

# TWEE WETSVOORSTELLEN OVER DE STRAFBARE OVERHEID

1529 *Mr. E. Sikkema*

*Eelke Sikkema is  
universitair docent  
strafrecht aan de  
Universiteit Utrecht.*

***Het wetsvoorstel van Wolfsen verdient ondersteuning, het conceptwetsvoorstel van de regering niet. Dat betekent dat hieronder een algehele afschaffing wordt bepleit van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdracht- en leidinggevers. Maar er moeten geen al te hoge verwachtingen over het strafrecht worden gekoesterd. Vervolgbaarheid van de overheid zal er niet voor zorgen dat rampen zoals die in Enschede en Volendam, of zoals de brand in het cellencomplex op Schiphol, nooit meer kunnen plaatsvinden. Wel kan vervolgbaarheid er toe bijdragen dat achteraf de werkelijk verantwoordelijken adequaat kunnen worden gestraft.***

*Een uitgebreide versie van dit artikel is te vinden op [www.njb.nl](http://www.njb.nl) als link in de korte versie van dit artikel.*

Het onlangs verschenen rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid onder leiding van prof. mr. Pieter van Vollenhoven over het falende overheidsoptreden rond de Schipholbrand, en het daaropvolgende aftreden van de ministers Donner en Dekker, hebben opnieuw vragen doen rijzen over de eventuele strafbaarheid van de overheid. Dat is een reden temeer om op deze plaats aandacht te besteden aan twee recente wetsvoorstellen met betrekking tot de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdracht- en feitelijke leidinggevers. In oktober 2005 heeft de Minister van Justitie een wetsontwerp over dit onderwerp voor advies aan een aantal instanties gezonden.<sup>1</sup> Inmiddels is dit regeringsvoorstel 'ingehaald' door een initiatiefwetsvoorstel van het kamerlid Wolfsen, dat op 27 april 2006 naar de Tweede Kamer is gestuurd.<sup>2</sup> Voor een deel stemmen de beide voorstellen overeen, maar voor een ander deel verschillen zij wezenlijk. Het belangrijkste verschil is dat het eerstgenoemde voorstel zich beperkt tot het vervolgbaar maken van ambtenaren in hun hoedanigheid van opdracht- of leidinggever, terwijl het tweede

voorstel tevens voorziet in de vervolgbaarheid van overheidsorganisaties als zodanig.

Deze bijdrage concentreert zich op het belangrijkste onderdeel van de wetsvoorstellen, te weten de verruiming van de vervolgbaarheid. De invalshoek is daarbij de rechtsgelijkheid, van waaruit zal worden bekeken of en in hoeverre in de bestaande en toekomstige stelsels terecht onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten rechtssubjecten en overheidstaken. Andere aspecten van de wetsvoorstellen moeten binnen het bestek van dit artikel buiten beschouwing blijven.

## 1. VOORGESCHIEDENIS

### 1.1 Stand van zaken in de rechtspraak

De ontwikkeling in de rechtspraak met betrekking tot de strafrechtelijke vervolgbaarheid van de overheid is al veelvuldig en uitvoerig elders beschreven.<sup>3</sup> Op deze plaats kan worden volstaan met het noemen van de (vier) belangrijkste arresten, die in samenhang bezien de reikwijdte van de immuniteit bepalen. In het *Volkel*-arrest bepaalde de Hoge Raad dat van niet-vervolgbaarheid sprake is als het delict wordt begaan door de Nederlandse staat (de centrale overheid). Deze principiële uitspraak is voorzien van een summier motivering, waarin de Hoge Raad vooropstelt dat de handelingen van de staat geacht moeten worden te

1. Zie [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

2. Kamerstukken II 2005/06, 30 538, nr. 1-3.

3. Zie voor een uitgebreid overzicht D. Roef, *Strafbare overheden, Antwerpen/Groningen 2001*, p. 85-131; J.A.E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Deventer 2000, p. 29-51.

strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Voor de handelingen van de staat zijn ministers en staatssecretarissen verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal; daarnaast kunnen zij strafrechtelijk worden vervolgd en berecht ter zake van ambtsmisdriven. Met dit stelsel strookt volgens de Hoge Raad niet dat de staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>4</sup> In het *Pikmeer II*-arrest heeft de Hoge Raad de immuniteit van lagere overheden (openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet) beperkt tot exclusieve bestuurstaken. Daarvan is sprake '(...) als de betreffende gedraging naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen [kan?; E.S.] worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen'. In de gevallen waarin geen sprake (meer) is van immuniteit kan met het bijzondere karakter van het handelen van de (decentrale) overheid rekening worden gehouden bij de beoordeling van de strafbaarheid (rechtvaardigingsgronden), de straftoemeting en de vervolgingsbeslissing.<sup>5</sup> Voor andere dan de hierboven genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen geldt in het geheel geen immuniteit (*Grafheuvel*-arrest).<sup>6</sup> In het *Pikmeer I*-arrest heeft de Hoge Raad ten slotte beslist dat de eventuele immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon meebrengt dat een strafvervolgging evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam, die opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging (als bedoeld in art. 51 lid 2 onder 2° Sr).<sup>7</sup>

