

20 Wat is nodig voor een duurzaam milieu(straf)recht?

Valérie van 't Lam en Monique van der Linden¹

1 Inleiding

Duurzaamheid is een *hot topic*. Dit komt met name omdat er nog veel moet gebeuren, willen we het doel van 2050 (klimaatneutraal) halen. Zowel op Europees als nationaal niveau komt er steeds meer regelgeving bij die beoogt bij te dragen aan dat doel. Het milieustrafrecht is in dat verband ook belangrijk. Het milieustrafrecht behoeft aandacht en verbetering. Dat komt niet alleen naar voren in het publieke debat, maar ook bij beschouwing van de recent uitgebrachte rapportages en publicaties op het gebied van het milieu(straf)recht.

Zo kan volgens Faure het strafrecht een bescheiden maar belangrijke rol spelen bij de bevordering van duurzaamheid, waarbij wel wordt gesignaleerd dat er vele uitdagingen zijn bij het verwezenlijken van een adequate strafrechtelijke bescherming van het (leef)milieu.² In onder meer het Dreigingsbeeld Milieucriminaliteit 2021 staat dat de aanpak van milieucriminaliteit in de praktijk te wensen overlaat. Opsporing en vervolging zijn te weinig slagvaardig, de opsporing is gefragmenteerd, vervolging en berechting duren te lang en de uiteindelijke sancties zouden vaker niet dan wel afschrikwekkend zijn. Grote vermijdbare milieuschade is het gevolg. Veranderingen zijn daarom aangewezen. Er is niet alleen meer capaciteit nodig, maar ook een andere aansturing en meer gebonden slagkracht voor een effectieve strafrechtelijke aanpak, aldus het Dreigingsbeeld Milieucriminaliteit 2021.³ Naar aanleiding van vergelijkbare bevindingen op Europees niveau is op 15 december 2021 het voorstel gepubliceerd voor een nieuwe Richtlijn inzake de bescherming van het milieu door middel van strafrecht. Deze richtlijn zal de bestaande Richtlijn 2008/99/EG vervangen met als doel om milieucriminaliteit strenger aan te pakken door het milieustrafrecht te versterken.⁴

1 Mr. dr. V.M.Y. van 't Lam en mr. drs. M. van der Linden zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 M. Faure, 'De strafrechtelijke bescherming van duurzaamheid: vergezichten en uitdagingen', *DD* 2021/50 en meer recent ook E.R. de Jong & M. Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022/14, p. 1028-1039.

3 Openbaar Ministerie, Omgevingsdienst NL, Politie, ILT en NVWA, Dreigingsbeeld Milieucriminaliteit 2021 te vinden op: www.om.nl/documenten/publicaties/milieucriminaliteit/2021/07/dbmc.

4 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, COM(2021) 851 final.

In deze bijdrage bespreken wij graag onze visie vanuit de praktijk. Voor zover wij het overzien is dat perspectief tot nu toe onderbelicht gebleven. Daarbij gaan wij niet in op de mogelijke strafrechtelijke handhaving van bestaande en nieuwe duurzaamheidsregels of op de mogelijkheid om personen of bedrijven strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor klimaatverandering.⁵ Alles overziend, zien wij namelijk (helaas) ook andere uitdagingen voor een duurzaam milieu(straf)recht. Het streven lijkt ons daarbij dat het milieu(straf)recht niet alleen ook de volgende veertig jaar nog houdbaar en werkbaar moet zijn, maar dat het ook goed is voor milieu en klimaat.

In onze praktijk zien wij een aantal ontwikkelingen die onzes inziens haaks staan op dit streven naar een duurzaam milieu(straf)recht. Vooral in relatie tot de opvolging van incidenten zijn de daarbij behorende uitdagingen goed zichtbaar. Wij zullen deze concrete ontwikkelingen (*high level*) schetsen en u meenemen in onze zorgen dat het milieu(straf)recht en de huidige manier waarop dat wordt gehandhaafd naar de toekomst toe een averechts effect kunnen hebben op het milieu en het klimaat.

