

Aan de Minister van Justitie  
t.a.v. de heer mr. M. Kessler  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Ontwikkeling

bezoekadres  
Kneuterdijk 1  
2514 EM Den Haag

correspondentieadres  
Postbus 90613  
2509 LP Den Haag

t 070 - 361 9723  
f 070 - 361 9746  
www.rechtspraak.nl

datum 5 december 2005  
onderdeel Ontwikkeling  
contactpersoon mr. A. Kuijer  
doorkiesnummer 070 - 361 9706  
e-mail [a.kuijer@rvdr.drp.minjus.nl](mailto:a.kuijer@rvdr.drp.minjus.nl)  
kamernummer 3.11  
ons kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
onderwerp Wetsvoorstel strafrechtelijk vervolgbaar maken feitelijk  
leiding geven aan verboden gedragingen overheidsorganen

Geachte heer Donner,

Bij brief gedateerd 29 september 2005 informeerde u de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Raad) over uw voornemen om te komen tot wetswijziging. U gaf aan de Raad in de gelegenheid te stellen commentaar op het voorliggende ontwerpvoorstel in te brengen. De Raad maakt graag gebruik van de geboden mogelijkheid.

Gehoord de gerechten heeft de Raad de eer u als volgt te berichten.

## **1. Inleiding**

Het ontwerpvoorstel betreft onderwerpen die de fundamentele verhouding tussen overheidsorganen raken. De Raad stelt voorop dat naar zijn oordeel de verhouding tussen onderdelen van de overheid en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen door de (grond)wetgever – en niet primair door de rechter - dient te worden bepaald. Dit geldt naar het oordeel van de Raad ook voor de kwestie van de aansprakelijkheid van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers voor verboden gedragingen van overheidsorganen, aangezien de vraag naar de toerekening van die gedragingen aan de overheid daarmee onverbreekbaar samenhangt.

## **2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat en lagere overheden**

In het wetsontwerp wordt het standpunt ingenomen dat geen wijziging behoort te worden gebracht in de bestaande strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen. De Raad zou het op prijs stellen als dit standpunt in de toelichting uitdrukkelijk zou worden onderbouwd.

Aan een dergelijke toelichting bestaat bij de Raad behoefte, aangezien de regering eerder de hoofdlijnen van het rapport van de Commissie Roelvink (waarin onder meer werd gepleit voor een

datum 5 december 2005  
kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
pagina 2 van 7

bepaalde strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid) leek te onderschrijven<sup>1</sup>. Zulks nadat de regering daarvoor het standpunt innam dat de staat niet strafrechtelijk aansprakelijk zou moeten zijn<sup>2</sup>. Bovendien is -zeker na het Pikmeer II-arrest- in de praktijk de vraag reeds gerezen of de Hoge Raad wel zal vasthouden aan zijn daarvoor in het Volkel-arrest neergelegde opvattingen. In de lagere rechtspraak is bovendien zichtbaar dat de uit het Pikmeer II-arrest mogelijk voortvloeiende immuniteiten zo restrictief mogelijk worden geïnterpreteerd<sup>3</sup>. De ingewikkeldheid van de problematiek brengt met zich dat ook thans de rechtspraak nog zoekend en tastend is naar de juiste maatstaven, bij de vaststelling van welke maatstaven bovendien ook veranderende maatschappelijke en juridische opvattingen, maar vanzelfsprekend ook de inzichten van de wetgever, een rol kunnen spelen.

Zeker tegen deze achtergrond bezien, is de jurisprudentie ten aanzien van de strafrechtelijke (niet-)aansprakelijkheid van overheden wellicht een minder vast gegeven dan de memorie van toelichting veronderstelt. Het is dan ook zeker bij complexe vraagstukken als de onderhavige niet vanzelfsprekend dat de wetgever wijzigingen in de wetgeving niet noodzakelijk acht om reden dat de bestaande jurisprudentie niet tot een dergelijke wijziging zou nopen.

In verband met de sterke politieke lading van het onderhavige onderwerp behoort het bovendien naar het oordeel van de Raad primair de wetgever, en niet de rechter, te zijn die de leidende gezichtspunten verschaft. De inhoudelijke bepaling van de (wenselijke) grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zelf ligt daarbij vanzelfsprekend in essentie in het politieke domein. De Raad zal daarover derhalve geen oordeel uitspreken.

Onverlet dit uitgangspunt meent de Raad echter dat de wetgever zeker bij nieuwe wetgeving de rechter wel helderheid dient te verschaffen omtrent de achter de betreffende wetgeving liggende bedoelingen en de daarmee beoogde reikwijdte. In het onderhavige geval blijft onder meer de vraag open of de rechter uit voormeld wetsvoorstel (impliciet) moet begrijpen dat het de wens van de wetgever is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van “publiekrechtelijke rechtspersonen” te “bevrozen” op het niveau van de vigerende rechtspraak van de Hoge Raad, dan wel dat daarnaast de rechtspraak de ruimte wordt gelaten voor (verdere) rechtsontwikkeling ter zake, een mogelijk verdergaande strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen dan thans wordt aangenomen daaronder begrepen.

