentificeerde natuurlijke persoon willens en wetens heeft gehandeld. Deze cumulatie is zowel van toepassing op misdrijven die opzettelijk zijn gepleegd als op misdrijven die uit onachtzaamheid zijn gepleegd.” (Cass. 19 november 2008, P.08.1037.F, *Pas.* 2008, I, p. 2605). Misdrijven die uit onachtzaamheid zijn gepleegd, vallen natuurlijk onder de hypothese van de decumulatie en niet de cumulatie.

^{98.} Cass. 19 november 2003, P.01.1551.F, *JDSC* 2004, 322. Later bevestigd in Cass. 9 november 2004, P.04.0849.N, *CDPK* 2005, 597, noot A. VANDAELE en *JDSC* 2006, 185, noot M. DELVAUX.

^{99.} Cass. 2 juni 2015, P.13.1452.N.

Het is dus niet voldoende dat men een strafrechtelijk relevante fout vaststelt bij de natuurlijke persoon. Er moet ook een dergelijke fout bij de rechtspersoon kunnen worden vastgesteld^{100,101}. Niettemin vereist noch artikel 5, tweede lid Sw. OUD, noch het recht op een eerlijk proces dat de geïdentificeerde natuurlijke persoon samen met de rechtspersoon wordt vervolgd¹⁰². De niet-aanwezigheid van de geïdentificeerde natuurlijke persoon doet geen afbreuk aan de normale toepassing van de bewijsregels in strafzaken waarbij als gevolg van het vermoeden van onschuld het Openbaar Ministerie, en in voorkomend geval de burgerlijke partij, de bewijslast draagt, waarbij elke twijfel de beklagde ten goede komt en waarbij de rechter alleen oordeelt op grond van de hem regelmatig overgelegde gegevens waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren¹⁰³.

Ook O. KLEES en F. LUGENTZ zijn de mening toegedaan dat de toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond in artikel 5, tweede lid Sw. OUD niet vereist dat de natuurlijke persoon en de rechtspersoon samen worden vervolgd. Ze benadrukten daarbij dat een rechtspersoon moet kunnen genieten van de toepassing van artikel 5, tweede lid Sw. OUD als de strafvordering is vervallen t.a.v. de natuurlijke persoon (bv. door overlijden)¹⁰⁴. Uiteraard geldt het omgekeerde ook.

In 2010 leek het Hof van Cassatie echter een andere weg in te slaan. Het Hof oordeelde dat hoewel natuurlijke personen alle aan een rechtspersoon toegerekende misdrijven werkelijk zijn, dit niet betekent dat de strafrechter is gehouden te onderzoeken of het misdrijf ook aan een natuurlijke persoon kan worden toegerekend wanneer deze hiervan niet wordt beklagd. Hij moet in dat geval enkel nagaan of de vervolgte rechtspersoon voor het misdrijf verantwoordelijk kan worden gesteld¹⁰⁵. V. FRANSEN en S. VAN DYCK stelden vast dat het Hof in de gemaakte overweging de in het cassatiemiddel aangevoerde decumulatie negeerde¹⁰⁶.

In 2011 knoopten zowel de Nederlandstalige als de Frans-talige 2de kamer van het Hof van Cassatie opnieuw aan bij de stelling dat artikel 5, tweede lid Sw. OUD niet vereist dat de rechtspersoon en de geïdentificeerde natuurlijke persoon samen worden vervolgd. Volgens het Hof doet het niet

betrekken van de rechtspersoon in het strafproces geen afbreuk aan de normale toepassing van de bewijsregels in strafzaken¹⁰⁷.

Ook het hof van beroep te Brussel paste dit principe toe in een zaak wegens het niet vervullen van de DIMONA-plicht. In die zaak stond de bestuurder van de vennootschap terecht als beklagde en kwam de vennootschap “maar” tussen als burgerrechtelijk aansprakelijke partij. Niettemin verhinderde dit het hof van beroep niet om de “zwaarste-fout-toets” te maken, waarbij het hof uiteindelijk oordeelde dat de ondernemer, de bestuurder van de vennootschap, manifest de zwaarste fout had begaan¹⁰⁸. Eenzelfde geluid is te horen bij het hof van beroep te Luik¹⁰⁹ en bij de correctionele rechtbank van Aarlen¹¹⁰.

3. Toepassing cumulatie bij opzettelijk gepleegde misdrijven

34. De toepassing van artikel 5, tweede lid Sw. OUD bij opzettelijke gepleegde misdrijven levert minder problemen op. Als de rechtspersoon en een als verdachte geïdentificeerde natuurlijke persoon opzettelijk handelden, dan zal de rechter beiden veroordelen. Onder deze categorie kunnen vallen:

- alle misdrijven die opzet, bijzonder en gans bijzonder opzet vereisen (bv. witwassen, oplichting, misbruik van vennootschapsgoederen, (fiscale) valsheid in geschriften, omkoping, enz.);
- alle misdrijven die al strafbaar zijn bij onachtzaamheid, maar opzettelijk werden gepleegd. Overigens kan dat opzettelijk handelen ook leiden tot een wettelijk bepaalde strafverzwaring (cf. art. 16.6.2, § 1, eerste lid en 16.6.3, § 1, eerste lid Vlaams milieubeleidsdecreet¹¹¹ en art. 204, § 1, tweede lid en 223, § 1, tweede lid Soc.Sw.).

35. In geval van een opzettelijk (gepleegd) misdrijf in hoofde van de rechtspersoon en een natuurlijke persoon moet de rechter beiden veroordelen. Volgens een recent arrest van 13 maart 2018 van het Hof van Cassatie volgt uit

^{100.} Cass. 23 september 2008, P.08.0587.N, *RABG* 2009, 479-487, noot; Cass. 12 juni 2007, P.07.0246.N, *TGR-TWVR* 2008, 141.

^{101.} Dit is meteen ook één van de redenen waarom aan art. 5, tweede lid Sw. OUD geen terugwerkende kracht werd verleend (Cass. 3 oktober 2000, P.00.0432.N; Cass. 26 februari 2002, P.00.1034.N; Cass. 5 maart 2002, P.01.1431.N; Arbitragehof 9 april 2003, nr. 42/2003; P.D.G. CABOOR en P. WAETERINCKX, “De strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 5, lid 2 Sw.: ook het internationaal recht sluit de discussie” (noot onder Cass. 5 maart 2002), *RW* 2003-04, 536-539).

^{102.} Cass. 19 november 2003, P.01.1551.F, *JDSC* 2004, 322.

^{103.} Cass. 9 november 2004, P.04.0849.N, *NJW* 2005, 796, *Pas.* 2004, I, p. 1745, *CDPK* 2005, 597, noot A. VANDAELE en *JDSC* 2006, 185, noot M. DELVAUX.

^{104.} F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 201.

^{105.} Cass. 27 april 2010, P.09.1625.N, *NC* 2011, 371, noot.

^{106.} V. FRANSEN en S. VAN DYCK, “‘Let’s Stick Together (c’mon c’mon)’: decumul enkel mogelijk bij gezamenlijke vervolging van natuurlijke en rechtspersoon?” (noot onder Cass. 27 april 2010), *NC* 2011, 382-386.

^{107.} Cass. 1 februari 2011, P.10.1334.N, *NC* 2011, 375; Cass. 22 juni 2011, P.10.1289.F, *NC* 2011, 381, noot.

^{108.} Brussel 18 mei 2011, *Soc.Kron.* 2011, 286.

^{109.} Luik 22 maart 2012, *SA EUROBETON*, *JDSC* 2012, 190 en 193.

^{110.} Corr. Aarlen 3 maart 2011, *SA EUROBETON*, *JDSC* 2012, 190.

