

Gerechtshof te Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden
zitting van 12 oktober 2016

inzake:

Groninger Bodembeweging

kenmerk: K16/0124

pleitnotities van:

G. Spong

E. van Reydt

1. Namens klagers is in de lijvige aangifte en daarop gevolgde artikel-12 Sv klacht reeds uitgebreid stilgestaan bij de haalbaarheid en opportuniteit van de gevraagde vervolging. Het advies van de AG mr. L. den Hollander noopt op een drietal punten tot een nadere beschouwing. Allereerst zal worden stilgestaan bij de implicaties van de bewuste keuze van de wetgever om overtreding van artikel 33 van de Mijnbouwwet *niet* strafrechtelijk te sanctioneren. Ten tweede zal nader worden ingegaan op de positieve procedurele verplichtingen die leidend zouden moeten zijn bij de beoordeling van de opportuniteit van de gevraagde vervolging van de NAM. In het bijzonder zal daarbij aandacht worden besteed aan de vraag of de NAM als *'State Authority'* heeft te gelden. Tot slot zal op basis van de inhoud van de aangifte, de artikel-12 Sv klacht en onderhavige nadere toelichting een aantal eindconclusies worden getrokken.

Artikel 33 Mijnbouwwet

2. Uit de inhoud van het advies van AG blijkt dat de meest vérstrekkende en/of fundamentele tegenwerping tegen de verzochte vervolging gelegen is in het argument dat daarmee zou worden ingegaan tegen de bedoeling van de wetgever. De wil van de wetgever houdt immers, aldus de AG, in dat de wetgever welbewust géén strafbepalingen in de Mijnbouwwet heeft opgenomen [...] omdat strafrechtelijke handhaving voor art. 33 van die wet als *minder passend* wordt beschouwd, gelet op de 'ruime' bewoordingen van die strafbepalingen (curs. GS). Vervolgens volgt daarop de conclusie dat in het klaagschrift uw hof wordt gevraagd om via een omweg datgene te beslissen wat de wetgever niet wilde, namelijk om tóch strafrechtelijk op te treden wegens het overtreden van de zorgplichten uit de Mijnbouwwet met betrekking tot schade en

veiligheid. Dat zou strijdig zijn met de bedoelingen van de wetgever om te proberen via die omweg van de in aangifte en klaagschrift opgevoerde *commune doleuze* (en *culpoze*) strafbepalingen desondanks strafrechtelijke aansprakelijkheden met betrekking tot de aardgaswinning aan te nemen. De enorme schade tengevolge van die aardgaswinning betwist de AG niet. Maar de bedoeling van de wetgever is voor hem sacrosanct. Steun voor zijn opvatting wordt ook nog bij de bestuursrechter (Raad van State) gezocht, waarbij gemakshalve onaangeroerd blijft dat het strafrecht andere doelen nastreeft, andere normen en waarborgen voor en van de burgers veilig stelt, dan het bestuursrecht.

3. Voorop moet worden gesteld dat klagers geen vervolging wegens schending van de in artikel 33 Mijnbouwwet neergelegde zorgvuldigheidsnorm voorstaat maar zij primair een vervolging ter zake de *doleuse* delicten van artt. 170 en 350 Sr wensen af te dwingen. Dat de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis de open norm van artikel 33 Mijnbouwwet niet strafrechtelijk heeft willen sanctioneren, impliceert op geen enkele wijze dat zij de toepasselijkheid van *commune* strafbepalingen heeft willen uitsluiten. Een dergelijke verstrekkende consequentie, die vanuit strafrechtelijke perspectief niets minder behelst dan een door de wetgever middels een *carte blanche* gegarandeerde straffeloosheid voor de concessiehouder, kan op geen enkele wijze uit de parlementaire geschiedenis worden gedestilleerd. Bezwaarlijk kan toch enkel op grond van deze exegese van de (summiere) MvT worden aanvaard dat in het geval door toedoen van de NAM een explosie ontstaat waarbij veel dodelijke slachtoffers te betreuren zijn, we strafrechtelijk met lege handen zouden staan. Er is