2 (Zorgelijke) ontwikkelingen

2.1 Inleiding

Incidenten zijn helaas onvermijdelijk. Hoe goed alles ook geregeld is, het kan ieder bedrijf overkomen. In de praktijk zien wij dat er bij incidenten – ook al zijn deze relatief onschuldig – snel tot handhaving wordt overgegaan. De overtuiging van de zijde van de overheid lijkt bij ieder incident te zijn dat op het moment dat er iets ‘mis’ gaat, de veroorzaker daarvan (hard) moet worden aangepakt. In veruit de meeste gevallen betreft het echter onvoorziene gebeurtenissen die niemand heeft gewild en waar ook niemand bij is gebaat. Een harde aanpak maakt de situatie in onze ervaring in dergelijke gevallen slechts onnodig complex en levert in ieder geval geen bijdrage aan een duurzaam milieu(straf)recht. In deze bijdrage gaan we aan de hand van de context van incidenten in op enkele zorgelijke ontwikkelingen die wij in de praktijk zien, omdat juist bij incidenten deze zorgelijke ontwikkelingen duidelijk zichtbaar zijn. Wij menen dat deze ontwikkelingen ieder voor zich – maar zeker in gezamenlijkheid – niet bijdragen aan een duurzaam milieu(straf)recht.

2.2 Uitgebreide meldplichten

Op het moment dat zich een ‘ongewoon voorval’ voordoet, moet dit al snel gemeld worden bij het bevoegd gezag. In het kader van het omgevingsrecht zijn er vele meldplichten.⁶ In deze bijdrage beperken wij ons tot de ‘incidentmelding’ van artikel 17.2 jo. 17.1 Wm. Uit dien hoofde moet zo spoedig mogelijk gemeld worden als zich

5 Zie over dat laatste bijvoorbeeld S.J. Lopik & S.H. Stax, ‘Klimaatverandering en strafrecht: een verkenning’, *Boom Strafblad* 2020, aflevering 3.

6 Zie over de verschillende melding-stelsels de conclusie van A-G Widdershoven van 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4116.

een ‘ongewoon voorval’ voordoet, waardoor nadelige gevolgen voor het milieu zijn ontstaan of dreigen te ontstaan. Hieronder vallen niet alleen kleine incidenten met verwaarloosbare gevolgen, maar ook grote rampen en ernstige arbeidsongevallen. Deze meldplicht is steeds al ruim geweest en ook ruimer dan waartoe de Seveso-richtlijn en de IPPC-richtlijn verplichtten.⁷ In de Omgevingswet wordt overigens een nog breder toepassingsbereik van deze ‘incidentmelding’ nagestreefd.⁸

Deze meldplicht staat echter niet op zichzelf. Los daarvan geldt op grond van artikel 17.2 lid 2 Wm een verdergaande verplichting om het bevoegd gezag te informeren over onder andere de oorzaken van het voorval en de genomen maatregelen en/of de maatregelen die overwogen worden om de gevolgen van het voorval te voorkomen, beperken of ongedaan te maken én om te voorkomen dat een zodanig voorval zich nogmaals kan voordoen. Het daarbij beoogde doel is, kort gezegd, tweeledig: waarborgen dat de nadelige gevolgen zo veel mogelijk worden beperkt en daarvan leren om herhaling te voorkomen.⁹ Dit is uiteraard in alle gevallen nastrevenswaardig.

Het is echter wel van belang daarbij niet uit het oog te verliezen dat het bevoegd gezag hiermee over veel informatie komt te beschikken die ook in het kader van eventueel opvolgend punitief bestuursrechtelijk of strafrechtelijk optreden op grond van bijvoorbeeld een van de vele zorgplichtbepalingen buitengewoon interessant is. Dat dit niet geheel theoretisch is, blijkt – los van onze ervaringen in de praktijk waarover we straks nog nader komen te spreken – onder andere ook uit de ‘doormeldplicht’ zoals die in artikel 17.2 lid 3 Wm is opgenomen. Op die basis stelt het bevoegd gezag ook andere bestuursorganen en overheidsdiensten op de hoogte van de melding en de daarbij verstrekte gegevens, als zij direct belang hebben bij een onverwijld mededeling. Kennelijk wordt aannemelijk geacht dat ook het Openbaar Ministerie hier onder omstandigheden onder wordt begrepen.¹⁰

7 *Kamerstukken II* 2009/10, 32445, nr. 3, p. 1-2. Zie over deze meldplicht ook ons blogbericht FAQ: Wanneer moet een ongewoon voorval op grond van de Wet milieubeheer gemeld worden? www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/faq-wanneer-moet-een-ongewoon-voorval-op-grond-van-de-wet-milieubeheer-gemeld-worden/. Overtreding daarvan is overigens een economisch delict.

