

de Gemeentestem

Gst. 2009, 7309
dinsdag 13 januari 2009
159e jaargang

INHOUD

Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (2)

Over politiek wenselijke rechtspraak en een wetgever die verantwoordelijkheden op de burger afschuift

mr. C.L.G.F.H. Albers
mr. P.C.M. Heinen¹

1 In aflevering 7308 van dit tijdschrift verscheen het eerste deel van deze bijdrage die met name is gewijd aan de ontwikkelingen rond de eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten in geval van gebrekkig bouw- en woningtoezicht. Daarbij kwam naar voren dat een gemeente het in de regel – kort gezegd – wel ‘erg bont moet hebben gemaakt’, wil zij door een gelaedeerde burger met vrucht langs civiele weg aangesproken kunnen worden, wegens door hem ten gevolge van gebrekkig bouw- en woningtoezicht geleden schade. In deel 2 van onze bijdrage staan de strafrechtelijke aansprakelijkheidsmogelijkheden bij falend bouw- en woningtoezicht centraal.

1. Inleiding

In deel 2 van onze bijdrage staan de strafrechtelijke aansprakelijkheidsmogelijkheden bij falend bouw- en woningtoezicht centraal. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan art. 307 Sr (dood door schuld) en art. 308 Sr (zwaar lichamelijk letsel door schuld). In het licht van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in verband met toezichts- en handhavingsfalen kunnen (bijzondere) zorgplichten die bij de uitoefening van toezichts- en handhavingstaken op de overheid rusten een rol spelen: vooral kan hier gedacht worden aan concreet toezichtsfalen en het negeren van een beginselplicht tot handhavend optreden. Welk strafrechtelijk risico loopt nu een gemeente als haar

toezichthouder, die door een derde wordt gewaarschuwd voor een bouwkundig acuut onveilige situatie op een bouwplaats, nalaat daartegen op te treden (bijvoorbeeld met een bouwstop ex art. 100d Wonw), waarna op die bouwplaats een ongeval plaats vindt waarbij slachtoffers vallen te betreuren. Hierbij kan ook de positie van de betreffende toezichthoudende ambtenaar en die van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevend worden betrokken. Verder zullen wij achtereenvolgens de Europeesrechtelijke ont-

gever die verantwoordelijkheden op de burger afschuift. Mr. C.L.G.F.H. Albers en mr. P.C.M. Heinen

2. ABRvS 3-9-08. Planschadevergoeding. Overgangsrecht nieuwe Wet ruimtelijke ordening. Gelijkstelling art. 15 WRO-vrijstelling met ontheffing in de Wro. Toepassing binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid derhalve mogelijke planschadezaak. (Noord-Brabant) m.nt. J.M.H.F. Teunissen

3. ABRvS 24-9-08. WOB-verzoek. Persoonsgegevens, bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Openbaarmaking in andere vorm dan verzocht. (Politieregio Fryslân) m.nt. S.A.J. Munneke

4. ABRvS 17-9-08. Document, bestuurlijke aangelegenheid, voldoende gespecificeerd WOB-verzoek. (Amsterdam) m.nt. S.A.J. Munneke

5. HR 28-3-08. Formele rechtskracht, nadeelcompensatie, taakverdeling burgerlijke rechter en bestuursrechter, égalité devant les charges publiques. (Snackbar Swoopy) m.nt. J.A.E. van der Does

Nu beschikbaar:

de Gemeentestem Online

Meer informatie?

Kijk op www.kluwershop.nl

of bel met onze klantenservice, tel. 0570-673449

¹ Karianne Albers is universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Open Universiteit Nederland en Pedro Heinen is advocaat bij De Kempenaer Advocaten te Arnhem.

wikkelingen en de mogelijke rol van de leer van de formele rechtskracht betrekken bij de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (i.h.b. gemeente) bij gebrekkig (bouw- en woning)toezicht. Wij zullen in het licht van de toezichtsfeer afsluiten met een vergelijking van de civiele- en strafrechtelijke handhavingssporen.

2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (en haar ambtenaren)

Al sinds 1976 brengt art. 51 lid 1 Sr mee dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen (zoals gemeenten) strafbare feiten kunnen begaan. Volgens de wetsgeschiedenis werd destijds in dat verband al van een 'weerbarstige materie' gesproken.² Uit de memorie van toelichting volgt dat bij beantwoording van de vraag of een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' vervolgd kan worden relevant is of het strafbare feit verband houdt met de *algemene of specifieke bestuursstaak waarmee het publiekrechtelijk lichaam is belast*, dan wel, of de daad is gepleegd binnen het kader van een 'ondernemingsactiviteit' die ook door particulieren wordt of kan worden verricht.³ In dit laatste geval, dus 'wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer heeft gehandeld, bestaat er geen voldoende grond haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten'.⁴ In geval van het verrichten van vergelijkbare activiteiten zou de publiekrechtelijke rechtspersoon volgens de wetgever (op grond van het gelijkheidsbeginsel) dezelfde behandeling moeten krijgen als een privaatrechtelijk rechtspersoon. De wetgever liet het echter aan de rechter over per geval vast te stellen of veroordeling van een 'publiekrechtelijke rechtspersoon' op grond van art. 51 Sr aan de orde was.

2.1. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen; functioneel ouderschap

De strafbaarheid van (publiekrechtelijke) rechtspersonen uit art. 51 Sr is nauw verwant met het zogeheten 'functionele ouderschap'. Een gemeente verricht haar gedragingen via haar organen, waarbij men uiteindelijk uitkomt bij natuurlijke personen

(veelal ambtenaren of ambtsdragers). Mitsdien is voor de strafbaarheid van een rechtspersoon (als pleger of als deelnemer) vereist dat de strafbaar gestelde gedraging van een natuurlijk persoon kan worden toegerekend aan de rechtspersoon. In het Drijfmest-arrest uit 2003⁵ heeft de Hoge Raad een aantal criteria geformuleerd specifiek voor de rechtspersoon als (functioneel) dader. Deze criteria zijn ook voor de overheid (rechtspersoon) van belang. Het betreft – als wij het goed zien – een nadere uitwerking en precisering van de criteria uit het uit 1954 stammende IJzerdraad-arrest.⁶ Uitgangspunt is dat een rechtspersoon als dader van een strafbaar feit kan worden aangemerkt als de betreffende gedraging aan hem kan worden toegerekend. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is volgens de Hoge Raad of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht *in de sfeer van de rechtspersoon*. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de door de Hoge Raad in zijn arrest van 21 oktober 2003 genoemde omstandigheden voordoen. De Hoge Raad noemt de volgende omstandigheden: het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon; de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon; de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf; de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijken de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

2.2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsrechtspersonen (en hun ambtenaren)⁷

Als het gaat om mogelijk strafbaar nalatig gemeentelijk bouwtoezicht is vooral de zogeheten 'Pikmeer-jurisprudentie'⁸ van de Hoge Raad van

² *Kamerstukken II 1975/76*, 13 655, nr. 3, p. 21.

³ Bij dat laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een gemeentelijk bedrijf voor het vervoeren van personen of goederen.

⁴ Vgl. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 655, nr. 3, p. 21.

⁵ HR 21 oktober 2003 *NJ* 2006, 328 (*Drijfmest-arrest*; m.nt. Mevis).

⁶ HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378. Een ondernemer was in die zaak gestraft voor fraude bij de export van ijzerdraad, terwijl een van zijn werknemers daadwerkelijk bepaalde formulieren onjuist had ingevuld en aldus had gefraudeerd. In het 'IJzerdraad-arrest' heeft de Hoge Raad aangegeven dat twee criteria relevant zijn om vast te stellen of een ander dan de 'fysieke dader' kan worden aangemerkt als (functioneel) dader. Ten eerste dienen de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtsfeer van de functioneel dader te liggen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de fysieke handelingen worden verricht door een ondergeschikte. Ten tweede moet het zo zijn dat de functioneel dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden. Van dit laatste is al sprake als de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om de wederrechtelijke gedraging te voorkomen.

⁷ In het strafrecht worden politieke ambtsdragers, waaronder de burgemeester, het college van B&W en leden van de gemeenteraad tot het begrip 'ambtenaar' gerekend. Zie hierover: Broeksteeg in zijn noot onder HR 25 april 2008, *Gst.* 2008, 114.

⁸ HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 (*Pikmeer I*; m.nt. 't Hart), *Gst.* 1996, 7040, 4 (m.nt. Hennekens). Uit het eerste Pikmeer-arrest kan worden afgeleid dat ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van een publiekrechtelijke rechtspersoon c.q. een gemeente evenals de feitelijk leidinggevers aan een door die gemeente gepleegd strafbaar feit slechts kunnen worden vervolgd als die gemeente zelf kan worden vervolgd. HR 6 januari 1998, *Gst.* 1998, 7073, 3 (*Pikmeer II*; m.nt. Hennekens), *NJ* 1998, 367 (m.nt. De Hullu), *AB* 1998, 338 (m.nt. Drupsteen), *JB* 1998/4 (m.nt. Roef). Zie voorts Kummeling in: *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht*, opnieuw geannoteerd (vijfde druk), onder redactie van: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, Deventer: Kluwer 2003, p. 414 e.v. (Pikmeer II); meer hierover: H.C.W.M. Moesker, 'Het Bouw- en Woningtoezicht', in: A.G. Bregman-D.A. Lubach (red.), *Van Wonen naar Bouwen. Honderd jaar Woningwet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 143-147 en voorts: J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravens, A.A. van Rossum, B.J. Schueller, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, 47, p. 122-124.

belang.⁹ In deze jurisprudentie stond de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsrechtspersonen (en hun ambtenaren) centraal.

Naar de huidige stand van zaken geniet(en) de Staat (en haar ambtenaren¹⁰) onbeperkte strafrechtelijke immuniteit.¹¹ Ten aanzien van decentrale overheden, dat wil zeggen de openbare lichamen zoals bedoeld in hoofdstuk 7 Gw, ligt een en ander genuanceerder. Ten aanzien van deze 'rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht' is in het Pikmeer II-arrest¹² in navolging van de wetgever – zakelijk weergegeven – bepaald dat strafrechtelijke sanctionering van decentrale overheden in beginsel mogelijk is, tenzij de strafbare gedraging werd verricht *ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak*. Opmerking verdient dat de immuniteit slechts de openbare lichamen zoals bedoeld in hst. 7 Gw betreft. Tal van andere overheidsinstanties, bijvoorbeeld niet onder de Staat vallende ZBO's, genieten geen immuniteit.¹³

In het Pikmeer II-arrest werd het immuniteitscriterium, dat reeds was aangedragen in het Pikmeer I-arrest, aangescherpt. Het in het Pikmeer I-arrest gebezigde (en bekritiseerde) criterium 'optreden ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak', werd in Pikmeer-II als volgt uitgewerkt: 'de immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 Gw (dient) (toevoeging KA/PH) slechts dan te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen *naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak* (curs. KA/PH), zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in art. 51 lid 2 onder 2-de, Sr bedoelde personen.'

