

Gebouw Babylon
Kantoren A
Koningin Julianaplein 30
2595 AA Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Landsadvocaat

Ministerie van Verkeer en Waterstaat
Directoraat-Generaal Transport en Luchtvaart
Programma Luchtvaartveiligheid
De heer ir. F.L. Blaauw
Postbus 20904
2500 EX DEN HAAG

onze ref. RT/-/10014063
uw ref. DGTL/05.008346
inzake Advies incidentmeldingen burgerluchtvaart

R.J.M. van den Tweel
Advocaat
t (070) 515 38 01
f (070) 515 31 45
rjm.vandentweel@pelsrijcken.nl

18 november 2005

Geachte heer Blaauw,

1 Inleiding

- 1.1 Bij uw e-mailbericht van 4 oktober 2005 verzocht u ons om een visie te geven op de in het toegezonden werkdocument geschetste problematiek van de wijziging van de Wet luchtvaart ter implementatie van Richtlijn 2003/42/EG inzake de melding van voorvallen in de burgerluchtvaart (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29 977). Naast de tekst van de richtlijn en de Kamerstukken zond u ons toe een kopie van de brief van G.H. Kroese van de Luchtverkeersleiding Nederland van 30 maart 2005 en een kopie van de reactie daarop in een brief van de Minister van Justitie aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 25 april 2005.
- 1.2 Eerst zullen wij kort de inhoud en de achtergronden van Richtlijn 2003/42 schetsen. Vervolgens zullen wij ingaan op de vraag of het wetsvoorstel een correcte implementatie van de richtlijn vormt en de vraag welke ruimte de richtlijn biedt om melders een verdergaande strafrechtelijke bescherming te bieden. Ten slotte zal

worden ingegaan op uw vraag naar de noodzaak en de mogelijkheden voor een verdere juridische bescherming van de meldingen en de melders van voorvallen.

2 Het systeem van Richtlijn 2003/42/EG

2.1 Richtlijn 2003/42 heeft als doel bij te dragen tot verhoging van de luchtverkeersveiligheid. Het enige doel dat met de melding van voorvallen wordt beoogd, is ongevallen en incidenten te voorkomen en niet de schuld of aansprakelijkheid vast te stellen (aldus uitdrukkelijk artikel 1). De richtlijn heeft betrekking op voorvallen, waarvan voorbeelden in de bijlagen bij de richtlijn zijn opgenomen.

2.2 Artikel 4 bevat een lijst van personen die verplicht zijn een melding van de bedoelde voorvallen te doen. Het tweede lid van artikel 4 bepaalt dat de lidstaten het vrijwillig melden van voorvallen door een ieder die in andere burgerluchtvaartsectoren soortgelijke functies uitoefent als de personen genoemd in het eerste lid kunnen aanmoedigen. De op grond van een verplichte melding verkregen informatie dient centraal te worden verzameld en opgeslagen (artikel 5), ter beschikking gesteld (artikel 6) en verspreid onder de bevoegde instanties van andere lidstaten (artikel 7).

2.3 Op grond van artikel 8, lid 1, dient een passende geheimhouding van de in het kader van de uitwisseling en verspreiding ontvangen informatie te worden gewaarborgd en dient deze informatie uitsluitend te worden gebruikt voor de doelstelling van de richtlijn (verhoging van de luchtverkeersveiligheid). Namen en adressen van individuele personen maken al geen deel uit van deze informatie aangezien deze ingevolge het tweede lid van deze bepaling nooit worden geregistreerd.

2.4 Lid 3 van artikel 8 van de richtlijn voegt daar aan toe:

"Onverminderd de toepasselijke strafrechtelijke bepalingen, onthouden de lidstaten zich ervan procedures in te stellen met betrekking tot overtredingen die onopzettelijk of uit onachtzaamheid zijn begaan, en waarvan zij op de hoogte zijn alleen maar omdat er hun krachtens het nationale systeem verplicht melding van is gedaan; dit geldt evenwel niet in het geval van grove nalatigheid."

Met andere woorden: de bescherming betreft andere dan strafrechtelijke procedures en geldt voor onopzettelijke of uit onachtzaamheid begane overtredingen, waarbij de beslissing over strafrechtelijke procedures aan de lidstaten worden overgelaten. In geval van grove nalatigheid kunnen naast strafrechtelijke ook andere procedures worden ingesteld.