8 Afdeling 19.1 van de nieuwe Omgevingswet zou in dit kader (nog) bredere definities introduceren.

9 Zie hiertoe o.a. *Kamerstukken II* 2009/10, 32445, nr. 3, p. 1. Ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Omgevingswet is dit overigens (wederom) terug te vinden, *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 249, 250, 591 en 592.

10 Zie hiertoe ‘Ongewone voorvallen. Advies van de Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer over hoofdstuk 17 Wet milieubeheer betreffende maatregelen in bijzondere omstandigheden’, januari 2003, p. 63 (o.a. online te raadplegen via www.berndvandermeulen.eu/uploads/1/0/1/7/101759872/ongewonevoorvallen.pdf). Ons is hier overigens geen rechtspraak over bekend.

2.3 Toenemende samenloop bestuursrechtelijk en strafrechtelijk optreden

Ook bij incidenten – daaronder niet alleen te verstaan de hiervoor besproken ‘ongewone voorvallen’ – is een toename van strafrechtelijke handhaving van milieuregeling zichtbaar. Waar eerst volstaan werd met de inzet van het bestuursrecht, als al tot actie werd overgegaan, wordt nu ook het strafrechtelijk (sanctie)arsenaal ingezet. In sommige gevallen meldt ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) zich voor een eigen onderzoek.

Voor bedrijven betekent dat dat er steeds vaker onvermijdelijk op meerdere bordes geschaakt zal moeten worden. Als verschillende partijen van overheidswege onderzoek doen, is het speelveld complex. Niet alleen is het doel van de verschillende onderzoeken een ander (variërend van toekomstgericht optreden tot bestraffen over het verleden tot maximaal leren van hetgeen is voorgevallen), maar ook gelden er verschillende waarborgen en regels. Illustratief hiervoor is de geldende medewerkingsplicht in het kader van toezicht en onderzoeken van de OVV in tegenstelling tot het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht in het kader van het punitief bestuursrecht en het strafrecht. In het strafrecht hoef je jezelf niet te belasten en is het aan het OM om bewijs te verzamelen ter mogelijke onderbouwing van de ontstane verdenking.

Terughoudendheid bij de inzet van het strafrecht was altijd geboden – ook in het milieurecht.¹¹ Nog daargelaten dat deze *ultimum remedium*-gedachte, naar onze overtuiging, niet zomaar opzij mag worden gezet en dat de toenemende inzet van het strafrecht vragen oproept als het gaat om de evenredigheid van het overheids-optreden,¹² vestigen wij hier in deze bijdrage vooral de aandacht op de daarbij behorende complexiteit met betrekking tot het (onder dwang) verstrekken van potentieel belastende informatie. Informatie die in het kader van bestuursrechtelijk toezicht is gevorderd (waar de medewerkingsplicht geldt), vinden wij immers vaak terug in het strafdossier. Zoals hierna nog meer uitgebreid aan de orde zal komen, is dit juridisch lang niet altijd houdbaar, laat staan nastrevenswaardig.

2.4 Toenemende focus op ‘feitelijk leidinggevendend’

Los van de toenemende inzet van het strafrecht in zijn algemeenheid bij incidenten, hebben wij de indruk dat er daarbij een toenemende druk bestaat om ook de betrokken personen strafrechtelijk te vervolgen. Deze wens is zichtbaar in het publieke debat, in een toenemend aantal juridische acties om ook de vervolging van betrokken

11 Zo blijkt o.a. ook uit de Landelijke Handhavingstrategie Brzo 1999, p. 8: ‘Het uitgangspunt is om eerst zoveel mogelijk via het bestuursrecht op te treden en strafrecht als *ultimum remedium* in te zetten (...).’ De Landelijke Handhavingstrategie Brzo is te vinden via: www.brzoplus.nl/publish/pages/104518/eindversie_landelijke_handhavingstrategie_brzo_doc.pdf.