bovendien geen algemene rechtsregel die voorschrijft dat de commune strafbepalingen van ons Wetboek van Strafrecht worden gederogeed door de – al dan niet bewust – door de wetgever gemaakte keuze om een in een bijzondere wet opgenomen veiligheidsvoorschrift, gedragscode of ambtsinstructie *niet* strafrechtelijk te sanctioneren. Dat geldt in versterkte mate nu de kern van het strafrechtelijke verwijt dat klagers de NAM maken een *doleus* karakter draagt terwijl de zorgvuldigheidsnorm zoals neergelegd in artikel 33 Mijnbouwwet naar zijn aard *culpoos* is. Dat, zoals in het ambtsbericht wordt opgemerkt, het niet-strafrechtelijke sanctioneren van artikel 33 Mijnbouwwet niet op kenbaar verzet in de Eerste en Tweede Kamer heeft gestuit, duidt er bovendien veeleer op dat de volksvertegenwoordigers zich – anders dan de AG – kennelijk ten volste hebben gerealiseerd dat door de keuze artikel 33 Mijnbouwwet niet strafrechtelijk te sanctioneren, vervolging via de band van commune strafbepaling geenszins werd uitgesloten.

4. Voorts moet er op gewezen worden dat vanwege de in een democratische rechtsstaat tot stand gekomen scheiding der machten gecombineerd met de rechtsstaatgedachte niet gesproken kan worden van een *omweg*. Tenminste als we de meest gangbare begripsomschrijving van het fenomeen ‘rechtsstaat’ toepassen, inhoudend dat in een rechtsstaat iedereen zich aan de wet moet houden en dat het in beginsel de taak van de onpartijdige en onafhankelijke rechter is om die rechtsstaat te verwezenlijken.¹ Met het begrip verwezenlijken wordt vervolgens bedoeld dat rechter, wetgever en overheid bijdragen aan de grondgedachte van de rechtsstaat. Over wat nu die grondgedachte is, kan men uiteraard van

¹ Vgl. Ybo Buruma, *Geen blad voor de mond: strafrechtspraak in Nederland*, 2011, p. 22

mening verschillen. Meningsverschillen doen zich in elk huwelijk tussen twee mensen voor, laat staan als het een drie partijen-huwelijk à la Montesquieu betreft. Er zijn rechtsgeleerden die betogen dat in de moderne tijd een verschuiving van een ‘scheiding der machten’ naar een ‘evenwicht van machten’ heeft plaatsgevonden.²

Klagers zijn, gelet op deze verschuiving, recht door zee. Ze zijn de van overheidswege door de Mijnbouwwetgever gepleegde strafbare feiten, die hen schade berokkenen, gewoon meer dan zat en zoeken rechtsbescherming bij uw hof. Dat hierbij voorbij gegaan moet worden aan de bedoeling van de wetgever (uit 1998) maakt het zoeken naar rechtsbescherming tegen de overheid en/of haar organen (de NAM) geenszins tot een omweg-exercitie.

5. We weten verder in deze rechtszaal allemaal dat er boekenkasten vol zijn geschreven over het fenomeen rechter en politiek. En over de niet zelden daaruit voortvloeiende spanning. Vele rechtsgeleerde auteurs hebben erop gewezen dat de grotere en meer actief regulerende en beleidsvoerende rol die de Staat is gaan spelen in de economie en de maatschappij heeft geleid tot een grote hoeveelheid zuiver instrumentaal wettenrecht. Daardoor heeft de wet, aldus deze auteurs, belangrijk aan normatief gezag ingeboet.³ En menigmaal hebben we dan ook gezien dat de rechter, jawel de hoogste strafrechter in ons land – de Hoge Raad – de wil van de wetgever naast zich neer heeft gelegd. Anders gezegd: de strafrechter is geen slaaf van de politiek, en allang geen ‘bouche de la loi’ meer. Een 18^e-eeuwse opvatting en rol die de AG zoveel eeuwen later, alsof er geen rechtsontwikkeling heeft

² Zie W.J. Witteveen, ‘Evenwicht van machten’, oratie Tilburg, 1991

³ Vgl. A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie*, 1993, p. 48 e.v.

plaatsgevonden, voorzien van een bestuursrechtelijk en EVRM-sausje bij uw hof ingang wil doen vinden.

