

Vergaderjaar 2005–2006

30 538

Voorstel van wet van het lid Wolfsen tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Inleiding

In «Meedoen, meer werk, minder regels, Hoofdpijnenakkoord voor het kabinet CDA, VVD, D66» (16 mei 2003) stelt het kabinet expliciet dat: «de overheid wetten en regels niet [kan] handhaven als burgers en bedrijven zich daarvoor niet in de eerste plaats zelf verantwoordelijk achten». Uiteraard dienen burgers en bedrijven hun verantwoordelijkheden ten aanzien van wetten en regels niet te ontlopen. Maar dit moet evenzeer gelden voor de overheid zelf. Hoe kan die overheid immers wetten en regels handhaven als zij zelf ook niet de verantwoordelijkheid op zich neemt die na te komen en daarvoor rekenschap af te leggen? Net zoals burgers en bedrijven eventueel als ultimum remedium rekenschap voor een strafrechter moeten afleggen, moet dit vanuit een voorbeeldfunctie ook voor de overheid zelf gelden. In een rechtsstaat is de overheid ook zelf gebonden aan het recht. De volgens het Hoofdpijnenakkoord door burgers gevoelde te grote afstand tussen overheid en burger zal alleen maar groter worden als de burger wel op de eigen verantwoordelijkheid wordt gewezen, terwijl de overheid die zelf vanwege immuniteit zou kunnen ontlopen.

Een overheid die burgers aanspreekt op hun verantwoordelijkheden, kan dat alleen doen als zij zelf ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor haar handelen of het nalaten daarvan. Dat kan betekenen dat naast politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid, er ook sprake moet kunnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De overheid is nu echter slechts in beperkte mate strafrechtelijk vervolgbaar. De huidige stand van wetgeving en vooral jurisprudentie geven aan dat de staat als entiteit geheel immuun moet worden geacht voor strafrechtelijke vervolging en dat lagere overheden dat ook zijn als zij potentieel strafbare feiten begaan in het kader van de uitvoering van wat genoemd wordt: een exclusieve overheidstaak. Dit wetsvoorstel beoogt deze situatie te beëindigen. Hierbij worden voorstellen gedaan die zowel de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen als die van de ambtenaren van die rechtspersonen opheft. De indiener acht het onwenselijk om alleen ambtenaren strafrechtelijk vervolgbaar te maken zonder dat het daarbij ook mogelijk is de organisatie waarvoor hij werkt strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen houden. Het is vooral de praktijk van de vervolging van de overheid die tot dit wetsvoorstel heeft geleid. Het gelijkheidsbeginsel maakt dat het verschil

dat bij voorbaat bestaat tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ten opzichte van natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen niet meer is te verdedigen. Daarnaast is het niet duidelijk waarom een overheid op bepaalde terreinen bijvoorbeeld wel bloot staat aan bestuurlijke boeten, maar niet aan strafrechtelijke sancties. Dit verschil leidt nu tot de ongewenste situatie dat relatief lichte overtredingen van de Arbeidstijdenwet binnen penitentiaire inrichtingen wel kunnen worden bestraft, maar zware overtredingen juist niet. Het gelijkheidsbeginsel vereist ten slotte ook dat verschil tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat enerzijds en de vervolgbaarheid van lagere overheden anderzijds dient te worden opgeheven. Naar de mening van de indiener wijkt de vervolgingsbeslissing ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen ten principale niet af van de vervolging van privaatrechtelijke rechtspersonen of natuurlijke personen. Bij de beoordeling van de opportuniteit van het instellen van vervolging, kan met de eventueel specifieke aard van de overheid voldoende rekening worden gehouden. Met die specifieke aard kan ook rekening worden gehouden bij de beantwoording van de vraag of de verdachte (publiekrechtelijke rechtspersoon) een beroep heeft op een strafuitsluitingsgrond. Het doel van het initiatiefwetsvoorstel is om er voor te zorgen dat de hierboven geconstateerde rechtsongelijkheid verdwijnt door de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. Deze verruiming is ook nodig teneinde recht te doen aan de voorbeeldfunctie die overheden dienen te hebben. Tenslotte heeft de grote immuniteit van de overheid tenminste geleid tot teveel onbegrip in concrete zaken zo het al niet heeft geleid tot geschonden rechtsgevoelens.

2. Maatschappelijke ontwikkelingen die aanleiding geven tot dit wetsvoorstel

De vuurwerkramp in Enschede en de brand in Volendam hebben de vraag over de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid weer volop in het publieke debat onder de aandacht gebracht. Hoewel geen enkele regeling uiteraard kan garanderen dat aan het rechtsgevoel van iedereen volledig tegemoet wordt gekomen, is het feit dat er zelfs niet tot strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot en vervolging van bepaalde overheden kan worden overgegaan onbevredigend. Al vele jaren vindt er in het parlement discussie plaats over de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Vooral de jurisprudentie rond de zogenaamde Pikmeer-zaak, plaatste in de Tweede Kamer het onderwerp weer scherper op ieders netvlies. Het kabinet vroeg naar aanleiding van deze jurisprudentie en naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer in 1998 om een advies van de Raad van State over de strafrechtelijke immuniteit van de staat. De Raad van State interpreteerde die adviesaanvraag ruim en was – in het kort – van mening dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (de Raad sprak niet slechts over de staat) niet uitgebreid hoefde te worden. Het college was zelfs van mening dat het gewenst is om te komen tot wetgeving waarin de immuniteit uitdrukkelijk wordt geregeld voor het hele overheidsoptreden, ook dat van decentrale overheidsorganen. De Raad suggereerde dat het beter zou zijn om bijvoorbeeld de ambtsdelicten uit te breiden of de ambtelijke top eerder aansprakelijk te stellen. In de reactie van het toenmalige kabinet wordt gewezen op het feit dat daarmee in de private sector wel de rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk zou zijn, terwijl dit in de publieke sector op de ambtsdrager of ambtenaar zou komen te rusten. Het kabinet stelde daarop terecht de vraag wat dit verschil zou kunnen rechtvaardigen. Een antwoord op die vraag gaf het kabinet echter niet¹. Het kabinet gaf in dezelfde reactie op het advies van de Raad van State aan dat «de oriëntatie van publiekrechtelijke rechtspersonen op het algemeen belang [...] niet volledig de conclusie [kan] dragen dat een algehele

¹ Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheidsorganen. Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1999/2000, 25 294, A.

uitzondering op de regel van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de rede ligt». Niettemin ging een dergelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid in de ogen van het kabinet niet verder dan «andere overheden dan de centrale». Eerder al nam de Tweede Kamer mede naar aanleiding van de opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, de motie Rehwinkel c.s. aan¹. Daarin werd het oordeel uitgesproken dat «ook overheden in principe strafrechtelijk vervolgbaar dienen te zijn». De regering werd verzocht een wetswijziging in gang te zetten «waardoor de mogelijkheden tot strafrechtelijke vervolging van overheden worden verruimd». Het voert te ver om op deze plaats de verdere parlementaire behandeling weer te geven. In het kort kan worden gezegd dat de opeenvolgende kabinetten en de Tweede Kamer geen overeenstemming bereikten over de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid verruimd diende te worden. Om deze impasse, met name op het punt van de strafrechtelijke aansprakelijkheid c.q. immuniteit van de staat, te doorbreken werd een commissie onder leiding van mr. H.L.J. Roelvink ingesteld. Het advies van die commissie werd in maart 2002 naar de Tweede Kamer gestuurd². Het ging toen niet vergezeld van een definitief kabinetsstandpunt: het advies van Roelvink c.s. zou door het kabinet op een aantal punten nader worden uitgewerkt. Met het aangekondigde onderzoek is een begin gemaakt. Na een schriftelijke vragenronde is het in de Kamer niet meer tot een overleg over het rapport gekomen. Vanwege de val van het tweede Paarse kabinet vond een gepland algemeen overleg op 23 april 2002 geen doorgang meer. Het rapport is ook daarna niet meer geagendeerd. Het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid is wel een aantal keren daarna aan de orde gesteld in het parlement. Bij het debat over de begroting van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in november 2002 diende de Lijst Pim Fortuyn gesteund door Leefbaar Nederland een motie (Eerdmans/Teeven) in met als strekking dat de regering moest onderzoeken of het mogelijk was om in het Wetboek van Strafrecht (Sr) leidinggevende ambtenaren strafrechtelijk vervolgbaar te maken, óók als het overheidsorgaan waarvoor zij werken zelf immuun is. Dit is een van de adviezen van de Commissie Roelvink. Deze motie is later ingetrokken. Bij de begrotingsbehandeling van het ministerie van Justitie in oktober 2003 heeft Wolfsen (PvdA) gevraagd of een recente uitspraak van het hof in Straatsburg een aanpassing van de Nederlandse wetgeving noodzakelijk maakt (over deze uitspraak in de zaak Öneriyildiz–Turkije hierna meer). De minister was van mening dat dat niet het geval was. Daarnaast vroeg Wolfsen de minister om in overleg met de procureur-generaal bij de Hoge Raad te treden in verband met de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet met betrekking tot een zaak rond de vuurwerkramp Enschede. «Als het nergens op uitdraait, komen wij met een initiatiefwetsvoorstel», aldus Wolfsen. Begin oktober 2005 zond de Minister van Justitie een wetsontwerp voor advies aan een aantal instanties³. Dit ontwerp brengt geen wijziging op het stuk van de immuniteit van overheidsorganen zelf maar beoogt enkel de vervolgbaarheid van ambtsdragers en ambtenaren als feitelijke leidinggever of opdrachtgever bij een strafbaar feit gepleegd door een publiekrechtelijke rechtspersoon te verzekeren. Aangezien deze voorstellen naar de mening van de indiener volstrekt ontoereikend zijn, ligt nu dit initiatiefwetsvoorstel voor.