12 Zie hiertoe o.a. J. Crijns & M. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestraffing’, *NJB* 2018/16, p. 1094-1103.

individuen af te dwingen en werd van de zijde van het OM ook expliciet bevestigd in de laatste Aanwijzing hoge transacties: ‘Ten aanzien van de in artikel 51 Sr bedoelde opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden blijft het uitgangspunt dat deze zo mogelijk ook worden vervolgd.’¹³

In de praktijk zien wij ook een toenemende geneigdheid om betrokken personen als verdachte aan te merken en als zodanig in het strafrechtelijk onderzoek te betrekken. Wij kunnen ons daarbij niet aan de indruk onttrekken dat de impact die een dergelijke handelwijze op betrokkenen heeft, wordt onderschat. Dit klemmt des te meer nu het in het milieu(straf)recht in de overgrote meerderheid van de gevallen gaat om incidenten die niemand heeft gewild en waar ook niemand bij is gebaat. Voor ‘feitelijk leidinggeven’ is opzet op de verboden gedraging immers een noodzakelijk vereiste dat steeds op individueel niveau vastgesteld zal moeten worden: ‘In feitelijk leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.’¹⁴ Meer algemeen geldt daarbij het volgende: ‘opzet t.a.v. enig delict of delictsbestanddeel [wordt] door het Nederlandse strafrecht nergens toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest’.¹⁵ Naar onze overtuiging mag hier dus niet lichtvaardig over worden gedacht en mogen betrokken individuen ook niet lichtvaardig als verdachte worden aangemerkt. Hoe dan ook, is dit een zichtbare tendens waar betrokken partijen zich rekenschap van zullen moeten geven.

2.5 Toenemend aantal ruime zorgplichten

Als incidenten bestuursrechtelijk of strafrechtelijk worden opgevolgd, vindt handhaving veelal plaats op grond van een van de vele zorgplichtbepalingen die het milieurecht kent. Artikel 5 lid 1 Besluit risico’s zware ongevallen 2015 is in dit kader illustratief: ‘De exploitant treft alle maatregelen die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid en het milieu te beperken.’ Ook de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) kent vergelijkbare ruime zorgplichtbepalingen waarvan door handhavende toezichthouders en opsporingsinstanties dankbaar gebruik wordt gemaakt.¹⁶

13 Hoewel hier van alles van te vinden is, volstaan wij hier met signalering van dit door het OM geformuleerde uitgangspunt. Te vinden via <https://wetten.overheid.nl/BWBR0044047/2020-09-04>. Zie in dit kader ook het proefschrift van T.R. Bleeker, *Milieuaansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

14 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk, r.o. 3.5.3.

15 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad-arrest).

16 Er gelden bijvoorbeeld ruime zorgplichten in relatie tot werknemers en derden op grond van respectievelijk art. 6 en 10 Arbowet.

De zorgplicht komt in het kader van de Omgevingswet overigens nog nadrukkelijker terug.¹⁷ In de Omgevingswet zelf staan de zogenoemde algemene zorgplichtbepalingen en daarop gaan wij hier niet in. De specifieke zorgplichten zijn te vinden in onder andere het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal). Het zijn zorgplichtbepalingen die zijn ontleend aan bestaande zorgplichtbepalingen en ook nieuwe zorgplichtbepalingen. De zorgplichtbepalingen in de AMvB's bevatten nog steeds veel algemene bewoordingen, dat is in wezen niet heel anders dan nu. Wel anders is dat er meer specifieke zorgplichtbepalingen zijn dan nu, omdat zij regels vervangen die zijn geschrapt¹⁸ én zij naast de vergunning en algemene regels gelden. Terwijl nu de vergunning de reikwijdte van de zorgplicht bepaalt.¹⁹ Kortom: de specifieke zorgplicht wijkt niet voor de vergunning en algemene regels.