2.5 Object van de bescherming is overigens de overtreding en niet zozeer de melder. Dit betekent dat wanneer de lidstaat alleen maar dankzij een verplichte melding op de hoogte raakt van een onopzettelijke of uit onachtzaamheid begane overtreding, tegen

de daarvoor verantwoordelijk persoon geen procedures kunnen worden ingesteld, zelfs niet indien deze persoon het voorval niet zelf heeft gemeld.

Op grond van artikel 9, lid 1, van de richtlijn kunnen lidstaten een systeem van vrijwillige melding van tekortkomingen die de melder als een reëel of mogelijk gevaar beschouwt, instellen. Deze tekortkomingen zijn geen voorvallen in de zin van artikel 2, lid 1, van de richtlijn en hoeven dus ook niet verplicht door de personen, genoemd in artikel 4, lid 1, te worden gemeld.

3 Totstandkomingsgeschiedenis van artikel 8, lid 3, van de richtlijn

- 3.1 Het voorstel voor deze richtlijn dateert van 19 december 2000 (COM(2000) 847 def.). In dit voorstel luidde de betreffende bepaling:

"De lidstaten onthouden zich van gerechtelijke stappen met betrekking tot niet met voorbedachten rade of onopzettelijk begane wetsovertredingen die uitsluitend onder hun aandacht konden komen door meldingen krachtens het nationale systeem van verplichte melding van voorvallen."

- 3.2 Deze bepaling was derhalve ruimer dan de uiteindelijke bepaling. Het betrof hier *alle* gerechtelijke stappen, dus inclusief strafrechtelijke. Daarnaast werd ook grove nalatigheid beschermd. Wel was toen al opgenomen dat het moest gaan om overtredingen die alleen door middel van de verplichte melding (en dus niet langs andere wegen) onder de aandacht van de autoriteiten was gebracht. De toelichting op deze bepaling vermeldt dat werd beoogd preventieve corrigerende maatregelen in de plaats te stellen van strafmaatregelen.

- 3.3 Het Europees Parlement kwam – in eerste lezing – met het voorstel dat gevallen van plichtsverzuim, die te beschouwen zijn als een ernstige nalatigheid, niet onder de bescherming vielen. De gedachte daarachter was dat lidstaten de mogelijkheid (en dus niet de verplichting) moesten hebben om in geval van ernstige nalatigheid gerechtelijke stappen te ondernemen.

Zie het verslag van het EP van 30 mei 2001 (A5-0203/2001).

- 3.4 De Commissie nam dit voorstel over (zie COM(2001) 532 def.) maar de Raad wilde deze bepaling te schrappen. De reden daarvan is niet duidelijk. Aangezien de Raad en het Europees Parlement (ondersteund door de Commissie) niet tot overeenstemming konden komen, werd een bemiddelingsprocedure opgestart. Het voor de Raad en het EP acceptabele resultaat van de bemiddeling was dat aan de bepaling werd toegevoegd *"onverminderd de van toepassing zijnde strafrechtelijke bepalingen"*. In de visie van het EP sloot dit aan bij de verwijzing naar de gevallen van ernstige nalatigheid. De Raad had nog voorgesteld hieraan toe te voegen *"en soortgelijke procedures"* maar dit werd verworpen.

- 3.5 Resumerend kunnen we constateren dat de bepaling van een totale bescherming (voorstel Commissie) is gegaan naar een volledige regulering door de lidstaten (voorstel Raad) om door toedoen van het Europees Parlement uit te komen bij de huidige genuanceerde tekst.