^{111.} Decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (*BS* 3 juni 1996).

de wetsgeschiedenis en de doelstelling van artikel 5, tweede lid Sw. OUD dat als de rechter bij de beoordeling van de daarin opgenomen strafuitsluitingsgrond vaststelt dat de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd, hij dan beiden *moet* veroordelen. Het Hof van Cassatie benadrukt dat artikel 5, tweede lid Sw. OUD niet toelaat dat in geval van opzettelijk gepleegde misdrijven, de rechter naar eigen inzicht oordeelt of hij zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon, dan wel één van hen zal veroordelen. Evenmin komt het de rechter toe dat oordeel te laten afhangen van een eigen beoordeling van de respectieve door de rechtspersoon en door de natuurlijke persoon gepleegde fouten¹¹².

Deze rechtspraak staat diametraal tegenover de rechtspraak van de Franstalige kamer van het Hof die eerder had geoordeeld:

*“Als het misdrijf opzettelijk is gepleegd, kan, maar dat is geen verplichting, de natuurlijke persoon samen met de rechtspersoon worden veroordeeld, zodat de strafuitsluitende verschoningsgrond alleen de natuurlijke persoon ten goede kan komen en de rechtspersoon in dat geval schuldig moet worden verklaard.”*¹¹³.

Deze ietwat ongelukkig geformuleerde beoordeling bouwt voort op de stelling van F. ROGGEN. Deze auteur schreef dat het facultatief karakter van de cumulatie maar ten goede kan komen aan de fysieke persoon terwijl de praktijk uitwijst dat bodemrechters maar weinig geneigd zijn om gebruik te maken *“de cette faculté de ne pas condamner la personne physique”*¹¹⁴.

Advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH treedt die visie bij in zijn conclusies, daarbij uitdrukkelijk verwijzend naar F. ROGGEN en F. KUTY¹¹⁵. Laatstgenoemde auteur houdt voor dat men bij een opzettelijk optreden van de natuurlijke persoon niet langer moet kijken naar de geestesgesteldheid van de rechtspersoon omdat de wet alleen verwijst naar de natuurlijke persoon (*“Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.”*). Verder is alleen nog vereist dat de rechtsper-

soon het moreel bestanddeel vervult opdat zou kunnen worden gecumuleerd¹¹⁶.

Het is vanuit die exegetische lezing van de tweede zin van artikel 5, tweede lid Sw. OUD dat men kwam tot het besluit dat het facultatief karakter alleen ten gunste van de natuurlijke persoon zou werken.

36. De praktijk lijkt dit eerder toe te passen volgens een interpretatie dat het woord “kunnen” in de tweede zin van artikel 5, tweede lid Sw. OUD¹¹⁷ impliceert dat, of een rechter finaal de cumulatie toepast of niet, afhangt van het resultaat van de feitelijke toerekeningsoefening. Is hij van oordeel dat zowel natuurlijke als rechtspersoon schuld treffen, dan zal hij beiden veroordelen; meent hij dat slechts één van beiden schuld treft, dan zal hij de schuldige veroordelen en de andere vrijspreken. Die vrijspraak kan wel degelijk ten gunste van de rechtspersoon zijn terwijl de geïdentificeerde natuurlijke persoon wordt veroordeeld (zoals de praktijk ook uitwijst)¹¹⁸. In wezen past men in de hypothese van een mogelijke cumulatie (opzettelijk handelen) o.i. terecht de normale regels van het strafrecht toe zoals die gelden bij de vervolging van twee natuurlijke personen voor het(de)zelfde feit(en).

Het is in die zin dat o.i. het arrest van 13 maart 2018 van de Nederlandstalige kamer van het Hof van Cassatie moet worden begrepen. Eens voor de rechter vaststaat dat rechts- en natuurlijke persoon schuld hebben aan een opzettelijk gepleegd misdrijf, dan moet hij hen beiden veroordelen.

4. Verklaring (?) begrippen “uitsluitend” en de “zwaarste fout”

a. “Uitsluitend”

37. Als men te zwaar gaat steunen op het in het gedrang komen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon *uitsluitend* wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, riskeert men artikel 5, tweede lid Sw. OUD wellicht een te ruime draagwijdte te geven¹¹⁹.

¹¹² Cass. 13 maart 2018, P.17.0083.N.

¹¹³ In de originele Franse versie van het arrest luidt het: *“Si l’infraction est volontaire, la personne physique peut mais ne doit pas être condamnée en même temps que la personne morale, de sorte que la cause d’excuse absolutoire ne peut bénéficier qu’à la personne physique, la personne morale devant en ce cas être déclarée coupable.”* (Cass. 6 mei 2015, P.15.0379.F, NC 2016, 156, noot). Cf. ook Cass. 25 mei 2016, P.16.0486.F, *Dr.pén.entr.* 2016, 307-311, Concl. Adv. Gen. NOLET DE BRAUWERE.

¹¹⁴ F. ROGGEN, “La responsabilité pénale des personnes morales” in P. CHOME, O. KLEES en A. LORENT, *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, (1) 29 (bijgewerkt tot 2015).

¹¹⁵ Vn. 14 Concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH die verwijst naar F. ROGGEN (zie vn. hierboven) en F. KUTY, *Les principes généraux du droit pénal belge*, Tome III, *L’auteur de l’infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2012, 142-144.

¹¹⁶ F. KUTY, *Les principes généraux du droit pénal belge*, Tome III, *L’auteur de l’infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2012, 143.

¹¹⁷ “Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.”

¹¹⁸ Corr. Antwerpen 14 april 2011, nr. 2373, *onuitg.*; Corr. Antwerpen 27 juni 2012, nr. 3957, *onuitg.* Ook Corr. Antwerpen (5C) 29 oktober 2015, nr. 4462, *onuitg.*, doch hervormd door Antwerpen 26 april 2017, NC 2017, afl. 4, 392, noot.

¹¹⁹ F. LUGENTZ en O. KLEES, “Le point sur la responsabilité des personnes morales”, *RDPC* 2008, (190) 200-204; S. VAN DYCK en V. FRANSSSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 24-25.

Door in artikel 5, tweede lid Sw. OUD te refereren aan een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon die *uitsluitend* in het gedrang komt door het handelen van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, bleef de wetgever niet helemaal trouw aan zijn uitgangspunt. De wetgever van 1999 werkte een cumulatierегeling uit op basis van iets dat hij in essentie verwierp, namelijk dat het ouderschap van de natuurlijke persoon de grondslag vormt van het ouderschap van de rechtspersoon. Rechtspersonen hebben immers een eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Het feit dat een misdrijf begaan door een rechtspersoon zich *de facto* manifesteert via een handeling van een natuurlijke persoon is daarbij irrelevant. Als men aanvaardt dat de rechtspersoon een autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid heeft, los van die van de natuurlijke persoon, dan kan de rechtspersoon logischerwijze nooit strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld wegens het *uitsluitend* optreden – in de zin van de “daad” stellen¹²⁰ – van een natuurlijke persoon.

38. In de rechtspraak kon men – gelukkig – al vaststellen dat heel wat rechters zeer pragmatisch met dit probleem omgaan en zich weinig gelegen laten aan het woord “uitsluitend”. Zij stellen gewoon vast dat er samen met de rechtspersoon één of meer geïdentificeerde natuurlijke personen terechtstaan aan wie het misdrijf kan worden toegerekend. Zij gaan voor *elk* van de natuurlijke personen na of zij wetens en willens hebben gehandeld¹²¹. P. TRAEEST merkte op dat A. MASSET “*terecht de mening was toegedaan dat voor de interpretatie van deze tekst dit woord (‘uitsluitend’) net zo goed als onbestaande kan worden gehouden*”¹²². A. MASSET zegt duidelijk dat er maar twee mogelijkheden zijn. *Ofwel*

beschouwt men het woord “uitsluitend” als onbestaande en dan kan men de regeling die de wetgever voor ogen had toepassen. *Ofwel* neemt men het mee in aanmerking en dan is artikel 5, tweede lid Sw. OUD ontoepasbaar¹²³. Een natuurlijke persoon A kan toch ook niet worden veroordeeld voor een diefstal “*uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon B*”¹²⁴? COLETTE-BASECQZ onderschreef terecht die visie¹²⁵.

