

Gelijke monniken gelijke kappen, maar is de overheid wel een gelijke?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de
strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse
overheid.



Veerle Jongbloed

In opdracht van het gerechtshof 's-Hertogenbosch,
kenniscentrum Milieu en Gezondheid

Hedel, 9 januari 2017

Gelijke monniken gelijke kappen, maar is de overheid wel een gelijke?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de
strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse
overheid.

Classificatie: Openbaar

Plaats/datum:	Hedel, 9 januari 2017
Auteur:	Veerle Jongbloed
Studentnummer:	2058647
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Afstudeerorganisatie:	Gerechtshof 's-Hertogenbosch, kenniscentrum Milieu en Gezondheid
Afstudeerperiode:	september 2016 – januari 2017
Eerste stagedocent:	dhr. mr. J.D. Wesseling
Tweede stagedocent:	mw. mr. A.K.P. Cobben
Stagementor:	dhr. mr. dr. F.P.E. Wiemans

Voorwoord

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport “Gelijke monniken gelijke kappen, maar is de overheid wel een gelijke?”. De afgelopen periode heeft voor mij in het teken gestaan van dit onderzoeksrapport. Ik heb mijn afstudeerperiode bij het gerechtshof als zeer prettig en leerzaam ervaren. Ik dank de medewerkers van het kenniscentrum Milieu en Gezondheid van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, en de overige medewerkers van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, dan ook bij hun hulp bij de totstandkoming van dit onderzoeksrapport. Ik wil een aantal personen in het bijzonder bedanken voor hun bijdrage. Het onderwerp van dit onderzoeksrapport heb ik verkregen van mijn stagementordhr. mr. dr. F.P.E. Wiemans, waarvoor dank. Verder dank ik dhr. mr. dr. F.P.E. Wiemans voor zijn goede begeleiding en feedback. Ik dank dhr. prof. dr. mr. A.R. Hartmann voor zijn ongekende enthousiasme tijdens het sparren over dit onderzoeksrapport. Ik dank mw. drs. mr. E.C. Huijsmans en mw. mr. S.J.F. Heirman voor hun praktische ondersteuning en de, altijd aanwezige, bereidheid mijn vragen te beantwoorden. Tot slot wil ik graag mijn stagedocent dhr. mr. J.D. Wesseling bedanken voor zijn uitvoerige feedback op de door mij ingeleverde stukken en de behulpzaamheid tijdens het gehele proces naar dit onderzoeksrapport toe.

Ik wens u veel plezier tijdens het lezen van dit onderzoeksrapport.

Veerle Jongbloed

's-Hertogenbosch, 9 januari 2017.

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Samenvatting:	7
Begrippenlijst:	8
Lijst van afkortingen:	9
Hoofdstuk een: inleiding.	1
§ 1.1 Introductie van de organisatie:	1
§ 1.2 Probleembeschrijving c.q. aanleiding voor het onderzoek:	1
§ 1.3 Centrale vraag:	3
§ 1.4 Doelstelling:	3
§ 1.5 Deelvragen:	3
§ 1.6 Verantwoording:	4
§ 1.7 Leeswijzer:	6
Hoofdstuk twee: het juridisch kader omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. .	7
§ 2.1 Kernbegrippen	7
§ 2.1.1 Strafrechtelijke aansprakelijkheid	7
§ 2.1.2 Immunititeit	7
§ 2.1.3 Publiekrechtelijk rechtspersoon	7
§ 2.1.4 Overheid	8
§ 2.2 Het wettelijk kader	8
§ 2.2.1 Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht	8
§ 2.2.2 Memorie van Toelichting	8
§ 2.3 Het jurisprudentiele kader	9
§ 2.3.1 De Staat	9
§ 2.3.2 Voorlopers van de Pikmeer-arresten	10
§ 2.3.3 De Pikmeer-arresten	10
§ 2.4 Recente rechtspraak	11
§ 2.4.1 Vuurwerkram্প Enschede	11
§ 2.4.2 Otapan	12
§ 2.4.3 Probo Koala	12
§ 2.4.4 Geen strafrechtelijke immunititeit	12
§ 2.5 Parlementaire ontwikkelingen	13
§ 2.5.1 De commissie Roelvink	13
§ 2.5.2 Wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immunititeit van de overheid	14

§ 2.6 Tussenconclusie.....	15
Hoofdstuk drie: argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.....	16
§ 3.1 Argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.....	16
§ 3.2 Tussenconclusie:	19
Hoofdstuk vier: argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.	20
§ 4.1 Argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.....	20
§ 4.2 Tussenconclusie	22
Hoofdstuk vijf: jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht.	23
§ 5.1 Jurisprudentie EHRM.....	23
§ 5.1.1 Artikel 2 EVRM.....	23
§ 5.1.2 Osman/Verenigd Koninkrijk	24
§ 5.1.3 Öneriyildiz/Turkije	24
§ 5.1.4 Budayeva/Rusland en Kolyadenko/Rusland.....	25
§ 5.2 Het EU-recht en de Otapan-zaak.....	25
§ 5.3 Wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid	27
§ 5.4. De betekenis van de behandelde jurisprudentie voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in Nederland.....	29
§ 5.5 Tussenconclusie	30
Hoofdstuk zes: bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid.	31
§ 6.1 Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid.....	31
§ 6.1.1 Bestuurlijke boete	31
§ 6.1.2 Overtredingen door rechtspersonen.....	31
§ 6.1.3 Rol van de strafrechtelijke immuniteit bij de inwerkingtreding vierde tranche Awb.	32
§ 6.2 Uitwerking bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in de jurisprudentie	32
§ 6.2.1 Vuilniswagen Purmerend:	32
§ 6.2.2 ABRvS 22 november 2006:	33
§ 6.2.3 ABRvS 23 april 2008:	33
§ 6.2.4 ABRvS 12 mei 2010:.....	34
§ 6.3 Het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid.	35
§ 6.4 Tussenconclusie:	36
Hoofdstuk zeven: conclusies en aanbevelingen.	37
§ 7.1 Conclusies.....	37
7.2 Aanbevelingen ten behoeve van een beoordelingskader.....	38
§ 7.3 Algemene aanbevelingen.....	40
Literatuur- en bronnenlijst:	41

Samenvatting:

Dit onderzoeksrapport is geschreven in opdracht van het gerechtshof 's-Hertogenbosch, kenniscentrum Milieu en Gezondheid. Ter bijdrage aan de rechterlijke oordeelsvorming is in dit onderzoeksrapport antwoord gegeven op de volgende vraag: *'Welke aanbevelingen kunnen aan het kenniscentrum Milieu en Gezondheid worden gedaan ten behoeve van een beoordelingskader voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid, in het licht van de Nederlandse, internationale en Europese rechtsontwikkelingen die zich sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer-jurisprudentie hebben voorgedaan?'*

Uit hoofdstuk twee blijkt dat op grond van de wet publiekrechtelijke rechtspersonen in strafrechtelijk aansprakelijk zijn, maar dat in de jurisprudentie is bepaald dat de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk is, oftewel volledige strafrechtelijke immuniteit geniet. Decentrale overheden zijn in principe wel strafrechtelijk aansprakelijk, maar niet wanneer het strafbare feit is gepleegd tijdens de uitoefening van een exclusieve bestuursstaak.

In hoofdstuk drie worden argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid behandeld. Het gelijkheidsbeginsel, normbevestiging, en het verkleinen van de afstand tussen de overheid en de burger zijn daarvan de belangrijkste. In hoofdstuk vier staan argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De belangrijkste daarvan zijn doorkruising van het politieke verantwoordingsproces, de symbolische werking van een straf opgelegd aan de Staat en het vestzak-broekzak argument.

Hoofdstuk vijf geeft weer welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan de jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht kunnen worden ontleend. Aan het EU-recht kunnen argumenten voor noch tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden ontleend. Aan de jurisprudentie van het EHRM echter wel. Een argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is het standpunt dat feitelijk leiding- en opdrachtgevers meedelen in de immuniteit van de overheid niet in overeenstemming is met de verplichtingen gesteld door het EHRM. Een argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid is dat het EHRM niet snel zal bepalen dat de immuniteit van de Staat in strijd is met het EVRM.

Uit hoofdstuk zes blijkt dat aan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid als argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan worden gezegd dat als het binnen het bestuursrecht kan, waarom binnen het strafrecht niet? Als argument tegen kan worden gezegd dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid overbodig is naast de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid.

Aanbevolen wordt om in elk geval de volgende aspecten op te nemen in een beoordelingskader. In de inleiding; hoe de immuniteit van de overheid in de jurisprudentie tot stand is gekomen. Onder beoordeling; de relevante arresten van de Hoge Raad, het EHRM en de Raad van State opnemen, inclusief de vakliteratuur daaromtrent. Onder toepassing; recente voorbeelden uit de jurisprudentie. Verder wordt aanbevolen om de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, die kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM en de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid, om te zetten in bouwstenen. Verder worden algemene aanbevelingen gedaan, zoals het volgen van de ontwikkelingen in de politiek en de EHRM rechtspraak omtrent dit onderwerp, en het verbreden van de kennis over dit onderwerp door het opstellen van een Wiki Juridica pagina.

Begrippenlijst:

Artikel 12 Sv procedure: wanneer een OvJ niet tot vervolging overgaat, de vervolging staakt of een strafbeschikking uitvaardigt, kunnen rechtstreeks belanghebbenden hun beklag doen bij het gerechtshof binnen het arrondissement waar een van voormelde beslissingen genomen is. Indien het gerechtshof oordeelt dat een vervolging haalbaar en opportuun is, beveelt zij alsnog vervolging.

Bewuste culpa: de dader is zich bewust van het risico, maar heeft erop vertrouwd dat het zich niet zou realiseren.

Commune delicten: delicten die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht.

Decentrale overheid: provincies, gemeenten en waterschappen met elk rechtspersoonlijkheid en bevoegdheden binnen hun eigen provincie, gemeente of waterschap.

Gelijkheidsbeginsel: gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden.

Immunititeit: het gevrijwaard zijn van machtsuitoefening door de overheid.

Omissiedelicten: delicten die bestaan uit het nalaten van dingen die men wel behoorde te doen.

Onbewuste culpa: de dader was zich niet bewust van het risico.

Ordeningsdelicten: ordeningsregelgeving op het gebied van bijvoorbeeld milieu, arbeidsomstandigheden en ruimtelijke ordening, met name strafbaar gesteld in de Wet economische delicten.

Overheidsfunctionaris: een persoon die een functie bekleedt bij de overheid.

Publiekrechtelijk rechtspersoon: een rechtspersoon die is ingesteld om overheidstaken uit te voeren.

Rechtspersoon: onderneming of instelling dat als rechtssubject kan deelnemen aan het rechtsverkeer.

De Staat: de Staat der Nederlanden, Nederland als publiekrechtelijke rechtspersoon.

Lijst van afkortingen:

Advocaat-generaal	A-G
Algemene wet bestuursrecht	Awb
Burgerlijk wetboek	BW
Europees Hof voor de Rechten van de Mens	EHRM
Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens	EVRM
Grondwet	GW
Memorie van toelichting	MvT
Officier van justitie	OvJ
Openbaar Ministerie	OM
Stichting Maatschappij en Veiligheid	SMV
Wetboek van Strafrecht	Sr
Wetboek van Strafvordering	Sv
Verdrag inzake de werking van de Europese Unie	VwEU
Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften	WAHV
Wet arbeid vreemdelingen	Wav

Hoofdstuk een: inleiding.

§1.1 Introductie van de organisatie:

Het onderzoek is verricht in opdracht van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch (verder: gerechtshof), meer specifiek: het kenniscentrum Milieu en Gezondheid. Het ressort van het gerechtshof omvat de arrondissementen Oost-Brabant, Limburg en Zeeland-West-Brabant en behandelt hoger beroepzaken op alle gebieden met uitzondering van sociale zekerheids- en ambtenarenzaken en overige zaken op bestuursrechtelijk gebied. Het kenniscentrum Milieu en Gezondheid, verbonden aan het gerechtshof, is een van de kenniscentra verspreid over meerdere rechtbanken en gerechtshoven welke individueel gespecialiseerd zijn in verschillende aandachtsgebieden. Gezamenlijk hebben de kenniscentra het doel bij te dragen aan de rechtelijke oordeelsvorming. Het kenniscentrum in 's-Hertogenbosch (verder: kenniscentrum) heeft een landelijke functie en richt zich voornamelijk op de volgende rechtsgebieden: milieu- en medisch strafrecht, omgevingsrecht en gezondheidsrecht. Het kenniscentrum houdt zich onder andere bezig met het bundelen, beheren en verspreiden van kennis op het gebied van milieu- en gezondheidsrecht en het organiseren van jaarlijkse themadagen voor de zittende magistratuur en de juridische ondersteuning. Een belangrijke taak van het kenniscentrum is daarnaast de zorg over informatiepagina's met betrekking tot milieu en gezondheid op Wiki Juridica, het digitale informatiesysteem van de rechtspraak. Op deze informatiepagina's worden onder andere beoordelingskaders voor bepaalde gecompliceerde onderwerpen geplaatst. Beoordelingskaders zijn algemene lijnen die kunnen worden gevolgd bij de beoordeling van rechtszaken. Aan de hand van deze beoordelingskaders kunnen leden van de rechterlijke macht een eigen oordeel vellen over bepaalde zaken. Beoordelingskaders worden ontwikkeld door en voor rechtspraakmedewerkers en vormen tegenwoordig een belangrijke aanvulling op juridische handboeken. Beoordelingskaders zijn als volgt opgebouwd. Allereerst wordt het onderwerp geïntroduceerd, vervolgens volgt het beoordelingskader en de toepassing daarvan en als laatste volgen de bouwstenen die gebruikt kunnen worden in een uitspraak.¹

§ 1.2 Probleembeschrijving c.q. aanleiding voor het onderzoek:

Sinds het Volkel-arrest kan de Nederlandse centrale overheid (lees de Staat) niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, ofwel er kan geen geslaagde strafrechtelijke vervolging tegen de Staat worden ingesteld. Anders gezegd, geniet de Staat volledige strafrechtelijke immuniteit.² Voor decentrale overheden geldt sinds het Pikmeer II arrest dat zij strafrechtelijk aansprakelijk zijn, behalve wanneer het strafbare feit is gepleegd in het kader van het uitvoeren van een aan het bestuursorgaan opgelegde exclusieve bestuurstaak. In dat geval geniet de decentrale overheid namelijk strafrechtelijke immuniteit.³

Genoemde uitspraken hebben geleid tot een vergaande discussie omtrent de vraag of de Staat en de decentrale overheden wel of niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden.⁴ Naar aanleiding van deze discussie is het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid ingediend welke de strafrechtelijke immuniteit van de overheid, zoals deze is neergelegd in de jurisprudentie, weg zou nemen.⁵ Het wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen, maar door de Eerste Kamer in november 2015 verworpen met één stem verschil. Dit is typerend voor de verdeeldheid omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid (verder: overheid).

¹ 'Kenniscentra', www.rechtspraak.nl (zoek op *kenniscentra*).

² HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598.

³ HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367.

⁴ Hendriks 2010, p. 135.

⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 2.

Met de verwerping van dit wetsvoorstel is de problematiek omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voor het gerechtshof echter niet opgelost, al dan niet opnieuw in het leven geroepen. Allereerst betekent verwerping van dit ene wetsvoorstel niet dat er geheel onwelwillend tegen een vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wordt aangekeken. Daarnaast ligt het in de huidige tijd, gelet op maatschappelijke ontwikkelingen en acties van milieugroepen zoals Greenpeace, in de verwachting van het kenniscentrum dat de vraag naar strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wederom aan de rechter wordt voorgelegd, juist nu de politiek recent niet tot een regeling is gekomen.

Zoals gezegd, wordt er voor bepaalde gecompliceerde onderwerpen binnen de rechtspraak gewerkt met beoordelingskaders. Een beoordelingskader over het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ontbreekt momenteel. Dat terwijl een dergelijk beoordelingskader, gezien het vorenstaande, juist nu belangrijk is ter ondersteuning van leden van de rechterlijke macht bij hun rechterlijke oordeelsvorming. Er is dus behoefte aan een beoordelingskader voor zaken waar strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid een rol speelt. Dit beoordelingskader zal echter wat anders opgebouwd zijn en inhouden dan gebruikelijk. Normaliter geeft een beoordelingskader weer welke rechtsregels volgen uit jurisprudentie van de Hoge Raad en hoe deze rechtsregels toegepast kunnen worden.

Het probleem bij het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is echter dat deze jurisprudentie wellicht niet meer toereikend is. In de literatuur en in de politiek wordt aanhoudend gediscussieerd over dit onderwerp. Verder is er jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) waaruit zou kunnen worden afgeleid dat in bepaalde gevallen strafrechtelijke vervolging van de overheid mogelijk zou moeten zijn.⁶ Daarnaast worden via het bestuursrecht bestuurlijke boetes, punitieve sancties, opgelegd aan de overheid. Men kan zich afvragen waarom dat via het bestuursrecht wel kan en via het strafrecht niet. Genoemde aspecten kunnen van invloed zijn op de rechterlijke oordeelsvorming over een zaak met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Wanneer elk lid van de rechterlijke macht dit alles steeds opnieuw zou moeten uitzoeken, zou dit onevenredig veel tijd kosten. Daarom is deze kennis ten behoeve van een beoordelingskader vereist.

Het kenniscentrum heeft vanuit haar taakstelling het doel om de zittende magistratuur van kennis te voorzien. Het kenniscentrum wil daarom uitgezocht hebben wat de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn, welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht en welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen worden ontleend aan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid.

Het onderzoeksrapport zal worden gebruikt voor een beoordelingskader over het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Aan de leden van de zittende magistratuur worden met het onderzoeksrapport instrumentenverschafft aan de hand waarvan zij zelf tot een gedegen rechterlijk oordeel kunnen komen. Zodoende wordt bijgedragen aan de rechterlijke oordeelsvorming. Daarnaast zullen de resultaten van het onderzoek worden gebruikt op de themadag: 'aansprakelijkheid van overheden', gehouden op vrijdag 7 april 2017 in het Paleis van Justitie in 's-Hertogenbosch. De themadag is slechts toegankelijk voor rechtspraakmedewerkers.

⁶Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (Öneryildiz/Turkije).

§ 1.3 Centrale vraag:

Het doel van onderhavig onderzoek is antwoord geven op de volgende vraag:

Welke aanbevelingen kunnen aan het kenniscentrum Milieu en Gezondheid worden gedaan ten behoeve van een beoordelingskader voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid, in het licht van de Nederlandse, internationale en Europese rechtsontwikkelingen die zich sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer-jurisprudentie hebben voorgedaan?

§ 1.4 Doelstelling:

Het doel is om op 10 januari 2017 een onderzoeksrapport op te leveren aan het kenniscentrum Milieu en Gezondheid waarin aanbevelingen zijn opgenomen ten behoeve van een beoordelingskader voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid zodat het kenniscentrum de verworven kennis uit het onderzoeksrapport en de aanbevelingen kan gebruiken bij het opstellen van een beoordelingskader voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid en voor de themadag 'aansprakelijkheid van overheden', om zodoende een bijdrage te leveren aan de rechterlijke oordeelsvorming.

