



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM

Barkhuysen, T.; Diepenhorst, M.; Ouden, W. den; Polak, J.E.M.

Citation

Barkhuysen, T., & Diepenhorst, M. (2005). Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM. In W. den Ouden & J. E. M. Polak (Eds.), *Meijers-reeks* (Vol. 89, pp. 281-321). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12933>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12933>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

14 | Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM

*Tom Barkhuysen & Martijn Diepenhorst**

1° INLEIDING

Nederland is de afgelopen jaren geconfronteerd met de (juridische nasleep van de) rampen in Enschede en Volendam en bijna-rampen, zoals in Tiel, waar het dak van een bekend familierestaurant instortte, terwijl zich daaronder vlak daarvoor nog vele personen bevonden. Verder is er discussie geweest over het spoorwegemplacement in het centrum van Venlo, waar dagelijks grote aantallen treinen met gevaarlijke stoffen passeren en worden gerangeerd, terwijl – zoals ook blijkt uit officiële rapporten – de afstand van het emplacement tot omliggende huizen te gering is. Deze potentieel gevaarlijke situatie werd door de betrokken overheden erkend, maar het Rijk weigerde aanvankelijk de benodigde gelden beschikbaar te stellen voor een – door de lokale overheid gewenste – snelle verplaatsing. Veel verder verwijderd is de schadeclaim van de moeder van een voor de deur van een café doodgeschoten jongen aan het adres van de gemeente Den Haag. De moeder stelde dat de jongen niet zou zijn doodgeschoten, wanneer de gemeente het café had gesloten vanwege het ontbreken van de vereiste vergunningen. Een soortgelijke claim diende zij in bij de minister van vreemdelingenzaken: deze zou nalatig zijn geweest omdat de moordenaar een uitzetbare, ongewenste vreemdeling zou zijn geweest.¹

In deze bijdrage staat – net als in de beschreven zaken – de vraag centraal of en, zo ja, in hoeverre de overheid (strafrechtelijk) aansprakelijk gesteld kan c.q. moet kunnen worden voor schade als gevolg van de gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften door burgers en private rechtspersonen in situaties waarin deze schade mede een gevolg is van falend toezicht en/of

-
- Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. M.L. Diepenhorst is onderwijs/onderzoekmedewerker staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en per 1 juli 2005 advocaat te Amsterdam bij Boekel de Nerée.
 - 1 Voor een behandeling van deze kwesties zij, behalve naar berichtgeving in dagbladen, verwezen naar o.m. de diverse bijdragen aan A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002. Zie over de Haagse zaak een bericht in *NRC-Handelsblad* van 21 januari 2003.

het niet optreden tegen potentieel gevaarlijke situaties door de overheid. Niet aan de orde komt dus de aansprakelijkheid van de primaire overtreder (in, bijvoorbeeld, de casus van Enschede de (eigenaren van de) vuurwerkfabriek). Evenmin komt aan de orde de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van achteraf gebleken onterechte en onrechtmatige handhaving hoewel de vrees daarvoor overheden soms weerhoudt van handhavend optreden.²

Deze bijdrage brengt om te beginnen in kaart welke verplichtingen er voor de Nederlandse overheid bestaan tot het houden van toezicht op de naleving van milieu- en veiligheidsnormen en – bij geconstateerde overtredingen – om daartegen handhavend op te treden (paragraaf 2). Voorts wordt nagegaan onder welke voorwaarden de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving (strafrechtelijk) aansprakelijk gehouden zou kunnen c.q. moeten worden voor schade die ontstaat als gevolg van de niet-naleving van de bedoelde voorschriften (paragraaf 3). Daarbij zal worden gekeken naar het geldende nationale recht en de vereisten op grond van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en wordt ook steeds gezien in hoeverre het nationale recht voldoet aan de laatstbedoelde vereisten. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4).

2 NORMERING VAN TOEZICHT EN HANDHAVING

In deze paragraaf staat de normering van toezicht en handhaving op het terrein van met name milieu- en veiligheidsvoorschriften centraal. Daarbij zal eerst – relatief summier – worden ingegaan op het nationale recht (2.1) en daarna op de normen die voortvloeien uit het EVRM (2.2). In het kader van de paragraaf die betrekking heeft op het EVRM zal ook aandacht worden besteed aan de – overige – daaruit voortvloeiende eisen ten aanzien van preventie van milieu- en veiligheidsbedreigingen, zoals adequate normstelling en vergunningverlening. Daarna (2.3) volgt een confrontatie van het nationale recht met de EVRM-normen op dit gebied. Centrale vraag daarbij is of het nationale recht voldoet aan het EVRM.

2.1 Het nationale niveau

2.1.1 Toezicht en handhaving: wet en beleid

In een ruime definitie van het begrip handhaven valt daaronder elke handeling die erop gericht is de naleving van rechtsregels te bevorderen of een overtre-

2 Zie daarover J. Gundelach & F.C.M.A. Michiels, *Ongegronde vrees, Een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten*, Deventer 2003. Uit dit onderzoek blijkt overigens dat deze vrees veelal ongegrond is.

ling te beëindigen.³ Ook in de nota 'Gedogen in Nederland' wordt uitgegaan van een ruime omschrijving van het begrip handhaven, namelijk als:

'[H]et optreden van de overheid gericht op het tot gelding brengen van de regelgeving. Hieronder valt zowel toezicht en preventie – de eerste stap in de handhaving – als, verderop in de keten, de reactie op een geconstateerde overtreding, onder meer in de vorm van reparatoire of punitieve sancties.'⁴

In die ruime omschrijving omvat handhaven dus niet alleen het toepassen van sancties, maar ook het voortraject van toezicht en preventie dat daar uiteindelijk toe kan leiden.

Handhaving en toezicht zijn in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geregeld in Hoofdstuk 5.⁵ Afdeling 5.2 is getiteld 'Toezicht op de naleving'. Een definitie van het begrip toezicht is daarin echter niet opgenomen. Wel bevatten de Aanwijzingen voor de regelgeving een omschrijving: de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd.⁶ In Afdeling 5.2 wordt aan daartoe bij wet aangewezen toezichthouders een aantal bevoegdheden verleend. Daarnaast wordt in deze afdeling een aantal regels gegeven die bij de uitoefening van deze bevoegdheden in acht dienen te worden genomen. Afdeling 5.3 gaat vervolgens over bestuursdwang. Hierin worden regels gegeven over de besluitvorming rondom en de toepassing van bestuursdwang. Het begrip bestuursdwang zelf wordt gedefinieerd in art 5:21 Awb en behelst het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten. In afdeling 5.4 Awb is tenslotte de last onder dwangsom geregeld. De last onder dwangsom is een alternatief middel voor bestuursdwang. Artikel 5:32 lid 1 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan dat de bevoegdheid heeft bestuursdwang toe te passen eveneens de bevoegdheid toekomt om in plaats daarvan een last onder dwangsom op te leggen. Hoewel in 5.4 geen definitie is opgenomen van de last onder dwangsom, is

3 Aldus vat Michiels zijn opsomming samen van hetgeen volgens hem tot de bestuurlijke handhavingspraktijk behoort: F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, VAR-preadvies, Alphen aan den Rijn 1995, p. 12-13.

4 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2, p. 14.

5 Het nu bij de Tweede Kamer voorliggende wetsvoorstel inzake de Vierde Tranche Awb (*Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702 nrs. 1-4) voorziet in enkele aanpassingen van dit hoofdstuk. Op dit punt wordt de Awb aangevuld met onder meer een algemene regeling voor de bestuurlijke boete. Ook bevat het wetsvoorstel een belangrijke aanvulling op de toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom. Ten aanzien hiervan worden twee nieuwe beschikkingen geïntroduceerd omtrent de tenuitvoerlegging van de bestuursdwang en de invordering van de verbeurde dwangsom. Deze beschikkingen moeten het voor derden mogelijk maken op te komen tegen een eventueel niet-effectueren van één van beide sancties door het bestuursorgaan dat deze heeft opgelegd.

6 Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzing 132).

wel in het tweede lid van artikel 5:32 Awb vastgelegd wat de strekking hiervan is: de bedoeling van het opleggen van een last onder dwangsom is overtreding van voorschriften ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen.

De Awb geeft met betrekking tot handhaving overigens slechts algemene regels. Wel bepaalt artikel 5:22 dat de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang slechts bestaat indien zij bij of krachtens wet is toegekend. Zo krijgen bestuursorganen van gemeente, provincie en waterschap, de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang toegekend in respectievelijk artikel 125 Gemeentewet, artikel 122 Provinciewet en artikel 61 Waterschapswet. De dwangsombevoegdheid behoeft niet in een bijzondere wet te worden toegekend, maar vloeit van rechtswege voort uit het feit dat een bestuursorgaan bevoegd is bestuursdwang toe te passen.⁷ Kenmerkend voor de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom is dat het gaat om niet gebonden competenties. In de redactie van deze artikelen is geen sprake van een verplichting tot toepassing; het gaat hier met andere woorden om een discretionaire bevoegdheid. Een bestuursorgaan zal, afgaande op de tekst van deze bepalingen, dus zelf mogen beslissen of en – binnen de wettelijke kaders – hoe het deze bevoegdheden zal aanwenden. Wel zal een bestuursorgaan bij het nemen van het besluit al dan niet tot handhaven over te gaan, de krachtens artikel 3:4 Awb bij een besluit voorgeschreven belangenafweging dienen te maken. In het eerste lid van dit artikel wordt bepaald dat het bestuursorgaan alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, binnen de ruimte die de wet en de aard van de bevoegdheid daarvoor laten. In de algemene wettelijke bepalingen over toepassing van bestuursdwang, zoals die juist genoemd zijn, is van dergelijke beperkingen geen sprake. Ook uit de aard van de bevoegdheid tot handhaven vloeit geen beperking voort van mee te wegen belangen.⁸ In ieder geval zal het bestuursorgaan bij handhaving de belangen moeten betrekken die het te handhaven wettelijk voorschrift beoogt te beschermen.⁹ In artikel 3:4 lid 2 Awb wordt bepaald dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Op die manier heeft de wetgever de eis van proportionaliteit

7 Een enkele keer is in een bijzondere wet een zelfstandige dwangsombevoegdheid opgenomen, dus zonder dat óók de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang wordt toegekend. Een voorbeeld hiervan is art. 56 Mededingingswet, in het eerste lid waarvan onder sub a de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt gegeven en onder sub b de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen wordt toegekend.

8 Vgl. de MvT bij het wetsvoorstel Algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht), *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 69, waarin wordt gesteld dat de belangenafweging in geval van een aanschrijving tot bestuursdwang een volledige moet zijn.

9 R.C.S. Bakker & B. Bastein, 'Over beginselplicht en belangen bij handhaving', *NTB* 2004, p. 333-338, op p. 334.

en evenredigheid voor de afweging van belangen vastgelegd; deze bepaling stelt daarmee voorts een grens aan de beleidsvrijheid die het bestuursorgaan heeft bij de afweging van belangen. Waar artikel 3:4 lid 1 Awb het formele zorgvuldigheidsbeginsel codificeert, wordt in het tweede lid het materieel zorgvuldigheidsbeginsel geacht besloten te liggen. Aan het laatstgenoemde lid zal de rechter de belangenafweging in het kader van niet-punitieve handhavingsbesluiten marginaal toetsen. Hij dient zich bij toetsing van zo'n besluit te beperken tot de beantwoording van de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid in de afweging van de betrokken belangen, dat de uitkomst daarvan als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt.¹⁰

Een alternatief bestuursrechtelijk handavingsinstrument wordt gevormd door de bestuurlijke boeten die nu geregeld zijn in diverse bijzondere wetten, maar met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb een algemene regeling zullen kennen in deze wet. Deze sancties, alsmede een mogelijke inzet van het strafrecht, blijven hier verder onbesproken.

2.1.2 *Gedogen: wet en beleid*

Uit het feit dat handhaven een discretionaire bevoegdheid is, vloeit voort dat een bestuursorgaan onder omstandigheden ook van handhaving af kan zien. Wanneer een bestuursorgaan dit doet, is er sprake van gedogen. Een algemeen aanvaarde definitie is geformuleerd door Michiels:

'Het niet optreden tegen overtreding van rechtsregels door een orgaan dat tot zodanig optreden in beginsel juridisch bevoegd en feitelijk in staat is.'¹¹

Wil er in deze definitie sprake zijn van gedogen dan moet, dit blijkt uit de laatste frase, een bestuursorgaan wel op de hoogte zijn van de met de regelgeving strijdige situatie.¹² Een situatie waarvan men niet op de hoogte is kan men dus niet gedogen. Een belangrijk onderscheid valt nog te maken naar passief en actief gedogen. Actief gedogen ziet op de situatie waarin een bestuursorgaan expliciet of impliciet te kennen geeft niet handhavend op te zullen treden. Bij passief gedogen is het bestuursorgaan weliswaar op de hoogte van de overtreding, maar blijven mededelingen omtrent handhavend

10 F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *JB-plus* 2001, p. 76-85, op p. 77.

11 F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van het publieke bouwrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, Deventer 1991, p. 35. Vgl. in overeenkomstige zin G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen* (diss. Utrecht), Zwolle 1996, p. 8. Zie nader over gedogen M. van Dijk, *Gedogen, Over vermogen en onvermogen tot handhaving van wet en recht* (diss. Tilburg), Nijmegen 2003.

12 P.J.J. van Buuren, *Gedogend besturen* (oratie Utrecht), Deventer 1988. Zie ook P. de Haan, Th. G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, Bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1998, p. 459. Hierin wordt eveneens benadrukt dat het bij gedogen moet gaan om een bewust niet optreden.

optreden achterwege. Het onderscheid is van belang omdat in de nota's die begin jaren negentig met betrekking tot dit onderwerp zijn verschenen actief gedogen slechts onder voorwaarden wordt toegestaan en passief gedogen geheel onwenselijk wordt geacht.¹³ Gedogen mag volgens de nota 'Gedogen in Nederland' slechts expliciet en na een zorgvuldige en kenbare belangenafweging geschieden.¹⁴

In de 'stroom' van nota's, rapporten en kabinetsstandpunten die eind jaren '80, begin jaren '90 van de vorige eeuw het licht zag, wordt niet alleen een tekort aan handhaving geconstateerd, maar juist ook het belang van handhaven onderstreept. Dit belang wordt zo groot geacht dat gedogen in beginsel onwenselijk is en de uitzonderingen die daarop eventueel zouden kunnen worden gemaakt, worden beperkt tot de volgende drie situaties: a) indien handhaving zou leiden tot aperte onbillijkheden, b) indien het achterliggende belang evident beter wordt gediend met gedogen, of c) indien een zwaarder wegend belang ter rechtvaardiging van het gedogen strekt. Als bijkomende voorwaarde geldt daarbij voor alle drie de situaties nog dat het gedogen tevens naar omvang en tijd beperkt zou moeten blijven.¹⁵

2.1.3 Jurisprudentie: beginselplicht tot handhaven

Deze veranderde houding ten aanzien van handhaven en gedogen heeft ook in de (bestuursrecht)jurisprudentie zijn effect niet gemist. Lag in de jaren '70 van de vorige eeuw de nadruk nog sterk op de beleidsvrijheid die het bestuursorgaan toekwam bij handhaven,¹⁶ sinds eind jaren negentig is in de jurisprudentie sprake van een 'beginselplicht tot handhaven'.¹⁷ Deze omslag is overigens niet zonder slag of stoot tot stand gekomen, maar het zou in het kader van deze bijdrage te ver voeren de ontwikkeling terzake uitputtend te

13 Te noemen vallen onder meer twee brieven die de ministers van VROM en van Verkeer en Waterstaat naar de Tweede Kamer stuurden: *Kamerstukken II* 1989/90, 21 137, nr. 269; *Kamerstukken II* 1991/92, 22 343, nr. 2, betreffende het 'Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieu-overtredingen' (waarbij ook het interprovinciaal overleg en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten waren betrokken). Voorts zijn van belang de beleidsnota's 'Recht in beweging', *Kamerstukken II* 1990/91, 21 829, nrs. 1-2, 'Met vaste hand', *Kamerstukken II* 1990/91, 22 045, nrs. 1-2 en de kabinetsnota 'Grenzen aan gedogen', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2.