---

<sup>1</sup> Het is daarbij onduidelijk in hoeverre een eerder door de regering toegezegde nadere analyse van een aantal punten uit het rapport van de Commissie Roelvink ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (Kamerstukken II, 2001-2002, 25294, nrs. 15 en 16). Indien deze analyse heeft plaatsgevonden is het in ieder geval de Raad onbekend of deze nieuwe gezichtspunten heeft opgeleverd inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen

<sup>2</sup> Vg. Ook het antwoord op vragen van het lid Teeven (LN) aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over het eindrapport inzake de Cafébrand in de Nieuwjaarsnacht te Volendam (Ingezonden 31 januari 2003), Aanhangsel Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 931.

<sup>3</sup> Zie bijv. Rechtbank Assen, 2 november 2005, 19.045022-04; LJN: AU5334 (zorg voor zuivering water exclusieve taak waterschap, desalniettemin geen strafrechtelijke immuniteit waterschap voor lozing vervuild afvalwater)

datum 5 december 2005  
kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
pagina 3 van 7

Het is evident dat de beantwoording van bovengenoemde vraag, en de onderbouwing daarvan van groot belang is voor de (begrenzing van de) rechterlijke interpretatieruimte ten aanzien van de voorliggende (en andere) wettelijke bepaling(en).

Om deze reden meent de Raad dat het wenselijk is dat in het definitieve wetsvoorstel een nadere inhoudelijke onderbouwing van het standpunt van de regering over de strafrechtelijke (niet-aansprakelijkheid van bestuursorganen wordt opgenomen.

### **3. Aansprakelijkheid voor feitelijk leiding geven en opdracht geven**

De aansprakelijkheid voor feitelijk leiding geven en opdrachtgeven is in het ontwerp afhankelijk gesteld van het daderschap door een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het begrip “publiekrechtelijke rechtspersoon” is derhalve een kernbegrip in het wetsontwerp. Dit brengt met zich dat de omvang en duiding daarvan door de wetgever zodanig helder dient te worden geformuleerd, dat het de rechtspraktijk voldoende aanknopingspunten voor de wetstoepassing biedt. Deze helderheid ontbreekt echter vooralsnog, in het bijzonder omdat een nadere inhoudelijke definiëring daarvan in zowel het Wetboek van Strafrecht als de memorie van toelichting ontbreekt.

De Raad beveelt dan ook aan om in de wet, bijvoorbeeld in de betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht, een inhoudelijke omschrijving van het begrip “publiekrechtelijke rechtspersoon” op te nemen.

Inhoudelijk vertoont de voorgestelde bepaling overeenkomst met het door de Commissie Roelvink voorgestelde artikel 51a derde lid Sr. In het rapport van de Commissie Roelvink komt deze bepaling voor in de context van een regeling van de aansprakelijkheid van niet alleen publiekrechtelijke rechtspersonen, maar ook van “organisatorische eenheden” als bedoeld in het door de Commissie Roelvink voorgestelde artikel 51 lid 3 Sr<sup>4</sup>. In dit verband is van belang dat daarmee werd bedoeld op “de niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende dienst, instelling, onderneming, inrichting of andere organisatorische eenheid die deel uitmaakt van de staat en zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt”. De toevoeging van deze specifieke categorie was ingegeven door de problemen die door de in het kader van het daderschap van rechtspersonen vereiste toerekening van gedragingen aan de staat werden veroorzaakt. Daarbij werd met zoveel woorden opgemerkt dat een en ander ook geldt voor strafbare feiten gepleegd in de sfeer van de centrale overheid.

De Raad wijst hierbij tevens op de opmerkingen van de Commissie Roelvink omtrent de “toevalligheid” van de (privaat- of publiekrechtelijke) rechtspersoonlijkheid van bepaalde bestuursorganen. Heeft deze “toevalligheid” ook consequenties voor de toerekening aan de publiekrechtelijke rechtspersoon dan wel de vervolgbaarheid of aansprakelijkheid van personen als feitelijk leidinggever dan wel als opdrachtgever?