§ 1.5 Deelvragen:

Aan de hand van onderstaande deelvragen en subdeelvragen wordt de kennis verkregen die vereist is om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag.

1. Op welke manier is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid geregeld?

- 1.1 Wat is er wettelijk geregeld omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 1.2 Hoe is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat nader uitgewerkt in de jurisprudentie?
- 1.3 Hoe is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse decentrale overheid nader uitgewerkt in de jurisprudentie?
- 1.4 Hoe wordt er in recente uitspraken invulling gegeven aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 1.5 Wat zijn de parlementaire ontwikkelingen met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?
- 1.6 Tussenconclusie

2. Wat zijn argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

- 2.1 Welke argumenten zijn er binnen de rechtspraak te vinden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 2.2 Welke argumenten zijn er binnen de vakliteratuur te vinden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 2.3 Welke argumenten zijn er in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid te vinden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?
- 2.4 Welke argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden naar voren gebracht tijdens de gehouden interviews?
- 2.5 Tussenconclusie

3. Wat zijn argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

- 3.1 Welke argumenten zijn er binnen de rechtspraak te vinden tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 3.2 Welke argumenten zijn er binnen de vakliteratuur te vinden tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 3.3 Welke argumenten zijn er in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid te vinden tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?
- 3.4 Welke argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden naar voren gebracht tijdens de gehouden interviews?
- 3.5 Tussenconclusie

4. Welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht?

- 4.1 Welke jurisprudentie van het EHRM is van belang voor het leerstuk strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 4.2 Welke jurisprudentie met betrekking tot het EU-recht is van belang voor het leerstuk strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 4.3 Wat betekent deze jurisprudentie voor de huidige regeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 4.4 In hoeverre is deze jurisprudentie van invloed geweest bij de afweging om het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid te verwerpen?
- 4.5 Tussenconclusie

5. Welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen worden ontleend aan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de Nederlandse overheid?

- 5.1 Wat is er wettelijk geregeld omtrent bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?
- 5.2 Hoe is de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid nader uitgewerkt in de jurisprudentie?
- 5.3 In hoeverre is de mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving jegens de overheid van invloed geweest bij de afweging om het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid te verwerpen?
- 5.4 Tussenconclusie

§ 1.6 Verantwoording:

Op welke manier is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid geregeld?

Ter beantwoording van deze deelvraag wordt eerst het wettelijk kader uitgezocht via een rechtsbron, het Wetboek van Strafrecht, en de Memorie van Toelichting bij de inwerkingtreding van de algemene bepalingen omtrent de strafbaarstelling van rechtspersonen, zijnde een Kamerstuk van de Tweede Kamer. Daarnaast wordt jurisprudentie geraadpleegd. Voorbeelden van jurisprudentie die wordt geraadpleegd, zijn het Volkel-arrest en de Pikmeer-arresten, omdat in deze arresten de huidige stand van het recht omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn neergelegd. Voor een volledige weergave van het proces naar de strafrechtelijke immuniteit van de overheid toe en de bevestiging daarvan in latere arresten, wordt tevens andere jurisprudentie geraadpleegd, bijvoorbeeld het Probo Koala arrest en de Otapan-zaak. Ook wordt een aantal uitspraken opgenomen waarbij werd geoordeeld dat er geen sprake was van strafrechtelijke immuniteit voor de desbetreffende overheid. Aan de hand van documenten van de Staten-Generaal wordt het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke

immuniteit van de overheid besproken. Ter definiëring van een aantal begrippen, maar ook ter bevordering van de efficiëntie, wordt ook gebruik gemaakt van vakliteratuur en internet. Om de betrouwbaarheid van de internet bronnen te waarborgen, is slechts gezocht via juridische databanken zoals Legal Intelligence en Kluwer Navigator. Daarnaast wordt middels interviews gebruik gemaakt van input door personen, rechters op het gebied van strafrecht/bestuursrecht. De methodes die gebruikt worden ter beantwoording van deze deelvraag zijn de inhoudsanalyse en interviews. Door gebruik te maken van verschillende bronnen en methoden wordt op een vakkundige manier antwoord gegeven op deze deelvraag.

Wat zijn argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?

Ter beantwoording van deze deelvraag wordt gebruik gemaakt van verschillende bronnen, omdat argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in verschillende bronnen te vinden zijn. Ten eerste zal ter beantwoording van deze deelvraag gebruik gemaakt worden van documenten van de Staten-Generaal. Tevens wordt naar argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gezocht in de jurisprudentie en de vakliteratuur. Bovenstaande bronnen zijn ingezet, omdat dit valide bronnen zijn. De vakliteratuur wordt ingezet in combinatie met het internet. Binnen de rechtspraak wordt steeds meer gewerkt met elektronische bronnen. Via internet kan vakliteratuur op een efficiënte manier gezocht worden. Door deze twee bronnen te combineren wordt het voordeel van de efficiëntie van het zoeken via internet en de betrouwbaarheid van de vakliteratuur gecombineerd. Daarnaast wordt ter beantwoording van deze deelvraag gebruik gemaakt van personen. De methodes die zijn gehanteerd, zijn inhoudsanalyse en interviews.

Wat zijn argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid?

Om deze deelvraag te beantwoorden, wordt gebruik gemaakt van dezelfde soort bronnen als voor de vorige deelvraag. Tevens worden dezelfde methoden ingezet, namelijk inhoudsanalyse, om zodoende de voor het onderzoek relevante informatie uit de bronnen te halen, en interviews.

Welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht?

Om bovenstaande deelvraag te beantwoorden, wordt allereerst gebruik gemaakt van de rechtsbronnen verdragen, bijvoorbeeld het EVRM en verordeningen van de EU, Nederlandse jurisprudentie en jurisprudentie van het EHRM. Om nadere invulling te geven aan wat in de jurisprudentie is bepaald, wordt tevens gebruik gemaakt van vakliteratuur en interviews met leden van de rechterlijke macht. De jurisprudentie van het EHRM is meermaals in de vakliteratuur en in de documenten van de Staten-Generaal gebruikt als argument voor c.q. tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Zodoende worden deze bronnen geraadpleegd. De personen worden ingezet middels de methode interviews en de overige bronnen zijn geraadpleegd via de methode inhoudsanalyse.

Welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen worden ontleend aan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de Nederlandse overheid?

Ter beantwoording van deze deelvraag wordt allereerst het wettelijk kader omtrent bestuurlijke boetes en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid uitgezocht in de Algemene wet Bestuursrecht en de Memorie van Toelichting bij de invoering van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast wordt een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en een uitspraak van de Hoge Raad besproken om weer te geven hoe er binnen het bestuursrecht wordt

gedacht over bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Verder wordt er gebruik gemaakt van documenten van de Staten-Generaal om te bezien in hoeverre de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid daar is besproken. Verder wordt gebruik gemaakt van vakliteratuur en van personen. Middels de methoden interviews en inhoudsanalyse wordt deze deelvraag beantwoord.

De gehouden interviews:

Wat de gehouden interviewsbetreft, is er, gezien de wens hiertoe van de geïnterviewde rechters, gekozen om de antwoorden van de geïnterviewde raadsheren/rechters anoniem te houden. Er zijn twee raadsheren strafrecht geïnterviewd, een rechter in opleiding strafrecht en een bestuursrechter. Omdat slechts een van de geïnterviewde rechters een vrouw is en vanuit de geïnterviewde rechters de wens is gekomen om de antwoorden te anonimiseren, is gekozen om iedere geïnterviewde rechter aan te halen als zijnde mannelijk. In bijlage II zijn de interviews opgenomen.

§ 1.7 Leeswijzer:

Hoofdstuk twee omvat het juridisch kader. In hoofdstuk drie worden argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid weergegeven. In hoofdstuk vier worden argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid weergegeven. In hoofdstuk vijf worden verschillende uitspraken van het EHRM met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid geanalyseerd, alsmede een Nederlandse uitspraak met betrekking tot het EU-recht. Na analyse wordt gekeken welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid daaraan ontleend kunnen worden. In hoofdstuk zes wordt de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid, in de zin van het opleggen van een bestuurlijke boete, uitgezocht. Daarna wordt gekeken welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid daaraan ontleend kunnen worden. In hoofdstuk zeven worden de conclusies aan de hand van het onderzoek genomen en worden aanbevelingen gedaan.

Hoofdstuk twee: het juridisch kader omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.

Dit hoofdstuk omvat het juridisch kader omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en is als volgt opgebouwd. Eerst worden de kernbegrippen van dit onderzoek uitgelegd. Daarna volgt een weergave van het wettelijk kader. Vervolgens volgt een uiteenzetting van het juridisch kader zoals deze later in de jurisprudentie is gevormd en toegepast. Verder volgt een bespreking van het verloop van het wetsvoorstel 'opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid'. Tot slot wordt een tussenconclusie gegeven.

§ 2.1 Kernbegrippen

Om erachter te komen op welke manier de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid geregeld is, zal eerst duidelijk moeten worden wat deze strafrechtelijke aansprakelijkheid en andere kernbegrippen voor het onderzoek inhouden.

§ 2.1.1 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

In de wet- en regelgeving zijn gedragingen opgenomen die niet worden getolereerd door de overheid. Iemand die zich schuldig maakt aan het verrichten van deze niet-getolereerde gedragingen kan daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Diegene moet dan verantwoording afleggen voor diens gedragingen en worden bestraft, bijvoorbeeld door middel van het uitzitten van een celstraf of het betalen van een geldboete.

§ 2.1.2 Immuniteit

In het recht betekent immuniteit het gevrijwaard zijn van machtsoefening door de overheid ofwel: de overheid kan geen macht over bepaalde personen, of groepen personen, uitoefenen.⁷ Het internationaal publiekrecht maakt een onderscheid tussen immuniteit en onschendbaarheid. Onschendbaarheid ziet op iedere concrete uitoefening van staatsmacht, zoals aanhouding of het aftappen van een telefoon.⁸ Wanneer een geslaagd beroep wordt gedaan op de vervolgingsuitsluitingsgrond immuniteit, komt de rechter niet toe aan de inhoudelijke behandeling van een zaak en wordt het Openbaar Ministerie (verder: OM) niet-ontvankelijk verklaard. Er wordt als het ware een blokkade opgericht waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het desbetreffende overheidsorgaan niet vastgesteld kan worden, zo vatte een geïnterviewde rechter immuniteit samen.⁹ Een bekend voorbeeld waarbij de rechters in eerste aanleg en hoger beroep het OM niet-ontvankelijk verklaarden wegens immuniteit van de overheid is de zogeheten Probo Koala zaak.¹⁰ Deze zaak zal later in dit hoofdstuk nader toegelicht worden.

§ 2.1.3 Publiekrechtelijk rechtspersoon

Art. 134 van de Grondwet (verder: GW) stelt dat bij of krachtens de wet openbare lichamen kunnen worden ingesteld. Art. 2:1 van het Burgerlijk wetboek (verder: BW) bepaalt welke openbare lichamen rechtspersoonlijkheid bezitten, namelijk de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen. Andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt. Dat deze rechtspersonen publiekrechtelijk zijn, betekent dat zij ingesteld zijn om overheidstaken uit te voeren. Concluderend zijn bovengenoemde onderdelen van de overheid publiekrechtelijke rechtspersonen.

⁷ Sliedrecht 2013, p. 145.

⁸ Nollkaemper 2011, p.130.

⁹ Zie bijlage II.II

¹⁰ HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765.

§ 2.1.4 Overheid

Met de overheid wordt in dit onderzoek bedoeld de Staat, ambtenaren van de Staat, decentrale overheden en ambtenaren van decentrale overheden. Omdat sommige bepalingen of argumenten slechts betrekking hebben op een onderdeel van de overheid, bijvoorbeeld de Staat, wordt soms verwezen naar de gehele overheid en soms naar een gedeelte van de overheid.

§ 2.2 Het wettelijk kader

Nu duidelijk is wat de belangrijkste begrippen ter beantwoording van deze deelvraag voor betekenis hebben, komt de inhoudelijke bespreking van de strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen aan bod.

§ 2.2.1 Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht

De mogelijkheid voor rechtspersonen om strafbare feiten te plegen, is vastgelegd in art. 51 van het Wetboek van Strafrecht (verder: Sr). Dit artikel luidt als volgt:

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 tezamen.*
3. *Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.*

In dit artikel wordt slechts gesproken over natuurlijke personen en rechtspersonen. Dit artikel maakt geen onderscheid tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit artikel sluit strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijk rechtspersonen, lees (onderdelen van) de overheid, niet uit.

§ 2.2.2 Memorie van Toelichting

In de Memorie van Toelichting (verder: MvT) bij de vaststelling van algemene bepalingen omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen wordt er, wat betreft de overheid, onderscheid gemaakt tussen enerzijds het plegen van een strafbaar feit verband houdende met het uitvoeren van een algemene of specifieke bestuurstaak waarmee de publiekrechtelijke rechtspersoon is belast en anderzijds het plegen van een strafbaar feit bij de uitvoering van een ondernemingsactiviteit die niet slechts door de overheid, maar ook door particulieren, uitgevoerd kan worden.

Dit onderscheid is van belang, omdat de Minister van Justitie vond dat in het eerste geval bestuurlijke verantwoording zou moeten worden afgelegd en geen strafrechtelijke. In het tweede geval zou er wel strafrechtelijke verantwoording moeten worden afgelegd.¹¹

Uit de MvT blijkt verder dat een bestuurder, die zelf alle bestanddelen van een strafbaar feit heeft verwezenlijkt, wel strafrechtelijk vervolgd kan worden. De paragraaf gewijd aan de strafbaarstelling van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt geëindigd met de opmerking dat het niet verstandig lijkt om de bevoegdheid van het OM om publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk te vervolgen uit te sluiten. Er zijn namelijk situaties denkbaar waarin het niet vervolgen van strafbare feiten verricht door

¹¹Kamerstukken II 1975/76, 13655, 3, p. 21.

publiekrechtelijke rechtspersonen in strijd is met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel.¹² Overigens is het gelijkheidsbeginsel een van de belangrijkste argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Zie daarvoor hoofdstuk drie.

§ 2.3 *Het jurisprudentiele kader*

Zoals beschreven, verschaft de MvT weinig duidelijkheid. De bepalingen omtrent strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen zijn dan ook uitgewerkt in de jurisprudentie. In de jurisprudentie is onderscheid gemaakt tussen de immuniteit van de Staat en de immuniteit vande centrale overheden.

§ 2.3.1 De Staat

De immuniteit van de Staat is door de Hoge Raad neergelegd in het zogeheten Volkel-arrest.¹³ Deze zaak ontstond toen op de vliegbasis Volkel vliegtuigbrandstof werd gemorst, een overtreding van art. 14 van de Wet bodembescherming. De vliegbasis is onderdeel van de Defensietaak, welke is toebedeeld aan de Staat. De Staat, in dit geval de Minister van Defensie, was zodoende verantwoordelijk voor deze overtreding.

De landsadvocaat heeft onder andere het volgende aangevoerd. Het werken met vliegtuigbrandstof valt binnen de defensietaak. Daarom zou de Staat daarvoor niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Vervolging van de Staat door een lager orgaan, het OM, is niet te verenigen met de beginselen van het staatsrecht. Het laatste argument van de landsadvocaat hield in dat de minister van Defensie niet aan het OM, maar aan het parlement verantwoording verschuldigd was.¹⁴ Concluderend: niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie (verder: OvJ).

De rechtbank had een andere zienswijze dan de landsadvocaat. Kortgezegd, zag de rechtbank niet in waarom iedereen onderworpen kon worden aan een openbaar onderzoek door een onafhankelijke strafrechter, behalve de Staat. De zorgplicht voor de bodem van het art. 14 van de Wet bodembescherming gold volgens de rechtbank ook voor de Staat. De rechtbank heeft daarbij verklaard dat elke straf of maatregel die in deze zaak zou kunnen worden opgelegd enkel een symbolische werking zou hebben. De rechtbank achtte het OM wel ontvankelijk, maar legde geen straf of maatregel op aan de Staat.¹⁵

De Staat heeft cassatie ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Er werd één cassatiemiddel ingediend: 'in strijd met het recht heeft de rechtbank de Officier van Justitie in zijn strafvervolging ontvankelijk verklaard, waar de Staat der Nederlanden niet verantwoordelijk kan worden gesteld, althans niet voor hetgeen de Staat in het onderhavige geval ten laste is gelegd'. De vraag die hierbij centraal stond, was of de Staat strafrechtelijk kon worden vervolgd voor een strafbaar feit gepleegd bij de uitvoering van een aan de Staat toebedeelde overheidstaak.

Advocaat-generaal (verder: A-G) mr. Fokkens concludeerde dat de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk kon worden gesteld voor het ten laste gelegde feit, nu de defensietaak een overheidstaak is. De A-G vond vooral van belang dat vervolging van het OM niet mag zorgen voor een doorkruising van de politieke controle. De A-G achtte het echter niet juist om iedere strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat uit te sluiten.¹⁶

De Hoge Raad bepaalde in zijn arrest dat de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Reden daartoe was dat de Staat het algemeen belang behartigt en de ministers en staatssecretarissen verantwoording schuldig zijn aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij worden vervolgd voor ambtsmisdrijven. Volgens de Hoge Raad

¹² *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 21.

¹³ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616.

¹⁴ Rb. 's-Hertogenbosch 1 februari 1993, ECLI:NL:RBSHE:1993:AB7526.

¹⁵ Rb. 's-Hertogenbosch 1 februari 1993, ECLI:NL:RBSHE:1993:AB7526.

¹⁶ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616.

strookt met dit stelsel niet dat de Staat zelf strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁷ Sindsdien geniet de Staat dus volledige strafrechtelijke immuniteit.

§ 2.3.2 Voorlopers van de Pikmeer-arresten

Het zojuist besproken Volkel-arrest heeft slecht betrekking op immuniteit van de Staat. De belangrijkste arresten inzake strafrechtelijke immuniteit van de decentrale overheid zijn de Pikmeer-arresten. Voorafgaand aan de bespreking van deze arresten zullen twee voorlopers hiervan kort worden besproken, namelijk het Tilburgse verkeersdrempels arrest en het Rijksuniversiteit Groningen arrest.