¹ Motie van het lid Rehwinkel c.s., Kamerstukken II 1996/97, 25 294, nr. 3.

² Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Advies van mr. H.L.J. Roelvink (voorzitter), prof. mr. M.A.P. Bovens, prof. mr. G. Knigge en prof. mr. H.R.B.M. Kummeling. Den Haag, februari 2002.

³ Zie een persbericht van 6 oktober 2005, dat tezamen met het desbetreffende wetsontwerp te vinden is op www.justitie.nl.

3. De functie van het strafrecht in verband met de overheid

De Raad van State was in het eerder genoemde advies uit 1999 van mening dat «de gronden voor toepassing van het strafrecht zich in het geval van openbare lichamen in de regel niet voordoen». De Raad was van mening dat het vergeldende en preventieve aspect van het strafrecht niet van toepassing is op overheden. De leedtoevoeging van het strafrecht heeft wel een preventieve of vergeldende werking als het om individuen

gaat «die in vrijheid en naar eigen inzicht hun handelen bepalen». Daar kan het strafrecht een rol als «regulerende mechanisme» hebben, maar niet voor een overheid die niet «geacht [wordt] uit vrije wil te handelen, maar op basis van regel, plicht en bevoegdheid». Naar de mening van de indiener laten de invulling van die regels, plichten en bevoegdheden de overheid voldoende speelruimte om het begaan van strafbare feiten te voorkomen.

Daarom is ook niet goed in te zien dat in het kader van de gedachte dat de overheid het algemeen belang dient te behartigen, strafrechtelijke immuniteit per se gelden zou moeten. Het feit dat de overheid geacht wordt het algemeen belang te dienen is in de ogen van de indiener evenmin een argument om de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid te beperken. Op dit punt is de indiener het met de toenmalige kabinetsreactie eens: «De omstandigheid dat openbare lichamen binnen door de wet gestelde grenzen met de afweging van algemene belangen zijn belast, kan voor de strafrechter vooral van belang zijn bij de beoordeling die in het kader van de strafuitsluitingsgronden overmacht of wettelijk voorschrift gemaakt moet worden [...] daarnaast spelen deze beide aspecten bij de opportuniteit van strafvervolgning een rol»¹. Immuniteit behoeft dus niet op voorhand te worden verleend.

Dat de wetgever de strafbaarheid van rechtspersonen introduceerde vloeide voort uit het feit dat vermogensstraffen niet altijd voldoende effect sorteerden «zolang zij niet ook het bedrijfsvermogen» troffen. De Raad van State was van mening dat tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid het «vestzak-broekzak» argument speelt: «De resulterende lasten [voortvloeiende uit een strafrechtelijke sanctie] moeten uiteindelijk worden opgebracht door de justitiabelen die nu juist beschermd moeten worden door de strafrechtelijke handhaving». Dit argument acht de indiener niet valide. Inderdaad zullen boeten die de overheid betaalt op een of andere manier ten laste van de belastingbetaler of de publieke dienstverlening komen. In materiële zin zullen zij dus niet altijd effect sorteren, maar dit geldt evenzeer voor «boetes» die de overheid op grond van het bestuursrecht of burgerlijk recht kan krijgen. Toch is een door de overheid te betalen boete niet alleen symbolisch: binnen de geldende budgetdiscipline betekent het betalen van een boete doorgaans dat dit binnen de begroting van het betreffende bestuursorgaan zal moeten worden opgevangen. Dit voelt dat bestuursorgaan dan wel degelijk zelf. Bovendien gaat de Raad van State met het «vestzak-broekzak»-argument voorbij aan het feit dat zelfs een symbolische straf kan bijdragen aan het leveren van genoegdoening of een preventieve werking kan hebben. Daarnaast treffen boeten aan particuliere vennootschappen evenmin altijd de dader in strafrechtelijke zin. Een boete opgelegd aan een grote naamloze vennootschap zal bijvoorbeeld meestal ten laste komen van de aandeelhouders die doorgaans part noch deel hebben aan het strafbare feit. Een strafrechtelijke veroordeling kan het slachtoffer tevens helpen bij het verkrijgen van (civielrechtelijke) schadevergoeding. Daarnaast kunnen aan een feitelijk leidinggever of opdrachtgever bij rechtspersonen ook vrijheidsstraffen worden opgelegd. De gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de overheid voorkomt dit echter, aangezien volgens het Eerste Pikmeer-arrest van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggever of opdrachtgever alleen sprake kan zijn indien het openbaar lichaam dat het strafbare feit heeft begaan, daarvoor vervolgbaar is². Bij het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de overheid verdwijnt ook deze afscherming van de feitelijke leidinggever of opdrachtgever en kan derhalve het strafrecht wel degelijk een vergeldende of preventieve functie hebben. Ten slotte in dit verband: behalve het opleggen van een boete is het ook mogelijk (onder andere op grond van de Wet op de economische delicten) om te worden veroordeeld in de verplichting tot herstel van de rechtmatige toestand. De werking van een dergelijke sanctie zal voor de overheid in het algemeen niet kleiner hoeven te zijn

¹ Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheidsorganen. Advies Raad van State en nader rapport, 15 oktober 1999, Kamerstukken II 1999/2000, 25 294, A, p. 8.

² HR 23 april 1996, NJ 1996, 513.

dan voor ondernemingen. Op de verplichting tot herstel van de rechtmatige toestand en andere sancties zal in verband met de straf- en vervolgbaarheid van de rechtspersoon versus feitelijk leidinggever of opdrachtgever, hieronder terug worden gekomen.

4. Stand van de rechtsontwikkeling

Zoals gezegd staat de huidige stand van wetgeving en jurisprudentie van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van de overheid in de weg. Er wordt hier niet in detail aangegeven hoe de wetgever en Hoge Raad hun mening hebben gevormd over de mate van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Voor een overzicht van deze materie is inmiddels voldoende literatuur aanwezig¹. Wel van belang is om kort aan te geven welke belemmeringen er bestaan voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en welke belemmeringen dienen te verdwijnen.

Ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden bestaat sinds de Volkel- en de twee Pikmeerarresten ogenschijnlijk heldere jurisprudentie. Vooral het Pikmeer-II arrest bepaalt de juridische stand van zaken voor wat betreft lagere overheden. Waren tot aan dit arrest publiekrechtelijke rechtspersonen niet vervolgbaar als zij als openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak een gedraging hadden verricht (aldus nog Pikmeer I), vanaf Pikmeer-II geldt deze immuniteit voor lagere overheden alleen nog voor zover «de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtsens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen», anders gezegd: voor zover het de uitvoering van een «exclusieve overheidstaak» betreft (HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367, Pikmeer II). Op basis van het Volkel-arrest blijft er sprake van strafrechtelijke immuniteit van de staat. In de «Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden» van het College van procureurs-generaal (Stcrt. 1998, nr. 82) werd het Pikmeer-II arrest omgezet in het vervolgingsbeleid. Hoewel op basis van het gelijkheidsbeginsel ook in de Aanwijzing als uitgangspunt van opsporing geldt dat lagere overheden strafrechtelijk aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld, worden er rechtvaardigingsgronden opgesomd op grond waarvan van vervolging dient te worden afgezien. Op basis van artikel 167 Wetboek van Strafvordering (Sv), kan in het algemeen belang worden afgezien van vervolging. Volgens de Aanwijzing kan er sprake zijn van een dergelijk algemeen belang als «ingrijpen van de strafrechter ontijdig is of de goede gang van een bestuurlijk proces verstoort». Daarnaast kan op gronden van doelmatigheid worden afgezien van strafrechtelijke vervolging als er sprake is van bestuursrechtelijk of politiek ingrijpen. Indien er sprake is van een «exclusieve overheidstaak» acht het Openbaar Ministerie zichzelf niet ontvankelijk. De implementatie van het Pikmeer-II arrest in de Aanwijzing leidde er toe dat het Openbaar Ministerie besloot om in geval van de vuurwerkramp in Enschede en de nieuwjaarsbrand in Volendam, niet tot vervolging van de gemeenten over te gaan. Hoewel bijvoorbeeld inzake de vuurwerkramp het Openbaar Ministerie meende dat er sprake was van bestuurlijk tekortschieten, was het vanwege het criterium van de «exclusieve overheidstaak» ook van mening dat vervolging van de gemeente Enschede niet aan de orde kon zijn.

In de rechtspraak van feitenrechters lijkt de in het Pikmeerr II-arrest uitgezette lijn steeds meer onder druk komen te staan. In het geval van de vuurwerkramp Enschede heeft de rechtbank Almelo bij de straftoemeting aan de leidinggever van de firma SE Fireworks uitdrukkelijk rekening gehouden met de naar de mening van de rechtbank «volstrekt onbegrijpelijke wijze» waarop de gemeente Enschede en haar ambtenaren en het

¹ Voor een goed overzicht kan het proefschrift van D. Roef dienen: D. Roef, *Strafbare Overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen 2001, m.n. p. 80–130. Een zeer compact overzicht geven J.E.M. Polak e.a. «Overheidsaansprakelijkheid anno 2002: de stand van de rechtsontwikkeling», In: *Overheid en Aansprakelijkheid* nr.1 – 2002, p. 11–14.

Bureau Milan van het Ministerie van Defensie en de betrokken ambtenaren hun taken hebben uitgevoerd¹.

In de uitspraak van de rechtbank te Utrecht tegen de gemeente Utrecht inzake een ongeval met fatale afloop bij een duik oefening van de Utrechtse Brandweer, haalde de rechtbank ook het Pikmeer-II arrest aan. Volgens de rechtbank was er «inmiddels in de literatuur sprake van een breed gedragen opvatting, dat de immuniteit van overheden slechts bij uitzondering dient te worden aangenomen». De kernvraag in het strafgeding was dan ook of het aan de gemeente Utrecht ten laste gelegde met betrekking tot het duikongeval onder haar exclusieve overheidstaak viel. De rechtbank was van oordeel dat de gemeente belast is met de zorg voor de brandweer en dat deze zorg een algemene exclusieve overheidstaak behelst. Dit betekent volgens de rechtbank echter niet dat «alle met die taak samenhangende activiteiten ook als exclusieve bestuurstaken moeten worden aangemerkt, die slechts door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht»². De rechtbank was in dit concrete geval van oordeel dat de zorg voor de brandweer als exclusieve overheidstaak niet betekent dat ook het geven van opleiding en training tot die exclusieve overheidstaak behoort. Opleiding en training van brandweerlieden kan immers aan derden worden uitbesteed zonder dat daarmee de eindverantwoordelijkheid van de brandweer wordt aangetast. De rechtbank was dan ook van oordeel dat de gemeente Utrecht zich niet op strafrechtelijke immuniteit kon beroepen en achtte bewezen dat de gemeente «aanmerkelijk onvoorzichtig en onachtzaam heeft nagelaten» om te voorkomen dat tijdens de duik oefening veiligheid en gezondheid van de brandweerdeuker in gevaar zou komen. Met deze uitspraak wordt het begrip «exclusieve overheidstaak» gerelativeerd. Daarnaast veroordeelde de rechtbank Assen op 2 november 2005 een waterschap wegens overtreding van de voorwaarden van een lozingsvergunning op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. De rechtbank stelde vast dat weliswaar de zorg voor het zuiveren van stedelijk afvalwater een exclusieve overheidstaak is, maar dat de zuivering zelf niet als zodanig beschouwd kan worden omdat zij kan worden uitbesteed³.

Een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft inmiddels de druk op de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid vergroot. In april 1993 vond er op een vuilnisbelt bij Istanboel een explosie plaats. Er volgde daarop een aardverschuiving waardoor huizen in een vlakbij gelegen krottenwijk werden vernield. Hierbij verloren 39 mensen het leven. Een van de overlevenden, de heer Öneriyildiz, verloor negen familieleden en al zijn bezittingen. Pogingen om binnen het Turkse rechtssysteem de overheid hiervoor aansprakelijk te stellen, leidden niet tot een bevredigende oplossing, waarop de heer Öneriyildiz zich tot het EHRM richtte. De uitspraak van 18 juni 2002 in zaak Öneriyildiz/Turkije geeft aan dat ten aanzien van zaken met betrekking tot artikel 2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM, recht op leven) en artikel 3 EVRM (onder andere vrijwaring van onmenselijke of vernederende behandeling) waarbij de overheid niet adequaat is opgetreden «ten aanzien van een (bekend) serieus te nemen risico», die verruiming nodig is. In de Öneriyildiz-zaak lijkt het te gaan over wat in het kader van de Pikmeer-jurisprudentie onder «exclusieve overheidstaken» wordt gerekend. Het Europees hof vond dat de Turkse overheid nalatig was geweest met het nemen van maatregelen om de burgers te beschermen tegen het bij de overheid bekende gevaar rond een vuilnisbelt. Daarnaast waren de omwonenden ten onrechte niet geïnformeerd over dat gevaar. Inmiddels heeft ook de Grand Chamber in hoger beroep uitspraak gedaan en de eerder gedane uitspraak in grote lijnen bevestigd⁴. De Grand Chamber benadrukt dat artikel 2 staten de plicht oplegt het leven van hun burgers te beschermen. Tot die verplichting van staten behoort de taak verantwoordelijken te straffen. In sommige gevallen zal dit een strafrechtelijke afhan-

¹ Rechtbank Almelo, 2 april 2002, LJN AE0934.

² Rechtbank Utrecht, 9 juli 2003, LJN AH9535.

³ Rechtbank Assen, 2 november 2005, LJN AU5334.

⁴ Zaak van Öneriyildiz v. Turkije (Verzoek no. 48939/99) EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210, NJB 2005, p. 357–358, uitspraak 104.

deling vereisen getuige het volgende citaat uit de uitspraak van de Grand Chamber:

«Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity [...], the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative [...] this is amply evidenced by developments in the relevant European standards 94. To sum up, the judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity if and to the extent that this is justified by the findings of the investigation»

De uitspraak van de Grand Chamber onderstreept volgens Barkhuysen en Van Emmerik dat de strafrechtelijke immuniteit zoals Nederland die ten aanzien van de staat en decentrale overheden kent, niet meer conform het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens is¹. Hoewel de gevolgen van de uitspraak van de Grand Chamber voor de wijze waarop in Nederland deze strafrechtelijke immuniteit is geregeld nog onderwerp van discussie is, is het voor de indiener wel een signaal dat de Nederlandse wetgeving op dit punt onder druk kan komen te staan.

