



.....
Strafrechtelijke
aansprakelijkheid
stimuleert een leer-
proces en daarmee
de preventie van
rampen
.....

Een meerderheid van het parlement stemt binnenkort waarschijnlijk voor een wetsvoorstel dat de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen, inclusief hun ambtenaren, opheft. De argumenten vóór wegen zwaarder dan de argumenten tegen: 'Als burgers zien dat ook de overheid zich aan de wet moet houden, krijgt het vertrouwen in de rechtsstaat een nieuwe impuls'.

Weg met de strafrechtelijke immuniteit van overheden

J.M. Keizer en G.J. van Oosten
advocaten te Amsterdam

Als sinds 1950 kent Nederland een aansprakelijkheid van de rechtspersoon,¹ maar het duurde tot 1976 voordat een algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Wetboek van Strafrecht werd opgenomen (art. 51 Sr). Niettemin is de vervolgbaarheid van (lagere) overheden tot op de dag van vandaag niet wettelijk geregeld en nauwelijks door de jurisprudentie ingekleurd. Art. 51 Sr maakt geen onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen, maar de jurisprudentie heeft uitgemaakt dat de centrale overheid strafrechtelijke immuniteit geniet, evenals de lagere overheden als deze handelen in het kader van een exclusieve overheidstaak.

De Hoge Raad stelde in het Volkel-arrest in 1994 dat de handelingen van de Staat strekken tot de behartiging van het algemeen belang en dat de ministers

en staatssecretarissen verantwoordelijk zijn aan het parlement en ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.³ Hiermee is volgens de Hoge Raad niet in overeenstemming dat de Staat zelf voor zijn handelingen ook nog strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank het OM niet-ontvankelijk moeten verklaren.

In de Pikmeer-arresten van 1996 en 1998, naar aanleiding van het storten van verontreinigde baggerspecie in de gemeente Boarnsterhim (Fr.), is geoordeeld dat:

- de centrale overheid strafrechtelijke immuniteit geniet;
- openbare lichamen (art. 7 Gw) niet vervolgbaar zijn indien zij een strafbaar feit begaan bij de uitoefening van een wettelijke bestuursstaak die alleen door bestuursfunctionarissen kan worden verricht;⁴

- ambtenaren van die openbare lichamen niet vervolgbaar zijn indien zij leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit bij de uitoefening van die werkzaamheden.⁵

In deze arresten zag de regering geen noodzaak tot wetgeving voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden.⁶

Rampen stimuleren discussie

De discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden is aangewakkerd door de rampen in Enschede

valsheid in geschrifte. De raadsman betoogde bij de Hoge Raad dat de gemeente niet kon worden veroordeeld omdat zij strafrechtelijke immuniteit zou genieten. Met verwijzing naar de Pikmeer-jurisprudentie maakte de Hoge Raad korte metten en stelde dat dergelijke gedragingen bezwaarlijk kunnen worden gekwalificeerd als gedragingen die 'naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtekens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuursstaak'. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513; HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367.
6 TK 1996-1997, 25 294, nr. 2; TK 1997-1998, 25 294, nr. 9.

1 Beiden zijn werkzaam bij Van Oosten Advocaten; Geertjan van Oosten is redactielid van dit blad.

2 Art. 15 Wet op de economische delicten.

3 HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598.

4 Dat advocaten het begrip exclusieve overheidstaak nog regelmatig trachten op te rekken blijkt uit een recente uitspraak van de Hoge Raad van 29 april 2008 (LJN: BB8977). Hierin werd de gemeente Etten-Leur door het Gerechtshof te Den Bosch op 6 januari 2006 veroordeeld tot betaling van een geldboete van € 95.000 wegens het doen van een onjuiste belastingaangifte en

en Volendam. In Volendam stond al snel vast dat de gemeente nalatig was geweest. De burgemeester erkende zelfs dat er ernstige fouten waren gemaakt, omdat de gemeente had verzuimd actie te ondernemen, terwijl ze wist dat er een gevaarlijke situatie aanwezig was.⁷ Ook de Commissie-Polak/Versteden concludeerde dat de gemeente vooral op het gebied van de (brand)veiligheid grote fouten had gemaakt. Justitie kwam echter al na enkele dagen met de verklaring dat zij de gemeente juridisch niet kon vervolgen gezien de Pikmeer-jurisprudentie. De handelingen van de gemeente zouden zijn aan te merken als exclusieve bestuurstaken.