4 De voorgenomen implementatie in de Wet luchtvaart

- 4.1 Het wetsvoorstel beoogt een één op één implementatie. Dat wil zeggen dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de bepalingen van de richtlijn; niet meer en (uiteeraard) ook niet minder.
- 4.2 Richtlijn 2003/42 introduceert 'slechts' een stelsel van verplichte melding van voorvallen. Hoewel de richtlijn de vrijwillige melding van voorvallen en de vrijwillige melding van tekortkomingen wél noemt, treft zij daarvoor geen regeling. Reeds hieruit kan worden afgeleid dat de regeling van vrijwillige melding van voorvallen en tekortkomingen aan de lidstaten wordt overgelaten. Als een lidstaat besluit een systeem van vrijwillige melding in te stellen, dient wel te worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 9, leden 2 en 3 (in geval van melding van tekortkomingen), alsmede aan de algemene beginselen van het EG-Verdrag.
- 4.3 Artikel 7.1, lid 1, van het wetsvoorstel schrijft voor dat voorvallen worden gemeld aan de Minister van Verkeer en Waterstaat. De lijst van personen die verplicht zijn voorvallen te melden, wordt bij a.m.v.b. vastgesteld (lid 2 van artikel 7.1). Wij nemen aan dat de lijst in de a.m.v.b. overeenkomt met de lijst van artikel 4, lid 1, van de richtlijn. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld met betrekking tot verplichte meldingen en kunnen regels worden gesteld met betrekking tot *"tekortkomingen in de luchtvaart welke niet verplicht gemeld moeten worden maar die de melder als een reëel of mogelijk gevaar beschouwt"*. Deze laatste zinsnede is een implementatie van artikel 9 van de richtlijn. Deze ziet, blijkens de toelichting in de nota van wijziging, niet op vrijwillige meldingen van voorvallen in de zin van de richtlijn, maar op meldingen van *"allerhande zaken die melders als mogelijk gevaarlijk op zouden kunnen vallen"* (nota van wijziging, blz. 2).

Blijkens de transponeringstabel bij de memorie van toelichting was artikel 7.1, lid 3, bedoeld ter implementatie van zowel artikel 4, lid 2 (de vrijwillige melding van voorvallen) als van artikel 9 (de vrijwillige melding van tekortkomingen), hoewel de formulering anders deed vermoeden. Na de wijziging is de vrijwillige melding van voorvallen niet (meer) specifiek geregeld.

- 4.4 Artikel 8, leden 1 en 2, van de richtlijn worden geïmplementeerd door artikel 7.2 van het wetsvoorstel. Gegevens ontvangen uit hoofde van een melding zijn niet openbaar.

Bij het registreren van de melding worden geen namen en adressen van individuele personen opgenomen.

4.5 Artikel 11.25 luidt ten slotte:

*"1. Naar aanleiding van een opzettelijke of uit onachtzaamheid begane overtreding van een wettelijk voorschrift stelt de Staat geen rechtsvordering in en legt een bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie op indien van deze overtreding kennis is verkregen door een melding als bedoeld in artikel 7.1.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien sprake is van grove nalatigheid met betrekking tot het voorval."*

4.6 Met de nota van wijziging regelt (artikel 7.1 van) de wet niet (expliciet) de vrijwillige melding van voorvallen. Daarmee wordt artikel 8, lid 3, van de richtlijn één op één geïmplementeerd met artikel 11.25. De vraag is evenwel of dit ook de bedoeling van de wetgever is, aangezien de tekst van (en de toelichting op) artikel 7.1, lid 1, niet duidelijk maakt of daar nu wel of niet tevens de vrijwillige melding van voorvallen onder moet worden begrepen.

4.7 Het tweede lid van artikel 11.25 maakt gebruik van de mogelijkheid die de richtlijn biedt om in geval van grove nalatigheid (civiel-, bestuurs- en strafrechtelijke) procedures te entameren. De richtlijn bevat niet de *verplichting* daartoe. Dit betekent dat de richtlijn ruimte biedt om ook in geval van grove nalatigheid bescherming te bieden, voor zover die overtreding slechts op basis van een verplichte melding ter kennis van de autoriteiten komt. Als gezegd laat de richtlijn ons inziens evenzeer de ruimte om deze bescherming uit te breiden tot overtredingen waarvan de overheid op de hoogte is om dat er vrijwillige melding van is gedaan.

5 Noodzaak en mogelijkheden voor verdere juridische bescherming

Onbeschermdde gegevensgebieden

5.1 In de stukken worden de volgende onbeschermdde gegevensgebieden genoemd:

1. de interne informatie bij de sector betreffende luchtvaartvoorvallen;
2. melding door derden;
3. alle informatie die niet door de OVV in onderzoek is genomen.

Wij zullen deze gegevensgebieden hierna bespreken.