De Öneriyildiz-zaak speelde ook tegen de achtergrond mee bij een civiele zaak van slachtoffers van de vuurwerkramp in Enschede tegen de staat en de gemeente Enschede². De rechtbank in Den Haag achtte in deze zaak ook de vraag relevant of «de betrokken overheden op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reële en directe bedreiging van het leven van personen. Indien dat het geval was, had immers verwacht mogen worden dat zij tijdig afdoende maatregelen hadden genomen ter voorkoming van de ramp.» De rechtbank achtte overigens de staat en de gemeente niet verantwoordelijk voor de schade bij de eisers. De rechtbank vond het verband tussen het ontstaan van de ramp enerzijds en mogelijke gebreken in de regelgeving anderzijds niet voldoende aantoonbaar. Ook het toezicht en de handhaving gaven geen aanleiding voor aansprakelijkheid in de civiele zin.

De algehele immuniteit die voor de staat sinds het Volkel-arrest geldt, blijft ook na de beide Pikmeerarresten formeel in stand. Echter de overweging die in het Volkel-arrest leidde tot de strafrechtelijke immuniteit van de Staat, lijkt in het Pikmeer-II arrest voor een deel te zijn losgelaten. In het Volkelarrest was de belangrijkste overweging voor die immuniteit de strijdigheid van de strafrechtelijke aansprakelijkheid met de politieke aansprakelijkheid. Hoewel de Hoge Raad in het Pikmeer-II arrest zich niet expliciet uitlaat over de staat, geldt die onverzoenbaarheid tussen strafrechtelijke aansprakelijkheid enerzijds en politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid anderzijds niet meer³. Daarmee worden ook de principiële bezwaren tegen vervolging van de staat opgeheven.

De mening van de Commissie Roelvink als het gaat om de opportuniteit van de vervolging van overheden wordt hier echter wel gedeeld. De Commissie Roelvink: «De vervolgingsbeslissing ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen is niet van andere aard dan die in strafzaken tegen particulieren. Weliswaar kunnen daarbij specifieke, aan het functioneren van de overheid gerelateerde belangen een rol spelen – zo men wil: «staatkundige» belangen –, maar die kunnen naar de mening van de commissie heel wel in de normale opportuniteitsbeoordeling worden

¹ T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije?. In: Overheid en Aansprakelijkheid, augustus 2005, nr. 3, p. 88.

² Rechtbank Den Haag, 24–12–2003. LJN AO0997.

³ Zie overweging 5.10. van het arrest: «Het vervolgen van decentrale overheden is op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voorzover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Beide stelsels nemen een eigen plaats in. Voorts heeft het Openbaar Ministerie op de voet van de art. 167 en 242 Sv de bevoegdheid strafvervolgning achterwege te laten of af te zien van verdere strafvervolgning in geval een en ander strijdig zou zijn met het algemeen belang, waarbij ten aanzien van het vervolgingsbeleid ingevolge art. 5 RO aanwijzingen kunnen worden gegeven door de Minister van Justitie. Een reden van algemeen belang kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de omstandigheid dat ingrijpen van de strafrechter ontijdig is of de goede gang van een bestuurlijk proces verstoort».

meegewogen.» De concrete beslissing om publiekrechtelijke rechtspersonen te vervolgen, blijft uiteraard bij het Openbaar Ministerie. Daarbij kan aansluiting worden gevonden bij het gangbare stelsel van strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden (Hoge Raad in Pikmeer II arrest)¹. Als er een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, kan het Openbaar Ministerie in de overwegingen om al dan niet te vervolgen onder meer op grond van het algemeen belang (art 167 Sv.) afzien van vervolging. Naar de mening van de indiener van dit wetsvoorstel komt een bestuurlijk of politiek ingrijpen, niet in de plaats van een strafrechtelijke vervolging. Ook een mogelijk bestuursrechtelijk ingrijpen doet dit niet. In afwijking van wat nu in de «Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden» staat is de indiener van mening dat een «een effectieve politieke, bestuurlijke of bestuursrechtelijke reactie» niet snel een contra-indicatie voor vervolging dient te zijn. Evenmin geldt dit voor «een handelen, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond in strikte zin bestaat, maar dat toch gezien kan worden als de uitkomst van een in strafrechtelijke zin te respecteren bestuurlijke belangenafweging. Een aanwijzing daarvoor is een zorgvuldige bestuurlijke procedure». Het op die gronden niet vervolgen van publiekrechtelijke rechtspersonen kan naar de mening van de indiener niet snel worden aangenomen omdat tot een zorgvuldige bestuurlijke procedure ook behoort dat rekening wordt gehouden met eventuele strafrechtelijke gevolgen.

5. Opheffing strafrechtelijke immuniteit

Hoewel artikel 51 Sr geen onderscheid maakt tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen, is wel een onderscheid ingevoerd in de jurisprudentie en praktijk voor wat betreft de vervolging. Het voorgestelde maakt expliciet duidelijk dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met andere rechtspersonen onderwerp van vervolging kunnen zijn, ook indien het de centrale overheid betreft. Zelfs indien er sprake is van zogenaamde «exclusieve overheidstaken» kunnen publiekrechtelijke rechtspersonen, zowel centrale als decentrale, onderwerp van strafrechtelijke vervolging zijn. Het openbaar ministerie kan ook niet langer afzien van vervolging op basis van een positief antwoord op de vraag of «het gedragingen betreft die naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht»².

Met het voorgestelde nieuwe lid wordt duidelijk gemaakt dat naar de mening van de indiener van dit wetsvoorstel de praktijk van strafrechtelijke vervolging van de overheid zoals die is ontstaan na vooral de Volkel- en Pikmeerarresten niet langer gewenst is. Zoals hierboven al is beargumenteerd dient de overheid op gelijke voet met natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen vervolgbaar te zijn.

Op grond van het bestaande artikel 51 kan in het geval van een in verband met de centrale overheid gepleegd strafbaar feit alleen de staat in zijn geheel worden aangesproken. Slechts als een eenheid binnen de centrale overheid zelf over rechtspersoonlijkheid beschikt, kan deze eenheid als zodanig zelfstandig worden vervolgd. Omdat veel eenheden binnen de centrale overheid echter geen rechtspersoonlijkheid bezitten zal voor de vervolging van dergelijke eenheden op grond van het huidige artikel 51 dus meteen de staat als entiteit moeten worden aangesproken. De Commissie Roelvink is van mening dat het niet de min of meer abstracte staat zou moeten zijn die vervolgd moet kunnen worden, maar dat gedragingen veeleer aan instanties en organen van de staat zouden moeten worden toegerekend. De Commissie Roelvink stelt voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat te verbinden aan het begrip «de niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende dienst, instelling, onderneming, inrichting of andere organisatorische eenheid die deel uitmaakt van de Staat en zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt». Van

¹ Denk bijvoorbeeld wat betreft strafuitsluitingsgronden die specifiek voor de overheid zouden kunnen gelden aan rechtsvaardigheidsgronden zoals het begaan van een feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of ter uitvoering van een ambtelijk bevel (respectievelijk artikel 42 en 43 Sr.) Daarnaast is voor de strafbaarheid van sommige feiten specifiek «wederrechtelijkheid» vereist. In die gevallen heeft artikel 42 geen functie. Zo zal bijvoorbeeld vrijheidsberoving (artikel 282 Sr) niet wederrechtelijk zijn als het door de politie of justitie plaatsvindt op grond van het Wetboek van Strafvordering of andere wetten. Zo is ook voor de strafbaarheid van het vernielen of beschadigen van goederen wederrechtelijkheid specifiek vereist (artikel 350 Sr). Ook huisvredebreuk (artikel 138 SR) vereist wederrechtelijkheid. Daarnaast blijft de proportionaliteit van belang.

² Zie de Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden, a.w.

«zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen» is sprake wanneer een entiteit een zodanige mate van externe zelfstandigheid heeft. Bij de beoordeling of een eenheid voldoende zelfstandigheid heeft, spelen verschillende factoren een rol, waarbij onder andere gedacht kan worden aan aspecten als: heeft de betrokken eenheid een eigen taak of eigen bevoegdheden; heeft ze een eigen vermogen of budget?; kan ze zelfstandig relaties met andere subjecten aangaan, bijvoorbeeld contracten sluiten; heeft ze eigen beslissingsbevoegdheid, althans enige mate van discretionaire ruimte?

