

# **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



# Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	p. 3
Samenvatting	p. 5
Advies	p. 9
1. Inleiding	p. 9
2. De Nederlandse wettelijke regeling en haar toepassing	p. 10
3. Rechtsvergelijking: buitenland en bestuursrecht	p. 12
4. De discussie tussen kabinet en Tweede Kamer	p. 14
5. Beoordeling van de discussie	p. 16
5.1 Het begrip 'overheid'; begripsverwarring	p. 16
5.2 De rol van het strafrecht ten aanzien van de staat: legitimiteit en effectiviteit	p. 17
5.3 Beoordeling van de argumenten voor algehele immunititeit van de staat	p. 20
6. 'Opsplitsing' van de publiekrechtelijke rechtspersoon voor de toepassing van artikel 51 Sr	p. 24
6.1 Opsplitsing van de rechtspersoon staat	p. 24
6.2 Decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen	p. 27
6.3 Enkele bijzondere onderdelen van de staat	p. 27
7. Reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder de staat	p. 28
7.1 Aansprakelijkheid voor ordeningsdelicten	p. 28
7.2 Een uitzondering voor commune delicten	p. 30
7.3 Andere publiekrechtelijke rechtspersonen dan de staat	p. 31
7.4 Het taakcriterium	p. 32
8. Bijzondere voorzieningen voor strafvervolgning	p. 33
8.1 De noodzaak van een bijzondere voorziening; politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing	p. 33
8.2 De te treffen voorziening	p. 35
9. Voorgestelde wettelijke aanpassingen	p. 37
Bijlagen	
A Samenstelling van de commissie	p. 43
B D. Roef, Hoofdlijnen van de strafrechtelijke Crown Immunity in Engeland	p. 45
C D. Roef, Strafbare overheden in Denemarken, Frankrijk, België en Duitsland	p. 61
D Resultaten enquête landen van de Raad van Europa	p. 69
E Literatuurlijst	p. 71



## Samenvatting

### *Conclusies*

De commissie stelt voor om voor zelfstandige onderdelen van de staat strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren. De commissie denkt hierbij aan diensten, instellingen en andere organisatorische eenheden van de staat die met een voldoende mate van zelfstandigheid in het maatschappelijk verkeer kunnen optreden. De staat als zodanig zou moeten worden uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De staat is minder geschikt als aanknopingspunt voor strafvervolging omdat de staat een abstractie is waarachter een veelheid aan instanties en organen schuilgaat.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de daarvoor in aanmerking komende staatsonderdelen zou betrekking moeten hebben op overtredingen van de ordeningsregelgeving. Hierbij kan worden gedacht aan delicten op het terrein van het milieu, de arbeidsomstandigheden en de ruimtelijke ordening. De commissie is van oordeel dat deze afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid tot het terrein van het ordeningsrecht voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen zou moeten gelden, niet alleen voor staatsonderdelen maar ook voor publiekrechtelijke rechtspersonen op decentraal niveau zoals provincies, gemeenten en waterschappen. Verder is de commissie van oordeel dat publiekrechtelijke rechtspersonen ook strafrechtelijk vervolgbaar dienen te zijn voor strafbare gedragingen bij de uitoefening van een exclusieve overheidstaak.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon of organisatie moet volgens de commissie goed worden onderscheiden van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuele overheidsfunctionarissen. De commissie stelt voor om de mogelijkheden om de laatsten strafrechtelijk te vervolgen uit te breiden. Daartoe zouden - anders dan thans in de rechtspraak wordt aangenomen - de zogenaamde opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers vervolgbaar moeten worden gemaakt, óók wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon om een of andere reden immuun zou zijn.

### *De discussie tussen kabinet en Tweede Kamer*

Het kabinet heeft aan de commissie gevraagd commentaar te leveren op de zienswijze van het kabinet met betrekking tot de (door het kabinet gewenste) strafrechtelijke immunitet van de staat en daarbij de discussie met de Tweede Kamer te betrekken. Naar de mening van de commissie zijn er geen absolute argumenten die aan iedere strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat in de weg staan. Het gaat om een afweging van voor- en nadelen. Daarbij zijn verschillende waarden in het geding, zoals:

- legitimiteit: de eis dat overheidsoptreden in overeenstemming is met het recht en geloofwaardig is;
- effectiviteit: het strafrecht is ultimum remedium; dit betekent dat de maatschappelijke voordelen van strafrechtelijke vervolging moeten worden afgewogen tegen de maatschappelijke nadelen. Meer in het bijzonder is de vraag of de toepassing van het strafrecht ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen kan bijdragen aan een effectieve strafrechttoepassing, dat wil zeggen aan een strafrechttoepassing die ten goede komt aan de legitimiteit en effectiviteit van de overheid in het algemeen.

Tegen de achtergrond van de eisen van legitimiteit en effectiviteit komt de commissie tot de conclusie dat de door het kabinet aangevoerde argumenten onvoldoende overtuigingskracht hebben om alle onderdelen van de staat immuun voor strafvervolging te houden. Het argument bijvoorbeeld dat een door de staat te betalen geldboete weer in de staatskas verdwijnt ('vestzak-broekzak') is niet doorslaggevend. Volgens de commissie is namelijk bij publiekrechtelijke

rechtspersonen niet zozeer de hoogte van de sanctie van belang als wel de normbevestigende werking ervan: een strafrechtelijke veroordeling drukt afkeuring uit en onderstreept de geschonden norm. Zo bezien kan zelfs een schuldigverklaring zonder oplegging van straf ten aanzien van een publiekrechtelijke rechtspersoon effectief zijn. Ook het argument dat de politieke verantwoording tegenover en controle door het parlement wat gedragingen van de staat betreft toereikende correctie-mechanismen zijn, heeft volgens de commissie geen absolute betekenis. Natuurlijk dienen de politieke en vertegenwoordigende organen hun verantwoordelijkheid te nemen wanneer sprake is van regelovertradingen van publiekrechtelijke rechtspersonen, maar dit laat onverlet dat het strafrecht een nuttige, aanvullende rol kan spelen.

Samenvattend meent de commissie dat er geen afdoende rechtvaardiging is voor het huidige onderscheid tussen decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen (volgens de Pikmeer-jurisprudentie gedeeltelijk aansprakelijk) en de staat (volledig immuun). Zelfstandige organisatorische eenheden van de staat dienen in beginsel strafrechtelijk aansprakelijk te zijn en wel op gelijke voet met decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen zoals provincies en gemeenten. Volgens de commissie verliest een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer, haar geloofwaardigheid wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen die regels ongestraft kunnen overtreden. Dit geldt ook voor de staat. Invoering van strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de staat kan de aanvaarding van het overheidsgezag naar de mening van de commissie juist ten goede komen.

#### *Opsplitsing van de staat en reikwijdte van de aansprakelijkheid*

Voor de toepassing van het strafrecht staat de commissie een 'opsplitsing' van de rechtspersoon de staat voor in organisatorische eenheden die zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In geval van een strafbaar feit zouden deze zelfstandige onderdelen van de staat zelf moeten kunnen worden vervolgd, in plaats van de staat. Een aantal bijzondere onderdelen van de staat dient, vooral om praktische redenen, uitgesloten te blijven van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gaat hierbij om de gerechten, het openbaar ministerie en de Raad van State. Voor de vervolgbaarheid van deze instanties zouden ingewikkelde procedurele voorzieningen moeten worden getroffen (zoals een bijzondere aanklager voor de vervolging van het openbaar ministerie), waarbij de voordelen niet opwegen tegen de nadelen.

Naar de mening van de commissie dient de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen (niet alleen die van de vervolgbare staatsonderdelen) betrekking te hebben op overtredingen van de ordeningsregelgeving. De normen in het ordeningsrecht zijn veelal gericht tot de rechtspersoon of de organisatie (bijvoorbeeld in de hoedanigheid van werkgever) en niet tot de individuele functionarissen; het gaat hier bij uitstek om aan de organisatie te wijten wetsovertredingen. Verder is de commissie van oordeel dat publiekrechtelijke rechtspersonen ook strafrechtelijk vervolgbaar dienen te zijn voor strafbare gedragingen bij de uitoefening van een exclusieve overheidstaak (wanneer dus geen sprake is van deelname aan het maatschappelijk verkeer op gelijke voet met private (rechts)personen). Het in de rechtspraak op dit punt gemaakte onderscheid is in de praktijk niet altijd duidelijk en ook uit een oogpunt van legitimiteit van overheidsoptreden betwistbaar.

De commissie is er geen voorstander van dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt uitgebreid tot commune delicten zoals dood door schuld, verduistering of diefstal. De nadelen hiervan wegen zwaarder dan de voordelen. Ingeval het optreden van een publiekrechtelijke rechtspersoon als een commun delict zou kunnen worden

aangemerkt, dient eventueel strafrechtelijk optreden gericht te zijn op de verantwoordelijke functionarissen en bestuurders. Eventueel tekortschieten van de organisatie als zodanig dient door middel van de bestuurlijke en politieke controlemechanismen te worden gecorrigeerd. Een strafrechtelijke vervolging van de rechtspersoon wegens bijvoorbeeld dood door schuld zou licht tot een verwarring van strafrechtelijke, politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheden kunnen leiden.

*De positie van de Minister van Justitie*

De Minister van Justitie is politiek volledig verantwoordelijk voor het optreden van het openbaar ministerie. Op dit punt kan hij, juist waar het gaat om mogelijke strafbare feiten gepleegd door publiekrechtelijke rechtspersonen, tussen verschillende vuren komen te liggen. Van verschillende kanten kan - direct of indirect - druk op hem worden uitgeoefend om zijn aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van het OM op een of andere wijze te gebruiken. Om iedere schijn van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing in deze zaken uit te sluiten stelt de commissie voor om de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister in concrete zaken betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen uit te sluiten. In zoverre zou het OM in die zaken volledig onafhankelijk zijn. De bevoegdheid van de Minister om algemene aanwijzingen voor dit soort zaken te geven blijft echter gehandhaafd. Dit betekent dat hij verantwoordelijk blijft voor het vervolgingsbeleid van het OM in deze zaken en daarop door het parlement kan worden aangesproken.





# Advies

## 1. Inleiding

De Minister van Justitie heeft bij brief van 1 mei 2001, namens het kabinet, aan de ondergetekenden verzocht hun gedachten te laten gaan over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, zulks naar aanleiding van een verschil van mening tussen het kabinet en leden van de Tweede Kamer over het antwoord op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat onder omstandigheden verwezenlijkt zou moeten kunnen worden. Het kabinet beantwoordde deze vraag ontkennend, doch een grote meerderheid van de Tweede Kamer was van oordeel dat de vraag bevestigend dient te worden beantwoord (zie Kamerstukken II 1996-2001, 25 294, nrs. 1-14).

Aan de ondergetekenden, die hierna gemakshalve als 'de commissie' worden aangeduid ook al vormen zij niet een commissie in formele zin, is in het bijzonder verzocht commentaar te leveren op de zienswijze van het kabinet met inbegrip van de argumentatie, en daarbij ook de gedachtewisseling met de Tweede Kamer te betrekken. Voorts heeft de Minister de commissie verzocht een oordeel te geven over vormgeving en consequenties van eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, zoals een speciale procedure waarin de procureur-generaal bij de Hoge Raad een belangrijke plaats zou innemen. In de derde plaats is aan de commissie gevraagd in haar onderzoek te betrekken of, en zo ja op welke wijze, strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat in andere landen is geregeld.

De commissie werd bijgestaan door mr. J.F.L. Roording, raadadviseur bij de directie wetgeving van het ministerie van justitie, als ambtelijk secretaris. Zij heeft, wat het derde deel van haar opdracht (rechtsvergelijking) betreft, om te beginnen langs ambtelijke weg inlichtingen ingewonnen bij justitiële autoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie en de Raad van Europa, en beschikbare literatuur geraadpleegd. Vervolgens heeft zij een beroep gedaan op dr. D. Roef, de schrijver van de op 27 juni 2001 aan de Universiteit Maastricht verdedigde rechtsvergelijkende dissertatie "Strafbare overheden". Dr. Roef heeft nader onderzoek verricht naar het Engelse en het Deense recht, welke beide rechtsstelsels strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden kennen. Op de uit de verkregen ambtelijke inlichtingen en het onderzoek van dr. Roef naar voren gekomen gegevens wordt hierna in paragraaf 3 kort ingegaan; meer gedetailleerd zijn de resultaten van de rechtsvergelijking in een bijlage bij dit verslag weergegeven.

Over het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden, waaronder de staat, is inmiddels veel geschreven. Vanzelfsprekend heeft de commissie getracht zoveel mogelijk van dit geschrevene tot zich te nemen. Zij heeft er dankbaar gebruik van gemaakt. In bijlage E is een literatuurlijst opgenomen, die zeker niet uitputtend is. Omdat veel van de argumenten, alsmede verschillende oplossingsvarianten, in de literatuur steeds weer terugkeren, heeft de commissie ervan afgezien haar betoog te voorzien van een notenapparaat met bronvermelding. Een verwijzing naar de ene schrijver zou een andere, onvermeld gebleven auteur onrecht doen. Dit achterwege blijven van concrete bronvermeldingen mag dus zeker niet als claim van originaliteit worden uitgelegd.

## 2. De Nederlandse wettelijke regeling en haar toepassing

Sinds 1976 regelt het Wetboek van Strafrecht de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Voordien konden rechtspersonen slechts voor het plegen van economische delicten strafrechtelijk worden vervolgd (art. 15 Wet op de economische delicten, vervallen bij de inwerkingtreding van art. 51 Sr.). Artikel 51 Sr luidt:

1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.
2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
  - 1<sup>e</sup>. tegen die rechtspersoon, dan wel
  - 2<sup>e</sup>. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
  - 3<sup>e</sup>. tegen de onder 1<sup>e</sup> en 2<sup>e</sup> genoemden te zamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

Zoals uit het eerste lid blijkt, maakt de bepaling geen onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen. De wet gaat dus ervan uit dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen. Daarmee is nog niet gezegd dat zij ook strafrechtelijk vervolgd kunnen worden. Ook op dit punt maakt artikel 51 echter geen onderscheid, zoals blijkt uit het tweede lid. In de memorie van toelichting bij artikel 51 (Kamerstukken II 1975/76, 13 655, nr. 3) is summier ingegaan op de vraag of strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen in beginsel zou moeten worden uitgesloten. Volgens paragraaf 10 van die memorie is die vraag niet in het algemeen te beantwoorden voor 'een figuur die in zo uiteenlopende verschijningsvormen en functies aan het maatschappelijk verkeer deelneemt'. Wanneer 'het publiekrechtelijk lichaam als bestuurder heeft gehandeld', aldus de memorie, 'zal de verantwoording dienen 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 volgens die memorie onvoldoende grond 'haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten'. De regering oordeelde dat een bijzondere wettelijke voorziening daarom beter achterwege kon blijven. De toelichting eindigde op dit punt met de volgende passage:

'Het gaat hier om een weerbarstige materie die moeilijk in wetsbepalingen is te vatten. De praktijk bij de vervolging van economische delicten heeft wel bewezen, dat het openbaar ministerie van de bevoegdheid tot vervolging van (semi-)publiekrechtelijke lichamen een prudent gebruik maakt. Die bevoegdheid zonder meer uitsluiten lijkt intussen niet opportuun, omdat er situaties denkbaar zijn waarin het als onrechtvaardig, met name in strijd met het gelijkheidsbeginsel, wordt ervaren, indien strafbare activiteiten van (ondernemingen van) publiekrechtelijke lichamen of instellingen onvervolgd zouden moeten blijven.'

Deze visie van de regering is destijds door de Kamers niet weersproken.

Aldus werd het antwoord op de vraag in welke gevallen publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk, althans vervolgbaar, zouden moeten zijn, in feite geheel aan de rechtspraak overgelaten. Ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen die tot de *decentrale overheid* worden gerekend, zoals gemeenten, blijkt de laatste stand

van de rechtspraak uit het als Pikmeer II bekende arrest van de Hoge Raad van 6 januari 1998, NJ 1998, 367. Volgens dit arrest is de immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet *beperkt* zij dient slechts dan te worden aangenomen 'als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.' In andere gevallen, aldus de Hoge Raad, 'is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in artikel 51, tweede lid onder 2<sup>e</sup>, Sr. bedoelde personen.'

Die laatste woorden betreffen de in artikel 51 lid 2 bedoelde *personen* die tot het strafbare feit opdracht hebben gegeven of feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Wat deze personen betreft, heeft de Hoge Raad in het Pikmeer I arrest van 23 april 1996, NJ 1996, 513, geoordeeld dat zij niet kunnen worden vervolgd als de rechtspersoon die het strafbare feit heeft begaan zelf niet kan worden vervolgd; zij delen dus in de immuniteit van die rechtspersoon. De Hoge Raad baseerde deze koppeling op de nauwe verbondenheid van de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en de vervolgbaarheid van de bedoelde personen. Zoals uit rechtsoverweging 6.2 van Pikmeer II blijkt, heeft de Hoge Raad deze koppeling in stand gelaten.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van *de staat als zodanig* (het Rijk in Europa) is het laatst aan de orde geweest in het arrest van de Hoge Raad van 25 januari 1994, NJ 1994, 598, betreffende milieuvervuiling op de vliegbasis Volkel. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de staat zelf niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn handelingen. De immuniteit van de staat is volgens dit arrest dus *onbeperkt*. De motivering van deze algehele immuniteit luidde als volgt:

6.1 Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken.

6.2 Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv.

6.3 Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.'

De vraag rijst of het Volkelarrest niet is achterhaald door Pikmeer II. De Minister heeft in zijn brief van 22 september 2000 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer opgemerkt dat uit Pikmeer II blijkt dat de rechtsregel van het Volkelarrest ook daarna van kracht blijft. De commissie meent echter dat, nu Pikmeer II zich uitdrukkelijk beperkt tot de decentrale overheden, niet zeker is welke consequenties de in dit arrest aanvaarde opvatting heeft voor de strafrechtelijke positie van de staat. In dit verband valt op dat in rechtsoverweging 5.10 van Pikmeer II is overwogen dat het vervolgen van decentrale overheden 'op zichzelf niet strijdig [is] met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voorzover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht'. Hiermee lijkt de cassatierechter één van de in het Volkelarrest aangevoerde argumenten voor immuniteit (de politieke verantwoordingsplicht) te hebben prijsgegeven.

Het openbaar ministerie heeft zich tot dusverre onthouden van het instellen van strafvervolgingen tegen de staat, maar heeft wel een aantal

gemeenten en waterschappen strafrechtelijk vervolgd ter zake van milieudelicten en overtredingen van de arbeidsomstandigheden- en veiligheidswetgeving. Een door het College van procureurs-generaal aan de hoofden van de parketten gegeven Aanwijzing, in werking getreden op 1 mei 1998 (Stcrt. 1998, 82), zoekt aansluiting bij het in Pikmeer II gehanteerde criterium. Wat 'beslissingen aangaande rijksoverheidsorganen' betreft, vermeldt de Aanwijzing dat de Minister van justitie dienaangaande wordt geïnformeerd via het College.

In verband met een van de deelvragen aan de commissie, namelijk die naar mogelijkheid en wenselijkheid van een speciale procedure voor de vervolging van de staat, wijst de commissie tot slot nog op de in 1999 in de gewijzigde Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO) opgenomen nieuwe regeling van de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie. Volgens artikel 128 Wet RO moet de Minister het College van procureurs-generaal raadplegen alvorens in een concreet geval een aanwijzing inzake opsporing of vervolging te geven; Minister en College dienen hun voornemen respectievelijk zienswijze schriftelijk te motiveren en een na die raadpleging gegeven aanwijzing moet eveneens van een schriftelijke motivering zijn voorzien. Van bijzondere betekenis is het bepaalde in artikel 128 lid 6 Wet RO: in het geval van een aanwijzing tot het niet of niet verder opsporen of vervolgen stelt de Minister beide Kamers der Staten-Generaal in kennis van de aanwijzing, de voorgenomen aanwijzing en de zienswijze van het College, voor zover het verstrekken van de desbetreffende stukken niet in strijd is met het belang van de staat.

### **3. Rechtsvergelijking: buitenland en bestuursrecht**

#### **3.1 Het buitenland**

Het kabinet heeft de commissie gevraagd om in haar onderzoek te betrekken de vraag of, en zo ja op welke wijze, strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat in andere landen is geregeld. De commissie heeft langs twee wegen informatie over de situatie elders vergaard. Ten eerste heeft het Ministerie van Justitie ten behoeve van de commissie langs ambtelijke weg bij een groot aantal landen binnen de Raad van Europa en de Europese Unie antwoorden verzameld op de volgende, summie vraagstelling: voorziet uw strafrecht in aansprakelijkheid van decentrale overheden en in die van de staat?<sup>1</sup> Van de 26 landen waarover informatie bekend is, is het antwoord bij 21 op beide punten ontkennend. Vijf landen kennen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden, twee alleen van decentrale overheden (Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk), drie ook van de staat (Denemarken, Ierland en Noorwegen). Zie bijlage 4, waarin de resultaten van dit onderzoek zijn weergegeven.

De conclusie die uit dit globale overzicht kan worden getrokken, is dat Nederland tot een kleine groep landen behoort die de strafrechtelijke aansprakelijkheid van (in ieder geval decentrale) overheden kennen. Het merendeel van de landen kent voorshands in het geheel geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Hierbij moet wel worden bedacht dat nogal wat landen in het algemeen nog niet de aansprakelijkheid van rechtspersonen kennen, maar alleen strafrechtelijke aansprakelijkheid van natuurlijke personen.

De commissie heeft voorts aan dr. D. Roef, onlangs gepromoveerd op een proefschrift over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden,<sup>2</sup> gevraagd

---

<sup>1</sup> Uiteraard moeten bij een dergelijke summie vraagstelling de antwoorden met enige voorzichtigheid worden behandeld vanwege mogelijke interpretatieverschillen.

<sup>2</sup> David Roef, *Strafbare overheden, Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, prft. Universiteit Maastricht, Antwerpen 2001.

om onderzoek te doen naar twee landen die wèl ook aansprakelijkheid van de overheid kennen: Denemarken, omdat dat als een van de weinige aansprakelijkheid van de staat kent, en het Verenigd Koninkrijk, omdat over landen met een common-law-stelsel op het onderhavige punt nog weinig bekend was. Het rapport (zie bijlagen B en C) van de heer Roef moest in kort tijdsbestek tot stand komen en draagt mede daarom een beschrijvend en oriënterend karakter. Daarnaast heeft Roef in zijn proefschrift waardevolle informatie vervat over Frankrijk, België en Duitsland, welke in bijlage C kort is samengevat.

Het ontbrak de commissie aan tijd voor verder- en diepergaand rechtsvergelijkend onderzoek. Niettemin was het rechtsvergelijkende materiaal een belangrijke inspiratiebron voor haar. Waar het de commissie nuttig voorkomt zal zij daarvan in haar verslag rekenschap geven. Dwingende argumenten voor de ene of de andere denkrichting of oplossing levert het evenwel niet op.

### 3.2 Het bestuursrecht

De commissie heeft ook kort gekeken naar de situatie in het (Nederlandse) bestuursrecht. Nu het punitieve bestuursrecht, in het bijzonder de bestuurlijke boete, steeds meer aan belang wint en de wetgever er meer en meer toe overgaat om op bepaalde terreinen de bestuurlijke boete in te voeren naast of zelfs in plaats van het strafrecht, is het interessant na te gaan of in dat rechtsstelsel de positie van overheden als onderwerp van bestuurlijke (punitieve) sancties is geregeld of ter discussie staat. De wetgever lijkt op dit punt nog geen definitief standpunt te hebben ingenomen. In het voorontwerp van de Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht, waarin onder andere een regeling van de punitieve bestuurlijke sancties is opgenomen, wordt namelijk het volgende opgemerkt:

‘Wat betreft de mogelijkheid om punitieve bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal aansluiting moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke jurisprudentie. Dit betekent sedert HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II), dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctie-oplegging in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak.’<sup>3</sup>

De commissie is geen bestuursrechtelijke wet bekend waarin de oplegging van punitieve bestuurlijke sancties aan overheden expliciet is geregeld (hetzij mogelijk gemaakt hetzij uitgesloten). De commissie sluit niet uit dat waar de wet op dit punt zwijgt, in de praktijk soms ‘gewoon’ bestuurlijke sancties aan overheidsinstanties worden opgelegd. Uit informatie van de Arbeidsinspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt bijvoorbeeld dat in het kader van de handhaving van de Arbeidsomstandighedenwet aan overheden soms bestuurlijke boeten worden opgelegd in hun hoedanigheid van werkgever in de zin van die wet. Dit zou zowel ten aanzien van decentrale overheden als ten aanzien van onderdelen van de centrale overheid (departementen e.d.) gebeuren. In de praktijk zouden deze boeten zonder morren worden betaald. Overigens is de commissie bekend dat in andere landen (Duitsland, Zweden) bestuurlijke boetesystemen bestaan die ook de oplegging van boeten aan overheden mogelijk maken, bij een vooralsnog volledige strafrechtelijke immuniteit.