14 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2, p. 35 e.v.

15 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2 p. 35 e.v.

16 Illustratief m.b.t. de grote beleidsvrijheid die bestuursorganen placht toe te komen waar het handhavende bevoegdheden betreft, is het arrest 'Westerschouwense duinpolder', HR 12 maart 1971, *NJ* 1971, 265, m.nt. Prins. De ontwikkeling in de jurisprudentie wordt (met uitgebreide literatuurverwijzingen) eveneens besproken door J.E.M. Polak in zijn bijdrage aan deze bundel.

17 ABRvS 2 februari 1998, *Gst.* 1998, 7082, 8, m.nt. Theunissen, *AB* 1998, 181, m.nt. FM.

beschrijven.¹⁸ De formulering van de beginselplicht is overigens niet altijd eensluidend geweest, waarbij met name de verschillen tussen milieu- en ruimtelijke ordeningszaken in het oog liepen. Sinds juni 2004 hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State echter een voor beide soorten zaken gelijke formulering ten aanzien van de resterende beleidsvrijheid die bestuurorganen terzake van handhavingsbesluiten hebben:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.’¹⁹

Inhoudelijk bouwt deze formulering rechtstreeks voort op de beginselplicht-jurisprudentie zoals die daarvoor in verschillende formuleringen gebezigd werd. Evenals met betrekking tot de oude beginselplichtformule kan men zich ook thans onder de nieuwe formulering de vraag stellen in hoeverre de door de Afdeling geformuleerde beginselplicht nog ruimte laat aan de belangenafweging die een bestuursorgaan dient te maken bij het aanwenden van een discretionaire bevoegdheid. Vermeer is van mening dat in deze formulering duidelijker dan in de oude beginselplicht-jurisprudentie doorklinkt dat een belangenafweging dient plaats te vinden: in het geval zich een bijzondere omstandigheid voordoet, moet het bestuursorgaan deze meenemen in de belangenafweging, om te bepalen of de bijzondere omstandigheid rechtvaardigt van handhaving af te zien. Overigens denkt hij niet dat dit zal leiden tot een andere beoordeling van handhavingsbesluiten.²⁰ Ook Albers is de mening toegedaan dat de nieuwe lijn geen verandering inhoudt ten opzichte van oudere rechtspraak.²¹

Gesteld kan worden dat de ruimte die een bestuursorgaan onder deze formulering heeft om af te zien van handhaven beperkt is. Wanneer uit wordt gegaan van de belangenafweging zoals die met de huidige formulering van de Afdeling lijkt te worden voorgestaan, blijkt dat het algemene belang van de handhaving van wettelijke regelgeving als zwaarwegend beschouwd moet

18 Zie voor een beschrijving van de verschillende stadia die aan de huidige formulering en de thans geldende beginselplicht vooraf gingen onder meer: F.C.M.A. Michiels, ‘Belangenafweging bij sanctiebesluiten’, *Ars Aequi* 2000, p. 111-117, op p. 111; Vermeer 2001, p. 76; C.L.G.F.H. Albers, ‘De beginselplicht tot handhaving, Een stoelendans tussen rechter en bestuur?’, *Gst.* 2004, 7206, 68, p. 233-243, op p. 237.

19 ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293, m.nt. Albers.

20 Aldus Vermeer in zijn noot bij ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004, 444, waarin de nieuwe formulering wordt gehanteerd.

21 Aldus Albers in haar noot bij de geciteerde uitspraak.

worden. Slechts in uitzonderlijke situaties bestaat er ruimte om te gedogen. Daarmee is de ruimte die een bestuursorgaan heeft om te gedogen beperkt. Beperkter in ieder geval ook dan onder de jurisprudentie uit de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw, toen de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan veelal nog voorop stond. Duidelijk mag ook zijn dat de jurisprudentie daarmee grotendeels in overeenstemming is met de sinds het begin van de jaren '90 door het bestuur voorgestane beleidslijn, die gedogen nog slechts in enkele concreet genoemde uitzonderingssituaties zou willen toestaan.

Welke zijn nu de specifiek in de bestuursrechtjurisprudentie genoemde bijzondere situaties waarin het gerechtvaardigd is dat bestuursorganen afzien van handhaven?

In haar standaardformulering noemt de Afdeling in ieder geval concreet zicht op legalisatie. Dit was onder de 'oude' beginselplichtjurisprudentie ook reeds de belangrijkste bijzondere omstandigheid waaronder van handhaving af kon worden gezien. Er zijn geen aanwijzingen dat dit uitgangspunt onder de huidige formulering zou worden losgelaten. Eerder dient op grond van de expliciete formulering te worden vastgesteld dat de eis op dit punt is verzwaaard, nu letterlijk is vastgelegd dat concreet uitzicht moet bestaan, terwijl voorheen een enkele keer door de Afdeling wel genoeg werd genomen met een voornemen tot legalisering.²²

Zicht op legalisering is echter niet de enige bijzondere omstandigheid. Sinds de Afdeling de beginselplicht hanteert, is een aantal categorieën bijzondere omstandigheden aan te wijzen, dat uit de veelal casuïstische jurisprudentie naar voren komt. Aangezien de huidige formulering van de Afdeling direct voortbouwt op de daarvoor gehanteerde formuleringen met betrekking tot de beginselplicht kan er van worden uitgegaan dat deze categorieën ook onder de nieuwe formulering gehanteerd zullen worden.²³ Vermeer heeft eerder al een indeling gemaakt naar overeenkomstige gevallen. Daarbij komt hij tot een viertal categorieën van in de jurisprudentie als bijzondere situatie aangekeurde gevallen.²⁴ In de eerste plaats kan genoemd worden de categorie die ziet op tijdelijkheid van de overtreding. Daartoe behoren in ieder geval de situaties waarin concreet uitzicht op legalisatie bestaat, maar ook andere gevallen die aan te duiden zijn als overgangs- en overmachtsituaties, vallen

22 Zie o.m. ABRvS 9 juli 1998, *Gst.* 1998, 7109, 8, m.nt. Theunissen (overigens gaat het daarbij slechts om geringe afwijkingen).

23 Zie in deze zin ook Albers in haar noot onder een uitspraak van de Afdeling van 30 juni 2004 in *JB* 2004, 293. Bestudering van een aantal uitspraken waarin de nieuwe formulering is gehanteerd, wekt bij haar niet de indruk dat er sprake is van een nieuwe of strengere lijn, in de zin dat op basis van de nieuwe formule sneller of minder snel moet worden gehandhaafd.

24 Vermeer 2001, p. 82 e.v.

daaronder.²⁵ De volgende categorie komt meestal voor in combinatie met één van de andere categorieën, en behelst de geringe inbreuken op belangen van derden en/of het wettelijk regime.²⁶ In de derde plaats valt te denken aan een geslaagd beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur.²⁷ Daarbij valt in het bijzonder te denken aan het vertrouwensbeginsel (bij de overtreder zijn zodanige gerechtvaardigde verwachtingen gewekt dat van handhaving moet worden afgezien), het rechtszekerheidsbeginsel (optreden is gedurende langere tijd uitgebleven en de illegale situatie was bekend bij het betrokken bestuursorgaan), en het gelijkheidsbeginsel (er is sprake van andere vergelijkbare gevallen waarin niet wordt gehandhaafd). Overigens wordt een beroep op deze beginselen niet vaak gehonoreerd. Een vierde en laatste categorie die Vermeer onderscheidt zijn gevallen waarin wordt voorzien in een vorm van schadeloosstelling. In een situatie waarin gedogen een algemeen belang dient, kan eventueel rechtmatig worden afgezien van handhaven onder voorwaarde dat nadeelcompensatie wordt toegekend aan degene die daardoor benadeeld wordt. Een andere mogelijkheid ziet op de situatie waarin met het gedogen geen algemeen belang gediend wordt. Onder omstandigheden kan dan eventueel van handhaven worden afgezien indien degene die het in zijn macht heeft de overtreding te beëindigen, de compensatie van de nadelen voor zijn rekening neemt.²⁸

2.2 Het EVRM

Bestudering van de jurisprudentie van het EHRM leert dat ook in het EVRM vele relevante normen zijn te vinden met betrekking tot de bescherming van burgers tegen (milieu-)gevaaren. Daarbij springen vooral de artikelen 2 (recht op leven), 3 (verbod foltering en onmenselijke of vernederende behandeling), 8 EVRM (recht op privé-leven) en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (eigen-

25 Een voorbeeld van een uitspraak waarbij het incidentele karakter van de overtreding het bestuur er in redelijkheid van af kon doen zien handhavend op te treden is: ABRvS 15 juli 1999, AB 2000,141, m.nt. Jurgens (Bourgondische Hoeve). ABRvS 21 juli 2004, LJN-nr. AQ3697, zaaknr. 200308153/1, biedt een voorbeeld van een situatie waarin het bestuur rechtmatig kon afzien van handhavend optreden omdat concreet uitzicht op legalisatie bestond. De Afdeling besluit hiertoe overigens met gebruikmaking van de nieuwe beginselplichtformule.

26 ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293, m.nt. JSt. Zie daarnaast ook ABRvS 19 januari 2005, AB 2005, 50 (te hoog kippengaas) waaruit Polak en Tjepkema afleiden dat de onevenredigheidsnorm uit de laatste zin van de nieuwe beginselplichtformule bestuursorganen iets meer ruimte geeft om in 'extreme' gevallen te weigeren tot handhaven over te gaan als daartoe een verzoek van een derdebelanghebbende voorligt. Zie J.E.M. Polak & M.K.G. Tjepkema, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *NJB* 2005, p. 452-459, op p. 458-459.

27 Voorbeelden van uitspraken waarin dit werd aangenomen zijn ABRvS 22 september 1997, BR 1998, p. 124 e.v. en ABRvS 9 mei 2000, JB 2001, 179.

28 Zie verder, ook voor de relevante jurisprudentie, Vermeer 2001, p. 85.

domsrecht; hierna artikel 1 EP) in het oog. Hierna volgt een bespreking van deze artikelen en de belangrijkste jurisprudentie op het gebied van veiligheidsnormering en toezicht en handhaving terzake.²⁹

2.2.1 Artikel 2 EVRM: bescherming tegen levensbedreigende situaties

De gemiddelde jurist zal niet onmiddellijk aan het recht op leven van artikel 2 EVRM denken als voor het Nederlandse recht inzake veiligheid en milieu relevante rechtsnorm. Tot 1998 was dat waarschijnlijk wel terecht omdat artikel 2 EVRM toen 'slechts' een verbod van opzettelijke onrechtmatige levensbeneming inhield. In de zaak *L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk* van dat jaar bepaalde het Hof echter voor het eerst dat uit artikel 2 EVRM ook positieve verplichtingen voortvloeien voor staten om het leven van personen onder hun rechtsmacht te beschermen.³⁰ Betrof deze zaak nog gezondheidsrisico's van militairen en hun kinderen als gevolg van atoomproeven, inmiddels is veel jurisprudentie tot stand gekomen waarin deze verplichting wordt uitgewerkt en ook wordt toegepast op voor het bestuursrecht meer relevante terreinen. Het bestaan van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM is door het Hof in een breed scala aan gevallen erkend: politiebescherming tegen levensbedreiging van een leerling door een leraar,³¹ levensgevaar veroorzaakt door een veroordeelde gevangene op verlof,³² bescherming tegen een psychisch gestoorde celgenoot,³³ nalatigheid van een arts als gevolg waarvan een baby overleed³⁴ en de vergoeding van medicijnenkosten.³⁵

29 Mede gebaseerd op T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag 2004. Zie ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM en het Nederlandse milieurecht', *JB-plus* 2004, p. 234-245.

30 EHRM 9 juni 1998, *L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 36. Zie in algemene zin over positieve verplichtingen R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 558 e.v. (deel 1) en p. 727 e.v. (deel 2) en – meer recent – J. van der Velde, 'Katern 2.2, Positieve verplichtingen', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Tekst & Commentaar EVRM* (losbladig), Den Haag 2002.

31 EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, par. 115-116 (geen schending omdat er geen reële en directe levensbedreiging was). Zie over deze zaak nader R.A. Lawson, 'Een onaanzienlijk teken boven de rampzaligheid: over de potentiële betekenis van het EVRM voor, tijdens en na een ramp', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag 2001, p. 277-292.

32 EHRM 24 oktober 2002, *Mastromatteo t. Italië*, par. 69-79 (geen schending omdat er bij de beslissing over het verlof geen aanwijzing was van bijzonder gevaar).

33 EHRM 14 maart 2002, *Edwards t. Verenigd Koninkrijk*, par. 54-64 (schending vanwege de kwetsbare positie van gevangenen en het feit dat autoriteiten op de hoogte waren van de psychische gesteldheid).

34 EHRM 17 januari 2002, *Calvelli & Ciglio t. Italië* (geen schending omdat de wetgeving in orde was en effectieve rechtsbescherming aanwezig was).

35 EHRM 21 maart 2002, *Nitecki t. Polen* (ontv. besl.) (geen schending omdat een eigen bijdrage van 30% m.b.t. de kosten van een levensreddend medicijn in de gegeven omstandigheden kon worden gevergd).

Het EHRM is van oordeel dat een staat niet aan zijn positieve verplichtingen op dit punt heeft voldaan als, bijvoorbeeld, voldoende is vastgesteld:

'...that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.'³⁶

Volgens het EHRM is een staat echter niet alleen aansprakelijk bij grove onachtzaamheid of bewust nalaten:

'Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligation of the Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2 (...). For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all circumstances of any particular case.'³⁷

De voorzienbaarheid van het gevaar is van groot belang. Degene die stelt dat de autoriteiten te kort zijn geschoten in het beschermen van het recht op leven, moet aannemelijk maken dat zij op de hoogte waren of hadden behoren te zijn van een reëel en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, en dat zij hebben nagelaten die maatregelen te treffen die men redelijkerwijs van hen had mogen verwachten om dat gevaar af te wenden.