Dat betekent bijvoorbeeld dat als iemand zich houdt aan de vergunning, dan niettemin de specifieke zorgplicht kan worden overtreden, waartegen niet alleen bestuursrechtelijk maar ook strafrechtelijk kan worden opgetreden. Dat betekent dat in het kader van bijvoorbeeld strafrechtelijke handhaving zal worden gediscussieerd over de vraag of degene die de activiteit verricht de zorgplicht heeft overtreden. Een voorbeeld van een term die – anders dan nu – voorkomt in een specifieke zorgplicht is ‘de beste beschikbare techniek’. Die term staat in een specifieke zorgplichtbepaling in het Bal. In artikel 2.11 Bal staat dat degene die een milieubelastende activiteit (de ‘opvolger’ van ‘de inrichting’) verricht, weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de belangen, bedoeld in artikel 2.2, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen. Voor milieubelastende activiteiten houdt deze plicht in ieder geval in dat de beste beschikbare technieken worden toegepast (art. 2.11 lid 2 onder c Bal). Dat betekent dat ondanks het feit dat diegene volledig conform de vergunning handelt – hetgeen volgens het toetsingskader van de Omgevingswet-regelgeving conform beste beschikbare technieken zou moeten zijn (art. 8.9 Bkl) – toch kan worden geconfronteerd met strafrechtelijk en bestuursrechtelijk optreden op grond van de zorgplicht.

Wij betwijfelen of de praktijk daarmee is gebaat. In het huidige recht vinden discussies over de zorgplicht plaats in het kader van handhaving. Dat is doorgaans een minder prettige context om te discussiëren over een norm of over de vraag wat mag worden gevegd in het kader van de zorgplicht dan in het kader van vergunningverlening

17 Zie o.a. J.K. van de Poel, ‘Zorgplichten voor het milieu onder de Omgevingswet’, *M en R* 2019/72; D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving’, *M en R* 2021/106; G.A. van der Veen, ‘De Omgevingswet en de ambivalente sanering van het bodembeschermingsrecht’, *M en R* 2019/37, onderdeel 4; G.A. van der Veen, *Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet* (oratie Rijksuniversiteit Groningen), 14 oktober 2014; J.M.H.F. Theunissen, ‘De Omgevingswet: leve de algemene zorgplicht?’, *Gst.* 2016/110; L.J.M. Boerema, ‘Natuur in de Omgevingswet: de zorgplicht wordt gewijzigd’, *JM* 2021/73; D. Doorenbos, ‘Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet’, *NJB* 2021/907, p. 974-980.

18 Zie bijvoorbeeld NvT Besluit bouwwerken leefomgeving (*Stb.* 2018, 291) p. 192.

19 Bijv. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.

of maatwerk. Omdat de regering ervoor heeft gekozen veel regels te schrappen en te vervangen door zorgplichtbepalingen – ook in het omgevingsplan en de waterschapsverordening – zullen in het kader van de Omgevingswet (nog) veel meer discussies dan nu plaatsvinden in de context van (strafrechtelijke of bestuursrechtelijke) handhaving. De Afdeling advisering was hierover al kritisch.²⁰ Het speelveld wordt dus (nog) complexer en creëert (nog) meer mogelijkheden voor toezichthouders en opsporingsinstanties om handhavend op te treden.

2.6 Toenemende interesse in de door de betrokken bedrijven opgestelde incidentrapportages

Los van een mogelijk onderzoek van overheidswege, wordt er op het moment dat er iets ‘mis’ gaat ook al snel door het bedrijf zelf intern onderzoek verricht (zoals een *Root Cause Analysis* (hierna: ‘RCA’)) naar hetgeen zich heeft voorgedaan. In veel gevallen zal ‘een’ onderzoek verplicht zijn. In navolging van de eerdergenoemde ‘melding naar aanleiding van een ongewoon voorval’ moet immers, zoals hiervoor ook aan de orde kwam, ook gerapporteerd worden over de oorzaken van het voorval en de genomen maatregelen dan wel de maatregelen die overwogen worden. Een eigen onderzoek is daartoe dus aangewezen (en overigens ook wenselijk om, waar mogelijk, lessen te trekken uit het voorval).