6. Het heeft de verdediging allemaal voor een moeilijke keuze geplaatst. Want het was verduveld lastig een keuze te maken uit de veelheid van auteurs die, anders dan de AG, geen onderdanige eerbiediging van de bedoeling van de wetgever prediken. De term ‘slaafs’, waarvoor de AG nogal gevoelig is, vermijden wij hier dus. Uiteindelijk is de keuze gevallen op de eminente G.E. Langemeijer. In zijn beschouwing onder de titel ‘Getrouwheid aan de wet’ schreef hij het volgende:

‘Hiervóór, schrijvende over de gedragsnorm, betoogde ik dat zij het ook is die de grondslag levert voor onze gebondenheid aan de wet en tevens dat die gebondenheid geen onvoorwaardelijke is. Ook hier is er een vraag van afweging van belangen. Die welke gemoeid zijn met getrouwheid aan de wet wegen zeer zwaar, grove verwerpelijkheid van de wetsinhoud kan zwaarder in de andere schaal wegen. Dat het belang van wetsgetrouwheid zwaar weegt heeft niet veel betoog nodig. De berekenbaarheid van ons ingewikkelde maatschappelijke leven hangt er voor een belangrijk deel van af. En dat niet alleen. Elke samenleving heeft behoefte aan de mogelijkheid voor tal van situaties bindende regels vast te stellen. Zou de instantie die tot op zeker ogenblik vrij algemeen is erkend als tot die taak bevoegd de macht daartoe verliezen, zonder dat in haar plaats een andere als zodanig erkenning vindt, dan komt aan de organisatie van de samenleving een onmisbaar element te ontbreken.

Sedert de Franse revolutie tot op het laatst van de negentiende eeuw heeft men de bindende kracht van de wet als exclusief en onbeperkt beschouwd. Daarna heeft zich een ontwikkeling baan gebroken, die ongeveer tot de stand van de denkbeelden heeft geleid, die ik hiervóór poneerde. Natuurlijk levert dit geen vlijmscherpe grens op. Wanneer

bereikt de verwerpelijkheid van de wet precies de fatale graad en wie maakt dat uit?

De vraag is tientallen jaren lang één geweest van rechtsvinding.’⁴

7. Langemeijer signaleert dus dat een verminderde eerbied voor de wet zich bij de rechter vertoont. De rechter die dan *contra legem* rechtspraak scheidt. Hij besteedt hierbij aandacht aan de door Gustav Radbruch ontwikkelende rechtstheorie met betrekking tot een ‘Schandgesetz’ en de theorie van Larenz met betrekking tot het geval van ‘Rechtsnot’, in welke gevallen deze twee Duitse rechtsfilosofen het opzijzetten van de wet door de rechter gerechtvaardigd achten.
8. In deze art. 12 Sv-procedure in deze rechtstempel is het onontkoombaar om de rechtsvraag onder ogen te zien of de Mijnbouwwet thans, na al die veroorzaakte gigantische schade en ellende, de kwalificatie ‘Schandgesetz’ rechtvaardigt. Of de kwalificatie ‘Rechtsnot’ billijk? Is het verdedigbaar om te stellen dat, gelet op de massale schade van vernieling die deze Mijnbouwwet via de NAM heeft veroorzaakt, welke massaliteit wellicht in 1998 niet geheel voorzien was, de kwalificatie ‘Schandgesetz’ en ‘Rechtsnot’ gerechtvaardigd is? Laat er geen misverstand over bestaan: het economisch nut van de Nederlandse samenleving kan in geen enkel opzicht gerechtvaardigd worden door het noordelijk deel van ons land en de mensen – ja mensen! – die daar wonen op een kille en berekenende wijze op te offeren, louter omdat de wetgever een keuze in deze belangen heeft gemaakt en deze mensen beroofd heeft van strafrechtelijke bescherming.

⁴ G.E. Langemeijer, *Bij nader inzien*, 1979, p. 61

9. Wat ook ontzettend opvalt in het advies van de AG mr. Den Hollander is dat hij zijn heil zoekt bij de Raad van State, maar met een grote boog om redelijk actuele rechtspraak van de Hoge Raad heen loopt. Een rechtspraak waarin geëtaleerd wordt dat de Hoge Raad er geen moeite mee heeft het maatschappelijk belang te laten prevaleren boven de bedoeling van de wetgever. Zonder volledigheid na te streven kan in dit opzicht worden verwezen naar HR 6 februari 2001, *NJ* 2001/498. Dit arrest betrof het Vuurwerkbesluit en de Wet milieugevaarlijke stoffen. In r.o. 4.10 overwoog de Hoge Raad:

‘Hoewel de tekst van het Vuurwerkbesluit en voorheen het Reglement gevaarlijke stoffen een andere bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen, te weten de wederzijdse uitsluiting van toepasselijkheid van die regelingen moet de Hoge Raad daaraan voorbij gaan.’

