

Bewijsrechtelijke grenzen voor rapporten van de Onderzoeksraad voor veiligheid

Tijs Kooijmans, Eric Tjong Tjin Tai, Boudewijn de Waard¹

Als er een ramp plaatsvindt, wil iedereen die zich er bij betrokken voelt, antwoord op de vraag hoe dat heeft kunnen gebeuren. Maar niet iedereen die dat wil weten heeft dezelfde motieven. Wil men een schuldige kunnen aanwijzen, of wil men voorkomen dat een dergelijke ramp zich zal herhalen? Wat de Onderzoeksraad voor veiligheid betreft is de opdracht duidelijk: de blik van de Onderzoeksraad is op de toekomst gericht. In een gerechtelijke procedure mogen (onder meer) ‘verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad’ dan ook niet als bewijs worden gebruikt. Het zou namelijk onwenselijk zijn als betrokkenen bevreesd zouden zijn openheid van zaken te geven uit vrees voor aansprakelijkstelling of vervolging. De betekenis van dit in artikel 69 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid neergelegde verbod blijkt, niettegenstaande de heldere ratio ervan, tamelijk gecompliceerd te zijn.

1. Inleiding

Hoe kwam het, dat in oktober 2009 de brugklep van de Ketelbrug (onderdeel van de A6, tussen Flevoland en de Noordoostpolder), plotseling anderhalve meter omhoog kwam, zonder dat de slagbomen waren gesloten? Een ernstig auto-ongeluk was het gevolg. Waarom crashte – eerder in datzelfde jaar – een Boeing van Turkish Airlines, vlak voor het bereiken van de landingsbaan van Schiphol? Hadde de piloten het ongeluk kunnen voorkomen, ondanks een defecte hoogtemeter? Als er een ramp plaatsvindt, wil iedereen die zich er bij betrokken voelt, antwoord op de vraag hoe dat heeft kunnen gebeuren. Maar niet iedereen die dat wil weten heeft dezelfde motieven. Wil men een schuldige kunnen aanwijzen, of wil men voorkomen dat een dergelijke ramp zich zal herhalen? Wat de Onderzoeksraad voor veiligheid (hierna: OvV) betreft is de opdracht duidelijk: de blik van de OvV dient gericht te zijn op de toekomst. Om die opdracht goed te kunnen vervullen is nodig dat de OvV krachtige middelen heeft om de werkelijke toedracht van het gebeurde te achterhalen. Zo'n middel is de wettelijk verankerde immuniteit voor personen die verklaringen afleggen in het kader van een door de OvV uitgevoerd onderzoek. Een dergelijke verklaring mag niet tot het

bewijs worden gebezigd in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure. Over die immuniteit gaat deze bijdrage. De precieze reikwijdte en consequenties van de betreffende wettelijke bescherming staan namelijk niet helemaal vast en in de rechtspraak lijkt men er vaak niet goed van op de hoogte.

2. Immuniteit

Immuniteit, de afwijking van de gewone regels voor aansprakelijkheid en procesrecht, wordt veelal gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang: immuniteit is nodig om bepaalde bezigheden – zoals vergaderingen over staatsgeheimen, vrije gedachtewisseling in het parlement of getuigenissen ter gelegenheid van een parlementaire enquête – mogelijk te maken en deze niet te belasten met de dreiging van openbaarheid en aansprakelijkheid.²

Een dergelijke immuniteit is door de Rijkswetgever aangenomen ten behoeve van het onderzoek van de OvV. In de praktijk blijkt men met de immuniteit echter niet altijd goed raad te weten. Het is daarom zinvol de bevestigingen uit een recent onderzoek hieromtrent in kort bestek te presenteren.

Artikel 69 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid luidt als volgt:

1. Niet kunnen in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure als bewijs worden gebruikt, noch kan een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel worden gebaseerd op:
 - a. verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad, tenzij degene die de verklaring heeft afgelegd daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven;
 - b. met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn geweest bij het laten functioneren van een vervoermiddel;
 - c. in het kader van het onderzoek van de raad vastgelegde medische of privé-informatie betreffende personen die betrokken zijn geweest bij een door de raad onderzocht voorval, tenzij de betrokken persoon daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven;
 - d. gegevens die zijn ontleend aan een vluchtrecorder, een cockpit voice recorder of een reisgegevensrecorder, gebruikt in de scheepvaart, en transcripten daarvan;
 - e. meningen, geuit in het kader van het analyseren van het onderzoeksmateriaal;
 - f. door de raad opgestelde documenten.
2. Ten behoeve van een strafrechtelijk of tuchtrechtelijk onderzoek of een procedure tot oplegging van een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel kunnen gegevensdragers als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a, b, c, d en f, met uitzondering van het in artikel 55, eerste lid, bedoelde rapport, niet ter inzage worden gevorderd of in beslag worden genomen. Op verzoek kunnen verklaringen als bedoeld in het eerste lid onderdeel a echter ter inzage worden gegeven, indien degene die de verklaring heeft afgelegd, daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven en kan informatie als bedoeld in onderdeel c ter beschikking worden gesteld, indien degene wie de informatie betreft, daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven.
3. In afwijking van het eerste en tweede lid kunnen gegevensdragers als bedoeld in het eerste lid, onderdelen b en d, als bewijs worden gebruikt en ter inzage worden gevorderd of in beslag worden genomen, indien het een strafrechtelijk onderzoek betreft naar een gijzeling, moord, doodslag of een strafbaar feit met het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van een land vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te destabiliseren of te vernietigen.
4. Een onderzoeker wordt ter zake van een onderzoek waarbij hij betrokken is of is geweest, niet als getuige of deskundige opgeroepen.
5. Het eerste lid, aanhef en onderdeel a, en het tweede lid voor zover het betrekking heeft op een gegevensdrager als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, is niet van toepassing bij de vervolging van een getuige of deskundige ter zake van meened in verband met een door hem voor de raad afgelegde verklaring.

Eerst schetsen wij de relevante bepalingen en hun achtergronden. Vervolgens behandelen wij de gevolgen binnen strafrecht, privaatrecht, en bestuursrecht. Wij verwijzen daarbij naar een enkele relevante rechterlijke uitspraak. We sluiten af met conclusies. Wij concentreren ons in deze bijdrage op het gebruik van rapporten van de OvV.

3. De wet

Ingevolge de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid³ heeft de OvV, met het uitsluitende doel toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken, tot taak te onderzoeken en vast te stellen wat de oorzaken of vermoedelijke oorzaken van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun

gevolgen zijn en daaraan zo nodig aanbevelingen te verbinden.⁴ Een onderzoek door de OvV wordt afgerond met een rapport. Dat rapport bevat een analyse van de toedracht van het voorval en het omgaan met de gevolgen alsmede de gegevens waarop deze analyse berust; de vaststelling van de oorzaken of de vermoedelijke oorzaken van het voorval en de omvang van zijn gevolgen; indien daartoe aanleiding bestaat, de constatering van structurele veiligheidstekorten en daaraan verbonden aanbevelingen.⁵ Een door de OvV in zijn rapport geformuleerde conclusie of aanbeveling behelst niet een vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval.⁶

Voor deze bijdrage is vooral artikel 69 Rijkswet OvV van belang. Deze bepaling komt in de kern op het

Auteurs

1. Prof. mr. T. Kooijmans, prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai en prof. mr. B.W.N. de Waard zijn allen hoogleraar aan Tilburg University. Dit artikel is gebaseerd op een onderzoeksrapport dat door de auteurs is vervaardigd in opdracht van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid:

T. Kooijmans, T.F.E. Tjong Tjin Tai & B.W.N. de Waard (m.m.v. S.E.J. Hendricksen en R. Jansen), *Het gebruik van onderzoeksinformatie en rapporten van de Onderzoeksraad voor veiligheid in juridische procedures*, Tilburg: Tilburg University 2014 (te kennen via www.onderzoeksraad.nl/nl/over-de-raad/publicaties).