Zoals wij hiervoor hebben geschetst, wordt van overheidszijde – getriggerd door de ‘ongewoonvoorvalmelding’ – al snel tot handhaving overgegaan, waarbij de inzet van het strafrecht en het vervolgen van mogelijk betrokken individuen niet wordt geschuwd. In de praktijk zien wij (ook) in dit kader echter een tendens die ons zorgen baart: voor het bewijs wordt dankbaar gebruik gemaakt van deze door bedrijven opgestelde incidentrapportages. Dit gebeurt zowel in het punitief bestuursrecht als in het strafrecht. De voortschrijdende inzichten en de (op die basis geformuleerde) aanbevelingen worden daarmee steeds vaker tegen de betreffende bedrijven gebruikt ofwel tegen hun werknemers.

Een RCA bevat immers in de regel niet alleen een weergave van de meest waarschijnlijke oorzaak (meest waarschijnlijk, omdat in veel gevallen ‘de’ oorzaak niet meer met zekerheid achterhaald zal kunnen worden), maar ook aanbevelingen om herhaling, in de meest brede zin, te voorkomen. Dit past ook helemaal bij het doel van een dergelijke RCA: maximaal leren van onwenselijke voorvallen om herhaling daarvan zoveel als redelijkerwijs mogelijk te voorkomen.

In het punitief bestuursrecht en het strafrecht lijkt het nu echter gemeengoed te worden dat deze incidentrapportages voor een ander doel worden ingezet, namelijk om met ‘*the benefit of hindsight*’ aansprakelijkheid te construeren. Gegeven de vele zorgplichtbepalingen die de toezichthouders en opsporingsinstanties in het

20 *Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4 (Advies Raad van State), p. 55-59. Eveneens kritisch: D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving’, *Men R* 2021/106.*

milieu(straf)recht ter beschikking staan, (b)lijkt dit vaak een relatief eenvoudige opgave. Aan de hand van de in de RCA geformuleerde aanbevelingen om herhaling in de toekomst te voorkomen, wordt simpelweg betoogd dat indien deze maatregelen eerder waren genomen, het incident voorkomen had kunnen worden. Hierbij wordt echter volstrekt voorbijgegaan aan het feit dat deze aanbevelingen pas ná het incident uit onderzoek zijn gebleken. Het betreft dus kennis die pas achteraf is opgedaan en niet – met terugwerkende kracht – aan betrokken bedrijven dan wel hun medewerkers kan worden toegedicht. Achteraf bezien zal er altijd wel iets te vinden zijn dat beter had gekund. Dat betekent echter niet dat de onderneming verwijtbaar heeft gehandeld. Als dergelijke incidentrapportages al voor het bewijs gebruikt worden, zou de overheid zich naar onze mening dus minst genomen rekenschap moeten geven van deze ‘*hindsight bias*’.

Onzes inziens zouden incidentrapportages überhaupt niet meer in belastende zin tot het bewijs moeten worden toegelaten in punitief bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures.

Allereerst is de vraag gerechtvaardigd of deze tendens juridisch wel houdbaar is. Het hof Den Haag toonde zich eerder kritisch toen het OM onder andere ook de door de verdachte onderneming zelf opgestelde relevante incidentrapportage had gevorderd. Volgens het hof had het OM de betreffende incidentrapportage niet mogen vorderen. Het gebruik tot het bewijs hiervan zou in strijd zijn met het zwijgrecht en het recht om jezelf niet te hoeven belasten (het *nemo tenetur*-beginsel).²¹ Naar onze overtuiging is dit een logische uitkomst. Te meer nu cruciale waarborgen die in een strafrechtelijk onderzoek wél gelden, in een intern incidentenonderzoek ontbreken. Aan een werknemer komen in het kader van een RCA bijvoorbeeld niet de rechten toe die hij of zij bij een ‘verhoor’ wel zou hebben.

Vanuit het streven naar een duurzaam milieu(straf)recht is het echter nog zorgelijker dat de toegevoegde waarde van incidentrapportages hiermee onder druk komt te staan. Incidentonderzoek is immers pas waardevol als maximale transparantie kan worden betracht. Dat wil zeggen dat betrokken werknemers zich vrij voelen volledig open en onbepert hun verhaal te doen en alle geleerde lessen (in brede zin) in het incidentrapport (kunnen) worden opgenomen. In het licht van al het voorgaande, kunnen bedrijven echter niet anders dan terughoudendheid betrachten in het onderzoek en de daaropvolgende rapportage. Zorgvuldigheid blijkt (noodzakelijkerwijs) geboden om hun eigen belangen en de belangen van de betrokken medewerkers te beschermen.

