

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 andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen

Nr. 5

ADVIES RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 26 oktober 2006 en de reactie van de indieners d.d. 19 december 2007, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 27 april 2006 heeft de Tweede Kamer bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Wolfsen tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van rechtspersonen, als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 en lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Bestaande strafrechtelijke immuniteiten, die in belangrijk mate zijn gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad, worden met dit voorstel opgeheven. In verband met de opheffing van de immuniteit wordt tevens een beperking voorgesteld van de bevoegdheid van de Minister van Justitie tot het geven van aanwijzingen aan het openbaar ministerie (hierna: OM).

De Raad van State heeft over het voorstel een aantal opmerkingen. Deze spitsen zich toe op de eigen taak en verantwoordingsstructuur van de overheid¹, de eenheid van de regering en de positie van de Minister van Justitie jegens het OM, bestuurlijke verhoudingen op decentraal niveau, opportuniteit van vervolging en juridisering.

Achtergrond van het voorstel

De discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is begonnen met de invoering van de Wet op de economische delicten in 1950, waarbij ook rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld. Gold dat toen slechts voor economische delicten, vanaf 1976 is met de invoering van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (WvS) de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in het algemeen in de wet opgenomen. In die bepaling wordt geen onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijke rechtspersonen en rechtspersonen, bedoeld in artikel 2:1 lid 1 en lid 2 BW, de laatste hierna ook wel aangeduid als «overheden». In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van artikel 51 WvS werd over de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen gesteld: «wanneer het publiekrechtelijk lichaam als bestuurder heeft gehandeld, zal de verant-

¹ Het begrip «overheid» wordt hier gebruikt als korte omschrijving van «rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld».

woording behoren te geschieden aan de instellingen en organen die daartoe in het staats- en administratieve recht in het bijzonder zijn aangewezen. [...] wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer heeft gehandeld bestaat er geen voldoende grond haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten. [...] Daarom kan een bijzondere wettelijke voorziening beter achterwege blijven»¹.

Sedertdien is er veel gebeurd. De grens tussen overheids- en niet-overheidsinstellingen met publieke taken belast, vervaagde verder door het uitbesteden van de uitvoering van overheidstaken aan particuliere ondernemingen en door het toekennen van overheidsbevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen. Bij de overheid werd de aandacht meer en meer op kwantitatief meetbare resultaten gericht. Meer dan vroeger werd het strafrecht als maatschappelijk controleinstrument gezien. Daardoor werd strafrechtelijke immuniteit van de overheid minder vanzelfsprekend.

In de jaren negentig van de vorige eeuw werd de kwestie verschillende keren aan de rechter voorgelegd. In het Volkelarrest² werd de centrale overheid, de Staat, niet vervolgbaar geoordeeld, terwijl de vervolgbaarheid van decentrale overheden in het Pikmeer II-arrest³ nader werd bepaald. In dit laatste arrest werd de passage in de memorie van toelichting bij de wetswijziging van 1976 ten aanzien van decentrale overheden in de jurisprudentie uitgewerkt:

immuniteit dient slechts dan te worden aangenomen als «de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechte niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuursstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen». Verder zou aansluiting moeten worden gezocht bij het in het strafrecht ontwikkelde stelsel van rechtvaardigingsgronden.⁴ Het OM heeft zijn vervolgingsbeleid aan deze arresten aangepast⁵; nieuwe rechtsontwikkeling zal derhalve, zonder wetswijziging, hooguit via de weg van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering (WvSv) plaatsvinden.

Op verzoek van de regering bracht de Raad van State in 1999 advies uit over deze materie.⁶ De hoofdconclusie van de Raad was dat uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat (in ruime zin) geen aanbeveling verdient en dat het gewenst is om te komen tot wetgeving waarin de immuniteit voor strafvervolgning uitdrukkelijk wordt geregeld voor de gehele overheid. De Raad achtte eventuele uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor natuurlijke personen, in de vorm van uitbreiding van de ambtsdelicten, verdedigbaar.

Naar aanleiding van de opnieuw oploeiende discussie als gevolg van een aantal incidenten waarbij een (gebrek aan) overheidsop treden aan de orde was, vroeg het kabinet advies aan een commissie onder voorzitterschap van mr. H.L.J. Roelvink. Deze commissie bracht in 2002 advies uit.⁷ Uit een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek van de commissie naar de regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden en van de Staat in andere landen (landen van de Raad van Europa en de Europese Unie) blijkt dat het overgrote deel van deze landen noch strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden noch van de Staat kent⁸, maar ook dat meer landen kampen met problemen ten aanzien van strafrechtelijke immuniteit van de overheid. In verschillende landen zijn eigen oplossingen ontwikkeld om mogelijk strafwaardige gedragingen van overheden te kunnen onderzoeken en wel of niet te sanctioneren.