Uit de rechtspraak i.v.m. voormeld artikel kunnen we niet anders dan besluiten dat men is gegaan voor de eerste optie. Overigens strookt dit volledig met de wil van de wetgever, die uitdrukkelijk wenste te voorzien in een van de regels van de deelneming afwijkende regeling wanneer zowel ten aanzien van een natuurlijke persoon, als ten aanzien van een rechtspersoon, het materiële en het intentionele element van het misdrijf bewezen worden geacht¹²⁶.

Uiteindelijk werd het Hof van Cassatie toch uitgenodigd om een interpretatie te geven aan het begrip “uitsluitend”. Volgens het Hof zou het betekenen dat de fout van de rechtspersoon samenvalt met de fout van de natuurlijke persoon of er nauw verband mee houdt¹²⁷.

b. “De zwaarste fout”

39. Dit begrip werd door de wetgever van 1999 niet gedefinieerd. De beoordeling ervan wordt aan de rechter overgelaten¹²⁸. Het zoeken op grond van artikel 5, tweede lid Sw. OUD naar diegene die de zwaarste fout beging, is een hachelijke onderneming voor de rechter.

¹²⁰. Parl.St. Kamer 1998-99, nr. 49-2093/5, 20.

¹²¹. P. TRAEEST, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *TRV* 1999, (451) 469; P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, (181) 218-220.

¹²². Refererend aan A. MASSET, “La loi du 9 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée”, *JT* 1999, 656.

¹²³. “(...) lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l’intervention d’une personne physique identifiée: ‘cumul’ et ‘exclusivement’ sont antinomiques et la législation aurait pu se dispenser de ce genre d’égarement; cet adjectif est à tenir inexistant, sauf à considérer alors que cette nouvelle disposition ne recevra jamais application!” (A. MASSET, “La loi du 9 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée”, *JT* 1999, 656).

¹²⁴. A. MASSET, “La loi du 9 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée”, *JT* 1999, 656; A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in *CBR Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen, Maklu, 2000, (13) 16-18 en 32 *et seq.* Een rechtspersoon kan niet verantwoordelijk gesteld worden *uitsluitend* op grond van het handelen van een natuurlijke persoon. Dit verloochent het principe van de *autonome* strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zoals bedoeld in het eerste lid van art. 5 Sw. Om een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk te kunnen stellen, moet deze zelf de bestanddelen van het misdrijf vervullen, gekoppeld aan een intrinsiek verband met één van de drie voorwaarden: doel, belang of voor rekening van (A. DE NAUW en F. DERUYCK, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen” in *CBR Jaarboek 1999-2000*, I, Antwerpen, Maklu, (13) 33).

¹²⁵. N. COLETTE-BASECQZ, “L’élément moral nécessaire à la condamnation pénale de la personne morale” in N. COLETTE-BASECQZ en M. NIHOUL (eds.), *La responsabilité pénale des personnes morales. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2011, (29) 47-48.

¹²⁶. Parl.St. Senaat 1998-99, nr. 1217/1, 6-7. Na de ongelukkige tussenkomst van senator VANDENBERGHE, die via zijn amendement de nachtmerrie “uitsluitend” in art. 5, tweede lid Sw. smokkelde (Parl.St. Senaat 1998-99, nr. 1217/4, 1), veranderde de oorspronkelijke visie van de wetgever geenszins: “Het gaat hier om een wettelijke uitzondering op de bepalingen inzake strafbare deelneming die de rechter anders zouden verplichten in alle gevallen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon beiden te veroordelen, wanneer in hoofde van beiden het materieel en het intentioneel element van het misdrijf bewezen worden geacht.” (Parl.St. Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 11). Zoals P. TRAEEST al terecht opmerkte, zoekt men tevergeefs naar een duidelijk antwoord wat men met de term “uitsluitend” heeft willen bereiken (P. TRAEEST, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *TRV* 1999, (451) 464). Wellicht betreft het hier een wel zeer ongelukkige lapsus van een civilist die bij het indienen van zijn amendement het uitgangspunt van de autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon uit het oog moet zijn verloren. De tekst van zijn amendement lijkt geïnspireerd op de orgaantheorie uit het vennootschapsrecht.

¹²⁷. Cass. 23 september 2008, P.08.0587.N, noot; Cass. 12 juni 2007, P.07.0246.N, *TGR-TWVR* 2008, 141.

¹²⁸. Sommige rechtsleer ziet daarin een schending van het legaliteitsbeginsel (F. KEFER, *Précis de droit pénal social*, Limal, Anthemis, 2008, 134).

Bij onachtzaamheidsmisdrijven gebeurt de beoordeling van het gebrek aan voorzorg en voorzichtigheid aan de hand van de “normale, voorzichtige en redelijke persoon (verder: ‘NVR-persoon’) geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden”. Als bij de vergelijking zou blijken dat die NVR-persoon anders zou hebben gehandeld, dan staat de schuld vast van diegene die aan de beoordeling werd onderworpen¹²⁹. Het abstracte criterium van de NVR-persoon waaraan wordt getoetst, zal echter verschillen voor de rechtspersoon en voor de natuurlijke persoon. De NVR-persoon moet immers bij de toetsing worden geplaatst in zijn eigen milieu met de daaraan verbonden specifieke competenties en de toewijding die men van hem binnen dat spectrum mag verwachten. De fout van de rechtspersoon en die van de natuurlijke persoon zijn bijgevolg essentieel verschillend¹³⁰.

40. P. TRAEST en H. VAN BAVEL zijn van mening dat zodra er meerdere (gekende) natuurlijke personen in het geding zijn¹³¹, de rechter bij onachtzaamheid voor elk van hen zal moeten nagaan wie de zwaarste fout beging, zij of de rechtspersoon (cf. ook *supra*, randnr. 38)¹³². Deze stelling vloeit logischerwijze voort uit het feit dat het hier gaat om de beoordeling van de strafwaardigheid van een schuldbekwame dader, natuurlijke persoon, wat persoonlijk ten aanzien van elke beklagde dient te gebeuren¹³³. Tussen de natuurlijke personen onderling moet die vergelijking van fouten dan weer niet gebeuren¹³⁴.

41. De rechter heeft een weinig benijdenswaardige positie als hij moet nagaan of de rechtspersoon, dan wel de in het geding zijnde natuurlijke perso(o)n(en) de zwaarste fout beging(en). Het is dan ook niet verwonderlijk dat er diverse

denkpatronen zijn ontstaan om te beoordelen wie de zwaarste fout heeft begaan¹³⁵.

Daarbij is vast te stellen dat structurele problemen niet alleen leiden tot verwijtbaarheid t.a.v. de rechtspersoon maar ook tot het toerekenen van de zwaarste fout aan de rechtspersoon. Het vonnis n.a.v. de treinramp in Pécrot is daarvan een glashelder voorbeeld. De motieven van verwijtbaarheid aan de rechtspersoon (“une organisation interne déficiente, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables”) waren o.m. determinerend voor de rechter om te oordelen dat de zwaardere fout bij de NMBS lag¹³⁶.

