

Bestrafing van de overheid: stand van zaken sinds 2010

mr. dr. A.P.W. Duijkersloot¹

Bestrafing van de overheid door de overheid is aan belangrijke beperkingen onderworpen. Sinds de beroemde Volkel- en Pikmeer-arresten geniet de overheid (gedeeltelijke) immuniteit. Sinds 2010 hebben zich enkele belangwekkende ontwikkelingen voorgedaan op dit terrein, zowel waar het betreft wetgeving als rechtspraak. Waar het betreft wetgeving gaat dit om het uiteindelijk sneuvelen van het jarenlang hangende initiatiefwetsvoorstel tot opheffing van immuniteit in de Eerste Kamer eind 2015. Op het terrein van de rechtspraak betreft dit een aantal recente uitspraken waarin de Volkel en Pikmeer-lijn wordt toegepast en bevestigd, uitspraken van hof en Hoge Raad inzake het al dan niet vervolgen van de Minister van Financiën voor een ambtsmisdrif (dit naar aanleiding van een aangifte van de president van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden), alsook de toenemende betekenis van het EVRM. Dit laatste zal gevolgen hebben voor de mogelijkheid van toepassing van de Volkel- en Pikmeer-lijn in de toekomst.

1. Inleiding

De overheid heeft zoals bekend een uitgebreid scala aan bevoegdheden om normovertredingen door burgers te bestraffen. Dit kan met name door inzet van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties. In deze bijdrage wordt evenwel ingegaan op recente ontwikkelingen op het terrein van bestrafing door de overheid van de overheid zelf. De vraag of ook de overheid zelf, indien zij normen overtreedt, voorwerp kan zijn of moet kunnen zijn van oplegging van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sancties is niet eenduidig te beantwoorden. Vast staat dat sinds de bekende Volkel- en Pikmeer II-jurisprudentie door de rechter aan de overheid een bijzondere positie is toegekend: de publiekrechtelijke rechtspersoon geniet strafrechtelijke immuniteit. Decentrale overheden – de Hoge Raad spreekt in *Pikmeer II* van de openbare lichamen bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet, hetgeen zijn gemeenten, provincies, waterschappen en andere openbare lichamen – komen daarvoor in aanmerking wanneer zij ‘exclusieve bestuurstaken’ uitvoeren.² In de meer specifieke bewoordingen van de Hoge Raad in *Pikmeer II* gaat het er dan om dat strafrechtelijke vervolging van deze rechtspersonen alleen is uitgesloten 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.’³

Of voor *bestuursrechtelijke* punitieve sancties in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder – welke naar zijn doel en aard niet wezenlijk verschilt van een strafrechtelijke geldboete en evenzeer een ‘criminal charge’ is in de zin van art. 6 EVRM – deze Pikmeer-immuniteit voor *decentrale overheden* ook geldt, is door de Afdeling bestuursrechtspraak in een aantal uitspraken tot 2010 uitdrukkelijk in het midden gelaten.⁴ Reden daarvoor was dat in de gevallen waarover de Afdeling diende te oordelen, zelfs als de Pikmeer-lijn van toepassing zou zijn, een beroep daarop gelet op de omstandigheden van het geval sowieso geen kans van slagen had. Voor zover het gaat om immuniteit van de Staat voor bestuursrechtelijke punitieve sancties, kon uit de rechtspraak worden afgeleid dat deze niet aanwezig is in situaties waarin de wetgever zich duidelijk in positieve zin over de beboetbaarheid van de Staat had uitgelaten.⁵ In hoeverre dit ook zou gelden in andere situaties bleef evenwel onduidelijk.

In een preadvies voor de Staatsrechtkring in 2009 is door schrijver dezes samen met Arthur Hartmann uitvoerig op deze materie ingegaan.⁶ Sinds-

1. Ton Duijkersloot is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht.

2. HR 25 januari 1994, NJ 1994/598, m.nt. Corstens (*Volkel*) en HR 6 januari 1998, NJ 1998/367, m.nt. De Hullu (*Pikmeer II*).