De positieve verplichting om – preventief – op te treden mag verder geen onmogelijke of disproportionele last opleggen aan de autoriteiten. Het EHRM houdt rekening met de problemen die aan de orde zijn bij het handhaven van de openbare orde, met de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag en met de beperkte middelen die beschikbaar zijn en dwingen tot het stellen van prioriteiten. Van de staat mag niet het onmogelijke worden verwacht, aldus het EHRM:

'Bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Conven-

36 EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, par 116.

37 EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, par 116.

tion requirement to take operational measures to prevent that risk from materializing.³⁸

In de zaak *Öneryildiz t. Turkije* maakte het Hof in bredere zin duidelijk dat positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM gelden ten aanzien van alle mogelijke levensbedreigende risico's, inclusief milieurisico's. Het ging in deze zaak om de ontploffing van methaangas dat zich had opgehoopt onder een vuilnisbelt. Op de vuilnisbelt woonden mensen en de autoriteiten hadden niettegenstaande duidelijke signalen over het ontploffingsgevaar nagelaten op te treden, met vele doden als gevolg. Het Hof nam een schending aan ondanks het verweer van de Turkse regering dat sprake was van illegale bewoning en klagers zich daarmee zelf in een gevaarlijke situatie hadden gebracht. Het Hof hechtte echter meer belang aan het feit dat de autoriteiten de illegale bewoning jarenlang hadden gedoogd.³⁹

Aan de hiervoor aangehaalde jurisprudentie kan de basisregel worden ontleend dat de overheid alle maatregelen moet nemen die mede gelet op de haar toekomende bevoegdheden redelijkerwijs kunnen worden gevergd om te voorkomen dat een reële en directe levensbedreiging waarvan zij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om bedreigingen veroorzaakt door overheidsdiensten of door derden. In dat licht is een enkel verbod om, bijvoorbeeld, ergens te wonen niet onder alle omstandigheden voldoende. De basisregel impliceert daarmee dat staten een adequaat systeem van toezicht (mede gelet op de zinsnede 'op de hoogte zou behoren te zijn') en (preventieve) handhaving moeten opzetten, alsmede dat de normstelling en daarop gebaseerde vergunningsverlening dienen te zijn gericht op het voorkomen van levensbedreigende situaties. Noodzakelijke maatregelen mogen niet met het oog op andere belangen (zoals financiële) worden uitgesteld. Verder volgt uit artikel 2 EVRM ook de verplichting om burgers te informeren over (potentieel) gevaarlijke situaties. Aangenomen kan worden dat staten ook verplicht zijn te voorzien in effectieve nationale rechtsmiddelen waarmee zonodig preventief ingrijpen van de staat in potentieel gevaarlijke situaties kan worden afgedwongen. Als een risico zich desalniettemin verwezenlijkt, eist artikel 2 in combinatie met artikel 13 EVRM dat een adequaat onderzoek naar de oorzaken wordt verricht. Tevens dienen de slachtoffers of hun nabestaanden een adequate schadevergoeding te kunnen verkrijgen. In gevallen van extreme nalatigheid als gevolg waarvan meerdere slachtoffers zijn te betreuren moet het mogelijk zijn de verantwoordelijken

38 EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, par. 116.

39 EHRM 18 juni 2002, *Öneryildiz t. Turkije*, par. 59-94 (*Öneryildiz I*); bevestigd door de Grote Kamer in EHRM 30 november 2004 (*Öneryildiz II*).

strafrechtelijk te vervolgen.⁴⁰ Op deze aansprakelijkheid wordt in deze paragraaf – waarin toezicht en handhaving centraal staat – niet verder ingegaan. Wel wordt daarop teruggekomen in paragraaf 3.2.

Uit de positieve verplichtingenjurisprudentie onder artikel 2 EVRM blijkt verder dat het kan gaan zowel om bedreigende omstandigheden die zich voordoen in de privé-sfeer als omstandigheden daarbuiten, waarbij *Öneryildiz* in die laatste categorie valt. Verder kan het zowel gaan om gevaarlijke situaties die min of meer direct door de staat zelf worden veroorzaakt (zoals in *Öneryildiz*, waar de staat eigenaar was van de vuilnisbelt) als om bedreigingen door medeburgers (zoals bijvoorbeeld in de zaak *Osman*). In beide situaties worden positieve verplichtingen van de staat aangenomen. Voor het activeren van de positieve verplichtingen lijkt niet zozeer relevant wie de gevaarlijke situatie primair veroorzaakt als wel de vraag of de staat al dan niet duidelijke indicaties heeft of had kunnen hebben van de dreiging daarvan, hetgeen eerder aan de orde zou kunnen zijn wanneer de bedreigingen zich in de publieke sfeer voordoen. Bij bedreigingen in de privé-sfeer (bijvoorbeeld in geval van vermeend misbruik van kinderen) zijn vanwege de beschermenswaardigheid van het privé- en gezinsleven mogelijk wel sterkere indicaties nodig alvorens de staat daarin zou moeten c.q. mogen ingrijpen, maar de jurisprudentie is op dit punt erg casuïstisch. Indien het gaat om zaken waarin geen reële en directe bedreiging van het leven van personen bestaat, komt het aan op de vraag welke kans op de realisering van een bepaald risico aanvaardbaar is. Het EVRM lijkt hier ruimte te laten voor een belangenafweging waarbij ook de (maatschappelijke) kosten van ingrijpen een rol mogen spelen. Tegelijkertijd geeft de EVRM-jurisprudentie (vooralsnog) weinig houvast bij het verrichten van deze belangenafweging.⁴¹

2.2.2 Artikel 3 EVRM: bescherming tegen ernstige aantasting van de fysieke integriteit

Het Hof heeft uit artikel 3 EVRM de positieve verplichting afgeleid voor de staat om burgers te beschermen tegen geweld door derden. Zodra de autoriteiten op de hoogte zijn of zouden behoren te zijn van een reële en directe bedreiging van kinderen door mishandeling of misbruik bestaat er een verplichting om alle redelijkerwijs beschikbare maatregelen te nemen om verder

40 Zie met nadere verwijzingen T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'EHRM-uitspraak *Öneryildiz* tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', *O&A* 2003, p. 109-121.

41 Zie daarover de noot van Barkhuysen & Van Emmerik onder Rb. Den Haag, Sector Civiel, 24 december 2003 (aansprakelijkheid Enschedese vuurwerkcramp), *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722.

leed te voorkomen.⁴² Autoriteiten binnen een staat dienen elkaar te informeren over mogelijke risico's en moeten, ook als er slechts beperkte aanwijzingen zijn van een risico van kindermisbruik, daarnaar onderzoek doen en zo nodig actie ondernemen.⁴³ Omdat dergelijke maatregelen een inmenging in het privé- en gezinsleven kunnen opleveren, dienen ze ook aan de vereisten van artikel 8 EVRM te voldoen. Dit vertaalt zich vaak in procedurele vereisten als – indien dat gelet op de urgentie van de situatie mogelijk is – betrokkenheid van ouders en kind bij de besluitvormingsprocedure en in ieder geval rechterlijke toetsing achteraf.⁴⁴ Dit fenomeen van botsende EVRM-verplichtingen zal zich vaker voordoen naarmate er meer positieve verplichtingen uit het EVRM worden afgeleid. Verplichtingen die voortvloeien uit absolute rechten (als artikel 3 EVRM) geven bij een botsing met een niet-absoluut recht als artikel 8 EVRM de doorslag, zij het dat ook met de verplichtingen die voortvloeien uit dat laatste recht zoveel mogelijk rekening moet worden gehouden.

2.2.3 Artikel 8 EVRM: bescherming tegen overlast

In de zaak *López Ostra t. Spanje* heeft het EHRM uit artikel 8 EVRM de positieve verplichting afgeleid om burgers te beschermen tegen de gevolgen van milieu-vervuiling (ernstige stankoverlast), ook wanneer deze niet gezondheids- of levensbedreigend is.⁴⁵ Voorwaarde daarvoor is wel – zo stelde het Hof – dat het gaat om ernstige vervuiling die het welzijn van burgers zodanig schaadt dat een effectief genot van het privé- of gezinsleven niet meer mogelijk is. Staten moeten in dergelijke situaties zorgen voor een rechtvaardig evenwicht (*fair balance*) tussen de betrokken conflicterende belangen, waarbij rekening moet worden gehouden met de uit artikel 8 lid 2 EVRM voortvloeiende doelen voor een rechtmatige beperking van het recht op privé- of gezinsleven, zoals veiligheid of het economisch welzijn van een land. Uit artikel 8 EVRM vloeit verder de verplichting voort om burgers te informeren over milieugevaren, zodat op deze wijze hun privé- of gezinsleven kan worden beschermd.⁴⁶

Het Hof leek met de uitspraak in de zaak *Hatton e.a. Verenigd Koninkrijk* een belangrijke stap voorwaarts te hebben gezet met de opwaardering van artikel 8 EVRM voor het milieurecht.⁴⁷ De zaak betrof een nieuw regime van nachtvluchten voor de Londense luchthaven Heathrow en het Hof nam een schending van artikel 8 EVRM aan omdat de nationale autoriteiten hadden

42 EHRM 10 mei 2001, *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 70-75. Vgl. ook EHRM 10 oktober 2002, *D.P. & J.C. t. Verenigd Koninkrijk*.

43 EHRM 26 november 2002, *E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 92-101.

44 EHRM 17 december 2002, *Venema t. Nederland*, par. 93-99 (schending art. 8 EVRM vanwege het niet voldoen aan de genoemde procedurele vereisten). Vgl. EHRM 16 juli 2002 *P., C. & S. t. Verenigd Koninkrijk*.

45 EHRM 9 december 1994.

46 Zie bijv. EHRM 19 februari 1998, *Guerra t. Italië*.

47 EHRM 2 oktober 2001 (*Hatton I*).

nagelaten alle baten en lasten van de voorgenomen nachtvluchten en de mogelijke alternatieven daarvoor in kaart te brengen (een soort 'mensenrechten-effectenrapportage') en vervolgens daaruit ook het voor de betrokken rechten van omwonenden minst belastende alternatief te kiezen (subsidiariteitstoets). Daarmee ging het Hof vrij ver en leek het aan milieubelangen een speciale status toe te kennen, waaraan, bijvoorbeeld, economische belangen ondergeschikt zouden zijn. Na een interne appelprocedure op verzoek van de regering van het Verenigd Koninkrijk kwam de Grote Kamer van het Hof echter tot een veel minder vergaand oordeel.⁴⁸ Met milieubelangen moet volgens de Grote Kamer wel rekening worden gehouden, maar daaraan komt geen speciale status toe: er moet een *fair balance* worden gevonden tussen de betrokken belangen met het oog waarop adequaat voorbereidend onderzoek moet plaatsvinden. Bij het bepalen van het gewicht van deze belangen hebben staten volgens de Grote Kamer een ruime beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) en zal de toetsing door het EHRM navenant terughoudend moeten zijn. Wel volgt uit de uitspraak dat het EHRM in het kader van de toetsing aan artikel 8 EVRM bijzonder kritisch is wanneer staten eigen procedurele en materiële (milieu)normen in een zaak niet in acht nemen. Daarmee heeft de Grote Kamer de milieujurisprudentie weer in lijn gebracht met artikel 8 EVRM-uitspraken buiten het terrein van het milieurecht.

De uitspraak inzake *Moreno Gomez t. Spanje* (over horeca-geluidsoverlast in strijd met gemeentelijke normen, die langdurig werd gedoogd) leert dat de in de Nederlandse jurisprudentie met name op het terrein van het omgevingsrecht (ondanks het van origine discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid) aangenomen beginselplicht tot handhaving onder bepaalde omstandigheden tevens een basis vindt in artikel 8 EVRM.⁴⁹ Het Hof maakt duidelijk dat het louter opstellen van normen ter bescherming van de in artikel 8 EVRM besloten liggende rechten onvoldoende is. Verdragsstaten hebben naar het oordeel van het Hof, behalve de verplichting dergelijke normen zelf te respecteren, de (positieve) verplichting om deze normen ook op een deugdelijke wijze te handhaven ten opzichte van derden die daarop inbreuk maken. Het Hof baseert deze handhavingsverplichting mede op het in zijn jurisprudentie steeds terugkerende beginsel dat het EVRM zodanig moet worden uitgelegd en toegepast dat de daarin opgenomen rechten effectief beschermd worden.

Zoals hiervoor bleek, heeft het Hof een dergelijke expliciete handhavingsverplichting al eerder geïntroduceerd in zaken waarin sprake is van een reële en directe bedreiging van het recht op leven als beschermd door artikel 2 EVRM (vgl. *Öneryildiz*). Anders dan in het geval van een op artikel 8 EVRM gebaseerde handhavingsverplichting, is de ruimte voor een belangenafweging blijkens de jurisprudentie van het EHRM bij bedreigingen van het recht op leven (vrij-

48 EHRM 8 juli 2003 (Hatton II).

49 EHRM 16 november 2004.

wel) afwezig. Als er sprake is van een 'reële en directe' bedreiging van het leven, moet daartegen worden opgetreden met alle 'redelijkerwijs vergbare' maatregelen. In het kader van artikel 8 EVRM zou bij inbreuken op het privé-leven of het huisrecht mogelijk wel van handhavende maatregelen mogen worden afgezien wanneer andere belangen zich daartegen duidelijk verzetten. Uit artikel 8 lid 2 EVRM en daarop gebaseerde jurisprudentie blijkt dat er sprake moet zijn van een *fair balance* tussen de betrokken belangen. Dit criterium lijkt goed aan te sluiten bij de in de hiervoor behandelde Nederlandse omgevingsrechtelijke jurisprudentie (naast het concrete uitzicht op legalisatie) aanvaarde uitzondering op de handhavingsverplichting in gevallen waarin handhavend optreden 'onevenredig' is in verband tot de 'daarmee te dienen belangen'.⁵⁰

De uitspraak inzake *Moreno Gomez* bevestigt dat het EHRM, in het kader van de toetsing aan artikel 8 EVRM, bijzonder kritisch is wanneer staten eigen procedurele en materiële (milieu)normen in een zaak niet in acht nemen (dat bleek al eerder uit *Hatton I en II*, waar van zo'n schending van nationale normen echter geen sprake was). In een dergelijk geval – dat zich in de zaak *Moreno Gomez* ook voordoet nu sprake is van een jarenlang tolereren van overschrijdingen van gemeentelijke geluidsnormen – is het Hof niet geneigd staten een ruime eigen beoordelingsmarge te gunnen terzake van een eventuele belangenafweging.