Recent bracht de Raad voor het openbaar bestuur een advies uit over strafrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders en ambtenaren⁹.

In Nederland gaat de discussie in hoofdzaak over een keuze tussen handhaven van de strafrechtelijke immuniteit met wettelijke regeling van de uitzonderingen of opheffing van de strafrechtelijke immuniteit met aanpak van de problemen die dan rijzen. De initiatiefnemer maakt deze laatste keuze en licht deze keuze toe. De Raad merkt op dat er ook buiten het strafrecht mogelijkheden zijn om tegemoet te komen aan een wens tot een verder gaande verantwoordingsplicht van de overheid.¹⁰ De uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Öneriyildiz/Turkije¹¹ dwingt ook niet tot vergroting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.¹² In dit advies maakt de Raad alleen opmerkingen over enkele vraagstukken die in het

¹ Kamerstukken 11 1975/76, 13 655, nr. 3, blz. 21.

² HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel).

³ HR 6 januari 1998, NJ 1998,367 (Pikmeer II).

⁴ Rechtsoverweging 5.7.

⁵ Aanwijzing van het College van procureurs-generaal voor de opsporing en vervolging van overheden (aanwijzing nr. 1998A004).

⁶ Handelingen 11, 1999–2000, 25 294, A.

⁷ Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, Den Haag 2002.

⁸ Zie bijlage D van het advies.

⁹ Advies strafrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders en ambtenaren, september 2006.

¹⁰ Onder meer de mogelijkheden geschetst in het genoemde rapport van de Commissie Roelvink en de bijlagen bij dat rapport.

¹¹ Öneriyildiz v. Turkije [GC], nr.48 939/99, ECHR 2004 – XII.

¹² De Raad wijst in dit verband ook op de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaken Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no.35 763/97, ECHR 2001-XI en De Jorio v. Italy, no. 73 936/01, van 3 juni 2004, welke ondersteunen dat strafrechtelijke immuniteit van de overheid door het EHRM gerespecteerd wordt mits er een effectief alternatief is voor onafhankelijk toezicht.

kader van de keuze die initiatiefnemer heeft gemaakt, naar het oordeel van de Raad nadere aandacht vragen.

1 Gelijkeheidsbeginsel

In de discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid speelt het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol. Hoewel de gehoudenheid van overheid en overheidsfunctionarissen aan wetten en regels een vanzelfsprekende zaak zou moeten zijn, moet geconstateerd worden dat zij in functie soms strafbare feiten plegen. De vraag is in hoeverre de reactie daarop gelijk moet zijn aan die ten aanzien van organen en personen buiten de overheid. In hoeverre kunnen rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, op één lijn worden gesteld met privaatrechtelijke rechtspersonen? Wordt de eigen aard van de overheid daarmee niet miskend en wordt daarmee geen afbreuk gedaan aan het democratisch verantwoordingskader waarbinnen de overheid functioneert?

a. De eigen aard van de overheid

De initiatiefnemer stelt in dit verband: «[...] 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 initiatiefnemer evenmin een argument om de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid te beperken.»¹

De Raad acht het van belang dat ook het volgende in de overwegingen wordt betrokken. De taak van de overheid is gebaseerd op de wet en wordt uitgeoefend in het algemeen belang. Overheden hebben niet, zoals andere rechtspersonen, de vrijheid om hun taak naar eigen inzicht in te richten, noch hebben zij de vrijheid om af te zien van het verrichten van hun taak. Overheden zijn geen marktdeelnemers die vervangen kunnen worden door andere als zij hun positie verspelen. Wel hebben zij ten behoeve van een goede behartiging van het algemeen belang beleids- en beslissingsruimte nodig om verschillende betrokken (algemene) belangen af te kunnen wegen. Daarbij moeten zij soms handelingen verrichten die aan anderen niet zijn toegestaan. De rechtvaardigingsgronden voor het handelen van de overheid zijn in dat verband niet ten volle gelijk aan die voor private personen en organisaties, en een vervolgingsbeslissing ten aanzien van de overheid en van overheidsfunctionarissen kan in zoverre dan ook afwijken van die ten aanzien van private personen en organisaties. Deze ongelijkheid in taken en verantwoordelijkheden heeft tot gevolg dat anders omgaan met strafbare feiten, gepleegd door overheden, dan met strafbare feiten die door anderen zijn begaan, geen strijd met het gelijkheidsbeginsel hoeft te betekenen.

