

Gst. 2018/78

Hoge Raad (Strafkamer) 20 februari 2018, nr. 17/04929
(Mrs. W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers en M.T. Boerlage)
m.nt. A.E. van Rooij¹

(Art. 51, 307 Sr; art. 16, 18 Wegenwet)

TPWS 2018/48
NJB 2018/505
RvdW 2018/311
NJ 2018/134
ECLI:NL:PHR:2017:1298
ECLI:NL:HR:2018:236

De Pikmeer II-maatstaf blijft overeind. De hoofdregel blijft dat publiekrechtelijke rechtspersonen – waaronder gemeenten en andere decentrale overheden – vervolgd kunnen worden voor feitelijke gedragingen die op gelijke voet door particulieren uitgevoerd kunnen worden. Specifiek voor het wegbeheer staat met dit arrest als uitgangspunt vast dat de gemeente strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden voor ongevallen die het gevolg zijn van ondeugdelijk wegenonderhoud.

Cassatie in het belang der wet. Vervolging van de gemeente Stichtse Vecht voor dood door schuld (artikel 307 Sr) na een dodelijk motorongeval als gevolg van slecht wegdek. De vraag is of de rechtbank bij beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging van de gemeente Stichtse Vecht wegens het nalaten onderhoud te plegen aan de weg en voldoende verkeersmaatregelen te nemen een juist toetsingskader heeft aangelegd. De Hoge Raad herhaalt relevante overwegingen uit ECLI:NL:HR:1998:AA9342 (Pikmeer II) met betrekking tot de gevallen waarin sprake is van strafrechtelijke immuniteit van openbaar lichaam. Voor zover de tenlastelegging ziet op het nalaten van het nemen van verkeersmaatregelen in de vorm van lokale snelheidsbeperking, wegafzetting of plaatsing van verkeersborden die een maximumsnelheid aangeven, dienen deze gedragingen in beginsel krachtens een verkeersbesluit van een openbaar lichaam geschieden (art. 18.1 (oud) WVV 1994 en art. 1a BABW). Met haar kennelijke oordeel dat ondanks dit de tenlastegelegde gedragingen – die in de kern neerkomen op het achterwege laten van het nemen van de voor verkeersmaatregelen vereiste besluiten – naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem ook door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kunnen worden verricht, heeft de rechtbank het hiervoor overwogene miskend. Voor zover de tenlastegelegde gedragingen zien op het nalaten van het plegen van onderhoud aan de weg, ligt in de overwegingen van de rechtbank besloten dat deze gedragingen niet kun-

nen worden beschouwd als gedragingen die rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht. De op grond van art. 16 Wegenwet op de gemeente rustende zorgplicht met betrekking tot het wegbeheer betekent niet dat het feitelijke onderhoud van de wegen – en daarmee ook nalaten van het plegen van dit onderhoud – naar zijn aard en gelet op het wettelijk systeem niet door anderen kan worden verricht. Het oordeel van de rechtbank geeft op dat punt niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk. Hiermee wijkt de Hoge Raad af van de Conclusie van A-G Machielse (ECLI:NL:PHR:2017:1298).

Arrest op het beroep in cassatie in het belang van de wet van de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden tegen een vonnis van de Rechtbank te Utrecht, nummer 16/710620-11, van 10 december 2012 in de zaak van: Gemeente Stichtse Vecht, zetelende te Maarsssen.

1. De bestreden uitspraak

Bij de bestreden uitspraak is het Openbaar Ministerie ontvankelijk verklaard in de vervolging en is de verdachte, te weten de gemeente Stichtse Vecht, ter zake van “aan haar schuld de dood van een ander te wijten zijn, meermalen gepleegd” veroordeeld tot een geldboete van € 22.500,-, waarvan € 7.500,- voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.

2. Het cassatieberoep

De Advocaat-Generaal A.J. Machielse heeft beroep in cassatie in het belang van de wet ingesteld. De voordracht tot cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De vordering strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het middel komt op tegen het oordeel van de Rechtbank dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de vervolging van de verdachte. Het voert daartoe aan dat de Rechtbank heeft miskend dat de verdachte (hierna ook de gemeente) in het onderhavige geval strafrechtelijke immuniteit toekomt.

3.2. De Advocaat-Generaal heeft in zijn conclusie onder 4.2 samengevat waar het in deze zaak om gaat:

“Het betreft een tragisch ongeval dat zich op 31 maart 2009 voordeed op de Nieuweweg te Maarsssen. Een motorrijder verloor de macht over het stuur, waardoor de motor ten val kwam en in botsing kwam met een tegemoetkomende bedrijfsauto. De bestuurster van de motor en haar passagier kwamen om het leven. De rechtbank heeft aangenomen dat het ongeval is veroorzaakt doordat de motor is gaan stuiten toen deze over een aantal hobbels in het wegdek reed die door de wortels van de bomen in de berm waren veroorzaakt. Naar aanleiding van een telefonische klacht over de slechte staat van het

¹ A.E. (Mandy) van Rooij is werkzaam als wetgevingsjurist bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en verbonden als gastonderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Deze noot is op persoonlijke titel geschreven.

