

De Aangesproken Staat: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid.

“De aansprakelijkheid van de overheid; een overspannen constructie bij bestraf- fing? Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in perspectief”

A.P.W. Duijkersloot en A.R. Hartmann*

1. Inleiding

Het is een cliché maar daardoor niet minder waar; de bestrafing van de overheid voor regelschendingen door haar zelf begaan, is al decennia lang een onderwerp waarover de meningen sterk zijn verdeeld. Anders dan op andere deelterreinen van het recht vormt de aansprakelijkheid van de overheid voor regelschendingen die tot bestrafing van die overheid kunnen leiden, een vanzelfsprekend twistpunt tussen voor- en tegenstanders. Naar onze mening wordt hiermee bevestigd dat bestrafing als fenomeen een vanzelfsprekende bijzondere juridische status heeft die aan andere rechtgevolgen van aansprakelijkheid ontbreekt. Daarnaast speelt natuurlijk ook de overheid als rechts-
subject in deze kwestie een bepalende rol. De overheid – in deze bijdrage ruim opgevat¹ – vervult binnen de rechtsstaat een bijzondere functie doordat het overheidshandelen in belangrijke mate publiekrechtelijke genormeerd is. Publiekrechtelijk handelen staat primair ten dienste van de samenleving en dat maakt dat regelschendingen begaan in het kader van dat handelen in de context dienen te worden bekeken vanuit die specifieke functionaliteit van handelen. Dat maakt de vraag naar de aansprakelijkheid van de overheid voor regelschendingen waarop straf staat dan ook zo bijzonder.

In deze bijdrage wordt het straffen niet enkel binnen een strafrechtelijke context benaderd. In de afgelopen jaren is duidelijk geworden dat het straffen al lang niet meer enkel binnen het strafrecht plaatsvindt, maar dat ook veel buiten het eigenlijke strafrecht wordt gestraft. Dat straffen vindt dan in de regel plaats in de vorm van bestuurlijke bestraffende sancties, in het bijzonder door het opleggen van bestuurlijke boetes. Juist ook aan die vorm van bestrafing zal in deze bijdrage aandacht worden gegeven. Immers, juist deze ontwikkeling naar bestuurlijk straffen vormt in deze bijdrage een ijkpunt en overweging in de gehele vraagstelling naar de wenselijkheid en toepasbaarheid van de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid voor regelschendingen waarop straf staat.

In deze bijdrage wordt ingegaan op drie vragen. In de eerste plaats wordt aandacht besteed aan de vraag wat de huidige stand van zaken is voor wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Het antwoord op deze vraag zal in paragraaf 2 aan de hand van de ontstaansgeschiedenis van de in de loop der jaren ingevoerde aansprakelijkheid van rechtspersonen worden beschreven. Die aansprakelijkheid

* A.P.W. Duijkersloot is als universitair docent verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. A.R. Hartmann is als universitair hoofddocent verbonden aan de sectie Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Overheid zijn in deze bijdrage alle organen met publiekrechtelijk bevoegdheden/gezag bekleed. Dat kunnen zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen zijn en (bestuursorganen van) openbare lichamen als zelfstandige bestuursorganen. In verband met toegankelijkheid van deze bijdrage is niet gekozen voor de nauwkeurigere maar in het kader van deze bijdrage wat omslachtige staats- en/of bestuursrechtelijke duiding in deze.

vormt immers de basis voor de aansprakelijkheid van de overheid in de vorm van een rechtspersoon. Vervolgens wordt kort ingegaan op het onderscheid tussen aansprakelijkheid en immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen binnen het strafrecht. Belangrijke plaats binnen de immuniteitskwestie wordt ingenomen door de jurisprudentiële invulling op grond van de bekende Pikmeer-uitspraken. Apart aan de orde komt de strafrechtelijke immuniteit van de Staat in het strafrecht. Ten slotte wordt aandacht besteed aan het momenteel aanhangige initiatiefwetsontwerp inzake de uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, welke de bestaande immuniteit van de overheid in het strafrecht tracht af te schaffen.

In paragraaf 3 wordt in deze bijdrage ingegaan op de vraag wat de huidige stand van zaken is voor wat betreft de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voor regelschendingen waarop een bestuursrechtelijke bestraffende sanctie kan worden opgelegd. De focus zal daarbij uitgaan naar de bestuursrechtelijke straf bij uitstek: de bestuurlijke boete. Ook daarbij zal nader de ontstaansgeschiedenis van de huidige situatie in kaart worden gebracht, zowel waar het gaat om wetgeving, met name de Algemene wet bestuursrecht (Awb), als om rechtspraak.

Inhoudelijk wordt ten slotte in paragraaf 4 aandacht besteed aan de vraag wat de voor- en tegenargumenten zijn voor wat betreft de beschreven strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en wat daarbij de validiteit is van deze argumenten om de overheid al dan niet aansprakelijk te achten. Het antwoord op de laatste vraag geeft weer hetgeen in het begin van deze inleiding is weergegeven, namelijk dat over dit onderwerp de meningen sterk zijn verdeeld en dat een weging van argumenten in dat kader geen sinecure is.

2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

2.1 Achtergrond

Bij de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 vormde het standpunt van de wetgever over de strafbaarheid van overheidsinstanties geen punt van discussie. Als uitgangspunt gold op grond van de strafrechtelijke doctrine dat juridische entiteiten als rechtspersonen niet strafrechtelijk relevant konden handelen (*universitas delinquere non potest*). Dit standpunt was gebaseerd op het klassieke uitgangspunt dat aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten grondslag lag. In dat klassieke uitgangspunt was enkel strafbaarheid mogelijk van een natuurlijke persoon, welke via een objectief waarneembare gedraging uiting gaf gewild en bewust de wet te overtreden.² In de toelichting op het Wetboek van Strafrecht werd dit door de minister van Justitie als volgt verwoord: 'Een strafbaar feit kan alleen worden gepleegd door den natuurlijke persoon. De fictie der rechtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafregt. Alzoo, waar de strafwet wordt overtreden door het besluit eener vereeniging, hetzij dan rechtspersoon of niet volgens de begrippen van het privaats regt, treft de strafbepa-

2. Dit in navolging van het sterk individualistische mensbeeld zoals dat naar voren komt in het klassieke Verlichtingsdenken, waarbij de mens wordt gezien als een verantwoordelijk, rationeel en autonoom individu, inclusief bijhorende aanspraken en derhalve ook verantwoordelijkheden. Zie meer toegespitst voor de achtergrond van de ontwikkeling van de strafbaarheid van rechtspersonen in het strafrecht R.A. Topping, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. Groningen) Arnhem 1984, p. 6-10 en D. Roef en Th. De Roos, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten*, in: M. Faure en K. Schwarz (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen/Groningen, p. 49-121.

ling slechts hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan gegeven uitvoering bewijsbaar is'.³ Desalniettemin had de wetgever wel in zekere mate oog voor de omstandigheid dat strafbare feiten ook in de sfeer van rechtspersonen konden plaatsvinden. Daartoe werden in het Wetboek van Strafrecht specifieke kwaliteitsdelicten opgenomen waarin bestuurders en commissarissen van ondernemingen als normadressaat centraal stonden.⁴

De 'vermaatschappelijking' van het recht, een ontwikkeling die zich vanaf het begin van de vorige eeuw voltrok en waarbij meer nadruk kwam te liggen op de maatschappelijke doelgerichtheid van het recht, bracht met zich dat ook het strafrecht meer en meer werd gezien als een sanctiesysteem met een functie gericht op de verwezenlijking van de beleidsdoeleinden van de overheid.⁵ Deze ontwikkeling binnen het recht ging samen met economisch gezien een groei van handel en industrie waarbij rechtspersonen een steeds belangrijker plaats innamen, hetgeen leidde tot een collectivering binnen het maatschappelijk bestel en de opkomst van grootschalige, formele organisaties in het economische en sociale leven.⁶ Tegelijkertijd vond er een ware expansie plaats van de sociaal-economische regelgeving, welke in verband met de primair ordenende functie van deze wetgeving ook wel wordt omschreven als 'ordeningswetgeving'. Tegen die achtergrond werd ook de inzet van het strafrecht meer zogenaamd 'functioneel' of 'instrumenteel' benaderd. Het strafrecht kreeg een prominente rol toebedeeld als handhavingssysteem in het sociaal-economische recht, hetgeen leidde tot een enorme uitbreiding van het aantal strafbaarstellingen. Het strafrecht moest binnen het sociaal-economische recht een effectief handhavingssysteem bieden ter kering van allerlei strafbare feiten begaan binnen het kader van de betreffende wetgeving.⁷

Deze veranderingen brachten ook een verandering teweeg in de optiek ten aanzien van de strafbaarheid van rechtspersonen in het strafrecht. Voor wat betreft de dogmatische gronding van die strafrechtelijke aansprakelijkheid waren de eerste tekenen van een verandering al te zien in de rechtspraak. Daar werd het spierfysieke daderschapbegrip van de natuurlijke persoon meer en meer losgelaten en maakte op verschillende momenten plaats voor een meer functionele invulling van de in de delictomschrijving omschreven gedraging. Daarbij werd als dader aangemerkt niet zozeer degene die spierfysiek de strafbaar gestelde gedraging had verricht, maar degene die zijn maatschappelijke functie niet op juiste wijze had ingevuld waardoor het strafbare feit had kunnen plaatsvinden.⁸ De wetgever volgde deze ontwikkeling nog niet direct door te besluiten rechts-

-
3. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., (tweede druk) herzien en aangevuld met wijzigingen door J.W. Smidt, eerste deel, Haarlem 1891, p. 450-451.*
 4. Zie o.a. de artt. 194, 249, 336, 340-347 en 442 WvSr.
 5. Zie hierover J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, Amsterdam 1938 en idem, *Vermaatschappelijking van het recht en staat*, in: *Recht, Mensch und Gesellschaft*, Berlijn 1972, p. 65 e.v. en J. Remmelink, *Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht*, in: J.P. Balkema, e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem 1986, p. 85.
 6. J. Wortel, *De onderneming in het strafrecht*, Lelystad 1987, p. 1-5 en D. Roef en Th. De Roos, t.a.p., p. 59 e.v.
 7. Zie hierover A. Mulder, *De handhaving der sociaal-economische wetgeving. Rechtsvergelijking met Zwitserland en Amerika*, 's-Gravenhage 1949; D. Schaffmeister, *Entwicklung und Begriff des niederländisches Wirtschaftsstrafrechts*, Zwolle 1978; M. Wladimiroff, *Niets bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen*, Deventer 1989; R.J.G.M. Widdershoven, *Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief*, RM Themis 1995, p. 205-218 en A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer 2008.
 8. Vgl. HR 21 februari 1938, NJ 1938, 820 (Wilde bussen); HR 22 juli 1947, NJ 1947, 469; HR 31 januari 1950, NJ 1950, 286; HR 21 februari 1950, NJ 1950, 603 en het bekende HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad). Zie hierover R.A. Toppinga, a.w., p. 24-38.

personen strafbaar te achten, maar in diverse strafbepalingen in afzonderlijke wetten werden functionarissen (bestuurders en commissarissen) binnen de rechtspersoon meer en meer als normadressaat opgenomen. De crisis- en bezettingswetgeving bood meer ruimte voor het direct aanspreken van rechtspersonen. Het Besluit Tuchtrechtspraak Voedselvoorziening van 1942 kende bijvoorbeeld een bepaling waarin uitdrukkelijk rechtspersonen als aan te spreken rechtssubject centraal werden gesteld.⁹ Vreemd was dat niet, omdat de maatschappelijke realiteit leerde dat handelingen en functies zoals het huren van gebouwen en het verkopen van waren in belangrijke mate werden uitgeoefend door rechtspersonen.

De strafrechtswetenschap heeft zich in deze (maatschappelijk roerige) periode slechts beperkt uitgelaten over het onderwerp. In een rede voor de Vereniging voor Strafrechtspraak hield Van Rijn van Alkemade een betoog over de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feiten, gepleegd door corporaties. Dit betoog vormde de opmaat voor de instelling een commissie die voor de betreffende vereniging verslag uitbracht waarbij een proeve van wetgeving werd gepresenteerd. Deze proeve strekte tot invoering van een aparte titel in het Wetboek van Strafrecht waarin de strafrechtelijke aansprakelijkheid werd vastgelegd. Op dit voorstel werd echter wisselend gereageerd.¹⁰

2.2 Invoering strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtspersonen

Omdat de handhaving van de sociaal-economische wetgeving verdeeld was over verschillende rechters, werd na de bevrijding de behoefte gevoeld aan een specialisatie en concentratie van de strafrechtspraak op dit terrein. Met de totstandkoming van de Wet op de Economische Delicten in 1950 wordt met een uniforme regeling voor de strafrechtelijke handhaving van economische delicten daaraan tegemoet gekomen.¹¹ In de Memorie van Toelichting bij de WED wordt duidelijk gemaakt dat de afhandeling van de onder die wet vallende feiten via het strafrecht dient te verlopen, en wel op een effectieve en efficiënte wijze: 'De in omvang en maatschappelijke betekenis steeds toenemende wet-

-
9. Artikel 3 Besluit Tuchtrechtspraak Voedselvoorziening luidde: 'Indien een handeling, welke ingevolge art. 1 tuchtrechtelijk kan worden afgedaan, wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, eenige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de tuchtrechtelijke vervolging ingesteld en de straf uitgesproken of de maatregel genomen hetzij tegen den rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, hetzij tegen hen, die tot het feit opdracht hebben gegeven of die de feitelijke leiding hadden bij het verboden handelen of nalaten, hetzij tegen beiden'. Zie voor een soortgelijke bepaling artikel 6 van het Economische Sanctiebesluit van 1941 en artikel 4 Besluit Berechting Economische Delicten van 1944. Zie hierover meer uitgebreid: H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de afzonderlijke wetten*, Utrecht/Nijmegen 1949, p. 229-238; F.C. Kist, *Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?*, preadvies NJV, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1966, I, tweede stuk, Zwolle 1966 en A.R. Hartmann, *Wet op de Economische Delicten*, Inleidende Opmerkingen, aantek. 2, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer 2008.
 10. Zie voor de genoemde rede *Tijdschrift voor Strafrecht* 1941, p. 194-195; voor het verslag en proeve van de genoemde commissie (Cie. Wijnveldt-Pompe-Van Rijn van Alkemade), *NJB* 1941, p. 409. Zie voor reacties Langemeijer en Van Dullemen in het *NJB* 1941, p. 411 en 529 e.v.
 11. Wet van 22 juni 1950, Stb K 258. In de considerans van de wet wordt overwogen dat de wet de doeltreffendheid beoogt te bevorderen van de opsporing, vervolging en berechting van handelingen die schadelijk zijn voor het economische leven en in het bijzonder daarin meer eenheid te brengen. Zie hierover het standaardwerk van F. Hollander, *Wet op de Economische Delicten*, Arnhem 1952, p. 7-8.

geving op het terrein van het economische leven is van de aanvang af in haar werking belemmerd, doordat handelingen, verricht in strijd met haar voorschriften niet met voldoende snelheid en gestrengheid worden gestraft. (...) Het hierbij aangeboden ontwerp heeft ten doel enerzijds die bezwaren op te heffen, anderzijds een zo mogelijk nog meer afdoende repressie te verkrijgen'.¹²

Voor wat betreft de aansprakelijkheid speelde in het kader van de sociaal-economische wetgeving nadrukkelijk dat corporaties in de veranderende samenleving meer en meer een belangrijke functie vervulden. Ondernemers brachten steeds vaker hun activiteiten onder in rechtspersonen maar dat had tevens tot gevolg dat bij de uitoefening van die activiteiten geregeld de sociaal-economische wetgeving werd geschonden. Daarnaast speelde uiteraard een belangrijke rol dat in de crisiswetgeving – in het bijzonder in de voorloper van de Wet op de Economische Delicten, het Besluit Berechting Economische Delicten – reeds verschillende bepalingen waren opgenomen waarin de aansprakelijkheid van rechtspersonen was vastgelegd.¹³

Met de inwerkingtreding van de Wet op de Economische Delicten werd formeel de strafbaarheid van rechtspersonen voor het economische strafrecht geïntroduceerd. Het bij de inwerkingtreding van de wet opgenomen artikel 15 WED maakte het mogelijk een ruim aantal corporaties strafrechtelijk aan te spreken voor delicten in het economische recht.¹⁴ Daaronder vielen ook publiekrechtelijke rechtspersonen. Het belang daarvan werd echter gering geacht. Hollander stelt daarover: 'De vraag is uiteraard, of een dergelijke vervolging ooit opportuun geacht kan worden, waar correctie van de rechtspersoon langs administratieve weg en een strafvervolging, ingesteld tegen de leidende natuurlijke personen, steeds openstaan'.¹⁵ Meer in het algemeen lag een verantwoorde, beredeneerde doordenking van de strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling van rechtspersonen niet ten grondslag aan de Wet op de Economische Delicten. Hollander stelt daarover: 'Met de wetenschappelijke ondergrond hiervan hebben staatscommissie en Regering zich niet diepgaand, bijna terloops, de Staten-Generaal, met uitzondering van een der leden tijdens de openbare behandeling, zich in het geheel niet bezig gehouden. De vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht heeft zich willens en wetens van de wetenschappelijke zijde van het vraagstuk der strafbaarstelling van de rechtspersoon gedistantieerd en zich beperkt tot beantwoording van de vraag, of deze nodig, billijk en praktisch is'.¹⁶

12. Kamerstukken II 1947-1948, 603, nr. 3, p. 10.

13. Zie de verwijzingen in noot 9.

14. De materieelrechtelijke bepalingen van artikel 15 WED (oud) luiden:

Lid 1: Indien een economisch delict wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de strafvervolging ingesteld en worden straffen en maatregelen uitgesproken: hetzij tegen die rechtspersoon, die vennootschap, die vereniging of dat doelvermogen, hetzij tegen hen, die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten, hetzij tegen beiden.