10. In flinke bewoordingen wordt hier door de rechter uitdrukkelijk aan de bedoeling van de wetgever voorbijgegaan om tot strafbaarheid van een burger te concluderen, aldus annotator P. Mevis in een kritische annotatie. Zijn kritiek heeft evenwel niet kunnen voorkomen dat de Hoge Raad amper 11 maanden later eenzelfde rechtsteleologisch huzarenstukje vertoonde. Toen ging het om het delict ‘mensenroof’ en de verruimde – contra legem – uitleg van het delictsbestanddeel ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’. Zie HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632. De Hoge Raad overweegt in dit arrest nadrukkelijk dat hij op grond van sedert de totstandkoming van de genoemde strafbepaling plaats gehad hebbende ontwikkelingen in omstandigheden en algemeen aanvaarde opvattingen tegen de bewoordingen van de wet het bieden van rechtsbescherming geboden acht. En in r.o. 4.12 wordt dat als volgt verwoord:

‘Aan een en ander moet de gevolgtrekking worden verbonden dat het artikel, in overeenstemming met de huidige juridische en maatschappelijke realiteit, zowel in nationaal als in internationaal opzicht, zo moet worden uitgelegd dat ook het vanuit het buitenland naar Nederland voeren van personen daaronder valt.’

11. Een ander voorbeeld van de tegen de bedoeling van de wetgever in rechtsbescherming biedende strafrechter treffen we aan in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het begrip ‘roekeloosheid’ in het verkeersrecht (art. 175, lid 2 WvW, 307 lid 2 en 308 lid 2 Sr) rechtspraak. Groenhuijsen betoogt op goede gronden dat de contextuele invulling van deze schuldvorm door de Hoge Raad regelrecht in strijd komt met de bedoeling van de wetgever, die de lichtzinnige geestesgesteldheid van de dader doorslaggevend heeft geacht.⁵ In een andere Vuurwerkzaak motiveerde de Hoge Raad uitvoerig waarom hij wel de mening van een Kamerlid en niet die van de Minister volgde met de woorden *‘[...] waartegen niet kan opwegen hetgeen hiervoor onder 3.3 uit de wetsgeschiedenis is weergegeven.’*⁶
12. De maatschappelijke realiteit met betrekking tot de gasboringen van de NAM zijn – *n’en déplaie* de bedoeling van de wetgever – genoegzaam bekend: het is hier gelukkig nog geen Aleppo, maar grootschalige vernielingen aan huizen en menselijk leed tengevolge van de gaswinning zijn allereerst bekend. Over de huidige juridische realiteit, in het bijzonder de realiteit in Straatsburg, zal mijn kantoorgenoot mr Van Reydt nog het een en ander zeggen.

⁵ Vgl. M.S. Groenhuijsen, ‘Miscommunicatie tussen strafrechter en wetgever als bijzonder onderdeel van de dialoog in het strafrecht’, *DD* 2016/42 van 31 augustus 2016

⁶ HR 16 mei 2000, *NJ* 2000/501

13. Ter verduidelijking zij hier opgemerkt dat de maatschappelijke realiteit in casu eens te meer het opzijzetten van de bedoeling van de wetgever rechtvaardigt, nu de wetgever in de Memorie van Toelichting op de Mijnbouwwet 1998 meermalen benadrukt dat de wet een helder kader beoogt te bieden voor, behalve een doelmatige- ook een *verantwoorde* mijnbouw. Daar komt bij dat de rechtvaardiging om het strafrecht buiten de duur te houden wel heel erg mager oogt. Want in de enkele opmerking dat de strafrechtelijke handhaving als ‘minder passend’ wordt beoordeeld, gelet op de ‘ruime’ bewoordingen van de bepalingen⁷ kan toch bezwaarlijk een adequate analyse worden ontwaard van de door Langemeijer opgeworpen vraag wanneer de verwerpelijkheid van de wet precies de fatale graad bereikt en wie dat uitmaakt. Wij menen dat die fatale grens hier is bereikt.
14. In klare taal gezegd: wij vinden dat de Mijnbouwwet, in het bijzonder de vrijwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid, gelet op zijn funeste uitwerking én de maatschappelijke realiteit ronduit een ‘Schandgesetz’ is. Het is een schande voor de Staat zich achter zo’n wet te verschuilen. En de rechter, te weten uw hof, is *alleszins gerechtigd* dat uit te maken. Per slot van rekening is dát de essentie van de rechtsstaat.
15. Zoals zo-even al opgemerkt klampt de AG zich nogal stevig vast aan de Raad van State. Dit staatsorgaan zou hebben geoordeeld dat de voorzieningen in de Mijnbouwwet, waarbij de minister van Economische zaken moet beoordelen of met het oog op bescherming van het recht op leven beperking van de gaswinning moet worden voorgeschreven aan de klacht zou dienen te worden tegengeworpen. Dit betekent natuurlijk niet dat met het recht op leven losjes kan