Cruciaal voor de gemeentelijke strafrechtelijke immuniteit is dat volgens de Pikmeer II-leer als uitgangspunt geldt dat – kort gezegd – alleen een *exclusieve bestuurs- of overheidstaak* tot strafrechtelijke immuniteit van een gemeente kan leiden. Daarbij is de

Hoge Raad van oordeel dat de rechter in het *concrete geval* zal moeten beoordelen of een verweten gedraging in redelijkheid heeft te gelden als uitvoering van zo een exclusieve bestuurs- of overheidstaak. Volgens Kelk heeft de Hoge Raad zwaar laten meewegen dat ingevolge nieuwe rechtsontwikkelingen steeds vaker overheidstaken worden geprivatiseerd of onderwerp worden van publiek-private samenwerking.¹⁴ De Hoge Raad verwijst, evenals de wetgever, uitdrukkelijk naar het gelijkheidsbeginsel (zoals dat hoort te gelden als er geen onderscheid gemaakt kan worden tussen de activiteiten die een overheidsrechtspersoon verricht en de(zelfde) activiteiten die een 'gewone' rechtspersoon verricht of kan

⁹ Wij concentreren ons hier op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheidsrechtspersoon de aansprakelijkheid van ambtenaren komt slechts zijdelings aan bod.

¹⁰ Gelet op de nauwe samenhang tussen de vervolgbaarheid van (overheids)rechtspersonen en de met haar verbonden leidinggever bij strafbare feiten, geldt mogelijke immuniteit van de rechtspersoon ook voor die leidinggever. Ofschoon in het algemeen de strafbaarheid van feitelijke leidinggevers en opdrachtgevers 'accessoir' is aan het mogelijke daderschap van de rechtspersoon (zij worden als het ware aansprakelijk gesteld voor het strafbare feit dat door de rechtspersoon – als functioneel dader – is gepleegd; vgl. art. 51 lid 2 onder 2 Sr), kunnen zij ingeval van zogenoemd 'eigen daderschap' wel voor hun strafbare gedragingen worden aangesproken, bijvoorbeeld als zij zichzelf als natuurlijk persoon schuldig hebben gemaakt aan het medeplegen van een economisch delict. Vgl. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 402 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006 op p. 117, in het bijzonder voetnoot 372.

¹¹ Vgl. HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 (*Vliegbasis Volkel*; m.nt. Corstens).

¹² HR 6 januari 1998, *Gst.* 1998, 7073, 3 (m.nt. Hennekens), *NJ* 1998, 367, *JB* 1998/4 (m.nt. Roef), zie ook: D. Roef, 'De ommekeer in Pikmeer. Over de vervolgbaarheid van overheden na Pikmeer II', *JB* 1998/47, p. 215-226.

¹³ Vgl. D. Roef, *Strafbare Overheden* (diss. Maastricht 2001), Antwerpen-Groningen: 2001, p. 228-244. Roef geeft helder weer dat er voor dit (formeel) onderscheid na Pikmeer II geen grond meer is.

¹⁴ Kelk 2005, p. 401.

de Gemeentestem

Ervoorzitter:
mr. E. Bradveld

Hoofredactie:
mr. D.E. Bunschoten, prof. mr. D.J. Elzinga, mr. S.A.J. Munneke (eindredacteur), prof. mr. R.J.N. Schlüssels, prof. mr. J.M.H.F. Teunissen, drs. C.J.N. Versteden (voorzitter), mr. J. de Vries

Redactieraad:
mr. M.A.C. van Egdom, prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.A.M. van Homelen, prof. mr. W. Konijnenbelt, mr. J.B. Mencke, mr. J.J.H. Pop, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Annotatoren:
mr. W.P. Adriaanse, mr. P.P.A. Bodden, prof. mr. A.H.M. Dölle, mr. J.A.E. van der Does, prof. mr. J.W.M. Engels, mr. A.A.J. de Gier, mr. J.L.A. Kessen, mr. A.P. Klapp, mr. T.E.P.A. Lam, mr. S.A.J. Munneke, prof. mr. A.G.A. Nijmeijer, prof. mr. L.J.J. Rogier, mr. L.J.M. Timmermans, prof. mr. P.J.J. Zoonjens

Selecteurs:
ABRvS: mr. R. Kegge, mr. W.G. Timmerman, mr. R.H.L. Dullinga, mr. W.S. van Helvoort, mr. J. de Koning, mr. O. van Loon, mw. mr. C.E.C.M. van Roosmalen, mr. J.J. Schuurman; *CRvB:* A.J.Th. Kok; *CHB:* mr. R. Meijer

Citeerwijze:
Gst. jaartal, publicatienummer;
Gst. 2008, 1

Aanwijzingen voor auteurs:
Artikelen en reacties zijn welkom. Uw bijdrage kunt u zenden aan Kluwer BV, t.a.v. Sandra Meulenbelt, s.meulenbelt@kluwernl, tel. 0172-466929.

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaard Uitgeverijvoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechterbank Amsterdam onder nr. 217/1999; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd. U kunt de Standaardpublicatievoorwaarden ook vinden op www.kluwer.nl onder: Auteurs/Documenten.

Advertentie-exploitatie:
Informatie over adverteren:
Astrid van Duijn, tel. 0172-46 64 06, avanduijn@kluwernl

Abonnementen:
€ 322,- incl. 6% BTW en opberghand per jaar, studenten 50% korting, losse nummers € 18,60 incl. 6% BTW; opberghand € 23,60 incl. adm.- en verzendkosten. Verschijnt 22 maal per jaar.

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen. Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Abonnementenadministratie en productinformatie:
Kluwer Afid: Klantcontacten, Pb 878, 7400 AW Deventer, tel. 0570-673449; automatische bestelling 0570-673511, fax 0570-691555, e-mail juridisch@kluwernl. Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Gebruik persoonsgegevens:
Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-) overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met de Afd. Klantcontacten opnemen.

Leveringsvoorwaarden:
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via tel. 0570-673449.

De Gemeentestem is een uitgave van Kluwer BV. ISSN 0165-7895

www.kluwer.nl

verrichten).¹⁵ Significant is nog dat de Hoge Raad in het tweede Pikmeer-arrest een rechtspolitiek statement maakt, waar hij voorop stelt dat: 'de overheid, zowel de Staat als de decentrale overheden, zich dient te houden aan de wet.'

Zoals in de inleiding van paragraaf 2 is aangegeven, heeft de wetgever de uitwerking van het begrip 'bestuurs- of overheidstaak' welbewust aan de rechter overgelaten. Vooral naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede (13 mei 2000) en de cafébrand in Volendam (1 januari 2001) is de discussie opgeblaaid over de vraag in hoeverre onder andere gemeenten en/of hun ambtenaren, in geval van verwijtbare nalatigheid bij (ondermeer) de uitoefening van controle op de naleving van de regels, strafrechtelijk kunnen worden aangesproken. Daarbij speelt de vraag naar de reikwijdte en de werkingssfeer van het begrip 'exclusieve bestuurs- of overheids-taak'. Voor zover het gaat om de uitoefening van het dwang- of geweldsmonopolie, bijvoorbeeld bij politietaken, is een dergelijke exclusieve overheidstaak aan de orde. De handhaving van de openbare orde is ook zo'n typische overheidstaak binnen het spectrum van overheidsdwang. Ook zaken als paspoortuitgifte, vergunningverlening en huwelijksvoltrekking betreffen zodanige taken. Het ophalen van huisvuil en de publieke verzorgings-taken die door de diverse onderwijs-, gezondheids- en welzijnsinstellingen worden verricht zijn vaak sterk 'geprivatiseerd' op grond waarvan geen sprake meer is van een exclusieve overheidstaak. Soms is die exclusiviteitsgrens wat lastiger te trekken, zoals we verderop zullen lezen.

De gemeente komt uiteraard geen strafrechtelijke immuniteit toe als het gaat om strafbare gedragingen die geen betrekking hebben op de uitvoering van een exclusieve bestuurs- of overheids-taak of daarmee op geen enkele wijze in verband kunnen worden gebracht. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan valsheid in geschrifte door een bestuurder¹⁶ en ingeval namens een gemeente opzettelijk een onjuiste BTW-aangifte is gedaan.¹⁷ Hetzelfde geldt bij delicten als schending van een ambtsgeheim, smaad en/of laster.¹⁸

3. Jurisprudentie

Ten aanzien van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en

overheidsfunctionarissen is door de Hoge Raad intussen een duidelijke koers uitgezet. Maatgevend is nog steeds het hiervoor al aangehaalde Pikmeer II-arrest. Hieronder zullen wij in het bijzonder ingaan op rechtspraak die verband houdt met (mogelijke) strafrechtelijke aansprakelijkheid van een openbaar lichaam. Daarbij zal ook aandacht uitgaan naar rechtspraak van het Europese hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

3.1. Vuurwerkramp Enschede (Pikmeer proef?)

Wat de vuurwerkramp aangaat, werd door een aantal slachtoffers beklag ex art. 12 Sv ingesteld tegen de beslissing van het Openbaar Ministerie om de gemeente Enschede niet te vervolgen.¹⁹ In dat verband diende het Hof Arnhem de vraag te beantwoorden of er sprake was van een exclusieve bestuurs- of overheids-taak van de gemeente en bijgevolg van strafrechtelijke immuniteit. Vooral de rechtsoverwegingen 16, 17 en 18 zijn van belang. Deze luiden: Rechtsoverweging 16:

'De gedragingen van de gemeente zijn verricht in het kader van het verlenen van vergunningen, de handhaving van en het toezicht op de naleving van die vergunningen. Ten principale dient derhalve de vraag te worden beantwoord of het hier gaat om exclusieve bestuurstaken (...). Vast staat dat de ambtenaren benoemd zijn door burgemeester en wethouders. Voor wat betreft het verstrekken van vergunningen krachtens de Woningwet bepaalt art. 40, eerste lid van Woningwet het volgende: 'Het is verboden te bouwen zonder of in afwijking van een vergunning van B&W (bouwvergunning)'. Ingevolge art. 44 van de Woningwet mag de bouwvergunning alleen en moet deze tevens worden geweigerd indien (...) c. Het bouwwerk in strijd met een bestemmingsplan of de krachtens zodanig plangestelde eisen'. Een bestemmingsplan wordt vastgesteld door de gemeente (art. 10 en 11 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening). Ingevolge het eerste lid van art. 100 van de woningwet voorziet het gemeentebestuur in het bouw- en woningtoezicht, dat in elk geval tot taak heeft het binnen de gemeente uitoefenen van toezicht op de naleving van de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften. Met die taak zijn volgens de wet de bij besluit van B&W aangewezen ambtenaren belast.'

