

Nadeelcompensatie in het bestuursrecht en het strafrecht: een ongewenste vermenging van rechtssferen?

M.K.G. Tjepkema*

I Inleiding

In een bundel die zich ten doel stelt om terug te blikken op vijftien jaar Algemene wet bestuursrecht, mag het onderwerp 'schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad' niet ontbreken. Dit leerstuk heeft vanaf de inwerkingtreding van de Awb in 1994 een bloeiende ontwikkeling doorgemaakt. De Awb-wetgever zelf heeft daaraan een belangrijke impuls gegeven door in de toelichting bij het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid Awb te bepalen dat het aanbieden van nadeelcompensatie op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques' (hierna: het égalitébeginsel) eraan kan bijdragen dat een besluit proportioneel in de zin van artikel 3:4, tweede lid Awb is. Sindsdien hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Het égalitébeginsel wordt inmiddels in vaste rechtspraak van de bestuursrechter en de civiele rechter erkend als de belangrijkste grondslag voor nadeelcompensatie. De band met artikel 3:4, tweede lid Awb is in de bestuursrechtspraak inmiddels losgelaten. Ook ten aanzien van de materiële vraag *wanneer* het égalitébeginsel recht geeft op nadeelcompensatie tekenen zich in de rechtspraak steeds duidelijker lijnen af. Deze ontwikkelingen zijn, zoals bekend, voor de Commissie Scheltema aanleiding geweest om in 2005 een studiegroep in te stellen die met een voorstel moest komen voor een regeling van overheidsaansprakelijkheid (waaronder nadeelcompensatie) in de Awb. Dit voorstel, het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad (hierna: het Voorontwerp), werd in juni 2007 openbaar. Als deze bundel verschijnt, zijn al weer bijna drie jaar verstreken, maar naar verwachting zal in de loop van 2010 een wetsvoorstel het licht zien.

In deze bijdrage zal het Voorontwerp slechts zijdelings aan bod komen. Ik wil de aandacht richten op het onderwerp nadeelcompensatie bij strafvorderlijk overheidsoptreden. Op het eerste gezicht ligt het niet voor de hand om in een bundel over de Awb ook strafvorderlijk overheidsoptreden te betrekken. Artikel 1:6

* Mr. drs. M.K.G. Tjepkema is PhD Fellow Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. In 2010 hoopt hij een proefschrift te verdedigen met als titel *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*. Daarin wordt het égalitébeginsel belicht vanuit nationaal, Frans en Europees perspectief. Promotoren zijn prof. mr. T. Barkhuysen en prof. mr. J.E.M. Polak.

Awb verklaart de Awb immers niet van toepassing op de opsporing en vervolging van strafbare feiten, wat moet worden verklaard door de eigenstandige positie van het (materiële en formele) strafrecht. Het analoog van toepassing verklaren van de Awb op strafvorderlijk handelen zou volgens de wetgever 'tot een ongewenste vermenging van rechtssferen leiden'.¹ Toch is het niet vergezocht om een blik te werpen op het leerstuk van nadeelcompensatie naar aanleiding van strafvorderlijk overheidshandelen. Voor wat betreft het toepasselijke nadeelcompensatierecht is namelijk juist sprake van een tamelijk grote 'vermenging van rechtssferen'. Deze is het duidelijkst in de situatie waarin onschuldige derden het slachtoffer worden van strafvorderlijk overheidsoptreden dat tot een ander dan die derde is gericht. Gedacht kan worden aan de situatie dat een toevallige omstander wordt geraakt door een kogel die bestemd was voor de overvaller van een supermarkt, of een verhuurder die geen weet heeft van de criminele activiteiten van zijn huurder maar wiens eigendommen wel worden beschadigd bij een huiszoeking. Voor dergelijke situaties heeft de Hoge Raad in het arrest *Staat/Lavrijsen* het égalitébeginsel aangewezen als rechtsgrondslag voor de compensatie van het onevenredige nadeel van deze onschuldige derden.² Daarmee sloot de Hoge Raad aan bij de ontwikkelingen in het bestuursrecht, waar het égalitébeginsel al eerder als nadeelcompensatiegrondslag was erkend.³

Voor het andere 'slachtoffer' van strafvorderlijk overheidshandelen, de ex-verdachte ten aanzien van wie ten onrechte bepaalde dwangmiddelen zijn toegepast (een voorlopige hechtenis bijvoorbeeld), heeft het ongeschreven égalitébeginsel echter niets te bieden. De Hoge Raad weigert op diens situatie het égalitébeginsel toe te passen.⁴ Dat betekent niet dat deze ex-verdachten met lege handen staan, zoals ik in paragraaf 2 zal illustreren.

Er is te meer aanleiding om het strafvorderlijke nadeelcompensatierecht onder de loep te nemen, aangezien ook op dit terrein vergevorderde plannen bestaan voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie.⁵ Deze regeling, die een plaats moet krijgen in de artikelen 594 Sv en verder, bevat regels voor 'schadecompensatie' ten aanzien van zowel derden als ex-verdachten. Door het bieden van één regeling beoogt de wetgever een eind te maken aan het versnipperde beeld dat rechtspraak en wetgeving thans laten zien. Na de indiening van het wetsontwerp in 2007 is het ook op dit terrein echter stil gebleven.⁶

1 PG Awb I, p. 163. Zie uitvoerig over de verhouding tussen beide rechtsgebieden G. Knigge, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken*, Onderzoeksproject strafvordering, tweede interimrapport 2001.

2 HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615, m.nt. MS (*Lavrijsen*).

3 ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 (*Beurskens*).

4 HR 18 november 2005, AB 2006, 57, m.nt. BPMvR, HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 432, m.nt. JBMV.

5 Voorstel van wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden (Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden), als bijlage opgenomen in N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. UL), Tilburg: Celsus 2009. p. 575 e.v.

6 Indiening van dit voorstel was beoogd voor april 2008 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VI, nr. 91) en later voor juni 2009 (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 86). Voor zover mij bekend is het ook in juni 2009 niet ingediend.

De grote overeenkomsten tussen beide onderwerpen en de beoogde wettelijke regelingen maken het aantrekkelijk om naar eventuele parallellen en verschillen op zoek te gaan. In hoeverre kan de aanspraak op schadevergoeding in beide op het eerste gezicht zo verschillende rechtsgebieden op gelijke grondslagen en naar vergelijkbare maatstaven worden beoordeeld? In welke zin verschilt de beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie naar aanleiding van een strafvorderlijke huiszoeking van – bijvoorbeeld – een vergelijkbaar verzoek naar aanleiding van een verkeersmaatregel? Kan men voor de strafvorderlijke regeling van nadeelcompensatie inspiratie ontleen aan de omvangrijke nadeelcompensatiejurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter? In de strafrechtelijke literatuur is dergelijk intern-rechtsvergelijkend inmiddels verricht in de proefschriften van Kwakman (2003) en Dane (2009).⁷ In beide proefschriften wordt betoogd dat het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht bruikbare aanknopingspunten biedt voor de beoordeling van aanspraken op schadevergoeding inzake strafvorderlijk handelen. Ook zijn beide auteurs het erover eens dat de bestuursrechtelijke criteria moeten worden aangevuld met strafrechtelijke gezichtspunten. Dit standpunt treffen we ook aan in de toelichting bij de regeling voor schadecompensatie.⁸

In deze bijdrage wil ik met een bestuursrechtelijke bril naar deze discussie kijken. Mijn betoog zal uitmonden in de conclusie dat het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht op grond van het *égalité*beginsel geen bruikbaar en noodzakelijk toetsingskader biedt voor de beoordeling van aanspraken op schadevergoeding van derden en ex-verdachten. Om die conclusie te onderbouwen maak ik mede gebruik van inzichten uit het Franse nadeelcompensatierecht. Een blik op het Franse recht is niet alleen interessant omdat het *égalité*beginsel is ontwikkeld in de jurisprudentie van de Franse bestuursrechter, maar ook omdat deze rechter juist voor strafvorderlijke overheidshandelingen op onderdelen tot andere keuzes komt dan de Nederlandse wetgever en rechter. De betekenis die de Franse rechter aan het *égalité*beginsel heeft toegekend is ook van belang voor de Awb-wetgever, zoals ik in de laatste paragraaf van deze bijdrage zal betogen.