Voorts kan in het kader van artikel 8 EVRM nog worden gewezen op een aantal andere recente uitspraken van het EHRM waarin handhaving centraal staat. Om te beginnen is interessant de uitspraak van het EHRM in de zaak *Surugiu t. Roemenië*. Daarin constateert het Hof een schending van artikel 8 EVRM omdat de nationale autoriteiten hadden nagelaten om op te treden tegen derden die rotzooi dumpten op het land van klager.⁵¹ De weigering van de nationale autoriteiten om een definitieve rechterlijke uitspraak te respecteren op basis waarvan een milieuvervuilende goudmijn zou moeten worden gesloten leidt tot het aannemen van een schending van de artikelen 8 en 6 lid 1 EVRM in de zaak *Taskin t. Turkije*.⁵²

Indien de (milieu)bescherming onder artikel 8 EVRM en artikel 2 EVRM met elkaar wordt vergeleken, kan worden geconstateerd dat de bescherming van artikel 8 EVRM eerder aan de orde is, namelijk al in het geval van substantiële overlast of milieugevaren die niet direct levensbedreigend zijn. Artikel 2 EVRM komt pas aan de orde wanneer er een levensbedreigende situatie bestaat. Artikel 2 EVRM biedt geen ruimte voor het laten voortbestaan van een levensbedreigende situatie met het oog op andere belangen. Bij niet-levensbedreigende overlast bestaat er onder artikel 8 (lid 2) EVRM daarentegen wel ruimte om een zekere mate daarvan te tolereren gelet op gerechtvaardigde andere belangen, zoals dat van het economisch welzijn van een staat, zij het dat de overlast

50 Vgl. bijv. ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293, m.nt. JSt.

51 EHRM 20 april 2004.

52 EHRM 10 november 2004.

– mede gelet op de *Hatton*-uitspraak – zo beperkt mogelijk moet worden gehouden.

2.2.4 Artikel 1 EP: eigendomsbescherming

Ook het eigendomsrecht van artikel 1 EP speelt een rol in toezicht- en handhavingskwesties terzake van veiligheids- en milieunormen. Zo sluit het EHRM in zijn *Öneryildiz*-uitspraken expliciet aan bij zijn eerdere jurisprudentie waarin het een autonome en ruime uitleg heeft gegeven van het begrip ‘eigendom’ en uit artikel 1 EP ook positieve verplichtingen heeft afgeleid om eigendom te beschermen, bijvoorbeeld door het verlenen van politie-assistentie bij het verwijderen van mensen uit een woning die zij zonder toestemming van de eigenaar in gebruik hebben.⁵³ In dat kader is verder noemenswaardig de uitspraak van het EHRM in de zaak *Fotopoulou t. Griekenland*.⁵⁴ Daarin constateert het Hof een schending van artikel 1 EP in combinatie met artikel 13 EVRM (het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij vermeende schendingen van EVRM-rechten) omdat de nationale autoriteiten geen (feitelijke) uitvoering gaven aan een onaantastbaar besluit op basis waarvan een illegaal bouwwerk zou moeten worden gesloopt.

Hoewel niet onverenigbaar met deze jurisprudentielijn, is het opmerkelijk dat het Hof in *Öneryildiz* ondanks het bestaan van een illegale situatie eigendomsrechten aanneemt in de zin van artikel 1 EP. Dat was in eerdere zaken niet aan de orde en komt de meerderheid van het Hof – zowel in de uitspraak van de Kamer als die van de Grote Kamer – ook te staan op kritiek van de *dissenters* die van mening zijn dat uit een illegale situatie nooit eigendomsrechten kunnen voortvloeien, ongeacht de vraag of deze al dan niet lange tijd is gedoogd en ongeacht de overwegingen van humanitaire aard, waarop juist de meerderheid van het Hof wijst. De *dissenters* wijzen op de mogelijke negatieve gevolgen daarvan, zoals het risico dat daarmee de bouw van illegale constructies wordt bevorderd. Het standpunt van de meerderheid is mogelijk beter begrijpelijk wanneer wordt benadrukt dat alleen de woning zelf en de inboedel onder de bescherming van artikel 1 EP worden gebracht en niet de – illegaal in gebruik genomen – grond waarop zich de woning bevindt. Tegelijkertijd zou ook als tegenstrijdig kunnen worden opgevat de verplichting enerzijds die voortvloeit uit de artikel 2 EVRM om handhavend op te treden en de woning wegens milieugevaar te verwijderen en anderzijds de eigendomsbescherming met betrekking tot de woning en inboedel. Deze spanning zou echter kunnen worden weggenomen door middel van het bieden van compensatie indien na jarenlang (impliciet) gedogen alsnog handhavend zou worden

53 Zie hierover uitgebreid T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvies VBR, Deventer 2005 (met nadere verwijzingen).

54 EHRM 18 november 2004.

opgetreden.⁵⁵ Niet ontkend kan echter worden dat een dergelijke compensatieverplichting optreden voor de staat zou kunnen bemoeilijken.

2.3 Is aanpassing van de nationale normering aan de Europese standaarden nodig?

De uitspraak inzake *Öneryildiz* benadrukt om te beginnen nog eens de bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid om handhavend op te treden tegen levensbedreigende situaties waarvan zij op de hoogte is of zou moeten zijn. Een en ander geldt zowel voor activiteiten waarvoor de overheid zelf direct verantwoordelijk is, als voor activiteiten van derden die potentieel levensbedreigend zijn.

Voorwaarde daarvoor is dat de nationale materiële normstelling zodanig is dat op grond daarvan het in het leven roepen van een levensbedreigende situatie niet is toegestaan en een schending van artikel 2 EVRM en – in het licht van de andere jurisprudentie – artikel 3 en 8 EVRM wordt voorkomen.

Uit de *Öneryildiz*-uitspraak en de daarmee verband houdende Straatsburgse jurisprudentie volgt verder dat de overheid ook adequaat toezicht moet houden zodat tijdig kan worden onderkend of zich een levensbedreigende situatie zou kunnen voordoen. Daarnaast moet de overheid direct handhavend optreden indien zij bekend raakt met het feit dat er een reële en directe bedreiging voor het leven bestaat (ter voorkoming van een schending van artikel 2 EVRM), dan wel gevaar voor een vernederende of onmenselijke behandeling (ter voorkoming van een schending van artikel 3 EVRM). Dit kan betekenen dat de overheid een persoon die zich illegaal op een (levens)gevaarlijke plek heeft gevestigd, desnoods tegen zijn zin, moet verwijderen van deze plaats (zij het dat er dan op grond van artikel 1 EP onder omstandigheden reden kan zijn voor een compensatie). Financiële redenen om (voorlopig) geen einde te maken aan een bij de overheid bekende (levens)bedreigende situatie kunnen in beginsel onder artikel 2 en 3 EVRM niet worden geaccepteerd. Een en ander betekent dat de overheid ook verplicht kan zijn om *preventief* handhavend op te treden, dat wil zeggen in geval er een klaarblijkelijk gevaar bestaat voor de overtreding van een wettelijk voorschrift dat eisen stelt ter voorkoming van (levens)bedreigende situaties of in gevallen waar een dergelijk gevaar dreigt terwijl een wettelijk voorschrift ontbreekt.⁵⁶

Onder artikel 8 EVRM bestaat er meer ruimte voor de overheid om vanwege conflicterende relatief zwaarwegende belangen niet (direct) een einde te maken

55 Vgl. de bijdrage van M.K.G. Tjepkema aan deze bundel.

56 Art. 5.0.7 van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb maakt preventieve handhaving mogelijk, hoewel de jurisprudentie lijkt te voorzien in ruimere mogelijkheden en daarmee beter aansluit op de beschreven eisen op grond van het EVRM. Vgl. ABRvS 29 september 2000, AB 2000, 474, m.nt. FM, JB 2000, 304, m.nt. Albers.

aan een (overlast)situatie die een inmenging in het recht op privé-leven oplevert. Het gaat hier immers niet om situaties die levensbedreigend zijn (artikel 2 EVRM) of een ernstige aantasting van de fysieke integriteit opleveren (artikel 3 EVRM). Op grond van artikel 8 EVRM bestaat in ieder geval wel de verplichting om omwonenden te waarschuwen voor dreigende (milieu)gevaaren, een verplichting die volgens het Hof eveneens besloten ligt in artikel 2 EVRM en ook afgeleid zou kunnen worden uit artikel 3 EVRM.

De in Nederland geldende normen (die deels van Europese origine zijn) op het terrein van het omgevingsrecht en de normering van het toezicht en de handhaving lijken in algemene zin aan deze vereisten op grond van het EVRM te voldoen.⁵⁷ Wel zou de afstemming tussen het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht kunnen worden verbeterd om zo uit te sluiten dat de bouw van woningen moet worden toegestaan op plaatsen waar dat gelet op geldende milieunormen niet aan de orde zou moeten zijn.⁵⁸ Ook zou de toezicht- en handhavingspraktijk effectiever kunnen worden gemaakt,⁵⁹ waarvoor de bestuursrechter de weg heeft vrij gemaakt met zijn jurisprudentie waarin een beginselplicht tot handhaving is aangenomen. Met het oog op dat laatste zouden de artikelen 2, 3 en 8 EVRM in een concrete casus wel een extra basis kunnen bieden om adequaat toezicht dan wel effectieve handhaving af te dwingen indien sprake is van situaties die in strijd zijn met deze verdragsbepalingen, waarbij een sterkere verplichting bestaat direct op te treden, indien het gaat om de artikelen 2 en 3 EVRM. Deze bepalingen kunnen, bijvoorbeeld, worden ingeroepen in situaties waarin de overheid niet snel genoeg optreedt tegen (levens)gevaarlijke situaties of – mede gelet op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – formele wetten daaraan in de weg zouden staan. Het stellen van prioriteiten in het toezicht- en handhavingsbeleid blijft daarmee echter wel mogelijk. Sterker nog, uit de zaak *Öneryildiz* volgt dat absolute voorrang moet worden gegeven aan direct optreden tegen levensbedreigende situaties

57 Zie voor een overzicht van de geldende normen Ch.W. Backes e.a. (red.), *Milieurecht*, Deventer 2001. Vgl. over de Europese normen verder T. Heukels & A.A. ten Cate, 'Europees-rechtelijke dimensies van rampenbestrijding in vogelvlucht', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag 2001, p. 296 e.v. Het gaat hier onder meer om art. 21 Grondwet, de Wet milieubeheer en daarop gebaseerde nadere regelgeving, de Wet risico's zware ongevallen en de beide Seveso-richtlijnen.

58 Zie hierover Th.G. Drupsteen, *Een brug te ver?* (afscheidsrede Leiden), Deventer 2002.

59 Zie voor aanbevelingen op dit punt – gedaan nog voor de rampen van Enschede en Volendam – het rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer 1998. Zie ook de diverse bijdragen aan het speciale nummer (van na de genoemde rampen), Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht, *NJB* 2001, p. 1647-1698 en het rapport van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Gedogen in het milieurecht*, Den Haag 2002. Vgl. ook het WRR-rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002 en het rapport van de Algemene Rekenkamer, *Handhaven en Gedogen*, Den Haag 2005.

3 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOOR SCHADE ALS GEVOLG VAN ONVOLDOENDE TOEZICHT EN GEBREKKIGE HANDHAVING

Ondanks het hiervoor geschetste relatief strenge toezichts- en handhavingskader doen zich regelmatig gevallen voor van overtredingen van milieu- en veiligheidsnormen die schade tot gevolg hebben. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de slachtoffers van de brand in Volendam en de vuurwerkramp in Enschede. Hoewel de overheid in dergelijke gevallen vaak niet de primaire veroorzaker is van de schade, kan zij toch mede worden aangesproken door de slachtoffers. In de meeste gevallen wordt daarbij gesteld dat de overheid onrechtmatig zou hebben gehandeld door onvoldoende toezicht te hebben gehouden of omdat er sprake zou zijn van gebrekkige handhaving en wordt schadevergoeding gevorderd. Sommige slachtoffers bewandelen ook het strafrechtelijke pad en wensen een strafrechtelijke veroordeling van de betrokken overheidsfunctionarissen.

In deze paragraaf wordt zowel ingegaan op de mogelijkheden om schadevergoeding te krijgen van de overheid, als op de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij zal eerst (3.1) het nationale recht aan de orde komen. Daarna (3.2) wordt ingegaan op de EVRM-grondslagen terzake. Een confrontatie tussen beide rechtssferen volgt in 3.3.

3.1 Mogelijkheden naar nationaal recht

3.1.1 *Schadevergoeding*

Het niet naleven van wet- en regelgeving door burgers en instellingen kan van zodanige aard zijn dat andere burgers of bedrijven hierdoor schade lijden. In eerste instantie zal men in zo'n geval geneigd zijn de feitelijke overtreder, de schadeveroorzaker, aan te spreken voor schadevergoeding. Deze heeft immers de situatie in het leven geroepen waardoor de schade is ontstaan. Verder verwijderd hiervan staat de overheid, in geval het schadeveroorzakend handelen tegelijkertijd gekwalificeerd kan worden als overtreding van wet- en regelgeving waarop de overheid toezicht houdt en ten aanzien waarvan de overheid eventueel handhavend op kan treden. Als het niet ondenkbaar is dat schade was uitgebleven wanneer de overheid scherper toezicht had gehouden op de naleving van de regelgeving of eerder was overgegaan tot handhavend optreden, kan de overheid mogelijk een verwijt worden gemaakt. In deze subparagraaf wordt besproken in hoeverre de overheid naast de feitelijke overtreder aansprakelijk zou kunnen worden gehouden door een derde die daardoor schade lijdt.

Van belang is, zoals in paragraaf 2 besproken is, dat handhaven in beginsel een discretionaire bevoegdheid is. Uit de bestuursrechtjurisprudentie blijkt echter dat de nadruk de afgelopen jaren steeds sterker op handhaven is komen

te liggen. Gedogen is volgens deze lijn slechts expliciet, bij wijze van gedoogbesluit en in een beperkt aantal gevallen toegestaan. Daarvan is mede vanwege het zwaarwegende algemeen belang dat met handhaving gediend is, niet vaak sprake. Vaker concludeert de bestuursrechter aldus dat een overheidsorgaan dat handhavend op had moeten treden juist in dat opzicht in zijn taak tekort is geschoten.

Hoewel de bestuursrechter bevoegd is ten aanzien van veel overheidshandelen en -nalaten te oordelen, is met betrekking tot aansprakelijkheid van de overheid voor onvoldoende handhaven en toezicht ook voor de burgerlijke rechter een belangrijke rol weggelegd. Dit hangt samen met het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, waarbij in beginsel slechts een beroep kan worden gedaan op de bestuursrechter wanneer sprake is van een besluit (vgl. artikel 8:1 Awb). Een besluit zal bijvoorbeeld ontbreken in geval van passief gedogen. Evident is ook het ontbreken van een besluit wanneer de overheid niet op de hoogte is van een met wet- en regelgeving strijdige situatie. Daarnaast zijn handelingen die in het kader van toezicht worden verricht veelal feitelijk van aard en kunnen dus evenmin aan de bestuursrechter ter beoordeling worden voorgelegd. Daar komt bij dat eventuele beleidsregels en algemene verbindende voorschriften terzake op de voet van artikel 8:2 Awb van beroep bij de bestuursrechter zijn uitgesloten, zodat daartegen ook bij de burgerlijke rechter moet worden opgekomen.