De Raad adviseert nader in te gaan op de eigen aard van de overheid en de betekenis daarvan voor het onderscheid tussen enerzijds rechtspersonen als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 en lid 2 BW en andere rechtspersonen anderzijds, waar het strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft.

De Raad stelt de vraag in hoeverre de reactie op strafbare feiten van overheden gelijk zou moeten zijn aan die ten aanzien van rechtspersonen die niet tot de overheid kunnen worden gerekend. In dit verband wijst de Raad erop dat overheden wettelijke taken uitoefenen in het algemeen belang, en niet de vrijheid hebben om deze taken geheel naar eigen inzicht te verrichten of van de uitoefening daarvan af te zien. Overheden kunnen anders dan marktpartijen niet worden vervangen. De rechtvaardigingsgronden voor het handelen van overheden zijn, aldus de Raad, niet ten volle gelijk aan die van privaatrechtelijke rechtspersonen, wat ook in de vervolgingsbeslissing kan doorwerken. De Raad adviseert nader in te gaan op de eigen aard van de overheden. Graag voldoen wij aan dit onderdeel van het advies door het volgende naar voren te brengen. Overheden zijn inderdaad niet in alle gevallen gelijk aan privaatrechtelijke rechtspersonen, en deze ongelijkheid kan ook gevolgen hebben, naar de Raad terecht vaststelt, voor de strafrechtelijke beoordeling van het handelen van deze publiekrechtelijke rechtspersonen. Wij zien echter niet in waarom deze notie handhaving van de immuniteiten van overheden zou rechtvaardigen. Het tegendeel is veeleer het geval: om de reactie op strafbare feiten begaan door overheden in gelijke gevallen gelijk te doen zijn aan de reactie op

¹ Memorie van toelichting, punt 3, tweede alinea.

strafbare feiten van privaatrechtelijke rechtspersonen, is opheffing van de immuniteiten van overheden juist gewenst. De terecht opmerkingen van de Raad over een verschil in de rechtvaardigingsgronden voor het handelen van overheden heeft ons tot de overtuiging gebracht dat het wenselijk is om naast opheffing van de immuniteiten van overheden in het wetsvoorstel tevens te voorzien in een specifieke strafuitsluitingsgrond waarin wordt uitgedrukt dat de gehoudeheid van overheden hun wettelijk opgedragen publieke taak uit te oefenen in voorkomende gevallen hun feitelijk geen keuze kan laten het strafbare feit te begaan. Wij gaan nader in op deze strafuitsluitingsgrond in de paragrafen 1 en 5.3 van de gewijzigde memorie van toelichting.

b. Democratische verantwoordingsstructuren

Over de wijze waarop overheden hun taken hebben uitgevoerd, leggen de politieke ambtsdragers, die daarvoor verantwoordelijk zijn, verantwoording af aan democratisch gelegitimeerde organen. Een ambtsdrager kan worden aangesproken op het handelen en nalaten door ambtenaren die onder zijn verantwoordelijkheid vallen. Aldus staat het handelen van de overheid – en dat geldt voor de decentrale overheden evenzeer als voor de centrale overheid – onder politieke en publieke controle. Overigens dient hierbij onderkend te worden dat deze politieke en publieke controle in verschillende gradaties aan de orde kan zijn. Ten aanzien van zelfstandige bestuursorganen, die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister en waar de politieke controle dus op een minder directe wijze doorwerkt, is het verschil met private rechtspersonen minder groot.

In de toelichting bij het voorstel wordt terecht opgemerkt dat de invulling van de regels, plichten en bevoegdheden de overheid voldoende speelruimte laat om het begaan van strafbare feiten te voorkomen.¹ Deze vaststelling is van betekenis. De controle op de wijze waarop de speelruimte in een concreet geval is gebruikt dient bij uitstek in het proces van politieke verantwoording aan de orde te komen. Belangrijk is daarbij de vraag aan de hand van welke maatstaven het optreden van de overheid wordt beoordeeld. Is het de strafrechtelijke beoordeling die de officier van justitie hanteert bij de afweging omtrent de opportuniteit van de strafvervolgning en de rechter bij de beoordeling of er sprake is van een strafwaardige gedraging? Of gaat het in het bijzonder om de toetsing aan bredere, waaronder ook morele, maatstaven waarop nu juist in de democratische controle en de politieke verantwoording de nadruk moet liggen?