In paragraaf 2 wil ik eerst kort stilstaan bij de inhoud van de beide wetsvoorstellen voor nadeelcompensatie, om zo de parallellen tussen beide te kunnen aantonen. Vervolgens zal ik enkele hoofdlijnen in het Franse nadeelcompensatierecht schetsen (par. 3). Met die inzichten in het achterhoofd is het vervolgens nuttig om de blik te richten op de Nederlandse jurisprudentie inzake onschuldige derden (par. 4). Omdat in deze rechtspraak het *égalité*beginsel het duidelijkst zichtbaar is, wil ik vooral bij deze jurisprudentie stilstaan. Wel wijd ik ook enige woorden aan de vergoeding van schade van ex-verdachten (par. 5). In een afrondende paragraaf wil ik bezien welke lessen uit een en ander vallen te trekken voor de beide wetgevers.

7 N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. RUG) 2003 en Dane 2009. Overigens voelt Dane meer voor een analoge toepassing van het *égalité*beginsel dan Kwakman, die alleen enige elementen uit het bestuursrecht wil 'lenen' (Kwakman 2003, p. 420-421).

8 Memorie van Toelichting, p. 13.

2 Twee regelingen voor nadeelcompensatie bij rechtmatig overheidshandelen

Als alles loopt zoals de Commissie Scheltema heeft gepland, zal de Awb binnen afzienbare termijn worden verrijkt met een regeling voor nadeelcompensatie. Niet erg verrassend heeft de studiegroep voorgesteld om het *égalité*beginsel een basis in de Awb te geven.⁹ Dat blijkt duidelijk uit de kernbepaling, artikel 4.5.1, eerste lid:

Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe.

In het tweede en derde lid wordt een uitwerking van dit eerste lid gegeven door middel van een aantal criteria voor nadeelcompensatie, te weten de risicoaanvaarding, de schadebeperkingsplicht, de voordeelverrekening en het anderszins verzekerd zijn van de schade.

Volgens de studiegroep is één van de gewenste effecten van een algemene regeling van nadeelcompensatie in de Awb de afname van het aantal bijzondere nadeelcompensatieregelingen, zodat een overzichtelijker situatie ontstaat.¹⁰ Interessant is dat de wil om te beschikken over één uniforme regeling aanleiding is geweest om ook voor strafvorderlijk overheidshandelen een voorstel te doen voor een algemene regeling van nadeelcompensatie. Voor derden en ex-verdachten bestaan thans namelijk verschillende jurisprudentiële en wettelijke mogelijkheden om schadevergoeding te claimen. In de inleiding beschreef ik reeds dat het ongeschreven *égalité*beginsel kan dienen als rechtsgrondslag voor de compensatie van het nadeel dat een onschuldige derde lijdt door strafvorderlijk overheidshandelen, dat een ander dan die derde tot voorwerp heeft. Een aparte formeelwettelijke regeling is er voor derden thans niet.

Voor verdachten is het beeld anders. Het ongeschreven *égalité*beginsel biedt voor hen juist geen soelaas. Dat houdt mogelijk verband met het gegeven dat voor hen wel aparte wettelijke schadevergoedingsbepalingen bestaan. Artikel 89 Sv biedt een regeling voor schade door ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis. De maatstaf om deze schade te beoordelen staat in artikel 90 Sv: de rechtbank kan tot de toekenning besluiten indien 'gronden van billijkheid' aanwezig zijn. Een bezwaar van deze regeling is dat haar bereik beperkt is; zij is bijvoorbeeld niet van toepassing op schade door de inbeslagneming van voorwerpen of doorzoeking van woningen. Voor schade die buiten het bereik van artikel 89 Sv valt, staat wel een andere weg open, namelijk een vordering bij de civiele rechter ex artikel 6:162 BW. De Hoge Raad hanteert daarbij de zogenaamde 'onrechtmatigheid-ex-post'-constructie, die inhoudt dat indien de verdachte inderdaad ten onrechte in het strafproces was betrokken (omdat hij onschuldig blijkt te zijn), het

⁹ Zie voor de volledige tekst www.minjus.nl.

¹⁰ Toelichting bij het Voorontwerp, p. 12.

handelen van de overheid achteraf gezien een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad oplevert.¹¹ De drempel om deze constructie te kunnen toepassen is echter hoog: de onschuld moet reeds blijken uit het strafdossier.¹² Een veel gehoord kritiekpunt op deze constructie is dat de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet wordt beoordeeld naar het moment waarop de verdachte in voorlopige hechtenis werd genomen.¹³ Het legitieme overheidsoptreden wordt immers bij nader inzien, als de onschuld blijkt, onrechtmatig en geeft uit dien hoofde recht op een schadevergoeding. Aan dit van kleur verschieten van de rechtmatigheid van een dwangmiddel wil ook de wetgever een eind maken door expliciet een recht op nadeelcompensatie voor ex-verdachten in de wet te creëren voor tal van vormen van strafvorderlijk optreden en daarbij expliciet als voorwaarde te stellen dat de schadeoorzaak *rechtmatig* dient te zijn. Dit zou de noodzaak om de 'ex post'-jurisprudentie toe te passen wegnemen. Met zoveel woorden stelt de wetgever dat de nieuwe strafvorderlijke voorzieningen beogen in plaats te komen van de huidige civielrechtelijke voorzieningen.¹⁴

Mede vanwege de geforceerde toepassing van artikel 6:162 BW wordt er al lang voor gepleit om ook aan ex-verdachten een ruimer en minder versnipperd recht op schadevergoeding te geven. Daarbij zou, in aansluiting op het civiele en bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht, expliciet moeten worden erkend dat het hier gaat om een vorm van aansprakelijkheid uit *rechtmatige* daad.¹⁵ Het ontwerp-wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden' is in dit perspectief een grote stap vooruit, aangezien het voorziet in één algemene regeling voor schade van zowel gewezen verdachten als derden. Zowel voor de schade van de derde als voor die van de gewezen verdachte zal de rol van de burgerlijke rechter, en daarmee van artikel 6:162 BW, sterk worden teruggedrongen. De regeling in de artikelen 89-93 Schadevergoeding zal voorts worden ingetrokken. In hun plaats komt een regeling waarvan de kernbepaling, artikel 597 Sv, als volgt luidt:

'Indien de schadeveroorzakende gedraging rechtmatig was, kan aan de verzoeker een schadecompensatie worden toegekend in geval de rechtstreeks benadeelde onevenredig is getroffen door het besluit of de handeling en de schade die hierdoor is veroorzaakt uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico.'

11 Ingezet met HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Van der Valk).

12 HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

13 Zie o.m. E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008, p. 87 e.v., F. Bakels, 'Schadevergoeding na een gestrande vervolging', in: A. van Duijvendijk-Brand e.a. (red), *Variatie in cassatie* (Groen-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 25, Dane 2009, p. 483.

14 Memorie van Toelichting, p. 2.

15 Zie bijv. H.G.F.M. de Kok, 'Haalt art. 89 Sv '99?', *RM Themis* 1993, p. 447-448, J. Dekker, 'De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen', *Ars Aequi* 1995, p. 752-753, Bakels 2006, p. 28-30.

De ‘verzoeker om schadecompensatie’ is zowel de derde als de gewezen verdachte. Laatstgenoemden zijn in hun verzoek om schadevergoeding slechts ontvankelijk als zij niet zijn veroordeeld.

Duidelijk is dat de parallellen met artikel 4.5.1 van het Voorontwerp groot zijn. De voorwaarden dat het gaat om *rechtmatig* handelen, dat alleen een recht op schadevergoeding bestaat voor *onevenredige* nadelen en de nadere invulling daarvan door middel van het ‘normaal maatschappelijk risico’ kennen we ook uit het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht. Opmerkelijk is ook het brede bereik van beide regelingen, die goed aansluit op de wens tot het bieden van één uniforme regeling. Waar de regeling inzake nadeelcompensatie beoogt een bestuursrechtelijke rechtsgang te bieden in alle gevallen waarin sprake is van de ‘uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak’, is de regeling inzake schadecompensatie van toepassing op elke vorm van schade die ontstaat naar aanleiding van de rechtmatige opsporing en vervolging van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke beslissing.