In het Tilburgse verkeersdrempels arrest is het zogeheten 'taakcriterium' geïntroduceerd. De basis voor dit criterium is te vinden in de zojuist besproken MvT bij de vaststelling van algemene bepalingen omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen.¹⁸ In deze zaak werd de gemeente Tilburg strafrechtelijk vervolgd voor het zonder vergunning aanbrengen van verkeersdrempels, een overtreding van het Wetboek van Strafrecht. De Hoge Raad bepaalde in deze zaak dat een gemeente niet strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor het plegen van een strafbaar feit bij het uitvoeren van een overheidstaak.¹⁹

In het Rijksuniversiteit Groningen arrest is door de Hoge Raad een extra criterium opgesteld, namelijk het 'subjectcriterium'.²⁰ In deze zaak werd de Rijksuniversiteit Groningen strafrechtelijk vervolgd voor het uitvoeren van graafwerkzaamheden aan een monumentale grafheuvel zonder de daarvoor vereiste vergunning in bezit te hebben. De Hoge Raad bepaalde dat slechts openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 GW strafrechtelijke immuniteit genieten.²¹

Tot dusver heeft de Hoge Raad dus bepaald dat voor publiekrechtelijke rechtspersonen geldt dat zij niet strafrechtelijk aansprakelijk zijn wanneer zij een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 GW zijn en een gedraging verrichten die een overheidstaak betreft. Deze criteria zijn nader uitgewerkt in de Pikmeer-arresten.

§ 2.3.3 De Pikmeer-arresten

Kortgezegd, werd in de Pikmeer I zaak de gemeente ten laste gelegd dat de gemeente verontreinigde baggerspecie, afkomstig van het uitbaggeren van een gemeentewater, in het Pikmeer had gepompt zonder de daarvoor vereiste vergunning te hebben. De verdachte in deze zaak was een gemeenteambtenaar. De rechtbank achtte het tenlastegelegde bewezenverklaard en veroordeelde de gemeenteambtenaar tot betaling van een geldboete. De verdachte is in hoger beroep gegaan. Hier werd aangevoerd dat het OM niet-ontvankelijk moest worden verklaard, omdat de gemeente als publiekrechtelijk rechtspersoon immuniteit genoot en verdachte, als feitelijk uitvoerder, zodoende ook immuniteit genoot. Het hof besloot daarop dat, indien de gemeente immuniteit geniet, dit niet wegneemt dat vervolging ingesteld kan worden tegen de feitelijk leidinggever, verwierp het verweer en veroordeelde de gemeenteambtenaar tevens tot betaling van een geldboete.²²

Verdachte ging in cassatie. Zijn advocaat verwees hierbij naar de MvT van art. 51 Sr en stelde dat verdachte net als de gemeente immuniteit genoot, omdat hij niet zelf alle delictsbestandsdelen had verwezenlijkt. De Hoge Raad oordeelde, kortgezegd, dat de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever zo nauw met elkaar

¹⁷ Strafrecht tekst & commentaar negende druk, pagina 551.

¹⁸ Van Sliedregt 2013, p. 152.

¹⁹ HR 27 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC7375.

²⁰ Van Sliedregt 2013, p. 152.

²¹ HR 10 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC1671.

²² HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

verbonden zijn dat wanneer de gemeente niet strafrechtelijk kan worden vervolgd, ook de feitelijk leidinggever niet strafrechtelijk kan worden vervolgd.²³

De Hoge Raad heeft de uitspraak van het hof vernietigd en de zaak terugverwezen naar het hof. Daarbij gaf de Hoge Raad het hof de opdracht om te onderzoeken of de veronderstelling, dat de gemeente de verboden gedraging had verricht in haar hoedanigheid als openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 GW en dat de gedraging een overheidstaak betrof, juist was.

Het hof kwam tot de conclusie dat de gemeente wel strafrechtelijk kon worden vervolgd. Het hof achtte het mogelijk dat bij het uitbaggeren van gemeentewater en het afvoeren van het slib dat daarbij vrijkomt, is gehandeld ter behartiging van een aan de gemeente opgedragen bestuurstaak. Echter, nu de gemeente geen toestemming had gegeven voor het uitbaggeren en achteraf ook geen bestuurlijke verantwoordelijkheid hiervoor had aanvaard, kon niet gezegd worden dat de handelingen zijn verricht ter behartiging van een aan de gemeente opgelegde taak. Zodoende kon de verdachte, en daarmee de gemeente, volgens het hof geen beroep doen op immuniteit.²⁴ Het hof heeft de verdachte wederom veroordeeld tot betaling van een geldboete, waarop verdachte nogmaals in cassatie gegaan.

In het Pikmeer II arrest is het taakcriterium aanzienlijk aangescherpt. De Hoge Raad bepaalde dat openbare lichamen in de zin van art. 7 GW slechts immuniteit genieten wanneer 'de desbetreffende gedragingen naar 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'.²⁵ Kortom: immuniteit geldt voor decentrale overheden sindsdien alleen bij de uitvoering van exclusieve bestuurstaken.

In een tabel ziet de strafrechtelijke immuniteit van de overheid en haar ambtenaren er als volgt uit:

Overheidsinstantie/ functionaris:	Exclusieve bestuurstaak:	Niet-exclusieve bestuurstaak:
Staat	strafrechtelijk immuun	strafrechtelijk immuun
Decentrale overheid	strafrechtelijk immuun	niet strafrechtelijk immuun
Ambtenaar van de Staat	strafrechtelijk immuun	strafrechtelijk immuun
Ambtenaar van een decentrale overheid	strafrechtelijk immuun	niet strafrechtelijk immuun

§ 2.4 Recente rechtspraak

De hiervoor besproken uitspraken zijn allemaal redelijk gedateerd. Sindsdien is de immuniteit van de Staat c.q. decentrale overheden in verschillende arresten toegepast.

§ 2.4.1 Vuurwerkramp Enschede

Een zeer bekende gebeurtenis is de vuurwerkramp Enschede waarbij na brand in een vuurwerkopslag, verschillende explosies ontstonden. Hierdoor kwamen 23 mensen om het leven en nog eens 947 mensen raakten gewond.²⁶ De gemeente werd verweten dat sprake was van bestuurlijk tekortschieten door ondeugdelijk vergunningenbeleid te voeren, geen adequaat toezicht te houden op de naleving van het vergunningenbeleid en de milieuregelgeving niet goed te handhaven. De OvJ besloot de gemeente niet te

²³ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429.

²⁴ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

²⁵ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429.

²⁶ www.vuurwerkramp.enschede.nl

vervolgen wegens strafrechtelijke immuniteit.²⁷ Verschillende belanghebbenden hebben middels een art. 12 Sv procedure bij het hof hun beklag hebben gedaan over de beslissing van de OvJ om de gemeente Enschede, de Staat en een aantal ambtenaren van deze publiekrechtelijke rechtspersonen niet strafrechtelijk te vervolgen. Het hof achtte alle klachten ongegrond en wees ze af. Het hof bevestigdenogmaals de geldende criteria uithet Volkel-arrest en de Pikmeer-arresten.²⁸

§ 2.4.2 Otapan

De Nederlandse Staat werd in de Otapan-zaak vervolgd voor valsheid in geschriften en sluikhandel met betrekking tot het asbestschip de Otapan. Zo zou er volgens staatsambtenaren ongeveer 1000 kg asbest aan boord van het schip zijn. Met deze informatie hebben de Turkse autoriteiten toestemming gegeven voor overbrenging van het schip naar Turkije. Toen echter bleek dat het schip meer dan 1000 kg asbest bevatte, is het schip door Turkije geweigerd. Later bleek dat er onder andere 77.000 kg asbest aan boord van het schip was. Het schip is uiteindelijk alsnog in Nederland gesaneerd. De OvJ besloot in deze zaak de Staat niet te vervolgen, omdat dit niet opportuun zou zijn, lees wegens immuniteit van de Staat. De milieuorganisatie Greenpeace is middels een art. 12 Sv procedure bij het hof opgekomen tegen de sepotbeslissing van de OvJ. In deze zaak werd door Greenpeace tevergeefs een beroep gedaan op zowel EU-recht als het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (verder: EVRM). Het hof oordeelde dat de Staat op grond van het Volkel-arrest immuniteit genoot en verklaarde de klacht van Greenpeace ongegrond.²⁹

§ 2.4.3 Probo Koala

Een ander bekend voorbeeld is de Probo Koala zaak. De gemeente Amsterdam raakte betrokken bij het illegaal dumpen van vervuilde olie uit het Probo Koala schip. De gemeente zou toestemming gegeven hebben om afvalstoffen terug te pompen naar het schip of deze handeling gedoogd hebben. Bijzonder was dat het OM, verwijzend naar het arrest Öneriyildiz/Turkije, aanvoerde dat aan het ruimere criterium voor strafrechtelijke immuniteit, dat is ontstaan in de Europese jurisprudentie, moest worden getoetst. De Hoge Raad heeft dit beroep simpelweg verworpen door te stellen dat het Öneriyildiz/Turkije arrest de Turkse Staat betrof en niet een decentrale overheid.³⁰ De Hoge Raad heeft vervolgens de criteria uit het Pikmeer II arrest bevestigd en toegepast.

§ 2.4.4 Geen strafrechtelijke immuniteit

Voor de volledigheid worden onderstaand nog enkele voorbeelden besproken waarbij geoordeeld werd dat er geen sprake was van strafrechtelijke immuniteit.

Een zaak waarbij de rechtbank oordeelde dat een waterschap zich niet kon beroepen op strafrechtelijke immuniteit had betrekking op het onzorgvuldig bedienen van een rioolwaterzuiveringsinstallatie en het lozen van stedelijk afvalwater. Door het waterschap werd aangevoerd dat het zuiveren van stedelijk afvalwater een aan het waterschap toebedeelde exclusieve overheidstaak is. De rechtbank overwoog dat de zorg over het stedelijk afvalwater in principe wel een exclusieve overheidstaak is, maar dat dit niet betekent dat het waterschap de zuivering ook zelf moet uitvoeren. Zodoende werd de zuivering door de rechtbank niet aangemerkt als een exclusieve overheidstaak.³¹

²⁷ Hof Arnhem 24 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956.

²⁸ Hof Arnhem 24 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956.

²⁹ Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448.

³⁰ HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765.

³¹ Rb. Assen 2 november 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU5334.

Een vergelijkbare zaak ging over het inzamelen en transporteren van afvalwater. De Hoge Raad overwoog dat het feitelijk inzamelen en transporteren van afvalwater ook door een particulier bedrijf kan geschieden. Om die reden was er geen sprake van een exclusieve overheidstaak en was er geen sprake van strafrechtelijke immuniteit.³²

Een ander voorbeeld waarbij een gemeente zich niet op immuniteit kon beroepen betrof een motorongeval op een weg met een slecht wegdek waarbij twee vrouwen overleden. Door de slechte staat van de weg, doordat boomwortels bulten in de weg veroorzaakten, raakte de twee vrouwen op de motor uit balans en botsen frontaal op een tegenligger. Voorafgaand aan het ongeluk is de gemeente meerdere malen ingelicht over het gevaar van de bulten, maar er werd niks aan gedaan. De gemeente beriep zich op strafrechtelijke immuniteit, maar de rechtbank ging hier niet in mee. De zorg over de wegen is in principe wel een exclusieve overheidstaak, maar het uitvoeren van werkzaamheden aan de wegen kan ook uitbesteed worden aan derden. Daarom oordeelde de rechtbank dat er geen sprake was van een exclusieve overheidstaak.³³

Het hebben van de zorg over een exclusieve overheidstaak betekent dus niet dat alle gedragingen ten behoeve van die overheidstaak door de desbetreffende decentrale overheid zelf moet worden verricht. Er zijn bijvoorbeeld taken, zoals het zuiveren van het water en het onderhouden van de wegen, die uitbesteed kunnen worden aan civielrechtelijke rechtspersonen.

§ 2.5 Parlementaire ontwikkelingen

Na het Volkel-arrest en de Pikmeer-arresten zijn vele langdurige discussies gevoerd over het onderwerp strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ook in de politiek.³⁴ Het voert te ver om de volledige parlementaire discussie te bespreken. Als startpunt is gekozen het advies van de commissie Roelvink.

§ 2.5.1 De commissie Roelvink

Nadat de Tweede Kamer aanhoudend aandrang op opheffing van de immuniteit van de overheid en het kabinet zich hier juist tegen verzette, heeft de toenmalige Minister van Justitie de commissie Roelvink (verder: de commissie) ingesteld en deze gevraagd om een advies over strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat.³⁵ De commissie zag geen goede redenen om de Staat anders te behandelen dan een decentrale overheid.³⁶ Probleem was echter dat de Staat uit veel verschillende organisaties bestaat. Sommige van die organisaties bezitten rechtspersoonlijkheid, en kunnen zelfstandig strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, en sommige vergelijkbare organisaties niet.

Het advies van de commissie luidde dan ook om niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende organisatorische eenheden die deel uitmaken van de Staat en zelfstandig aan het verkeer deelnemen gelijk te stellen met rechtspersonen, zodat deze strafrechtelijk aansprakelijk gesteld konden worden, maar wel alleen voor orderingsdelicten. Denk aan delicten op het gebied van milieu en ruimtelijke ordening. De Staat als zodanig zou volgens de commissie echter uitgesloten moeten worden van strafrechtelijk aansprakelijkheid. Daarnaast zouden de mogelijkheden om individuele overheidsfunctionarissen strafrechtelijk te vervolgen uitgebreid moeten worden, in die zin dat zij zelfs strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden als de publiekrechtelijke rechtspersoon immuniteit genoot.³⁷

³² HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6575.

³³ Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:RBUTR:2012:BY5595.

³⁴ Hendriks 2010, p.135.

³⁵ Duijkersloot & Hartmann 2010, p. 14.

³⁶ Roelvink, Bovens, Knigge&Kummeling 2002, p. 23.

³⁷ Roelvink, Bovens, Knigge & Kummeling 2002, p. 5-26.

Naar aanleiding van het advies van de commissie is er in 2005 een conceptwetsvoorstel ingediend, welke ertoe strekte te verzekeren dat ambtenaren als feitelijk leiding- of opdrachtgever bij strafbare feiten gepleegd door een publiekrechtelijke rechtspersoon vervolgd konden worden. Wolfsen, een toenmalig lid van de Tweede Kamer, vond dit wetsvoorstel ontoereikend en heeft het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid (verder: wetsvoorstel) ingediend.³⁸

§ 2.5.2 Wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid

Het wetsvoorstel beoogde zowel de absolute immuniteit van de Staat als de gedeeltelijke immuniteit van de decentrale overheden op te heffen. Een belangrijk argument voor indiening van het wetsvoorstel was het gelijkheidsbeginsel, hierover meer in hoofdstuk drie. De indiener van het wetsvoorstel vroeg zich af hoe een overheid wetten en regels kan handhaven als zij zelf ook niet de verantwoordelijkheid op zich neemt die na te komen en daarvoor rekenschap af te leggen.³⁹ Meer uitgebreide argumenten voor indiening van het wetsvoorstel komen aan bod in hoofdstuk drie.

Het uitgangspunt van het wetsvoorstel was dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld. De indiener van dit wetsvoorstel stapte af van het standpunt van de commissie dat de Staat als zodanig uitgesloten zou moeten worden van strafrechtelijke vervolging, maar wees er wel op dat met de specifieke aard van de overheidrekening kan worden gehouden in de vervolgbeslissing van de OvJ. Daarnaast kan deze specifieke aard leiden tot een strafuitsluitingsgrond. Ook was de indiener van mening dat publiekrechtelijke rechtspersonen voor alle delicten strafrechtelijk vervolgd moest kunnen worden.⁴⁰ Deze mening wordt gedeeld door een van de geïnterviewde rechters. Volgens deze rechter maakt de overheid zich ook schuldig aan commune delicten, zoals valsheid in geschriften. Hij vindt dat de overheid ook voor alle delicten moet kunnen worden vervolgd.⁴¹

De behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft jarenlang geduurd. Sinds de indiening is het wetsvoorstel op een aantal punten gewijzigd en is de verantwoordelijkheid over het wetsvoorstel een paar keer overgedragen aan andere parlementariërs. Het uiteindelijke wetsvoorstel werd door de Tweede Kamer aangenomen.⁴² Vervolgens is in de Eerste Kamer ook redelijk langdurig gediscussieerd over het wetsvoorstel. Uiteindelijk vond in november 2015 een stemming plaats over het wetsvoorstel. Tijdens deze stemming werd het wetsvoorstel met slechts één stem verschil verworpen. Argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die, onder andere, zijn gebruikt ter verwerping van het wetsvoorstel zijn te vinden in hoofdstuk vier. Het minieme verschil in stemmen is typerend voor de verdeeldheid omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid.

De voor het onderzoek geïnterviewde rechters waren niet eensgezind over het wetsvoorstel. Wanneer de mening gevraagd werd van de rechters over het wetsvoorstel, verklaarde een rechter volmondig dat hij het absoluut eens was met het wetsvoorstel. Anderen uitten wat meer twijfel, de een voorzichtig naar voorstander en de ander wat meer naar tegenstander. Een rechter verklaarde überhaupt voor te zijn om de kwestie van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wettelijk te regelen. De kwestie van strafrechtelijke aansprakelijkheid is, net als sommige andere kwesties, op het bordje van de rechter geschoven terwijl het daar volgens hem niet thuishoort. Deze rechter is

³⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 538, 3, p.3.

³⁹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 538, 3, p. 1.

⁴⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 538, 3, p. 9.

⁴¹ Zie bijlage II.II

⁴² *Handelingen II 2012/13*, 30538, item 20.

voorstander van een wettelijke regeling, of deze nu de immuniteit volledig wegneemt of niet, als de wettelijke regeling maar duidelijkheid schept.⁴³

Prof. mr. Van Vollenhoven pleitte afgelopen juli nog in een notitie van de Stichting Maatschappij en Veiligheid (verder: SMV), kortgezegd, voor een wettelijke regel op grond waarvan natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk kunnen worden aangesproken voor delicten waar zij verantwoordelijk voor zijn. Volgens Van Vollenhoven heeft de SMV vernomen dat zeker niet onwelwillend naar deze gedachte wordt gekeken vanuit de Tweede Kamer. De SMV streeft er dan ook naar om met de indiener van het initiatiefvoorstel te komen tot een gewijzigd wetsvoorstel om de immuniteit van de overheid te beperken.⁴⁴

De geïnterviewde rechters hebben wisselend geantwoord op de vraag wat zij van het plan van Van Vollenhoven vonden. Een rechter vindt dat naast de feitelijk leidinggevers ook de publiekrechtelijke rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk gesteld moet kunnen worden. Een andere rechter is bang dat een dergelijke regeling de overheid zou belemmeren in het uitvoeren van haar taken. Een dergelijke regeling zou er namelijk voor kunnen zorgen dat overheidsfunctionarissen bang om te handelen worden. Ook wordt er verwezen naar civielrechtelijke rechtspersonen. Daar zijn feitelijk leidinggevers wel aansprakelijk, maar dan is de rechtspersoon ook aansprakelijk. Als een dergelijk wetsvoorstel de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen (deels) in stand zou houden en daardoor dus decentrale overheden nog steeds immuniteit zouden genieten wanneer er sprake zou zijn van exclusieve bestuurstaken, dan zou het niet passend zijn om de feitelijk leiding- en opdrachtgever wel strafrechtelijk te vervolgen.