Ad 1

5.2 Het is van belang vast te stellen dat het wetsvoorstel niet voorziet in overgangsrecht. Dat betekent strikt genomen dat via de a.m.v.b als bedoeld in artikel 7, lid 2, van het

wetsvoorstel ook een verplichting tot het melden van 'oude' voorvallen zou kunnen worden vastgelegd. Voor zover op die basis een voorval wordt gemeld, geldt de bescherming van artikel 7.2 (vertrouwelijkheid) en 11.25 (vrijwaring). Voor zover er sprake is van onverplicht gemelde voorvallen geldt hetgeen hieronder ad 2 wordt besproken.

Voor zover het bij deze categorie om andere informatie dan voorvallen zou gaan, is misschien niet uitgesloten dat deze informatie zou kunnen worden gebruikt voor een rechtsvordering of een bestuurlijke sanctie. Dat zou ons inziens kunnen worden ondervangen indien aan het slot van artikel 11.25, lid 1, de woorden "of op grond van de ingevolge artikel 7.1, derde lid, gestelde regels" worden toegevoegd. De door de sector gesignaleerde bezwaren kunnen daarmee in belangrijke mate worden ondervangen.

Ad 2

- 5.3 Bij deze categorie gaat het om vrijwillige meldingen van voorvallen van andere dan meldplichtige personen. De richtlijn regelt slechts de bescherming van personen indien de informatie alleen op basis van de verplichte melding ter kennis van de autoriteiten is gebracht. Artikel 8, lid 3, van de richtlijn lijkt de bescherming ook uitdrukkelijk tot die verplichte meldingen te willen beperken, getuige de bewoordingen "*waarvan zij op de hoogte zijn alleen maar omdat*". Nu de richtlijn te dien aanzien niets regelt, is het aan de lidstaten te regelen welk beschermingsniveau geldt wanneer de informatie (ook) door derden ter kennis van de autoriteiten wordt gebracht. Uit artikel 4, lid 2, van de richtlijn vloeit voort dat de lidstaten vrijwillige meldingen aanmoedigen. Een verdergaande bescherming dan waarin de richtlijn voorziet, is dan ook niet zonder meer in strijd met de richtlijn. Dit doet immers geen afbreuk aan het doel dat de richtlijn beoogt te beschermen, namelijk de veiligheid van de burgerluchtvaart.
- 5.4 Hier zouden verschillende redeneringen kunnen worden gevolgd. De eerste is de volgende: de richtlijn beoogt zoveel mogelijk informatie te vergaren. Om personen die verantwoordelijk voor overtredingen kunnen worden gehouden, tot melding te bewegen, is bescherming nodig en moet de angst voor een reactie op een gemeld voorval worden weggenomen. Een derde behoeft die bescherming niet, want hij hoeft geen reactie te vrezen.
- 5.5 De tweede redenering is deze: in het systeem van de richtlijn gaat het erom dat wanneer er is gemeld geen rechtsvordering of bestuurlijke sanctie met betrekking tot het voorval in overweging wordt genomen. Er bestaat dan geen aanleiding te differentiëren tussen verplichte en vrijwillige meldingen. Het gaat er slechts om dat zoveel mogelijk informatie omtrent voorvallen wordt gemeld.

- 5.6 Wij neigen er naar de laatste redenering te volgen. Het enkele feit dat een derde bij een vrijwillige melding van een voorval weet dat dit consequenties kan hebben voor bij het voorval betrokkenen, ook al betreft het niet de melder zelf, kan aanleiding zijn om van een melding af te zien.
- 5.7 Nu, zoals wij hiervoor signaleerden, een regeling voor de vrijwillige melding in het wetsvoorstel ontbreekt, zou dit kunnen worden ondervangen door in artikel 7.1, lid 1, als volgt te laten luiden:

*"Voorvallen worden verplicht of vrijwillig gemeld aan Onze Minister van Verkeer en Waterstaat" of (indien het werkwoord 'worden' in lid 1 in imperatieve zin is bedoeld) door een derde lid toe te voegen:
"Anderen dan de in lid 2 bedoelde meldplichtige personen kunnen voorvallen vrijwillig melden aan Onze Minister van Verkeer en Waterstaat."*

Via de tekst van artikel 11.25 ("melding als bedoeld in artikel 7.1") is dan de vrijwaring voldoende verzekerd.