De laatstgenoemde bepaling wordt aangevuld met enkele criteria op grond waarvan een verzoek om schadecompensatie kan worden afgewezen, namelijk risico-aanvaarding, schadebeperking en het anderszins verzekerd zijn van de schade. Ook deze criteria geven blijk van een sterke invloed van het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht. Deze parallel met het bestuursrecht is door de wetgever overigens ook onderkend; in de toelichting staat dat voor een ‘belangrijk deel’ is aangesloten op het Voorontwerp.¹⁶ Een belangrijk verschil is wel dat verzoeken om schadecompensatie niet worden beoordeeld door de rechter, maar door het parketgeneraal, omdat dit college volgens de Memorie van Toelichting in de praktijk veel ervaring heeft opgedaan met de beoordeling van schadevergoedingsclaims. Ook zou de rechterlijke macht te zwaar worden belast als zij alle, vaak eenvoudige verzoeken om schadevergoeding zou moeten beoordelen. Alleen voor ingewikkelde zaken kan een rechtstreeks verzoek bij de rechtbank worden ingediend.¹⁷

In het licht van deze parallellen verbaast het dat de wetgever aan de regeling voor schadecompensatie *niet* het *égalité*beginsel ten grondslag heeft gelegd. Daarmee neemt hij niet alleen afstand van het Voorontwerp, maar ook van de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van derden. In de toelichting worden aan deze afwijkende benadering niet veel woorden gewijd. Gesteld wordt slechts dat de gelding en reikwijdte van het *égalité*beginsel in het strafprocesrecht ter discussie staan, mede omdat de Hoge Raad de *égalité* niet toepast op ex-verdachten.¹⁸ Dit argument kan mijns inziens echter niet doorslaggevend zijn. In het betreffende arrest draagt de Hoge Raad immers geen steekhoudende argumenten aan om de *égalité* niet toe te passen op ex-verdachten. Bovendien kan de wetgever de civiele rechtspraak op dit punt eenvoudigweg corrigeren. Van een dergelijke correctie is in *materiële* zin overigens reeds sprake, aangezien ex-verdachten, mocht het ontwerp-voorstel wet worden, voortaan kunnen beargumenteren dat zij schade hebben geleden die boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. De huidige rechtspraak van de Hoge Raad maakt dit niet mogelijk, aangezien de schade van de

16 Memorie van Toelichting, p. 6-7, p. 13.

17 Memorie van Toelichting, p. 18.

18 Memorie van Toelichting, p. 13.

ex-verdachte (voorzover deze niet op grond van artikel 6:162 BW of artikel 89 Sv kan worden gecompenseerd) *per definitie* behoort tot het normaal maatschappelijk risico. Men kan zich afvragen of het zo'n grote stap zou zijn geweest om 'gewoon' het égalitébeginsel op strafvorderlijk overheidshandelen van toepassing te verklaren. De argumentatie van de wetgever schiet op dit punt tekort.

De regeling van schadecompensatie is dus niet gebaseerd op de égalité, maar op een andere grondslag, die Kwakman in zijn proefschrift heeft uitgewerkt. Hij zoekt de grondslag in 'de zorgplicht van de overheid om de onbalans tussen doel en middel te voorkomen of te herstellen, ook al doet deze onbalans zich slechts gevoelen bij een enkele gedupeerde'.¹⁹ Feitelijk is deze grondslag een strafvorderlijke verschijningsvorm van artikel 3:4, tweede lid Awb. Het model gaat uit van verschillende evenredigheidsmodaliteiten, die samenhangen met verschillende fasen van de belangenafweging. Ook al is strafvorderlijk handelen 'als zodanig rechtens toelaatbaar' (de eerste 'fase', die vooral een toets aan het beginsel van de minste pijn inhoudt), dan nog kan dit handelen voor een burger een – in verhouding tot het daarmee gediende doel – disproportioneel nadeel tot gevolg hebben, die tot compensatie kan verplichten. Het voordeel van deze benadering is volgens Kwakman dat specifiek op het strafproces toegesneden factoren kunnen worden meegewogen.²⁰ Dit sluit volgens hem niet uit dat ook aan het égalitébeginsel verbonden criteria van belang kunnen zijn. De wetgever heeft blijkens de toelichting deze lijn-Kwakman tot de zijne gemaakt.

3 De twee pijlers in het Franse stelsel van ongeschreven nadeelcompensatie

Hoewel de gelding van de égalité in het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht vrijwel onomstreden is, kan uit het voorgaande worden opgemaakt dat de égalité in het strafrecht een enigszins onrustig bezit is gebleken. Dit blijkt niet alleen uit de aarzeling van de wetgever om de égalité te omarmen, maar ook uit de commentaren op het arrest *Staat/Lavrijsen*, waarin alternatieve grondslagen zijn aangedragen.²¹ Ook voor wat betreft de ex-verdachte is het geen *communis opinio* dat de égalité de juiste nadeelcompensatiegrondslag zou zijn.²² Wanneer men bedenkt dat wij voor ons stelsel van nadeelcompensatie in hoge mate schatplichtig

19 Zie voor een samenvatting van zijn opvattingen: N.J.M. Kwakman, 'Schadevergoeding in het strafprocesrecht', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513 e.v.

20 Kwakman 2003, p. 355.

21 H.Ph.J.A.M. Hennekens (noot bij *Staat/Lavrijsen*, *Gst.* 2001, 7143, p. 318-319) opteert voor art. 3:4 lid 2 Awb. Schlössels ('Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune? (II)', *Gst.* 7161, 2002, p. 189) bestrijdt dit en onderschrijft het arrest, hoewel hij zich afvraagt waarom de Hoge Raad niet heeft gekozen voor een 'gekwalficeerde 'gewone' overheidsaansprakelijkheid (bijvoorbeeld een risico-aansprakelijkheid)', waarbij hij erop wijst dat bij de égalité het 'gevaarzettingaspect' en het 'incidentele' karakter van het schadeveroorzakende handelen ontbreekt. Van Maanen ('De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', *VAR*-reeks 128, p. 59-60) zit op die laatste koers en ziet niets in de égalité in *Lavrijsen*-achtige situaties, maar meer in de risicobenadering uit het Franse recht.

22 Zie hierna, par. 5.

zijn aan een uit Frankrijk afkomstig rechtsbeginsel, ligt het voor de hand om ook eens een blik over de grens te werpen. De rechtspraak van de Conseil d'Etat, waarin het égalitébeginsel tot ontwikkeling is gekomen, kan wellicht meer leren over de betekenis van het égalitébeginsel. Aangezien onduidelijkheid over deze betekenis voor de wetgever mede aanleiding lijkt te zijn geweest om voor strafvorderlijk overheidshandelen *niet* voor het égalitébeginsel te kiezen, is een korte impressie van het relevante Franse recht beslist niet overbodig. Het is onvermijdelijk dat daarbij ook de tweede belangrijke pijler van het Franse nadeelcompensatierecht aan de orde komt, te weten de aansprakelijkheid voor risicovol overheidshandelen.

3.1 De aansprakelijkheid op grond van de égalité

De Franse Conseil d'Etat heeft al in een zeer vroeg stadium aanvaard dat de overheid ook aansprakelijk kan zijn als zij niet onrechtmatig heeft gehandeld. Op deze plek kan niet uitvoerig op de achtergronden daarvan worden ingegaan. Van belang is in elk geval dat hij een onderscheid maakt tussen een regime voor *gevaarzettend* overheidshandelen en het regime voor nadeelcompensatie bij *besluiten*. In vergelijking met het Nederlandse stelsel is derhalve opmerkelijk dat de Conseil d'Etat het bereik van het égalitébeginsel beperkt tot bepaalde *typen* overheidshandelingen. Voorbeelden van de toepassing van de égalité vindt men vooral bij schade door rechtmatige beschikkingen, besluiten van algemene strekking en algemeen verbindende voorschriften (inclusief de wet in formele zin). Ook de schade die het inherente gevolg is van feitelijke handelingen, zoals werkzaamheden aan de weg die voor omwonenden tot overlast leiden (zogenaamde '*travaux publics*'), kunnen een aanspraak op het égalitébeginsel geven. Chapus heeft de aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel als volgt gekenschetst:

'Het égalitébeginsel ziet op situaties waarin de schade *geen incidenteel karakter* heeft, in tegenstelling tot de situaties waarin de risicoaansprakelijkheid aan de orde is. Het gaat niet om schades die het gevolg zijn van een ongelukkige samenloop van omstandigheden en die zich hebben voorgedaan, hoewel ze zich ook *niet* hadden kunnen voordoen. Het gaat om schades die het natuurlijke, noodzakelijke en voorzienbare gevolg zijn van bepaalde situaties of bepaalde maatregelen, die als gevolg hebben dat het belang van bepaalde leden van de samenleving worden "opgeofferd" aan de eisen van het algemeen belang.'²³

Franse schrijvers stellen in dit verband dat de schade, om voor vergoeding op grond van de égalité in aanmerking te komen, *opzettelijk* en *weloverwogen* moet zijn toegebracht. De égalité ziet alleen op 'des sujétions imposées volontairement par la puissance dans l'intérêt général (...)' ('lasten die welbewust in het algemeen belang aan een burger worden opgelegd').²⁴ Dit element van een *weloverwogen* toegebracht nadeel levert bij besluiten (incl. normatieve handelingen) geen probleem

²³ R. Chapus, *Droit administratif général. Tome II*, Paris: Montchristien 2001, p. 1364.