wegdek had de gemeente ter plekke, vermoedelijk in april 2007 – na inspectie – waarschuwborden met als opschrift “slecht wegdek” geplaatst. Daarna hebben nog meer inspecties plaatsgevonden zonder dat deze de gemeente aanleiding gaven om nadere maatregelen te nemen. Op 20 oktober 2008 werd opnieuw telefonisch melding gemaakt van het slechte wegdek. Op 1 maart 2009 is een motorrijder ter plekke ten val gekomen. Op dezelfde dag klaagde een inwoner van de gemeente over de slechte toestand van de weg. De gevallen motorrijder schreef op 2 maart 2009 een brief, waarin hij zich over het wegdek beklaagde. Op 3 maart 2009 heeft weer een inspectie plaatsgevonden, maar de metingen die toen zijn verricht zijn niet tot stand gekomen volgens de door het CROW aanbevolen methodiek, waardoor de uitkomsten minder verontrustend waren. Als de binnengekomen klachten serieus zouden zijn genomen en de beoordeling van de veiligheid op 3 maart 2009 goed zou zijn uitgevoerd had de gemeente onmiddellijk veiligheidsmaatregelen moeten nemen.”

3.3.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

“zij op een of meerdere momenten in of omstreeks de periode gelegen tussen 1 oktober 2006 en 31 maart 2009 te Tienhoven, gemeente Stichtse Vecht (voorheen gemeente Maarssen), althans in het arrondissement Utrecht, in elk geval in Nederland (in haar hoedanigheid van wegbeheerder) grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of nalatig, althans met aanmerkelijke verwaarlozing van de in dezen geboden zorgvuldigheid, heeft gehandeld en/of nagelaten, immers

heeft zij nagelaten voldoende (deugdelijk) onderhoud te (laten) plegen aan het wegdek van de Nieuweweg aldaar (te weten door onvoldoende zorg te dragen voor een (voldoende) geëgaliseerd en/of veilig wegdek) en/of

heeft zij nagelaten zodanige (verkeers)maatregelen met betrekking tot het wegdek van de Nieuweweg en/of de veiligheidssituatie op die weg te nemen dat de veiligheid en/of gezondheid van weggebruikers aldaar was gewaarborgd (te weten door onvoldoende zorg te dragen voor een passende maximumsnelheid en/of een passende en/of deugdelijke (gedeeltelijke/plaatselijke) afzetting en/of passende en/of deugdelijk geplaatste waarschuwborden)

met als gevolg dat op 31 maart 2009, aldaar, [betrokkene 1], als bestuurder van een motor, en [betrokkene 2], als passagier/bijrijder van die motor,

- over de in de Nieuweweg gelegen hobbels en/of (grote) oneffenheden is/zijn gereden en/of
- (vervolgens) (daardoor) de controle over de motor is/zijn kwijtgeraakt en/of
- (daarna) ten val is/zijn gekomen/van de motor gevallen is/zijn en/of
- (hierdoor) in (frontale) botsing gekomen is/zijn met een tegemoetkomende bedrijfsauto met oplegger,

waardoor het aan haar, verdachtes, schuld te wijten is geweest dat [betrokkene 1] zodanig letsel, te weten complicaties ten gevolge van een hoog energetisch trauma, heeft bekomen dat [betrokkene 1] aan de gevolgen daarvan is overleden

en/of

waardoor het aan haar, verdachtes, schuld te wijten is geweest dat [betrokkene 2] (die als bijrijder gezeten was op de motor) zodanig letsel, te weten uitgebreid bloedverlies na ongeval en/of breuken van bekken en/of ribben en/of in het gelaat, heeft bekomen dat [betrokkene 2] aan de gevolgen daarvan is overleden.”

3.3.2. De Rechtbank heeft, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, het volgende overwogen:

“5.3.7. Het strafrechtelijk verwijt en immuniteit (...)”

5.3.7.1 De tenlastelegging

De rechtbank begrijpt de tenlastelegging aldus, zoals ook reeds in de beslissing op het bezwaarschrift is overwogen, dat de officier van justitie de Gemeente verwijt dat zij heeft nagelaten aan de Nieuweweg onderhoud te (laten) verrichten en/of heeft nagelaten voldoende verkeersmaatregelen te nemen, als gevolg waarvan twee personen zijn overleden. De officier van justitie verwijt de gemeente niet enige (bestuurlijke) besluitvorming, maar verwijt haar het (feitelijke) niet handelen, het niet uitvoeren van een aantal gevaaroplossende of gevaarberkende maatregelen, waarmee het ongeval voorkomen had kunnen worden, maatregelen zoals ook derden die hadden kunnen nemen.

5.3.7.2 Immuniteit

De vraag of de Gemeente met betrekking tot deze tenlastegelegde gedraging (nalaten) immuniteit toekomt, beantwoordt de rechtbank ontkennend. Voor dat oordeel is het volgende redengevend. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 6 januari 1998 (Pikmeer II arrest) de mogelijkheid om decentrale overheden te vervolgen verruimd. In dat arrest is – voor zover relevant – overwogen dat vervolging van decentrale overheden alleen is uitgesloten wanneer de gedragingen in kwestie naar hun 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. Voor strafrechtelijke immuniteit van een publiekrechtelijke rechtspersoon is derhalve slechts ruimte als sprake is van wat algemeen wordt aangeduid als een exclusieve bestuurstaak (zie Hof Arnhem 24 september 2009, overweging 14, L/JN AE7956).

