

Vergaderjaar 2007–2008

30 538

Voorstel van wet van de leden Wolfsen, Van de Camp en Anker tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers

Nr. 7

MEMORIE VAN TOELICHTING ZOALS GEWIJZIGD NAAR AANLEIDING VAN HET ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

1. Inleiding

Een overheid die burgers aanspreekt op hun verantwoordelijkheden, kan dat alleen doen als zij zelf ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor haar handelen of het nalaten daarvan. Hoe kan die overheid immers wetten en regels handhaven als zij zelf ook niet de verantwoordelijkheid op zich neemt die na te komen en daarvoor rekenschap af te leggen? Natuurlijk kan de overheid ook nu al verantwoordelijk worden gehouden voor haar gedrag en is de overheid gebonden aan het recht. Maar een overheid die regels stelt aan burgers en bedrijven verliest aan geloofwaardigheid wanneer zijzelf voor het overtreden van deze regels niet ook strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Net zoals burgers en bedrijven rekenschap voor een strafrechter moeten afleggen, moet dit ook voor de overheid zelf gelden. In een rechtsstaat is de overheid ook zelf gebonden aan het recht. De door burgers gevoelde te grote afstand tot de overheid zal alleen maar groter worden als de burger wel op de eigen verantwoordelijkheid wordt gewezen, terwijl de overheid die zelf vanwege immuniteit zou kunnen ontkomen. Naast de politieke en bestuurlijke verantwoordingsprocedures, die bij normoverschrijdend gedrag van overheden en hun leidinggevers vanzelfsprekend voorop staan en blijven staan, moet de mogelijkheid bestaan overheden strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Het is ongewenst dat deze mogelijkheid, zoals in de bestaande situatie in een belangrijk aantal gevallen het geval is, op voorhand is uitgesloten. In de jurisprudentie is namelijk beslist dat de staat strafrechtelijk immuun is en dat lagere overheden een beperkte strafrechtelijke immuniteit genieten voor strafbare feiten begaan in het kader van de uitvoering van wat genoemd wordt: een exclusieve bestuurstaak. Tevens is in de jurisprudentie bepaald dat indien een publiekrechtelijke rechtspersoon voor een bepaald strafbaar feit immuniteit geniet, de opdrachtgevers tot en feitelijke leidinggevers aan dat feit evenmin kunnen worden vervolgd.

In dit wetsvoorstel stellen wij voor de bestaande strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen, waaronder die van de staat, niet langer te handhaven. Hetzelfde geldt voor de daaraan gekoppelde immuniteiten van opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers. Het opheffen van de bestaande immuniteiten is naar het oordeel van de indieners uit

een oogpunt van legitimiteit en effectiviteit van het overheidsoptreden gewenst. De functie van vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen voor door hen begane strafbare feiten is vooral gelegen in norm-bevestiging. De bereidheid van burgers en bedrijven om zich aan regels te houden, wordt op de proef gesteld als schending van dezelfde regels door een overheid niet strafrechtelijk kan worden aangepakt. Naar onze overtuiging kan strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen bijdragen aan de bereidheid van burgers en bedrijven om normen na te leven. De waarde van het kunnen bestraffen van publiekrechtelijke rechtspersonen die strafbare feiten begaan, is vooral daarin gelegen dat het normoverschrijdende gedrag van een publiekrechtelijke rechtspersoon door een veroordeling wordt afgekeurd. De norm die door de publiekrechtelijke rechtspersoon is geschonden wordt daardoor onderstreept.

Opheffing van de bestaande immuniteiten is voorts gewenst omdat het in voorkomende gevallen in de rede kan liggen, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon voorop te stellen. In het strafrecht domineert van oudsher de aansprakelijkheid van natuurlijke personen. Dit uitgangspunt laat onverlet dat een effectieve strafrechtstoepassing gebaat kan zijn bij het vervolgen en bestraffen van een rechtspersoon. De in artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) voorziene strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen illustreert dit. Te denken valt bijvoorbeeld aan gevallen waarin het gaat om in organisatieverband begane wetsovertredingen die het gevolg zijn van een opeenstapeling van fouten van verschillende personen binnen de organisatie. Binnen een complexe organisatie, waarvan bij grotere rechtspersonen sprake kan zijn, kan in de regel minder makkelijk één natuurlijke persoon worden aangewezen die zelfstandig verantwoordelijkheid draagt voor de verboden gedragingen, terwijl het strafbare feit in het maatschappelijk verkeer wel degelijk wordt ervaren als te zijn begaan door de desbetreffende rechtspersoon. Soms is het in de context van de rechtspersoon begane feit in het geheel niet op een gedraging van een natuurlijke persoon terug te voeren. Zonder de mogelijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen zou het strafrecht in zulke gevallen met lege handen staan. Maar ook als de bedoelde gedragingen wel (mede) zijn toe te rekenen aan een natuurlijke persoon, zullen deze gedragingen vaak passen in de binnen een organisatie heersende cultuur. Het kan in zulke gevallen onbevredigend zijn wanneer natuurlijke personen worden vervolgd en de rechtspersoon zelf buiten schot blijft. Welnu, deze overwegingen gelden naar ons oordeel evenzeer in de verhouding tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en de ambtenaren die binnen deze rechtspersonen werkzaam zijn. Daarom zou het enkel vastleggen van de vervolgbaarheid van ambtenaren als feitelijke leidinggever of opdrachtgever bij een strafbaar feit begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon die daarvoor immuniteit geniet en blijft genieten, te beperkt zijn. Een argument om het strafrechtelijk aansprakelijk kunnen stellen van publiekrechtelijke rechtspersonen bij voorbaat uit te sluiten, kan in het uitgangspunt dat in het strafrecht de aansprakelijkheid van natuurlijke personen domineert, niet worden gevonden. Tegelijk geldt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon geen uitweg mag worden om, in gevallen waarin aansprakelijkstelling van een of meer natuurlijke personen wenselijk is, daarvan af te zien. De strafrechtspraktijk is ermee vertrouwd dat tussen aansprakelijkstelling van natuurlijke personen en rechtspersonen een evenwicht moet worden gevonden.

De door de indieners voorgestelde opheffing van de strafrechtelijke immuniteit betekent niet dat er geen rekening meer zou kunnen worden gehouden met de bijzondere positie van overheid. Echter: de bijzondere positie van de overheid zou niet bij voorbaat moeten dwingen tot het uitsluiten van iedere vervolgbaarheid. De indieners zijn van mening dat in

het concrete geval in eerste instantie het openbaar ministerie (OM) bij de vraag naar de opportuniteit van vervolging rekening moet kunnen houden met de bijzondere positie van de overheid. Ook de rechter kan met die positie rekening houden in zijn oordeel en eventuele straftoemeting. De indieners achten het wenselijk dat tegenover het opheffen van de bestaande immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen, en die van de opdrachtgevers tot en feitelijke leidinggevers aan de door de publiekrechtelijke rechtspersoon verrichte verboden gedraging, het wettelijk stelsel van strafuitsluitingsgronden op adequate wijze kan voorzien in de mogelijkheid strafuitsluiting voor strafbare feiten die uit de uitoefening van een publieke taak voortvloeien. Wij zien tegen de achtergrond van dit vereiste aanleiding, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State, de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 Sr in die zin aan te vullen, dat ook feiten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een bij wet opgedragen publieke taak, van strafbaarheid worden uitgezonderd. De algemene strafuitsluitingsgrond van overmacht (artikel 40 Sr) brengt thans reeds met zich dat de rechter strafbare gedragingen gerechtvaardigd kan achten door een ander belang. Zodanig belang kan ook gelegen zijn in de uitvoering van een publieke taak. De beoordeling van de strafbaarheid van feiten die voortvloeien uit de uitvoering van een publieke taak, moet echter niet in de sleutel worden gezet van afweging van twee in beginsel gelijkwaardige belangen. De voorgestelde uitbreiding van artikel 42 Sr maakt expliciet dat een bij wet opgedragen publieke taak, op dezelfde voet als een expliciet wettelijk voorschrift, strafbare gedragingen kan rechtvaardigen die ter uitvoering van die taak zijn verricht. Daarmee wordt beter tot uitdrukking gebracht dat de gehoudeheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren, hun publieke taak te vervullen, hun feitelijk geen keuze kan laten bij het al dan niet begaan van een strafbaar feit. Tegelijk wordt door de formulering van het voorgestelde artikel 42, tweede lid, Sr duidelijk gemaakt dat het handelen of nalaten van de publiekrechtelijke rechtspersoon of de functionaris tegelijkertijd onderworpen is aan toetsing aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. In paragraaf 5.3 zal nader op deze strafuitsluitingsgrond worden ingegaan. Hier zij alvast gesteld dat het loutere feit dat er sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon of ambtenaar op zich niet voldoende is om met succes een beroep te doen op de voorgestelde nieuwe strafuitsluitingsgrond. Waar het om gaat is dat zij redelijkerwijs geen keuze hadden om anders te handelen dan zij deden.