21 Hof Den Haag 5 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4095. Ook de rechtbank Zeeland-West-Brabant toonde zich in dit kader al kritisch (Rb. Zeeland-West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911).

We kunnen echter niet anders concluderen dan dat de gesignaleerde manier van handhavend optreden een averechts effect heeft op een duurzaam milieu(straf)recht en derhalve op het milieu en het klimaat. Het leren van incidenten zou – vanuit dat perspectief – zonder twijfel prioriteit moeten hebben. Daaraan is inherent dat de resultaten van dergelijk (buitengewoon nastrevenswaardig) incidentenonderzoek in het geheel niet in belastende zin tegen bedrijven dan wel hun werknemers gebruikt zou moeten – en mogen – worden. Dat lijkt ons in eenieders belang.

2.7 De Wet open overheid

Een andere zorgwekkende ontwikkeling is de Wet open overheid (Woo). Het voert te ver hier in deze bijdrage in detail op in te gaan,²² maar van belang is wel om in ogenschouw te (blijven) nemen dat op het moment dat informatie met de overheid wordt gedeeld, door derden kan worden gevraagd om openbaarmaking daarvan. Dit betreft evenmin een theoretisch risico. Onder andere de media maken veelvuldig gebruik van dit instrument om te proberen informatie te bemachtigen om daar vervolgens – veelal zonder de benodigde context – over te publiceren. Nog sterker dan in de voorloper van de Woo, de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), is openbaarmaking (ook van milieu-informatie en emissies) het uitgangspunt. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zijn er (gelukkig) wel, maar het is en blijft juridisch een complex speelveld. Wederom dus een ontwikkeling die tot zorgvuldigheid noopt (en mogelijk eveneens tot terughoudendheid).

3 Conclusie

Alles overziend, zien wij in de praktijk dat er (in ieder geval waar het incidenten betreft) meer en meer gemeld moet worden door bedrijven bij de overheid. Direct gevolg hiervan is dat er ook steeds meer informatie gedeeld moet worden. Zolang de insteek daarvan is om maximaal te leren van incidenten en herhaling daarvan te voorkomen, is dat uiteraard niet problematisch. Echter, dat lijkt niet langer de insteek te zijn. Naast het bestuursrecht, wordt het strafrecht steeds vaker ingezet om handhavend op te treden en de aanpak van feitelijk leidinggevenden wordt daarbij niet geschuwd. De (steeds) brede(r) wordende en vaker voorkomende zorgplichtbepalingen in het milieurecht nodigen daar ook toe uit. Inherent daaraan is echter, zo zien wij in praktijk, dat incidentrapportages niet langer gezien worden als ‘leerdocumenten’, maar meer en meer als bewijs waarvan dankbaar gebruik kan worden gemaakt ten nadele van de betrokken bedrijven en individuen in kwestie. Bedrijven kunnen dan ook niet anders dan zich hier rekenschap van geven en in dit kader terughoudendheid betrachten. Te meer, nu de Woo ruime mogelijkheden biedt voor derden om te verzoeken om openbaarmaking van met de overheid gedeelde informatie.

22 Zie hiertoe meer uitgebreid K. Giezeman & N.A. Nowotny, ‘De openbaarmaking van strafrechtelijk gerelateerde informatie onder de Wet open overheid’, *TvS&O* 2022-2/3, p. 70-78.

Het risico is dus reëel dat deze ontwikkelingen naar de toekomst toe een averechts effect hebben op het milieu(straf)recht en dus op het milieu en het klimaat. Het leren van incidenten zou te allen tijde prioriteit moeten hebben. Van overheidszijde zou dit in geen enkel opzicht ontmoedigd moeten worden. In ieder geval moeten de resultaten van nastrevenswaardig incidentenonderzoek niet in belastende zin tegen de betrokkenen worden gebruikt.