Hoe opmerkelijk de informatie over de handhavingspraktijk in het bestuursrecht ook is, concludent acht de commissie haar niet, nu zoals gezegd de wetgever zich nog niet op dit punt heeft uitgesproken en ook de

---

<sup>3</sup> Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde Tranche, Den Haag 1999, p. 109.

bestuursrechtelijke doctrine vooralsnog lijkt te zwijgen. Eerder lijkt het erop dat wanneer de strafwetgever duidelijk positie zou kiezen met betrekking tot de aansprakelijkheid van overheden, dit ook richtinggevend zal zijn voor het bestuursrecht.

#### 4. De discussie tussen kabinet en Tweede Kamer

Naar aanleiding van het Pikmeer I arrest van de Hoge Raad en een daarop gevolgd advies van het openbaar ministerie van 16 december 1996 (Kamerstukken II 1996/97, 25 000, VI, nr. 31) heeft op 18 februari 1997 een algemeen overleg tussen de Tweede Kamer en de Minister van Justitie plaatsgehad. Dit heeft ertoe geleid dat Minister Sorgdrager met een nota van 7 april 1997 (Kamerstukken II 1996/97, 25 294, nr. 2) het standpunt van het kabinet over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden aan de Tweede Kamer heeft uiteengezet. De nota stelde ter inleiding:

'Enerzijds zijn er de (even belangrijke als vanzelfsprekende) gehoudenheid van de overheid aan het recht en het gelijkheidsbeginsel, dat niet toelaat dat overheidsorganen vrijuit gaan waar burgers voor dezelfde overtreding worden gestraft. Anderzijds zijn er de publieke taak en het daarmee verbonden vertrouwen die in ons staatsbestel aan overheidsorganen zijn toegekend, en de noodzaak van het behoud van het evenwicht in de staatkundige verhoudingen. Het kabinet is zich bewust van de noodzaak van een duidelijke positiebepaling in deze kwestie, maar ziet zich tegelijkertijd geconfronteerd met uiteenlopende visies en oplossingsrichtingen.'

Vervolgens formuleerde de Minister het standpunt van het kabinet. Dit kan als volgt kort worden samengevat.

- Als individuele ambtenaren strafbare feiten plegen of daaraan leiding geven, zijn zij zonder meer strafrechtelijk aansprakelijk; voor hen geldt geen immuniteit.
- Indien strafbare feiten worden gepleegd die aan het overheidsorgaan zèlf moeten worden toegerekend, moeten de politieke en bestuurlijke controlemechanismen vooropstaan.
- Ook de overheid is aan het recht gebonden; dit is de kern van de rechtsstaat. Het beginsel van gelijke behandeling eist dat ook op wetsovertredingen van een overheidsorgaan een reactie volgt, maar deze behoeft niet primair strafrechtelijk te zijn; op dit punt kunnen overheidsorganen en burgers niet geheel op één lijn worden gesteld.
- De overheid heeft beleids- en beoordelingsruimte nodig; zij moet alle belangen afwegen. De rechter, ook de strafrechter, moet enige terughoudendheid betrachten bij de beoordeling van de wijze waarop de overheid van die vrijheid gebruik maakt.
- De toepassing van de primair aangewezen controlemechanismen is vatbaar voor verbetering. In het bijzonder op het gebied van het ordeningsrecht (o.a. milieuwetgeving) schiet de bestuurlijke en politieke controle in de praktijk soms tekort.
- Er is ruimte voor inschakeling van het strafrecht als het handelen van het overheidsorgaan redelijkerwijs niet meer kan worden gerekend tot de uitvoering van zijn overheidstaak. In het algemeen zal een declaratoire uitspraak van de strafrechter, eventueel openbaar gemaakt, afdoende zijn als normbevestiging. Het opleggen van een geldboete is echter problematisch: dit doet afbreuk aan de financiële mogelijkheden van het overheidsorgaan om zijn taak uit te voeren, hetgeen zelfs ertoe kan leiden dat de sanctie op de burgers wordt afgewenteld.

- Als openbaar ministerie of strafrechter tot de conclusie komt dat het betrokken overheidshandelen, terughoudend getoetst, redelijkerwijs gerekend kan worden tot de uitvoering van de overheidstaak, is geen rol weggelegd voor het strafrecht.
- Het is voorbarig te concluderen dat de Hoge Raad met de door hem geformuleerde criteria (o.a. in Pikmeer I) in feite een bijna volledige immuniteit van (decentrale) overheidsorganen heeft gecreëerd. Met name ten aanzien van het criterium 'ter uitvoering van een overheidstaak' is de ontwikkeling in de rechtspraak nog niet voltooid.
- Het kabinet is het eens met de in het Volkel-arrest gegeven beslissing. Het acht strafvervolgning van *de staat als zodanig* onwenselijk.

Op de in de nota (onder 6.1-6.3) aangevoerde argumenten voor die onwenselijkheid van strafvervolgning van de staat zal de commissie hierna onder 5.3 ingaan.

Over de nota van 7 april 1998 heeft op 2 juni 1997 uitvoerig mondeling overleg tussen de Minister en de vaste commissie voor Justitie plaatsgevonden (Kamerstukken 1996/97, 25 294, nr. 5). Daarbij bleek dat de Kamer zich in grote lijnen met de meeste uitgangspunten van de Nota kon verenigen, doch in meerderheid de algehele uitsluiting van strafrechtelijke vervolgbaarheid van de staat als zodanig onjuist achtte. Bij dit overleg heeft het kamerlid Rehwinkel, gesteund door de kamerleden Koekkoek, Klein Molekamp, Rabbae en Van den Berg, een motie voorgesteld, waarin de regering werd verzocht voorbereidingen tot wetwijziging in gang te zetten, waardoor de mogelijkheden tot strafrechtelijke vervolging van overheden worden verruimd. Vervolgens heeft de Minister bij brief van 16 juni 1997 namens het kabinet aan de Kamer bericht de motie als een uitnodiging tot stimulering van de gedachtevorming te zien en wel door de Kamer te informeren over verschillende mogelijkheden om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden voor handelen dat redelijkerwijs niet meer tot de overheidstaak kan worden gerekend, wettelijk vast te leggen. De motie is op 26 juni 1997 aangenomen. De Minister zegde een vervolgotitie toe over de in haar genoemde brief bedoelde mogelijkheden.

Naar aanleiding van een andere motie, waarin de regering werd verzocht een wetsvoorstel inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat voor te bereiden, heeft de Minister bij genoemde brief van 16 juni 1997 bericht dat het kabinet bleef bij zijn standpunt dat aansprakelijkheid van de staat als zodanig onwenselijk is.

Op 6 januari 1998 verscheen het Pikmeer II arrest van de Hoge Raad. Minister Sorgdrager signaleerde bij brief aan de Kamer van 12 januari 1998 dat dit arrest consequenties heeft voor de vraag of wetwijziging wenselijk is en zo ja, hoe daaraan vorm zou moeten worden gegeven. Zij kondigde daarom enige vertraging van de toegezegde vervolgotitie aan. Bij brief van 7 april 1998 stuurde de Minister de vervolgotitie naar de Kamer (Kamerstukken 1997/98, 25 294, nr. 9). In deze notitie betoogde zij dat het Pikmeer II arrest een vruchtbare rechtsontwikkeling mogelijk maakt langs de lijnen die aan de deelnemers aan het debat over de nota van april 1997 voor ogen stonden. De conclusie van de notitie was ten aanzien van decentrale overheden dat het kabinet geen aanleiding zag tot wetgevende maatregelen. Met betrekking tot de staat deelde de Minister mede dat het advies van de Raad van State zou worden ingewonnen.

De notitie vestigde echter ook de aandacht op het begin januari 1998 verschenen rapport 'Handhaven op niveau' van de Commissie Michiels, waarin deze commissie oordeelde dat er geen principiële reden is om strafrechtelijke vervolging van overheidslichamen uit te sluiten, en dat een zowel op centrale als op decentrale overheden betrekking hebbende wijziging van artikel 51 Sr. gewenst is.

De Raad van State heeft op 28 april 1999 advies uitgebracht. Minister Korthals heeft dit advies, met het nader rapport van de Minister van 15 oktober 1999, bij brief van 11 november 1999 aan de voorzitter van de Tweede Kamer toegezonden (Kamerstukken 1999/2000, 25 294, nr. 10, en 25 294, A). Een ruim begrip staat tot uitgangspunt nemend, kwam de Raad van State tot de slotsom dat uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van openbare lichamen geen overweging verdient. De Minister deelde de argumentatie van de Raad voorzover deze specifiek de strafrechtelijke immuniteit van de staat in enge zin betreft. De specifieke positie van de staat brengt naar de mening van de Minister de wenselijkheid van algehele immuniteit van strafvervolgning mee. Hiervoor pleit volgens de Minister vooral het aspect van wat door de Raad was aangeduid als de eenheid van de regering, in verband met de positie van de Minister van Justitie. De zienswijze van de Raad van State dat ook decentrale overheden immuun voor strafvervolgning behoren te zijn, werd door de Minister niet gedeeld.

De vaste commissie voor Justitie heeft op 25 mei 2000 nader overleg gevoerd over het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (Verslag van 14 juli 2000, Kamerstukken 1999/2000, 25 294, nr. 11). De meeste kamerleden die het woord voerden konden zich niet verenigen met het standpunt van het kabinet dat de staat volledig immuun voor strafvervolgning moet blijven; de door de Minister mede aan het advies van de Raad van State ontleende argumenten voor dat standpunt konden deze leden niet overtuigen.

Vervolgens heeft het kabinet zich opnieuw beraden op de vraag of, en zo ja hoe, de strafrechtelijke vervolgbaarheid van de staat wettelijk geregeld zou kunnen worden. Bij brief van 22 september 2000 (Kamerstukken 2000/2001, 25 294, nr. 12) heeft de Minister het onveranderd gebleven standpunt van het kabinet nader uiteengezet. De voor dit standpunt aangevoerde argumenten worden hierna onder 5.3 besproken.

## **5. Beoordeling van de discussie**

### **5.1 Het begrip 'overheid'; begripsverwarring**

Voordat de commissie overgaat tot een inhoudelijke beoordeling van het gevoerde debat en de daarbij gebezigde argumenten voor en tegen immuniteit van de staat, wil zij kort iets zeggen over de aard van dat debat. Het debat over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, en de staat in het bijzonder, heeft in de loop van de tijd een sterk politiek karakter gekregen. Het lijkt zelfs uitgemond in een scherpe tegenstelling op dit punt tussen de visies van enerzijds het kabinet en anderzijds het parlement. Een tegenstelling die is gebleken een patstelling te zijn, die tot nu toe niet kon worden doorbroken. Naar de mening van de commissie is deze tegenstelling voor een deel te wijten aan de wijze waarop begrippen in de discussie worden gehanteerd. Met name het begrip 'overheid' lijkt in de discussie niet altijd op een ondubbelzinnige manier te worden gehanteerd en voor verwarring te zorgen. Wanneer de deelnemers aan de discussie spreken over de strafrechtelijke aansprakelijkheid of immuniteit van 'de overheid' of 'overheidsorganen', lijken zij die begrippen te hanteren in hun politieke en/of bestuurlijke betekenis. Wanneer wordt gesproken van milieu-overtredingen door Defensie (als onderdeel van de staat) of door de gemeente X, lijken daarachter - in de gedachten van de deelnemers aan de discussie - het ministerie van Defensie en zijn politiek verantwoordelijke minister respectievelijk het gemeentebestuur schuil te gaan. Het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid komt hiermee dicht aan te liggen tegen - en wordt bijna op één lijn gesteld met - het domein van de politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid van de overheid. Dit leidt ertoe dat in de discussie de



verschillende verantwoordelijkheden - strafrechtelijk, politiek en bestuurlijk - gaan overlappen en bijna worden vereenzelvigd. Deze (impliciete) vereenzelving van de verschillende verantwoordelijkheden betekent voorts dat door de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van 'de overheid' (de gemeente, de staat) heen de vraag schemert naar de politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid van de desbetreffende functionaris (bijvoorbeeld een minister) of het desbetreffende orgaan (het gemeentebestuur). Wellicht verklaart dit de politieke lading die de discussie inmiddels heeft gekregen, zowel bij de voor- als bij de tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en de staat in het bijzonder.

De commissie meent dat helderheid in de gehanteerde begrippen noodzakelijk is en dat in de discussie de verschillende hoedanigheden van 'de overheid' en de verschillende verantwoordelijkheden van de overheid goed uit elkaar moeten worden gehouden. Het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid of de staat betreft niet de vraag naar de verantwoordelijkheid - strafrechtelijk, politiek of bestuurlijk - van de individuele functionarissen of van de organen in staats- of bestuursrechtelijke zin, maar de vraag naar de aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke *rechtspersoon* of *organisatie*: het gaat niet om het individu maar om een overheidsentiteit, een organisatie van mensen en middelen die niet slechts (door middel van haar organen) politieke of juridisch bindende beslissingen neemt maar vooral ook deelnemer is (in feitelijke zin) aan het maatschappelijk verkeer. Het gaat om een corporatieve aansprakelijkheid, een als het ware onpersoonlijke aansprakelijkheid. Een strafrechtelijke veroordeling van de overheid als rechtspersoon of als organisatie zegt dus op zichzelf nog niets over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokken ambtenaren of politieke functionarissen, noch over politieke of bestuurlijke verantwoordelijkheden.

Aldus bezien heeft het vraagstuk waarover deze commissie een oordeel moet geven, naar haar mening een beperktere dimensie dan het in de discussie heeft gekregen. Naar de stellige indruk van de commissie kan de discussie over de strafrechtelijke, corporatieve aansprakelijkheid van de overheid met meer vrucht worden gevoerd, als zij goed wordt gescheiden van de vraag naar de politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid van de overheid. Reeds de onhelderheid en de verwarring van begrippen die in de discussie bestaan, wijzen naar de mening van de commissie op de wenselijkheid van ingrijpen van de wetgever, waarbij deze in de wet de verschillende posities en aansprakelijkheden markeert. In verschillende landen (België, Denemarken, Frankrijk en Noorwegen) heeft de wetgever duidelijkheid geschapen omtrent de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen.

In het vervolg zal de commissie zo veel mogelijk spreken van publiekrechtelijke rechtspersonen of onderdelen daarvan. Waar toch het woord 'overheid' valt, moet (tenzij uit de context anders blijkt) daarbij uitsluitend worden gedacht aan de rechtspersonen en organisaties waaruit die overheid bestaat.

## 5.2 De rol van het strafrecht ten aanzien van de staat: legitimiteit en effectiviteit

Hierna, in 5.3, zal de commissie de argumenten bespreken die voor een (algehele) immuniteit van de staat worden aangevoerd. Reeds op deze plaats merkt de commissie op dat geen van die argumenten een absolute betekenis heeft in de zin dat het aan iedere strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat in de weg staat. Dit neemt niet weg dat de gehanteerde argumenten wel *relatieve* waarde hebben. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre de staat strafrechtelijk aansprakelijk dient te zijn, gaat het om een afweging van argumenten voor en tegen - of: voor verder of minder ver gaande -

aansprakelijkheid. Daarbij zijn al deze argumenten terug te voeren tot twee waarden: legitimiteit en effectiviteit. Deze waarden moeten soms tegen elkaar worden afgewogen en liggen soms in elkaars verlengde. In deze paragraaf wil de commissie in dit verband enkele van haar uitgangspunten aangeven.

Voor de commissie staat voorop dat de *eis van legitimiteit* van overheidsoptreden zich verzet tegen een volledige uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer, verliest haar geloofwaardigheid wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen die regels ongestraft kunnen overtreden. Op voorhand kan de commissie niet inzien waarom dit voor de staat en zijn onderdelen anders zou zijn. Voor een gehele of gedeeltelijke immuniteit van de staat dienen dan ook zwaarwegende argumenten te worden aangevoerd.

De eis van legitimiteit houdt verband met - maar is niet gelijk aan - *de eis van gelijkheid*, waarop in pleidooien vóór de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat vaak een beroep wordt gedaan. Ook op dit punt valt naar het oordeel van de commissie op voorhand niet in te zien waarom, waar privaatrechtelijke rechtspersonen en decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen (in ieder geval ten dele) strafrechtelijk aansprakelijk zijn, de staat volledig van aansprakelijkheid zou moeten worden uitgezonderd. Voor een dergelijk onderscheid in de behandeling van enerzijds de staat en anderzijds overige publiekrechtelijke rechtspersonen en de privaatrechtelijke rechtspersonen, dient een afdoende rechtvaardiging te worden gegeven. Dit onderscheid is temeer problematisch in een tijdperk van verzelfstandiging, deregulering en horizontalisering. Het is niet eenvoudig uit te leggen waarom verzelfstandigde overheidsentiteiten die strafbare feiten begaan, niet vervolgd kunnen worden omdat ze toevallig onder de rechtspersoonlijkheid van de staat vallen. Zou het gaan om decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen met eigen rechtspersoonlijkheid of om privaatrechtelijke rechtspersonen (met publieke taken), dan zou strafvervolging wel mogelijk zijn. Illustratief voor de veelvormigheid van de tegenwoordige staat en de op het eerste gezicht moeilijk te rechtvaardigen verschillen in positie tussen de diverse staatsonderdelen is de situatie in 'zbo-land'. In de laatste dertig jaar is het aantal zelfstandige bestuursorganen gestegen tot zo'n zeshonderd, met een grote variëteit aan taken en werkterreinen. Samen hebben ze thans 130.000 werknemers en beslaan ze één vijfde van de rijksbegroting. In kwantitatieve zin overtreffen de zbo's derhalve het belang van de ministeries en hun uitvoeringsorganisaties. Wat hun strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft verschillen de zbo's onderling nogal. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), bijvoorbeeld, bezit eigen rechtspersoonlijkheid en is daarmee dus in de huidige situatie zelfstandig vervolgbaar en wel op basis van een volledige strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vergelijkbare Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) daarentegen ressorteert onder de Minister van Economische Zaken en valt dus onder de rechtspersoonlijkheid van de staat, waarmee zij volgens het Volkelarrest waarschijnlijk volledig immuun moet worden geacht voor strafvervolging. De staat is in zoverre dus een erg abstract, veelomvattend begrip en toch wordt alles wat onder de rechtspersoon staat valt volledig van strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgezonderd. De vraag rijst wat dit verschil met andere publiekrechtelijke rechtspersonen rechtvaardigt. Interessant is in dit verband dat Denemarken - een van de weinige landen die strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat erkennen - geen onderscheid maakt tussen decentrale overheidsorganen en organen van de centrale overheid.

Het voorgaande betekent niet dat publiekrechtelijke rechtspersonen alle over één kam moeten worden geschoren, zowel in vergelijking met private rechtspersonen als in vergelijking met elkaar. Er kunnen nog steeds relevante

verschillen zijn, zowel van principiële als van praktische aard, die voor de toepassing van het strafrecht een verschillende behandeling rechtvaardigen. Zo blijft een belangrijk onderscheidend kenmerk van publiekrechtelijke rechtspersonen dat aan hen de uitvoering, in het algemeen belang, van een publieke taak is opgedragen en dat op de wijze waarop ze die taak uitvoeren, politieke en/of bestuurlijke controle bestaat. Dit laatste betekent naar de mening van de commissie in ieder geval dat, waar strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon bestaat, terughoudendheid bij de effectuering daarvan (dat wil zeggen bij de daadwerkelijke vervolging) gewenst is en waarschijnlijk een grotere terughoudendheid dan bij private rechtspersonen die strafbare feiten plegen (de commissie komt hier in 5.3 nog op terug). Daarnaast moge duidelijk zijn dat publiekrechtelijke rechtspersonen voor de toepassing van het strafrecht niet steeds op gelijke voet mogen worden behandeld met natuurlijke personen. Zoals de commissie in 5.1 heeft benadrukt moet in de onderhavige discussie goed onderscheid worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en organisaties enerzijds en de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van de individuele personen daarachter, de ambtenaren en politieke functionarissen, anderzijds. Deze twee categorieën rechtssubjecten zijn voor de toepassing van het strafrecht niet zonder meer op één lijn te stellen en gelijk te behandelen. Hun aansprakelijkheden kunnen verschillen. Ook volgens artikel 51 Sr zijn natuurlijke personen en rechtspersonen verschillende grootheden.<sup>4</sup>

Hoe ver eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen ook reikt, zij mag dus niet op één lijn worden gesteld met de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuele overheidsfunctionarissen; deze aansprakelijkheden zijn niet inwisselbaar. Bij mogelijke strafbare feiten gepleegd in het verband van de overheid zal steeds moeten worden nagegaan of individuele personen daarvan een verwijt kan worden gemaakt en of er reden is voor het instellen van een strafvervolging tegen hen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de (publiekrechtelijke) rechtspersoon mag niet een gemakkelijke uitweg worden om maar niet de individuele functionaris te hoeven vervolgen (bijvoorbeeld vanwege verwachte bewijsproblemen). Bij een strafrecht dat is gebaseerd op het schuldbeginsel blijft de individuele, persoonlijke aansprakelijkheid een centraal uitgangspunt. Dit uitgangspunt laat echter onverlet dat het bij bepaalde strafbare feiten, in het bijzonder op het terrein van het orderingsrecht, in de rede kan liggen om de aansprakelijkheid van de rechtspersoon of organisatie voorop te stellen (bijvoorbeeld omdat de desbetreffende norm zich primair tot de organisatie richt en niet tot de individuele personen die daarin werkzaam zijn).

Het onderscheid tussen aansprakelijkheid van de rechtspersoon en aansprakelijkheid van de individuele functionarissen brengt naar de mening van de commissie mee dat in geval van een strafbaar feit dat is gepleegd in het verband van een publiekrechtelijke rechtspersoon, daargelaten de reikwijdte van de rechtspersoonlijke aansprakelijkheid, er in ieder geval geen belemmeringen mogen bestaan voor de strafrechtelijke vervolging van eventueel verantwoordelijke functionarissen. Bij de huidige stand van het recht lijken er, vooral als gevolg van de ontwikkeling van het leerstuk van het functioneel daderschap, adequate mogelijkheden te zijn om de hogere, leidinggevende functionarissen aansprakelijk te stellen voor door hun ondergeschikten

---

<sup>4</sup> Dit volgt reeds hieruit dat in geval van een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit de strafvervolging, behalve tegen de rechtspersoon zelf, ook kan worden ingesteld tegen de personen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijke leiding aan de verboden gedraging hebben gegeven. De aansprakelijkheid van deze natuurlijke personen moet op haar eigen merites worden beoordeeld; dat de rechtspersoon eventueel strafbaar is, zegt nog niets over de strafbaarheid van de opdrachtgevers of feitelijke-leidinggevers. Omgekeerd geldt volgens de Hoge Raad wel dat eventuele immuniteit van de (publiekrechtelijke) rechtspersoon zich ook uitstrekt tot de opdrachtgevers en feitelijke-leidinggevers.

gepleegde delicten. De commissie is er voorstander van om deze mogelijkheden nog verder uit te breiden door de band die de Hoge Raad blijkens de beide Pikmeerarresten aanneemt tussen de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en de vervolgbaarheid van de opdracht- en feitelijke leidinggevers, door te snijden. De commissie ziet namelijk niet in waarom in gevallen waarin het overheidsorgaan zelf immuun voor strafvervolging is, deze immuniteit steeds gepaard zou moeten gaan met immuniteit van degenen die tot het strafbaar feit opdracht hebben gegeven of leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Het door de Hoge Raad gebezigde argument van 'nauwe verbondenheid' lijkt de commissie niet toereikend voor deze koppeling van immuniteiten.