3. Als aan dit criterium niet is voldaan, kan de rechter eventueel straffeloosheid aannemen op grond van de omstandigheid dat de uitvoering van een publieke taak de gedraging rechtvaardigde, aldus de Hoge Raad in *Pikmeer II*.

4. ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2782 en ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0232.

5. Zie m.n. HR 3 maart 1998, VR 1998, 130 en Rb. Den Haag 19 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH6961. Het betrof hier de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) resp. de Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

6. A.P.W. Duijkersloot & A.R. Hartmann, ‘De aansprakelijkheid van de overheid; een overspannen con-

dien hebben zich enkele belangwekkende ontwikkelingen voorgedaan op het terrein van wetgeving en rechtspraak. Deze zijn onderwerp van deze bijdrage. Waar het betreft wetgeving gaat dit om het uiteindelijk sneuvelen van het jarenlang hangende initiatief-wetsvoorstel tot opheffing van immuniteit in de Eerste Kamer eind 2015 (par. 3).⁷ Op het terrein van de rechtspraak betreft dit een aantal recente uitspraken waarin de Pikmeer-lijn wordt toegepast, uitspraken van hof en Hoge Raad inzake het al dan niet vervolgen van de Minister van Financiën voor een ambtsmisdrijf (dit naar aanleiding van een aangifte van de president van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden), alsook de toenemende betekenis van het EVRM (par. 4). Begonnen wordt met een korte introductie van de achtergronden bij de discussie over de immuniteit van de overheid voor strafvervolging en sanctionering.

2. Immuniteit van de overheid voor strafvervolging en sanctionering?

Het is hier niet de plaats uitgebreid in te gaan op de fundamentele discussie die sinds de jaren '70 van de vorige eeuw is gevoerd over de argumenten voor en tegen de mogelijkheid van strafvervolging van de overheid.⁸ Een korte inventarisatie van de argumenten pro en contra leert het volgende. De belangrijkste argumenten vóór de mogelijkheid van strafvervolging zijn in het debat steeds geweest het gelijkheidsbeginsel (waarom zou de burger wel en de overheid niet strafbaar kunnen zijn) en de geloofwaardigheid en legitimiteit van de overheid (voorbeeldfunctie). Als belangrijk argument tegen de mogelijkheid van strafvervolging werd met name opgevoerd het primaat van de politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen. Langs deze weg diende correctie van mogelijk strafbaar handelen plaats te vinden. Voor wat betreft de Staat is de relevantie van dit argument ook uitdrukkelijk door de Hoge Raad erkend in het *Volkel*-arrest.⁹ Een ander argument tegen strafvervolging, en dan met name ook die van de Staat, was de ondeelbaarheid van de regering. Vanuit de gedachte dat het OM als orgaan van de Staat strafvervolging instelt, zou vervolging van de Staat neerkomen op de Staat die zichzelf vervolgt. Dit zou meer concreet betekenen dat de Minister van Justitie, verantwoordelijk

structie bij bestrafing? Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in perspectief', *Publicaties Staatsrechtkring* 2009.

7. Zie hierover Hans Peters, 'Wordt niet vervolgd.....Over vervolging van overheden en het wetsontwerp-Wolfsen als gemiste kans', *NTB* 2016/1, p. 1-4.

8. Zie hierover o.m. Duijkersloot & Hartmann, a.w., p. 31-40, A. Hartmann, 'Otapan en de verantwoordelijke Staat: voorbij de strafrechtelijke immuniteit?', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance*, januari 2012, p. 5-13 en E. van Sliedregt, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' *Preadvies NJV* 2013-1, p. 147-148, alsmede de daar aangehaalde literatuur.

9. Zie r.o. 6.1. e.v.

voor het handelen van het OM, een ander lid van het kabinet, onder wiens verantwoordelijkheid de betrokken gedraging heeft plaatsgevonden, zou aanklagen wegens overtreding van de strafwet. Ook werd gewezen op het meer praktische vestzak-broekzak argument. Een uiteindelijk opgelegde boete zou door de Staat aan zichzelf moeten worden betaald. In het verlengde daarvan werd de vraag opgeworpen of de Staat een straf tegen zichzelf zou kunnen executeren.