Noten

2. Zie uitvoerig (deels kritisch) R.J.B. Schutgens, A.J. Verheij, E. van Sliedregt & N.J. Schrijver, *Immuniteiten*, Preadviezen NJV 2013.
3. Hierna: Rijkswet OvV. Korthedshalve zullen wij regelmatig de expliciete verwijzing weglaten als duidelijk is dat naar deze

wet wordt verwezen.

4. Art. 3. Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 1.
5. Art. 55 lid 1-2.
6. Art. 61. Zie Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 5.



volgende neer. In een gerechtelijke procedure⁷ mag geen gebruik worden gemaakt als bewijs van 'verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad', en evenmin van 'door de raad opgestelde documenten'. Verder bepaalt het artikel dat een bij een OvV-onderzoek betrokken onderzoeker ter zake van dat onderzoek niet als getuige of deskundige wordt opgeroepen.

De ratio van deze bepaling is dat de OvV ten behoeve van de kwaliteit en volledigheid van zijn aanbevelingen dient te beschikken over zo volledig mogelijke informatie.⁸ Het is onwenselijk als betrokkenen bevreesd zouden zijn openheid van zaken te geven uit vrees voor aansprakelijkstelling of vervolging. Daarom zouden getui-

genverklaringen en ook interne documenten van de OvV, waarin die verklaringen worden neergelegd, niet als bewijsmateriaal in de genoemde juridische procedures moeten worden toegelaten. Ten aanzien van het eindrapport van de OvV bestonden gedurende de parlementaire behandeling uiteenlopende opinies. Enerzijds vond bijvoorbeeld de VVD-fractie dat informatie uit het rapport wél eventueel als basis voor vervolging zou kunnen dienen. Anderzijds wensten diverse andere fracties ook het rapport buiten het strafrechtelijke onderzoek te houden. Die laatste opinie werd neergelegd in het (aangenomen) amendement Van der Staaij en Van der Ham.⁹ Als gevolg van dat amendement valt ook het *publiek beschikbare* rapport van de OvV onder de documenten die niet als

bewijs worden toegelaten. Dit levert de complicatie op dat informatie waar beide partijen en de rechter vrijelijk toegang toe hebben, en dat de waarheidsvinding in het algemeen ten goede komt, volgens uitdrukkelijke wetsbepaling buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Hoe moet dit worden verenigd met de procesrechtelijke regels in de verschillende rechtsgebieden?

4. Strafrechtelijke gevolgen¹⁰

Kenmerkend voor een aantal onderzoeken die de OvV (heeft) verricht, is dat zij betrekking hebben op voorvallen die eveneens de aanleiding zijn (gewest) van strafrechtelijke

Ook het *publiek beschikbare* rapport van de OvV valt onder de documenten die niet als bewijs worden toegelaten

lijk onderzoek. In strafzaken rust de bewijslast op de officier van justitie: het ligt op zijn weg om feiten en omstandigheden aan te dragen om de door hem opgestelde tenlastelegging 'waar te maken' en daartoe het bewijs bij te brengen. Het zijn voornamelijk de resultaten van het door de politie verrichte opsporingsonderzoek die hier door de officier van justitie als basis worden gebruikt. Dat neemt niet weg dat ook andere informatie dan de door de politie verschaft informatie als basis van rechterlijke oordeelsvorming kan dienen. Als het gaat om een ernstig incident, zoals de 'Schipholbrand' of het neerstorten van het toestel van *Turkish Airlines*, kan het, als gezegd, gebeuren dat niet alleen de politie ter zake onderzoeksactiviteiten ontplooit maar ook de OvV een onderzoek naar de oorzaken van het incident instelt.

Omdat het onafhankelijke ongevalonderzoek van de OvV moet uitmonden in aanbevelingen die een bijdrage beogen te leveren aan het voorkomen van toekomstige voorvallen, kunnen dergelijke onderzoeksresultaten slechts worden gelegitimeerd door een (zo) volledig (mogelijk) onderzoek. Om die reden heeft de OvV, om zich een zo goed mogelijk beeld van de toedracht van een voorval te vormen, zo compleet mogelijke informatie

nodig en is het van grote betekenis dat getuigen zich tegenover de OvV vrijelijk kunnen uitspreken: om dit te bereiken moeten getuigen zo min mogelijk kans lopen dat zij door een verklaring af te leggen, zichzelf of hun naaste verwanten kunnen benadelen. Omdat (potentiële) dreiging van latere incriminatie de waarheidsvinding door de OvV in het algemeen niet bevordert, ligt het dan ook niet voor de hand dat een aanbeveling van de OvV een vermoeden van schuld of aansprakelijkheid behelst.

De kaarten liggen anders als de betrokkene die tegenover de OvV een verklaring heeft afgelegd, toestemming geeft tot het gebruik van die verklaring voor het bewijs in een juridische procedure.¹¹ Onder meer hierin komt het relatieve karakter¹² van artikel 69 tot uitdrukking.¹³ Dat relatieve karakter uit zich voorts in de omstandigheid dat verklaringen die getuigen tegenover de OvV hebben afgelegd – hoewel deze als uitgangspunt niet voor het bewijs in een juridische procedure kunnen worden gebezigd – feitelijk als zogenoemde start- of sturingsinformatie zouden kunnen fungeren in een strafrechtelijk onderzoek als deze verklaringen in de openbaarheid zouden worden gebracht.¹⁴

In de regel vinden het strafrechtelijke onderzoek en het onderzoek van de OvV plaats in gescheiden domeinen. Het OvV-onderzoek staat feitelijk noch normatief in de weg aan het verrichten van een strafrechtelijk onderzoek: tweesporigheid is toegelaten. Artikel 69 Rijkswet OvV, artikel 24 Besluit OvV en het Afstemmingsprotocol OvV-OM beogen nadelige consequenties van die tweesporigheid, die kunnen voortspruiten uit artikel 69 Rijkswet OvV, te beperken. Sterker nog, als en voor zover beide organisaties belang hebben bij de inzet van dezelfde externe instantie of deskundige, dan zal blijkens het Afstemmingsprotocol in principe een gezamenlijke opdracht worden gegeven.¹⁵ Wel vindt dossiervorming enerzijds door en onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie en anderzijds door de OvV onafhankelijk van elkaar plaats.¹⁶ Voor voeging althans door de officier van justitie bij de strafrechtelijke processtukken van stukken die zijn geproduceerd door de OvV is dan ook in de regel reeds daarom geen plaats.