De eis van *effectiviteit* van strafrechtelijke sanctionering is – naast overwegingen van legitimiteit en gelijkheid – een ander belangrijk element bij de afweging of, en zo ja in hoeverre, publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk behoren te zijn. Deze eis is nauw verwant met de *ultimum remedium*-gedachte. Het strafrecht is een middel dat erger kan zijn dan de kwaal. De maatschappelijke voordelen van strafvervolging (zoals normbevestiging en preventie) moeten daarom steeds worden afgewogen tegen de nadelige effecten ervan. Deze *ultimum remedium*-gedachte is diep verankerd in het strafrecht. De vervolgingsuitsluitingsgronden en het opportunitetsbeginsel zijn daarvan een direct uitvloeisel. Opmerking daarbij verdient dat ook de beperkte capaciteit van het justitiële apparaat noopt tot terughoudendheid bij de inzet van het strafrecht als instrument van wetshandhaving. Bij de afweging van voor- en nadelen van strafrechtelijke interventie moet daarom het bestaan van andere handhavingssystemen worden betrokken.

Voor het onderhavige vraagstuk betekent dit dat de corporatieve aansprakelijkheid van de overheid op haar eigen merites moet worden beoordeeld. Naar reeds werd opgemerkt bestaan er relevante verschillen tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en private rechtspersonen en tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en individuele overheidsfunctionarissen. Het zijn deze verschillen die tot een andere afweging van voor- en nadelen kunnen leiden. In het bijzonder moet hierbij de vraag worden gesteld of en in hoeverre invoering van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon kan bijdragen aan een effectieve strafrechttoepassing, dat wil zeggen aan een strafrechttoepassing die ten goede komt aan de legitimiteit en effectiviteit van de overheid in het algemeen: een overheid die met gezag en op doelmatige en slagvaardige wijze haar taken kan uitvoeren. Bij de beoordeling hierna van de argumenten voor immuniteit van de staat moet ook deze eis, dat strafrechtelijke sanctionering effectief moet zijn en aan haar doelen moet kunnen beantwoorden, zorgvuldig worden meegewogen in de afweging van voor- en nadelen van strafrechtelijke sanctionering. Uiteindelijk is deze afweging een politieke zaak. De commissie ziet hier dan ook uitdrukkelijk een taak voor de wetgever.

### 5.3 Beoordeling van de argumenten voor algehele immuniteit van de staat

In 5.2 heeft de commissie een aantal algemene overwegingen en uitgangspunten vooropgesteld die naar haar mening moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de argumenten voor en tegen immuniteit van de staat voor strafvervolging. Enerzijds brengen overwegingen van legitimiteit en gelijkheid mee dat niet op voorhand valt in te zien waarom de staat volledig van strafrechtelijke aansprakelijkheid zou moeten worden uitgezonderd. Anderzijds moet de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen op haar eigen merites worden beoordeeld en brengt de eis van effectiviteit mee dat goed moet worden nagegaan in hoeverre strafrechtelijke aansprakelijkheid

bevorderlijk is voor het gezag en de doelmatigheid en slagvaardigheid van publiekrechtelijke rechtspersonen in het algemeen. Welke zijn nu de argumenten die in de discussie een rol spelen? De door de Ministers Sorgdrager en Korthals namens het kabinet aangevoerde argumenten voor algehele immuniteit van de staat kunnen als volgt worden samengevat:

- (a) strafvervolging van de staat betekent in feite dat de staat zichzelf vervolgt en straft; er is identiteit van vervolgde, beoordelaar en bestrafte;
- (b) strafvervolging impliceert betrokkenheid van de Minister van Justitie, compliceert diens positie als lid van het kabinet en tast de eenheid van de regering of het regeringsbeleid aan;
- (c) het opleggen van een geldboete is louter symbolisch, want er vindt geen daadwerkelijke vermogensoverdracht plaats;
- (d) de politieke verantwoordingsplicht en controle, alsmede de bijzondere procedure voor ambtsmisdrijven gepleegd door ministers en staatssecretarissen (art. 483 e.v. Sv.), zijn wat de staat betreft toereikende correctie-mechanismen;
- (e) vervolgbaarheid van de staat kan leiden tot ongewenste (verdere) juridisering.

De commissie tekent bij deze argumenten het volgende aan.

*Ad (a)*

Dit is in wezen een legitimiteitsargument: als bestrafte en bestraffer in dezelfde persoon zijn verenigd, ontvalt de geloofwaardigheid aan de bestraffing en dus ook aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid in dat geval. Principieel gezien vindt de commissie dit argument niet overtuigend. Zoals ook door verscheidene kamerleden is opgemerkt, gaat het bij strafvervolging van de staat om het optreden van verschillende ambten en entiteiten: het openbaar ministerie, de rechter en het onderdeel van de staat dat verdacht wordt van een strafbaar feit. Dat de staat, waarvan die ambten en entiteiten onderdeel zijn, zich ook als (enkelvoudige) rechtspersoon in de zin van het burgerlijk recht vertoont, brengt naar de mening van de commissie niet mee dat vervolgde, beoordelaar en bestrafte als identiek zouden moeten worden beschouwd. Wel kan de omstandigheid dat de betrokken ambten en entiteiten dicht tegen elkaar aan functioneren (bijvoorbeeld het openbaar ministerie en het verdachte staatsonderdeel), voor problemen van meer praktische aard zorgen. Hiervoor zijn echter praktische, procedurele oplossingen denkbaar.

*Ad (b)*

De positie van de Minister van Justitie als lid van het kabinet en tevens (op afstand) verantwoordelijke voor het optreden van het openbaar ministerie kan naar het oordeel van de commissie inderdaad soms problemen opleveren. Met name kan gemakkelijk de schijn ontstaan van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing, hetzij door de Minister van Justitie hetzij via hem door andere ministers en bestuurders. Voor aantasting van de eenheid van het regeringsbeleid is de commissie minder beducht, vooral waar het gaat om strafbare feiten gepleegd in de uitvoeringssfeer, ver verwijderd van de politieke of ambtelijke leiding van een departement. Het onderhavige argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat spitst zich toe op de positie van de Minister van Justitie, hetgeen de vraag oproept of niet door het treffen van speciale voorzieningen met betrekking tot die positie veel van de genoemde bezwaren kunnen worden weggenomen. Een argument tegen iedere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, in al zijn onderdelen, ziet de commissie er in ieder geval niet in. Op de positie van de Minister van Justitie komt de commissie verderop in dit rapport nog uitvoerig terug (par. 8).

*Ad (c)*

Dit argument betreft de vraag naar de effectiviteit van strafrechtelijke sanctionering van publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder de staat.

Inderdaad ontmoet het opleggen van een geldboete aan de staat het bezwaar dat geen vermogensoverdracht plaatsvindt, zodat het in zoverre, naar buiten toe, om een louter symbolische sanctie gaat. Dit neemt niet weg dat bijvoorbeeld departementen gescheiden begrotingen hebben en dat zij, krachtens de zogenoemde regels budgetdiscipline,<sup>5</sup> autonome tegenvallers - waartoe ook een geldboete moet worden gerekend - in de eigen begroting moeten opvangen. In zoverre doet een geldboete die ten nadele komt van de begroting van een bepaald staatsonderdeel, wel degelijk 'pijn' en kan zij een prikkel opleveren voor toekomstig gedrag, nog daargelaten de gevolgen van een boete voor het aanzien - binnen en buiten de organisatie - van de betrokken bestuurders. Dit ligt nog duidelijker bij lagere overheden, waarbij de door hen betaalde geldboeten toevloeien aan de staatskas. Bij al deze opmerkingen betreffende de mogelijke effectiviteit van beboeting van publiekrechtelijke rechtspersonen geldt wel het ook door de Raad van State gesignaleerde bezwaar dat middelen – uiteindelijk ten nadele van de burgers - worden onttrokken aan de uitvoering van de overheidstaak waarvoor zij waren bestemd. Hoe dit ook zij, dat het opleggen van een geldboete aan de staat wellicht minder zinvol is, levert volgens de commissie geen afdoende argument voor algehele immuniteit op. Naar de mening van de commissie moet de waarde van strafrechtelijke sanctionering met betrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen die strafbare feiten plegen, vooral worden gezocht in de symbolische werking ervan. Een strafrechtelijke veroordeling van een publiekrechtelijke rechtspersoon drukt afkeuring uit en onderstreept de norm die is geschonden. Daarbij is de zwaarte van de sanctie minder relevant. Een geldboete kan het beoogde effect hebben maar ook een schuldigverklaring zonder oplegging van straf (artikel 9a Sr). Ook openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak zou juist bij publiekrechtelijke rechtspersonen een effectieve sanctie kunnen zijn (zie artikel 36 Sr en artikel 7 onder g van de Wet op de economische delicten (WED)). Wellicht zijn nog andere sancties denkbaar die specifiek ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen nuttig zouden kunnen zijn.

*Ad (d)*

Zoals hiervoor (in 5.1) aangegeven moeten strafrechtelijke en politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid, en de desbetreffende correctiemechanismen, goed uit elkaar worden gehouden. De commissie is het met het kabinet eens dat, waar het gaat om (strafbaar) overheidsop treden, de politieke en bestuurlijke verantwoording en controle voorop moeten staan. De desbetreffende controle- en vertegenwoordigende organen dienen hun verantwoordelijkheid te nemen en consequenties aan het betrokken overheidsop treden te verbinden. Dit laat echter onverlet dat een aanvullende rol kan zijn weggelegd voor het strafrecht. Zoals in 5.1 opgemerkt richt het strafrecht zich, wat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon betreft, niet op de verantwoordelijkheid van de individuele functionarissen maar op die van de rechtspersoon en de organisatie als zodanig. Niet valt in te zien waarom ten aanzien van de rechtspersoon staat, en zijn onderdelen, het strafrecht geen nuttige rol zou kunnen vervullen, waar tegenwoordig toch wordt aangenomen dat het strafrecht ten aanzien van decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen wel een rol heeft. Wèl meent de commissie dat bij de *toepassing* van het strafrecht met betrekking tot publiekrechtelijke rechtspersonen terughoudendheid moet worden betracht, in het licht van de beschikbare alternatieve controlemechanismen en het ultimium-remediumkarakter van het strafrecht.

Het bestaan van de bijzondere procedure van artikel 483 e.v. Sv voor ambtsmisdrijven gepleegd door een minister of staatssecretaris levert naar het oordeel van de commissie evenmin een afdoende argument tegen

---

<sup>5</sup> Zie de Miljoenennota 1999, Kamerstukken II 1998/99, 26 200, nr. 1, p. 292.

strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat op, reeds omdat het bij die procedure niet om de rechtspersoon maar om de individuele functionarissen gaat. Bovendien levert deze procedure geen correctiemogelijkheid op als het gaat om door andere functionarissen gepleegde, aan de staat toe te rekenen strafbare feiten.

*Ad (e)*

Het gevaar van (verdere) juridisering van de samenleving laat zich moeilijk taxeren. De commissie is geneigd aan dit bezwaar niet veel gewicht toe te kennen. Of strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zal leiden tot een (ongewenste) juridisering, hangt immers niet zozeer af van de wettelijke aansprakelijkheid op zichzelf als wel van de wijze waarop daaraan in de praktijk effect zal worden gegeven. Hiermee betreden we het terrein van het vervolgingsbeleid. Het komt de commissie voor dat, mocht worden overgegaan tot een of andere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, een terughoudend vervolgingsbeleid op haar plaats is, zoals ook ten aanzien van decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen momenteel van terughoudendheid sprake lijkt. Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn nu eenmaal niet volledig op één lijn te stellen met private personen en rechtspersonen juist omdat ze een publieke taak hebben en wat die taakuitvoering betreft onder controle staan van politieke en bestuurlijke organen. Dit noopt naar de mening van de commissie tot een terughoudende *toepassing* van het strafrecht. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid mag niet een gemakkelijke uitweg uit politieke en bestuurlijke problemen worden. Daarbij mag ook niet de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de individuele overheidsfunctionarissen uit het oog worden verloren.

De slotsom van de commissie is dat naar haar mening de door het kabinet aangevoerde argumenten onvoldoende overtuigingskracht hebben om alle onder de rechtspersoonlijkheid van de staat vallende organisaties immuun voor strafvervolging te houden. Ook de door de Hoge Raad in het Volkel-arrest gegeven motivering kan de commissie niet overtuigen, nog daargelaten dat het twijfelachtig is of de Hoge Raad na Pikmeer II bij de in het Volkel-arrest neergelegde opvatting zou blijven (zie 2 hiervoor). De aangevoerde argumenten vormen naar het oordeel van de commissie onvoldoende grond om, waar het de staat en zijn onderdelen betreft, een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat de eis van legitimiteit zich verzet tegen een volledige uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Zoals de commissie in 5.2 heeft opgemerkt, verliest een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer, haar geloofwaardigheid wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen die regels ongestraft kunnen overtreden. Dit geldt ook voor de staat. Invoering van strafrechtelijke aansprakelijkheid van (onderdelen van) de staat kan de aanvaarding van het overheidsgezag naar de mening van de commissie juist ten goede komen.

De commissie is het derhalve in zoverre met de zienswijze van de Tweede Kamer eens dat er geen afdoende rechtvaardiging is voor het huidige onderscheid - waar het betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid - tussen decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen enerzijds en de staat anderzijds. In beginsel is de commissie op dit punt voor een gelijke behandeling van decentrale overheden en onderdelen van de centrale overheid. Dit neemt niet weg, zoals de commissie al in 5.2 heeft aangegeven, dat er relevante verschillen kunnen zijn, zowel ten opzichte van private (rechts)personen als tussen publiekrechtelijke rechtspersonen onderling, die voor de toepassing van het strafrecht een verschil in behandeling rechtvaardigen. De commissie zal in het vervolg van haar advies nader op deze verschillen ingaan.

De functie van vervolging en bestraffing van publiekrechtelijke rechtspersonen in het algemeen en (onderdelen van) de staat in het bijzonder is naar de mening van de commissie vooral gelegen in *normbevestiging*. Een strafrechtelijke veroordeling onderstreept de gelding van de norm, het ongestraft laten passeren van strafbare feiten ondermijnt die. De bereidheid van de gewone burger om de strafwet na te leven wordt zwaar op de proef gesteld als hij het idee heeft dat de overheid zelf straffeloos haar gang kan gaan. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, inclusief de staat, helpt afkalving van deze bereidheid tot normnaleving te voorkomen. Zo bezien kan aanvaarding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zowel uit een oogpunt van legitimiteit als uit een oogpunt van effectiviteit nuttig zijn.

Het voorgaande laat onverlet dat de vraag in welke (categorieën van) gevallen strafvervolging van de staat *legitiem en effectief* kan zijn, nog beantwoording behoeft. Hierbij dienen de doelen van het strafrecht goed in het oog te worden gehouden. Maar eerst is het naar de mening van de commissie nodig om nader in te gaan op het begrip 'de staat' en te bezien of de rechtspersoonlijkheid van de staat een adequaat aanknopingspunt is voor de toepassing van het strafrecht wegens in het verband van die staat gepleegde strafbare feiten.

## **6. 'Opsplitsing' van de publiekrechtelijke rechtspersoon voor de toepassing van artikel 51 Sr**

### 6.1 Opsplitsing van de rechtspersoon staat

In paragraaf 5 concludeerde de commissie dat de door het kabinet aangevoerde argumenten onvoldoende overtuigingskracht hebben om volledige immuniteit van de staat voor strafvervolging te rechtvaardigen. In beginsel ziet de commissie geen goede redenen om de staat op dit punt anders te behandelen dan decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen. In ieder geval bestaan daarvoor naar de mening van de commissie geen principiële of dogmatische redenen. In paragraaf 7 zal de commissie nagaan waar, ervan uitgaande dat een volledige immuniteit niet gerechtvaardigd is, het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zinvol is en tegemoet komt aan een behoefte. In deze paragraaf wil de commissie nader ingaan op de vraag, indien strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat in beginsel wordt aanvaard, welke entiteit of welk subject vervolgd zou moeten worden voor de in het verband van de staat gepleegde strafbare feiten.

De 'staat' wordt hier begrepen als het overheidsverband dat náást provincies, gemeenten, waterschappen en lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, rechtspersoonlijkheid bezit (artikel 2:1, eerste lid, BW). Globaal gezegd gaat het bij dit staatsbegrip om de centrale overheid. Nu artikel 51 Sr in zijn huidige redactie voor strafrechtelijke aansprakelijkheid aanknoopt bij natuurlijke personen en rechtspersonen, zal in geval van een in het verband van de centrale overheid gepleegd strafbaar feit veelal slechts de staat als rechtspersoon voor strafvervolging in aanmerking komen.<sup>6</sup> Alleen wanneer het feit moet worden toegerekend aan een eenheid binnen de centrale overheid die zelf over rechtspersoonlijkheid beschikt (deze kan bij of krachtens de wet worden toegekend, zie artikel 2:1, tweede lid, BW), kan deze eenheid als zodanig worden vervolgd en komt de staat als zodanig niet in beeld. Veel eenheden onder de paraplu van de centrale overheid bezitten

<sup>6</sup> Het gaat hier, zo benadrukt de commissie nog eens, over de vervolgbaarheid van overheden in de zin van de publiekrechtelijke rechtspersonen of organisaties. Het gaat dus niet over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de individuele overheidsfunctionarissen.



echter geen rechtspersoonlijkheid, zoals departementen, sommige uitvoeringsinstanties en sommige zelfstandige bestuursorganen (zbo's). Indien dergelijke eenheden een strafbaar feit plegen, zal derhalve voor de strafvervolging de 'sprong' naar de staat moeten worden gemaakt. Dit noodzakelijkerwijs moeten aanknopen bij de staat als rechtspersoon acht de commissie om meer dan één reden ongelukkig.

De eerste reden is van strafrecht-technische aard: de toerekening van gedragingen verricht binnen een eenheid van de centrale overheid aan de staat als overkoepelende rechtspersoon lijkt, bij de huidige stand van het recht met betrekking tot aansprakelijkheid van rechtspersonen, niet eenvoudig. In het algemeen is de strafrechtelijke dogmatiek met betrekking tot toerekening aan rechtspersonen al niet volledig uitgekristalliseerd, laat staan dat duidelijk is hoe die toerekening zou moeten verlopen bij een veelomvattende rechtspersoon als de staat, die in vele organisaties met vele organen uiteenvalt. De vraag komt op of toerekening van strafbare gedragingen aan de staat de spankracht van het strafrechtelijke daderschapsbegrip niet te boven gaat.

Een andere reden is de volgende. Zoals al uit het voorgaande blijkt, is aanknopingspunt bij de rechtspersoon staat bij de huidige stand van de wetgeving noodzakelijk bij gebreke van rechtspersoonlijkheid van de eenheid waarbinnen de strafbare gedraging is gepleegd. Zo bezien heeft de 'sprong' naar de staat meer het karakter van een noodsprong. Dit klemt temeer nu de wetgever bij het al dan niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan onderdelen van de staat niet consistent, althans niet volgens een duidelijk beleid te werk gaat. Sommige instanties hebben rechtspersoonlijkheid, andere die vergelijkbaar zijn niet. Illustratief voor de gebrekkigheid van de rechtspersoon staat als aanknopingspunt is de situatie in 'zbo-land', waarop in 5.2 al werd ingegaan. De OPTA is als zelfstandige publiekrechtelijke rechtspersoon volledig strafrechtelijk aansprakelijk, de qua functie volstrekt vergelijkbare Nma is als onderdeel van de rechtspersoon de staat waarschijnlijk volledig immuun. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij de 'beschikkingenfabrieken' van de Informatiebeheer Groep (IBG) en de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). De eerste bezit eigen rechtspersoonlijkheid, de tweede niet. Bij deze stand van zaken leidt dus de vraag wie het subject van strafvervolging is - de staat of een zelfstandige eenheid binnen de centrale overheid - tot willekeurige uitkomsten, die afhankelijk zijn van de vraag of de wetgever om een of andere reden heeft besloten rechtspersoonlijkheid aan die eenheid toe te kennen.

Tot slot is een reden waarom de commissie aanknopingspunt bij de staat ongelukkig acht, gelegen in het feit dat de staat in wezen een abstractie is, waarachter een veelheid aan concrete instanties en een veelheid aan concreet handelende organen schuilgaat. Toerekening van gedragingen van die instanties en organen aan de staat is daardoor gekunsteld op het terrein van het strafrecht, dat zich toch vooral met concrete feiten en persoonlijke schuld bezighoudt. Toerekening aan de staat strookt waarschijnlijk ook niet met de perceptie van strafbaar overheidsgedrag door het publiek, dat bij de dader niet in de eerste plaats aan de staat maar aan uitvoeringsinstantie X of departement Y zal denken. Ook uit het oogpunt van de doeleinden van het strafrecht (zoals vergelding, speciale en generale preventie en normbevestiging) ligt aanknopingspunt bij een abstracte entiteit als de staat geenszins voor de hand.

Om deze redenen acht de commissie het wenselijk om voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een gedraging van de centrale overheid aan te knopen bij de concrete eenheid die volgens redelijke toerekeningsmaatstaven die gedraging geacht kan worden te hebben verricht en daarvoor verantwoordelijkheid draagt. Artikel 51 Sr zou daartoe moeten worden gewijzigd. Een dergelijke autonome invulling van het begrip (publiekrechtelijke) 'rechtspersoon' voor de toepassing van het strafrecht sluit beter aan bij de

maatschappelijke werkelijkheid, bij de publieke perceptie daarvan en bij de doeleinden van het strafrecht. Overigens bevat het huidige artikel 51 lid 3 reeds een autonome invulling van de (privaatrechtelijke) 'rechtspersoon' door daarmee gelijk te stellen: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen. De commissie wijst erop dat de Deense regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden kennelijk (blijkens de Engelse vertaling) ook uitgaat van de 'splitsbaarheid' van de staat ('State authorities').

De commissie stelt voor om in artikel 51 Sr, voor wat betreft de staat, met rechtspersoon gelijk te stellen: 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. Hierdoor worden tot vervolgbaar subject gemaakt die zelfstandige entiteiten of eenheden binnen de centrale overheid die noch natuurlijk persoon zijn noch rechtspersoon. Voorwaarde daarvoor is wel dat ze een voldoende mate van externe zelfstandigheid hebben doordat zij *als zodanig* naar buiten in het maatschappelijk verkeer kunnen optreden. Bij de beoordeling of een eenheid voldoende zelfstandigheid heeft, spelen verschillende factoren een rol, waarbij - niet cumulatief noch uitputtend - 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? De zelfstandigheid moet naar buiten blijken, waarbij ook fysieke kenmerken een rol kunnen spelen, zoals een eigen lokatie en een eigen gebouw (ten minste moet toch een eigen postadres worden geëist) en een eigen huisstijl. Verder is van belang op te merken dat het gaat om een zelfstandigheid in feitelijke zin, niet om zelfstandigheid in politieke zin. Veel van deze eenheden zullen immers, waar ze deel uit maken van de centrale overheid, onder de (al dan niet beperkte) ministeriële verantwoordelijkheid van een bepaalde minister vallen. De commissie noemt een aantal voorbeelden van organisatorische eenheden van de staat die geen eigen rechtspersoonlijkheid bezitten maar naar de mening van de commissie wel over voldoende zelfstandigheid beschikken om in haar voorstel strafrechtelijk vervolgbaar te zijn: de Belastingdienst, het Sociaal en Cultureel Planbureau, het Centraal Planbureau, het Centraal Bureau voor de Statistiek, het KNMI, de Rijksplanologische dienst, Rijkswaterstaat, het Rijkinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), diverse inspectiediensten zoals de milieu-inspectie, de inspectie voor de volksgezondheid, de inspectie voor de geneesmiddelen en de veterinaire inspectie RVV, de IND en de eerdergenoemde NMa.

Aldus is de staat voor de toepassing van het strafrecht opgesplitst in een aantal zelfstandige eenheden binnen het verband van de centrale overheid. Tegenover deze opsplitsing dient de staat *als zodanig* naar de mening van de commissie te worden uitgesloten van vervolgbaarheid (zie het voorgestelde artikel 51a, eerste lid, Sr, hierna in par. 9). De staat is voor de toepassing van het strafrecht een te abstracte entiteit. Bovendien is er na de door de commissie voorgestelde opsplitsing geen behoefte meer aan de staat als vervolgbare rechtspersoon, nu er altijd een organisatorische eenheid kan worden aangewezen die voor vervolging in aanmerking komt.