Voor *decentrale overheden* zijn deze argumenten tegen strafvervolging niet allemaal evenzeer relevant. Zo werd het argument betreffende het primaat van de politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen door de Hoge Raad expliciet niet valide geacht, waar in *Pikmeer II* werd overwogen dat het vervolgen van decentrale overheden op zichzelf niet strijdig is met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voor zover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Beide stelsels nemen een eigen plaats in. Ook het argument van zelfvervolging en het vestzak-broekzak argument hebben voor decentrale overheden een beperkte relevantie. Uiteindelijk heeft dit debat mede geleid tot de ontwikkeling in de rechtspraak, die de hierboven in de inleiding reeds aangeduide 'status quo' heeft opgeleverd, van een strafrechtelijke immuniteit voor de Staat en een beperkte immuniteit voor decentrale overheden.¹⁰

Waar het betreft immuniteit voor *bestuursrechtelijke sancties* heeft dit debat mede geresulteerd in jurisprudentie die deze immuniteit voor herstelsancties niet erkent en voor punitieve sancties, in het bijzonder de bestuurlijke boete, soms ook lijkt af te wijzen, maar meestal in het midden laat.¹¹ We zullen straks bezien of deze status quo in de rechtspraak op grond van recente ontwikkelingen aan wijzigingen onderhevig is of kan gaan worden. Eerst aandacht voor de rol van de wetgever.

3. Het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit

Het wetsvoorstel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de overheid had als geestelijke vader het voormalig Tweede Kamerlid Wolfsen. In april 2006 diende hij een initiatief-wetsvoorstel in tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen.¹² Na het vertrek van Wolfsen uit de Tweede Kamer om burgemeester van Utrecht te worden, is de verdediging van het voorstel ter hand genomen door de Kamerleden Heerts, Smilde en Anker, later, na vertrek uit de Kamer van Heerts en Anker, door de leden Recourt, Smilde en Schouten

10. *Handelingen II* 2012/12, 93.

11. Zie Duijkersloot en Hartmann, a.w., p. 21-30.

12. *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, nrs. 1-3.

en weer later door de leden Recourt, Oskam en Segers. Deze wisselingen vormen een mooie illustratie van de lange weg die het voorstel heeft moeten gaan om uiteindelijk in juni 2013 door de Tweede Kamer te worden aangenomen.

Kern van het voorstel was dat het expliciet duidelijk maakte dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met natuurlijke personen en andere privaatrechtelijke rechtspersonen voorwerp van strafvervolgning kunnen zijn, ook indien het de centrale overheid betreft en ook indien het gaat om exclusieve bestuurstaken. Hiervoor zou een nieuw art. 51 lid 3 Sr moeten zorgen. Op 8 december 2015 is het wetsvoorstel evenwel door de Eerste Kamer – met één stem verschil – verworpen.

In het afsluitende debat passeerden alle argumenten voor en tegen weer de revue, waarna uiteindelijk VVD, CDA, D66, SGP en OSF tegenstemden.¹³ Voor de VVD was doorslaggevend dat strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen, met alle complicaties van dien, niet nodig werd geacht naast de al bestaande politiek-bestuurlijke en (civiel- en bestuurs)rechtelijke verantwoordingsmechanismen. Ook D66 was niet overtuigd van de noodzaak om met de wetwijziging een inbreuk te maken op de bijzondere positie van de overheid en de bestaande democratische verantwoordingsstructuren. Het belang achter het wetsvoorstel was volgens D66 vooral normatief, zo niet moralistisch, zich richtend op de voorbeeldfunctie van de overheid, hetgeen een te magere onderbouwing werd geacht om eerdergenoemde inbreuk te rechtvaardigen. Ook het CDA vond dat aan de eigen positie van de overheid onvoldoende recht werd gedaan en dat het systeem van democratische verantwoording werd doorkruist. Ook het in het geding raken van de eenheid van de Kroon speelde een rol. De effectiviteit en de noodzaak van het voorstel waren onvoldoende: wat schieten burger en samenleving nu eigenlijk met dit voorstel op, zo vroeg het CDA zich af. De bijzondere positie van de overheid en de doorbreking van de bestaande verantwoordingsstructuren waren ook redenen voor de SGP om het voorstel af te wijzen. De OSF ten slotte wees met name op reeds bestaande mogelijkheden tot vervolging en de inconsequentie van de overheid die zichzelf wil vervolgen.