⁷ MvT p. 64

worden omgesprongen in die zin dat de burger in strijd met de Grondwet wordt afgetrokken van de rechter om dit meest wezenlijke recht te waarborgen. De strafrechter kan dus niet door de wetgever noch door de Raad van State buitenspel worden gezet als het gaat om de waarborg voor het recht op leven. Het is deze waarborg ofwel dit meest elementaire recht die tot gevolg heeft dat de fatale graad is bereikt door de Mijnbouwwet die – naar wij het begrijpen – volgens de AG de zegen heeft gekregen van de Raad van State. Het is natuurlijk niet goed mogelijk met een algemene formule aan te geven wat precies de evenwichtsstand is tussen de noodzakelijke eerbied voor de wet en de evenzeer wenselijke mate van vrijheid tegenover de wet, aldus Langemeijer. In zijn lustrumrede ‘Oordelen en vooroordelen’ (1972) biedt volgens Schoordijk in dit schemergebied van de rechtsstaat een ‘empathische rechtsvinding’ de oplossing. Langemeijer meent dat een scherpe afbakening niet mogelijk is. Al zoekend en tastend bij Paul Scholten, die aan het geweten grote waarde toekent, G. Wiarda (Drie typen van rechtsvinding) en J. Esser⁸ lijkt het erop dat steun gezocht moet worden bij een vaste overtuiging omtrent wat zéker onrecht zou zijn.⁹ Welnu, klagers in deze zaak en ook vele politici in het parlement ervaren de enorme schadelijke gevolgen van de aardgaswinning als zeker onrecht. Dat hoort niet alleen in de politiek en/of bij de bestuursrechter, maar even zo goed bij de strafrechter. Die zit er in een rechtsstaat immers niet voor spek en bonen bij.

16. Volledigheidshalve moet nog worden opgemerkt dat wethistorische interpretatie onderhevig is aan een aantal beperkingen. Van belang is

⁸ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Athenaum Verlag 1972

⁹ G.E. Langemeijer, o.c., p. 69, 70

allereerst dat tijdsverloop met zich kan brengen dat gezichtspunten die in de wetsgeschiedenis zijn neergelegd, niet meer hetzelfde gewicht in de schaal leggen. Zo zal de rechter zijn taak miskennen indien hij niet kritisch nagaat of de wetsgeschiedenis wel voldoende aansluit bij de bijzonderheden van het door hem te berechten geval, aldus Borgers.¹⁰ In dit verband valt op dat de Mijnbouwwet 1998 uiteraard slechts de gevolgen van de wet en haar voorgangers kon vaststellen tot 1997. Uit de Memorie van toelichting kan niet blijken dat de wetgever toen rekening heeft gehouden met de grootschalige schade door bodembeweging veroorzaakt zoals die zich in het afgelopen decennium heeft geopenbaard. Terecht merkt Borgers dan ook op dat wetshistorische interpretatie een methode is die met de nodige behoedzaamheid moet worden toegepast. Hij concludeert ten slotte dat de Hoge Raad zich weliswaar sterk oriënteert op de wetsgeschiedenis, maar zich daaraan uiteindelijk niet gebonden acht. Er is volgens hem geen reden om wetshistorische interpretatie categorisch uit te sluiten, noch om aan deze wijze van interpretatie een groot of bijzonder gewicht toe te kennen.¹¹ Het beroep van de AG op de bedoeling van de wetgever kan dus, zoals Borgers het formuleert, nooit gelden als een volkomen legitimatie van de rechterlijke beslissing.¹²

17. Bij deze stand van zaken staat niets eraan in de weg dat uw hof ingrijpt. De uiteindelijke strekking van alle strafrecht is immers de bescherming van de rechtsorde, de bescherming van mensen. Zoals J. Leijten het ooit formuleerde:

¹⁰ Vgl. M.J. Borgers, Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak, in: *Glijdende schalen*, liber amicorum De Hullu, p. 55, 56, 57

¹¹ Zie Borgers o.c., p. 69

¹² Zie Borgers o.c., p. 69

‘Er zijn een aantal zaken waar men in het leven voor moet staan.’¹³

Eén van die zaken is het welzijn van de mens en niet het welzijn van de Nederlandse Aardolie Maatschappij.

