

# Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen; de zaak *Stichtse Vecht*

Mr. dr. R. Rijnhout\*, mr. dr. E. Sikkema\*\* en mr. W.S. de Zanger\*\*\*

## 1. Inleiding

Op 31 maart 2009 vond op de Nieuweweg bij Tienhoven, in de voormalige Gemeente Maarssen, een tragisch ongeval plaats. Een motorrijder en haar bijrijder kwamen ten val toen zij over hobbels in de weg reden. Beiden kwamen te overlijden nadat zij, als gevolg van hun val, in botsing kwamen met een tegemoetkomend voertuig. Naar aanleiding van deze gebeurtenissen werd een strafrechtelijke vervolging ingesteld tegen de Gemeente Stichtse Vecht (als rechtsopvolger van de Gemeente Maarssen). Op 10 december 2012 veroordeelde de Rechtbank Utrecht de Gemeente Stichtse Vecht tot een geldboete van € 22 500, waarvan € 7500 voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar. De dood van de slachtoffers was volgens de rechtbank te wijten aan een aanmerkelijk onzorgvuldig nalaten van de gemeente, die maatregelen had kunnen en moeten nemen om aan de verkeersonveilige situatie een einde te maken of het gevaar te beperken.<sup>1</sup>

De vervolging en bestrafing van de Gemeente Stichtse Vecht is om meerdere redenen opmerkelijk te noemen. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is het de eerste keer dat de overheid als wegbeheerder strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden voor een (dodelijk) ongeval.<sup>2</sup> Dat het strafrecht in een dergelijk geval wordt ingezet ligt op het eerste gezicht wellicht ook minder voor de hand. Velen zullen het strafrecht toch in de eerste plaats associëren met 'keihard onrecht' (zoals opzettelijke

levensberoving) en minder met 'zachte' normschendingen als het 'aanmerkelijk onvoorzichtig nalaten' van de gemeente in dit geval. Bovendien was hier sprake van een betrekkelijk 'indirect' causaal verband tussen het nalaten van de gemeente en het uiteindelijke gevolg; het is niet de actieve handeling van een andere weggebruiker ter plekke die centraal staat, maar het voorafgaande nalaten om voldoende veiligheidsmaatregelen te treffen. In deze bijdrage richten wij ons op een ander aspect van de zaak, namelijk de omstandigheid dat het hier de *overheid* is die strafrechtelijk wordt vervolgd. Waar de (decentrale) overheid zich in bepaalde gevallen kan beroepen op strafrechtelijke immuniteit, is dat in dit geval kennelijk geen belemmering geweest voor een veroordeling. Dat roept de vraag op wat – in een geval als dit – de toegevoegde waarde is of kan zijn van de inzet van het strafrecht. Indien normhandhaving in geval van een relatief 'zachte', 'indirecte' en 'passieve' regelschending, zoals in casu, vanwege de (zeer) ernstige aard van de gevolgen al aangegeven wordt geacht, zal men wellicht eerder denken aan de weg van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Daarbij is van belang dat artikel 6:174 BW voorziet in een risicoaansprakelijkheid ter verhaal van schade veroorzaakt door een gebrek in de openbare weg, zodat schade relatief gemakkelijk lijkt te kunnen worden verhaald (zie echter paragraaf 3).

Uiteraard zijn wij ons bewust van de fundamenteel verschillende aard en functies van strafrechtelijke handhaving enerzijds en van civielrechtelijke handhaving anderzijds.

\* Mr. dr. R. Rijnhout is universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht.

\*\* Mr. dr. E. Sikkema is universitair docent aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

\*\*\* Mr. W.S. de Zanger is promovendus aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

De auteurs zijn allen verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL), een nieuw onderzoekscentrum binnen de Universiteit Utrecht dat op multidimensionale wijze de bestudering van het civielrechtelijke en publiekrechtelijke aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in Nederland en Europa ter hand neemt.

De auteurs danken officier van justitie mr. F. van Veghel voor het verhelderende gesprek over zijn betrokkenheid bij de *Stichtse Vecht*-zaak. Voorts danken de auteurs hun collega's binnen UCALL die commentaar leverden op eerdere versies van dit artikel.

1. Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5595, *Gst.* 2013/23, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*). Deze zaak vormt de rode draad van deze bijdrage. Als deze zaak aan de orde wordt gesteld, wordt gerefereerd aan de zaak '*Stichtse Vecht*'. Zie naar aanleiding van deze zaak ook E.F. Verheul, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de wegbeheerder', *Verkeersrecht* 2013, p. 361-368 en de noot van A.E. van Rooij onder het vonnis in *Gst.* 2013/23.

2. Inmiddels lijkt de *Stichtse Vecht*-zaak navolging te krijgen: de Gemeente Beverwijk wordt (na een artikel 12 Sv-procedure) vervolgd voor een ongeval waarbij een vrouw van haar fiets viel door een waterslang in een tunnel, en daarbij blijvend hersenletsel opliep. De tunnel werd in opdracht van de gemeente schoongespoten (zie *de Volkskrant* 16 januari 2013, 'Justitie vervolgt gemeente om val met fiets'). In 2012 werd de Gemeente Arnhem een strafrechtelijk schikkingsvoorstel gedaan voor een dodelijk ongeval waarbij de gemeente een container op de weg had geplaatst maar onvoldoende maatregelen had genomen om het verkeer daarvoor te waarschuwen (zie [www.om.nl/organisatie/item\\_144364/arnhem/nieuwsberichten/@159694/openbaar-ministerie/](http://www.om.nl/organisatie/item_144364/arnhem/nieuwsberichten/@159694/openbaar-ministerie/)).

Precies dat maakt de vraag relevant *of* en *waarom* de overheid – juist mede bezien vanuit die *aard* en *functies* – als wegbeheerder strafrechtelijk vervolgd zou moeten (kunnen) worden in geval van een dodelijk ongeluk, en wat in dit verband de meerwaarde van het strafrecht is ten opzichte van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onder omstandigheden verplicht tot strafrechtelijke vervolging, óók als er een civiele reactie beschikbaar is (zie paragraaf 4). Een belangrijke aanleiding om de mogelijke meerwaarde van strafrechtelijke vervolging van de overheid nog eens kritisch te belichten, is daarnaast nog het wetsvoorstel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen, dat op 11 juni 2013 door de Tweede Kamer is aangenomen (zie paragraaf 2).

De hier gekozen specifieke invalshoek brengt mee dat deze bijdrage niet de strekking heeft om de discussie over de wenselijkheid van (het opheffen van) de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in algemene zin nog eens over te doen.<sup>3</sup> Aansluitend bij de casus van de *Stichtse Vecht*-zaak zullen wij ons in het navolgende vooral richten op de vervolgbaarheid van lagere overheden en de betekenis die in dat verband moet worden toegekend aan het criterium van de exclusieve bestuurs-taak. De vervolgbaarheid van de Staat (de centrale overheid)<sup>4</sup> en die van individuele functionarissen (in hun hoedanigheid van opdracht- of feitelijk leidinggever of anderszins)<sup>5</sup> zal daarom slechts zijdelings aan de orde komen (zie echter paragraaf 5.4). Tot slot brengt onze invalshoek mee dat de door ons beproefde vergelijking zich niet uitstrekt tot de bestuurlijke en politieke handhaving, noch tot de tuchtrechtelijke (disciplinaire) maatregelen. Ook deze handhavingssystemen – die in eerdere publicaties deels al uitvoerig aan de orde zijn gesteld – zullen hierna dan ook slechts zijdelings aan de orde komen in paragraaf 5.4.<sup>6</sup> Wij richten ons op een vraag die tot nu toe in de literatuur veel minder de aandacht heeft getrokken, namelijk die naar de verhouding tussen de strafrechtelijke vervolging van de gemeente als wegbeheerder enerzijds en diens civielrechtelijke aansprakelijkheid in overlijdensschadezaken anderzijds. Vanzelfsprekend zal onze bijdrage dan ook niet uitmonden in algemene conclusies over de meerwaarde van strafvervolging ten opzichte van andere rechtsgebieden, doch slechts

over de meerwaarde ten opzichte van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht in overlijdensschadezaken.

Om de hierboven geformuleerde vraag te beantwoorden, zullen wij in deze bijdrage drie verschillende perspectieven hanteren: het strafrecht, het civiele aansprakelijkheidsrecht en de mensenrechten. In paragraaf 2 wordt de strafrechtelijke dimensie besproken, waarbij de *Stichtse Vecht*-zaak wordt geplaatst in de discussie over strafrechtelijke immuniteit voor overheden. In hoeverre vormt deze immuniteit (nog) een belemmering voor strafvervolging van de overheid, in het bijzonder in diens rol als wegbeheerder? Paragraaf 3 heeft betrekking op het civiele aansprakelijkheidsrecht en de beperking die daarbinnen bestaat voor wat betreft overlijdensschadezaken. In hoeverre kan het civiele aansprakelijkheidsrecht, mede gelet op de bedoelde beperking, bij dodelijke verkeersongevallen een volwaardig alternatief vormen voor de inzet van het strafrecht? In paragraaf 4 komt de mensenrechtelijke dimensie aan bod. In hoeverre verplicht (of inspireert) het EHRM in dit soort gevallen tot strafvervolging en in welke mate wordt de keuze tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke handhaving daardoor bepaald? In paragraaf 5 proberen wij deze drie dimensies bij elkaar te brengen door aan de hand van de functie(s) van het strafrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht op zoek te gaan naar de meerwaarde die het strafrecht in dit soort gevallen – als ultimum remedium – kan bieden. Wij sluiten af met een conclusie in paragraaf 6.

## 2. De strafrechtelijke dimensie

### 2.1. *Strafrechtelijke immuniteit van de overheid; stand van zaken*

Een mogelijk obstakel voor strafrechtelijke vervolging van de overheid als wegbeheerder is de immuniteit waarop publiekrechtelijke rechtspersonen (en hun leidinggevendenden) zich in bepaalde gevallen kunnen beroepen. De ontwikkeling in de rechtspraak met betrekking tot deze immuniteit is in de literatuur al veelvuldig en uitvoerig beschreven.<sup>7</sup> In enkele belangrijke arresten heeft de Hoge Raad de reikwijdte van de niet-vervolgbaarheid afgebakend. In het *Volkel*-arrest werd bepaald dat per definitie sprake is van immuniteit als het delict wordt begaan door de Nederlandse Staat (de centrale overheid).<sup>8</sup> In het *Pikmeer II*-arrest heeft de Hoge Raad de immuniteit van lagere overheden (openbare lichamen in de zin

3. Zie voor deze discussie o.a. uitgebreid D. Roef, *Strafbare overheden*, Antwerpen/Groningen: 2001; J.A.E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Deventer: Gouda Quint 2000. Zie naar aanleiding van het genoemde wetsvoorstel ook E. Sikkema, 'Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid', *NJB* 2006, afl. 35, p. 1994-2001.

4. Zie daarover recent E. van Sliedregt, 'Immunititeit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?', in: *Immuniteiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013.

5. Zie over de verhouding tussen de (niet-)vervolgbaarheid van opdracht en leidinggevers enerzijds en plegers en deelnemers anderzijds Sikkema 2006, p. 1997-1998; en over de (niet-)vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen enerzijds en natuurlijke personen anderzijds Sikkema 2006, p. 1999-2001. Onder omstandigheden kan een bestuurder of ambtenaar zich schuldig maken aan een ambtsdelict of aan een algemeen delict (waarbij de strafverzwaringgrond van artikel 44 Sr van toepassing kan zijn); zie daarover uitvoerig E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

6. Wij verwijzen de geïnteresseerde lezer naar J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2004; J.L.W. Broeksteeg, E. Sikkema & H.G. Warmelink, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers. Ruime verantwoordelijkheid, beperkte vervolgbaarheid', *NJB* 2000, afl. 19, p. 965-971; Van der Jagt 2000, p. 163-199.