Het Volkel-arrest en het *Pikmeer I*-arrest zijn in de literatuur zeer kritisch ontvangen. De verruiming van de vervolgbaarheid die het *Pikmeer II*-arrest heeft gebracht, wordt in de literatuur op zichzelf positief beoordeeld, maar gaat volgens veel schrijvers niet ver genoeg.<sup>8</sup> Kennelijk is de heersende opvatting in de doctrine binnen korte tijd omgeslagen, aangezien tot 1994 nog vrij algemeen werd gepleit voor immuniteit ten aanzien van (typisch publiekrechtelijk handelen van) de overheid.<sup>9</sup>

### 1.2 Het rapport van de Commissie-Roelvink

Tussen het kabinet en de Tweede Kamer wordt al jaren gediscussieerd over een eventuele verruiming van de vervolgbaarheid van overheden, zonder dat dit tot overeenstemming heeft geleid.<sup>10</sup> Om deze impasse te doorbreken, wordt in 2001 de Commissie-Roelvink ingesteld. In het advies van deze commissie wordt voorgesteld om voor (zelfstandige onderdelen van) de staat en voor decentrale overheden strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren (ter zake van orderingsdelicten). Decentrale overheden zouden voortaan ook vervolgbaar moeten zijn voor strafbare gedragingen bij de uitvoering van een exclusieve bestuurstaaak.

## *De heersende opvatting in de doctrine is binnen korte tijd omgeslagen, aangezien tot 1994 nog werd gepleit voor immuniteit ten aanzien van de overheid.*

Opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers moeten vervolgbaar worden gemaakt, óók wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon om een of andere reden immuun zou zijn.<sup>11</sup> In een eerste reactie laat het kabinet weten dat het waardering heeft voor het rapport en dat het advies voor het kabinet zwaar weegt.<sup>12</sup> In dat licht is het opmerkelijk te noemen dat in het hierna te behandelen conceptwetsvoorstel slechts één van de centrale aanbevelingen van de commissie wordt overgenomen, namelijk de uitbreiding van de vervolgbaarheid van opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers.

### 1.3 De argumenten pro en contra immuniteit

In de discussie komen telkens weer dezelfde argumenten tegen vervolgbaarheid (dus voor immuniteit) van de overheid voorbij. In de omvangrijke literatuur over dit onderwerp zijn al deze argumenten echter weerlegd of zelfs omgebogen tot een argument vóór vervolgbaarheid.<sup>13</sup> In het onderstaande zal ik enkele van de belangrijkste argumenten kort voorzien van enige kritische kanttekeningen.

In de eerste plaats wordt aangevoerd dat het in strijd zou zijn met de *machtenscheiding* als gedragingen van de overheid zouden worden onderworpen aan toetsing door de strafrechter. Corstens heeft echter terecht opgemerkt dat beoordeling van gedragingen van de staat door de rechter (bestuursrechter, civiele rechter) de gewoonste zaak van de wereld is. Bovendien draagt

4. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598.

5. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367.

6. HR 10 november 1987, NJ 1988, 303.

7. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513.

8. Zie voor een overzicht Van der Jagt 2000, p. 107 e.v.

9. Zie J. de Hullu, 'Een bijzondere strafrechtelijke positie voor de verdachte overheid?', in: W.J. Witteveen e.a., *Strafbaarheid van overheden*, Deventer 1998, p. 54.

10. Kamerstukken II 1996/02, 25 294, nr. 1-16.

11. Commissie-Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag 2002, p. 5-7.

12. Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15.

13. Zie voor een kritische bespreking van de verschillende argumenten o.a. Roef 2001, p. 281-314; Van der Jagt 2000, p. 52-71; Commissie-Roelvink 2002, p. 20-23. Het onderstaande is vooral en tenzij anders aangegeven ontleend aan de hier genoemde bronnen.