De opsplitsing van de staat leidt tot betere aanknopingspunten voor de vervolging. Daarnaast heeft zij als voordeel dat het strafbaar feit en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid daarvoor naar hun werkelijke proporties worden teruggebracht. Door vervolging van bijvoorbeeld uitvoeringsorgaan Z in plaats van de staat wordt duidelijk gemaakt dat strafrechtelijk gezien niet het hele overheidsapparaat of de regering of betrokken minister is tekortgeschoten, maar de betrokken eenheid. Opsplitsing van de staat komt aldus de in 5.1 bepleite

helderheid in de begrippen ten goede en is bevorderlijk voor een zakelijke benadering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden, los van de politieke of bestuurlijke verantwoordelijkheid.

## 6.2 Decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen

De vraag rijst of de voorgestelde opsplitsing van de rechtspersoon de staat, moet worden doorgetrokken naar andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder de decentrale. Hoewel de decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen veel kleiner zijn dan de staat en doorgaans dichter op de concrete, strafbare gedraging staan, zou ook bij in het verband van bijvoorbeeld grote gemeenten gepleegde strafbare feiten opsplitsing van de gemeente zinvol kunnen zijn. Vervolging van het gemeentelijk vervoerbedrijf of de dienst afvalverwerking, bijvoorbeeld, is niet ondenkbaar. Hoe dit ook zij, vooralsnog zou de opsplitsing van publiekrechtelijke rechtspersonen naar de mening van de commissie beperkt kunnen blijven tot de staat. De commissie heeft geen reden om aan te nemen dat bijvoorbeeld de rechtspersoonlijkheid van de provincie en de gemeente niet een adequaat aanknopingspunt vormt voor de vervolging wegens een strafbaar feit gepleegd in het verband van de provinciale of gemeentelijke overheid.

## 6.3 Enkele bijzondere onderdelen van de staat

De door de commissie voorgestelde opsplitsing van de staat roept de vraag op naar de positie van enkele onderdelen met een bijzondere positie in het Nederlandse staatsbestel. De commissie denkt daarbij in het bijzonder aan de hoge colleges van staat, zoals de beide Kamers der Staten-Generaal, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman, en aan de rechterlijke macht. Is het mogelijk en wenselijk dat ook zij strafrechtelijk kunnen worden vervolgd? De commissie beantwoordt deze vraag in beginsel bevestigend. In 5.2 heeft de commissie als haar uitgangspunt te kennen gegeven dat de eis van legitimiteit zich verzet tegen een volledige uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Voor een categorische uitzondering voor de staat is naar het oordeel van de commissie geen plaats, met dien verstande dat de commissie bepleit de staat voor de toepassing van het strafrecht op te splitsen in zelfstandige onderdelen, waarna de staat als zodanig van vervolging kan worden uitgesloten. De consequentie van dit standpunt is dat iedere organisatorische eenheid van de staat die zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, in beginsel vervolgbaar moet zijn. *Principiële* gronden die een uitzondering op deze regel rechtvaardigen, ziet de commissie niet; eventueel wel gronden van meer praktische aard (de commissie komt hier dadelijk op terug). Ook de staatsrechtelijk gewaarborgde onafhankelijkheid van deze instanties of de 'hoogheid' ervan, vermogen naar de mening van de commissie geen uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Dergelijke overwegingen zouden wel reden kunnen zijn voor het instellen van een bijzondere procedure voor de vervolging van deze staatsonderdelen. Hierop komt de commissie in paragraaf 8 terug.

Het bovenstaande geldt naar de mening van de commissie onverkort voor de hoge colleges van staat (behoudens de Raad van State, waarover dadelijk meer). Het is op zichzelf niet ondenkbaar dat deze instanties, als organisaties, een strafbaar feit plegen, waarbij vooral kan worden gedacht aan strafbare feiten in de sfeer van de arbeidsomstandigheden en het milieu. Vervolging daarvoor dient in beginsel mogelijk te zijn (even daargelaten de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van staatsonderdelen, waarover de commissie in par. 7 te spreken komt). De commissie heeft ook aandacht geschonken aan de ministerraad en de regering (c.q. Kroon). Zij meent dat dit geen organisatorische

eenheden van de staat in de door de commissie bedoelde zin zijn. Het zijn immers uitsluitend besluitvormende organen, die niet door feitelijk handelen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. Vervolging van bijvoorbeeld de ministerraad is dus uitgesloten.

Voor één categorie staatsonderdelen wil de commissie een uitzondering maken, namelijk voor het openbaar ministerie en de gerechten. Hoewel er ook hier geen principiële redenen zijn waarom bijvoorbeeld een rechtbank als organisatorische eenheid niet vervolgd zou mogen worden voor het plegen van een milieudelict, zijn er redenen van meer praktische aard die vervolging naar de mening van de commissie onwenselijk maken. Voor de vervolging van onderdelen van de rechterlijke macht zouden namelijk bijzondere procedures in het leven moeten worden geroepen, zoals een bijzondere aanklager voor het geval het openbaar ministerie zelf verdachte zou zijn en bijzondere competentieregelingen voor de 'onderlinge' berechting van gerechten. De commissie betwijfelt of de voorzieningen die hiervoor zouden moeten worden getroffen, in verhouding staan tot het probleem. Dergelijke procedurele afwijkingen van de normale regels zouden bovendien de eenvoud en helderheid van de wetgeving op het stuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen niet ten goede komen. Alles afwegende meent zij dat het openbaar ministerie en de gerechten van strafrechtelijke aansprakelijkheid zouden moeten worden uitgezonderd. Dit moet naar de mening van de commissie ook gelden voor de Raad van State. Hoewel deze zich niet uitsluitend met rechtspraak bezighoudt, is het niet mogelijk de Afdeling bestuursrechtspraak als een zelfstandige, organisatorische eenheid (in de door de commissie bedoelde zin) te zien, los van de Raad van State als geheel. De Raad van State zou dan ook moeten delen in de uitzondering op strafrechtelijke aansprakelijkheid die de commissie voorstelt ten aanzien van het OM en de gerechten.

## **7. Reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder de staat**

### **7.1 Aansprakelijkheid voor ordeningsdelicten**

De vraag rijst of de door de commissie bepleite onderwerping van organisatorische eenheden van de staat aan het strafrecht zich dient uit te strekken over de volle breedte van de strafwetgeving of alleen moet gelden voor bepaalde onderdelen daarvan of bepaalde strafbare feiten. In het tweede Pikmeer-arrest heeft de Hoge Raad, voor wat betreft decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen, geen beperking tot bepaalde terreinen aangebracht. Wel heeft hij een 'taakcriterium' geformuleerd, dat bepaalde exclusieve overheidsactiviteiten van aansprakelijkheid uitzondert. De commissie komt hierna in 7.4 op dit taakcriterium terug. Waar het gaat om de vraag naar de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, komt het aan op een zorgvuldige weging van de argumenten voor en tegen en van de voor- en nadelen van een meer of minder ver gaande aansprakelijkheid, waarbij behalve de eis van legitimiteit ook de eis van effectiviteit een belangrijke rol speelt (zie 5.2). Deze afweging brengt de commissie tot de conclusie dat het wenselijk is strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat<sup>7</sup> te vestigen op het terrein van het ordeningsrecht, zoals dat grotendeels gesanctioneerd wordt in de Wet economische delicten. Daarbuiten, in het bijzonder op het terrein van de

---

<sup>7</sup> Waar hier - gemakshalve - wordt gesproken van 'de staat', wordt daarmee bedoeld de in de voorstelling van de commissie vervolgbare organisatorische eenheden van de staat. De rechtspersoon als zodanig is volgens het voorstel van de commissie van strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten.

commune delicten, wegen de bezwaren van aansprakelijkheid zwaarder dan de voordelen. De commissie merkt hier reeds op dat het haar wenselijk voorkomt om deze afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat door te trekken naar alle andere publiekrechtelijke rechtspersonen. Het betoog in deze paragraaf is dan ook niet beperkt tot de rechtspersoon de staat (en zijn organisatorische eenheden) maar betreft alle publiekrechtelijke rechtspersonen, zij het dat de commissie op de positie van de andere publiekrechtelijke rechtspersonen in 7.3 nog nader zal ingaan.

Bij het voorstel van de commissie heeft zwaar gewogen dat de behoefte aan de mogelijkheid van strafrechtelijk optreden tegen publiekrechtelijke rechtspersonen zich in de praktijk hoofdzakelijk op het terrein van het ordeningsrecht doet gevoelen. Uit een door het openbaar ministerie aan de commissie verstrekt overzicht van strafzaken tegen (decentrale) publiekrechtelijke rechtspersonen die zich hebben afgespeeld sinds het tweede Pikmeer-arrest, blijkt dat uitsluitend is opgetreden wegens ordeningsdelicten. Voor zover de commissie kan nagaan komen op dat overzicht commune delicten niet voor. Uiteraard hoeft dit niet te betekenen dat in het verband van publiekrechtelijke rechtspersonen geen commune delicten worden begaan. Voor zover dat het geval is, is de commissie van oordeel dat de vervolging zich, gelet op de aard van die delicten, dient te richten op de verantwoordelijke individuele functionarissen (de commissie komt in 7.2 nog hierop terug). Waarschijnlijk is evenwel dat strafbare gedragingen van publiekrechtelijke rechtspersonen hoofdzakelijk gelegen zullen zijn op het terrein van het milieu, de arbeidsomstandigheden en de ruimtelijke ordening. Uit praktisch oogpunt is strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen dan ook op die terreinen bij uitstek gewenst.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ordeningsdelicten ligt voorts in de rede omdat de in het ordeningsrecht vervatte normen zich wat de overheid betreft doorgaans primair tot de rechtspersoon of de organisatorische eenheid richten en niet zozeer tot de daarin werkzame natuurlijke personen. Waar het gaat om bijvoorbeeld milieu- of veiligheidsvoorschriften is primair de rechtspersoon verantwoordelijk te achten, die door interne voorschriften, organisatorische voorzieningen en beleid de naleving van die voorschriften dient te waarborgen. Dit is anders bij commune delicten, zoals dood door schuld, mishandeling of diefstal, die primair aan individuen moeten worden toegerekend. Verder zijn de normen van het ordeningsrecht doorgaans vrij duidelijk en scherp en is overtreding ervan veelal betrekkelijk eenvoudig vast te stellen. Ook echter als het bewijs in technische zin lastig is (bijvoorbeeld bij bepaalde milieudelicten), is uiteindelijk de vraag of de regel is overtreden doorgaans ondubbelzinnig te beantwoorden. Deze duidelijkheid, zowel van de norm zelf als van de vaststelling van de overtreding ervan, betekent wat overtredingen door publiekrechtelijke rechtspersonen betreft dat de strafrechter zich niet behoeft te begeven in vragen van bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheid. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid enerzijds en bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheid anderzijds blijven aldus duidelijk van elkaar onderscheiden, hetgeen naar het oordeel van de commissie wenselijk is (zie ook 5.1). Zou de aansprakelijkheid van de overheid worden uitgebreid tot commune delicten, dan zou daarentegen het risico van verwarring van de genoemde verantwoordelijkheden groot zijn. De vaststelling of de rechtspersoon - en niet een natuurlijke persoon - strafrechtelijk aansprakelijk is te achten voor bijvoorbeeld diefstal of dood door schuld, vergt immers een beoordeling van de in de betrokken situatie aan de rechtspersoon te stellen zorgvuldigheidseisen. Deze beoordeling zal doorgaans niet eenvoudig zijn en al snel het terrein van de bestuurlijke verantwoordelijkheid betreden.

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in Engeland sinds lang strafrechtelijke aansprakelijkheid van (decentrale) overheden bestaat wegens

ordeningsdelicten (*statutory offences*). Weliswaar is er zowel in de literatuur als binnen de regering discussie over de vraag of deze aansprakelijkheid moet worden uitgebreid tot bepaalde commune delicten (in het bijzonder *corporate manslaughter*), maar deze kwestie lijkt nog verre van beslecht. De Deense wet gaat uit van een aansprakelijkheid van overheden uitsluitend voor specifiek bij wet aangewezen delicten. Tot voor kort betrof dit alleen ordeningsdelicten, maar sinds 2000 is ook strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd voor de delicten uit het algemene wetboek van Denemarken. In Duitsland bestaat in het 'echte' strafrecht geen aansprakelijkheid voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit land kent echter wel de mogelijkheid van bestuurlijke beboeting van overheden en dit betreft ordeningsdelicten (*Ordnungswidrigkeiten*).

Wat de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ordeningsdelicten betreft, merkt de commissie tot slot nog het volgende op. De commissie heeft de indruk dat het gros van de in aanmerking komende delicten wordt gedekt door de Wet economische delicten. De wetgever lijkt er tegenwoordig meer en meer toe over te gaan de ordeningsdelicten daarin onder te brengen. Niettemin zou nog moeten worden nagegaan of in bijzondere wetten buiten de WED strafbare feiten zijn opgenomen waartoe de aansprakelijkheid van de overheid zich zou moeten uitstrekken.<sup>8</sup> Verder is de vraag wat moet worden gedaan met de strafbare feiten die in verordeningen van gemeenten en provincies e.d. zijn opgenomen. Naar hun aard kunnen deze feiten onderling nogal verschillen. Gelet op de doorgaans geringe ernst ervan meent de commissie dat er weinig bezwaar tegen is om deze feiten categorisch onder de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen te brengen.

## 7.2 Geen aansprakelijkheid voor commune delicten

De commissie meent derhalve dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen niet moet worden uitgebreid tot commune delicten. De commissie realiseert zich dat deze kwestie direct raakt aan de maatschappelijke discussie over de rol en de verantwoordelijkheid van de overheid bij rampen zoals die zich hebben voltrokken in Enschede en Volendam. In het bijzonder rijst de vraag of aan betrokken publiekrechtelijke organisaties in strafrechtelijke zin schuld aan de dood van de slachtoffers kan worden verweten (dood door schuld, artikel 307 Sr) en of die rechtspersonen daarvoor (moeten) kunnen worden vervolgd. Afgezien van de bewijs- en causaliteitsproblemen die hier opdoemen, meent de commissie dat vervolging van overheden voor dit soort delicten niet wenselijk is. 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.), dient individuele aansprakelijkheid voorop 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. Vanwege deze belangrijke rol van het schuldbestanddeel lijkt het bovendien ook uit een oogpunt van effectiviteit (preventie, vergelding) beter om de strafvervolging te richten op individuen. Verder wijst de commissie nog eens op het gevaar van verwarring van strafrechtelijke en bestuurlijke verantwoordelijkheid, wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen voor bijvoorbeeld dood door schuld worden vervolgd. Rampen zoals in Enschede en Volendam dienen bestuurlijke gevolgen te hebben, zowel retrospectief, met

---

<sup>8</sup> De commissie denkt bijvoorbeeld aan de Wet op de Ruimtelijke Ordening, die nog eigen strafbaarstellingen kent. Verder zou nog naar de fiscale en sociale-zekerheidswetgeving kunnen worden gekeken.

betrekking tot wat er is gebeurd, als preventief, met het oog op de toekomst. Hiervoor bestaan voldoende bestuurlijke en politieke (controle)mechanismen.<sup>9</sup> Het strafrecht kan hier weinig aan toevoegen. Integendeel, het vervolgen van publiekrechtelijke rechtspersonen voor de bedoelde commune delicten bergt naar de mening van de commissie het grote risico in zich dat de aandacht van de bestuurlijke en politieke controlemechanismen verschuift naar het strafrecht en dat een maatschappelijke en politieke druk op het strafrecht en zijn organen komt te liggen die niet in verhouding staat tot wat zij vermogen. Dit staat ook op gespannen voet met de ultimum-remediumgedachte van het strafrecht.

De vraag is of het belang van de slachtoffers niet een zwaarwegend argument is om aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor commune delicten te openen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid kan immers leiden tot een vorm van genoegdoening voor de slachtoffers (eventueel gevolgd door een civielrechtelijk verhaal van de schade). Slachtoffers van bestuurlijke deviantie wordt aldus recht gedaan door een strafrechtelijke veroordeling. Dit levert een bijdrage aan de instandhouding van de legitimiteit van het overheidsoptreden en van het rechtsstelsel. De commissie meent echter dat dit argument niet opweegt tegen bovengenoemde bezwaren. Ten eerste wijst zij nog eens op de moeilijkheden om publiekrechtelijke rechtspersonen voor commune delicten aansprakelijk te stellen en de enorme teleurstelling die slachtoffers zullen ondervinden als een vervolging stukloopt. Verder is twijfelachtig of op adequate wijze voldaan zou kunnen worden aan de strafbehoefte van slachtoffers en van de gemeenschap als geheel. Zeker waar sprake is van lichamelijk letsel of dodelijke slachtoffers, zal geen geldboete hoog genoeg zijn, maar een hoge geldboete opgelegd aan de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon is uiteindelijk ten nadele van de gemeenschap. Tot slot zij opgemerkt dat een strafrechtelijke veroordeling van een publiekrechtelijke rechtspersoon geenszins een garantie is voor een succesvol civielrechtelijk verhaal van de schade, nu zo'n veroordeling nog niets behoeft te zeggen over de omvang van de schade en de toerekenbaarheid daarvan (nog daargelaten of vergoeding van de schade een primair doel van de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen zou mogen zijn).

### 7.3 Andere publiekrechtelijke rechtspersonen dan de staat

De commissie stelt voor om de afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid tot de orderingsdelicten voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen te laten gelden, niet alleen voor de organisatorische eenheden van de staat. Doorslaggevend is het argument dat zich in de praktijk hoofdzakelijk op het terrein van het orderingsrecht een behoefte doet gevoelen. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor commune delicten acht de commissie nodig noch wenselijk. Zoals gezegd is een belangrijk bezwaar tegen een ongeclausuleerde strafrechtelijke aansprakelijkheid, die zich ook uitstrekt tot de commune delicten, dat het risico bestaat dat de strafrechtelijke en de bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheid op ongewenste wijze worden vermengd. Op overheidshandelen dat als commuun delict zou kunnen worden gekwalificeerd, dient door middel van bestuurlijke en politieke controlemechanismen te worden gereageerd; eventueel

---

<sup>9</sup> Dit is de reden dat op dit punt een onderscheid kan worden gemaakt met privaatrechtelijke rechtspersonen, waarvan de strafrechtelijke aansprakelijkheid ongeclausuleerd is en zich ook uitstrekt tot commune delicten. Ten aanzien van deze rechtspersonen bestaan geen externe controlemechanismen vergelijkbaar met de politieke en bestuurlijke controlemechanismen ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen. Tegelijk is er bij privaatrechtelijke rechtspersonen geen risico van vermenging van strafrechtelijke en bestuurlijke verantwoordelijkheden. Een en ander laat onverlet dat vervolging van privaatrechtelijke rechtspersonen voor commune delicten in de praktijk nauwelijks voorkomt vermoedelijk vanwege problemen met het bewijs en met de constructie van de verwijtbaarheid.

strafrechtelijk optreden dient gericht te zijn op de verantwoordelijke individuele functionarissen. Hierbij zij aangetekend dat dit risico van vermenging van verantwoordelijkheden niet bij elk type publiekrechtelijke rechtspersoon even groot is. Het is zeker aanwezig bij die onderdelen van de staat die onder de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee onder de controle van het parlement vallen, en bij de provincies en gemeenten, alwaar politieke verantwoordelijkheid en democratische controle evenzeer een centrale plaats innemen. Bij andere publiekrechtelijke rechtspersonen daarentegen, zoals bepaalde zbo's die niet of slechts in beperkte mate onder de verantwoordelijkheid van een minister vallen, is het politiek-democratische element minder nadrukkelijk aanwezig en is het risico van vermenging van strafrechtelijke en bestuurlijke verantwoordelijkheid navenant minder groot. Toch stelt de commissie voor om geen onderscheid te maken en voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen de strafrechtelijke aansprakelijkheid te beperken tot de ordeningsdelicten. De diversiteit onder de publiekrechtelijke rechtspersonen is namelijk zo groot dat het naar de mening van de commissie nauwelijks doenlijk is wat dit betreft te differentiëren.

De commissie stelt dus een aansprakelijkheidsregeling voor die geldt voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen. Hiermee wijkt ze af van de lijn van de Hoge Raad, die in het Pikmeer II-arrest de immuniteit beperkt tot openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet. Hieronder vallen, behalve provincies en gemeenten, ook waterschappen en andere, bij of krachtens de wet in te stellen openbare lichamen. Bepaalde zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid vallen hier bijvoorbeeld echter niet onder. In de literatuur zijn - naar de mening van de commissie terecht - vraagtekens gesteld bij deze afbakening en bij de ratio met het oog op eventuele immuniteit van de overheid voor strafvervolging.

#### 7.4 Het taakcriterium

In het Pikmeer-II-arrest heeft de Hoge Raad een 'taakcriterium' geformuleerd, aan de hand waarvan bepaalde exclusieve overheidsactiviteiten van aansprakelijkheid worden uitgezonderd. Vervolging van een openbaar lichaam (als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet) is uitgesloten 'als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen' (overweging 5.7). De vraag is of er nog ruimte is voor dit criterium, eventueel naast de door de commissie voorgestelde afbakening van aansprakelijkheid tot het ordeningsrecht. De commissie meent van niet.

Een bezwaar tegen het taakcriterium van de Hoge Raad is dat het ruimte laat voor uiteenlopende interpretaties, zoals blijkt uit de discussie in de literatuur en de rechtspraak. Volgens sommigen laat dit criterium slechts een minimale immuniteit voor decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen in stand, anderen menen dat het nog steeds een flink deel van overheidsactiviteit van strafrechtelijke aansprakelijkheid uitzondert, in het bijzonder het terrein van de handhaving (vergunningverlening, toezicht, gedogen). Bij deze stand van zaken kan de toepassing van het taakcriterium in de praktijk tot veel discussie leiden. Het blijkt dat vooral sepotbeslissingen op basis van dit criterium in maatschappelijk gevoelige zaken gemakkelijk tot wrevel en twijfel aan de objectiviteit en onpartijdigheid van het openbaar ministerie aanleiding kunnen geven. Het door de commissie voorgestelde criterium daarentegen is duidelijker en biedt meer houvast aan het openbaar ministerie, omdat het aan de wetgever opdraagt om de (ordenings)delicten aan te wijzen waarvoor publiekrechtelijke



rechtspersonen aansprakelijk kunnen zijn. Aan een aanvullend criterium - in de vorm van het taakcriterium of een variant daarop - bestaat naar de mening van de commissie geen behoefte.

Ook principieel gezien is kritiek mogelijk op het taakcriterium, met name op het daaraan ten grondslag liggende gelijkheidsargument. Dit argument houdt in dat de overheid alleen op gelijke voet strafrechtelijk aansprakelijk is met burgers en private organisaties voor zover het een handeling betreft die eenieder - overheid of burger - kan verrichten. Voor zover het betreft exclusieve overheidsactiviteiten behoort de overheid in deze redenering strafrechtelijk immuun te zijn. De commissie acht dit onderscheid in typen overheidshandelingen niet overtuigend. Zij meent veeleer dat eisen van legitimiteit en legaliteit meebrengen dat alle overheidsactiviteiten, ook de 'typische', exclusieve, onder het strafrecht worden gebracht. Niet valt in te zien waarom die exclusieve overheidsactiviteiten reeds bij de voordeur van de strafrechter zouden moeten stranden en tot een niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie zouden moeten leiden.

Met de verwerping van het taakcriterium is geenszins gezegd dat de omstandigheid dat een bepaalde (mogelijk strafbare) gedraging van een publiekrechtelijke rechtspersoon strekte ter uitvoering van een (exclusieve) overheidstaak en ter bevordering van het algemeen belang, voor de strafrechtelijke beoordeling van die gedraging irrelevant is. Een dergelijk verband met een overheidstaak of het algemeen belang zou aan het door de overheid gepleegde strafbare feit het onrechtmatige karakter kunnen ontnemen. Aan de strafrechter kan worden overgelaten om in het kader van de vraag naar een eventuele rechtvaardigingsgrond te beoordelen of het betrokken overheidsoptreden rechtmatig was. Naar de mening van de commissie laten de bestaande rechtvaardigingsgronden (noodtoestand, ontbreken van materiële wederrechtelijkheid) en de daaromtrent gevormde dogmatiek en rechtspraak voldoende ruimte voor de ontwikkeling van specifiek op overheidsgedragingen toegesneden toetsingscriteria. De Hoge Raad doelde hier reeds op in het tweede Pikmeer-arrest (overweging 5.7 en 5.8). Daarbij behoeft er niet voor te worden gevreesd dat de strafrechter op de stoel van het bestuur gaat zitten. Van hem mag worden verwacht dat hij de aan het bestuur toekomende beoordelings- en beleidsvrijheid respecteert.