Is het tenlastegelegde nalaten van het nemen van verkeersmaatregelen zoals ook derden kunnen nalaten bezwen?

Voor zover aan het nalaten van de Gemeente enige besluitvorming ten grondslag heeft gelegen, heeft die plaatsgevonden op het niveau van inspectie/meting, beoordeling van verkeersrisico's en (het niet uitvoeren van) tijdelijke noodoplossingen. Dit zijn alle terreinen waarop de gemeente derden kan inschakelen, terreinen waarop geen sprake is van aan de overheid voorbehouden besluitvorming of handelen.

Dat blijkt uit de feiten dat de meting/inspectie van de Nieuweweg in mei 2008 is verricht door een extern bureau, dat de deskundige Groenendijk heeft verklaard dat hij op het gebied van verkeersveiligheid geregeld door gemeenten wordt ingeschakeld en dat aan het plaatsen van het tijdelijk verkeersbord in april 2007 geen verkeersbesluit van de gemeente ten grondslag ligt.

De rechtbank is van oordeel dat ook een ingeschakelde derde die op 3 maart 2009 het gevaar juist had ingeschat, dit gevaar aanstonds zou hebben ingeperkt, bijvoorbeeld door het plaatsen van borden die de maximumsnelheid zouden beperken tot 30 km/uur of door afzetting van het gevaarlijke weggedeelte, zoals onmiddellijk na het dodelijke ongeval is gebeurd. Die actie maar ook het nalaten daarvan betreft derhalve geen exclusieve bestuurstaak.

Van strafrechtelijke immuniteit van de Gemeente kan daarom in dit geval geen sprake zijn.

Dat het onvoorzichtige handelen op het gebied van risico-inschatting is toe te rekenen aan de Gemeente is overigens niet betwist.

Is het tenlastegelegde nalaten van wegonderhoud zoals ook derden kunnen nalaten bewezen?

Ter zitting is niet uitputtend onderzocht of ook aan derden de zorg voor wegen of weggedeelten wordt opgedragen, in die mate dat zij, zo nodig, zelfstandig kunnen besluiten tot onderhoudsmaatregelen zoals egaliseren van het wegdek.

Het komt de rechtbank wel aannemelijk voor dat van dergelijke uitbesteding sprake kan zijn, zeker waar het – zoals in deze zaak – gaat om beperkt onderhoud en dus beperkte kosten (in deze zaak beperkt tot het asfalteren van een stuk van ongeveer 120 meter in 2 dagen), temeer nu overigens in ruime mate gemeentelijke werkzaamheden aan derden worden uitbesteed. Dit is echter onvoldoende komen vast te staan om te komen tot wettig en overtuigend bewijs.

Nu de rechtbank de tenlastelegging zo begrijpt dat de officier uitsluitend handelen/nalaten verwijt, dat ook door derden kan worden verricht/nagelaten, moet de Gemeente van dit onderdeel worden vrijgesproken.

De rechtbank acht het, gelet op de bewezenverklaring van het nalaten van verkeersmaatregelen niet noodzakelijk het onderzoek te heropenen om nader te onderzoeken of derden op gelijke voet als de Gemeente wegonderhoud, als zojuist besproken, uitvoeren. Bij dat oordeel speelt op de achtergrond mee dat de aanmerkelijke onvoorzichtigheid en het causaal verband hier moeilijker zijn vast te stellen dan ten aanzien van het nalaten van verkeersmaatregelen: ook als de Gemeente aanstonds na 1 of 3 maart 2009 het egaliseren van de hobbels zou heb-

ben ingepland of opgedragen, is namelijk de vraag of dat binnen de vier weken voor 31 maart 2009 uitgevoerd had kunnen worden.”

3.4. De volgende bepalingen zijn van belang:

– Art. 16 Wegenwet:

“De gemeente heeft te zorgen, dat de binnen haar gebied liggende wegen, met uitzondering van de wegen, welke door het Rijk of eene provincie worden onderhouden, van die bedoeld in artikel 17 en van die, waarop door een ander tol wordt geheven, verkeer in goeden staat.”

– Art. 18 Wegenwet:

“De gemeente en het waterschap worden geacht aan het in de artikelen 16 en 17 bepaalde te hebben voldaan:

- I. in het geval dat een ander dan de gemeente of het waterschap tot het onderhouden van den weg verplicht is, wanneer diens verplichting is nagekomen;
- II. in de overige gevallen, wanneer:
 - de weg goed is onderhouden;
 - aard, breedte en lengte van de verharding gelijk zijn aan aard, breedte en lengte van de verharding, zooals die zijn aangegeven op den in artikel 27 bedoelden legger.”

– Art. 15 Wegenverkeerswet 1994 (hierna: WVV 1994):

“1. De plaatsing of verwijdering van de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen verkeerstekens, en onderborden voor zover daardoor een gebod of verbod ontstaat of wordt gewijzigd, geschiedt krachtens een verkeersbesluit.