Rechtsoverweging 17:

'In het wettelijk systeem is zowel het verstrekken van een vergunning krachtens de Wet Milieubeheer als het verstrekken van een vergunning krachtens de Woningwet opgedragen aan de gemeente. Voor wat betreft het verlenen van dergelijke vergunningen acht het hof het niet goed denkbaar dat de verlening zelf door een particuliere derde op gelijke voet als het openbaar lichaam plaatsvindt. Het verlenen van vergunningen kan worden aangemerkt als een exclusieve bestuurs- of overheids-taak, ook al moet niet worden uitgesloten dat bijvoorbeeld de voorbereiding van (een deel van) de besluitvorming wordt overgelaten aan een derde. Ook in de literatuur bestaat er een grote mate van eenstemmigheid over het feit dat het verlenen van een vergunning een exclusieve bestuurs- of overheids-taak is. De beslissing van de Officier van Justitie om de gemeente niet te vervolgen voor mogelijk strafbare feiten in het kader van haar taak als verstrekker van vergunningen is daarmee juist. Voor de vervolging van ambtenaren als opdrachtgever of leidinggever aan het gedrag van de gemeente is in het onderhavige geval geen ruimte (...).'

Rechtsoverweging 18:

'Over de vraag of handhaving en toezicht kunnen worden aangemerkt als een exclusieve bestuurs- of overheids-taak bestaat in de literatuur verschil van opvatting. Voorstanders van vervolgbaarheid van de overheid bij de uitvoering van die

¹⁵ Wij sluiten niet uit dat, indien bij gebrek aan immuniteit een gemeente en/of haar ambtenaar formeel gezien vervolging boven het hoofd hangt, de bijzondere positie van de gemeente, en daarmee bijvoorbeeld de bijzondere omstandigheden gezien in het licht van het algemeen belang, bij de feitelijke toepassing van het strafrecht (bijvoorbeeld bij het opportuniteitsbeginsel, strafuitsluitingsgronden en straftoemeting) nog een rol kunnen spelen.

¹⁶ Rb. Arnhem 12 december 2003, *LJN* AN9925 (*Frauderende gedeputeerde van Gelderland*).

¹⁷ Hof Den Bosch 6 januari 2006, *LJN* AU9261 (*Valse belastingaangifte*).

¹⁸ Zie voor dergelijke strafrechtspraak: J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Maastricht), Deventer: 2004 en zijn bijdrage: 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de burgemeester en de wethouders', *Gst.* 2004, 7201, 19.

¹⁹ Hof Arnhem 23 september 2002, *NJ* 2002, 550, *JB* 2002/314 (m.nt. Peters).

taken wijzen erop dat handhaving en toezicht in theorie goed kunnen worden uitgeoefend door derden. Hier rijst ten volle de normatieve vraag welke taken als klassieke overheidstaken kunnen moeten worden aangemerkt. Bij de beantwoording van die vraag zijn de tijdsgeest en maatschappelijke ontwikkelingen van belang. In ieder geval moeten de in de Grondwet opgesomde overheidstaken als exclusieve bestuurstaken worden aangemerkt. Daarnaast bestaan exclusieve bestuurstaken bij de uitoefening van openbaar gezag als de aard van de taak en het wettelijk systeem zulks meebrengen. Zowel voor vergunningen krachtens de Wet Milieubeheer als vergunningen krachtens de Woningwet staat vast dat de gemeente voor de handhavings- en toezichttaak ambtenaren aanwijst. Hoewel niet volstrekt uit te sluiten valt dat derden op gelijke voet als de gemeente met handhaving en toezicht worden belast, acht het hof mede in het licht van hetgeen hierboven onder 17 is overwogen doorslaggevend dat het huidige wettelijk stelsel daarvoor geen ruimte biedt, de feitelijke handhaving en het toezicht (onder meer) in handen van de gemeente zijn en de gemeente de bestuurlijke verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving en het toezicht. Handhaving en toezicht dienen derhalve aangemerkt te worden als exclusieve bestuurstaken en de beslissing van de Officier van Justitie om de gemeente niet te vervolgen voor mogelijk begane strafbare feiten in het kader van handhaving en toezicht is daarom juist. Voor de vervolging van ambtenaren als opdrachtgever of leidinggever aan het gedrag van de gemeente is in het onderhavige geval geen ruimte (...).

Tot slot overweegt het hof in rechtsoverweging 19 dat er ook geen aanleiding is om ambtenaren van onder meer de gemeente als fysieke dader of medeplichtige te vervolgen. Het optreden van deze natuurlijke personen heeft volgens het hof geheel plaatsgevonden in de publieke sfeer en eigenmachtig optreden is door klagers niet gesteld en overigens ook niet gebleken.

Het gerechtshof baseert zich uitdrukkelijk op de zogenoemde 'Pikmeerjurisprudentie'. Het is in lijn met die rechtspraak dat, als een publiekrechtelijk rechtspersoon (in casu de gemeente) voor een bepaald strafbaar feit immuniteit geniet, de opdrachtge-

vers tot en feitelijke leidinggevers aan dat feit evenmin kunnen worden vervolgd. Aldus delen de natuurlijke personen in de immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon. Het gaat hier dus om een koppeling. Het hof baseert zijn uitspraak verder op de wetsgeschiedenis betreffende onder meer het opnemen van art. 51 in het Wetboek van Strafrecht.²⁰

De Enschedese beklagzaak is niet ter fine van cassatie bij de Hoge Raad terechtgekomen. De Hoge Raad heeft zich overigens tot nog toe evenmin in een andere strafzaak uitgelaten over de vraag in hoeverre de overheid strafrechtelijk aansprakelijk is op grond van dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld vanwege falend (bouw)toezicht. Het is dus wachten tot op dat punt de rechtspraak echt is uitgekristalliseerd. Het is de vraag of de zienswijze van het hof op de figuur van het bouwtoezicht wel juist is. Het hof overweegt weliswaar dat de bewuste toezichtstaken in theorie wellicht kunnen worden uitgeoefend door derden, maar gezien de tijdsgeest en maatschappelijke ontwikkelingen als een klassieke overheidstaak moeten worden aangemerkt. Volgens ons kan hier echter ook anders over worden gedacht, aangezien het in de gemeentelijke praktijk geregeld voorkomt dat bouw- en woningtoezichtstaken worden uitbesteed aan gecertificeerde bedrijven. Die ontwikkeling c.q. deze 'privatisering van controle en toezicht' zou juist kunnen pleiten voor het afzien van immuniteit. Hoe dit ook zij: we moeten hier de rechtsontwikkelingen afwachten.

3.2. *De zaak Zederik; geen immuniteit bij feitelijke uitvoering van overheidstaken. Bevestiging of verruiming van Pikmeer II?*

Onlangs heeft de Hoge Raad zijn Pikmeer II-arrest nog eens uitdrukkelijk bevestigd (waarbij de Hoge Raad ons inziens het begrip exclusieve overheidstaak overigens beperkt uitlegt).²¹ Onder verwijzing naar het Pikmeer II-arrest heeft de Hoge Raad onder meer overwogen dat strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet slechts dan dient te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rehtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen wor-

den verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbare lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen. Vervolgens heeft de Hoge Raad overwogen dat op grond van art. 10.16a lid 1 Wet milieubeheer (Wm) elke gemeente zorgdraagt voor de doelmatige inzameling en het doelmatig transport van afvalwater dat vrijkomt bij de binnen haar grondge-

²⁰ Wet van 23 juni 1976, *Stb.* 1976, 377. De Haagse rechtbank heeft trouwens dezelfde lijn gevolgd ten aanzien van de 'verzekeraars' van Grolsch, het bedrijf dat door de explosie eveneens werd verwoest (Rb. Den Haag 29 november 2005, *O&A* 2006, 13).

²¹ HR 18 september 2007, *NJ* 2007, 512 (*Verontreiniging oppervlaktewater gemeente Zederik*). Dit arrest betrof een vervolg op een zaak die eerder was behandeld door de Rechtbank Dordrecht (Rb. Dordrecht 9 november 2005, *LJN* AU5981), waarbij de rechtbank oordeelde dat het transport van afvalwater via het gemeentelijk rioolstelsel een specifieke bij wet (art. 10.33 lid 1 Wm) aan de gemeente opgedragen publieke en exclusieve taak betrof. Tegen de beschikking van de Rechtbank Dordrecht had het openbaar ministerie met succes geappelleerd bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. De Pikmeer II-criteria zijn nog heel recentelijk herhaald in: HR 29 april 2008, *LJN* BB8977 (*BTW-materie 'Lage Banken'*). Als het gaat om de exclusieve bestuurstak waarop de immuniteit van een gemeente rust, heeft ook de Rechtbank Assen een interessante uitspraak gedaan (Rb. Assen 2 november 2005, *LJN* AU5334, (*Waterschap Veldt en Vechrt*)). In de Wet verontreiniging oppervlaktewater (Wvo) is geregeld dat waterschappen belast zijn met de zorg voor het zuiveren van stedelijk afvalwater (rioolwater). In die zin is volgens de rechtbank sprake van een exclusieve overheidstaak die aan waterschappen is opgedragen. Maar het hebben van die zorg betekent niet dat het waterschap die zuivering ook zelf moet verrichten. Uit art. 15a Wvo volgt dat het waterschap de zuivering ook aan een andere rechtspersoon kan uitbesteden. Toetsend aan de maatstaf van Pikmeer II is de rechtbank dan ook van oordeel dat de zuivering zelf niet beschouwd kan worden als een exclusieve overheidstaak. Dat de bestuurlijke verantwoordelijkheid ook bij uitbesteding van de zuivering uiteindelijk bij het waterschap blijft liggen, is volgens de rechtbank vanzelfsprekend, maar in dit kader niet van betekenis.

bied gelegen percelen. Het hebben van die zorgplicht betekent volgens de Hoge Raad echter nog niet dat het feitelijk inzamelen en transporteren van afvalwater niet door anderen dan bestuursfunctionarissen kan worden verricht. Daarom kunnen het feitelijk inzamelen en transporteren (waaronder ook het ten laste gelegde overstorten dient te worden begrepen) van afvalwater niet worden beschouwd als gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht. Dat bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de doelmatige inzameling en het doelmatig transport van afvalwater bij de gemeente blijft liggen, kan daaraan volgens de Hoge Raad niet afdoen. In het verlengde hiervan kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 23 april 2008.²² Een Nederlands aannekersbedrijf heeft in opdracht van de provincie Overijssel maaiwerkzaamheden uitgevoerd. Deze 'fijnmaaiwerkzaamheden' werden uitgevoerd door zeven personen van Poolse nationaliteit die in dienst waren bij een Poolse onderaannemer. Voor de zeven Poolse arbeidskrachten waren geen tewerkstellingsvergunningen (ex art. 2 Wet arbeid vreemdelingen (Wav)) afgegeven. Voorts beschikte de provincie niet over de – op grond van art. 15 lid 2 Wav – vereiste afschriften van de identiteitsdocumenten van de zeven Polen. Voor de betreffende overtredingen legt de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de provincie Overijssel twee bestuurlijke boetes op. De provincie vecht de boetebesluiten aan. Zij doet in dat kader onder meer een beroep op de strafrechtelijke immuniteit die haar als openbaar lichaam toekomt. De Afdeling oordeelde echter dat het feit dat de provincie ingevolge art. 15 lid 1 Wegenwet een onderhoudsplicht heeft ten aanzien van de openbare weg, niet met zich brengt dat de gehele feitelijke uitvoering van het vereiste onderhoud van een weg onder de strafrechtelijke immuniteit van de provincie valt.²³ De keuze voor het inschakelen van een aannemer, die op zijn beurt gebruik maakt van een onderaannemer die Poolse werknemers in strijd met de uit de Wav voortvloeiende voorschriften werkzaamheden laat verrichten, en het in dat kader beoefbare handelen van de provincie valt bijgevolg niet onder de (bestuurs)-strafrechtelijke immuniteit van de provincie Overijssel. Het komt erop

neer dat de feitelijke onderhoudswerkzaamheden in het kader van de op grond van art. 15 Wegenwet op de provincie rustende onderhoudstaak en de daartoe genomen uitvoeringsbeslissingen niet vallen onder de 'exclusieve overheidstaak' van de provincie Overijssel. Aan de provincie werd dan ook een Wav-boete opgelegd.