²⁴ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris: LGDJ 1969, p. 408. Zie voor een samenvatting van dit proefschrift W. Konijnenbelt, 'De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht', *Bestuurswetenschappen* 1971, p. 263 e.v.

op: deze veronderstellen immers dat met een zekere mate van bewustzijn in de belangen van burgers wordt ingegrepen. Aan besluiten is telkens een afweging van belangen voorafgegaan, die, als zij rechtmatig is, impliceert dat de door het besluit aangetaste belangen het afleggen tegen de door het besluit te dienen belangen. Het verbaast in dit licht niet dat het égalitébeginsel ook in Nederland eerst en vooral tot ontwikkeling is gekomen in het *besluitenrecht*.

Het element van een 'weloverwogen offer' hangt sterk samen met een tweede kenmerk van de égalitéaansprakelijkheid, namelijk dat de schade een *noodzakelijk, onvermijdelijk* offer moet zijn voor de behartiging van het algemeen belang. Eisenmann stelt: 'le sacrifice est bien impliqué par la poursuite de cet intérêt; il en est (ou en a été fait) un moyen nécessaire'.²⁵ Er dient, met andere woorden, een *doel-middel-relatie* te bestaan tussen het offer van de burger en de behartiging van het algemeen belang. Men zou kunnen stellen dat de schade onder het égalitéregime op de koop toe wordt genomen als een noodzakelijk, onvermijdelijk offer dat nu eenmaal moet worden gebracht aan het doel dat de overheid zich gesteld heeft. Voldoet een schade aan deze voorwaarden, dan is het égalitébeginsel in beginsel van toepassing. Een duidelijk onderscheid voor wat betreft de *aard* van het getroffen belang wordt daarbij niet gemaakt. Zo treft men verzoeken tot nadeelcompensatie op grond van de égalité aan wanneer een bepaalde hoedanigheid van de getroffene aanleiding is tot de betreffende overheidsdaad; denk aan een besluit tot een verbod op gokmachines in cafés, waardoor exploitanten van dergelijke apparatuur schade lijden.²⁶ Echter ook wanneer de schade slechts een *neveneffect* is van een rechtmatig handelen kan een aanspraak op de égalité bestaan. Een bekend voorbeeld is de zaak *Commune de Gavarnie*. Daarin ging het om de eigenaar van een toeristenwinkeltje die een inkomensverlies ondervond ten gevolge van een besluit van de burgemeester van Gavarnie om het voetverkeer naar een imposante waterval niet over de linker-, maar slechts over de rechteroever van een berg te geleiden, dit in verband met de verkeersveiligheid. De aan de linkeroever gevestigde koopman zag daardoor gedurende een paar maanden zijn inkomsten dalen. De Conseil d'Etat hield de gemeente voor deze schade aansprakelijk.²⁷

De directe relatie tussen de schade van de burger en de behartiging van het algemeen belang heeft als logisch gevolg dat niet voor *alle* schade waarin deze relatie aanwezig is een nadeelcompensatieplicht kan bestaan. Deze relatie *rechtvaardigt* derhalve een beroep op het égalitébeginsel, maar de keerzijde is dat de nadelen die normaal gesproken (voor een ieder) uit de behartiging van het algemeen belang voortvloeien, niet voor compensatie in aanmerking komen. Men stelt wel dat de schade *speciaal* en *abnormaal* moet zijn: zij moet rusten op een beperkte, van andere burgers te onderscheiden groep burgers en uitstijgen boven het normaal maatschappelijk risico. De aansprakelijkheid op grond van de égalité kan dan ook worden gekenschetst als een 'nee, tenzij'-systeem: er bestaat geen recht op schade-

25 Ch. Eisenmann, 'Sur le degré d'originalité extra-contractuelle des personnes (collectivités publiques)', *JCP* 1949, p. 742 en p. 751 e.v.

26 Zie bijv. CE 11 juli 1990, *Dalloz* 1991, p. 286 (*Sté Stambouli Frères*; verbod op fabricage van kansspelapparatuur).

27 CE 22 februari 1963, *Actualité juridique, droit administratif* 1963, p. 208 (*Commune de Gavarnie*).

vergoeding, *tenzij* de schade onevenredig is. Is deze directe relatie tussen het algemeen belang en de last van de burger er niet, dan is het daarentegen niet zonder meer redelijk om als eis te stellen dat alleen speciale en abnormale schade hoeft te worden vergoed. Dat zal blijken uit de thans te bespreken situaties.

3.2 De aansprakelijkheid op grond van risico

De tweede pijler van het Franse nadeelcompensatierecht is de aansprakelijkheid naar aanleiding van *risicovol* overheidshandelen. In de tweede helft van de negentiende eeuw industrialiseerde de Franse samenleving steeds verder en was de omgang met gevaarlijke apparaten of het werken in gevaarlijke situaties geregeld de oorzaak van zeer ernstige schade. Het was vaak moeilijk om te bewijzen dat de overheid onrechtmatig had gehandeld, in het bijzonder indien het regime van de gekwalificeerde fout, de *faute lourde*, van toepassing was. Voor sommige gevallen had de Conseil d'Etat hier iets op gevonden door aan het slachtoffer in kwestie niet de plicht op te leggen het bewijs van een *faute* te leveren, maar door uit te gaan van een *faute présumé*, een veronderstelde fout.²⁸ Omdat de Franse rechter in meer gevallen wenste 'iets te doen' voor gevallen van ernstige schade (veelal fysiek letsel), was een aansprakelijkheid *sans faute* ook voor deze gevallen een logische stap. Het begrip *risicovol* overheidshandelen heeft in de loop der decennia tot een bloeiende jurisprudentie geleid. Daarbinnen wordt meestal onderscheiden tussen schade door gevaarzettende *objecten* (een explosie van een munitieopslag waarbij talloze doden vallen), *methoden* (schade door toezichtregimes, zoals delinquenten op verlof) en *situaties* (een wat onbestemde categorie, waartoe onder meer valt de situatie waarin een zwangere vrouw les moest geven in een openbare instelling, en tijdens het lesgeven besmet raakte met rode hond, waardoor zij een miskraam kreeg).²⁹

Deze pijler is vooral ontwikkeld om derden die min of meer toevallig – in elk geval buiten hun schuld – ernstige schade lijden door het zich verwezenlijken van een bepaald risico, onder omstandigheden een aanspraak op schadevergoeding te geven. Zoals gesteld heeft het overheidshandelen hier meestal een *gevaarzettend* karakter. Guettier noemt als relevante factoren (1) het bestaan van een 'onzekere gebeurtenis' (en dus een element van toeval), die (2) mogelijk gevaarlijk en (3) uiteindelijk schadelijk is.³⁰ Het begrip 'gevaarzetting' moet men in dit verband niet te eng interpreteren. Het wordt bijvoorbeeld niet alleen toegepast bij schade door een ontploft munitiedepot of door het gebruik van vuurwapens, maar ook bij schade door *medische* methoden. Zo heeft een patiënt die onverwacht slecht reageert op een bepaalde medische behandeling recht op schadevergoeding als dit – voor arts en patiënt onbekende – risico zich manifesteert en zeer ernstige gevolgen heeft

28 Zie bijv. CE 22 december 1924 (*Les Travailleurs français*), over schade door overheidsvoertuigen.

29 Zie S. Hennette-Vauchez, *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1990), 2005, p. 40-49.

30 C. Guettier, 'Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque', *AJDA* 2005, p. 1499.

(een invaliditeit van meer dan 50%).³¹ In elk geval is duidelijk dat de reden om de compensatie te geven schuilt in het zich verwezenlijken van een risico, en niet in het gegeven dat, ook wanneer de overheid weloverwogen rechtmatig handelt, bij één of meer burgers ernstige schade kan optreden, waarvan het niet redelijk zou zijn deze ten laste van deze burgers zelf te laten.

