

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:762.

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

Annotatie bij Hoge Raad, 24-05-2022, ECLI:NL:HR:2022:762 (SR-2022-0100)

Het leerstuk poging kent een sterk casuïstische inslag. Het leent zich daardoor slecht voor te abstracte, algemene stelregels. Ook in onderhavig arrest benadrukt de Hoge Raad deze eigenschap van de algemene strafbaarstelling van poging tot misdrijf. Zo herhaalt hij dat de vraag of er sprake is van een begin van uitvoering ‘zich niet in algemene zin [laat] beantwoorden’ (r.o. 2.3). Een benadering van geval tot geval is dan ook aangewezen, waar steeds de relevante feiten worden afgewogen en de uiteindelijke beslissing goed gemotiveerd wordt.

Ook hier zal, gezien de eerder benadrukte casuïstische inslag van het leerstuk, eerst kort aangevangen worden met een herhaling van de voor de beoordeling noodzakelijke feiten. Vervolgens wordt de zaak in de bredere context van de steeds in de rechtspraak en literatuur terugkomende figuur van de poging tot brandstichting geplaatst.

Aan de verdachte is in eerste aanleg, onder andere, poging tot brandstichting van een auto ten laste gelegd (art. 45 Sr jo. art. 157 sub 1 Sr). Deze poging tot brandstichting was onderdeel van een reeks brandincidenten die alle op dezelfde avond plaatsvonden en waarvoor de verdachte tevens (in hoger beroep) is veroordeeld. In cassatie wordt slechts het middel dat zich richt tegen de veroordeling voor de poging tot brandstichting van de auto inhoudelijk besproken. Vandaar dat ook hier de bespreking van de feiten zich tot dat incident beperkt. De gang van zaken die avond was als volgt. Op enig moment wordt de verdachte door twee surveillanten gehurkt aangetroffen naast een geparkeerde auto. Hij draagt donkere kleding en heeft een capuchon over zijn hoofd. Nadat hij benaderd werd door twee agenten reageerde de verdachte

door iets onder de auto te gooien. Toen de verdachte vervolgens door de agenten werd vastgepakt, zagen zij dat hij latexhandschoenen aan zijn handen droeg en roken zij rondom hem een penetrante gaslucht. Onder de auto is vervolgens een gasbrander aangetroffen, die er volgens getuigen eerder niet heeft gelegen.

In cassatie wordt namens de verdachte gesteld dat de hierboven omschreven feiten en omstandigheden niet de conclusie rechtvaardigen dat sprake was van gedragingen die naar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. In bovenstaande formulering is een verwijzing naar het zogenoemde CITO-criterium te herkennen (HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen). Als ondergrens voor een strafbare poging tot misdrijf geldt dat minstens sprake moet zijn van een begin van de uitvoering van dat misdrijf. Dat 'begin van de uitvoering' markeert tevens het punt waarop eventuele (al dan niet strafbare) voorbereidingshandelingen overgaan in een (strafbare) poging tot misdrijf.

Hoewel het CITO-criterium al decennia richtinggevend is voor de invulling van strafbare poging tot misdrijf, kan niet gezegd worden dat het criterium veel houvast geeft aan de feitenrechter voor de praktische invulling ervan. Het criterium is nu eenmaal, misschien onvermijdelijk in deze context, behoorlijk open geformuleerd. Recentelijk heeft de Hoge Raad zich nog uitgelaten over de factoren die van betekenis kunnen zijn bij de beoordeling van 'het begin van de uitvoering' (HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388, *NJ* 2021/227, m.nt. Machielse en HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, *NJ* 2021/228, m.nt. Machielse). Zoals gezegd zijn daarvoor geen algemene regels te geven, maar een belangrijke beoordelingsfactor is hoe dicht de gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf liggen. Die nabijheid kan volgens de Hoge Raad zowel naar tijd als naar plaats beoordeeld worden, maar kan ook blijken uit de mate waarin de gedragingen concreet gericht zijn op de voltooiing van het misdrijf. Hierbij kan het gaan om een samenstel van gedragingen waarin ook gedragingen van eventuele medeplegers meegewogen mogen worden. Tot slot kan volgens de Hoge Raad ook de aard van het misdrijf van belang zijn, maar is niet verplicht dat al een bestanddeel van het misdrijf is vervuld.