Wat eventuele nadere criteria voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, geeft de rechtsvergelijking een wisselend beeld te zien: Frankrijk en Denemarken kennen een taakcriterium, Engeland en Noorwegen maken echter geen onderscheid tussen (exclusieve) overheidsactiviteiten en normaal privaat optreden.

## **8. Bijzondere voorzieningen voor strafvervolging**

### **8.1 De noodzaak van een bijzondere voorziening; politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing**

De commissie is ook verzocht een oordeel te geven over de vraag of van een regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat deel zou moeten uitmaken een speciale procedure waarin de procureur-generaal bij de Hoge Raad een belangrijke plaats zou innemen. Voor het treffen van bijzondere voorzieningen voor de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen verschillende redenen bestaan. In 6.3 is reeds besproken de vraag of de specifieke positie van bepaalde onderdelen van de staat in ons staatsbestel, zoals de hoge colleges van staat, bijzondere voorzieningen vergt. Bij de door de commissie voorgestelde afbakening van de aansprakelijkheid van

publiekrechtelijke rechtspersonen tot orderingsdelicten ziet de commissie hiervoor echter onvoldoende aanleiding. Overtredingen in de milieu- of arbofeer zullen doorgaans ver afstaan van de officiële taakuitoefening van deze instanties. De betrokken instantie staat dan ook niet terecht in haar officiële hoedanigheid van lichaam met openbaar gezag bekleed, maar als organisatorische eenheid, die over eigen personele en materiële middelen beschikt en in het maatschappelijk verkeer in feitelijke zin handelt (contracten sluit, contacten met bedrijven en andere overheden onderhoudt, e.d.).

Een andere reden voor het treffen van bijzondere voorzieningen kan zijn gelegen in de positie van de Minister van Justitie. Deze kan immers in een lastige positie komen te verkeren, aangezien hij enerzijds politiek verantwoordelijk is voor het orgaan dat (zonder bijzondere voorzieningen) belast zou worden met de vervolging van de staat (of zijn onderdelen) en anderzijds in één kabinet zit met de ministers die mogelijk verantwoordelijkheid dragen voor het verdachte c.q. vervolgte staatsonderdeel. Door deze 'spagaat' van de Minister van Justitie zou de eenheid van de regering en van het regeringsbeleid in gevaar kunnen komen, een van de redenen waarom het kabinet strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat volledig wil uitsluiten. Zoals in 5.3 aangegeven spreekt dit argument van de eenheid van het regeringsbeleid de commissie niet erg aan, met name niet waar het gaat om strafbare feiten gepleegd in de uitvoeringsfeer, ver verwijderd van de politieke of ambtelijke leiding van een departement. Een groter probleem acht de commissie de politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing, en vooral de schijn van politieke beïnvloeding, waarvan sprake kan zijn als een lid van het kabinet (de Minister van Justitie) politieke controle uitoefent over het orgaan dat is belast met de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit probleem rechtvaardigt mogelijk een bijzondere voorziening voor de vervolging.

Op grond van artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) is de Minister van Justitie bevoegd om 'algemene en bijzondere aanwijzingen (te) geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie.' Deze sinds de reorganisatie van het openbaar ministerie in de wet vervatte bepaling (zie de wet van 19 april 1999, Stb. 194), die de opvolger is van het oude artikel 5 Wet RO, is uitdrukking van de volledige politieke verantwoordelijkheid die de Minister van Justitie draagt voor het handelen van het OM, óók in individuele strafzaken. De uitoefening van deze aanwijzingsbevoegdheid is wel van een aantal procedurele randvoorwaarden en waarborgen voorzien (artikel 128 Wet RO, o.a.: een ministeriële aanwijzing tot vervolging moet bij de processtukken worden gevoegd, een aanwijzing tot niet-vervolging wordt aan de beide Kamers meegedeeld). Bovendien lijkt het communis opinio dat, niettegenstaande de volledige politieke verantwoordelijkheid van de Minister voor het handelen van het openbaar ministerie, de politieke bemoeienis met individuele zaken beperkt dient te blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen.<sup>10</sup> Toch is het naar de mening van de commissie aannemelijk dat juist bij strafbare feiten gepleegd door publiekrechtelijke rechtspersonen dit uitgangspunt onder druk kan komen te staan.

Niet geheel kan worden uitgesloten dat een Minister van Justitie zijn bevoegdheid met betrekking tot het OM gebruikt hetzij om hem onwelgevallige vervolgingen van publiekrechtelijke rechtspersonen te voorkomen, hetzij uit politieke overwegingen een bepaald onderdeel van de overheid voor de strafrechter te brengen. Hij kan dit doen op eigen initiatief om hem moverende redenen. Waarschijnlijker is misschien dat door derden druk wordt uitgeoefend op de Minister van Justitie om gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot het OM in zaken betreffende overheden. Deze druk kan

---

<sup>10</sup> De Minister van Justitie heeft dit onlangs nog weer eens benadrukt in verband met de problematiek van de 'hoge en gevoelige transacties'. zie de brief van 10 december 2001 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2001/2002, 28 093, nr. 20, p. 2.

afkomstig zijn van collega-ministers, die bijvoorbeeld verantwoordelijk zijn voor het verdachte overheidsonderdeel en strafvervolging daarvan willen voorkomen. Denkbaar is ook dat vanuit de media of vanuit het parlement druk wordt uitgeoefend op de Minister van Justitie om strafvervolging van de overheid in een bepaalde zaak te bevorderen. Hierbij behoeft geenszins sprake te zijn van kwade trouw aan de kant van de genoemde personen en instanties. Druk op de Minister kan ook een indirecte vorm aannemen, die het gevolg is van het feit dat de zaak veel aandacht in de politiek en de media krijgt en van het feit dat de Minister van Justitie er van verschillende kanten op wordt aangesproken. Hoe legitiem deze aandacht ook kan zijn, niet moet worden uitgesloten dat een en ander onder omstandigheden uitmondt in een al te ver gaande bemoeienis, die een onpartijdige beslissing over de vervolging bemoeilijkt.

De Minister van Justitie kan dus tussen verschillende vuren komen te liggen. Behoeft deze ongemakkelijke positie in haar algemeenheid nog niet onoverkomelijk te zijn, naar de mening van de commissie ligt hier een risico voor het aanzien en het gezag van de overheid op de loer. Waar politieke controle bestaat op het handelen van de vervolgende instantie ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen, kan in ieder geval licht de schijn van partijdigheid ontstaan. Dit risico rechtvaardigt naar de mening van de commissie het treffen van een bijzondere voorziening. Hierbij kan nog wel worden aangetekend dat het door de commissie gesignaleerde risico wellicht niet erg groot is wanneer, zoals zij voorstelt, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersonen zich alleen uitstrekt tot het ordeningsrecht. Ordeningsdelicten zullen mogelijk minder snel aanleiding geven tot politieke bemoeienis. Wat hiervan zij, de commissie meent dat zeker wanneer de strafrechtelijke aansprakelijkheid tot buiten het terrein van het ordeningsrecht zou worden uitgebreid, het risico van (de schijn van) politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing reëel is en een bijzondere voorziening voor de strafvervolging op haar plaats is.

## 8.2 De te treffen voorziening

In de discussie over de noodzaak of wenselijkheid van een bijzondere procedure of voorziening voor de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt vaak verwezen naar de speciale procedure die bestaat voor de vervolging wegens ambtsmisdrijven van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen. Ingevolge artikel 119 van de Grondwet staan deze functionarissen terecht voor de Hoge Raad en wordt de opdracht tot vervolging gegeven bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer. Voor de 'Hoofden der Ministeriële Departementen' is deze procedure uitgewerkt in de Wet van 22 april 1855, houdende regeling der verantwoordelijkheid van de Hoofden der Ministeriële Departementen, Stb. 33. Volgens deze wet is het de procureur-generaal bij de Hoge Raad die, na een daartoe strekkend koninklijk besluit of besluit van de Tweede Kamer, is belast met de vervolging van de betrokken persoon. Het 'gewone' openbaar ministerie - tegenwoordig, onder de gewijzigde Wet RO, maakt de PG bij de Hoge Raad zelfs geen deel meer uit van 'het openbaar ministerie' - speelt in deze procedure geen rol, noch derhalve de Minister van Justitie. Artikel 18 lid 1 van de wet van 1855 schrijft verder voor dat de Tweede Kamer, bij de beslissing over de vervolging van een minister, de 'aangeklaagde feiten (toetst) aan het regt, de billijkheid, de zedelijkheid en het staatsbelang.' Hierover wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt.

'De aan art. 18 gegeven inhoud schijnt wenschelijk, ten einde de Kamer, bij haar onderzoek over de aanklagt eens ministers, steeds zich te binnen bringe, dat er

uit een regtskundig oogpunt termen aanwezig kunnen zijn tot vervolging, terwijl nogtans zoodanige vervolging onbillijk, onzedelijk of strijdig met het welbegrepen belang van den Staat zoude zijn. (...) Een regtskundig onderzoek en oordeel zal wel altijd en uit den aard der zaak meer bij de regterlijke magt behooren (...) maar juist omdat het hier steeds gelden zal vragen evenzeer, zoo niet meer, van *staatkundigen* als van regtskundigen aard, was het dat de Grondwet eenen voorafgaanden last tot vervolging van den Koning of de Tweede Kamer voorschrijft.<sup>11</sup>

Hoewel de procedure van de wet van 1855 bepaalde waarborgen biedt voor een onpartijdige (in de zin van: los van de 'particuliere' belangen van diverse onderdelen van de staat) en afgewogen vervolgingsbeslissing in zaken betreffende hoge overheidsfunctionarissen, meent de commissie dat het niet wenselijk is om deze procedure, of een variant daarop, hier over te nemen. Zij ziet geen reden waarom aan strafvervolging onderworpen publiekrechtelijke rechtspersonen een forum privilegiatum zouden moeten krijgen. Zoals hiervoor opgemerkt geldt dit naar de mening van de commissie ook voor de hoge colleges van staat, zeker wanneer de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich alleen uitstrekt tot ordeningsdelicten. Strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen zouden haars inziens juist zoveel mogelijk als gewone strafzaken moeten worden behandeld. Iedere afwijking van de normale strafprocedure zal al snel neerkomen op een verzwaring, met het risico dat een onnodig hoge drempel wordt opgeworpen voor de vervolging. Ook de vervolgingsbeslissing ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen is niet van andere aard dan die in strafzaken tegen particulieren. Weliswaar kunnen daarbij specifieke, aan het functioneren van de overheid gerelateerde belangen een rol spelen - zo men wil: 'staatkundige' belangen -, maar die kunnen naar de mening van de commissie heel wel in de normale opportuniteitsbeoordeling worden meegewogen. Tevens is de commissie van mening dat deze opportuniteitsbeoordeling aan het in de regel daartoe geroepen orgaan, het openbaar ministerie, kan worden overgelaten. Voor een rol voor een politiek orgaan, zoals de regering of het parlement, ziet de commissie geen rol. Integendeel, ter voorkoming van elke schijn van politieke bemoeienis met de vervolging in strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen is zo'n rol zelfs onwenselijk.

De wens om de vervolging en berechting van publiekrechtelijke rechtspersonen zo veel mogelijk volgens dezelfde procedure en door en voor dezelfde strafrechtelijke organen als in 'gewone' strafzaken te laten geschieden brengt mee dat de commissie ook geen rol ziet weggelegd voor de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Hierbij komt dat de PG in de huidige situatie in het geheel niet is toegerust voor deze vervolgingstaak. Anders dan op het terrein van de ambtsmisdrijven van ministers en Kamerleden valt te verwachten dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van met enige regelmaat een zaak zal opleveren. Om deze zaken op behoorlijke wijze te kunnen afdoen zou de PG over een apart, eigen apparaat, moeten kunnen beschikken, met speciaal daartoe aangestelde medewerkers en met eigen bevoegdheden ten aanzien van de opsporing en opsporingsambtenaren. Het loont naar de mening van de commissie niet de moeite een dergelijk apparaat bij het parket bij de Hoge Raad op te zetten, waar het bestaande reguliere vervolgingsapparaat, het openbaar ministerie, in staat moet worden geacht de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen uit te voeren. Gedacht zou nog kunnen worden aan een toezichthoudende rol voor de PG bij de Hoge Raad. Zo'n rol zou een extra garantie kunnen bieden voor een onafhankelijke en onpartijdige vervolgingsbeslissing. De commissie meent echter dat ook om een dergelijke toezichthoudende rol serieus inhoud te kunnen geven de PG over mensen en

---

<sup>11</sup> Memorie van toelichting, Bijblad van de Nederlandsche Staats-Courant 1854-1855, II, p. 58.

middelen zou moeten beschikken, waarvan de kosten naar de inschatting van de commissie hoger zullen zijn dan de baten.

De commissie is dus van mening dat een bijzondere procedure voor de vervolging van overheden geen aanbeveling verdient. Hoe kan dan wel een waarborg worden geschapen ter voorkoming van (de schijn van) politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing? De commissie meent dat die kan worden gevonden in het uitsluiten van de in artikel 127 Wet RO vervatte aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie in concrete, individuele strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit zou betekenen dat de Minister niet meer bevoegd zou zijn om in zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen een aanwijzing te geven inzake de opsporing of vervolging in het concrete geval. In zoverre zou het openbaar ministerie in deze categorie zaken volledig onafhankelijk van de politiek gecontroleerde uitvoerende macht worden. De Minister van Justitie zou geen politieke verantwoordelijkheid dragen voor het optreden van het OM in deze concrete strafzaken en zou dus noch binnen het kabinet noch door het parlement voor dat optreden ter verantwoording kunnen worden geroepen. Hierdoor zou het onmogelijk worden om langs deze lijnen invloed uit te oefenen op de vervolgingsbeslissing, hetgeen elke schijn van onoirbare politieke beïnvloeding uitsluit. Het OM zou voor zijn optreden in concrete strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen alleen verantwoording schuldig zijn aan de rechter, hetzij - bij een beslissing tot vervolging - aan de zittingsrechter, hetzij - bij een beslissing tot niet-vervolging - aan het gerechtshof in het kader van een eventuele klacht van een belanghebbende op de voet van artikel 12 Sv (in dit kader kan de rechter ook de opportuniteit van de sepotbeslissing beoordelen).

De commissie realiseert zich dat de uitsluiting, in een bepaalde categorie van zaken, van de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie een ver gaande, principiële stap zou zijn. Zij zou een afwijking betekenen van het door de wetgever bij de wet van 19 april 1999, Stb. 194 (reorganisatie openbaar ministerie), vooropgestelde uitgangspunt dat de Minister ten opzichte van het parlement volledig verantwoordelijk is voor het optreden van het OM, óók in individuele strafzaken. Niettemin meent de commissie dat om de redenen aangegeven in 8.1 voor de onderhavige beperkte categorie van zaken een uitzondering op dit uitgangspunt gerechtvaardigd is. De commissie wil er hierbij met nadruk op wijzen dat de voorgestelde uitsluiting onverlet zou laten dat de Minister verantwoordelijk blijft voor het door het OM in strafzaken betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen gevoerde *beleid*, los van concrete zaken. Het ligt voor de hand dat in gezamenlijk overleg tussen de Minister en het OM een richtlijn zou worden opgesteld, waarin duidelijke uitgangspunten, criteria en procedures zijn neergelegd voor de opsporing en vervolging in deze zaken.<sup>12</sup> Het ligt verder voor de hand dat deze richtlijn zou worden besproken in en met het parlement, zodat het parlement invloed zou hebben op het door het OM te voeren beleid. Zo'n opsporings- en vervolgingsrichtlijn zou tot slot voor de rechter in concrete strafzaken een belangrijk handvat zijn voor de toetsing van de vervolgingsbeslissing van het OM aan beginselen van behoorlijk bestuur of van een behoorlijke procesorde.

## 9. Voorgestelde wettelijke aanpassingen

De commissie heeft de in het voorgaande gedane voorstellen - tentatief - in een voorstel tot wetwijziging uitgewerkt. Dit voorstel strekt tot vervanging van artikel

---

<sup>12</sup> Vgl. de bestaande Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden, Strct. 1998, 82, die echter nog is geënt op het Pikmeer II-arrest.

51 Sr door twee nieuwe bepalingen en een wijziging van de Wet RO. De voorgestelde bepalingen, tezamen met enkele toelichtende opmerkingen, volgen hier.

#### Artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr)

1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.
2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
  - 1°. tegen die rechtspersoon, dan wel
  - 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
  - 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld:
  - 1°. de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen;
  - 2°. 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.
4. In het geval van het derde lid, onder 2°, worden strafbepalende omstandigheden die de staat betreffen, in aanmerking genomen bij het bepalen van de strafbaarheid van de organisatorische eenheid.

#### *Toelichting:*

*- Het bestaande artikel 51, derde lid, Sr bevat een uitbreiding van het rechtspersoonsbegrip voor de toepassing van artikel 51 Sr, namelijk tot bepaalde private entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid (de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap enz.). In lijn daarmee stelt de commissie voor aan het derde lid een tweede onderdeel toe te voegen dat met de rechtspersoon gelijkstelt de organisatorische eenheden van de staat die zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. Dit betreft dus de door de commissie bepleite 'opsplitsing' van de rechtspersoon de staat. Organisatorische eenheden die een voldoende mate van zelfstandigheid hebben als bedoeld in het derde lid, onderdeel 2, (zie voor de invulling van dit begrip par. 6.1 hiervoor) zijn hiermee verheven tot zelfstandig subject van het strafrecht, dat wil zeggen dat ze - als (fictieve) rechtspersoon - strafbare feiten kunnen begaan zoals bedoeld in artikel 51, eerste lid, en dat ze daarvoor zelfstandig kunnen worden vervolgd. Of ze een strafbaar feit hebben begaan (in de zin van artikel 51, eerste lid, Sr) zal volgens de normale daderschapscriteria moeten worden bepaald.*

*- Het voorgestelde vierde lid is nodig voor het geval een organisatorische eenheid van de staat wordt vervolgd wegens een kwaliteitsdelict. Omdat denkbaar is dat in zo'n geval alleen de rechtspersoon de staat formeel-juridisch over de door de betrokken delictsomschrijving vereiste kwaliteit beschikt (bijv. die van werkgever), moet deze strafbepalende omstandigheid voor een succesvolle vervolging aan de betrokken organisatorische eenheid kunnen worden toegerekend. De terminologie is gedeeltelijk ontleend aan artikel 50 Sr.*

#### Artikel 51a Sr

1. Strafvervolgning van de staat, van tot de rechterlijke macht behorende gerechten, van niet tot de rechterlijke macht behorende gerechten als bedoeld in artikel 112, tweede lid, van de Grondwet, van de Raad van State en van het openbaar ministerie is uitgesloten.

2. Ter zake van feiten begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon, dan wel een organisatorische eenheid van de staat als bedoeld in artikel 51, derde lid, onder 2°, wordt de publiekrechtelijke rechtspersoon onderscheidenlijk de organisatorische eenheid van de staat niet vervolgd dan in de volgende gevallen:
- 1°. in geval van een feit, strafbaar gesteld in de Wet economische delicten;
  - 2°. in geval (enz.).
3. De omstandigheid dat overeenkomstig het eerste of tweede lid strafvervolgning is uitgesloten, staat niet eraan in de weg dat overeenkomstig artikel 51, tweede lid, onder 2°, strafvervolgning wordt ingesteld tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.

*Toelichting:*

- *Artikel 51 Sr betreft de vraag wie naar Nederlands recht strafbare feiten kunnen plegen, anders gezegd: wie als dader kunnen worden aangemerkt (natuurlijke personen en rechtspersonen). Het voorgestelde artikel 51a Sr gaat uitsluitend over de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen. Het regelt met name in welke gevallen een publiekrechtelijke rechtspersoon wel en niet voor een strafbaar feit kan worden vervolgd. Door hiervan een apart artikel te maken worden daderschap (artikel 51) en vervolgbaarheid (artikel 51a) op heldere wijze gescheiden.*
- *Het eerste lid sluit allereerst de vervolging van de staat uit. Aan vervolgbaarheid van de staat als zodanig is geen behoefte meer als de zelfstandige organisatorische eenheden van de staat reeds zelfstandig vervolgbaar zijn. Verder sluit het eerste lid de vervolgbaarheid van de gerechten, het openbaar ministerie en de Raad van State uit, zoals aangegeven vanwege overwegende praktische nadelen.*
- *Het tweede lid bakent het terrein af waarop de commissie strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voorstelt. Dit betreft allereerst de delicten strafbaar gesteld in de Wet economische delicten. De wetgever kan hier desgewenst andere (ordenings)delicten aan toevoegen die in andere wetten voorkomen. Zoals de commissie in haar advies heeft aangegeven kleven naar haar mening aan aansprakelijkheid voor commune delicten overwegende bezwaren.*
- *'Publiekrechtelijke rechtspersoon' als in deze bepaling bedoeld is de rechtspersoon waarvan de interne organisatie en het interne functioneren niet worden bepaald door het privaatrecht maar door het publiekrecht.*
- *Het derde lid bepaalt expliciet dat eventuele immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon niet in de weg staat aan de vervolging van de (natuurlijke) personen die opdracht hebben gegeven tot of feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. De commissie ziet - anders dan de Hoge Raad - niet in waarom de natuurlijke personen achter de rechtspersoon moeten delen in eventuele immuniteit van de rechtspersoon. Het is wenselijk om dit verschil met het bestaande jurisprudentierecht in de wet met zoveel woorden uit te drukken.*

Artikel 127 Wet op de rechterlijke organisatie

1. Onze Minister van Justitie kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie.
2. Onze Minister kan geen aanwijzing inzake de opsporing of vervolging van strafbare feiten geven in een concreet geval betreffende een publiekrechtelijke rechtspersoon, dan wel een organisatorische eenheid van de staat als bedoeld in artikel 51, derde lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht.

*Toelichting:*

- *Voorgesteld wordt om aan artikel 127 Wet RO een bepaling toe te voegen die de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie ten aanzien van het*

*openbaar ministerie uitsluit in concrete gevallen betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen. In zoverre is het OM volledig onafhankelijk en wordt iedere schijn van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing voorkomen. De bevoegdheid om in deze categorie zaken algemene aanwijzingen te geven blijft echter onverlet. Hierbij gaat het om het door het OM te voeren opsporings- en vervolgingsbeleid. De terminologie is ontleend aan artikel 128, eerste lid, Wet RO.*

*- De uitsluiting geldt ten aanzien van alle publiekrechtelijke rechtspersonen (en organisatorische eenheden van de staat als bedoeld in artikel 51, derde lid, onder 2°). Hoewel bij het ene type wellicht grotere risico's van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing bestaan dan bij het andere type, lijkt het op voorhand niet goed mogelijk bij wet een onderscheid te maken.*

De commissie wijst er tot slot op dat, indien haar voorstellen worden overgenomen, tevens aanpassing nodig is van titel VI van het Vierde Boek van het Wetboek van Strafvordering, waarin enkele bijzondere bepalingen voor de vervolging en berechting van rechtspersonen zijn opgenomen. In het bijzonder zou een regeling moeten worden getroffen voor de vertegenwoordiging van publiekrechtelijke rechtspersonen en organisatorische eenheden in rechte en voor de kennisgeving van gerechtelijke mededelingen aan deze entiteiten.