2. Maatregelen op of aan de weg tot wijziging van de inrichting van de weg of tot het aanbrengen of verwijderen van voorzieningen ter regeling van het verkeer geschieden krachtens een verkeersbesluit, indien de maatregelen leiden tot een beperking of uitbreiding van het aantal categorieën weggebruikers dat van een weg of weggedeelte gebruik kan maken.”

– Art. 16, eerste en tweede lid, WVV 1994:

“1. De in artikel 15 bedoelde verkeerstekens en onderborden worden geplaatst of verwijderd, en de daar bedoelde maatregelen worden getroffen, door de zorg van het gezag dat het verkeersbesluit heeft genomen.

2. Verkeerstekens en onderborden, die niet worden geplaatst of verwijderd krachtens een verkeersbesluit, worden geplaatst of verwijderd door de zorg van het openbaar lichaam dat het beheer heeft over de weg of, indien geen openbaar lichaam het beheer heeft, door de zorg van de eigenaar van de weg.”

– Art. 18, eerste lid, WVV 1994, zoals dat luidde ten tijde van het tenlastegelegde:

“1. Verkeersbesluiten worden genomen:

- a. voor zover zij betreffen het verkeer op wegen onder beheer van het Rijk door Onze Minister;
- b. voor zover zij betreffen het verkeer op wegen onder beheer van een provincie door gedeputeerde staten;
- c. voor zover zij betreffen het verkeer op wegen onder beheer van een waterschap door het algemeen bestuur of, krachtens besluit van het algemeen bestuur, door het dagelijks bestuur;
- d. voor zover zij betreffen het verkeer op andere wegen door burgemeester en wethouders, of krachtens besluit van hen, door een door hen ingestelde bestuurscommissie of het dagelijks bestuur van een deelgemeente.”

- Art. 1a Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer (hierna: BABW):

“Het is aan anderen dan degenen die daartoe krachtens dit besluit bevoegd zijn verboden op, langs of boven de wegen verkeerstekens aan te brengen, te doen aanbrengen, aangebracht te houden of te verwijderen dan wel de zichtbaarheid van verkeerstekens weg te nemen.”

- Art. 12, aanhef en onder a, BABW, zoals luidde ten tijde van het tenlastegelegde:

“De plaatsing of verwijdering van de hierna genoemde verkeerstekens moet geschieden krachtens een verkeersbesluit:

- a. de borden die zijn opgenomen in de hoofdstukken A tot en met G van bijlage 1, behorende bij het RVV 1990, uitgezonderd de borden C22 en E9, alsmede de borden E4, E12 en E13 tenzij onder deze verkeersborden een onderbord als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onderdeel d, wordt aangebracht, dan wel toepassing wordt gegeven aan artikel 8, derde lid.”

Hoofdstuk A van genoemde bijlage bij het RVV 1990 heeft onder meer betrekking op verkeersborden die de ter plaatse geldende maximumsnelheid aangeven.

3.5. Strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet 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 (vgl. HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, NJ 1998/367, *Pikmeer II*).

3.6. De Rechtbank heeft in de hiervoor onder 3.3.2 weergegeven overwegingen de vraag of de gemeente met betrekking tot de haar tenlastegelegde gedragingen immuniteit toekomt, onder aanhaling van voornoemd arrest van

de Hoge Raad, ontkennend beantwoord en daartoe kennelijk reeds doorslaggevend geacht dat in het voorliggende geval niet sprake is “van wat algemeen wordt aangeduid als een exclusieve bestuurstaak”. Daarmee heeft de Rechtbank niet kenbaar het daarvoor geldende, hiervoor in 3.5 vermelde, toetsingskader aangelegd. In dat verband is het volgende van belang.

3.7.1. In gevallen als de onderhavige, waarin het gaat om – kort gezegd – het verwijt aan de gemeente dat een strafbaar feit het gevolg is van gebreken in de toestand van onder haar beheer vallende wegen, komt het voor de beantwoording van de vraag of de gemeente immuniteit toekomt, aan op de beoordeling van de aard van de tenlastegelegde gedraging(en) in het licht van het desbetreffende wettelijk systeem.

3.7.2. Voor zover de tenlastegelegde gedragingen zien op het nalaten van het nemen van verkeersmaatregelen in de vorm van lokale snelheidsbeperking, wegafzetting of plaatsing van waarschuwborden, volgt uit het hiervoor onder 3.4. weergegeven wettelijke kader dat de plaatsing van afzettingen en van verkeersborden die een maximumsnelheid aangeven in beginsel krachtens een verkeersbesluit van een openbaar lichaam als bedoeld in art. 18, eerste lid, (oud) WVV 1994 dient te geschieden. Voorts volgt uit art. 1a BABW dat het anderen dan degenen die daartoe krachtens dit besluit bevoegd zijn, verboden is, kort gezegd, op, langs of boven de wegen verkeerstekens aan te brengen of te verwijderen. Met haar kennelijke oordeel dat ondanks dit een en ander de tenlastegelegde gedragingen – die in de kern neerkomen op het achterwege laten van het nemen van de voor de vorengenoemde verkeersmaatregelen vereiste besluiten – naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem ook door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kunnen worden verricht, heeft de Rechtbank het hiervoor overwogene miskend. In zoverre is het middel terecht voorgesteld.