In deze bijdrage kan niet onvermeld blijven dat de Conseil d'Etat de schade die derden lijden ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden niet onder de noemer van de *égalité*, maar onder de risiconoemer behandelt. Dat is niet verwonderlijk, aangezien het hier niet gaat om schade die weloverwogen wordt toegebracht, maar veeleer om schade die *in abstracto* weliswaar onvermijdelijk is, maar waarvan men van tevoren nooit weet of zij zich daadwerkelijk zal realiseren. Deze situaties kenmerken zich dus door toeval en onvoorspelbaarheid; vrijwel altijd is sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Klassiek is het arrest *Consorts Lecomte* uit 1949, waarin een café-eigenaar gedood werd door een afgeketste politiekogel, die was gericht tot de bestuurder van een auto die niet reageerde op een door de politie afgegeven stopsignaal. De Conseil d'Etat overwoog dat in casu sprake was van een situatie:

‘où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public’.³²

Er was, met andere woorden, sprake van schade die door haar zwaarte de lasten oversteeg die door burgers normaal gesproken moeten worden gedragen, als ‘tegenprestatie’ voor het bestaan van de publieke dienst en het profijt dat burgers daarvan hebben. Deze verwijzing naar de lasten ‘die normaal gesproken door particulieren moet worden gedragen’ doet sterk denken aan de (Franse en Nederlandse) jurisprudentie op grond van het *égalité*beginsel, waar immers ook sprake moet zijn van een last die de normale, te dulden lasten te boven gaat. Deze schijnbare overeenkomst tussen beide regimes gaat echter niet verder dan een gelijkheid in bewoordingen. De *anormalité* betekent in de context van het risico niet zozeer dat minder ernstige schade niet zou worden vergoed, maar slaat op het exceptionele karakter van de schadeoorzaak. Zo stelt Rougevin-Baville dat bepaalde risico's van nature abnormaal zijn. Dat hangt dan niet zozeer samen met de hoogte van de geleden schade (of in casu: de mate waarin men door een kogel gewond raakt (zwaar of licht)), maar met het feit dat het schadeveroorzakende object fysieke of materiële schade tot gevolg heeft.³³ Met andere woorden: ook wanneer men door een rondvliegende kogel slechts licht gewond raakt, is de overheid in beginsel voor

31 Zie CE 9 april 1993, AJDA 354 (*Bianchi*), bevestigd in CE 27 oktober 2000, AJ 2000, p. 307 (*Centre hospitalier de Seclin*; ongeluk bij een anesthesie) en (van dezelfde datum), DA 2001, no. 132 (*Centre hospitalier d'Aubagne*; chirurgisch ongeluk).

32 CE 24 juni 1949, Rec. 307 (*Consorts Lecomte*). Van dezelfde dag is de beslissing *Franquette et Daramy*, over een vrouw die de weg overstak en dodelijk werd getroffen door de kogel van een ordehandhaver die was gericht tot een persoon die even daarvoor een taxichauffeur met een mes had verwond.

33 Zie zijn conclusie bij CE Sect. 2 juni 1972, D. 1974, 260 (*Sté des bateaux de la Côte d'Emeraude*). Zie voor een recent overzicht Hennette-Vauchez 2005.

de gehele schade aansprakelijk. Een minder grote schade rechtvaardigt dus niet een afwijzing van de schadeclaim, doch slechts een minder grote schadevergoeding. Ook volgens andere schrijvers ademt de rechtspraak van de Conseil d'Etat vooral de gedachte dat vuurwapens naar hun aard een exceptioneel risico in het leven roepen, zodat reeds de verwezenlijking van dat risico een schadeplicht met zich brengt, zonder nadere voorwaarden.³⁴ Volgens Chapus heeft de door de Conseil d'Etat opgeworpen drempel in de praktijk weinig gevolgen had, wat erop wijst dat de analogie met het égalitébeginsel minder voor de hand ligt dan het citaat suggereert.³⁵ Uit de jurisprudentie komt naar voren dat bovenal het directe verband tussen de gevaarzettende activiteit en de schade en de zekerheid van de schade bepalend zijn voor de aansprakelijkheidsvraag. Interessant is in elk geval dat ook binnen het regime van de *responsabilité sans faute* als regel een verplichting tot volledige schadevergoeding kan bestaan, namelijk wanneer een 'uitzonderlijk' risico zich heeft verwezenlijkt.

Het bovenstaande laat zien dat naar Frans recht de frase 'schade die ontstaat door handelen in het algemeen belang' vanuit een nadeelcompensatieperspectief niet altijd naar dezelfde maatstaven wordt beoordeeld. Bij de uitvoering van publiekrechtelijke taken of bevoegdheden kan zich zowel de situatie voordoen dat de overheid schade toebrengt omdat dit in het algemeen belang onvermijdelijk is, als de situatie waarin schade ontstaat zonder dat gezegd kan worden dat het handelen onrechtmatig is, maar deze schade een incidenteel, toevallig gevolg is van het overheidsoptreden. De schade relateert zich in beide gevallen op een andere wijze aan het doel dat de overheid met de behartiging van het algemeen belang nastreeft. In de égalitégevallen brengt de behartiging van het algemeen belang met zich dat de schade moet worden toegebracht om het doel dat de overheid zich heeft gesteld te bereiken. In de risicogegevallen kan men dat niet stellen. Weliswaar was de rechtmatig uitgeoefende *activiteit* noodzakelijk om het algemeen belang te dienen, maar de daardoor ontstane *schade* is dat niet; deze is vreemd aan het met de bevoegdheid gediende doel. Men kan bijvoorbeeld niet stellen dat het levensgevaarlijk gewond raken van een voetganger een noodzakelijk offer is om het doel van die activiteit – de arrestatie van een verdachte – te bereiken. In beide situaties is echter sprake van een vorm van schadevergoeding bij *rechtmatig* overheidsoptreden.

4 De vergoeding van de schade van onschuldige derden

4.1 Onnodige schade, inherente schade en bedrijfsongelukjes

De schade van derden in het kader van strafvorderlijk overheidshandelen kan verschillende vormen aannemen. In de Nederlandse jurisprudentie gaat het vooral om schade die ontstaat in het kader van huiszoekingen, zoals een geforceerde deur of een ingeslagen ruit. Ook hier kennen we verder de categorie 'toevallig in de

34 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé en B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz 2007, p. 415.

35 Chapus 2001, p. 1339.

weg lopende burgers'.³⁶ De wetgever heeft beoogd om de regeling inzake Schade-compensatie op beide situaties van toepassing te laten zijn.³⁷

De parallel tussen de situaties waarin de Franse rechter de risicogedachte in stelling brengt en de Nederlandse rechtspraak inzake derden is soms evident. Zo was de situatie van een toevallige voorbijganger die gewond raakt door een verdwaalde politiekogel bij de aanhouding van een verdachte ook aan de orde in de reeds genoemde arresten *Lecomte* en *Franquette et Daramy*. Zeker voor deze gevallen biedt de Franse benadering mijns inziens een goed voorbeeld voor de rechtsontwikkeling in ons land. De gemiddelde burger hoeft immers niet bedacht te zijn op de mogelijkheid dat hij wel eens (levensgevaarlijk) gewond zou kunnen raken door strafvorderlijk overheidsoptreden. Een schaars voorbeeld uit de jurisprudentie – het ging om schade die een toevallige passant ondervond in een schotenwisseling tussen de politie en de overvallers van een C1000 – zit overigens ook op deze lijn; de rechtbank stelde de overheid voor het gehele nadeel van deze derde aansprakelijk.³⁸ Een resultaat dat zich geheel laat verenigen met de Franse notie van een 'exceptioneel risico'.

Iets minder evident is de parallel wanneer het gaat om derden die schade lijden in Lavrijsen-achtige casus, vooral omdat het gevaarzettend element niet altijd aanwezig is. Laten we eerst echter de casus van het arrest in herinnering roepen. Lavrijsen huurde varkensstallen van een zekere L., die – zonder dat zij dit wist – in drugs handelde. Zij exploiteerde in de stallen een mestvarkensbedrijf. In verband met de verdenking van een overtreding van de Opiumwet werd in de panden van L. huiszoeking verricht. Ook de stallen van Lavrijsen werden doorzocht, waarbij de opsporingsambtenaren de deuren van de stallen open lieten staan, waardoor het ventilatiesysteem enige tijd niet goed werkte en de varkens groeischa- den. De Hoge Raad meende dat de Staat door zodanige onevenredige schade toe te brengen, het égalitébeginsel had geschonden en derhalve tot nadeelcompensatie verplicht was.