§ 2.6 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat ingevolge de wet rechtspersonen in principe vatbaar zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de jurisprudentie is er voor publiekrechtelijke rechtspersonen echter een blokkade opgericht zodat publiekrechtelijke rechtspersonen (gedeeltelijk) niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden. De Hoge Raad heeft in twee zaken de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen vormgegeven. De Staat is op grond van het Volkel-arrest strafrechtelijk immuun en kan niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden. Decentrale overheden genieten sinds de Pikmeer-jurisprudentie slechts gedeeltelijke immuniteit en kunnen strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden behalve wanneer het verweten strafbare feit is gepleegd bij de uitvoering van exclusieve bestuurstaken. Sinds de Pikmeer-jurisprudentie delen ook feitelijk leiding- en opdrachtgevers mee in de immuniteit van de desbetreffende overheidsinstantie. Sinds de genoemde arresten is de zogeheten strafrechtelijke immuniteit van de overheid in verschillende recentere uitspraken bevestigd. Uit die uitspraken blijkt ook dat indien het kader waarin een strafbaar feit is gepleegd een exclusieve bestuurstaak is dit niet altijd betekent dat het strafbare feit ook altijd een exclusieve overheidstaak is. Sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer-jurisprudentie is er onder andere vanuit de politiek veel kritiek geuit over de huidige regels omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Kritiek is onder andere geuit in de vorm van een wetsvoorstel dat de immuniteit van de overheid zou opheffen. Dit wetsvoorstel is echter na tien jaar verworpen in de eerste kamer. Als gevolg hiervan gelden thans nog steeds de, in de jurisprudentie bepaalde, immuniteiten voor de overheid. In dit hoofdstuk zijn impliciet al argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan bod gekomen. In het volgende hoofdstuk wordt de volledige aandacht op deze argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gericht.

⁴³ Zie bijlage II.IV

⁴⁴ Zie bijlage I.

Hoofdstuk drie: argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.

Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid zeker niet vanzelfsprekend is. Sterker nog, strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid is een uitzondering. Nu lopen de meningen over strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid flink uiteen. In de literatuur, de jurisprudentie en in de parlementaire geschiedenis is er dan ook veel over te vinden waarbij argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid uitvoerig aan bod komen. In dit hoofdstuk volgt een uiteenzetting van de argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid uit verschillende invalshoeken, namelijk de literatuur, de jurisprudentie, de parlementaire geschiedenis en de geïnterviewde rechters. Gezien de omvangrijke discussies die over strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn gevoerd, zal onderstaand slechts een deel van de argumenten besproken worden. In dit hoofdstuk is gekozen om de subdeelvragen niet los van elkaar, maar gezamenlijk te behandelen. Dit omdat de argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid uit de verschillende invalshoeken gedeeltelijk overeenkomen. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt een tussenconclusie gegeven.

§ 3.1 Argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

Gezien hoofdstuk twee moge het duidelijk zijn dat de Hoge Raad eerder neigt naar strafrechtelijke immuniteit van de overheid dan naar strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Er zijn dan ook weinig argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid te vinden in de jurisprudentie. Toch stelde de Hoge Raad in het Pikmeer II arrest voorop dat zowel de Staat als decentrale overheden zich net als burgers aan de wet dienen te houden.⁴⁵

In principe wordt daarmee gewezen op het gelijkheidsbeginsel. Ieder is gelijk en moet zich aan de wet houden. Dit is ook een principe van de rechtsstaat.⁴⁶ Het gelijkheidsbeginsel is dan ook een van de belangrijkste argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.⁴⁷ De vraag die hierbij gesteld kan worden is als volgt. Waarom zouden burgers en privaatrechtelijke rechtspersonen wel rekenschap voor hun gedragingen af moeten leggen terwijl de overheid dit niet hoeft?⁴⁸ Een dergelijke situatie heeft zich voorgedaan bij de Pikmeer-arresten.⁴⁹ Het strafbare feit werd door een feitelijk leidinggever van de gemeente gepleegd met een medepleger van een privaatrechtelijke rechtspersoon. De feitelijk leidinggever van de gemeente kon niet strafrechtelijk worden vervolgd wegens immuniteit. De feitelijk leidinggever van de privaatrechtelijke rechtspersoon was echter wel strafrechtelijk aansprakelijk. Er kan gezegd worden dat dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel is, want de feitelijk leidinggever werd niet vervolgd voor hetzelfde feit, alleen maar omdat hij toevallig bij de gemeente werkt en niet bij een privaatrechtelijke rechtspersoon. Tijdens een van de gehouden interviews komt dit voorbeeld ter sprake. De geïnterviewde rechter acht de situatie dat de feitelijk leidinggever van de gemeente niet strafrechtelijk vervolgd kon worden waar de feitelijk leidinggever van de privaatrechtelijke rechtspersoon wel vervolgd kon worden voor hetzelfde feit een enorme ongelijkheid.⁵⁰

Ook de commissie Roelvink zag niet in waarom privaatrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aangesproken kunnen worden voor hun handelen en delen van de Staat niet, alleen maar omdat ze onderdeel van de Staat zijn.⁵¹ Deze opvatting wordt

⁴⁵ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

⁴⁶ Zie bijlage II.V

⁴⁷ Barkhuysen, Polak, Schueler & Widdershoven 2016, p. 370-371.

⁴⁸ Dijkersloot, *TvSO* 2016, nr. 2/3, p. 62.

⁴⁹ Barkhuysen, Polak, Schueler & Widdershoven 2016, p. 370-371.

⁵⁰ Zie bijlage II.II

⁵¹ Roelvink, Bovens, Knigge & Kummeling 2002, p. 18-20.

verdergedeed door de geïnterviewde rechters. Zij verklaren dan ook dat het moeilijk te verkroppen is voor de burger dat hij voor de strafrechter geroepen wordt als hij iets fout doet en de overheid niet.⁵²

Wat betreft het gelijkheidsbeginsel bestaat er ook een ongelijkheid tussen nationale en lokale bestuurders. De overheid opereert steeds meer op gelijke voet met privaatrechtelijke rechtspersonen. Decentrale overheden kunnen, zoals te lezen in hoofdstuk twee, strafrechtelijk aangesproken worden wanneer zij op gelijke voet met privaatrechtelijke rechtspersonen handelen. Een van de geïnterviewde rechters zei hierover het volgende: 'Het zou heel vreemd zijn als een overheid zich altijd gevrijwaard weet van de strafrechtelijke aansprakelijkheid terwijl zij als privaatrechtelijke deelnemer aan het verkeer of in elk geval niet in het kader van exclusieve bestuurstaken delicten plegen'.⁵³ Dit geldt echter nog niet voor de Staat. Een andere geïnterviewde rechter zei het volgende: 'De overheid is niet meer een entiteit op zich die enkel en alleen de belangen van de burger behartigt maar ook een eigenstandig belang creëert'.⁵⁴ De overheid, dus ook de Staat, handelt veelal privaatrechtelijk. De vraag of de Staat in geval van exclusieve bestuurstaken immuniteit zou moeten genieten daargelaten, is er een ongelijkheid tussen de decentrale overheid en de Staat. Dit verschil is volgens de indiener van het wetsvoorstel ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel en dient daarom te worden opgeheven.⁵⁵

Aan de geïnterviewde rechters is de vraag voorgelegd of zij van mening zijn dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden. Waar de ene rechter standvastig zegt dat zowel de decentrale overheden als de Staat strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zouden moeten kunnen worden, vinden twee andere rechters het wat lastig voor te stellen hoe strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat zou kunnen werken. De Staat zou dan door het OM worden vervolgd, terwijl het OM onderdeel van de Staat is. Een totaal andere visie komt van de laatst geïnterviewde rechter. Deze rechter ziet meer noodzaak in strafrechtelijke vervolging van de Staat dan in strafrechtelijke vervolging van decentrale overheden, omdat op de Staat onvoldoende toezicht kan worden houden. Bij decentrale overheden wordt juist toezicht gehouden door hogere overheden.⁵⁶

Vanuit de samenleving komt ook steeds meer het gevoel dat de overheid strafrechtelijk aansprakelijk moet kunnen worden gesteld.⁵⁷ Zaken zoals de vuurwerkramp Enschede en de Probo Koala zaak hebben in de samenleving voor onrust gezorgd. Dat de betrokkene overheden in deze zaken niet gestraft werden, heeft dit versterkt en heeft gezorgd voor een gevoel van oneerlijkheid.⁵⁸ Hierbij komt dat een overheid die niet zelf strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden, minder geloofwaardig wordt bij het stellen van regels aan burgers en bedrijven.⁵⁹ Voor burgers is het dan ook minder vanzelfsprekend om de wet na te leven. Wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon wordt gestraft voor strafbare feiten en hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk gesteld wordt, dan wordt de norm die geschonden is met het plegen van de strafbare feiten onderstreept. Burgers kunnendan ook eerder geneigd zijn om de gestelde normen na te leven.⁶⁰ Bestrafing van

⁵² Zie bijlage II.II en bijlage II.IV

⁵³ Zie bijlage II.II

⁵⁴ Zie bijlage II.II

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 1-2.

⁵⁶ Zie bijlage II.II t/m bijlage II.V

⁵⁷ *Handelingen II* 2012/13, 30538, item 5, p. 32.

⁵⁸ Van Sliedregt 2013, p. 163.

⁵⁹ *Handelingen II* 2012/13, 30538, item 5, p. 29.

⁶⁰ Barkhuysen, Polak, Schueler & Widdershoven 2016, p. 383.

de overheid via het strafrecht zorgt dus voor normbevestiging en kan de bereidheid tot normnaleving vergroten.⁶¹

Een ander veelgebruikt argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wordt ontleend aan de jurisprudentie van het EHRM. In de Probo Koala zaak beriep de OvJ zich op het ruimere criterium dat in de rechtspraak van het EHRM is ontwikkeld met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.⁶² Zijn beroep hierop werd echter, zoals al is gezegd in hoofdstuk twee, niet gevolgd door de Hoge Raad. Meer argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die ontleend kunnen worden aan de rechtspraak van het EHRM zijn te vinden in hoofdstuk vijf.

De indiener van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid beriep zich bijvoorbeeld ook op de voorbeeldfunctie van de overheid. Hij stelde daarbij de volgende vraag: hoe kan een overheid wetten en regels handhaven als zij zelf niet de regels hoeft na te komen en daar verantwoording voor hoeft af te leggen? Daarnaast wordt de afstand tussen de burger en de overheid alleen maar groter als laatstgenoemde strafvervolgning kan ontlopen.⁶³

Zoals in het volgende hoofdstuk is te lezen, is het vestzak-broekzak argument, de Staat betaalt een boete aan zichzelf, een veelgebruikt argument tegens strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De Staat bestaat echter uit verschillende onderdelen en een boete zal binnen de begroting van het betreffende onderdeel opgevangen moeten worden. Het vestzak-broekzak argument gaat hiermee dus op. Daarnaast kan ook een symbolische straf zorgen voor preventie.⁶⁴ Daarnaast geldt het vestzak-broekzak argument ook voor bestuurlijke boetes die opgelegd worden aan de overheid, maar, zoals uit hoofdstuk zes blijkt, worden deze boetes desondanks opgelegd.

In het volgende hoofdstuk is tevens te lezen dat als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gebruikt dat strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen zou kunnen zorgen voor doorkruising van het politieke verantwoordingsproces. Dit hoeft echter niet zo te zijn. Veelal zal namelijk de politieke controle voorafgaand aan een eventuele strafrechtelijke vervolging plaatsvinden. In het strafrecht wordt daarnaast op een andere manier getoetst dan binnen de politieke verantwoordingen en heeft bovendien een compleet verschillend doel.⁶⁵

De Hoge Raad ziet een strafrechtelijke vervolging van een overheidsorgaan ook niet als een doorkruising van het politieke verantwoordingsproces. De Hoge Raad heeft in het Pikmeer II arrest het volgende overwogen: 'Het vervolgen van decentrale overheden is op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voor zover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Beide stelsels nemen een eigen plaats in'.⁶⁶ Een van de geïnterviewde rechters zegt dat het Volkel-arrest is gewezen op basis van de systeemgedachten dat dergelijke zaken zouden via het politieke bestuurlijke systeem opgelost zouden moeten worden. Door de overheid bestuurlijk en politiek aan te pakken, zou strafrechtelijke aansprakelijkheid niet meer aan de orde zijn.⁶⁷ Deze gedachte is echter achterhaald, want zoals hierboven te lezen is, bepaalde de Hoge Raad in het Pikmeer II arrest dat strafrecht hieraan niet in de weg staat.

⁶¹ Roelvink, Bovens, Knigge & Kummeling 2002, p. 24.

⁶² HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765.

⁶³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 1-2.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 4.

⁶⁵ Kummeling & Vetzo, *O&A* 2016/30

⁶⁶ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

⁶⁷ Zie bijlage II.II

Het laatste te bespreken argument klinkt eigenlijk heel simpel. Als de term immuniteit wordt losgelaten, kan het onderwerp worden opgelost, bijvoorbeeld door het opportuniteitsbeginsel. De OvJ kan op grond van art. 167 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering (verder: Sv) kiezen om geen vervolging in te stellen indien het algemene belang daarom vraagt. Daarnaast houdt de strafrechter ook rekening met rechtvaardigingsgronden en kan hij de omstandigheden van het geval meenemen in de straftoemeting.⁶⁸ Zo gaf een geïnterviewde rechter aan dat het feit dat iemand een publiek figuur is en bijvoorbeeld al publiekelijk ten schande is gezet kan worden meegenomen in de strafmaat, maar dat dit niet wegneemt dat wanneer een overheidsorgaan of – functionaris zich niet aan de regels houdt er een strafvervolging ingesteld moet kunnen worden.⁶⁹

§ 3.2 Tussenconclusie:

Er zijn veel argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid te noemen. Een van de belangrijkste argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid blijft het gelijkheidsbeginsel. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zou leiden tot meer gelijkheid tussen de overheid en de burgers, maar ook tussen overheden onderling. Daarnaast kan bestraffing van de overheid dienen als normbevestiging en kan dit ervoor zorgen dat burgers eerder zijn geneigd om de wet zelf ook na te leven. Verder kan het de, door de burgers gevoelde, afstand tussen de burger en de overheid verkleinen. Naast argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn er ook argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Uit dit hoofdstuk blijkt echter dat een aantal van de argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden gebruikt, kunnen worden ontkracht of omgezet in een argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. In het volgende hoofdstuk zullen argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid besproken worden, die weer vanuit verschillende invalshoeken zullen komen.

⁶⁸ De Hullu 2015, p. 126-127

⁶⁹ Zie bijlage II.II

Hoofdstuk vier: argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.

In het vorige hoofdstuk zijn argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan bod gekomen. Zoals gezegd, is er, naar aanleiding van de jurisprudentie, veel gediscussieerd over het vraagstuk strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. In de literatuur en met name in de Staten-Generaal zijn argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid naar voren gekomen. Voor dit hoofdstuk geldt, net als voor hoofdstuk drie, dat ervoor gekozen is om de sub deelvragen gezamenlijk te behandelen. Opgemerkt dient te worden dat sommige argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid slechts gelden voor de Staat en andere voor de gehele overheid. Om die reden wordt bij het ene argument alleen de Staat aangehaald en bij het andere argument de gehele overheid. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt een tussenconclusie gegeven.

§ 4.1 Argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid

Zoals uit hoofdstuk twee blijkt, is de strafrechtelijke immuniteit van de overheid zoals wij deze in Nederland kennen, bepaald in de jurisprudentie. De Hoge Raad wees in het Volkel-arrest op de volgende punten. Strafvervolgning van de Staat zou de politieke verantwoording tegenover het parlement kunnen doorkruisen. Daarnaast zou een opgelegde straf aan de Staat slechts een symbolische werking hebben. De Hoge Raad wees hierbij ook op het vestzak-broekzak argument. Een door de Staat te betalen boete zou weer in de zak van de Staat terecht komen. Een ander doorslaggevend argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat was volgens de Hoge Raad dat de Staat het algemene belang behartigt.⁷⁰

Wat opvalt, is dat de argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat bijna allemaal voortborduren op deze door de Hoge Raad gebruikte argumenten.

Het College van Procureurs-Generaal haalt in zijn advies ten behoeve van het wetsvoorstel de bijzondere positie van de Staat aan. Overheden hebben volgens het College niet de vrijheid om naar eigen inzicht hun taak in te richten. Daarnaast kunnen zij niet afzien van het verrichten van hun taak. Hiermee onderscheidt de overheid zich van privaatrechtelijke rechtspersonen die wel hun eigen taak in kunnen richten en af kunnen zien van het verrichten van handelingen.⁷¹ Naast het College wijst ook de Raad van State op het verschil tussen enerzijds publiekrechtelijke rechtspersonen en anderzijds privaatrechtelijke rechtspersonen. De Raad vraagt zich, gezien dit onderscheid, af in hoeverre op strafbare feiten gepleegd door publiekrechtelijke rechtspersonen op dezelfde manier gereageerd moet worden als op strafbare feiten gepleegd door privaatrechtelijke rechtspersonen.

Het bovenstaande komt ook ter sprake tijdens het plenaire debat over het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Hier zegt het CDA dat de overheid in sommige gevallen handelingen moet verrichten in het algemene belang die privaatrechtelijke rechtspersonen niet mogen verrichten.⁷² Dit wijst tevens op een verschil tussen privaatrechtelijke rechtspersonen en publiekrechtelijke rechtspersonen en zou een eventueel verschil rechtvaardigen.

De door de Minister van Justitie ingestelde commissie Roelvink was uiteindelijk grotendeels voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Toch zag de commissie net als de Hoge Raad een risico voor doorkruising van een strafvervolgning en

⁷⁰ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616.

⁷¹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 30538, 14.