Een alternatief zou kunnen zijn dat het wetsvoorstel (expliciet) wordt beperkt tot de verplichte melding van voorvallen (een daadwerkelijke één op één implementatie) en dat nadere regels worden gesteld met betrekking tot vrijwillige melding van voorvallen, inclusief de daarvoor beoogde bescherming. In dat geval zou het derde lid weer (maar dan uitdrukkelijk) moeten worden uitgebreid naar vrijwillige melding van voorvallen en tekortkomingen.

Ad 3

- 5.8 De OVV onderzoekt informatie met betrekking tot *ongevallen* en *ernstige incidenten*. *Voorvallen* dienen te worden gemeld aan de Minister van Verkeer en Waterstaat. Het is zeker denkbaar dat de OVV tot de conclusie komt dat een melding niet een ongeval of een ernstig incident, maar een voorval, betreft. Het ligt voor de hand het Informatiestatuut OVV zodanig aan te passen, dat deze informatie door de OVV aan de Minister wordt gemeld. Een alternatief zou kunnen zijn dat de OVV wordt opgenomen in de a.m.v.b. als bedoeld in artikel 7.1, lid 2, van het wetsvoorstel.
- 5.9 In het laatste geval zal artikel 11.25 rechtstreeks van toepassing zijn. Voor zover wordt gemeld op grond van het Informatiestatuut is sprake van een vrijwillige melding en geldt daarvoor hetgeen hiervoor ad 2 is opgemerkt.
- 5.10 Wat opvalt, is dat (anders dan wat de mate van bescherming betreft: op grond van artikel 69 Rijkswet Ovv mag bepaalde informatie niet als bewijs worden gebruikt, hetgeen de mogelijkheid laat dat toch vervolging plaats vindt maar dan op basis van andere informatie) artikel 11.25, wat de reikwijdte betreft, beperkter is dan artikel 69 Rijkswet OVV. Voor wat betreft de uitzondering voor strafvervolging is dat begrijpelijk, nu het wetsvoorstel, in lijn met artikel 8, lid 3, van de richtlijn, geen immuniteit van

strafvervolgning kent. Het artikel beperkt de vrijwaring tot rechtsvorderingen van de Staat en bestuurlijke sancties, opgelegd door een bestuursorgaan. De bescherming van de Rijkswet betreft ook nog tuchtrechtelijke procedures en sancties en ook bestuurlijke maatregelen. Is er een reden voor dit verschil? Wij lezen in de brief van de Minister van Justitie niet dat hij zich zou verzetten indien de tekst van artikel 11.25 in zoverre meer in overeenstemming met de tekst van de Rijkswet OVV wordt gebracht. In de praktijk zal dit overigens niet veel verschil maken: tuchtprocedures laten zich niet snel denken en het begrip bestuurlijke sanctie is in ieder geval voldoende ruim om belastende bestuurlijke maatregelen te omvatten.

Strafrechtelijke aspecten

- 5.11 Met de zinsnede "Onverminderd de toepasselijke strafrechtelijke bepalingen" biedt de richtlijn ruimte aan de lidstaten om een ruimere strafrechtelijke bescherming toe te kennen aan voorvallen die worden gemeld op grond van het voorgestelde artikel 7.1 Wet luchtvaart. De richtlijn beoogt blijkens de totstandkomingsgeschiedenis niet te verplichten tot een strafrechtelijk optreden. Dit strookt met het uitgangspunt dat het strafrecht behoort tot de bevoegdheden van de lidstaten (vgl. HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-226/97, Lemmens, Jurispr. 1998, blz. I-3711, punt 19). De Richtlijn laat dus de vraag of een dergelijke ruimere strafrechtelijke bescherming wenselijk is ter beantwoording van de lidstaten.
- 5.12 Bij de beantwoording van deze vraag staat het spanningsveld centraal tussen de wenselijkheid van een adequate melding van de voorvallen uit een oogpunt van veiligheid aan de ene kant en een geloofwaardige handhaving van strafbare feiten aan de andere kant. Een al te ruime vrijwaring van strafrechtelijke vervolging doet afbreuk aan het maatschappelijk belang van een adequate normhandhaving.
- 5.13 In het licht van dit spanningsveld heeft het College van procureurs-generaal in de concept-Aanwijzing opsporing en vervolging bij melding van voorvallen in de burgerluchtvaart vooropgesteld dat geen vervolging zal worden ingesteld tegen natuurlijke personen met betrekking tot overtredingen die onopzettelijk of uit onachtzaamheid zijn begaan en waarvan het OM op de hoogte is alleen maar omdat er krachtens artikel 7.1 Wet luchtvaart verplicht melding van is gedaan. Een Aanwijzing als deze bindt het OM, tenzij zich omstandigheden voordoen op grond waarvan afwijking daarvan gerechtvaardigd is.