---

<sup>4</sup> Dit is aan het slot van de artikelsgewijze toelichting op artikel B overigens over het hoofd gezien.

datum 5 december 2005  
kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
pagina 4 van 7

De vraag rijst hoe de regering aankijkt tegen de specifieke problemen die zich bij de vraag naar de toerekening van gedragingen aan de publiekrechtelijke rechtspersoon kunnen voordoen, Zulks te meer nu in dat kader de Commissie Roelvink de (nadere) onderscheiding van de “organisatorische eenheid” wenselijk achtte, terwijl deze nadere onderscheiding in het voorliggende ontwerp ontbreekt. Het arrest van de Hoge Raad 21 oktober 2003, NJB 2003, nr. 153 waarnaar in het ontwerp wordt verwezen, biedt naar het oordeel van Raad te weinig concreet houvast voor de rechtspraak om dergelijke complexe vragen te beantwoorden. Bovendien geldt naar het oordeel van de Raad ook hier dat het primair de wetgever moet zijn die zich uitlaat over eventuele specifieke uitgangspunten voor beoordeling.

In het verlengde hiervan rijst de vraag hoe in dit verband de passage in de memorie van toelichting (p. 6) moet worden geïdentificeerd waarin wordt gesteld: *“De natuurlijke persoon mag niet met verwijten en straffen getroffen worden die bij de publiekrechtelijke rechtspersoon terecht zouden zijn gekomen als zij vervolgbaar was geweest.”* Betekent deze passage dat door de rechter (tevens) beoordeeld moet worden of een niet-vervolgbare publiekrechtelijke rechtspersoon, als deze een privaatrechtelijke rechtspersoon geweest was, voor de gewraakte feitelijke handelingen mogelijk zou zijn vervolgd, en dat bij bevestigende beantwoording daarvan de betreffende functionaris dient te worden ontslagen van rechtsvervolging? Overigens zal deze passage er toe leiden dat bij de vervolging van individuele ambtenaren onontkoombaar ook de vraag naar het hoe en waarom van de (niet-)vervolging van de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon prominent aan de orde zal komen, hetwelk de procedure in niet geringe mate zal compliceren.

De Raad vestigt voorts de aandacht op de volgende passage in de memorie van toelichting:

*“De in verband met de vaststelling van daderschap van de rechtspersoon genoemde omstandigheden zijn ook van belang in verband met daderschap van de publiekrechtelijke rechtspersoon, naast – vanzelfsprekend – aanwijzingen die aan de wetsgeschiedenis van de concreet ten laste gelegde strafbepaling alsmede de wetssystematiek kunnen worden ontleend. Zij duiden op een ruime aansprakelijkheid voor gedragingen in de sfeer van de rechtspersoon.”*

Naar het oordeel van de Raad is verduidelijking van deze passage op haar plaats. Aan welke “aanwijzingen” – met name die welke specifiek voor toerekening aan de *publiekrechtelijke* rechtspersoon relevant zijn - wordt hier concreet gedacht? Waarop slaat het woord “zij” in de laatste regel terug?

In het ontwerp verder wordt gesteld dat uit de criteria die de Hoge Raad in zijn arrest van 16 december 1986, NJ 1987, 321 (Slavenburg II) heeft gegeven volgt in welke mate het wetsvoorstel in uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voorziet. De uitwerking die hieraan vervolgens wordt gegeven, heeft naar het oordeel van de Raad echter een hoog theoretisch gehalte en is inhoudelijk onvoldoende helder. Een van de vragen die deze oproept is bijvoorbeeld waarom in het geval dat wordt genoemd op pagina 11 van de memorie van toelichting sprake zou zijn van “feitelijk leidinggeven” en niet van “plegen” van het betreffende feit.

datum 5 december 2005  
kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
pagina 5 van 7

Een andere kwestie betreft de verhouding tussen het op dezelfde plaats in de memorie van toelichting gestelde betreffende het plegen van (of het deelnemen aan) een strafbaar feit door middel van nalaten. De Raad adviseert de hier bedoelde stellingen uit de memorie van toelichting aan de hand van voorbeelden nader toe te lichten.

In het ontwerp is gekozen voor een bepaling waarin buiten twijfel wordt gesteld dat ook bij daderschap van een publiekrechtelijke rechtspersoon de strafvervolging kan worden ingesteld tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan dan wel opdracht hebben gegeven tot de verboden gedraging. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat een en ander ook geldt met betrekking tot de vormen van deelneming aan een strafbaar feit. Deze opvatting is naar het oordeel van de Raad voor discussie vatbaar. Allereerst kan worden vastgesteld dat de wettekst zelf alleen het feitelijk leiding geven zelf met zo veel woorden als strafbare gedraging noemt. Voorts brengt het accessoire karakter van de strafbaarheid van feitelijk leidinggeven en opdracht geven, welke strafbaarheid is gekoppeld aan een door de (publieke) rechtspersoon begaand delict, met zich dat de toepasselijkheid van de deelnemersbepalingen niet zonder meer als vanzelfsprekend kan worden beschouwd. De Raad wijst er in dit verband op dat de Hoge Raad zich terzake van de strafbaarheid van deelneming aan feitelijk leiding geven (etc.) tot op heden niet heeft uitgesproken. Indien de wetgever derhalve buiten twijfel wenst te stellen dat voormelde deelnemingsbepalingen van toepassing zijn, verdient het voorkeur een en ander expliciet in de wet te regelen.