⁷² *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 1.

de politieke verantwoording met betrekking tot commune delicten. Als de overheid voor commune delicten strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, zou de nadruk vooral op het strafrecht kunnen gaan liggen en zouden politieke controlemechanismen hierdoor onvoldoende gaan functioneren.⁷³

De Raad van State wijst bijvoorbeeld ook op de eenheid van de regering. Het OM kan van twee kanten verwijten krijgen. Wanneer een OvJ bijvoorbeeld kiest om tot vervolging over te gaan, kan dit resulteren in het verwijt dat de vervolging onder publieke druk is ingesteld. Wanneer een OvJ echter besluit om niet tot vervolging over te gaan, kan dit weer resulteren in het verwijt dat het OM zich 'te veel laat leiden door overwegingen van bestuurlijke samenwerking'.⁷⁴ Daarnaast is het OM niet geheel onafhankelijk. Het OM is namelijk onderdeel van de staat en de Minister kan aanwijzingen geven aan het OM. Het is volgens een van de geïnterviewde rechters wat apart dat de vervolgende instantie deel uitmaakt van de vervolgte instantie. De rechter zegt wel dat hier eventueel een oplossing voor bedacht zou kunnen worden.⁷⁵

Zoals uit hoofdstuk drie blijkt, en de hierboven geschreven bezwaren tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid van de Hoge Raad, is het vestzak-broekzak een veelgebruikt argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Dit argument komt herhaaldelijk terug in het politieke debat.⁷⁶ Ook wordt dit argument aangehaald in de literatuur.⁷⁷ Dit argument wordt tevens naar voren gebracht tijdens de gehouden interviews. Een rechter haalt het vestzak-broekzak argument aan en zegt dat het ene departement aan een ander departement geld toeschuift, in elk geval voor wat de Staat betreft. Wanneer de desbetreffende rechter daarop voorgehouden wordt dat een departement zagezegd 'de klap wel voelt', antwoordt hij dat uiteindelijk de belastingbetaler 'de klap voelt'. Wanneer een departement aan het eind van het jaar geld tekort komt, omdat er een boete betaald moest worden, zal de belastingbetaler dit tekort uiteindelijk moeten aanvullen.⁷⁸ Over het zelf-bestrafen door de overheid wordt in de Eerste Kamer ook nog gesproken. Het CDA ziet niet in welk nut de zelf-bestrafing door de overheid zou sorteren en twijfelt daarom of er überhaupt een zinvolle bestraffing van de overheid mogelijk is.⁷⁹

Kritiek op strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan ook worden ontleend aan het volgende argument. Men vraagt zich af wat het strafrecht voor toegevoegde waarde kan zijn bovenop het civiele recht en het bestuursrecht. Dit komt tijdens een van de interviews naar boven, maar ook tijdens de stemming over het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Daar wordt beargumenteerd dat via het civiele recht schadevergoeding kan worden geëist en dat het bestuursrecht toetst of een overheidshandelen rechtmatig is geweest. Bovenop deze mogelijkheden wordt een strafrechtelijke regeling als onnodig gezien. Hierbij wordt ook gezegd dat het vooral om politiek-bestuurlijke beslissingen gaat ter beoordeling waarvan het strafrecht niet ingesteld is.⁸⁰

Een van de geïnterviewde rechters wijst net als de Hoge Raad op het feit dat de overheid het algemene belang behartigt. In het algemene belang moeten overheden soms onwelgevallige beslissingen nemen. De overheid moet niet door angst voor strafrechtelijke vervolging geregeerd zijn besluiten nemen. De desbetreffende rechter

⁷³ Roelvink, Bovens, Knigge & Kummeling 2002, p. 30-31.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 30548, 5, p. 4-7.

⁷⁵ Zie bijlage II.IV

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 9.

⁷⁷ De Hullu 2015, p. 126.

⁷⁸ Zie bijlage II.IV

⁷⁹ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 2.

⁸⁰ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 5.

vindt dat exclusieve bestuurstaken uitgevoerd moeten kunnen worden, ongeacht of daar nare consequenties aan vast zitten. Wanneer de rechter voorgehouden wordt dat bestraffing van de overheid ook plaatsvindt via het civiele recht en het bestuursrecht, antwoordt hij dat de toegevoegde waarde van het strafrecht bovenop de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheden om de overheid te bestraffen slechts naming and shaming zou zijn. De extra functie naming and shaming van het strafrecht zou nuttig zijn wanneer er getwijfeld moet worden aan de integriteit van de overheid, maar hij twijfelt daar niet aan.⁸¹

Het veruit belangrijkste c.q. meest aangehaalde argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is in hoofdstuk drie al kort aan de orde geweest. De Hoge Raad in het Volkel-arrest en de politiek tijdens de behandeling in de Eerste en Tweede Kamer waren bang dat een strafrechtelijke vervolging van de overheid zou zorgen voor doorkruising van het politieke verantwoordingsproces. Dit argument is door de Hoge Raad naar voren gebracht, maar ook door de Hoge Raad weer ontkracht, in elk geval voor wat decentrale overheden betreft. Zoals in hoofdstuk drie is te lezen, oordeelde de Hoge Raad in het Pikmeer II arrest dat een strafrechtelijke vervolging en een politiek verantwoordingsproces elkaar niet hoeven doorkruisen.⁸² Dit laatste neemt niet weg dat dit argument nog steeds aangehaald wordt en een belangrijke factor was bij het afwijzen van het wetsvoorstel. D66 betoogde namelijk in het plenaire debat in de Eerste Kamer dat de doorkruising van een strafvervolging en het politieke verantwoordingsproces afbreuk kan doen aan zowel de strafrechtelijke procedure als aan het politieke verantwoordingsproces.⁸³

§ 4.2 Tussenconclusie

In het voorgaande zijnde argumenten die de Hoge Raad hanteerde om de Staat strafrechtelijk immuun te achten weergegeven. Deze argumenten zijn later herhaald en als basis gebruikt voor nieuwe argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Deze argumenten bestaan met name uit doorkruising van het politieke verantwoordingsproces, de symbolische werking van een straf opgelegd aan de Staat, het vestzak-broekzak argument en het feit dat de Staat het algemene belang behartigt. Daarnaast blijkt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als onnodig of overbodig kan worden gezien nu er via het bestuursrecht en via het civiele recht reeds mogelijkheden bestaan om de overheid te bestraffen. In het volgende hoofdstuk zal de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden en het EU-recht worden besproken en zal blijken welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid daaraan ontleend kunnen worden.

⁸¹ Zie bijlage II.V

⁸² HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

⁸³ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 2.

Hoofdstuk vijf: jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht.

In de voorgaande hoofdstukken zijn argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan bod gekomen. Dit hoofdstuk richt zich op de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die specifiek aan het EU-recht en de jurisprudentie van het EHRM kunnen worden ontleend. Eerst volgt een analyse van verschillende arresten van het EHRM met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden. Daarnaast wordt aan de hand van een uitspraak uitgezocht of er binnen het EU-recht iets is bepaald over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden. Vervolgens zal worden gekeken in hoeverre de jurisprudentie van het EHRM of het EU-recht ter sprake is geweest bij de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid. Verder zal aan de hand van vakliteratuur en de gehouden interviews worden uitgezocht wat het belang van de jurisprudentie van het EHRM en het EU-recht is voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in Nederland. Tot slot volgt de tussenconclusie.

§ 5.1 Jurisprudentie EHRM

Onderstaand wordt eerst het recht op leven als bedoeld in art. 2 EVRM uiteengezet. Daarna volgt een bespreking van jurisprudentie van het EHRM die van belang is voor het leerstuk strafrechtelijke immuniteit van de Nederlandse overheid.

§ 5.1.1 Artikel 2 EVRM

In de jurisprudentie van het EHRM is de kwestie immuniteit van overheden meermaals aan de orde gekomen. Deze jurisprudentie gaat voornamelijk over het recht op leven neergelegd in art. 2 EVRM. Dit artikel is belangrijk, omdat het in de meeste zaken die betrekking hebben op de immuniteit van overheden een (gevaar op) overlijden van mensen betreft.

Art. 2 EVRM, recht op leven:

1. Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.
2. De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van het gebruik van geweld, dat absoluut noodzakelijk is:
 - (a) ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld;
 - (b) teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen;
 - (c) teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.

Op grond van dit artikel geniet een ieder het recht op leven. Naast de verplichtingen die in het artikel genoemd zijn, heeft het EHRM nog een aantal andere verplichtingen aan art. 2 EVRM gekoppeld, de zogeheten 'positieve verplichtingen'. Algemeen gezien, houden positieve verplichtingen in dat overheden mensen binnen hun jurisdictie moeten beschermen tegen inbreuken op mensenrechten door derden, maar ook door de overheid zelf. Er zijn twee soorten positieve verplichtingen te onderscheiden, namelijk materiële en procedurele positieve verplichtingen. Materiële positieve verplichtingen omvatten de verplichting om mensenrechtenschendingen te voorkomen. Wanneer een mensenrecht toch geschonden is, rust er op de overheid een procedurele positieve verplichting. In het geval van schending van het recht op leven, heeft de overheid de verplichting om onderzoek te doen naar deze schending. De positieve verplichtingen zijn afhankelijk van het mensenrecht dat geschonden is. Onderstaand worden arresten van het EHRM besproken waarin deze positieve verplichtingen naar voren komen.⁸⁴

⁸⁴ Wilde, *NTM/NJCM* 2016/10, par. 1.

§ 5.1.2 Osman/Verenigd Koninkrijk

De eerste zaak die van belang is voor de positieve verplichtingen van art. 2 EVRM is de zaak Osman/Verenigd Koninkrijk.⁸⁵ De zaak betrof een Britse leraar, Paget-Lewis, met een obsessie voor een van zijn leerlingen, Osman. Na twee jaar van aanhoudend lastig vallen en plegen van verschillende strafbare feiten jegens het gezin Osman schoot Paget-Lewis onder andere de vader van Osman dood. Osman startte een procedure tegen de politie wegens nalatig handelen. De politie was namelijk op de hoogte van de situatie rondom Paget-Lewis, maar deze werd nimmer gearresteerd of vervolgd.⁸⁶

Uiteindelijk is er een klacht ingesteld bij het EHRM. De klacht luidde dat het Verenigd Koninkrijk had gefaald in het beschermen van het leven van de familie Osman en daarnaast bestond er geen effectief rechtsmiddel om hiertegen in rechte op te komen.⁸⁷ Het EHRM overwoog dat van de Staat mag worden verwacht dat hij preventieve maatregelen neemt om het leven van burgers te beschermen tegen de criminele handelingen van een andere burger. Er is sprake van een schending van art. 2 EVRM wanneer de autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van de risicovolle situatie. Daarnaast moet de situatie een onmiddellijk een reëel risico vormen voor specifieke individuen.⁸⁸ Volgens het EHRM was in deze zaak geen sprake van schending van art. 2 EVRM. Wel was er sprake van een overtreding van art. 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces). Door de immuniteit van de politie werd de toegang tot de rechter van Osman beperkt en dit bracht zodoende een schending van art. 6 EVRM met zich mee.

§ 5.1.3 Öneriyildiz/Turkije

Het criterium uit Osman/Verenigd Koninkrijk is uitgebreid naar gevallen waarbij het niet-opzettelijke levensberoving betreft, en wel in de zaak Öneriyildiz/Turkije.⁸⁹

Deze zaak betrof een methaanexplosie op een vuilnisbelt waarbij dodelijke slachtoffers zijn gevallen in een nabijgelegen sloppenwijk. Deze sloppenwijk was illegaal, maar werd gedoogd. Twee jaar voorafgaand aan het dodelijk ongeval verscheen er een deskundigenrapport waaruit bleek dat de vuilnisbelt onveilig was. Er bestond een aanzienlijk risico op een explosie als gevolg van gasvorming door rottend afval. Meerdere districten maakten gebruik van de vuilnisbelt, maar er werd niks tegen de onveilige situatie gedaan die uiteindelijk leidde tot de methaanexplosie.⁹⁰

In dit arrest komt Öneriyildiz op tegen de Turkse staat. Öneriyildiz woonde in de sloppenwijk en verloor een aantal van zijn familieleden ten gevolge van de methaanexplosie. De verantwoordelijke bestuurders werden slechts veroordeeld tot een symbolische boete.⁹¹ Na het doorlopen van de procedures in Turkije, is namens Öneriyildiz een klacht ingesteld bij het EHRM. De Turkse Staat werd verantwoordelijk gehouden voor de dood van zijn familieleden. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat de Turkse Staat wist of had moeten weten dat er een reëel en onmiddellijk levensgevaar bestond voor de bewoners van de sloppenwijk. De Turkse Staat had geen maatregelen genomen. Dit terwijl er een maatregel bestond die geen onmogelijke last voor de autoriteiten zou meebrengen, namelijk een gas-onttrekkingssysteem.⁹²

Het EHRM heeft in dit arrest bepaald dat het recht op leven beschermd dient te worden door het materiële strafrecht wanneer er ten gevolge van gevaarlijk industriële activiteiten

⁸⁵ EHRM 28 oktober 1998, 2345/94, NJ 2000/134 m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk).

⁸⁶ EHRM 28 oktober 1998, 2345/94, NJ 2000/134 m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk), p. 7.

⁸⁷ EHRM 28 oktober 1998, 2345/94, NJ 2000/134 m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk), p. 8.

⁸⁸ Gijselaar, *NTM/NJCM* 2016/11, par. 2.4.

⁸⁹ Gijselaar, *NTM/NJCM* 2016/11, par. 2.4.

⁹⁰ EHRM 30 november 2004, 48939/99, NJ 2005/210, m.nt. E.A. Alkema (Öneriyildiz/Turkije).

⁹¹ De Hullu 2015, par. II.4.3.5.

⁹² Gijselaar, *NTM/NJCM* 2016/11, par. 2.4.

personen zijn overleden. Voorwaarde is wel dat de autoriteiten hebben nagelaten noodzakelijke maatregelen te treffen en hun taken en bevoegdheden hebben veronachtzaamd terwijl zij zich volledig bewust van de consequenties waren. Dit betekent dat er sprake moet zijn van bewuste culpa. Wanneer er sprake is van onbewuste culpa kan worden volstaan met een bestuursrechtelijke of civielrechtelijke sanctie.⁹³

De positieve verplichtingen die volgen uit dit arrest, en uit de andere jurisprudentie van het EHRM, zijn als volgt: er moet effectieve wetgeving ingevoerd worden, er moeten feitelijke maatregelen genomen worden en er moet onderzoek uitgevoerd worden om vervolgens de verantwoordelijken te vervolgen en te bestraffen om het recht op leven zoals neergelegd in art. 2 EVRM te beschermen.⁹⁴ In het arrest is de volgende overweging opgenomen: 'the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of article 2'.⁹⁵ Een situatie waarin een overheid wegens strafrechtelijke immuniteit niet vervolgd wordt, kan dus een schending van art. 2 EVRM opleveren.

§ 5.1.4 Budayeva/Rusland en Kolyadenko/Rusland

In nog twee uitspraken bepaalde het EHRM dat ook bij natuurrampen sprake kan zijn van een overtreding van art. 2 EVRM. In het arrest Budayeva/Rusland is namelijk bepaald dat bij niet-opzettelijke doodsoorzaking naar aanleiding van natuurrampen een strafrechtelijk onderzoek vereist is.⁹⁶ Dit omdat overheidsinstanties vaak de enige instanties zijn met voldoende relevante informatie om er achter te komen wat de natuurramp veroorzaakt heeft. In dit arrest is de bepaling uit het Öneriyildiz/Turkije arrest dat er sprake moet zijn van bewuste culpa herhaald. In het arrest Kolyadenko/Rusland heeft het EHRM bepaald dat er geen sprake hoeft te zijn van dodelijke slachtoffers.⁹⁷

Er moet slecht sprake zijn van een daadwerkelijk risico op overlijden.⁹⁸

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat een strafrechtelijk onderzoek jegens autoriteiten mogelijk moet zijn wanneer er door bewuste culpa van die autoriteiten levensbedreigende risico's zijn ontstaan voor mensen. Dit geldt echter slechts wanneer er sprake is van gevaarlijke activiteiten of natuurrampen. Daarnaast zijn overheden volgens dr. D. Roef⁹⁹ (verder: Roef) slechts geloofwaardig indien zij het recht op leven respecteren en ook verantwoording afleggen voor de schending daarvan. Zelfs via het strafrecht, indien het te beschermen belang daarom vraagt.¹⁰⁰

§ 5.2 Het EU-recht en de Otapan-zaak

Over strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid met betrekking tot het EU-recht zijn lang niet zoveel arresten gewezen als over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden met betrekking tot het EVRM. Onderstaand zal een zaak besproken worden waar wel uitdrukkelijk een beroep werd gedaan op het EU-recht.

In de Otapan-zaak werd, zoals te lezen in hoofdstuk twee, een beroep gedaan op zowel het EVRM als het EU-recht, maar in deze paragraaf wordt slechts het beroep op het EU-recht behandeld. In deze zaak met betrekking tot het gipschip de Otapan heeft de Staat duidelijke fouten gemaakt. Toch besloot de OvJ de Staat niet te vervolgen, omdat dit niet

⁹³ Wilde, *NTM/NJCM* 2016/10, par. 2.1.

⁹⁴ Gijsselaar, *NTM/NJCM* 2016/11, par. 1.

⁹⁵ EHRM 28 oktober 1998, 2345/94, NJ 2000/134 m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk), p. 11.

⁹⁶ EHRM 20 maart 2008, 15339/02 (Budayeva/Rusland).

⁹⁷ EHRM 28 februari 2012, 17423/05 (Kolyadenko/Rusland).

⁹⁸ Van Slidrecht 2013, p. 171.

⁹⁹ dr. D. Roef is Universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit van Maastricht. Zijn expertise ligt onder andere op het gebied van strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden.

¹⁰⁰ Roef, *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 190.

opportuun zou zijn, lees wegens immuniteit van de Staat. De milieuorganisatie Greenpeace is middels een art. 12 Sv procedure bij het hof opgekomen tegen de sepotbeslissing van de OvJ.¹⁰¹

In de Otapan-zaak werd door zowel Greenpeace als de Staat een beroep gedaan op de richtlijn 2008/99/EG.¹⁰² Deze richtlijn is vastgesteld ter bescherming van het milieu door middel van het strafrecht. In de Otapan-zaak ging het om vervolging van de Staat, zijnde een (publiekrechtelijke) rechtspersoon. Op grond van art. 6 en 7 van de richtlijn 2008/99/EG zorgen de lidstaten ervoor dat rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld en kunnen worden bestraft met sancties. Art. 2 sub D van de richtlijn definieert een rechtspersoon als volgt: 'iedere juridische entiteit die deze hoedanigheid krachtens het toepasselijke nationale recht bezit, met uitzondering van staten of overheidslichamen in de uitoefening van het overheidsgezag en van publiekrechtelijke internationale organisatie'

In bijlage A bij de richtlijn 2008/99/EG staat wetgeving opgesomd waarvan schending een overtreding van de richtlijn is. In die lijst is onder andere de, hierna te bespreken, verordening 2006/1013/EG opgenomen.¹⁰³ Deze verordening is in de plaats gekomen van de verordening 1993/259/EG.¹⁰⁴

Zoals gezegd, werd door Greenpeace een beroep gedaan op art. 2 sub D van de richtlijn 2008/99/EG. Volgens Greenpeace ziet dat artikel niet op algemene immuniteit van Staten en overheidslichamen, maar meer op het taakcriterium als bedoeld in het Pikmeer II arrest. Aangezien er volgens Greenpeace geen sprake was van exclusieve bestuurstaken bij de gedragingen waar de ambtenaren van verdacht werden, konden zij zich niet beroepen op strafrechtelijke immuniteit. Het hof verwees echter naar de considerans bij de richtlijn 2008/99/EG waaruit blijkt dat de richtlijn geen toepassing in individuele gevallen verplicht van hetgeen in de richtlijn bepaald is.

Door Greenpeace werd tevens een beroep gedaan op art. 26 lid vijf van de verordening 1993/259/EG.¹⁰⁵ Volgens Greenpeace volgt uit dit artikel dat lidstaten passende maatregelen moeten treffen om sluikhandel te verbieden en te bestraffen. Het hof achtte echter dat art. 26 lid vijf van de verordening 1993/259/EG, noch het vervangende art. 50 van de verordening 2006/1013/EG, niet verplicht tot het instellen van strafvervolging in individuele gevallen.