Het ging onder meer om de nalatigheid bij de uitoefening van een controlerende taak. Dit type taken is volgens prof. Tom Schalken geschikt om aan particuliere bedrijven uit te besteden.⁸ (Dat daarvoor een wetswijziging nodig is, doet aan het principe niet af.) Schalken vindt dat het feit dat het afgeven van een vergunning aan de gemeente is opgedragen, op zichzelf geen strafrechtelijke immuniteit zou moeten garanderen.

Ook bij de vuurwerkramp in Enschede besliste het OM de overheid niet te vervolgen omdat de afgifte en controle van de milieuvergunning een exclusieve overheidstaak is. Volgens de Almeloze hoofdofficier van justitie dient de samenleving zich te wenden tot de wetgever, omdat het een zaak betreft voor de Tweede Kamer en niet voor het Openbaar Ministerie.⁹

Argumenten gewogen

Na de ramp in Volendam liet de minister van Justitie de Commissie-Roelvink de opheffing van de immuniteit onderzoeken. De commissie vindt meende uiteindelijk dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen beperkt moet blijven tot overtreding van ordeningswetgeving en niet moest worden uitgebreid tot com-

7 Schalken, 'Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?', in: *DD* 2001, afl. 2, p. 115.
 8 Schalken: 'Justitie kan de gemeente Volendam vervolgen', in: *Trouw*, 8 januari 2001, p. 1.
 9 Marlet: 'Zo zijn de regels: Enschede heeft al afgerekend', in: *Trouw*, 21 april 2001.

Het EHRM meent dat strafrechtelijke sancties aan overheden moeten kunnen worden opgelegd

mune delicten, omdat dit tot verwarring van strafrechtelijke, politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheden kon leiden. Strafrechtelijke aansprakelijkheid dient gericht te zijn op de verantwoordelijke functionarissen en bestuurders.¹⁰ Zelfstandige overheidseenheden moeten wel vervolgbaar zijn, evenals individuele ambtenaren die strafbare handelingen verrichten in opdracht van een overheidsorgaan dat immuniteit geniet. De commissie acht de staat, in zijn hoedanigheid van centrale overheid, als zodanig niet strafrechtelijk aansprakelijk.

Hieronder laten we de argumenten van de Commissie-Roelvink (tegen) volgen door ons commentaar.

Strafvervolging instellen, betekent dat de overheid zichzelf vervolgt.

De bestrafte en bestraffer zijn eigen entiteiten met eigen taken en verantwoordelijkheden. De machtscheiding laat rechterlijke toetsing toe, anders zouden ook procedures op basis van onrechtmatige overheidsdaad uitgesloten zijn, en ook de uitgebreide bevoegdheden van de bestuursrechter zouden drastisch moeten worden beperkt.

De minister van Justitie raakt betrokken, waardoor zijn positie als lid van het kabinet wordt gecompliceerd en de eenheid van de regering wordt aangetast.

De kans hierop is klein. Het gaat om strafbare feiten gepleegd in de uitvoeringsfeer, die meestal ver verwijderd is van de leiding van een departement. Bovendien kan in voorkomende gevallen, op afstand, de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad beslissen.

Een geldboete is slechts symbolisch: er vindt geen daadwerkelijke overdracht van geld plaats.

10 Commissie-Roelvink, *Advies*. H.L.J. Roelvink (voorzitter), M.A.P. Bovens, G. Knigge en H.R.B.M. Kummeling, Den Haag, februari 2002, p. 7.