7. Zie voor een uitgebreid overzicht bijv. Roef 2001, p. 85-131; Van der Jagt 2000, p. 29-51.

8. HR 25 januari 1994, *NJ* 1994/598 (*Volkel*).

van hoofdstuk 7 van de Grondwet) daarentegen beperkt tot *exclusieve bestuurstaken*. Daarvan is sprake '(...) als de betreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen'.<sup>9</sup> In het *Pikmeer I*-arrest had de Hoge Raad eerder al beslist dat de eventuele immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon meebrengt dat een strafvervolging evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam, die opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging (als bedoeld in artikel 51 lid 2 onder 2° Sr). Deze immuniteit laat echter onverlet dat een ambtenaar uit hoofde van 'eigen daderschap' kan worden veroordeeld.<sup>10</sup> In veel gevallen is het dus wel degelijk mogelijk om individuele ambtenaren als natuurlijk persoon te vervolgen wegens het plegen van of deelnemen aan een strafbaar feit.<sup>11</sup> De ambtenaar aan wiens schuld de dood van een ander te wijten is, kan zelf als pleger van artikel 307 Sr worden vervolgd, aangezien hij zelf alle delictsbestanddelen heeft vervuld. Als hij dit feit in de uitoefening van zijn functie heeft begaan, kan daarbij de strafverzwaringsgrond van artikel 44 Sr van toepassing zijn.<sup>12</sup>

Hoewel de genoemde jurisprudentie tot op heden nog steeds leidend is bij de beoordeling van de vervolgbaarheid, zijn er in de periode na het *Pikmeer II*-arrest verschillende interessante rechterlijke uitspraken geweest over de toepassing van het exclusieve bestuurstaak-criterium.<sup>13</sup> Al in 1998 werd door de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat voor de beantwoording van de vraag of een openbaar lichaam immuniteit geniet, slechts van belang is of de *tenlastegelegde gedraging* voldoet aan de in het *Pikmeer II*-arrest neergelegde eisen.<sup>14</sup> Verder heeft de Hoge Raad in 2007 overwogen dat het *feitelijk* verzamelen en transporteren van afvalwater niet kunnen worden beschouwd als gedragingen die niet anders dan door be-

stuursfunctionarissen kunnen worden verricht. Dat de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor dit handelen bij de gemeente blijft liggen, kan daar volgens de Hoge Raad niet aan afdoen.<sup>15</sup> Beslissend is kortom niet of de tenlastegelegde gedraging is verricht in het kader van een exclusieve bestuurstaak, maar of die gedraging zelf 'exclusief' is, dus niet anders dan in het kader van een overheidstaak kan worden verricht.<sup>16</sup> Van een exclusieve bestuurstaak – en dus van immuniteit van lagere overheden<sup>17</sup> – kan nog wél sprake zijn als het gaat om de verstrekking van vergunningen, het toezicht op en de handhaving van (de naleving van) die vergunningen.<sup>18</sup>

## 2.2. *Immuniteit voor de Gemeente Stichtse Vecht?*

In de strafzaak tegen de Gemeente Stichtse Vecht heeft de Rechtbank Utrecht zich, naar aanleiding van een verweer van de verdediging, gebogen over de vraag naar de vervolgbaarheid van deze gemeente. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de twee gedragingen die in de tenlastelegging worden omschreven: enerzijds het niet uitvoeren van voldoende onderhoud aan de weg en anderzijds het niet nemen van voldoende verkeersmaatregelen. De rechtbank begrijpt de tenlastelegging in dit verband aldus dat de gemeente niet enige (bestuurlijke) *besluitvorming* wordt verweten. Het verwijt betreft onder meer het (*feitelijke*) niet uitvoeren van een aantal gevaaroplossende of gevaarbeperkende maatregelen, die het ongeval hadden kunnen voorkomen en die ook derden hadden kunnen nemen. Ten aanzien van het nalaten van het nemen van *verkeersmaatregelen* komt de rechtbank dan ook tot een veroordeling, aangezien hier van een exclusieve bestuurstaak (en dus van strafrechtelijke immuniteit) geen sprake kan zijn.<sup>19</sup>

Daarentegen is volgens de rechtbank ter zitting niet uitputtend onderzocht of ook *wegonderhoud* aan derden wordt opgedragen, in de zin dat zij zelfstandig kunnen besluiten tot onderhoudsmaatregelen zoals het egaliseren van het wegdek. Het komt de rechtbank wel aannemelijk voor dat van dergelijke uitbesteding sprake kan zijn, maar dit is onvoldoende komen vast te staan om te komen tot

9. HR 6 januari 1998, NJ 1998/367 (*Pikmeer II*).

10. HR 23 april 1996, NJ 1996/513 (*Pikmeer I*).

11. Sikkema 2006, p. 1997-1998.

12. Zie daarover uitvoerig Sikkema 2005, p. 83-108. Daarnaast kent het Wetboek van Strafrecht vele ambtsdelicten, die per definitie (alleen) door een individuele ambtenaar gepleegd kunnen worden; zie Sikkema 2005, p. 109-184.

13. Zie voor een overzicht o.a. D. Roef, 'Strafvervolging van overheden: een stand van zaken', *Verkeersrecht* 2011, p. 218-221; D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 185-194; Van Sliedregt 2013, p. 156 e.v.

14. HR 30 juni 1998, NJ 1998/819 (*Gouden Bodem*).

15. HR 18 september 2007, NJ 2007/512 (*Gemeente Zederik*). Zie ook Van Sliedregt 2013, p. 154 en Roef 2011, p. 218, waar ook nog wordt verwezen naar Rb. Utrecht 9 juli 2003, NJ 2003/669 (*Verdrongen brandweerman*).

16. Conclusie A-G Knigge voor HR 18 september 2007, NJ 2007/512 (*Gemeente Zederik*). Zie ook Roef 2012, p. 187. Zo bezien is het ook evident dat (het medeplegen van) het doen van een onjuiste belastingaangifte en het valselijk opmaken van een factuur bezwaarlijk kunnen worden gezien als 'exclusieve' overheidsgedragingen. Of die gedragingen in verband staan met een door de gemeente uitgevoerde bestuurstaak (in casu volkshuisvesting) doet dan niet meer ter zake; zie HR 29 april 2008, NJ 2009/130 (*Gemeente Etten-Leur*) en de noot van Buruma onder dat arrest.

17. Op grond van het *Volkel*-arrest is vervolging uiteraard nog steeds onmogelijk als het gaat om (onderdelen van) de Staat. In de zaak van de overbrenging van het 'asbestschip' Otapan naar Turkije wijst het Hof Amsterdam het verzoek van milieuorganisatie Greenpeace om vervolging van de Staat om die reden af. Zie Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6448 (*Otapan*) en daarover Van Sliedregt 2013, p. 158-160.

18. Hof Arnhem 23 september 2002, NJ 2002/550 (*Vuurwerkcramp Enschede*). Ook het 'gedogen' van een mogelijke overtreding van de Wet milieubeheer kan onder omstandigheden als een gedraging in het kader van een exclusieve bestuurstaak worden aangemerkt; zie HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765 (*Probo Koala*).

19. Rb. Utrecht 10 december 2012, r.o. 5.3.7.2, NJ 2013/90 (*Stichtse Vecht*).

wettig en overtuigend bewijs. Daarom wordt de gemeente van dit onderdeel vrijgesproken.<sup>20</sup> In haar beslissing op het door de gemeente ingediende bezwaarschrift tegen de dagvaarding had dezelfde rechtbank op dit laatste punt nog anders geoordeeld. In die beslissing overwoog de rechtbank namelijk dat in de Wegenwet weliswaar is bepaald dat de gemeente verplicht is openbare wegen te onderhouden en ervoor heeft te zorgen dat binnen haar gebied liggende wegen in goede staat verkeren, maar dat daar tegenover staat dat het *feitelijke* onderhoud aan de openbare weg ook door derden (niet zijnde openbare lichamen) kan worden uitgevoerd. Derden kunnen in zoverre dus op gelijke voet als de gemeente aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De rechtbank concludeert in deze uitspraak – anders dan later in de ‘hoofdzaak’ – dan ook dat een gemeente ter zake van (het nalaten van) onderhoud van wegen geen immuniteit geniet.<sup>21</sup>

De rechtbank lijkt in deze zaak met de toepassing van het taakcriterium te hebben geworsteld. Zoals gezegd knoopt de rechtbank aanvankelijk – in haar beslissing op het bezwaarschrift tegen de dagvaarding – aan bij het onderscheid tussen bestuurlijke besluitvorming enerzijds en feitelijke uitvoering (van voldoende onderhoud aan de weg) anderzijds. Deze benadering sluit aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin het feitelijk inzamen en transporteren van afvalwater bijvoorbeeld niet worden aangemerkt als ‘exclusieve’ overheidsgedragingen, ook al blijft de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor dit handelen bij de gemeente liggen.<sup>22</sup> In dit licht is het echter opvallend dat de rechtbank in het vonnis in de ‘hoofdzaak’ wat betreft het wegonderhoud tot een andersluidend oordeel komt. Volgens de rechtbank staat namelijk onvoldoende vast dat ook wegonderhoud aan derden wordt opgedragen, in de zin dat zij zelfstandig kunnen *besluiten* tot onderhoudsmaatregelen.<sup>23</sup> Op basis van de aangehaalde jurisprudentie is het echter veeleer de vraag of de feitelijke onderhoudsmaatregelen kunnen worden uitgevoerd door derden, ongeacht of het nog steeds de

gemeente is die besluit over het al dan niet uitvoeren van dat onderhoud.<sup>24</sup>

Een extra complicatie hangt samen met de omstandigheid dat hier het *nalaten* van voldoende wegonderhoud ten laste is gelegd. Voor ‘nalaten’ in strafrechtelijke zin is vereist dat er een rechtsplicht tot handelen bestaat.<sup>25</sup> De gemeente is op grond van de Wegenwet verplicht om openbare wegen te onderhouden, maar dat kan van een willekeurige derde uiteraard niet worden gezegd. Toch is ook dit naar onze mening geen reden om hier van een exclusieve bestuurstaak te spreken. Waar het om gaat is immers of de gemeente het feitelijke wegonderhoud kan opdragen aan derden. Het gevolg van een dergelijke uitbesteding zal uiteraard zijn dat de rechtsplicht tot het onderhouden van de weg komt te rusten op het bedrijf of de burger aan wie deze taak is toevertrouwd. Ook van die derde kan vervolgens worden gezegd dat hij dit heeft ‘nagelaten’.<sup>26</sup>

Dat sprake kan zijn van uitbesteding van wegonderhoud is volgens de rechtbank dus onvoldoende komen vast te staan om te komen tot wettig en overtuigend bewijs.<sup>27</sup> Hiermee lijkt de rechtbank doorslaggevend te achten of de betreffende gedraging *op dit moment* ook *feitelijk* wordt uitgevoerd door derden.<sup>28</sup> De Hoge Raad heeft daarentegen als criterium geformuleerd dat het moet gaan om gedragingen die naar hun aard en *gelet op het wettelijk systeem rechtens* niet anders dan door bestuursfunctionarissen *kunnen* worden verricht.<sup>29</sup> Daarbij lijkt ook relevant te zijn of deze gedragingen zich ‘rechtens’ zouden lenen voor een toekomstige uitbesteding.<sup>30</sup> Dit alles roept overigens de vraag op of er nog gedragingen overblijven waarvan het echt ondenkbaar is dat zij (ooit) zullen worden uitgeoefend door derden. Zo heeft Roef opgemerkt dat het in de gemeentelijke praktijk regelmatig voorkomt dat bouw- en woningtoezichtstaken worden

20. Rb. Utrecht 10 december 2012, r.o. 5.3.7.2, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*).

21. Rb. Utrecht 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9622 (*Stichtse Vecht; bezwaar tegen de dagvaarding*).

22. HR 18 september 2007, *NJ* 2007/512 (*Gemeente Zederik*). Vgl. ook Rb. Utrecht 9 juli 2003, *NJ* 2003/669 (*Verdronken brandweerman*) en HR 29 april 2008, *NJ* 2009/130, m.nt. Buruma (*Gemeente Etten-Leur*).

23. Rb. Utrecht 10 december 2012, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*).

24. Vgl. ook Verheul 2013, p. 365-366.

25. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 73-75.

26. Vgl. ook Verheul 2013, p. 365-366.

27. De benadering van de rechtbank impliceert kennelijk dat de vraag naar de vervolgbaarheid pas kan worden beantwoord nadat is vastgesteld dat de tenlastegelegde gedragingen wettig en overtuigend *bewezen* kunnen worden. Nu de rechtbank de tenlastelegging zo begrijpt dat deze uitsluitend ziet op handelen of nalaten dat ook door derden kan worden verricht of nagelaten, wordt de gemeente van het onderdeel dat betrekking heeft op het wegonderhoud *vrijgesproken*. Bezien vanuit het rechterlijke beslissingsschema van artikel 348 en 350 Sv is dat een opmerkelijke redenering; een partiële niet-ontvankelijkverklaring had meer voor de hand gelegen. De verklaring voor deze afwijking van het reguliere beslissingsmodel moet vermoedelijk worden gezocht in de wijze waarop de rechtbank het taakcriterium opvat, waarbij bepalend is of de betreffende gedraging op dit moment ook feitelijk wordt uitgevoerd door derden.

28. Dat blijkt ook uit de formulering van de betreffende overwegingen (Rb. Utrecht 10 december 2012, r.o. 5.3.7.2, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*): ‘Ter zitting is niet uitputtend onderzocht of ook aan derden de zorg voor wegen of weggedeelten wordt opgedragen (...). (...) De rechtbank acht het (...) niet noodzakelijk het onderzoek te heropenen om nader te onderzoeken of derden op gelijke voet als de Gemeente wegonderhoud (...) uitvoeren’. Vgl. ook de noot van A.E. van Rooij onder het vonnis in *Gst.* 2013/23.

29. HR 6 januari 1998, *NJ* 1998/367 (*Pikmeer II*). Omgekeerd lijkt de rechtbank het oordeel dat de gemeente immuniteit toekomt voor zover het gaat om het treffen van verkeersmaatregelen grotendeels te baseren op de omstandigheid dat in dit geval feitelijk derden zijn ingeschakeld; zie Verheul 2013, p. 364.

30. In een andere zaak overwoog de Rechtbank Utrecht eerder dat geen wetsbepaling eraan in de weg staat ‘(...) 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. (...) Dat op dit moment een specifiek op de brandweer toegespitste opleiding niet door derden wordt aangeboden, (...) doet hieraan niet af; Rb. Utrecht 9 juli 2003, *NJ* 2003/669 (*Verdronken brandweerman*).

uitbesteed aan gecertificeerde bedrijven.<sup>31</sup> Ook kan worden gewezen op het feit dat de uitgifte van vergunningen in de vervoerbranche in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu wordt verzorgd door een onafhankelijk certificeringsbedrijf.<sup>32</sup> Voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging – bijvoorbeeld de verlening van vergunningen op een bepaald terrein – rechtens kan worden uitbesteed, blijft het (huidige) wettelijk systeem zoals gezegd medebepalend. In het voorgaande is echter gebleken dat de omstandigheid dat de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor een bepaalde taak volgens de wet (exclusief) bij de overheid ligt, niet uitsluit dat die taak feitelijk door derden wordt uitgeoefend.