Het hof oordeelde dat de immuniteit van de Staat niet in strijd is met het EU-recht, waaronder het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (verder: VwEU) en de rechtspraak van het Europese hof van Justitie. Nadere uitleg hierover heeft het hof niet gegeven. Nu de Staat naar Nederlands recht strafrechtelijke immuniteit geniet, werd de klacht van Greenpeace ongegrond verklaard.¹⁰⁶

Sinds het hof in de Otapan-zaak geen nadere uitleg heeft gegeven over zijn uitspraak dat de immuniteit van de Staat niet in strijd is met bijvoorbeeld het VwEU is voor de volledigheid in het VwEU gezocht naar bepalingen hierover. Deze zijn niet gevonden. Tevens zijn geen uitspraken gevonden van het Europees hof van Justitie waarin een

¹⁰¹ Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448.

¹⁰² Richtlijn 2008/99 van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

¹⁰³ Verordening 2006/1013 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.

¹⁰⁴ Verordening 1993/259 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap.

¹⁰⁵ Verordening 1993/259 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap.

¹⁰⁶ Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448.

oordeel wordt geveld over strafrechtelijke immuniteit van overheden. De uitspraak van het hof in de Otapan-zaak dat de strafrechtelijke immuniteit van de Staat niet in strijd is met het EU-recht wordt daarom gevolgd.

§ 5.3 Wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid

Na bestudering van de kamerbehandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit valt een aantal dingen op waarop hieronder wordt ingegaan.

Zoals uit paragraaf 5.2 blijkt, is er, met betrekking tot het EU-recht, weinig rechtspraak over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden en daarmee ook weinig discussie over de betekenis daarvan. Dit onderwerp komt dan ook niet terug in de behandeling van het wetsvoorstel. Over de betekenis van de jurisprudentie van het EHRM is echter wel veel gediscussieerd. De initiatiefnemers van het wetsvoorstel hebben uitdrukkelijk verklaard dat Europese jurisprudentie niet is gebruikt ter onderbouwing van het wetsvoorstel.¹⁰⁷ Toch is de belangrijkste uitspraak van het EHRM op dit punt, het Önerildiz/Turkije arrest, kort aangehaald in de MvT. De indiener schreef in de MvT namelijk dat deze uitspraak 'de druk op het verruimen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid vergroot' en dat die uitspraak 'voor de indiener een signaal is dat de Nederlandse wetgeving op dit punt onder druk kan komen te staan'.¹⁰⁸

Hoewel de initiatiefnemers hun mening dat de overheid strafrechtelijk aansprakelijk moet kunnen worden gesteld niet baseren op de jurisprudentie van het EHRM is deze jurisprudentie in de Tweede en Eerste kamer toch meermaals aan bod gekomen en op verschillende manieren geïnterpreteerd.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer vraagt de SGP zich af wat er van het wetsvoorstel te verwachten valt, omdat het in situaties waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid een rol speelt vaak gaat om een niet tijdig optreden. Bij het Önerildiz/Turkije arrest ging het ook om een niet tijdig optreden ofwel een nalaten. De Turkse overheid had te weinig maatregelen getroffen om de methaanexplosie te voorkomen. Het is volgens de SGP juist bij nalaten lastig om te zeggen dat een strafrechtelijke norm is geschonden.¹⁰⁹ Volgens de initiatiefnemers is nalaten eigenlijk geen handeling, maar juridisch gezien wel een handeling die valt onder het Wetboek van Strafrecht.¹¹⁰ Iets nalaten is namelijk iets niet doen en dat kan in bepaalde gevallen een strafbare gedraging opleveren, de zogenaamde omissie delicten.¹¹¹ Denk ter illustratie bijvoorbeeld aan derecent afgedane zaak met betrekking tot een ongeval in een gemeentezwembad in Tilburg waarbij een baby om het leven is gekomen. De gemeente Tilburg had nagelaten de nodige maatregelen te treffen om de veiligheid van de bezoekers te waarborgen. De gemeente wist dat de bouten van de geluidsbox wegens corrosievorming vervangen moesten worden, maar had nagelaten dit te doen. Uiteindelijk is een van de geluidsboxen van het plafond gevallen als gevolg waarvan de baby overleden is. De gemeente Tilburg is veroordeeld voor een boete van € 76.000,=. Dit voorbeeld illustreert dat een nalaten wel degelijk een strafbaar feit kan opleveren.¹¹²

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer haalt D66 de in paragraaf 5.1.4 aangehaalde uitspraak van Roef aan: 'overheden die onder dreiging van straf respect voor het recht op leven eisen, zijn slechts geloofwaardig indien zij ook dat recht respecteren en voor de schending daarvan verantwoording afleggen, desnoods via

¹⁰⁷ Kamerstukken I 2014/15, 30538, C, p. 14-15.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30538, 3, p. 6-7.

¹⁰⁹ Handelingen II 2009/10, 30538, 47, p. 4474.

¹¹⁰ Handelingen II 2012/13, 30538, item 5, p. 38.

¹¹¹ Handelingen II 2013/13, 30538. Item 14, p. 65.

¹¹² Rb. Zeeland-West-Brabant, 5 juli 2016, ECLI:RBZWB:2016:4045.

het strafrecht, indien het te beschermen recht daarom vraagt'. D66 vraagt de Minister vervolgens of de strafrechtelijke immuniteit van overheden in lijn ligt met het EHRM.¹¹³ De Minister verklaart hierop dat hij in de rechtspraak van het EHRM geen verplichting ziet om de immuniteit van de Staat op te heffen, omdat aan de verplichtingen van het EHRM kan worden voldaan door vervolging en bestraffingen van de verantwoordelijke personen. De Minister verwijst ter onderbouwing naar een preadvies van prof. mr. E. Van Sliedregt¹¹⁴ (verder: Van Sliedregt) dat zij heeft geschreven over de immuniteit van de Staat voor de Nederlandse Juristen-Vereniging¹¹⁵ waarin zij tot de conclusie komt dat uit het EVRM geen verplichting voortvloeit om de rechtspersoon de Staat strafrechtelijk vervolgbaar te maken.¹¹⁶ Over het preadvies van Van Sliedregt is overigens meer te lezen in paragraaf 5.4.

Mede gezien het antwoord van de Minister op de vraag van D66 tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer pleit D66 tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer ervoor om, mede gelet op de jurisprudentie van het EHRM, de immuniteit zoals deze in de Nederlandse rechtspraak is ontwikkeld in stand te laten. D66 verwijst hiervoor naar de brief van de Minister naar aanleiding van het voorlopig verslag waarin de Minister beschrijft dat het EHRM in zijn rechtspraak acht slaat op hoe een kwestie in de meerderheid van de aangesloten lidstaten is vormgegeven. Wat betreft strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden is dit in de meerderheid van de aangesloten lidstaten niet aangenomen. In sommige lidstaten kunnen rechtspersonen zelfs helemaal niet strafrechtelijk worden vervolgd. De Minister acht de kans daarom klein dat het EHRM zal aannemen dat art. 2 EVRM ertoe dwingt dat publiekrechtelijke rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld.¹¹⁷

De initiatiefnemers van het wetsvoorstel stellen het hierboven door de Minister gestelde overigens ook, maar verklaren, net als Van Sliedregt, wel dat de immuniteit van feitelijk leiding- en opdrachtgevers niet in lijn licht met de verplichtingen uit het EVRM.¹¹⁸ Dit laatste beaamt de Minister tevens weer in zijn brief.¹¹⁹ De SP lijkt de jurisprudentie van het EHRM weer wat anders te interpreteren en stelt dat Nederland gebonden is aan die jurisprudentie en dat deze jurisprudentie een sterk argument is voor het wetsvoorstel. Volgens de initiatiefnemers biedt Nederland niet wat het EHRM van haar verwacht. Hierbij verwijzen zij naar de Probo Koala zaak en de vuurwerkramp Enschede.¹²⁰ Bij deze beide zaken werden de aangeklaagde gemeente en de feitelijk leiding- en opdrachtgevers, zoals in hoofdstuk twee te lezen is, immuun geacht. Er is, aldus de SP, redelijk overeenstemming over het feit dat de immuniteit van feitelijk leiding- en opdrachtgevers in strijd is met het EVRM. Zodoende zouden deze uitspraken in strijd zijn met het EVRM.

In het plenair debat van de Eerste Kamer over het wetsvoorstel zegt D66 dat de verplichtingen uit het EVRM slechts in uitzonderlijke gevallen nopen tot een strafrechtelijke procedure tegen overheden en haalt daarbij het preadvies van Van Sliedregt aan. De SP zegt daarop dat over de uitspraken van het EHRM anders kan worden gedacht. Volgens de SP komt Van Sliedregt namelijk juist aan de hand van de uitspraken van het EHRM tot de conclusie dat er alle reden is om de immuniteit van de Staat op te heffen.¹²¹ Zoals gezegd, is Nederland volgens de SP gebonden aan de jurisprudentie van het EHRM en dient Nederland haar uitspraken toe te passen. Nu dit niet gebeurt, acht de SP het wetsvoorstel erg hard nodig.¹²² Uiteindelijk verwierpt de Eerste

¹¹³ *Handelingen II* 2012/13, 30538, item 5, p. 30.

¹¹⁴ prof. mr. dr. E. van Sliedregt is hoogleraar (internationaal) strafrecht bij de Vrije Universiteit van Amsterdam.

¹¹⁵ Van Sliedregt 2013.

¹¹⁶ *Handelingen II* 2012/13, 30538, item 5, p. 39.

¹¹⁷ *Kamerstukken I* 2014/15, 30538, D, p. 3.

¹¹⁸ *Kamerstukken I* 2014/15, 30538, C, p. 14.

¹¹⁹ *Kamerstukken I* 2014/15, 30538, D, p. 3.

¹²⁰ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 4-15.

¹²¹ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 3.

¹²² *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 34.

Kamer het wetsvoorstel met één stem verschil.¹²³ Opvallend is dat, zoals de SP naar voren heeft gebracht in het plenaire debat van de Eerste Kamer, vooral de voorstanders van het wetsvoorstel de jurisprudentie van het EHRM in hun motivering meenemen. Tegenstanders van het wetsvoorstel lijken daar minder op te bouwen.

§ 5.4. De betekenis van de behandelde jurisprudentie voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in Nederland

Zoals uit voorgaande paragraaf blijkt, wordt de jurisprudentie van het EHRM en daarbij ook het preadvies van Van Sliedregt op verschillende manieren geïnterpreteerd door de Kamerleden. Uit het preadvies van Van Sliedregt kan het volgende worden opgemaakt. Het is, in tegenstelling tot wat de SP stelt, niet juist dat Van Sliedregt concludeert dat er op basis van de jurisprudentie van het EHRM alle reden is om de immuniteit van de Staat op te heffen. In haar preadvies schrijft zij letterlijk het volgende: 'Noch het EVRM noch de EU eist het opheffen van de immuniteit van de Staat'.¹²⁴ Dit neemt niet weg dat Van Sliedregt wel tot de conclusie komt dat de jurisprudentie van het EHRM noopt tot beperking van de immuniteit. Die beperking dient volgens Van Sliedregt te gelden voor de immuniteit van feitelijk leiding- of opdrachtgevers. In het Öneriyildiz arrest wordt een overtreding van art. 2 EVRM aangenomen, omdat het Turkse rechtssysteem onvoldoende garandeerde dat overheidsfunctionarissen of overheidslichamen strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld. De passage die van belang is uit het Öneriyildiz arrest voor de zienswijze van Van Sliedregt is de volgende: 'Accordingly, it cannot be said that the manner in which the Turkish criminal-justice system operated in response to the tragedy secured the full accountability of State officials or authorities for their role in it and the effective implementation of provisions of domestic law guaranteeing respect for the right to life, in particular the deterrent function of the criminal law'.¹²⁵ Van Sliedregt concludeert uit het woord 'or' dat slechts een van beide strafrechtelijk aansprakelijk moet kunnen worden gesteld. Zoals te lezen in hoofdstuk twee kunnen overheidsfunctionarissen in Nederland niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld indien de overheid ook niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Volgens Van Sliedregt is dit in strijd met het EVRM. Om te voldoen aan het EVRM zou dus slechts strafrechtelijke vervolging van overheidsfunctionarissen mogelijk dienen te zijn, ongeacht of er sprake is van specifieke bestuurstaken.¹²⁶

Mr. dr. M.L. Van Emmerik¹²⁷ (verder: Van Emmerik) en prof. mr. T. Barkhuysen¹²⁸ (verder: Barkhuysen) stellen dat niet alleen de strafrechtelijke immuniteit van dienaren van de Staat en decentrale overheden, maar ook de strafrechtelijke immuniteit van de overheid zelf niet in overeenstemming is met het verdragsrecht.¹²⁹

Uit de gehouden interviews blijkt in elk geval dat de rechters unaniem vinden dat Nederland gehouden is aan de rechtspraak van het EHRM, want dit heeft rechtstreekse werking in Nederland. Wanneer de vraag gesteld wordt of Nederland met zijn huidige regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voldoet aan de eisen van het EHRM, is er minder unanimiteit en zijn de antwoorden minder eenduidig. In elk geval komt naar voren dat de overheid zich niet kan vrijwaren van aansprakelijkheid enkel omdat het de overheid is, of dat echter perse via het strafrecht moet, dat vraagt een rechter zich af. Die rechter is van mening dat genoegdoening bijvoorbeeld ook via een

¹²³ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 5.

¹²⁴ Van Sliedregt 2013, p. 177.

¹²⁵ § 117 EHRM 30 november 2004, 48939/99, NJ 2005/210, m.nt. E.A. Alkema (Öneriyildiz/Turkije).

¹²⁶ Van Sliedregt 2013, p. 166-177.

¹²⁷ mr. dr. M.L. van Emmerik is Universitair hoofdocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zijn expertise ligt onder andere op het EVRM en mensenrechten.

¹²⁸ prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zijn expertise ligt onder andere op overheidsaansprakelijkheid en het EVRM.

¹²⁹ Barkhuysen & Van Emmerik, O&A 2005/47, par. 5.2

civiele procedure kan worden bereikt. Zijn mening over de strekking van de jurisprudentie van het EHRM is wisselend. Hij geeft aan eerst te hebben betoogd dat het EHRM misschien wel dwingt tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, maar durft nu niet met grote stelligheid aan te geven dat de overheid via het strafrecht 'bestraft' moet worden, omdat het ook via andere wegen kan.¹³⁰

Ook blijkt dat niet vanzelfsprekend is dat de jurisprudentie van het EHRM bij een ieder bekend is die nog geen zaak omtrent dit onderwerp heeft afgedaan. Zo geeft een rechter aan dat hij zich nog niet grondig heeft verdiept in deze jurisprudentie. Wanneer een dergelijke zaak zich voordoet, zal hij zich er nader in gaan verdiepen. Wel verklaart hij dat, indien er een art. 12 Sv procedure wordt ingesteld wegens het niet vervolgen van de overheid wegens immuniteit, jurisprudentie van het EHRM een rol zou kunnen spelen bij het toewijzen van zo'n klacht. De jurisprudentie is nu echter niet eenduidig, maar de verwachting is dat er de komende jaren meer jurisprudentie op dit punt zal komen.¹³¹

Een andere rechter is van mening dat uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de overheid zich bewust moet zijn van de omstandigheid dat het recht op leven sowieso gegarandeerd moet worden met een soort generaal preventieve bepaling in het strafrecht, maar is niet zeker van de conclusie die anderen uit deze jurisprudentie halen dat dit een rechtsplicht meebrengt voor lidstaten om het recht op leven, zoals neergelegd in art. 2 EVRM, strafrechtelijk te garanderen. Volgens hem kan deze jurisprudentie echter wel gelden ter ondersteuning van andere argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, omdat het niet kan zijn dat het recht op leven door de overheid geschonden wordt.¹³²

§ 5.5 Tussenconclusie

Uit dit hoofdstuk kan in elk geval worden geconcludeerd dat de overheid de personen binnen haar rechtsgebied niet alleen dient te beschermen tegen inbreuken op het recht op leven door derden, maar ook door de overheid zelf. Daar naast blijkt dat, wanneer er sprake is van gevaarlijke activiteiten of natuurrampen waarbij door bewuste culpa van autoriteiten levensbedreigende risico's zijn veroorzaakt, een strafrechtelijk onderzoek mogelijk moet zijn. Zulks kan dus worden gebruikt ter argumentatie voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Tevens blijkt dat aan het EU-recht geen argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden verleend. Dit betekent omgedraaid echter ook niet dat aan het EU-recht wel argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen worden ontleend.

Verder blijkt dat de jurisprudentie van het EHRM wat betreft de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen verschillend geïnterpreteerd wordt. Als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan worden gesteld dat de rechtspraak van het EHRM niet dwingt tot opheffing van de immuniteit van in elk geval de Staat, mede omdat in de meerderheid van de lidstaten geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is aangenomen. Minder ter discussie staat het standpunt dat de immuniteit van feitelijk leiding- en opdrachtgevers niet in overeenstemming is met het EHRM. Zodoende is dit een argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Binnen het gerechtshof is er geen overeenstemming over de betekenis van de jurisprudentie van het EHRM op dit punt, maar wel over het belang van de jurisprudentie van het EHRM in zijn algemeenheid.

¹³⁰ Zie bijlage II.V

¹³¹ Zie bijlage II.IV

¹³² Zie bijlage II.II

Hoofdstuk zes: bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid.

In dit hoofdstuk volgt een analyse van de mogelijkheid om via het bestuursrecht de overheid te bestraffen. Daarna zal worden weergegeven in hoeverre deze jurisprudentie ter sprake is gekomen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid. Tot slot zal geconcludeerd worden welke argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid kunnen worden ontleend.

§ 6.1 Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid

In principe zijn er verschillende mogelijkheden om de overheid 'te bestraffen', via het strafrecht, het bestuursrecht en via het privaatrecht. Het is daarom van belang om niet alleen naar de immuniteit van de overheid binnen het strafrecht te kijken. Er is gekozen om naar de bestuurlijke boete als bedoeld in art. 5:40 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb) te kijken. Hier is voor gekozen omdat het bestuursrecht, anders dan het privaatrecht, net als het strafrecht een publiekrechtelijk karakter heeft. Beide hebben betrekking op de verhoudingen tussen (rechts)personen en de overheid, waar het privaatrecht vooral gericht is op de verhoudingen tussen (rechts)personen onderling.