Het voordeel van de combinatie van beide besproken elementen van het wetsvoorstel – opheffing van de bestaande immuniteiten en introductie van een specifieke strafuitsluitingsgrond – is dat de strafrechter bij vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen en/of hun leidinggevers in alle gevallen een inhoudelijk oordeel kan uitspreken over de strafrechtelijke aansprakelijkheid. In die uitspraak wordt – bij de beoordeling of het door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane feit redelijkerwijs noodzakelijk was ter uitvoering van een bij wet opgedragen publieke taak – een inhoudelijke belangenafweging van de onafhankelijke strafrechter zichtbaar. Dat is, naar onze overtuiging, een voor de samenleving en voor eventuele slachtoffers meer bevredigende en acceptabele gang van zaken dan de huidige, waarin de strafrechter in de gevallen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon en hun leidinggever(s) immuniteit genieten, de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaart, en aldus een inhoudelijke beoordeling van hetgeen ten laste is gelegd, in het geheel niet meer aan de orde kan komen.

2. Korte voorgeschiedenis van het wetsvoorstel

Al vele jaren vindt er in het parlement discussie plaats over de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Vooral de jurisprudentie rond de zogenaamde Pikmeer-zaak, plaatste in de Tweede Kamer het onderwerp weer scherper op ieders netvlies. Het kabinet vroeg naar aanleiding van deze jurisprudentie en naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer in 1998 om een advies van de Raad van State over de strafrechtelijke immuniteit van de staat. De Raad van State interpreteerde die adviesaanvraag ruim en was – in het kort – van mening dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (de Raad sprak niet slechts over de staat) niet uitgebreid hoefde te worden. De Raad suggereerde dat het beter zou zijn om bijvoorbeeld de ambtsdelicten uit te breiden of de ambtelijke top eerder aansprakelijk te stellen. In de reactie van het toenmalige kabinet wordt gewezen op het feit dat daarmee in de private sector wel de rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk zou zijn, terwijl dit in de publieke sector op de ambtsdrager of ambtenaar zou komen te rusten. (Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheidsorganen. Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1999/2000, 25 294, A.) Het kabinet gaf in dezelfde reactie op het advies van de Raad van State aan dat «de oriëntatie van publiekrechtelijke rechtspersonen op het algemeen belang [...] niet volledig de conclusie [kan] dragen dat een algehele uitzondering op de regel van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de rede ligt». Niettemin ging een dergelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid in de ogen van het kabinet niet verder dan «andere overheden dan de centrale». Eerder al nam de Tweede Kamer mede naar aanleiding van de opvatting van de Hoge Raad ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, de motie Rehwinkel c.s. aan. (Motie van het lid Rehwinkel c.s., Kamerstukken II 1996/97, 25 294, nr. 3.) Daarin werd het oordeel uitgesproken dat «ook overheden in principe strafrechtelijk vervolgbaar dienen te zijn». De regering werd verzocht een wetswijziging in gang te zetten «waardoor de mogelijkheden tot strafrechtelijke vervolging van overheden worden verruimd». Het voert te ver om op deze plaats de verdere parlementaire behandeling weer te geven. In het kort kan worden gezegd dat de opeenvolgende kabinetten en de Tweede Kamer geen overeenstemming bereikten over de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid verruimd diende te worden. Om deze impasse, met name op het punt van de strafrechtelijke aansprakelijkheid c.q. immuniteit van de staat, te doorbreken werd een commissie onder leiding van mr. H.L.J. Roelvink ingesteld. Het advies van die commissie werd in maart 2002 naar de Tweede Kamer gestuurd. (Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Advies van mr. H.L.J. Roelvink (voorzitter), prof. mr. M.A.P. Bovens, prof. mr. G. Knigge en prof. mr. H.R.B.M. Kummeling. Den Haag, februari 2002. (Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15)) Het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid is een aantal keren daarna aan de orde gesteld in het parlement. Bij de begrotingsbehandeling van het ministerie van Justitie in oktober 2003 heeft Wolfsen (PvdA) gevraagd of een recente uitspraak van het hof in Straatsburg een aanpassing van de Nederlandse wetgeving noodzakelijk maakt. De minister was van mening dat dat niet het geval was. Daarnaast vroeg Wolfsen de minister om in overleg met de procureur-generaal bij de Hoge Raad te treden in verband met de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet met betrekking tot een zaak rond de vuurwerkramp Enschede. «Als het nergens op uitdraait, komen wij met een initiatiefwetsvoorstel», aldus Wolfsen.

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

De Raad van State was in het eerder genoemde advies uit 1999 van mening dat «de gronden voor toepassing van het strafrecht zich in het geval van openbare lichamen in de regel niet voordoen». De Raad was van mening dat het vergeldende en preventieve aspect van het strafrecht niet van toepassing is op overheden. De leedtoevoeging van het strafrecht heeft wel een preventieve of vergeldende werking als het om individuen gaat «die in vrijheid en naar eigen inzicht hun handelen bepalen». Daar kan het strafrecht een rol als «regulerende mechanisme» hebben, maar niet voor een overheid die niet «geacht [wordt] uit vrije wil te handelen, maar op basis van regel, plicht en bevoegdheid». Naar de mening van de indieners laten de invulling van die regels, plichten en bevoegdheden de overheid voldoende speelruimte om het begaan van strafbare feiten te voorkomen. Daarom is ook niet goed in te zien dat in het kader van de gedachte dat de overheid het algemeen belang dient te behartigen, strafrechtelijke immuniteit per se gelden zou moeten. Het feit dat de overheid geacht wordt het algemeen belang te dienen is in de ogen van de indieners evenmin een argument om de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid te beperken. Op dit punt zijn de indieners het met de toenmalige kabinetsreactie eens: «De omstandigheid dat openbare lichamen binnen door de wet gestelde grenzen met de afweging van algemene belangen zijn belast, kan voor de strafrechter vooral van belang zijn bij de beoordeling die in het kader van de strafuitsluitingsgronden overmacht of wettelijk voorschrift gemaakt moet worden [...] daarnaast spelen deze beide aspecten bij de opportuniteit van strafvervolgung een rol». (Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheidsorganen. Advies Raad van State en nader rapport, 15 oktober 1999, Kamerstukken II 1999/2000, 25 294, A, p. 8.) Immuniteit behoeft dus niet op voorhand te worden verleend. De indieners zijn van mening dat de door hen voorgestelde uitbreiding van artikel 42 Sr (zie paragraaf 5.3) op dit punt meer duidelijkheid schept.

Dat de wetgever de strafbaarheid van rechtspersonen introduceerde vloeide voort uit het feit dat vermogensstraffen niet altijd voldoende effect sorteerden «zolang zij niet ook het bedrijfsvermogen» troffen. De Raad van State was van mening dat tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid het «vestzak-broekzak» argument speelt: «De resulterende lasten [voortvloeiende uit een strafrechtelijke sanctie] moeten uiteindelijk worden opgebracht door de justitiabelen die nu juist beschermd moeten worden door de strafrechtelijke handhaving». Dit argument achten de indieners niet valide. Inderdaad zullen boeten die de overheid betaalt op enige wijze ten laste van de belastingbetaler of de publieke dienstverlening komen. Maar een door de overheid te betalen boete is daarmee niet alleen symbolisch: binnen de geldende budgetdiscipline betekent het betalen van een boete doorgaans dat dit binnen de begroting van het betreffende bestuursorgaan zal moeten worden opgevangen. Dit voelt dat bestuursorgaan dan wel degelijk zelf. Bovendien gaat de Raad van State met het «vestzak-broekzak»-argument voorbij aan het feit dat zelfs een symbolische straf kan bijdragen aan het leveren van genoegdoening of een preventieve werking kan hebben.

Boeten aan particuliere vennootschappen treffen evenmin altijd de dader in strafrechtelijke zin. Een boete opgelegd aan een grote naamloze vennootschap zal bijvoorbeeld meestal ten laste komen van de aandeelhouders die doorgaans part noch deel hebben aan het strafbare feit. Een strafrechtelijke veroordeling kan het slachtoffer tevens helpen bij het verkrijgen van (civielrechtelijke) schadevergoeding. Daarnaast kunnen aan een feitelijk leidinggever of opdrachtgever bij rechtspersonen ook vrijheidsstraffen worden opgelegd. De gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de overheid voorkomt dit echter, aangezien volgens het Eerste