14. Zie de noot van Corstens onder HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

strafrechtelijke aansprakelijkheid juist bij aan de controle op de macht van de staat, aan het stelsel van 'checks and balances'.<sup>14</sup> Als men, anders gezegd, niet zozeer uitgaat van een strikte scheiding der machten, maar van een evenwicht van machten, dan is dit juist een argument vóór vervolgbaarheid. Dat politieke verantwoordelijkheid en bestuurlijke controle voorop moeten staan, betekent niet dat het strafrecht geen aanvullende rol kan hebben als *ultimum remedium*, wanneer achteraf blijkt dat andere controlemechanismen hebben gefaald. Wel zou bij de toepassing de nodige terughoudendheid moeten worden betracht. Een terughoudend vervolgingsbeleid kan ook voorkomen dat het afschaffen van de immuniteit leidt tot ongewenste (verdere) juridisering.<sup>15</sup> In de tweede plaats zouden de *positie van de Minister van Justitie en de eenheid van de regering* onder druk komen te staan. De Minister van Justitie is lid van het kabinet en is tevens verantwoordelijk voor het optreden van het openbaar ministerie. Daardoor kan gemakkelijk de schijn ontstaan van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing door de minister of (via hem) door andere ministers en bestuurders. Dat is echter een praktisch probleem dat via een bijzondere voorziening kan worden opgelost. Het wetsvoorstel van Wolfsen zoekt de oplossing bijvoorbeeld in een uitsluiting van de bevoegdheid van de Minister van Justitie om aanwijzingen te geven aan het openbaar ministerie (art. 127 Wet RO) in concrete zaken betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen. In de derde plaats wordt vaak een beroep gedaan op het *vestzak-broekzak argument*: het opleggen van een geldboete aan de overheid leidt slechts tot een zinloze verschuiving van geld binnen de overheid. Daar staat tegenover dat bijvoorbeeld departementen gescheiden begrotingen hebben en een geldboete in de eigen begroting moeten opvangen, zodat daarvan wel degelijk een prikkel kan uitgaan voor toekomstig gedrag. Dat geldt nog duidelijker voor lagere overheden, die een geldboete moeten afdragen aan de staatskas. Het belang van dit argument wordt verder gerelativeerd als men de waarde van strafrechtelijke sanctieering in dit verband vooral zoekt in de symbolische werking ervan.<sup>16</sup> Dat het de belastingbetaler is die uiteindelijk de rekening betaalt, acht ik niet problematisch. Een betaalde geldboete valt immers toe aan de staat en blijft besteedbaar voor de uitoefening van publieke taken. Ook bij de vervolging van privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen overigens onschuldigen (werknemers, aandeelhouders) worden getroffen.<sup>17</sup>

Met de Commissie-Roelvink ben ik van mening dat

geen van de genoemde argumenten absoluut in de weg staat aan iedere strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. De commissie meent dat de eis van legitimiteit zich verzet tegen een volledige uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen: 'Een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer, verliest haar geloofwaardigheid wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen die regels ongestraft kunnen overtreden.' De commissie benadrukt het belang van normbevestiging; een strafrechtelijke veroordeling onderstreept de gelding van de norm, het ongestraft laten van strafbare feiten ondermijnt die. De maatschappelijke voordelen en de nadelige effecten van vervolgbaarheid moeten steeds tegen elkaar worden afgewogen. Uiteindelijk is dit een politieke afweging en daarom ziet de commissie hier uitdrukkelijk een taak voor de wetgever.<sup>18</sup> Dat deze afweging binnen de politiek nog steeds tot zeer uiteenlopende uitkomsten leidt, blijkt wel uit de hierna te bespreken wetsvoorstellen.

## 2. DE WETSVOORSTELLEN

### 2.1 Het conceptwetsvoorstel van de Minister van Justitie

In de memorie van toelichting bij dit voorstel wordt vooropgesteld dat in het strafrecht het schuldbeginsel en de aansprakelijkheid van natuurlijke personen centraal staan, ook bij strafbaar handelen dat in de sfeer van rechtspersonen plaatsvindt. Bij ernstige strafbare feiten is strafvervolging van een publiekrechtelijke rechtspersoon, die slechts tot oplegging van een geldboete kan leiden, volgens de minister minder voor de hand liggend. Het gaat er veel meer om dat de *natuurlijke personen* die ernstige strafbare feiten opzettelijk hebben bevorderd daarvoor aansprakelijk kunnen worden gesteld. Daarom wordt voorgesteld om art. 51 Sr zodanig te wijzigen dat vervolging van de ambtenaar als opdrachtgever of feitelijke leidinggever mogelijk wordt *óók indien het strafbaar feit is begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon die daarvoor niet kan worden vervolgd*. De eerder aangehaalde regel uit het Pikmeer I-arrest, volgens welke de strafrechtelijke immuniteit van een publiekrechtelijke rechtspersoon 'doorwerkt' naar de opdrachtgever en de feitelijke leidinggever, wordt hiermee dus losgelaten.<sup>19</sup>

### 2.2 Het initiatiefwetsvoorstel van Wolfsen

In navolging van de Commissie-Roelvink legt de memorie van toelichting bij dit voorstel sterk de nadruk op het legitimiteitsargument. In een rechtsstaat is de overheid ook zelf gebonden aan het recht. Het gelijkheidsbeginsel maakt dat het verschil tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ten opzichte van natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen niet meer te verdedigen is. Dat beginsel vereist ook dat het verschil dat in dit verband bestaat tussen de staat enerzijds en lagere overheden

15. C.H. Brants, 'Vervolgbaarheid van de Staat', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2003, nr. 1, p. 3-7.

16. Zie verder hierna, onder 4.4.

17. Th.A. de Roos, 'Geen strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de Staat? Minister Korthals als Oblomov', *AA* 2000, nr. 2, p. 94.