Nagenoeg dezelfde gedachtegang speelde bij een onopzettelijke doding van een patiënt met een zware neuro-motorische handicap die zich had verslikt in een stukje vlees. Dit had zich voorgedaan nadat zonder voorafgaand advies was afgeweken van medische richtlijnen. Zowel de hoofdverpleegkundige als de instelling stonden hiervoor terecht. De rechtbank oordeelde dat de zwaarste fout lag bij de instelling die toeliet dat zonder onderbouwd deskundig advies van richtlijnen werd afgeweken¹³⁷.

Het feit dat een verwarde patiënt in een ziekenhuis zijn bed kon verlaten en was verongelukt, werd t.a.v. het ziekenhuis in de verhouding tot de directeur ook beschouwd als een zwaardere fout van de rechtspersoon¹³⁸.

Als echter de in het geding zijnde natuurlijke perso(o)n(en) duidelijke procedures en voorschriften van de rechtspersonen misken(t)(nen), dan is (zijn) het de natuurlijke perso(o)n(en) die de zwaarste, lees *de facto* de enige, fout beging(en). Dit blijkt duidelijk uit het vonnis “Cockerill-Sambre” van de cor-

¹²⁹. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, nr. 448.

¹³⁰. P. WAETERINCKX, “De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon. Artikel 5, tweede lid Sw., een staaltje van onbehoorlijke regelgeving”, *RW* 2000-01, 1217-1220 en de verwijzingen aldaar; C. VANDEWAL, “Methodiek van het onderzoek bij de parketten. De bijdrage van het College van procureurs-generaal aan de handhaving van het milieurecht” in X, *De handhaving van het milieurecht*, Mechelen, E.Story-Scientia, 2002, (1) 12.

¹³¹. Art. 5, tweede lid Sw. spreekt immers duidelijk van een geïdentificeerde natuurlijke persoon waarbij “een” fungeert als lidwoord en niet als telwoord (H. VAN BAVEL, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *AJT* 1999-2000, (209) 215).

¹³². P. TRAEST, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *TRV* 1999, (451) 469; H. VAN BAVEL, “De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen”, *AJT* 1999-2000, (209) 215-216.

¹³³. Zo handelde ook het hof van beroep te Gent toen het zich moest uitspreken over het hoger beroep tegen een veroordeling van een chauffeur en een zaakvoerder inzake een inbreuk op de bepalingen inzake vleesvervoer. Aangezien de feiten zich voordeden voor 2 juli 1999, beriepen de beklagden zich op de toepassing van art. 2 Sw. om aldus aan bestraffing te ontsnappen. Daarvoor moest het hof eerst nagaan of thans de rechtspersoon voor een dergelijk misdrijf zou kunnen worden vervolgd en bestraft; wat het positief beantwoordde. Daarna moest het voor *elk* van de twee beklagden nagaan of deze al dan niet wetens en willens handelden. Het hof beoordeelde dit criterium wetens en willens *in concreto* en kwam tot de vaststelling dat de chauffeur geenszins een fout beging, maar dat de zaakvoerder daarentegen wel een fout beging, waardoor eerstgenoemde wel en tweede genoemde niet kon genieten van de onmiddellijke toepassing van de mildere strafwet (Gent 22 maart 2000, *onuitg.*, maar becommentarieerd door L. ARNOU, “Schuldig en toch vrijgesproken worden”, *Juristenkrant* 2000, nr. 14, 3).

¹³⁴. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2929/001, 9. Cf. ook E. DE FORMANOIR, “Vers une réforme de la responsabilité pénale des personnes morales?” in N. COLETTE-BASECQZ en M. NIHOUL (eds.), *La responsabilité pénale des personnes morales. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2011, (141) 167-68; F. KEFER, *Précis de droit pénal social*, Limal, Anthemis, 2008, 134.

¹³⁵. M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele beschouwingen uit de praktijk”, *T.Strafr.* 2004, (318) 328-329; P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak” in A. DE NAUW (ed.), *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die Keure, 2003, (181) 211-220. Cf. in dit verband ook S. VAN DYCK en V. FRANSEN m.m.v. F. PARREIN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (Deel II)”, *TRV* 2009, (14) 18-21.

¹³⁶. Pol. Nijvel 15 september 2004, *JLMB* 2004, 1407 *et seq.*

¹³⁷. Corr. Tongeren 16 november 2006, *T.Gez.* 2007-08, 146, noot.

¹³⁸. Corr. Brugge 2 mei 2005, *T.Gez.* 2007-08, 228.

rectionele rechtbank te Luik¹³⁹. Het hof bevestigde die rechtspraak in 2009 door te oordelen dat werknemers die de nauwkeurige consignes van de werkgever-rechtspersoon aan hun laars lappen, de enige strafrechtelijke verantwoordelijken zijn¹⁴⁰. Ook de correctionele rechtbank te Brugge oordeelde dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid niet op de rechtspersoon kan worden afgewenteld als er met de organisatie van het bedrijf niets mis is, doch wel met de manier waarop de natuurlijke persoon zich van zijn taken heeft gekwetend¹⁴¹. Als echter de natuurlijke perso(o)n(en) louter uitvoerder(s) is (zijn), dan is de rechtspersoon veelal te beschouwen als diegene die de zwaarste fout beging¹⁴². Als er naast de individuele fout van de werknemer ook sprake is van een niet door de werkgever nagekomen verplichting, kan de rechtspersoon of de natuurlijke persoon die *de facto* werkgever is natuurlijk ook strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld. Dit blijkt uit een arrest van het hof van beroep te Antwerpen waarin de rechters hadden vastgesteld dat de werkgever risicovolle werkzaamheden had laten uitvoeren zonder afdoende preventie maatregelen te (laten) nemen¹⁴³. Het hof van beroep te Luik oordeelde n.a.v. een arbeidsongeval hetzelfde¹⁴⁴. Mocht de werkgever dit wel gedaan hebben, dan wel zijn bevoegdheden desbetreffend behoorlijk hebben gedelegeerd¹⁴⁵, dan was hij wellicht niet veroordeeld. De rechter zal dit geval per geval moeten nagaan.

42. Bij een samenloop leidt een *in concreto* onopzettelijk handelen bij misdrijven die geen opzet vereisen, tot een strafuitsluitende verschoningsgrond t.a.v. de schuldige die de lichtste fout beging. De burgerlijke aansprakelijkheid van diegene die de lichtste fout beging, blijft echter onverminderd overeind¹⁴⁶.

43. Men kan besluiten dat het zoeken op grond van

artikel 5, tweede lid Sw. OUD naar diegene die de zwaarste fout beging, een hachelijke aangelegenheid is en in essentie een zelfs volstrekt zinloze discussie omvat. Men vraagt de rechters het onmogelijke te vergelijken. Zo moet een NVR¹⁴⁷-ingenieur voldoen aan andere zorgvuldigheidsveristen dan een NVR-bedrijfsleider of een NVR-arbeider¹⁴⁸. D. ROEF merkte in dit verband terecht op dat, gelet op het onvermijdelijke verschil in toetsingscriterium tussen de rechtspersoon en de natuurlijke persoon, het voor een rechter quasi onbegonnen werk is om uit te maken wie nu eigenlijk de zwaarste fout maakte. De in het geding zijnde fouten zullen meestal duidelijk behoren tot een verschillend competentie- en verantwoordelijkheidsdomein. Welke fout echter het zwaarste doorweegt, is onvergelijkbaar¹⁴⁹. Tijdens een hoorzitting op 9 december 2015 beaamde de heer eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, J. DE CODT, die vaststelling door zich luidop af te vragen hoe de ene fout van de andere kan worden onderscheiden naargelang ze meer of minder zwaar zou zijn. Ook J. DE CODT onderstreepte dat er eendeloos veel nuances in het spel kunnen zijn die de zoektocht naar zwaarste fout tot een (quasi) onmogelijke opdracht maken. Hij vroeg zich pertinent af hoe een zwaardere strafrechtelijke fout een lichtere *dito* fout zou kunnen verschonen¹⁵⁰.