Pikmeer-arrest van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de feitelijke leidinggever of opdrachtgever alleen sprake kan zijn indien het openbaar lichaam dat het strafbare feit heeft begaan, daarvoor vervolgbaar is (HR 23 april 1996, NJ 1996, 513.) Bij het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de overheid verdwijnt ook deze afscherming van de feitelijke leidinggever of opdrachtgever en kan derhalve het strafrecht wel degelijk een vergeldende of preventieve functie hebben. Voorts in dit verband: behalve het opleggen van een boete is het ook mogelijk (onder andere op grond van de Wet op de economische delicten) om te worden veroordeeld in de verplichting tot herstel van de rechtmatige toestand. De werking van een dergelijke sanctie zal voor de overheid in het algemeen niet kleiner hoeven te zijn dan voor ondernemingen. Ook moet worden aangestipt dat schuldigverklaring van de publiekrechtelijke rechtspersoon, en de daarvan uitgaande normdemonstratie, door de samenleving en door eventuele slachtoffers als een genoegdoening kan worden ervaren. Dat kan evenzeer het geval zijn indien geen of slechts een lichte straf of maatregel wordt opgelegd. Maar ook schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel, als voorzien in artikel 9a Sr, kan bij publiekrechtelijke rechtspersonen al heel effectief zijn om normconformiteit te bevorderen. In dit verband kunnen ook de bijkomende straf van ontzetting van bepaalde rechten relevant zijn (artikel 28 Sr). Zo kan in bij de wet bepaalde gevallen aan publiekrechtelijke rechtspersonen de bijkomende straf van openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak worden opgelegd. Deze straf draagt bij aan de functie van normdemonstratie. En in bij de wet bepaalde gevallen kunnen bijvoorbeeld ambtenaren die aan het handelen van een publiekrechtelijke rechtspersoon feitelijke leiding hebben gegeven of daartoe de opdracht hebben gegeven, de bijkomende straf van ontzetting van het recht bepaalde ambten te bekleden worden opgelegd. Van deze bijkomende straffen wordt in de praktijk echter weinig gebruik gemaakt. Voor zover de huidige beperking van de strafrechtelijke immuniteit dit in de weg staat, kan de in dit wetsvoorstel beoogde opheffing van die immuniteit er aan bijdragen dat de mogelijkheid tot ontzetting van rechten in meer gevallen in het vizier komt. Daardoor kan een bijdrage worden geleverd aan het herstel van het door het strafbare feit geschonden vertrouwen in de desbetreffende overheid en kan tevens een bijdrage worden geleverd aan herstel van het rechtsgevoel. Zoals hierboven in de inleiding al werd opgemerkt, blijven de bestaande politieke en bestuurlijke verantwoordingsprocedures bij normoverschrijdend gedrag van overheden en hun leidinggevers vanzelfsprekend voorop staan. Het wetsvoorstel zet een strafrechtelijk sluitstuk op de bestaande toezichtsmogelijkheden van het staats- en bestuursrecht. De mogelijkheid om publiekrechtelijke rechtspersonen te vervolgen en een strafrechtelijke sanctie op te leggen kan andere correctiemogelijkheden stimuleren. In dit kader kan worden gewezen op diverse bestuursrechtelijke en staatsrechtelijke instrumenten waarover de overheden nu al beschikken. Zonder op deze plaats een uitputtend overzicht te geven, achten de indieners het nuttig om op enkele van deze instrumenten te wijzen. Ministers kunnen ter verantwoording worden geroepen door de Staten-Generaal. De kroon kan besluiten van lagere overheden vernietigen. De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties kan een burgemeester doen ontslaan. De Commissaris van de Koningin heeft correctiemogelijkheden ten opzichte van de burgemeester, de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ten opzichte van hoofdcommissarissen van politie. Het wetsvoorstel kan, naar de indieners verwachten, tot gevolg hebben dat in daarvoor in aanmerking komende gevallen meer gebruik van deze mogelijkheden wordt gemaakt.

4. Stand van de rechtsontwikkeling

Het is van belang kort aan te geven welke belemmeringen er bestaan voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden bestaat sinds de Volkel- en de twee Pikmeerarresten ogenschijnlijk heldere jurisprudentie. Vooral het Pikmeer-II arrest bepaalt de juridische stand van zaken voor wat betreft lagere overheden. Waren tot aan dit arrest publiekrechtelijke rechtspersonen niet vervolgbaar als zij als openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak een gedraging hadden verricht (aldus nog Pikmeer I), vanaf Pikmeer-II geldt deze immuniteit voor lagere overheden alleen nog voor zover «de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rehtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen», anders gezegd: voor zover het de uitvoering van een «exclusieve overheidstaak» betreft (HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367, Pikmeer II).

In de rechtspraak van feitenrechters is de in het Pikmeer II-arrest uitgezette lijn nader ingevuld. In het geval van de vuurwerkcramp Enschede heeft de rechtbank Almelo bij de straftoemeting aan de leidinggever van de firma SE Fireworks uitdrukkelijk rekening gehouden met de naar de mening van de rechtbank «volstrekt onbegrijpelijke wijze» waarop de gemeente Enschede en haar ambtenaren en het Bureau Milan van het Ministerie van Defensie en de betrokken ambtenaren hun taken hebben uitgevoerd. (Rechtbank Almelo, 2 april 2002, LJN AE0934.) Hoewel strikt genomen hieruit niet blijkt dat de rechtbank van mening was dat de gemeente of het Bureau Milan vervolgd hadden moeten kunnen worden, is het in ieder geval voor de indieners zelf een indicatie dat de strafrechtelijke immuniteit ook in dit geval onwenselijk was. In de uitspraak van de rechtbank te Utrecht tegen de gemeente Utrecht inzake een ongeval met fatale afloop bij een duik oefening van de Utrechtse brandweer, haalde de rechtbank ook het Pikmeer-II arrest aan. Volgens de rechtbank was er «inmiddels in de literatuur sprake van een breed gedragen opvatting, dat de immuniteit van overheden slechts bij uitzondering dient te worden aangenomen». De kernvraag in het strafgeding was dan ook of het aan de gemeente Utrecht ten laste gelegde met betrekking tot het duikongeval onder haar exclusieve overheidstaak viel. De rechtbank was van oordeel dat de gemeente belast is met de zorg voor de brandweer en dat deze zorg een algemene exclusieve overheidstaak behelst. Dit betekent volgens de rechtbank echter niet dat «alle met die taak samenhangende activiteiten ook als exclusieve bestuurstaken moeten worden aangemerkt, die slechts door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht». (Rechtbank Utrecht, 9 juli 2003, LJN AH9535) De rechtbank was in dit concrete geval van oordeel dat de zorg voor de brandweer als exclusieve overheidstaak niet betekent dat ook het geven van opleiding en training tot die exclusieve overheidstaak behoort. Opleiding en training van brandweerblieden kan immers aan derden worden uitbesteed zonder dat daarmee de eindverantwoordelijkheid van de brandweer wordt aangetast. De rechtbank was dan ook van oordeel dat de gemeente Utrecht zich niet op strafrechtelijke immuniteit kon beroepen en achtte bewezen dat de gemeente «aanmerkelijk onvoorzichtig en onachtzaam heeft nagelaten» om te voorkomen dat tijdens de duik oefening veiligheid en gezondheid van de brandweerdruiker in gevaar zou komen. Met deze uitspraak wordt het begrip «exclusieve overheidstaak» verder ingekaderd.

De vervolgbaarheid van de staat is voor het laatst aan de orde geweest in het Volkel-arrest (HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598). In dat arrest

oordeelde de Hoge Raad dat de staat zelf niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn handelingen.

5. De hoofdlijnen van het wetsvoorstel

5.1. Opheffen immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen

Bovengenoemde jurisprudentie wordt veelal zo uitgelegd, dat de staat volledige strafrechtelijke immuniteit geniet, openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet een beperkte, en andere publiekrechtelijke rechtspersonen in het geheel geen strafrechtelijke immuniteit genieten; indien een publiekrechtelijke rechtspersoon voor een bepaald strafbaar feit immuniteit geniet kunnen de opdrachtgevers tot en feitelijke leidinggevers aan dat feit evenmin worden vervolgd. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de thans geldende immuniteiten niet langer te handhaven. De mogelijkheid publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen is om in de inleiding genoemde redenen uit een oogpunt van normbevestiging van belang. Bovendien kan het in de rede liggen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon voorop te stellen. Dat kan onder meer het geval zijn als het strafbare feit veeleer is terug te voeren op in organisatieverband gemaakte fouten. Ook kan worden gedacht aan gevallen waarin de in de delictomschrijving uitgedrukte norm zich uitsluitend tot de rechtspersoon richt, bijvoorbeeld in gevallen waarin het strafbaar feit alleen door de «werkgever» kan worden gepleegd. In de gevallen waarin de werkgever een publiekrechtelijke rechtspersoon is, ligt het op voorhand genieten van immuniteit niet voor de hand.

Een ander argument voor het opheffen van de immuniteiten is, dat wat betreft de vervolgbaarheid geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende publiekrechtelijke rechtspersonen onderling. Daardoor kunnen ongerechtvaardigde verschillen in strafrechtelijke aansprakelijkheid worden weggenomen. Aan het rapport van de Commissie-Roelvink kunnen verschillende voorbeelden daarvan worden ontleend. Zo kan een gemeente worden vervolgd indien zij een strafbaar feit begaat als het lozen van afgewerkte olie in het oppervlaktewater van een haven. Begaat een onderdeel van de staat, bijvoorbeeld Rijkswaterstaat, hetzelfde strafbare feit, dan is vervolging uitgesloten. Een ander voorbeeld is dat het al dan niet kunnen vervolgen van een zelfstandig bestuursorgaan geheel afhankelijk is van de vraag of dit orgaan eigen rechtspersoonlijkheid bezit. Indien het zelfstandig bestuursorgaan eigen rechtspersoonlijkheid toekomt – de Commissie-Roelvink (a.w., blz. 25) geeft als voorbeelden de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (de OPTA) en de Informatie Beheer Groep (de IBG) – is dat bestuursorgaan volledig vervolgbaar. Indien het zelfstandig bestuursorgaan geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft en onderdeel vormt van de rechtspersoon staat – de Commissie-Roelvink noemt als voorbeelden de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) – geniet dat bestuursorgaan volledige immuniteit. Ook ongerechtvaardigde verschillen in vervolgbaarheid tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen worden weggenomen; niet valt in te zien waarom de staat op hem als werkgever rustende verplichtingen straffeloos naast zich neer kan leggen, terwijl privaatrechtelijke rechtspersonen die werkgever zijn daarvoor kunnen worden gestraft.