De beoordeling in het kader van democratische verantwoording geschiedt uit een oogpunt van goede behartiging van overheidstaken: rechtmatigheid van overheidsoptreden is bij deze beoordeling een vanzelfsprekend uitgangspunt. Strafrechtelijke doelen als leedtoevoeging en vergelding zijn niet de leidende normen bij een negatief oordeel over overheidsoptreden in het democratisch verantwoordingsproces. Daar in gaat het bij uitstek om normbevestiging en de morele legitimatie van het overheidsoptreden. De Raad wijst er in dit verband nog op dat strafvervolgning het democratisch verantwoordingsstelsel kan doorkruisen en omgekeerd. Een openbaar debat over een kwestie die onder de rechter is, zal aan beperkingen onderhevig zijn. Hoewel een politiek oordeel over een kwestie een ander is dan het oordeel door de strafrechter, zal terughoudendheid betracht moeten worden. Het uitspreken van zo'n politiek oordeel kan, ondanks het andere karakter ervan, vooruitlopen op het oordeel van de rechter. Verder zullen, in verband met het opsporingsonderzoek wellicht bepaalde gegevens niet openbaar gemaakt kunnen worden en zal ruimte worden gezocht voor het niet verstrekken van mogelijk incriminerende informatie.² Dit alles kan afbreuk doen aan zowel het democratisch verantwoordingsproces als de strafrechtelijke procedure. De Raad adviseert in de toelichting alsnog aandacht te besteden aan deze aspecten en tevens in te gaan op de vraag naar de verhouding tussen de staatsrechtelijke constellatie waarin het handelen van de overheid wordt gecontroleerd en beoordeeld en de mogelijkheid van strafvervolgning van overheden. Zou er, mocht de politieke controle in de praktijk tekortschieten, niet aanleiding moeten zijn om allereerst dit staatsrechtelijke verantwoordingsmechanisme zelf te versterken – en met meer effect? – in plaats van de introductie van andere controle- en verantwoordingsmechanismen? Juist als onrechtmatig handelen het gevolg is van een cultuur van onverschilligheid of nonchalance bij de hantering van

¹ Memorie van toelichting punt 3, eerste alinea.

² Ondanks wettelijke bepalingen als artikel 71 van de Grondwet waarin onder andere wordt bepaald dat voor ministers strafrechtelijke immuniteit geldt voor alles wat zij zeggen in de vergadering van de Staten-Generaal. Zie ook de artikelen 22 en 57 van de Gemeentewet, 22 en 57 van de Provinciewet en 39 van de Waterschapswet.

voorgescreven procedures, zal dat op andere wijze dan via het strafrecht gecorrigeerd moeten én kunnen worden.

De Raad vraagt de indieners in te gaan op de verhouding tussen democratische controle en politieke verantwoording enerzijds en strafrechtelijke aansprakelijkheid anderzijds. In reactie op de stelling van de Raad dat strafrechtelijke doelen niet de leidende normen zouden zijn bij een negatief oordeel over overheidsoptreden, stellen de indieners dat strafrechtelijke doelen niet per se de leidende normen bij een negatief oordeel over overheids-optreden hoeven te zijn. De indieners doen hun voorstellen met betrekking tot het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de overheid dan ook niet omdat zij van mening zijn dat er sprake is van een deficit als het gaat om democratische controle. Voor het overige hebben de indieners aan dit onderdeel van het advies van de Raad gevolg gegeven in paragraaf 7 van de gewijzigde memorie van toelichting.

2. Eenheid van de regering en de positie van de Minister van Justitie

Opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat heeft ook consequenties voor de eenheid van de regering en het regeringsbeleid. Het OM is niet volledig onafhankelijk, en de ministeriële verantwoordelijkheid voor zijn handelen heeft de laatste jaren meer nadruk gekregen. Bovendien is onder invloed van de toegenomen behoefte aan controle op en verantwoording door de Minister van Justitie omtrent het handelen en nalaten van het OM, de feitelijke betrokkenheid van de minister bij beslissingen van het OM toegenomen.