Al met al het treurig einde van een wetsvoorstel dat bijna tien jaar bij Tweede en Eerste Kamer in behandeling is geweest. Resultaat van dit alles is in ieder geval dat de bestaande situatie, met name vormgegeven door de rechtspraak, wordt gecontinueerd. In de volgende paragraaf daarom aandacht voor recente ontwikkelingen in deze rechtspraak.

4. Recente jurisprudentie

4.1. Toepassing *Volkel* en *Pikmeer II* sinds 2010

Waar het gaat om het *strafrecht* is in de afgelopen vijf jaar de *Pikmeer*-lijn door de rechter op *decentrale overheden* een beperkt aantal malen toegepast. Gewezen kan worden op de zaak *Stichtse Vecht*.¹⁴ De gemeente Stichtse Vecht werd door het OM vervolgd voor dood door schuld, nadat op de openbare weg een dodelijk ongeval had plaatsgevonden. Het OM achtte de gemeente strafrechtelijk aansprakelijk voor de dood van een motorrijdster en haar passagier. Deze waren ten gevolge van hobbels in de weg – veroorzaakt door boomwortels die onder het wegdek groeiden – ten val gekomen en onder een tegemoetkomende vrachtwagen gekomen. De rechtbank oordeelde, verwijzend naar *Pikmeer*, dat de gemeente met betrekking tot de ten laste gelegde gedragingen geen immunitieit toekomt. De gemeente zou als wegbeheerder hebben nagelaten voldoende onderhoud te plegen door onvoldoende zorg te dragen voor een geëgaliseerd wegdek en zou hebben nagelaten zodanige (verkeers)maatregelen te nemen dat de veiligheid van weggebruikers op die weg was gewaarborgd. Vervolgens werd de gemeente vrijgesproken ter zake van het nalaten van wegonderhoud, maar wel veroordeeld voor het nalaten tot het nemen van verkeersmaatregelen en kreeg zij een geldboete opgelegd van € 22.500,- waarvan € 7.500,- voorwaardelijk.

Ook de *Probo Koala*-zaak heeft veel aandacht gekregen.¹⁵ Deze zaak betrof het oliebedrijf Trafigura dat in 2006 het schip *Probo Koala* exploiteerde om giftig afval te laten verwerken in de Amsterdamse haven. Vanwege de stank die vrijkwam tijdens het overpompen van de afvalstoffen verleende de gemeente Amsterdam toestemming aan het bedrijf Amsterdam Port Services B.V. om het afval weer terug te pompen in het schip. De *Probo Koala* vertrok vervolgens naar Ivoorkust waar het afval illegaal werd gedumpt, met alle verstrekende gevolgen van dien. Volgens de Hoge Raad had het hof kunnen oordelen dat het verlenen van toestemming aan Amsterdam Port Services B.V. tot het terugpompen van afvalstoffen naar het schip *Probo Koala*, althans het gedogen van overtreding van art. 10:37 Wet milieubeheer, plaatsvond in het kader van de uitvoering van een aan de gemeente opgedragen, exclusieve overheidstaak, zodat de gemeente ter

13. *Handelingen I* 2015/16, 5-7.

14. Rechtbank Utrecht 10 december 2012, ECLI:RBUTR:2012:BY5595, *Gst.* 2013/23, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*). Zie R. Rijnhout, E. Sikkema & W. de Zanger, 'Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen: de zaak Stichtse Vecht', *RMT* 2014-1, p. 10-25 en E.F. Verheul, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de wegbeheerder', *Verkeersrecht* 2013, p. 361-368.

15. HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765, *JIN* 2013/184, *NJB* 2013/2138, *RvdW* 2013/1171, *M en R* 2014/10 m nt. H.J.A. van Ham, *NJ* 2014/241 m.nt. J.M. Reijntjes, *VA* 2014/13 (*Probo Koala*).

zake niet aansprakelijk kon worden gesteld en het OM niet-ontvankelijk was in de vervolging. Een interessante kwestie die in deze zaak ook speelde betrof de door het OM opgeworpen vraag of de Pikmeer-regel niet buiten toepassing moest blijven gelet op rechtspraak van het EHRM inzake zgn. positieve (preventieve) verplichtingen die voor de overheid zouden kunnen voortvloeien uit rechten opgenomen in het EVRM, zoals de bescherming van het recht op leven in art. 2.¹⁶ In casu zag de Hoge Raad geen probleem, maar het belang van het principiële antwoord op deze vraag is groot. In par. 4.3 wordt nader op de betekenis van het EVRM ingegaan.

De immuniteit van de Staat is bevestigd door het hof Den Haag in de zaak *Otapan*.¹⁷ Deze zaak betrof het beklag van Greenpeace tegen de beslissing van het OM om niet tot vervolging van de Staat over te gaan ter zake van mogelijk strafbare feiten die zouden zijn begaan in verband met de overbrenging van het schip de *Otapan* naar Turkije. Dit werd door het hof afgewezen, onder verwijzing naar het feit dat *Pikmeer II* alleen geldt voor decentrale overheden en de Volkel-rechtspraak voor de Staat nog steeds geldt.

Voor wat betreft een vergelijkbare immuniteit van de overheid voor de oplegging van *bestuursrechtelijke* punitieve sancties is de situatie zoals deze bestond voor 2010 door recente rechtspraak niet verhelderd. Rechtspraak waarin wel de knoop wordt doorgehakt over de principiële toepasselijkheid van de Pikmeer-lijn voor *decentrale overheden* is er niet. Waar het gaat om de immuniteit van de Staat kan alleen worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling uit 2010. Hierin bevestigt de Afdeling het oordeel van de rechtbank en maakt duidelijk dat in deze zaak betreffende Wav-boetes geen immuniteit voor de Staat geldt.¹⁸ Of dit ook zou gelden voor andere rechtsterreinen, in situaties waarin de wetgever zich niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de mogelijkheid van boeteoplegging aan de Staat, blijft evenwel de vraag.

4.2. Vervolging van de Minister en/of Staatssecretaris van Financiën?

Een geruchtmakende zaak betrof de aangifte die de president van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 11 november 2014 heeft gedaan tegen het Ministerie van Financiën.¹⁹ Aanleiding daarvoor was de verdenking dat twee ambtenaren van de Belastingdienst door of namens hun werkgever geïnstrueerd

waren als getuigen te zwijgen waar het ging om het bekendmaken van de naam van de tipgever in de bij het hof aanhangige belastingzaak. Blijkens de aangiftebrief was door genoemde ambtenaren ter zitting verklaard dat dit een instructie betrof van het ministerie, via de landsadvocaat. Het hof had geoordeeld dat de getuigen wel verplicht waren om de vragen naar deze informatie te beantwoorden. Dit leidde de president tot het doen van aangifte wegens verdenking van het plegen van het misdrijf als bedoeld in art. 162 Sv. Op grond van deze bepaling zijn openbare colleges en ambtenaren die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een misdrijf met de opsporing waarvan zij niet zijn belast, verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen, indien het onder andere gaat om een ambtsmisdrijf als bedoeld in titel XXVIII van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. In dit geval betrof dit blijkens de aangiftebrief artikel 285a Sr. Op grond van deze bepaling wordt hij die opzettelijk mondeling, door gebaren, bij geschrift of afbeelding zich jegens een persoon uit, kennelijk om diens vrijheid om naar waarheid of geweten ten overstaan van een rechter of ambtenaar een verklaring af te leggen te beïnvloeden, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat die verklaring zal worden afgelegd, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

In deze zaak is de aangifte gedaan tegen het ministerie. De reden daarvoor zal zijn dat niet duidelijk was voor het hof van wie de betreffende instructie afkomstig was. Betrof dit een (hoge) ambtenaar, ging het om de staatssecretaris, of betrof het de minister? Deze zaak doet daarom de vraag rijzen of, en zo ja hoe, ambtenaren, maar ook een staatssecretaris of minister als hoogstverantwoordelijken op het ministerie, zouden kunnen worden vervolgd voor ambtsmisdrijven. Hoe verhoudt dit zich tot de immuniteits-jurisprudentie?