Op zichzelf is de wens om niet de staat in al zijn omvang aansprakelijk te stellen voor een daad van een kleiner onzelfstandig onderdeel van de staat begrijpelijk. De commissie Roelvink vreest dat het verband tussen de strafbare handeling en de dader de staat wel eens moeilijk aantoonbaar kan zijn. Toch meent de indiener dat de oplossing die de Commissie Roelvink verkiest niet wenselijk is en geven zij de voorkeur aan om de gehele rechtspersoon – ook al is dat de staat – strafrechtelijk vervolgbaar te maken. Daarvoor zijn meerdere redenen.

Naar de mening van de indiener van dit wetsvoorstel kan benoemen van onderdelen van de staat die geen zelfstandige rechtspersoonlijkheid bezitten – zoals de Commissie Roelvink dat doet – aanleiding geven tot onduidelijkheid. Het zal vele jaren van jurisprudentie vergen eer er duidelijkheid is over wat als een zelfstandig onderdeel van de staat kan worden beschouwd. Bovendien is niet goed in te zien waarom er binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon de staat zelfstandige onderdelen moeten worden gedefinieerd en binnen privaatrechtelijke rechtspersonen niet. Ook die laatst genoemde rechtspersonen kunnen een zo grote omvang hebben, dat de band tussen de daad en de dader als redelijk abstract kan worden beschouwd.

Daarnaast zal dat aanschouwelijk maken van de relatie daad – dader ook in geval de staat zich strafrechtelijk moet verantwoorden minder moeilijk zijn dan wordt verondersteld. In het geval van een strafrechtelijke vervolging van de staat zal al snel naast bijvoorbeeld de minister ook de feitelijk leidinggever of opdrachtgever worden genoemd of als getuige worden verhoord. In het proces zal helder worden welk onderdeel van de rechtspersoon of welke ambtenaar betrokken is geweest. Voor het publiek zal de band met dat kleinere onderdeel van de staat daarom al snel duidelijk worden. Daar doet het feit dat het uiteindelijk de rechtspersoon zal zijn de straf wordt opgelegd, niets aan af.

In het advies van de Commissie Roelvink wordt verder voorgesteld om de strafvervolgning van overheden te beperken tot overtredingen van het orderingsrecht. Concreet wordt daarbij in eerste instantie, zij het niet limitatief, aangesloten bij overtredingen op grond van de Wet op de economische delicten. De redenering van de commissie is kort gezegd dat vervolgbaarheid voor commune delicten voor overheden uitgesloten dient te worden omdat dergelijke delicten slechts aan individuele personen zouden kunnen worden toegerekend. Deze redenering wordt hier echter niet gevolgd. Op de eerste plaats is niet in te zien dat privaatrechtelijke rechtspersonen wel voor bepaalde commune delicten kunnen worden vervolgd en eenheden van de staat niet. Bijvoorbeeld bij ernstige milieudelicten die opgenomen zijn in het Wetboek van Strafrecht dienen naast privaatrechtelijke ook publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk verantwoording af te leggen. Op de tweede plaats is het denkbaar dat bepaalde commune delicten niet op een individu zijn terug te voeren, maar juist zijn gepleegd vanwege een slechte interne coördinatie binnen een organisatie. Het gaat daarbij juist om een collectieve in plaats van om een individuele verantwoordelijkheid. Het is niet denkbeeldig dat bijvoorbeeld bij de vuurwerkramp in Enschede de schuld eerder vanwege het ontbreken van coördinatie of achterwege blijven van handelen bij een organisatie of collectief moet worden gelegd, dan dat de schuld aan een of meerdere individuele ambtenaren kan worden toegedeeld. In het

eerder aangehaalde vonnis van de rechtbank Almelo wordt bijvoorbeeld nadrukkelijk gesproken van de «volstrekt onbegrijpelijke wijze» waarop de gemeente Enschede en haar ambtenaren en het Bureau Milan van het Ministerie van Defensie en de betrokken ambtenaren hun taken hebben uitgevoerd¹.

Volgens de hierboven geschetste stand van het recht zijn de centrale overheid en decentrale overheid voor zover het de uitvoering van exclusieve overheidstaken betreft, strafrechtelijk immuun. Deze immuniteit dient te worden opgeheven. De indiener van dit wetsvoorstel is het niet met de Commissie Roelvink eens dat voorkomen dient te worden enkele onderdelen van de staat «met een bijzondere positie in het Nederlandse staatsbestel» uitgezonderd dienen te blijven van strafrechtelijke vervolging. Evenals de commissie ziet de indiener van dit wetsvoorstel geen principiële bezwaren tegen bijvoorbeeld het vervolgen van de staat voor aan hem redelijkerwijs toe te rekenen gedragingen van (individuele leden van) de Tweede Kamer, van de rechterlijke macht of van de Nationale Ombudsman. Zoals de Commissie Roelvink terecht opmerkt «is het op zichzelf niet ondenkbaar dat deze instanties, als organisaties een strafbaar feit plegen, waarbij vooral kan worden gedacht aan strafbare feiten in de sfeer van de arbeidsomstandigheden en het milieu». Echter om praktische redenen dient volgens de Commissie Roelvink de immuniteit wel te gelden voor de staat als geheel, de rechterlijke macht, de Raad van State en het Openbaar Ministerie. Commissie Roelvink: «Voor de vervolging van onderdelen van de rechterlijke macht zouden namelijk bijzondere procedures in het leven moeten worden geroepen, zoals een bijzondere aanklager voor het geval het openbaar ministerie zelf verdachte zou zijn en bijzondere competentieregelingen voor de «onderlinge» berechting van gerechten. De commissie betwijfelt of de voorzieningen die hiervoor zouden moeten worden getroffen, in verhouding staan tot het probleem.» De indiener merkt allereerst op dat de Commissie Roelvink uitging van vervolging van instanties en organen van de staat en niet van de staat zelf. Indiener heeft hiervoor al aangegeven waarom hij deze gedachte niet heeft overgenomen. In het systeem van het onderhavige wetsvoorstel kan van vervolging van (een onderdeel van) de rechterlijke macht, de Raad van State en het Openbaar Ministerie in elk geval geen sprake zijn, omdat deze instanties geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Hun strafrechtelijke gedragingen kunnen onder omstandigheden wel worden toegerekend aan de Staat. Dan is echter de staat zelf onderwerp van strafvervolging. Daarmee vervallen de door de Commissie Roelvink geopperde praktische bezwaren al. Overigens is de indiener van mening dat het huidige recht voldoende voorzieningen biedt om bij de vervolging en berechting van een aan de staat toegerekende gedraging van (individuele leden van) de rechterlijke macht en van het openbaar ministerie zelfs maar de schijn van partijdigheid te vermijden. In de eerste plaats zij er op gewezen dat, zoals hierna wordt toegelicht, wordt voorgesteld de berechting van zulke strafbare feiten op te dragen aan het functioneel parket. In het geval dat de staat wordt vervolgd voor een door een of meer leden van dat parket verrichte gedraging, geldt dat in zo een uitzonderlijk geval een officier van justitie die aan een ander parket is verbonden, met de vervolging kan worden belast. Op grond van artikel 136, zesde lid van de Wet op de rechterlijke organisatie zijn immers, kort gezegd, de leden van het openbaar ministerie bij een bepaald parket van rechtswege aangesteld als plaatsvervanger bij onder meer het functioneel parket. Voor wat betreft berechting van de staat voor door leden van de rechterlijke macht verrichte gedragingen, is de indiener van mening dat het steeds mogelijk zal zijn de berechtende kamer zo samen te stellen dat daarin alleen leden plaats nemen die redelijkerwijs op geen enkele wijze in verband kunnen worden gebracht met de aan de staat toe te rekenen gedraging. Zo een dergelijke samenstelling al niet mogelijk is binnen het betrokken gerecht, wijst de indiener op de artikelen 40, tweede lid en 58, tweede lid van de Wet op de

¹ Rechtbank Almelo, 2 april 2002, LJN AE0934.

rechterlijke organisatie. Volgens deze bepalingen zijn de rechters in de rechtbanken respectievelijk de raadsheren in de gerechtshoven van rechtswege rechter onderscheidenlijk raadheer in de overige rechtbanken en gerechtshoven. Ten slotte wijst de indiener op de regeling inzake wraking en verschoning van rechters.