In Lavrijsen-achtige casus wordt soms een onderscheid gemaakt tussen 'nodeloze' (onnodige) schade en 'inherente' schade (schade die noodzakelijk is voor een doelmatige huiszoeking).³⁹ Het ligt voor de hand om artikel 6:162 BW in stelling te brengen als de autoriteiten bij doorzoeking onzorgvuldig handelen en zodoende nodeloos schade toebrengen aan de eigendommen van derden.⁴⁰ Wanneer vaststaat dat van dergelijke onzorgvuldigheden geen sprake was, maar aan derden wel schade is toegebracht, dan volgt uit de huidige civiele rechtspraak dat het égalitébeginsel in beginsel van toepassing is. Ik benadruk dit, omdat soms wordt gesteld dat de égalité alleen zou zien op 'inherente schade'. Voor een toepassing van het égalitébeginsel zou het in die lezing niet voldoende zijn dat er sprake is van schade en dat deze niet onzorgvuldig (en dus onrechtmatig) is toegebracht, maar zou nog

36 Vgl. Van Maanen 2002, p. 59 e.v.

37 Memorie van Toelichting, p. 1, p. 11.

38 Rb Assen 13 februari 2001, *JB* 2001, 103, *TVP* 2001, p. 40-41, m.nt. GEvM.

39 AG Langemeijer, conclusie bij Staat/Lavrijsen, sub 2.6, Vranken, noot bij HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 392, m.nt. JBMV, G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 431-432.

40 Vgl. HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 410 (*Milétic*).

een extra toets moeten worden verricht door te bezien of de schade *noodzakelijk* was voor een doelmatige huiszoeking. Denkbaar is dat van dergelijke schade ook in de Lavrijsen-casus sprake was, bijvoorbeeld omdat de autoriteiten van mening waren dat zij door het laten openstaan van de deuren een beter overzicht op alle ruimtes konden houden.⁴¹ Toch laat het arrest mijns inziens een lezing open waarbij de *égalité* ook ziet op *onnodige* schade die *rechtmatig* is toegebracht. Wellicht was het niet sluiten van de deuren het gevolg van een tijdelijke onoplettendheid bij het uitvoeren van een huiszoeking, omdat de opsporingsambtenaar die zich in de stal bevond door een collega werd weggeroepen nu deze in een andere ruimte een relevante ontdekking had gedaan. Mogelijk wist de ambtenaar niet eens dat het dichthouden van de deuren cruciaal was voor het groeiproces van de mestvarkens.⁴² Wanneer de huiszoeking voor het overige geheel conform de regels geschiedde, is het de vraag of een dergelijke misstap, die op geen enkele wijze bijdraagt aan de doelen die aanleiding waren tot de huiszoeking (de opsporing van strafbare feiten) als een onrechtmatige overheidsdaad zou worden gekwalificeerd. Juist omdat van opsporingsambtenaren niet kan worden verlangd dat zij voorafgaand aan de huiszoeking diepgaand onderzoek doen naar de toepasselijke zorgvuldigheidsnormen (in casu de specifieke norm die betrekking heeft op het laten functioneren van de ventilatie in varkensstallen) ligt het voor de hand dat de drempel om onnodige schade als *onrechtmatig* (onzorgvuldig) aan te merken, hoog is. Het arrest *Lavrijsen* laat mijns inziens zien dat deze hoge drempel allerm minst betekent dat de derde snel met lege handen zal komen te staan. De drempel om alsnog de *égalité* te kunnen invoeren, is immers laag. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat de *égalité* geen soelaas zou kunnen bieden bij rechtmatige 'bedrijfsongelukjes'.

Wat de strafvorderlijke casus ten aanzien van derden in elk geval goed laten zien, is de eigen aard van de strafrechtelijke belangenafweging. Die is er vooral in gelegen dat bij strafvorderlijk overheidsoptreden snel moet worden gehandeld en de gevolgen van het handelen niet altijd zijn te voorzien.⁴³ De belangen van derden behoren in de regel niet tot de in deze afweging te betrekken belangen. Soms weet men niet dat derdenbelangen in het gedrang kunnen komen, zoals in de categorie 'toevallig in de weg lopende burgers'. Echter ook wanneer men wel weet heeft van de aanwezigheid van derdenbelangen (bij een huurrelatie of inwoning bijvoorbeeld) zal men niet kunnen stellen dat, op het moment dat tot de uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid wordt besloten, daarvan een inherent en onvermijdelijk gevolg is dat deze derde schade zal lijden. Of zulke schade daadwerkelijk ontstaat, is afhankelijk van de feitelijke uitvoering van die bevoegdheden en de omstandigheden die de betrokken politie- of opsporingsambtenaren ter plaatse zullen aantreffen. Het kan noodzakelijk zijn om een zaakschade toe te brengen (een deur in te trappen), maar vooraf kan men dit niet inschatten. Dat zich dit soort schade zal

41 AG Langemeijer, conclusie bij Staat/Lavrijsen, noot 25.

42 Ik acht een dergelijk scenario aannemelijker dan het scenario waarin het daadwerkelijk noodzakelijk zou zijn om de deur open te laten staan. De noodzaak om de bedrijfsongelukjes als schadecategorie te erkennen is nog evidentier in de categorie 'toevallige voorbijgangers', wier schade bezwaarlijk als 'inherent' in de door Langemeijer bedoelde zin kan worden aange merkt.

43 Kwakman 2003, p. 366-367, Schlössels 2002 (II), p. 189.

voordoelen is een *mogelijk*, en in het licht van de grote risico's die met strafvorderlijk optreden zijn gemoeid zelfs een *waarschijnlijk*, maar niet een *onvermijdelijk* gevolg van het besluit tot het uitoefenen van een strafvorderlijke bevoegdheid. In dit opzicht verschilt dit type situaties van de *Leffers*-achtige gevallen, waar het nadeel *wel* onvermijdelijk voortvloeit uit het besluit tot het uitvoeren van een regeling (een regeling ter bestrijding van varkenspest die schade toebrengt aan swillboeren). Het nadeel van derden heeft in strafvorderlijke situaties mijns inziens steeds een *incidenteel* karakter, anders dan bij de bestuursrechtelijke toepassing van de *égalité*. Een en ander roept de vraag op of de *égalité* wel geschikt is als grondslag voor de compensatie van derden.

4.2 De geschiktheid van de *égalité* als toetsingskader

De andere aard van de situaties waarin derden schade lijden door strafvorderlijk overheidsoptreden ten opzichte van de 'klassieke' *égalité*-situaties zou wellicht nog geen reden zijn om voor strafvorderlijk overheidsoptreden voor een autonome grondslag voor nadeelcompensatie te kiezen, wanneer de toetsingsmaatstaven van de *égalité* wel een geschikt kader bieden om te beoordelen of derden een recht op nadeelcompensatie hebben. De schaarse jurisprudentie die daarover tot op heden is verschenen, laat echter zien dat daaraan kan worden getwijfeld.

Ten eerste kan worden gewezen op het criterium van de speciale last, dat verlangt dat een burger onevenredig wordt benadeeld *in vergelijking met andere burgers*. De Hoge Raad gaat er kennelijk vanuit dat Lavrijsen onevenredig werd getroffen ten opzichte van de 'gemiddelde burger'.⁴⁴ Aan de speciale last wordt in het arrest echter niet expliciet getoetst, noch in *Lavrijsen*, noch in de latere rechtspraak ten aanzien van derden. Dat is een belangrijke indicatie dat deze vergelijking in Lavrijsen-achtige situaties geen bruikbare toetsingsmaatstaf vormt. In de Franse rechtspraak over risicovol overheidshandelen is dat overigens al evenzeer het geval; verschillende auteurs kwalificeren de speciale last als een 'overbodig' criterium wanneer het gaat om risicovol overheidshandelen.⁴⁵

De overwegingen die wél leidend zijn om een derde in beginsel een compensatie te geven wanneer deze door strafvorderlijk overheidshandelen schade lijdt, zijn onlangs op een rij gezet in een arrest van het Hof Amsterdam. Dit ging over een sociale verhuurder, Wherestad, aan wiens eigendommen schade werd toegebracht tijdens een rechtmatige politie-inval.⁴⁶ Het Hof voerde vier argumenten aan om deze schade geheel te vergoeden:

44 AG Langemeijer, conclusie bij *Lavrijsen*, Drupsteen, AB 2001, 412, N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever', O&A 2002, p. 121, Dane 2009, p. 508-509.

45 Delvolvé 1969, p. 311. Vgl. J.-F. Davignon, *La responsabilité objective de la puissance publique*, diss. Univ. de Lyon 1976, p. 176, die de *spécialité* in dit verband 'superflue' noemt, en laat zien dat ook bij schade door incidenten bij *travaux publics* niet aan de *spécialité* wordt getoetst.