Ook kunnen de termijnen die het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming kenmerken een obstakel vormen voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter. Indien een belanghebbende de bezwaar- en beroepstermijn ongebruikt heeft laten verstrijken en vervolgens een vordering instelt bij de burgerlijke rechter, zal deze (indien hij niet al over gaat tot het niet ontvankelijk verklaren van eiser in zijn vordering) uit moeten gaan van de formele rechtskracht van het besluit (hij gaat dan, met andere woorden, uit van de rechtmatigheid daarvan). Voor wat betreft het oordeel over schadevergoeding zij gewezen op het feit dat de bestuursrechter zich hierover – indien er sprake is van een vernietigd besluit – wel kan uitspreken op grond van artikel 8:73 Awb, maar dat dit artikel niet beoogt de bestuursrechter hiertoe de exclusieve bevoegdheid te verlenen.⁶⁰ In al deze gevallen kan of moet dus bij vermeende aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving een beroep worden gedaan op de burgerlijke rechter.⁶¹

Met de constatering dat de overheid niet aan haar zorgplicht heeft voldaan, is aansprakelijkheid van de overheid niet automatisch gegeven. Aan alle

60 MvT en MvA II, *Parl. Gesch. Awb II*, p. 474 en 476. Gelet op de bijzondere expertise van de burgerlijke rechter op het terrein van het schadevergoedingsrecht werd het niet wenselijk gevonden om de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie bij de burgerlijke rechter uit te sluiten.

61 Sedert het Ostermann-arrest (HR 20 november 1924, NJ 1925, 89) geldt dat de overheid ook ten aanzien van de schade die voortvloeit uit de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid aansprakelijk gesteld kan worden door derden.

vereisten voor aansprakelijkheid zal moeten zijn voldaan. De vereisten die voor aansprakelijkheid van de overheid gelden, zijn in beginsel dezelfde vereisten als voor burgers en private rechtspersonen. Een vordering uit onrechtmatige overheidsdaad zal dan ook moeten voldoen aan de vereisten die artikel 6:162 BW daaraan stelt. De vraag of een gedraging van de overheid onrechtmatig is zal volgens artikel 6:162 BW moeten worden beantwoord aan de hand van regels van geschreven en ongeschreven recht. Hieronder vallen tevens de geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en andere algemene rechtsbeginselen.⁶² Wil er sprake zijn van een tot vergoeding van schade verplichtende aansprakelijkheid dan moet verder nog voldaan zijn aan de volgende vereisten: de eis van de toerekening, het relativiteitsvereiste, er moet sprake zijn van een causaal verband en de eis betreffende de schade. In de praktijk kunnen het causaal verband en de relativiteit daarbij (zware) hordes vormen om te komen tot overheidsaansprakelijkheid. Voorts zal de overheid ter afwering van aansprakelijkheid vaak een beroep doen op bestuurlijke beoordelings- en beleidsvrijheid. Hoewel deze beleidsvrijheid de overheid niet immuun maakt voor aansprakelijkheid, is voor toetsing door de rechter slechts beperkt ruimte.

Ook dient vermeld te worden dat de aansprakelijkheid van de overheid voor onvoldoende toezicht en handhaven niet los staat van de aansprakelijkheid van de feitelijke overtreder (de (rechts)persoon die wet- en regelgeving overtreden heeft). Beide sluiten elkaar ook niet uit. Krachtens artikel 6:102 BW zijn medeveroorzakers immers hoofdelijk verbonden en kan men elk van hen voor het gehele bedrag van de schade aanspreken. In dit opzicht staat er niet veel in de weg aan aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving.

Jurisprudentie met betrekking tot aansprakelijkheid van de overheid voor schade die derden hebben geleden als gevolg van onvoldoende toezicht en handhaving is echter schaars en slechts in een enkel geval is tot op heden daadwerkelijk aansprakelijkheid van de overheid vastgesteld wegens onvoldoende toezicht en/of ontoereikende handhaving. Toch zijn uit de schaarse jurisprudentie wel enkele aanknopingspunten af te leiden met betrekking tot aansprakelijkheid wegens onvoldoende toezicht en handhaven. Van een duidelijke lijn in de jurisprudentie kan echter niet worden gesproken, ook al vanwege het feit dat de meeste jurisprudentie op dit gebied afkomstig is van lagere rechters. Te noemen vallen de zaken *Astrid Sterkenburg*,⁶³ *Boeddha*,⁶⁴ *Heeze-Leende*,⁶⁵ *Oudewater*,⁶⁶ *Vuurwerkcramp Enschede*⁶⁷ en *CMI Container*

62 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727, m.nt. Van der Burg, *AB* 1987, 27, m.nt. Scheltema, *BR* 1987, p. 553 e.v., m.nt. De Haan (Amsterdam/Ikon).

63 Hof Amsterdam 9 augustus 1990, *BR* 1991, p. 308 e.v., m.nt. Moesker (Astrid Sterkenburg).

64 HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 7146, 2, m.nt. Hennekens (Boeddha).

65 HR 25 oktober 2002, *JB* 2002, 349 (Heeze-Leende).

66 Rb. Utrecht 26 augustus 2003, *JB* 2003, 304, m.nt. Albers (Oudewater).

Masters.⁶⁸ Veelal zijn deze uitspraken, zoals bijvoorbeeld Astrid Sterkenburg en Oudewater waarin tot aansprakelijkheid van de overheid wordt geoordeeld, zeer casuïstisch van aard. Niet alle zojuist opgesomde zaken zullen dan ook besproken worden. Om toch een beeld te krijgen van de problematiek en de manier waarop de burgerlijke rechter met deze vorm van overheidsaansprakelijkheid omgaat, zullen de drie meest illustratieve van de hiervoor genoemde uitspraken nader besproken worden.

3.1.1.1 *De brand in restaurant Boeddha te Hilversum*⁶⁹

Eind 1988 brandde in Hilversum een Chinees restaurant af. Daarbij waren naast de materiële schade een aantal gewonden en zelfs dodelijke slachtoffers te betreuren. De laatste keer dat het restaurant door de gemeente op brandveiligheid was gecontroleerd, was 1983. Een aantal slachtoffers stelde de gemeente Hilversum aansprakelijk wegens onzorgvuldige en/of nalatige uitoefening van haar publieke taak om burgers tegen brand te beschermen. Van belang is het oordeel van het gerechtshof, dat in cassatie overeind blijft omdat er in de cassatiemiddelen verder niet meer op de aansprakelijkheid wordt ingegaan. Het hof overwoog dat in dit geval noch artikel 71 van de Brandveiligheidsverordening, noch enige andere bepaling van deze verordening de gemeente in onderhavige omstandigheden verplichtte tot ingrijpen. Het door de gemeente gevoerde beleid, zoals dit door haar was toegelicht, noopte niet tot actief ingrijpen in het onderhavige geval.

De uitspraak van het hof riep kritiek op. Van Dam verwijt het hof een te smalle benadering, nu het de verplichting van de gemeente zoekt in de wet en in het door de gemeente gevoerde beleid.⁷⁰ Verplichtingen kunnen krachtens artikel 6:162 lid 2 BW namelijk niet alleen voortvloeien uit de wet, maar ook uit het ongeschreven recht. Een toezicht- en handhavingsplicht kan dus volgens Van Dam ook gebaseerd worden op het ongeschreven recht. Ter onderbouwing van deze toezicht- en handhavingsplicht wijst hij op een aantal aspecten: het feit dat het zonder toezicht op de naleving weinig zin zou hebben een vergunningenstelsel in het leven te roepen en dat burgers er op zouden moeten kunnen vertrouwen dat de overheid op de naleving toeziet. Voorts is er bij de overheid een 'kennis- en kundeoverschot': de overheid beschikt bij uitstek over de kennis en kunde de risico's te in kaart te brengen en indien nodig op te heffen of te beperken. Ten slotte is er volgens Van Dam een rechtspolitieke rechtvaardiging te noemen in die zin dat het aansprakelijkheids-

67 Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. Albers, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Vuurwerkramp Enschede).

68 Rb. Rotterdam 26 mei 2004, 154527/HA ZA 01-917, LJN-nr: AR2320 (CMI Container Masters).

69 HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 7146,2, m.nt. Hennekens (Boeddha).

70 C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002, p. 103-123, op p. 112-113.

recht een bijdrage kan leveren aan een vergroting van de afstand tussen de overheid als vergunningverlener enerzijds en de vergunningontvanger anderzijds. Deze afstand kan (te) gering zijn wanneer er bijvoorbeeld persoonlijke voorkeuren, belangenverstrengeling economische belangen van de gemeente in het geding zijn. Deze kunnen er toe leiden dat minder streng gehandhaafd wordt dan onder gegeven omstandigheden wenselijk zou zijn, waarbij de belanghebbenden bij toezicht en handhaving het nakijken hebben.

3.1.1.2 *Vuurwerkramp Enschede*⁷¹

In deze zaak heeft een aantal slachtoffers en nabestaanden van de vuurwerkramp te Enschede zich verenigd en de staat en de gemeente gedagvaard en schadevergoeding gevorderd. Zij stellen de staat en de gemeente Enschede aansprakelijk voor de schade die veroorzaakt werd door de ontploffing op het terrein van de in Enschede gevestigde vuurwerkfabriek S.E. Fireworks. De overheid wordt onder meer gebrekkig toezicht en onvoldoende handhaving verweten ten aanzien van de naleving van bouw- en milieuregelgeving. Daarnaast baseren eisers de vordering op het feit dat de overheid onvoldoende (adequate) regelgeving op het gebied van vuurwerk tot stand had gebracht en dat de verleende milieu- en bouwvergunningen onrechtmatig waren. De rechtbank Den Haag, Sector Civiel, gaat bij de beoordeling of de overheid op deze gronden aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade uit van het volgende toetsingskader:

‘Om zo’n aansprakelijkheid te kunnen vast stellen, moet immers niet zozeer naar de gevolgen, maar vooral naar de oorzaken van de ontploffing (..) worden gekeken, met als uitgangspunt de wetenschap die de Staat en de gemeente tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan.’ (r.o. 3.1.2.)

Daarmee zoekt de rechtbank aansluiting bij de criteria zoals die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in het Kelderluik-arrest, waarin de Hoge Raad aangeeft hoe de afwegingsfactoren ter beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag dienen te worden gebruikt.⁷² Het gaat daarbij om de afweging van de omvang van de zorg tegen de omvang van het risico. Onder de omvang van de zorg vallen aard en nut van de gedraging en de bezwaarlijkheid van te nemen

71 Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. Albers, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Vuurwerkramp Enschede).

72 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, m.nt. G.J.S. (Kelderluik).

voorzorgsmaatregelen. Onder omvang van het risico vallen aard en omvang van de schade en de waarschijnlijkheid van het intreden van de schade.

Voor de vestiging van aansprakelijkheid acht de rechtbank – onder verwijzing naar de uitspraak van het EHRM in de zaak *Öneryildiz t. Turkije* – mede gezien de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 1 EP (recht op eigendom) in dat kader tevens van belang of de betrokken overheden op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reële en directe bedreiging van het leven en/of het materiële bezit van personen. Indien dat het geval zou zijn, zouden tijdig afdoende maatregelen moeten zijn genomen ter voorkoming van de verwezenlijking van dit risico. Daarnaast toetst de rechtbank aan de vereisten met betrekking tot normstelling, vergunningverlening, advisering, toezicht en handhaving zoals die voortvloeien uit artikel 2 EVRM en artikel 1 EP.

Aan de hand van dit toetsingskader komt de rechtbank tot het oordeel dat de overheid niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de door eisers gestelde schade.

Zo kan aansprakelijkheid om te beginnen niet worden gebaseerd op gebreken in wet- of regelgeving. Met het bestaande wettelijke stelsel wordt volgens de rechtbank voldaan aan de uit artikel 2 EVRM en artikel 1 EP voortvloeiende positieve verplichtingen, zeker gezien het feit dat de vuurwerkramp niet had kunnen plaatsvinden als de op dit stelsel gebaseerde verplichtingen waren nageleefd.

Evenmin kan de aansprakelijkheid van de gemeente volgens de rechtbank worden gebaseerd op de gestelde onrechtmatigheid van de verleende vergunningen. Het is van belang dit laatste onderwerp hier nader te bespreken omdat het verlenen van een vergunning op de juiste gronden en onder de juiste voorwaarden voorafgaat aan de toezichts- en handhavingsplicht van overheidslichamen. Ten aanzien van de verleende milieuvergunningen gaat de rechtbank in onderhavige zaak uit van de formele rechtskracht daarvan, nu hier geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheden van bezwaar en beroep die daartegen ten tijde van de verlening hebben opengestaan.⁷³ Dit is in lijn met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat het alleen in bijzondere omstandigheden mogelijk is een uitzondering op de formele rechtskracht te aanvaarden. Anders dan eisers hebben betoogd, acht de rechtbank geen gronden aanwezig om een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht te aanvaarden. Een uitzondering heeft de Hoge Raad tot nu toe alleen aanvaard wanneer rechtzoekenden door de overheid op het verkeerde been zijn gezet over de aan te wenden rechtsmiddelen en daardoor de bestuursrechtelijke rechtsgang niet (tijdig) hebben benut dan wel in het geval de rechtzoekende en de overheid het eens zijn over de onrechtmatigheid van

⁷³ HR 18 juni 1993, AB 1993, 504, m.nt. FHvdB, NJ 1993, 642, m.nt. MS (Sint-Oedenrode/van Aarle).

het besluit.⁷⁴ Van dergelijke situaties was in casu geen sprake. Ratio van dit 'strengere' leerstuk is om te beginnen het belang van de rechtszekerheid: over de rechtmatigheid van een vergunning mag niet te lang onzekerheid bestaan. Verder speelt ook een rol de taakverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter: voorkomen moet worden dat de civiele rechter moet oordelen over de rechtmatigheid van overheidshandelen ten aanzien waarvan een bijzondere bestuursrechtelijke rechtsgang is voorgeschreven.⁷⁵ Overigens verhindert het leerstuk van de formele rechtskracht niet dat de civiele rechter zich uitlaat over de rechtmatigheid van de regelgeving waarop de vergunningverlening is gebaseerd.⁷⁶ De civiele rechter kan de rechtmatigheid van dergelijke regelgeving – zoals ook blijkt uit de onderhavige uitspraak – geheel los van de vergunningen toetsen. Buiten het bereik van de toetsing door de civiele rechter blijven in beginsel wel in strijd met deze regelgeving verleende vergunningen waartegen niet (tijdig) is opgekomen. Dat laatste klemmt in casu temeer omdat uit het onderzoek van de Commissie-Oosting is gebleken dat er bij die vergunningverlening nogal wat fouten zijn gemaakt, zowel wat betreft de totstandkoming als wat betreft de inhoud. Zo zou er onder meer geen overleg zijn gevoerd met de brandweer en zouden waarschijnlijk mede daardoor brandwerendheidseisen ontbreken. Verder voldeden de interne afstanden tussen de afzonderlijke opslagplaatsen, mede gezien de omvang en klasse van de vergunde hoeveelheden vuurwerk, niet aan de geldende normen.⁷⁷ Het is de vraag of voor gevallen als in casu aan de orde niet een nieuwe uitzondering op de formele rechtskracht zou moeten worden aangenomen, zodat op zijn minst een onafhankelijke rechter de rechtmatigheid van het overheidsoptreden kan toetsen en zo nodig een schadevergoeding kan toekennen.⁷⁸ In extremis leidt de huidige strenge jurisprudentie namelijk tot een situatie waarin er sprake kan zijn van evidente fouten bij de vergunningverlening zonder dat de rechter deze kan vaststellen en daaraan een schadevergoeding kan verbinden. Een argument voor het aannemen van een verdere uitzondering op de

74 HR 16 mei 1986, AB 1986, 573, m.nt. FHvdB, NJ 1986, 723, m.nt. MS (Heesch/vd Akker); HR 18 juni 1993, AB 1993, 504, m.nt. FHvdB, NJ 1993, 642, m.nt. MS (Sint-Oedenrode/Van Aarle). De regel van de formele rechtskracht is volgens HR 24 januari 2003, AB 2003, 120, m.nt. RW (Maple Tree Holding/Staat) niet in strijd met EG-recht. De juistheid van dit arrest van de Hoge Raad blijkt uit HvJ EG 13 januari 2004, Kühne en Heitz, C-453/00, AB 2004, 58, m.nt. RW, JB 2004, 42, m.nt. NV.