Lid 2: Een economisch delict wordt onder meer begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan wordt door personen, die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking, hetzij uit hoofde handelen in de sfeer van de rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economische delict hebben begaan dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van het delict aanwezig zijn.

15. F. Hollander, a.w., p. 98. In de genoemde proeve van de commissie-Wijnveldt-Pompe-Van Rijn van Alkemade werd de aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen impliciet naar toenmalige maatstaven uitgesloten, omdat enkel vennootschappen, stichtingen en verenigingen strafbaar waren.

16. F. Hollander, a.w., p. 95-96.

Maar net zoals diverse andere onderwerpen welke in de Wet op de Economische Delicten waren geregeld, vormde artikel 15 WED (oud) de opmaat voor de invoering daarvan in het gehele commune strafrecht. Vreemd was dat niet omdat na de Tweede Wereldoorlog in Nederland ook maatschappelijk meer en meer ondernemingsactiviteiten ook buiten de grenzen van het economische recht tot problemen leidden, waardoor de behoefte ontstond aan een regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen met een ruimere reikwijdte.

In 1976 heeft de wetgever dan ook besloten om de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor het gehele strafrecht in te voeren. In het Wetboek van Strafrecht werd weliswaar indirect al via het in 1965 ingevoerde artikel 50a WvSr (oud) de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen aanvaard, maar de aansprakelijkheid ruste daarin formeel op de natuurlijke personen handelend namens de rechtspersoon. De uitleg van deze bepaling leidde, in het licht van de aansprakelijkheidsstellingen in bijzondere wetten, echter tot onduidelijkheid over de aansprakelijkheid van zowel de rechtspersoon als de functionarissen van de rechtspersoon.¹⁷ Volgens de wetgever was dan ook behoefte ontstaan aan een algemene en uniforme regeling van de aansprakelijkheid van rechtspersonen.¹⁸

De wetgever heeft, gelijk de wetgever ten tijde van de invoering in de Wet op de Economische Delicten, bij de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in het Wetboek van Strafrecht niet uitvoerig stil gestaan bij vragen van dogmatische aard. Het wetsontwerp werd vooral ingegeven door praktische en wet-systematische argumenten. Met de invoering van artikel 51 WvSr werd volgens de wetgever enerzijds beoogd een leemte te vullen in het commune strafrecht waar rechtspersonen via strafbare handelingen financieel voordeel konden verkrijgen. Anderzijds wilde de wetgever met de invoering een vereenvoudiging van wetgeving doorvoeren waarmee allerlei bepalingen in bijzondere wetten, waaronder het toenmalige artikel 15 WED, konden worden geschrapt.¹⁹ Binnen de strafwetenschap bleef de aansprakelijkheid van rechtspersonen in het strafrecht in discussies een heikel punt.²⁰ Inmiddels is de discussie verstomd. Als gevolg van de ontwikkeling in de afgelopen decennia naar een samenleving waarin rechtspersonen een prominente rol vervullen in het sociaal-maatschappelijke leven, is de aansprakelijkheid van rechtspersonen in het strafrecht aanvaard als een inherent en logisch onderdeel in het kader van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.

17. Artikel 50a WvSr (oud) luidde: Bij wettelijk voorschrift kan wegens een overtreding, gepleegd door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereeniging van personen of een doelvermogen, straf worden bepaald tegen bestuurders, leden van het bestuur of commissarissen, alsmede tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten. Zie voor de beschrijving van de ontstane onduidelijkheid J. Wortel, a.w., p. 27-31, i.h.b. p. 30, waar hij stelt: 'Chaos, derhalve en een chaos die des te moeilijker te rechtvaardigen viel door de ontwikkeling van het functioneel daderschap, als het ging om de natuurlijke persoon als functionaris (ondernemer, bijvoorbeeld). De situatie was nu ontstaan, dat de natuurlijke persoon als eigenaar van een onderneming strafbaar kon zijn voor hetgeen in zijn onderneming voorviel in situaties, waarin een rechtspersoon als eigenaar van de onderneming buiten beschouwing had moeten blijven'.

18. Wet van 23 juni 1976, Stb. 377. Zie Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 14.

19. Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 15.

20. Zie onder andere het alternatieve voorstel van Hulsman in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1966, waar hij voorstelt enkel strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen te aanvaarden bij bijzondere strafbepaling. L.H.C. Hulsman, Dient het Wetboek van Strafrecht bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1966, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1966, p. 73-157.

Sinds 1976 is in artikel 51 Wetboek van Strafrecht een algemene regeling voor het gehele strafrecht opgenomen op grond waarvan zowel de rechtspersoon, als de opdrachtgever en de feitelijke leidinggever in beginsel aansprakelijk kunnen zijn voor elk strafbaar feit.²¹ Onder het in artikel 51 WvSr gehanteerde rechtspersonenbegrip vallen in de eerste plaats die rechtspersonen die door het burgerlijke recht als rechtspersoon worden erkend.²² Daarnaast heeft de wetgever besloten om in artikel 51 lid 3 WvSr een verruiming aan het strafrechtelijke rechtspersonenbegrip te geven waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen een ruimere werking kent.

Onder het strafrechtelijke rechtspersonenbegrip vallen ook publiekrechtelijke rechtspersonen. Immers, artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid bezitten. Artikel 2:1 lid 2 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, slechts rechtspersoonlijkheid bezitten, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt. De wetgever stelde ten tijde van het wetsvoorstel tot opnemning van artikel 51 in het Wetboek van Strafrecht dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen weliswaar niet principieel uitgesloten mocht worden, maar deze in het algemeen weinig opportuun zou zijn. 'Veelal zal langs administratieve weg correctie mogelijk zijn. Zo zal een met de wet strijdige besluit door de Kroon kunnen worden vernietigd. (...) Ook voorziet de wet in bepaalde gevallen in het ontnemen van bevoegdheden (...). Het is dan ook niet verwonderlijk, dat vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen zeer hoge uitzondering is gebleven'.²³ Echter, de praktijk na de invoering van artikel 51 WvSr bleek voor wat betreft de vervolging en strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen wel degelijk een andere.

2.3 Intermezzo: aansprakelijkheid en immunititeit

Belangrijk is vooraleerst vast te stellen dat strafrechtelijke aansprakelijkheid, in de typisch materieelrechtelijke context omschreven als 'daderschap', zowel voor privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtspersonen in beginsel op dezelfde wijze wordt vastgesteld. Echter, de wetgever heeft ten aanzien van de criteria ter vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in artikel 51 WvSr geen uitsluitel gegeven. Een vastgelegd criterium zou volgens de wetgever de rechter eerder belemmeren dan helpen bij het vormen van een oordeel over de aansprakelijk-

-
21. Artikel 51 Wetboek van Strafrecht luidt:
1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.
 2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
 - 1o. tegen die rechtspersoon, dan wel
 - 2o. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
 - 3o. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.
 3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.
22. Zie artt. 2:1-2:3 Burgerlijk Wetboek. Daarnaast kan via bijzondere wetgeving nadere invulling gelden van het begrip rechtspersoon, bijv. bij Europese economische samenwerkingsverbanden.
23. Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 20.

heid.²⁴ De invulling van de toepasselijke criteria werd derhalve aan de rechtspraak overgelaten. Het huidige standpunt in deze is dat een rechtspersoon in de zin van artikel 51 WvSr als dader van een strafbaar feit kan worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Daarbij spelen de concrete omstandigheden van het geval en onder andere de aard van de verboden gedraging een belangrijke rol van betekenis.²⁵ Een precieze maatstaf biedt deze uitspraak van de Hoge Raad niet, maar dat doet niet af aan de inhoudelijke juistheid van de maatstaf voor wat betreft de mate waarin hiermee in concrete zaken een rechtvaardig oordeel omtrent de geldende strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gegeven. Duidelijk is wel dat de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van het redelijke toerekeningscriterium een zelfstandige, autonome vaststelling mogelijk maakt, die los staat van de eventuele strafrechtelijk relevante betrokkenheid van individuele personen handelend in het kader van de rechtspersoon bij het betreffende strafbare feit.²⁶ Daarmee heeft de rechtspersoon binnen het strafrecht meer een eigen positie verkregen, welke samenhangt met de eigensoortige aard van de rechtspersoon als rechtssubject.

De vraag betreffende de strafrechtelijke aansprakelijkheid, de vraag naar daderschap, staat, ondanks de ontegenzeggelijke samenhang tussen beide, in beginsel formeel los van de vraag naar de eventuele immuniteit van strafvervolgving van publiekrechtelijke rechtspersonen. Die immuniteit is in het strafrecht een afweging omtrent de vervolgbaarheid van de overheid als gevolg van de bijzondere status van de overheid als rechtssubject. Van belang in het kader van deze bijdrage is vooral de vraag naar de grondslag en invulling van deze strafrechtelijke immuniteit van de overheid.

De bijzondere positie van de overheid in het kader van het strafrecht wordt door de wetgever bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 51 WvSr vertaald door te wijzen dat in geval van strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor strafbare feiten begaan binnen het kader van hun (bestuurs)taak het risico bestaat op vermenging van bestuurlijke en strafrechtelijke verantwoordelijkheden. Zoals reeds aangehaald, werd door de wetgever in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 51 WvSr gesteld dat het in de regel weinig opportuun zou zijn om een publiekrechtelijke rechtspersoon te vervolgen, omdat correctie in de administratieve sfeer meer voor de hand ligt. De Memorie van Toelichting stelt verder in deze dat gezien de grote verscheidenheid van publiekrechtelijke rechtspersonen het moeilijk is om algemene regels in de wet te geven, maar een onderscheid zou ter zake kunnen worden gemaakt of het betreffende strafbare feit is begaan in het kader van de uitvoering van de algemene of specifieke bestuurstaak of in het kader van een ondernemingsactiviteit. Strafbare feiten begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen in het kader van het besturen zouden in dat geval ter verantwoording moeten worden gebracht bij de instellingen en organen die daartoe in het staats- en administratief recht in het bijzonder zijn aangewezen. Deze beschikken immers over de middelen om herhaling van het ongewenste gedrag te voorkomen. In het geval van strafbare feiten begaan tijdens ondernemingsactiviteiten door de publiekrechtelijke rechtspersoon kan strafvervolgging vanuit gelijkheidsargumenten wel opportuun worden geacht.²⁷ Voor wat betreft de strafrechtelijke vervolgbaarheid van de Staat spelen ten aanzien van de immuniteit daarnaast ook andere argumenten.

24. Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 19.

25. HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (Zijpe of Drijfmarrest).

26. Zie hierover nader: J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, 4e druk, Deventer 2009, p. 165-171.

27. Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 20-21.

In het navolgende wordt nader ingegaan op de inhoudelijke invulling van deze immuniteit voor strafvervolgning van publiekrechtelijke rechtspersonen op grond van de strafrechtelijke jurisprudentie. Aan de argumenten en hun validiteit achter de immuniteit van de overheid zal in deze bijdrage in paragraaf 4 aandacht worden geschonken.

2.4 Jurisprudentiële ontwikkeling immuniteit

2.4.1 Immuniteit van decentrale overheden

De eerste strafzaak tegen een publiekrechtelijke rechtspersoon die de Hoge Raad haalde na de invoering van artikel 51 WvSr, was de bekende Tilburgse verkeersdrempelzaak. De gemeente Tilburg werd vervolgd voor het zonder verlov aanbrenge van verkeersdrempels. De Hoge Raad besliste echter dat de gemeente Tilburg niet strafrechtelijk was aan te spreken op grond van de omstandigheid dat de verweten gedragingen hadden plaatsgevonden in het kader van de uitoefening van een overheidstaak, te weten de zorg voor de veiligheid der publieke wegen, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie had moeten leiden.²⁸ Hiermee bevestigde de Hoge Raad vrij kort na inwerkingtreding van artikel 51 WvSr expliciet het standpunt inzake een mogelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen ingenomen door de wetgever in de Memorie van Toelichting bij het betreffende wetsvoorstel. Immuniteit van strafvervolgning kan bestaan in het geval het betreft de vervolging van een publiekrechtelijke rechtspersoon voor strafbare feiten begaan tijdens de uitoefening van een overheidstaak.²⁹

In de strafzaak tegen de Rijksuniversiteit Groningen werd door de Hoge Raad een beperking aan de eventuele immuniteit van strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen gesteld. De Rijksuniversiteit Groningen werd vervolgd, omdat een archeoloog in dienst van de universiteit een grafheuvel had afgegraven zonder vergunning op grond van de Monumentenwet. De Hoge Raad achtte de universiteit wel vervolgbaar, omdat deze niet was aan te merken als een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet.³⁰ Op grond van deze uitspraak werd door de Hoge Raad de bestaande mogelijke immuniteit in geval van strafvervolgning van publiekrechtelijke rechtspersonen beperkt tot die overheidsinstanties die door de grondwetgevers zijn vernoemd in hoofdstuk 7 van de Grondwet.

In 1996 worden enkele zaken door de Hoge Raad gewezen waarin beide bovengenoemde afwegingen betreffende de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen samengevoegd worden toegepast. In de zaak waarin strafrechtelijke vervolging werd ingesteld tegen het Waterschap West-Friesland wegens het branden van riet zonder vergunning werd door de Hoge Raad in cassatie uitgemaakt dat de be-

28. HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474 (Tilburgse verkeersdrempels).

29. Een vergelijkbare invulling werd aan de mogelijke immuniteit gegeven in: HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496 (Voorburgse reigersneden) en HR 9 juni 1992, NJ 1992, M&R 1993, 37 (Streekgewest Oostelijk Zuid-Limburg). In de eerst vermelde zaak werd de gemeente Voorburg vervolgd voor omdat zij bij het onderhoud van de bomen in een gemeentelijk park, een taak op grond van de Gemeentewet, reigersneden had verstoord, hetgeen in strijd was met artikel 8 Vogelwet. Ook in dit geval werd de gemeente niet vervolgbaar geacht op grond van het begaan van strafbare feiten in het kader van het verrichten van een bestuurstaak (de instandhouding der plantsoenen). In de tweede zaak ging het om het 'dunnen' van een houtopstand welke grotendeels was gebaseerd op een convenant tussen het Streeksgewest en het min. van Defensie, hetgeen niet werd gezien als handelen conform het taakcriterium.

30. HR 10 november 1987, NJ 1988, 303 (Rijksuniversiteit Groningen).

slissing van de rechtbank om het Waterschap niet-vervolgbaar te achten omdat deze de strafbaar geachte gedragingen had verricht in het kader van de uitvoering van een overheidstaak, in stand kon blijven. De Hoge Raad vermeldde er echter wel bij dat het in deze ging om waterschappen, zijnde openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet en dat de zorg voor de waterkering een aan het waterschap opgedragen bestuurstaak betrof.³¹

Op dezelfde dag werd uitspraak gedaan in de zaak waarin een gemeenteambtenaar was vervolgd voor feitelijk leidinggeven aan de strafbare rechtspersoon, zijnde de gemeente Boarnsterhim, welke werd verweten in strijd met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren vervuild baggerslib in het Pikmeer te hebben gestort. De Hoge Raad casseert het arrest van het Hof Leeuwarden, waarin de gemeente weliswaar niet vervolgbaar wordt geacht, maar de ambtenaar wel als feitelijk leidinggever wordt veroordeeld. Immers, de vervolgbaarheid van de in art. 51 lid 2 Sr genoemde rechtspersoon en van degenen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die aan de verboden gedraging feitelijke leiding hebben gegeven, zijn zo nauw met elkaar verbonden, dat dit meebrengt dat degene die feitelijke leiding heeft gegeven niet kan worden vervolgd als de rechtspersoon ook niet kan worden vervolgd. De Hoge Raad stelt daarbij dat het Hof kennelijk tot de vaststelling is gekomen dat de gemeente in casu niet vervolgbaar was, omdat deze het vervuilde slib in het Pikmeer had gestort in de hoedanigheid van openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet terwijl dat gebeurde tijdens de behartiging van een in de wet opgedragen bestuurstaak.³²

Beide uitspraken maken duidelijk dat voor wat betreft de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen voor strafvervolging de afweging volgens de Hoge Raad is, of: 1) het betreft handelen van een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet (het subjectcriterium), en 2) of daarbij door de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon is gehandeld ter behartiging van een in de wet opgedragen bestuurs-taak (het taakcriterium). Het gaat derhalve om een beperking van de mogelijkheden tot strafvervolging voor decentrale overheden op grond van een formele overweging de positie van de overheid in het kader van het strafrecht als een bijzondere wordt gezien. Als achterliggende opvatting bij deze beperking mag worden verondersteld dat beoordeling van de handelwijze van het overheidsorgaan dient plaats te vinden via andere verantwoordingssystemen en niet via strafrechtelijke handhaving, hetgeen overeenkomt met het door de wetgever in deze ingenomen standpunt.