5. Evaluatie

44. Gelet op wat voorafgaat onder randnrs. 29 tot 43, zal het de lezer niet verwonderen dat artikel 5, tweede lid Sw. OUD sinds zijn inwerkingtreding op 2 juli 1999 aanhoudend voor de nodige problemen heeft gezorgd.

Al jaren wordt in de rechtsleer benadrukt dat de regeling onder dit artikel haar doel voorbij schiet. Niet zelden geeft zij op het terrein aanleiding tot perverse effecten. De potentiële

¹³⁹. Corr. Luik 20 september 2004, *JLMB* 2004, 1392 *et seq.*

¹⁴⁰. Luik 23 september 2009, *Dr.pén.entr.* 2010 51-53.

¹⁴¹. “*In de hypothese dat de rechtspersoon een zwaardere fout heeft begaan, voorziet artikel 5 Sw. (sic) dat de natuurlijke persoon, eerste beklagde, geniet van een strafuitsluitende verschoningsgrond (...) dat er met de organisatie van het bedrijf niets mis was doch wél met de manier waarop de natuurlijke persoon zich van zijn taken heeft gekwetend. In casu kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan ook niet worden afgewimpeld op de rechtspersoon die ter zake dient te worden vrijgesproken.*”; Corr. Brugge 20 mei 2003, *onuitg.*

¹⁴². “*Deze rechtbank is van oordeel dat de zwaarste verantwoordelijkheid duidelijk bij (...) de NV G. ligt. Uit de concrete casusgegevens blijkt immers dat eerste beklagde louter uitvoerder is van de opdrachten van de vennootschap en geen zeggenschap heeft over de organisatie en werking van de vennootschap.*”; Corr. Antwerpen 18 november 2002, *onuitg.* (2 vonnissen).

¹⁴³. Antwerpen 11 juni 2009, www.juridat.be.

¹⁴⁴. Luik 8 maart 2012, *JDSC* 2012, 199, *Dr.pén.entr.* 2013, 1199, noot.

¹⁴⁵. Voor delegatie van bevoegdheden, cf. o.a. P. WAETERINCKX en I. VERHAERT, “Strafrechtelijke verantwoordelijkheid, een beheersbaar ondernemingsrisico? De delegatie in het strafrecht”, *RW* 2001-02, 1009-1026; P. WAETERINCKX, “La responsabilité pénale, un risque maîtrisable pour l’entreprise. La délégation de pouvoirs en droit pénal”, *RDPC* 2003, 425-473; E. ROGER-FRANCE, “La délégation de pouvoirs en droit pénal”, *JT* 2000, 257-263.

In Frankrijk: J.-F. RENUCCI, “La délégation de pouvoirs: questions d’actualité”, *RJDA* 1998, afl. 8-9, 679 *et seq.*; J. CALVO, “La délégation de pouvoirs en matière pénale”, *Droit pénal des affaires*, 2 augustus 1999, nr. 152, 11 *et seq.*; T. DALMASSO, “La délégation de pouvoirs, une réponse à la surpénalisation?”, *Petites Affiches*, 2 maart 2000, nr. 44, 3 *et seq.*; S. LE DAMANY, C. JOLY-BAUMGARTNER, G. BRASIER-PORTERIE, T. RAES, N. BOUDEVILLE en S. BLANCHARD, “Le dirigeant face aux risques”, *Les Echos*, 6 december 2000, 8 *et seq.*

¹⁴⁶. Zie J. VANANROYE en S. VAN DYCK, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon bij de ‘decumul’ van artikel 5 tweede lid Sw.”, *TRV* 2003, 441-466.

¹⁴⁷. N(ormaal) V(oorzichtig) en R(edelijk).

¹⁴⁸. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, PUB, 1999-2000, 1985/459; H. BOCKEN, “Aansprakelijkheid voor milieuschade: een nieuw en belangrijke bedrijfsrisico” in *Milieurecht voor bedrijfsleiders en hun adviseurs*, Gent, Mys & Breesch, 1994, nrs. 18-21.

¹⁴⁹. D. ROEF, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in het milieustrafrecht” in X, *Vennootschappen weldra strafbaar. Wat is de weerslag op het bestaan van de ondernemingen?*, Brussel, Bruylant, 1999, (65) 83-87.

¹⁵⁰. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/005, 32.

decumulatie op het niveau van de vervolgingen, leidt op het niveau van de straf tot een cumulatie van de vervolgingen. Bij de rechterlijke beoordeling van artikel 5, tweede lid Sw. OUD neemt men ook geregeld gemakshalve wetens en wilens handelen aan om te ontsnappen aan de toepassing van de ingewikkelde decumulatieregeling van artikel 5, tweede lid Sw. OUD¹⁵¹. Zoals hoger benadrukt, is het door de rechter in te vullen begrip “zwaarste fout” uiterst vaag en noopt het hem of haar tot een bijna onmogelijke vergelijking van verschillende zorgvuldigheidsplichten. De regeling wordt dan ook dikwijls incoherent en zelfs foutief toegepast. Verder is de regeling ook nog eens de motor van belangenconflicten.

Tot slot had zij de bedenkelijke eer enig te zijn in haar soort. Zo bestaat zij noch in Frankrijk (art. 121-2 C. pén.) noch in Nederland (art. 51 NSr)¹⁵². Ook de Luxemburgers lieten de bedenkelijke regeling links liggen (art. 34 C. pén.).

45. Reeds in 2010 pleitte men voor een “reprise” van het “wetsontwerp Onkelinx”¹⁵³ dat voorzag in de afschaffing van het tweede lid van artikel 5 van het Strafwetboek¹⁵⁴. Tijdens een hoorzitting bestempelden het College van procureurs-generaal en het College van het Openbaar Ministerie ooit de regeling als nutteloos¹⁵⁵ en als een bron van onzekerheid¹⁵⁶. De sprekers in de hoorzitting sloegen spijkers met koppen toen ze aangaven dat bij de afschaffing van de decumulatieregeling het strafrecht zijn normale loop weer zal kennen en de rechter, na de beoordeling van de schuld, de rol van elke beklagde kan vertalen in de straftoemeting¹⁵⁷.

46. Ook op internationaal niveau was de “decumulatie-regeling” van artikel 5, tweede lid Sw. OUD niet onopgemerkt gebleven, echter in negatieve zin:

“*En outre, le cadre juridique belge de lutte contre la corruption transnationale préoccupe fortement le groupe de travail. Le droit belge en matière de responsabilité des personnes morales n'a pas été modifié depuis la phase 2, et ce en dépit d'une recommandation du groupe en ce sens. L'absence de clarification apportée au mode d'imputation de l'élément intentionnel de l'infraction de corruption transnationale et l'application du principe de décumul des responsabilités entre la personne physique et la personne morale entravent la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales. (...)*”¹⁵⁸.