## **Bijlage A**

### **Samenstelling van de commissie**

mr. H.L.J. Roelvink (voorzitter), oud-vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden

prof. mr. M.A.P. Bovens, hoogleraar bestuurskunde aan de Universiteit Utrecht

prof. mr. G. Knigge, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

prof. mr. H.R.B.M. Kummeling, hoogleraar staatsrecht en vergelijkend staatsrecht aan de Universiteit Utrecht



## Bijlage B

David Roef

### Hoofdpijnen van de strafrechtelijke Crown Immunity in Engeland

#### 1. Inleiding

Verschillende Europese rechtsstelsels sluiten (in bepaalde gevallen) een strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden uit. Zo hebben zowel Frankrijk, België als Nederland een strafrechtelijke immuniteit gecreëerd voor overheden.<sup>1</sup> België gaat hierin duidelijk het verst: het in 1999 gewijzigde artikel 5 van het Belgische Strafwetboek sluit zowel decentrale overheden als de staat uit van een strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>2</sup> Frankrijk en Nederland hebben daarentegen gekozen voor een gedifferentieerd systeem. Voor decentrale overheden of openbare lichamen geldt een partiële of geclausuleerde immuniteit: decentrale overheden genieten slechts een strafrechtelijke immuniteit in die gevallen waar een strafbaar feit is gepleegd binnen het kader van een exclusieve wettelijke bestuurszaak. Voor de staat of de centrale overheid geldt in beide landen een absolute of ongeclausuleerde immuniteit, dus ongeacht het kader waarbinnen het strafbaar feit is gepleegd.<sup>3</sup> Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dus dat het bestaan van enigerlei vorm van strafrechtelijke immuniteit voor bepaalde overheden eerder regel dan uitzondering is. Dit is niet anders voor het Engelse rechtsstelsel, zij het dat de immuniteit is beperkt tot de centrale overheid, de Crown. Lagere overheden genieten naar Engels recht geen immuniteit. Opvallend is wel dat het vraagstuk van immuniteit, anders dan in Nederland of België, nauwelijks of geen aandacht krijgt in de Engelse strafrechtelijke literatuur; het is vrijwel uitsluitend in de staatsrechtelijke literatuur dat deze problematiek aan bod komt, en dan nog zeer summier.

In deze bijdrage wordt aan de voornaamste hoofdpijnen van de Crown Immunity aandacht besteed. Daarbij is niet alleen gebruik gemaakt van een literatuuronderzoek, maar ook van enkele vraaggesprekken met ambtenaren van *The Lord Chancellor's Departement*, dat onlangs in samenwerking met *The Legal Secretariat of the Law Officers of the Crown* (LSLO) is begonnen met een onderzoek over de vraag of en hoe de Crown Immunity zou moeten worden opgeheven. Deze vraaggesprekken vonden plaats in november 2001. De opbouw is als volgt. In de eerste plaats komen de belangrijkste uitgangspunten van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen aan bod. Daar overheden als publiekrechtelijke rechtspersonen een bijzondere species vormen van het genus rechtspersoon, is het nodig eerst kort te bespreken voor welke delicten en op welke wijze in Engeland rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld (§ 2). Een bespreking van de algemene voorwaarden van corporatieve aansprakelijkheid is ook van belang omdat in de literatuur vooral voor strict liability delicten uit het orderingsstrafrecht, de zogenaamde *statutory offences*, een opheffing van de Crown Immunity wordt bepleit. In een enkele geval is het *de lege lata* zelfs reeds mogelijk de Crown te

<sup>1</sup> Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht D. Roef, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

<sup>2</sup> D. Roef, o.c., 2001, 140.

<sup>3</sup> Een belangrijk verschil tussen beide landen is evenwel dat Frankrijk, net als België, heeft gekozen voor een in de wet neergelegde immuniteit, terwijl de immuniteit in Nederland het resultaat is van een jurisprudentiële ontwikkeling. D. Roef, o.c., 2001, 222-224.

vervolgen voor een statutory offence. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de beginselen van de Crown Immunity (§ 3). Daarna komen de belangrijkste argumenten voor een Crown Immunity aan bod (§ 4). Deze bijdrage eindigt met enkele slotbeschouwingen over mogelijke oplossingen die thans op het niveau van *The Lord Chancellor's Department* en *The Legal Secretariat of the Law Officers of the Crown* worden besproken (§ 5).

## 2. Uitgangspunten van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen

Voor een juiste situering van de Crown Immunity is het nodig eerst kort in te gaan op de (in Engeland) geldende regels over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Daarbij gaat het voornamelijk om regels die in de rechtspraak zijn ontwikkeld (case law). Deze regels zijn niet bij alle delicten gelijk. De regels van corporatieve aansprakelijkheid zijn afhankelijk van de vraag of het gaat om delicten met een *strict liability* (A) of om delicten die een *mens rea* of een moreel element voorschrijven (B). De regels van corporatief daderschap staan de laatste jaren trouwens sterk ter discussie. Enkele vrijspraken, zoals in de zaak van de in 1987 gekapseisde veerboot *Herald of Free Enterprise*, hebben duidelijk gemaakt dat de vervolging van complexe rechtspersonen voor delicten als dood door schuld problematisch is. Zowel in de literatuur als op legislatief niveau zijn er daarom enkele voorstellen tot herziening van het corporatieve daderschap, zoals het regeringsvoorstel tot invoering van corporate killing. De vraag rijst dan of dergelijke voorstellen ook van toepassing zijn op centrale overheidsinstanties (government agencies) (C).

### A. Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij delicten met een strict liability

Hoewel de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in de Engelse rechtspraak reeds lange tijd deel uitmaakt van het klassieke strafrecht (common law), is het in de eerste plaats in het ordeningsrecht, dat betrekking heeft op de sociale, fiscale, economische en ecologische domeinen van het maatschappelijk leven, dat de rechtspersoon strafbare feiten pleegt. Het is dan ook voor de strafrechtelijke handhaving van het ordeningsrecht dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in de praktijk de meeste betekenis heeft. Dit impliceert dat de strafbaarheid van de rechtspersoon niet zozeer wordt gemotiveerd door beginselen die aan het klassieke common law strafrecht ten grondslag liggen als wel door de bijzondere instrumentele eisen van het moderne ordeningsstrafrecht, waarbij het primair gaat om de handhaving van ordeningsdelicten die in talrijke wetten (statutes) uit de sociaal-economische sfeer zijn neergelegd, de zogenaamde *statutory or regulatory offences*. Deze statutory offences worden om reden van doelmatigheid meestal gekenmerkt door een strict liability, een vorm van aansprakelijkheid die neigt naar een risico-aansprakelijkheid.<sup>4</sup> Bij dit soort delicten, zoals het handelen zonder vergunning of in strijd met administratieve voorschriften, zijn nauwelijks eisen gesteld op het niveau van het schuldvereiste. Zo hebben statutory offences in de regel geen moreel element (*mens rea*) in hun delictsomschrijving en moet er derhalve ook geen schuldvorm worden bewezen: het bewijs van de materiële gedraging (*actus reus*) volstaat meestal voor een veroordeling. De strafrechtelijke

---

<sup>4</sup> J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, London, Butterworths, 1992, 99-100: "Crimes which do not require intention, recklessness or even negligence as to one or more elements in the actus reus are known as offences of strict liability or, sometimes, "of absolute prohibition" [...] The fact is that an offence is regarded - and properly regarded - as one of strict liability if no mens rea need be proved as to a single element in the actus reus [...] Crimes of strict liability are almost invariably the creation of statute".

aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor delicten met een strict liability wordt daarom gebaseerd op een systeem van vicarious liability, een soort fictief daderschap waarbij de rechtspersoon vrijwel automatisch strafbaar is voor gedragingen die door één of meer anderen binnen de rechtspersoon zijn verricht:

"The corporation is held liable for the conduct of all its officers, employees and agents who are acting within the scope of their employment or authority, where the individual officers, employees or agents would be criminally liable."<sup>5</sup>

Het is niet nodig om op het niveau van de rechtspersoon zelf enige vorm van verwijtbaarheid vast te stellen. Het aannemen van corporatief daderschap stuit dus niet op veel problemen, omdat statutory offences meestal zonder schuldvorm worden geformuleerd.

"Since the mid-nineteenth century, it has been established that companies may commit crimes of strict-liability. Where no culpability is required in the definition of the offence, the fact that a company is, at law, a separate person distinct from its directors, employees, and shareholders presents no barrier to the imposition of criminal liability. For example, clean air legislation may require that the carbon levels of smoke emissions must not exceed a given level, a matter of strict liability [...] For crimes of strict liability, the artificial personality of a limited company poses few conceptual difficulties in imposing corporate liability."<sup>6</sup>

Dit betekent evenwel niet dat bij statutory offences de vraag naar corporatieve verwijtbaarheid geen enkele rol meer zou spelen. Een groot aantal statutory offences (bijvoorbeeld op het vlak van 'consumer protection legislation') laat immers de mogelijkheid van een schuldverweer open, zodat met het bewijs van het materiële feit slechts een weerlegbaar wettelijk schuldvermoeden wordt verondersteld.<sup>7</sup> Het is dan aan de verdachte rechtspersoon om gemotiveerd feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit blijkt dat corporatieve verwijtbaarheid ontbreekt:

"Many regulatory offences have a hybrid nature. They are similar to strict liability offences in the sense that the prosecutor does not have to prove knowledge, intention or recklessness. But for the purposes of corporate liability they have been treated as 'mens rea' offences because they contain a reverse onus of proof defence which allows the defendant to prove that she exercised all due diligence in avoiding the offence, or took all reasonable precautions or some similar formulation."<sup>8</sup>

## **B. Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij delicten met een mens rea**

Een belangrijke categorie van delicten is de zogenaamde mens rea offences. Daar dergelijke delicten expliciet het bewijs van een moreel element voorschrijven, spreekt het voor zich dat een corporatieve aansprakelijkheid niet mogelijk is op grond van vicarious liability. De Engelse rechtspraak heeft voor dergelijke delicten dan ook een andere theorie ontwikkeld, namelijk de *identification of alter ego doctrine*:

<sup>5</sup> Colvin, E., 'Corporate Personality and Criminal Liability', *Criminal Law Reform*, 1995, 9-10. Zie ook N. van Strien, 'Het (bewijs van) daderschap van de rechtspersoon naar Australisch en naar Nederlands recht', in M. Faure en K. Schwarz (red.), *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 127.

<sup>6</sup> A.P. Simester and G.R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 244-245.

<sup>7</sup> C.M.V. Clarkson, 'Kicking Corporate Bodies and Damning Their Souls', *Modern Law Review*, 1996, 564.

<sup>8</sup> C. Wells, *Developments in Corporate Liability in England and Wales*, Paper presented at The International Colloquium on Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, May 4-6 1998, Berlin.

"When an offence requires mens rea (e.g. manslaughter), a corporation cannot be held vicariously liable. Given that a theory based on statutory duty is inapplicable to manslaughter and mens rea offences generally, an alternative theory was required. This was provided by the adaptation of the alter ego/identification doctrine from civil law. This states that in every corporation there are certain people who control and direct its activities and who are considered, when they act on the company's business, to be the embodiment of the company."<sup>9</sup>

De identification doctrine lijkt sterk op de orgaan-theorie, die in Nederland reeds in 1951 met het ATO-arrest is verlaten,<sup>10</sup> maar die bijvoorbeeld wel de grondslag vormt van de in 1994 in Frankrijk ingevoerde strafbaarheid van de rechtspersoon. Artikel 121-1 van de Code pénal bepaalt immers dat rechtspersonen slechts strafbaar zijn indien het feit is gepleegd 'pour leur compte, par leurs organes ou représentants'.<sup>11</sup> De identification doctrine formuleert de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon via een gelijkschakeling van bepaalde leidinggevende natuurlijke personen met de rechtspersoon. Om inhoud te geven aan corporatief ouderschap ziet men de rechtspersoon als een georganiseerd verband van natuurlijke personen. De rechtspersoon wordt vereenzelvigd met zijn organen of andere leidinggevendenden. In het Engelse recht is de identification doctrine ontwikkeld in 1971 door het House of Lords in het arrest *Tesco Supermarkets Ltd. v Natras*.<sup>12</sup> In deze zaak werd een warenhuisketen vervolgd voor overtreding van de Trade Descriptions Act 1968.<sup>13</sup> De verdachte rechtspersoon voerde als verweer dat Tesco niet aansprakelijk kon worden gesteld omdat niet de onderneming maar de 'branche manager' onzorgvuldig had gehandeld. Het House of Lords besliste naar aanleiding van dit verweer dat het strafbaar feit niet aan Tesco kon worden toegerekend, omdat de bewuste 'manager' niet een dermate hoge functie had, dat de rechtspersoon met hem kon worden vereenzelvigd:

"Since the manager was the "hands" and not the "brains" of the company, it was held that the defence was available. It would have been otherwise if it had been not the manager but a director who had failed in his duty."<sup>14</sup>

Om tot een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon te komen is derhalve een gedraging of een geestesgesteldheid van een 'directing mind', zoals een bestuurslid of directeur, vereist.<sup>15</sup> Alleen wanneer er sprake is van vergaande delegatie van bevoegdheden kunnen mogelijk gedragingen van lager personeel aan de rechtspersoon worden toegerekend. In het Tesco-arrest verwoordt Lord Reid dit als volgt:

---

<sup>9</sup> S. Field and N. Jörg, 'Corporate Liability and Manslaughter: should we be going Dutch', *Criminal Law Review*, 1991, 158.

<sup>10</sup> HR 27 februari 1951, NJ 1951, 474 met noot Röling.

<sup>11</sup> Zie D. Roef, o.c., 2001, 131-133 en 328-329; F., Deruyck, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & en Breesch, 1996, 150-158.

<sup>12</sup> [1972] AC (Appeal Cases) 153, [1971] 2 All ER (All England Law Reports), 127.

<sup>13</sup> Reeds vanaf 1944 hanteerde de Engelse rechtspraak de identificatodocctrine, maar pas met het Tesco-arrest deed het House of Lords hierover een principiële uitspraak: "It is ironic that *Tesco v. Natras*, which sets contours of alter ego theory and is the only House of Lords decision in this area, should involve a classic "public welfare" offence. Before 1944 the courts would probably have dealt with the offence under the vicarious principle." Aldus C. Wells, 'Corporations: Culture, Risk and Criminal Liability', *Criminal Law Review*, 1993, 559. De scheidslijn tussen enerzijds vicarious liability en anderzijds de identification doctrine is dus niet altijd even duidelijk. Men kan daarom niet stellen dat alleen bij (common law) mens rea delicten, zoals manslaughter, gebruik wordt gemaakt van de identification doctrine.

<sup>14</sup> J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, London, Butterworths, 1992, 181.

<sup>15</sup> Vgl. N. van Strien, o.c., 1998, 124



"Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate full discretion to act as independently of instructions from them."<sup>16</sup>

De identification doctrine wordt in de literatuur sterk bekritiseerd.<sup>17</sup> Het kan immers leiden tot situaties waar geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in de rede ligt indien de 'directing mind' zelf geen reële beslissingsmacht heeft, of omdat de verwijtbaarheid over een groot aantal personen is verspreid, zodat 'identificatie' van de rechtspersoon met één bepaalde verantwoordelijke natuurlijke persoon uiterst lastig wordt. Een fundamenteel bezwaar is dat deze theorie onvoldoende recht doet aan de corporatieve werkelijkheid dat een rechtspersoon niet alleen iets meer, maar ook iets anders is dan een verzameling van (leidinggevende) natuurlijke personen. Wanneer men de organen van een onderneming met het 'bewustzijn' van de rechtspersoon gelijkstelt, gebruikt men in feite fictieve toerekeningsconstructies. De gedachte is immers dat een rechtspersoon een of andere vorm van *menselijk* bewustzijn moet hebben, omdat de personen die deel uitmaken van en leiding geven aan de rechtspersoon een *menselijk* bewustzijn en verantwoordelijkheidsbesef hebben. Deze redenering berust op een denkfout, omdat de analogie die bestaat tussen mensen en hun organen (hoofd en handen) enerzijds en rechtspersonen en hun organen anderzijds niet volledig opgaat, in ieder geval niet bij complexe organisaties:

"This approach of 'humanising companies' might be appropriate for small ownermanaged companies where it is not too difficult to pinpoint a senior individual with whom the company can be identified [...] However, there are major problems with this identification doctrine and over the past decade there has been a growing realisation that it simply does not reflect modern corporate practice, particularly in larger companies. The doctrine ignores the reality of modern corporate decision-making which is often the product of corporate bodies and procedures than individual decisions."<sup>18</sup>

### C. Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor corporate manslaughter

Dat een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon, gebaseerd op de identification doctrine, talrijke (bewijsrechtelijke) complicaties oplevert, kwam zeer duidelijk naar voren met het mislukken van de vervolging in de strafzaak tegen *P&O European Ferries*, naar aanleiding van de Herald of Free Enterprise-ramp in 1987. De fouten die aan het kapseizen van de veerboot ten grondslag lagen, waren immers op zodanige wijze in de organisatie verspreid, dat geen enkele natuurlijke persoon op grond van de identification doctrine met de rechtspersoon kon worden vereenzelvd. Met andere woorden, de verwijtbaarheid was niet zozeer individueel, maar collectief en organisatorisch van aard en kon daarom niet worden gereduceerd tot verwijtbare gedragingen van één of meerdere natuurlijke personen: "from top to bottom the body corporate was infected with the disease of sloppiness"<sup>19</sup> Ook in andere rampen

<sup>16</sup> [1972] AC 153, [1971] All ER 171.

<sup>17</sup> Zie o.m. C. Wells, 'Corporate Personality and Criminal Liability', *Criminal Law Forum*, 1995, 9-10; C.M.V. Clarkson, *l.c.*, 1996, 561.

<sup>18</sup> C.M.V. Clarkson, *l.c.*, 1996, 560-561.

<sup>19</sup> Department of Transport, *The Merchant Shipping Act 1894, mv Herald of Free Enterprise* Report of Court No 8074 (Sheen Report), London, HMSO, 1987. Zie tevens C.M.V. Clarkson, *l.c.*, 1996, 558 en C. Wells, *l.c.*, 1993, 554 e.v..

(zoals de Clapham Junction rail disaster in 1988 en de Purley train crash in 1989) werd men met soortgelijke problemen van 'georganiseerde onverantwoordelijkheid' geconfronteerd zodat vaak een vervolging wegens dood door schuld uitbleef. Recent liggen dan ook enkele legislatieve voorstellen voor die tot doel hebben de vaststelling van corporatief daderschap te vergemakkelijken.<sup>20</sup> Deze voorstellen hebben één ding gemeen, namelijk dat men de bedrijfsvoeringsschuld of het mismanagement als grondslag neemt voor een corporatieve aansprakelijkheid, en niet langer een op natuurlijke personen toegesneden schuld. Zo is er bijvoorbeeld het voorstel van de *Law Commission* (1996) tot invoering van 'corporate manslaughter' als een zelfstandig delict. In dit voorstel wordt definitief afstand genomen van de identification doctrine, en wordt de corporatieve verwijtbaarheid (management failure) zelf als grondslag voor daderschap aangenomen. Een rechtspersoon is strafrechtelijk aansprakelijk voor 'manslaughter' indien:

" (a) management failure by the corporation is the cause or one of the causes of a person's death; and  
(b) that failure constitutes conduct failing far below what can be reasonably be expected of the corporation in the circumstances." <sup>21</sup>

Een management failure wordt als volgt geformuleerd:

"(c) there is a management failure by the company if the way in which its activities are managed or organised fails to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities."<sup>22</sup>

De Britse regering heeft inmiddels een eigen voorstel geformuleerd (2000) dat zelfs nog verder gaat in de zelfstandige strafbaarstelling van 'corporate manslaughter'. In het regeringsvoorstel wordt 'corporate killing' uitgebreid tot 'non-corporate undertakings', dus tot organisaties en samenwerkingsverbanden die geen echte rechtspersoonlijkheid kennen. Het voorstel

"takes the view, entirely reasonable, that safety concerns are not confined to fatal accidents arising in the course of activities of a company [...] fatalities can arise in the context of schools, hospital trusts, partnerships and unincorporated charities and "one and two persons businesses", e.g. self-employed gas fitters. The Government's preferred option is simple and bold - to extend the offence of corporate killing to "undertakings" which consist of "any trade or business or other activity providing employment". The purpose of this sweeping extension of the offence is to avoid the inconsistencies that would arise if the offence were confined to companies."<sup>23</sup>

Wat dit mogelijk voor de praktijk kan betekenen, wordt geïllustreerd in het volgende voorbeeld:

"There will be occasions where liability imposed on non-incorporated undertakings will have close affinity with a truly corporate liability. For instance, if a surgical service management team employed by an NHS trust or a police detachment employed in football-crowd control were,

---

<sup>20</sup> Ook de rechtspraak heeft inmiddels gereageerd door gebruik te maken van een meer soepele variant van de in het Tesco-arrest geformuleerde rechtsregel, waarbij niet zozeer de (statutaire) beslissingsmacht van organen als uitgangspunt wordt genomen, maar meer naar de feitelijke verantwoordelijkheid van natuurlijke personen wordt gekeken. Zie de uitspraak van de Privy Council in *Meridian Global Funds v. Management Asia Ltd* ([1995] 2 AC 500). Zie hierover A.P. Simester and G. R. Sullivan, o.c., 2000, 249-250.

<sup>21</sup> Report, Pt. VIII, aangehaald en besproken in C. Wells, 'The Corporate Manslaughter Proposals: Pragmatism, Paradox and Peninsularity', *Criminal Law Review*, 1996, 549.

<sup>22</sup> Idem. Zie ook A.P. Simester and G.R. Sullivan, o.c., 2000, 253-254.

<sup>23</sup> B. Sullivan, 'Corporate Killing - Some Governmental Proposals', *Criminal Law Review*, 2001, 34-35.

respectively, to cause fatalities through inept performance, one assumes that the relevant organisations who may be found liable for corporate killing would be the trust and the police authority. Presumably, the fines would be levied on the funds of these organisations without the "spillover" effects on officers and employees. This underscores the potential harshness of extending corporate killing to undertakings - including, as stated in the consultation paper, one person businesses - which are in no sense "organisations", corporate or otherwise."<sup>24</sup>

Door de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor door 'collectiviteiten' gepleegde manslaughter min of meer los te laten van rechtspersoonlijkheid rijzen echter onverwachte vragen in verband met de Crown Immunity. Zoals hierna zal blijken, wordt de Crown Immunity in belangrijke mate beargumenteerd door het idee dat de ondeelbaarheid van de Crown zich zou verzetten tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid: de Crown zou immers zichzelf (via de Crown Prosecution Office) vervolgen. Het argument van de ondeelbaarheid van de Crown heeft echter echter minder overtuigingskracht wanneer men als grondslag voor een mogelijke strafbaarheid de aansprakelijkheid niet langer koppelt aan de rechtspersoonlijkheid van de Crown.<sup>25</sup> Nu het regeringsvoorstel afstand neemt van een *rechtspersoonlijke* aansprakelijkheid, en meer de aandacht richt op *feitelijk* bestaande maatschappelijke organisaties en samenwerkingsverbanden (undertakings), zou er in beginsel geen bezwaar zijn om bijvoorbeeld 'governmental agencies' zelfstandig strafrechtelijk aan te pakken. In de woorden van Sullivan:

"The Government proposals reject that constraint [of *corporate* liability, DR]. Liability is not confined to corporations but extends to any "undertaking". As we have seen, this proposal has the potential to generate a form of personal liability for corporate killing on a wide scale. To be sure, there are unincorporated bodies - health trusts; health authorities; police authorities; schools; government agencies - which are truly organisations and it would be anomalous if they did not come within the scope of the new offence. These organisations should be identified and explicitly brought within the offence."<sup>26</sup>

Wel moet worden opgemerkt dat de mogelijkheid om bijvoorbeeld government agencies zelfstandig aansprakelijk te stellen eerder een onbedoeld gevolg lijkt van het regeringsvoorstel, dan een wel doordachte strategie. Het is daarom onduidelijk wat de praktische gevolgen zullen zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van organisaties, die opereren op het niveau van de centrale overheid, indien dit voorstel daadwerkelijk zou worden ingevoerd. Het is echter wel duidelijk dat bepaalde (rechtspolitieke) keuzes aangaande criteria van corporatieve of collectieve vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid meteen ook consequenties hebben voor de vraag of en hoe strafrechtelijke controle op (centrale) overheidsgedragingen kan worden uitgeoefend. Beide kwesties zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> B. Sullivan, *I.c.*, 2001, 36-37.

<sup>25</sup> Zie ook Roef, D., *o.c.*, 2001, 393-400.

<sup>26</sup> B. Sullivan, *I.c.*, 2001, 38-39.