18. *Commissie-Roelvink* 2002, p. 17-24.

19. *Concept-MvT* (via [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)), p. 3-8.

## *Strafrechtelijke aansprakelijkheid draagt bij aan de controle op de macht van de staat, aan het stelsel van 'checks and balances.'*

anderzijds dient te worden opgeheven. Het doel van het wetsvoorstel is het laten verdwijnen van de geconstateerde rechtsongelijkheid, het recht doen aan de voorbeeldfunctie van overheden en het wegnemen van onbegrip en geschonden rechtsgevoelens. Het feit dat in verband met de vuurwerkramp in Enschede en de brand in Volendam zelfs niet tot strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot en vervolging van bepaalde overheden kon worden overgegaan, acht Wolfsen onbevredigend. Aangezien hij het wetsontwerp van de minister 'volstrekt ontoereikend' vindt, komt de indiener nu met dit initiatiefwetsvoorstel. Hij acht het namelijk onwenselijk om alleen ambtenaren strafrechtelijk vervolgbaar te maken en niet de organisatie waarvoor zij werken. Het voorstel maakt daarom expliciet duidelijk dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met natuurlijke personen en andere (privaatrechtelijke) rechtspersonen onderwerp van vervolging kunnen zijn, ook indien het de centrale overheid betreft en ook indien sprake is van exclusieve bestuurstaken. Een belangrijk bijkomend gevolg is uiteraard dat hiermee automatisch ook de niet-vervolgbaarheid van de opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers achter die rechtspersoon komt te vervallen.<sup>20</sup>

### 3. EVALUATIE

#### *3.1 Opdracht- en leidinggevers versus (functioneel) plegers en deelnemers*

In de memorie van toelichting bij het regeringsvoorstel wordt opgemerkt dat er over de wenselijkheid van vervolgbaarheid van feitelijke leidinggevers en opdrachtgevers veel minder verschil van mening bestaat dan over de vervolgbaarheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf. De minister verwijst in dit verband onder meer naar de opvatting van Rammelink en Van Veen.<sup>21</sup> Deze schrijvers geven de voorkeur aan een regeling waarin de opdracht- en leidinggevers vervolgbaar zijn, ook als de publiekrechtelijke rechtspersoon dat niet is. Zij bepleiten toepasselijkheid van het normale 'model' van art. 51 Sr. Dat wil zeggen dat voor de vervolgbaarheid van de opdracht- en leidinggevers het *daderschap* (de strafbaarheid) van de rechtspersoon doorslaggevend is, niet de *vervolgbaarheid* van die rechtspersoon.<sup>22</sup> In het Pikmeer I-arrest heeft de Hoge Raad, zoals bekend, echter geopteerd voor een koppeling aan de vervolgbaarheid van de rechtspersoon, een constructie die volgens annotator 't Hart 'juridisch wringt'.<sup>23</sup> De immuniteit van de rechtspersoon – en daarmee van de opdracht- en leidinggevers – laat onverlet dat een ambtenaar uit hoofde van 'eigen dader-

schap' kan worden veroordeeld, aldus de Hoge Raad in het Pikmeer I-arrest. A-G Van Dorst had in zijn conclusie bij dit arrest daarentegen betoogd dat ook de vervolging van de leidinggever uit eigen hoofde, dus wegens een door hem gepleegd delict, onverenigbaar is met de immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon. Hetzelfde feitelijke gedrag van dezelfde ambtenaar zou dan immers via een omweg toch aan het oordeel van de strafrechter onderworpen worden. Evenals de eerder genoemde schrijvers acht Van Dorst het dus ongewenst om in dit verband onderscheid te maken tussen opdracht- en leidinggevers enerzijds en plegers anderzijds, zij het dat hij beide categorieën juist van vervolgbaarheid wil uitsluiten.

De mogelijkheid om iemand als feitelijke leidinggever in de zin van art. 51 lid 2 Sr te vervolgen kan overlappen met de mogelijkheid om hem op grond van hetzelfde gedrag als pleger of deelnemer (in de zin van art. 47 of 48 Sr) te vervolgen; met name bestaat er een grote overlap met uitlokken en medeplegen. De aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggever lijkt bovendien sterk overeen te komen met die van de natuurlijke persoon als functioneel pleger. In het kader van beide aansprakelijkheidsconstructies spelen beschikkingmacht (de bevoegdheid tot ingrijpen) en aanvaarding een centrale rol.<sup>24</sup> De Jong en Knigge menen dan ook dat de feitelijke leidinggever doorgaans eveneens als (functioneel) pleger kan worden aangemerkt en derhalve ook buiten art. 51 Sr om kan worden aangepakt, als de rechtspersoon om wat voor reden dan ook niet als dader van het strafbare feit kan worden aangemerkt.<sup>25</sup> Hetzelfde zal uiteraard gelden als het gaat om een publiekrechtelijke rechtspersoon die op die grond immuniteit geniet. Het voorgaande wil echter nog niet zeggen dat vervolgbaarheid van opdracht- en leidinggevers dus (geheel) overbodig is naast de bestaande mogelijkheden om wegens 'eigen daderschap' te vervolgen. Aan vervolging van degenen die leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit *begaan door de rechtspersoon* kan bijvoorbeeld behoefte bestaan als een delictomschrijving alleen door die rechtspersoon – en niet door de individuele ambtenaar – kan worden

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 538, nr. 3 (hierna: MvT-Wolfsen), p. 1-17.