#### **4. Wettelijk voorschrift/de publieke taak bij wet opgedragen**

De voorgestelde wijziging van artikel 42 Wetboek van Strafrecht wordt gepresenteerd als een verduidelijking van de huidige tekst van deze bepaling. Ten opzichte van de huidige reikwijdte van artikel 42 Sr bestaat aan de voorgestelde wijziging echter geen behoefte. Uit de rechtspraak vloeit immers voort dat de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 Sr alleen van toepassing is op gedragingen die redelijkerwijs nodig zijn voor de uitvoering van een taak die aan een functionaris door het (publiek)recht is opgedragen.

Op pagina 12 van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de voorgestelde aanvulling van artikel 42 Sr ertoe strekt te verduidelijken welke strafuitsluitende omstandigheden door artikel 42 Sr worden bestreken. Dit begrijpt de Raad aldus, dat “de publieke taak bij de wet opgedragen” kennelijk valt onder de term “wettelijk voorschrift”, maar dat dit uitdrukkelijk wordt opgenomen in de tekst van de wet om enig misverstand hierover te voorkomen. Echter, als dat inderdaad zo bedoeld is, dan is het gebruik van de woorden “dan wel” in de voorgestelde nieuwe tekst van art. 42 Sr onjuist, omdat die woordkeuze impliceert dat het één niet een onderdeel is van het ander, maar dat het om verschillende dingen gaat. Daarnaast verdient het de voorkeur dat ook het begrip “publieke taak”, bijvoorbeeld in de betekenistitel van de Wetboek van Strafrecht, door de wetgever nader wordt gedefinieerd.

Overigens vraagt de Raad zich af of met deze toevoeging aan artikel 42 Sr ook in alle gevallen door de wetgever ongewenst geachte strafbaarheid wordt uitgesloten, dan wel in hoeverre daarmee gewenste strafbaarheid voldoende wordt gevestigd.

datum 5 december 2005  
kenmerk UIT 7703 / ONTW AK  
pagina 6 van 7

Betreffende het eerste vraagpunt wijst de Raad op het gegeven dat velerlei regelingen aan bestuursorganen de zorg opdragen dat bepaalde handelingen worden verricht of een bepaald resultaat wordt bereikt. Naar mag worden aangenomen is alsdan tevens sprake van een exclusieve overheidstaak. De Raad wijst er echter op dat, zoals ook in de rechtspraak reeds is geoordeeld<sup>5</sup>, het hebben van de zorg voor een bepaald aandachtsgebied nog niet zonder meer betekent dat alle in verband daarmee verrichtte handelingen ook beschouwd kunnen worden als door de wet opgedragen. Velerlei regelingen laten het immers open langs welke weg bestuursorganen hun wettelijke zorgplicht feitelijk invullen. Zo kan men als gemeente zelf de afvoer van verontreinigde grond regelen, maar ook kan men dit overlaten aan gespecialiseerde bedrijven. Derhalve zal niet elk handelen op een rechtsterrein waarvoor een bestuursorgaan op zich een (wettelijke) zorgplicht heeft ook kunnen worden gekwalificeerd als handelen dat ook bij publieke wet is *opgedragen*. De Raad mist in de memorie van toelichting een nadere beschouwing omtrent deze complexe problematiek en geeft u in overweging -met inachtneming van het hier gestelde- nader aan te geven welke duiding en reikwijdte wordt beoogd met de voorgestelde uitbreiding van de strafuitsluitingsgrond ex artikel 42 Sr met de formulering “publieke taak bij de wet opgedragen”.

Betreffende het tweede vraagpunt merkt de Raad op, dat het nieuw voorgestelde artikel 42 vragen kan oproepen over de reikwijdte van de bevoegdheden van de politieambtenaar die als infiltrant optreedt in een concreet opsporingsonderzoek naar bijvoorbeeld (zware) georganiseerde criminaliteit. Wordt beoogd hem, c.q. zijn leidinggevende of opdrachtgever, feitelijke immuniteit voor strafvervolgning te verlenen, ook indien in het kader van een opsporingsonderzoek (ernstige) strafbare handelingen door hen zijn gepleegd? Aan de voorgestelde wettekst zijn daarvoor naar het oordeel van de Raad namelijk argumenten te ontlelen.

## **5. Besluit**

De Raad heeft u in overweging het wetsvoorstel overeenkomstig het bovenstaande aan te passen dan wel nader toe te lichten. In dat kader is de Raad tevens gaarne bereid tot nader overleg met u.

Hoogachtend,

D.J. van Dijk,  
lid van de Raad

---

<sup>5</sup> Zie bijv. Rechtbank Assen, 2 november 2005, 19.045022-04; LJN: AU5334