Echter, de genoemde zaak inzake de storting van vervuild slib in het Pikmeer werd na terugverwijzing niet afgedaan op een wijze waarmee de verdediging kon instemmen, waardoor de zaak wederom bij de Hoge Raad belandde om te worden beoordeeld. Daarbij speelt tevens mee dat het Hof Leeuwarden in zijn arrest de gemeente nu wel strafrechtelijke vervolgbaar achtte. Na felle maatschappelijke en politieke kritiek op de eerdere uitspraak, gezien de ruime immuniteit die voor publiekrechtelijke rechtspersonen werd gecreëerd – mede in aanmerking genomen de samenhangende immuniteit van de mogelijke feitelijke leidinggever – nuanceert de Hoge Raad in de tweede beoordeling van deze zaak zijn eerder ingenomen standpunt.³³

In een uitvoerige beschouwing over de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen worden door de Hoge Raad allerlei omstandigheden aangevoerd die het verandering ten aanzien van het eerder ingenomen standpunt onderbouwen. In de eerste plaats wordt gesteld dat zowel de overheid als iedere burger zich aan de wet dienen te houden, maar dat ruimte aan de rechter is gelaten om nadere vereisten te stellen waar-

31. HR 23 april 1996, NJ 1996, 512 (Waterschap West-Friesland).

32. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 (Pikmeer I).

33. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II).

aan moet zijn voldaan, wil een publiekrechtelijke rechtspersoon met toepassing van art. 51 Sr kunnen worden vervolgd. De in de jurisprudentie ingenomen standpunten ter beoordeling van die vervolgbaarheid roepen vragen op maar bieden de rechter echter te weinig ruimte voor een beoordeling van de vraag of en in hoeverre de uitvoering van de overheidstaak nog gerechtvaardigd was in het licht van een afweging van de betrokken belangen en met inachtneming van beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarnaast is de algemene visie over de vervolgbaarheid van decentrale overheden blijkens de in de Tweede Kamer gevoerde discussie, de strafrechtelijke doctrine en de publicaties in de media veranderd in de richting dat lagere overheden in ruimere mate moeten kunnen worden vervolgd. Tevens geldt dat steeds vaker overheidstaken worden geprivatiseerd of voorwerp worden van publiek-private samenwerking.

Als gevolg daarvan preciseert de Hoge Raad zijn voorheen ingenomen standpunt op het gebied van de immuniteit voor strafvervolgning van publiekrechtelijke rechtspersonen en stelt dienaangaande: `Enerzijds dient de immuniteit van een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet slechts dan te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem 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. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in artikel 51, tweede lid onder 2e Sr bedoelde personen.³⁴

De door de Hoge Raad in de Pikmeer II-uitspraak aangebrachte precisering vertaalt zich met name in een beperking van het eerder verwoorde taakcriterium. Kijkend naar de feitelijkheden in de oude jurisprudentie lijkt het er op dat deze gevallen niet meer tot niet-vervolgning van de decentrale overheid zouden leiden.³⁵ Door onder meer de voortgaande privatisering en publiek-private samenwerking zijn er nauwelijks nog taken die niet door derden (privaatrechtelijke rechtspersonen) uitvoerbaar zijn. Inhoudelijk wordt in de precisering de nadruk gelegd op gelijkheid. Immuniteit kan slechts gelden als `uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen'. Na deze uitspraak is dus de stellingname ten aanzien van de immuniteit van strafvervolgning van decentrale overheden dat, waar derden op gelijke voet aan het maatschappelijk verkeer deelnemen op grond van het gelijkheidsbeginsel decentrale overheden bij regelschending vervolgbaar zijn zoals natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen dat zijn in die omstandigheden. Waar derden geen inbreng hebben, oefenen decentrale overheden een dusdanige exclusieve bestuurstaak uit dat in geval van regelschending immuniteit voor strafvervolgning is aangewezen.

Opmerkelijk in het kader van de afweging van de immuniteit van strafvervolgning van de overheid in de Pikmeer II-uitspraak zijn de opmerkingen van de Hoge Raad inzake de verhouding tussen strafvervolgning en het stelsel van politieke verantwoordelijkheid

34. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II), r.o. 5.7.

35. J. de Hullu, a.w., p. 122. Dit blijkt ook uit een latere strafzaak tegen de gemeente Zederik, die werd vervolgd voor het lozen van afvalwater in het oppervlaktewater ondanks dat de gemeente op grond van de Wet Milieubeheer daarvoor verantwoordelijk zou zijn. In zijn uitspraak stelt de Hoge Raad dat ondanks de op de wet bestaande zorgplicht van de gemeente dit nog niet betekent dat anderen dan bestuursfunctionarissen deze handelingen niet zouden kunnen verrichten. HR 18 september 2007, NJ 2007, 512. Vgl. tevens Rb Utrecht 9 juli 2003, NJ 2003, 669, inzake de vervolgbaarheid van de gemeente Utrecht voor een verdronken brandweerman bij een oefening.

van ambtsdragers en bestuurlijk toezicht.³⁶ De Hoge Raad stelt nadrukkelijk dat het vervolgen van decentrale overheden op zichzelf niet strijdig is met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Werd voorheen, conform de wetgever heeft aangegeven bij het wetsvoorstel voor de invoering van artikel 51 WvSr, bij de afweging ten aanzien van de immuniteit van overheden uitgegaan van een achterliggende opvatting dat beoordeling van het overheidsorgaan in geval van bestuurlijk handelen in principe moest plaatsvinden via andere formele controlemechanismen dan het strafrecht. Nu lijkt toch op dit punt een (licht) andere benadering naar voren te komen.

Ten slotte stelt de Hoge Raad nog dat het Openbaar Ministerie in deze de bevoegdheid heeft van strafvervolgning af te zien indien vervolging strijdig zou zijn met het algemeen belang. De minister kan daarbij aanwijzingen voor het vervolgingsbeleid geven. Een reden van algemeen belang om te seponeren kan volgens de Hoge Raad zijn dat ingrijpen van de strafrechter ontijdig is of de goede gang van een bestuurlijk proces verstoort.

2.4.2 Immuniteit van de Staat

De Staat valt onder het rechtspersonenbegrip van artikel 51 WvSr en is dus in beginsel strafrechtelijk aan te spreken. In 1993 werd de Staat vervolgd en veroordeeld op grond van schending van artikel 14 Wet Bodembescherming. De bodem van het militair vliegveld Volkel was vervuild geraakt met kerosine. Echter, in de cassatieprocedure heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de Staat per definitie strafrechtelijke immuniteit geniet en dus niet vervolgbaar is. De Hoge Raad stelde in casu: 'Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken. Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdriven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op voet van de art. 483 en volgende Sv. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Het vorenoverwogene brengt mee dat de Rechtbank de Officier van Justitie niet-ontvankelijk had behoren te verklaren in zijn vervolging'.³⁷ Sindsdien is de Hoge Raad niet op zijn schreden voor wat betreft de strafrechtelijke immuniteit van de Staat teruggekomen.

Opmerkelijk is dat in het geval van de vervolging van de Staat de strafrechtelijke immuniteit volgens de Hoge Raad ook gebaseerd is op systematische argumenten die vermenging van bestuurlijke en strafrechtelijke verantwoordelijkheden tracht te vermijden. Echter, in het voorgaande werd melding gemaakt dat het standpunt in deze op grond van de Pikmeer II-uitspraak een (lichte) verandering lijkt te hebben ondergaan. Het vervolgen van decentrale overheden is volgens de Hoge Raad in die uitspraak zoals gezegd, op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Wellicht dat deze invulling, zoals gegeven in de Pikmeer II-uitspraak, alleen moet worden uitgelegd in het kader van de vervolging van decentrale overheden en niet in verband moet worden gebracht met een eventuele vervolging van de Staat. Indien anders, lijkt de motivering van de Hoge Raad voor de immuniteit

36. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II), r.o. 5.10.

37. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

voor strafvervolgning van de Staat niet meer te stroken met het hiervoor weergegeven standpunt.

2.5 Verdere parlementaire ontwikkelingen

Naar aanleiding van de in de jurisprudentie behandelde kwestie van de immuniteit van de overheid voor strafrechtelijke vervolging zijn verschillende vragen onbeantwoord gebleven. Zo is de meest prangende vraag natuurlijk: dienen de op grond van de jurisprudentie bestaande immuniteiten te blijven bestaan? Meer inhoudelijk; is het verantwoord en te verdedigen dat de overheid in bepaalde gevallen strafrechtelijk immuun moet worden geacht voor strafvervolgning? Deze vragen vormden de inzet van de kritiek die in de literatuur en de politiek werd geuit naar aanleiding van de jurisprudentie over de strafrechtelijke immuniteit van de overheid.

Op de vragen die op dit punt leefden werd door de toenmalige regering gereageerd door in 1997 een nota te laten verschijnen inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen.³⁸ In deze nota wordt als uitgangspunt aangegeven dat in een democratische rechtsstaat het primaat van de verantwoording voor handelen van een overheidsorgaan ligt bij een goede politieke en bestuurlijke controle. Strafrechtelijke vervolging werkt daarnaast enkel aanvullend indien de andere controle mechanismen niet goed functioneren. De vervolging dient plaats te vinden als het overheidshandelen redelijkerwijs niet meer tot uitvoering van de overheidstaak kan worden gerekend. Daarbij dient het Openbaar Ministerie een kritische maar enigszins terughoudende rol te spelen in de vervolging van de overheid. Bij 'evident onrecht' dient er echter vervolgd te kunnen c.q. moeten worden. Voor wat betreft de te nemen maatregelen stelt de regering dat door middel van gericht vervolgingsbeleid zal worden bevorderd dat de grenzen van de aansprakelijkheid van overheidsorganen zich in de rechtspraak kunnen uitkristalliseren.³⁹ Echter, een wetswijziging op het punt van de aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid achtte de regering niet nodig.

In reactie op de nota werd vanuit de Tweede Kamer toch aangedrongen op wetswijziging, in het bijzonder werd aangedrongen op het mogelijk maken dat de Staat strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden.⁴⁰ De regering achtte een wetswijziging in dezen echter niet wenselijk, omdat zij de aansprakelijkheid van de Staat als zodanig onwenselijk achtte.⁴¹ Wel liet zij in deze kwestie advies uitbrengen door de Raad van State. De Raad van State adviseerde geen wijziging aan te brengen in de bestaande situatie van het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, maar, integendeel, strafrechtelijke immuniteit door te voeren voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen. De bestaande bezwaren tegen de immuniteit van de overheid zouden moeten worden opgelost door middel van vervolging van ambtenaren op grond van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴²

In reactie op het advies van de Raad van State stelde de regering dat zij het advies inzake de handhaving van de bestaande immuniteit van de Staat overnam, maar dat het

38. Kamerstukken II 1996-1997, 25 294, nr. 2.

39. Dit vond later zijn uitwerking in een richtlijn en later in een aanwijzing van het College van Procureurs-generaal inzake de opsporing en vervolging van overheden. Richtlijn van 28 mei 1997, Stcrt. 1997, 135 Richtlijn opsporings- en vervolgingsbeleid overheden, later na aanpassing aan het Pikmeer II-arrest gevolgd door de Aanwijzing opsporing en vervolging van overheden, Stcrt. 1998, 82 (verlengd tot 30 juni 2010 bij Stcrt. 22 mei 2008, nr. 96).

40. Kamerstukken II 1996-1997, 25 294, nr. 3, 4 en 7.

41. Kamerstukken II 1996-1997, 25 294, nr. 6 en Kamerstukken II 1997-1998, 25 294, nr. 9.

42. Kamerstukken II 1999-2000, 25 294, A.

standpunt van de Raad ten aanzien van een uitbreiding van de immuniteit van decentrale overheden op grond van de rechtsgelijkheid niet zou volgen. De regering gaat uit van de bestaande beperkte strafrechtelijke immuniteit voor de decentrale overheid, zoals uitgemaakt in het Pikmeer II-arrest, maar stelt dat een verdere uitbreiding daarvan inclusief een grotere nadruk op individuele aansprakelijkheid voorbij gaat aan de maatschappelijke werkelijkheid en realiteit dat er gedragingen zijn die eerst en vooral worden beschouwd als door de rechtspersoon verricht.⁴³ Wel kunnen bestuurlijke disciplinaire maatregelen tegen ambtenaren een alternatief bieden voor de bezwaren tegen de immuniteit van de Staat. De reactie van de regering op het advies van de Raad van State sluit volledig aan bij de in de eerder in de genoemde nota ingenomen stellingname waar het belang van een goede politieke en bestuurlijke controle op overheidshandelen werd benadrukt.

Desondanks werd vanuit de Tweede Kamer aangedrongen op opheffing van de bestaande immuniteit van de Staat. De regering verzette zich daartegen waarna werd besloten tot de instelling van de Commissie-Roelvink die als opdracht meekreeg om de zienswijze van het kabinet met betrekking tot de strafrechtelijke immuniteit van de Staat te becommentariëren.⁴⁴

De Commissie-Roelvink komt op basis van een praktische afweging van voor- en nadelen tot een antwoord op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat moet worden ingevoerd. Daarbij spelen eisen van legitimiteit en effectiviteit een belangrijke rol.⁴⁵ De afwegingen leiden de commissie tot de conclusie dat onderdelen van de Staat weldegelijk vervolgbaar dienen te zijn. Het strafrecht kan een nuttige aanvullende rol vervullen naast politieke en bestuurlijke controle op het handelen van onderdelen van de Staat en zodoende bijdragen aan de aanvaarding van het overheidsgezag. Meer concreet stelt de commissie voor de Staat als rechtspersoon strafrechtelijk immuun te achten, maar onderdelen van de Staat, welke zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen maar die geen rechtspersoonlijkheid hebben, voor het strafrecht gelijk te stellen met rechtspersonen en vervolgbaar te achten. Echter, de vervolgbaarheid dient voor deze zelfstandige onderdelen – en volgens de commissie ook voor andere publiekrechtelijke rechtspersonen – beperkt te worden tot ordeningsdelicten. Voor commune delicten zou strafrechtelijke immuniteit moeten bestaan. Daarnaast zou een zekere ont koppeling in de vervolgbaarheid moeten bestaan tussen de publiekrechtelijke rechtspersoon en de individuele overheidsfunctionaris als opdrachtgever of feitelijke leidinggever in geval van immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon.

De regering reageerde op het rapport van de Commissie-Roelvink op de meeste punten instemmend. Het rapport, zo stelt de regering, weegt zwaar voor het kabinet.⁴⁶ Wel stelde regering dat dan enkele punten nader uitwerking behoeven. Zo dient nader onderzoek te worden verricht naar welke onderdelen van de Staat in aanmerking komen om als zelfstandige onderdelen te worden aangemerkt en welke wetgeving als ordeningswetgeving dient te worden aangemerkt, waar in geval van schending van de regels strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de Staat in de rede zou liggen.

43. Kamerstukken II 1999-2000, 25 294, nr. 10, p. 1-3.

44. Kamerstukken II 2000-2001, 25 294, nr. 14.

45. Commissie-Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat*, Den Haag februari 2002.

46. Kamerstukken II 2000-2001, 25 294, nr. 15, p. 2.

Het advies van de Commissie-Roelvink heeft de grondslag gevormd voor een conceptwetsvoorstel van de minister van Justitie dat in oktober 2005 verscheen.⁴⁷ Het conceptwetsvoorstel brengt geen verandering in de bestaande situatie van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en publiekrechtelijke rechtspersonen, maar heft de immuniteit op van ambtenaren die opdracht of leiding hebben gegeven aan strafbare feiten begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen. Het conceptwetsvoorstel behelst in die zin een toevoeging van een extra artikelonderdeel aan artikel 51 WvSr, waarin die individuele aansprakelijkheid wordt vormgegeven. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de Staat en de decentrale overheid. In beide gevallen is volgens het conceptwetsvoorstel vervolging van de individuele ambtenaar mogelijk.

In de Tweede Kamer bleef de wens bestaan om de bestaande strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen op te heffen. In 2006 is op initiatief van enkele Kamerleden een wetsvoorstel ingediend dat ziet op de volledige opheffing van de bestaande immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen.⁴⁸ Het voorstel stoelt op de gedachte dat een overheid die burgers aanspreekt op hun verantwoordelijkheden, dat alleen kan doen als zij zelf ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor haar handelen of het nalaten daarvan. Zowel de legitimiteit van overheidshandelen als het gelijkheidsbeginsel vormen derhalve belangrijke oriëntatiepunten. Dat kan betekenen dat naast politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid, ook sprake moet kunnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de overheid. Het voorstel wil met de invoering van een nieuw artikel 51 lid 3 WvSr vastleggen dat publiekrechtelijke personen op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar zijn. Daarbij geldt die vervolgbaarheid voor alle strafbare feiten (commune en orderingsdelicten). In samenhang met deze ruime aansprakelijkheid wordt een extra rechtvaardigingsgrond geformuleerd, welke als aanvulling moet dienen van artikel 42 WvSr. In deze rechtvaardigingsgrond wordt expliciet rekening gehouden met de bijzondere positie van de overheid. De vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen dient volgens het wetsvoorstel te worden toebedeeld aan de officier van Justitie van het Functioneel parket. Met deze toedeling wordt volgens de indieners een mogelijke verstrengeling van belangen bij vervolging van de Staat vermeden. Het voordeel van zowel het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit als de invoering van een speciale rechtvaardigingsgrond is volgens de indieners van het wetsvoorstel dat daarmee zichtbaarheid en de legitimiteit van het rechterlijk oordeel op de voorgrond komt te staan. De strafrechter zal bij vervolging van de publiekrechtelijke rechtspersonen en/of de leidinggevende ambtenaren een inhoudelijk oordeel vellen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zonder dat op voorhand en buiten het zicht van de publieke controle een afweging plaatsvindt omtrent de immuniteit. Dit komt de legitimiteit van het overheidshandelen ten goede.

De huidige stand van zaken betreffende de beide voorstellen is dat van het conceptwetsvoorstel vooralsnog geen nieuws meer is vernomen, maar het initiatiefwetsvoorstel 30 538 ligt momenteel nog bij de Tweede Kamer. Inmiddels heeft de vaste Kamercommissie van Justitie kenbaar gemaakt positief te staan tegenover de ideeën van de initiatiefnemers. Toch blijven er vragen of het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit zal leiden tot een onwenselijke doorkruising van de politieke en bestuurlijke

47. Conceptwetsvoorstel tot Wijziging van het WvSr strekkende tot het strafrechtelijk vervolgbaar maken van het opdracht geven tot en het feitelijke leiding geven aan verboden gedragingen van overheidsorganen, s.l.