Voorts verdient aandacht dat het rapport door de OvV openbaar gemaakt wordt.¹⁷ Dat brengt met zich dat eenieder – en dus ook de procesdeelnemers in het strafrechtelijke geding – van het eindrapport kennis kan nemen. Dat geldt evenwel niet voor concepten van het rapport, noch voor informatie die ten behoeve van een onderzoek door de OvV is verzameld en evenmin voor informatie die de OvV ingevolge het bij of krachtens de

7. De bepaling spreekt van: 'een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure'. (Andere) bestuursrechtelijke procedures worden derhalve niet uitdrukkelijk genoemd. Daarnaast geldt het verbod blijkens de tekst van art. 69 lid 1 voor bepaalde besluiten die niet per se in een 'gerechtelijke procedure' worden genomen, namelijk 'het opleggen van een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel'.

8. Dit blijkt uitdrukkelijk uit de parlementaire

behandeling. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 9-10. Zie nader Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 14-16.

9. *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 8; *Handelingen II* 2 juni 2004, p. 79-5093.

10. Zie nader Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 5-22 (met verwijzingen), waaraan het navolgende mede is ontleend.

11. Art. 69 lid 2.

12. Ook de internationale regelingen, waarop art. 69 is geïnspireerd – te weten de IMO-code en het Burgerluchtvaartverdrag – hebben op dit punt een relatief karakter: afhankelijk van de uitkomst van een belangenafweging kan de openbaarmaking van aan de onderzoekende instantie toevertrouwde gegevens prevaleren boven *non-disclosure*.

13. B.F. Keulen, *Strafrecht en crises*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2014, p. 239-254 toont zich voorstander van een strafrechtelijke benadering.

14. Deze omstandigheid is in de parlementaire geschiedenis onder ogen gezien en als onwenselijk bestempeld: *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 9.

15. Te kennen uit *Stcrt.* 2005, 211, p. 16.

16. In deze zin ook het Afstemmingsprotocol Onderzoeksraad voor veiligheid – Openbaar Ministerie, te kennen uit *Stcrt.* 2005, 211, p. 16.

17. Art. 59 lid 1. Kennisgeving van de rapporten is mogelijk via www.onderzoeksraad.nl.

Rijkswet OvV bepaalde, gedurende het onderzoek aan anderen heeft verstrekt. Die concepten en informatie zijn niet openbaar.¹⁸

Verder mag informatie in het OvV-rapport die kan worden aangemerkt als belastend voor de verdachte, in het strafproces geen rol spelen. In zoverre spreekt artikel 69 lid 1 duidelijke taal. Deze bepaling verkrijgt nog meer reliëf in het licht van artikel 69 lid 4,¹⁹ inhoudende dat een onderzoeker (van de OvV) niet als getuige of deskundige wordt opgeroepen ter zake van een onderzoek waarbij hij is betrokken (geweest).²⁰ Aldus is deze 'sluipweg' tot het vergaren van door de OvV verkregen belastende informatie tamelijk resoluut afgesloten. Dat neemt niet weg dat in het – openbare – OvV-rapport wel een aantal feiten en omstandigheden kan zijn vermeld die het openbaar ministerie aanleiding kunnen geven tot het verrichten van nader, strafrechtelijk, onderzoek. Dat zelfstandige, onder leiding en verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie te verrichten (opsporings)onderzoek kan ertoe leiden dat tegen een verdachte voldoende bewijs wordt verzameld om vervolging mogelijk te maken, ook al is dat bewijs strikt genomen niet ontleend aan een der in artikel 69 lid 1 genoemde bronnen.

Wat leert ons het bovenstaande nu? Een redelijke uitleg van artikel 69 lid 1 lijkt te zijn dat onder 'bewijs in een strafrechtelijke procedure' in de zin van dat artikellid moet worden verstaan datgene wat – in de verdachte belastende zin – kan bijdragen aan de ondersteuning van de tenlastelegging. In een dergelijke uitleg past niet dat *ontlastend* materiaal dat door de OvV is vergaard en kenbaar gemaakt, buiten het gezichtsveld van de strafrechter mag of moet worden gehouden. Nog los van het feit dat een dergelijke uitsluiting ook praktisch lastig te verwezenlijken zou zijn – daarover aanstonds meer – vinden wij steun voor deze uitleg in de parlementaire geschiedenis. In de memorie van

Uit artikel 52 lid 1 jo. lid 3 Rijkswet OvV vloeit voort dat de getuige verplicht is desgevraagd de eed of belofte te doen en getuigenis af te leggen omtrent de gehele waarheid en niets dan de waarheid

toelichting bij het rijkswetsvoorstel OvV merkt de minister namelijk op dat artikel 69 voorzieningen bevat die ertoe strekken tegen te gaan dat informatie die de OvV in het kader van zijn onderzoek vergaart, *ten nadele* van bij het onderzoek betrokkenen wordt gebruikt.²¹ Door de OvV verzamelde ontlastende informatie wordt door de minister niet genoemd als informatie die niet in andere procedures zou mogen worden gebruikt. Het door de minister ingenomen standpunt is in de kern bezien bevestigd door een opmerking van het kamerlid Vos dat een eindrapport

'natuurlijk' wel in een rechtszaak kan worden aangevoerd, maar dat het alleen niet als bewijs in rechte mag worden gebruikt, hetgeen een 'cruciaal verschil' is.²² Uit het samenstel van deze beide opmerkingen kan worden afgeleid dat de Rijkswet OvV zich er niet tegen verzet dat door de OvV verzameld ontlastend materiaal ter kennis van de strafrechter wordt gebracht.

Zulks sluit aan op het aangekondigde praktische punt. Het rapport van de OvV is openbaar en derhalve voor een ieder kenbaar. Dus ook voor de verdediging. Dat betekent dat de raadsman passages uit het rapport eenvoudig aan zijn pleitnota kan hechten of daarin kan opnemen. Zijn pleitnota kan hij ter terechtzitting voordragen en in het dossier doen voegen. Langs die weg neemt de strafrechter kennis van (beweerd) ontlastend materiaal.

In het licht van het voorgaande en min of meer spiegelbeeldig daaraan verdient opmerking dat de aanleiding voor het openbaar ministerie om jegens een bepaalde verdachte persoon opsporingshandelingen te verrichten en de verdachte eventueel te vervolgen, kan zijn gelegen in feiten en omstandigheden die in het OvV-rapport zijn neergelegd naar aanleiding van een verhoor van die persoon – in het kader van het onderzoek door het OvV aan te merken als getuige²³ – door de OvV. Uit artikel 52 lid 1 jo. lid 3 Rijkswet OvV vloeit voort dat de getuige verplicht is desgevraagd de eed of belofte te doen en getuigenis af te leggen omtrent de gehele waarheid en niets dan de waarheid, behoudens verschoning wegens ambts- of beroepsgeheim. Een zwijgrecht dat ertoe strekt om bij gelegenheid van het verhoor door de OvV geen verklaring te hoeven afleggen, die in een eventuele opvolgende strafzaak tegen de betrokkene voor het bewijs kan worden gebruikt, ligt hierin niet besloten. Dat is niet verwonderlijk, in aanmerking genomen dat bij het onderzoek door de OvV de nadruk ligt op het achterhalen van de waarheid omtrent een voorval en niet op de vaststelling van (strafrechtelijke) aansprakelijkheid van een persoon ter zake van dat voorval.