In zijn advies van 1999 wijst de Raad op enkele gevolgen: de Minister van Justitie zal «een bijzondere positie [...] moeten krijgen binnen de regering. De ministerraad mag immers niet betrokken zijn bij beslissingen inzake de vervolging van de staat. In geval van vervolging van de centrale overheid zou de »verdachte« dan zelf daarover beslissen; in het geval van vervolging van andere openbare lichamen zou betrokkenheid van de regering als geheel kunnen leiden tot inbreuken op de autonomie van die lichamen. Om dezelfde redenen zou toetsing en beoordeling door de Staten-Generaal van het vervolgingsbeleid in dezen ook vraagtekens oproepen.»¹

Voorgesteld wordt nu om aan artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie een tweede lid toe te voegen, dat bepaalt dat de Minister van Justitie geen aanwijzing inzake opsporing of vervolging van strafbare feiten kan geven als deze zijn begaan door een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 of lid 2 BW. In de toelichting wordt opgemerkt dat het opheffen van de bevoegdheid om in de aangeduide categorie zaken in een concreet geval aanwijzingen te geven, de bevoegdheid tot het geven van algemene aanwijzingen in deze categorie zaken onverlet laat.

De Raad merkt daarbij op dat deze twee categorieën aanwijzingen in de praktijk dikwijls moeilijk te onderscheiden zullen zijn, gezien de specifieke aard van de desbetreffende zaken en de nauwkeurige omschrijving van de afwegingsfactoren die bij de vervolgingsbeslissing een rol moeten spelen.² Het is dus de vraag of de in het wetsvoorstel opgenomen oplossing voldoende tegemoetkomt aan het ook door de initiatiefnemer onderkende probleem. De Raad wijst er bovendien op dat de consequentie van de uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie voor deze strafzaken is, dat de positie van het OM als het gaat om de vervolging van de overheid, afwijkt van zijn normale staatsrechtelijke positie. Het ontbreken van een aanwijzingsbevoegdheid doet afbreuk aan de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid. Het OM zal, terwijl de inlichtingenplicht van de Minister aan de Kamer wél intact blijft, bij dergelijke vervolgingsbeslissingen handelen zonder ministeriële verantwoordelijkheid voor een concrete vervolgingsbeslissing.

Dit klemmt in het bijzonder wanneer een beslissing tot niet vervolgen, het aanbieden van een transactie of het zelfstandig opleggen van een straf aan de orde is. Alleen een beklagprocedure ex artikel 12 WvSv zou in die gevallen soelaas kunnen bieden. De Raad adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de gevolgen van het voorstel voor de eenheid van de regering, de (on)mogelijkheid om in de praktijk een onderscheid te maken tussen individuele en algemene aanwijzingen en de democratische controle op het vervolgingsbeleid.

¹ Kamerstukken 11 1999/2000, 25 294 A, blz. 10.

² Zie aanwijzing nr. 1998A004.

De Raad stelt de ministeriële verantwoordelijkheid aan de orde in het verband met het door de indieners voorgestelde om de Minister van Justitie geen aanwijzingsbevoegdheid te geven inzake opsporing of vervolging van strafbare feiten als deze zijn begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon. De Raad merkt naar ons oordeel terecht op dat door het schrappen van de bevoegdheid van de Minister van Justitie bijzondere aanwijzingen te geven, de staatsrechtelijke positie van het openbaar ministerie afwijkt van de normale, en dat dit afbreuk doet aan de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid. Bij nadere overweging menen wij dat de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie in volle omvang gehandhaafd moet blijven. De indieners hebben hun voorstel op dit punt aangepast. Zij verwijzen naar paragraaf 6 van de gewijzigde memorie van toelichting.

3. Bestuurlijke verhoudingen op decentraal niveau

In de jurisprudentie wordt met betrekking tot de vervolgbaarheid van centrale en decentrale overheden thans een onderscheid gemaakt: volledige immuniteit voor de centrale overheid, beperkte immuniteit voor decentrale overheden. De immuniteit van deze laatste categorie is beperkt tot die taken die tot het exclusieve domein van het bestuurlijk handelen – als overheid – gerekend kunnen worden. Het probleem van de eenheid van regering en beleid speelt bij de vervolging van decentrale overheden niet, wel de invloed van een vervolgingsbeslissing op de directe contacten die het OM heeft met het lokale bestuur en met verantwoordelijken voor de bestuurlijke handhaving. Het bestuurlijk optreden van het OM is sedert de invoering van het driehoeks-overleg steeds belangrijker geworden. Ging het aanvankelijk alleen om het afstemmen van het optreden bij grootschalige ordeverstoringen, in 1989 is een wettelijke basis gecreëerd voor overleg met betrekking tot het bestuur en beheer van de politie en daarmee het lokale veiligheidsbeleid.¹ Bovendien vindt op het gebied van de handhaving van onder andere milieuwetgeving regelmatig overleg plaats met gemeentelijke en provinciale handhavingsorganisaties. Dat bij een eventuele strafvervolging de verhoudingen met het college van burgemeester en wethouders en met ambtelijk verantwoordelijken onder spanning kan komen te staan, is niet louter denkbeeldig. In het voorliggende wetsvoorstel wordt getracht dit probleem op te lossen door in een nieuw derde lid van artikel 9 WvSv te bepalen dat het Functioneel Parket is belast met de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen. De Raad merkt op dat in dat geval tevens bepaald zal moeten worden dat ook de (leiding van de) opsporing niet op het lokale niveau moet berusten. Opsporing door het politiekorps waarvan de korpschef in het lokale driehoeks-overleg participeert, zet het overleg onder spanning; als de opsporing een feit betreft dat is begaan door een orgaan of functionaris van de desbetreffende korpsbeheerder, ontstaat de situatie dat tegen het eigen bevoegd gezag een onderzoek wordt ingesteld. De Raad adviseert in de memorie van toelichting nader in te gaan op de gevolgen van het voorstel voor de bestuurlijke verhoudingen op decentraal niveau en het voorstel eventueel aan te vullen.