3.3. *De verdrinken Utrechtse brandweerman*

Voorts wijzen wij op een al iets oudere uitspraak van de Rechtbank Utrecht²⁴ waarin het begrip 'exclusieve overheids- of bestuurstaak' een belangrijke rol speelde. Tijdens een duik oefening op 13 juli 2001 kwam een duiker van de Utrechtse brandweer om het leven. De betreffende oefening zou niet veilig zijn georganiseerd en uitgevoerd. De officier van justitie verweet de gemeente dood door schuld op grond van art. 307 Sr. De Rechtbank Utrecht verwierp het beroep op strafrechtelijke immuniteit van de gemeente en hield haar strafrechtelijk aansprakelijk. Het gemeentelijk verweer, waarbij werd verwezen naar de Brandweerwet 1985 en de bijbehorende wetsgeschiedenis, dat er kort gezegd op neerkwam dat de bewuste gedragingen waren verricht in het kader van een door de wetgever opgedragen overheidstaak, namelijk beheer van de brandweer en de zorg voor de opleiding en oefening van de individuele leden van de brandweer, slaagde niet. Naar het oordeel van de rechtbank bracht het belast zijn met een algemene (exclusieve) bestuursstaak zoals de zorg voor de brandweer niet zonder meer mee, dat alle met die taak samenhangende activiteiten ook als exclusieve bestuursstaak moeten worden aangemerkt, die slechts door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht. De opleiding en oefening van het brandweerpersoneel staan volgens de rechtbank weliswaar in verband met de primaire brandweertaken, maar het verband is niet zo nauw dat dit de conclusie rechtvaardigt, dat zij alleen door personeel van de brandweer kunnen worden vervuld. Volgens de rechtbank staat er geen wetsbepaling aan in de weg dat de gemeente, uiteraard met volledig behoud van haar eindverantwoordelijkheid, de opleiding en training van brandweerpersoneel geheel of gedeeltelijk uitbesteedt aan derden, niet zijnde gemeentefunctionarissen. Daarbij

wordt als voorbeeld gegeven de mogelijkheid om de duikopleiding geheel of ten dele onder te brengen bij de Koninklijke Marine of bij een gecertificeerd bergingsbedrijf. Ofschoon op dat moment een specifiek op de brandweer toegespitste opleiding niet door derden werd aangeboden, achtte de rechtbank dat niet van belang. Sterker nog: hoewel naar voren was gebracht dat de Nederlandse Duikbond en het Nederlands Duikcentrum hadden verklaard dat de bewuste brandweeropleidingen uitsluitend via de brandweer kunnen worden gegeven, heeft dat de rechtbank niet tot een andere uitspraak bewogen. Wel heeft de rechtbank nog specifiek van belang geacht dat het organiseren van de duikopleiding, anders dan bij de uitoefening van primaire brandweertaken, geen verhouding overheid-burger betreft, zoals in het algemeen het geval zal zijn bij typisch bestuurlijke taken. Daarbij was evenmin sprake van een verhouding overheid-werknemer in het kader van de uitvoering van een exclusieve bestuursstaak (te weten primaire brandweertaken). Aangezien het in dit geval om de verhouding tussen werkgever en werknemer ging, een verhouding die wordt beheerst door een specifiek stelsel van maatschappelijke en wettelijke zorgvuldigheidseisen, zoals onder meer neergelegd in het Wetboek van Strafrecht en in de Arbowet, zou het maatschappelijk volgens de rechtbank onaanvaardbaar zijn indien de strafrechtelijke immuniteit van de gemeente als werkgeefster dit stelsel zou kunnen doorkruisen.

3.4. *Lessen uit de Nederlandse strafrechtelijke aansprakelijkheidsrechtspraak voor bouw- en woningtoezichtsfalen*

De Hoge Raad heeft zich nog niet (kunnen) uitspreken over de vraag in hoeverre (bouw)toezicht als een exclusieve bestuurs- of overheidstaak

²² ABRvS 23 april 2008, *JB* 2008/127 (*Illegale Polen provincie Overijssel*; m.nt. Albers).

²³ Vgl. in dit kader HR 18 september 2007, *NJ* 2007, 512 (*Verontreiniging oppervlaktewater gemeente Zederik*).

²⁴ Rb. Utrecht 9 juli 2003, *NJ* 2003, 669, *JB* 2003/280 (*Utrechtse brandweerman*; m.nt. Albers).

moet worden gezien. Daar zou de Hoge Raad wel eens anders over kunnen denken dan het Arnhemse gerechtshof in het hierboven aangehaalde arrest over de Vuurwerkkramp Enschede. Ofschoon de Hoge Raad in het arrest van 18 september 2007²⁵ uitlijkt te gaan van een ruimere strafrechtelijke aansprakelijkheid dan in het hierboven aangehaalde arrest over de vuurwerkkramp Enschede²⁶ durven wij daaraan echter (nog) niet de conclusie te verbinden dat de Hoge Raad – in afwijking van het Arnhemse hof – zal oordelen dat toezichts- en handhavingsbevoegdheden niet aangemerkt dienen te worden als 'exclusieve overheidstaak'. Wij wijzen nog wel op het volgende. In het eerste deel van ons artikel hebben wij al gesignaleerd dat de Woningwetgever heeft beoogd zoveel mogelijk verantwoordelijkheden betreffende de bouwveiligheid en bouwnormen door te schuiven naar particuliere partijen in het bouwproces. Het is de vraag in hoeverre het dan nog consequent is om het toezicht op het veilige bouwen en wonen te beschouwen als een typische en exclusieve overheidstaak, die als zodanig tot strafrechtelijke immuniteit kan leiden.

Los van de 'privatiserende tendensen' in het handhavingsrecht lijkt ook de Europese rechtspraak over strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid te kunnen leiden tot een andere benadering door de Hoge Raad. Wij komen hier in paragraaf 3.5 op terug.

3.5. Europese invloed: een ontlofte vuilnisbelt

De laatste jaren hebben zich in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ontwikkelingen voorgedaan die (onder meer²⁷) een nieuw licht werpen op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en haar functionarissen. Wij wijzen in dat verband in het bijzonder op de zaak *Öneryildiz* tegen Turkije.²⁸ Het ging in die zaak om een zware gasontploffing, die zich in 1993 manifesteerde in een gemeentelijke vuilnisbelt aan de rand van Istanbul. Daardoor werd een tiental zich aldaar bevindende krotwoningen weggevaagd. Bovendien kwamen ook nog eens 26 mensen om het leven. De burgemeester van Istanbul werd strafrechtelijk vervolgd omdat hij – ondanks waarschuwingen – had ingestemd met het opslaan van vuilnis op de betreffende locatie. Voorts had hij

nagelaten afdoende veiligheidsmaatregelen te treffen. Ook werd de burgemeester van de deelgemeente vervolgd, aangezien hij had toegelaten dat er aan de voet van de almaar groeiende vuilnisberg werd gewoond en hij de illegale situatie had gedoogd. Beide ambtsdragers werden wegens ambtelijk plichtsverzuim veroordeeld tot een voorwaardelijke geldboete van slechts enkele Euro's. Een nabestaande van een van de slachtoffers kreeg uiteindelijk een schadevergoeding toegekend van € 200, waarna hij een klacht indiende bij het EHRM. Het EHRM achtte de Turkse reactie op de ramp op geen enkele wijze adequaat en nam daarbij art. 2 EVRM (het recht op leven) als uitgangspunt.

Volgens het EHRM vloeit uit art. 2 EVRM de positieve verplichting voor de overheid voort burgers tegen de gevaren die hen bedreigen en waarvan de overheid weet heeft te beschermen.²⁹ Het ging in de zaak *Öneryildiz* om de zorg voor een veilig milieubeleid. In dat verband is een (lid)staat gehouden om een effectieve strafrechtelijke procedure te ontwikkelen en toe te passen ingeval niet wordt voldaan aan het vereiste van een veilig milieubeleid en er dientengevolge slachtoffers vallen. De (beperkte) wijze waarop wegens ambtsverzuim tegen de burgemeesters was opgetreden, brengt het EHRM tot de conclusie dat de Turkse rechter onvoldoende serieus genomen heeft dat aan beide burgemeesters dood door schuld kon worden toegerekend.

Uit Europese rechtspraak in het kader van art. 2 EVRM mag worden afgeleid dat dit artikel zowel een materieel als een procedureel aspect bevat.³⁰ Onder het materiële aspect vallen verplichtingen voor de overheid om levensbeschermende maatregelen te treffen ter voorkoming van het overlijden van mensen. Dit betekent in de eerste plaats dat de (betreffende lid)staat een wettelijk en bestuurlijk kader (onder andere bestaande uit vergunningssystemen en handhavingsinstrumenten) in het leven moet roepen om te (kunnen) voorzien in een *effectieve bescherming* tegen levensbedreigende situaties. Verder dient de overheid de burgers op tijd te informeren over ophanden zijnde (levens)bedreigende situaties en maatregelen te treffen om zo'n gevaar af te wenden. Dat geldt in het bijzonder waar sprake is van industriële gevaren of andere gevaarlijke activiteiten.³¹ De overheid

mag zelf de middelen kiezen om dit doel te bereiken. Zij heeft daarbij een bepaalde beoordelingsvrijheid. Op haar mag geen onmogelijke of disproportionele last worden gelegd waarbij geen rekening wordt gehouden met bepaalde (uit financieel oogpunt noodzakelijke) beleidskeuzes. Het procedurele aspect van art. 2 EVRM heeft betrekking op situaties waarbij een levensbedreigend gevaar zich niettemin verwezenlijkt. In zo'n geval rust erop de overheid de verplichting om het overlijden van de personen in kwestie op adequate wijze te onderzoeken en te garanderen dat de verantwoordelijken hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld en de schade wordt vergoed.³² Alhoewel het EHRM niet in abstracto, maar heel concreet over de band van aan hem voorgelegde casus toetst of er sprake is van voldoende rechtsherstel, althans effectiviteit van een nationaal rechtssysteem,³³ kunnen ons inziens enkele algemene aankno-

²⁵ HR 18 september 2007, *NJ* 2007, 512 (*Verontreiniging oppervlaktewater gemeente Zederik*).