De staat kan op dit moment geheel niet worden vervolgd. Slechts als een eenheid binnen de centrale overheid zelf over rechtspersoonlijkheid beschikt, kan deze eenheid als zodanig zelfstandig worden vervolgd. De Commissie Roelvink is van mening dat het niet de min of meer abstracte staat zou moeten zijn die vervolgd moet kunnen worden, maar dat gedra-

gingen veeleer aan instanties en organen van de staat zouden moeten worden toegerekend. De Commissie Roelvink stelt voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat te verbinden aan het begrip «de niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende dienst, instelling, onderneming, inrichting of andere organisatorische eenheid die deel uitmaakt van de staat en zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt». Bij de beoordeling of een eenheid voldoende zelfstandigheid heeft, spelen verschillende factoren een rol, waarbij onder andere gedacht kan worden aan aspecten als: heeft de betrokken eenheid een eigen taak of eigen bevoegdheden; heeft ze een eigen vermogen of budget?; kan ze zelfstandig relaties met andere subjecten aangaan, bijvoorbeeld contracten sluiten; heeft ze eigen beslissingsbevoegdheid, althans enige mate van discretionaire ruimte?

Op zichzelf is de wens om niet de staat in al zijn omvang aansprakelijk te stellen voor een daad van een kleiner onzelfstandig onderdeel van de staat begrijpelijk. De commissie Roelvink vreest dat het verband tussen de strafbare handeling en de dader de staat wel eens moeilijk aantoonbaar zou kunnen zijn. Toch menen de indieners dat de oplossing die de Commissie Roelvink verkiest niet wenselijk is en geven zij er de voorkeur aan om de gehele rechtspersoon – ook al is dat de staat – strafrechtelijk vervolgbaar te maken. Daarvoor zijn meerdere redenen. Het is niet goed in te zien waarom er binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon de staat zelfstandige onderdelen moeten worden gedefinieerd en binnen privaatrechtelijke rechtspersonen niet. Ook die laatst genoemde rechtspersonen kunnen een zo grote omvang hebben, dat de band tussen de daad en de dader als redelijk abstract kan worden beschouwd. Bij vervolging van een grote privaatrechtelijke rechtspersoon, bijvoorbeeld een grote naamloze vennootschap, voor een strafbaar feit dat materieel slechts binnen een bepaalde vestiging van die rechtspersoon is begaan zou een vergelijkbare problematiek zich kunnen voordoen. Niet is gebleken dat vervolging van zulke rechtspersonen in de praktijk op problemen stuit. Voorts kan erop worden gewezen dat deze problematiek zich ook kan voordoen bij de publiekrechtelijke rechtspersonen die in de bestaande situatie al kunnen worden vervolgd. Te denken valt aan niet tot een exclusieve bestuurstaak te rekenen gedragingen die worden begaan binnen een dienstonderdeel van een grote gemeente. Ook wat strafzaken tegen zulke publiekrechtelijke rechtspersonen betreft is in de praktijk niet van problemen gebleken. Tenslotte zal het aanschouwelijk maken van de relatie daad – dader ook in geval de staat zich strafrechtelijk moet verantwoorden minder moeilijk zijn dan wordt verondersteld. In het proces zal helder worden welk onderdeel van de rechtspersoon of welke ambtenaar betrokken is geweest.

In het advies van de Commissie Roelvink wordt verder voorgesteld om de strafvervolging van overheden te beperken tot overtredingen van het orderingsrecht. Concreet wordt daarbij in eerste instantie, zij het niet limitatief, aangesloten bij overtredingen op grond van de Wet op de economische delicten. De commissie acht de vervolging van de overheid voor andere dan deze delicten niet wenselijk. De kern van de argumentatie daarbij is dat daar «waar het gaat om het strafrechtelijk verwijt dat men door zijn gedrag lijf en goed van een ander heeft geschonden (levens- en vermogensdelicten, verkrachting e.d.), individuele aansprakelijkheid voorop [dient] te staan. Bij die delicten staat immers de schuld (in de zin van opzet of verwijtbaarheid) centraal. Weliswaar is het niet onmogelijk schuld te construeren bij rechtspersonen, maar het ligt bij commune delicten doorgaans toch meer in de rede om het onderzoek te richten op individuele fouten en persoonlijke verwijtbaarheid.» (rapport Commissie Roelvink, a.w., p 30).

Deze redenering wordt hier echter niet gevolgd. Uit het voorgestelde artikel 51, derde lid, Sr in verbinding met het geldende artikel 51, eerste lid, Sr volgt dat de mogelijkheid om publiekrechtelijke rechtspersonen

strafrechtelijk aansprakelijk te stellen niet tot bepaalde categorieën van strafbare feiten – bijvoorbeeld orderingsdelicten – is beperkt. Gerede-
neerd vanuit de twee in de inleiding genoemde functies van de strafrech-
telijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen ligt zoda-
nige beperking niet voor de hand. Ook indien een publiekrechtelijke
rechtspersoon zich schuldig maakt aan een algemeen strafbaar feit, is het
uit een oogpunt van normbevestiging gewenst dat de mogelijkheid van
strafvervolgning openstaat. Bovendien zouden door een dergelijke beper-
king de immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen in een andere
vorm deels gehandhaafd blijven, terwijl het opheffen van die immuni-
teiten juist de doelstelling van dit wetsvoorstel is. Daarbij zouden de
bestaande immuniteiten bovendien zelfs worden uitgebreid, aangezien
het vervolgen van bijvoorbeeld decentrale overheden voor commune
delicten thans mogelijk is indien deze delicten worden begaan bij de
uitoefening van een niet-exclusieve bestuurstaak. Daarnaast is niet in te
zien dat privaatrechtelijke rechtspersonen wel voor bepaalde commune
delicten kunnen worden vervolgd en eenheden van de staat niet. Ook
privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen voor commune delicten, zoals
bijvoorbeeld dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld worden
vervolgd, en worden daarvoor in voorkomende gevallen ook vervolgd,
vooral in gevallen waarin een opeenstapeling van fouten van verschil-
lende natuurlijke personen binnen de organisatie uiteindelijk tot de dood
of het zwaar lichamelijk letsel van een of meer anderen heeft geleid. Er is
geen grond publiekrechtelijke rechtspersonen op dit punt anders te
behandelen dan privaatrechtelijke rechtspersonen. Vervolgens is het denk-
baar dat bepaalde commune delicten niet op een natuurlijke persoon of
niet op een enkele natuurlijke persoon zijn terug te voeren, maar wel zijn
begaan door een slechte interne coördinatie binnen een organisatie. Het
gaat daarbij juist om een collectieve in plaats van om een individuele
verantwoordelijkheid. Daarnaast kan worden aangestipt dat een belangrijk
aantal commune strafbare feiten kunnen worden gezien als de zwaardere
varianten van delicten in de sfeer van de orderingswetgeving. Een voor-
beeld daarvan vormen de onder de Wet op de economische delicten
vallende milieudelicten in vergelijking met de commune milieudelicten als
omschreven in de artikelen 173a en 173b Sr. Maar ook aan de, voor dood
of zwaar lichamelijk letsel door schuld (artikelen 307 en 308 Sr) vereiste,
aanmerkelijke mate van verwijtbare onvoorzichtigheid ligt niet zelden
mede het schenden van orderingswetgeving ten grondslag. Tenslotte is
het niet duidelijk waarom een overheid op bepaalde terreinen bijvoor-
beeld wel bloot staat aan bestuurlijke sancties, maar niet aan strafrecht-
elijke sancties. Dit verschil leidt nu tot de ongewenste situatie dat bijvoor-
beeld relatief lichte overtredingen van de Arbeidstijdenwet binnen
penitentiaire inrichtingen wel kunnen worden bestraft, maar zware over-
tredingen juist niet.

De keuze om de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen
niet op voorhand tot bijvoorbeeld orderingsdelicten te beperken, neemt
niet weg dat concrete strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen
in de praktijk vooral betrekking hebben op orderingsdelicten, waaronder
milieudelicten. Het is om deze reden dat wij voorstellen de taak om
publiekrechtelijke rechtspersonen te vervolgen in lijn met de huidige
praktijk bij het functioneel parket van het openbaar ministerie neer te
leggen (zie artikel II).