Dat de geldboete symbolisch is, neemt niet weg dat departementen gescheiden vermogens hebben en dat zij tegenvallers in de eigen begroting moeten opvangen. Daarom doet een geldboete zeker wel 'pijn' en kan het een prikkel opleveren voor beter gedrag. Bovendien behoren punitieve bestuurlijke sancties tot de mogelijkheden.

Voor de overheid zijn politieke en bestuurlijke controlemechanismen toereikend.

Dit laat onverlet de aanvullende rol van het strafrecht en zijn duidelijke signaalfunctie.

Vervolgbaarheid van de overheid leidt tot onwenselijke juridisering.

Deze 'verdere' juridisering van de samenleving laat zich moeilijk meten en is lang niet altijd onwenselijk. Vooral waar wetgeving en jurisprudentie vaag blijven, is nieuwe regelgeving geboden.

Boetes worden betaald uit de gemeentekas en zullen via belastingen worden betaald door de slachtoffers.

Dit is het meest valide argument, maar dit geldt alleen indien het strafbaar feit een groot deel van de gemeenschap raakt. In de meeste gevallen zullen de slachtoffers niet merkbaar meebetalen. Bovendien kan de rechter besluiten slechts een symbolische boete op te leggen, van bijvoorbeeld € 3 (art. 23 Sr).

Wij menen dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wenselijk is op grond van de volgende argumenten:

- van een strafrechtelijke veroordeling gaat een afkeurende werking uit. Daarbij gaat het minder om de zwaarte van de sanctie dan om het normbevestigend effect;
- overheden die zich schuldig maken aan strafbare feiten niet vervolgen, is in strijd met de eisen van de rechtstaat, gezien de rechtsgelijkheid;
- een overtredende overheid die zich voor de strafrechter verantwoordt, versterkt het democratisch gehalte van de samenleving en de legitimiteit van het overheidsgezag;¹¹
- de overheid dient aan de burgers te

11 Brants en De Lange, 'Strafvervolging van overheden', in: *Monografieën Strafrecht* 22, Gouda Quint, Deventer, 1996, p. 46.



laten zien dat ook zij zich houdt aan de door haar zelf vastgestelde regels; - de preventie van rampen wordt gestimuleerd doordat er een leerproces op gang komt.¹²

Misschien is dit laatste argument nog het sterkst. Hier zou namelijk in de toekomst het meeste voordeel kunnen worden behaald. Als strafrechtelijke aansprakelijkheid in de jaren negentig was ingevoerd, waren de rampen in Volendam en Enschede dan niet te voorkomen geweest?

We geven twee voorbeelden uit de rechtspraak sindsdien.

Utrechtse brandweerman

Op 13 juli 2001 kwam een duiker van de brandweer onder water in moeilijkheden op een duiklocatie van de gemeente Utrecht. Zijn collega's schoten hem te hulp, maar het mocht niet baten. In het troebele water trokken zij elkaar omhoog terwijl ze meenden de duiker vast te hebben. Deze werd pas na acht minuten gevonden en overleed kort daarna.

De rechtbank houdt de gemeente strafrechtelijk aansprakelijk.¹³ Het verweer van de gemeente is dat de gedragingen verricht werden in het kader van een door de wetgever opgedragen overheidstaak, namelijk het beheer van de brandweer en de zorg voor de opleiding en oefening van de individuele leden van de brandweer.¹⁴ Dit verweer wordt, met aanhaling van het tweede Pikmeer-arrest, verworpen: 'Naar het oordeel van de rechtbank brengt het belast zijn met een algemene (exclusieve) bestuurstaak zoals de zorg van de brandweer *niet zonder meer mee, dat alle met die taak samenhangende activiteiten ook als exclusieve bestuurstaken moeten worden aangemerkt* [curs. JK & GJ], die slechts

door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht'. De rechtbank stelt daarnaast dat de duikopleiding geheel of gedeeltelijk had kunnen worden uitbested. Dit is opmerkelijk, omdat uit de stukken blijkt dat de Nederlandse Duikbond en het Nederlands Duikcentrum van mening zijn dat dergelijke opleidingen uitsluitend via de brandweer kunnen worden gegeven. De gemeente Utrecht wordt veroordeeld tot het betalen van een geldboete van € 18.000 waarvan € 6.000 voorwaardelijk. Het aanvankelijk ingestelde hoger beroep wordt later ingetrokken.¹⁵