<sup>21</sup> Concept-MvT, p. 7.

<sup>22</sup> J. Rammelink, 'Strafrechtelijke vervolging van openbare lichamen', NJB 1998, afl. 1, p. 19; Th.W. van Veen, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid', RMThemis 2000, 5, p. 166-167.

<sup>23</sup> Noot onder HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 (Pikmeer I).

<sup>24</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2003, p. 490-496; J.M. van Bemme-

## *Het gelijkheidsbeginsel maakt dat het verschil tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ten opzichte van natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen niet meer te verdedigen is.*

vervuld.<sup>26</sup> Vooral in het ordeningsrecht (bijvoorbeeld bij milieu- of veiligheidsvoorschriften) richt de norm zich vaak primair tot de organisatie.<sup>27</sup>

Ook de minister benadrukt in de memorie van toelichting bij het conceptvoorstel dat het thans in veel gevallen reeds mogelijk is om individuele ambtenaren als natuurlijk persoon strafrechtelijk te vervolgen wegens het plegen van of deelnemen aan een strafbaar feit. De minister ziet geen reden om de aansprakelijkheid van een ambtenaar als feitelijke leidinggever fundamenteel anders te beoordelen dan diens aansprakelijkheid als functioneel pleger of uitlokker, zeker gelet op de hierboven bedoelde overlappingen. Het wetsvoorstel creëert strafrechtelijke aansprakelijkheid voor gevallen waarin geen sprake is van medeplegen of uitlokken, 'omdat niet van een nauwe samenwerking kan worden gesproken en de leidinggevende meer heeft stilgezeten dan actief uitgelokt'. Daarin ligt de uitbreiding waarin het wetsvoorstel resulteert en dat komt de minister ook wenselijk voor, nu het hier gaat om hiërarchische organisaties waarbinnen 'een half woord of zelfs een bewust stilzwijgen van een leidinggevende' al van grote invloed kan zijn op de totstandkoming van een strafbaar feit. Al met al kan dus worden gezegd dat de voorgestelde uitbreiding van de vervolgbaarheid een 'aanvullend' en 'beperkt' karakter heeft.<sup>28</sup>

Geconcludeerd kan worden dat het onderscheid dat thans in de rechtspraak wordt gemaakt tussen de immuniteit van opdracht- en leidinggevers enerzijds en de vervolgbaarheid van (functioneel) plegers en deelnemers anderzijds, willekeurig en inconsistent is. Het opheffen van de immuniteit van opdracht- en leidinggevers, zoals voorgesteld door de regering, kan dan ook in elk geval als een stap in de goede richting worden beschouwd. In het onderstaande zal worden gekeken of de kwestie van de immuniteit van overheden daarmee bevredigend is opgelost.

### *3.2 De centrale overheid versus decentrale overheden*

Het conceptwetsvoorstel van de regering brengt geen wijziging in de bestaande strafrechtelijke immuniteiten van de publiekrechtelijke rechtspersonen zelf, zoals deze voortvloeien uit het Volkel- en het Pikmeer II-arrest. De minister merkt op dat de vraag of deze immuniteiten moeten worden uitgebreid, gehandhaafd, ingeperkt of opgeheven in de samenleving zeer verschillend wordt beantwoord.<sup>29</sup> Het onderscheid tussen de centrale overheid (algehele immuniteit) en lagere overheden (alleen immuniteit in het kader van exclusieve bestuurstaken) blijft volgens dit voorstel dus bestaan. De Commissie-Roelvink ziet daarentegen geen principiële of dogmatische redenen om (onderdelen van) de staat op dit punt anders te behandelen dan decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen. Ook de motivering van de Hoge Raad in het Volkel-arrest kan de commissie niet overtuigen.<sup>30</sup> In dit verband is opvallend dat de Hoge Raad in het Pikmeer II-arrest met zoveel woorden tot uitgangspunt neemt dat de overheid, zowel de staat als decentrale overheden, zich als iedere burger dient te houden aan de wet. Het vervolgen van decentrale overheden is op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht; beide stelsels nemen een eigen plaats in, aldus de Hoge Raad. Met die laatste overwegingen lijkt de Hoge Raad zijn eigen argumentatie uit het Volkel-arrest te ondergraven. Nu de beschouwing van de Hoge Raad voor het overige echter uitdrukkelijk beperkt is tot 'decentrale overheden', moet vooralsnog worden aangenomen dat voor de staat nog steeds de regel uit het Volkel-arrest geldt. Dat is opmerkelijk, aangezien de in dat arrest gebezigde argumenten evenzeer toepasbaar lijken op lagere overheden. Ook een gemeente zal geacht moeten worden het algemeen belang te behartigen, ook binnen een gemeente bestaat een politieke verantwoordingsplicht (jegens de gemeenteraad) en ook gemeentelijke ambtenaren en ambtsdragers kunnen worden vervolgd en berecht ter zake van ambtsmisdrijven. Het onderscheid tussen de staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen wordt nog problematischer als men bedenkt dat sommige overheidsentiteiten (zoals de OPTA, de IND) nu niet vervolgd kunnen worden, omdat ze toevallig onder de rechtspersoonlijkheid van de staat vallen. Dit terwijl strafvervolging wel mogelijk zou zijn, indien zij over eigen rechtspersoonlijkheid zouden beschik-