In die rechtspraak is allereerst duidelijk gemaakt dat, als een publiekrechtelijke rechtspersoon niet kan worden vervolgd, evenmin vervolging kan worden ingesteld tegen ambtenaren (en arbeidscontractanten) in dienst van die rechtspersoon die opdracht hebben gegeven aan de verboden gedraging.²⁰ Feitelijk leiding- en opdrachtgevers delen derhalve in de immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon. Deze immuniteit laat echter onverlet dat een ambtenaar uit hoofde van eigen daderschap kan worden vervolgd en veroordeeld voor het plegen van of deelnemen aan een strafbaar feit. Als hij dit feit heeft begaan in de uitoefening van zijn functie kan daarbij (zelfs) de strafverzwarringsgrond van art. 44 Sr van toepassing zijn. Daarnaast kent het Wetboek van Strafrecht diverse 'ambtsdelicten' die per definitie alleen door een individuele ambtenaar kunnen worden begaan.²¹

16. De eerste uitspraken hierover waren EHRM 28 oktober 1998 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), appl. 23452/94 en EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004AS2641, NJ 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*).

17. Gerechtshof 's Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448. Zie hierover o.m. Hartmann, a.w. 2012

18. ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166, ECLI:NL:RVS:2010:BM4167 en ECLI:NL:RVS:2010:BM4168.

19. <http://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2006257-aangifte-gerechtshof-tegen-ministerie-van-financien.html>.

20. HR 23 april 1996, NJ 1996/513 (*Pikmeer I*).

21. Zie hierover o.a. E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: BJU 2005 en E.

Een staatssecretaris of minister is evenwel geen ambtenaar, maar een ambtsdrager. In zoverre is hetgeen zojuist is opgemerkt voor hen niet van direct belang. Dezelfde gedachte komt evenwel voor hen tot uitdrukking in art. 119 Gw en art. 483 Sv. Staatssecretarissen en ministers – alsook leden van de Staten-Generaal – kunnen zelf in hun functie ambtsmisdrijven plegen en kunnen daarvoor worden vervolgd. Op deze mogelijkheid is in het *Volkel*-arrest juist ook gewezen als bestaand alternatief waarmee vervolging van de Staat zelf zich slecht laat rijmen.²² De procedure voor deze vervolging van ministers en staatssecretarissen – en Kamerleden – is wel een bijzondere en neergelegd in genoemd art. 119 Gw en art. 483 Sv. Het initiatief tot vervolging ligt exclusief in handen van de regering en de Tweede Kamer: alleen zij kunnen besluiten om tot vervolging over te gaan. Doen zij dat dan geldt het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel niet meer. De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad is verplicht om de door de regering of Kamer in een last nauwkeurig omschreven feiten te vervolgen. Zij staan vervolgens terecht voor de Hoge Raad, die in eerste en enige aanleg maar wel met tien raadsheren de zaak behandelt.²³

Een recente uitspraak van de Hoge Raad heeft de kou overigens inmiddels goeddeels uit de lucht gehaald. Op 18 december 2015 heeft de Hoge Raad in het cassatieberoep tegen het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden onder meer beslist dat ambtenaren die tot dezelfde dienst behoren als een belastinginspecteur, zoals de FIOD-ambtenaren, niet kunnen worden gedwongen om informatie prijs te geven die een inspecteur in diezelfde procedure niet wil verstrekken. Deze getuigen waren daarom in deze zaken niet verplicht om de naam van de tipgever bekend te maken.²⁴ Dit is voor de president van het hof Arnhem-Leeuwarden aanleiding geweest de aangifte tegen het ministerie in te trekken.²⁵