Wat waren in de onderhavige zaak dan precies de gedragingen die volgens het hof gekwalificeerd konden worden als een begin van uitvoering van brandstichting? Het is duidelijk dat ook hier vooral het geheel van de gedragingen doorslaggevend is geweest. Dit bestond uit een combinatie van de uiterlijke verschijning van de verdachte (zwarte kleding, capuchon, latexhandschoenen), de positie waarin hij werd aangetroffen (gehurkt naast de auto op een donkere plek), zijn gedrag nadat hij ontdekt was door de surveillanten (weggooien gasbrander), en de sterke gaslucht die rond de verdachte en de auto hing. Deze factoren zijn, in samenhang beschouwd, dusdanig belastend dat volgens het hof voor het

aannemen van een begin van de uitvoering van de brandstichting niet ook vereist was dat sprake was van vuur, beschadiging of een brandspoor.

De Hoge Raad liet de uitspraak van het hof in stand. Het feit dat op het moment van ontdekking de voltooiing van de voorgenomen brandstichting nabij was, wordt door de Hoge Raad expliciet meegenomen in de overweging. De gevolgde redenering lijkt in lijn met de invulling die in de arresten uit 2021 aan de beoordeling van het begin van de uitvoering wordt gegeven. Een interessant gegeven is dat geen sprake was van enig open vuur of van het gebruik van een aansteker of een andere ontsteker. De afwezigheid van open vuur is, zoals blijkt uit onderhavig arrest, geen belemmering voor een bewezenverklaring van poging tot brandstichting, maar typisch is het evenmin. In de jurisprudentie zijn verschillende voorbeelden te vinden die met betrekking tot de vereiste uitvoeringshandelingen bij poging tot brandstichting aardig uiteenlopen.

Misschien wel het bekendste arrest over poging tot brandstichting is het zogenoemde *Eindhovense brandstichting*-arrest (HR 19 maart 1934, ECLI:NL:HR:1934:198, NJ 1934/450, m.nt. Taverne). Het arrest wordt vooral herinnerd vanwege de sterk objectieve pogingsleer die ogenschijnlijk aangehouden werd. Het feitencomplex was met recht opvallend te noemen, of, zoals annotator Taverne stelde, '[m]en zou geneigd zijn van een uitgedacht college-voorbeeld te spreken'. Het betrof twee verdachten die een woning te Eindhoven in de brand wilden steken. Hiertoe hadden zij de woning dusdanig geprepareerd dat sprake was van een samenstel van brandbare voorwerpen en stoffen dat met een lont tussen de kamers was verbonden. Het geheel kon tot ontbranding gebracht worden door aan een touwtje te trekken dat aan de buitenzijde van de woning was bevestigd en waaraan een gaspistool was verbonden. Op de avond in kwestie waren er echter te veel mensen aanwezig en durfden de verdachten het plan niet voort te zetten. De Hoge Raad oordeelde dat slechts sprake was van verregaande voorbereidingshandelingen (toentertijd nog niet als zodanig strafbaar gesteld) en niet van uitvoeringshandelingen. Vereist was een handeling die, onvoorziene omstandigheden uitgesloten, tot brandstichting zou leiden. De dominosteentjes waren als het ware al klaargezet, maar de kettingreactie was nog niet in beweging gebracht. Deze strikte opvatting van de Hoge Raad perkt de ruimte voor een strafbare poging uiteraard sterk in. Tussen niet-strafbare voorbereidingshandelingen en het voltooide delict schijnt bij deze benadering maar weinig licht. Anders dan het haperen van de technische installatie of het fysiek verhinderen van het trekken aan het touwtje, kan de strafbare pogingsfase hoogstens opgerekt worden tot het op het touwtje aflopen door de verdachte (zie annotatie Taverne t.a.p.). De uitspraak is in de literatuur wel als een aberratie beschouwd (Th.J.B. Buiting, 'Strafbare poging in het Nederlandse strafrecht', *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, preadvies 1970, p. 248-249). Toch komt de kwestie van de 'vuurverwekkende daad'

ook in latere rechtspraak steeds weer aan de orde, met verschillende resultaten.

Een ander opvallend voorbeeld van een wel erg enge, objectieve benadering biedt de beoordeling door de rechtbank in eerste aanleg in de hier centraal staande zaak (Rb. Zeeland-West-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:268). De rechtbank overwoog dat geen sprake was van het begin van de uitvoering nu er geen vuur was gezien en tevens geen sprake was van de overdracht van warmte (zie hierover ook: C.L. van der Vis, 'Poging tot een bepaald misdrijf: enkele implicaties van de accessoireit', *DD* 2021/21, p. 250-251). Dat is een te strikte maatstaf, die in hoger beroep dan ook niet overeind bleef.

Waar de grens dan wel ligt, is nog niet zo eenvoudig te bepalen. De advocaat-generaal haalt in haar conclusie twee arresten aan waarin poging tot brandstichting ten laste is gelegd. Deze twee arresten geven inzicht in de factoren die betrokken kunnen worden bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een begin van de uitvoering bij brandstichting.