6. Verruiming vervolgbaarheid opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers

Het onderhavige voorstel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen leidt automatisch tot een verruiming van de vervolgbaarheid van de opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers achter die publiekrechtelijke rechtspersonen. Immers, de door de Hoge Raad in het Eerste Pikmeer-arrest aangenomen immuniteit van opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers indien en voor zover de publiekrechtelijke rechtspersoon immuun is, geldt dan niet meer. De indiener acht dit een belangrijk bijkomend gevolg van het onderhavige voorstel. Verruiming van de individuele strafrechtelijke vervolgbaarheid van een ambtenaar, anders dan bij een ambtsdelict, is naar de mening van de indiener echter geen alternatief voor de opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf. Uiteraard is het denkbaar om de wet op dit punt aan te passen. Bijvoorbeeld door de strafwet zo aan te passen dat feitelijk leiding- of opdrachtgever ook vervolgd kunnen worden indien dat niet voor de (publiekrechtelijke) rechtspersoon zelf geldt. Blijkens het hiervoor aangehaalde persbericht bereidt Minister Donner van Justitie een daartoe strekkend wetsvoorstel voor. Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat men het wenselijk acht om alleen de natuurlijke persoon achter een rechtspersoon – als feitelijk leidinggever of opdrachtgever – strafrechtelijk te vervolgen. De achterliggende gedachte hierbij is dat in ons strafrecht de schuld in eerste instantie teruggevoerd zou kunnen worden op individuele aansprakelijkheid van personen. Tegenover deze gedachte zou evengoed gesteld kunnen worden dat in zijn algemeenheid het strafrecht zich steeds meer bezig is gaan houden met criminaliteit die gepleegd wordt in of door georganiseerde verbanden. Vanuit die benadering zijn individuele verdachten juist steeds minder het uitgangspunt van ons strafrecht. De indiener acht het om meerdere redenen niet wenselijk om wel de ambtenaar maar niet de publiekrechtelijke rechtspersoon waarvoor hij werkt vervolgbaar te maken:

Op de eerste plaats is het zeer wel mogelijk dat juist de wijze waarop een publiekrechtelijke rechtspersoon is georganiseerd, een strafbaar feit veroorzaakt. Vooral indien door het gedogen van een onwenselijke situatie zich een strafbaar feit voordoet of het achterwege laten van passende maatregelen aan de orde is, kan de wijze van organisatie of zelfs de heersende cultuur in een organisatie daaraan debet zijn («de rechterhand wist niet wat de linkerhand deed en daarom kon dit gebeuren»). De rechtbank in Leeuwarden veroordeelde bijvoorbeeld een ziekenhuis als rechtspersoon voor dood door schuld. Een patiënt kwam te overlijden door een fout met een narcosestof die kon gebeuren omdat het ziekenhuis geen goede administratie en controlemogelijkheden kende¹. Dat een rechtspersoon opzet of schuld kan hebben is al eerder in de jurisprudentie vastgelegd (onder andere in het Papa-Blanca arrest HR 16 juni 1981, NJ 1981, 586). Ook in het maatschappelijk verkeer moet een strafbaar feit door een publiekrechtelijke rechtspersoon gepleegd soms eerder toegedicht worden aan die rechtspersoon, dan aan de natuurlijke personen achter die rechtspersoon (als plegers, uitlokkers, feitelijk leidinggevers of opdrachtgevers). Het zou in die gevallen niet billijk zijn om strafbare feiten uitsluitend aan een of meer ambtenaren toe te dichten, zelfs al zijn dat bestuurders van de rechtspersoon. Voor ambtenaren of arbeidscontractanten van publiekrechtelijke rechtspersonen is als feitelijk leidinggever of

¹ Aangehaald in: C. Brants/ R. de Lange, *Strafvervolgning van overheden*, Gouda 1996, p. 51 voetnoot 12.

opdrachtgever door jurisprudentie de vervolgbaarheid uitgesloten als de rechtspersoon zelf niet vervolgbaar is. Door het opheffen van de immuniteit voor vervolging van de publiekrechtelijke rechtspersoon – zoals door dit wetsvoorstel wordt beoogd – wordt ook de immuniteit van de ambtenaar of arbeidscontractant opgeheven. Dit alles laat onverlet dat een ambtenaar in de sfeer van de organisatie waarvoor hij werkt, als dader in de zin van artikel 47 Sr strafbare feiten kan begaan waarvoor hij strafrechtelijk vervolgd kan worden zonder dat dat de rechtspersoon waarvoor hij werkt zou hoeven te treffen. Zelfs binnen de sfeer van de rechtspersoon waarvoor hij werkt, kan een ambtenaar als natuurlijk persoon dader zijn. In bijvoorbeeld de Pikmeer II-zaak was een ambtenaar het feitelijk leidinggeven aan het storten van afval door de gemeente ten laste gelegd, met subsidiair het met een of meer anderen storten van dat afval. Aangezien een individuele ambtenaar blijkbaar nu al als dader of medeplichtige kan worden vervolgd ook voor feiten gepleegd binnen de sfeer van de rechtspersoon waarvoor hij werkt, is naar de mening van de indiener het mogelijk maken van vervolgbaarheid van feitelijk leidinggeven of opdrachtgeven aan een strafbaar feit begaan door de publiekrechtelijke rechtspersoon, zonder dat de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf vervolgbaar is, overbodig en onwenselijk. Naar de mening van de indiener betekent dit dat, mocht er al reden zijn om invulling te willen geven aan het uitgangspunt dat in ons strafrecht de natuurlijke persoon centraal staat, er twee wegen open dienen te staan voor de vervolging van de ambtenaar. De ene weg is die van feitelijk leidinggever of opdrachtgever, accessoir aan de strafbaarheid van de rechtspersoon. De andere weg is de vervolging als dader of medeplichtige.

Het tweede argument is van het vorige afgeleid: indien een organisatiestructuur of -cultuur aanleiding heeft gegeven tot het begaan of kunnen begaan van strafbare feiten, is een correctie van die structuur of cultuur op zijn plaats. Dit betekent dat van het louter straffen van een ambtenaar en niet van de publiekrechtelijke rechtspersoon nauwelijks of geen prikkel uitgaat om de fouten die door die rechtspersoon gemaakt zijn of die binnen de organisatie van die rechtspersoon gemaakt konden worden, te herstellen. De kans dat «alles bij het oude blijft» omdat klaarblijkelijk alleen een ambtenaar wordt bestraft, mag niet worden onderschat.

Op de derde plaats kan een rechtspersoon worden veroordeeld tot straffen of maatregelen die niet opgelegd kunnen worden aan een individuele ambtenaar. Hierboven is al ingegaan op het karakter van een geldboete. Op deze plaats zij nog vermeld dat het in het geval van zeer hoge boeten maar de vraag is in hoeverre het billijk zou zijn om die wel aan een ambtenaar op te leggen maar niet aan een rechtspersoon. Bovendien zal de boete moeten worden afgestemd op de mate van de individuele schuld van de ambtenaar en op zijn financiële draagkracht. Dit kan onbevredigend zijn indien de publiekrechtelijke rechtspersoon door een strafbare handeling bijvoorbeeld een groot financieel voordeel heeft verkregen. Maar naast een geldboete kunnen aan een rechtspersoon ook andere straffen of maatregelen worden opgelegd. Op grond van Wet op de economische delicten of als voorwaarde bij een (deels) voorwaardelijke boete kan een rechtspersoon de verplichting worden opgelegd tot herstel in de rechtmatige toestand. Als in het geval van een publiekrechtelijke rechtspersoon wel de feitelijk leidinggever of opdrachtgever zou kunnen worden veroordeeld maar niet de rechtspersoon zelf, zou dit het herstel van de rechtmatige toestand weleens ernstig kunnen belemmeren zo niet onmogelijk maken. Dit herstel kan alleen door de rechtspersoon waarvoor hij werkt worden gedaan. Bovendien zal dit in het maatschappelijk verkeer ook van die rechtspersoon worden verwacht. Door de publiekrechtelijke rechtspersoon immuun te laten zou deze sanctievorm ten onrechte ook uitgesloten blijven. Daarnaast zijn er nog andere straffen mogelijk die wel effect hebben indien ze de rechtspersoon treffen en nauwelijks van belang zijn voor bestraffing van een ambtenaar. Hierbij valt te denken aan de