46 Deze overwegingen zijn kenbaar uit HR 2 oktober 2009, LJV BJ1708, JA 2009, 164. De Hoge Raad casseerde het arrest van het Hof, echter niet vanwege de aangedragen motieven om de Staat aansprakelijk te houden jegens Wherestad, maar vanwege 's Hof's interpretatie van art. 6:101 lid 2 BW.

1. De schade bedroeg enkele duizenden euro's. Voor een sociale verhuurder, die niet uit is op economisch gewin, derhalve geen gering bedrag.
2. Het strafvorderlijk optreden was niet tegen haar gericht, maar tegen huurders op wie Wherestad geen invloed kon uitoefenen.
3. Wherestad was niet betrokken bij het strafbaar handelen van haar huurders.
4. Wherestad had geen schadebeperkende maatregelen kunnen treffen.

De eerste overweging lijkt te kunnen worden gerelateerd aan een overweging uit een eerder arrest van de Hoge Raad, waarin werd overwogen dat schade van een geringe omvang in elk geval tot de normale risico's wordt gerekend. Ik kom daarop nog terug. Naar mijn idee zijn het vooral de overwegingen 2 tot en met 4 die in de praktijk doorslaggevend zijn om schade van derden in beginsel te vergoeden. Uit deze overwegingen zou de naar huidig positief recht geldende regel kunnen worden afgeleid dat het onredelijk is om schade ten gevolge van strafvorderlijk optreden voor rekening van een burger te laten als hij geen schuld droeg aan het ontstaan daarvan, hij zelf geen voorwerp was van dat optreden, hij dit niet kon voorzien en daartegen dus ook geen schadebeperkende maatregelen kon treffen. Deze 'regel' laat ook zien welke factor het meest voor de hand ligt om een eventuele compensatie van de hand te wijzen: de wetenschap van de criminele activiteiten en derhalve eigen schuld (art. 6:101 BW) aan het ontstaan daarvan.

De vraag dringt zich op wat het 'normaal maatschappelijk risico' in het licht van deze overwegingen nog als drempel voor schadevergoedingsclaims te betekenen heeft. Dat dergelijke drempels in het bestuursrecht algemeen gebruikelijk zijn, is bekend. De rechtvaardiging voor deze drempels is niet altijd helemaal eenduidig. In het milieurecht wordt de regel dat alleen onevenredig nadeel wordt vergoed gemotiveerd met de 'eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer'. Daarbij speelt ook het beginsel 'de vervuiler betaalt' een belangrijke rol.⁴⁷ In het ruimtelijke ordeningsrecht wordt de 2%-drempel voor indirecte planschade gemotiveerd met de stelling dat een ieder die deel uitmaakt van de samenleving te maken krijgt met feitelijke of juridische veranderingen, al dan niet door de overheid geëntameerd, en in beginsel ook het risico draagt dat aan deze veranderingen nadelige gevolgen verbonden zijn.⁴⁸ De motivering van *kortingspercentages* (die worden toegepast op nadeel waarvan reeds is vastgesteld dat zij onevenredig is) houdt vooral verband met de *voorzienbaarheid*: hoe meer de maatregel of de ontwikkelingen 'in de lijn der verwachtingen lag', hoe hoger het bedrag dat voor eigen rekening dient te blijven.⁴⁹ Het is van belang te onderstrepen dat deze redenen om niet alle schade te vergoeden niet schuilen in de overweging dat het hier telkens zou gaan om geringe, te verwaarlozen nadelen ('bagatelschade'). Het 'normaal maatschappelijk risico' geeft uitdrukking aan de gedachte dat schade van een bepaalde omvang voor rekening van de burger zelf blijft, in het licht van de onvermijdelijke nadelen die men soms zal ondervinden wanneer mensen op een beperkt grondgebied samenleven. In haar proefschrift betoogt Dane dat deze typisch bestuursrechtelijke gezichtspunten ook bij strafvorderlijk optreden zouden kunnen worden toegepast. De

47 Circulaire Schadevergoedingen, *Stcrt.* 1997, nr. 246, p. 32.

48 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62-63.

49 Zie reeds ARvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. JHWdP (*Paul Krugerbrug II*).

voorzienbaarheid zou een rol mogen spelen, nu bekend is dat 'de normale toepassing van bepaalde dwangmiddelen veelal bepaalde materiële en immateriële schade zal berokkenen'.⁵⁰ Ook wijst zij erop dat alle burgers delen in de veiligheid van de maatschappij, zodat voor al die burgers een relatief klein eigen risico kan worden geaccepteerd indien zij betrokken raken bij het door de overheid uitvoeren van haar taken die gericht zijn op de beveiliging van de maatschappij.⁵¹ Ik vraag me echter af of deze overwegingen zonder meer redengevend kunnen zijn om de derde met een deel van zijn schade te laten zitten. Inderdaad is er wel zoiets als een ervaringsregel dat normale toepassing van dwangmiddelen tot (im)materiële schade zal leiden, maar deze regel brengt mijns inziens niet met zich dat het voor een derde-te goeder trouw ook voorzienbaar is dat deze schade uitgerekend hem zal treffen. Bij gebreke van een *concrete* voorzienbaarheid is voor toepassing van de voorzienbaarheid *in abstracto* in mijn optiek alleen plaats wanneer men zou kunnen stellen dat de gemiddelde Nederlander nu eenmaal geregeld met de nadelen ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden te maken krijgt, zo vaak zelfs dat enig nadeel altijd voor rekening van de getroffene zelf behoort te blijven. Het lijkt geen al te boude stelling dat de toepassing van dwangmiddelen voor de gemiddelde Nederlander niet tot dergelijke 'normale risico's' behoort. Ik zie dan ook niet waarom het redelijk zou zijn om ook bij derden op de schade een forfaitair bedrag in mindering te brengen. Een consequente toepassing van de door Dane geformuleerde ervaringsregel zou bovendien zijn dat een forfaitair bedrag in mindering moeten worden gebracht op schade in de vorm van fysiek letsel van een toevallige voorbijganger. De ingrijpendheid van de overheidshandeling, het onverhoedse karakter daarvan, het ontbreken van eigen schuld en de aard van de schade wijzen mijns inziens in zo'n geval slechts in de richting van een vergoeding van de volledige schade. Deze hoofdregel zou moeten gelden ongeacht de hoedanigheid van de derde; er is geen aanleiding om toevallige passanten, verhuurders (zoals Lavrijsen) of familieleden anders te behandelen. Indien de wetenschap van criminele activiteiten ontbreekt en zij zich ook overigens niet roekeloos hebben gedragen, dienen zij in gelijke mate aanspraak op een schadevergoeding te hebben. Daarom is in de Wherestad-casus uiteindelijk ook niet zo relevant dat het hier om een *sociale* verhuurder ging; het is niet in te zien dat het enkele feit dat men commercieel woningen verhuurt met zich brengt dat een deel van de schade wel voor eigen rekening van de derde zou moeten blijven. De factoren die werkelijk gewicht in de schaal leggen, en die het Hof Amsterdam onder 2 tot en met 4 noemde, gaan voor een commercieel bedrijf immers in niet mindere mate op.

Een eventuele aanvaarding van deze hoofdregel van volledige schadevergoeding zou mijns inziens geen al te grote breuk zijn met de huidige rechtspraak van de Hoge Raad. In dit verband is een arrest van 17 september 2004 van belang. Hierin formuleerde de Hoge Raad welke gezichtspunten bij het criterium van het 'normaal maatschappelijk risico' van belang zijn, te weten 'de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als ge-

50 Dane 2009, p. 521.

51 Dane 2009, p. 522, N.M. Dane, 'Wat is het normaal maatschappelijk risico van een Hells Angel? Over het égalitébeginsel en de vergoeding van strafvorderlijke schade', O&A 2009, p. 146.

volg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade'.⁵² Deze factoren zijn in de (overigens niet erg omvangrijke) jurisprudentie tot nu toe nog geen aanleiding geweest om de schade geheel of deels tot het normaal maatschappelijk risico te rekenen. Over de *aard van de schade* valt op te merken dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest heeft bepaald dat *zaakschade* al snel voor vergoeding in aanmerking komt: '[S]chade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, [behoort niet] tot het maatschappelijk risico van die ander.' Het uitgangspunt van Dane en Kwakman, die juist bij sommige zaakschade menen dat de schade wél tot het normaal maatschappelijk risico zou behoren, staat hiermee mijns inziens op gespannen voet.⁵³ Bij zaakschade ligt het verder niet voor de hand om eventuele geringe schade voor rekening van de getroffene te laten.⁵⁴ Dit hangt samen met de hoge plek die zaakschade in de 'hiërarchie' van vergoedbare schades inneemt. Het arrest *Lavrijsen* laat echter zien dat dit niet betekent dat zuivere vermogensschade (verminderde opbrengst van de mestvarkens, veterinaire kosten e.d.) wel deels zelf moet worden gedragen.