<sup>27</sup> Zo rijst de vraag of een opheffing van de Crown Immunity (vooral voor mens rea-delicten) wel zinvol is zolang men geen bruikbaar alternatief heeft voor de identification doctrine. Een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Crown gebaseerd op de identification doctrine lijkt bepaald niet eenvoudig, omdat men uiteindelijk te maken heeft met een uiterst complexe rechtspersoon. Indien de identification doctrine reeds de vervolging van ondernemingen bemoeilijkt, welke problemen rijzen er dan wel niet voor de vaststelling van daderschap op het niveau van de centrale overheid. Zie hierover ook C. Brants, 'The King can do no wrong. Daderschap, feitelijk leidinggeven en de staat', *Delikt en Delinkwent*, 1996, 509-532; D. Roef, *o.c.*, 2001, 393-402.

### 3. Beginselen van de strafrechtelijke Crown Immunity

Het Engelse recht kent aangaande de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden een dubbel systeem: lagere of decentrale overheden kunnen net als privaatrechtelijke rechtspersonen worden vervolgd, terwijl voor de centrale overheid, de Crown, een absolute immuniteit geldt. Een belangrijk verschil met het Nederlands recht is dat decentrale overheden (openbare lichamen) vervolgbaar zijn, ook wanneer het gaat om delicten begaan in de uitvoering van een exclusieve bestuurszaak.<sup>28</sup> De strafrechtelijke aansprakelijkheid van lagere overheden (local authorities)<sup>29</sup> gebeurt via dezelfde rechtsregels als voor aansprakelijkheid van privaatrechtelijke rechtspersonen. In de praktijk betreft het vooral aansprakelijkheid voor statutory offences:

"A body corporate may be convicted of criminal offences except those for which the only punishment is imprisonment and death and those which cannot be vicariously committed, e.g. bigamy. Similarly, a local authority may be convicted of offences under public health and similar statutes, e.g. for a statutory nuisance."<sup>30</sup>

"Public authorities other than the Crown are subject to the criminal law. For example in *West Mersea UDC v. Fraser* the local authority was convicted for failure to give a water supply, and in 1974 Leominster Borough Council (and its clerk and surveyor) were each convicted of an offence under section 55 of the Town and Country Planning Act 1971, in connection with the demolition of the Town Hall. In 1982 the London Borough of Southwark was fined 2000 pounds for the public nuisance of leaving an unguarded pile of sand in the road which caused a man's death."<sup>31</sup>

In schril contrast hiermee staat de Crown Immunity. Een eerste vraag die beantwoording behoeft, is wat wordt bedoeld met de Crown. Dit is geen eenvoudige vraag:

"Instead of the state we have the Crown, which serves as a central, organizing principle of government. The Crown is associated with the idea of executive authority rather than with that of the common interest: the major public powers are vested in the Crown, or in ministers who are servants of the Crown. The Crown is characterized in law as a corporation, though of what kind there is some doubt."<sup>32</sup>

In *Town Investments Ltd v. Department of the Environment* karakteriseert Lord Diplock de Crown als een 'corporation sole', maar Lord Simon of Glaisdale hanteert een andere invalshoek en omschrijft de Crown als een 'corporation aggregate':

"The Crown and 'Her Majesty' are terms of art in constitutional law. They correspond, though not exactly, with terms of political science like 'the Executive' or 'the Administration' or 'the Government', barely known to the law, which has retained the historical terminology. The legal concept which seems to me to fit best the contemporary situation is to consider the Crown as a

<sup>28</sup> Aldus *The Lord Chancellor's Department* (vraaggesprek november 2001)

<sup>29</sup> "The term 'local authority' is applied to principal councils and to the councils of parishes and communities. Joint authorities and residuary bodies are treated als 'local authorities' for specified purposes. All these authorities are corporate bodies and have the characteristics of corporations [...] One feature common to local authorities is their corporate status." Ch. Cross and S. Bailey, *Cross on Local Government Law*, London, Sweet & Maxwell, 1986, 2.

<sup>30</sup> Ch. Cross and S. Bailey, o.c., 214.

<sup>31</sup> D. Foulkes, *Administrative Law*, London, Butterworths, 1986, 423.

<sup>32</sup> C. Turpin, *British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990, 138.

corporation aggregate headed by the Queen. The departments of state including the ministers at their head (whether or not either the department or the minister has been incorporated) are then themselves members of the corporation aggregate of the Crown."<sup>33</sup>

De staatsrechtelijke grondslag van de Crown Immunity ligt in het feit dat de Crown niet geacht wordt te zijn gebonden door een Act of Parliament tenzij dit uitdrukkelijk is bepaald. Zo was het bijvoorbeeld lange tijd problematisch de Crown civielrechtelijk voor een onrechtmatige daad aan te spreken totdat de Crown Proceedings Act in werking trad in 1947, die uitdrukkelijk bepaalt dat de "Crown shall be subject to all those liabilities in tort which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject".<sup>34</sup> Voor het strafrecht bestaat de Crown Immunity nog steeds. Foulkes vat het als volgt samen:

"The Crown is not bound by an Act of Parliament in the absence of express words or necessary implication. Even if the Crown is, by that rule, bound by an Act, it cannot, it is said, be prosecuted. The arguments were considered by the High Court of Australia in *Cain v. Doyle* [...] Latham CJ dismissed as unacceptable in principle the idea that the Crown can commit a criminal offence. His objections were; that the fundamental idea of the criminal law is a prosecution of offences against the King's Peace; that the Crown itself would have to be prosecutor of offences in the case of serious offences; that the government would have to pay the fine to itself; and that where imprisonment was at least an alternative penalty the Crown could not be included as it could not be imprisoned."<sup>35</sup>

Niettemin wordt in een enkel geval wel een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Crown aanvaard bij statutory offences, wanneer de wet dit nadrukkelijk bepaalt, zoals de Road Traffic Offenders Act 1972.:

"The exception [ to Crown Immunity, DR] is The Road Traffic Offenders Act, which provides that where an offence under the Traffic Acts is alleged to have been committed in connection with a vehicle in the public service of the Crown, proceedings may be brought in respect of the offence against a person nominated for that purpose on behalf of the Crown."<sup>36</sup>

Andere bijzondere wetten die een bepaalde vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid op het niveau van de Crown mogelijk maken zijn: Food Safety Act (section 54), Environmental Protection Act 1990 (section 159) en Environment Act 1995 (section 115). Dit zijn echter schaarse uitzonderingen op de regel van immuniteit:

"Despite such observations, the Crown currently remains immune from statutory offences, unless the relevant provisions are extended to the Crown either expressly or by necessary implication. In recent years various methods have been employed to extend statutory obligations to the Crown. While these have included imposing full criminal liability (zoals de Road Traffic Offenders Act, DR), the more popular current method appears to be a compromise approach whereby the Crown body is expected to comply with standards, but if it fails to do so to subject it to proceedings for a declaration of non-compliance, rather than criminal prosecution."<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Aangehaald in C. Turpin, *British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1990, 139.

<sup>34</sup> Zie hierover o.m. D. Foulkes, o.c., 1986, 414-417.

<sup>35</sup> D. Foulkes, o.c., 1986, 422.

<sup>36</sup> Aldus *The Lord Chancellor's Department* (Vraaggesprek november 2001).

<sup>37</sup> M. Sunkin, *Crown Immunity from Criminal Prosecution*, Unpublished Paper for The Lord Chancellor's Department, 2 november 2001, 4.

Het feit dat voor enkele bijzondere wetten een strafrechtelijke procedure tegen de Crown mogelijk is, is voor sommige auteurs een argument om in ieder geval voor statutory offences de Crown Immunity op te heffen:

"Discussing *Cain v. Doyle* Friedmann argued that there is no reason either of theory or of practice why the Crown ought not and could not be made liable in respect at least of what are called public welfare offences such as infringements of legislation relating to safety at work, pure food etc. The Road Traffic Act 1972 provides an interesting procedure for imposing criminal liability in respect of Crown vehicles."<sup>38</sup>

"Under the older law, any question of criminal liability of the Crown could hardly have arisen, but modern criminal law contains a multitude of administrative offences...these are labeled as part of the 'criminal law' mainly ...because the sanctions are typically criminal law sanctions... and because enforcement proceedings are taken ... in ...criminal courts. But their nature is really quite different from common law crimes...they are means of regulating community conduct by reference to developing sophisticated conceptions of social justice and of economic needs. Most of the older criminal law is based on relatively simple notions of moral fault - most of the new administrative offences are based on social regulation to achieve ends, often disputed, based on theories as to how complex, modern community should be developed. If the Crown is to be obliged (or is to oblige itself) to move towards these same ends, it seems highly desirable that it, its servants and agents should be subject to the necessary sanctions."<sup>39</sup>

De Crown Immunity strekt zich evenwel niet uit tot het eigen daderschap van individuele ambtenaren of ministers. Op de vraag of dit betekent dat er ook daadwerkelijk strafvervolgingen worden ingesteld, antwoordt *The Lord Chancellor's Department*.

"Individual civil servants and ministers are not immune from prosecution. This includes civil servants who, as individuals, have been negligent in their duties which, for example, lead to health and safety failings. We do not think there has been a single prosecution of an individual civil servant under the Health & Safety At Work legislation in any circumstances - whether in terms of a manager responsible for staff or as a result of their own actions - even though, in theory, it is possible. We therefore have no track record of cases or precedents."<sup>40</sup>

#### 4. Argumenten voor de strafrechtelijke Crown Immunity

In de Engelse literatuur worden voor de strafrechtelijke immuniteit van de Crown hoofdzakelijk een drietal argumenten aangevoerd:

- a) strafrecht heeft tot doel de bescherming van de King's peace en richt zich derhalve niet tot de Crown. Daarmee hangt enigszins samen het adagium *The King can do no wrong*.
- b) vanwege de ondeelbaarheid van de Crown kan de Crown zichzelf niet vervolgen
- c) vanwege de ondeelbaarheid van de Crown is het zinloos dat de Crown zichzelf een boete oplegt.

---

<sup>38</sup> D. Foulkes, *o.c.*, 1986, 422-423.

<sup>39</sup> H. Whitmore, *Principles of Australian Administrative Law*, 5th edition, 273.

<sup>40</sup> *The Lord Chancellor's Department* (Vraaggesprek november 2001).

## A. Strafrecht richt zich niet tot de Crown en *The King can do no wrong*

Dit eerste argument heeft te maken met de vraag of de Crown als geheel wel een strafrechtelijk rechtssubject kan zijn, of de Crown wel strafrechtelijk beschermde normen kan overtreden. De redenering is dat strafrechtelijke normen zich in de eerste plaats richten op sanctionering van de verstoring van de King's Peace, en dus niet zijn bedoeld ter sanctionering van overheidsoptreden. Een strafbare Crown is dus een contradictie in terminis, want het strafrecht dient nu juist ter bescherming van de belangen van de Crown, en het is ook diezelfde Crown die beschikt over het geweldsmonopolie, waaraan zij zichzelf onmogelijk kan onderwerpen.<sup>41</sup> Dit argument wordt echter als achterhaald beschouwd, want de rechtsgoederen die het strafrecht wenst te beschermen hebben sinds het opkomen van de verzorgingsstaat al lang geen koppeling meer met de handhaving van common law delicten ten behoeve van de King's Peace, vooral niet wanneer het gaat om de moderne orderingsdelicten, die in de regulatory statutes zijn neergelegd.<sup>42</sup> Maurice Sunkin merkt hierover op:

"The imposition of criminal liability would offend the fundamental idea that the criminal law protects the King's peace. Today it would be difficult to justify equating the range of interests that are protected and furthered by much criminal law, with the concept of the King's peace. In particular, such a concept cannot be used to explain immunity from statutory offences."<sup>43</sup>

Dit tegenargument wordt ook door andere auteurs aangehaald. Zo stelt Friedmann:

'There is nothing shocking in the suggestion that the Crown - whether it acts through a government department or through a separate corporation - should be subject to this type of penal liability [ statutory public protection offences] ...the liability of the Crown and other public authorities to fines must be seen, not as a means of making them suffer financially, but as a means of ensuring a standard of public conduct at least equal to that which the Crown demands of its subjects'<sup>44</sup>

Ook het adagium *The King can do no wrong* is niet overtuigend daar dit betrekking heeft op de Crown als monarch en niet op de Crown als uitvoerende macht, als regering. Deze kwestie kwam o.m. aan bod in een vrij recente zaak waarin het House of Lords oordeelde dat de 'Crown immunity from injunctions' niet belet dat er 'injunctions' tegen een minister en zijn departement kunnen worden uitgesproken en dat zij eveneens wegens 'contempt of court' kunnen worden veroordeeld indien zij zich niet houden aan een 'prerogative order' van de rechter. Lord Templeman stelt voorop:

"Parliament makes the law, the executive carry the law into effect and the judiciary enforce the law. The expression "the Crown" has two meanings; namely the monarch and the executive. In the 17th century Parliament established its supremacy over the Crown as monarch, over the executive and over the judiciary [...] The judiciary enforce the law against individuals, against institutions and against the executive. The judges cannot enforce the law against the Crown as monarch because the Crown as monarch can do no wrong but judges enforce the law against the Crown as executive and against the individuals who from time to time represent te Crown [...] To

---

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> M. Sunkin, *Crown Immunity from Criminal Prosecution*, 2 november 2001, 5.

<sup>44</sup> W. Friedmann, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, 1951, 107.

enforce the law the courts have power to grant remedies including injunctions against a minister in his official capacity. If the minister has personally broken the law, the litigant can sue the minister [...] in his personal capacity. For the purpose of enforcing the law against all persons and institutions, including ministers in their official capacity and in their personal capacity, the courts are armed with coercive powers exercisable in proceedings for contempt of court."<sup>45</sup>

Het argument dat strafrecht uitsluitend dient ter behartiging van de King's Peace wordt niet langer gezien als een overtuigend bezwaar tegen strafvervolgning van de Crown, daar in de huidige samenleving doel en aard van het strafrecht te zeer zijn veranderd. De voornaamste argumenten voor de Crown Immunity situeren zich dan ook op het vlak van de ondeelbaarheid van de Crown. De ondeelbaarheid van de Crown zou een strafvervolgning onmogelijk maken daar de Crown dan immers zichzelf zou vervolgen en zichzelf zou beboeten.

## **B. Ondeelbaarheid van de Crown: de Crown kan niet zichzelf vervolgen**

Hoewel, zoals bekend, naar Engels recht in beginsel iedere burger een strafvervolgning kan instellen, en er in die zin geen sprake is van een vervolgingsmonopolie in hoofde van de staat, wordt in de praktijk een strafvervolgning meestal ingesteld door de Crown Prosecution Office. Een vervolgning van de Crown zou er dan op neerkomen dat de Crown zichzelf vervolgt: de identiteit van vervolger en vervolgte lijkt dan inderdaad een overtuigend argument tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Crown. De ondeelbaarheid van de Crown is echter grotendeels een fictie, die niet strookt met de realiteit, want diezelfde ondeelbaarheid belet bijvoorbeeld niet dat het ene onderdeel van de Crown (bv. een departement) civielrechtelijke of bestuursrechtelijke acties vermag te ondernemen tegen een andere onderdeel van de Crown. Men kan de Crown dus niet als een ondeelbaar geheel voorstellen.<sup>46</sup> Dat is al te simplistisch. De Crown is geen éénmanszaak of een ondeelbare eenheid. De Crown is als 'corporation' een complexe uit afzonderlijke onderdelen bestaande organisatie en een door het recht gestructureerd geheel van afzonderlijke functionele eenheden, die ieder hun eigen handelings- en verantwoordelijkheidssfeer hebben, en die op hun verantwoordelijkheden ook strafrechtelijk zouden moeten kunnen worden aangesproken indien zij zich schuldig maken aan een strafbaar feit:

"The Crown cannot be both prosecutor and defendant. This concern appears to rest on the principle of the indivisibility of the Crown. As Freedland has explained this is also now maintained in effect as a legal fiction, rather than a real state of affairs. It may be noted that in any case this principle has not prevented the courts from extending the prerogative orders to ministers. As Lord Wool explained in *Re M* "...by the time of the introduction of the remedy of judicial review the position had developed so that the prerogative orders ...were being granted regularly against ministers without any investigation of whether a statutory duty, which had not been complied with, was placed upon the minister or some one else in the department for which the minister was responsible."<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Home Office v. M.* ([1993] 3 WLR 433) in M. Allen and B. Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, London, Blackstone, 2000, 239 e.v..

<sup>46</sup> Aldus *The Lord Chancellor's Department* (vraaggesprek november 2001)

<sup>47</sup> M. Sunkin, *I.c.*, 2001, 5.



Sunkin wijst er bovendien op dat bepaalde ministeriële departementen worden beschouwd als 'corporations sole', waardoor de zogenaamde ondeelbaarheid van de Crown moet worden genuanceerd.<sup>48</sup>

### C. Ondeelbaarheid van de Crown: de Crown kan zichzelf niet beboeten

Het argument van de ondeelbaarheid speelt niet alleen op het niveau van de vervolging, maar natuurlijk ook op het niveau van de bestraffing. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Crown zou *a priori* zinloos zijn daar de opgelegde boete uiteindelijk door de Staat aan de Staat wordt betaald. Dit zogenaamde vestzakbroekzak argument is volgens sommige auteurs niet helemaal overtuigend, omdat in de praktijk de boeteoplegging wel degelijk een verschuiving van financiën van het ene naar het andere departement met zich meebrengt, en derhalve de nodige prikkels tot normconformgedrag kan geven. Bovendien heeft de sanctionering van het strafbaar overheidsgedrag niet alleen tot doel boetes op te leggen, maar gaat het ook steeds om een normering die van de symbolische en afkeurende uitstraling van een veroordeling uitgaat. Sunkin stelt dan ook:

"In the context of our constitutional setting, this objection is also based on the (fiction) of the indivisibility of the Crown. Two other types of objection exist. The first concern practical difficulties. The second concern the effectiveness of using fines against those with deep pockets. With respect to the former Roef argues that fines paid from the accounts of one department to another are appropriate methods of recording the true costs and benefits of each department. Since they reflect the department's expenses they can act as a deterrent. With respect to the 'deep pocket' argument, Friedmann argues that the purpose of fines especially in 'administrative or social welfare' offences is not to 'hurt' individuals, rather 'It is to attach a stigma-pronounced by independent courts - on the breach of legal obligations, which have been imposed in the interests of the community' [...] in any case, financial penalties are not the only possible sanction."<sup>49</sup>

En Hogg stelt voorop:

"The reality of the Crown paying a fine to itself is that one government department, with its own separate accounts, accounts for the fine to another government department. If the accounts of government are to reflect the true costs and benefits of running each department - and surely this is a prerequisite to efficient management - then the recording of a judicially imposed fine as an item in the outgo of one department and the income of another seems an entirely proper procedure."<sup>50</sup>

Naast de reeds besproken principiële argumenten voor Crown Immunity worden ook nog enkele meer praktische argumenten genoemd. Deze argumenten kan men echter ook gebruiken voor een immuniteit van lagere overheden: zij zijn niet typisch voor de Crown Immunity, maar wellicht is het toch nuttig deze argumenten even aan te halen. Sunkin vat ze als volgt samen:

"Various types of claims are made. These include that criminal liability would inhibit administration. It would lead to risk aversion, formalism, defensive decision-taking. Such claims are regularly made in relation to extensions of liability, including amenability to judicial review [...] Such claims are rarely justified by objective evidence. It would be very interesting to see whether

---

<sup>48</sup> Idem, 5.

<sup>49</sup> Idem, 6.

<sup>50</sup> P.W. Hogg, *Liability of the Crown*, Sydney, 1971, 178-179. Zie ook B. Fisse, 'Controlling Governmental Crime: issues of individual and collective liability', in P. Grabosky and I. Le Lievre (red.), *Government Illegality*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1987, 132-135.

evidence does exist and whether it indicates that the imposition of criminal liability would have qualitatively different effects to that caused by other forms of liability [...] Finally there may be psychological fears associated with extending criminal liability. Such concerns are rarely made explicit, but they may exist. They ought not to be exaggerated. Individuals already bear criminal liability in many situations. Indeed, imposing 'institutional' liability may well lower the risk of individuals being identified as 'culprits'.<sup>51</sup>

## 5. Slotbeschouwingen

Mede naar aanleiding van het debat over 'corporate manslaughter' is op legislatief niveau de vraag gerezen of de Crown Immunity moet blijven bestaan. Hoewel de rechtspolitieke discussie zich nog in een embryonaal stadium bevindt, zijn er volgens *The Lord Chancellor's Department* niettemin enkele interessante voorstellen, waarover momenteel door de Britse regering wordt nagedacht. Gelet op de betrouwbaarheid van deze gegevens, is het mij slechts toegestaan de hoofdlijnen weer te geven. Interessant zijn vooral de voorstellen van *The Legal Secretariat of the Law Officers of the Crown* (LSLO). De LSLO stelt drie alternatieve strategieën of rechtspolitieke keuzen voor ten einde de nadelen van de Crown Immunity op te heffen. De eerste strategie is meteen de meest drastische en bestaat in een volledige opheffing van de immuniteit, zodat de Crown op gelijke voet staat met andere (publiekrechtelijke) rechtspersonen. Er is evenwel discussie over de vraag of niettemin enig onderscheid moet blijven bestaan tussen common law-delicten en statutory offences. Op het niveau van *The Lord Chancellor's Department* blijkt een voorkeur om voor beide categorieën van delicten de immuniteit op te heffen, omdat men moeilijk kan verdedigen dat de Crown strafrechtelijk kan worden vervolgd voor bijvoorbeeld de overtreding van milieuvergunningvoorschriften, maar niet voor common law-delicten, zoals manslaughter, terwijl juist bij deze laatste categorie van delicten fundamentele rechtsgoederen worden geschonden en ook de maatschappelijke verontwaardiging groot zal zijn, indien vervolging uitblijft.<sup>52</sup> De tweede strategie bestaat in een omkering van het wettelijk vermoeden dat de Crown voor statutory offences niet vervolgbaar is. In dit voorstel wordt de Crown steeds geacht te zijn gebonden door een Act of Parliament, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt. Sunkin vat dit voorstel als volgt samen:

"In relation to statutory crimes to reverse the current presumption that the Crown is not bound by statutory provisions so that the Crown is bound unless the Parliament has specifically excluded Crown liability. This could be achieved by a minimal statutory provision. [...] Parliament would always have the opportunity of granting immunity, but it would only do so where it felt that the immunity was justified. The provision would also help to achieve consistency."<sup>53</sup>

De derde strategie is het meest pragmatische voorstel en bestaat hierin dat men weliswaar als hoofdregel de Crown Immunity laat bestaan - het wettelijk vermoeden van niet-vervolgbaarheid blijft dus het uitgangspunt -, maar dat op een ad-hoc basis in bepaalde bijzondere wetten uitzonderingen op de immuniteit worden toegestaan. Beslissend criterium is of de niet-vervolgbaarheid van de Crown voor praktische handhavingproblemen zorgt. Indien dit het geval is, dan

---

<sup>51</sup> M. Sunkin, *I.c.*, 2001, 6.

<sup>52</sup> *The Lord Chancellor's Department* (vraaggesprek november 2001)

<sup>53</sup> M. Sunkin, *I.c.*, 2001, 7.

zou opheffing van de immuniteit voor die bijzondere wetten mogelijk moeten zijn.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> *The Lord Chancellor's Department* (vraaggesprek november 2001)



## Bijlage C

David Roef

### **Strafbare overheden in Denemarken, Frankrijk, België en Duitsland**

#### **1. Inleiding**

Het grootste deel van deze bijdrage is een schets van enkele hoofdlijnen van de strafrechtelijke positie van overheden in het Deense recht. Daarbij is naast een summier literatuuronderzoek hoofdzakelijk gebruik gemaakt van vraaggesprekken met ambtenaren van de afdeling wetgeving van het Deense Ministerie van Justitie.<sup>1</sup> Aan het slot (in par. 6) wordt een korte samenvatting gegeven van de situatie met betrekking tot strafbare overheden in achtereenvolgens Frankrijk, België en Duitsland.