Explosie op vuilnisbelt

Ook jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens noopt tot bezinning. In de zaak-Öneryildiz tegen Turkije ging het om de gevolgen van een explosie op een vuilnisbelt in een voorstad van Istanbul.¹⁶ Door de methaangasexplosie in 1993 kwamen in de omliggende krottenwijk 39 mensen om het leven. De krottenwijk was weliswaar illegaal, maar werd gedoogd door de autoriteiten. Tegen de burgemeesters van de voorstad en Istanbul werd een strafrechtelijke vervolging ingesteld. Zij werden schuldig bevonden aan nalatigheid en veroordeeld tot voorwaardelijke geldboetes.¹⁷

Een man die bij de explosie negen van zijn familieleden verloor, klaagt uiteindelijk bij het EHRM over schending van art. 2 EVRM (recht op leven). Het hof acht art. 2 EVRM van toepassing, op basis waarvan de autoriteiten de no-

15 Door een recente circulaire van het ministerie van Binnenlandse Zaken waarin regels voor duikopleidingen onder zware omstandigheden worden beschreven, zou het hoger beroep niet meer nodig zijn. Maar een van de raadslieden van de gemeente Utrecht laat zich (tijdens een college op de Universiteit van Amsterdam op 16 oktober 2003) echter ontvallen dat de burgemeester het beroep had ingetrokken uit respect voor de nabestaanden. De circulaire zou al een half jaar voor het intrekken zijn verschenen. Hoe dan ook is hierbij de kans gemist om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden te laten beoordelen door een hogere instantie.

16 EHRM 18 juni 2002, RJD 2002; NJB afl. 32, 13 september 2002, p. 1615 e.v.

17 Stolwijk, 'Voorbeeldig strafrecht', in: DD 34, afl. 3, maart 2004, p. 247.

dige maatregelen dienen te nemen ter voorkoming van de verwezenlijking van risico, zeker als zij op de hoogte zijn van een reële en directe bedreiging van het leven.¹⁸ Het hof overweegt dat de nationale regelgeving voor opslag van afval en voor het terugdringen van krottenwijken gehandhaafd had moeten worden. De illegale bewoning en de gevaarlijke situatie hadden niet mogen worden gedoogd. En omdat van de gemiddelde burger niet kan worden verwacht dat hij de risico's kent van een methaangasexplosie en een aardverschuiving op de vuilnisbelt had de overheid de burger moeten informeren over wat de autoriteiten bleken te weten. Het hof kent een schadevergoeding toe van € 21.000 wegens materiële schade en € 133.000 wegens immateriële schade.

Het hof spreekt bovendien uit dat een effectief rechterlijk systeem repressieve, strafrechtelijke sancties moet kunnen opleggen, op basis van een onderzoek naar de feiten die de dood van de persoon in kwestie hebben veroorzaakt.¹⁹ In de onderhavige zaak dient ook een adequate strafrechtelijke reactie te volgen. De nationale procedures voldoen niet aan de uit art. 2 EVRM voortvloeiende procedurele verplichtingen.

Wetsvoorstel in Nederland

In de explosiezaak in Turkije ging het om exclusieve overheidstaken, namelijk toezicht en handhaving. De actieve, positieve verplichtingen waarover het EHRM spreekt, golden ten tijde van 'Enschede' en 'Volendam' ook voor de Nederlandse overheden. De Nederlandse overheden hebben dus onder meer de verplichting om toezicht te houden op naleving van regels en overtreders in ernstige gevallen strafrechtelijk te vervolgen. Tegen deze achtergrond is het wetsvoorstel toe te juichen dat de strafrechtelijke immuniteit van overhe-

den beperkt. Desondanks hebben wij op enkele punten kritiek.