EVRM: procedurele verplichtingen en ‘State Authority’

18. De vraag naar de opportuniteit van de strafrechtelijke vervolging spitst zich met name toe op de vraag of de gestelde, in de aangifte geadstrueerde, artikel 2, 3 en 8 EVRM-schending¹⁴ noopt tot een strafrechtelijke vervolging of dat de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsbescherming als *‘sufficient remedy’* kunnen worden aangemerkt.
19. Daarbij dient voorop te worden gesteld dat anders dan de AG kennelijk uit de aangifte en de artikel 12 Sv-klacht heeft weten te destilleren, namens klagers uitdrukkelijk *niet* de stelling wordt betrokken dat de Staat verplicht is om een industriële activiteit waaraan risico’s zijn verbonden te beletten.¹⁵ Klagers trachten (dus) ook niet middels een bij uw hof afgedwongen strafvervolging van de NAM een beëindiging van de gaswinning te realiseren.¹⁶ Het gaat klagers om de strafrechtelijke vervolging van hen die verantwoordelijk zijn voor een jarenlange *onverantwoorde* gaswinning waarbij hun levens bewust in de waagschaal zijn gelegd. Een doel dat zich gelet op de reeds aangehaalde MvT alleszins zonder meer met de bedoeling van de wetgever laat verenigen zonder dat we ons in juridische bochten hoeven te wringen. Het zij herhaald: de wetgever streefde een verantwoorde mijnbouw na!

¹³ J.C.M. Leijten, *We need stories*, 1991, p. 14

¹⁴ Aangifte para. 34 – 50.

¹⁵ Ambtsbericht, p. 15.

¹⁶ Ambtsbericht, p. 17.

20. In het ambtsbericht wordt uitgebreid stilgestaan bij de implicaties van het arrest Kolyadenko voor de beoordeling van onderhavige klacht. In het door de AG ingenomen standpunt – waarin hij zich vastklampt aan de overwegingen van de Raad van State – ligt evenwel een miskennis besloten van de tweeledigheid van de positieve verplichtingen zoals die uit dit arrest volgen. Het EHRM maakt nadrukkelijk onderscheid tussen:

- a) *‘Substantive aspect of Article 2 of the Convention’* (para. 157 – 187);
- b) *‘Procedural aspect of Article 2 of the Convention’* (para. 188 – 203).

De opportuniteit van de gevraagde vervolging wordt bepleit op grond van de overwegingen van het EHRM over de *procedurele* aspecten terwijl de AG het te dien aanzien ingenomen standpunt tracht te weerleggen door aansluiting te zoeken bij de overwegingen van het EHRM ten aanzien van de eerste categorie, de *materiële* verplichtingen. Voor een juiste beoordeling van het namens klagers ingenomen standpunt is het evenwel cruciaal om dit zeer wezenlijke onderscheid goed voor ogen te houden.

21. Het materiële aspect ziet op een verplichting van de Staat gevaarlijke industriële activiteit te reguleren door middel van zorgvuldige – van *checks and balances* voorziene – besluitvorming waarin de belangen van omwonenden worden meegewogen:

‘They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.’¹⁷

¹⁷ Kolyadenko para 158.

Ten aanzien van de invulling van deze, op preventie gerichte verplichting, geldt inderdaad een ruime *'margin of appreciaton'*. Het is ook *deze* verdragsrechtelijke verplichting waarop in de gevoerde bestuursrechtelijke procedure een beroep is gedaan en waarop de door de AG aangehaalde rechtsoverwegingen van de Raad van State zien.¹⁸

22. Het gaat klagers evenwel niet om deze materiële, regulerende op preventie gerichte verplichting. Het gaat om de procedurele verplichting die ziet op de vraag wat van een lidstaat gevergd moet worden op het moment dat het kwaad al is geschied ofwel waarin de gevaarlijke industriële activiteit daadwerkelijk heeft geresulteerd in levensbedreigende situaties (*'where, although an applicant survived, there clearly existed a risk to his or her life'*). In dat geval geldt:

*'[...] where the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity, the fact that those responsible for endangering life were not 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.'*¹⁹

In het klaagschrift is reeds gewezen op de omstandigheid dat de conclusies van de Onderzoeksraad in feite naadloos aansluiten bij de door het EHRM gekozen bewoordingen.²⁰ Aan de AG kan worden toegegeven dat de zinsnede *'may amount'* - geïsoleerd beschouwd - niet duidt op een *absolute* verplichting tot het instellen van een strafrechtelijke vervolging. Dat een strafrechtelijke vervolging én bestraffing wel als uitgangspunt heeft te gelden, volgt uit r.o. 192:

¹⁸ RvS, 15 december 2015, *JB* 2015/218, r.o. 3.9.2 – 3.9.5.