4.3. Invloed van rechtspraak van het EHRM

Als gezegd is in de *Probo Koala*-zaak de vraag opgeworpen hoe de immuniteits-jurisprudentie van *Volkel* en *Pikmeer II* zich verhoudt tot rechtspraak inzake positieve verplichtingen van het EHRM. Van belang is met name de rechtspraak met betrekking tot art. 2 EVRM inzake de bescherming

van het recht op leven, die is begonnen met de al gememoreerde zaken *Osman/Verenigd Koninkrijk en Öneriyildiz/Turkije*. Meer recent is deze rechtspraak doorgezet, waarbij ook het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling van art. 3 EVRM een rol is gaan spelen.²⁶

De kern van deze jurisprudentie is het volgende.²⁷ De overheid dient adequaat te reageren in gevallen waarin mensen, onder omstandigheden die mogelijk aansprakelijkheid van de overheid met zich mee kunnen brengen, zijn overleden of aan een direct levensgevaar zijn blootgesteld. Dan dient de overheid de voorzieningen te benutten die de bescherming van het recht op leven dienen en er zorg voor dragen dat iedere inbreuk op dit recht wordt aangepakt en bestraft. Deze adequate reactie hoeft dan niet altijd een strafrechtelijke te zijn. Als de dreigende schending niet-opzettelijk heeft plaatsgevonden is aan deze verplichting voldaan als voor de slachtoffers de mogelijkheid van civielrechtelijk, bestuursrechtelijk of tuchtrechtelijk rechtsherstel bestaat. In gevallen waarin mensen als gevolg van gevaarlijke activiteiten of natuurrampen zijn overleden of in concreet levensgevaar zijn gebracht is een strafrechtelijk onderzoek wel noodzakelijk, ook in gevallen van niet-opzettelijk handelen. Dit onderzoek moet dan onafhankelijk en onpartijdig zijn en aan bepaalde effectiviteits-eisen voldoen. Het niet-vervolgen en bestraffen van overheden kan in deze gevallen een schending van artikel 2 EVRM opleveren, als de aan 'State officials or bodies' toe te rekenen schuld meer is dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid, in die zin dat de betreffende autoriteiten '*fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity*'.²⁸ Deze rechtspraak impliceert derhalve dat in dergelijke gevallen het niet-vervolgen of be-rechten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun feitelijk leiding- en opdrachtgevers vanwege de hen toekomende strafrechtelijke immuniteit een schending kan opleveren van het EVRM. Dit zal echter niet snel het geval zijn. De Nederlandse

Sikkema, 'Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid', *NJB* 2006, p. 1994-2001.

22. R.o. 6.2.

23. Vgl. G. Boogaard en J. Uzman, 'Commentaar op artikel 119 Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2016 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

24. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3604, *BNB* 2016/40, m.nt. Haas.

25. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Arnhem-Leeuwarden/Nieuws/Paginas/Hof-stelt-niet-langer-prijs-op-vervolging-in-tipgeverszaak.aspx>

26. Zie o.a. EHRM 20 maart 2008, AB 2008/206, m.nt. Bar-kuysen en Van Emmerik (*Budajeva/Rusland*), EHRM 14 februari 2012, nr. 92-96/06 (*Shumkova/Rusland*), EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05 (*Kolyadenko/Rusland*), EHRM 24 april 2012, nr. 19202/03 (*Iliya Petrov/Bulgarije*), EHRM 18 december 2012, nr. 13904/07 (*Kudra/Kroatië*) en EHRM 13 december 2012, nr. 62120/09 (*Volk/Slovenië*). Zie hierover o.a. D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad*, juli 2012, p. 185-194. De rechtspraak inzake positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM, begonnen met de uitspraken EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López Ostra/ Spanje*) en EHRM 19 februari 1998, nr. 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*) is voor deze kwestie niet relevant.

27. Hierbij zij opgemerkt dat niet iedereen precies dezelfde consequenties uit de EHRM rechtspraak afleidt. Vgl. Van Sliedregt, a.w., p. 164-177 en de daar aangehaalde literatuur.