3.7.3. Voor zover de tenlastegelegde gedragingen zien op het nalaten van het plegen van onderhoud aan de weg, ligt in de overwegingen van de Rechtbank besloten dat deze gedragingen niet kunnen worden beschouwd als gedragingen die rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht. Op grond van art. 16 Wegenwet rust op de gemeente een zorgplicht met betrekking tot het wegbeheer. Die zorgplicht betekent echter niet dat het feitelijke onderhoud van de wegen – en daarmee ook het nalaten van het plegen van dit onderhoud – naar zijn aard en gelet op het wettelijk systeem niet door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kan worden verricht. In deze zin verstaan geeft het oordeel van de Rechtbank – anders dan in de toelichting op het middel is betoogd – niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In zoverre faalt het middel.

4. Slotsom

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat als volgt moet worden beslist.

5. Beslissing

De Hoge Raad: vernietigt in het belang van de wet de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de beslissing van de Rechtbank dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de vervolging voor zover aan de verdachte wordt verweten “dat zij heeft nagelaten zodanige (verkeers)maatregelen met betrekking tot het wegdek van de Nieuweweg en/of de veiligheidssituatie op die weg te nemen dat de veiligheid en/of gezondheid van weggebruikers aldaar was gewaarborgd (te weten door onvoldoende zorg te dragen voor een passende maximumsnelheid en/of een passende en/of deugdelijke (gedeeltelijke/plaatselijke) afzetting en/of passende en/of deugdelijk geplaatste waarschuwborden)”; verstaat dat de Rechtbank in zoverre het Openbaar Ministerie ten onrechte ontvankelijk heeft verklaard in de vervolging van de verdachte; verwerpt het beroep voor zover de Rechtbank heeft beslist dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de vervolging voor zover aan de verdachte wordt verweten dat “zij heeft nagelaten voldoende (deugdelijk) onderhoud te (laten) plegen aan het wegdek van de Nieuweweg aldaar (te weten door onvoldoende zorg te dragen voor een (voldoende) geegaliseerd en/of veilig wegdek)”.

Naschrift

1. Op 20 februari 2018 oordeelde de Hoge Raad over de strafvervolging en veroordeling van de gemeente Stichtse Vecht vanwege een motorongeval in 2009 met dodelijke afloop. De bestuurster verloor de controle over haar voertuig op een hobbelig wegdek dat was ontstaan door de vergroeiing van boomwortels. Het ongeval werd haar en haar passagier fataal. Het OM vervolgde de gemeente Stichtse Vecht voor dood door schuld (art. 307 Wetboek van Strafrecht) en legde het nalaten feitelijke verkeersmaatregelen en onderhoudsmaatregelen te treffen ter voorkoming van verkeersongevallen ten laste. De gemeente was al voor het ongeval op de hoogte van de gevaarlijke situatie. In 2012 kwam de rechtbank Utrecht tot een veroordeling en legde de gemeente een geldboete op van € 22.500, waarvan € 7.500 voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar (Rb. Utrecht 10 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5595). Bij dit vonnis verscheen een naschrift van mijn hand in de Gemeentestem (*Gst.* 2013/23). Advocaat-generaal Machielse heeft vervolgens beroep in cassatie in het belang der wet ingesteld en concludeerde dat de rechtbank blijk had gegeven van een verkeerde toepassing van het recht (Conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2017:1298). De vervolging van de gemeente Stichtse Vecht en het onderhavige arrest van de Hoge Raad zijn relevant in de context van de juridische, politieke en maatschappelijke discussie over de houdbaarheid van de

strafrechtelijke immuniteit van overheden. Deze discussie is opgelaaid sinds de *Öneryildiz*-jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 30 november 2004, *NJ* 2005/210, m.nt. Alkema). In dit naschrift bespreek ik naar aanleiding van het onderhavige arrest de huidige stand van het recht, politiek en literatuur.

2. Om te beginnen is er naar de letter van de wet geen beletsel om overheden strafrechtelijk te vervolgen: art. 51 Sr regelt de mogelijkheid tot strafvervolging van rechtspersonen en daarin is geen uitzondering gemaakt voor publiekrechtelijke rechtspersonen. In de memorie van toelichting is wel aangegeven dat vervolging voor gedragingen in de uitoefening van een algemene of specifieke bestuurstaak weinig opportuun is, omdat het staatsrecht andere middelen kent om de rechtspersoon ter verantwoording te roepen (*Kamerstukken II* 1975/76, 13665, 3, p. 20-21). Te denken valt aan politieke verantwoordingsplicht en de bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure. Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad in haar jurisprudentie criteria ontwikkeld voor strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen in de zin van hfdst. 7 van de Grondwet. Sinds 1998 wordt de ontvankelijkheid van het OM beoordeeld aan de hand van het *Pikmeer II*-arrest (HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, *Gst.* 1998/3, afl. 7073, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens). Hieruit volgt dat de strafrechtelijke immuniteit alleen geldt voor de zogenaamde exclusieve bestuurstaak; gedragingen verricht in het kader van bestuurstaken die naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem naar nationaal recht uitsluitend door het openbaar lichaam en diens ambtenaren als feitelijk leidinggevende kunnen worden uitgevoerd. Dat betekent dat het OM geen vervolging kan instellen in het geval van letsel of dodelijke afloop die het gevolg zijn van gebrekkige publiekrechtelijke besluitvorming, zoals zich recent bijvoorbeeld voerde in de *Monstertruck*-zaak (Rb. Overijssel 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297, r.o. 4, zie R.R. Crince le Roy & R.S. Wijling, ‘Recht op strafvervolging van de overheid’, *Gst.* 2018/45). Alleen als is uitgesloten dat particuliere derden op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen, kan immuniteit verleend worden (*Pikmeer II*-arrest, r.o. 5.7). De achterliggende gedachte is hier gelijkheid: het zou onwenselijk zijn als voor eenzelfde gedraging een overheid niet vervolgd kan worden en particulieren wel (zie ook HR 18 september 2007, *NJ* 2007/512 (*Gemeente Zederik*)).