De Raad meent dat als de vervolgingstaak ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen wettelijk wordt neergelegd op centraal niveau bij het functioneel parket, er ook wettelijk in zou moeten worden voorzien dat de opsporingstaak niet op lokaal niveau berust. Hij adviseert in te gaan op de gevolgen van het wetsvoorstel voor de bestuurlijke verhoudingen op decentraal niveau. Wij merken in reactie op dit onderdeel van het advies het volgende op. In de huidige praktijk zijn lagere overheden al in een belangrijk aantal gevallen strafrechtelijk vervolgbaar. Het opsporingsonderzoek vindt daarbij op decentraal niveau plaats, veelal onder gezag van de officier van justitie bij het functioneel parket. Ons hebben geen signalen bereikt dat deze werkwijze problemen oplevert, bijvoorbeeld in de lokale driehoek. Daarom zijn de indieners van mening dat wettelijke maatregelen om in geval van strafrechtelijke vervolging van lokale overheden de opsporing altijd buiten de desbetreffende politieregio te leggen niet nodig zijn. In de uitzonderlijke gevallen waarin de integriteit van politieke en bestuurlijke ambtsdragers binnen lagere overheden in ernstige mate in het geding is kan het opsporingsonderzoek door de rijksrecherche worden uitgevoerd. Zo speelt de Rijksrecherche nu al een belangrijke rol bij de opsporing van gevallen van ambtelijke corruptie, juist

¹ Wet van 14 december 1988, Stb. 1988,576.
20 Memorie van toelichting, punt 1, derde alinea.

vanwege het feit dat bij inzet van het regiokorps al snel de vraag kan worden opgeworpen naar de onpartijdigheid van het onderzoek.

4. *Opportuniteit van de vervolging*

a. *De beslissing omtrent vervolgen*

Met de eigenheid van aard en taak van de overheid kan volgens de toelichting rekening gehouden worden bij de beoordeling van de opportuniteit van het instellen van strafvervolging.¹ De toelichting refereert in dit verband ook aan de kabinetsreactie op het advies van de Raad van 1999, waarin wordt gewezen op de beoordeling door de rechter van eventuele strafuitsluitingsgronden als overmacht en wettelijk voorschrift. Voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd, moet het OM echter een vervolgingsbeslissing nemen. In de toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat bij het nemen van die beslissing aansluiting kan worden gevonden bij het gangbare stelsel van strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden.² Tevens meldt de toelichting dat het OM niet langer zal kunnen afzien van vervolging op basis van een positief antwoord op de vraag of «het gedragingen betreft die naar haar aard en gelet op het wettelijke systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht».³ De overheid dient op gelijke voet met natuurlijke personen of private rechtspersonen vervolgbaar te zijn, aldus de toelichting. Het lijkt dan tegenstrijdig om er bij de vervolgingsbeslissing enerzijds van uit te gaan dat aangesloten wordt bij de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden zoals deze van belang zijn in het geval van overheids-optreden en anderzijds op te merken dat de aard van de gedragingen van bestuursfunctionarissen niet kan leiden tot het afzien van vervolging. De Raad adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