75 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2002, p. 666-672.

76 HR 11 oktober 1996, AB 1997, 1, m.nt. ThGD (Leenders/Ubbbergen).

77 Rapport Commissie Onderzoek Vuurwerkramp (Commissie-Oosting), *De vuurwerkramp, Eindrapport*, Enschede/Den Haag, in het bijzonder p. 39-52. Zie daarover ook F.C.M.A. Michiels, 'Een onverschoonbare termijnoverschrijding', *Ars Aequi* 2001, p. 905-910, op p. 909.

78 Voorstander daarvan is Van Dam 2002, p. 106-107. In die zin ook Barkhuysen & Van Emmerik in hun al aangehaalde noot onder Rb. Den Haag, Sector Civiel, 24 december 2003.

formele rechtskracht kan mogelijk ook ontleend worden aan het EVRM. Hierop wordt in paragraaf 3.2 en 3.3 ingegaan.

Ten aanzien van het gestelde omtrent het onvoldoende toezicht en handhaven door de overheid, komt de rechtbank ook niet tot het aannemen van aansprakelijkheid van de overheid. Voor het grootste deel op basis van overwegingen van feitelijke aard. De stellingen van eisers worden veelal niet of onvoldoende bewezen geacht of wel het verweer van de gemeente wordt niet of onvoldoende weersproken geacht. Ook op deze uitspraak is kritiek gekomen. Zo kan Albers zich niet aan de indruk onttrekken dat de rechtbank er veel aan gelegen is niet te komen tot aansprakelijkheid.⁷⁹ Zij wijst er onder meer op dat de overweging waarin gedogen en legaliseren van de geconstateerde overtredingen jegens de eisers niet onrechtmatig zou zijn, anders dan de rechtbank wil doen geloven niet in overeenstemming is met de bestuursrechtelijke handhavingsjurisprudentie.

3.1.1.3 CMI Container Masters⁸⁰

CMI Container Masters (hierna CMI) heeft in Rotterdam een bedrijf, dat onder meer gespecialiseerd is in de opslag van brandgevaarlijke stoffen. Daartoe heeft zij onder meer een milieuvergunning. In mei 1995 constateert DCMR Milieudienst Rijnmond (een openbaar lichaam ingesteld krachtens gemeenschappelijke regeling en namens de gemeente Rotterdam belast met controle op de naleving van vergunningvoorschriften, hierna: DCMR) structurele overtreding van de aan de vergunning verbonden voorschriften. In de daarop volgende periode wordt CMI verschillende malen gemaand de situatie in overeenstemming te brengen met de geldende voorschriften al dan niet onder het stellen van termijn en onder dreiging van handhaving. Uiteindelijk is daarvan nog niets terecht gekomen als in februari 1996 brand uitbreekt op het terrein van CMI. CMI had op haar terrein een aantal loodsen staan waarin (brand)gevaarlijke stoffen lagen opgeslagen. Een aantal van de omliggende bedrijven en verzekeringsmaatschappijen stelt de gemeente Rotterdam alsmede de DCMR aansprakelijk, wegens onvoldoende handhavend optreden ten aanzien van de naleving van de vergunningsvoorwaarden.

Bij de rechtbank staat ter discussie of de met handhaving belaste overheidslichamen in redelijkheid konden beslissen te volstaan met de mate van handhaving die zij hebben betracht. De rechtbank stelt (in r.o. 5.13) dat de overheid in voorliggend geval verplicht is tot toezicht en handhaven. Daarbij baseert de rechtbank zich op artikel 18.2 Wet milieubeheer. Hoewel daarin geen absolute plicht tot handhaven is te lezen, valt er volgens de rechtbank wel een zorgplicht tot handhaven uit af te leiden. De omvang van deze zorgplicht

79 C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving', *NTB* 2004, p. 201-211.

80 Rb. Rotterdam 26 mei 2004, 154527 / HA ZA 01-917, LJN-nr: AR2320 (CMI Container Masters).

en de vraag of deze plicht geschonden is beantwoord de rechtbank aan de hand van de volgende overweging:

‘(...) of gedaagden, als de met handhaving belaste overheidslichamen, in redelijkheid konden beslissen te volstaan met de mate van handhaving die zij hebben betracht. Een onrechtmatige daad kan aan de overheid worden toegerekend indien zij het risico kende of behoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden.’ (r.o. 5.14)

Het kennen van het risico vormt in deze zaak geen probleem, in 1995 was immers al geconstateerd dat door CMI vergunningvoorschriften werden overtreden en blijkens de vergunningverlening was men er van op de hoogte dat het gevaarlijke stoffen betrof. Impliciet geeft de rechtbank ook een oordeel over de omvang van het risico en de waarschijnlijkheid van het intreden van het risico als zij oordeelt dat gezien de bekendheid van gedaagden met de niet-naleving van de vergunningvoorwaarden en het risico van ernstige schade, een actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden was geboden. Door onder genoemde omstandigheden telkens weer te kiezen voor overleg, handelden de gemeente en DCMR in strijd met de uit artikel 18.2 Wm voortvloeiende verplichting, en daarmee onrechtmatig. In de uitspraak in de zaak Enschede ging de rechtbank Den Haag in het daar geschetste toetsingskader uit van een afweging van de aard en de waarschijnlijkheid van het risico ten opzichte van de maatschappelijke kosten. In het kader van de kelderluik-criteria heet dat laatste de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen. Van een dergelijke afweging blijkt in de zaak CMI Container Masters niet expliciet. Impliciet blijkt deze echter wel uit de afwijzing van het beroep op beleidsvrijheid van gedaagden ten aanzien van het maken van een afweging van belangen in het kader van de beslissing al dan niet over te gaan tot handhaving én de daarbij te betrekken (financiële) belangen van CMI.

Daarmee lijkt de rechtbank Rotterdam eveneens aansluiting te zoeken bij de kelderluik-criteria, hoewel dit niet op een zelfde heldere manier geschiedt als in de zaak Enschede. Wel is de uitkomst dit keer anders. Er wordt wel een onrechtmatig handelen vastgesteld en ook een beroep op de haar toekomende beleidsvrijheid mag de overheid niet baten. Opvallend is dat de rechtbank daarbij afgaat op de reeds aangehaalde kabinetsnota ‘Gedogen in Nederland’. Daarin wordt handhaven voorop gesteld en de rechtbank stelt daarbij vast dat er geen sprake is van één van de in de nota genoemde uitzonderingssituaties waarbij door een bestuursorgaan kan worden afgezien van handhaven. Ook het verweer van gedaagden dat het gedogen slechts van tijdelijke aard was (begin 1997 zou CMI verhuizen) wordt door de rechtbank verworpen. Daarin kan geen rechtvaardiging worden gevonden om van handhaven af te zien omdat in geval van een gevaarlijke situatie als de onderhavige in beginsel elke dag dat die situatie duurt er een te veel is, aldus de rechtbank.

3.1.1.4 Aanknopingspunten voor aansprakelijkheid in de jurisprudentie

De jurisprudentie, die zoals gezegd veelal casuïstisch van aard is, biedt geen algemene aanknopingspunten betreffende overheidsaansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht en handhaving.⁸¹ Ook Heinen stelt voorop dat de specifieke feiten en omstandigheden sterk bepalend zijn voor het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid, waarbij de civiele rechter volgens hem zoveel mogelijk toe redeneert naar een redelijk en rechtvaardig eindoordeel.⁸² Wel destilleert hij uit de relevante jurisprudentie een aantal aanknopingspunten die de rechter bij een eventueel onrechtmatigheidsoordeel zal kunnen betrekken. Naast de criteria uit het toetsingskader, zoals dit door de rechtbank Den Haag in de zaak Enschede is opgesteld en dat op hoofdlijnen impliciet gevolgd wordt door de rechtbank Rotterdam, noemt Heinen nog enkele factoren die een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de onrechtmatigheid. Een belangrijke rol speelt volgens hem de mate van ernst in het tekortschieten bij de taakuitoefening door de overheid. Daarnaast de wijze waarop met informatie van derden is omgegaan: had die onder de gegeven omstandigheden aanleiding moeten geven voor nader onderzoek, toezicht of handhaven? Verder kan de bekendheid met locatiespecifieke omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de kwetsbaarheid van de omliggende omgeving een eigen rol spelen. Ook kan nog de samenhang tussen de aard van de publieke taak en bevoegdheidsuitoefening en het schadeveroorzakend gedrag worden genoemd. In dit verband zijn de invloed en de zeggenschap die een bestuursorgaan heeft op bepaald schadeveroorzakend gedrag van belang. Het gewicht dat een bestuursorgaan aan een bepaalde publieke taak toekent, betreft immers veelal een rechtspolitieke keuze.

3.1.2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid staat de laatste jaren in Nederland zeer in de belangstelling.⁸³ Uit de zogenaamde Pikmeer-jurisprudentie volgt dat de staat en de tot het gedrag van de staat opdrachtgevende of leidinggevende ambtenaren (vgl. artikel 51 Sr) op dit moment volledige vervolgingsimmunitet genieten.⁸⁴ Voor de decentrale overheden en de daartoe behorende opdrachtgevende of leidinggevende ambtenaren geldt een beperkte immunitet, namelijk voor zover het gaat om de uitoefening van exclusieve overheidstaken. Het gaat hier dan om handelingen die naar hun aard en gelet

81 Aldus concludeert ook Albers (2004, p. 205) na bestudering van de relevante jurisprudentie op dit gebied.

82 P.C.M. Heinen, 'Serieus toezien op bouwen en wonen', *BR* 2005, p. 183-192, op p. 188-189.

83 Zie onder meer C.H. Brants, 'Vervolgbaarheid van de staat', *O&A* 2003, p. 2-12 en D. Roef, 'De strafbaarheid van overheden in rechtsvergelijkend perspectief', *O&A* 2003, p. 13-26.

84 HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513, *AB* 1996, 457 (Pikmeer I) en HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367, m.nt. JdH, *AB* 1998, 45, m.nt. ThGD (Pikmeer II). Zie reeds eerder HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598, m.nt. C (Vliegbasis Volkel).

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 bestuurszaak, zodat uitgesloten is dat derden op gelijke voet als het openbaar lichaam deze taak verrichten, aldus de Hoge Raad in het Pikmeer II-arrest. In navolging van deze uitspraak heeft het gerechtshof Arnhem zich in de artikel 12 Sv-beklagprocedure in de Enschedese vuurwerkzaak ook over dit laatste criterium uitgelaten.⁸⁵ In het bijzonder heeft het gerechtshof de vraag beantwoord of de gedragingen van de gemeente(ambtenaren) die zijn verricht in het kader van het verlenen van de vergunningen in kwestie, alsmede van de handhaving en het toezicht op de naleving van die vergunningen, kunnen worden beschouwd als een zogenaamde exclusieve overheidstaak. Het gerechtshof overweegt dat er in de literatuur een grote mate van eenstemmigheid bestaat over het feit dat het verlenen van een vergunning moet worden beschouwd als een exclusieve bestuurszaak, terwijl er verschil van mening bestaat over de vraag of handhaving en toezicht kunnen worden aangemerkt als exclusieve bestuurstaken.⁸⁶ Het gerechtshof is desalniettemin, alles afwegend, van mening dat zowel de verlening van de vergunning als de handhaving en het toezicht exclusieve bestuurstaken zijn, in verband waarmee de gemeente Enschede en haar opdracht- of leidinggevende ambtenaren niet kunnen worden vervolgd. Verder onderzoekt het gerechtshof of ambtenaren van de staat (werkzaam bij het bureau van het ministerie van Defensie dat ook een toezichthoudende taak had) of van de gemeente als (fysieke) dader (artikel 47 Sr) of medeplichtige (artikel 48 Sr) kunnen worden vervolgd. Het gerechtshof meent dat dit niet het geval is, aangezien het optreden van deze natuurlijke personen geheel heeft plaatsgevonden in de publieke sfeer en er geen sprake is geweest van enig eigenmachtig optreden. Daarmee lijkt het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van de overheid en overheidsdienaren wegens onvoldoende toezicht en handhaving een weinig begaanbare weg. Hierop wordt nog nader ingegaan in paragraaf 3.3.

85 · Gerechtshof Arnhem 23 september 2002, *JB* 2002, 314, m.nt. Peters, *NJ* 2002, 550. Zie voor de uitleg van het begrip 'exclusieve overheidstaak' ook de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 9 juli 2003, *AB* 2003, 332, m.nt. H. Peters, *JB* 2003, 280, m.nt. Albers, waarin de gemeente Utrecht wordt veroordeeld tot betaling van een (strafrechtelijke) boete van 18.000 euro wegens fouten leidend tot de dood van een brandweerdeuiker tijdens een duik oefening. Anders dan de gemeente, is de rechtbank van oordeel dat de gemeente in casu geen strafrechtelijke immuniteit toekomt omdat het opleiden en trainen van brandweerlieden niet behoort tot de categorie van exclusieve overheidstaken.

86 · Vgl. hierover A.M. de Koning, 'Toepassing van het Nederlandse strafrecht bij rampen', in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag 2001, p. 207-220; J.A.F. Peters, 'Na Pikmeer: Volendam of Enschede?', *NTB* 2001, p. 42-45; D. Roef, 'Strafvervolgning van overheden, Een evaluatie naar aanleiding van de ramp in Enschede', *Ars Aequi* 2001, p. 142-149.

3.2 Europeesrechtelijke grondslagen voor aansprakelijkheid

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het EVRM ook eisen stelt ten aanzien van de mogelijkheden op nationaal niveau om de verantwoordelijken aansprakelijk te stellen voor de gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften. Daarbij gaat het om de mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen en om strafrechtelijke aansprakelijkheid. Beide onderwerpen worden hierna nader uitgewerkt.