²⁶ Vgl. ook ABRvS 23 april 2008, *JB* 2008/127 (*Illegale Polen provincie Overijssel*; m.nt. Albers).

²⁷ De rechtspraak is ook van invloed op de (bestuurlijke) handhavingsplicht en de civielrechtelijke aansprakelijkheid bij gebrekkig toezicht (zie daarover deel 1 van deze bijdrage).

²⁸ EHRM 18 juni 2002, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 54 e.v. (m.nt. Kuijter), *EHRC* 2002, 64 (in eerste aanleg: *Öneryildiz I*; m.nt. H. Janssen); EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43 (m.nt. Woltjer), *NJ* 2005, 210 (in tweede aanleg *c.q. the Grand Chamber: Öneryildiz II*; m.nt. Alkemade).

²⁹ Wij wijzen erop dat het EHRM in dat opzicht ook een (bestuursrechtelijke) handhavingsplicht af leidt uit (o.m.) art. 2 EVRM (zie over de plicht tot handhaving in nationaal en Europees verband ook deel 1 van deze bijdrage).

³⁰ Zie daarover ook de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder EHRM 20 maart 2008, *AB* 2008, 206 (*Modderstromen Tyrnauz*).

³¹ Zie r.o. 90 van het arrest *Öneryildiz II*. Uit de rechtspraak wordt wel afgeleid dat de overheid ten aanzien van maatregelen voor de bescherming tegen natuurrampen meer vrijheid heeft bij het maken van beleidskeuzes (wat prioriteit en financiën betreft) dan bij primair door de mens veroorzaakte gevaren.

³² Zie r.o. 91 van het arrest *Öneryildiz II*.
³³ Zie: J.A.F. Peters, 'Öneryildiz en de verdronken brandweerman', *NTB* 2003, 10, p. 333.

pingspunten uit de rechtspraak van het Europese hof worden afgeleid met betrekking tot de vraag wanneer toezichts- en handavingsfalen kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en haar ambtenaren.

Uit de Europese rechtspraak volgt dat er vooral bij concreet toezichtsfaalen een verhoogd strafrechtelijk risico zou kunnen spelen. Art. 2 EVRM brengt een zorgplicht mee voor de overheid. Als een (potentieel) gevaarlijke onrechtmatige situatie door de overheid (ten onrechte) wordt gedoogd wordt de *handavingsplicht* niet gestand gedaan. In dat geval ligt strafrechtelijke verwijtbaarheid voor de hand. De overheid kan dan immers onvoldoende zorg in strafrechtelijke zin worden verweten, wat kan leiden tot veroordeling van een gemeente en ter zake betrokken ambtenaren (waaronder ook politieke ambtsdragers, zoals wethouders vallen).

In het licht van de hierboven beschreven Europese rechtspraak over art. 2 EVRM is er fel geageerd tegen de strafrechtelijke uitspraken inzake Enschede. Deze zouden niet Öneriyildiz-proof zijn.³⁴ Ook wij sluiten niet uit dat deze strafrechtelijke uitspraken de Straatsburgse toets aan art. 2 EVRM niet kunnen doorstaan. Ik dat verband wijzen wij bijvoorbeeld op een uitspraak van de Rechtbank Almelo³⁵ over de strafrechtelijke vervolging van SE Fireworks en haar directie. Daarin overwoog de Almeloze rechtbank dat onder andere controlerende ambtenaren van de gemeente Enschede 'hun taken op een volstrekt onbegrijpelijke wijze hadden uitgevoerd.' Ook werd overwogen dat de gemeente de menskracht veel te veel in had gezet op nieuwe prestige-projecten in plaats van de nodige aandacht te schenken aan de handhaving en controle van bestaande zaken. Bovendien hadden ambtenaren belangrijke adviezen van Defensie niet opgevolgd. Die omstandigheden konden volgens de rechtbank tot strafvermindering van SE Fireworks en haar directie leiden. Verder is saillant dat de strafrechters eraan voorbij zijn gegaan dat van gemeentewege niet adequaat is gereageerd op een faxbrief die, naar aanleiding van de explosie op 14 februari 1991 in Culemborg, door een voormalig medewerker van SE Fireworks op 27 maart 1991 naar de politie te Enschede is gezonden, waarin hij erop wijst dat in Enschede

hetzelfde zou kunnen gebeuren.³⁶ Door (onder meer) deze informatie te negeren is er sprake van een concreet toezichtsfaalen. In dat opzicht lijkt in de zaak Enschede (evenals in de zaak Öneriyildiz) te gelden dat diverse bij de handhaving betrokken bestuursorganen (in het bijzonder B&W van Enschede) wisten dan wel behoorden te weten dat er sprake was van een 'real and immediate risk' (in ieder geval) voor de mensen die in de buurt van de vuurwerfabriek woonden.³⁷ Bijgevolg kan worden gesteld dat de gemeente Enschede niet de noodzakelijke efficiënte preventieve (handavings)maatregelen heeft getroffen om de betreffende bewoners van de wijk Roombeek te beschermen. Gelet op de zaak Öneriyildiz menen wij dat de – op het Pikmeer II-arrest gebaseerde – uitspraak in de strafrechtelijke procedure tegen de gemeente Enschede dan ook niet zonder meer door de verdragsrechtelijke beugel kan. De verantwoordelijke overheid kon immers vanwege de Pikmeerimmunititeit niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de vuurwerkramp wat op grond van het Öneriyildiz II-arrest wel vereist is.³⁸

4. De wetgever aan zet

In de Pikmeer-arresten zag de regering eind jaren negentig van de vorige eeuw geen noodzaak tot nadere wetgeving voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden.³⁹ Pas na de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam is er stevige discussie ontstaan over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden. Na de ramp in Volendam gaf de toenmalige Minister van Justitie de Commissie-Roelvink opdracht om de opheffing van de strafrechtelijke immunititeit van overheden te onderzoeken.⁴⁰

4.1. Het advies van de Commissie-Roelvink

De Commissie-Roelvink spreekt zich uit vóór strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de Staat,⁴¹ alsmede vóór strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen op decentraal niveau, ongeacht of er sprake is van de uitoefening van een exclusieve overheidstaak. De commissie-Roelvink voegt daaraan toe dat de Staat als zodanig uitgesloten zou moeten worden van strafrechtelijke aan-

sprakelijkheid.⁴² Ten slotte verdient opmerking dat de commissie-Roelvink van mening is dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen ingesteld krachtens publiekrecht niet moet worden uitgebreid tot commune delicten (zoals bijv. dood door schuld).⁴³ De strafrechtelijke aansprakelijkheid zou beperkt moeten worden tot 'het terrein van het orderingsrecht, zoals dat grotendeels gesanctioneerd wordt in de Wet economische delicten'.⁴⁴ In het bijzonder wijst genoemde commissie op delicten op het terrein van milieu, arbeidsomstandigheden en ruimtelijke ordening.⁴⁵ De commissie zag voorts ruimte voor vervolgbaarheid van verantwoordelijke bestuurders en functionarissen, en eveneens voor vervolgbaarheid van individuele ambtenaren die strafbare handelingen verrichten in opdracht van een overheidsorgaan dat zelf immunititeit geniet. Met dat laatste wordt beoogd de in de Pikmeer-arresten voorgestane koppeling tussen de immunititeit van

³⁴ Zie bijv. A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts- of handavingsfalen, rechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007, 106, p. 195 en 199.
³⁵ Rb. Almelo 2 april 2002, *LIN* AE0934 (*SE Fireworks*).

³⁶ Meer hierover: G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp', *RMThemis* 2007, 4 op p. 134 en 139.

³⁷ Vgl. r.o. 101 van het arrest Öneriyildiz II.

³⁸ Zie hierover ook par. 4.1.

³⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 294, nr. 2 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 294, nr. 9.

⁴⁰ Zie het rapport van de Commissie-Roelvink ((Vz.) H.L.J. Roelvink, M.A.P. Bovens, G. Knigge en H.R.B.M. Kummeling, Den Haag: 2002). Dit rapport is op 8 maart 2002 aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II* 2001/02, 25 294, nr. 15).

⁴¹ D.w.z. diensten, instellingen en andere organisatorische eenheden van de staat die met een voldoende mate van zelfstandigheid in het maatschappelijk verkeer kunnen optreden.

⁴² Commissie-Roelvink 2002, p. 5.

⁴³ Commissie-Roelvink 2002, p. 30-31. Anders zou er volgens de commissie wat strafrechtelijke, politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheden betreft, verwarring kunnen ontstaan.

⁴⁴ Commissie-Roelvink 2002, p. 28.

⁴⁵ Commissie-Roelvink 2002, p. 5.

de overheidsrechtspersoon en diens ambtenaren los te laten.

Aangezien de regering naar aanleiding van het advies van de Commissie-Roelvink tot op heden nog geen uitdrukkelijk standpunt (bijvoorbeeld in de vorm van een wetsvoorstel) heeft ingenomen moet de praktijk vooralsnog volstaan met de beperkte aansprakelijkheidsmogelijkheden op grond van het Pikmeer II-arrest. Zowel in de literatuur als in de politiek is dit Pikmeer II-arrest met tamelijk gemengde gevoelens ontvangen.⁴⁶ In de literatuur klinkt – onder meer naar aanleiding van de zaak Öneriyildiz – door dat Europese rechtspraak wel eens zou kunnen meebrengen dat de uitsluiting van strafvervolgning van overheden volgens de Pikmeerjurisprudentie in strijd is met het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁴⁷ Zo komen Barkhuysen en Diepenhorst⁴⁸ tot de conclusie dat, als zij de Pikmeerjurisprudentie over de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden leggen naast de uitspraak in Öneriyildiz, verruiming van de vervolgbaarheid van overheden en hun opdracht- of leidinggevende ambtenaren in Nederland noodzakelijk is, in ieder geval waar het betreft zaken waarin het recht op het leven van art. 2 EVRM en het recht uit art. 3 EVRM om gevrijwaard te blijven van vernederende of onmenselijke behandeling in het geding zijn en de autoriteiten niet adequaat hebben opgetreden ten aanzien van een (bekend) ernstig risico.⁴⁹ Wij delen die mening. Het toekennen van een *te grote* immuniteit aan de overheid strookt ons inziens inderdaad niet met het Europees recht. Nu het Pikmeer II-arrest slechts een beperkte mogelijkheid tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling van de overheid en haar ambtenaren biedt en de regering naar aanleiding van het advies van de Commissie-Roelvink niet echt voortvarend te werk is gegaan, zal het niet verbazen dat vanuit de Tweede Kamer initiatieven zijn ontplooid om tot een ruimere strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en haar ambtenaren te komen. In een motie van Tweede Kamerlid Rehwinkel c.s. werd de regering verzocht om voorbereidingen te treffen tot een wetswijziging, op grond waarvan de mogelijkheden tot strafrechtelijke vervolging van overheden zouden worden verruimd. Die motie heeft uiteindelijk niet tot concreet wetsvoorstel geleid, aangezien

de opeenvolgende kabinetten en de Tweede Kamer geen overeenstemming konden bereiken over de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid verruimd diende te worden.⁵⁰