### 2.3. *Het wetsvoorstel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit*

In het bovenstaande is gebleken dat de immuniteit van lagere overheden in bepaalde gevallen – namelijk als sprake is van een exclusieve bestuurstaak – een belemmering kan opleveren voor strafrechtelijke handhaving. Deze belemmering zal in de (nabije) toekomst mogelijk worden weggenomen, aangezien de Tweede Kamer op 11 juni 2013 een wetsvoorstel heeft aangenomen dat voorziet in de opheffing van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers.<sup>33</sup> Dit wetsvoorstel maakt expliciet duidelijk dat publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met natuurlijke personen en andere (privaatrechtelijke) rechtspersonen onderwerp van vervolging kunnen zijn (het nieuwe artikel 51 lid 3 Sr), ook indien het de centrale overheid betreft en ook indien sprake is van exclusieve bestuurstaken.<sup>34</sup> De vervolgbaarheid van overheden wordt in het wetsvoorstel niet beperkt tot overtredingen van het ordeningsrecht, maar geldt ook voor commune delicten (zoals dood door schuld, artikel 307 Sr). De wetgever verwacht dat vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen twee functies zal hebben, te weten enerzijds een normatieve werking en anderzijds een preventieve werking. Op deze twee functies wordt nader ingegaan in paragraaf 5.

Tijdens de mondelinge behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer is de *Stichtse Vecht*-zaak verschillende malen ter sprake gekomen. Zo heeft indiener Recourt daar betoogd dat het heel slecht zou zijn geweest als de

Gemeente Stichtse Vecht zich op immuniteit had kunnen beroepen. Was het ongeval 50 meter verderop gebeurd op een rijksweg, dan had de rijksoverheid bovendien wél een beroep op immuniteit kunnen doen. Dat geeft volgens Recourt de essentie aan van het wetsvoorstel.<sup>35</sup>

Tot op heden is het criterium van de exclusieve bestuurstaak bepalend voor het antwoord op de vraag of een gemeente (of een andere lagere overheid) zich in een bepaald geval kan beroepen op strafrechtelijke immuniteit. Tegen dit criterium zijn in de literatuur en de rechtspraak belangrijke bezwaren gerezen. In de eerste plaats is principiële kritiek mogelijk op de ratio van het criterium. Gelet op de formulering ervan is duidelijk dat de Hoge Raad tegemoet heeft willen komen aan het gelijkheidsargument: vervolging wordt mogelijk voor zover derden op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. De commissie-Roelvink brengt daar tegenin dat eisen van legitimiteit en legaliteit meebrengen dat alle overheidsactiviteiten – dus ook de ‘typische’, exclusieve – onder het strafrecht worden gebracht.<sup>36</sup> Het valt moeilijk in te zien waarom het enkele feit dat een taak uitsluitend door overheidsfunctionarissen verricht kan worden, bij voorbaat zou moeten leiden tot het uitsluiten van iedere vervolgbaarheid.<sup>37</sup> Dat wil overigens niet zeggen dat er geen rekening meer wordt gehouden met de bijzondere positie van de overheid. In het kader van de nieuwe rechtvaardigingsgrond van artikel 42 lid 2 Sr kan de strafrechter in de toekomst komen tot een inhoudelijke beoordeling van de vraag of en in hoeverre de uitvoering van de (al dan niet exclusieve) overheidstaak in het concrete geval het betreffende gedrag rechtvaardigt, met inachtneming van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>38</sup> In de tweede plaats is het criterium onduidelijk en in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Het laat ruimte voor uiteenlopende interpretaties, hetgeen in de literatuur en de rechtspraak tot discussie heeft geleid (bijvoorbeeld in verband met de rampen in Enschede en Volendam).<sup>39</sup> Ook onze analyse van het vonnis in de *Stichtse Vecht*-zaak (zie paragraaf 2.2) onderstreept nog eens dat het taakcriterium veel vragen oproept.

Al met al is het naar onze mening dan ook een goede ontwikkeling dat het taakcriterium in het besproken wetsvoorstel komt te vervallen. In het wetsvoorstel wordt terecht gekozen voor een algehele afschaffing van de

31. Roef 2011, p. 219.

32. Zie de *Volkskrant* 29 juni 2013, ‘Schultz meldde gevoelige informatie over partner niet’.

33. Het gaat hier om een initiatiefwetsvoorstel dat oorspronkelijk (op 27 april 2006) werd ingediend door het toenmalige Tweede Kamerlid Wolfsen en waarvan de verdediging uiteindelijk is overgenomen door de Kamerleden Recourt, Oskam en Segers. Zie resp. *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 2 en *Kamerstukken II* 2012/13, 30538, 13. Het wetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer; zie *Kamerstukken I* 2012/13, 30538, A.

34. *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 3, p. 1-17 (MvT).

35. *Handelingen II* 2012/13, 41, item 9, p. 50-51.

36. Commissie-Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag: 2002, verkrijgbaar via [www.recht.nl/doc/rapport\\_strafrechtelijke\\_aansprakelijkheid\\_staat.pdf](http://www.recht.nl/doc/rapport_strafrechtelijke_aansprakelijkheid_staat.pdf), laatstelijk geraadpleegd op 20 november 2013, p. 32-33. Deze commissie werd in 2001 door het toenmalige kabinet ingesteld om te adviseren over een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat.

37. Vgl. Roef 2012, p. 187; Sikkema 2006, p. 1999; *Kamerstukken II* 2008/09, 30538, 11, p. 4 (NV II).

38. In het eerder besproken wetsvoorstel wordt de volgende nieuwe strafuitsluitingsgrond geïntroduceerd (artikel 42 lid 2 Sr): ‘Niet strafbaar is de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen’ (*Kamerstukken II* 2007/08, 30538, 6, p. 1 (voorstel van wet zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State)).

39. Rapport commissie-Roelvink 2002, p. 32.

strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers.<sup>40</sup> Daarmee wordt een belangrijke blokkade geslecht voor strafrechtelijke normhandhaving jegens de overheid. Verderop (in paragraaf 5) zullen wij nader ingaan op de vraag wat in dit verband nu de toegevoegde waarde is van de inzet van het strafrecht, mede in verband met de mogelijkheden die het civiele recht biedt en de verplichtingen die voortvloeien uit de rechtspraak van het EHRM.

### 3. De civielrechtelijke dimensie

#### 3.1. De risicoaansprakelijkheid van de wegbeheerder

Via het civiele recht zal een gemeente die nalaat gebreken in de openbare weg weg te nemen aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van artikel 6:174 lid 1 en lid 2 BW. Dit artikel behelst een risicoaansprakelijkheid van de wegbeheerder jegens een benadeelde weggebruiker (van de openbare weg) die schade lijdt als gevolg van een gebrek in die weg. Voor de aansprakelijkstelling is niet nodig dat de wegbeheerder het gebrek kende (en vervolgens heeft nagelaten te handelen). Er hoeft alleen maar sprake te zijn van een gebrek in de openbare weg waardoor een gevaar voor personen en zaken is veroorzaakt en een verwezenlijking van dit gevaar.<sup>41</sup> Een slachtoffer lijkt dus een relatief eenvoudige grondslag voor aansprakelijkheid tot zijn beschikking te hebben. Wij zullen hier volstaan met een beschrijving van het doel van deze bepaling, zonder uitgebreid in te gaan op de details daaromtrent.

Met de introductie van de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW beoogde de wetgever de benadeelde partij te beschermen tegen bewijsmoeilijkheden.<sup>42</sup> Een gebrek in de openbare weg kan immers vele jaren na de aanleg daarvan ontstaan. Bovendien kan dat gebrek een veelheid van oorzaken hebben. Zo zou naast gebrekkig onderhoud, ook sprake kunnen zijn van een constructiefout, van het gebruik van ondeugdelijke materialen of bouwstoffen, enz.<sup>43</sup> Iedere oorzaak zal strikt genomen aan een andere persoon kunnen worden toegerekend. Het zal echter lastig zijn voor het slachtoffer om te bewijzen *waardoor* zijn schade precies is ontstaan en *wie* daarvoor verantwoordelijk is. De wetgever heeft het daarom billijk gevonden om de aansprakelijkheid te

concentreren bij de wegbeheerder (gemeente, provincie, centrale overheid) en heeft ter ondervanging van de 'schuld'vraag een risicoaansprakelijkheid geïntroduceerd.<sup>44</sup> De wetgever heeft hiertoe mede besloten, omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat de wegbeheerder zich eenvoudig zou kunnen verzekeren tegen risico's die hij niet wil dragen.<sup>45</sup> Er is dus vooral voor een praktische benadering gekozen, en de wetgever heeft, zoals (onder andere) wordt gesteld door Klaassen, geen 'theoretische beschouwing omtrent de grondslag' voor de risicoaansprakelijkheid gegeven.<sup>46</sup>

In de casus *Stichtse Vecht* ziet het er niet naar uit dat de vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid op moeilijkheden zou moeten stuiten. Juist voor dit type gevallen – waarin eventuele bewijsmoeilijkheden omtrent het gebrek in het wegdek zouden kunnen bestaan – is de aansprakelijkheid geconcentreerd bij de wegbeheerder. Daarnaast zal aansprakelijkstelling weinig problemen opleveren nu de gemeente zelfs strafrechtelijk is veroordeeld. Concrete handhaving van die 'normschending' door middel van de toekenning van een schadevergoeding lijkt in casu echter toch moeilijk, omdat het vorderingsrecht van nabestaanden door de werking van artikel 6:108 BW sterk is beperkt.

#### 3.2. Het civiele aansprakelijkheidsrecht in overlijdensschadezaken

Vanaf het moment van overlijden kan de direct gekwetste geen schade meer lijden, omdat hij geen rechtssubject meer is.<sup>47</sup> Aan zijn nabestaanden komt echter wel een vorderingsrecht toe.<sup>48</sup> In artikel 6:108 BW is vormgegeven aan dit vorderingsrecht. Dit vorderingsrecht wordt afgeleid van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste.<sup>49</sup> Met andere woorden, de nabestaande hoeft niet aan te tonen dat de schadeveroorzaker (autonoom) aansprakelijk is jegens de nabestaande voor de schade die is veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste. In zekere zin lijkt het civiele aansprakelijkheidsrecht dus te worden uitgebreid. Toch werd in het bovenstaande gesproken over de beperkte werking van artikel 6:108 BW. Die gedachte komt voort uit twee kenmerken die ook aan artikel 6:108 BW zijn toegedicht.

Ten eerste is zowel de kring van gerechtigden als de te vergoeden schade limitatief opgesomd in artikel 6:108

40. Zie voor een nadere onderbouwing van dit standpunt Sikkema 2006.

41. Disculpatie van aansprakelijkheid kan plaatsvinden door een beroep op de tenzij-clausule of doordat is voldaan aan de waarschuwingplicht.

42. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 753.

43. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 753.

44. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 753. Zie ook C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid: de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 111; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* 2011/233.

45. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 753.

46. Klaassen 1991, p. 107-108. De Hoge Raad heeft in het *Smeets/Gemeente Heerlen*-arrest (echter) geoordeeld dat de wegbeheerdersaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW 'met name [strekt] ter bescherming van de veiligheid van de gebruikers [van die weg]', HR 19 december 2008, *NJ* 2009/28. De vraag is of deze gedachte overeenkomt met de bedoeling van de wetgever. Zo lijkt het idee van kanalisering van aansprakelijkheid naar de wegbeheerder niet te duiden op een veiligheidsnorm. Wellicht zou die veiligheidsnorm gelezen kunnen worden in de termen 'gebrek' en 'gevaar'. Zie ook over de opstalaansprakelijkheid: HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).

47. Het vorderingsrecht dat de erfgenamen erven van de direct gekwetste behelst de schade van de direct gekwetste die door de onrechtmatige gedraging is veroorzaakt en die al is ontstaan vóór zijn overlijden. Onder omstandigheden kunnen de erfgenamen ook het vorderingsrecht ten aanzien van de immateriële schade erven (zie artikel 6:106 lid 2 BW). Kritisch over deze beperkingen van deze bepaling is S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 326-329.

48. Aan de particuliere werkgever komt alleen regresrecht toe in geval van letselschade, maar niet bij overlijdensschade (artikel 6:107a BW). Indien de overledene een ambtenaar is, komt zijn werkgever wel een vorderingsrecht toe (zie artikel 2 Verhaalswet ongevallen ambtenaren).

49. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 399, 400.