De Raad meent, onder verwijzing naar het Pikmeer-II-criterium, dat het tegenstrijdig is om bij de vervolgingsbeslissing mede te betrekken of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is voor strafbare feiten die door lagere overheden worden begaan, en anderzijds ervan uit te gaan dat de aard van de gedragingen van bestuursfunctionarissen niet kan leiden tot het afzien van vervolging tegen deze overheden. Naar ons oordeel is om de volgende redenen van een tegenstrijdigheid geen sprake. Als gevolg van dit wetsvoorstel kan de aard van de gedragingen van binnen lagere overheden optredende bestuursfunctionarissen niet meer op voorhand een beletsel opleveren voor de vervolging van deze overheden. *Vervolgbaarheid* betekent niet dat er per definitie ook altijd vervolgd zal *moeten* worden: voor gedragingen, waarvoor als gevolg van dit wetsvoorstel in beginsel vervolging kan worden ingesteld, kan als naar het oordeel van de officier van justitie een rechtvaardigingsgrond bestaat, van het vervolgen van deze overheden worden afgezien. Wij stippen daarbij aan dat een gedraging niet kan worden gerechtvaardigd door de enkele omstandigheid dat zij gelet op haar aard en gelet op het wettelijke systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht. Van het strafbaar feit moet namelijk kunnen worden gezegd dat het begaan ervan redelijkerwijs noodzakelijk was ter uitvoering van de desbetreffende bestuurstaak, wil dat feit gerechtvaardigd zijn.

b. *Wekken van verwachtingen*

De afweging omtrent de opportuniteit van vervolging brengt het OM in een kwetsbare positie. Bij een positieve beslissing bestaat het risico dat het OM wordt verweten vervolging in te stellen onder publieke (media)druk, bij een negatieve dat het OM zich te veel laat leiden door overwegingen van bestuurlijke samenwerking. De reikwijdte van de strafuitsluitingsgronden staat immers, ook met de uitspraak in het tweede Pikmeer-arrest, nog niet vast. In de toelichting wordt enige malen gerefereerd aan de mening van «het publiek», en aan «publieke rechtsgevoelens».⁴ De Raad merkt in dit verband op dat invoering van de mogelijkheid van strafvervolging van de overheid verwachtingen kan wekken die uiteindelijk niet beantwoord worden. Denkbaar is dat er, meer dan thans, sprake zal zijn van druk tot het instellen van opsporingsonderzoeken. Indien het OM op grond van een opportuniteitsafweging besluit tot niet vervolgen, zal het onbegrip het handelen van het OM treffen.⁵ Het handelen van de overheid kan, zeker als het een overtreding van

¹ Memorie van toelichting, punt 1, derde alinea.

² Memorie van toelichting, punt 4, laatste alinea, met voetnoot; ook in punt 3, tweede alinea, wordt dit standpunt ingenomen.

³ Memorie van toelichting, punt 5, eerste alinea.

⁴ Memorie van toelichting, punt 1, laatste alinea; punt 5, vijfde alinea; punt 6, vierde alinea.

⁵ De mogelijkheid tot het indienen van een klacht ex artikel 12 WvSv over niet-vervolgen zal het onbegrip omtrent de beslissing van het OM niet wegnemen; indien de rechter de klacht niet honoreert deelt de rechter in het onbegrip.

een strafrechtelijk te handhaven norm betreft, politiek relevant zijn; de opportuniteitsafweging door het OM kan daarmee ook een politieke lading krijgen. Datzelfde kan de rechter treffen, wanneer hij uitspreekt dat er sprake is van een strafuitsluitingsgrond, of komt tot vrijspraak op grond van gebrek aan bewijs, bijvoorbeeld in geval van nalaten, of wegens gebrek aan causaliteit in geval van letsel of dood. Dit kan het vertrouwen in de rechterlijke macht aantasten. Ook de memorie van toelichting maakt melding van onbegrip als besloten wordt tot niet-vervolgving in concrete zaken, maar dan tegen de achtergrond van de huidige jurisprudentie. Er moet rekening mee worden gehouden dat het voorstel in de praktijk, vanwege alle afwegingen die OM en rechter in concrete zaken moeten maken, slechts betrekkelijk zelden zal leiden tot een veroordelend vonnis. De Raad adviseert daarom in de toelichting nader in te gaan op het effect van een en ander op de verwachtingen van het publiek en de mogelijke gevolgen voor de positie van het OM en het vertrouwen in de rechterlijke macht.