¹⁹ EHRM. Kolyadenko, para. 190.

²⁰ Klaagschrift, p. 18.

*'[...] the national authorities should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts.'*²¹

Het komt klagers voor dat met deze – niet mis te verstane bewoordingen – de opportuniteit van de gevraagde strafrechtelijke vervolging is gegeven. Zulks geldt ongeacht of de NAM als '*State Authority*' of als '*Third Party*' heeft te gelden. Dat onderscheid is evenwel niet *geheel* van belang ontbloom nu de noodzaak tot strafrechtelijke vervolging van een '*Third Party*' door het EHRM minder zwaar wordt 'aangezet'.

Is de NAM een '*State Authority*'?

23. De AG poneert in paragraaf 3.4 van zijn ambtsbericht de stelling dat de NAM niet als '*State Authority*' kan gelden. Daartoe wordt – als ik het goed zie – een tweetal argumenten aangevoerd: (1) de NAM heeft een privaatrechtelijke vennootschapsstructuur en (2) de Staat, in het bijzonder de Minister van EZ, heeft de bevoegdheid bepaalde verplichtingen aan de NAM op te leggen.
24. Het eerste argument behelst een miskennis van het feit dat een privaatrechtelijke karakter naar nationaal recht géén doorslaggevende factor is bij de beantwoording van de vraag of een rechtspersoon als '*State Authority*' kan gelden. Zo overwoog het EHRM in de zaak *Yershova v. Rusland*:²²

²¹ Idem, p. 192.

²² EHRM, 8 april 2010, app. no. 1387/04(*Yershova v. Rusland*).

[...]In the Court's view, the company's legal status under the domestic law, however important, is not decisive for the determination of the State's responsibility for the company's acts or omissions under the Convention. [...]

Voor het EHRM waren de sterke banden tussen de private rechtspersoon en de (lagere) overheid alsook het publieke karakter van de ontplooiide activiteiten doorslaggevend bij de beoordeling van de vraag of de betreffende energieleverancier als 'State Authority' kon worden aangemerkt:

[...]The Court notes that the company's independence was limited by the existence of strong institutional links with the municipality and by the constraints attached to the use of the assets and property. [...] The company's institutional links with the public administration were particularly strengthened in the instant case by the special nature of its activities. As one of the main heating suppliers in the city of Yakutsk, the company provided a public service of vital importance to the city's population.²³

25. Een ander – weliswaar onverkwikkelijk – voorbeeld waarin de privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid niet in de weg stond aan de kwalificatie 'State Authority' vormt de zaak of Costello-Roberts v UK. De zaak betrof een artikel 3 EVRM-klacht over lijfstraffen op een geprivatiseerde katholieke basisschool. De Staat ontkende directe verantwoordelijkheid voor de misstanden onder verwijzing naar de private karakter van de school. Het EHRM bleek ongevoelig voor deze verdwijntruc-achtige argumentatie en overwoog onder meer:

²³ Idem. para. 57.

*[...] Thirdly, the Court agrees with the applicant that the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals.
[...]²⁴*

26. Uit de hiervoor weergegeven bloemlezing volgt genoegzaam de onjuistheid van de door de AG in zijn ambtsbericht ingenomen stelling dat een (rechts)person eerst tot een ‘*State Authority*’ kan gelden indien en voor zover hij met de Staat kan worden vereenzelvigd. De Staat kan direct verantwoordelijk worden gehouden voor Verdragsschendingen óók indien er sprake is van attributie van publieke taken aan private instellingen die in dat geval als ‘*State Authority*’ hebben te gelden. Die attributie heeft in dit geval in 1963 plaatsgevonden middels een door de Staat afgegeven eeuwigdurende concessie aan de NAM waarbij in de zgn. ‘Overeenkomst van Samenwerking’ de verdere basis is gelegd voor de privaat-publieke samenwerking ter ontginning van de Groninger gasvelden. Dat de Staat – via het ministerie van Economische zaken maar ook via EBN het SodM – een belangrijke vinger in de pap heeft als het gaat om de nadere invulling van de afgegeven concessie, vormt – anders dan de AG suggereert – juist een belangrijke indicatie dat de NAM als ‘*State Authority*’ heeft te gelden. De hiervoor geschetste positieve verplichtingen kunnen aldus niet worden ontlopen door te schermen met de privaatrechtelijke façade waarachter de gaswinning plaatsvindt, noch door te wijzen op de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van EZ.