5.2. Verruiming vervolgbaarheid opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers

Zoals gezegd strekt dit wetsvoorstel ertoe de bestaande immuniteiten van
publiekrechtelijke rechtspersonen op te heffen. In het verlengde daarvan
ligt dat ook de bestaande immuniteiten van degenen die tot het door de
publiekrechtelijke rechtspersoon begane feit opdracht hebben gegeven,

dan wel feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, niet langer worden gehandhaafd. Uit het voorgestelde artikel 51, derde lid, Sr in verbinding met het geldende artikel 51, tweede lid, Sr vloeit dat automatisch voort. Daardoor wordt tevens bereikt dat ambtenaren (daaronder begrepen politieke ambtsdragers) die opdracht hebben gegeven tot of feitelijke leiding hebben gegeven aan verboden gedragingen begaan door overheden, daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Dit mogelijk te maken is één van de centrale aanbevelingen van de Commissie-Roelvink (Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15, blz. 2). Ambtenaren kunnen thans reeds aansprakelijk worden gesteld voor zover zij strafbare feiten plegen of daaraan deelnemen. Dat geldt ook als deze strafbare feiten in de context van de overheid worden begaan. Of zij daadwerkelijk strafbaar zijn, wordt mede bepaald aan de hand van het stelsel van algemene strafuitsluitingsgronden, waaronder die van het wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr) en het ambtelijk bevel (artikel 43 Sr). De aansprakelijkheid van ambtenaren als pleger, medepleger of uitlokker komt echter minder snel in aanmerking in grotere, complexere (publiekrechtelijke) rechtspersonen. Aansprakelijkheid als opdrachtgever of feitelijke leidinggever in de zin van artikel 51, tweede lid, Sr ligt dan veel meer voor de hand, temeer daar de rol van leidinggevende functionarissen hier veelal zal bestaan uit een welbewust stilzitten of nalaten in plaats van uit actief handelen. De vervolging van een ambtenaar als opdrachtgever tot of feitelijke leidinggever aan een verboden gedraging van een publiekrechtelijke rechtspersoon is thans echter onmogelijk als gevolg van het hiervoor besproken Pikmeer-I-arrest. Dit wetsvoorstel heft de bestaande immuniteiten voor strafbare feiten in de context van de publiekrechtelijke rechtspersoon op, waardoor ook opdrachtgevers tot en feitelijke leidinggevers aan de door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane verboden gedraging kunnen worden vervolgd. Naast de in de inleiding genoemde redenen om de bedoelde immuniteiten op te heffen, geldt met betrekking tot ambtenaren die opdracht hebben gegeven tot of feitelijke leiding hebben gegeven aan de door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane verboden gedraging bovendien, dat er geen reden is om vervolging van deze ambtenaren als opdrachtgever of feitelijke leidinggever, in afwijking van het wettelijke systeem met betrekking tot de aansprakelijkheid als pleger, medepleger of uitlokker, in zijn algemeenheid uit te sluiten. In sommige gevallen zal de leidinggevende die strafbare feiten van een publiekrechtelijke rechtspersoon bevordert, ook het medeplegen of uitlokken van deze strafbare feiten ten laste kunnen worden gelegd (vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2006, derde druk, blz. 469). In veel gevallen echter, zeker bij de complexere rechtspersonen, zal dat niet het geval zijn, omdat niet van een bewuste en nauwe samenwerking kan worden gesproken en de leidinggevende meer heeft stilgezeten dan actief uitgelokt. Voor deze gevallen creëert dit onderdeel van het wetsvoorstel strafrechtelijke aansprakelijkheid. Juist in hiërarchische organisaties als waarvan bij publiekrechtelijke rechtspersonen sprake is, kan een half woord of zelfs een bewust stilzwijgen van een leidinggevende al een werkzame causale factor zijn bij het tot stand komen van een strafbaar feit. De verantwoordelijkheden die op deze leidinggevende zijn gelegd, kunnen meebrengen dat diens bijdrage minstens zo zwaar gewogen wordt als de meer feitelijke uitvoering van het delict. Dit onderdeel van het wetsvoorstel maakt, dat aan dat gegeven een adequate vertaling kan worden gegeven.

5.3. Specifieke strafuitsluitingsgrond

Ook voor publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren gelden de algemene strafuitsluitingsgronden, zoals overmacht, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel (artikelen 40, 42 en 43 Sr). In de inleiding gaven wij al aan waarom wij het wenselijk vinden de algemene strafuitsluitingsgrond

wettelijk voorschrift aan te vullen met een specifieke strafuitsluitingsgrond die is toegesneden op de taakuitoefening van publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren, en daartoe artikel 42 Sr aan te vullen. Thans sluit dit artikel strafbaarheid uit indien een feit is begaan «ter uitvoering van een wettelijk voorschrift». Voorgesteld wordt een nieuw lid aan dat artikel toe te voegen, dat meebrengt dat strafbaarheid ook is uitgesloten van de ambtenaar of publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit heeft begaan dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak, bij wettelijk voorschrift opgedragen. Deze bepaling geldt niet alleen voor natuurlijke personen, dat wil zeggen voor de ambtenaren (waaronder volgens vaste jurisprudentie ook politieke ambtsdragers vallen). Zij geldt ook voor de publiekrechtelijke rechtspersonen zelf. Die kunnen, ingeval ze worden vervolgd, ook een beroep doen op de strafuitsluitingsgrond.

De reikwijdte van de voorgestelde uitbreiding van artikel 42 Sr is beperkter dan op het eerste gezicht wellicht lijkt. In de eerste plaats wordt thans reeds uit – oudere – jurisprudentie afgeleid dat ook een wettelijk voorschrift dat een bevoegdheid geeft, en geen plicht tot handelen, onder omstandigheden in aanmerking komt (vgl. De Hullu, a.w., blz. 319). Door in de wet vast te leggen dat niet strafbaar zijn feiten begaan ter uitvoering van een bij de wet opgedragen publieke taak, wordt deze opvatting slechts bevestigd. In de tweede plaats biedt de strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand ruimte voor strafuitsluiting op basis van feiten en omstandigheden die ook in het kader van artikel 42 Sr strafuitsluitend werken (De Hullu, a.w., blz. 320).

De voorgestelde aanvulling van artikel 42 Sr strekt er in dit licht vooral toe, te verduidelijken welke strafuitsluitende omstandigheden door artikel 42 Sr bestreken worden. Het nieuwe tweede lid kan daarbij worden gezien als een species ten opzichte van de algemene strafuitsluitingsgrond «wettelijk voorschrift». Daarmee wordt tevens het bijzondere karakter tot uitdrukking gebracht van het belang dat bij de wet opgedragen publieke taken kunnen worden uitgevoerd. Dat belang weegt zwaar, en mag niet enkel afhankelijk zijn van een niet nader genormeerde belangenafweging in het kader van overmacht, waarbij publieke taakuitoefening en strafrechtelijk beschermde belangen in hetzelfde perspectief staan.

Strafbaarheid ligt wel in de rede als het handelen de toets aan proportionaliteit en subsidiariteit, die blijkens oudere jurisprudentie uit het begrip «ter uitvoering van» voortvloeit, niet kan doorstaan (De Hullu, a.w., blz. 319). Om deze eisen duidelijk tot uitdrukking te brengen, is in het nieuwe tweede lid aangegeven dat het begane feit «redelijkerwijs noodzakelijk» moet zijn voor de uitvoering van een bij wet opgedragen publieke taak. Op zichzelf kan een wettelijke taakuitvoering onder de strafuitsluitende werking van het huidige artikel 42 worden gebracht (zie hierboven). Gelet op de heel algemene formulering van het huidige artikel 42 achten wij het na ampele overweging echter nuttig – zowel voor ambtenaren als voor diegenen die het handelen van deze functionarissen aan de wet moeten toetsen – om een bepaling te formuleren die specifiek is toegesneden op een eventueel beroep op een publieke taak die bij de wet is opgedragen.

Samenvattend zijn wij van mening dat de specifieke formulering van de algemene strafuitsluitingsgrond «wettelijk voorschrift» voor strafbare feiten begaan bij de uitvoering van een publieke taak een belangrijke toegevoegde waarde heeft. Daarbij zijn de grenzen zeker niet te ruim getrokken; niet kan worden gesteld dat door het voorgestelde tweede lid van artikel 42 Sr gedragingen die thans strafbaar worden geacht, buiten de grenzen van de strafwet worden gebracht. Het gaat om een verduidelijking van artikel 42 Sr, die tot gevolg heeft dat de toepasselijkheid van die bepaling voorop komt te staan bij gedragingen waarvan de straffe-

loosheid thans gebruikelijk op de bepaling inzake overmacht wordt gebaseerd. In zoverre worden in het voorgestelde tweede lid van artikel 42 Sr de omstandigheden die thans op grond van de algemene strafuitsluitingsgronden wettelijke voorschrift (bestaande artikel 42 Sr) en overmacht (artikel 40 Sr) in de context van de uitvoering van publieke taken rechtvaardigend werken, gecodificeerd.

6. De positie van de Minister van Justitie en het openbaar ministerie

Naar ons oordeel geeft de in dit wetsvoorstel neergelegde keuze om de bestaande immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers op te heffen, geen aanleiding veranderingen voor te stellen in de positie van de Minister van Justitie of in die van het openbaar ministerie. Vooropgesteld moet worden dat de Minister van Justitie in ons staatsbestel politieke verantwoordelijkheid draagt en moet kunnen dragen voor het handelen van het openbaar ministerie. Dit spoort met het belangrijke rechtsstatelijke uitgangspunt dat voor de uitoefening van ingrijpende bevoegdheden als de bevoegdheid tot strafvervolgning aan de volksvertegenwoordiging verantwoording kan worden afgelegd. Deze verantwoordelijkheid kan de Minister van Justitie waarmaken door de hem in artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie gegeven bevoegdheid algemene en bijzondere aanwijzingen te geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie. Als het een aanwijzing betreft tot het niet of niet verder opsporen en vervolgen is de Minister van Justitie op grond van artikel 128, zesde lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie in beginsel verplicht de Staten-Generaal in kennis te stellen van de voorgenomen aanwijzing en de zienswijze van het College van procureurs-generaal. Van de aldus gegeven bevoegdheid om algemene of bijzondere aanwijzingen te geven, dient, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Kamerstukken II 1996/97, 25 392, nr. 3, blz. 22–26), een terughoudend gebruik te worden gemaakt. Activering van de ministeriële verantwoordelijkheid in individuele strafzaken door middel van een bijzondere aanwijzing dient beperkt te blijven tot uitzonderlijke gevallen.

De verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie voor de uitoefening van de bevoegdheid tot strafvervolgning door het openbaar ministerie is niet beperkt tot specifieke categorieën strafbare feiten of verdachten. Dit wetsvoorstel brengt daarin geen verandering. Ook indien de vervolgingsbeslissing betrekking heeft op publiekrechtelijke rechtspersonen en/of hun leidinggevers kan de Minister van Justitie algemene en bijzondere aanwijzingen geven. Dit is gewenst, omdat de Minister van Justitie politieke verantwoordelijkheid moet kunnen dragen voor beslissingen van het openbaar ministerie. De mogelijkheid aanwijzingen te kunnen geven in individuele strafzaken kan in het bijzonder bij publiekrechtelijke rechtspersonen en/of hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers van belang zijn bij het voorkómen van mogelijke interferentie tussen een strafproces en een proces van bestuurlijke verantwoording. Om deze reden hebben wij besloten om geen gevolg aan het advies van de Commissie-Roelvink, het geven van aanwijzingen in individuele zaken betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers uit te sluiten (vgl. Kamerstukken II 2001/02, 25 294, nr. 15, blz. 2).

In dit verband kan nog worden gewezen op de mogelijkheid van rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie. Op grond van artikel 12, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv) kan de rechtstreeks belanghebbende het gerechtshof vragen aan het openbaar ministerie een bevel tot vervolgen te geven.

De maatschappelijke druk op het openbaar ministerie om bij elk ernstig incident in de sfeer van een publiekrechtelijke rechtspersoon een vervol-

ging in te stellen kan groot zijn. Wij zijn ons ervan bewust dat hier voor het openbaar ministerie niet altijd een gemakkelijke taak ligt. Van het openbaar ministerie mag evenwel verwacht worden dat het steeds een zorgvuldige vervolgingsbeslissing zal nemen. Hierbij mag duidelijk zijn dat de doelstelling van dit wetsvoorstel is dat ingeval van strafbaar handelen van een publiekrechtelijke rechtspersoon de hoofdverantwoordelijke of hoofdverantwoordelijken worden vervolgd. In de regel zullen deze niet gezocht moeten worden onder de uitvoerende ambtenaren, die handelden conform de expliciete of onuitgesproken instructies of verwachtingen van de leiding. De hoofdverantwoordelijke kan onder omstandigheden ook de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf zijn. Het komt dus op de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie aan. Aan het openbaar ministerie is de beoordeling hoe de verantwoordelijkheden in een concrete casus liggen in de verhouding tussen enerzijds ambtenaren en anderzijds de publiekrechtelijke rechtspersoon als organisatie.

7. De verhouding tot de politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen

De politieke en bestuurlijke verantwoordingsprocedures staan naar de mening van de indieners bij normoverschrijdend gedrag van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers in het algemeen voorop. Dat neemt niet weg dat ook strafrechtstoepassing kan zijn geïndiceerd. Beide stelsels hebben hun eigen plaats. Ook de Hoge Raad is de mening toegedaan 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.»¹ De indieners beogen ook geenszins om hier verandering in aan te brengen. Zij zijn ook van mening dat het afleggen van verantwoording voor een strafrechter daaraan geen afbreuk doet. Het optreden van de overheid kan op grond van meerdere maatstaven worden beoordeeld: het is niet strafrechtelijke of democratische toetsing. Het een sluit het ander niet uit. Integendeel: de mogelijkheid van toetsing aan verschillende maatstaven is naar de mening van de indieners juist een argument dat pleit voor strafrechtelijke vervolgbaarheid van de overheid. Zoals Sikkema terecht stelde hebben «politieke verantwoording enerzijds en strafrechtelijke vervolging en berechting anderzijds [...] wezenlijk verschillende functies en binnen deze processen worden – niet zonder reden – uiteenlopende maatstaven gehanteerd. In zoverre vullen deze processen elkaar aan en bieden zij meerwaarde ten opzichte van elkaar»². Als er een verdenking van strafbare feiten is, moet de rechter zich daarover kunnen uitspreken aan de hand van concrete juridische criteria die in de wet zijn vastgelegd; het gaat daarbij om de rechtmatigheid, niet om politieke overwegingen. Bij de politieke verantwoordelijkheid zijn juridische toetsingsnormen zoals opzet en schuld doorgaans niet aan de orde. Daartegenover staat dat in het strafrecht weer niet gaat om het vertrouwen – althans in politieke zin – in een overheidsorgaan of politieke ambtsdrager. Het vertrouwen dat burgers in overheden stellen en moeten kunnen stellen, kan in voorkomende gevallen door strafrechtstoepassing zelfs worden versterkt. Tevens kan worden aangetekend dat het openbaar ministerie op grond van de artikelen 167 en 242 Sv al de bevoegdheid heeft af te zien van (verdere) strafvervolging op gronden die aan het algemeen belang zijn ontleend. Een reden van algemeen belang kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de omstandigheid dat ingrijpen van de strafrechter ontijdig is of de goede gang van een bestuurlijk proces verstoort. Mede langs deze weg zou eventuele interferentie tussen bestuurlijke en politieke verantwoordingsprocedures enerzijds en strafvervolging anderzijds kunnen worden voorkomen. Daarbij kan worden

¹ HR 6 januari 1998, NJ 1998,367 (Pikmeer II).

² E. Sikkema, «Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid». In: Nederland Juristenblad afl. 2006/35, p. 1999.

aangestipt dat het een algemeen uitgangspunt van strafrechtelijk beleid is dat de aanwezigheid van andere controlemechanismen de opportuniteit van strafvervolgning kan beïnvloeden. Zowel het afleggen van politieke verantwoordelijkheid als bestuursrechtelijke en civiele procedures kunnen als dergelijke mechanismen gelden. De toepasselijkheid van dergelijke mechanismen kan een omstandigheid zijn die van invloed is op de noodzaak van strafrechtelijke handhaving in een concreet geval. In elk geval kan in het uitgangspunt dat politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen voorop staan geen argument worden gevonden om strafrechtstoepassing bij publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers op voorhand uit te sluiten.

Voorts kan interferentie tussen enerzijds politieke en bestuurlijke verantwoordingsprocedures en anderzijds strafrechtstoepassing ook nu al aan de orde zijn. In de eerste plaats geldt dit voor de publiekrechtelijke rechtspersonen die op grond van de jurisprudentie vervolgbaar zijn, waarbij vooral kan worden gedacht aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden voor verboden gedragingen die zijn verricht bij de uitvoering van een niet-exclusieve bestuurstaak. In de tweede plaats kan erop worden gewezen dat individuele ambtenaren en ambtsdragers thans reeds strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens hun betrokkenheid bij strafbare feiten begaan in de context van een publiekrechtelijke rechtspersoon. In veel gevallen kan, bij een dergelijke betrokkenheid, worden vervolgd wegens het plegen van of deelnemen aan een strafbaar feit. In dergelijke gevallen bestaat op dit moment al de mogelijkheid dat strafvervolgning kan interfereren met politieke of bestuurlijke verantwoordingsprocedures. Wij hebben geen aanwijzingen dat het bestaan van deze mogelijkheid thans tot problemen aanleiding geeft.

8. Financiële consequenties

De indieners verwachten dat de financiële gevolgen van het van kracht worden van het onderhavige wetsvoorstel gering zullen zijn. Het aantal zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen of feitelijke leidinggevers of opdrachtgever dat nu vanwege een strafrechtelijke immuniteit geen doorgang kan vinden, is gering. De gevolgen van deze wetswijziging kunnen dan ook naar verwachting binnen de begroting van Justitie worden opgevangen. Daarnaast raakt dit wetsvoorstel aan de positie en verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren. Het is onze vaste overtuiging dat het overgrote deel van de publiekrechtelijke rechtspersonen en hun ambtenaren hun taken volstrekt consciëntieus en integer verrichten en dan ook nooit in de strafrechtelijke gevarenczone zullen belanden. Niettemin is het begrijpelijk dat uit het ambtenarenapparaat, in het bijzonder ook uit uitvoerende diensten, vragen komen over de implicaties van het wetsvoorstel voor de positie van publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren. Gelet hierop menen wij dat het gewenst is om, als het wetsvoorstel wet is geworden, voor zover nodig in aanvulling op de parlementaire behandeling voorlichtingsactiviteiten te ontplooiën specifiek gericht op publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren.