De keerzijde is evenwel dat het dus toch kan gebeuren dat een persoon als getuige een hem betreffende verklaring aflegt tegenover de OvV (waarvan hij vreest dat) die als belastend kan worden aangemerkt. Ingevolge artikel 192 lid Sr is onder meer strafbaar degene die, wettelijk als getuige opgeroepen, opzettelijk niet voldoet aan enige wettelijke verplichting die hij als zodanig te vervullen heeft. Het opzettelijk niet afleggen van een verklaring tegenover de OvV uit vrees zichzelf strafrechtelijk te belasten, levert een zelfstandig strafbaar feit op. Om strafrechtelijke aansprakelijkheid uit dien hoofde te ontlopen, is de getuige derhalve gehouden om een (volledige en juiste) verklaring af te leggen. Artikel 69 op zijn beurt verhindert dat een dergelijke belastende verklaring als zodanig wordt gebruikt in een strafrechtelijke procedure.

5. Privaatrechtelijke gevolgen

Van oudsher gaat het civiele bewijsrecht uit van het beginsel dat partijen de relevante feiten moeten aandragen. Naar moderne inzichten wordt evenwel ook van de rechter enige activiteit verwacht, zoals het vragen om nadere toelichting en informatie.²⁴ De rechter kan partijen vragen om nadere inlichtingen als hij additionele feiten nodig heeft, dan wel vermoedt dat partijen niet alles hebben aangedragen. Laten

partijen het evenwel afweten, dan mag de rechter in beginsel niet zelfstandig op onderzoek uitgaan: hij mag zich alleen baseren op behoorlijk gestelde en zonedig bewezen feiten. Een uitzondering geldt ten aanzien van processuele feiten, feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels: deze mag de rechter ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag leggen.²⁵ Bovendien kan het onder omstandigheden toelaatbaar zijn dat de rechter eigener beweging onderzoek doet op Internet en de daar gevonden informatie gebruikt, mits hij partijen in de gelegenheid stelt zich hierover uit te laten.²⁶

Als een stelling wordt betwist door de wederpartij, moet deze worden bewezen. Dit houdt in dat de rechter op basis van het door partijen aangeleverde bewijsmateriaal tot de overtuiging komt dat deze stelling juist is. Voor bewijslevering zijn in beginsel alle materialen toegelaten, behoudens bijzondere regels.²⁷ Er wordt evenwel niet snel tot bewijsuitsluiting overgegaan,²⁸ zoals ook blijkt uit de rechtspraak inzake een beroep op 'gewichtige redenen' om de exhibitieplicht (artikel 843a Rv) af te wenden.²⁹ Of uitsluiting nodig is, moet worden beoordeeld aan de hand van een belangenafweging.³⁰ Een restrictieve uitleg van bewijsuitsluitingen valt ook af te leiden uit HR 28 juni 2002, NJ 2002/577, waar de Hoge Raad een afgeleide immuniteit ten aanzien van onderzoekers voor de parlementaire enquêtecommissie verwierp.³¹

Artikel 69 bevat een wettelijke bewijsuitsluiting die op zichzelf geen ruimte laat voor een belangenafweging. Men zou kunnen denken dat dit voldoende is om het beoogde effect – het voorkomen bij betrokkenen van vrees voor aansprakelijkstelling of vervolging – te bewerkstelligen. Dit blijkt evenwel bij nadere beschouwing anders te liggen.

De bewijsrechtelijke uitsluiting als bedoeld in artikel 69 zal voornamelijk van belang zijn in een aansprakelijkheidsprocedure. Eiser zal gedaagde dan aansprakelijk stellen voor zijn rol in het voorval waarop het OvV-rapport betrekking heeft. Hij zal zijn standpunt moeten onderbouwen met concrete feitelijke stellingen³² (en van deze stellingen voor zover nodig bewijs moeten aandragen of aanbieden).³³ Gelet op artikel 69 moet worden aangenomen dat eiser niet het OvV-rapport mag aandragen als bewijsmateri-

aal. Maar hij zal wel kennis hebben genomen van dat rapport. Als daarin feiten, redeneringen of conclusies staan die zijn standpunt onderbouwen, ligt het voor de hand dat hij deze overneemt, al dan niet met verwijzing. Op zichzelf komt dit niet in strijd met artikel 69, nu zodanige overname geen gebruik als bewijs is in de zin van artikel 152 Rv: het is alleen het houden van een betoog, niet het bewijzen van de juistheid daarvan. Immers, eiser mag zelfstandig bedenken of uitzoeken wat er is voorgevallen, en kan daarbij dezelfde feiten, redeneringen of conclusies bereiken als de OvV. Dit is zelfs plausibel, nu het immers gaat om een en hetzelfde voorval. Het feit dat de OvV deze eerder bereikte, mag er niet aan in de weg staan dat eiser deze eveneens aanvoert. Anders zou het OvV-onderzoek een aansprakelijkheidsprocedure onmogelijk maken.

Gedaagde zal vervolgens, als hij niet wil dat het standpunt van eiser gevolgd wordt, de aangedragen stellingen onderbouwd moeten betwisten.³⁴ Ook hij zou hierbij kunnen putten uit het OvV-rapport, dat immers informatie kan bevatten dat hem helpt. Voor zover het OvV-rapport tegen hem spreekt, moet gedaagde toch de bevindingen uit het rapport kunnen weerspreken. De rechter dient hierbij niet te hoge eisen te stellen, omdat anders het OvV-rapport – in strijd met artikel 69 – de facto grond zou vormen voor een rechterlijk vermoeden, en dus bewijsrechtelijke waarde krijgt. Nochtans zal het rapport onvermijdelijk op de achtergrond functioneren als ijkpunt voor het partijdebat over wat er is voorgevallen en wie daaraan schuld heeft. Het zal lastig zijn voor gedaagde om plausibel iets te bestrijden dat de OvV als juist heeft aangemerkt. Overigens is dat niet altijd problematisch; in veel gevallen ziet men dat gedaagde zekere feiten die voor hem ongunstig zijn niet betwist als die zich nu eenmaal hebben voorgedaan. Partijen zijn gelukkig regelmatig waarheidlieverder dan wel wordt aangenomen. De discussie gaat dan veeleer over causaliteit, eigen schuld of omvang van de schade.

Vervolgens zal de rechter over de in discussie zijnde feiten een beslissing moeten nemen, op basis van het over en weer aangedragen materiaal en de ingenomen stellingen. Dit zal hij ook moeten doen als er geen OvV-rapport zou zijn. In zoverre is de rol van het rapport geringer dan

18. Art. 59 lid 5.

19. Dit artikelid is in de parlementaire geschiedenis nauwelijks toegelicht. Vergelijk *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 34.

20. 'Onderzoeker' moet hier ruim worden opgevat: niet alleen aan de OvV verbonden onderzoekers moeten daaronder worden verstaan, maar ingevolge art. 14 Rijkswet OvV ook tijdelijk door de minister aan de OvV toegevoegde deskundigen, terwijl laatstgenoemd wetsartikel niet uitsluit dat de OvV deskundigen inhuurt die afkomstig zijn van buiten de kring van de rijksoverheid: *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 25. Deze ingehuurd deskundigen verrichten weliswaar onderzoek voor de OvV, maar hebben niet de status van

onderzoeker van de OvV.