3. De zaak Stichtse Vecht illustreert dat het niet eenvoudig is om vast te stellen wanneer sprake is van *feitelijk* handelen dat exclusief in het kader van een exclusieve bestuurstaak kan worden verricht. Het OM vervolgde de gemeente voor het nalaten feitelijke verkeersmaatregelen, zoals een wegafzetting of het plaatsen van verkeersborden met een snelheidsbeperking, en feitelijke onderhoudsmaatregelen en reparaties te treffen ter voorkoming van verkeersongevallen. De rechtbank overwoog ten aanzien van de feitelijke verkeersmaatregelen dat een extern bureau eerder feitelijk verkeersborden had geplaatst zonder voorafgaand verkeersbesluit en daarom gold hiervoor geen immuniteit. Ten aanzien van de onderhoudsmaatregelen

was volgens de rechtbank wel in algemeenheid komen vast te staan dat dit uitbesteed wordt aan derden, maar er was onvoldoende bewijs of dat ook in deze specifieke zaak was gebeurd. De rechtbank verklaarde het OM inzake het onderhoud daarom niet-ontvankelijk. De rechtbank beoordeelde dus voornamelijk of de gedraging daadwerkelijk door derden wordt verricht, terwijl zij volgens het *Pikmeer II*-arrest juist de aard van de gedraging en het wettelijk systeem zou moeten onderzoeken. In mijn naschrift in 2013 stelde ik dat uit het wettelijk systeem juist de omgekeerde redenering zou volgen: wél immuniteit voor het treffen van de verkeersmaatregelen die de rechtbank noemt en geen immuniteit voor het onderhoud. Verkeersborden met een snelheidsbeperking of wegafzetting kunnen namelijk uitsluitend worden geplaatst krachtens een verkeersbesluit genomen door de wegbeheerder, in casu het college van burgemeester en wethouders (art. 15 WVV 1994 jo. art. 18 lid 1 onder d WVV 1994 (Wegenverkeerswet 1994) jo. art. 12 BABW (Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer)). Hier is sprake van een onlosmakelijk verband tussen bestuurlijke besluitvorming en feitelijke gedragingen en daarvoor zou mijns inziens immuniteit moeten gelden. Hoewel de rechtszekerheid en verkeersveiligheid ook vergt dat weggebruikers door particulieren onbevoegd geplaatste verkeersstekens opvolgen (HR 10 juni 1986, NJ 1987/42), is het ondenkbaar dat het nalaten van het onbevoegd plaatsen ervan strafbaar zou zijn. Sikkema en Gijsselaar wijzen er overigens terecht op dat het plaatsen van informatieve tekens die niet gericht zijn op rechtsgevolg – zoals een waarschuwingbord – geen verkeersbesluit is voorgeschreven (E. Sikkema & E. Gijsselaar, *Het Stichtse Vecht-arrest: duidelijkheid over immuniteit?*, *Ucall Blog* 3 april 2018). Aan het plegen van feitelijk wegenonderhoud hoeft echter geen publiekrechtelijke besluitvorming vooraf te gaan; particulieren kunnen hier feitelijk onderhoud plegen en zodoende op gelijke voet handelen (of nalaten). De gemeente blijft wel verplicht om ervoor te zorgen dat de weg in goede staat verkeert, ook als een particuliere onderhoudsplichtige nalaat noodzakelijk onderhoud te plegen (art. 16 Wegenwet, ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8863, *Gst.* 2011/111, m.nt. J.M.H.F. Teunissen). Met deze redenering, zo stelde ik, zou geen strafrechtelijke immuniteit moeten gelden voor het nalaten feitelijk wegonderhoud te plegen.