9. Artikelsgewijs

Artikel I, onderdeel A

Wat betreft het in dit onderdeel voorgestelde artikel 42, tweede lid, Sr verwijzen wij in de eerste plaats naar hetgeen hierboven in paragraaf 5.3 is opgemerkt. In aanvulling daarop wijzen wij nog op het volgende. De voorgestelde bepaling heeft niet een zodanig ruime strafuitsluitende werking dat daarmee de uitbreiding van de vervolgbaarheid meteen weer teniet wordt gedaan. Bij de beantwoording van de vraag of een overheidsfunctionaris of een overheidsorgaan zelf een beroep toekomt op het voor-

gestelde artikel 42, tweede lid, Sr moeten namelijk twee vragen worden beantwoord. Dat is ten eerste de (meer formele) vraag of het desbetreffende handelen rechtstreeks verband hield met een bij de wet opgedragen publieke taak. Met de beantwoording van deze vraag kan echter in het kader van artikel 42 Sr niet worden volstaan, want vervolgens zal ten tweede de (materiële) vraag moeten worden beantwoord of de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de wettelijke taak, de toets van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kan doorstaan. Deze eisen liggen volgens oudere jurisprudentie reeds besloten in de woorden «ter uitvoering van» (een wettelijk voorschrift), maar het komt wenselijk voor, er in de wet geen misverstand over te laten bestaan dat de rechter aan deze eisen kan en moet toetsen. Om deze reden wordt nu in het voorgestelde tweede lid van artikel 42 Sr bepaald dat de rechter moet nagaan of het handelen of nalaten van de overheidsfunctionaris of het overheidsorgaan «redelijkerwijs noodzakelijk» is voor de uitvoering van de publieke taak. Vooral hierin ligt de toegevoegde waarde van deze specifieke bepaling. Bij deze toetsing zal de rechter enerzijds de beoordelingsruimte die overheidsorganen toekomt moeten respecteren maar anderzijds de uitkomst van die beoordeling van het overheidsorgaan en de achterliggende belangenafweging kunnen toetsen aan eisen van evenredigheid en noodzakelijkheid. Hierbij zal de rechter ook rekening kunnen houden met eventueel aan het overheidsorgaan ter beschikking staande legale alternatieven, waarbij het niet noodzakelijk was om de strafwet te overtreden. Een voorbeeld kan dit nader verduidelijken. Wanneer een gemeente op basis van de milieuwetgeving om haar moverende, ondeugdelijke redenen aan een bouwbedrijf vergunning of ontheffing zou verlenen om afvalmateriaal (steen, staal) te storten op een onbeschermde wei aan de rand van een woonwijk en wanneer deze situatie tot een noodlottig ongeval onder spelende kinderen zou leiden, zou sprake kunnen zijn van een strafbaar feit van de gemeente, bijvoorbeeld dood door schuld (artikel 307 Sr). In dit geval gaat het om een gedraging die is verricht ter uitvoering van de bij wet opgedragen publieke taak om vergunningen en ontheffingen te verlenen. Niettemin zou de gemeente, dan wel de functionaris (ambtenaar of wethouder) die in belangrijke mate verantwoordelijk kan worden geacht voor de concrete vergunning of ontheffing, en daarom als opdrachtgever of feitelijke leidinggever wordt vervolgd, zeker geen beroep op artikel 42, tweede lid, Sr toekomen omdat niet gezegd zou kunnen worden dat de betrokken vergunningverlening «redelijkerwijs noodzakelijk» was voor de uitvoering van de publieke taak. Deze casus illustreert dat het gevolg van het opheffen van de immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers geenszins teniet wordt gedaan door de invoering van de nieuwe strafuitsluitingsgrond: de gedragingen werden weliswaar verricht ter uitvoering van een publieke taak die bij wet is opgedragen, maar de wijze waarop die uitvoering heeft plaatsgevonden voldeed niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Voorts vraagt een aantal in het voorgestelde artikel 42, tweede lid, Sr gehanteerde begrippen om een nadere toelichting. In het voorgestelde artikel 42, tweede lid, Sr zijn de subjecten, die een beroep op de strafuitsluitingsgrond kunnen doen, genoemd, namelijk: de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon.

Over het begrip «publiekrechtelijke rechtspersoon», dat in zowel het voorgestelde artikel 42, tweede lid, als 51, derde lid, Sr is opgenomen, kan het volgende worden opgemerkt. De Commissie-Roelvink heeft destijds gewezen op de begripsverwarring die volgens haar in de discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van «de overheid» is geslopen (a.w., blz. 16/17). De overheid is een veelvormig «iets». Zij treedt in velerlei hoedanigheden op – als orgaan, als individuele functionaris, als rechtspersoon – met daaraan gekoppeld verschillende verantwoordelijkheden en

aansprakelijkheden (politieke, bestuurlijke, privaatrechtelijke of strafrechtelijke). Om de strafrechtelijke aansprakelijkheid goed te onderscheiden pleit de Commissie-Roelvink voor hantering van het begrip «publiekrechtelijke rechtspersoon». Dit begrip geeft volgens haar goed aan dat het in deze gaat om een corporatieve aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid van de organisatie en niet van een individu of een orgaan. Wij sluiten ons hierbij aan. Het begrip «publiekrechtelijke rechtspersoon» sluit bovendien naadloos aan bij de terminologie die artikel 51, eerste lid, Sr hanteert; dit stelt immers in het eerste lid dat strafbare feiten kunnen worden begaan «door natuurlijke personen en rechtspersonen». Het begrip sluit bovendien aan bij de begrippen gehanteerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (zie hierover Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, dertiende druk, Den Haag 2005, blz. 62–65, 85 en 86). Artikel 1:1, eerste lid, onderdeel a, Awb spreekt immers van «rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld». Hierbij gaat het om de rechtspersonen die in de termen van artikel 2:1, eerste en tweede lid, BW vallen en die dus geen rechtspersoon zijn als bedoeld in de artikelen 2:2 en 2:3 BW (kerkgemeenschappen c.a., verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen, alsmede stichtingen). De belangrijkste categorie publiekrechtelijke rechtspersonen zijn de «openbare lichamen», dat wil zeggen de staat en de openbare lichamen, bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet (provincies, gemeenten, waterschappen, p.b.o.-lichamen). Daarnaast is er een aantal bijzondere rechtspersonen die rechtstreeks bij of krachtens de wet zijn ingesteld, zoals het Commissariaat voor de Media en op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen ingestelde rechtspersonen. Aldus is met het begrip «publiekrechtelijke rechtspersoon» een duidelijk afbakeningscriterium gegeven. Andere begrippen of criteria, die niet aanknopen bij het begrip «rechtspersoon», passen niet goed in het schema van artikel 51 Sr. Hierbij zij nog aangetekend dat, welk begrip ook wordt gekozen, er gelet op de genoemde veelvormigheid van de overheid altijd grensgevallen zullen zijn van entiteiten die tot de overheid worden gerekend die net wel of net niet onder het gehanteerde begrip vallen.

Het begrip «ambtenaar» heeft dezelfde ruime betekenis als elders in het Wetboek van Strafrecht (zie over de invulling die de rechtspraak hieraan geeft uitgebreid E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht*, proefschrift RUG, Boom juridische uitgevers 2005, paragraaf 2.3). Hieronder vallen ook politieke ambtsdragers, zoals ministers, commissarissen van de Koningin en wethouders.¹ Onder «ambtenaren» vallen verder de zogenoemde «arbeidscontractanten»: de werknemers die, anders dan ambtenaren in de ambtenarenrechtelijke zin, een (tweezijdige) arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met de publiekrechtelijke rechtspersoon hebben.

Bij «publieke taak, bij wettelijk voorschrift opgedragen» gaat het om die taken die de wetgever heeft opgedragen aan een onderdeel van de overheid in zijn publieke, openbare hoedanigheid, waarin dat onderdeel zich onderscheidt van in het maatschappelijk verkeer optredende private entiteiten. Waar de wet aan bijvoorbeeld werkgevers bepaalde zorgtaken opdraagt, bijvoorbeeld de inachtneming van de wettelijke arbeidstijden of de zorg voor goede arbeidsomstandigheden voor het personeel, geldt dat gelijkelijk voor werkgevers bij private en publiekrechtelijke rechtspersonen en is dus niet sprake van een «publieke taak» in de zin van artikel 42, tweede lid, Sr. Het begrip «publieke taak» wordt verder in de context van artikel 42, tweede lid, Sr beperkt doordat het moet gaan om een taak die is opgedragen aan een publiekrechtelijke rechtspersoon of aan een ambtenaar (daaronder begrepen ambtsdrager). Tot slot wordt opgemerkt dat met het begrip «wettelijk voorschrift» wordt bedoeld op een wet in materiële zin en dat daaronder, zowel in het huidige artikel 42 Sr als in het voorgestelde tweede lid, mede kan worden verstaan een regel van inter-

¹ (E. Sikkema, a.w., blz. 43 en 44, zie hierover ook de gedachtewisseling met het parlement in het kader van de wetgeving inzake de dualisering van het decentraal bestuur, Kamerstukken I 2002/03, 28 243, nr. 34a, blz. 12).

Artikel I, onderdeel B

Wat betreft het in dit onderdeel voorgestelde artikel 51, derde lid, Sr verwijzen wij naar hetgeen hierboven in de paragrafen 1, 5.1 en 5.2 is opgemerkt. Het begrip «publiekrechtelijke rechtspersonen» is hiervoor, in de artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel A, aan de orde gesteld. Voor het overige kan hier worden vermeld dat met de geformuleerde zinsnede dat «publiekrechtelijke rechtspersonen zijn op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar » zijn, expliciet tot uitdrukking bedoelt te brengen het oogmerk om af te wijken van de huidige stand van de jurisprudentie waarin sprake is van het uitsluiten van strafvervolgning.