21. *Kamerstukken II* 2002/03, 28634 (R 1727), 3, p. 33.

22. *Handelingen II*, 26 juni 2003, p. 83-4773.

23. Art. 51-52.

24. Art. 22 Rv.

25. Art. 149 lid 1-2 Rv.

26. HR 9 september 2011, NJ 2011/409 (*Goeglende rechter*).

27. Art. 152 Rv. Voorbeelden van dit laatste zijn regels met betrekking tot geheimhoudingsplicht of verschoningsrecht dan wel onrechtmatig verkregen bewijs. Vergelijk F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastrecht), Deventer: Kluwer 2004 respectievelijk M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over*

bewijsuitsluiting (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, en M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1999.

28. Bij onrechtmatig verkregen bewijs is uitsluiting slechts gerechtvaardigd ingeval van bijkomende omstandigheden, mede gelet op het belang van waarheidsvinding en het belang dat partijen hun stellingen aannemelijk kunnen maken: HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632.

29. J. Ekelmans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, hfdst. 7; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deven-

ter: Kluwer 2011, p. 160-163.

30. Vergelijk HR 14 april 1989, NJ 1990/712 (*Benckiser*).

31. Ook in andere landen ziet men veelal een restrictieve benadering van bewijsuitsluitingen, waarbij een belangenafweging moet worden verricht. Zie Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 73-77. Zie o.a. Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, *NJW* 2010, 195 voor Belgisch recht en *Olden v Serious Organised Crime Agency* [2010] EWCA Civ 143 voor Engels recht.

32. Vergelijk art. 149 lid 1 Rv.

33. Art. 11 lid 3 Rv.

34. Art. 149 lid 1 Rv.

het lijkt: het kleurt hooguit de zaak en schetst een kader.

Omdat partijen de inhoud van het rapport impliciet kunnen gebruiken om hun betoog vorm te geven, lijkt het beter om ook een openlijk verwijzen naar het rapport toe te staan. Zulke openlijke verwijzingen ziet men dan ook herhaaldelijk.³⁵ Het accent van de bewijsuitsluiting ligt dan vooral bij het rechterlijk bewijsoordeel. Dit roept wel de vraag op of de rechter ambtshalve het rapport aan de orde mag stellen. De *inhoud* van het rapport kan – ook al is het openbaar beschikbaar – ons inziens niet als feit van algemene bekendheid worden aangenomen, daarvoor gaat het doorgaans om te gedetailleerde, specifieke informatie die bovendien niet onomstotelijk juist is. Mede gelet op de strekking van artikel 69 lijkt het ook niet toegestaan dat de rechter het rapport ambtshalve zou gebruiken.³⁶ Wel is mogelijk dat het *bestaan* van het rapport van algemene bekendheid is, en kan de rechter partijen vragen³⁷ zich over de inhoud van het rapport uit te laten.

Wat als een der partijen of beide wel gebruik hebben gemaakt van het OvV-rapport? De rechter hoeft alleen een eigen oordeel over feiten te geven voor zover een relevant feit betwist is en daarvoor bewijs is aangeboden. Als eiser een feit aan het rapport heeft ontleend en gedaagde dit niet voldoende betwist heeft, dient de rechter dit feit als vaststaand aan te nemen, en komt men aan bewijslevering en -uitsluiting niet toe.³⁸ Het rapport wordt dan immers niet als bewijsmiddel gebruikt. Als de betwisting voldoende is, zal het overgelegde bewijsmateriaal worden beoordeeld. De rechter kan dan als voorshands oordeel formuleren dat het feit bewezen is en de wederpartij tot tegenbewijs toelaten of hij kan het feit voorshands niet bewezen achten en eiser tot bewijslevering toelaten. Bij dit bewijsoordeel zou de rechter ingevolge artikel 69 het OvV-rapport buiten beschouwing moeten laten. Het rapport mag geen bewijskracht hebben, iets mag niet als bewezen worden beschouwd op de grond dat het in het OvV-rapport staat. In zoverre is onjuist Rb. Utrecht 25 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3544, waar de rechtbank 'grote bewijskracht' toekent aan het rapport. Echter, voor zover eiser of gedaagde stellingen uit het rapport overneemt, kunnen deze stellingen op zichzelf wél worden betrokken bij het bewijsoordeel: deze zijn immers deel van het partijdebat.³⁹ Dit is niet problematisch: redeneren staat partijen vrij.

Dit betekent dat artikel 69 in wezen alleen effect heeft voor zover een feit doorslaggevende steun ontvangt uit een vaststelling in het OvV-rapport. De rechter mag dan immers niet op het rapport zijn overtuiging baseren. Hetzelfde geldt voor het aan zulke vaststellingen ten grondslag liggende materiaal in handen van de OvV: ook dat wordt door artikel 69 uitgesloten. Echter, eiser staat dan niet met lege handen. Hij kan nog steeds op voet van artikel 843a Rv bescheiden die niet van de OvV zijn doch bij gedaagde of derden aanwezig zijn, rechtstreeks opvragen: het OvV-rapport kan hem dan mogelijk alert maken op de aanwezigheid van zulk materiaal. Evenzo kan hij zelf de door de OvV gehoorde getuigen oproepen, en deze over dezelfde onderwerpen laten horen als waar de OvV hen over gehoord heeft. Voor zover een getuige zich dan kan beroepen op een (geheimhoudingsplicht of daaruit voortvloeiend) verschoningsrecht, dan wel een minder uitgesproken verklaring aflegt, kan de rechter uit terughoudendheid of zwijgen de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht.⁴⁰

Dit alles laat zien dat artikel 69 uiteindelijk weinig beletselen opwerpt in *civilibus*. Dit komt met name doordat men in het burgerlijk procesrecht gemakkelijker kan komen tot inschattingen van de werkelijke gang van zaken, mede naar aanleiding van terughoudendheid bij gedaagde, zonder de strenge eisen die het strafrecht stelt aan bewezenverklaring. Daarbij moet worden opgemerkt dat een OvV-rapport ook in het voordeel van gedaagde kan zijn: het kan bijvoorbeeld juist laten zien dat er geen sprake is van oorzakelijk verband.