bijkomende straf van openbaarmaking van het vonnis (artikel 36 Sr of artikel 6 lid 2 en 7 WED). Indien dit een rechtspersoon treft zal het voor iedereen duidelijk zijn wat er fout is gegaan en wie daarvoor verantwoordelijk is gehouden door de rechter. In geval van een onbekende ambtenaar mist een dergelijke openbaarmaking wellicht ieder doel. Ook een straf zoals het verbeurdverklaren (33a Sr) of een maatregel zoals onttrekking aan het verkeer van bepaalde goederen (art 36b Sr) kan wel de rechtspersoon raken en niet of nauwelijks de natuurlijke persoon als feitelijk leidinggever of opdrachtgever. Ook het aanvragen van een vergunning daar waar dat is nagelaten kan alleen door de rechtspersoon gebeuren. Tenslotte kan in dit verband worden gewezen naar het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel dat als maatregel in sommige gevallen alleen tot zijn recht kan komen als ook de rechtspersoon als dader van het strafbare feit kan worden vervolgd¹. Kortom: veel (bijkomende) straffen treffen alleen de rechtspersoon en niet de natuurlijke persoon. Het strafrechtelijk immuun houden van de publiekrechtelijke rechtspersoon zorgt daarom voor het ten onrechte uitsluiten van meerdere nuttige en ook voor het publiek aansprekende strafvormen. Alleen al hierom kan niet worden volgehouden dat ons strafrecht zich primair richt op de natuurlijk persoon.

Op de vierde plaats zal het vergroten van de vervolgbaarheid van alleen feitelijk leidinggevers of -opdrachtgevers, dus van individuele ambtenaren of bestuurders, via een omweg kunnen leiden tot de onbevredigende situatie dat de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf buiten schot blijft. Dit is onbevredigend omdat bij een veroordeling van een natuurlijke persoon immers al snel de vraag zal worden opgeworpen hoe het mogelijk is dat de betreffende persoon in staat was binnen de overheidsorganisatie waar hij werkt strafbare feiten te plegen. Een dergelijke situatie zou voeding kunnen geven aan de gedachte dat de ambtenaar moet worden «gepakt», terwijl de organisatie in de strafrechtelijke luwte blijft.

Tenslotte is het op de vijfde plaats niet goed te begrijpen waarom ingeval van een door een publiekrechtelijke rechtspersoon begaan strafbaar feit wel alleen de ambtenaar vervolgbaar zou moeten zijn, terwijl in vergelijkbare gevallen van door privaatrechtelijke rechtspersonen begane strafbare feiten zowel de rechtspersoon als de feitelijke leidinggever of opdrachtgever vervolgd zou kunnen worden.

Kortom: het komt de indiener als ongewenst voor als wél de individuele ambtenaar aangesproken kan worden, maar niet de publiekrechtelijke rechtspersoon. Het vervolgen van de rechtspersoon, staat de vervolging van de feitelijke leidinggever of opdrachtgever overigens niet in de weg en zou dit naar de mening van de indiener ook niet moeten doen. De ene vervolging sluit vervolging de ander niet uit, sterker nog die zijn aan elkaar gekoppeld. Het bij voorbaat vastleggen van immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen is behalve ongewenst ook niet nodig: indien het algemene belang tot niet-vervolgen noopt, is dit een overweging die ook binnen het huidige stelsel al door de officier van Justitie kan worden gemaakt. Ook bij het al dan niet vervolgen van feitelijke leidinggevers of opdrachtgevers kan de officier van Justitie besluiten niet tot vervolging over te gaan. Daarnaast kan uiteindelijk nog de rechter in zijn oordeel rekening houden met de algemeen geldende strafuitsluitingsgronden. Indien een ambtenaar of publiekrechtelijke rechtspersoon vanwege de uitvoering van een publieke taak niet anders kon doen dan een strafbaar feit begaan, kan dit voor de rechter aanleiding zijn de strafuitsluitingsgrond van overmacht aan te nemen. Andere strafuitsluitingsgronden zoals het begaan van een feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr) en het geven van een ambtelijk bevel (artikel 43 Sr) blijven uiteraard ook overeind.

¹ Memorie van toelichting bij Vaststelling van algemene bepalingen omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen, Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3., p. 11.

7. Voorwaarden voor aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers

In de doctrine en de rechtspraak zijn in de loop der tijd voorwaarden en criteria ontwikkeld voor de aansprakelijkstelling van rechtspersonen en hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers wegens strafbare feiten begaan in de sfeer van de rechtspersoon. Het gaat dan met name om de vraag naar de toerekening van (strafbare) gedragingen van natuurlijke personen «op de werkvloer» aan natuurlijke personen die geacht kunnen worden die gedragingen te hebben bevorderd en/of aan de rechtspersoon zelf en om de vraag naar de invulling van de verwijtbaarheid (opzet en schuld) bij laatstgenoemde personen. Naar de mening van de indiener zijn deze voorwaarden en criteria ook toepasbaar in de context van strafbare feiten begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen. Toerekening van strafbare feiten en verwijtbaarheid zijn voor publiekrechtelijke rechtspersonen niet wezenlijk anders dan voor privaatrechtelijke rechtspersonen. In beide gevallen hangt een en ander af van verwachtingspatronen, gezagsverhoudingen en omvang en complexiteit van de organisatie. In deze paragraaf worden enkele opmerkingen gemaakt over bedoelde voorwaarden en criteria voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van (publiekrechtelijke) rechtspersonen en hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers.

Met feitelijk leiding- of opdracht geven wordt ook in geval van publiekrechtelijke rechtspersonen, niet alleen geduid op personen die formeel bestuurder, directeur, hoofd of anderszins leidinggevend zijn¹. Ook degenen die juridisch ongeschikt zijn aan deze formele leidinggevers, kunnen feitelijk leiding- of opdrachtgever zijn in de strafrechtelijke zin. Voor het feitelijk leidinggeven bij rechtspersonen zijn de zogenoemde Slavenburg-criteria van belang. In het desbetreffende arrest (HR 16 december 1986, NJ 1987/321 (Slavenburg II)) overwoog de Hoge Raad dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake kan zijn «indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen. De bewuste aanvaarding van een dergelijke aanmerkelijke kans kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de bank genomen rechtstreeks verband hield met de hem verweten verboden gedragingen.» Als de zaken zoals de vuurwerkramp in Enschede of de oudejaarsbrand in Volendam als voorbeeld mogen dienen, mag het duidelijk zijn dat bij publiekrechtelijke rechtspersonen in deze gevallen sprake had kunnen zijn van feitelijk leidinggeven. Van het opdrachtgeven tot een feit zal bij rechtspersonen in het algemeen en naar men mag aannemen bij publiekrechtelijke rechtspersonen in het bijzonder, minder snel sprake zijn. In tegenstelling tot het feitelijk leidinggeven, moet er bij opdrachtgeven immers sprake zijn van een meer actieve betrokkenheid van een persoon bij het delict.

Daarnaast – en wellicht ten overvloede – zij er op gewezen dat niet ieder strafbaar feit begaan door een natuurlijk persoon in uitvoerende dienst van een rechtspersoon geacht moet worden te zijn begaan door dat lichaam. Wil dat lichaam strafbaar zijn dan moet de strafbare gedraging van een natuurlijk persoon kunnen worden toegedicht aan dat lichaam (functioneel daderschap).

Er zijn drie hoofdvoorwaarden voor de strafbaarheid van rechtspersonen². Op de eerste plaats moet vastgesteld worden of de rechtspersoon de geadresseerde van de norm is: kan de rechtspersoon het delict plegen? Bijvoorbeeld een verkrachting gepleegd door een rechtspersoon is in de praktijk niet voorstelbaar.