len, Th.W. van Veen, *Het materiële strafrecht (Ons strafrecht 1)*, bewerkt door D.H. de Jong, G. Knigge, Deventer 2003, p. 262. Zie resp. HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (Ijzerdraad) en HR 16 december 1986, NJ 1987, 322 (Slavenburg II).

25. De Jong/Knigge 2003, p. 262.

26. Van Veen 2000, p. 165.

27. Commissie-Roelvink 2002, p. 19-29.

28. Concept-MvT, p. 7-13.

29. Concept-MvT, p. 7.

30. Commissie-Roelvink 2002, p. 23-24.

ken (zoals de NMa, de IBG). De wetgever gaat bij het al dan niet toekennen van rechtspersoonlijkheid niet consistent of volgens een duidelijk beleid te werk, hetgeen tot willekeurige uitkomsten leidt.<sup>31</sup>

### 3.3 Exclusieve bestuurstaken versus niet-exclusieve bestuurstaken

Als een rechtvaardiging voor het onderscheid tussen staat en lagere overheden ontbreekt, is de voor de hand liggende gevolgtrekking dat de staat op dezelfde voet als lagere overheden vervolgbaar zou moeten zijn. Dat zou op het eerste gezicht moeten betekenen dat ook de immuniteit van de staat beperkt wordt tot exclusieve bestuurstaken. Het is echter de vraag of dit een wenselijke constructie is, nu tegen het taakcriterium van de Hoge Raad belangrijke bezwaren gerezen zijn. In de eerste plaats is het criterium onduidelijk en in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Het laat ruimte voor uiteenlopende interpretaties, hetgeen in de literatuur en de rechtspraak tot discussie heeft geleid (bijvoorbeeld in verband met de rampen in Enschede

### 3.4 Publiekrechtelijke rechtspersonen versus natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen

Eerder is gebleken dat in het regeringsvoorstel strikt onderscheid wordt gemaakt tussen (publiekrechtelijke) rechtspersonen enerzijds en natuurlijke personen (overheidsfunctionarissen) anderzijds. Daarbij wordt sterk benadrukt dat in het strafrecht het schuldbeginsel en daarmee de aansprakelijkheid van natuurlijke personen voorop staat. Ook volgens de Commissie-Roelvink is in een op het schuldbeginsel gebaseerd strafrecht (althans bij commune delicten) de individuele, persoonlijke aansprakelijkheid een centraal uitgangspunt.<sup>34</sup> Volgens de memorie van toelichting van Wolfsen is het strafrecht zich echter steeds meer gaan bezighouden met criminaliteit in of door georganiseerde verbanden, zodat individuele verdachten juist steeds minder het uitgangspunt zijn van ons strafrecht. Het kan niet worden volgehouden dat ons strafrecht zich primair richt op natuurlijke personen.<sup>35</sup>

Men kan zich inderdaad afvragen of het bedoelde

## *Het onderscheid dat in de rechtspraak wordt gemaakt tussen de immuniteit van opdracht- en leidinggevers enerzijds en de vervolgbaarheid van plegers en deelnemers anderzijds, is willekeurig en inconsistent.*

en Volendam). Er is ook principiële kritiek mogelijk op de ratio van het criterium. Gelet op de formulering ervan is duidelijk dat de Hoge Raad tegemoet heeft willen komen aan het gelijkheidsargument: vervolging wordt mogelijk voor zover derden op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De Commissie-Roelvink brengt daar tegenin dat eisen van legitimiteit en legaliteit meebrengen dat alle overheidsactiviteiten – dus ook de ‘typische’, exclusieve – onder het strafrecht worden gebracht.<sup>32</sup> Het belang van legitimiteit strekt anders gezegd verder dan alleen het gelijkheidsbeginsel.