4.2. Wetgeving (initiatieven)

Na het verschijnen van de rapportage van de Commissie-Roelvink in februari 2000 is het aan het wetgevingsfront betrekkelijk lang stil gebleven. Pas in het najaar van 2005 is door de minister van justitie een conceptwetsontwerp betreffende de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdracht- en feitelijke leidinggevers voor advies aan diverse instanties toegezonden. Dat conceptwetsvoorstel voorzag in de toevoeging van een nieuw lid 4 aan art. 51 Sr. Met die toevoeging werd beoogd mogelijke opdrachtgevers en feitelijke leidinggevers te vervolgen, ook al zou het feit zijn begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon die daarvoor niet zou kunnen worden vervolgd. Daarmee zou dus de koppeling tussen immuniteiten van de overheidsrechtspersonen en die van leidinggevers aan de verboden gedragingen van die rechtspersonen worden verbroken. Kortom, op dat punt zou de Pikmeerjurisprudentie van de Hoge Raad opzichzamen worden gezet. Verder hield het voorstel een uitbreiding van de strafuitsluitingsgrond van art. 42 Sr in. Daarin staat dat een gedraging ter uitvoering van een wettelijk voorschrift niet strafbaar is. Als gevolg van de voorgestelde uitbreiding van art. 42 Sr zouden gedragingen ter uitvoering van een bij wet opgedragen publieke taak dan niet strafbaar zijn. De regering meende met dit wetsvoorstel tegemoet te komen aan de twijfels of het Nederlandse strafrecht wel Öneriyildiz-proof was.⁵¹ Dit conceptwetsvoorstel heeft de Tweede Kamer tot op heden nog niet bereikt. Het hiervoor beschreven regeringsvoorstel is min of meer op een zijspoor gezet door het initiatiefwetsvoorstel van Wolfsen c.s., dat op 27 april 2006 naar de Tweede Kamer is

heden, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 75 e.v. en J.A.E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar? Een onderzoek naar de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aspecten van het Pikmeer II arrest*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 107-113 en de aldaar aangehaalde literatuur. Vgl. de motie van tweede kamerlid Rehwinkel c.s. (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 294, nr. 3) die met vrijwel algemene stemmen is aangenomen. In die motie werd voorgesteld dat ook overheden in beginsel strafrechtelijk vervolgbaar dienen te zijn en dat de huidige jurisprudentie ertoe leidt dat feitelijk de mogelijkheden tot strafrechtelijke handhaving jegens overheden zeer beperkt zijn.

⁴⁷ Zie: T. Barkhuysen & M.L. van Emmenrik, 'Het EVRM dwingt tot veruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden', *NJB* 2003, p. 1444-1445 en van dezelfde auteurs: '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, nr. 3, o.a. op p. 88 en in dezelfde zin: A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen* (preadvies VAR), Den Haag: 2004, p. 126-127.

⁴⁸ T. Barkhuysen & M. Diepenhorst, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht Realiseren, Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 318 e.v.

⁴⁹ Het EHRM leidt uit art. 2 en 3 EVRM zoals hiervoor al is aangegeven een positieve verplichting tot strafvervolgning (en – onder omstandigheden – eveneens een verplichting tot bestuurlijke handhaving) af. Deze plicht wordt soms ook afgeleid uit art. 8 EVRM: bescherming van het privéleven (tegen bijv. (milieuvervuiling) overlast; vgl. EHRM 16 november 2004, *AB* 2004, 453 (*Gómez tegen Spanje*; m.nt. Barkhuysen)) en art. 1 EP: eigendomsbescherming (zie bijv.: EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43 (*Öneriyildiz II*; m.nt. Woltjer) en EHRM 20 maart 2008, *AB* 2008, 206 (*Modderstroom Tyrnauz*; m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik)).

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538, nr. 7 op p. 4.

⁵¹ Meer hierover: J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueller, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, p. 124 e.v. Zie ook: C. Kelk 2005, op p. 405 waar het voor hem duidelijk is dat de Straatburgse jurisprudentie niet zonder consequenties voor het Nederlands strafrecht is ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. En zie ook: Alkema in zijn noot onder EHRM 13 november 2004, *NJ* 2005, 210 (*Öneriyildiz II*).

⁴⁶ Zie voor literatuur: M.L.W.M. Viering en R.J.G.M. Widdershoven, 'De strafrechtelijke positie van de overheid na Pikmeer II', in: *Strafbaarheid van over-*

gestuurd.⁵² In zijn advies over dit wetsvoorstel is door de Raad van State de nodige kritiek uitgeoefend.⁵³ Naar aanleiding van dat advies is het wetsvoorstel – en in het bijzonder de toelichting – door de indieners op onderdelen (marginaal) aangepast.⁵⁴ Op 19 maart 2008 is een verslag van de vaste commissie voor justitie uitgebracht.⁵⁵ Daaruit blijkt dat er onder de Kamerfracties nog aanzienlijke verdeeldheid heerst over het al dan niet opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen. Vooral vanuit staatsrechtelijk oogpunt worden door veel fractiespecialisten de nodige vraagtekens geplaatst bij het voorstel van Wolfsen c.s.⁵⁶ Door diverse fracties wordt bijvoorbeeld gevreesd voor een ‘uitholling van de democratische verantwoordingsstructuur’ die zich op verschillende manieren kan manifesteren.⁵⁷

Op basis van het wetsvoorstel zoals dat er nu (in november 2008) ligt komt het er in de kern op neer dat het Pikmeercriterium van de exclusieve overheidstaak zal worden geschrapt en dat de strafrechtelijke vervolgbaarheid zal worden bepaald door de strafwaardigheid van het gedrag. Daartoe beogen de initiatiefnemers aan art. 51 Sr een ‘vierde’ lid toe te voegen.⁵⁸ In dat betreffende lid van art. 51 Sr wordt dan – kort gezegd – geregeld dat (alle) publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar zullen zijn. Het betekent dat voortaan zowel de Staat als decentrale overheden (dus ook gemeenten) kunnen worden vervolgd, óók als zij hebben gehandeld ter uitvoering van een exclusieve bestuurstaak.⁵⁹ Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is voorgesteld om dan wel een extra strafuitsluitingsgrond op te nemen in art. 42 Sr die inhoudt: ‘niet strafbaar is de ambtenaar of publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat, dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van een publieke taak bij wetsvoorschrift opgedragen.’ Volgens de memorie van toelichting ligt in dat verband een succesvol beroep op die strafuitsluitingsgrond niet in de rede als het gedrag zich niet verdraagt met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel.⁶⁰

Het is – mede gelet op de vele kritische kanttekeningen van de fractiespecialisten bij het huidige initiatiefvoorstel – de vraag of de door de initiatiefnemers beoogde wetswijziging uiteindelijk tot stand zal komen. De

voorgestelde strafwetwijziging lijkt overigens deels neer te komen op een leer van communicerende vaten: aan de ene kant wordt de immuniteit weggehaald en aan de andere kant worden strafuitsluitingsgronden (zowel ten aanzien van overheidsrechtspersonen als ten aanzien van ambtenaren) verruimd. In ieder geval kan overheidsgedrag op basis van de voorgestelde regeling strafrechtelijk door de rechter worden getoetst. Daarom strandt bijvoorbeeld een verzoek tot vervolging op grond van art. 12 Sv niet langer al – zoals in de zaak over de Vuurwerkramp Enschede – in de procedurele ‘voorfase’, behoudens overigens de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door het OM.

Wij sluiten niet uit dat er op basis van het initiatiefwetsvoorstel een sterker ‘grijs vervolgingsgebied’ geïntroduceerd zal worden (dat vervolgens in de jurisprudentie weer een nadere uitkristallisering verlangt). Het is op voorhand bijvoorbeeld niet duidelijk wat van de gemeente en haar toezichthouders precies verwacht mag worden, wil een strafrechtelijk aansprakelijkheidsrisico uitblijven. Volgens ons kan van een gemeentelijk toezichthouder in strafrechtelijke zin in ieder geval redelijkerwijs worden verwacht dat hij een handhavingsbesluit neemt in een concreet (dreigend) gevaarlijke situatie. Als er spoed of grote spoedeisendheid in het geding is, kan in dat verband worden gedacht aan toepassing van art. 5:24 lid 5 of lid 6 Awb (spoedbestuursdwang) of het opleggen van een bouwstop op grond van art. 100d Wonw. In dat laatste verband bestaat ook de mogelijkheid om tijdelijke beheersmaatregelen te nemen of andere voorzieningen te treffen die zijn gericht op het niet laten ontstaan of het voortduren van een gevaar voor de gezondheid of de veiligheid als gevolg van een bouwovertreiding. Blijft een dergelijk overheidsoptreden achterwege en verwezenlijkt het gevaar, ter voorkoming waarvan de handhavingsbevoegdheid aangevend had kunnen worden, zich vervolgens dan ligt strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betreffende overheidsrechtspersoon (en eventueel zijn ambtena(a)r(en)) voor de hand.

5. Aansprakelijkheid ontwikkende tendensen

De ontwikkelingen in de Europese rechtspraak en de (mogelijk) aan-

staande wetswijziging inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsrechtspersonen en overheidsfunctionarissen zouden ertoe kunnen leiden dat overheden en ter zake betrokken ambtenaren ingeval van falend bouwtoezicht strafrechtelijke

⁵² Zie: *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 1 t/m 9. Meer hierover: E. Sikkema, ‘Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid’, *NJB* 2006, 35, p. 1529 e.v. en zie ook: W. Jong, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid in tijden van incidenten politiek’, *NJB* 2007, waar hij op p. 2075 plastisch stelt dat de zaak Öneriyildiz een belangrijke aanjager is geweest van beide wetsvoorstellen.

⁵³ Zie t.a.v. diverse inhoudelijke kritiekpunten: *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 5. De Raad van State is bovendien van oordeel dat de Straatsburgse jurisprudentie niet dwingt tot een verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Het vigerende strafrechtelijke systeem biedt volgens de Raad van State de rechter en het openbaar ministerie voldoende mogelijkheden om waar nodig tegen overheden strafrechtelijk op te treden.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 7. Zie over het wetsvoorstel over ophef van immuniteiten ook: J.M. Keizer en J.G. van Oosten, ‘Weg met de strafrechtelijke immuniteit van overheden’, *Adv.bl.* 2008, nr. 8, p. 307-310.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 9.

⁵⁶ Zie: *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 8 en 9. Het wetsvoorstel is overigens inmiddels – na het vertrek van Wolfsen uit de Tweede Kamer – van naam veranderd: ‘Voorstel van wet van de leden Heerds, Van de Kamp en Anker tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers.’

⁵⁷ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 9 p. 13 e.v.