48. Kamerstukken II 2005-2006, 30 538, nr. 1-3. Zie hierover dit wetsvoorstel en het hiervoor genoemde conceptwetsvoorstel E. Sikkema, Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid, NJB 2006, p. 1994-2001.

controlemechanismen, met name met het oog op het functioneren van het Openbaar Ministerie als vervolgende instantie in geval van vervolging van de Staat.⁴⁹

3. Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

3.1 Inleiding

De overheid geniet, zo is duidelijk geworden in het voorgaande, voor een deel strafrechtelijke immuniteit. Voor de Staat is deze op grond van het Volkel-arrest⁵⁰ volledig, zodat strafrechtelijke vervolging en veroordeling van de Staat derhalve niet mogelijk is.⁵¹ Voor decentrale overheden is de immuniteit op grond van het Pikmeer II-arrest beperkt, in die zin dat deze geldt als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens 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 (vaak, maar niet geheel juist⁵², aangeduid als het criterium van de exclusieve bestuurstaak).

Zoals in de inleiding van dit preadvies al is opgemerkt, vindt ‘bestrafning’ heden ten dage niet alleen plaats door middel van het strafrecht. Het bestuursrecht kent ook bestraffende sancties. In termen van artikel 5:2 lid 1 sub c Awb zijn dit bestuurlijke sancties voor zover deze beogen de overtreder leed toe te voegen. Als gezegd is de bestraffende bestuurlijke sanctie bij uitstek – en ook de sanctie die in dit deel van het preadvies centraal staat – de oplegging van bestuurlijke boetes. Deze sanctie kent inmiddels een eigen regeling in de Awb. In het vervolg van het preadvies zal daarom bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden gelijkgesteld aan bestuurlijke beboetbaarheid van de overheid.

De bestuurlijke boete vertoont ondanks ook aanwezige verschillen belangrijke overeenkomsten met het strafrecht.⁵³ Centrale vraag in deze paragraaf is in hoeverre, gelet op de Awb-regeling alsmede de rechtspraak, een zelfde soort immuniteit voor de overheid bestaat voor de oplegging van bestuurlijke boetes. Immers, niet alleen aan burgers, ook aan de overheid kunnen bestuurlijke boetes worden opgelegd. Zo legt de Arbeidsinspectie in het kader van de handhaving van de arbeidsomstandighedenwetgeving aan zowel centrale als decentrale overheden soms bestuurlijke boetes op in hun hoedanigheid van werkgever.⁵⁴ In de praktijk werden de laatstgenoemde boetes

49. Kamerstukken II 2007-2008, 30 538, nr. 9 en Kamerstukken II 2008-2009, 30 538, nr. 11.

50. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m.nt. Corstens.

51. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat van aansprakelijkheid van de Staat natuurlijk slechts sprake is als het strafbare handelen van een onderdeel van de overheid, bijv. een ambtenaar, de Staat kan worden toegerekend. Er dient met andere woorden van daderschap van de rechtspersoon Staat sprake te zijn. In het geval dat niet zo is, kan een ambtenaar overigens wel persoonlijk aansprakelijk zijn. Vgl. de Nota Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen, Kamerstukken II 1996-1997, 25 294, nr. 2, p. 8.

52. De exclusiviteit ziet immers op de gedragingen en niet op de taak als zodanig. Zie ook nader par. 3.3.5.

53. Zie nader par. 4.

54. Zie bijvoorbeeld voor decentrale overheden ABRS 17 april 2002, JB 2002, 164, waarin het ging om een door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan een gemeente opgelegde bestuurlijke boete wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met een arbeidsongeval in het gemeentehuis.

vaak ook zelfs zonder morren betaald.⁵⁵ Uit de in paragraaf 3.3. te bespreken rechtspraak volgen nog andere voorbeelden en wordt ook duidelijk dat inmiddels van een zonder morren betalende overheid zeker niet altijd sprake is. In ieder geval voert de overheid soms procedures waarin zij een beroep doet op immuniteit voor de oplegging van bestuurlijke boetes. Wel leek of lijkt immuniteit voor de overheid als het gaat om de oplegging van deze sanctie in de praktijk in mindere mate als een probleem te worden gezien dan als het gaat om strafrechtelijke immuniteit.⁵⁶

3.2 Grenzen aan de bestuurlijke beboetbaarheid van de overheid: ontwikkelingen in de wetgeving

Met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht kent de Awb een regeling van de bestuurlijke boete. Daarbij zij opgemerkt dat deze regeling geen betrekking heeft op de bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. Deze bevoegdheid moet door de wetgever in bijzondere wetgeving worden gecreëerd.⁵⁷ Daarnaast bevat de Awb na deze inwerkingtreding enkele algemene bepalingen over handhaving die mede van belang zijn voor de oplegging van bestuurlijke boetes. Voor de vraag inzake bestuurlijke beboetbaarheid van de overheid is artikel 5.1 Awb van belang.

Artikel 5:1 luidt:

1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Met name het derde lid van dit artikel kent een wat merkwaardige historie, die relevant is voor het onderhavige onderwerp. In het voorontwerp van de Vierde tranche Awb uit 1999 luidde het als onderdeel van het toenmalige art. 5.0.1:

‘Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, wordt onder overtreder mede verstaan: degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.’

In de toelichting werd hieromtrent het volgende overwogen⁵⁸:

‘Of een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een rechtspersoon, wordt [...] in de eerste plaats bepaald door de inhoud van het overtreden voor-

55. Aldus de Commissie-Roelvink, a.w., p. 13; Kamerstukken II 2001-2002, 25 294, nr. 15.

56. Vgl. ook C.L.G.F.H. Albers, De bestuurlijke boete in de gemeentelijke praktijk; straffen en gestraft worden, Gst. 2002, nr. 7176, p. 641.

57. Wel bevat de Awb-regeling bepalingen die indirect de bevoegdheid raken om bestuurlijke boetes op te leggen, zoals bijv. die betreffende ne bis in idem en vervaltermijnen.

58. Toelichting voorontwerp, p. 86

schrift. Sommige voorschriften richten zich zowel tot natuurlijke personen als tot rechtspersonen, andere uitsluitend tot rechtspersonen, terwijl weer andere – bijvoorbeeld sommige voorschriften in de sociale zekerheid – naar hun aard slechts door natuurlijke personen kunnen worden overtreden. Maar als de gedraging door een rechtspersoon kan worden gepleegd – er is dan uiteraard altijd sprake van functioneel ouderschap – waarborgt artikel 5.0.1, tweede lid, dat de bestuurlijke sanctie ook aan die rechtspersoon kan worden opgelegd. Dit volgt uit het, in navolging van artikel 1:2, eerste lid, gebruikte woord “de-gene”. Daardoor is ook verzekerd dat bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd aan de in artikel 51 Sr. afzonderlijk genoemde entiteiten die geen rechtspersoon in civielrechtelijke zin zijn, zoals onder meer de maatschap en de vennootschap onder firma. Een en ander is voor het bestuursrecht vanzelfsprekend van groot belang: veel bestuursrechtelijke voorschriften richten zich tot ondernemingen of instellingen, en dan behoort de rechtsvorm van de onderneming of instelling niet van invloed te zijn op de mogelijkheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen. Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, kan de bestuurlijke sanctie daarnaast of in plaats daarvan ook worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Zulks wordt, naar analogie van artikel 51 WvSr, in de bestuursrechtelijke jurisprudentie reeds aanvaard (Vz. Afd. rechtspraak RvS 24 februari 1984, AB 1984, 480 (Booy Clean); ABRS 22 maart 1995, AB 1995, 538); het ligt in de rede deze jurisprudentie thans te codificeren.’

Voor wat betreft de al dan niet bestaande bestuursrechtelijke immuniteit werd in de toelichting dan nog uitdrukkelijk overwogen⁵⁹:

‘Wat betreft de mogelijkheid om punitieve bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal aansluiting moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie. Dit betekent sedert HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II), dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctie-oplegging in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak.’

Over de mogelijkheid van de oplegging van bestuurlijke boetes aan de centrale overheid werd verder gezweven, maar aansluiting met strafrechtelijke jurisprudentie zou gelet op het Volkel-arrest betekenen dat voor een dergelijke sanctionering immuniteit zou gelden.

Het voorgestelde lid 3 hield dogmatisch een breuk in met het bepaalde in artikel 51 WvSr. In die bepaling wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen het ouderschap van de rechtspersoon en de aansprakelijkheid voor deze handeling van een opdrachtgever of feitelijk leidinggever.⁶⁰ Hiermee werd ‘het ouderschap van de feitelijk leidinggever’ geïntroduceerd.

59. Toelichting voorontwerp, p. 86-87.

60. Zie B. van der Vorm, De opheffing van strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in relatie tot het fenomeen ‘bestuursrechtelijke’ immuniteit, DD 2008, afl. 6/42, p. 578 e.v. en G. Knigge, De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, RM Themis 2000, p. 83 e.v.

In het uiteindelijke wetsvoorstel voor de Vierde tranche Awb van 2004⁶¹ ging het derde lid van artikel 5.0.1 Awb nog slechts als volgt luiden:

‘Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.’

De in de memorie van toelichting gegeven toelichting kwam sterk overeen met die in het voorontwerp. Daaraan werd met name nog toegevoegd een opmerking over de Commissie-Roelvink⁶²:

‘In 2002 heeft de Commissie-Roelvink op verzoek van het kabinet een rapport uitgebracht over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat (Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen, Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15). Hierin pleit de Commissie voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de Staat en van publiekrechtelijke rechtspersonen op decentraal niveau, ook als er sprake is van de uitoefening van een exclusieve overheidstaak. Bij zelfstandige onderdelen van de Staat denkt de Commissie in het bijzonder aan diensten, instellingen en andere organisatorische eenheden van de Staat die met voldoende mate van zelfstandigheid aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen. De Staat als zodanig blijft uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van onderdelen van de Staat zou volgens de Commissie in het bijzonder kunnen spelen op het terrein van ordeningswetgeving, zoals regelgeving met betrekking tot milieu en arbeidsomstandigheden. Op het terrein van de ordeningswetgeving worden thans al op ruime schaal bestuurlijke boetes toegepast. Een definitief oordeel over de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal worden uitgesproken in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie-Roelvink.’

Dit kabinetsstandpunt is er niet expliciet gekomen. Als eerder opgemerkt vormden de bevindingen van Roelvink wel mede de achtergrond voor het regeringsvoorstel van oktober 2005, waarin de immuniteit van de overheid – lees ambtenaren - in beperkte mate werd teruggebracht.⁶³ Wel is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel vierde tranche Awb het derde lid regelmatig bediscussieerd. Uiteindelijk gaf de minister van Justitie aan dat de koppeling in het derde lid met artikel 51 WvSr voor onduidelijkheid zorgt⁶⁴:

‘Ik wil de volgende gedachte aan de Kamer voorleggen. Misschien was het niet zo’n goed idee, althans was het niet echt nodig om in artikel 5.0.1 van het onderhavige wetsvoorstel aansluiting te zoeken bij artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht. Dat heeft namelijk de discussie opgeroepen over de vraag of in het bestuursrecht het helemaal precies gelijk is aan wat er in het strafrecht speelt. In artikel 5.0.1, derde lid, staat: artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing. In artikel 51, eerste lid, staat: strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

61. Kamerstukken II 2003-2004, 29 702.

62. Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 82.

63. Zie par. 2.5.

64. Handelingen Kamerstukken II 2006-2007, nr. 86, p. 4715-4716.

Rechtspersonen zijn ook overheidsrechtspersonen. Dat geldt zo in de strafrechtelijke context en in de bestuursrechtelijke context. De jurisprudentie houdt zich bezig met de vraag of er bepaalde beperkingen zijn aan te brengen aan de vervolgbaarheid in strafrechtelijke context respectievelijk aan de toepasbaarheid van bestuursrechtelijke sancties. Nogmaals, dat is iets voor de jurisprudentie. Als wij dat realiseren, zou het wellicht denkbaar zijn om bij nota van wijziging artikel 5.0.1, derde lid, te vervangen door de simpele tekst: overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Ik wil dat graag in overweging nemen. Dat heeft als betekenis dat de koppeling naar het Wetboek van Strafrecht eruit wordt gehaald, met de connotaties die dit blijkbaar oproept. Tevens worden er geen belemmeringen opgeworpen voor de bestuursrechtelijke jurisprudentie om op een verstandige en praktische manier, zoals men dat moet verwachten van de bestuursrechter, te beoordelen of er beletselen zijn in de toepassing van bestuursrechtelijke sancties. Het voordeel is bovendien dat een nadere ontwikkeling van de strafrechtelijke jurisprudentie na een eventuele wetwijziging kan doorwerken in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Ik ben dus bereid om een nota van wijziging in te dienen met de betekenis die ik zojuist heb geschetst.’

Begin juli 2007 werd de bovengenoemde nota van wijziging ingediend⁶⁵ en kwam het derde lid van artikel 5.0.1. Awb derhalve te luiden:

‘Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.’

De verwijzing naar artikel 51 lid 2 en lid 3 WvSr verviel. In de toelichting bij deze nota van wijziging werd opgemerkt:

‘Rechtspersonen’ omvat ook publiekrechtelijke rechtspersonen. Indien in een concreet geval een handeling ter uitvoering van een overheidstaak onder de omschrijving van een bestuurlijk beboetbaar feit valt, rijst in de eerste plaats de vraag hoe de wettelijke voorschriften die deze taak aan de overheid opdragen, zich verhouden tot de wettelijke voorschriften die het beboetbare feit omschrijven. Dat is een vraag van wetsuitleg, die aan de hand van de gewone interpretatie- en voorrangregels moet worden beantwoord. Indien de uitkomst is, dat het boetevoorschrift inderdaad van toepassing is, komt vervolgens de vraag aan de orde of de aard van de overheidstaak aan toepassing van de sanctiebepaling in de weg staat. Als dat niet geval is, is het feit beboetbaar.’

Daarmee wierp art. 5.0.1 Awb geen belemmeringen op voor de oplegging van bestuurlijke boetes aan overheden, in die zin dat een dergelijke boete kan worden opgelegd, wanneer a) het boetevoorschrift van toepassing is en b) de aard van de overheidstaak de toepassing van de sanctiebepaling niet in de weg staat. Het is dan aan de bestuursrechter om in concreto te beslissen of een overheidslichaam immuniteit toekomt.⁶⁶

Vervolgens was hiermee het verhaal evenwel nog niet af. Bij de behandeling van het voorstel van de wet tot aanpassing van bijzondere wetten aan de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet Vierde tranche Awb) wierp de Pv-

65. Kamerstukken II 2006-2007, 29 702, nr. 13.

66. Vgl. Van der Vorm, a.w., p. 598

dA-fractie de vraag op ‘of zij het goed zag dat met de derde nota van wijziging van het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (29 702, nr. 13), onbedoeld, een groep rechtspersonen uit de wetstekst is gelaten, namelijk de rechtspersonen zoals omschreven in de leden 2 en 3 van artikel 51 Wetboek van Strafrecht. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, zouden zij willen weten of de minister voornemens is deze omissies in de nu voorliggende aanpassingswet te herstellen’.⁶⁷ De minister antwoordde daarop:

‘Artikel 5.0.1, derde lid, is bij de derde nota van wijziging (Kamerstukken II 2006/07, 29 702, nr. 13) gewijzigd. Daardoor is het artikel onbedoeld op twee punten onduidelijk. Ten eerste moeten bestuurlijke sancties, net als strafrechtelijke sancties, ook kunnen worden opgelegd aan entiteiten die zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, maar noch een natuurlijk persoon, noch een rechtspersoon zijn, zoals een maatschap of een vennootschap onder firma. In de tweede plaats dienen indien een rechtspersoon een overtreding pleegt, bestuurlijke sancties, net als strafrechtelijke sancties, ook te kunnen worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven, dan wel daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Bij nota van wijziging van onderhavig wetsvoorstel zal aan artikel 5.0.1, derde lid, een volzin worden toegevoegd, luidende: Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wet boek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing. Deze aanvulling stelt buiten twijfel dat op de bovengenoemde punten voor het bestuurlijk sanctierecht dezelfde regels gelden als in het strafrecht.’⁶⁸

Uiteindelijk is deze laatste zinsnede dan aan art. 5.1 Awb toegevoegd bij Wet van 25 juni 2009 tot aanpassing van bijzondere wetten aan de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet Vierde tranche Awb).⁶⁹

Concluderend kan worden gesteld dat art. 5.0.1 Awb, gelet op de toelichting van de wetgever, niet voorziet in een opheffing of beperking van de boeterechtelijke immuniteit van de overheid. Wel geeft het de bestuursrechter de ruimte om een eigen koers te varen en niet in alle gevallen aan te sluiten bij de jurisprudentie van de strafrechter. Zoals uit een bespreking van de rechtspraak tot nu toe in de volgende paragraaf zal blijken, lijkt de bestuursrechter deze aansluiting tot op heden, overigens na een afwijkende start in 1998, wel veelal te zoeken.

3.3 Grenzen aan de bestuurlijke beboetbaarheid van de overheid: ontwikkelingen in de jurisprudentie

In de rechtspraak is, anders dan waar het gaat om de strafrechtelijke aansprakelijkheid, slechts enkele malen de vraag aan de orde geweest of en in hoeverre aan de overheid bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd. Deze uitspraken zullen in chronologische volgorde worden besproken.