Zie bijvoorbeeld HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 65.

Door de externe werking van de Aanwijzing komt aan melders een zekere mate van bescherming toe in verhouding tot de ruime strafbaarstelling van artikel 5.3 Wet luchtvaart, dat niet alleen ziet op gevaarzetting, maar ook op potentiële gevaarzetting. De Aanwijzingen laten onverlet dat kan worden opgetreden in geval van opzet en

grove nalatigheid en wanneer informatie mede langs andere wegen dan de verplichte melding ter kennis van het OM is gekomen.

- 5.14 Ook verplichte meldingen in een ander kader kunnen tot gevolg hebben dat tot strafvervolgning wordt overgegaan, eventueel tegen de melder zelf. Zo verplicht art. 4a Kwaliteitswet zorginstellingen de zorgaanbieder sinds 17 juni 2005 calamiteiten (niet-beoogde of onverwachte gebeurtenissen die tot de dood van of een ernstig schadelijk gevolg voor een patiënt of cliënt van de instelling hebben geleid) aan de Inspecteur te melden. Indien er sprake is van een calamiteit met het (acute) gevaar dat deze zich ook in andere instellingen voor kan doen, of van een calamiteit waarin aspecten van algemeen belang een rol spelen, of die een grote maatschappelijke onrust veroorzaakt, dan zal de Inspectie zelf het onderzoek uitvoeren. Melding bij het OM wordt gedaan, wanneer het vermoeden bestaat dat zich strafbare feiten hebben voorgedaan.

Aldus de Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 489, nr. 5, blz. 4.

Hierbij is dus geen sprake van strafrechtelijke immuniteit, noch van een andersoortige verregaande bescherming tegen strafrechtelijk ingrijpen. Daarbij moet wel worden aangetekend dat de medische meldingsplicht zich uitstrekt tot instellingen en niet (mede) tot natuurlijke personen, zoals het voorgestelde artikel 7.1 Wet luchtvaart.

- 5.15 Bij strafrechtelijke bescherming speelt de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof over artikel 6, lid 1, EVRM eveneens een rol. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen vrijwillige meldingen en verplichte meldingen. Ingeval op basis van een wettelijke verplichting als het voorgestelde artikel 7.1 Wet luchtvaart een ongeval wordt gemeld, kan de door de melder afgelegde verklaring niet op een incriminerende wijze in een strafproces tegen hem worden gebruikt. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan het gebruik als bewijsmiddel.

EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders).

Deze beperking hangt samen met het zogeheten *nemo tenetur*-beginsel, in het bijzonder het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren door middel van het afleggen van verklaringen.

In de concept-Aanwijzing van het College van procureurs-generaal wordt ook op het hiervoor genoemde Saunders-arrest gewezen (noot 9). De verwijzing naar een zwijgplicht op grond van artikel 6 EVRM zou daarbij evenwel moeten worden vervangen door de term "zwijgrecht".

- 5.16 Het Saunders-arrest brengt geen beperkingen mee voor het introduceren van meldingsplichten in gevallen waarin nog geen *criminal charge* aanwezig is, zoals artikel 7.1 Wet luchtvaart. Het behelst slechts een beperking van het gebruik van deze informatie in het strafproces. Het spanningsveld tussen meldingsplicht en zwijgrecht

wordt niet opgelost door de inlichtingenplicht te relativieren, maar door te bepalen dat de vruchten daarvan niet onverkort in de strafzaak mogen worden gebruikt.