Het afschaffen van de immuniteit betekent uiteraard niet dat de uitvoering van een (exclusieve) bestuurstaak voortaan irrelevant zou zijn. In het kader van de rechtvaardigingsgronden kan de strafrechter namelijk komen tot een inhoudelijke beoordeling van de vraag of en in hoeverre de uitvoering van de overheidstaak in het concrete geval het betreffende gedrag rechtvaardigt, met inachtneming van eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De wijze waarop de overheid uitvoering geeft aan de bestuurstaak wordt dan (marginaal) getoetst, waarbij de aan het bestuur toekomende beoordelings- en beleidsvrijheid moet worden gerespecteerd.<sup>33</sup>

uitgangspunt in het huidige strafrecht nog in volle omvang opgaat. Sinds de rechtspersoon – inmiddels dertig jaar geleden – in het Nederlandse strafrecht in algemene zin als rechtssubject is geaccepteerd (art. 51 Sr), is strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon gewoon geworden. In beginsel kan een rechtspersoon elk strafbaar feit plegen, dus ook een algemeen delict.<sup>36</sup> De Commissie-Roelvink moet zelf al erkennen dat het ‘niet onmogelijk’ is om bij rechtspersonen schuld te construeren. In de lagere rechtspraak kan men inmiddels ook veroordelingen aantreffen van een ziekenhuis, een school en een zwembad ter zake van dood door schuld. Het ging daarbij telkens om situaties waarin de organisatie onvoldoende voorzorgsmaatregelen had getroffen en onvoldoende toezicht

31. *Commissie-Roelvink 2002*, p. 18-25.

32. *Commissie-Roelvink 2002*, p. 32-33.

33. Zie onder meer L.E.M. Hendriks, A. de Lange, ‘Strafvervolging van overheden na het Tweede Pikmeer-arrest’, *Milieu & Recht* 1998, nr. 2, p. 44-46; E. Sikkema, P. Smith, ‘De ambtenaar in het post-Pikmeertijdperk’, *Openbaar bestuur* 1999, nr. 10, p. 28-31.

34. *Commissie-Roelvink 2002*, p. 19-30.

35. *MvT-Wolfsen*, p. 11-13.

36. *De Hullu* 2003, p. 118 en p. 172.

had gehouden om de dood van het slachtoffer te voorkomen.<sup>37</sup> Ook werd de gemeente Utrecht veroordeeld ter zake van dood door schuld in een zaak waarin een brandweerman was omgekomen tijdens een (niet op een veilige wijze georganiseerde en uitgevoerde) duik-oefening.<sup>38</sup> Het ontbreken van aansprakelijkheid van de rechtspersoon zou in dergelijke gevallen kunnen leiden tot een geforceerd zoeken naar een verantwoordelijke natuurlijke persoon. Dan kan beter erkend worden dat individuele verantwoordelijkheid en menselijke schuld niet langer de (enige) grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid is.<sup>39</sup> Men kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon (art. 51 Sr) beschouwen als een versoepeling of aanvulling ten opzichte van het voorheen bestaande stelsel van daderschap en deelneming (art. 47 Sr en art. 48 Sr). Als art. 51 Sr niet op een publiekrechtelijke rechtspersoon kan worden toegepast, ontbreekt daar de mogelijkheid om deze versoepelde regels toe te passen.<sup>40</sup> Ook als

## *Het kan niet worden volgehouden dat ons strafrecht zich primair richt op natuurlijke personen.*

er binnen de rechtspersoon geen natuurlijke persoon kan worden aangewezen die zelf de delictomschrijving geheel heeft vervuld of als deelnemer aan te merken is, kan met behulp van art. 51 Sr strafrechtelijke aansprakelijkheid worden geconstrueerd. Juist bij een diffuse, complexe en grote organisatie als de staat kan deze figuur goede diensten bewijzen.<sup>41</sup> Als juist de wijze waarop een rechtspersoon is georganiseerd of de heersende cultuur een strafbaar feit veroorzaakt, bijvoorbeeld door het gedogen van een onwenselijke situatie of het achterwege laten van passende maatregelen, zou het niet billijk zijn om dat feit uitsluitend aan één of meer ambtenaren toe te dichten. Van het louter straffen van een ambtenaar zou ook nauwelijks een prikkel uitgaan om de falende organisatiestructuur of -cultuur aan te passen.<sup>42</sup>

Een van de belangrijkste redenen om de strafbaar-

37. C.H. Brants, R. de Lange, *Strafvervolgning van overheden*, Deventer 1996, p. 51; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer 2005, p. 405.

38. Rb. Utrecht 9 juli 2003, NJ 2003, 669.

39. D. Roef, Th. de Roos, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten', in: M. Faure e.a. (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen/Groningen 1998, p. 78 e.v.