In dit verband komt het dienstig voor enkele opmerkingen te maken over de vraag in welke gevallen publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers, strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Voorop gesteld kan worden dat beantwoording van de vraag wanneer een rechtspersoon strafrechtelijke aansprakelijk is bij de totstandkoming van artikel 51 Sr door de wetgever aan de jurisprudentie is overgelaten. De jurisprudentie die over dit thema tot ontwikkeling is gekomen, is ook maatgevend voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Over het daderschap van de rechtspersoon heeft de Hoge Raad afgewogen criteria ontwikkeld (zie HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328). Centraal staat daarbij, dat de rechtspersoon dader is indien het strafbaar feit hem in redelijkheid kan worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt is daarbij de vraag of de gedraging heeft plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon, in welk kader verscheidene omstandigheden een rol kunnen spelen, zoals bijvoorbeeld dat deze gedraging past in de normale bedrijfsvoering en/of is verricht door iemand die ten behoeve van de rechtspersoon heeft gehandeld. Los van het daderschap van de rechtspersoon staat de beoordeling van de aanwezigheid bij de rechtspersoon van bestanddelen als opzet of schuld indien het een misdrijf betreft (zie daarover nader De Hullu, a.w., blz. 257–262). Opzet of schuld moet bij de rechtspersoon, in geval hem een misdrijf ten laste is gelegd, afzonderlijk worden bewezen.

De jurisprudentie van de Hoge Raad over strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen heeft bij de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen die thans vervolgbaar zijn, ook nu al gelding.

Wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ambtenaren en ambtsdragers die handelen binnen de context van een publiekrechtelijke rechtspersoon moet voorop worden gesteld, dat deze natuurlijke personen ook nu al strafrechtelijk aansprakelijk zijn indien zij het strafbaar feit hebben gepleegd, medegepleegd, uitgelokt, hebben doen plegen of daaraan/daartoe medeplichtig zijn geweest (artikelen 47 en 48 Sr). Bovendien is het begaan van een strafbaar feit in, kort gezegd, een ambtelijke hoedanigheid een wettelijke strafverzwarringsgrond (artikel 44 Sr). Voorts kunnen ambtenaren en ambtsdragers die opdracht hebben gegeven tot een door de publiekrechtelijke rechtspersoon begaan feit, dan wel feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging ook nu al worden vervolgd, zij het onder de voorwaarde dat de publiekrechtelijke rechtspersoon geen immuniteit geniet. Mede omdat dit wetsvoorstel, naar in paragraaf 5.2 uiteen is gezet, naast de immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen ook de daaraan verbonden immuniteiten van opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers opheft, is het nuttig kort aandacht te schenken aan de vraag wanneer van feitelijke leiding geven aan een door een publiekrechtelijke rechtspersoon begaan strafbaar feit

sprake is. Daarbij moet worden opgemerkt dat voor feitelijke leiding geven in het schema van het bestaande, door dit wetsvoorstel niet gewijzigde artikel 51, tweede lid, Sr allereerst is vereist dat de rechtspersoon dader is. Als niet kan worden aangenomen dat de rechtspersoon dader is, kan van feitelijke leiding geven geen sprake zijn (De Hullu, a.w., blz. 462). Naast de omstandigheid dat de rechtspersoon dader is, gelden voor feitelijke leiding geven uiteraard additionele voorwaarden. Richtinggevend is hier de Slavenburg-II-beschikking (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321). De Hoge Raad overweegt daarin dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake kan zijn «indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen. De bewuste aanvaarding van een dergelijke aanmerkelijke kans kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de bank rechtstreeks verband hield met de hem verweten verboden gedragingen.»

De jurisprudentiële ontwikkeling die met deze richtinggevende beschikking is ingezet, is ook voor het feitelijke leiding geven aan door publiekrechtelijke rechtspersonen begane verboden gedragingen, maatgevend. Wat betreft het feitelijke leiding geven aan verboden gedragingen van de publiekrechtelijke rechtspersoon kan nog de vraag worden gesteld hoe de in de rechtspraak ontwikkelde criteria (onder andere in de Slavenburg-II-beschikking) uitwerken in de context van strafbare feiten begaan door of in een publiekrechtelijke rechtspersoon. Daarover kan het volgende worden opgemerkt. De Slavenburgjurisprudentie is van groot belang voor de aansprakelijkheid van leidinggevende functionarissen in een publiekrechtelijke rechtspersoon juist omdat het in die zaak ging om een grote, complexe organisatie en om de vraag in hoeverre de verantwoordelijken aan de top strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gehouden voor strafbare feiten begaan in lagere echelons in de organisatie. Wat dit betreft verschillen (grote) publiekrechtelijke rechtspersonen niet wezenlijk van grote bedrijven en verschillen topambtenaren en politieke ambtsdragers niet wezenlijk van bijvoorbeeld de leden van een raad van bestuur. Uit de jurisprudentie over feitelijke leidinggeven kunnen de volgende elementen worden gedistilleerd die zoals gezegd ook op de aansprakelijkheden binnen publiekrechtelijke rechtspersonen van toepassing zijn (zie De Hullu, a.w., blz. 464–469). In het algemeen zijn machtsverhoudingen en verwachtings- en gedragspatronen binnen een grote organisatie van belang. Het enkele doen van een suggestie door een hoge leidinggevende zal onder omstandigheden door ondergeschikten als een opdracht kunnen worden opgevat en de leidinggevende zal dit ook moeten begrijpen. Uit de Slavenburg-II-beschikking vloeit voort dat voor feitelijke leidinggeven enige vorm van opzet is vereist in verband met de door de rechtspersoon verrichte gedraging. Voorwaardelijk opzet is evenwel voldoende en dat kan worden afgeleid uit kennis van door de rechtspersoon verrichte soortgelijke gedragingen. Een soort «generiek» opzet van de leidinggevende functionaris is derhalve voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voldoende. Uit de Slavenburg-II-beschikking blijkt verder dat bewust niet-ingrijpen en nalaten feitelijk leidinggeven kan opleveren. Er moet dan wel sprake zijn van het verzaken van een plicht tot ingrijpen. Wat dit betreft kan de taakverdeling binnen een collegiaal bestuur zoals een raad van bestuur van een onderneming of een bestuurscollege van een publiekrechtelijke rechtspersoon een rol spelen. In geval strafbare feiten worden begaan bij de bedrijfsvoering binnen een ministerie zal onder omstandigheden niet de minister maar bijvoorbeeld wel de Secretaris-Generaal als hoofd van het ambtenarenapparaat strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn voor

feitelijke leiding geven aan het binnen het ministerie begane strafbare feit. Daarvan kan uiteraard alleen sprake zijn als de Secretaris-Generaal aan de voor feitelijke leiding geven geldende aansprakelijkheidvoorwaarden voldoet, en dus een plicht had tot ingrijpen in de bedrijfsvoering en deze plicht bewust heeft verzaakt. Een wethouder van onderwijs zal niet snel feitelijk leidinggeven kunnen worden verweten ten aanzien van strafbare feiten die zijn begaan op het terrein van de wethouder van milieu, hoewel hij misschien via het college van burgemeester en wethouders op de hoogte is van die feiten; zijn collega van milieu daarentegen zoveel te meer. Bij de wethouder van milieu moet dan wel sprake zijn van ten minste voorwaardelijk opzet. Als hij bijvoorbeeld weet dat het gemeentelijk afvalbedrijf een enkele keer overtollig bedrijfsafval illegaal op een braakliggend terrein van de gemeente heeft gestort en heeft nagelaten maatregelen te nemen om te voorkomen dat dat nog eens zou gebeuren, kan hij wellicht als feitelijke leidinggever worden vervolgd óók ten aanzien van illegale stortingen waarvan hij niet op de hoogte was.

Artikel II

De indieners zijn van mening dat de vervolging van de feiten begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen neergelegd moeten worden bij het functioneel parket. Zo wordt gewaarborgd dat er een specialisme met betrekking tot de strafrechtelijke vervolging van overheden zal ontstaan. Deze opdracht sluit tevens goed aan bij de reguliere taak van het functioneel parket. Strafzaken tegen de overheid betreffen in de praktijk namelijk veelal milieu- en fraudezaken en dit soort zaken wordt thans reeds door het functioneel parket behandeld, dat daarvoor over specialistische kennis beschikt. Indien er aanleiding is naast de publiekrechtelijke rechtspersoon ook natuurlijke personen te vervolgen wegens hun betrokkenheid bij strafbare feiten die in de context van de publiekrechtelijke rechtspersoon zijn begaan, bijvoorbeeld als opdrachtgever tot of feitelijke leidinggever aan het door die rechtspersoon begane feit, ligt het in de rede dat het functioneel parket dit voor zijn rekening neemt. Artikel 136, zesde lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie biedt daarvoor de wettelijke grondslag. Daarnaast leidt de concentratie van zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen bij het functioneel parket ertoe dat vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie op lokaal of regionaal niveau verlost worden van de druk om een van de overheden of vertegenwoordigers daarvan in hun gemeente of regio te moeten vervolgen. Aangezien het Openbaar Ministerie met het lokale bestuur en politie in «de driehoek» overleg pleegt, zouden bij een eventuele strafvervolging de verhoudingen met het lokale bestuur onder spanning kunnen komen te staan. Die spanningen kunnen voor een deel worden verminderd door de vervolging bij het functionele parket neer te leggen.

Artikel III

Dit betreft een bepaling van overgangsrecht ten aanzien van de wijziging van artikel 51 Sr. Omdat deze wijziging materieel een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft, zij het in de vorm van een bepaling over vervolgbaarheid en niet over strafbaarheid, is het redelijk hierop het materieel legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 1, eerste lid, Sr van toepassing te doen zijn. Het is wenselijk dit expliciet in de wet te bepalen, omdat over de toepassing van het legaliteitsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht op de voorwaarden voor vervolgbaarheid soms vragen rijzen.

Wolfsen
Van de Camp
Anker