- 5.17 De vraag rijst hoever het verbod op het gebruik van verklaringen na een verplichte melding reikt. Het Saunders-arrest bevat geen rechtstreeks antwoord op de vraag of het verbod ook betekent dat de verklaringen niet als basis van verder opsporingsonderzoek mogen dienen, dus als sturingsinformatie. In dit verband is het opmerkelijk dat Morenilla in zijn *dissenting opinion* bij het Saunders-arrest, opgenomen in BNB 1997, 254, stelt dat hij instemt met het meerderheidsstandpunt van het Europees Hof, dat verklaringen die zijn afgelegd onder dwang kunnen worden gebruikt als basis voor (verder) opsporingsonderzoeken. Een expliciete opvatting van het Europees Hof over deze vraag is in het arrest niet te vinden. In het arrest is geen verbod op *elk* gebruik van de onder dwang afgelegde verklaringen voor een opsporingsonderzoek neergelegd. In deze lijn kan worden verdedigd dat verklaringen die onder dwang zijn afgelegd onder omstandigheden gebruikt mogen worden als basis voor (verder) opsporingsonderzoek. Het gebruik in dit kader behoeft niet per definitie ten koste te gaan van de betrouwbaarheid van het op basis daarvan te vergaren bewijsmateriaal. Deze overweging is niet zonder belang, aangezien één van de achtergronden van het *nemo tenetur*-beginsel is dat verklaringen die onder dwang zijn afgelegd mogelijk onbetrouwbaar kunnen zijn.

Het Saunders-arrest moet worden begrepen in het licht van verplichte meldingen. Van ongeoorloofde dwangtoepassing is geen sprake ingeval op basis van vrijwilligheid een melding plaatsvindt als wel ingeval de melding door een derde plaats vindt. In die situatie zijn de hiervoor beschreven beperkingen die zijn verbonden aan het gebruik van verplichte meldingen in het strafproces op basis van artikel 6, lid 1, EVRM niet van toepassing.

- 5.18 Het is de vraag of de Europese jurisprudentie ook bescherming biedt aan verklaringen afgelegd in interne procedures waarbij de voorvallen worden onderzocht. Dat zal onder meer afhankelijk zijn van het bestaan van een verplichting tot verklaren, waarbij het niet voldoen daaraan substantiële gevolgen (bijvoorbeeld disciplinair) kan hebben. Zelfs als daarvan geen sprake is, kan de keuze worden gemaakt een zekere bescherming aan de interne verklaringen te geven met het oog op het bevorderen van openheid over alle voorvallen in het belang van de veiligheid, in het bijzonder door deze verklaringen niet als bewijsmiddel te accepteren. Dat is evenwel een beleidsmatige keuze, waarin wij niet zullen treden.

Artikel 5.3 Wet Luchtvaart

- 5.19 Artikel 5.3 luidt - in de huidige tekst - als volgt:

"Het is verboden op zodanige wijze aan het luchtverkeer deel te nemen dan een luchtverkeersleiding te geven dat daardoor personen of zaken in gevaar worden of kunnen worden gebracht".

- 5.20 Deze strafbaarstelling is ruim. Deze omvat niet alleen de gevaarzetting, maar ook de potentiële gevaarzetting. Opzet en schuld behoeven niet te worden bewezen. Wel dient schuld aanwezig te zijn: in geval alle verwijtbaarheid ontbreekt, gaat de betrokkene vrijuit. Wij begrepen dat wordt overwogen de bestanddelen schuld en opzet aan art. 5.3 Wet Luchtvaart toe te voegen.
- 5.21 Een dergelijke toevoeging is in juridisch opzicht op zichzelf mogelijk. Aanpassing van hoofdstuk 11 ligt in dit opzicht niet in de rede. Daarin staat de strafrechtelijke handhaving centraal. De discussie over de bestanddelen opzet en schuld is een inhoudelijke discussie die de strafbepaling zelf, dus art. 5.3 Wet Luchtvaart, raakt.
- 5.22 Het is niet ongebruikelijk dat in een strafbepaling ten aanzien van misdrijven eerst een doleuze vorm (opzet) wordt opgenomen en daarnaast, als subsidiaire variant, een culpoze vorm (schuld). Bij gevaarzettingsdelicten lijkt deze constructie overigens niet gebruikelijk. Ook is het ongebruikelijk dat bij overtredingen opzet en schuld in de delictomschrijvingen zijn opgenomen. Art. 5 van de Wegenverkeerswet, waarop art. 5.3 van de Wet Luchtvaart lijkt te zijn geënt, kent schuld en opzet niet als bestanddelen. De wetgever bepaalt uiteindelijk zelf of een delict een misdrijf is of een overtreding. Systematisch wijst opname van de bestanddelen opzet en schuld evenwel veel meer in de richting van een misdrijf dan van een overtreding.
- 5.23 De uiteindelijke keuze of deze bestanddelen moeten worden toegevoegd, is een politieke, tegen de achtergrond van het overkoepelende belang van een veilige luchtvaart. Wij constateren dat in de concept Aanwijzing van het openbaar ministerie voor bepaalde gevallen als uitgangspunt geldt dat alleen vervolging plaatsvindt als sprake is van opzet of grove nalatigheid. Als consensus bestaat dat vervolging in andere gevallen niet wenselijk is, vormt zulks een argument ten faveure van aanpassing van de strafbepaling. De overwogen aanpassing van de strafbepaling gaat evenwel verder: deze is niet beperkt tot situaties waarin het openbaar ministerie uitsluitend tengevolge van een melding op de voet van art. 7.1 Wet Luchtvaart op de hoogte is geraakt van het voorval.
- 5.24 De toevoeging van de bestanddelen opzet en schuld zou strafvorderlijk tot gevolg hebben dat deze in de telastelegging moeten worden opgenomen en bewezen zullen moeten worden.
- 5.25 De vraag is welke consequenties het toevoegen van de bestanddelen schuld en opzet aan art. 5.3 Wet Luchtvaart voor de bestuurlijke handhaving hebben. Het gaat dan niet zozeer om het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete - art. 11.16 Wet luchtvaart bevat een aantal overtredingen waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, maar noemt niet art. 5.3 Wet luchtvaart - maar om bestuurlijke handhaving