§ 6.1.1 Bestuurlijke boete

Binnen het bestuursrecht bestaan er verschillende sancties, waarbij de meeste een herstellend karakter hebben. Zij zijn op grond van art. 5:2 lid 1 sub b Awb onder andere gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding. Deze sancties hebben weinig gelijkenis met het strafrecht. Naast deze herstelsancties zijn er op grond van art. 5:2 lid 1 sub c Awb ook bestraffende sancties binnen het bestuursrecht welke het beoogde doel leedtoevoeging hebben. Het gaat dan vooral over de bestuurlijke boete welke op grond van art. 5:40 lid 1 Awb 'een bestraffende sanctie inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom' inhoudt. De bestuurlijke boete heeft dus een punitief karakter en vertoont daarmee wel degelijk gelijkenis met het strafrecht. Als er gekeken wordt naar de, in hoofdstuk twee behandelde, uitspraken die betrekking hebben op strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ontdekt men het volgende. Wanneer er sprake is van strafrechtelijke vervolging van de overheid wordt er altijd betaling van een geldboete geëist in de zin van art. 9 lid 1 sub a onder 4 Sr.¹³³ Genoemde verplichtingen tot betaling van een boete zijn beide punitieve sancties. Daarbij komt nog dat bestraffende bestuurlijke sancties, waaronder de bestuurlijke boete, in Nederland niet onder het strafrecht vallen, maar volgens het EHRM wel aan te merken zijn als een 'criminal charge' als bedoeld in art. 6 EVRM.¹³⁴

§ 6.1.2 Overtredingen door rechtspersonen

Uit art. 5:1 lid 3 Awb blijkt dat het in strijd handelen met, of overtreden van, een wettelijk voorschrift kan geschieden door natuurlijke personen en door rechtspersonen. Daarnaast worden lid 2 en 3 van art. 51 Sr van overeenkomstig van toepassing verklaard. Dit betekent dat via het bestuursrecht een boete kan worden opgelegd aan zowel een rechtspersoon als tegen de feitelijk leiding- opdrachtgever. Nu hier verder, net als in het strafrecht, geen onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen, is de MvT bij de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb geraadpleegd.

De MvT beschrijft dat voor de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen aan de overheid 'vooralsnog' aansluiting zal moeten worden gezocht bij de Volkel en Pikmeer-

¹³³ Zie bijvoorbeeld Rb. Assen 2 november 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU5334.

¹³⁴ Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 44.

jurisprudentie. Daarnaast beschrijft de MvT dat 'een definitief oordeel over de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zal worden uitgesproken in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de bevindingen van de commissie-Roelvink.'¹³⁵ Dit kabinetsstandpunt is er echter nooit expliciet gekomen.¹³⁶

§ 6.1.3 Rol van de strafrechtelijke immuniteit bij de inwerkingtreding vierde tranche Awb

In een nota na aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie staat beschreven dat uit een, nader te bespreken, uitspraak van de Hoge Raad van 3 maart 1998 kan worden afgeleid dat de bijzondere wetgever zelf kan bepalen dat boetes ook opgelegd kunnen worden aan de Staat en de decentrale overheid, ongeacht of er sprake is van exclusieve bestuurstaken. Wanneer de bijzondere wetgever hierover niets geregeld heeft ten aanzien van de Staat of een decentrale overheid, zal aansluiting moeten worden gezocht bij het Volkel-arrest dan wel de Pikmeer-jurisprudentie.¹³⁷

Tijdens de laatste behandeling van de wetswijziging betreffende de vierde tranche van de Awb in de Eerste Kamer, waarbij de wetswijziging ook is aangenomen, stelt de minister dat het in sommige gevallen mogelijk is om een bestuurlijke boete op te leggen aan de overheid. Volgens de minister biedt de wetswijziging ruimte aan de bestuursrechter om bij zijn beoordeling de jurisprudentie met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid mee te nemen. Wanneer de tendens in het strafrecht verandert, kan dit gevolgen hebben voor hoe er in het bestuursrecht gehandeld wordt.¹³⁸

Mede gezien het feit dat bestraffende bestuurlijke sancties gezien worden als een 'criminal charge' is het niet vreemd dat overheden zich in het bestuursrecht beroepen op immuniteit.¹³⁹ Hoewel uit het hierboven beschreven de indruk gewekt kan worden dat het bestuursrecht wat betreft immuniteit van de overheid het strafrecht volgt, blijkt dit niet het geval wanneer er gekeken wordt naar jurisprudentie op dit punt.

§ 6.2 Uitwerking bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in de jurisprudentie

Onderstaand worden een aantal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en een arrest van de Hoge Raad besproken waarin wordt geoordeeld over de bestuursrechtelijke immuniteit van de overheid.

§ 6.2.1 Vuilniswagen Purmerend:

Het eerste, van belang zijnde, arrest op het punt van de zogeheten 'bestuursrechtelijke immuniteit van de overheid', had betrekking op de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (verder: WAHV). Met een voertuig dat op naam stond van de gemeente Purmerend werd een bepaling van de WAHV overtreden. Aan de gemeente werd een boete opgelegd waartegen beroep is ingesteld. In eerste aanleg achtte de kantonrechter dat de boete niet aan de gemeente opgelegd kon worden, nu de gemeente een publiekrechtelijke rechtspersoon is en de overtreding werd verricht bij het uitvoeren van een exclusieve bestuurstaak, namelijk het inzamelen van afval. Volgens de kantonrechter vertoonde de WAHV zoveel overeenkomsten met het strafrecht dat er geen verschil gemaakt kon worden tussen beide. Daarom achtte de kantonrechter dat er sprake was van bestuursrechtelijke immuniteit.¹⁴⁰

¹³⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, 3, p. 82.

¹³⁶ Duijkersloot & Hartmann 2010, p. 19.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, 7, p.32.

¹³⁸ *Handelingen I* 2008/09, 29702, 36, p. 1627.

¹³⁹ Van Ettekooven, Polak, Van Ravels, Van Rossum, Schueler, Tjepkema, Waling en Widdershoven, O&A 2013/32, par. 9.6.

¹⁴⁰ HR 3 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0962.

De Hoge Raad kwam daarentegen tot een ander oordeel. Gezien het bestuursrechtelijke karakter van de sancties uit de WAHV zag de Hoge Raad niet in waarom publiekrechtelijke rechtspersonen anders gesanctioneerd zouden moeten worden dan burgers of privaatrechtelijke rechtspersonen. De Hoge Raad concludeerde daarom dat publiekrechtelijke rechtspersonen binnen de reikwijdte van de WAHV vallen. Dit laatste viel volgens de Hoge Raad zelfs impliciet af te leiden uit de bepalingen van de WAHV.¹⁴¹ Deze uitspraak is overigens een voorbeeld van wat in de, hierboven besproken, nota naar aanleiding van het verslag werd bedoeld met de stelling dat de bijzondere wetgever zelf kan bepalen of een publiekrechtelijke rechtspersoon beboet kan worden.

Na dit arrest van de Hoge Raad nam de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van state (verder: Afdeling) in eerste instantie een terughoudende houding aan wanneer de vraag of de immuniteit van de overheid ook geldt in het bestuursrecht aan de orde kwam.

§ 6.2.2 ABRvS 22 november 2006:

In 2004 overleden drie brandweermannen bij het blussen van een brand. Aan de gemeente werd een bestuurlijke boete opgelegd voor een overtreding van de Arbowet. De rechtbank oordeelde dat, bij de beoordeling of de gemeente immuniteit geniet voor een bestuurlijke boete, als uitgangspunt de Pikmeer-jurisprudentie moet worden genomen. Volgens de rechtbank kon de overtreding van de Arbowet niet aangemerkt worden als zijnde in het kader van de uitoefening van een exclusieve overheidstaak, dus kon de gemeente zich niet beroepen op immuniteit.¹⁴²

De Afdeling overwoog dat de bepalingen in de Arbowet op werkgevers en werknemers in algemene zin van toepassing zijn. Volgens de Afdeling gelden deze bepalingen ook wanneer brandweermannen hun werk uitoefenen. De Afdeling verwees naar het publieke debat dat werd gevoerd over strafrechtelijke immuniteit van de overheid waarbij 'in wisselende mate afstand werd genomen van de aanvaarding van die immuniteit'. Volgens de Afdeling was het in stand blijven van de toenmalige regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid geen zekerheid en liet daarom de vraag, of een dergelijke immuniteit ook geldt in het bestuursrecht, in het midden. Vervolgens overwoog de Afdeling dat, indien de immuniteit van de overheid ook zou gelden in het bestuursrecht, daar in dit geval toch geen beroep op gedaan zou kunnen worden.¹⁴³ Verwarrend in deze zaak is, zoals Duijkersloot en Ortlep in hun annotatie vermelden, dat de Afdeling eerst aangaf in het midden te willen laten of immuniteit ook in het bestuursrecht geldt, maar daarna wel inging op de vraag of een eventueel beroep op immuniteit in dit geval zou slagen. Hiermee wekte de Afdeling volgens de annoteurs de indruk dat de strafrechtelijke immuniteit ook in het bestuursrecht geldt wanneer het gaat over punitieve sancties.

§ 6.2.3 ABRvS 23 april 2008:

In 2005 werd aan de provincie Overijssel een boete opgelegd wegens het in dienst hebben van vreemdelingen zonder dat daarvoor de benodigde tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. De provincie is in beroep gegaan welke de rechtbank ongegrond verklaard heeft. In deze zaak verwees de Afdeling naar haar overwegingen in voormelde uitspraak uit 2006 en zag wederom reden om de vraag of strafrechtelijke immuniteit van de overheid ook in het bestuursrecht zou werken niet te beantwoorden. Daarnaast, zo overwoog de Afdeling, zou de provincie in dit geval sowieso geen beroep kunnen doen op immuniteit, al zou deze wel van toepassing zijn in het bestuursrecht.¹⁴⁴ Ook in deze uitspraak liep de Afdeling alle vereisten af voor strafrechtelijke immuniteit van

¹⁴¹ HR 3 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0962.

¹⁴² ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2782, m. nt. A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep.

¹⁴³ ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2782, m. nt. A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep.

¹⁴⁴ ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0232.

decentrale overheden om tot de conclusie te komen dat hier geen beroep op gedaan kon worden. In deze en in voormelde uitspraak hanteerde de Afdeling de lijn uit de strafrechtelijke jurisprudentie, zie hiervoor paragraaf 2.4.4, waaruit volgt dat het niet betekent dat wanneer een overheidstaak exclusief is, iedere gedraging uitgevoerd in het kader van die overheidstaak ook exclusief is. In een dergelijk geval is de overheid strafrechtelijk aansprakelijk en daarmee bestuursrechtelijk aan te spreken.¹⁴⁵

Gezien het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de Afdeling na voormeld arrest van de Hoge Raad in 1998 een terughoudende houding aannam wat betreft een oordeel over 'bestuursrechtelijke immuniteit van de overheid'. Later, in 2010, stapte de Afdeling echter van deze terughoudende houding af en velde een oordeel over de bestuursrechtelijke immuniteit van de Staat.

§ 6.2.4 ABRvS 12 mei 2010:

De Afdeling besliste in drie vergelijkbare zaken over de bestuursrechtelijke immuniteit van de Staat. Alle drie de zaken hebben betrekking op bestuurlijke boetes die aan de Staat waren opgelegd wegens overtredingen van art. 2 van de Wet arbeid vreemdelingen (verder: Wav), zijnde het door een vreemdeling laten verrichten van arbeid in Nederland zonder in bezit te zijn van de daarvoor benodigde tewerkstellingsvergunning. Gezien het feit dat in deze uitspraken dezelfde gronden door de Staat zijn aangevoerd en deze uitspraken ook op dezelfde gronden door de Afdeling zijn afgedaan, zullen deze uitspraken als één behandeld worden. De Staat verwees in zijn betoog naar het Volkel-arrest en de uitspraak van de Afdeling van 22 november 2006 en betoogde dat de strafrechtelijke immuniteit van de Staat die hieruit voortvloeit analoog van toepassing is in het bestuursrecht. De Staat onderbouwde dit door te stellen dat uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat bestuurlijke boetes alleen aan de overheid kunnen worden opgelegd als er geen sprake is van strafrechtelijke immuniteit van de overheid.¹⁴⁶ Nu voor de Staat een algehele immuniteit geldt in het strafrecht zou dit volgens de Staat betekenen dat aan hem geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

De Afdeling deelde dit standpunt niet en verklaarde dat het Volkel-arrest er niet voor zorgt dat de bestuurlijke boete aan de Staat niet kon worden opgelegd. Volgens de Afdeling biedt de Wav geen aanknopingspunten om aan te nemen dat de Staat immuniteit geniet voor bestuurlijke boetes op grond van de Wav. De Afdeling vond steun voor de opvatting dat bestuurlijke boetes, in ieder geval op grond van de Wav, aan de Staat kunnen worden opgelegd in voormeld arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1998.¹⁴⁷ De verwarring die de Afdeling in haar uitspraak in 2006 schepte, is in deze uitspraken weggenomen. Zoals hierboven vermeld, stelde de Staat onder verwijzing naar die uitspraak dat de strafrechtelijke immuniteit analoog van toepassing is in het bestuursrecht. De Afdeling benadrukte echter dat zij de vraag of de strafrechtelijke immuniteit van de overheid ook geldt binnen het bestuursrecht uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten.¹⁴⁸

Zoals bovenstaand te lezen, is de Afdeling in haar uitspraken van 2010 helder wat betreft bestuursrechtelijke immuniteit van de overheid. Geen bestuursrechtelijke immuniteit voor de overheid, zelfs niet voor de Staat, voor wat in ieder geval de Wav en, gezien de verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1998, de WAHV betreft. Leidend criterium bij de bestuursrechtelijke immuniteit is of de wetgever expliciet heeft uitgesloten dat een dergelijke boete aan de overheid kan worden opgelegd.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Duijkersloot & Hartmann 2010, p. 29.

¹⁴⁶ ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:BM4166.

¹⁴⁷ ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:BM4167.

¹⁴⁸ ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:BM4168.

¹⁴⁹ Barkhuysen, Polak, Schueler & Widdershoven 2016, p. 384.

§ 6.3 Het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid.

In de MvT bij het wetsvoorstel beschrijft de indiener van het wetsvoorstel dat hij eigenlijk niet begrijpt waarom de overheid wel via het bestuursrecht, middels een bestuurlijke boete, aangepakt kan worden, maar niet via het strafrecht.¹⁵⁰ Deze mening van de indiener wordt gedeeld in de Tweede Kamer door de PvdA die het als met twee maten meten ziet om de overheid wel aan het bestuursrecht te onderwerpen en niet aan het strafrecht. Ook de PVV acht het opmerkelijk dat de overheid binnen het strafrecht een bijzondere positie geniet, terwijl zij dit niet geniet binnen het bestuursrecht.¹⁵¹ Tijdens de interviews met de leden van de rechterlijke macht blijkt dat zij het niet allemaal eens zijn met bovenstaande zienswijze. Volgens een rechter functioneert het bestuursrecht wat betreft punitieve sancties voor een groot deel hetzelfde als het strafrecht. Het is dan ook vreemd dat de overheid binnen het bestuursrecht wel boetes opgelegd kunnen worden en binnen het strafrecht niet.¹⁵² De andere geïnterviewde rechters hebben een minder pasklaar antwoord. Allemaal vinden ze het wel wat vreemd dat er een verschil zit in het bestuursrecht en het strafrecht, maar zijn bijvoorbeeld nog niet zo zeker of het strafrecht nu doorgetrokken moet worden in het bestuursrecht of andersom.¹⁵³ Eén geïnterviewde vindt het weer de keuze van de wetgever.¹⁵⁴ Overigens blijkt over het algemeen uit de interviews dat de geïnterviewden de kwestie van strafrechtelijke c.q. bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid een zaak vinden die eigenlijk door de wetgever zou moeten worden geregeld en niet door de rechter.

In de memorie van antwoord naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie verwijzen de initiatiefnemers nogmaals naar de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen aan de overheid en stellen dat de bestuurlijke boete ook het karakter van een straf heeft. In hoofdstuk vier is naar voren gekomen dat een argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid bestaat uit het vestzak-broekzak argument. De initiatiefnemers verklaren echter dat dit ‘probleem’ zich ook al voordoet bij bestuurlijke boetes en dat dit geen reden is om de mogelijkheid, om bestuurlijke boetes aan de overheid op te leggen, af te schaffen.¹⁵⁵ Tijdens een van de gehouden interviews wordt het bovenstaande aangehaald. De geïnterviewde verklaart daarop dat ieder argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ook geldt voor bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, maar dat binnen het bestuursrecht de mogelijkheid van bestraffing van de overheid toch bestaat. Wanneer de vraag gesteld wordt of de geïnterviewde eventueel een klacht op grond van art. 12 Sv gegrond zou verklaren bij vervolging van de Staat verklaart de geïnterviewde dat hij dit eventueel zou doen indien de zaak zich daarvoor leent. Hij zegt dat de Staat via het bestuursrecht wel bestraft wordt als de Staat illegaal tewerkgestelde vreemdelingen in dienst heeft. Hij vraagt zich dan ook af waarom dit, als het ernstig genoeg is, en nogmaals, als de zaak zich ervoor leent, niet tot een strafrechtelijke vervolging kan leiden.¹⁵⁶

In hoofdstuk vier is tevens naar voren gekomen dat een argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid inhoudt dat een strafrechtelijke procedure kan zorgen voor doorkruising van de politieke en bestuurlijke verantwoording. Tijdens het plenair debat in de Eerste Kamer over het wetsvoorstel verklaart een van de

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 3, p. 2.

¹⁵¹ *Handelingen II* 2009/10, 30538, 47, p. 4463-4464.

¹⁵² Zie bijlage II.II

¹⁵³ Zie bijlage II.IV en bijlage II.V

¹⁵⁴ Zie bijlage II.III

¹⁵⁵ *Kamerstukken I* 2014/15, 30538, C, p. 9-12.

¹⁵⁶ Zie bijlage II.II

initiatiefnemersechter dat deze elkaar niet bijten, maar juist kunnen versterken.¹⁵⁷ Een rechter verklaart tijdens het interview dat politieke controle nuttig is, maar dat dit niet betekent dat op basis daarvan de overheid nooit strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden.¹⁵⁸ Een andere rechter verklaart weer dat de voorkeur naar de politieke verantwoording, maar vooral ook naar het toezicht binnen overheden uitgaat.¹⁵⁹

Een andere rechter wijst ook op de publieke verantwoording van de overheid, maar wijst tevens op de mogelijkheid van een civielrechtelijke procedure jegens de overheid en betwijfelt of het strafrecht nog iets kan bewerkstelligen wat niet bewerkstelligd kan worden via het civiele recht. Binnen het civiele recht worden enorme boetes opgelegd, hoger dan binnen het strafrecht mogelijk zou zijn, en zo'n procedure wordt breed uitgemeten. De toegevoegde waarde van het strafrecht ziet die rechter niet.¹⁶⁰ Ook de VVD gebruikt de mogelijkheid van procederen jegens de overheid via een ander rechtsgebied juist als argument tegen het wetsvoorstel en dus tegen strafrechtelijke immuniteit van de overheid. Gezien de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheid om tegen de overheid op te komen acht de VVD het niet noodzakelijk om ook nog eens via het strafrecht tegen de overheid op te komen.¹⁶¹

§ 6.4 Tussenconclusie:

Gezien het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat binnen het bestuursrecht mogelijkheden bestaan om de overheid te bestraffen en dat tevens van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Zoals gezegd wordt een bestuurlijke boete aangemerkt als een criminal charge als bedoeld in art. 6 EVRM. Volgens Roef is het opmerkelijk dat er een verschil is tussen het bestuursrecht en het strafrecht in die zin dat de overheid, waaronder de Staat, in het bestuursrecht geen immuniteit geniet en in het strafrecht wel.¹⁶² Gezien deze mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid is het des te meer frappant waarom de overheid binnen het strafrecht nog wel een bijzondere positie toekomt.¹⁶³ Zodoende kan de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid worden gezien als een argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Deze mening wordt gedeeltelijk gedeeld door de geïnterviewde rechters, maar deze plaatsen daar wel een aantal kanttekeningen bij.