B. De nieuwe regeling

1. De weg naar de nieuwe wettekst

47. Het zijn die moeilijkheden die de heer Terwingen ertoe hebben aangezet om op de 19de verjaardag van de wet van 4 mei 1999, nl. op 4 mei 2018, een amendement in te dienen ter wijziging van het tweede lid van artikel 5 Sw. Zijn voorstel luidde:

“*De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit.*”

In het Frans luidt deze bepaling:

“*La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.*”

Daaruit blijkt dat men de mosterd had gehaald in Frankrijk uit het Franse “article 121-2 du Code pénal” dat luidt:

¹⁵¹. P. WAETERINCKX en K. DE SCHEPPER, “Enkele bedenkingen bij de objectivering van de beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het ondernemingsstrafrecht” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 148; cf. bv. *Corf.* Antwerpen 21 april 2008, *VAV* 2008, 516; *Corr.* Dendermonde 27 mei 2003, *TMR* 2004, 66; H. VAN BAVEL, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd binnen een rechtspersoon” in X, *Het financieel strafrecht in opmars*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, (429) 447; M. FAURE en P. WAETERINCKX, “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtspraak en enkele beschouwingen uit de praktijk”, *T.Strafr.* 2004, (318) 332.

¹⁵². Cf. wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2929/001, 14; P. WAETERINCKX, “De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon”, *RW* 2000-01, 1220; F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, nr. 256-259; S. EVRARD, “Responsabilité de la personne morale et responsabilités des dirigeants: comment s'articulent-elles?”, bijdrage op de studiedag “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen” op 15 juni 1999, Brussel, EFE, 3-4.

¹⁵³. Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2929/001, 6-15.

¹⁵⁴. F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon” in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 86.

¹⁵⁵. F. ROGGEN, “La responsabilité pénale des personnes morales” in P. CHOME, O. KLEES en A. LORENT, *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, 2009, (1) 128.

¹⁵⁶. J. DU JARDIN, “Le bilan de l'évaluation” in X, *Actualités de droit pénal et procédure pénale*, Luik, CUP, 2003, 399.

¹⁵⁷. Hoorzitting Raad van procureurs des Koning en College van procureurs-generaal betreffende het wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft (54-816) en wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft (54-1031). Al eerder was de Raad van State in zijn advies bij het “Ontwerp Onkelinx” tot hetzelfde besluit gekomen: “Doordat het huidige tweede lid van artikel 5 van het Strafwetboek in het voorontwerp wordt opgeheven, wordt het aan de beoordelingsvrijheid van de strafrechter overgelaten om te beslissen of in het onderhavige geval al dan niet sprake is van samenloop van verantwoordelijkheden tussen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon. Daardoor biedt het voorontwerp een radicale oplossing voor de moeilijkheden die zijn ontstaan door de toepassing van de huidige regel.” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2929/1, 43, ook geciteerd in *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/003, 14 en nr. 54-816/005, 16).

¹⁵⁸. Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la Belgique de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/BelgiquePhase3FR.pdf, p. 5 (en verder ook p. 17, 18, 21), *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/003, 14-15 en nr. 54-816/005, 17.

“*La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, (...)*”¹⁵⁹.

Deze tekst is letterlijk dezelfde als deze die was voorgesteld door de Commissie voor de hervorming van het strafrecht in het voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek onder het voorgestelde artikel 17¹⁶⁰. Ook de toelichting bij het amendement van de heer Terwingen is op een paar aanvullingen na een kopie van de *memorie van toelichting* bij het voorstel van voorontwerp¹⁶¹. Zowel de voorontwerpers als de heer Terwingen benadrukten dat de praktijk intussen heeft uitgewezen dat het de tekst van artikel 5, tweede lid Sw. OUD zoals gestemd in 1999 ontbreekt aan duidelijkheid en precisie. Het bevatten en het uitleggen ervan wordt bestempeld als problematisch¹⁶². Daarbij steunden zij op de kritische beschouwingen uiteengezet onder randnr. 29-43.

48. Tijdens de eerste lezing in de Commissie Justitie formuleerde kamerlid Brotcorne nog enkele bedenkingen die er samengevat op neerkomen dat hij de samenloop betreunde van de verantwoordelijkheden tussen rechtspersoon en natuurlijke persoon. Hij vroeg zich luidop af volgens welke criteria de ene zal worden vrijgesproken en de andere veroordeeld¹⁶³.

Een nogal vreemde overweging bij een wet die al bijna 20 jaar in werking is en waarbij de toerekening aan de rechtspersoon nooit een echt probleem is geweest. De rechtspersoon is een autonoom strafrechtelijk verantwoordelijk rechtssubject¹⁶⁴ zoals elke natuurlijke persoon en bij samenloop van verantwoordelijkheden zijn de regels van de deelneming van toepassing. In de toepassing van artikel 5,

tweede lid Sw. OUD werden die immers buitenspel gezet¹⁶⁵.

2. De nieuwe wettekst

49. Uiteindelijk zal de tekst ter vervanging van artikel 5, tweede lid Sw. OUD zoals voorgesteld door de heer Terwingen (en in wezen van de Commissie voor de hervorming van het strafrecht) unaniem worden aangenomen bij de tweede lezing in de Commissie Justitie op 28 juni 2018¹⁶⁶, en in plenaire vergadering worden goedgekeurd op 5 juli 2018¹⁶⁷.

Artikel 5, derde lid Sw. luidt sinds 30 juli 2018 (*cf. supra*, randnr. 28) als volgt:

“*De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit.*”

C. De toepassing in de tijd van artikel 5, tweede lid Sw. OUD versus artikel 5, derde lid Sw.

50. Op 30 juli 2018 trad de nieuwe regeling in werking waarbij onvermijdelijk de vraag rijst naar de toepassing van de strafwet in de tijd die wordt geregeld onder artikel 2 Sw. dat bepaalt:

“*Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd.*”

Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast.”

¹⁵⁹. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/003, 15; J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DEHERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht in het Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 78.

¹⁶⁰. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DEHERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht in het Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 3-4.

¹⁶¹. J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DEHERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht in het Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 72-78.

¹⁶². *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/003, 7; J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DEHERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht in het Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 74.

¹⁶³. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/005, 6 en 8-9.

¹⁶⁴. De recente praktijk toont echter aan dat die autonomie op haar grenzen lijkt te botsen naarmate de rechtspersoon “kleiner” wordt, bij uitstek in het geval eenpersoonsvennootschappen. *Cf.* Cass. 3 maart 2015, P.13.1261.N, met goedkeurende noot van B. MEGANCK, “Strafrechtelijke verantwoordelijkheid eenmansvennootschap: het eigen schuldpatroon van de rechtspersoon”, *T.Strafr.* 2015, 81-84 en eerder kritische noot van P. WAETERINCKX, “De eenpersoonsvennootschap en de grenzen van het antropomorfisme. Botst de autonome strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon werkelijk op haar grenzen bij de eenpersoonsvennootschap, of is dit het gevolg van rechtspraak die het antropomorfisme niet volledig doortrekt?”, *NC* 2016, 57-61. Zie i.v.m. deze problematiek ook: F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, maar verre van evident” in X, *Vereeniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, nr. 31, 170; F. DERUYCK, “De rechten van verdediging van de rechtspersoon in de Belgische strafprocedure: van verre evident, maar verre van evident”, *NC* 2016, (17) 18; C.-E. CLESSE, “Au plus votre société est petite, au plus votre responsabilité est grande” (noot onder Bergen 21 maart 2011), *Dr.pén.entr.* 2012, 107-110; A. DE NAUW, “Hoe algemeen is het bijzonder strafrecht? Over de invloed van leerstukken van het algemeen strafrecht op de misdrijven van gemeen recht”, *NC* 2014, 253-277; J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 879; V. FRANSEN, “Daderschap en toerekening bij rechtspersonen”, *NC* 2009, 241.

¹⁶⁵. “*Het gaat hier om een wettelijke uitzondering op de bepalingen inzake strafbare deelneming die de rechter anders zouden verplichten in alle gevallen de natuurlijke persoon en de rechtspersoon beiden te veroordelen, wanneer in hoofde van beiden het materieel en het intentioneel element van het misdrijf bewezen worden geacht.*” (*Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 11). *Cf.* ook J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DEHERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht in het Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2016, 77-78.