40. Brants/De Lange 1996, p. 46-55.

41. Noot van Corstens onder HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

42. MvT-Wolfsen, p. 11-12.



heid van rechtspersonen te aanvaarden, was destijds de behoefte om de rechtspersoon zelf met sancties te treffen, zeker als deze het (financiële) voordeel van het strafbare feit opstrijkt. Door milieudelicten te plegen, kunnen overheden bijvoorbeeld veel kosten besparen, zodat er goede gronden zijn voor sancties die deze ongerechtvaardigde verrijking tenietdoen.<sup>43</sup> Ook andere sancties dan een geldboete kunnen onder omstandigheden wel de rechtspersoon raken en niet of nauwelijks de natuurlijke persoon, zoals herstel in de rechtmatige toestand, openbaarmaking van het vonnis, verbeurdverklaring, onttrekking aan het verkeer en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.<sup>44</sup> De Commissie-Roelvink heeft benadrukt dat de waarde van strafrechtelijke sanctionering in dit verband vooral moet worden gezocht in de symbolische werking ervan: een veroordeling drukt afkeuring uit en onderstreept de norm die is geschonden. Ook een schuldigverklaring zonder oplegging van straf (art. 9a Sr), kan dat effect hebben.<sup>45</sup>

Het bovenstaande toont naar mijn mening aan dat er goede redenen zijn om de vervolgbaarheid niet te beperken tot natuurlijke personen (opdracht- en leidinggevers), maar eveneens uit te breiden tot de rechtspersoon als zodanig. De genoemde argumenten zijn immers niet alleen toepasselijk op *privaatrechtelijke* rechtspersonen, maar evenzeer op *publiekrechtelijke* rechtspersonen, zodat het onderscheid dat in dit opzicht wordt gemaakt naar mijn mening niet gerechtvaardigd is. Nu zou men kunnen beweren dat het gelijkheidsbeginsel hier niet dwingend kan worden geacht, omdat er nu eenmaal belangrijke verschillen bestaan tussen de overheid en een willekeurige onderneming. De overheid wordt immers geacht het algemeen belang te behartigen en heeft te maken met politieke verantwoording en bestuurlijk toezicht.<sup>46</sup> Dat hoeft naar mijn mening echter niet te leiden tot het vooraf en categorisch uitsluiten van iedere vervolgbaarheid van de overheid. De relevante verschillen kunnen in concrete gevallen immers worden meegenomen bij de opportuniteitsbeslissing, de beoordeling van de strafbaarheid (rechtvaardigingsgronden) en de straftoemeting.

#### 4. CONCLUSIE

In deze bijdrage is geconstateerd dat het geldende stelsel van immuniteten van overheden en overheidsfunctionarissen berust op een aantal ongerechtvaardigde en willekeurige onderscheidingen. Het conceptwetsvoorstel van de regering maakt terecht een einde aan het onderscheid tussen opdracht- en feitelijk leidinggevers enerzijds en (functioneel) plegers en deelnemers anderzijds. Het onderscheid tussen de centrale overheid en lagere overheden en dat tussen exclusieve en niet-exclusieve bestuurstaken worden door dit voorstel echter in stand gelaten. Ook hier gaat het naar mijn mening om criteria die niet houdbaar respectievelijk niet hanteerbaar zijn en die daarom in het wetsvoorstel van Wolfsen terecht worden geschrapt. Ook het als laatste besproken onder-

scheid moet naar mijn mening worden losgelaten, te weten dat tussen publiekrechtelijke rechtspersonen enerzijds en privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen anderzijds. Nu het individuele schuldbeginnsel kennelijk geen beletsel vormt voor de aansprakelijkheid van privaatrechtelijke rechtspersonen, valt moeilijk te begrijpen waarom het wel in de weg zou moeten staan aan vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen. De legitimiteit van de overheid is bovendien een zwaarwegend argument om juist wel voor vervolgbaarheid te kiezen.

Op grond van het voorgaande verdient het wetsvoorstel van Wolfsen naar mijn mening ondersteuning. Dat betekent dat hier een algehele afschaffing wordt bepleit van de strafrechtelijke immunitet van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdracht- en leidinggevers. Het kan overigens niet vaak genoeg worden benadrukt dat men in dit verband geen al te hoge verwachtingen van het strafrecht moet hebben. Vervolgbaarheid van de overheid zal er niet voor zorgen dat rampen zoals die in Enschede en Volendam, of zoals de brand in het cellencomplex op Schiphol, nooit meer kunnen plaatsvinden. Wel kan vervolgbaarheid er toe bijdragen dat achteraf de werkelijk verantwoordelijken adequaat kunnen worden gestraft. Als het strafbare feit is veroorzaakt door een gebrekkige organisatiecultuur en -structuur moet de rechtspersoon zelf naar mijn mening als de werkelijk verantwoordelijke worden beschouwd. Van bestraffing van de rechtspersoon mag dan een zeker preventief effect worden verwacht, in de zin van aanpassing van die structuur en cultuur binnen deze en andere overheidsorganisaties, zodat vergelijkbare incidenten in de toekomst beter kunnen worden voorkomen. ■

43. *De Roos 2000*, p. 94.

44. *MvT-Wolfsen*, p. 12-13.

45. *Commissie-Roelvink 2002*, p. 22.

46. *Zie ook Commissie-Roelvink 2002*, p. 18-19.