3.3.1 HR 3 maart 1998 (Vuilniswagen Purmerend)⁷⁰

67. Kamerstukken II 2007-2008, 31 124, nr. 7, p. 6.

68. Kamerstukken II 2007-2008, 31 124, nr. 7, p. 6.

69. Stb. 2009, 265

70. VR 1998, 130, Rawb 1998, nr. 142, m.nt. Jansen.

Een hoofdagent van de regiopolitie Zaanstreek-Waterland had geconstateerd dat met een bepaalde bedrijfsauto te Purmerend de volgende gedraging werd verricht: 'niet voor laten gaan van voetgangers voornemens op voetgangersoversteekplaats over te steken'. Het betrof hier een gedraging die in de Bijlage als bedoeld in art. 2, lid 1, van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV) als R 482 was aangeduid. Ten tijde van de gedraging was het kenteken van de auto in het kentekenregister ingeschreven op naam van 'Gemeentewerken Purmerend'. De auto – een vuilnisauto – werd bestuurd door een chauffeur/belader bij de afdeling reiniging en tractie van de directie gemeentewerken. Ter zake van deze gedraging werd aan Gemeentewerken Purmerend een administratieve sanctie van f 200,= opgelegd. De gemeente bestreed de oplegging van deze bestuurlijke boete en de zaak kwam bij de kantonrechter. Deze overwoog:

'In deze zaak doet zich [...] de bijzondere omstandigheid voor dat betrokkene een openbaar lichaam is conform artikel 7 van de Grondwet dat, zoals ter terechtzitting nog is gebleken, ten tijde van de gedraging, optrad ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak. In het strafrecht is door de Hoge Raad uitgesproken, dat zo'n omstandigheid in de weg staat aan strafvervolgning (HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496). Naar het oordeel van de kantonrechter valt niet goed in te zien, waarom een en ander niet zou gelden voor de toepassing van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften. Weliswaar behoort deze wet niet tot het strafrecht in eigenlijke zin, maar vertoont daarmee dermate veel overeenkomst dat een onderscheid in deze moeilijk verdedigbaar lijkt.'

Vervolgens kwam de zaak voor de Hoge Raad. Deze kwam tot een ander oordeel:

'Daargelaten dat die rechtspraak inmiddels door de Hoge Raad is genuanceerd in zijn arrest van 6 januari 1998, nr 106.160 E (Pikmeer II), kan het in de primaire klacht bestreden oordeel van de kantonrechter niet als juist worden aanvaard. De WAHV behelst een stelsel van voorschriften ter administratiefrechtelijke afdoening van verkeersovertredingen van relatief lichte aard. Ingevolge art. 2, eerste lid, van deze wet zijn voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard uitgesloten. Voorts is op de in die wet geregelde procedure, behoudens voor wat de in Hoofdstuk VIII WAHV gegeven voorschriften betreft, de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Aangezien er, gelet op het bestuursrechtelijke karakter van de in de WAHV voorziene sanctionering van verkeersovertredingen, geen grond bestaat publiekrechtelijke overheidslichamen, waaronder begrepen de Staat, ten aanzien van die sanctionering anders te bejegenen dan natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen, moet worden aangenomen dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen binnen het bereik van de WAHV vallen. Voor wat de Staat betreft volgt dat zelfs met zoveel woorden uit de bepalingen van de WAHV. Ingevolge het met ingang van 30 juni 1997 gewijzigde art. 1, tweede lid, WAHV wordt onder 'kenteken' mede verstaan het registratienummer afgegeven voor een motorrijtuig gebezigd ten behoeve van de strijdkrachten en onder 'kentekenregister' mede de registratie betreffende motorrijtuigen, gebezigd ten behoeve van de strijdkrachten, bijgehouden door de minister van Defensie. Gelet op het bepaalde in art. 5 WAHV kunnen dientengevolge administratieve sancties ter zake van ge-

dragingen die zijn verricht met militaire voertuigen ook aan de Staat worden opgelegd. Hoewel die mogelijkheid eerst met ingang van 30 juni 1997 is gerealiseerd, volgt uit de ontstaansgeschiedenis van de WAHV en van de hiervoor bedoelde wijziging van art. 2, eerste lid, WAHV dat de wetgever die mogelijkheid van meet af aan voor ogen heeft gestaan.’

Geen boeterechtelijke immuniteit voor de overheid derhalve, aldus de Hoge Raad in 1998. Het bestuursrechtelijk karakter van de sanctie dwingt er niet toe de overheid anders te bejegenen dan de ‘gewone burger’. Aan dit principiële argument voegt de Hoge Raad dan nog toe dat uit de wet(s)geschiedenis) ook blijkt dat het de bedoeling was dat ook aan de overheid bestuurlijke boetes op grond van de WAHV zouden kunnen worden opgelegd.

Aan het oordeel dat er geen reden is een boeterechtelijke immuniteit voor de overheid aan te nemen zal mede ten grondslag hebben gelegen de conclusie van A-G IJsseltje. Gelet op het belang van zijn overwegingen – zij raken reeds de kern van de vraag naar ook de wenselijkheid van immuniteit van de overheid voor de oplegging van bestuurlijke boetes – zullen we de belangrijkste daarvan de revue laten passeren.

Na de behandeling van de strafrechtelijke immuniteit op grond van met name Volkel (voor de Staat) en Pikmeer I (voor decentrale overheden) – ten tijde van het nemen van de conclusie was Pikmeer II klaarblijkelijk nog niet bekend – vraagt de A-G zich af welke consequenties deze strafrechtelijke immuniteit heeft voor de toepassing van de WAHV. Hij constateert dat door de WAHV een groot aantal (verkeers)overtredingen is gedecriminaliseerd, uit de sfeer van het strafrecht is gehaald, en verwijst daarbij naar art. 2, lid 1, laatste volzin, WAHV, waarin staat dat ingeval een administratiefrechtelijke sanctie wordt opgelegd, voorzieningen van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard zijn uitgesloten. De A-G vraagt zich vervolgens af wat deze decriminalisering nu betekent voor de onderhavige casus en gaat voor een antwoord te rade bij de jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van de fiscale boetes, omdat deze bij de totstandkoming van de WAHV een belangrijke rol heeft gespeeld. Zo wijst hij op rechtspraak op grond waarvan het opleggen van een ‘verhoging’ moet worden aangemerkt als het instellen van een strafvervolging in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM, hetgeen echter niet meebrengt dat op deze oplegging de regels en/of beginselen van het nationale strafrecht van toepassing zijn.

Vervolgens beziet de A-G de wet(s)geschiedenis bij de WAHV en constateert dat de parallel tussen de fiscale verhoging van de AWR en de administratieve sanctie van de WAHV duidelijk is. In beide gevallen gaat het om een zowel preventief als punitief werkende sanctie die wel valt onder de waarborgen van art. 6 EVRM, maar waarop niet de regels en/of beginselen van het nationale strafrecht van toepassing zijn. Dat de wetgever dit ook zo heeft gezien blijkt, aldus de A-G, uit art. 2, lid 1, laatste volzin, WAHV en uit de wet(s)geschiedenis. Aldus bezien is er naar zijn oordeel geen enkele reden de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen — die naar hij opmerkt ‘toch een (ongeschreven) regel van nationaal strafrecht is’ — zo op te vatten dat deze zich uitstrekt tot de gedragingen die door de WAHV worden bestreken. Bovendien, zo merkt de A-G nog op, is het, gezien de kritiek die in de vakpers en in de publiekspers op die immuniteit is geuit, maatschappelijk niet gewenst en dus niet opportuun daaraan nog een verder uitbreiding te geven.

Hij wijst daarbij ook op de consequenties die naar hij stelt ‘ook heel onaantrekkelijk’ zijn. Zo zouden bestuursrechtelijke boetes niet kunnen worden opgelegd aan (personeelsleden van) openbare lichamen die een bestuursrechtelijke norm hebben overtreden.

den in het kader van de uitoefening van een bestuurstaak. Daarmee zouden die lichamen in feite onttrokken zijn aan de bestuursrechtelijke normhandhaving, hetgeen de volstrekte ongeloofwaardigheid van die normhandhaving tot gevolg zou hebben. Hij lardeert deze opvatting met de weloude stelling ‘quod licet Jovi, non licet bovi’ en verzucht: leg dat maar eens uit aan de man in de straat. Ook wijst hij er op dat de toepassing van de in verband met de strafrechtelijke immuniteit vaak aangevoerde leer der machtenscheiding in dit geval tot niets leidt. Zo verzucht hij verder dat misschien over het storten van verontreinigde baggerspecie in het Pikmeer debatten in de raad van de gemeente Boarnsterhim zijn gevoerd, het akkefietje op het zebrapad met de vuilnisauto heeft vast niet geleid tot het stellen van vragen in de gemeenteraadsvergadering van Purmerend.

Zijn conclusie luidt dan ook uiteindelijk: bestuursrechtelijke immuniteit van overheidsorganen bestaat niet. Beoordeling door de bestuursrechter van besluiten en handelingen van organen van de Staat en van andere bestuursorganen bij de uitoefening van hun publieke taak is ‘de gewoonste zaak van de wereld’. Laat dat vooral zo blijven, aldus de A-G. Blijkens bovenstaande beschouwingen over de ontstaansgeschiedenis van art. 5:1 Awb, alsook gelet op onderstaande rechtspraak over de oplegging van bestuurlijke boetes aan overheden, wordt daar inmiddels soms toch anders – we zouden kunnen zeggen genuanceerder – over gedacht.

3.3.2 ABRS 17 april 2002 (Arbeidsongeval Zierikzee)⁷¹

De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid had krachtens de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet) aan de Gemeente Schouwen-Duiveland (de gemeente) een bestuurlijke boete opgelegd in verband met een arbeidsongeval in het gemeentehuis te Zierikzee. Bij dit ongeval was een werkneemster van de gemeente van een verhoogde baliewerkvloer gevallen en had ernstig letsel heeft opgelopen. De gemeente meent als werkgeefster geen blaam te treffen voor het ongeval, dat een ongelukkige samenloop van omstandigheden was. Naar haar mening is, mede door het advies van de Arbo-unie de verhoogde baliewerkvloer aan de achterzijde te voorzien van een opstaande lat om onverhoeds afrijden met een bureaustoel te voorkomen, voldoende voorzien in een veilige arbeidsplaats en kan redelijkerwijs niet worden verlangd dat zij verdergaande maatregelen neemt dan de Arbo-unie aangeeft. Volgens de minister is het niet de bedoeling en de strekking van de Arbowet dat een werkgever, indien tekortkomingen in zijn onderneming worden geconstateerd, door het inschakelen van deskundigen zijn verantwoordelijkheid voor de naleving van deze wet ontloopt.

In deze uitspraak wordt niet ingegaan op de vraag of de gemeente wel bestuurlijk beboetbaar is, dan wel immuniteit geniet. De Afdeling lijkt van de mogelijkheid tot beboeting zonder meer uit te gaan. Immers, ook als deze kwestie niet door partijen aan de orde is gesteld, zou de Afdeling dit punt ambtshalve hebben moeten toetsen, nu het hier een bevoegdheidsvraag betreft (is de minister in casu wel bevoegd aan de gemeente de boete op grond van de Arbowet op te leggen?). Hiermee past deze uitspraak in de lijn zoals ingezet door de HR in 1998.

3.3.3 ABRS 21 september 2005 (Wbp boete Kampen)⁷²

71. AB 2002, 253, m.nt. OJ, JB 2002/164.

72. Gst. 2005, 193, m.nt. K. Albers, JB 2005/292, m.nt. Overkleef.

In deze uitspraak betrof het de oplegging van een bestuurlijke boete van € 15.000,= aan het college van burgemeester en wethouders van Kampen wegens schending van art. 79 lid 1 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).⁷³ Het college had reeds bestaande automatische verwerkingen van persoonsgegevens niet tijdig gemeld. De vraag naar de immuniteit van overheid voor de oplegging van bestuurlijke boetes komt (ook) in deze uitspraak niet aan de orde. Evenals in haar bovenbesproken uitspraak uit 2002 lijkt de Afdeling daar zonder meer van uit te gaan. De Afdeling gaat alleen in op de vraag of de Wbp een grondslag biedt voor de beboeting van deze schending. De Afdeling overweegt hieromtrent dat een bestuurlijke boete blijkens art. 66 Wbp wel worden opgelegd als art. 27 lid 1 WBP is geschonden. In deze bepaling is aangegeven dat alvorens een aanvang wordt gemaakt met (nieuwe) automatische verwerking van persoonsgegevens, deze verwerking moet worden gemeld bij het (College bescherming persoonsgegevens (CPB) of de functionaris. Dat voor de wijze van melding in art. 79 WBP wordt verwezen naar art. 27 WBP doet er niet aan af dat overtreding van art. 79 WBP een aparte overtreding is, terwijl bij het achterwege blijven van de op grond van art. 79 WBP vereiste melding niet gezegd kan worden dat art. 27 als zodanig is overtreden. Waar het op neer komt is dat een wettelijke grondslag voor het opleggen van een bestuurlijke boete in casu ontbreekt. Derhalve heeft het CBP naar het oordeel van de Afdeling ten onrechte een bestuurlijke boete opgelegd.

3.3.4 ABRS 22 november 2006 (Brand Koningskerk Haarlem)⁷⁴

De vraag naar de al dan niet aanwezige boeterechtelijke immuniteit komt wel weer uitdrukkelijk aan de orde in een uitspraak van de Afdeling van 22 november 2006. Bij een bestrijding van een brand waren drie brandweerlieden getroffen door een instortende gevelwand van de kerk en ter plaatse overleden. De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (verweerder) legt de gemeente een boete op van € 11.250,= wegens overtreding van art. 3.17 van de Arbeidsomstandighedenwet 1998. De gemeente had in strijd gehandeld met de Arbo-eis dat gevaar te worden getroffen door ongewild in beweging komende of vrijkomende voorwerpen, producten, vloeistoffen of gassen werd voorkomen en, indien dat niet mogelijk zou zijn, zoveel mogelijk werd beperkt. Dit handelen in strijd met art. 3.17 was een beboetbaar feit ingevolge art. 9.9c Arbowet. Het besluit werd in bezwaar gehandhaafd.

De gemeente (eiseres) gaat in beroep en stelt zich op het standpunt dat aan haar geen bestuurlijke boete opgelegd kan worden, aangezien zij als publiekrechtelijke rechtspersoon immuniteit geniet bij de uitvoering van een aan haar opgedragen specifieke bestuurstaak, in dit geval: brandbestrijding. Meer in het bijzonder neemt de gemeente het standpunt in dat er bij de toepassing van de bepalingen in de Arbo-regelgeving in het algemeen een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen enerzijds openbare lichamen als werkgever en anderzijds overige (particuliere) werkgevers.

De rechtbank sluit zich aan voor wat betreft de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overheid bij het in de toelichting bij het voorontwerp voor de Vierde tranche Awb en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde

73. Dat hierbij de boete werd opgelegd aan B en W en niet aan de rechtspersoon gemeente hangt samen met het feit dat in de Wbp, anders dan in de Awb, niet wordt gesproken van een 'overtreder'. Uit art. 66 WBP volgt dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd aan de 'verantwoordelijke'. Uit art. 1 onder d van genoemde wet volgt dat onder 'verantwoordelijke' moet worden verstaan: 'de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of tezamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt'.

74. AB 2007, 25, m.nt. Duijkersloot en Ortlep, JB 2007/11, m.nt. C.L.G.F.H.A.

tranche Awb neergelegde standpunt. Dat standpunt is: wat betreft de mogelijkheid om punitieve bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal aansluiting moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie, hetgeen betekent dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctieoplegging in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de norm die in casu geschonden zou zijn. De rechtbank overweegt dat het standpunt van de gemeente dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds openbare lichamen als werkgever en anderzijds overige (particuliere) werkgevers, blijkens de bepalingen in de Arbo-regelgeving, niet gevolgd kan worden. Daarbij vindt het standpunt volgens de rechtbank ook geen steun in het Pikmeer II arrest. De rechtbank overweegt:

‘Repressief optreden in het kader van brandbestrijding kan, gelet op artikel 1, vierde lid, Brandweerwet 1985 op zichzelf dan wel als een exclusieve overheidstaak worden beschouwd, maar dat laat onverlet dat de grondslag van de in geding zijnde boeteoplegging is gelegen in de schending van een rechtsnorm die in beginsel geldt voor iedere werkgever, inclusief overheidslichamen. De door de Hoge Raad in vorenbedoeld arrest geformuleerde uitgangspunten maken dat niet anders. Integendeel, de verweten verboden gedraging – overtreding van de Arbowet – kan op zichzelf immers niet worden aangemerkt als uitvoering van een exclusieve overheidstaak. Ook hetgeen eiseres ter zitting naar voren heeft gebracht – zoals het feit dat zich bij brand omstandigheden voordoen die buiten de invloedssfeer van eiseres liggen en het feit dat de bescherming van personen en goederen voorop staat – leidt niet tot een ander oordeel. Eiseres kan dan ook geen geslaagd beroep doen op immuniteit.’

De Rechtbank Haarlem volgt, zo is in ieder geval duidelijk, vrij gemakkelijk de wetgever in de memorie van toelichting bij een nog niet inwerking getreden wet. De overwegingen van de Hoge Raad en de A-G met betrekking tot de Lex Mulder boete in 1998 blijven buiten beschouwing. Ook blijft buiten beschouwing hetgeen is te vinden in het verslag van de vaste commissie van justitie inzake de Vierde tranche Awb van begin 2005. Deze commissie had daarin de vraag gesteld ‘of het niet mogelijk is, ondanks de tekst in het wetsvoorstel, om bestuurlijke boetes op te leggen aan decentrale overheid die een exclusieve overheidstaak uitvoeren’.⁷⁵ Deze vraag was juist mede gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad uit 1998.