⁵⁸ Om precies te zijn; het huidige derde lid wordt het vierde lid en het derde lid komt te luiden: ‘Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar.’ Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 6, p. 1.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 7, p. 1 en p. 7-10.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 538, nr. 7, p. 3 en p. 11-13. De vraag rijst wanneer er sprake is van een situatie waarin het begaan van een strafbaar feit redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van een publieke taak. Het zal er toch vooral om gaan dat een dader zich in voldoende mate heeft ingespannen om een delict te vermijden en dat hem daarom geen zodanig verwijt valt te maken dat straf moet volgen.

lijk kunnen worden aangesproken. Ware het niet dat de overheid (in de hoedanigheid van wetgever en (lagere) bestuursorganen) via de 'achterdeur' intussen al bezig is aansprakelijkheidsbeperkende maatregelen te treffen. Met deze maatregelen beoogt de overheid overigens zowel de civielrechtelijke als de strafrechtelijke aansprakelijkheid te beperken.

5.1. *De wetgever legt de verantwoordelijkheid bij de (onmachtige) burger*

Volgens de Woningwetgever geldt wat toezicht betreft een primaire verantwoordelijkheid voor de particuliere partijen in het bouwproces. Dat is ook in lijn met een eerder ingenomen kabinetsstandpunt dat een vergunninghouder in beginsel aansprakelijk is als het mis gaat en dat de verantwoordelijkheid voor misstanden niet mag worden afgewenteld op de overheid in verband met gebrekkig toezicht.⁶¹ Bij toezicht en handhaving heeft het kabinet in dat verband tevens het oog op opsporing en vervolging. De primaire verantwoordelijkheden dienen volgens het kabinet in de particuliere sfeer (burger of privaatrechtelijke organisaties) te liggen. De overheid dient (primair) langs democratische weg ter verantwoording te worden geroepen. Die opvatting lijkt ertoe te leiden dat een overheidslichaam, ongeacht of er sprake is van gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving, buiten het 'aansprakelijkheidsschot' moet blijven. In deze gedachtegang lijkt het kabinet ook te willen hebben benadrukt dat zorgplichten zijn bedoeld om die primaire verantwoordelijkheden bij de particuliere sector te laten.⁶²

Wij kunnen de opvatting van het kabinet dat een vergunninghouder in beginsel aansprakelijk is en dat de 'verantwoordelijkheid voor misstanden' niet mag worden 'afgewenteld' op de overheid in verband met gebrekkig toezicht niet onderschrijven. Er is niets mis mee om, zoals het kabinet wil, partijen in de samenleving op hun eigen verantwoordelijkheid aan te spreken. Maar het standpunt van de regering dat het overheidslichaam, ongeacht of er sprake is van gebrekkig toezicht en niet-adequate handhaving, buiten schot moet blijven gaat te ver.⁶³ Ook de overheid moet op haar (civielrechtelijke en strafrechtelijke) verantwoordelijkheden kunnen worden aangesproken.

5.2. *Verhoogd aansprakelijkheidsrisico; vlucht in toezichtsprotocollen*

Indien er – onder meer gelet op de ontwikkelingen in de Europese rechtspraak en de (mogelijk) aanstaande wetwijziging inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsrechtspersonen en overheidsfunctionarissen – een verhoogde kans bestaat dat vanwege falend bouwtoezicht overheden en ter zake betrokken ambtenaren strafrechtelijk kunnen worden aangesproken, zou er weleens een vlucht in 'toezichtsprotocollen' kunnen ontstaan. Als de toezichthouder zich maar strikt aan het toezichtsprotocol houdt, zou in die gedachte – voor zover het toezichtsprotocol zelf niet (volstrekt) onhoudbaar is – geen sprake kunnen zijn van een strafrechtelijk verwijtbaar handelen.⁶⁴

In het licht van algemeen toezichtsfalen kan in die zin het volgen van een dergelijk protocol of een concrete beleidslijn, waarbij ook goed gemotiveerd en te rechtvaardigen prioriteiten worden gesteld, nog wel opgaan, maar zodra sprake is van wetenschap betreffende een concreet gevaarlijke situatie, geldt er ons inziens een zorgplicht die concreet en adequaat (en zo mogelijk heel snel) optreden kan meebrengen, bij gebreke waarvan jegens de nalatige een strafrechtelijk risico kan optreden, zelfs als handhaving van de betreffende soort overtredingen volgens het toezichtsprotocol geen prioriteit geniet. Wij menen dat protocolgedrag bovendien tot verstarrend toezichtsgedrag kan leiden in de zin dat men zich precies aan de protocollen gaat houden om strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen ontlopen (risicomijdend gedrag). Een dergelijke ontwikkeling is niet wenselijk. Bij (flexibeler) toezicht kan immers ook het (snel) zoeken naar een oplossing voor een concrete (onrechtmatige) situatie aan de orde komen, wat in een concreet geval onder omstandigheden soms de voorkeur verdient.

Ons inziens is de 'risicomijdende waarde' van een protocol overigens betrekkelijk. Een gemeente en/of toezichthouder zal zich bij een nalaten om op te treden, ingeval er sprake is van concreet toezichtsfalen, in strafrechtelijke sfeer niet gemakkelijk kunnen vrijpleiten met behulp van een protocol.

5.3. *Formele rechtskracht van bestuursbesluiten; een vrijwaring van strafrechtelijke vervolging van de overheid?*

In het eerste deel van onze bijdrage zijn we al ingegaan op de mogelijke invloed van een formeel rechtskrachtig besluit op de kans om de overheid met succes civielrechtelijk aan te spreken wegens een toezichts- of handavingsgebrek. Het is de vraag of, en zo ja in hoeverre, de strafrechter zich (ook) zal moeten richten naar de formele rechtskracht van handavings- dan wel gedoogbesluiten in zaken over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (en haar ambtenaren) wegens toezichts- of handavingsfalen. In het bijzonder speelt dan de vraag of bijvoorbeeld een gedoogbesluit of een besluit inhoudende de weigering te handhaven aan strafrechtelijke vervolging van de overheid in de weg kan staan.

De ons bekende rechtspraak over de formele rechtskracht van (handavings)besluiten in de sfeer van het strafrecht ziet op de situatie waarin de vergunninghouder strafrechtelijk vervolgd wordt terwijl er ten aanzien van dezelfde gedraging tevens een bestuursrechtelijk handavings- dan wel gedoogbesluit is genomen. In die rechtspraak is uitdrukkelijk aangegeven dat een gedoogbesluit niet in de weg staat aan strafrechtelijke vervolging van de vergunninghouder in verband met de door het bestuur uitdrukkelijk gedoogde illegale activiteiten.⁶⁵

⁶¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 1 (nota: Rechtsstaat en Rechtsorde); reactie van het kabinet op het WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat', p. 6. Volgens het kabinet zou in het kader van toezicht en handhaving in het verleden te vaak de verantwoordelijkheid van misstanden op de overheid zijn afgewenteld.

⁶² Vgl. bijv. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 3 op p. 4. Zie voor het streven naar 'horizontalisering van toezicht': *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 9 op p. 7.

⁶³ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 279 nr. 1, p. 6.

⁶⁴ Ook civielrechtelijk zal de overheid dan overigens minder snel aansprakelijk kunnen worden gehouden voor een toezichtsfalen.

⁶⁵ Zie m.b.t. gedoogbesluiten bijv. HR 20 april 1999, *NJ 1999*, 486 en HR 9 april 2002, *NJ 2002*, 535 (m.nt. Buruma), *AB 2002*, 178 (m.nt. Jurgens).

Doorredenerend op deze lijn menen wij dat de Hoge Raad een verweer van een *overheidsrechtspersoon*, dat hij gelet op de formele rechtskracht van een door hem afgegeven gedoogbesluit – of een daarmee op een lijn te stellen besluit inhoudende de weigering handhavend op te treden – niet strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld als door dit gedogen bijvoorbeeld doden te betreuren vallen, niet zal accepteren. In dit geval kan de overheid een strafbaar feit (bijvoorbeeld dood door schuld) volgens ons zelfs zwaarder worden aangerekend dan wanneer het gaat om een burger die op grond van een gedoogbesluit bijvoorbeeld bepalingen uit de Wet milieubeheer overtreedt en daar vervolgens (wel) strafrechtelijk voor wordt vervolgd. Als de formele rechtskracht van een gedoogbesluit niet in de weg staat aan strafvervolgning van een burger – die meende te kunnen vertrouwen op een door een overheidsinstantie verstrekt gedoogbesluit – moet zij naar onze mening zeker niet in de weg staan aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in een ‘Enschede-’ of ‘Volendam-situatie’. Zou dit wel het geval zijn, dan zou dat het oneigenlijk gebruik (misbruik) van bestuursbevoegdheden in de hand werken teneinde overheidsaansprakelijkheid in de toezichts- en handhavingssfeer te ontlopen. Overigens is er in een dergelijk geval – als er een gedoogbesluit of een weigeringsbesluit om te handhaven door een bestuursorgaan is afgegeven – altijd sprake van concreet toezichtsfalen. Het bestuursorgaan is van de onrechtmatige (gevaarlijke) situatie op de hoogte maar geeft expliciet te kennen dat het niet handhavend wenst op te treden.

Op basis van het voorgaande menen wij te kunnen concluderen dat de formele rechtskracht van een gedoogbesluit of een besluit inhoudende de weigering handhavend op te treden niet aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid bij een toezichts- of handhavingssfalen in de weg kan staan.

5.4. Causaliteit en verwijtbaarheid als struikelblok?

Als de Hoge Raad dan wel de wetgever de strafrechtelijke immuniteit(en) voor overheden opheft, zal het risico op strafvervolgning, waarbij naast de publiekrechtelijke rechtspersoon ook

de opdrachtgever(s) en/of feitelijk leidinggever(s) betrokken kunnen worden, zoals gezegd, groter worden. Wij vragen ons verder af of het vereiste dat er sprake moet zijn van het bestaan van een *causaal verband* (tussen het toezichts- en handhavingssfalen van de overheidsrechtspersoon (of diens ambtenaar) en bijvoorbeeld het overlijden van een of enkele personen, of het lichamelijk letsel dat is ontstaan) en van *verwijtbaarheid* (in de zin van schuld) een struikelblok zou kunnen vormen dat aan een succesvolle strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling in de weg staat. In dat kader verdient opmerking dat bij culpose delicten (zoals dood door schuld) in het algemeen wordt aangenomen dat de vraag naar causaal verband en de vraag naar culpa moeilijk van elkaar te scheiden zijn. Met de vaststelling dat er sprake is van schuld is in veel gevallen dan ook tevens de causaliteit gegeven en omgekeerd geldt dat, met de vaststelling dat er sprake is van een causaal verband tussen het handelen of nalaten en het strafbare feit, de schuld van de dader veelal is gegeven.⁶⁶

Vanuit ‘causaliteitsoogpunt’ zouden er mogelijk hindernissen kunnen ontstaan in een strafvervolgingsprocedure tegen de overheid, ofschoon wij menen dat die kans niet heel erg groot is. Wij sluiten echter niet op voorhand uit dat het voor de Officier van Justitie in geen enkel geval lastig zal zijn om aan te tonen dat er sprake is geweest van een ‘causaal verband’ tussen het nalatig toezicht en de dood (artikel 307 Sr) of het zwaar lichamelijk letsel (artikel 308 Sr). Juist bij bouwongevallen is er immers vaak sprake van een causaliteitsketen vanwege de betrokkenheid van diverse partijen in het bouwproces, zoals de opdrachtgever, directievoerder(s), bouw(s)/(onder)aannemer(s), constructeur(s), architect(en), en leverancier(s) van producten. Kan de Officier van Justitie het causaal verband niet aantonen dan zal dat tot vrijspraak van de toezichthouder leiden.