De Scandinavische landen hebben de laatste decennia gestreefd naar een harmonisatie inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, teneinde de ondernemingscriminaliteit zo efficiënt mogelijk te bestrijden. Vooral de werkzaamheden van *The Nordic Criminal Law Committee* waren in dat opzicht van belang, daar vanuit dit orgaan concrete voorstellen werden gedaan tot invoering van de strafbaarheid van de rechtspersoon in Zweden, Denemarken en Noorwegen. Tot op heden hebben echter slechts Denemarken en Noorwegen deze voorstellen in hun strafwetboek overgenomen. Zweden aanvaardt niet de strafbaarheid van de rechtspersoon. Het strafrechtelijke schuldbeginnsel zou zich hiertegen verzetten. Het Zweedse recht kiest daarom voor een bestuursstrafrechtelijke aanpak waarbij via een administratiefrechtelijk boetesysteem - enigszins vergelijkbaar met het Duitse Ordnungswidrigkeitenrecht - normovertredende rechtspersonen worden beboet. Dergelijk boetesysteem is ook op overheden van toepassing.<sup>2</sup> Daarnaast worden strafbare feiten, die zijn gepleegd binnen ondernemings- of overheidsverband, toegerekend aan natuurlijke personen.

#### **2. Voor welke delicten is de rechtspersoon strafbaar?**

Reeds in het begin van de twintigste eeuw werd in bijzondere ordeningswetgeving de mogelijkheid gecreëerd om rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Zo werd de strafbaarstelling van de rechtspersoon voor het eerst in de zogenaamde Boterwet in 1926 ingevoerd.<sup>3</sup> Sindsdien kent Denemarken in meer dan 200 wetten de strafbaarstelling van de rechtspersoon. Met de herziening van het Deense strafwetboek in 1996 probeerde men aan deze versnipperde benadering een einde te maken door in §§ 25-27 van hoofdstuk 5 van het Deense Strafwetboek een overkoepelende algemene strafbaarstelling van de rechtspersoon in te voeren.<sup>4</sup> §§ 25-27 luiden (in Engelse vertaling) als volgt:

---

<sup>1</sup> Mijn dank gaat uit naar Jens Kruse Mikkelsen en Thomas Stenfeldt Mathiasen.

<sup>2</sup> Aldus Th. S. Mathiasen, Deens ministerie van Justitie (vraaggesprek november 2001)

<sup>3</sup> G. T. Nielsen, "Criminal liability of Collective Entities - The Danish Model", Paper presented at *The International Colloquium on Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Berlin, May 4-6 1998, 1.

<sup>4</sup> V. Greve, P. Garde and L.B. Langsted, *Criminal Law in Denmark*, Kluwer, 1998.

"§ 25. A legal person may be punished by a fine, if such punishment is authorized by law or rules pursuant thereto.

§ 26. (1) Unless otherwise stated, provisions on criminal responsibility for legal persons etc. apply to any legal person, including joint-stock companies, co-operative societies, partnerships, associations, foundations, estates, municipalities and State authorities.

(2) Furthermore, such provisions apply to one-person businesses if, considering their size and organization, these are comparable to the companies referred to in subsection (1) above.

§ 27. (1) Criminal liability of a legal person is conditional upon a transgression having been committed within the establishment of this person by one or more persons connected to this legal person or by the legal person himself

(2) Agencies of the State and municipalities may only be punished for acts committed in the course of the performance of functions comparable to those exercised by natural or legal persons."<sup>5</sup>

Allereerst moet worden opgemerkt dat overeenkomstig § 25 van het Deense Strafwetboek een rechtspersoon slechts strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld indien een bijzondere wet dit toelaat. Dit betekent dat steeds in voorkomend geval moet worden bekeken of de rechtspersoon wel voor een bepaald delict vervolgd kan worden. Er is in tegenstelling tot bijvoorbeeld Nederland en België gekozen voor het specialiteitsbeginsel, dat wil zeggen dat rechtspersonen slechts voor een bepaalde categorie van delicten aansprakelijk kunnen worden gesteld. Een soortgelijk systeem bestaat ook in Frankrijk. Om te kunnen bepalen voor welke delicten een strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk is, dient naar de bijzondere wetgeving te worden gekeken. Het gaat dan vooral om wetgeving op sociaal, economisch en milieugebied. Hoewel de strafbaarheid van de rechtspersoon in het Strafwetboek werd neergelegd, was het tot voor kort niet mogelijk een rechtspersoon te vervolgen voor de commune delicten. De strafbaarstelling van de rechtspersoon strekte zich oorspronkelijk niet uit tot delicten in het Strafwetboek:

"When the criminal code was changed in 1996, a general regulation governing company liability was introduced [...] Liability exists only if provided by the act in question. If so provided, the criminal code regulation applies. The general elements of the criminal code, including mens rea and complicity, also apply in cases of breaches of other acts. There is no statutory authority for company liability in case of breaches of the criminal code. Thus a company cannot be punished for manslaughter. The converse applies in Norway, but in Denmark we have found that company responsibility is naturally linked to commercial and industrial legislation."<sup>6</sup>

Aan deze beperking is in 2000 een einde gekomen door een herziening van § 306 dat bepaalt dat de rechtspersoon ook strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor commune delicten:

"§ 306 (1) Companies etc. (legal persons) can incur criminal liability according to the rules of Chapter 5 for violations of the present code, which have been committed for the benefit of the legal person.

(2) Attempt of a criminal offence, encompassed under subsection (1) is criminalised."

<sup>5</sup> G. Hoyer, M. Spencer, V. Greve, *The Danish Criminal Code*, Copenhagen, 1999. Zie ook M. Faure en G. Heine, *Environmental Criminal Law in the European Union*, Freiburg im Breisgau, Edition Iuscrim, 2000, 79.

<sup>6</sup> G. Toftegaard Nielsen, "Criminal liability of Collective Entities - The Danish Model", Paper presented at *The International Colloquium on Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Berlin, May 4-6 1998.

### 3. De partiële strafrechtelijke immuniteit van overheden

In § 26 van het Deense Strafwetboek is bepaald welke rechtspersonen en daarmee gelijkgestelde organisaties strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zowel lagere overheden (gemeenten) als de centrale overheid vallen onder de strafbepaling. Dit is een belangrijk verschil met bijvoorbeeld Frankrijk en Nederland waar men voor lagere overheden een strafrechtelijke aansprakelijkheid toelaat, indien het feit is gepleegd binnen het kader van een niet-exclusieve bestuurstaak, maar niet voor de staat. Het Deense strafrecht maakt geen verschil tussen de strafrechtelijke positie van lagere overheden en die van de staat. Duidelijk is evenwel dat op het niveau van de centrale overheid de strafrechtelijke aansprakelijkheid zich niet richt tot de staat als geheel, maar tot de deelorganisaties van de staat (*statslige myndigheder*, 'state authorities'), zoals de verschillende departementen, maar ook andere overheidsorganen, die naar Nederlands recht overeenkomen met zelfstandige bestuursorganen.

§ 27 bepaalt wanneer overheden strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Een overheid is slechts strafrechtelijk aansprakelijk 'for acts committed in the course of the performance of functions comparable to functions exercised by natural or legal persons.' Dit is anders in Noorwegen waar volgens § 48a (2) overheden (inclusief de staat) strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, ongeacht het kader waarbinnen het feit is gepleegd.<sup>7</sup> Het Deense immuniteitscriterium lijkt dus sterk op de criteria die in artikel 121-2 van de Franse Code pénal zijn neergelegd en die door de Nederlandse jurisprudentie zijn ontwikkeld (Pikmeer II-arrest). Wanneer het strafbaar feit is gepleegd binnen het kader van een exclusieve bestuurstaak is een strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten. Het voornaamste verschil is dat Denemarken en Frankrijk wettelijk de aansprakelijkheid uitsluiten, terwijl in Nederland door de Hoge Raad de vervolgbaarheid is uitgesloten. Het belangrijkste argument voor een (partiële) strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden ligt volgens het Deense recht in het gelijkheidsbeginsel. Daar waar overheden op gelijke voet optreden als privaatrechtelijke rechtspersonen moet een strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk zijn. Het is niet relevant of strafbare gedragingen op decentraal of centraal overheidsniveau worden verricht. Het zou immers niet te rechtvaardigen zijn dat bijvoorbeeld een milieuvorstende handeling in het kader van een gemeentelijke activiteit wel zou kunnen leiden tot strafvervolging, terwijl een gelijkaardige activiteit in hoofde van een ministerie de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou uitsluiten:

"In order to ensure equal treatment of private and public entities, criminal liability has also been extended to local governments and also to the state. It may seem absurd that the state can be fined. The money is taken from the Treasury and given back to the Treasury. The reason for introducing criminal liability of the state is that to punish private entities alone, and not the state, would distort competition. An example would be if only private railways, but not the state railway, were liable for sanctions. The purpose of providing criminal liability for public entities is thus to ensure equal treatment with private organisations. Criminal liability therefore only affects situations in which the state acts in a manner which is identical to or comparable to the activities of the private sector. In Denmark, an employer must collect income taxes from his employees. This applies to both public and private employers. A public authority can therefore be punished for breaking these rules. If, on

---

<sup>7</sup> Th. S. Mathiasen, Deens ministerie van justitie (vraaggesprek november 2001)

the other hand, public authorities have acted as authorities and broken the law, they cannot be punished. If, for example, a city council has granted an unlawful building permit, the council cannot be punished for this. The law may allow a civil servant to be punished in any particular case, but it never happens."<sup>8</sup>

De vervolging van decentrale overheden of *statslige myndigheder* vindt plaats volgens de normale strafprocesrechtelijke regels. Er is geen bijzondere procedure geregeld:

"The prosecution of offences committed by government authorities is generally undertaken by the public prosecutor and normal procedures are followed. In case of prosecution of a minister, special procedures apply, according to the Danish Constitution (§ 16). Such cases are tried before the special Court of Impeachment (Rigsretten). Half of the judges of this court are politically appointed, while the rest are Supreme Court judges. Since the Danish Constitution of 1849 only 5 cases have been brought before the impeachment court. The Ministry of Justice superintends the public prosecutor in Denmark. Even though the Ministry of Justice undertakes the formal supervision, the public prosecutor functions organisationally independently. This organisational structure has not given rise to any problems. Like other legal persons, government bodies can be imposed a fine (criminal sanction). In certain cases, confiscation is also a possibility."<sup>9</sup>

Voor zover bekend is er tot op heden nog geen strafvervolging tegen *statslige myndigheder* ingesteld. Het schaarse aantal strafzaken betreft vooral gemeenten.

#### 4. Wanneer is een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk?

In die gevallen waar overheden strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, gebeurt dit volgens de regels die worden gebruikt voor de strafbaarheid van privaatrechtelijke rechtspersonen. Daarbij dienen steeds twee vragen te worden beantwoord. Allereerst welke gedragingen kunnen aan de rechtspersoon *materieel* worden toegerekend? Er moet dan worden beantwoord welke categorie van gedragingen feitelijk of objectief aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Niet iedere gedraging verricht *binnen* een rechtspersoon behoort immers automatisch tot de *handelingssfeer* van de rechtspersoon. De tweede vraag is wanneer deze gedragingen aan de rechtspersoon moreel of subjectief moeten worden toegerekend. Dit heeft te maken met de vaststelling van de verwijtbaarheid in hoofde van de rechtspersoon: slechts die gedragingen die ook te plaatsen zijn binnen de *verantwoordelijkheidssfeer* van de rechtspersoon kunnen ook moreel aan de rechtspersoon worden toegerekend. Het antwoord op beide vragen bepaalt tevens de grens tussen de aansprakelijkheid van de rechtspersoon en die van de natuurlijke personen die optreden binnen het kader van de organisatie. Naar Deens recht zijn de beslissende daderschapscriteria voor de aansprakelijkheid van de rechtspersoon vrij eenvoudig. Allereerst moet het strafbare feit materieel zijn gepleegd ten voordele van de rechtspersoon (het zogenaamde baatcriterium). Er dient een intrinsiek objectief verband te zijn tussen de strafbare gedraging en de belangen van de rechtspersoon.<sup>10</sup> De morele toerekening - de mate van corporatieve verwijtbaarheid - wordt hoofdzakelijk vastgesteld op grond van de verwijtbare gedragingen die zijn

<sup>8</sup> G. T. Nielsen, "Criminal liability of Collective Entities - The Danish Model", Paper presented at *The International Colloquium on Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Berlin, May 4-6 1998, 2-3.

<sup>9</sup> Th. S. Mathiasen, Deens ministerie van Justitie (vraaggesprek november 2001)

<sup>10</sup> G. T. Nielsen, *I.c.*, 3.



verricht door een of meer natuurlijke personen. Het is evenwel niet nodig een natuurlijke persoon te identificeren teneinde een rechtspersoon te veroordelen; de corporatieve verwijtbaarheid kan verspreid zijn over verschillende personen.<sup>11</sup> Het Deense recht hanteert dus niet de orgaantheorie (zoals Frankrijk) of de identification doctrine (zoals in Engeland bij mens rea delicten), waarbij een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in beginsel alleen voorligt indien bepaalde leidinggevende natuurlijke personen het strafbare feit hebben gepleegd. Evenmin is het noodzakelijk aan te tonen dat het bestuur heeft gefaald in zijn management van de organisatie, wat betekent dat de strafbaarheid van de rechtspersoon neigt in de richting van een strict liability (zoals in Engeland bij statutory offences). Het volstaat dat ten bate van de rechtspersoon verwijtbaar is gehandeld. Daar in de praktijk de rechtspersoon vooral wordt vervolgd voor zogenaamde orderingsdelicten, zoals milieuovertredingen, volstaat meestal de schuldvorm van onachtzaamheid (negligence), daar deze categorie van delicten doorgaans geen strengere schuldvorm voorschrijft.<sup>12</sup> Nielsen vat het als volgt samen:

"The law is now clear: a company can only be penalised if the violation was wilful or negligent. Almost all of the relevant legal acts require no more than negligence for applying sanctions to natural persons. In such cases, it is also enough if the company has acted negligently. The question of guilt is typically satisfied by an employee having negligently broken the rules. This is enough. Whether or not any blame attaches to management is irrelevant under Danish law. The company will also be found guilty in cases where management has been very active in ensuring observance of the law. The fact that it is irrelevant whether management has been active or passive is probably the question attracting most debate. But if, in order to obtain judgment against the company, the prosecutor has to prove the manager is personally liable, he may as well bring the charges against him personally. If managerial negligence must be proved, company liability will lose much of its meaning [...] The active employee need not, therefore, be identified. Neither is it required that he has personally acted negligently. Other persons may have ignored their duties. There are, however, two major limitations to a company's liability. The violation could, for example, be caused by force majeure or a similar situation. If that is so, the company is not guilty [...] Another limitation is that the company can be penalised if its employee acts in the interest of the company, and not in his own name or that of a third party, and his action is abnormal. The fact that he is acting contrary to an internal instruction does not make the action abnormal."<sup>13</sup>

## 5. Slotbeschouwing aangaande het Deense recht

In vergelijking met andere Scandinavische landen situeert de Deense aanpak van overheidscriminaliteit zich tussen enerzijds het Zweedse recht, dat zich min of meer naar Duits model concentreert op een bestuursstrafrechtelijke controle op overheden en een strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuele ambtenaren, en het Noorse systeem dat een ongeclausuleerde strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden aanvaardt. Denemarken kent immers de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden, maar anders dan Noorwegen slechts in die gevallen waar het strafbaar feit is gepleegd binnen het kader van een niet-exclusieve overheidstaak. Het Deense systeem situeert zich derhalve tussen de twee uitersten van volledige immuniteit (zoals Zweden, maar ook

---

<sup>11</sup> G.T. Nielsen, *I.c.*, 3.

<sup>12</sup> Zie o.m. M. Faure en G. Heine, *Environmental Criminal Law in the European Union*, Freiburg im Breisgau, Edition Iuscrim, 2000, pp.75-79.

<sup>13</sup> G.T. Nielsen, *I.c.*, 3.

bijvoorbeeld België) en geen immuniteit (zoals Noorwegen). Tot slot kan worden opgemerkt dat de partiële immuniteit van overheden sinds de invoering hiervan in het Deense Strafwetboek nauwelijks ter discussie staat. Het aantal vervolgingen is gering. Het enige probleem dat in de vervolgingspraktijk soms parten speelt, betreft de vraag naar een preciese afbakening tussen exclusieve en niet-exclusieve bestuurstaken, daar dit criterium doorslaggevend is voor de immuniteit.<sup>14</sup>

## **6. Strafbare overheden in Frankrijk, België en Duitsland: een samenvatting<sup>15</sup>**

Met de invoering van de nieuwe Code pénal (CP) kent het Franse strafrecht sinds 1 maart 1994 de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon. In artikel 121-2 CP is voor de staat een ongeclausuleerde strafrechtelijke immuniteit neergelegd: 'Les personnes morales, à l'exclusion de l' État, sont responsables pénalement.' Tegen een strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat verzetten zich zowel de soevereiniteit van de staat, alsook de noodzakelijke continuïteit van de Republiek, waardoor de uitvoering van een eventuele veroordeling onmogelijk wordt. Voor lagere overheden, zoals gemeenten, geldt een partiële immuniteit, namelijk wanneer het strafbare feit is gepleegd binnen de uitvoering van een overheidstaak die niet aan privaatrechtelijke rechtspersonen kan worden gedelegeerd. Het tweede lid van artikel 121-2 CP bepaalt immers dat lagere overheden slechts strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor 'les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.'

België heeft op 4 mei 1999 de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in artikel 5 van het Belgische Strafwetboek (BSw) ingevoerd. De wetgever heeft in artikel 5 lid 4 BSw de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse gemeenschapscommissie, de Vlaamse gemeenschapscommissie en de gemeenschappelijke gemeenschapscommissie aan de regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid onttrokken. De strafrechtelijke aansprakelijkheid is uitgesloten omdat overheden bestaan uit democratisch verkozen organen. Individuele ambtenaren en ambtsdragers blijven wel individueel aansprakelijk voor door overheden gepleegde feiten. De strafrechtelijke immuniteit wordt in beperkte mate gecompenseerd door de eveneens in 1999 gewijzigde gemeente- en provinciewet, op grond waarvan een gemeente en een provincie civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor het betalen van de strafrechtelijke geldboete waartoe de burgemeester, de schepenen of leden van de bestendige deputatie zijn veroordeeld wegens een delict dat ze hebben begaan bij de normale uitoefening van hun ambt

Duitsland kent formeel niet de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon. In het Duitse recht worden strafbare feiten begaan door overheden op tweeërlei wijze aangepakt. Allereerst is er de bestuursstrafrechtelijke mogelijkheid om overheden rechtstreeks te sanctioneren via een oplegging van de in § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz neergelegde administratieve geldboete. In de tweede plaats kunnen via de zogenaamde

<sup>14</sup> Th. S. Mathiasen, Deens ministerie van Justitie (vraaggesprek november 2001)

<sup>15</sup> Voor een uitgebreide rechtsvergelijkende analyse zie D. Roef, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring (diss.)*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

Organ- und Vertreterhaftung van § 14 van het Duitse Strafwetboek (StGB)  
bestuursfunctionarissen strafrechtelijk worden vervolgd voor delicten die binnen  
overheidskader zijn begaan (Amtsträgerstrafbarkeit).



## Bijlage D

### Resultaten enquête landen van de Raad van Europa

land	vraag 1: strafrechtelijke aansprakelijkheid staat	vraag 2: aansprakelijkheid decentrale overheden	opmerkingen
Andorra	nee	nee	
Hongarije	nee	nee	Wet in de maak voor strafrechtelijk aansprakelijkheid rechtspersonen, die uitdrukkelijk overheidsorganen uitsluit
Letland	nee	nee	
Liechtenstein	nee	nee	Geen aansprakelijkheid van rechtspersonen
Litouwen	nee	nee	Geen aansprakelijkheid van rechtspersonen
Malta	nee	nee	
Noorwegen	ja	ja	
Polen	nee	nee	
Rusland	nee	nee	
Slowakije	nee	nee	
Tsjechië	nee	nee	
Zwitserland	nee	nee	
<b>(tevens lidstaat EU)</b>			
België	nee	nee	
Denemarken	ja	ja	
Duitsland	nee	"nog niet beslist"	
Finland	nee	nee	
Frankrijk	nee	ja	
Griekenland	nee	nee	
Ierland	ja	ja	
Italië	nee	nee	
Luxemburg	nee	nee	
Oostenrijk	nee	nee	
Portugal	nee	nee	
Spanje	nee	nee	
Verenigd Koninkrijk	nee	ja	
Zweden	nee	nee	



## Bijlage E

### Lijst van geraadpleegde Nederlandse literatuur

- Chr. Brants en R. de Lange, Strafvervolgning van overheden (Gouda Quint 1996)  
Chr. Brants, The King can do no wrong, DD 1996, p. 509-532 en 655-659  
Chr Brants, MRT 1998, p. 309-319  
Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (voorzitter: F.C.M.A. Michiels), Handhaven op niveau, Deventer 1998  
G.J.M. Corstens, annotatie bij HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598  
A.J.A. van Dorst, conclusie bij HR 23 april 1996, NJ 1996, 513  
D.J. Elzinga, Heethoofdige reacties op het Pikmeerarrest, Binnenlands Bestuur 1997, p. 39  
J.W. Fokkens, DD 1980, p. 403-404  
J.W. Fokkens, conclusie bij HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598  
J.W. Fokkens, conclusie bij HR 23 april 1996, NJ 1996, 513  
A.M. Franssen, Crimineel overheidsgedrag in de doofpot, NJB 1997, p. 10-15  
A.C. 't Hart, annotatie bij HR 23 april 1996, NJ 1996, 513  
H.Ph.J.A.M. Hennekens, De Gemeentestem 1991, p. 330 e.v.  
H.Ph.J.A.M. Hennekens, De Gemeentestem 1998, p. 3  
H.Ph.J.A.M. Hennekens, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal (afscheidsrede Nijmegen 2001)  
J. de Hullu, annotatie bij HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367  
J. de Hullu, De Staat zelf in de verdachtenbank ? AA 1995, p. 50-56  
L.H.C. Hulsmann, preadvies NJV 1966 over strafbaarheid van rechtspersonen  
J.A.E. van der Jagt, Decentraal bestuur vervolgbaar ? (Gouda Quint 2000)  
F.C. Kist, preadvies NJV 1966 over strafbaarheid van rechtspersonen  
A. de Koning en H. Nijboer, Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de Nederlandse Staat, NJB 1997, p. 680-682  
Y. van Kuijk en A. de Lange, Strafvervolgning van overheden, Opportuun 1997, afl. 7, p. 12/13  
L.C.M. Meijers, conclusie bij HR 10 november 1987, NJ 1988, 303  
G.E. Mulder en J.W. Fokkens, De rechtspersoon als dader, NJB 1976, 493  
G.E. Mulder, annotatie bij HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474  
J.A.F. Peters, Wordt vervolgd: aantekeningen bij het Pikmeer II-arrest, NTB 1998 p. 31-35  
J. Rimmelink, Strafrechtelijke vervolging van openbare lichamen, NJB 1998, p. 19  
D. Roef, Kan de Staat in zijn eigen staart bijten ? DD 1995, p. 332-348  
D. Roef, Strafvervolgning van overheden, AA 2001, p. 142-149  
D. Roef, Strafbare overheden (diss. Maastricht 2001)  
Th.A. de Roos, Het Pikmeerarrest en zijn gevolgen, AA 1997, p. 226-233  
Th.A. de Roos, Geen strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de Staat ? AA 2000, p. 92-96  
T.M. Schalken, Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?, DD 2001, p. 115-117  
S.A.M. Stolwijk, Retoriek en realiteit in Volendam, DD 2001, p. 525-530  
A.L.J. van Strien, De rechtspersoon in het strafrecht (diss. RUL 1996)  
A.L.J. van Strien, DD 1987, p. 584 e.v.  
S. van Thiel, Quangocratization: Trends, Causes and Consequences, (diss. UU 2000)  
R.A. Torringa, Strafbaarheid van rechtspersonen (diss. RUG 1984)  
Th.W. van Veen, annotatie bij HR 10 november 1987, NJ 1998, 303  
Th. W. van Veen, De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, RM Themis 2000, p. 163-167  
I. van der Vlies, Het tweede Pikmeer-arrest, AA 1998, p. 306-313  
W.J. Witteveen e.a., Strafbaarheid van overheden, Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 15, Deventer 1998  
J. Wortel, Verdachte overheden, NJB 1988, p. 1515-1519