4. Voor ik toekom aan het cassatieberoep en het recente oordeel van de Hoge Raad, schets ik eerst de context van het vonnis van de rechtbank Utrecht in december 2012. Het vonnis viel midden in de al langer lopende discussie over de houdbaarheid van de strafrechtelijke immuniteit van overheden. Na het arrest *Öneryildiz/Turkije* van het EHRM, nam Kamerlid Wolfsen initiatief tot een wetswijziging inhoudende de gedeeltelijke opheffing van de strafrechtelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen en ambtenaren (*Kamerstukken II* 2005/06, 30538, 2, gewijzigd bij 6-7, beoogd art. 51 Sr jo. art. 42 lid 2 Sr). Immuniteit zou alleen blijven bestaan voor zover de gedraging redelijkerwijs noodzakelijk was voor de uitvoering van een publieke taak opgedragen bij wettelijk voorschrift. Dit zou het einde van de *Pikmeer II*-maatstaf betekenen: de rechter zou niet meer

hoeven nagaan of derden ook feitelijk op dezelfde voet als de gemeente hadden kunnen handelen, maar of het nalaten van verkeersmaatregelen in dit geval noodzakelijk was voor bijvoorbeeld de verkeersveiligheid als wettelijk opgedragen publieke taak. De behandeling van het voorstel verliep uiterst traag. In oktober 2012 zetten de leden Recourt, Oskam en Segers het initiatiefvoorstel voort (*Kamerstukken II* 2012/13, 30538, 13). Bij de behandeling in de Tweede en de Eerste Kamer verwijzen de indieners bij herhaling naar het vonnis van de Rechtbank Utrecht inzake de Stichtse Vecht (*Handelingen II* 2012/13, 41, 9, p. 51; *Handelingen I* 2015/16, 5, 4, p. 16). Ook de situatie rond *Probo Koala* kwam ter sprake, waarin het ging om het gedogen van een milieuovertreding in de Amsterdamse haven. Het gifschandaal zorgde voor veel maatschappelijke commotie in Nederland. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak in 2013 wel dat sprake was van immuniteit, aangezien handhaving van milieuovertredingen – en dus ook het afzien daarvan – een exclusieve bestuurstaak betrof (HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:765, NJ 2014/241, m.nt. J.M. Reijntjes). Het wetsvoorstel voorzag erin dat ook het nalaten een publiekrechtelijk besluit te nemen ten laste kon worden gelegd, waardoor situaties zoals de *Probo Koala* voortaan toch aan de strafrechter zouden kunnen worden voorgelegd. Het wetsvoorstel haalde de streep niet, de Eerste Kamer verwierp het in 2015 (*Handelingen I* 2015/2016, 7, 5). In het voorafgaande debat speelden veel vragen over de noodzaak van en plicht tot de gedeeltelijke opheffing van de immuniteit, mede in het licht van de genoemde EHRM-jurisprudentie, de verhouding tot de politieke, democratische verantwoordingsplicht en de gevolgen van opheffing van immuniteit voor individuele ambtenaren die de beslissingen nemen.

5. Wellicht heeft het politieke en juridische debat en de maatschappelijke verontwaardiging over de betrokkenheid van de overheid bij dit type ernstige ongevallen eraan bijgedragen dat in de zaak Stichtse Vecht cassatie in het belang der wet is ingesteld. A-G Machielse stelt vast dat de Hoge Raad ondanks de kritiek die er is op het vage karakter van het *Pikmeer II*-criterium blijft vasthouden aan de immuniteit voor gedragingen die volgens het wettelijke systeem als exclusieve bestuurstaken beschouwd worden, onder verwijzing naar de eerdergenoemde arresten in de zaken *Probo Koala* en *Gemeente Zederik* (Conclusie 31 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2018:236, onder 4.7). Vervolgens concludeert de A-G dat het plaatsen van verkeersborden tot matiging van de snelheid op gespannen voet staat met het wettelijke systeem van de Wegenverkeerswet en dat het afwijzen van immuniteit voor het nalaten verkeersmaatregelen te treffen een onjuiste toepassing is van het *Pikmeer II*-criterium (onder 4.12). Ten aanzien van het onderhoud, concludeert de A-G dat de zorgplicht die op grond van art. 16 Wegenwet op de gemeente rust, tot gevolg heeft dat derden niet op gelijke voet verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het nalaten om aan een gemeentelijke weg onderhoud te plegen. Hoewel de tenlastelegging juridisch is gemodelleerd naar feitelijke handelingen, gaat het hier in essentie om de hoedanigheid als wegbeheerder en dat is een exclusieve bestuurstaak. De A-G komt zo tot strafrechtelijke immuniteit voor beide type gedragingen.

6. De Hoge Raad gaat niet volledig mee in de redenering van de A-G. Wel bevestigt de Hoge Raad in r.o. 3.5 dat de strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet nog steeds aan de hand van het *Pikmeer II*-arrest dient te worden beoordeeld en dat daarbuiten geen aanleiding is om immuniteit te verlenen. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft de rechtbank 'niet kenbaar' dit toetsingskader aangelegd (r.o. 3.7). Toepassing van het kader in het geval van de Stichtse Vecht betekent volgens de Hoge Raad vervolgens inderdaad dat voor het plaatsen van wegafzettingen en verkeersborden met een maximumsnelheid naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem niet door derden kan plaatsvinden, aangezien deze bevoegdheid alleen krachtens een verkeersbesluit dient te geschieden. Voor wat betreft het feitelijk onderhoud overweegt de Hoge Raad ten aanzien van artikel 16 Wegenwet:

“Die zorgplicht betekent echter niet dat het feitelijk onderhoud van de wegen – en daarmee ook het nalaten van het plegen van onderhoud – naar zijn aard en gelet op het wettelijke systeem niet door anderen dan bestuursfunctionarissen in het kader van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak kan worden verricht.”