De Afdeling oordeelt in het hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak over de immuniteitsvraag allereerst:

‘De door de Hoge Raad ontwikkelde rechtspraak inzake strafrechtelijke immuniteit heeft betrekking op het opleggen van strafrechtelijke sancties. Aangezien het bestreden besluit strekt tot handhaving van een aan appellante opgelegde bestuurlijke boete, dient zich de vraag aan of die rechtspraak ook toepassing moet vinden op het opleggen van een zodanige boete. In dat verband dient in ogenschouw te worden genomen dat sedert de uitspraak van de Hoge Raad van 6 januari 1998, NJ 1998, 369 (Pikmeer II), het leerstuk van de strafrechtelijk immuniteit van openbare lichamen onderwerp is van publiek debat,

75. Kamerstukken II 2004/05, 29702, nr. 6, p. 16.

waarbij in wisselende mate afstand wordt genomen van de aanvaarding van die immuniteit. In het bijzonder kan gewezen worden op de discussie in vervolg op een nota van het kabinet over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen (Kamerstukken II 1996/97, 25 294) en een initiatiefvoorstel van kamerlid Wolfsen tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen (Kamerstukken II 2005/06, 30 538, nr. 2). Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen en de daarmee samenhangende onzekerheid over de toekomstige betekenis van de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen, ziet de Afdeling in de omstandigheden waaronder in het voorliggende geval de overtreding van art. 16 lid 10 Arbowet 1998, gelezen in verbinding met art. 3.17 Arbobesluit heeft plaatsgevonden, grond om de algemene vraag of die immuniteit ook geldt bij het opleggen van een bestuurlijke boete in het midden te laten.’

Kortom, geen principieel antwoord van de Afdeling op de vraag of de Pikmeer-immuniteit voor decentrale overheden ook voor bestuurlijke boetes geldt, zo lijkt het. Toch is dit niet helemaal het geval. De Afdeling kon, naar haar eigen zeggen, dit antwoord in het midden laten omdat ‘zou die vraag in bevestigende zin moeten worden beantwoord, in dit geval op die immuniteit toch geen beroep zou kunnen worden gedaan’. Immers, naar het oordeel van de Afdeling was in het onderhavige geval geen sprake van beboetbare gedragingen die hadden plaatsgevonden in het kader van de uitoefening van een exclusieve bestuurstaak. De niet eenvoudig te doorgronden redering van de Afdeling op dit punt lijkt er op neer te komen dat die bestuurstaak de effectieve bestrijding van brand betrof. Tot die taak was niet te herleiden de laakbare gedraging waarvoor de gemeente een boete was opgelegd. Deze bestond er volgens de Afdeling namelijk in dat de Officier van Dienst niet zeker had gesteld dat zijn bevel om terug te trekken effectief aan alle brandweerlieden – waarvan sommigen bij de brand arriveerden toen het bluswerk reeds op gang was gekomen – kenbaar was gemaakt en dat aan dat bevel ook daadwerkelijk door alle brandweerlieden gehoor was gegeven. Dat bevel vloeyde. zo geeft de Afdeling (impliciet) aan, voort uit de taak de Arbo-normen na te leven. Dat is geen bestuurstaak, laat staan een exclusieve, zo vatten wij de conclusie van de Afdeling in onze eigen woorden samen.

Door het hanteren van deze redenering past de Afdeling de Pikmeer-criteria derhalve toch toe, om vervolgens op grond daarvan vast te stellen dat hier voor de gemeente geen immuniteit gold. Dit betekent dat aansluiting bij de Pikmeer-rechtspraak wordt gezocht als dit als resultaat heeft dat de conclusie luidt dat géén sprake is van een exclusieve overheidstaak en dus géén boeterechtelijke immuniteit. In het midden blijft dan met name of als gelet op deze Pikmeer-rechtspraak wél sprake zou zijn van een exclusieve overheidstaak, dit ook, net als bij strafrechtelijke aansprakelijkheid zou gelden, zou moeten leiden tot boeterechtelijke immuniteit.

3.3.5 ABRvS 23 april 2008⁷⁶ (Maaiwerkzaamheden Overijssel)

In februari 2006 legde de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de provincie Overijssel een boete op van € 56.000,= wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en van € 10.500,= wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Blijkens het boeterapport had een aannemingsbe-

76. JB 2008/127.

drijf in juni 2005, in opdracht van de provincie in het kader van haar taak op grond van art. 15 Wegenwet tot onderhoud van wegen, maaiwerkzaamheden uitgevoerd in bermen langs de weg, waarbij het bijmaaien van bomen, bushokjes, sloten en wegmeubilair – de zogenoemde fijnmaaiwerkzaamheden – werden uitgevoerd door zeven personen van Poolse nationaliteit, zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. De provincie betoogt onder verwijzing naar het Pikmeer II-arrest van de Hoge Raad en de Brand Koningskerk Haarlem-uitspraak van de Afdeling dat het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit in dit geval analoog van toepassing is en de rechtbank niet heeft onderkend dat haar geen boete kan worden opgelegd. De Afdeling overweegt hierover vervolgens in de lijn van haar uitspraak uit 2006:

‘Op grond van dezelfde overwegingen als in haar voormelde uitspraak van 22 november 2006 (Brand Koningskerk Haarlem, A.D. en A.H.) zijn opgenomen, ziet de Afdeling in de omstandigheden waaronder in het voorliggende geval de overtredingen hebben plaatsgevonden, grond om de algemene vraag of die immuniteit ook geldt bij het opleggen van een bestuurlijke boete in het midden te laten, aangezien ook in dit geval bij een bevestigende beantwoording van die vraag op die immuniteit toch geen beroep zou kunnen worden gedaan.’

De reden waarom in dit geval een beroep op Pikmeer-immuniteit de gemeente geen soelaas zou bieden hangt hier samen met een nuancering die bij de hantering van het criterium van de exclusieve bestuurstaak soms achterwege blijft en waar de Hoge Raad onder andere in zijn uitspraak uit 2007⁷⁷, waar de Afdeling ook naar verwijst, op wijst. Het gaat hier om het feit dat het Pikmeer-criterium van de exclusieve overheidsstaak met name ziet op de exclusiviteit van de in het kader van een overheidsstaak verrichte gedragingen: zijn deze gedragingen exclusief in die zin dat zij alleen in het kader van een overheidsstaak kunnen worden verricht. Alleen dan immers kan uitgesloten worden geacht dat anderen in zoverre — dus: ten aanzien van het verrichten van de ten laste gelegde gedragingen — op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.⁷⁸ De Afdeling voegt daar nog het volgende aan toe:

‘In deze omschrijving (het Pikmeer II-criterium, A.D. en A.H.) is centraal gesteld, de verantwoordelijkheid van de organen van openbare lichamen voor de uitvoering van een aan hen bij of krachtens de wet opgedragen bestuurstaak, in het kader waarvan besloten is tot gedragingen die strijden met geldende en op die gedragingen toepasselijke rechtsnormen. Strafrechtelijke immuniteit brengt met zich dat het openbaar lichaam niet kan worden vervolgd voor een zodanige gedraging. Aldus treedt de rechter niet in een beoordeling van de overtreding in het licht van de te verrichten bestuurstaak. De verantwoordelijkheid wordt ten volle aan het betrokken orgaan overgelaten, dat daarop wel kan worden aangesproken in het politieke en democratische verantwoordingsproces. Het hebben van de in het eerste lid van artikel 15 van de Wegenwet genoemde verplichting betekent in dit licht niet dat de gehele feitelijke uitvoering van het vereiste onderhoud van een weg valt onder de strafrechtelijke immuniteit van het betrokken openbaar lichaam. Nu niet welbewust, met in-

77. HR 18 september 2007, NJ 2007, 512. Zie par. 2.4.1, nt. 35 supra.

78. A-G Knigge wijst hier expliciet op in zijn conclusie bij genoemd arrest van de Hoge Raad en geeft aan dat hij het Pikmeer II-criterium van de Hoge Raad op deze wijze begrijpt. Zie hierover ook T. Duijkersloot en R. Ortlep, Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid: recente ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving, O&A 2006, p. 53-62.

roepen van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor voormeld onderhoud en motivering van de noodzaak daartoe, besloten is tot het laten verrichten van werkzaamheden in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav, valt gelet op hetgeen de Afdeling in voormelde uitspraak van 22 november 2006 heeft overwogen omtrent de grond waarop het invoeren van strafrechtelijke immuniteit gerechtvaardigd kan zijn en mede gelet op het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2007 (NJ 2007/512), niet in te zien dat in dit geval op zodanige immuniteit met succes een beroep kan worden gedaan.’

De lijn, die de Hoge Raad ook in zijn arrest van 2007 voor het strafrecht nogmaals heeft bevestigd, lijkt derhalve te zijn dat bepaalde feitelijke gedragingen die worden uitgevoerd in het kader van een overheidstaak die op zichzelf mogelijk wel exclusief is, een dusdanig karakter hebben dat deze gedragingen zelf niet exclusief zijn. In ieder geval zijn deze gedragingen van een dusdanige aard dat zij niet raken aan de verantwoordingsplicht van het bestuur – een van de redenen voor het aannemen van immuniteit – en daarmee vallen zij niet onder de Pikmeer-immuniteit en is de overheid daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk en ook bestuurlijk beboetbaar.

3.3.6. Rechtbank Den Haag 19 februari 2009⁷⁹ (Bouwwerkzaamheden Rijksgebouwendienst)

Bovengenoemde uitleg wordt nog verder doorgevoerd in een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag. Daar worden bepaalde feitelijke gedragingen zelfs buiten de immuniteit van de *Staat* geplaatst.

In maart 2007 legde de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer) een boete op van € 9.500,= wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Tijdens een inspectie op een bouwlocatie in mei 2005 bleek dat enkele aannemers in opdracht van de Rijksgebouwendienst werkzaamheden verrichtten. Daarbij bleek dat de aannemers voor de werkzaamheden uitzendkrachten hadden ingeleend. Op het werk werd een werkende vreemdeling van Turkse nationaliteit aangetroffen, zonder dat hiervoor een tewerkstellingsvergunning was afgegeven. Deze vreemdeling maakte gebruik van een vervalste Nederlandse identiteitskaart. Zijn identiteit was niet vastgesteld en was er geen afschrift van een geldig identiteitsdocument in de administratie opgenomen.

Namens de Staat wordt, onder verwijzing naar het Volkel-arrest van de Hoge Raad, aangevoerd dat het leerstuk van de strafrechtelijke immuniteit in dit geval analoog van toepassing is en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ten onrechte niet heeft onderkend dat aan de centrale overheid geen boete kan worden opgelegd. De rechtbank overweegt dan het volgende:

‘In haar uitspraak van 23 april 2008 (JB 2008,127) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRS) ten aanzien van een procedure met min of meer vergelijkbare omstandigheden (het in opdracht van een openbaar lichaam verrichten van onderhoudswerkzaamheden nabij wegen door derden) als die waaronder in het voorliggende geval de overtredingen hebben plaatsgevonden, overwogen grond te zien om de algemene vraag of die immuniteit ook geldt bij het opleggen van een bestuurlijke boete in het midden

79. LJN: BH6961.

te laten, aangezien ook in het geval van een bevestigende beantwoording van die vraag op die immuniteit toch geen beroep zou kunnen worden gedaan. De rechtbank ziet geen grond daarover anders te oordelen. De omstandigheid dat anders dan in die uitspraak thans de centrale overheid een bestuurlijke boete is opgelegd noopt daartoe niet. In het voorliggende geval kan de renovatie van een bouwwerk niet betekenen dat de gehele feitelijke uitvoering van dit werk valt onder de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en zijn onderdelen. Voor eiser geldt dat hij met het inroepen van bestuurlijke verantwoordelijkheid voor een bouwwerk, niet welbewust heeft besloten tot het laten verrichten van werkzaamheden in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav. In tegendeel in het boeterapport (Bijlage 3) is een verklaring opgenomen dat de aannemers aan wie het project was gegund bekend waren met de Wav. Uit de uitspraak (HR 3 maart 1998, VR 1998, 130 en RAwb 1998, nr. 142,) kan worden afgeleid dat de bijzondere wetgever in beginsel zelf kan bepalen dat bepaalde boetes ook kunnen worden opgelegd aan centrale en decentrale overheden die beboetbare feiten plegen, ook als zij dat doen in de uitoefening van een exclusieve overheidstaak.'

Hiermee lijkt de cirkel bijna weer rond, nu de rechtbank zelfs aanknoopt bij de Hoge Raad uitspraak uit 1998. Geen immuniteit voor de Staat voor de oplegging van bestuurlijke boetes, in ieder geval niet waar het bepaalde feitelijke gedragingen betreft die niet raken aan de bestuurlijke verantwoordingsplicht.

3.4 Tussenconclusie

Na bespreking van de ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak kunnen een aantal vaststellingen worden gedaan. Allereerst kan het zo zijn dat de wetgever zelf, al dan niet uitdrukkelijk, aangeeft dat bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd aan de overheid en dat derhalve geen immuniteit geldt. Dit was bijvoorbeeld het geval voor de WAHV-boete in het WAHV-arrest uit 1998. Meer in het algemeen leek de lijn die met deze uitspraak werd ingezet te zijn dat geen immuniteit voor de overheid geldt voor de oplegging van bestuurlijke boetes. De conclusie van de A-G was op dit punt klip en klaar. In een aantal uitspraken van de Afdeling begin jaren 2000 werd ook in zaken waarin de boeteoplegging aan de overheid aan de orde was de immuniteitsvraag niet gesteld.

Sinds enkele jaren is dit echter anders. Mogelijk geïnspireerd door beschouwingen van de wetgever in de toelichting bij het voorontwerp en de toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb is in een aantal uitspraken van Afdeling wel uitdrukkelijk aandacht gegeven aan de immuniteitsvraag. In de concrete gevallen die aan de orde waren werd deze immuniteit steeds afwezig geacht. Hoewel de Afdeling daarbij steeds zegt in het midden te laten of die immuniteit er, gelet op de Pikmeer-criteria, wel zou kunnen zijn – principieel althans – past de Afdeling wel het Pikmeer-criterium van de exclusieve overheidstaak toe om vervolgens te concluderen dat van een dergelijke taak, of beter, van gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht, geen sprake is. De mogelijkheid dat de overheid voor bepaalde gedragingen op grond van het Pikmeer-criterium wel immuniteit voor de oplegging van bestuurlijke boetes geniet wordt daarmee dus opengelaten. Dit laatste doet de vraag rijzen of een dergelijke immuniteit wel wenselijk is. Voor het strafrecht is daar al veel over gediscussieerd. In de volgende paragraaf zullen wij ingaan

op de argumenten daaromtrent, alsmede op de validiteit van deze argumenten, zowel voor het strafrecht als voor het bestuursrecht.

4. Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid: voor en tegen

4.1 Inleiding

De bijzondere positie van de overheid komt, zoals gezegd, tot uiting in de immuniteit die wordt voorgestaan voor strafrechtelijke vervolging en bestuursrechtelijke beboeting. Over deze immuniteit is in de afgelopen decennia uitvoerig gedebatteerd, niet alleen over de precieze wijze waarop die immuniteit zou moeten worden gegrond en vormgegeven, maar ook over de vraag of de bestaande immuniteiten dienen te blijven bestaan. In het verlengde daarvan speelt de vraag: indien immuniteit dient te worden aangenomen, dient dan de wetgever of de rechter deze strafrechtelijke immuniteit te bepalen?

Naar aanleiding van die uitgebreide discussie van de afgelopen jaren valt met grove penseelstreken een beeld te schetsen van de argumenten voor en tegen een immuniteit van strafvervolging voor de overheid. In het navolgende volgt een beknopt beeld van deze in de literatuur, de politiek en op andere plaatsen gehanteerde argumenten. Daarbij passeren eerst enkele argumenten voor strafrechtelijke immuniteit (en dus tegen strafvervolging van overheden) in het algemeen de revue. Daarna worden argumenten tegen strafrechtelijke immuniteit (en dus vóór strafvervolging van overheden) belicht. Ten slotte zal worden gezien wat de relevantie en validiteit van deze argumenten is als het gaat om de oplegging van bestuurlijke boetes.

4.2 Argumenten voor strafrechtelijke immuniteit

Uit de discussies die over de strafrechtelijke immuniteit van de overheid in literatuur en politiek zijn gevoerd, komen met name meer algemene argumenten voor strafrechtelijke immuniteit van overheden naar voren. De argumenten vormen als het ware de pijlers waarop de strafrechtelijke immuniteit van de overheid in strafzaken is gebaseerd.⁸⁰ De argumenten zijn in zekere zin van elkaar te onderscheiden maar niet te scheiden, omdat zij inhoudelijk elkaars complementen vormen binnen de discussie. De argumenten zijn in de literatuur in aantal en omvang uitgebreid beschreven, maar worden in het kader van deze bijdrage op deze plaats beknopt weergegeven.