²⁴ EHRM, 25 maart 1993, app. no. 13134/87, r.o. 27 (Costello-Roberts v. het Verenigd Koninkrijk).

Conclusies

Bewijsvragen

- De NAM was op de hoogte van de risico's van de gasboringen en wist dat daardoor schade aan woningen en andere gebouwen kon ontstaan.
- Die aanmerkelijke kwade kans op vernieling en beschadiging is door de NAM op de koop toegenomen ofwel aanvaard. De NAM had aldus voorwaardelijk opzet op de vernieling als bedoeld in artt. 170 en 350 Sr.
- De kwade kans op vernieling heeft zich de afgelopen jaren met oplopende frequentie geopenbaard. De causaliteit tussen de gasboringen en die concrete vernielingen, staat niet ter discussie;
- Ten tijde van deze vernielingen was levensgevaar als bedoeld in artikel 170, onder 2^e, naar algemene ervaringsregels *in concreto* voorzienbaar en aldus te duchten (vgl. HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7170; HR 17 februari 2009, *NJ* 2009, 120);
- Daarmee is de bewijsbaarheid van artt. 170, 2^e en 350 Sr. gegeven.

Verwijtbaarheid NAM

- In de bewuste keuze van de wetgever om artikel 33 van de Mijnbouwwet niet te strafrechtelijk te sanctioneren, ligt op geen enkele wijze een derogatie van commune strafbepalingen

besloten. Zulks geldt in het bijzonder nu de vervolging ter zake *doleuse* en niet van *culpose* delicten wordt verlangd.

- De wetsgeschiedenis ter zake artikel 33 Mijnbouwwet neemt op geen enkele wijze de verwijtbaarheid aan de zijde van de NAM weg. Integendeel, nu de wetgever met zoveel woorden een verantwoorde mijnbouw voor ogen had. Er is géén sprake van expliciete toezegging aan de NAM door een overheidsfunctionaris inhoudende dat de gaswinning – ongeacht de laakbare wijze waarop deze wordt vormgegeven – nimmer strafrechtelijk zou worden gesanctioneerd. De zaak onderscheidt zich dan ook van HR 17 december 2013, *RvdW* 2014, 129 (Probo Koala) nu het in deze zaak *niet* gaat om de strafrechtelijke sanctionering van de vergunde activiteit *an sich* gaat maar om de wijze waarop de vergunde activiteit is uitgevoerd.

Mensenrechtenschendingen

- Het lijkt geen twijfel dat de onzorgvuldige wijze waarop door de NAM de haar vergunde gasboringen sinds 1963 heeft verricht, heeft geleid tot reëel levensgevaar. Zo hebben bewoners hun huizen in allerijl moeten verlaten wegens acuut instortingsgevaar. De gaswinning heeft meermaals geleid tot een situatie waarin: *‘there clearly existed a risk to his or her life’*;
- Bovendien hebben de gasboringen geleid tot gevoelens van onveiligheid resulterende in een waaier aan gedocumenteerde psychische als fysieke klachten bij de bewoners. Er is sprake van gevoelens van *‘fair, anguish and inferiority’*;

- Er is sprake van een zodanige aantasting van het woongenot dat er sprake is van een *'disproportional burden of the individual on behalf of the community'*;
- Voorgaande vaststellingen leiden tot de conclusie dat door de wijze van gaswinning sprake is geweest van schending van artt. 2, 3 en 8 EVRM.

Positieve verplichting tot het instellen van strafvervolgning

- Gelet op de geconstateerde artikel 2 EVRM-schending is op grond van de door het EHRM in het arrest Kolyadenko geschetste positieve procedurele verplichting, strafvervolgning van de NAM geïndiceerd. Zulks geldt in versterkte mate nu de NAM als *'State Authority'* moet worden aangemerkt.