De tweede voorwaarde is dat een verboden gedraging die door een

¹ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.) *Strafrecht, Tekst & Commentaar*, Kluwer, 2004, p. 363.

² Cleiren en Nijboer, a.w., p. 367–368.

natuurlijk persoon is verricht ook aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Dit wetsvoorstel beoogt niet een andere invulling te geven aan het begrip daderschap van (publiekrechtelijke) rechtspersonen. De initiatiefnemer stelt zich op het uitgangspunt dat – evenmin als bij vervolging – bij het daderschap niet uitgegaan dient te worden van een verschil tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Voor beide categorieën van rechtspersonen dienen dezelfde criteria te gelden. De indiener wijst op het arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 2003¹. In het genoemde arrest wordt bepaald dat een rechtspersoon als dader van een strafbaar feit kan worden aangemerkt als die gedraging «redelijkerwijs» aan die rechtspersoon kan worden toegerekend. Dit «redelijkerwijs» wordt nader ingevuld. De Hoge Raad is van mening dat de vraag wanneer een verboden gedraging redelijkerwijs aan een rechtspersoon kan worden toegerekend afhankelijk is van «de concrete omstandigheden van het geval». Een algemene regel is hiervoor daarom niet te geven. Wel noemt de Hoge Raad als «belangrijk oriëntatiepunt» bij de toerekening «of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon». Van een «sfeer van de rechtspersoon» is sprake als:

- «het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.»

De derde voorwaarde voor de strafbaarheid van een rechtspersoon: de aanwezigheid van opzet of schuld.

Overigens zou ter overweging meegegeven kunnen worden dat de speciale plaats die overheden in het strafrecht zouden kunnen hebben wellicht beter tot uitdrukking kan worden gebracht in de bestraffing van die overheden. Het kan bij die bestraffing niet altijd in de eerste plaats om de hoogte van de straf gaan, maar om de normbevestigende werking van de straf. Daarom kunnen wij ons indenken dat door middel van alternatieve straffen de bijzondere plaats en voorbeeldfunctie voor de overheid tot uitdrukking wordt gebracht. De straf na schuld aan een brand met slachtoffers zou er bijvoorbeeld (voor een deel) uit kunnen bestaan dat een brandwondencentrum financieel wordt ondersteund, na een milieudelict kan inrichting van een natuurgebied worden bevolen etc. Dit zou in het kader van een voorwaardelijke veroordeling kunnen. Met name valt hierbij te denken aan oplegging van de bijzondere voorwaarde «het gedrag van de veroordeelde betreffende» (art. 14c lid 2 onder 5 Sr) of de maatregel zoals bedoeld in de Wet op de economische delicten (art. 8 onder c WED). Hiermee wordt tevens het zogenaamde «vestzakbroekzak» argument in het geval de overheid boetes zou moeten betalen, ontkracht. Het past echter niet binnen het kader van dit wetsvoorstel om hier uitputtend op de wijze van bestraffing in te gaan.

8. Financiële consequenties

De indiener verwacht dat de financiële gevolgen van het van kracht worden van het onderhavige wetsvoorstel gering zullen zijn. Het aantal zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen of feitelijke leidinggevers of opdrachtgever dat nu vanwege een strafrechtelijke immuniteit geen doorgang kan vinden, is gering. Mogelijk zullen er meer aangiften worden

¹ LJN: AF7938.

gedaan na opheffing van de strafrechtelijke immuniteit. De financiële lasten van het aantal zaken dat door dit wetsvoorstel extra doorgang zal kunnen vinden, wegen naar de mening van de indiener niet op tegen de voordelen voor het recht.

9. Artikelsgewijze toelichting

Artikel I, wijziging artikel 51 Wetboek van Strafrecht

Onderdeel A

In verband met de toevoeging van artikel 51, vierde lid, dient in artikel 24c, eerste lid, de verwijzing naar artikel 51, laatste lid, te worden gewijzigd in een verwijzing naar artikel 51, derde lid.

Onderdeel B

Voor de toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar wat hierboven onder Opheffing strafrechtelijke immuniteit van het algemeen deel van de toelichting al is gesteld.

Voor het overige kan hier worden vermeld dat met de geformuleerde zinsnede dat «rechtspersonen als bedoeld in artikel 1, eerste en tweede lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek [...] op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar» zijn, expliciet tot uitdrukking bedoelt te brengen het oogmerk om af te wijken van de huidige stand van de jurisprudentie waarin sprake is van het uitsluiten van strafvervolgning.

Artikel II, wijziging artikel 127 Wet op de rechterlijke organisatie

De aanwijzingsbevoegdheid die de Minister van Justitie op basis van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) heeft om bijzondere aanwijzingen te geven aan het Openbaar Ministerie, kan vooral in gevallen waarbij het de vervolging van overheden betreft, al snel de schijn van politieke beïnvloeding met zich mee brengen. Deze schijn moet worden vermeden. Aldus de Commissie Roelvink (a.w., § 8), die daartoe heeft voorgesteld om aan artikel 127 Wet RO een bepaling toe te voegen die de aanwijzingsbevoegdheid in concrete gevallen betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen uitsluit. De indiener sluit zich bij dit voorstel aan. Voor de goede orde merkt hij op dat daardoor ook is uitgesloten een bijzondere aanwijzing betreffende de natuurlijke persoon die feitelijk leiding heeft gegeven aan of opdracht tot het door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane strafbare feit.

De bevoegdheid om in deze categorie zaken algemene aanwijzingen (dat wil zeggen in verband met het te voeren opsporings- en vervolgingsbeleid) te geven blijft echter in stand. Overigens is de indiener van dit wetsvoorstel van mening dat het ook niet aan de orde kan zijn dat de minister alsnog door middel van zijn algemene aanwijzingsbevoegdheid de mogelijkheid creëert om in concrete gevallen in te grijpen.

Artikel III, wijziging artikel 9 Wetboek van Strafvordering

Zoals de huidige «Aanwijzing voor de voor de opsporing en vervolging van overheden» terecht stelt kan «de beslissing om al dan niet te vervolgen [...] politiek of bestuurlijk gevoelig liggen». Volgens die aanwijzing wordt nu bij een dergelijke beslissing de hoofdofficier van justitie op de hoogte gesteld. Die kan vervolgens afwegen, «rekening houdend met de ernst van het feit, de politieke gevoeligheid van de zaak en de in het geding zijnde bestuurlijke verhoudingen, [dat] overleg met de procureur-generaal in zijn ressort» nodig is. Juist om aan eventuele bestuurlijke of politieke gevoeligheden te ontkomen is de indiener van mening dat de vervolging van de feiten begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen neergelegd moeten worden bij het functioneel parket. Zo wordt gewaar-

borgd dat er een specialisme met betrekking tot de strafrechtelijke vervolging van overheden zal ontstaan. Deze opdracht sluit tevens goed aan bij de reguliere taak van het functioneel parket. Strafzaken tegen de overheid betreffen in de praktijk namelijk veelal milieu- en fraudezaken en dit soort zaken wordt thans reeds door het functioneel parket gedaan, dat daarvoor over specialistische kennis beschikt. Tot slot leidt de concentratie van zaken tegen publiekrechtspersonen bij het functioneel parket ertoe dat vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie op lokaal of regionaal niveau verlost worden van de druk om een van de overheden of vertegenwoordigers daarvan in hun gemeente of regio te moeten vervolgen. Aangezien het Openbaar Ministerie met het lokale bestuur en politie in «de driehoek» overleg plegen, zou er bij vervolgingsbeslissingen sprake kunnen zijn van ongewenste druk om iemand wel of juist niet te vervolgen. Dit wordt voorkomen door de vervolging bij het functionele parket (nu nog «in oprichting») neer te leggen.

Artikel IV, overgangsbepaling

Het is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet wenselijk dat na de inwerkingtreding van deze initiatiefwet feiten die daarvóór zijn begaan, alsnog zouden kunnen worden vervolgd. Aangezien rechtspraak en literatuur geen eenduidig uitsluitel geven of het in artikel 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht neergelegde verbod op terugwerkende kracht ook voor wetswijzigingen op het gebied van de vervolging geldt, moet dat verbod expliciet door middel van een overgangsregeling worden vastgelegd.

Wolfsen