Wij menen dat het wetsvoorstel tot onnodige discussies zal leiden, omdat in art. 42 (zie kader) niet duidelijk is wat moet worden verstaan onder feiten die 'redelijkerwijs noodzakelijk' zijn. Het is al lastig te bepalen welke door de ambtenaar of publiekrechtelijke rechtspersoon gepleegde feiten noodzakelijk of redelijk zijn voor de uitvoering van een publieke taak, laat staan beide. Bovendien wordt hiermee de zweem van immuniteit van ambtenaren en publiekrechtelijke rechtspersonen zeker niet weggenomen.

In hun gewijzigde memorie van toelichting stellen de indieners: '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.'²⁰

Een van de indieners van het wetsvoorstel, de heer Van de Camp, zei, toen wij hem ons bezwaar voorlegden, dat de zwaarwichtigheid van het leerstuk aanleiding was geweest om de strafuitsluitingsgrond expliciet te noemen, mede op advies van de Raad van State. Wij menen echter dat een dergelijke strafuitsluitingsgrond wordt gedekt door art. 40 Sr: een verdachte is niet strafbaar indien hij een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen. Verruimen van de strafuitsluitingsgronden zal leiden tot lange discussies in de rechtszaal, die uiteindelijk door de Hoge Raad moeten worden beslecht. In de praktijk zal het jaren duren voordat duidelijk wordt in welke gevallen ambtenaren en publiekrechtelijke rechtspersonen zich erop kunnen beroepen.

Vertrouwen in rechtsstaat

Misschien wordt het wetsvoorstel nog voor de zomer plenair behandeld. Nu het CDA en de ChristenUnie zich achter

Wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit publiekrechtelijke rechtspersonen

- Aan art. 42 Sr wordt een lid toegevoegd: 'Niet strafbaar is de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen.'
- Aan art. 51 wordt een lid toegevoegd: 'Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar.'
- Art. 9 lid 3 Sv komt te luiden: 'De officier van justitie bij het functioneel parket is belast met de vervolging van:
 - a strafbare feiten waarvan de opsporing ingevolge art. 3 van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten tot de taken van een bijzondere opsporingsdienst behoort;
 - b publiekrechtelijke rechtspersonen.'

het wetsvoorstel hebben geschaard,²¹ is de kans groot dat het wordt aangenomen. Door het schrappen van het criterium van de exclusieve overheidstaak zal de vervolging dan weer worden bepaald door de strafwaardigheid van het gedrag en zal niet meer alleen worden gekeken of een bepaalde gedraging valt onder een aan dat overheidsorgaan opgedragen taak. Dit geeft de burgers het gevoel dat ook de overheid zich moet houden aan de wet en kan het vertrouwen in de rechtsstaat een nieuwe impuls krijgen. Daarbij blijft het de vraag of het in een bepaald geval wenselijk is dat de overheid daadwerkelijk wordt vervolgd. Dit geeft de burgers het gevoel dat ook de overheid zich moet houden aan de wet, nog ongeacht de vraag of het in een bepaald geval wenselijk is dat de overheid daadwerkelijk wordt vervolgd. Zo kan het vertrouwen in de rechtsstaat een nieuwe impuls worden gegeven.

²¹ De Volkskrant, 19 december 2007

¹⁸ EHRM 19 februari 1998 (Guerra e.a./Italië); RJD 1998; NJ 1999, 690.

¹⁹ Barkhuysen en Van Emmerik, 'EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', in: *Overheid en aansprakelijkheid*, mei 2003, nr. 3, p. 112.

²⁰ 2007-2008, 30 538, nr. 7, p. 3.