Nochtans zal het rapport onvermijdelijk op de achtergrond functioneren als ijkpunt voor het partijdebat over wat er is voorgevallen en wie daaraan schuld heeft

6. Bestuursrechtelijke gevolgen

Hierboven onder 3 is al vermeld dat artikel 69 het gebruik van onderzoeksgegevens verbiedt als het gaat om strafrechtelijke, tuchtrechtelijke en civielrechtelijke procedures, maar dat bestuursrechtelijke procedures – voorzover deze niet tuchtrechtelijk van aard⁴¹ zijn – niet worden genoemd. Dit lijkt een breuk in de wetgeving, ten opzichte van de voorloper van de Rijkswet OvV, de Wet Raad voor de Transportveiligheid. In die wet werd het verbod niet gespecificeerd naar rechtsgebied, maar werd⁴² eenvoudig gezegd dat het verbod gold voor 'een rechtsgeding'. Uit de wetsgeschiedenis van de Rijkswet OvV valt op te maken dat de wetgever met de nieuwe formulering een verruiming van het toepassingsgebied voor ogen had, namelijk een verruiming naar het terrein van de sancties en andere handhavingsmaatregelen, ook als deze niet in 'een rechtsgeding' aan de orde zijn. Die verruiming is aangebracht door in de wettelijke bepaling aan het verbod om de daar genoemde gegevens te gebruiken in 'een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke en privaatrechtelijke procedure' toe te voegen dat ook een 'disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel' niet kan worden gebaseerd op bedoelde gegevens.⁴³ Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever heeft bedoeld procedures bij de bestuursrechter uit te zonderen van het verbod. Toch is dat het resultaat, ook al zijn handhavingsbesluiten⁴⁴ wel onder het verbod gebracht.

Of is het bestuursrechtelijk terrein toch grotendeels gedekt, doordat handhavingsbesluiten onder het verbod zijn gebracht? Voor een belangrijk deel van de relevante zaken is dat inderdaad het geval. Wel is de bescherming die artikel 69 Rijkswet OvV in procedures bij de bestuursrechter biedt, naar de letter van de (Rijks)wet iets beperkter dan in civiele en in strafzaken. Bij civiele of strafza-

ken zegt de wet uitdrukkelijk dat de bedoelde gegevens in een gerechtelijke procedure niet als bewijs mogen worden gebruikt. Wat de handhavingszaken betreft, geldt het wettelijke verbod alleen het bestuursbesluit: een *bestuursorgaan* mag een handhavingsbesluit er niet op baseren. Het lijkt daardoor niet uitgesloten dat de gegevens in een procedure bij de bestuursrechter toch als (ondersteunend) bewijs zouden kunnen worden gebruikt. Belangrijker is de vraag of er buiten *handhavingsbesluiten* gevallen denkbaar zijn waarin behoefte kan bestaan aan toepasselijkheid van het verbod van artikel 69 Rijkswet OvV op bestuursrechtelijke procedures. Op die vraag komen wij terug, nadat eerst aandacht is besteed aan voorbeelden die rechtstreeks uit de jurisprudentie gehaald kunnen worden. Hebben zich in de praktijk van de rechtspraak gevallen voorgedaan waarin onderzoek van de OvV aan de orde was? Als dat voorkwam, leverde dat dan spanning op met artikel 69 of met de strekking van die bepaling?

OvV-onderzoek aan de orde in bestuursrechtelijke rechtspraak

Het komt zelden voor dat in een bestuursrechtelijke procedure een verwijzing is opgenomen naar een rapport van de OvV, of naar andere onderzoeksinformatie, gegenereerd in het kader van onderzoek van de OvV.⁴⁵ Als dat toch gebeurt, op welke wijze worden dergelijke gegevens dan in de procedure gebracht? Ondanks het kleine aantal zaken hebben wij naar aanleiding van de gevonden casus geprobeerd enkele algemene categorieën te onderscheiden.

De *eerste* categorie wordt gevormd door zaken waarin een bestuursorgaan een besluit (mede) baseert op bevindingen van de OvV, zonder dat bij dat bestuursbesluit schuld of verwijtbaarheid een rol speelt. De besluiten die in deze categorie aan de orde zijn, zijn toekomstgericht: het gaat om maatregelen voor de toekomst en niet om sancties die betrekking hebben op het verleden. Het praktijkvoorbeeld is de bestrijding van ganzen rond de luchthaven Schiphol. De zaak betrof een besluit van de provincie Noord-Holland waarbij toestemming werd verleend voor het met behulp van vangkooien en koolstofdioxide vangen en doden van ganzen in een gebied rond Schiphol. In een dergelijke zaak is voor de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter een cruciale vraag of het bestuursorgaan het betreffende besluit zorgvuldig heeft

voorbereid. De voorzieningenrechter citeert letterlijk een aantal passages uit het rapport van de OvV.⁴⁶ Een van die passages uit het rapport is de volgende:

‘Vanwege de urgentie voor de vliegveiligheid kan niet worden gewacht op de uitkomst van onderzoeken (pilots) van beheersmaatregelen die effect hebben op de langere termijn en is reductie van populaties van ganzen de meest effectieve korte termijn maatregel.’⁴⁷

De bescherming die artikel 69 Rijkswet OvV in procedures bij de bestuursrechter biedt, is naar de letter van de (Rijks)wet iets beperkter dan in civiele en in strafzaken

Als de voorzieningenrechter vervolgens tot een eigen beoordeling komt, verwijst hij uitdrukkelijk naar het rapport:

‘Verweerder heeft zich, tevens gelet op de conclusies van de Onderzoeksraad, in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat populatiereductie op dit moment noodzakelijk is en een passende maatregel is en dat er op dit moment geen sprake is van een andere bevredigende oplossing.’⁴⁸

Het lijkt er op dat het bestuursorgaan in deze zaak het eigen oordeel dat een bepaalde maatregel aangewezen is, heeft onderbouwd met een rapport van de OvV. In ieder geval is het een voorbeeld van een geval waarin de bestuursrechter zijn oordeel dat sprake is van een zorgvuldige voorbereiding mede baseert op een rapport van de OvV.

Bij de *tweede* categorie speelt de vraag naar schuld of verwijtbaarheid wel een rol. Het gaat om gevallen waarin het vertoonde gedrag van een persoon of rechtspersoon

35. Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577.

36. Zoals in HR 9 september 2011, NJ 2011/409 (Googlende rechter).

37. Ex art. 22 Rv.

38. Vergelijk Rb. Breda 23 juni 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BN1406.

39. Vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577.

40. Vergelijk art. 22, slot, Rv. Zie bijv. HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1706. Dit geldt ook bij een verschoningsrecht, vergelijk F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2004, p. 148.

41. Bij bestuursrechtelijke 'tuchtrechtelijke' zaken kan gedacht worden aan ambtenarenzaken.

42. In art. 74.

43. De toegevoegde categorie breidt het verbod van art. 69 dus uit naar sancties of maatregelen die door een andere autoriteit dan een rechter worden opgelegd. Onder 'bestuurlijke maatregel' vallen ook andere handhavingsbesluiten dan sancties. Een voorbeeld van een bestuurlijke maatregel is een aanschrijving tot woningverbetering. Zie verder Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 35.

44. Wij vatten de besluiten waarbij sprake is

van een 'disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel' verder korthedshalve samen onder de noemer 'handhavingsbesluiten'.
45. Over de laatste tien jaren werden vier bestuursrechtelijke uitspraken gevonden waarin verwezen werd naar onderzoek door de OvV waarbij de inhoud van de bevindingen een rol speelde bij het oordeel van de bestuursrechter. Daarnaast waren er – zoals al aan de orde kwam – enkele uitspraken in zaken waarin met een beroep op de WOB getracht was gegevens over een door de OvV onderzocht ongeval te verkrijgen.

46. Noodlanding na vogelaanvaring –

Boeing 737-486, Amsterdam Schiphol Airport, 6 juni 2010.