In het zogenoemde *Hoevense brandstichting*-arrest (HR 24 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9006, *NJ* 1992/815, m.nt. Schalken) was sprake van het voornemen om een cafetaria in de brand te steken. Hiertoe waren emmers met benzine verstoppt in de tuin, die op een later moment in de keuken klaargezet zouden worden voor de twee handlangers die de uiteindelijke brand zouden stichten. In de loop van de avond is vervolgens brand ontstaan, waarbij onvoldoende vast is komen staan of de brand het gevolg is van een bewuste brandstichting of dat de vluchtige benzine spontaan vlam heeft gevat. Ten aanzien van de verdachte kon bewezen worden verklaard dat hij het misdadige plan had opgevat, een afspraak met de medeverdachten had gemaakt, de benzine had aangeschaft en benzine buiten had verstoppt. De Hoge Raad kwalificeerde deze handelingen slechts als (toen nog) niet-strafbare voorbereidingshandelingen.

In het zogenoemde *Gasexplosie*-arrest (HR 13 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6709, *NJ* 2007/171) probeerde de verdachte een gasexplosie in zijn eigen woning tweeweg te brengen door het gasfornuis zo te manipuleren dat er voortdurend gas in de woning bleef stromen. Na enkele uren kwam hij tot inkeer en meldde op het politiebureau dat hij de gaskraan had opgedraaid. Het verweer van de verdachte dat er geen sprake kon zijn van een poging tot brandstichting nu er geen ontstekingsbron in de woning aanwezig was, werd verworpen. Het gegeven dat de woning volgelopen was met een gasmengsel, waardoor een dusdanig explosiegevaar ontstaan was dat de kans op een ontploffing groot was en op verschillende manieren (spontaan) kon ontstaan, volstond voor de bewezenverklaring van poging tot brandstichting.

Uit het bovenstaande zou opgemaakt kunnen worden dat de scheidslijn tussen voorbereiding

van en poging tot brandstichting in de concrete, gevaarzettende aard van de handelingen besloten ligt. In de *Hoevense brandstichting*-zaak waren de concrete voorbereidende handelingen beperkt tot het buiten de woning klaarzetten van de brandstof. Bij de *Gasexplosie*-zaak was daadwerkelijk een gevaarlijke situatie ontstaan, waarbij ook zonder nadere handelingen van de verdachte het door hem gewenste gevolg kon intreden (zie ook concl. A-G T.N.B.M. Spronken 22 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:269, par. 3.11). Wanneer overigens de redenering uit het *Gasexplosie*-arrest gevolgd wordt, zou ook zonder meer een bewezenverklaring kunnen volgen in de *Eindhovense brandstichting*-zaak, nu ook daar de brandversnellende middelen reeds in de woning waren aangebracht en ook zonder nadere, bewuste ontsteking vlam hadden kunnen vatten.

Terugkerend naar de hier centraal staande zaak is het de moeite waard nog eens stil te staan bij de betekenis die wordt toegekend aan de waargenomen gaslucht. In de conclusie van de advocaat-generaal neemt het vermeende verspreiden van gas een centrale rol in. Zij meent dat uit de sterke gaslucht rond de auto afgeleid kan worden dat rondom de auto een ontvlambare substantie was verspreid. Vervolgens meent zij dat het een feit van algemene bekendheid is dat gas gemakkelijk tot ontbranding komt. Een veronderstelling die zij onderbouwt door te verwijzen naar een eerdere conclusie van haar ambtsgenoot Wortel (concl. A-G Wortel 7 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR4142, par. 19). Daar betrof het echter uitgegoten benzine.

Tussen benzine en gas uit een gasfles zit echter een wezenlijk verschil. Het soort gas dat geschikt is voor een onkruidbrander is weliswaar zeer brandbaar, maar slechts onder bepaalde omstandigheden. Zodra gas de fles verlaat zal het in niet-afgesloten ruimte snel vervliegen. Voor zover mij bekend, is het met het soort gas dat in de regel voor dit soort toepassingen gebruikt wordt (butaan, propaan of een mengsel van beide), in tegenstelling tot benzine, niet mogelijk een brandbare 'laag' te creëren, althans niet van enige duur. Dat zou anders kunnen zijn indien het gas in de afgesloten auto gespoten was, maar in de bewijsmiddelen is niets terug te vinden dat die lezing ondersteunt. Alternatief zou de gaslucht best ontstaan kunnen zijn bij het verwisselen van een gasbus of wanneer de onkruidbrander ingeschakeld wordt terwijl er geen ontsteking plaatsvindt. Het feit dat de verdachte zelf zeer sterk naar gas zou ruiken (de ramen van de politieauto zouden vanwege de stank geopend moeten worden) lijkt mij daarbij genomen eerder een omstandigheid die de lezing van de advocaat-generaal ontkracht. Het lijkt immers niet voor de hand te liggen dat de verdachte ook zichzelf in de brand zou willen steken (vgl. HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997/199, m.nt. 't Hart).