3.2.1 Schadevergoeding

De zaak *Öneryildiz* maakt – nog eens – duidelijk dat er bij een schending van artikel 2 EVRM – mede in het licht van artikel 13 EVRM – op nationaal niveau adequate voorzieningen moeten zijn teneinde de overheid voor de hierdoor veroorzaakte schade aansprakelijk te kunnen stellen en schadevergoeding te kunnen ontvangen. Deze mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen, dient te bestaan zowel in het geval dat de overheid de directe veroorzaker van deze schade is, als in het geval dat een derde deze schade primair heeft veroorzaakt en de overheid medeverantwoordelijk is wegens het ten onrechte verlenen van een vergunning voor de schadeveroorzakende activiteit, dan wel wegens een gebrek aan toezicht en/of handhaving of aan informatieverstrekking. Vergelijkbare eisen gelden – mede op grond van artikel 13 EVRM – in geval van schendingen van de artikelen 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP.⁸⁷

Indien de overheid de normen die voortvloeien uit de artikelen 2, 3 en 8 EVRM en artikel 1 EP niet naleeft en het levensbedreigende gevaar zich verwezenlijkt, aantasting van de fysieke integriteit optreedt of ernstige overlast blijft bestaan, handelt zij daarmee in strijd met (een van de) genoemde bepalingen van het EVRM. Hiermee is ook naar Nederlands recht de onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW gegeven. De overheid heeft dan immers in strijd gehandeld met een wettelijke plicht, waar ook een ieder verbindende verdragsbepalingen onder vallen.⁸⁸

3.2.2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Het EHRM leidt volgens inmiddels vaste jurisprudentie uit artikel 2 (het recht op leven) en artikel 3 (het recht om gevrijwaard te blijven van een vernederende of onmenselijke behandeling) in combinatie met artikel 13 (het recht op effectieve nationale rechtsbescherming) van het EVRM, de verplichting voor

87 Vgl. M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden), Leiden 1997; T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad 1998.

88 Vgl. Van Emmerik 1997, p. 319.

staten af om voor het geval van overlijden of vernederende behandeling van personen te voorzien in een effectief wettelijk en rechterlijk systeem op basis waarvan op nationaal niveau rechtsherstel kan worden verkregen. Dit betekent volgens het EHRM dat uit de genoemde verdragsartikelen niet alleen de verplichting voortvloeit om zo nodig schadevergoeding te (doen) betalen maar ook om grondig en effectief onderzoek te doen dat kan leiden tot de bestraffing van de verantwoordelijken voor de dood of vernederende behandeling van de betrokken personen. Tevens dient de staat zorg te dragen voor het bestaan van adequate strafwetgeving ter voorkoming, veroordeling en bestraffing van ongerechtvaardigde inbreuken op de rechten als bedoeld in artikel 2 en 3 EVRM. Bij niet-opzettelijke inbreuken op deze rechten, hoeft volgens het EHRM niet in alle gevallen te worden voorzien in strafrechtelijke sancties. Adequaat herstel zou dan onder omstandigheden ook kunnen worden geboden in een op het verkrijgen van schadevergoeding gerichte civiele of bestuursrechtelijke procedure.⁸⁹

Deze vaste jurisprudentie van het EHRM heeft in het arrest in de zaak *Öneryildiz t. Turkije* toepassing gekregen in een feitencomplex dat tot op zekere hoogte associaties oproept met de zaken Enschede en Volendam. Het Hof – zowel de Kamer als na intern appel de Grote Kamer – constateerde een schending van onder meer het recht op leven (artikel 2 EVRM) en het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel terzake (artikel 13 EVRM), aangezien de (lokale) overheid niet adequaat had opgetreden, zowel in preventieve als in herstellende zin ter zake van de explosie. De na de explosie gevoerde procedures, zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk (deze laatste met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding), boden in de ogen van het EHRM onvoldoende herstel. Ten aanzien van de strafrechtelijke procedure overwoog het Hof dat de betrokken burgemeesters slechts schuldig waren bevonden aan nalatigheid in de uitoefening van hun functies en waren veroordeeld tot voorwaardelijke geldboeten van nog geen (omgerekend) tien euro ieder. Bovendien had de strafrechter geen enkel verband gelegd tussen het nalaten van de autoriteiten en de dood van de betrokken personen en zich daarmee niet uitgesproken over de eventuele verantwoordelijkheid van de burgemeesters voor de dood van deze personen. Op deze manier genoten de burgemeesters een quasi-immuniteit, waarmee in de ogen van het Hof deze procedure niet kon worden beschouwd als adequaat en effectief rechtsherstel. Een alleen tot schadevergoeding leidende procedure kon in casu volgens het EHRM niet tot voldoende herstel leiden, aangezien een groot aantal autoriteiten niet adequaat had opgetreden, vele personen ernstig werden bedreigd en zich een zeer tragisch ongeluk voordeed.

Hieruit volgt dat het EVRM ook bij niet-opzettelijke inbreuken onder bepaalde omstandigheden vereist dat de verantwoordelijken voor dodelijke ongelukken en vernederende behandelingen – ook als dat publieke gezagsdragers zijn

⁸⁹ Vgl. EHRM 18 december 1996, *Aksoy t. Turkije*; EHRM 19 februari 1998, *Kaya t. Turkije*; EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië*.

en zij handelen binnen hun functie – strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld kunnen worden. De Grote Kamer van het EHRM verwoordt dat in de zaak *Öneryildiz* 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 realizing 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 (...).’ (par. 93 van de uitspraak)

3.3 Confrontatie van het nationale en Europese recht

Het is de vraag in hoeverre de EVRM-eisen op een adequate manier zijn verwerkt in het in Nederland geldende recht. Voorziet dat in voldoende mogelijkheden voor schadevergoeding en het – in extreme gevallen – strafrechtelijk aansprakelijk stellen van verantwoordelijken voor schending van milieu- en veiligheidsvoorschriften?⁹⁰

3.3.1 Schadevergoeding

Vastgesteld kan worden dat in het huidige Nederlandse regime inzake overheidsaansprakelijkheid de normen terzake van levensbedreigende situaties uit het EVRM, zoals geformuleerd in de Straatsburgse jurisprudentie, reeds voldoende zijn opgenomen.⁹¹ De verplichtingen uit het EVRM op dit punt leiden niet zozeer tot een verruiming van de overheidsaansprakelijkheid in Nederland, maar geven wel een nadere invulling aan hetgeen kan worden beschouwd als een onrechtmatige (overheids)daad in de zin van artikel 6:162 BW. Gelet daarop kan, bijvoorbeeld, bij het zich verwezenlijken van een risico als aan de orde in de zaak *Öneryildiz* ter onderbouwing van een schadeclaim in Nederland ook een expliciet beroep worden gedaan op artikel 2 EVRM. Verder bieden de normen van het EVRM een waarborg tegen beperking van aansprakelijkheid. Een mooie illustratie van het hiervoor gestelde biedt de

90 Zie daarover uitgebreid de noot van Barkhuysen & Van Emmerik onder Rb. Den Haag, Sector Civiel, 24 december 2003, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722.

91 Zie in het bijzonder Van Dam 2002, p. 103-123; I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer 2005, p. 72 e.v. Zie in meer algemene zin G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer 2005; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer 2001.

uitspraak van de Rechtbank Den Haag inzake een schadeclaim vanwege de Enschedese vuurwerkramp.⁹²

Een uitzondering op deze algemene vaststelling dat wordt voldaan aan de EVRM-aansprakelijkheidseisen, vormen wellicht de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde normen met betrekking tot het uit te oefenen toezicht. Uit de zaak *Öneryildiz* valt weliswaar niet precies af te leiden hoever de verplichting voor de overheid reikt om toezicht te houden op de naleving van bepaalde normen. Vast staat echter wel dat de overheid op grond van artikel 2 EVRM verplicht is om in te grijpen indien zij op de hoogte was van het levensbedreigende gevaar of ervan op de hoogte had *kunnen* zijn. Uit dat laatste lijkt een zekere verplichting tot het houden van toezicht voort te vloeien. Het is daarmee in ieder geval de vraag of de uitspraak van de Hoge Raad in de zogenaamde *Boeddha-zaak* in het licht van de EVRM-vereisten niet te terughoudend is. In deze zaak die hiervoor besproken is, beperkte de Hoge Raad zich ten aanzien van de vraag naar de toereikendheid van het overheidstoezicht tot de toets of de wettelijke brandveiligheidsvoorschriften waren nageleefd. De Hoge Raad zag niet onder ogen of de toezichtsplicht kon worden gebaseerd op ongeschreven recht, dan wel op het EVRM.⁹³ Het EVRM zou echter, gelet op de hiervoor besproken Straatsburgse jurisprudentie, wel mede een basis kunnen vormen voor een dergelijke toezichtsverplichting.⁹⁴ De hiervoor besproken uitspraken inzake de *Vuurwerkramp Enschede* en *CMI Container Masters* stemmen wat dat betreft hoopvol omdat daarin wel wordt teruggevallen op respectievelijk de eisen die uit het EVRM voortvloeien en de beginselplicht tot handhaving.

Verder zou bij de verwijdering van gedurende lange tijd gedoogde illegale objecten op grond van artikel 1 EP mogelijk een schadevergoeding moeten worden betaald, zeker wanneer de eigenaar anders onevenredig zou worden getroffen.⁹⁵

In het licht van het EVRM kan mogelijk ook een mogelijk probleem punt vormen de toepassing van de regel van de formele rechtskracht in schadevergoedingsprocedures.

Een argument voor het aannemen van een verdere uitzondering op de formele rechtskracht is de onder meer uit artikel 2 EVRM voortvloeiende verplichting om in situaties waarin doden zijn te betreuren te voorzien in een effectief rechterlijk systeem om de oorzaken hiervan vast te stellen, de verant-

92 Rb. Den Haag, Sector Civiel, 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. Albers, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

93 HR 22 juni 2001, *Gst.* 2001, 7146, nr. 2, m.nt. Hennekens. Van Dam 2002, p. 112, vindt dit een te beperkte benadering, zij het niet zozeer met een beroep op het EVRM, maar onder verwijzing naar een aantal beginselen van ongeschreven recht.

94 Zie voor een uitwerking van toezichtsvereisten (toegespitst op het financieel-economische recht) A.A. van Rossum, *Falend toezicht* (oratie Utrecht), Den Haag 2001. Vgl. ook Giesen 2005.

95 Vgl. de bijdrage van Tjepkema aan deze bundel.

woordelijken aan te wijzen en adequaat rechtsherstel te bieden, onder meer door schadevergoeding toe te kennen.⁹⁶ Aan deze vereisten lijkt niet te kunnen worden voldaan wanneer een belangrijk aspect van een zaak vanwege de formele rechtskracht geheel buiten beeld moet blijven. Het is ook de vraag of de belangen die het leerstuk van de formele rechtskracht beoogt te beschermen – de rechtszekerheid en de taakverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter – een dergelijk resultaat rechtvaardigen. Een ander argument voor het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht zou kunnen zijn dat het EHRM, wanneer de onderhavige zaak naar Straatsburg zou worden gebracht, zich met het oog op de effectieve bescherming van verdragsrechten waarschijnlijk niets gelegen zou laten liggen aan het – procedurele – leerstuk van de formele rechtskracht, zeker waar het recht van artikel 2 EVRM aan de orde is. Het Hof zou los daarvan beoordelen of de staat als geheel al dan niet een verwijt zou kunnen worden gemaakt waarbij ook fouten terzake van de vergunningverlening en de inhoud daarvan kunnen worden betrokken. Daarbij zou ook een rol kunnen spelen dat het EHRM uit artikel 2 EVRM een positieve verplichting afleidt voor de staat – en dus ook voor bestuurlijke autoriteiten als onderdeel daarvan – om het leven van burgers te beschermen. Dat impliceert een verplichting van het bevoegde gezag om los van eventuele bezwaren en beroepen van burgers tegen (ontwerp)milieuvergunningen te zorgen voor een, gelet op de vereisten van artikel 2 EVRM, adequate vergunning. De staat zou zich in deze redenering niet mogen verschuilen achter het feit dat burgers geen gebruik maken van bezwaar- en beroepsmogelijkheden en de daaruit voortvloeiende formele rechtskracht. Het bevoegde gezag moet dus ‘ambtshalve’ zorgen voor een adequate vergunning en als dat niet gebeurt, moet dat in rechte aan de orde kunnen worden gesteld. Dat volgt overigens ook uit hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer, waarvan de artikelen 8.22 tot en met 8.24 zelfs een verplichting introduceren voor het bevoegde gezag om verleende vergunningen ambtshalve te herzien als dat nodig is gelet op de belangen van het milieu. Een mogelijk tegenargument hierbij zou kunnen zijn dat klagers de nationale rechtsmiddelen als bedoeld in artikel 35 EVRM niet hebben uitgeput, zodat het EHRM de klacht (op dit punt) niet ontvankelijk zou moeten verklaren en geen oordeel zou kunnen geven. Klagers hebben immers – zo zou kunnen worden gesteld – een beroepsmogelijkheid met betrekking tot de vergunningen onbenut gelaten. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt echter op dit punt een grote mate van soepelheid van het EHRM wanneer rechten als opgenomen in de artikelen 2 en 3 EVRM aan de orde zijn.⁹⁷ Een

96 Zie o.m. de reeds aangehaalde uitspraken van het EHRM inzake *Öneryildiz t. Turkije*, waarin ook naar eerdere uitspraken wordt verwezen. Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2003, p. 109-121.

97 Vgl. EHRM 19 september 2000, *Köksal t. Nederland* (ontv. besl.): het niet volgen van de beschikbare civiele schadevergoedingsprocedure werd klagers niet tegengeworpen. In casu betrof het een strafzaak tegen een politieman, waarbij de in het buitenland wonende klagers

mogelijk tegenargument dat⁹⁸ meer is toegespitst op de onderhavige zaak, namelijk dat de Commissie Oosting in haar reeds aangehaalde rapport ook constateert dat als alle opgenomen vergunningvoorschriften wel waren nageleefd, de ramp niet had plaatsgevonden, doet evenmin af aan deze principiële argumenten voor het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht. Het gaat er immers om dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter zich een eigen oordeel moet kunnen vormen over de vergunningen en de vraag of eventuele gebreken al dan niet hebben geleid tot de ramp.

In ieder geval zou er aan kunnen worden gedacht om het leerstuk van de formele rechtskracht in die zin te nuanceren dat dit bij pure schadevorderingen niet *onverkort* geldt. Dit zou betekenen dat het besluit in kwestie onaantastbaar blijft maar dat dit besluit wel degelijk onrechtmatig kan zijn jegens een belanghebbende. Bij een pure schadevordering zijn het belang van de rechtszekerheid en de taakverdeling tussen de civiele en de bestuursrechter minder in het geding dan bij de vraag of na het verstrijken van een bezwaar- en beroepstermijn al dan niet van een vergunning gebruik mag worden gemaakt. In de schadevergoedingszaak zou dan het feit van het niet-opkomen tegen de vergunningverlening eventueel wel een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Een voorstandster hiervan is onder meer de VAR-Commissie rechtsbescherming die zich heeft gebogen over de toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid.⁹⁸

Voorts blijkt het in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde toetsingskader niet heel precies. Het blijft onduidelijk wanneer een risico dermate groot is, dat daaruit een rechtsplicht voor de overheid voortvloeit om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Evenmin is helder wanneer nu precies sprake is van reële en directe bedreiging van het leven en/of het materiële bezit van personen, die noopt tot preventief overheidsingrijpen. Verdere onduidelijkheid ontstaat als gevolg van de door de rechtbank in de zaal Enschede geïntroduceerde bijkomende factoren voor het aannemen van aansprakelijkheid: de aard van de mogelijke effecten en de (maatschappelijke) kosten verbonden aan het beteugelen van het risico. Een en ander heeft tot gevolg dat het voor de eisers ook niet duidelijk is wat zij nu precies moeten bewijzen, wil de rechtbank wel aansprakelijkheid vaststellen op basis van de uit het toetsingskader voortvloeiende normen. Toegegeven moet worden dat het ook niet gemakkelijk is het toetsingskader heel precies te maken. Daarbij biedt ook de Straatsburgse rechtspraak niet veel houvast.