In de eerste plaats zou strafvervolging van de overheid in strijd zijn met het uitgangspunt van de machtenscheiding, de Trias Politica. Daarbij wordt deze leer meer formeel opgevat als de leer van de scheiding der machten in plaats van een benadering waarbij het evenwicht der machten voorop staat. In de formele benadering zou een oordeel van de strafrechter over het overheidshandelen een inbreuk vormen op de be-

80. Zie o.m. C.H. Brants en R. de Lange, *Strafvervolging van overheden*, Deventer 1996; J. de Hullu, *Een bijzondere strafrechtelijke positie voor de verdachte overheid*, in: D.J. Elzinga en H.M. de Jong (red.), *Strafbaarheid van overheden*, Deventer 1998, p. 54-59; M.L.W.M. Viering en R.J.G.M. Widdershoven, *De strafrechtelijke positie van de overheid na Pikmeer II*, in: D.J. Elzinga en H.M. de Jong (red.), a.w., p. 67-85; J.A.E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Deventer 2000, p. 29-95; D. Roef, *Strafbare overheden*, Antwerpen-Groningen 2001, p. 281-314 en Commissie Roelvink, a.w., 20-23.

voegdheid die in deze benadering aan de politieke en bestuurlijke overheden toekomt. Met andere woorden; het zou niet opportuun zijn om de strafrechter een oordeel te vragen over gedragingen van overheden, meer bepaald over die gedragingen waar beoordelings- en beleidsvrijheid centraal staan. In het bijzonder wordt dit argument in verband gebracht met de strafvervolgning van de Staat. De Staat wordt vanuit deze invalshoek gezien als een soevereine grootheid die uitdrukking geeft aan het algemeen belang.⁸¹ Daarbij wordt vervolgbaarheid van de Staat gezien als een klip waarop de eenheid van het regeringsbeleid kan stranden, omdat het zo zou kunnen lopen dat het Openbaar Ministerie overgaat tot vervolging van de Staat waardoor de minister van Justitie als politiek verantwoordelijke voor het handelen van het Openbaar Ministerie in een onmogelijke positie komt te verkeren.

Echter, vanuit een interpretatie van de Triasleer waarbij meer de nadruk ligt op het evenwicht tussen de verschillende machten, kan strafvervolgning weldegelijk gezien worden als een mogelijkheid en zelfs een met een toegevoegde waarde voor wat betreft het machts-evenwicht binnen de rechtsstaat.⁸² De strafrechter toetst het handelen van de overheid op specifieke wijze en levert daardoor een eigen en aanvullende controle binnen het evenwicht van machten. Daarbij dient ook worden opgemerkt dat voor controle door de civiele rechter of de bestuursrechter van overheidshandelen de Triasleer niet als een belemmering wordt gezien. Wel geldt dan dat bestuurlijke vrijheden wel met een zeker afstandelijkheid worden beoordeeld. De problematiek van de hiërarchische verhoudingen bij vervolging door het Openbaar Ministerie van het ministerie van Justitie kan vanuit een meer procedurele invalshoek worden gerelativeerd door een specifiek geformuleerd vervolgingsbeleid dat via een aparte rechtsingang-procedure vorm kan worden gegeven.⁸³

Mede vanuit de hiervoor genoemde formele benadering van de Triasleer volgt een tweede bezwaar tegen strafvervolgning van de overheid, in het bijzonder strafvervolgning van de Staat. Strafvervolgning tegen de Staat is niet alleen moeilijk voorstelbaar en theoretisch te funderen, maar ook praktisch problematisch. De Staat zou dan als rechtsprekend orgaan de Staat als bestuurlijk orgaan bestraffen voor handelen in strijd met de regels, welke de Staat als wetgevend orgaan heeft opgesteld, terwijl de Staat ook de tenuitvoerlegging van de tegen hem zelf opgelegde en door hem zelf opgelegde straf ter hand dient te nemen.⁸⁴ Daarbij komt dat de opgelegde sanctie in de regel een vermogenssanctie zal zijn in de vorm van een boete, die de Staat dan vervolgens aan zichzelf betaalt, hetgeen neerkomt op een soort zinloze verschuiving van een som geld (het zogenaamde `vestzak-broekzak-argument'). Met andere woorden; het argument van de paradoxale ineffectiviteit van de bestraffing van de Staat, omdat deze als straf aan zichzelf betaalt.

Dit bezwaar tegen strafvervolgning van de overheid gaat enerzijds uit van een beeld van de Staat als een abstracte, verkokerde eenheid in plaats van een complexe organi-

81. Zie expliciet H.G. Hoogers, *Souvereiniteit en strafbaarheid: een beschouwing over de plaats van de Staat in de rechtsorde*, en D.A.A. Boersema, *Strafbare overheid: een contradictio in terminus*, beide in: D.J. Elzinga en H.M. de Jong (red.), a.w., resp. p. 9-20 en 21-36. In dat kader kan ook de opmerking van Mulder worden geplaatst in zijn annotatie bij het Tilburgse verkeersdrempel arrest, dat de onschendbaarheid van het Staatshoofd de onschendbaarheid van de Staat impliceert, waarvan zij het eenheidsymbool is. Zie de annotatie van G.E. Mulder onder HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474.

82. W.J. Witteveen, *Staat de overheid boven de wet?*, en idem, *Staatssoevereiniteit: machtswoord en toverspreuk*, beide in: D.J. Elzinga en H.M. de Jong (red.), a.w., resp. p. 1-8 en 37-65.

83. Vgl. Corstens in zijn annotatie onder HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

84. Vgl. Schalken in zijn annotatie onder HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496 (Voorburgse reigers-nesten)

satie van instanties, onderdelen en ambten met een gedeelde functie maar soms ook onderling afwijkende belangen. Bestrafing van onderdelen van de Staat zou in de laatst genoemde optiek weldegelijk tot de mogelijkheden kunnen behoren.⁸⁵ Daarbij kan worden gewezen op de omstandigheid dat vermogensverschuivingen binnen de centrale overheid veel vaker voorkomen en een dergelijke vermogensverschuiving wegens een strafrechtelijke veroordeling zinvol kan zijn omdat deze een signalerende functie heeft en de bestuurlijk-politieke controle kan activeren. Anderzijds wordt in het bezwaar tegen de strafvervolging van de overheid de beslissingsbevoegdheid en de sanctiemogelijkheden van de strafrechter sterk eenzijdig weergegeven. Het oordeel van de strafrechter heeft naast een normbevestigende functie ook een preventieve en symbolische werking, die bewerkstelligd dat de overheid zich na correctie beter reukenschap geeft van zijn voorbeeldfunctie in het maatschappelijk verkeer. Daarbij kan het oordeel van de strafrechter naast het opleggen van boetes ook bestaan uit het opleggen van reparatoire sancties welke herstel van de onrechtmatige situatie beogen.

Ten slotte geldt als derde bezwaar tegen strafvervolging van de overheid dat dit in strijd zou zijn met het primaat van de verantwoording van overheidsgedragingen via politieke controle en de bestuurlijke toezichtmechanismen. Een oordeel van de strafrechter over het handelen van de overheid zou de politieke verantwoording en het bestuurlijke toezicht door de instellingen en organen die daar voor zijn aangewezen doorkruisen en daardoor het staats- en bestuursrechtelijke verantwoordingssysteem verstoren en negatief kunnen beïnvloeden. Het gaat daarbij om (politieke) controle door gekozen organen en om (bestuurlijke) controle door andere (hogere) bestuursorganen. Dit argument vormt, gezien de prominente plaats die het inneemt in de Memorie van Toelichting bij de invoering van artikel 51 WvSr en in de nota Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen (TK 25 294, nr. 2), in beginsel de grondslag van de strafrechtelijke immuniteit. Echter, op dit argument is veel kritiek gekomen.

Het argument veronderstelt in de eerste plaats dat de politieke verantwoordingsmogelijkheden en de bestuurlijke toezichtmechanismen effectief werken. Echter, vanuit verschillende opzichten is dat discutabel. Zo kan worden afgedongen op de vooraanstaande rol die politieke verantwoordingsmogelijkheden en de bestuurlijke toezichtmechanismen krijgen toebedeeld. Gezien de maatschappelijke ontwikkelingen, vindt steeds meer overheidshandelen plaats in samenwerking met private instanties of wordt dit enkel verricht door private instanties. Hierdoor komen de politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen eigenlijk buiten spel te staan. Daarnaast kan de effectiviteit van deze mechanismen zwak zijn indien van politieke controle of bestuurlijke toezicht wordt afgezien om opportuniteitsredenen of in het geval de betrokken controlerende instellingen en organen zelf betrokken zijn bij het betreffende strafbare handelen van de overheid.

In de tweede plaats wordt met het argument van het primaat van de politieke verantwoording en het bestuurlijk toezicht verondersteld dat deze verantwoordingssystemen een gelijkwaardige functie en werking hebben als een beoordeling door de onafhankelijke rechter. Echter, politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen hebben een ruimer bereik dan het strafrecht, omdat deze mechanismen ook werken in geval van strafbare feiten geen sprake is. In geval van het begaan van strafbare feiten kan een verantwoordelijke bewindspersoon op grond van de politieke en bestuurlijke mechanismen ook ter verantwoording worden geroepen indien deze geen strafbare betrokkenheid heeft gehad bij die feiten. De strafrechter beoordeelt gezien zijn positie en mogelijkheden het handelen van de overheid (en de betrokken ambtenaren) vanuit een

85. Zie in deze de voorstellen van de reeds genoemde Commissie-Roelvink.

geheel andere invalshoek en met een geheel andere doelstelling, dan dat in de genoemde verantwoordingssystemen plaatsvindt. Zo beoordeelt de strafrechter niet hoe het voorgestane beleid is uitgevoerd, maar beoordeelt feitelijke handelingen van de overheid (en/of eventueel de ambtenaren) op hun strafbaarheid en strafwaardigheid. Daarbij heeft de onafhankelijke strafrechter gezien zijn beslissingsbevoegdheden een specifieke normerende en normstellende functie die niet te vergelijken is met die van het politieke en bestuurlijke verantwoordingssysteem. Een oordeel van de strafrechter maakt omgekeerd de mogelijkheden van politieke verantwoording en bestuurlijk toezicht niet minder van belang. Integendeel, een strafrechtelijke beoordeling kan juist in de genoemde verantwoordingssystemen een aanvullende betekenis hebben. Ten slotte is het zo dat politieke verantwoording en bestuurlijke controle niet als doorkruising worden ervaren in geval van bestuursrechterlijke (buiten het opleggen van een bestraffende sanctie) en civielrechterlijke toetsing van overheidshandelen. De vraag die vanuit deze invalshoek dan ook kan worden gesteld, is: hoeft een overheidsorgaan dat zich bestuursrechtelijk en civielrechtelijk aan de wet dient te houden, zich niets van de strafwet aan te trekken? Met dit laatste punt zijn we aangekomen bij meer toegespitste argumenten die tegen strafrechtelijke immuniteit van de overheid pleiten.

4.3 Argumenten tegen strafrechtelijke immuniteit

Naast de hiervoor genoemde argumenten voor de immuniteit van de overheid – waarop zoals is gebleken het nodige valt af te dingen - worden in de literatuur en politiek argumenten geformuleerd tegen de immuniteit. Deze zijn deels algemeen van aard en komen deels voort uit de wijze waarop de strafrechtelijke immuniteit van de overheid in de jurisprudentie is vormgegeven en uitgewerkt.

Algemene argumenten die voor een ruime aansprakelijkheid pleiten zijn onder meer dat door de overheid zichtbaar aan zijn eigen regels te houden de legitimiteit van het overheidsoptreden en het algemene vertrouwen in het overheidshandelen wordt versterkt: de overheid als voorbeeld voor de burger. Er valt veel te zeggen voor de stelling dat het juist zo is dat een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer haar geloofwaardigheid verliest wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen als de Staat die regels ongestraft kunnen overtreden.⁸⁶

Onlosmakelijk hiermee verbonden is ook het argument van de rechtsongelijkheid van de bestaande situatie van immuniteit van de overheid voor bestraffing.⁸⁷ Dit argument wordt vaak gebruikt om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid te bekritisieren. Immers, op dit punt geldt dat steeds vaker overheidstaken worden geprivatiseerd of voorwerp worden van publiek-private samenwerking en dus de overheid meer en meer op gelijke voet opereert als private rechtssubjecten. Maar vooral is het pijnpunt dat door de strafrechtelijke immuniteit van de overheid een ontoelaatbaar verschil ontstaat met de wel vervolgbare ambtenaren en andere betrokken natuurlijke personen indien deze worden vervolgd voor daderschap uit eigen hoofde, zeker als dat daderschap gebaseerd is op overheidsgerelateerd handelen, dan wel vervolging plaatsvindt als gevolg van het ontbreken van een dienstbetrekking bij het openbare lichaam en dus gebaseerd is op een privaatrechtelijke verhouding.

86. Vgl. bijv. Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Handhaven op niveau, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 146 en Viering en Widdershoven, a.w., p. 81.

87. Vgl. bijv. Roef, a.w., p. 309.

Vervolgens zijn er, als gezegd, meer specifieke argumenten tegen strafrechtelijke immuniteit die samenhangen met de wijze waarop die strafrechtelijke immuniteit van de overheid in de jurisprudentie is vormgegeven en uitgewerkt. Zo is een bezwaar tegen de invulling van de strafrechtelijke immuniteit van de overheid dat de door de Hoge Raad gehanteerde terminologie onzuiver zou zijn. Vanuit een meer staatsrechtelijke en een bestuurlijk organisatierechtelijke optiek wordt in de onderbouwing van de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden een onjuiste vermenging van begrippen gehanteerd. Het zou bij immuniteit enkel gaan om de strafrechtelijke immuniteit van feitelijke handelingen voortkomend uit niet-strafbaar bestuurlijk handelen. Vooral Hennekens heeft meer malen gewezen dat vanuit de genoemde invalshoek de overwegingen van de Hoge Raad in strafzaken op dit punt niet sluitend zijn geformuleerd.⁸⁸

In de tweede plaats wordt als bezwaar tegen de geformuleerde immuniteit genoemd de omstandigheid dat de huidige invulling van het taakcriterium onduidelijk is en daardoor niet maatgevend. De vraag blijft bestaan welke handelingen van de decentrale overheid nu precies onder die bestuurstaak vallen welke immuniteit van strafvervolgving opleveren. In de huidige stand van zaken lijkt de ruimte die de decentrale overheid in deze krijgt toebedeeld bijzonder klein, gezien de omstandigheid dat ondanks een wettelijke specifieke bestuurstaak derden tegenwoordig allerlei handelingen verrichten en kunnen verrichten in het kader van die bestuurstaak en de Hoge Raad daar gevoelig voor is als argument ter beperking van de strafrechtelijke immuniteit. Maar waar precies de lijn ligt, blijft een feitelijke kwestie waardoor nog steeds niet helder en dus moeilijk te duiden is in welk geval waar de immuniteit van strafvervolgving voor publiekrechtelijke rechtspersonen precies geldt.

In het verlengde van het voorgaande bezwaar wordt als derde bezwaar tegen de gecreëerde immuniteit van strafvervolgving van decentrale overheden genoemd de omstandigheid dat de omvang van de handelingen van de decentrale overheid zo sterk is ingeperkt, dat de eigenlijke relevantie in zwaarte van de gehele discussie daarover gering moet worden geacht. Daarbij komt dat de Hoge Raad bij de afweging van de immuniteit nadrukkelijk aandacht heeft gevraagd voor de mogelijkheid van de rechterlijke afweging aan de hand van de rechtvaardigingsgronden, waardoor toetsing van het handelen van decentrale overheden aan de maatstaven van proportionaliteit en subsidiariteit meer op de voorgrond is komen te staan. In die context wordt dan ook met recht de vraag gesteld of immuniteit op decentraal niveau eigenlijk nog wel een issue moet worden geacht. Toch zijn er nog steeds voorbeelden mogelijk waarbij die immuniteit een belangrijke kwestie vormt.⁸⁹ Vanuit die invalshoek wordt dan ook gepleit voor een helder standpunt waarbij de immuniteit voor die handelingen verricht in

88. Daarbij wordt dan bedoeld op de omstandigheid dat de Hoge Raad in de Pikmeer-jurisprudentie in de eerste plaats lijkt uit te gaan van strafbare bestuurshandelingen in plaats van feitelijke handelingen en in de tweede plaats de decentrale overheid als rechtspersoon en als bestuursorgaan met elkaar verwart. Een aan een openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak is dan ook een omschrijving die juridisch niet passend is. Zie H.Ph.J.H.M. Hennekens, De gemeente als rechtspersoon, Gemeentestem 7081/1998, p. 433-442; zijn annotatie onder HR 30 juni 1998, Gemeentestem 7090/1998, 3 (De Gouden Bodem), en idem, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal, Deventer 2001.

89. Immuniteit in het kader van het uitoefenen van toezicht op de naleving van regelgeving en de handhaving van de openbare orde bijvoorbeeld. Zie hierover de Kamerstukken II 2000-2001, 27 157 en de uitspraak van het Hof Arnhem 23 september 2002, NJ 2002, 550 (Vuurwerkkramp Enschede) en de vrij snel na de ramp uitgeroepen niet-vervolgbaarheid van de gemeente Edam-Volendam na de Nieuwjaarsramp te Volendam. Zie Kamerstukken II 2000-2001, 27 575 en de kritiek hierop van o.a. T. Schalken, Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?, DD 2001, p. 115-117.

het kader van sterk ingeperkte, maar niet onbelangrijke bestuurstaken, dient te worden opgeheven en de strafrechter in die gevallen een oordeel dient te kunnen vellen over het betreffende handelen van de decentrale overheid.

4.4 Argumenten voor immuniteit voor bestuurlijke boeteoplegging

Bovengenoemde beschouwingen betreffen argumenten voor en tegen strafrechtelijke immuniteit. De vraag rijst natuurlijk in hoeverre deze argumenten ook relevantie hebben en valide zijn als het gaat om het opleggen van bestuurlijke boetes. Alvorens daar concreet op in te gaan is het zinvol eerst meer in algemene zin de vraag aan de orde te stellen in hoeverre oplegging van bestuurlijke boetes en de inzet van het strafrecht op een lijn kunnen worden gesteld.