BW. Derden (veelal nabestaanden) kunnen aan artikel 6:108 BW een recht op schadevergoeding ontleen voor wat betreft de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud en van de kosten van lijkbezorging. Voor andere schade hoeft geen vergoeding te worden geboden. Een vergoeding voor de kosten veroorzaakt door verlies van levensonderhoud kan bovendien alleen worden toegekend aan personen die zijn genoemd in artikel 6:108 BW (veelal de directe kring om de gekwetste heen). Die vergoeding wordt beperkt door de wijze van begroten: uit de term 'levensonderhoud' vloeit (kennelijk, doch van oudsher) voort dat bij de begroting tot op zekere hoogte aansluiting moet worden gezocht bij de termen 'behoefte' en 'behoefte' uit het familierecht.<sup>50</sup> Voor andere schadeposten dan die genoemd in artikel 6:108 BW hoeft geen vergoeding te worden geboden. Een kenmerk van artikel 6:108 BW is dus dat hierin een limitatieve opsomming is opgenomen.<sup>51</sup>

Deze limitatieve opsomming heeft als opmerkelijk resultaat dat nabestaanden naar Nederlands recht geen vergoeding ontvangen voor hun immateriële schade; in artikel 6:108 BW wordt immers alleen gesproken over materiële schade. In de literatuur is dit uitgangspunt sterk bekritiseerd. Desondanks is het wetsvoorstel dat deze vergoeding mogelijk zou moeten maken verworpen in 2010 in de Eerste Kamer.<sup>52</sup> Het is overigens de vraag in hoeverre dit uitgangspunt houdbaar is, omdat het EHRM al meerdere malen zelf een vergoeding voor immateriële schade heeft toegekend in de situatie waarin een staat of staatsorgaan iemands recht op leven (artikel 2 EVRM)

heeft geschonden.<sup>53</sup> Daarnaast hoeft geen vergoeding te worden geboden voor kosten die moeten worden gemaakt voor bijvoorbeeld de verwerking van het verdriet, zelfs niet als nabestaanden door dat verdriet (geestelijk) letsel hebben. Een uitzondering op dit uitgangspunt is de shockschadevordering (zie nader hieronder).

Het tweede kenmerk van artikel 6:108 BW is dat de vergoedingsverplichting jegens nabestaanden, wier schade is veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste, is beperkt tot hetgeen is bepaald in artikel 6:108 BW. Met andere woorden, de schadevergoedingsverplichting jegens feitelijk derden wordt exclusief vormgegeven door artikel 6:108 BW.<sup>54</sup> Die schadevergoeding zal zelfs niet hoger uitvallen als er een directe onrechtmatige daad is gepleegd jegens de feitelijk derde. Strikt genomen zou hij in die situatie een volledige vergoeding voor zijn schade moeten ontvangen, maar het exclusieve karakter van artikel 6:108 BW beperkt de vergoeding.<sup>55</sup>

Een uitzondering op de exclusieve werking van artikel 6:108 BW vormt de shockschadevordering. Die vordering wordt echter alleen toegekend als is voldaan aan een aantal strikte voorwaarden. Zo moet er jegens de direct gekwetste een verkeers- of veiligheidsnorm zijn geschonden en moet hij ernstig letsel hebben opgelopen of zijn overleden. Verder moet de derde direct zijn geconfronteerd met het ongeval of de ernstige gevolgen daarvan. Door die confrontatie moet een shock zijn ontstaan, waardoor de derde geestelijk letsel heeft opgelopen. Indien aan deze vereisten is voldaan, moet in beginsel volledige vergoeding van de schade van de 'derde' worden

50. Zie o.a. HR 16 december 2005, NJ 2008/186, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.3.1 (*Pruïskien/Organice*). Kritisch over deze behoefteigheidseis zijn o.a. L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak. De toepassing van art. 1406 BW met enkele opmerkingen over de schaderegeling bij letsel en overlijden*, Deventer: Kluwer 1979; A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000/600, m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama/Raphael-Richardson*); E.F.D. Engelhard, *Regres* (diss. Maastricht), 2003, p. 35-36; I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is', in: W.H. van Boom, J.H. Dam-Lely & S.D. Lindenberg, *Rake remedies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67; P. Meijer, 'Het behoefteheidsvereiste overboord', in: C.J.M. Klaassen (red.), *In de schaduw van het slachtoffer LSA 24*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 31-48.
51. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 392-393 en (expliciet) 396; *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.)*, p. 1315; Lindenberg 1998, p. 180-182; Engelhard 2003, p. 379; Van Wassenaer, Mon. BW B37, nr. 19a; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2013/159. Hierover ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 3-8.
52. *Handelingen I* 2009/10, 28781, 23, p. 1013-1014. Zie kritisch S.D. Lindenberg, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?)', NJB 2010, p. 1530-1532; R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', TVP 2010, p. 37-41.
53. Zie o.a. EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/The United Kingdom*); EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul and Audrey Edwards/The United Kingdom*); EHRM 17 juni 2005, 50196/99 (*Bubbins/the United Kingdom*); EHRM 31 mei 2007, 7510/04 (*Kontrová/Slovakia*); EHRM 17 december 2009, 4762/05 (*Mikayil Mammadov/Azerbaidjan*); EHRM 23 maart 2010, 4864/05 (*Oyal/Turkey*) (letsel); EHRM 13 maart 2012, 2694/08 (*Reynolds/The United Kingdom*); EHRM 3 mei 2012, 40657/04 (*Kleyn and Aleksandrovich/Russia*); EHRM 30 oktober 2012, 32520/09 (*Ghimp and others/The Republic of Moldova*); EHRM 18 december 2012, 2944/06, en 8300/07, 50184/07, 332/08 en 42509/10 (*Aslakhanova and others/Russia*); EHRM 18 december 2012, 13904/07 (*Kudra/Croatia*). Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding voor affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', VR 2010, p. 313-315; D.A. Pronk, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?', in: S.D. Lindenberg & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 29-47; Rijnhout 2012, p. 303-312; R. Rijnhout, 'Langs de grenzen van de artikelen 6:107 en 6:108 BW', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *In de schaduw van het slachtoffer. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2013*, Den Haag: Sdu 2013, p. 16.
54. Engelhard 2003, p. 379 (zie hierover ook p. 377-381 en p. 142-147). Vgl. Lindenberg 1998, p. 180-184 en p. 204; T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland', noot bij HR 8 september 2000, AA 2000, p. 866-867; T. Hartlief, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 297 en 303; Rijnhout 2012, (m.n.) p. 8-11. Zie o.a. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*); HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*). De wetgever stelt dat artikel 6:107 BW dezelfde strekking heeft als artikel 1407 BW (oud). Daaruit kan worden afgeleid dat artikel 6:107 BW exclusief zou moeten werken, *Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.)*, p. 1288.
55. De exclusiviteit van artikel 6:108 BW is opmerkelijk omdat iemand thans als een 'derde' wordt beschouwd als zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. Die 'indirectheid' wordt feitelijk vastgesteld, maar aan die vaststelling wordt een normatieve betekenis gegeven, namelijk dat iemand geen aanspraak maakt op volledige vergoeding op grond van het onrechtmatigedaadsrecht. De nadruk zou echter in eerste instantie moeten liggen op de vraag of de schadeveroorzaker verkeerd gedrag heeft vertoond en daardoor een beschermd belang (van een feitelijk tweede, derde, vierde, enz.) heeft doorkruist. Vooralsnog wordt echter vastgehouden aan het uitgangspunt van exclusiviteit, en daarmee zijn aldus de vergoedingsmogelijkheden van derden sterk beperkt. Zie kritisch hierover Rijnhout 2012, (m.n.) p. 317-320.

geboden. Een vergoeding voor immateriële schade wordt alleen toegekend indien de 'derde' een in de psychiatrie erkend ziektebeeld heeft. Deze uitzondering zou dus alleen toepasselijk zijn als de nabestaanden in de casus *Stichtse Vecht* op z'n minst kort na het ongeval ter plaatse zouden zijn geweest en iets zouden hebben gezien van de nasleep van het ongeval.<sup>56</sup>

Waar komt dit beperkte systeem vandaan? Er is bij de introductie van het BW (oud) in 1838 al voor gekozen om een bijzondere bepaling (toen artikel 1406) te introduceren over de vergoeding van schade die is veroorzaakt door de onrechtmatige veroorzaking van iemands overlijden.<sup>57</sup> De reden die de wetgever gaf voor de uitwerking in een bijzondere bepaling was de behoefte aan rechtszekerheid en het voorkomen van willekeur. In letsel- en overlijdensschadezaken zouden de gevoelens van de rechters en hun vonnissen immers uiteen kunnen lopen.<sup>58</sup> De wetgever noemde tijdens het Kamerdebat over het huidige BW een vergelijkbare reden: de rechtszekerheid zou worden gediend met de introductie van artikel 6:108 BW.<sup>59</sup>

De introductie van een bijzonder vorderingsrecht heeft echter verstarrend gewerkt; daar waar de open norm van artikel 6:162 BW heeft kunnen meebewegen met veranderende ideeën, heeft de regeling van artikel 6:108 BW zich slechts in heel beperkte mate kunnen ontwikkelen. Het is de wetgever bovendien niet gelukt om uitbreiding te bewerkstelligen. Zoals al aan de orde is gesteld, is het toenmalige wetsvoorstel affectieschade verworpen.<sup>60</sup> Het geheel overziend, zijn de mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving, in elk geval in overlijdensschadezaken, sterk beperkt, ondanks de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 BW.

#### 4. De mensenrechtelijke dimensie

##### 4.1. *Verplichting tot aanwending van het strafrecht*

De keuze om in geval van een dodelijk ongeluk al dan niet strafrechtelijk op te treden tegen de overheid als wegbeheerder, kan niet alleen op basis van nationale overwegingen worden genomen. Uit de rechtspraak van het EHRM vloeit in sommige gevallen ook een verplichting tot het aanwenden van het strafrecht voort. In die

gevallen kan, volgens het hof, het betreffende mensenrecht van het slachtoffer niet voldoende worden gewaarborgd en geëffectueerd zonder strafrechtelijke handhaving. De verplichting tot aanwending van het strafrecht wordt geformuleerd als een verplichting tot strafbaarstelling of als een verplichting tot het doen van onderzoek dat kan leiden tot bestrafing van de verantwoordelijken.<sup>61</sup> In sommige gevallen eist het EHRM zelfs een effectieve bestrafing van de verantwoordelijken. Strafrechtelijke handhaving is verplicht bij meerdere verdragsrechten,<sup>62</sup> maar de rechtspraak over artikel 2 EVRM is op dit punt het meest uitgekristalliseerd en het meest vergaand. Bovendien ontstaat er bij gevallen waarin de overheid optreedt als wegbeheerder al snel een gevaar voor het leven van burgers (zo ook in de *Stichtse Vecht*-zaak). Daarom staat hier de verplichting tot het aanwenden van het strafrecht ter waarborging van het recht op leven (artikel 2 EVRM) centraal.

Volgens vaste jurisprudentie hebben burgers op grond van het EVRM geen subjectief recht op vervolging of bestrafing van daders van strafbare feiten.<sup>63</sup> Dat neemt niet weg dat opzettelijke levensberoving<sup>64</sup> en levensbedreigende pogingen daartoe<sup>65</sup> volgens het Hof strafbaar moeten zijn. Hiervan zal in situaties waarin de overheid optreedt als wegbeheerder niet zo snel sprake zijn: in de *Stichtse Vecht*-zaak is de gemeente veroordeeld voor dood door schuld. Relevanter voor dergelijke situaties is dat het EHRM onder omstandigheden ook toepassing van het strafrecht lijkt voor te schrijven bij *niet*-opzettelijke levensberoving die is toe te schrijven aan overheidsdienaren- of autoriteiten.

In beginsel is toepassing van het strafrecht niet vereist bij onopzettelijke levensberoving. Bij medische situaties kunnen civielrechtelijke of disciplinaire remedies bijvoorbeeld voldoende zijn.<sup>66</sup> Dat geldt ook indien overheidsfunctionarissen mogelijk verantwoordelijk zijn voor die (onopzettelijke) levensberoving.<sup>67</sup> Op dat uitgangspunt heeft het EHRM echter enkele uitzonderingen gemaakt. Bij overlijden en levensbedreigende situaties als gevolg van gevaarlijke activiteiten moet het strafrecht namelijk eveneens een optie zijn, ook als het daarbij gaat om niet-

56. Er is veel discussie over wat wordt bedoeld met een directe confrontatie met het ongeval of de nasleep daarvan. Zie daarover R. Rijnhout, 'Langs de grenzen van de artikelen 6:107 en 6:108 BW', in: Klaassen 2013, p. 22-27 en aldaar genoemde rechtspraak en literatuur.

57. J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838, p. 85-93.

58. Voorduyn 1838, p. 85.

59. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 392.

60. *Handelingen I 2009/10*, 28781, 23, p. 1013-1014 (stemverhouding: 30 voor, 36 tegen).

61. P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 28 en Van Sliedregt 2013, p. 169-170.

62. Toepassing van het strafrecht is onder omstandigheden vereist; bij artikel 3 EVRM: EHRM 28 oktober 1998, 90/1997/874/1086, r.o. 102 (*Assenov e.a./Bulgarije*) en EHRM 1 juni 2010, 22978/05, r.o. 119, NJ 2010/628, m.nt. Buruma (*Gäfgen/Duitsland*); bij artikel 4 EVRM: EHRM 26 juli 2005, 73316/01, r.o. 89, EHRC 2005, 103, m.nt. Van der Velde, JV 2005, 425, m.nt. Lawson (*Siliadin/Frankrijk*); en bij artikel 8 EVRM: EHRM 26 maart 1985, 8978/80, r.o. 27 (*X & Y/Nederland*); en EHRM 4 december 2003, 39272/98, r.o. 150 (*M.C./Bulgarije*).