47. Punt 9 van de conclusies.

48. Rb. Haarlem (vzr.) 5 juni 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW7519. Vergelijkbare overwegingen treft men aan in een vergelijkbare zaak die ongeveer een jaar later speelde. Rb. Noord-Holland (vzr.) 31 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1645. De zaak uit 2013 betrof besluiten van de colleges van GS van de provincies Noord-Holland en Utrecht en net als bij de zojuist geciteerde uitspraak uit 2012 ging het om toestemming tot het doden van ganzen, met gas, in een gebied rond Schiphol.

een rol speelt bij het nemen van een bestuursbesluit en informatie van de OvV een factor is die bij de beoordeling van dat gedrag in de overwegingen van het bestuur of de bestuursrechter wordt betrokken. Bij de besluiten waar het in deze categorie om draait, speelt een beoordeling van het verleden een centrale rol.

De brand bij het bedrijf 'Chemie-Pack' in Moerdijk in 2011 is een voorbeeld uit deze categorie. De Rechtbank Brede da deed twee uitspraken die betrekking hadden op spoedshalve uitgeoefende bestuursdwang om oppervlaktewaterverontreiniging door bluswater te voorkomen. Aan die bestuursdwang was het besluit gekoppeld om de kosten van de maatregelen (méér dan € 1 miljoen) op het bedrijf te verhalen. De rechtbank oordeelt dat redelijkerwijze niet staande is te houden dat Chemie-Pack geen blaam treft. De rechtbank baseert dat oordeel mede op een rapport van de OvV. Daarmee stelt de rechtbank dus niet 'schuld' vast, maar geeft zij wel een oordeel over een spectrum waarin schuld of verwijtbaarheid een plaats hebben. Dat oordeel bevindt zich dan wel aan een uiterste van het spectrum: 'was betrokkene "geheel onschuldig"?'. De rechtbank gebruikt de overweging dus niet om een oordeel uit te spreken over de vraag aan wie in die zaak iets te verwijten viel. Sterker nog, de rechtbank overweegt dat het in het verband van de betreffende zaak niet nodig is om te beoordelen of en, zo ja, waar of door wie precies, fouten zijn gemaakt. Daarom laat de rechtbank in het midden of tijdens de bluswerkzaamheden fouten zijn gemaakt. De rechtbank gebruikt de verwijzing naar het rapport van de OvV alleen om aan te geven dat eiseres geen beroep toekomt op een uitzondering op de hoofdregel dat de kosten van bestuursdwang kunnen worden verhaald op de overtreder. In dat verband overweegt de rechtbank:

*'Blijkens zowel de tekst en de parlementaire geschiedenis van artikel 5:25, eerste lid, van de Awb als de jurisprudentie van de ABRvS met betrekking tot deze bepaling bestaat slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden grond voor het oordeel dat een bestuursorgaan de kosten van bestuursdwang redelijkerwijs niet of slechts gedeeltelijk op de overtreder mag verhalen. Hierbij is niet zozeer relevant of de overtreding mede aan anderen dan de aangeschreven overtreder kan worden verweten, maar veeleer of de aangeschreven overtreder bij het ontstaan van de overtreding helemaal geen verwijt valt te maken.'*⁴⁹

Onze conclusie is dat bij gevallen in deze tweede categorie de kans aanwezig is dat door gebruik van onderzoeksgegevens of rapporten van de OvV in strijd wordt gehandeld met de bedoeling van de Rijkswet. In de uitspraken die wij als voorbeeld namen, zien wij evenwel geen schending van de Rijkswet, nu het daar niet ging om het attribueren van schuld of verwijtbaarheid, maar het verwerpen van een beroep op het ontbreken van iedere verwijtbaarheid.

De jurisprudentie als inspiratie voor andere bestuursrechtelijke voorbeelden

Uit het onderzoek naar jurisprudentie is gebleken dat het zich heel zelden heeft voorgedaan dat rapporten van de OvV in bestuursrechtelijke zaken een rol hebben

gespeeld. Dat maakt het lastig te voorspellen in welk soort gevallen zich dat nog meer zou kunnen voordoen en of die gevallen volgens de letter onder de werking van artikel 69 Rijkswet OvV vallen. Wij wagen een poging.

Bij het nemen van bestuursbesluiten speelt veiligheid regelmatig een rol. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij besluiten met een algemene strekking, zoals bestemmingsplannen of tracébesluiten (men denke aan brandgevaar of gevaar voor de verkeersveiligheid).⁵⁰ Als in dergelijke gevallen naar onderzoek van de OvV wordt verwezen, dan zal zo een verwijzing in het algemeen op hetzelfde vlak liggen als in het voorbeeld van de bestrijding van ganzen rond Schiphol: informatie uit OvV-rapporten kan heel relevant zijn, maar de ratio van het verbod uit artikel 69 Rijkswet OvV komt dan niet onder druk te staan. Die ratio is, kort gezegd, dat als aan iemand wordt gevraagd een verklaring af te leggen in het kader van een OvV-onderzoek, het niet zo zou moeten zijn dat die persoon niet de ('volledige') waarheid spreekt, uit vrees voor problemen in juridische procedures over de zaak.⁵¹ Artikel 69 Rijkswet OvV probeert personen tegen die vrees te beschermen, door immuniteit te verlenen. Problemen voor degene die een verklaring aflegt, zouden zich kunnen voordoen in de vorm van schadeclaims of een strafvervolgning. In bestuursrechtelijke context kan voor 'strafvervolgning' worden gelezen: 'bestuursrechtelijke sancties'. Dat zijn niet alleen punitieve sancties, maar ook herstelsancties (denk aan de *Chemie-Pack* zaak). Ons lijkt dat ook buiten de sfeer van de handhaving⁵² vrees kan bestaan voor negatieve consequenties van verklaringen die worden afgelegd in het kader van OvV-onderzoek. Het kan dan gaan om allerlei besluiten, voor zover iemand redelijkerwijze kan vrezen dat die besluiten op voor betrokkene negatieve wijze beïnvloed zouden kunnen worden door een door betrokkene afgelegde verklaring in een OvV onderzoek. Opnieuw kan als voorbeeld worden gedacht aan een type

Ook buiten de sfeer van de handhaving kan vrees bestaan voor negatieve consequenties van verklaringen die worden afgelegd in het kader van OvV-onderzoek

zaak als de *Chemie-Pack* zaak. Vermoedelijk zal vrees voor problemen zich eerder voordoen bij beschikkingen dan bij de besluiten van algemene strekking die wij zojuist al noemden. Binnen de categorie beschikkingen lijkt het gehele palet aan mogelijke beschikkingen in aanmerking te komen: vrees dat een vergunning, ontheffing of concessie niet verleend zal worden, dan wel van ernstig belastingvoorschriften zal worden voorzien; vrees dat een benoeming of bevordering niet zal worden gedaan; of vrees dat een subsidie niet zal worden verkregen. Het moet dan gaan

om besluiten waarbij betrokkene redelijkerwijs kan vrezen dat zal meewegen of degene om wie het gaat onverantwoordelijk of zelfs strafbaar gedrag verweten kan worden. Voor de ernstiger zaken bestaat een 'wettelijke bron' voor dergelijke vrees in de vorm van de Wet Bibob. Die wet maakt het mogelijk dat een vergunning wordt geweigerd ingeval ernstig gevaar bestaat dat het besluit zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen (artikel 3 Wet Bibob). Ook een weigering van een subsidie kan worden gebaseerd op de Wet Bibob (artikel 6 Wet Bibob).