28. Aldus het EHRM in *Öneriyildiz en Kolyadenko*.

immunitie-rechtspraak lijkt daarom vooral problematisch in die, waarschijnlijk vrij zeldzame, gevallen waar door ernstige nalatigheid van de betrokken overheidsinstanties dodelijke slachtoffers vallen of burgers (binnen de context van gevaarlijke situaties) aan levensbedreigende risico's worden blootgesteld.²⁹

De Hoge Raad, en in eerdere instantie het hof, werden in de *Probo Koala*-zaak als gezegd door de vervolgende autoriteiten geconfronteerd met de vraag naar de verhouding tussen de Nederlandse immunitie-rechtspraak en de hiervoor besproken EHRM rechtspraak. Het hof zag op dit punt geen probleem, omdat het hier niet ging om een schending van art. 2 EVRM, en ook omdat de rechtspraak van het EHRM slechts zou zien op het handelen van de centrale overheid. Waar het eerste argument verdedigbaar is, is het tweede dit, gelet op de aangehaalde EHRM rechtspraak, niet.³⁰ Ook de Hoge Raad is kort over de mogelijke strijd van de Nederlandse immunitie-rechtspraak met de jurisprudentie van het EHRM en zit op dezelfde lijn als het hof, dat in casu schending van art. 2 EVRM niet aan de orde is. De Hoge Raad overweegt dat, omdat in feitelijke instanties niet is vastgesteld noch is aangevoerd dat door de ten laste gelegde gedragingen van de overheid inbreuk is gemaakt op het recht op leven van art. 2 EVRM in de zin die het EHRM daaraan in zijn rechtspraak heeft gegeven, terwijl de mogelijkheid van een dergelijke inbreuk ook geenszins voortvloeit uit (de omschrijving van) die gedragingen, de Nederlandse immunitie-rechtspraak in casu niet buiten toepassing hoeft te blijven. Dat dit principiële problematisch is en in, zij het uitzonderlijke, andere situaties wel het geval zou moeten zijn, lijkt zoals vermeld evenwel toch onontkoombaar. Nu het wetsvoorstel tot opheffing van immunitie is gesneuveld is het wachten op nieuwe rechtspraak waarin de Hoge Raad mogelijk de kans, of liever de noodzaak zal zien, om dit duidelijk te maken.

5. Conclusies

Sinds 2010 hebben op het terrein van immunitie van de overheid voor strafvervolging enkele belangwekkende ontwikkelingen plaatsgevonden. Het initiatief-wetsvoorstel tot opheffing van die immunitie is eind 2015 gesneuveld in de Eerste Kamer. Het is daarmee de in *Volkel* en *Pikmeer II* uitgezette lijn die voor deze immunitie maatgevend blijft. Recente rechtspraak heeft de toepasselijkheid van *Volkel* en *Pikmeer II* nog steeds bevestigd. Of dit in toekomstige bijzondere situaties gelet op de rechtspraak van het EHRM anders zal zijn, moet worden afgewacht, maar lijkt onontkoombaar. Waar het gaat om punitieve bestuursrechtelijke sanctionering is nog steeds sprake van enige onduidelijkheid. Aansluiting bij de strafrechtelijke

jurisprudentie ligt op het eerste gezicht voor de hand en is door de regering ook een aantal malen als uitgangspunt geformuleerd.³¹ Of en in hoeverre evenwel *Volkel* en *Pikmeer II* voor deze sancties gelden is in de rechtspraak de laatste jaren niet helder uitgemaakt. Wel is duidelijk dat in gevallen waarin dit uit de wet uitdrukkelijk voortvloeit aan de overheid dergelijke sancties kunnen worden opgelegd.

29. Vgl. Roef, a.w., p. 192.

30. Vgl. Roef, a.w., p. 193, alsook Reijntjes in zijn noot bij de *Probo Koala*-uitspraak van de Hoge Raad.

31. Vgl. bijv. de Memorie van Toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb, *Kamerstukken II*, 2007-08, 29702, nr. 3, p. 7 en de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Aanpassingswet Vierde Tranche Awb, *Kamerstukken II*, 2007-08, 31124, nr. 7, p. 6. Zie hierover nader Duijkersloot en Hartmann, a.w., p. 16-21.