¹⁶⁶. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/008, 3.

¹⁶⁷. *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/010, 2.

Men kan niemand veroordelen met een *straf* zwaarder dan deze bepaald op het ogenblik van de feiten. *A fortiori* kan een veroordeling dus niet voor feiten die op het ogenblik van het plegen ervan geen misdrijf uitmaakten¹⁶⁸. Dit is de toepassing van een algemeen geconsacreerd rechtsbeginsel dat men o.a. terugvindt in artikel 11, 2. van de universele verklaring van de rechten van de mens, artikel 15, 1. IVBRP, artikel 7, 1. EVRM, artikel 9 van de Amerikaanse conventie voor de rechten van de mens, enz.

Een strafrechtelijke veroordeling kan enkel gegrond zijn op een norm die bestond op het ogenblik van de feiten¹⁶⁹. Indien het feit op het ogenblik van de feiten naar nationaal recht niet strafbaar was, maar wel volgens een norm van internationaal recht, dan kan op die laatste norm een veroordeling worden gestoeld als die directe werking heeft. Wat betreft in nationaal recht om te zetten internationale normen geldt die regel niet¹⁷⁰.

Voor een terugwerking van een nieuwe mildere *strafbaarstelling* moet uit de nieuwe regeling daarnaast ook blijken dat het inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van dit feit is gewijzigd¹⁷¹.

51. Wat betreft de afschaffing van het artikel 5, tweede lid OUD Sw. lijkt de situatie glashelder. Door de afschaffing van de decumulatieregeling schrapte de wetgever een strafuitsluitende verschoningsgrond uit het Strafwetboek.

Daardoor zal bij samenloop van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechts- en van de natuurlijke persoon, de rechter voortaan steeds beiden veroordelen als het feit hen verwijtbaar is ongeacht het “gewicht” van de respectieve fouten begaan uit onachtzaamheid (bij opzettelijk handelen was dit al het geval). Dit laatste zal wel zijn repercussies kunnen hebben op de effectieve straftoemeting; net zoals dit steeds het geval is geweest bij samenlopende strafrechtelijke verantwoordelijkheden van natuurlijke personen. V. Franssen maakte deze analyse ook al tijdens een hoorzitting in de Kamer op 2 december 2015¹⁷².

Omdat de nieuwe regeling een verstrenging van de wet omvat, zal artikel 5, tweede lid Sw. OUD in zijn (afgeschafte) versie van 1999 blijven gelden voor feiten die werden gepleegd uit onachtzaamheid vóór 30 juli 2018 (*cf.* art. 7 EVRM en art. 2 Sw.)¹⁷³.

IV. HEEFT DE REGELING VAN DE LAH ONDER ARTIKEL 2BIS V.T.SV. NOG EEN BESTAANSREDE NA DE AFSCHAFFING VAN DE DECUMULATIAREGEL ONDER ARTIKEL 5, TWEDE LID SW. OUD?

52. Zoals onder randnr. 5 aangegeven, ligt de *roeping* van artikel 2bis V.T.Sv. besloten in het vermijden van belangenconflicten als de rechtspersoon wordt vervolgd samen met de natuurlijke persoon die hem vertegenwoordigt¹⁷⁴. Daarbij werd ook aangestipt (*cf. supra*, randnr. 7) dat dit belangenconflict niet *per se* hoeft te bestaan, ook niet wanneer de ingewikkelde decumulatieregeling onder artikel 5, tweede lid Sw. OUD nog van toepassing zou zijn.

53. Evenmin blijkt uit de voorbereidende werken bij de wet van 4 mei 1999 die de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon invoerde dat de regeling van de LAH onder artikel 2bis V.T.Sv. staat of valt met de decumulatieregeling. Het is dus niet zo dat er een intrinsieke verbonden-

heid bestaat tussen de bestaansreden van artikel 2bis V.T.Sv. en deze van artikel 5, tweede lid Sw. OUD.

54. Voormelde vaststelling leidt al meteen tot een eerste conclusie, nl. dat uit de afschaffing van de decumulatieregeling niet kan worden besloten dat de regeling i.v.m. de LAH *ipso facto* ook op de schop moet. Immers, met het verdwijnen van de decumulatieregeling verdwijnen niet alle mogelijkheden tot een belangenconflict tussen de vervolgte rechtspersoon en het vervolgte orgaan. Wel is het zo dat met het (gaandeweg¹⁷⁵) verdwijnen van de decumulatieregeling een (niet alle dus) belangrijke bron van potentiële belangenconflicten verdwijnt waardoor de noodzaak tot het aanstellen van een LAH ongetwijfeld zal verminderen¹⁷⁶.

¹⁶⁸ J. RUBBRECHT en R. DECLERCQ, “Het niet terugwerken van strafwetten”, *Ann. Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen* 1950, 130; F. DESPORTES en F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Parijs, Economica, 2008, nr. 353.

¹⁶⁹ M. CROMHEECKE en F. DHONT, “Geen straf zonder wet” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECCK, *Handboek EVRM*, Deel 2, *Artikelsgewijze commentaar*, I, Antwerpen, Intersentia, 2004, nrs. 11 *et seq.*, (653) 664 *et seq.*

¹⁷⁰ Gent 3 november 2005, *TRV* 2005, 402: “De normstellingen kunnen echter geen directe werking hebben, die ertoe leidt dat de bepaling in een richtlijn (...) uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale wettelijke regeling ter uitvoering ervan, (...) bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid verzwaren.” J. PRADEL en G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 1999, nr. 299.

¹⁷¹ G. KNIGGE, *Verandering van wetgeving*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 456.

¹⁷² *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/005, 25.

¹⁷³ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-816/005, 25.

¹⁷⁴ *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1217/6, 74-75, 88; *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 49-2093/5, 4 en 42.

¹⁷⁵ *Cf. supra*, randnrs. 49-50.

¹⁷⁶ Tot die vaststelling was de wetgever in het “Ontwerp Onkelinx” ook al gekomen: “De opheffing van het tweede lid van artikel 5 van het Strafwetboek zal het aantal belangentegenstellingen weliswaar gevoelig doen afnemen, doch in de praktijk is het niet mogelijk om belangenconflicten tussen de rechtspersoon en zijn wettelijke vertegenwoordiger volledig uit te sluiten. De bestaansreden voor de aanstelling van de lasthebber *ad hoc* blijft derhalve bestaan.” (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1, 15).

55. Maar mij komt het voor dat de LAH ook na de afschaffing van de decumulatie een rol van betekenis kan/zal blijven spelen, echter mits de nodige hervormingen waarvoor al een lans werd gebroken in 2010¹⁷⁷. In 2010 schreven F. DERUYCK en ondergetekende al dat er diverse punten zijn die de hervorming van artikel 2bis V.T.Sv. rechtvaardigen. Ze worden hier volledigheidshalve nog eens opgesomd:

- de regeling voldoet niet aan de premisse van een adequate en pertinente belangenconflictenregeling, nl. het voorkomen van dergelijke conflicten. Zo is er geen regeling voor het opsporingsonderzoek en is de toepassing van het gerechtelijk onderzoek onzeker;
- de regeling getuigt van overdreven betutteling van de rechtspersoon die sterk wordt beperkt om naar eigen inzicht zijn verdediging te voeren. Zo worden al te vaak externe en soms onvoldoende competente LAH opgedrongen;
- problemen i.v.m. de procedure van aanstelling van een LAH en onzekerheid over de rechtsmiddelen bij aanstelling tijdens het gerechtelijk onderzoek;
- problemen i.v.m. het statuut en de vergoeding;
- elke belanghebbende kan vragen om een LAH aan te stellen (bv. concurrenten, ...) wat aanleiding kan geven tot misbruiken;
- de verschuiving van zijn wettelijke functie als vertegenwoordiger van de rechtspersoon naar een ware verdediger en pleiter *contra legem*¹⁷⁸.