4.4.1 Bestuurlijke boete is strafrecht?

De bestuurlijke boete is in de jaren '80 begonnen aan zijn reeds veelbesproken opmars.⁹⁰ De redenen daarvoor hadden te maken met het bekende handhavingstekort van bestuursrechtelijke en vooral ordeningswetgeving: het strafrechtelijk apparaat was niet meer in staat overtredingen van deze wetgeving in voldoende mate aan te pakken. Men kwam daarbij tot de overtuiging dat dit handhavingstekort niet alleen met een versterking van dit strafrechtelijk apparaat kon worden ingedamd, maar dat vooral het bestuursrecht een helpende hand zou kunnen bieden. Immers, van oudsher kende het bestuursrecht eigen sancties als bestuursdwang en, recenter, de last onder dwangsom. Een van de voordelen van deze sancties was dat het bestuur zelf degene was die deze sancties kon opleggen. Indien dit arsenaal zou worden uitgebreid met een ook door het bestuur op te leggen 'bestuurlijke boete', kon het strafrechtelijk apparaat worden ontlast terwijl de overtredingen wel werden aangepakt. Daarbij werden als meer specifieke argumenten genoemd dat op deze wijze werd benadrukt dat het bestuur zelf ook een verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving, dat de handhaving van bepaalde overtredingen een bijzondere deskundigheid vraagt waarbij het niet lonend is deze in het strafrechtelijk apparaat op te bouwen, dat de geringe ernst van sommige overtredingen inzet van het strafrecht niet rechtvaardigt en dat het bestuursrecht, beter dan het strafrecht zou zijn ingesteld, op het afdoen en nemen van een groot aantal routinebeslissingen. Dit alles leidde tot de situatie dat men de bestuurlijke boete min of meer ging zien als een soort Haarlemmerolie in handhavingsland. De wetgeving waarin de bestuurlijke boete inmiddels als sanctie-instrument is geïntroduceerd, is inmiddels zeer omvangrijk.⁹¹

De bestuurlijke boete kan worden aangemerkt als de verplichting die door het bestuur aan iemand wordt opgelegd tot de betaling van een geldsom aan de overheid wegens het overtreden van een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift. Of, zoals in artikel 5:40 lid 1 Awb wordt gesteld: 'Onder een bestuurlijke boete wordt verstaan: de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom'. Een bestuurlijke sanctie is dan blijkens art. 5:2 lid 1 Awb een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.

90. Vgl. F.C.M.A. Michiels, De bestuurlijke boete in opmars, oratie VU 1994.

91. Zie voor een overzicht A.R. Hartmann, Bestuursstrafrecht, Delikt en Delinkwent 2008, p. 523-528 en Delikt en Delinkwent 2009, p. 488-493.

Kenmerkend bij de oplegging van de bestuurlijke boete is derhalve dat het een bestuurlijke sanctie is die wordt opgelegd door een bestuursorgaan. In wetgeving waarin de bestuurlijke boete wordt ingevoerd vindt toekenning van de boetebevoegdheid plaats aan een bepaald bestuursorgaan, veelal het bestuursorgaan dat ook is belast met de uitvoering van de betreffende voorschriften. Voorafgaand aan het boetebesluit heeft dan door datzelfde bestuurorgaan – zij het dat dit gelet op het uitgangspunt van functiescheiding wel een ander onderdeel daarbinnen kan zijn – een boete-onderzoek plaatsgevonden. Hierin lijkt de oplegging van een bestuurlijke boete in beginsel te verschillen van de strafrechtelijke sanctionering. In het strafrecht is het in de regel zo dat de beslissende bevoegdheid tot het opleggen van een geldboete aan de strafrechter is toebedeeld. Inmiddels is deze situatie veranderd. Door de invoering van de Wet OM-afdoening is het bestraffingsmonopolie van de strafrechter doorbroken door het toebedelen van een zelfstandige sanctiebevoegdheid aan (onder andere) het Openbaar Ministerie.⁹² De officier van Justitie mag op grond van deze wet zelfstandig strafbeschikkingen aan verdachten van strafbare feiten uitvaardigen, waarbij hij verschillende sancties (straffen en maatregelen) mag toepassen. In de regel zullen dat in de praktijk boetes zijn. Echter, deze wet vindt momenteel nog slechts op beperkte schaal uitvoering en zal verder fasegewijs worden geïmplementeerd. Desalniettemin heeft deze wet er wel voor gezorgd dat een kenmerkend verschil tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is verdwenen.

In de Notitie over de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving – een notitie in het kader van de totstandkoming van de Wet OM-afdoening – wijst de minister van Justitie echter op een ander verschil.⁹³ Hij wijst op het ontbreken binnen de bestuursrechtelijke handhaving van een centraal gezag, zoals dat binnen de strafrechtelijke handhaving wordt uitgeoefend door het Openbaar Ministerie. Die centrale rol van het Openbaar Ministerie bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, die wettelijk is verankerd in artikel 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie, komt niet alleen tot uitdrukking in de zorg voor onderlinge afstemming bij de oplegging van straffen, maar ook in haar taak bij het strafrechtelijk onderzoek, in het bijzonder indien dwangmiddelen moeten worden toegepast waarmee meer of minder ingrijpende inbreuken worden gemaakt op fundamentele rechten.

Een laatste verschil waar vaak op wordt gewezen is dat de oplegging van een bestuurlijke boete in de regel als een ‘lichtere’ sanctie wordt beschouwd dan strafrechtelijke sanctionering. Dat is nader beschouwd evenwel maar ten dele het geval. Het is het geval waar het gaat om het verschil tussen een strafrechtelijke vrijheidsstraf en een bestuurlijke boete. Voor zover het gaat om strafrechtelijke geldstraffen is dit geopperde verschil echter kwestieus. Ook oplegging van hoge bestuurlijke boetes is mogelijk, bijvoorbeeld in het mededingingsrecht en het recht in zake toezicht op financiële markten. Wel zou kunnen worden gesproken van een accentverschil.⁹⁴ Zo is het strafrecht – in klassieke zin – in het algemeen rechtstreeks op de bescherming van rechtsgoederen gericht, terwijl de dit voor de bestuurlijke boete in het algemeen slechts indirect, via bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen, het geval is. Bröring stelt tegen deze achtergrond dat *grosso modo* kan worden gesteld dat het bij bestuurlijke boetes om lichtere – en eenvoudiger, althans eenvoudiger vast te stellen – overtredingen gaat dan bij strafrechtelijke sanctionering het geval is.⁹⁵

92. De Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 330 (Wet OM-afdoening).

93. Kamerstukken II 2005-2006, 29 849, nr. 30, p. 2-3.

94. Vgl. H. Bröring, De bestuurlijke boete, Kluwer, Deventer 2005, p. 13.

95. Bröring, a.w., p. 13.

Naast het bestaan van deze (minieme) verschillen moet worden vastgesteld dat de overeenkomsten tussen de oplegging van bestuurlijke boetes en strafrechtelijke sanctionering door middel van een geldboete groot zijn. Bij de bestuurlijke boete gaat het om een sanctie – een reactie op een overtreding – met een bestraffend karakter. De boete is bedoeld om de overtreder te straffen. Leedtoevoeging, speciale en generale preventie zijn de functies ervan. Hierin onderscheidt de bestuurlijke boete zich enerzijds van zijn bestuursrechtelijke collega's bestuursdwang en last onder dwangsom – welke immers sancties zijn gericht op de beëindiging van de overtreding en mitsdien een reparatoir karakter hebben – maar anderzijds is de bestuurlijke boete van aard niet anders dan de strafrechtelijke geldboete. Het is ook het bestraffende, punitieve karakter van de bestuurlijke boete dat meebrengt dat artikel 6 EVRM, voor zover dat waarborgen verleent aan 'degene tegen wie een strafvervolging is ingesteld', van toepassing is op de bestuurlijke boete, ook al betreft het hier geen strafrecht. Immers, artikel 6 EVRM geeft rechten en waarborgen voor degene tegen wie een 'strafvervolging' (in de authentiek Engelse tekst 'criminal charge') is ingesteld. Dit begrip is blijkens vaste jurisprudentie van het EHRM een autonoom begrip.⁹⁶ Dit betekent dat het voor de toepasselijkheid van de door artikel 6 EVRM gegarandeerde rechten en waarborgen – recht op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, het legaliteitsbeginsel, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht van de beschuldigde, het ne bis in idem beginsel en een aantal rechten van de verdediging – niet van belang is of een bepaalde sanctie naar nationaal recht als strafrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt gekwalificeerd. Beslissend is slechts of de sanctie materieel het karakter van een straf heeft. Inmiddels is voor Nederland wel duidelijk en onomstreden dat het opleggen van een bestuurlijke boete een 'strafvervolging' ('criminal charge') in de zin van artikel 6 EVRM oplevert. Dit betekent derhalve onder meer dat de waarborgen van dit artikel bij de oplegging van bestuurlijke boetes beginnen te werken vanaf het moment dat sprake is van deze strafvervolging. Ook betekent het feit dat, zoals de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Awb het zegt, 'de omstandigheid dat het opleggen van een bestuurlijke boete in essentie niet verschilt van het opleggen van een straf', dat allerlei onderwerpen die van oudsher in het strafrecht een regeling kennen relevantie zouden kunnen hebben voor de oplegging van bestuurlijke boetes.⁹⁷

De bestuurlijke boete, zo kunnen we vaststellen, heeft dus overeenkomstige karaktertrekken met de strafrechtelijke sanctionering in geval van geldboetes, maar is op enkele onderdelen – ofschoon miniem – ook daarvan te onderscheiden. Dit maakt mede dat de zojuist genoemde relevantie van onderwerpen, die van oudsher in het strafrecht een regeling hebben, soms ook beperkt is. Gelet op het karakter van de bestuurlijke boete en de toepassing van dit instrument spelen dan ook een aantal strafrechtelijke leerstukken geen rol. Daarbij kan worden gedacht aan zaken als beboetbaarheid van voorbereidingshandelingen, poging, consecutieve deelnemingsconstructies en vraagstukken van opzet en schuld.⁹⁸

96. O.m. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223, m.nt. Meeuwissen (Engel), EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema (Öztürk) en EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 496, m.nt. Alkema (Bendenoun).

97. Vanuit deze invalshoek wordt het deel van het bestuursrecht waarin bestuursorganen bevoegd zijn tot het opleggen van bestraffende sancties, in het bijzonder boetes, en dat als gevolg van het bestraffende karakter van de sancties specifiek wordt genormeerd, ook wel omschreven als 'bestuursstrafrecht'. Zie A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van bestuursstrafrecht*, (diss deel I EUR), Deventer 1998.

98. Vgl. Toelichting Voorontwerp Vierde tranche Awb, p. 80.

4.4.2 In hoeverre zijn de argumenten voor strafrechtelijke immuniteit valide waar het betreft de oplegging van bestuurlijke boetes?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat de bestuurlijke boete duidelijke strafrechtelijke trekken vertoont, maar niet geheel gelijk kan worden gesteld aan strafrechtelijke sanctieering met een geldboete. Dit betekent dat we niet zonder meer de argumenten voor en tegen strafrechtelijke immuniteit naar de bestuurlijke boeteoplegging kunnen overhevelen. Laten we daarom de argumenten die in het algemeen worden gehanteerd om strafrechtelijke immuniteit te bepleiten – waar als eerder gezegd op zichzelf ook al wel het een en ander is af te dingen – bezien op hun relevantie en validiteit voor de oplegging van bestuurlijke boetes.

Het machtenscheidingsargument gaat voor immuniteit voor bestuurlijke boeteoplegging niet op. Het is immers niet de rechter die sanctioneert, maar het bestuur zelf. De uiteindelijke toetsing door de bestuursrechter van de opgelegde boetebeschikking voor wat betreft de vraag of een boete had mogen worden opgelegd is als gezegd bij discretionaire boetebevoegdheden een terughoudende.⁹⁹ Maar ook bij een eventueel argument tegen bestuurlijke beboeting van de overheid gebaseerd op de Triasleer, mogelijk onder verwijzing naar een ruimere rechterlijke toetsing en bestaande mogelijkheden tot boete-oplegging na vernietiging (via artikel 8:72a Awb), kan een argument voor immuniteit van de overheid worden gerelativeerd door te wijzen op de omstandigheid dat controle door de civiele rechter of de bestuursrechter van overheidshandelen in deze niet als een belemmering wordt gezien.

Ook het aanverwante argument dat strafvervolgning betrokkenheid van de minister van Justitie impliceert en diens positie als lid van het kabinet compliceert en daardoor de eenheid van de regering of het regeringsbeleid aantast, speelt bij bestuurlijke boetes niet of nauwelijks een rol. Immers, de rol van deze minister, die bij het OM natuurlijk significant is, is bij oplegging van bestuurlijke boetes in het geheel niet geïmpliceerd. Het voorbeeld van de boete op grond van de Arbeidsomstandighedenwet maakt dit zonneklaar. De verantwoordelijke minister is hier de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit voorbeeld maakt wel duidelijk dat het zo kan zijn dat de een bepaalde minister verantwoordelijk is voor het opleggen van een bestuurlijke boete aan een onderdeel van de Staat, dat behoort tot een ander ministerie. Dat maakt evenwel nog niet dat gezegd kan worden dat daarmee de positie van die minister als lid van het kabinet wordt gecompliceerd of dat de eenheid van de regering of het regeringsbeleid wordt aangetast.

Het argument dat strafvervolgning van de overheid betekent dat de overheid zichzelf vervolgt en straft speelt bij bestuurlijke boetes net zo min als bij strafrechtelijke vervolging. Evenals bij strafvervolgning geldt hier immers dat het gaat om verschillende ambten of entiteiten: de boete wordt opgelegd door een afzonderlijk bestuursorgaan – bijvoorbeeld in het geval van overtreding van de Arbeidsomstandighedenwetgeving de toezichthoudende ambtenaar ex art. 24 Arbeidsomstandighedenwet 1998 – aan de overtreder, de Staat als werkgever. Of daar ook nog een rechterlijke instantie aan te pas komt, hangt als eerder gezegd af van de stappen die deze werkgever al dan niet tegen de boete onderneemt.

Het argument dat het opleggen van een geldboete louter symbolisch is, omdat er geen daadwerkelijke vermogensoverdracht plaatsvindt, geldt ook voor bestuurlijke boetes, maar hier kan hetzelfde tegen in worden gebracht als tegen het strafrechtelijk sanctioneren van de overheid. Ook hiervoor geldt dat het opleggen van een bestuurlijke boete

99. De toetsing van de hoogte van de opgelegde boete is wel vol.

aan de overheid een normbevestigende functie en een preventieve en symbolische werking kan hebben, die bewerkstelligd dat de overheid zich na correctie beter reken-schap geeft van zijn voorbeeldfunctie in het maatschappelijk verkeer.

Ten slotte het argument van de doorkruising van politieke en bestuurlijke controleme-
chanismen. Dit argument heeft ook een zekere relevantie bij bestuurlijke beboeting
van de overheid, maar hier kunnen dezelfde argumenten tegenin worden gebracht als
reeds eerder aangehaald. Niet alleen zijn inhoudelijk vraagtekens te stellen bij de ef-
fectiviteit van de politieke verantwoordingsmogelijkheden en de bestuurlijke toe-
zichtmechanismen, ook hebben deze mechanismen geen gelijkwaardige functie en
werking. Daarbij wordt enkel feitelijk handelen beboet, hetgeen juist als normerende
en normstellende sanctie de mogelijkheden van politieke verantwoording en bestuur-
lijk toezicht van dienst kan zijn.

Concluderend, de argumenten tegen strafrechtelijke immuniteit van de overheid blij-
ken evenzo op te gaan voor bestuurlijke bestraffing door middel van bestuurlijke boe-
tes. Bij beide wijzen van handhaving lijkt er geen hard valide argument meer te hante-
ren als het op bestraffing van de overheid aan komt.

5. Afronding

In onze bijdrage aan de conferentie 'De Aangesproken Staat: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid', hebben wij aan de hand van verschillende bronnen een antwoord trachten te formuleren op verschillende vragen rondom de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Na in kaart te hebben gebracht wat de ontwikkeling is geweest - in wetgeving en rechtspraak - die heeft geleid tot de huidige stand van zaken als het gaat om de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke immuniteit, is uiteindelijk een analyse gemaakt van de voor- en tegenargumenten in deze. Opmerkelijk daarbij is dat - los van de argumenten tegen de wijze waarop de immuniteit van de overheid in het strafrecht is vormgegeven en uitwerkt - alle meer algemene immuniteitsargumenten in wezen gebaseerd zijn op mogelijke systematische en paradoxale situaties die zich bij de bestraffing van de overheid zouden kunnen voordoen. Op grond van het voorgaande blijkt dat noch het zijn van overheidsorgaan op zich, noch het uitvoeren van een specifieke bestuurstaak waarbij het algemeen belang voorop staat, de niet-vervolgbaarheid of niet-beboetbaarheid van de overheid zouden kunnen rechtvaardigen. De bestraffing van de overheid is bij nader inzien geen overspannen constructie. Daarom concluderen wij dat de opheffing van de strafrechtelijke immuniteit en een mogelijke afgeleide bestuursrechtelijke immuniteit van de overheid in geval van bestuurlijke bestraffing, mede in het licht van de legitimiteit van het overheidsoptreden en de rechtsgelijkheid een realistische overweging lijkt. Ons inziens is het dan aan de wetgever deze overweging concreet te maken. Invoering van een regeling zoals voorzien in het initiatief-wetsvoorstel zou daarvoor een geëigend middel kunnen zijn.