Deze uitleg is anders dan de A-G in het middel voorstelt. Dat betekent dat het OM ontvankelijk is in de vervolging voor het nalaten deugdelijk onderhoud te plegen en niet-ontvankelijk voor wat betreft het nalaten verkeersmaatregelen te treffen.

7. De Hoge Raad maakt met dit arrest voorlopig een eind aan de discussie over de uitbreiding van de strafrechtelijke immuniteit. De *Pikmeer II*-maatstaf blijft overeind. De hoofdregel blijft dat publiekrechtelijke rechtspersonen – waaronder gemeenten en andere decentrale overheden – vervolgd kunnen worden voor feitelijke gedragingen die op gelijke voet door particulieren uitgevoerd kunnen worden. Specifiek voor het wegbeheer staat met dit arrest als uitgangspunt vast dat de gemeente strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden voor ongevallen die het gevolg zijn van ondeugdelijk wegonderhoud. Moeten gemeenten nu vrezen voor een toename van strafrechtelijke vervolging? Jansen en Schutgens menen dat het OM alsnog niet te snel tot vervolging zal overgaan, gezien het *ultimum remedium* karakter van het strafrecht (in hun noot bij het onderhavige arrest, *JB* 2018/46). Of vervolging wegens gebrekkig wegonderhoud opportuun is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Ik kan mij voorstellen dat in deze afweging relevant is of de gemeente met de gebrekkige staat van de weg bekend was, evenals de eventueel getroffen maatregelen, de mate van schuld of zelfs opzet bij de ten laste gelegde gedragingen, de ernst van de gevolgen, de wenselijkheid van vergelding en speciale preventie en de uitkomsten van onderzoek in het kader van politieke verantwoording en civielrechtelijke aansprakelijkstelling (art. 6:174 lid 2 BW jo. art. 16 Wegenwet). Rijnhout, Sikkema en De Zanger wijzen in hun pleidooi voor beperking van de strafrechtelijke immuniteit voor overheden erop dat de kwalificatie van een gedra-

ging als 'dood door schuld' door een onafhankelijke rechter een morele lading kan hebben, die meer indruk kan maken dan een motie van wantrouwen in het politieke proces (R. Rijnhout, E. Sikkema & W.S. de Zanger, 'Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen; de zaak Stichtse Vecht', *RMThemis* 2014/1, p. 24). Per geval zal beoordeeld moeten worden welke juridische en politieke reactie in het licht van de omstandigheden nodig is.

8. Ten slotte nog enkele woorden over de Europese dimensie van de discussie over strafrechtelijke immuniteit van (lokale) overheden. De Hoge Raad wijdt geen overwegingen aan het recht op leven, gewaarborgd in art. 2 EVRM en de *Öneryildiz*-jurisprudentie. Uit deze jurisprudentie vloeit voor dat art. 2 EVRM twee aspecten kent. Ten eerste rust op de staat de positieve verplichting om in het geval van gevaarlijke activiteiten adequate maatregelen te treffen die het (recht op) leven van burgers beschermen. In de tweede plaats bevat art. 2 EVRM een procedurele dimensie: vermeende inbreuken op het recht op leven als gevolg verwijtbaar nalaten moet onderworpen kunnen worden aan onafhankelijk strafrechtelijk onderzoek dat kan leiden tot identificatie van de verantwoordelijken en de oplegging van een bestraffende sanctie (vgl. EHRM 20 september 2008, nrs. 15339/02, 21166/02, 20058/02 en 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*)). Het EHRM heeft dit in de zaak *Kalender/Turkije* bevestigd inzake een dodelijk ongeval door onveilige infrastructuur (EHRM 15 december 2009, *AB* 2010/292, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). In de literatuur heeft een discussie gewoed over de vraag of de huidige invulling van de strafrechtelijke immuniteit voor overheden in overeenstemming is met de Straatsburgse rechtspraak. Roef meent dat de strafrechtelijke immuniteit voor overheden die een bedreiging vormen voor het recht op leven niet in overeenstemming is (D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 185-194). Van Sliedrecht verdedigt in haar preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging dat uit het *Öneryildiz*-arrest niet afgeleid kan worden dat een verplichting geldt jegens overheden als zodanig, maar dat er wel een verdragsverplichting is tot strafvervolging van overheidsfunctionarissen (E. van Sliedrecht, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' in: *Immuniteten* (Preadviezen Nederlandse Juristen Vereniging 2013-1), Deventer: Kluwer 2013, p. 165-169). Rijnhout, Sikkema en De Zanger beamen deze lezing, maar zien toch wel een tendens in de jurisprudentie van het Hof pleit voor vervolging van overheden en zij menen dat ook in de zaak Stichtse Vechtstrafvervolging op zijn plaats was, om 'responsible State authorities' ter verantwoording te kunnen roepen (*RMThemis* 2014/1, p. 19-20). In het onderhavige arrest meent de Hoge Raad met de bevestiging van *Pikmeer II* als toetsingskader kennelijk dat art. 2 EVRM en de EHRM-jurisprudentie niet tot wijziging van de strafrechtelijke immuniteit nopen. Hiermee sluit de Hoge Raad voorlopig de discussie over de mogelijke beperking van de strafrechtelijke immuniteit voor (decentrale) overheden.

A.E. van Rooij