De nadruk in het voorgaande op de aard en de geschiktheid van het gebruik van gas moet overigens niet beschouwd worden in de sleutel van de *deugdelijkheid* van de poging tot

brandstichting, al dan niet in het kader van de beoordeling van ‘een begin van de uitvoering’. Dat is een aparte discussie, die hier niet speelt (zie daarvoor: J.G.H. Altena & W. Geelhoed, ‘Poging: deugdelijkheid en deelneming’, *DD* 2017/45, p. 273-274). Het feit dat de verdachte de beschikking had over een gasbrander en dat hierbij ook gas is vrijgekomen is een relevante omstandigheid bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een poging tot brandstichting. Het is veel meer zo dat mijns inziens uit de bewijsmiddelen niet opgemaakt kan worden dat de handelingen van de verdachte al dusdanig waren dat ook zonder nadere handeling een reëel gevaar op brand ontstaan was. In die zin onderscheidt de casus zich van het *Gasexplosie*-arrest. In gevallen waarin reeds een reëel brandgevaar is ontstaan door de gedragingen van de verdachte zal in de regel een poging tot brandstichting betrekkelijk eenvoudig te bewijzen zijn. In gevallen waarin dat stadium (nog) niet bereikt is zal de aanwezigheid van brandversnellende materialen meegenomen moeten worden als een van de factoren in het bredere samenstel van omstandigheden. Wat dat betreft bevindt de huidige casus zich qua ‘concreetheid’ ergens tussen de voorbeelden uit het *Hoevense brandstichting*-arrest en het *Gasexplosie*-arrest in.

Dat het overigens ook voor deskundigen nog geen eenvoudige taak is het risico op en/of verloop van ontbranding en explosie vast te stellen blijkt bijvoorbeeld uit HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5630, *NJ* 2010/674, m.nt. Mevis, waar het spuiten van wasbenzine richting een open vuur een, zelfs voor deskundigen, compleet onverwachte reactie gaf. In dat licht moet in dit soort gevallen wat terughoudendheid betracht worden met het aannemen van feiten van algemene bekendheid.

Hoewel het verspreiden van een brandbare stof een belangrijke indicator kan zijn voor het aannemen van een poging tot brandstichting, is het geen constitutieve voorwaarde voor een bewezenverklaring. In die zin wordt het ook niet aangehaald in bewijsoverwegingen van het hof c.q. wordt aan die omstandigheid geen bijzondere waarde toegekend. Ook zonder die omstandigheid kan in lijn met HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388/389 tot een bewezenverklaring van poging tot brandstichting gekomen worden op basis van de beoordeling van het geheel der gedragingen. Dat samenstel is immers zeer belastend en geeft blijk van een intentionele gerichtheid op het in brand steken van de auto. Zowel qua plaats als qua tijd was de verdachte op het moment van ontdekking zeer dicht op de voltooiing van het delict. Dit in combinatie met zijn schichtige gedrag, de aanwezigheid van een gasbrander en de uitdossing van de verdachte die sterk gericht was op het voorkomen van ontdekking, lijkt de gevolgtrekking dat reeds een aanvang gemaakt was met een begin van de uitvoering te kunnen dragen. Of hierbij het feit dat dit incident er een is in een reeks van brandstichtingen die op dezelfde avond heeft plaatsgevonden heeft meegewogen, volgt niet uit de bewijsoverwegingen, maar kan tevens niet worden uitgesloten. De benadering die uit dit

arrest spreekt, is echter wel een ruimere benadering dan uit (veel) oudere brandstichtingsjurisprudentie blijkt, maar is wel in lijn met de weg die sinds HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388/389 door de Hoge Raad is ingeslagen. Open vuur of zelfs het verspreiden van een brandbare stof zijn daarbij niet (langer) noodzakelijk om het begin van de uitvoering van brandstichting aan te kunnen nemen. Dat laat uiteraard onverlet dat zulke factoren bij uitstek indicatoren zijn van het voornemen om brand te stichten, indien deze factoren niet aanwezig zijn is een bewezenverklaring niet uitgesloten, maar dienen de dan wel aanwezige indicatoren, al dan niet in hun samenhang beschouwd, van een voldoende degelijke motivering voorzien te worden.