63. EHRM 12 februari 2004, 47287/99, r.o. 70, NJ 2005/12 (*Perez/Frankrijk*).

64. EHRM 28 oktober 1998, 87/1997/871/1083, r.o. 115, NJ 2000/134, m.nt. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*) en de jurisprudentie die daarop is gevolgd. Zie Van Kempen 2008, p. 29.

65. EHRM 20 december 2004, 50385/99, r.o. 49-55, 73 (*Makaratzis/Griekenland*) en EHRM 26 juli 2007, 55523/00, r.o. 93-94 (*Angelova & Iliev/Bulgarije*).

66. EHRM 17 januari 2002, 32967/96, r.o. 51 (*Calvelli & Cigliò/Italië*) en EHRM 8 juli 2004, 53924/00, r.o. 90 (*Vo/Frankrijk*).

67. EHRM 15 januari 2009, 46598/06, r.o. 64 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*).



opzettelijke levensberoving. Dit heeft het EHRM bepaald in de zaak *Öneryildiz tegen Turkije*.<sup>68</sup>

In deze zaak, waarin het ging om een methaanexplosie op een vuilnisbelt waarbij meerdere doden vielen in de aangrenzende sloppenwijk, oordeelde het EHRM dat de Turkse autoriteiten onvoldoende maatregelen hadden genomen om het beheer van de vuilnisbelt te reguleren. Maar behalve deze schending van de materiële verplichting uit artikel 2 EVRM, oordeelde het Hof ook dat indien de autoriteiten tekortschieten in het voorkomen van doden, er een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek moet plaatsvinden naar de toedracht van de feiten. Dat onderzoek moet zich ook kunnen richten op overheden en/of hun organen en ambtenaren. Bij gevaarlijke activiteiten waarbij iemand komt te overlijden als gevolg van gebeurtenissen onder de verantwoordelijkheid van 'public authorities', zijn het immers vaak juist de autoriteiten die de relevante kennis hebben over de oorzaken van dergelijke incidenten.<sup>69</sup> Het Hof formuleert de onderzoeksverplichting als volgt:

'Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity (...), the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative (...).'<sup>70</sup>

Indien iemand is overleden door een gevaarlijke activiteit vereist artikel 2 EVRM dus een juridisch systeem dat een onafhankelijk, onpartijdig en effectief onderzoek mogelijk maakt. Het onderzoek moet, voor zover de uitkomsten daarvan dat rechtvaardigen, kunnen leiden tot de oplegging van strafrechtelijke sancties.<sup>71</sup> Het gaat dus om een strafrechtelijk onderzoek dat tot daadwerkelijke bestraffing kan leiden. De woordkeuze ('may amount to a violation') laat de optie open dat het niet instellen van een onderzoek in dergelijke gevallen niet altijd een schending hoeft op te leveren. Wanneer dan *geen* sprake is van een verdragsschending wordt uit de rechtspraak, ook die ná *Öneryildiz*, niet geheel duidelijk. In het latere *Budayeva*

*va*-arrest noemt het Hof een dergelijk strafrechtelijk onderzoek echter 'indispensable'.<sup>72</sup>

In de *Öneryildiz*-zaak had het Turkse strafrecht niet voldoende gereageerd op de tragische gebeurtenissen doordat geen volledige aansprakelijkheid van 'State officials or authorities' voor hun rol daarin was vastgesteld.<sup>73</sup>

De mate van schuld zoals die door het EHRM wordt geformuleerd ('negligence that goes beyond...') heeft, naar de Nederlandse situatie vertaald, betrekking op bewuste schuld, zodat het delict dood door schuld voldoet.<sup>74</sup>

In latere rechtspraak heeft het EHRM geoordeeld dat deze onderzoeksverplichting ook geldt in het geval van natuurrampen,<sup>75</sup> en niet alleen indien handelen of nalaten van de Staat daadwerkelijk tot de dood heeft geleid, maar ook indien er sprake is van een daadwerkelijk risico op de dood.<sup>76</sup> Het Hof benadrukt nog wel dat burgers uit deze onderzoeksverplichting voor de Staat onder geen beding een recht kunnen afleiden om een derde te laten vervolgen of bestraffen. Maar aan de andere kant eist het Hof van de nationale rechters wel dat zij

'should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts.'<sup>77</sup>

Zo bezien lijkt er dus ook een verplichting tot bestraffing te bestaan.<sup>78</sup>

Specifiek relevant voor de aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder is nog het arrest *Kalender tegen Turkije*.<sup>79</sup> Het EHRM past in dit arrest de hierboven geciteerde overweging uit *Öneryildiz* (r.o. 93) toe op het treinverkeer: indien overheidsfunctionarissen- of organen ('agents ou organes de l'Etat') niet voldoende optreden ter bescherming van mensenlevens bij een gevaarlijke activiteit zoals het treinverkeer, en hen daarbij een ernstiger verwijt valt te maken dan een simpele inschattingfout of onvoorzichtigheid, kan het niet initiëren van een strafrechtelijke procedure tegen de verantwoordelijken ('personnes responsables') een schending van artikel 2 EVRM opleveren.<sup>80</sup>

Het Hof oordeelt eerst dat er inderdaad onvoldoende maatregelen zijn genomen.<sup>81</sup> De machinist van de trein is vervolgens weliswaar vervolgd maar er is, in weerwil van een bevel daartoe van een nationale rechtbank, geen vervolging ingesteld tegen de Turkse spoorwegmaatschappij, een staatsbedrijf. Daarmee hebben de autoriteiten de

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

69. *Öneryildiz*, r.o. 93.

70. *Öneryildiz*, r.o. 93.

71. *Öneryildiz*, r.o. 94.

72. Zie EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02, r.o. 140, NJ 2009/229, m.nt. Alkema (*Budayeva e.a./Rusland*).

73. *Öneryildiz*, r.o. 117.

74. Van Kempen 2008, p. 29, Roef 2012, p. 188 en Van Sliedregt 2013, p. 165.

75. *Budayeva*, r.o. 142.

76. EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05, r.o. 151 en 191 (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

77. *Öneryildiz*, r.o. 96.

78. Zie daarover nader Van Kempen 2008, p. 51 en verder.

79. EHRM 15 december 2009, 4314/02, EHRC 2010, 16 (*Kalender/Turkije*).

80. *Kalender*, r.o. 52, met verwijzing naar *Öneryildiz*, r.o. 93.

81. *Kalender*, r.o. 49.

zaak niet de aandacht gegeven die, gezien de ernst van de gevolgen van het ongeluk (twee doden), vereist was. Er is daarom sprake van een schending van de procedurele verplichting onder artikel 2 EVRM.<sup>82</sup> Het Hof merkt het treinverkeer aan als een (potentieel) gevaarlijke activiteit zodat een strafrechtelijke reactie is vereist indien de nationale autoriteiten nalatig zijn geweest en hen daarbij een aanzienlijk schuldverwijt valt te maken ('negligence that goes beyond an error of judgment or carelessness'). Het ligt voor de hand dat hetzelfde moet gelden voor het wegverkeer.<sup>83</sup> Wanneer daarbij onvoldoende wordt opgetreden om het recht op leven te beschermen en er daarbij met bewuste schuld wordt gehandeld door overheidsfunctionarissen- of lichamen, kan het niet vervolgen van de verantwoordelijken een schending van artikel 2 EVRM opleveren.

#### 4.2. *Verplicht het EHRM tot vervolgbaarheid van overheden?*

De genoemde EHRM-rechtspraak waarin staten worden verplicht strafrechtelijk te handhaven in geval van onvoldoende optreden bij (potentieel) gevaarlijke activiteiten heeft tot discussie geleid in de Nederlandse literatuur. Centraal daarin staat de vraag of deze rechtspraak gevolgen moet hebben voor de strafrechtelijke immuniteiten die de Staat, de decentrale overheden en hun feitelijke leiding- en opdrachtgevers genieten. Voor zover feitelijke leiding- en opdrachtgevers onvervolgbaar zijn voor hun handelingen bestaat er in de literatuur eenduidigheid: zij moeten op grond van de EHRM-rechtspraak kunnen worden vervolgd voor hun handelingen, ook als die zijn verricht in het kader van een exclusieve bestuurstaak.<sup>84</sup> Over de vraag of de Europese rechtspraak ook verplicht tot mogelijke vervolging van overheden als zodanig bestaat meer discussie.

Enerzijds zijn er auteurs die menen dat de EHRM-rechtspraak 'de indruk wekt' dat staatsorganen vervolgd moeten kunnen worden,<sup>85</sup> of dat althans niet uitsluit.<sup>86</sup> Anderen zijn steller en vinden dat deze rechtspraak de

mogelijkheid van strafrechtelijk onderzoek naar overheden vereist.<sup>87</sup> Van Sliedregt heeft in haar recente preadvies echter geconcludeerd dat hoewel er inderdaad een verdragsverplichting is tot strafvervolging van overheidsfunctionarissen, een dergelijke verplichting niet geldt jegens overheden als zodanig. Het EHRM oordeelde in *Öner-yildiz* namelijk dat 'State officials or authorities' niet voldoende aansprakelijk waren gehouden voor de tragische gebeurtenissen (r.o. 117). Er zou dus ook aan de positieve verplichting worden voldaan door in dergelijke gevallen alleen de overheidsfunctionarissen te vervolgen.<sup>88</sup>

Wij menen met Van Sliedregt dat de genoemde EHRM-rechtspraak inderdaad niet dwingt tot doorbreking van de strafrechtelijke immuniteit van overheden. Dat zou ook niet voor de hand liggen, nu veel lidstaten van de Raad van Europa geen mogelijkheid tot het strafrechtelijk vervolgen van publiekrechtelijke rechtspersonen kennen.<sup>89</sup> Het EHRM zal niet lichtvaardig overgaan tot het dwingend voorschrijven van een dergelijke vorm van overheidsaansprakelijkheid. Naar de huidige stand van de jurisprudentie kunnen staten in elk geval voldoen aan hun onderzoeksverplichting door ambtenaren te vervolgen voor hun aandeel in de desbetreffende gebeurtenissen.

Toch zien wij in deze rechtspraak wel een sterke *tendens* die pleit voor vervolging van overheden. Burgers moeten degene die verantwoordelijk is voor de schending van hun mensenrechten ter verantwoording kunnen roepen en dat is ook, of misschien wel: juist zo indien dit een overheidsorgaan is.<sup>90</sup> Uit de formulering van het EHRM blijkt naar onze mening geen voorkeur voor het vervolgen van 'State officials' dan wel 'State authorities'. Als er geen individuele ambtenaren kunnen worden aangewezen als 'responsible for endangering life', omdat geen van hen alle bestanddelen van de desbetreffende delictomschrijving heeft vervuld, is het onmogelijk om het strafrechtelijk onderzoek te richten op een 'State official'. In die gevallen vormen de redenen die het Hof in zijn rechtspraak noemt voor de verplichte instelling van een strafrechtelijk onderzoek (zie paragraaf 5.3), naar onze mening

82. *Kalender*, r.o. 56. Mogelijk was in deze zaak ook nog relevant dat een nationale rechtbank de vervolging van de spoorwegmaatschappij had bevolen, maar dat daaraan geen gevolg werd gegeven.

83. De verkeersveiligheid ('road traffic safety') is al eerder door het EHRM onder artikel 2 EVRM geschaard, zie EHRM 27 november 2007, 37393/02 (*Rajkowska/Polen*, ontvankelijkheidsbeslissing), EHRM 3 november 2011, 28096/04, r.o. 44 (*Antonov/Oekraïne*); en EHRM 12 januari 2012, 22737/04, r.o. 41 (*Shevchenko/Oekraïne*). In deze zaken ging het om de reactie van de overheid die moet volgen op een verkeersongeval tussen twee burgers en dus niet om een eventuele positieve verplichting om het strafrecht toe te passen indien een overheid(s)dienaar een fout maakt met een verkeersongeval als gevolg.

84. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM dwingt tot verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden', *NJB* 2003, p. 1445; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake *Öner-yildiz t. Turkije?*', *O&A* 2005, p. 88; Van Kempen 2008, p. 31-32; S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendend naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 446-448; Roef 2011, p. 221; Roef 2012, p. 193 en Van Sliedregt 2013, p. 166-167.

85. Van Kempen 2008, p. 31-32.

86. De Valk 2009, p. 363-365 en Roef 2012, p. 192-193. Zie ook Roef 2011, p. 220-221.

87. Barkhuysen & Van Emmerik 2003, p. 1444-1445; Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 88; R. van den Munckhof, 'Strafbare overheden volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Strafblad* 2008, p. 572-577.

88. Van Sliedregt 2013, p. 165-167. Van Sliedregt adviseert op andere gronden overigens wel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van vervolging van zowel de Staat als decentrale overheden.

89. Zie voor een overzicht D. Roef, bijlagen B, C en D, p. 45-69 bij Rapport commissie-Roelvink 2002. Zie ook Van Sliedregt 2013, p. 175-176.

90. Het is wat ons betreft veelzeggend dat Van Kempen (2008, p. 88-89), die kritisch staat tegenover de voorgeschreven toepassing van het strafrecht op basis van mensenrechten, aanzienlijk minder huiverig is voor de verplichte aanwending van het strafrecht jegens overheden en hun functionarissen. Een dergelijke strafrechtstoepassing ligt immers dicht bij de klassieke idee van mensenrechten als afweerrecht tegen de overheid.

evenzoveel belangrijke en steekhoudende argumenten die pleiten voor de vervolging van overheden.

