

Vergaderjaar 1998–1999

26 469

## **Herziening van een aantal strafbepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht alsmede aanpassing van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, van artikel 51a van de Uitleveringswet en van de artikelen 67 en 67a van het Wetboek van Strafvordering in verband met de goedkeuring en uitvoering van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie (herziening corruptie-wetgeving)**

**B**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 februari 1999 en het nader rapport d.d. 7 april 1999, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 31 december 1998, no. 98.006321, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot herziening van een aantal strafbepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht alsmede aanpassing van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, van artikel 51a van de Uitleveringswet en van de artikelen 67 en 67a van het Wetboek van Strafvordering in verband met de goedkeuring en de uitvoering van enkele verdragen inzake de bestrijding van fraude en corruptie (herziening corruptie-wetgeving).*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 31 december 1998, nr. 98.006321, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake bovenvermeld voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 februari 1999, nr. WO3.98.613/l., bied ik U hierbij aan.

*1. Voorgesteld wordt onder meer om het strafrechtelijk instrumentarium voor de bestrijding van actieve en passieve ambtelijke corruptie uit te breiden. Dat voorstel krijgt pas reliëf wanneer het wordt geplaatst in het bredere kader van het totale daarvoor beschikbare instrumentarium. De Raad van State beveelt dan ook aan in de toelichting aandacht te besteden aan de mogelijkheden van bestuursrechtelijke en tuchtrechtelijke repressie van ambtelijke corruptie.*

1. Overeenkomstig de aanbeveling van de Raad van State is in paragraaf 1.1. van de memorie van toelichting een passage opgenomen waarin aandacht wordt besteed aan de mogelijkheden van het niet-strafrechtelijk instrumentarium dat kan worden ingezet om ambtelijke corruptie te bestrijden.

*2. In het verlengde van de voorgaande opmerking tekent de Raad aan dat artikel 2 van de Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (Trb. 1995, 289) de mogelijkheid openlaat dat de lidstaten terzake van «geringe fraude», waarmee een bedrag van minder dan 4 000 ecu (thans euro) is gemoeid, sancties*

*vaststellen van een andere dan strafrechtelijke aard. Met het oog op de rol van de strafrechtstoepassing als ultimum remedium beveelt de Raad aan om die mogelijkheid te benutten en het voorgestelde artikel 323a van het Wetboek van Strafrecht (WvS) aldus aan te passen dat daarin slechts misbruik van communautaire subsidies, waarmee een bedrag van meer dan 4 000 ecu (thans euro) is gemoeid strafbaar wordt gesteld. Voor het overige, zoals ten aanzien van alle Nederlandse subsidies, is misbruik te sanctioneren door toepassing van de desbetreffende bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht.*

2. Onder verwijzing naar de aanbeveling van de Raad van State om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 2, tweede lid, van de Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (Trb. 1995, 289) biedt om ten aanzien gevallen van «geringe fraude» te voorzien in sancties van andere dan strafrechtelijke aard, wordt het volgende opgemerkt.

Wanneer subsidies rechtstreeks worden verleend door de Commissie van de Europese Gemeenschappen of door een andere communautaire instelling, is de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing. De Nederlandse wet kan immers organen van de Europese Gemeenschappen niet binden. Dit betekent dat bestuursrechtelijke sanctionering in het kader van de Algemene wet bestuursrecht in dergelijke gevallen niet mogelijk is. Opvolging van de aanbeveling van de Raad zou derhalve meebrengen dat misbruik van rechtstreeks door de Europese instellingen verleende subsidies waarmee een bedrag van minder dan 4 000 ecu is gemoeid, noch door toepassing van de strafwet, noch door toepassing van het bestuursrecht gesanctioneerd kan worden.

De reden waarom artikel 2, tweede lid, in voornoemde Overeenkomst is opgenomen, is gelegen in vervolgingsprincipes die (andere) lidstaten niet de mogelijkheid geven in de vervolging gedifferentieerd op te treden. Doordat in Nederland het openbaar ministerie het opportuniteitsbeginsel hanteert, zal prudent vervolgingsbeleid een evenwichtige toepassing van het voorgestelde artikel 323a waarborgen. Daarin past dat bij het nemen van de vervolgingsbeslissing ook het (geringe) bedrag dat met het desbetreffende geval van subsidiefraude is gemoeid, wordt meegewogen.

Op grond van het bovenstaande ben ik, anders dan de Raad, van oordeel dat het geen aanbeveling verdient om de reikwijdte van het voorgestelde artikel 323a te beperken door op nader uit werken wijze gebruik te maken van de voorziening, bedoeld in artikel 2, tweede lid, van meergenoemde Overeenkomst.

*3. Het begrip ambtenaar speelt een centrale rol in het wetsvoorstel. Eens te meer doet zich daarom het gemis voelen van een definitie van dat begrip in het WvS. De Hoge Raad heeft in zijn vaste jurisprudentie dit begrip aldus uitgelegd dat daaronder dient te worden verstaan: «degene die onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden onttrokken teneinde een deel van de taak van de Staat of zijn organen te verrichten» (laatstelijk HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620). Ook die uitleg laat echter nog vragen onbeantwoord. In bedoeld arrest ging het om een medewerker van een geprivatiseerde reclasseringsinstelling. Onduidelijk is of deze lijn moet worden doorgetrokken in die zin dat alle werknemers van instellingen die met een publieke taak zijn belast als ambtenaar in de zin van het WvS moeten worden aangemerkt. De Raad geeft in overweging op dit punt duidelijkheid te scheppen door in artikel 84 WvS een omschrijving van het begrip ambtenaar op te nemen.*

3. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State over het begrip «ambtenaar» in het Wetboek van Strafrecht merk ik het volgende op. Recente jurisprudentie over de uitleg van het begrip «ambtenaar» roept bij de Raad van State de vraag op of nu alle werknemers van instellingen die met een publieke taak zijn belast, als ambtenaar in de zin van het Wetboek van Strafrecht moeten worden aangemerkt. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Bepalend is, afgezien van het belast zijn met het verrichten van (een deel van) de taak van de Staat of zijn organen, immers nog onverminderd of de overheid een rol speelt bij de aanstelling van de betrokkene. Het door de Raad gememoreerde arrest ligt derhalve in het verlengde van de vroegere jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van het begrip «ambtenaar»

(HR 30 januari 1911, W9149, HR 2 oktober 1915, NJ 1915, blz. 1205 ev en HR 5 november 1934, NJ 1935, 336). Tegen de achtergrond van de privatiseringsgolf heeft wel een zekere nuancering plaatsgevonden met betrekking tot het vereiste dat de betrokkene moet zijn aangesteld door het openbaar gezag. Wanneer deze onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan een openbaar karakter niet kan worden ontzegd, kan ingevolge dit arrest eveneens sprake zijn van een ambtenaar in de zin van het Wetboek van Strafrecht.

Gelet op het vorenstaande meen ik dat in de door de Raad aangehaalde jurisprudentie onvoldoende aanleiding kan worden gevonden om te bevorderen dat in het Wetboek van Strafrecht een definitie van het begrip «ambtenaar» wordt opgenomen.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

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

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals