

M en R 2024/101

## **Strafrechtelijke immuniteit voor gemeente Zoetermeer.**

Hof Den Haag 02-07-2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1109, m.nt. R. Croes

Instantie	Hof Den Haag
Datum	2 juli 2024
Magistraten	De Lange, Van Boven, Van Buuren
Zaaknummer	2200095518
Noot	R. Croes
JCDI	JCDI:ADS978619:1
Vakgebied(en)	Milieurecht / Algemeen Milieurecht / Inrichtingen en activiteiten - vergunningen
Brondocumenten	ECLI:NL:GHDHA:2024:1109, Uitspraak, Hof Den Haag, 02-07-2024
Wetgang	Art. 261 Sv; art. 2, 8 EVRM

### **Essentie**

Strafrechtelijke immuniteit voor gemeente Zoetermeer.

### **Samenvatting**

Tussen 2004 en 2009 stootte een bedrijf dat medische apparatuur en kleding steriliseerde in Zoetermeer te veel van de kankerverwekkende stof ethyleenoxide uit. Dat was in strijd met de vergunning. De gemeente Zoetermeer wordt - kort gezegd - verweten dat zij niet heeft ingegrepen. Naar het oordeel van het hof komt de gemeente Zoetermeer strafrechtelijke immuniteit toe; geen doorbreking van de immuniteit op grond van artikel 2 EVRM.

De slotsom is dat het hof de dagvaarding gedeeltelijk nietig verklaart wegens innerlijk tegenstrijdigheid waardoor de dagvaarding in zoverre niet voldoet aan de eisen die artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering daaraan stelt en voor het overige het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging van de verdachte verklaart.

### **Partij(en)**

Arrest gewezen op het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag van 20 februari 2018 in de strafzaak tegen de verdachte:

de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Zoetermeer,

[adresgegevens].

### **Uitspraak**

## Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg en het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep van dit hof.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal en van hetgeen namens de verdachte naar voren is gebracht.

## Procesgang

In eerste aanleg is de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van de verdachte.

Door de officier van justitie is tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

## Tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

de gemeente Zoetermeer in de periode 2004 tot en met 2009 te Zoetermeer meermalen opzettelijk(een) handeling(en) met betrekking tot afvalstoffen heeft verricht en/of nagelaten, te weten

- â•f het toestaan van en/of
- â•f het niet beëindigen van en/of
- â•f het niet optreden tegen en/of
- â•f het niet openbaar maken van en/of
- â•f waarschuwen voor

niet vergunde emissies van ethyleenoxide(uit de inrichting van [naam bedrijf 1] en/of [naam bedrijf 2],

terwijl zij wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstonden en/of konden ontstaan en toen niet aan haar verplichting heeft voldaan alle maatregelen te nemen en/of na te laten die redelijkerwijs van haar konden worden gevergd, teneinde die gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen en/of te beperken.

## Vordering van de advocaat-generaal

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat:

- het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd,
- het hof het openbaar ministerie, zoals hieronder nader uiteengezet, ontvankelijk zal verklaren in de vervolging van de verdachte,
- de verdachte van alle rechtsvervolging ontslagen zal worden voor zover het betreft *het niet openbaar maken van en/of waarschuwen voor* niet vergunde emissies van ethyleenoxide en

- dat de verdachte ter zake van hetgeen overigens is tenlastegelegd zal worden veroordeeld tot een geldboete van € 100.000,00.

## Het vonnis waarvan beroep

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof zich daarmee niet geheel verenigt.

## De geldigheid van de dagvaarding

Met de verdediging is het hof van oordeel dat de dagvaarding zover het betreft *het niet openbaar maken van en/of waarschuwen voor* niet vergunde emissies van ethyleenoxide, zoals achter het vierde respectievelijk het vijfde gedachtestreepje is tenlastegelegd, innerlijk tegenstrijdig is en niet voldoet aan de eisen die artikel 261 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) daaraan stelt, nu niet begrijpelijk is dat door het niet openbaar maken van en/of waarschuwen voor niet vergunde emissies van ethyleenoxide nadelige gevolgen voor het milieu zijn of konden ontstaan.

Derhalve zal het hof de dagvaarding in zoverre nietig verklaren. Voor het overige is de dagvaarding geldig.

## Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging van de verdachte

### Standpunt advocaat-generaal

De advocaat-generaal heeft zich, mede overeenkomstig haar op schrift gestelde requisitoiraantekeningen, onder verwijzing naar een aantal uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)<sup>[1.]</sup> en de 'Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights' van het EHRM (2023), op het standpunt gesteld dat de verdachte in beginsel strafrechtelijke immuniteit toekomt omdat de tenlastegelegde gedragingen door de gemeente Zoetermeer zijn verricht in het kader van een exclusieve bestuurstaak die alleen door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht, doch dat die immuniteit in het onderhavige geval dient te worden doorbroken omdat zowel artikel 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), betreffende het recht op leven, alsmede artikel 8 EVRM, betreffende het op recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven nopen tot doorbreking van de strafrechtelijke immuniteit van de verdachte, nu de gedragingen van de gemeente inbreuk hebben gemaakt op genoemde Verdragsbepalingen.

Voorts heeft de advocaat-generaal (samengevat) betoogd dat bij de beantwoording van de vraag of de strafrechtelijke immuniteit van de verdachte dient te worden doorbroken mede betekenis toekomt aan de uitspraak van de Hoge Raad van 20 december 2019 in de zogenoemde Urgenda-zaak<sup>[2.]</sup>, alsmede aan de uitspraak van het EHRM van 9 april 2024 in de zaak van de Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland<sup>[3.]</sup>.

### Standpunt verdediging

De verdediging heeft (mede) overeenkomstig de ter terechtzitting in hoger beroep overgelegde pleitnota en onder verwijzing naar de in eerste aanleg overgelegde pleitnota met betrekking tot de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging betoogd dat de gemeente strafrechtelijke immuniteit toekomt, omdat de tenlastegelegde gedragingen door de gemeente Zoetermeer zijn verricht in het kader van een exclusieve bestuurstaak die alleen door bestuursfunctionarissen kan worden verricht.

Deze immuniteit kan, aldus de verdediging - anders dan door de advocaat-generaal is betoogd - niet worden doorbroken door de werking van artikel 2 EVRM, betreffende het recht op leven, nu geen sprake is van “*a real and immediate risk*” zoals bedoeld in EHRM 16 oktober 2003, Fadeyeva/Rusland<sup>[4.]</sup>.

Aan voornoemde uitspraak van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak noch aan de EHRM-uitspraak in de zaak van de Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, komt - aldus de verdediging - bij de beantwoording van de vraag of de strafrechtelijke immuniteit van de gemeente Zoetermeer dient te worden doorbroken enige betekenis toe, omdat deze uitspraken enkel betrekking hebben op - kort gezegd - de zorgplicht die op de Staat rust om (op grond van artikelen 2 en 8 EVRM) bescherming te bieden aan burgers van hun recht op leven en hun recht op privé, familie- en gezinsleven. Die uitspraken zien niet mede op de voorwaarden waaronder de strafrechtelijk immuniteit van een verdachte lagere overheid, zoals de gemeente Zoetermeer, kan worden doorbroken.

Derhalve dient het openbaar ministerie, aldus de verdediging, niet-ontvankelijk te worden verklaard in de vervolging van de gemeente Zoetermeer.

## Oordeel hof

Het hof overweegt - deels in navolging van de rechtbank - als volgt.

### **Strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam**

Strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet, waaronder een gemeente, dient slechts dan te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen.<sup>[5.]</sup>

Voorts heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 september 2013, Trafigura/Probo Koala<sup>[6.]</sup>, ruimte gelaten voor het oordeel dat in een voorliggend geval van strafrechtelijke immuniteit geen sprake kan zijn indien de gedragingen van het openbaar lichaam een inbreuk maken op het recht op leven, zoals bedoeld in artikel 2 EVRM in de betekenis die het EHRM daaraan in zijn rechtspraak heeft gegeven.

### **Doorbreking strafrechtelijke immuniteit**

Uit de aangehaalde en ter terechtzitting in hoger beroep besproken rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder uit EHRM 16 oktober 2003, Fadeyeva/Rusland<sup>[7.]</sup> leidt het hof af dat een overheid adequaat dient op te treden in gevallen waarin sprake is van “*a real and immediate risk to the life*” van personen, ter bescherming van het recht op leven. De adequate reactie hoeft overigens niet altijd een strafrechtelijke te zijn. Als de dreigende schending niet-opzettelijk heeft plaatsgevonden is aan deze verplichting voldaan als voor de slachtoffers de mogelijkheid van civielrechtelijk, bestuursrechtelijk of tuchtrechtelijk rechtsherstel bestaat. In gevallen waarin mensen als gevolg van gevaarlijke (industriële) activiteiten of een natuurramp zijn overleden of in concreet levensgevaar zijn gebracht is een strafrechtelijk onderzoek wel noodzakelijk, ook in gevallen van niet-opzettelijk handelen.

Het niet-vervolgen en bestraffen van overheden kan een schending van artikel 2 EVRM opleveren, als de aan de ‘*State officials or bodies*’ toe te rekenen schuld meer is dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid in die zin dat de betreffende autoriteiten ‘*fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity*’.

Daaruit volgt dat in dergelijke gevallen, waarin als gevolg van ernstige nalatigheid van de betrokken

overheidsinstanties dodelijke slachtoffers vallen of burgers (binnen de context van gevaarlijke situaties) aan levensbedreigende risico's worden blootgesteld, het niet-vervolgen of berechten van publiekrechtelijke rechtspersonen vanwege de hen toekomende strafrechtelijke immuniteit een schending van artikel 2 EVRM kan opleveren.

Aldus kan een schending van deze Verdragsbepaling leiden tot *doorbreking* van de immuniteit van een lagere overheid als de gemeente Zoetermeer.

Aan de door de advocaat-generaal aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad in de zogenoemde Urgenda-zaak, alsmede aan de uitspraak van het EHRM van 9 april 2024 in de zaak van de Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, komt bij de beantwoording van de hier voorliggende vraag of de strafrechtelijke immuniteit van de verdachte gemeente dient te worden doorbroken naar het oordeel van het hof geen betekenis toe, nu deze - civielrechtelijke - uitspraken geen betrekking hebben op die vraag, maar op de vraag welke verantwoordelijkheid de Staat mede op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM heeft in relatie tot het optreden tegen gevaarlijke klimaatverandering. De door de advocaat-generaal aangehaalde 'Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights', een uitgave van het EHRM die blijkens de "*note to readers*" (p. 5) enkel tot doel heeft "*to inform legal practitioners about the fundamental judgments and decisions delivered by the Strasbourg Court*", maakt dat oordeel niet anders.

## Conclusie

Strafrechtelijke vervolging van een lagere overheid, zoals in de onderhavige zaak de verdachte gemeente Zoetermeer, is aldus rechtens alleen mogelijk in twee gevallen:

- a) er is geen sprake van gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht en
- b) er is wel sprake van dergelijke gedragingen, maar deze gedragingen maken een inbreuk op het recht op leven als bedoeld in artikel 2 EVRM, welke inbreuk de strafrechtelijk immuniteit van de gemeente doorbreekt.

## Beoordeling vraag strafrechtelijke immuniteit verdachte

### Ad a) Kunnen de tenlastegelegde gedragingen niet anders dan door bestuursfunctionarissen worden verricht?

De tenlastegelegde gedragingen komen er samengevat op neer dat verdachte heeft ingestemd met handelen van [naam bedrijf 1]. (hierna: [naam bedrijf 1]) in strijd met de vergunningsvoorschriften en dat zij (de gemeente) daarvan geen kennis heeft gegeven aan omwonenden, naastgelegen bedrijven, politie of justitie noch anderszins actie heeft ondernomen.

Het hof overweegt dienaangaande het volgende.

Ingevolge de bepalingen van de Wet milieubeheer, zoals deze wet destijds gold, was de bestuurlijke handhaving van ingevolge die wet verleende vergunningen opgedragen aan het College van Burgemeester en Wethouders en daarmee aan de gemeente. Op grond van het dossier en het verhandelde ter terechtzitting kan worden vastgesteld dat verdachte, in elk geval periodiek, met het handelen van [naam bedrijf 1] in strijd met de vergunningsvoorschriften meer of (veelal) minder expliciet heeft ingestemd.

De vraag die voorligt is of dit instemmen - of: gedogen - met de overschrijdingen een gedraging is die naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht in het kader van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, waardoor het uitgesloten is dat derden op gelijke voet met het openbaar lichaam, de gemeente, aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.

Het hof is van oordeel dat die vraag bevestigend dient te worden beantwoord.

Gedogen (het niet handhaven), zo overweegt het hof met de rechtbank, is een discretionaire bevoegdheid die uitsluitend aan de gemeente (het College van Burgemeester en Wethouders) toekomt en waarvan na zorgvuldige belangenafweging gebruik *kan* worden gemaakt. Hoewel in casu niet of nauwelijks sprake is geweest van een zorgvuldige afweging is het naar het oordeel van het hof nog steeds een gedraging die naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem slechts door een bestuursfunctionaris kan worden verricht. Het gedogen dat een regel of een voorschrift wordt overtreden, kan immers uitsluitend geschieden door een bestuursfunctionaris die met handhaving is belast.

Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de tenlastelegging genoemde gedragingen omschreven achter het eerste tot en met het derde gedachtestreepje, te weten *het toestaan van en/of het niet beëindigen van en/of het niet optreden tegen* niet vergunde emissies van ethyleenoxide niet anders worden gezien dan als gedragingen in het kader van de beslissing om het handelen van [naam bedrijf 1] te gedogen. Het gaat dan ook om gedragingen, voortvloeiend uit en samenhangend met de wettelijke aan de gemeente (het College van Burgemeester en Wethouders) opgedragen taak, waarvoor de gemeente bestuurlijke verantwoordelijkheid blijft dragen, terwijl de uitvoering van die taak *niet* door anderen dan gemeenteambtenaren of met hen gelijkgestelden kan worden verricht.

**Ad b) Is sprake van een geval waarin de gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht een inbreuk opleveren op het recht op leven als bedoeld in artikel 2 EVRM, welke inbreuk de strafrechtelijk immuniteit doorbreekt?**

Bij de beantwoording van de vraag of in het onderhavige geval sprake is geweest van *'a real and immediate risk to the life'* in de zin van de hiervoor aangehaalde rechtspraak die noopt tot een doorbreking van de strafrechtelijke immuniteit van de gemeente, overweegt het hof, met de rechtbank, als volgt.

Het procesdossier bevat meerdere rapporten die ingaan op de vraag wat de gezondheidsrisico's van ethyleenoxide in het algemeen zijn en wat de ernstige gevolgen van het emitteren van die stof via de zogenaamde calamiteitenpijp door [naam bedrijf 1] kunnen zijn geweest. Eenduidige conclusies zijn uit die rapporten en onderzoeken echter niet te trekken, zoals ook door de advocaat-generaal is onderschreven. Wel is door verschillende internationale onderzoeksinstituten vastgesteld dat ethyleenoxide carcinogene effecten heeft, een extra kans op kanker geeft. Tegelijkertijd wordt ook algemeen aanvaard dat sommige stoffen met carcinogene effecten (moeten) worden gebruikt, met het oog waarop onder meer voor ethyleenoxide een maximaal toelaatbaar risico (MTR) is berekend. Hoewel de rapporten ook op dit punt niet allemaal eenduidig zijn, is aannemelijk dat dit MTR door de emissie van ethyleenoxide door [naam bedrijf 1] in de tenlastegelegde periode fors werd overschreden. Evenwel is het hof met de rechtbank van oordeel dat onvoldoende aanknopingspunten bestaan voor de vaststelling dat concrete en levensbedreigende risico's als gevolg van de uitstoot van ethyleenoxide door [naam bedrijf 1] zich concreet hebben voorgedaan. Evenmin is gebleken van extra gevallen van kanker in de nabije omgeving van het bedrijf. Derhalve kan rechtens niet worden vastgesteld dat sprake is of is geweest van *'a real and immediate risk to the life'* van omwonenden en personen werkzaam in omliggende bedrijven van [naam bedrijf 1]. Artikel 2 EVRM dwingt naar het oordeel van het hof dan ook niet tot strafrechtelijke vervolging van de gemeente.

Hoeveel kritiek ook kan worden (en is) uitgeoefend op het (niet) handelen van de gemeente en hoeveel vraagtekens ook kunnen worden (en zijn) geplaatst bij het optreden van de betreffende bestuursfunctionaris, nu *'a real and immediate risk to the life'* niet kan worden vastgesteld, wordt de strafrechtelijke immuniteit van de gemeente niet doorbroken en komt het hof dus ook niet toe aan de vraag of sprake is geweest van strafbare, ernstige nalatigheid aan de kant van de gemeente.

Het vorenstaande leidt het hof - gelijk de rechtbank - tot de slotsom, dat de gemeente in dit geval strafrechtelijke immuniteit toekomt en dat het openbaar ministerie, voor zover de dagvaarding niet aan nietigheid lijdt, niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van de verdachte.

## BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht.

Verklaart de dagvaarding nietig voor zover het betreft het niet openbaar maken van en/of waarschuwen voor niet vergunde emissies van ethyleenoxide, zoals achter het vierde respectievelijk het vijfde gedachtestreepje is tenlastegelegd.

Verklaart het openbaar ministerie voor het overige niet-ontvankelijk in de vervolging van de verdachte.

## Noot

**Auteur:** R. Croes

## Noot

Niet heel lang geleden schreef ik onder het zogenoemde Bever Bikkel-arrest van de Hoge Raad (HR 21 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1607, *M en R* 2024/19) een noot over de strafrechtelijke immuniteit van lagere overheden. In dat arrest ging het om de strafrechtelijke vervolging van het waterschap wegens het plaatsen van muskusratklemmen in het natuurgebied de Drentsche Aa. In die noot schetste ik reeds uitgebreid het juridische kader waarbinnen beoordeeld moet worden of een lagere overheid strafrechtelijk vervolgd kan worden. Het geldende criterium volgt (nog steeds) uit het Pikmeer II-arrest uit 1998. Gekeken moet worden of de gedraging “naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen”. Dit Pikmeer II-criterium wordt ook wel kort samengevat als de eis van de *exclusieve bestuurstaak*. In mijn annotatie bij het Bever Bikkel-arrest legde ik ook weer de nadruk op de vraag naar de exclusieve bestuurstaak, meer in het bijzonder of bij het plaatsen van muskusratklemmen wel sprake is van een gedraging die “op gelijke voet” door derden kan worden verricht.

In de onderhavige Zoetermeerse uitstoot-uitspraak van het Gerechtshof Den Haag is er veel minder discussie over de vraag of sprake is van een exclusieve bestuurstaak: het gaat hier om het door de gemeente Zoetermeer gedogen van overschrijdingen van de uitstoot van de kankerverwekkende stof ethyleenoxide door een bedrijf dat medische apparatuur en kleding steriliseert. Het gerechtshof overweegt ter zake (in mijn ogen terecht) dat dit gedogen “naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam [de gemeente] aan het maatschappelijk verkeer deelnemen”. Als je dit zo leest, denk je bijna: ja duh, gedogen is toch bij uitstek een exclusieve bestuurstaak, daar hoeven we toch niet zo lang over na te denken? Maar goed, het Openbaar Ministerie gooide het grotendeels ook over een ándere boeg: zij vond dat de strafrechtelijke immuniteit, die er op grond van het Pikmeer II-criterium misschien wel was, in dit geval *doorbroken* moest worden vanwege schending van het recht op leven ex artikel 2 en schending van het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven ex artikel 8 EVRM. Het Openbaar Ministerie wees daarbij op een aantal uitspraken van het EHRM alsmede de Urgenda-zaak uit 2019.

En dat is (inderdaad) wel een interessante vraag: of er, óndanks Pikmeer II, toch nog een andere mogelijkheid bestaat om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid te doorbreken. Het gerechtshof laat daar in het arrest geen onduidelijkheid meer over bestaan: ja, die mogelijkheid is er zeer zeker en wel op grond van artikel 2 EVRM. Voor het gerechtshof is daarvoor vooral de uitspraak inzake Fadeyeva/Rusland (EHRM 16 oktober 2003, 55723/00) van belang. Volgens het gerechtshof kan het niet-vervolgen en -bestrafen van overheden schending van artikel 2 EVRM opleveren, “als de aan de ‘State officials or bodies’ toe te rekenen schuld meer is dan een beoordelingsfout of onvoorzichtigheid in die zin dat de betreffende autoriteiten ‘fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity’”. Volgens het gerechtshof komt geen betekenis toe aan de door het Openbaar Ministerie aangehaalde uitspraken van de Hoge Raad inzake Urgenda alsmede

van het EHRM inzake Verein KlimaSeniorinnen Schweiz/Zwitserland, omdat deze (civielrechtelijke) uitspraken geen betrekking hebben op de vraag naar de doorbreking van strafrechtelijke immunititeit, maar zien op de vraag naar de verantwoordelijkheid van de Staat in relatie tot het optreden tegen gevaarlijke klimaatverandering.

Heel helder zet het gerechtshof vervolgens uiteen dat lagere overheden slechts in twee gevallen strafrechtelijk vervolgd kunnen worden:

- “a) er is geen sprake van gedragingen die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht en
- b) er is wel sprake van dergelijke gedragingen, maar deze gedragingen maken een inbreuk op het recht op leven als bedoeld in artikel 2 EVRM, welke inbreuk de strafrechtelijke immunititeit (...) doorbreekt”.

Het is daarmee een duidelijke tweetraps-beoordeling geworden: alleen als vraag a *niet* tot de mogelijkheid van de vervolging van de lagere overheid heeft geleid, zal vraag b nog moeten worden beantwoord.

Overigens zou het mijns inziens vollediger zijn geweest indien bij vraag a het gehele Pikmeer II-criterium herhaald zou zijn, want het criterium is wel genuanceerder dan alleen de vraag of de gedragingen niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht (zie hierboven). Maar dit gezegd hebbende, is het mooi dat het gerechtshof in dit arrest zo duidelijk bevestigt dat, ondanks Pikmeer II, er toch nog een andere mogelijkheid bestaat om de strafrechtelijke immunititeit van een lagere overheid te doorbreken: namelijk via artikel 2 EVRM.

In de onderhavige uitstootkwestie was het gerechtshof, zoals reeds aangegeven, vrij snel klaar met het beantwoorden van vraag a: gedogen is een discretionaire bevoegdheid die uitsluitend aan de gemeente toekomt, die niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht. Met andere woorden: de gemeente Zoetermeer komt dus in principe strafrechtelijke immunititeit toe. Gelet op de door het gerechtshof geïntroduceerde tweetrapsbeoordeling zijn we er echter nog niet. Na de vaststelling van strafrechtelijke immunititeit op grond van het Pikmeer II-criterium, dient nu namelijk nog gekeken te worden naar het eventuele doorbreken daarvan op grond van artikel 2 EVRM: het recht op leven.

Anders dan de advocaat-generaal ziet het gerechtshof

“onvoldoende aanknopingspunten (...) voor de vaststelling dat concrete en levensbedreigende risico's als gevolg van de uitstoot van ethyleenoxide door [verdachte] zich concreet hebben voorgedaan. Evenmin is gebleken van extra gevallen van kanker in de nabije omgeving van het bedrijf. Derhalve kan rechtens niet worden vastgesteld dat sprake is of is geweest van 'a real and immediate risk to the life' van omwonenden en personen werkzaam in omliggende bedrijven (...). Artikel 2 EVRM dwingt naar het oordeel van het hof dan ook niet tot strafrechtelijke vervolging van de gemeente.”

Het gerechtshof legt hier een essentieel bewijsprobleem in de Zoetermeerse uitstoot-zaak bloot: hoewel er ook volgens het gerechtshof kritiek te geven is op het (niet) optreden van de gemeente, kan er volgens het gerechtshof geen schade worden vastgesteld, zodat ook niet gezegd kan worden dat artikel 2 EVRM geschonden is.

Het is mij nog niet bekend of er cassatie is ingesteld. Indien dat het geval is, krijgt deze interessante kwestie wellicht nog een vervolg.

*Renate Croes*

---

## Voetnoten

[1.] O.a. EHRM 30-11-04, nr. 48939/99 Öneriyildiz vs. Turkije; EHRM 20-03-08, nr. 15339/02 Buyadeva vs. Rusland; 28-02-12, nr 17423/05 Kolyadenko vs. Rusland



[2.] ECLI:NL:HR:2019:2006.

[3.] zaaknummer 53600/20.

[4.] zaaknummer 55723/00.

[5.] vgl. HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, *NJ* 1998/367, *Pikmeer II*, (HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.5.

[6.] ECLI:NL:HR:2013:765.

[7.] zaaknummer 55723/00.