Los van de (on)mogelijkheid om een individuele functionaris te vervolgen, kan in sommige gevallen de organisatie zelf primair verantwoordelijk zijn gezien het 'collectieve' karakter van de fout. Dit is bijvoorbeeld het geval indien die fout moet worden gezocht in de cultuur of de structuur van de organisatie (zie paragraaf 5.4). Het zou dan onrechtvaardig zijn om een individuele ambtenaar daarvoor aansprakelijk te stellen,<sup>91</sup> ook in het licht van de EHRM-rechtspraak, die immers eist dat het strafrechtelijk onderzoek zich richt tegen *diegene* die 'responsible' is voor het in gevaar brengen van mensenlevens.

Dat er strikt genomen geen sprake is van een verplichting tot strafvervolging, wil bovendien geenszins zeggen dat strafvervolging van een overheid niet wenselijk zou zijn vanuit een oogpunt van preventieve en symbolische werking (zie verder paragraaf 5.4). Juist als het gaat om een complexe en grote organisatie als een overheid, kan een vervolging van de rechtspersoon een duidelijke meerwaarde hebben.<sup>92</sup>

Toegepast op het ongeval in de Gemeente Stichtse Vecht lijkt er *in beginsel* inderdaad een verplichting tot strafrechtelijke vervolging te hebben bestaan. Het wegverkeer kan immers, net als het treinverkeer, worden aangemerkt als een (potentieel) gevaarlijke activiteit en overheidsfunctionarissen- of organen zijn tekortgeschoten in het beschermen van mensenlevens. Het verwijt dat de gemeente daarbij kan worden gemaakt is, zo stelt de rechtbank vast, groter dan een simpele inschattingfout of onvoorzichtigheid.<sup>93</sup> Wij hebben weliswaar betoogd dat er geen Europese verplichting bestaat om een overheidsorgaan *als zodanig* te vervolgen, maar in deze zaak lijkt het – voor zover wij dat kunnen beoordelen op grond van de gang van zaken die in het vonnis van de rechtbank wordt beschreven – onmogelijk te zijn geweest om een individuele ambtenaar ('State official') aansprakelijk te houden voor het ongeval. In een dergelijk geval was vervolging van de gemeente naar onze mening de aangewezen weg om de 'responsible State authorities' ter verantwoording te roepen.

## 5. Strafrechtelijke of civielrechtelijke normhandhaving?

### 5.1. Inleiding

In het voorgaande is een overzicht gegeven van de mogelijkheden en beperkingen van strafrechtelijke en civielrechtelijke normhandhaving in situaties waarin men de overheid als wegbeheerder aansprakelijk wil houden voor een dodelijk ongeval. Daarbij is ook de betekenis in kaart gebracht die in dit verband moet worden toegekend aan de rechtspraak van het EHRM. Vervolgens komen wij in deze paragraaf toe aan de centrale vraag die in de inleiding werd opgeworpen.

Zoals in de inleiding reeds is verwoord, denkt men voor wat betreft normhandhaving in een zaak zoals die van

*Stichtse Vecht* wellicht eerder aan de weg van het civiele recht. Dit omdat sprake was van een relatief 'zachte', 'indirecte' en 'passieve' regelschending door de wegbeheerder, doch met (zeer) ernstige gevolgen. Toch is in casu gekozen voor strafrechtelijke vervolging van de gemeente. Wat is in deze categorie gevallen – geredeneerd vanuit de aard en functies van beide rechtsgebieden – nu de meerwaarde van de inzet van het strafrecht, in het bijzonder ten opzichte van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht en mede in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie? Bij onze poging om deze vraag te beantwoorden beperken wij ons nadrukkelijk tot de situatie waarin de overheid als wegbeheerder wordt aangesproken ter zake van een dodelijk ongeval.

Wij koesteren niet de illusie dat wij in deze bijdrage de aloude en meer algemene problematiek van de keuze tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke rechtshandhaving kunnen beslechten. Dat neemt niet weg dat wij bij onze verkenning van de bedoelde specifieke categorie gevallen, argumenten zullen aanstippen en vragen zullen opwerpen die meer in algemene zin relevant kunnen zijn voor de verhouding tussen de beide rechtsgebieden. Evenmin hebben wij de pretentie om algemene uitspraken te doen over de meerwaarde van het strafrecht ten opzichte van (alle) andere rechtsgebieden, nu onze analyse zich beperkt tot een vergelijking met het civiele recht in overlijdensschadezaken (zie paragraaf 1). Wel zullen kort enkele opmerkingen worden gemaakt over de betekenis van politieke en bestuurlijke verantwoording en over het ambtenarentuchtrecht. In zoverre kan onze bijdrage worden opgevat als een aanzet tot verdere discussie en nader onderzoek.

Aangezien de vraag is of strafrechtelijke vervolging een meerwaarde kan hebben ten opzichte van civielrechtelijke aansprakelijkstelling, mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM, wordt gestart met het civiele aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 5.2), daarna komt de rechtspraak van het EHRM aan de orde (paragraaf 5.3) en afgesloten wordt met het strafrechtelijke perspectief (paragraaf 5.4).

### 5.2. Aard en functie(s) van het civiele aansprakelijkheidsrecht

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent zijn eigen definities, toetsingskader en doelen, maar mengt zich desondanks als rechtsgebied in dezelfde situaties als (bijvoorbeeld) het strafrecht. Specifiek voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht geldt dat dit rechtsgebied van toepassing is indien er 'verkeerd gedrag' is vertoond.<sup>94</sup> Daarnaast kan er een bijzondere reden bestaan om risico's naar derden te verschuiven, bijvoorbeeld in het geval van de risicoaansprakelijkheid van de wegbeheerder (ondervangen bewijsproblematiek). Het is daarom niet vreemd dat Hartlief het aansprakelijkheidsrecht, naast een vergoedingssysteem, 'in uitgangspunt' een handhavingssysteem noemt: 'door een claim binnen het aansprakelijkheidsrecht

91. Sikkema 2006, p. 1999-2001.

92. Sikkema 2006, p. 2000 met nadere verwijzing.

93. Rb. Utrecht 10 december 2012, r.o. 5.3.6, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*).

94. Engelhard & Van Maanen, Mon. BW A15, p. 47 e.v. Het hiernavolgende stuk is ook te vinden in Rijnhout 2012, p. 335-337.

kan men zijn rechten handhaven, geldend maken.<sup>95</sup> Lindenbergh stelt ook buiten kijf dat het hoofddoel van het aansprakelijkheidsrecht is om ‘aanspraken rechtens’ te handhaven. Daarbij gaat het volgens hem niet alleen over de handhaving van de status-quo, maar ook over ‘verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht aanspraak geeft.’<sup>96</sup> Volgens Engelhard en Van Maanen berust het aansprakelijkheidsrecht op ‘specifieke tot gedragsregels verheven normen die tot doel hebben bepaalde geïndividualiseerde belangen te beschermen.’ Het doel daarvan is om de mogelijkheid van herstel te bieden, zodat ‘aanspraken worden *gewaarborgd (gehandhaafd)* en eigenrichting kan worden voorkomen’.<sup>97</sup>

De bedoeling is dat normen (wetten, rechten en ongeschreven regels) ook daadwerkelijk worden gehandhaafd. Daar heeft het schadevergoedingsrecht een grote ‘vervolgrol’. Lindenbergh noemt het schadevergoedingsrecht ‘in zekere zin’ onmisbaar in het licht van de handhaving: is kwaad geschied, terwijl een schadevergoedingsverplichting uitblijft, dan schiet de handhaving tekort.<sup>98</sup> Het schadevergoedingsrecht is dus een vorm van ‘subsidiare handhaving’.<sup>99</sup> Die subsidiare handhaving zou ook kunnen worden ingekleed met punitieve elementen. Denk hierbij aan – hoewel niet zo getypeerd door de Hoge Raad<sup>100</sup> – de winstafdracht of winstafroming (artikel 6:104 BW), en de privaatrechtelijke boete.<sup>101</sup> Maar zover gaat het schadevergoedingsrecht niet, en zeker niet in overlijdensschadezaken. In dat type zaken vindt slechts geringe subsidiare handhaving plaats.

Van het handhavingsidee zoals in het bovenstaande is gesproken, moet worden onderscheiden het idee van handhaving *van* en *door* het privaatrecht, zoals verwoord door Engelhard.<sup>102</sup> Enerzijds betreft dit handhaving *door* privaatrecht gericht op naleving van normen (preventie). Anderzijds handhaving *van* privaatrecht met als doel het geldend maken van privaatrechtelijke aanspraken of rechten, dat wil zeggen het gebruik kunnen maken van het privaatrecht. In de literatuur worden beide vormen van handhaving als functie of doel toegedicht aan het ci-

viele aansprakelijkheidsrecht, maar voor een discussie of dat terecht is, is hier geen plaats.<sup>103</sup> Wij volstaan hier met de stelling dat het civiele aansprakelijkheidsrecht kan worden beschouwd als een handhavingssysteem: een systeem waarin verkeerd gedrag wordt aangewezen en wordt gesanctioneerd door middel van een schadevergoeding.

Dat het civiele recht zich mede richt op handhaving, betekent niet dat er altijd handhaving plaatsvindt indien dit (ogenschijnlijk) gewenst is. Handhaving vindt plaats op initiatief van de benadeelde of, zoals in een overlijdensschadezaak, op dat van nabestaanden.<sup>104</sup> Afgezien van de mogelijke praktische bezwaren ten aanzien van normhandhaving door een individuele benadeelde,<sup>105</sup> kan zich de situatie voordoen dat er wel ‘nadeel’ wordt geleden maar geen juridisch relevante schade. Subsidiare handhaving vindt in die situatie niet of nauwelijks plaats. Een voorbeeld van die laatste situatie biedt, als gezegd, een vordering in overlijdensschadezaken: zowel de te vergoeden schade als de kring van gerechtigden is sterk beperkt, terwijl niet uitgesloten is dat (andere) nabestaanden kosten maken ten gevolge van iemands overlijden, waarvoor nu geen vergoeding geboden hoeft te worden.<sup>106</sup>

Het geheel overziend, kan worden geconcludeerd dat voor het strafrecht in elk geval een rol moet zijn weggelegd, naast het civiele aansprakelijkheidsrecht, in het geval van normschendingen waarop door het civiele recht niet of nauwelijks wordt of kan worden gereageerd, zoals het geval zal zijn in de casus *Stichtse Vecht* en andere overlijdensschadezaken. Mocht handhaving via het strafrecht niet plaatsvinden, dan kan het immers zelfs zo zijn dat handhaving slechts in geringe mate of geheel niet plaatsvindt.

### 5.3. *Mensenrechtelijke argumenten voor toepassing van het strafrecht*

We hebben gezien dat de keuze om, in geval van levensberoving onder de verantwoordelijkheid van de overheid, al dan niet strafrechtelijk te reageren, beperkt is door de

95. T. Hartlief, ‘Keuzevrijheid in het personenschaderecht’, *NJB* 2004, p. 1833.

96. Lindenbergh, *Mon. BW* B34, p. 7.

97. Engelhard & Van Maanen, *Mon. BW* A15, p. 12. In het bovenstaande wordt over ‘privaatrechtelijke handhaving’ gesproken in de zin van vestiging van aansprakelijkheid aan de hand van de klassieke meetlat van het onrechtmatiggedaadsrecht (in ruime zin, waaronder wij ook verstaan de risicoaansprakelijkheden en bijzondere aansprakelijkheidsregels).

98. Lindenbergh, *Mon. BW* B34, p. 9.

99. S.D. Lindenbergh, ‘Over wat schade is ... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat’, *WPNR* 2010, p. 901.

100. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893 (*Doerga/Stichting Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662 (*Setel/AVR*).

101. Van Boom stelt terecht aan de orde dat onduidelijk is wat de term ‘punitief’ in het privaatrecht betekent, W.H. van Boom, ‘Over “winstafroming” ex artikel 6:104 BW’, *AA* 2011, p. 122-124.

102. E.F.D. Engelhard, ‘Handhaven van en door het privaatrecht’, in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub, *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 12.

103. Zie hierover o.a. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002; W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 982-991; T. Hartlief, ‘Handhaving met smartengeld’, *AV&S* 2008, p. 237-247; J.S. Kortman & C.H. Sieburgh, ‘Rechtshandhaving door privaatrecht’, in: *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; M.B.M. Loos, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010.