Om vast te kunnen stellen of er sprake is van causaal verband tussen het toezichtsfalen en het strafbare feit (bijv. dood door schuld) dient de vraag te worden beantwoord voor welke gevolgen de dader (in ons geval de overheid) in *redelijkheid* strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden.⁶⁷ Dit open criterium wordt begrensd door het *conditio sine qua*

non-vereiste: de gedraging (of het nalaten) van de verdachte *moet* een onmisbare schakel zijn in de keten van de gebeurtenissen die tot het gevolg hebben geleid. Vereist is dat de afloop anders zou zijn geweest als de fout niet was gemaakt en dat het gaat om een *relevante* fout. Wij vragen ons af of deze tweede voorwaarde (het moet gaan om een *relevante* fout) bij de strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid wegens toezichtsfalen mogelijk een drempel op zou kunnen werpen. Het gaat dan om de vraag of er redenen zijn die aan toerekening in de weg staan.⁶⁸ Vooralsnog menen wij dat dat niet het geval is. Volgens De Jong en Knigge kan uit de strafrechtelijke jurisprudentie worden afgeleid dat er niet snel sprake is van een ‘niet relevante fout’. Zij geven aan dat dat verband houdt met het feit dat bij een culpoos delict niet vereist is dat de dader als enige schuld heeft. Ook als anderen fouten hebben gemaakt die aan

⁶⁶ Vgl. Mr. D. Hazewinkel-Suringa's *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint bv 1996, p. 191 en D.H. de Jong en G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 85, veertiende druk.

⁶⁷ Vgl. De Jong en Knigge 2003, p. 78. Er is volgens De Jong en Knigge sprake van causaal verband in strafrechtelijke zin als het rechtsbesef verlangt dat de gevolgen worden toegerekend aan iemand die heeft gehandeld of nagelaten. Zie voor strafrechtelijke verwijtbaarheid bij en causaliteit tussen gebrekkig toezicht aan de ene kant en dood/letsel aan de andere kant ook de strafrechtzaak tegen de gezinsvoogd van Savanna: Rb. Den Haag 16 november 2007, *LJN* BB8016. In die zaak speelde voornamelijk de vraag naar het causaal verband een rol. Causaal verband tussen de dood van Savanna en het handelen/nalaten van de gezinsvoogd werd niet aangenomen. Strikwerda geeft overigens aan dat andere rechters in soortgelijke zaken mogelijk tot een ander oordeel zouden kunnen komen; L. Strikwerda, ‘Wie kan verantwoordelijkheden dragen voor de dood van Savanna?’, *DD* 2008, 23, p. 291 e.v.

⁶⁸ Vgl. De Jong en Knigge 2003, p. 87. In dat kader speelt tevens het Schutznormvereiste een rol maar dat zal in het kader van strafrechtelijke overheidsaansprakelijkheid wegens (bouw)toezichts- of handhavingssfalen ons inziens niet snel problemen opleveren. De toezichts- en handhavingssbevoegdheden strekken immers mede tot het voorkomen van letsel en overlijden.

de toedracht hebben bijgedragen kan de gedraging worden toegerekend. Voor het aannemen van causaal verband is niet vereist dat de gemaakte fout de enige of belangrijkste oorzaak is geweest.⁶⁹

Op deze plaats verdient verder opmerking dat wij ons bij gebrekkig toezichts- en handhavingsfalen begeven op het terrein van de 'oneigenlijke omissiedelicten'.⁷⁰ De delictomschrijving bestaat uit een handelingsdelict dat door een nalaten wordt gepleegd. Niet elke 'niet-doen' levert een strafrechtelijk relevant nalaten op. Daarvoor is vereist dat de dader in de feitelijke mogelijkheid moet hebben verkeerd om in te grijpen en hij moet bovendien een bijzondere zorgplicht hebben gehad. Ten aanzien van de toezichthoudende overheidsorganen (en haar ambtenaren) is naar onze mening aan deze voorwaarden voldaan. Het bevoegde bestuursorgaan beschikt over handhavingsbevoegdheden (en kan bijgevolg ingrijpen). Geliet op de wettelijk verankerde handhavingstaak kan tevens worden gesproken van een 'bijzondere zorgplicht'. Bij een oneigenlijk omissiedelict is er sprake van causaal verband als er een reële kans is dat het gevolg niet zou hebben plaatsgevonden als de 'zorgplichthouder' zou hebben ingegrepen terwijl het ingetreden gevolg in het algemeen redelijkerwijs voorzienbaar was.⁷¹

Kijken we naar het schuldvereiste dan is de vraag in hoeverre de toezichthouder zich onder de gegeven omstandigheden als een behoorlijk of redelijk handelend toezichthouder heeft opgesteld. Kan hem strafrechtelijk gezien een verwijt worden gemaakt? Volgens ons mag van een bouwtoezichthouder een zekere deskundigheid worden verwacht met dito inschattingsvermogen over wat zich zou kunnen afspelen als een gebrekkig bouwwerk in stand wordt gelaten dan wel in afwijking van bouwveiligheidsregels (bijv. draagconstructie berekeningen volgens het Bouwbesluit) wordt gebouwd. Hij beschikt ook over adequate wettelijke instrumenten en middelen om op te treden in geval van dergelijke (potentieel) gevaarlijke situaties. Hierbij kan worden gedacht aan het opleggen van een bouwstop uit art. 100d Wonw, in welk verband ook tijdelijke beheersmaatregelen of andere voorzieningen kunnen worden getroffen die gericht zijn op het niet laten ontstaan of voortduren van een gevaar voor de gezondheid of

de veiligheid als gevolg van een bouw-overtreding.⁷² De hoedanigheid van bouwtoezichthouder – als inhoudelijk deskundige – schept verplichtingen. In dat opzicht zou een parallel kunnen worden getrokken met een arts van wie meer (medische zorg en adequaat handelen) mag worden verwacht dan van een 'gemiddelde' burger die bijvoorbeeld iemand gewond op straat aantreft.

Dit alles overziend menen wij dat het vereiste van het bestaan van causaal verband en verwijtbaarheid in de meeste gevallen geen struikelblok zou moeten vormen dat aan een succesvolle strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de weg staat.

6. Conclusies en slotopmerkingen

Ten aanzien van de civielrechtelijke aansprakelijkheid in verband met gebrekkig bouwtoezicht is de positie van de gemeente ten opzichte van een gelaedeerde derde niet gelijk aan die van een burger. De wetgever en de civiele rechter lijken verantwoordelijkheden rond toezicht primair op het bord van de burger (in het bijzonder van de vergunninghouder als 'overtreder') te willen schuiven. De overheid wordt door middel van een afstandelijke toetsing en drempels in de sfeer van het relativiteitsvereiste door de burgerlijke rechter veelal buiten het civielrechtelijke 'aansprakelijkheidsschot' gehouden (zie daarover meer uitvoerig deel 1 van deze bijdrage).

De beweging neigt in de strafrechtelijke sfeer juist naar een andere kant. Als het wetsvoorstel van Heerds, Van de Kamp en Anker zal leiden tot een wijziging van het Wetboek van Strafrecht wordt daarmee juist beoogd in strafrechtelijke zin de verantwoordingsplicht van de overheid te verscherpen en het vertrouwen van de burger in de overheid en de rechtsstaat – na de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam – te herstellen. Het lijkt er voorts nog op dat in strafrechtelijke context de positie van de overheid meer gelijk zal worden getrokken met die van een burger dan in een civiele aansprakelijkheidssfeer.

Met het oog op bouwtoezicht is de verhouding overheid-burger in civilibus kennelijk minder horizontaal dan binnen het strafrechtelijk kader. Wij vragen ons af of aldus de normen van de bestuursrechtelijke zorgvuldigheid

meer verlegd gaan worden naar de strafrechtelijke toetsing ingeval van calamiteiten met slachtoffers, voor zover sprake zou kunnen zijn van falend toezicht of gebrekkige handhaving. Het initiatiefwetsvoorstel maakt bijvoorbeeld gewag van de voorbeeldfunctie van de overheid met het oog op toezicht. De vraag is of aan voorbeeldfunctie in een civielrechtelijk aansprakelijkheidskader een minder zwaar gewicht toekomt dan in een strafrechtelijk verband. Het initiatiefwetsvoorstel kent als gezichtspunt tevens het normbevestigend karakter van het strafrecht. Dan rijst bij ons de vraag in hoeverre de civiele en strafrechtelijke zorgvuldigheid in het kader van falend bouwtoezicht kunnen verschillen. Met andere woorden: kan toezicht civielrechtelijk als rechtmatig worden beschouwd terwijl het door de strafrechter toch als strafrechtelijk verwijtbaar wordt aangemerkt? Kortom, gaat de strafrechtelijke rechtsplicht van de gemeentelijke bouwtoezichthouder verder dan de civielrechtelijke?

Als blijkt dat dit inderdaad het geval is, zal een slachtoffer van een ongeval dat is ontstaan door falend toezicht zijn toevlucht gaan zoeken in de mogelijkheden die het strafrecht hem biedt. Zo zal een slachtoffer zo nodig via art. 12 Sv (beklagrecht) het OM kunnen bewegen tot strafvervolgning tegen een gemeente en/of ter zake betrokken ambtenaren en/of bestuurders. Het slachtoffer kan zich ook als benadeelde partij voegen in een strafproces (op grond van art. 51a juncto art. 361 Sv). Sinds 1993 is de positie van het slachtoffer in het strafproces sterk verbeterd en biedt het hem ook meer mogelijkheden om zijn schade vergoed te krijgen (zie art. 361 Sv). In dat opzicht zou de strafrechtelijke procedure in de toekomst voor de gelaedeerde burger wel eens meer vruchten kunnen gaan afwerpen dan een civiele aansprakelijkheidsprocedure ingeval van schade (mede) veroorzaakt door gebrekkig bouw- en woningtoezicht.

⁶⁹ Vgl. De Jong en Knigge 2003, p. 87.

⁷⁰ Zie daarover: De Jong en Knigge 2003, p. 69.

⁷¹ Vgl. Hazewinkel-Suringa bewerkt door Remmelink 1996, p. 192.

⁷² Zie ook de mogelijkheden voor spoedbestuursdwang: art. 5:24 lid 5 of 6 Awb.