De Raad vraagt de indieners nader in te gaan op verwachtingen van het publiek ten aanzien van de (niet-)vervolgving en veroordeling bij strafbare feiten begaan door de overheid. De maatschappelijke druk op het openbaar ministerie om bij elk ernstig incident in de sfeer van een publiekrechtelijke rechtspersoon een vervolging 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 echter verwacht worden dat het steeds een zorgvuldige vervolgingsbeslissing zal nemen. Door echter nu bij voorbaat al af te moeten zien van vervolging van de overheid maar wel bijvoorbeeld betrokken particulieren te vervolgen, kan publieke onrust, onbegrip en frustratie worden gevoed. Daarnaast zijn het OM en de rechter steeds beter in staat om hun besluiten goed toe te lichten en derhalve daar meer draagvlak voor te creëren. Aan het motiveren van vonnissen is een belangrijke stimulans is gegeven door PROMIS project dat gericht is op verbetering van de communicatie tussen strafrechter en de samenleving. Maar bijvoorbeeld ook door de introductie van artikel 359, tweede lid, tweede volzin, Sv («Het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid.»), dat in de wet is opgenomen door een amendement-Wolfsen-Griffith.

5. Juridisering

Met de introductie van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van alle overheids-handelen zal vaker dan nu al het geval is, de rechter worden ingeschakeld om het functioneren van overheidsorganen te controleren. Dat kan een extra impuls betekenen voor een zich reeds manifesterend klimaat waarin persoonlijke schuld en afrekening op de voorgrond staan. Ambtenaren en ambtsdraggers zullen willen weten op welke punten zij risico lopen op strafvervolgving en hoe zij zich daartegen kunnen indekken. In verband met de vraag of er sprake is van een strafuitsluitingsgrond, zal ook getracht worden de specifieke overheidstaken nader te preciseren. Ook de uitkomsten van een strafrechtelijk onderzoek zullen – al dan niet onder politieke of publieke druk – kunnen leiden tot meer regels en meer geprotocolleerd werken. Strikt handelen volgens de regels in plaats van op eigen initiatief en met eigen professionele afwegingen, kan daarvan weer het gevolg zijn. De Raad adviseert in de memorie van toelichting op dit aspect in te gaan.

De Raad vreest dat het wetsvoorstel het proces van juridisering en regulering van het bestuur verder zal stimuleren. Wij delen deze vrees niet. Het wetsvoorstel beoogt niet te bewerkstelligen dat persoonlijke schuld en afrekening op de voorgrond komen te staan. Door opheffing van de immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen worden de mogelijkheden verruimd om juist *niet* «persoonlijke schuld en afrekening» op de voorgrond te zetten, in de gevallen waarin het meer in de rede ligt dat de rechtspersoon zelf wordt vervolgd. Dat ambtenaren willen weten op welke punten zij risico lopen en zich daartegen willen kunnen indekken, zoals de Raad dat noemt, is begrijpelijk. De indieners menen echter dat door opheffing van de immuniteit van de rechtspersoon gevoegd bij het opnemen van de eerder genoemde specifieke strafuitsluitings-

grond, van een bijdrage van dit wetsvoorstel aan een «manifesterend klimaat waarin persoonlijke schuld en afrekening op de voorgrond staan» geen sprake zal zijn.

Het nauwkeuriger preciseren welke de taken van de publiekrechtelijke rechtspersoon zijn, kan bij de strafrechtelijke beoordeling van door haar begane strafbare feiten slechts in beperkte mate een rol spelen. Niet zozeer de besluitvorming over de te behartigen taken als wel de strafbare feiten die zijn begaan bij de daadwerkelijke uitvoering van de feitelijk behartigde taken, staan bij de strafrechter ter discussie.

De Raad stelt ook aan de orde dat de uitkomsten van een strafrechtelijk onderzoek zullen leiden tot meer regels en geprotocolleerd werken ten koste van eigen initiatief op basis van professionele afwegingen. Wij zien dit niet als problematisch. Het strafrechtelijk onderzoek vloeit immers al voort uit het (vermoeden van) overtreden van regels. Als blijkt dat die regels niet worden nageleefd, kan er inderdaad sprake zijn van een aanscherping van het gedrag. Dat is naar de mening van de indieners ook een beoogd effect. Het gaat hier immers niet zomaar om bureaucratische of mogelijk overbodige regels, maar om regels met betrekking tot strafbare feiten, de harde kern van gedragsnormen. Daarnaast zouden de indieners er op willen wijzen dat hoewel de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid op dit moment nog niet op het zelfde peil staat als de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het particuliere bedrijfsleven, de indieners niet de indruk hebben dat hierdoor ondernemingen minder goed dan de overheid in staat zijn om te handelen op basis van «eigen initiatief en met eigen professionele afwegingen».

De Vice-President van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink

De indieners,
Wolfsen
Van de Camp
Anker