104. Engelhard & Van Maanen, *Mon. BW* A15, p. 16.

105. Denk hierbij aan financiële bezwaren, non-liquiditeit van de gedaagde, geen behoefte om een proces te starten, enz.

106. Denk hierbij aan het verlies van vakantiedagen veroorzaakt door de begrafenis, de kosten van verwerking van verdriet, en zelfs kosten veroorzaakt doordat een nabestaande geestelijk letsel heeft ten gevolge van een gestagneerd rouwproces. Het is daarom niet vreemd dat Verheij artikel 6:108 BW typeert als een vorm van immuniteit in het privaatrecht. A.J. Verheij, ‘Immuniteiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?’, in: N.J. Schrijver e.a., *Immuniteiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-1), Deventer: Kluwer 2013, p. 81-82.

rechtspraak van het EHRM (zie paragraaf 4). Uit die rechtspraak blijken verschillende redenen voor de verplichte toepassing van het strafrecht. Hoewel wij menen dat deze rechtspraak niet verplicht tot strafrechtelijke vervolging van overheden, dwingt deze ontegenzeggelijk tot vervolging van de ‘verantwoordelijken’. De argumenten die het Hof in deze rechtspraak gebruikt om de strafrechtelijke verplichting te formuleren kunnen naar onze mening evenzeer in stelling worden gebracht om de vervolging van overheden als zodanig te rechtvaardigen, te meer in gevallen waarin geen individuele ambtenaar alle delictsbestanddelen heeft vervuld, of waarin de rechtspersoon als primair verantwoordelijke moet worden aangemerkt gezien het ‘collectieve’ karakter van de gemaakte fout. Deze redenen, die het Hof dus afleidt uit het recht op leven, laten wat ons betreft goed zien waarom in gevallen als die van *Stichtse Vecht* strafrechtelijk moet worden opgetreden. Zij vertonen overeenkomsten met de positieve criteria voor strafrechtelijke handhaving in het algemeen en de argumenten voor afschaffing van de strafrechtelijke immuniteiten in het bijzonder.

In zijn algemeenheid beziet het EHRM de strafrechtelijke onderzoeksverplichtingen vanuit het perspectief van de *preventieve werking*. De wetenschap dat een bepaald handelen zou kunnen leiden tot een strafrechtelijk onderzoek en mogelijk ook tot een bestraffing, moet mogelijke overtreders ervan weerhouden onrechtmatige, dood veroorzakende handelingen te verrichten, zo is de gedachte.<sup>107</sup>

Daarnaast lijkt strafrechtelijk onderzoek de *waarheidsvinding* te (kunnen) bevorderen. Indien doden vallen door gebeurtenissen onder de verantwoordelijkheid van de overheid, zijn het immers vaak juist de overheidsinstanties die de relevante informatie hebben over de complexe fenomenen die de incidenten kunnen hebben veroorzaakt.<sup>108</sup> Door strafrechtelijk onderzoek wordt die informatie inzichtelijk. Op die manier helpt een strafrechtelijke vervolging burgers bovendien bij het instellen van een *civiele vordering* jegens de staat. Zonder een dergelijk onderzoek, uitgevoerd door experts, zouden de slachtoffers namelijk te weinig middelen (kunnen) hebben om civiele aansprakelijkheid van de staat vast te stellen.<sup>109</sup> Zoals bekend rust de bewijslast in het civiele recht in beginsel immers op de eisende partij – het slachtoffer – en zonder toereikend bewijs wordt een vordering afgewezen. Het EHRM benadrukt daarnaast dat de reactie van staten op dodelijke gebeurtenissen in verhouding moet staan tot de *ernst van het voorval*. Zo heeft de Turkse staat, door in de *Kalender*-zaak niet strafrechtelijk te reageren, gezien de ernstige gevolgen van dat ongeluk, niet de vereiste aandacht (‘attention voulue’) aan de zaak geschon-

ken.<sup>110</sup> Civielrechtelijke handhaving is gezien die ernstige gevolgen een onvoldoende reactie; het strafrecht moet worden ingezet.

Het EHRM meent tot slot dat met het strafrecht een belangrijke boodschap kan worden gegeven aan (de rest van) de samenleving. Onderzoek en bestraffing zijn volgens het Hof essentieel voor het publieke vertrouwen, voor de toewijding aan de rechtsstaat en voor het voorkomen van een schijn van tolerantie jegens (‘tolerance of collusion in’) onrechtmatige handelingen.<sup>111</sup> Door strafrechtelijk te reageren laat de betreffende lidstaat zien dat het de betreffende handelingen niet tolereert en dat de rechtsstaat wordt gehandhaafd.

#### 5.4. De meerwaarde van het strafrecht

Het strafrecht kan belangrijke effecten bewerkstelligen waarin het civiele aansprakelijkheidsrecht, door de aard (van de werking) van dat rechtsgebied, niet kan voorzien, bijvoorbeeld als sprake is van weinig of geen juridisch relevante schade, zoals in overlijdensschadezaken het geval kan zijn. Waarin is nu precies de meerwaarde van de inzet van het strafrecht gelegen in zaken als die van de Gemeente Stichtse Vecht? Enkele argumenten uit de bredere discussie over wat de criteria zijn voor strafbaarstelling vinden in dergelijke gevallen toepassing.<sup>112</sup> Zij worden bovendien gebruikt in de onderbouwing van het wetsvoorstel ter afschaffing van de immuniteit van overheden én zij zijn te herkennen in de hierboven besproken jurisprudentie van het EHRM. Zij laten naar onze mening zien wat de meerwaarde is van strafrechtelijke handhaving.

Ten eerste wordt de (generaal- en speciaal-)preventieve werking van oudsher als een belangrijk doel van het strafrecht beschouwd. Eenzelfde preventieve werking wordt van vervolging van overheden verwacht, zo blijkt uit de onderbouwing van het genoemde wetsvoorstel.<sup>113</sup> Door een overheidsorgaan strafrechtelijk ter verantwoording te roepen zal deze zijn gedrag in de toekomst anders inrichten, en zullen ook andere overheidsorganen hun gedrag aanpassen, zo is de gedachte. In gevallen als de *Stichtse Vecht*-zaak kan strafvervolging er bijvoorbeeld toe leiden dat overheden tot handelen overgaan om gevaarlijke situaties teniet te doen. Zoals in paragraaf 5.2 aan de orde kwam, wordt die preventieve functie niet exclusief aan het strafrecht toegedicht. Vooralsnog is weliswaar onduidelijk welk preventief effect precies uitgaat van het civiele recht, toch wordt dit rechtsgebied in de literatuur ook in verband gebracht met deze functie, hoewel er ook veel scepsis heerst.<sup>114</sup>

107. Van Kempen 2008, p. 45. Zie bijvoorbeeld *Öneryıldiz*, r.o. 96, waarin het EHRM wijst op ‘the deterrent effect of the judicial system in place’ en de rol van nationale rechters bij het voorkomen van schendingen van het recht op leven.

108. *Öneryıldiz*, r.o. 93, herhaald in *Budayeva*, r.o. 140.

109. *Budayeva*, r.o. 163. Zie Van den Munckhof 2008, p. 576.

110. *Kalender*, r.o. 56.

111. EHRM 4 mei 2011, 24746/94, r.o. 108 (*Hugh Jordan/Verenigd Koninkrijk*) en *Öneryıldiz*, r.o. 96.

112. Zie over deze discussie De Hullu 2012, p. 13-16, met nadere bronverwijzingen.

113. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2008/09, 30538, 11, p. 3, 7 en 13 (NV II).

114. Zie o.a. M. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer, p. 8; W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007, p. 982-991. Door Engelhard & Van Maanen wordt preventie als ‘nevenfunctie’ genoemd, *Mon. BW* A15, p. 13-15. Zie echter ook J.S. Kortman & C.H. Sieburgh, ‘Rechtshandhaving door privaatrecht’, in: *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtsbandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom

Een sterker argument vormt volgens ons daarom de *symbolische* (normatieve) werking van het strafrecht. Juist in deze functie lijkt het strafrecht zich te onderscheiden van andere rechtsgebieden. In dit verband wordt ook wel gesproken van de (waarde-)‘expressieve’ functie van het strafrecht: het strafrecht drukt op de meest pregnante wijze de maatschappelijke afkeuring van het criminele gedrag uit.<sup>115</sup> Door middel van een openbaar strafproces wordt naar buiten toe getoond dat onrecht wordt bestreden en dat het probleem serieus wordt genomen. Aan de maatschappij wordt duidelijk gemaakt dat bepaald gedrag ongewenst is.<sup>116</sup> Het strafrecht heeft een grote morele autoriteit en kan daarom een belangrijke normbevestigende functie vervullen.<sup>117</sup> De theoretische mogelijkheid van strafvervolgning van de overheid moet dan wel gepaard gaan met een effectieve handhaving. Het zou de legitimiteit van de strafrechtshandhaving niet ten goede komen als het nieuwe derde lid van artikel 51 Sr een dode letter zou blijven. Dan zou sprake zijn van ‘symboolwetgeving’ in de slechte zin van het woord, waarbij het strafrecht juist géén (symbolische) werking zou hebben.<sup>118</sup>

Het symbolische, normbevestigende argument speelt een belangrijke rol in de onderbouwing van het wetsvoorstel ter afschaffing van overheidsimmuniteten. In de memorie van toelichting valt bijvoorbeeld te lezen:

‘De waarde van het kunnen bestraffen van publiekrechtelijke rechtspersonen die strafbare feiten begaan, is vooral daarin gelegen dat het normoverschrijdende gedrag van een publiekrechtelijke rechtspersoon door een veroordeling wordt afgekeurd. De norm die door de publiekrechtelijke rechtspersoon is geschonden wordt daardoor onderstrept’.<sup>119</sup>

Door middel van vervolging van overheden wordt aan de slachtoffers en de samenleving getoond dat ook de overheid zich aan de regels moet houden en strafrechtelijk kan worden aangesproken indien ze dat niet doet.<sup>120</sup> Een veroordeling zou de slachtoffers en de samenleving op die manier genoegdoening kunnen brengen.<sup>121</sup> Bestrafing is in dit verband niet het primaire doel en de hoogte van de straf is niet het allerbelangrijkste. Zelfs een symboli-

sche straf of een schuldigverklaring zonder oplegging van een straf of maatregel (artikel 9a Sr) kan volgens de indiensers al heel effectief zijn om normconformiteit te bevorderen.<sup>122</sup>

In paragraaf 5.3 zagen we dat ook het EHRM het strafrecht een belangrijke symbolische meerwaarde toedicht. Het Europese Hof onderbouwt de verplichtingen tot het doen van onderzoek en tot bestraffing regelmatig met argumenten die op *symboolwerking* duiden: door strafrechtelijk optreden wordt getoond dat bepaald handelen niet wordt getolereerd en dat de rechtsstaatgedachte wordt gehandhaafd.

#### 5.4.1. Vervolging van individuele ambtenaar

In de beslissing om overheden al dan niet te vervolgen moet ook worden meegewogen wat de mogelijkheden zijn om individuele ambtenaren te vervolgen voor hun aandeel in het betreffende strafbare feit. In paragraaf 2.1 bespraken wij reeds dat functionarissen kunnen worden vervolgd in hun hoedanigheid van feitelijke leiding- of opdrachtgever of uit hoofde van ‘eigen daderschap’. Wij hebben ons in deze bijdrage gericht op zaken als die van *Stichtse Vecht*, waarin er geen individuele ambtenaar aansprakelijk kan worden gehouden. Vandaar dat de mogelijkheid om individuele functionarissen te vervolgen amper aan bod is geweest (zie paragraaf 1). In paragraaf 4.2 kwam echter al aan de orde dat de vervolging van de publiekrechtelijke rechtspersoon naar onze mening in sommige gevallen de voorkeur geniet boven het vervolgen van een individuele ambtenaar.

Dat is het geval indien de ‘fout’ van een ‘collectieve’ aard is en niet kan worden teruggebracht tot een individuele functionaris. Het is, in de woorden van indiener Wolfsen, denkbaar dat bepaalde delicten ‘(...) niet op een individu zijn terug te voeren, maar juist zijn gepleegd vanwege een slechte interne coördinatie binnen een organisatie. Het gaat daarbij juist om een collectieve in plaats van om een individuele verantwoordelijkheid’.<sup>123</sup> Het is in die gevallen onrechtvaardig om geforceerd te zoeken naar een verantwoordelijke natuurlijke persoon.<sup>124</sup> Vooral als het achterwege laten van passende maatregelen aan de

Juridische uitgevers 2009; I. Giesen. ‘Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita civilologie handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 485-516, m.n. p. 506-508; Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh & P. Mascini, ‘Preventie van arbeidsuitval’, in: Van Boom e.a. (red.), 2013, p. 585-603.

115. De Hullu 2012, p. 13, onder verwijzing naar de Nota Criminaliteitsbeheersing van 2001.

116. G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1984-I), p. 50.

117. Vgl. in een ander verband (corruptie) Sikkema 2005, p. 556-557, onder verwijzing naar H.G. van de Bunt, ‘Corruptie, straf en code’, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 1995, afl. 1, p. 12; H.G. van de Bunt, ‘Het bederf komt van binnenuit’, *NJB* 1994, afl. 45/46, p. 1577; Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 24-25 en p. 76-79.

118. Vgl. De Roos 1987, p. 24-25 en p. 76-79.

119. *Kamerstukken II* 2007/08, 30538, 7, p. 2 (MvT, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

120. *Handelingen II* 2012/13, 41, item 9, p. 53. Daar wordt door indiener Recourt ook nog het volgende opgemerkt: ‘Het is duidelijk dat je tegen de rest van de samenleving ook zegt: wat hier is gebeurd, is niet goed, er is een norm overtreden. (...) Het strafrecht is dus ook een podium om te laten zien wat goed en wat fout is’.

121. *Kamerstukken II* 2007/08, 30538, 7, p. 5-6 (MvT, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

122. *Kamerstukken II* 2007/08, 30538, 7, p. 6 (MvT, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State); *Handelingen II* 2012/13, 41, item 14, p. 73. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 3, p. 4 en p. 15 (MvT); *Kamerstukken II* 2008/09, 30538, 11, p. 9 (NV II). Vgl. verder nog Rapport commissie-Roelvink 2002, p. 22 en Van Sliedregt 2013, p. 197.

123. *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 3, p. 9 (MvT). Zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 30538, 7, p. 2 en p. 10 (MvT, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

124. Sikkema 2006, p. 1999-2001.

orde is, kan de organisatiestructuur of zelfs de heersende organisatiecultuur daaraan debet zijn. In dat geval is een correctie van die structuur of cultuur op zijn plaats.<sup>125</sup> De *Stichtse Vecht*-zaak is wat ons betreft een mooi voorbeeld van een dergelijk geval.

#### 5.4.2. Ultimum remedium

Het voorgaande betekent echter niet dat het strafrecht altijd een 'voortrekkersrol' zou moeten vervullen. Het strafrecht moet immers als *ultimum remedium* worden beschouwd.<sup>126</sup> De wetgever van 1886 hanteerde al als uitgangspunt dat alleen onrecht strafbaar gesteld diende te worden, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het niet door andere middelen is te bedwingen. Van geval tot geval moeten de voordelen en nadelen van strafbaarstelling tegen elkaar worden afgewogen.<sup>127</sup> Het is daarom gerechtvaardigd om in eerste instantie te kijken naar andere mechanismen die minder ingrijpend zijn dan het strafrecht. In de discussie over de vervolgbaarheid van overheden wordt vaak gewezen op de mechanismen van politieke verantwoording en het tuchtrecht. Hoewel beide zeker mogelijkheden bieden, menen wij dat zij in gevallen als die van *Stichtse Vecht* onvoldoende zijn om tot afdoende handhaving te komen. Het strafrecht heeft een duidelijke meerwaarde ten opzichte van deze twee mechanismen. Zo is het oordeel van de strafrechter niet te vergelijken met een politiek vertrouwensoordeel: de politieke verantwoording en een strafrechtelijke procedure hebben wezenlijk verschillende functies en hebben daardoor een meerwaarde ten opzichte van elkaar. De meerwaarde van het strafrecht is erin gelegen dat aan de hand van vooraf bepaalde juridische toetsingsnormen kan worden beoordeeld of bepaald gedrag strafbaar is. Daarmee kan een duidelijkheid worden verkregen die het politieke proces niet kan bieden; daarin worden immers vagere noties gehanteerd om te bepalen of een gedraging politieke consequenties zal krijgen.<sup>128</sup>

Daarbij komt dat de meerwaarde die het strafrecht vanwege zijn morele lading heeft ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht, evenzeer geldt ten opzichte van de politieke verantwoording.<sup>129</sup> Dit laat zich goed illustreren aan de hand van het debat in de gemeenteraad van Stichtse Vecht naar aanleiding van het oordeel van de Rechtbank Utrecht. In een speciaal belegde raadsvergadering liet het gemeentebestuur, bij monde van de burgemeester, duidelijk weten dat de veroordeling door de strafrechter het gemeentebestuur 'enorm heeft geraakt'. Het trekt zich die veroordeling enorm aan het zal lessen

moeten trekken uit de gebeurtenissen.<sup>130</sup> Daarbij lijkt de kwalificatie van het nalaten van de gemeente als 'dood door schuld' door de strafrechter een belangrijke, inprentende rol te spelen voor het gemeentebestuur. Het feit dat een onafhankelijke rechter het nalaten van het gemeentebestuur kwalificeert als een strafbaar 'dood door schuld' maakt indruk op de betrokkenen. Naast het gemeentebestuur zal dat niet in de laatste plaats ook gelden voor de slachtoffers en nabestaanden, zo kunnen wij ons voorstellen. Een dergelijke vaststelling door een onafhankelijke rechter is sterker dan een aangenomen motie van de gemeenteraad.

Die meerwaarde vanwege het morele karakter geldt evenzeer ten opzichte van het tuchtrecht. Daarnaast kan worden betwijfeld of het ambtenarentuchtrecht inderdaad gunstiger is voor de ambtenaar in kwestie. Zo kan de tuchtrechter de voor de ambtenaar zeer belastende sanctie van strafontslag opleggen en biedt het ambtenarentuchtrecht minder rechtswaarborgen dan het strafrecht.<sup>131</sup> Het tuchtrecht en het politieke controlemechanisme schieten wat ons betreft dus tekort in gevallen als die van *Stichtse Vecht*.

De Hullu merkt op dat het uitgangspunt van terughoudendheid met het strafrecht weliswaar kan worden onderschreven, maar dat dit zeker niet hoeft te gelden voor ieder bijzonder delict. Bovendien zou in de argumentenafweging ook ruimte moeten zijn voor positieve aspecten van strafbaarstelling, zoals normdemonstratie en norminprenting. Het enkele feit dat een strafbepaling vooral een symbolisch karakter heeft, hoeft dan ook niet per definitie aan (het behoud van een) strafbaarstelling in de weg te staan.<sup>132</sup> Hoewel de hier aangehaalde discussie primair betrekking heeft op de voordelen en nadelen van invoering of behoud van een wettelijke *strafbaarstelling*, zijn de genoemde argumenten naar onze mening evenzeer bruikbaar als het gaat om de negatieve en positieve aspecten van *strafvervolg*ing in een concreet geval.

Het zijn nu juist deze laatstgenoemde argumenten (normdemonstratie en norminprenting) die sterk spelen bij een mogelijke strafrechtelijke vervolging van overheden. Het *ultimum remedium*-beginsel staat er naar onze mening dan ook niet aan in de weg om in gevallen als die van *Stichtse Vecht* strafrechtelijk te reageren. Die casus laat goed zien welke waarde-expressieve, symbolische werking kan uitgaan van een strafrechtelijke reactie. Hoewel de hoogte van de straf (een geldboete van € 22 500, waarvan € 7500 voorwaardelijk) gezien de ernstige gevolgen van het ongeval misschien niet erg hoog lijkt, wordt met deze veroordeling wel duidelijk gemaakt

125. *Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 3, p. 11-12 (MvT).

126. Sikkema 2005, p. 561-562. Zie ook J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *AA* 2012, p. 11-18.

127. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, herzien door J.W. Smidt, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 16.

128. Sikkema 2005, p. 550-551, met nadere verwijzingen en *Kamerstukken II* 2007/08, 30538, p. 14 (MvT), zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State).

129. Zie, in het kader van corruptie, Sikkema 2005, p. 570-571.

130. Notulen van de gemeenteraad van de Gemeente Stichtse Vecht van 10 december 2012, beschikbaar via [https://stichtsevecht.notudoc.nl/cgi-bin/showdoc.cgi/action=view/id=521373/type=pdf/Notulen\\_Raad\\_10\\_december\\_2012.pdf](https://stichtsevecht.notudoc.nl/cgi-bin/showdoc.cgi/action=view/id=521373/type=pdf/Notulen_Raad_10_december_2012.pdf), p. 2 (laatstelijk geraadpleegd op 20 november 2013). Een (andere) vertegenwoordiger van het college van burgemeester en wethouders reageerde vergelijkbaar: 'De rechtbank heeft vandaag geoordeeld dat de gemeente aanmerkelijk nalatig is geweest in het wegbeheer en heeft de gemeente veroordeeld voor dood door schuld. Dat raakt ons college en onze organisatie diep' (notulen gemeenteraad, p. 7).

131. Sikkema 2005, p. 548, 570 en 582.

132. De Hullu 2012, p. 18.

dat de gemeente verkeerd heeft gehandeld. Uit het vonnis klinkt een sterke normbevestigende boodschap. De rechtbank overweegt immers dat van de gemeente mag worden verwacht dat zij volgens de voorgeschreven regels metingen hanteert, de verkeers(on)veiligheid beoordeelt en, indien geïndiceerd, maatregelen neemt om een verkeersonveilige situatie op te heffen. Nu de gemeente dat niet heeft gedaan heeft zij, aldus de rechtbank, aanmerkelijk onvoorzichtig gehandeld.<sup>133</sup> Een dergelijke vaststelling door een strafkamer van de rechtbank vormt naar onze mening een duidelijke, publieke terechtwijzing van de gemeente.

## 6. Conclusie

Twee mensen zijn overleden als gevolg van een verkeersongeval, dat (mede) is veroorzaakt door de gebrekkige toestand van de weg. De gemeente wordt hiervoor, als wegbeheerder, strafrechtelijk vervolgd. Een eerste vraag die dan opkomt is of de strafrechtelijke immuniteit van de overheid hier een hindernis vormt voor een succesvolle vervolging. Een gemeente kan zich op deze immuniteit beroepen, indien de tenlastegelegde gedragingen niet anders dan in het kader van een overheidstaak kunnen worden verricht (het exclusieve bestuurstaakcriterium). De rechtbank kent de gemeente *deels* geen strafrechtelijke immuniteit toe en komt tot een veroordeling ter zake van het niet nemen van voldoende verkeersmaatregelen, aangezien het hier geen exclusieve bestuurstaak zou betreffen. Anderzijds volgt er een vrijspraak voor zover het gaat om het nalaten van wegonderhoud, nu volgens de rechtbank onvoldoende vaststaat dat deze taak kan worden uitbesteed. Geconstateerd kan worden dat het taakcriterium lastig hanteerbaar is, zodat het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of bepaalde gedragingen binnen de reikwijdte van de immuniteit vallen of niet. Aan deze onduidelijkheid wordt een einde gemaakt door het besproken wetsvoorstel, waarin wordt gekozen voor een algehele afschaffing van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers. Daarmee wordt een belangrijke blokkade geslecht voor strafrechtelijke normhandhaving jegens de overheid. Een tweede vraag die wij in deze bijdrage aan de orde hebben gesteld, is of het civiele aansprakelijkheidsrecht in dit soort gevallen een volwaardig alternatief zou kunnen vormen voor het strafrecht. Gebleken is dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, aangezien het civiele schadevergoedingsrecht in overlijdensschadezaken slechts een beperkte reikwijdte heeft. Artikel 6:108 BW beperkt het vorderingsrecht van nabestaanden voor wat betreft zowel de kring van gerechtigden als de te vergoeden schadeposten. Derden kunnen echter veel meer reële materiële en immateriële nadelen ondervinden, maar daarvoor hoeft geen vergoeding te worden geboden door de aansprakelijke partij. Ervan uitgaande dat het civiele recht onveranderd blijft, lijkt handhaving van normschendingen in dit type gevallen niet of slechts in geringe mate plaats te vinden, tenzij het strafrecht (of een ander handhavingmechanisme) wordt ingezet.

In de derde plaats hebben wij in deze bijdrage de aandacht gericht op de betekenis van de rechtspraak van het EHRM voor de (on)mogelijkheid van strafvervolging van de overheid. Uit deze jurisprudentie vloeit in bepaalde gevallen een verplichting tot het aanwenden van het strafrecht jegens de ‘verantwoordelijken’ voort, ook als het gaat om niet-opzettelijke levensberoving in het kader van gevaarlijke activiteiten (zoals vermoedelijk ook het wegverkeer). Hoewel deze jurisprudentie volgens ons strikt genomen niet dwingt tot doorbreking van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen, vallen er aan die rechtspraak wel belangrijke argumenten te ontleen die pleiten voor vervolgbaarheid.

Daarmee zijn de mogelijkheden en beperkingen van strafrechtelijke en civielrechtelijke handhaving in deze specifieke categorie gevallen in kaart gebracht, net als de verplichtingen en argumenten die in dit verband besloten liggen in de rechtspraak van het EHRM. Dat brengt ons terug bij de hoofdvraag die in deze bijdrage centraal stond. Wat is nu de meerwaarde van de inzet van het strafrecht als het gaat om normen die door de overheid in haar rol van wegbeheerder zijn geschonden, in het bijzonder ten opzichte van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht en mede in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie? Bij de beantwoording van deze vraag hebben wij ons vooral gericht op de aard en de functies van de beide genoemde rechtsgebieden. Dat heeft ons geleid naar de conclusie dat de toegevoegde waarde van strafvervolging hier vooral moet worden gezocht in de afkeuring van het normoverschrijdende gedrag die door een strafrechtelijke veroordeling publiekelijk tot uitdrukking wordt gebracht, hetgeen te meer van belang is nu het civiele aansprakelijkheidsrecht niet normbevestigend kan worden ingezet in verband met artikel 6:108 BW. De mate van afkeuring en de normatieve ‘lading’ die uitgaan van een strafrechtelijke veroordeling zijn onmiskenbaar van een andere orde dan de toekenning van een civielrechtelijke schadevergoeding. Ook het EHRM lijkt aansluiting te zoeken bij deze symboolwerking, door te stellen dat onderzoek en bestraffing essentieel zijn voor het publieke vertrouwen en de handhaving van de rechtsstaatgedachte. Deze ‘symboolwerking’ lijkt tot slot ook doorslaggevend te zijn geweest in de *Stichtse Vecht*-zaak. Door de gemeente strafrechtelijk aan te spreken en verantwoordelijk te houden voor het ongeval heeft het juridisch apparaat duidelijk gemaakt dat ook de overheid zich dient te houden aan de wet en dat het voorgevallene, de gevolgen daarvan (twee doden) en de mate van schuld die de gemeente daaraan heeft formeel worden erkend. In essentie vormt een strafrechtelijke veroordeling in dit soort zaken aldus een signaal naar de samenleving dat de normoverschrijding serieus wordt genomen.

133.Rb. Utrecht 10 december 2012, r.o. 5.3.6, *NJ* 2013/90 (*Stichtse Vecht*).