door middel van bestuursdwang (art. 11.15 Wet luchtvaart) en een last onder dwangsom (art. 11.15 Wet luchtvaart juncto art. 5:32 Awb).

- 5.26 Als in dit artikel nu de elementen schuld en opzet zouden worden opgenomen, betekent dit dat de norm, zoals die is opgenomen in art. 5.3 Wet luchtvaart, verzwaaard wordt. Tegelijkertijd betekent dit dat het handhaven van de norm, zoals die thans in de wet staat van karakter verandert: handhaving is alleen maar mogelijk wanneer er sprake is van (voorwaardelijk) opzet, terwijl daarnaast het element "schuld" in bestuursrechtelijke zin aannemelijk moet worden gemaakt. Dat zou tot de merkwaardige conclusie leiden dat om eventuele problemen in de strafvorderlijke sfeer te ondervangen, de, bestuurlijk te handhaven, norm wordt bijgesteld in een, uit een oogpunt van luchtverkeerveiligheid negatieve zin. Dat dit bestuursrechtelijke handhaving zal bemoeilijken is evident: waar tot voorheen op basis van het "kale" art. 5.3 kon worden gehandhaafd en nog kan worden gehandhaafd, zal in de toekomst alleen bij schending van de "verhoogde norm" handhaving aan de orde kunnen zijn. Een dergelijke wijziging van art. 5.3 Wet luchtvaart past ook niet goed in het systeem van de Algemene wet bestuursrecht. Uitgaande van de toepasselijkheid van de Vierde Tranche, zijn er algemene regels die gelden voor alle bestuurlijke sancties (titel 5.1) en daarnaast specifieke bepalingen die alleen van toepassing zijn bij de bestraffende sancties (afdeling 5.4.1). Kenmerkend verschil, voor zover hier relevant, is dat art. 5.0.5 bepaalt dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie kan opleggen "voor zover voor de overtreding een rechtvaardigheidsgrond bestond"; art. 5.4.1.2 bevat de bepaling dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete kan opleggen voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.
- 5.27 In het bestuurlijke handhavingsrecht is het, voor handhaving, steeds voldoende dat de in de wet vastgelegde norm is overtreden. Elementen als schuld en opzet spelen daarbij, buiten art. 5.4.1.2 van de Vierde Tranche, geen rol. Zou dat in de luchtvaart anders zijn, dan betekent dat een afwijking van het bestaande systeem.
- 5.28 Tot zover onze visie op de in het werkdocument geschetste problematiek met betrekking tot de implementatie van Richtlijn 2003/42/EG. Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting of gedachtewisseling.

Hoogachtend,
de landsadvocaat,
voor deze,

R.J.M. van den Tweel

E.J. Daalder