7. Conclusies

De betekenis van artikel 69 blijkt, niettegenstaande de hierboven weergegeven heldere ratio ervan, tamelijk gecompliceerd te zijn.

Voor *strafrechtelijke procedures* geldt het volgende. Uit de schaarse strafrechtspraak waarin OvV-rapporten enigerlei rol spelen, kan worden afgeleid dat de verschillende procesdeelnemers – de rechter, de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie, de verdediging – veelal wel bekend zijn met het bestaan van artikel 69, maar dat zij niet altijd de portee van deze bepaling scherp op het netvlies hebben. Dat resulteert dan bijvoorbeeld in de stelling (van het openbaar ministerie in de zogenoemde *Ketelbrug*-zaak)⁵³ dat het OvV-rapport 'slechts een beperkte bewijskracht toekomt'. Gelet op doel en strekking van artikel 69 Rijkswet OvV is helder dat het OvV-rapport niet in belastende zin mag worden betrokken in een strafrechtelijke bewijsconstructie. Dat neemt niet weg dat het OvV-rapport na publicatie vrijelijk toegankelijk is voor ieder der procesdeelnemers en dat het in ontlastende zin wel een rol mag spelen. Mede omdat het hier nogal eens gaat om technische kwesties, ten aanzien waarvan het niet voorshands duidelijk behoeft te zijn of bevindingen in het OvV-rapport als belastend of juist ontlastend kunnen worden aangemerkt, is het procesrechtelijk het meest zuiver als de rechter de beide procespartijen in de gelegenheid zou stellen om zich over (mogelijk relevante passages uit) het OvV-rapport uit te laten. Elementen uit het OvV-rapport die reeds op het eerste gezicht als belastend kunnen worden beschouwd, zouden door het openbaar ministerie niet ter terechtzitting aan de orde moeten worden gesteld.

De – schaarse – rechtspraak in *civielrechtelijke zaken* waarin rapporten van de OvV aan de orde zijn, rechtvaardigt het vermoeden dat partijen en rechters die werkzaam zijn op dit rechtsgebied niet allemaal goed op de hoogte

zijn van het bestaan en de betekenis van artikel 69. Een belangrijke constatering is verder, dat de betekenis van artikel 69 voor civiele zaken beperkt is omdat een partij weliswaar een OvV-onderzoeksrapport als zodanig niet rechtstreeks als bewijs mag inbrengen, maar de in een dergelijk rapport vervatte conclusies en constatering wel in het eigen processtandpunt mag overnemen:⁵⁴ in een privaatrechtelijke procedure geldt dat partijen vrijelijk kunnen putten uit een OvV-rapport, alleen mag de rechter geen zelfstandige bewijskracht toekennen aan het rapport. Wel kan het rapport een partij helpen bij het vormgeven van haar standpunt. Verder hoeft een partij die zich op de inhoud van het rapport wil beroepen het rapport niet te noemen als een mogelijk bewijsmiddel. De aan een rapport ten grondslag liggende en bij het OvV aanwezige gegevens of getuigenverklaringen kunnen niet worden opgevraagd, maar wel kan een partij gegevens van de wederpartij opvragen⁵⁵ of getuigen zelf oproepen. Een rechter kan eventueel partijen vragen zich uit te laten over de inhoud van het rapport.⁵⁶ Op deze wijze kan het rapport toch doorwerken, mede nu de burgerlijke rechter vrij is in de beoordeling van bewijsmateriaal dan de strafrechter.

Bestuursrechtelijke uitspraken waarin onderzoeksrapporten van de OvV een rol spelen, zijn al net zo zeldzaam als civiele zaken waarin dat het geval is. Dat uit die uitspraken geen bekendheid blijkt van partijen of rechter met artikel 69 is in zoverre niet verwonderlijk, dat bestuursrechtelijke procedures niet worden genoemd in de opsomming van procedures waarop het verbod van artikel 69 betrekking heeft. Dat verbod geldt derhalve strikt genomen niet voor bestuursrechtelijke procedures, tenzij daar tuchtrechtelijke kwesties of handhavingsbesluiten aan de orde zijn.⁵⁷ Dat OvV-onderzoek aan de orde zou kunnen komen in 'tuchtrechtelijke' ambtenarenzaken is overigens zeker niet denkbeeldig. De dossiers van sommige strafzaken (zoals inzake het ongeval met de *Ketelbrug*) laten dat zien.⁵⁸ De uitspraken die werden onderzocht, leveren het beeld op dat informatie uit rapportages van de OvV wel degelijk relevant kan zijn in andere bestuursrechtelijke zaken dan tucht- of handhavingszaken.⁵⁹ Als het verbod van artikel 69 ook op bestuursrechtelijke procedures in het algemeen van toepassing zou zijn, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als in civiele zaken: dat verbod staat niet in de weg aan gebruik van die informatie, zolang het niet gaat om gebruik *als bewijs* voor verantwoordelijkheid voor het onderzochte ongeval. •

49. Het betreft twee uitspraken in *Chemie-Pack*-zaken: Rb. Breda 21 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW8992 en Rb. Breda 21 juni 2012, ECLI:RBBRE:2012:BW9002.

50. In ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:519 (*bestemmingsplan 'Museumkwartier en Valeriusbuurt'* Amsterdam) was de vraag aan de orde of sprake was van een 'nautisch onveilige situatie'. Bij het beantwoorden van zo'n vraag zou informatie van de OvV relevant kunnen zijn.

51. Dat kan gaan om problemen voor

degene die de verklaring aflegt zelf of voor personen of organisaties (zoals bedrijven) met wie die persoon nauw verbonden is.

Kortheidshalve herhalen wij verderop deze nuance niet.

52. Als de ratio van het verbod van art. 69 Rijkswet OvV zich praktisch alleen kan voordoen in handhavingszaken, dan zou onze kritiek op de wetgever, dat deze niet doordacht heeft gehandeld door in het verbod bestuursrechtelijke procedures niet uitdrukkelijk te noemen, misplaatst zijn.

53. Rb. Zwolle-Lelystad 2 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR3930.

ECLI:NL:RBZLY:2011:BR3930.

54. Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard, p. 55.

55. Art. 843a Rv.

56. Art. 22 Rv.

57. Want het eerste lid van art. 69 Rijkswet OvV noemt wel *tuchtrechtelijke* procedures als procedures waarin OvV-gegevens niet als bewijs mogen worden gebruikt. De bepaling zegt verder dat een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel niet op de bedoelde gegevens mag worden gebaseerd. Bestuur-

lijke sancties en bestuurlijke maatregelen hebben wij hier korthedshalve samengenomen in de term handhavingsbesluiten.

58. Draadaanvaring Apache helikopter, Bommelerwaard 12 december 2007, rapport OvV januari 2009, over project M2007DE1212-08 en Onbedoeld openen Ketelbrug, 4 oktober 2009, rapport OvV april 2011 over project nr. S2009BD1004-01. Zie Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 48 e.v. en 51.

59. Kooijmans, Tjong Tjin Tai & De Waard 2014, p. 58-59.