56. Ondergetekende staat overigens nog steeds achter het gros van de uitgangspunten van het “ontwerp Onkelinx” ter

hervorming van artikel 2bis V.T.Sv.¹⁷⁹. Ondanks het principiële antropomorfisme dat een gelijkschakeling impliceert tussen rechts- en natuurlijke persoon, wordt het verschil tussen de wijze waarop een rechtspersoon handelt en deze waarop een natuurlijke rechtspersoon handelt nooit volledig uitgegomd. De rechtspersoon handelt nu eenmaal via natuurlijke personen. Dit laatste maakt dat er naar mijn bescheiden mening best in een wettelijke terugvalpositie wordt voorzien die vermijdt dat bij belangenconflicten de rechtspersoon wordt gefrustreerd in de vrije uitoefening van zijn rechten van verdediging.

De regeling tot aanstelling van een LAH moet echter zo worden geconcipeerd dat er maximale ruimte is voor de rechtspersoon om zijn verdediging naar eigen inzicht te organiseren. Pas als blijkt dat de rechtspersoon niet beschikt over die mogelijkheid, moet er kunnen worden ingegrepen.

57. Het gekozen uitgangspunt van de voorgestelde regeling tot wijziging van artikel 2bis V.T. Sv. (art. 11 van het “ontwerp Onkelinx”) betreffende de LAH neigt in die richting. De rechtspersoon moet maximaal naar eigen inzicht zijn verdediging kunnen regelen. Ook Frankrijk¹⁸⁰ en Luxemburg¹⁸¹ kozen voor een dergelijk model.

Het ontwerp reduceerde de rol van de rechter tot een subsidiaire rol. Het initiatief ligt bij de rechtspersoon die zijn *vertegenwoordiger* kan delegeren. Als er dan toch een rechter dient tussen te komen dan zou dat de voorzitter zijn van de ondernemingsrechtbank (commerciële rechtspersoon) dan wel deze van de rechtbank van eerste aanleg (niet-commer-

¹⁷⁷. F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009). Verleden en heden van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt. *Capita selecta* van markante problemen” in *CBR Jaarboek 2009-10*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 87-88.

¹⁷⁸. F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, “Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009). Verleden en heden van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt. *Capita selecta* van markante problemen” in *CBR Jaarboek 2009-10*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 87-88.

¹⁷⁹. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1, 15-20. Zijn coauteur zal later zelfs pleiten voor de afschaffing van de figuur van de LAH (F. DERUYCK, “Het is lastig te pleiten zonder toga. Over het onhoudbare artikel 2bis V.T.Sv.”, *NC* 2013, 96).

¹⁸⁰. Art. 706-43 CPP-F: “*L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites. Ce dernier représente la personne morale à tous les actes de la procédure. Toutefois, lorsque des poursuites pour des mêmes faits ou des faits connexes sont engagées à l'encontre du représentant légal, celui-ci peut saisir par requête le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour représenter la personne morale.*

La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir à cet effet.

La personne chargée de représenter la personne morale en application du deuxième alinéa doit faire connaître son identité à la juridiction saisie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Il en est de même en cas de changement du représentant légal en cours de procédure.

En l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale dans les conditions prévues au présent article, le président du tribunal de grande instance désigne, à la requête du ministère public, du juge d'instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter.”

¹⁸¹. Art. 223 CIC-Lux: “(1) *L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque de l'introduction de l'action publique.*

(2) La personne morale peut également désigner toute autre personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts, d'une délégation de pouvoir afin de la représenter.

(3) Lorsque l'action publique est introduite pour les mêmes faits ou pour des faits connexes à l'encontre du représentant légal, la personne morale peut désigner un autre représentant conformément au paragraphe (2).

(4) Lorsque la personne morale désigne un représentant en application du paragraphe (2) ou (3), elle doit en faire connaître l'identité à la juridiction saisie, par lettre recommandée avec avis de réception. Il en est de même en cas de changement du représentant légal en cours de procédure.

(5) Le représentant représente la personne morale à tous les actes de procédure.

(6) Toutefois, en l'absence d'un représentant légal et lorsque la personne morale a omis de désigner un autre représentant conformément au paragraphe (2) ou (3), un mandataire de justice sera désigné par le président du tribunal d'arrondissement sur requête du procureur d'Etat.

Cette désignation n'est pas susceptible de recours.”

ciële rechtspersoon). Deze rechter blijft dan meteen bevoegd voor alle procedure-incidenten i.v.m. de aanwijzing zodat de strafrechter niet meer tussenkomt, wat de onpartijdigheid moet vrijwaren.

Het ontwerp voorzag verder niet meer in een gewoon rechtsmiddel tegen de rechterlijke aanstelling. Enkel in derdenverzet was voorzien.

Tot slot bepaalt het ontwerp uitdrukkelijk dat de LAH een *vertegenwoordiger* in rechte is, wat hij m.i. nu eigenlijk ook al is ondanks de hoger besproken niet al te duidelijke rechtspraak op dat punt¹⁸².

58. Toch zijn er ook punten van kritiek. Het ontwerp gaf een initiatiefrecht aan het Openbaar Ministerie, aan de medebeklaagde en aan de burgerlijke partij. Die twee laatste doen alweer de wenkbrauwen fronsen. Hun tussenkomst lijkt toch onverenigbaar met het uitgangspunt dat de rechtspersoon zo veel mogelijk naar eigen inzicht zijn verdediging moet kunnen organiseren.

Ook op andere punten trok het ontwerp zijn verdienstelijke poging niet altijd volledig door. Zo refereerde de ontworpen tekst onder artikel 11 nog steeds aan een ingestelde strafvordering¹⁸³. Aldus kan het belangenconflict via wettelijke weg dan nog altijd niet worden opgevangen alvorens het

rijst. Niettemin kan men zich bij de analyse van de *memorie van toelichting* bij het ontwerp Onkelinx wel afvragen of de verwijzing in artikel 11 van het ontwerp naar een ingestelde strafvordering gewild dan wel een lapsus was? Bij de bespreking benadrukten de volksvertegenwoordigers immers dat de aanwijzing door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of van de ondernemingsrechtbank het grote voordeel bood dat een LAH al kon worden aangesteld *vanaf het opsporingsonderzoek*¹⁸⁴.

59. Samengevat ben ik de mening toegedaan dat een afschaffing van de figuur van de LAH niet aan de orde is, maar pleit ik eerder voor een reprise van het ontwerp Onkelinx waarbij de voormelde onvolkomenheden alsnog worden aangepakt. Tussen natuurlijke personen kan ook een belangenconflict ontstaan, maar bij hen is dit altijd opgelost door de vertegenwoordiging door een eigen raadsman. In geval van een belangenconflict tussen de rechtspersoon en zijn wettelijke vertegenwoordiger zullen afzonderlijke raadslieden meestal ook wel het probleem oplossen, maar niet altijd, in het bijzonder niet bij kleine(re) rechtspersonen. Voor de gevallen dat er sprake is van misbruiken moet de rechter als *ultimum remedium* kunnen tussenkomen. De rechtspersoon handelt immers steeds via organen, de natuurlijke persoon handelt uitsluitend voor zichzelf.

¹⁸² Cf. *supra*, randnrs. 14-19.

¹⁸³ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1, 58.

¹⁸⁴ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2929/1, 17.