(nabestaanden van een in een politieel overleden man) formeel geen partij waren en ook geen rechtsbijstand in Nederland hadden.

98 VAR-Commissie rechtsbescherming (Commissie J.E.M. Polak), *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag 2004, p. 86-89. In deze zin ook B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', *O&A* 2003, p. 149 e.v.

Mede gelet op de hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid, verdient het aanbeveling om met het oog op toekomstige vergelijkbare zaken meer het accent te leggen op de verplichting van bestuursorganen om een adequaat toezicht- en handhavingsbeleid te ontwikkelen, waarin wordt gedifferentieerd naar de risicovolheid van de te controleren activiteit (zo vergt een vuurwerk-opslagplaats in de regel regelmatigere controle dan een restaurant). Dit beleid moet dan vervolgens door het bestuursorgaan consequent worden toegepast en wanneer dat niet gebeurt en een risico zich verwezenlijkt, zou (risico)aansprakelijkheid voor de ontstane schade dienen te worden aangenomen.⁹⁹ Een dergelijk toezicht- en handhavingsbeleidskader maakt het voor de rechter ook gemakkelijker om te toetsen of het bestuursorgaan aan zijn verplichtingen in deze heeft voldaan. Verder zou – en dat staat hier enigszins los van – overwogen moeten worden of het niet toch beter zou zijn het toezicht op de naleving van veiligheidsnormen, anders dan thans vaak het geval is, op te dragen aan een toezichthouder die niet op de een of andere wijze belang zou kunnen hebben bij het realiseren van een project waaruit een veiligheidsrisico voortvloeit.

Ten slotte moet worden benadrukt dat de (maatschappelijke) kosten voor het beteugelen van een reële en directe bedreiging van het leven van personen – zoals ook uit de uitspraak van de rechtbank in de zaak Enschede lijkt te volgen – gelet op de EHRM-jurisprudentie met betrekking tot artikel 2 EVRM, geen rol mogen spelen. Voor zover géén sprake is van een dergelijke bedreiging, komt het aan op de vraag welke kans op de realisering van een bepaald risico wij met zijn allen aanvaardbaar vinden, afgezet tegen de kosten die hiervoor moeten worden gemaakt. Deze afweging zou – anders dan nu vaak het geval is – steeds expliciet en openlijk moeten worden gemaakt. Er valt immers wel wat te zeggen voor de kritiek van prof. Ale (verbonden aan de TU Delft en tevens directeur onderzoek van het Nederlands Instituut voor Brandweer en Rampenbestrijding), die stelt dat veel Nederlanders thans hypocriet zijn als het gaat om veiligheid: men is terecht zeer verbolgen als een vliegtuig neerstort op de Bijlmer, maar de meeste mensen vliegen tegelijkertijd graag over Amsterdam naar de Spaanse costa's...¹⁰⁰

3.3.2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Indien we de hiervoor in paragraaf 3.1 behandelde (Pikmeer-)jurisprudentie over de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden leggen naast de uit-

99 Vgl. Michiels 2001, p. 910. Zie uitgebreid zijn VAR-jaarrede 2001, in: VAR-reeks 127, Den Haag 2002, p. 8-13. Ook de Algemene Rekenkamer komt in het al aangehaalde rapport *Handhaven en gedogen*, tot de aanbeveling op dit punt beleid te ontwikkelen en te expliciteren.

100 B. Ale, in een toespraak voor het Nationaal Forum Crisisbeheersing en Rampenbestrijding in Maarssen, persbericht 12 mei 2004. Zie ook het rapport van de Raad voor het openbaar bestuur, *Veiligheid op niveau, een bestuurlijk perspectief op de toekomst van de veiligheidsregio's*, Den Haag 2003.

spraak in *Öneryildiz*, kan de conclusie worden getrokken dat verruiming van de vervolgbaarheid van overheden en hun opdracht- of leidinggevende ambtenaren noodzakelijk is, in ieder geval waar het betreft zaken waarin het recht op leven van artikel 2 EVRM en het recht ex artikel 3 EVRM om gevrijwaard te blijven van een vernederende of onmenselijke behandeling in het geding zijn en de autoriteiten niet adequaat hebben opgetreden ten aanzien van een (bekend) serieus risico.¹⁰¹ Immers ook in de zaak *Öneryildiz* lijkt het te gaan om naar Nederlandse begrippen exclusieve overheidstaken (gebreken in handhaving en toezicht), waarbij het EHRM op grond van artikel 2 EVRM eist dat de verantwoordelijken hiervoor strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden. Bij het stellen van deze eis lijkt het Hof ook geen principieel onderscheid te maken tussen de verantwoordelijken op het niveau van de staat en die op decentraal niveau. De thans bestaande mogelijkheid om ambtenaren van de staat of van decentrale overheden als (fysieke) dader of als medeplechtige te vervolgen in geval zij buiten het kader van hun functie – kort gezegd eigenmachtig – optreden, is daarbij naar ons oordeel ontoereikend om te voldoen aan de door het EHRM gestelde eis. Uit de *Öneryildiz*-uitspraak volgt immers dat de verantwoordelijken altijd moeten kunnen worden vervolgd, ongeacht of zij al dan niet handelen binnen het kader van hun functie dan wel – eigenmachtig – daarbuiten, terwijl bovendien zoals blijkt uit de afloop van de vervolging in de Enschedese zaak in Nederland niet snel wordt aangenomen dat ambtenaren buiten het kader van hun functie handelen.

Gelet op het voorgaande verdient het dan ook aanbeveling dat haast wordt gemaakt met de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en haar functionarissen. Het tegenargument dat het in de zaak *Öneryildiz* ging om zeer ernstig nalaten van de autoriteiten dat in Nederland niet snel zal voorkomen, overtuigt niet. Het gaat er immers om het strafrechtstelsel zo in te richten dat wanneer zich zo'n zaak wel zou voordoen, voldaan wordt aan de geldende EVRM-eisen. In dat licht is het teleurstellend dat de voorstellen daartoe van de Commissie-Roelvink na het aantreden van het kabinet Balkenende I wat naar de achtergrond lijken te zijn verdwenen.¹⁰² De vraag kan wel worden gesteld of het voorstel van de Commissie om de verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid te beperken tot zogenaamde

101 Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM dwingt tot verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van overheden', *NJB* 2003, p. 1444-1445. In deze zin ook A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, Preadvies VAR, Den Haag 2004, p. 126-127. Anders: J.A.F. Peters, 'Öneryildiz en de verdrinken brandweerman', *NTB* 2003, p. 332-333 en W.J.M. Davids, 'De Europeanisering van het strafrecht (invloed van het EVRM)', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Deventer 2004, p. 294-313.

102 Commissie-Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag, februari 2002, bij brief van 8 maart 2002 (*Kamerstukken II* 2001/02, 25 294, nr. 15) door de minister van Justitie namens het kabinet-Kok II aangeboden aan de Tweede Kamer. In deze brief worden de conclusies van de commissie door het kabinet als uitgangspunt voor nader onderzoek en debat aanvaard. Het rapport bevat overigens een uitgebreide lijst met verdere literatuur.

ordeningsdelicten (bijvoorbeeld overtreding van arbeidsomstandigheden- en milieuwetgeving) in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie voldoende is. Het Hof eist daarin, en meer in het bijzonder in *Öneryildiz*, immers dat de verantwoordelijken strafrechtelijk ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de dood van de betrokken burgers, hetgeen in het kader van de ordeningsdelicten niet goed mogelijk lijkt. Mogelijk biedt het voorstel van de Commissie-Roelvink om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van *individuele* overheidsfunctionarissen uit te breiden en niet te beperken tot ordeningsdelicten, waarmee ten aanzien van deze categorie ook vervolging mogelijk wordt gemaakt met betrekking tot commune delicten, zoals dood door schuld, hier overigens wel enige soelaas. Overigens zou een extra argument voor de verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid nog gelegen kunnen zijn in het feit dat daarmee aan het verschil met het bestuurstrafrecht – waarin de overheid geen immuniteit geniet ten aanzien van (punitieve) bestuurlijke boeten – een einde zou komen.¹⁰³

Wanneer de wetgever op dit punt inactief zou blijven, moet er rekening mee worden gehouden dat de rechter in een voorkomende casus, eventueel met een beroep op de Straatsburgse jurisprudentie, zelf de grenzen van Pikmeer verder zal verleggen. Dit mogelijk mede onder druk van een dreigende Straatsburgse procedure naar aanleiding van een Nederlandse zaak.

Verder vloeit uit *Öneryildiz* ook de verplichting voort om op basis van een adequaat onderzoek naar de feiten¹⁰⁴ ook daadwerkelijk gebruik te maken van een bestaande vervolgingsmogelijkheid, zowel ten aanzien van de overheid en haar functionarissen als ten aanzien van derden die verantwoordelijk zijn voor de dood of voor de onmenselijke of vernederende behandeling van personen. In dat licht moet positief worden beoordeeld de 'Aanwijzing voor de opsporing' op grond waarvan het openbaar ministerie bij ingrijpende feiten, zoals het overlijden of een andere aanzienlijke inbreuk op de lichamelijke integriteit, altijd moet vervolgen.¹⁰⁵ Mocht desondanks in dergelijke gevallen niet tot vervolging worden overgegaan, dan zou aan de hier behandelde Straatsburgse jurisprudentie een extra argument kunnen worden ontleend in een beklagprocedure op grond van artikel 12 Sv. Ten slotte moet, onder meer blijkens *Öneryildiz*, zorgvuldig informatie worden verschaft aan slachtoffers, bijvoorbeeld om hen in staat te stellen zich te voegen in de strafprocedure.

103 Zie daarover A.P.W. Duijkersloot, 'Immunitet voor de staat bij bestuurlijke boeten?', MRT 2004, p. 429-442.

104 Zie voor een invulling daarvan o.m. de diverse bijdragen aan M. Hallers e.a. (red.), *Beginnen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag 2002.

105 Aanwijzing i.d.z.v. art. 130 lid 4 Wet RO, in werking getreden op 11 maart 2003.

4 CONCLUSIE

Uit het voorgaande blijkt dat er in Nederland voor de overheid relatief strenge verplichtingen gelden als het gaat om toezicht en handhaving op de naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften. Daarbij kan worden gewezen op de in de nationale jurisprudentie aangenomen beginselplicht tot handhaving. Het EVRM versterkt deze verplichting met name in situaties waarin het leven of de fysieke integriteit van personen wordt bedreigd, terwijl uit de jurisprudentie van het EHRM – meer expliciet dan uit de nationaalrechtelijke jurisprudentie – blijkt dat overheden ook verplicht zijn toezicht te houden om gevaarlijke situaties te voorkomen ook wanneer er daartoe geen wettelijke verplichting bestaat. Ten aanzien van toezicht en handhaving laat het EVRM ruimte voor prioritering, waarbij geldt dat in ieder geval moet worden opgetreden ten aanzien van levensbedreigende risico's. Waar het betreft handhaving lijkt het nationale recht gezien de algemeen geldende beginselplicht hiervoor minder ruimte te bieden.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van onvoldoende toezicht en handhaving van milieu- en veiligheidsnormen valt op dat deze in Nederland tot nu toe slechts in beperkte zin wordt aangenomen, hoewel het Nederlandse recht daar op zich wel voldoende mogelijkheden toe biedt. Dit wordt vaak veroorzaakt door de feitelijke omstandigheden en het bewijs dat partijen terzake aandragen. Toch lijkt de benadering van de nationale rechter – mede gelet op de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen – op sommige punten te terughoudend. Daarbij moet vooral worden gedacht aan het vasthouden aan de formele rechtskracht van vergunningen waarvan na het ongebruikt verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijn blijkt dat ze hebben bijgedragen aan het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie. Voorts blijkt dat het in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde toetsingskader op dit punt niet heel precies is. Dit laatste is wellicht onvermijdelijk om welke reden het aanbeveling verdient meer het accent te leggen op de verplichting van bestuursorganen om een adequaat toezicht- en handhavingsbeleid te ontwikkelen, waarin wordt gedifferentieerd naar de risicovolheid van de te controleren activiteit. Wanneer dit beleid dan niet wordt toegepast en een risico zich verwezenlijkt, zou (risico)aansprakelijkheid voor de ontstane schade dienen te worden aangenomen.

Het Nederlandse recht schiet in het licht van het EVRM duidelijk te kort vanwege de onmogelijkheid om overheden en overheidsdienaren die handelen binnen hun functie strafrechtelijk te vervolgen in geval van ernstig verwijtbaar nalaten met dodelijke slachtoffers als gevolg. Aanpassing van het Nederlandse recht is hier noodzakelijk.

Tegelijkertijd moet worden gewaakt voor het te snel aannemen van overheidsaansprakelijkheid. Zo heeft Scheltema er na de ramp in Volendam op gewezen dat private verantwoordelijkheid de voorkeur zou verdienen, terwijl Jurgens mede naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkcramp al eerder

een minder vergaande aansprakelijkheid van de overheid had bepleit.¹⁰⁶ Een soortgelijk tegengeluid kan ook worden gedestilleerd uit het reeds aangehaalde WRR-rapport getiteld 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'. Er zou meer oog moeten zijn voor de (on)mogelijkheden van de overheid om schade te voorkomen. Door meer het accent te leggen op de aansprakelijkheid van de primaire veroorzaker van de schade zouden verder ook meer prikkels uitgaan naar private partijen om schade te voorkomen. Deze kanttekeningen bij de uitdijende overheidsaansprakelijkheid verdienen het uiterst serieus te worden genomen. Bij het debat daarover moet echter wel rekening worden gehouden met de hiervoor behandelde grenzen die voortvloeien uit het EVRM en – zoals blijkt uit een ander onderzoek¹⁰⁷ – het EG-recht.

106 M. Scheltema, 'Maatschappelijke verantwoordelijkheid', *NTB* 2001, p. 249-250; G. Jurgens, 'Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?', *NJB* 2000, p. 1281. In vergelijkbare zin W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1675-1685. Zie voor een voorstel de private verantwoordelijkheid te vergroten en zo te komen tot een meer gedeelde verantwoordelijkheid bij het waarborgen van veiligheid Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, 'Maatschappelijke veiligheid: verantwoordelijkheid en de reguleringsketen', *NJB* 2001, p. 1655-1665.

107 Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Gedogen in het milieurecht*, reeds aangehaald. Vgl. ook de bijdrage van W.J.M. Voermans aan deze bundel.