Uit de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste en Tweede kamer en de gehouden interviews blijkt in ieder geval dat het vreemd wordt geacht dat de overheid binnen het bestuursrecht en binnen het strafrecht een andere positie toekomt, ongeacht de mening of de overheid in beide gevallen nu wel of niet een dergelijke bijzondere positie dient toe te komen. Daarnaast worden een aantal bezwaren tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zoals deze in hoofdstuk vier zijn besproken, ontkracht door te stellen dat deze bezwaren in principe ook voor het bestuursrecht gelden. Desondanks geldt er binnen het bestuursrecht geen immuniteit voor de overheid. De mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid, en tevens de mogelijkheid om een civiele procedure te starten tegen de overheid, kan ook worden gebruikt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Als er al verschillende mogelijkheden zijn om de overheid te bestraffen, is het strafrecht daartoe overbodig, zo kan worden geconcludeerd.

¹⁵⁷ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 4, p. 16.

¹⁵⁸ Zie bijlage II.IV

¹⁵⁹ Zie bijlage II.III

¹⁶⁰ Zie bijlage II.V

¹⁶¹ *Handelingen I* 2015/16, 30538, item 5.

¹⁶² Roef, *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 188.

¹⁶³ Barkhuysen, Polak, Schueler & Widdershoven 2016, p. 384.

Hoofdstuk zeven: conclusies en aanbevelingen.

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag welke als volgt luidt: *‘Welke aanbevelingen kunnen aan het kenniscentrum Milieu en Gezondheid worden gedaan ten behoeve van een beoordelingskader voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid, in het licht van de Nederlandse, internationale en Europese rechtsontwikkelingen die zich sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer-jurisprudentie hebben voorgedaan?’*

§ 7.1 Conclusies

Onderstaande conclusies zijn gebaseerd op een analyse van de relevante wetteksten, jurisprudentie, kamerstukken, interviews met leden van de rechterlijke macht en de vakliteratuur.

Uit art. 51 Sr blijkt dat publiekrechtelijke rechtspersonen, net als andere rechtspersonen, strafbare feiten kunnen plegen en in principe ook strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden. Jurisprudentie van de Hoge Raad heeft in de mogelijkheid tot het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van publiekrechtelijke rechtspersonen echter beperkingen aangebracht. Zo heeft de Hoge Raad in het Volkel-arrest bepaald dat de Staat volledige strafrechtelijke immuniteit geniet. Dit betekent dat de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden. In de zogenoemde Pikmeer-jurisprudentie heeft de Hoge Raad bepaald dat decentrale overheden slechts strafrechtelijke immuniteit genieten wanneer het verweten strafbare feit is begaan tijdens de uitoefening van een exclusieve bestuurstaak. Tevens is in de Pikmeer-jurisprudentie bepaald dat feitelijk leiding- en opdrachtgevers die handelen namens een overheidsinstantie meedelen in de immuniteit van de desbetreffende overheidsinstantie.

Er hebben zich sinds deze arresten verschillende ontwikkelingen voorgedaan. Kritiek op strafrechtelijke immuniteit van de overheid heeft geresulteerd in een wetsvoorstel om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. De kritiek is gebaseerd op argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De volgende argumenten zijn het meest van belang. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zorgt voor een meer gelijke behandeling tussen burgers en de overheid, maar ook voor meer gelijkheid tussen overheden onderling. Door opheffing van de immuniteit kunnen namelijk zowel overheid als burger strafrechtelijk vervolgd en bestraft worden. Het gelijkheidsbeginsel is dus een belangrijk argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan verder de, door de burgers gevoelde, afstand tussen hen en de overheid verkleinen. Daarnaast bevestigt een mogelijke strafrechtelijke vervolging van de overheid de gestelde norm en kan er daardoor voor zorgen dat burgers ook eerder geneigd zijn de wet na te leven.

De Hoge Raad gebruikte in het Volkel-arrest een aantal argumenten om de strafrechtelijke immuniteit van de Staat te bepalen. Zo zou de Staat het algemene belang behartigen en werd strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als overbodig gezien naast de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke mogelijkheden van aanpak van onrechtmatig handelen van de overheid. De belangrijkste argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn echter doorkruising van het politieke verantwoordingsproces, de symbolische werking van een straf opgelegd aan de Staat en het vestzak-broekzak argument.

Een aantal van deze argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kunnen echter ontkracht worden. De Hoge Raad bepaalde in het Pikmeer II arrest al dat strafrechtelijke aansprakelijkheid geen doorkruising van het politieke verantwoordingsproces hoeft mee te brengen. Het vestzak-broekzak argument geldt in principe ook voor

bestuurlijke boetes, maar dit argument vormt geen belemmering van een dergelijke boete aan de overheid. Dat een straf slechts een symbolische werking kan hebben, neemt daarnaast niet weg dat het niet normbevestigend kan werken.

Uit analyse van relevante arresten die het EVRM sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer-jurisprudentie heeft gewezen en de vakliteratuur daarover blijkt dat de jurisprudentie van het EHRM als argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan worden gebruikt indien gesteld wordt dat uit die jurisprudentie blijkt dat, wanneer er sprake is van gevaarlijke activiteiten of natuurrampen waarbij door bewuste culpa van autoriteiten levensbedreigende risico's zijn veroorzaakt, strafrechtelijk onderzoek naar overheden mogelijk moet zijn. Nog een argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid is in elk geval het standpunt dat feitelijk leiding- en opdrachtgevers meedelen in de immuniteit van de overheid niet in overeenstemming is met de verplichtingen gesteld door het EHRM. Als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid kan worden gebruikt dat het EHRM niet snel zal bepalen dat de immuniteit van de Staat in strijd is met het EVRM, nu strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat in de meerderheid van de lidstaten niet is aangenomen. Aan het EU-recht kunnen argumenten voor noch tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid ontleend worden.

Ook in het bestuursrecht hebben zich ontwikkelingen voorgedaan in die zin dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat de mogelijkheid bestaat om de overheid een bestuurlijke boete op te leggen. Van die mogelijkheid is ook daadwerkelijk gebruik gemaakt. In zijn arresten heeft de Raad van State bepaald dat, in ieder geval voor de gevallen waar arrest over gewezen is, de overheid geen immuniteit geniet voor het opleggen van bestuurlijke boetes. De mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing kan als argument voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden gebruikt door de volgende vraag te stellen: als de overheid binnen het bestuursrecht bestraft kan worden, waarom kan dat dan niet via het strafrecht? De mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid kan echter ook als argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid worden gebruikt door de volgende vraag te stellen: als er binnen het bestuursrecht mogelijkheden zijn om de overheid te bestraffen, waarom zou het dan nog binnen het strafrecht mogelijk moeten zijn?

7.2 Aanbevelingen ten behoeve van een beoordelingskader

Ten behoeve van een beoordelingskader kunnen, in het licht van de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sinds het Volkel-arrest en de Pikmeer jurisprudentie, de volgende aanbevelingen worden gedaan.

Een beoordelingskader bestaat uit de volgende onderdelen: een inleiding, een beoordeling van de Hoge Raad, toepassing en bouwstenen. De inleiding spreekt vanzelf, een beoordeling is een stappenplan zoals dat volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad, onder toepassing worden recente voorbeelden opgenomen waarbij de Hoge Raad het beoordelingskader heeft toegepast en onder bouwstenen worden voorstellen gedaan voor tekstblokken voor in een uitspraak.

Aanbevolen wordt om in de inleiding het onderwerp kort te introduceren door kort de huidige stand van het recht omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid weer te geven. Daarbij kan kort het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid worden besproken. Verder verdient het aanbeveling om de belangrijkste argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid op te sommen zoals deze bovenstaand zijn genoemd.

Onder beoordeling volgt normaal een stappenplan van de Hoge Raad. Voor dit onderwerp is naast jurisprudentie van de Hoge Raad echter ook jurisprudentie van het EHRM en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van state van belang. Aanbevolen wordt om eerst een overzicht te plaatsen van hetgeen in het Volkel-arrest en het Pikmeer II arrest is bepaald. Vervolgens wordt aanbevolen om daaronder in elk geval het Öneriildiz/Turkije arrest, het Budayeva/Rusland arrest en het Kolyadenko/Rusland arrest te plaatsen. Nu deze arresten wellicht niet op het eerste oog duidelijk zijn, verdient het aanbeveling om daarbij conclusies uit de vakliteratuur naar aanleiding van voormelde arresten te plaatsen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan:

- E. van Sliedregt, 'Immunititeit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' in: Schutgens, Verheij, Van Sliedregt & Schrijver, *Immuniteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.
- D. Roef, 'De immunititeit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 185-194.

Het blijft natuurlijk aan de leden van de rechterlijke macht zelf om te bepalen wat voor conclusies zij trekken uit deze jurisprudentie en de daarbij behorende vakliteratuur.

Onder het kopje toepassing kunnen recente voorbeelden uit de jurisprudentie worden opgenomen. Denkbijvoorbeeld aan HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765, waarbij strafrechtelijke immunititeit van een gemeente wel werd aangenomen en aan Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:RBUTR:2012:BY5595, waarbij strafrechtelijke immunititeit van een gemeente niet werd aangenomen. Uit deze voorbeelden blijkthoe andere rechters om zijn gegaan met de gedeeltelijke strafrechtelijke immunititeit van decentrale overheden.

Wat betreft de bouwstenen wordt het volgende aanbevolen. In de inhoudelijke hoofdstukken zijn verschillende argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid naar voren gekomen. Daarbij wordt in het bijzonder gewezen op de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die kunnen worden ontleend aan de rechtspraak van het EHRM en de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid, zoals deze bovenstaand zijn genoemd. Zoals gezegd, is het aan de leden van de rechterlijke macht om zelf te bepalen wat voor conclusies zij trekken uit het voorgaande en hoe zwaarwegend zij de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, die hieraan kunnen worden ontleend, achten. Voor het geval in een rechtszaak een beroep wordt gedaan op de rechtspraak van het EHRM of de mogelijkheid van bestuursrechtelijke bestraffing van de overheid wordt aanbevolen om de argumenten voor en tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die hieraan kunnen worden ontleend om te zetten in bouwstenen.

Stel, er komt een rechtszaak waarbij een feitelijk leiding- opdrachtgever van een gemeente strafrechtelijk wordt vervolgd. De bewuste ambtenaar beroept zich op strafrechtelijke immunititeit, omdat de gemeente strafrechtelijke immunititeit geniet voor het desbetreffende strafbare feit.

Een bouwsteen om dit beroep toe te wijzen zou als volgt kunnen worden vormgegeven: *De Hoge Raad heeft in het Pikmeer II arrest bepaald dat de vervolgbaarheid van de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever zo nauw met elkaar verbonden zijn dat wanneer de gemeente niet strafrechtelijk kan worden vervolgd, ook de feitelijk leidinggever niet strafrechtelijk kan worden vervolgd. Gezien voornoemd arrest, en de omstandigheid dat de gemeente strafrechtelijke immunititeit geniet voor het verweten strafbare feit, komt de rechtbank/het hof tot de conclusie dat de verdachte in onderhavige zaak tevens strafrechtelijke immunititeit geniet en verklaart het OM niet-ontvankelijk in zijn strafvervolgning.*

Een bouwsteen om dit beroep af te wijzen zou als volgt kunnen worden vormgegeven:
Uit het Öneriyildiz/Turkije arrest leidt de rechtbank/het hof af dat strafrechtelijke immuniteit van feitelijk leiding- en opdrachtgevers in strijd is met art. 2 EVRM. Gezien dit arrest kan het beroep op strafrechtelijke immuniteit door de verdachte geen stand houden. De rechtbank/het hof is daarom van oordeel dat de verdachte in onderhavige zaak geen strafrechtelijke immuniteit geniet en verklaart het OM ontvankelijk in zijn strafvervolgning.

§ 7.3 Algemene aanbevelingen

Naast bovenstaande specifieke aanbevelingen ten behoeve van een beoordelingskader, wordt nog een aantal algemene gedaan ter bijdrage aan de rechterlijke oordeelsvorming.

Wiki Juridica:

Het kenniscentrum wordt aanbevolen om naast een beoordelingskader een Wiki Juridica pagina op te stellen over strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Wiki Juridica pagina's zijn net als beoordelingskaders voor verschillende onderwerpen opgericht. Een Wiki Juridica pagina bestaat uit de volgende onderdelen: inhoud, wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Het verdient aanbeveling om de, voor onderhavig onderzoek geraadpleegde, wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur op te nemen in de op te stellen Wiki Juridica pagina. Zie voor een volledige weergave hiervan de literatuurlijst.

Verdiepen in de jurisprudentie van het EHRM:

Rechtszaken waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid een rol speelt, komen niet wekelijks en zelfs niet maandelijks voor. Het is dan ook niet vanzelfsprekend dat ieder lid van de rechterlijke macht kennis heeft over alles met betrekking tot dit leerstuk. Aanbevolen aan het kenniscentrum wordt dan ook om er zorg voor te dragen dat er informatie over deze jurisprudentie komt die naar behoefte kan worden geraadpleegd. Dit kan geschieden door de op te stellen Wiki Juridica pagina onder de leden van de rechterlijke macht bekend te maken en door dit te presenteren op de aankomende themadag. Daarbij wordt aanbevolen om tevens op te nemen wat specialisten op het gebied van strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden hiervan vinden door te verwijzen naarbijvoorbeeld:

- E. van Sliedregt, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' in: Schutgens, Verheij, Van Sliedregt & Schrijver, *Immunititeiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.
- D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 185-194.
- A.P.W. Duijkersloot, 'Bestrafing van de overheid: stand van zaken sinds 2010', *TvSO* 2016, nr. 2/3, p. 61-66.

Volgen politieke ontwikkelingen:

Zoals uit bijlage I blijkt, is de politieke kwestie omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid wellicht niet afgesloten. Aanbevolen wordt dan ook om de politieke ontwikkelingen omtrent deze kwestie te blijven volgen.

Volgen jurisprudentie EHRM:

Zoals uit de gehouden interviews blijkt, kan jurisprudentie van het EHRM een reden zijn om strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid aan te nemen. Tijdens de gehouden interviews bleek echter dat hiervoor eerst een uitspraak moet komen die meer duidelijkheid schept dan de bestaande jurisprudentie van het EHRM. Aanbevolen wordt daarom ook om de jurisprudentie van het EHRM op dit punt te blijven volgen

Literatuur- en bronnenlijst:

Europese Unie:

Verordening 1993/259 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap.

Verordening 2006/1013 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.

Richtlijn 2008/99/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

Jurisprudentie:

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

EHRM 28 oktober 1998, 2345/9, NJ 2000/134 m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk).

EHRM 30 november 2004, 48939/99, NJ 2005/210, m.nt. E.A. Alkema (Öneryildiz/Turkije).

EHRM 20 maart 2008, 15339/02v(Budayeva/Rusland).

EHRM 28 februari 2012, 17423/05 (Kolyadenko/Rusland).

Hoge Raad:

HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616.

HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429.

HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342.

HR 3 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0962.

HR 18 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6575.

HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

ABRvS 22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2782, m. nt. A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep.

ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0232.

ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:BM4166.

ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4167.

ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4168.

Gerechtshof:

Hof Arnhem 24 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7956.

Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448.

Rechtbank:

Rb. 's-Hertogenbosch 1 februari 1993, ECLI:NL:RBSHE:1993:AB7526.

Rb. Assen 2 november 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU5334.

Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:RBUTR:2012:BY5595.

Rb. Zeeland-West-Brabant, 5 juli 2016, ECLI:RBZWB:2016:4045.

Kamerstukken

Kamerstukken I 2014/15, 30538, C.

Kamerstukken I 2014/15, 30538, D.

Kamerstukken II 1975/76, 13655, 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3.
Kamerstukken II 2005/06, 29702, 7.
Kamerstukken II 2005/06, 30538, 2.
Kamerstukken II 2005/06, 30538, 3.
Kamerstukken II 2012/13, 30538, 14.

Handelingen

Handelingen I 2008/09, 29702, 36, p. 1619-1647.
Handelingen I 2015/16, 30538, item 4.
Handelingen I 2015/16, 30538, item 5.

Handelingen II 2009/10, 30538, 47, p. 4463-4476.
Handelingen II 2012/13, 30538, item 5.
Handelingen II 2012/13, 30538, item 14.
Handelingen II 2012/13, 30538, item 20.

Vakliteratuur

Barkhuysen & Van Emmerik, *O&A* 2005/47

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije?', *O&A* 2005/47.

Barkhuysen & Van Emmerik 2011

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht* (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2011.

Barkhuysen, Polak, Schueler&Widdershoven 2016

T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Cleiren&Verpalen 2012

C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Duijkersloot, *TvSO* 2016, nr. 2/3, p. 61-66

A.P.W. Duijkersloot, 'Bestrafing van de overheid: stand van zaken sinds 2010', *TvSO* 2016, nr. 2/3, p. 61-66.

Duijkersloot& Hartmann 2010

A.P.W. Duijkersloot & A.R. Hartmann, 'De aansprakelijkheid van de overheid; een overspannen constructie bij bestrafing? Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in perspectief', in: L.F.M. Bessellink en R. Nehmelman, *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid*, Oisterwijk: Wolf Productions 2010, p. 1-41.

Van Ettekoven, Polak, Van Ravels, Van Rossum, Schueler, Tjepkema, Waling & Widdershoven, *O&A* 2013/32

B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013/32.

Gijselaar, *NTM/NJCM* 2016/11.

E. Gijselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM/NJCM* 2016/11.

Hendriks 2010

L.E.M. Hendriks, *Milieustrafrecht* (Studiepockets Strafrecht, nr. 29), Deventer: Kluwer 2010.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Kummeling & Vetzo, *O&A* 2016/30

H. Kummeling en M. Vetzo, 'Opheffing strafrechtelijke immuniteiten verworpen door de Eerste Kamer', *O&A* 2016/30.

Nollkaemper 2011

P.A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Roef, *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 185-194

D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 185-194.

Roelvink, Bovens, Knigge&Kummeling 2002

H.L.J. Roelvink, M.A.P. Bovens, G. Knigge& H.R.B.M. Kummeling, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag: 2002.

Van Sliedregt 2013

E. van Sliedregt, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' in: Schutgens, Verheij, Van Sliedregt& Schrijver, *Immuniteiten*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Wilde,*NTM/NJCM* 2016/10.

E. Gijselaar, 'De rol van positieve verplichtingen bij de totstandkoming van Nederlandse strafwetgeving', *NTM/NJCM* 2016/10.