De *voorzienbaarheid* was aan de orde in het al genoemde arrest *Wherestad*. De Staat betoogde dat Wherestad als bedrijfsmatig verhuurder op grote schaal woningen verhuurt, zodat objectief voorzienbaar zou zijn dat eventueel strafvorderlijk overheidsoptreden tegen een huurder in voorkomend geval voor haar tot enige schade kan leiden. Omdat dit inherent zou zijn aan deze economische activiteit, zou de schade tot het normale bedrijfsrisico van Wherestad behoren. De Hoge Raad verwierp dit cassatiemiddel en sloot zich aan bij het oordeel van het Hof, dat op grond van de al genoemde factoren tot het oordeel was gekomen dat sprake was van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel. Dit impliceert ook dat voor de bestuursrechtelijke praktijk dat op een nadeel dat op zichzelf onevenredig is een kortingspercentage wordt toegepast,⁵⁵ in strafvorderlijke situaties niet snel ruimte zal zijn. Zo is er bij zaakschade – die dus al snel abnormaal zal zijn –

'(...) geen plaats voor en ook geen behoefte aan een afzonderlijke toetsing aan de hand van de vraag of bepaalde omstandigheden al dan niet tot het maatschappelijke risico van de benadeelde behoren: deze omstandigheden behoren immers al verdisconteerd te zijn in het oordeel dat de overheid in beginsel aansprakelijk is.'⁵⁶

En bij dit laatste oordeel – de factoren die met zich brengen dat de overheid in beginsel aansprakelijk is – laat de civiele rechter zich tot op heden vooral leiden door de reeds genoemde overwegingen uit het arrest van het Hof Amsterdam.

52 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, m.nt. JBMV.

53 Kwakman 2003, p. 367, Dane 2009, p. 521. Zij noemen als voorbeeld een 'makkelijk vervangbare deurkruk of een paar vernielde ruiten'.

54 Aldus ook AG Spier, conclusie bij HR 2 oktober 2009, LJN BJ1708, JA 2009, 164.

55 Zie bijv. ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350, ABRvS 24 juni 2009, LJN BI9694, TBR 2009, 172, m.nt. Sluysmans.

56 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, m.nt. JBMV.

Feitelijk is er slechts één factor die met zich kan brengen dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort: de omvang van de schade. Daarover heeft de Hoge Raad het volgende gesteld:

‘Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd.’⁵⁷

In deze overweging staat niets anders dan dat bagatelschade niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁵⁸ De factor ‘omvang van de schade’ zal in strafvorderlijke gevallen vooral relevant zijn in het kader van deze notie. Maar dergelijke schade kan men ook onvergoed laten *zonder* analoge toepassing van het ‘normaal maatschappelijk risico’. De gelaedeerde zal immers moeten kunnen aantonen *dat* hij schade heeft geleden: zonder schade (art. 6:95 BW) geen schadevergoeding. Voorzover hij daar wel in slaagt, kan men ook direct het adagium *de minimis non curat praetor* toepassen: voor triviale, onbeduidende nadelen kan men een ander niet aansprakelijk houden. Met de rechtstreekse toepassing van die regel kan men hetzelfde resultaat bereiken als de Hoge Raad thans doet door het normaal maatschappelijk risico aan te grijpen. Daarvoor heeft men de inzichten uit het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht niet nodig, want de *de minimis*-regel komt niet uit het bestuursrecht. Ook in het civiele recht wordt deze regel toegepast om verwaarloosbare nadelen voor rekening van de getroffene zelf te laten.⁵⁹

Ik stelde reeds dat artikel 6:101 BW (eigen schuld) bij onschuldige derden een voor de hand liggende maatstaf is om schade geheel of deels aan de getroffene zelf toe te rekenen. Dat is ook in het Franse recht het geval: zo wordt geen aansprakelijkheid van de overheid aangenomen als een derde zelf aan het incident in het kader waarvan de schade ontstond deelnam.⁶⁰ In de Nederlandse jurisprudentie speelt deze (civielrechtelijke) maatstaf tot op heden een belangrijker rol als mitigerende factor dan het normaal maatschappelijk risico. Gedacht kan worden aan de situatie dat een derde wetenschap heeft van criminele activiteiten of dat althans had kunnen vermoeden. Onder omstandigheden blijkt ook het bestaan van een *familieband* aanleiding te kunnen zijn om een deel van de schade niet te vergoeden. Ik deel de kritische commentaren over deze laatste toepassing van het leerstuk van de ‘eigen schuld’.⁶¹ Het is moeilijk in te zien waarom het enkele bestaan van een

57 HR 17 september 2004, NJ 2005, 392, m.nt. JBMV.

58 Zie AG Langemeijer, conclusie bij Staat/Lavrijsen sub 2.5 voor enige voorbeelden.

59 Zie uitvoeriger I. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 2007. Zie ook W.H. van Boom, ‘De minimis non curat praetor’, *NTBR* 2009, p. 169.

60 CE 13 oktober 1982, *Rec.* p. 340 (*Berrandou*). Omdat het regime *sans faute* niet van toepassing is, zal de participant het (lastige) bewijs moeten leveren dat de politie een *faute* heeft begaan door de schade toe te brengen.

61 Zie Van Boom (*JA* 2004, 14) en Vranken (*NJ* 2005, 392) in hun noten bij HR 17 september 2004.

familieband een grond voor eigen schuld is, indien tevens vaststaat dat de derde geen weet heeft van de criminele activiteiten van de inwonende. Het hierop baseren van 'eigen schuld' zal in de praktijk vermoedelijk leiden tot nogal willekeurige onderscheidingen tussen de personen die in een bepaalde 'bijzondere' relatie tot de verdachte staan. Ik sluit niet uit dat dit bij levenspartners anders kan zijn,⁶² maar het zwaartepunt zou ook dan moeten liggen in de wetenschap (of, iets minder sterk, het vermoeden) dat de partner zich inlaat met criminele activiteiten en niet in de familieband *an sich*.

4.3 Conclusie

Wanneer men de jurisprudentie ten aanzien van derden in beschouwing neemt, dringt zich de conclusie op dat de Hoge Raad *de facto* een zuivere risico-aansprakelijkheid aanvaardt. Met het toebrengen van de schade aan de derde is in beginsel de aansprakelijkheid van de overheid gegeven. Het *égalité*beginsel is als 'bron' van deze risicoaansprakelijkheid mijns inziens niet geschikt, aangezien noch de speciale, noch de abnormale last hun natuurlijke functie als drempel voor het recht op schadevergoeding kunnen vervullen. De voornaamste verklaring voor de ruimhartige benadering ten opzichte van derden ligt in de ingrijpendheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel,⁶³ de onschuld van de derde en het feit dat deze tegen deze schade geen schadebeperkende maatregelen heeft kunnen nemen.⁶⁴ Deze factoren kan men beter relateren aan de notie dat met strafvorderlijk overheidsoptreden voor derden nu eenmaal risico's verbonden zijn, die in beginsel tot aansprakelijkheid van de overheid leiden zodra dit risico zich verwezenlijkt. Een eventuele aftrek op grond van het 'normaal maatschappelijk risico' laat zich hiermee lastig verenigen en wordt ook in het Franse recht in dit soort situaties niet toegepast. Ik verwacht dan ook niet dat met de toepassing van het normaal maatschappelijk risico bij strafvorderlijk optreden tot net zulke genuanceerde resultaten zal worden gekomen als bij bestuursrechtelijk optreden. Maatstaven die wél relevant zijn om niet altijd alle schade te hoeven vergoeden, kunnen evenzeer worden ontleend aan afdeling 6.1.10 BW (in het bijzonder de notie 'eigen schuld') of aan het algemene aansprakelijkheidsrecht (de *de minimis*-regel).

5 De vergoeding van de schade van ex-verdachten

5.1 De *égalité* en de ex-verdachte

Na deze opmerkingen over de derde wil ik in deze paragraaf ingaan op de ex-verdachte. De grondslag, de omvang en de modaliteiten van het recht op vergoe-

62 Rb. Den Haag 1 april 2009, *NJF* 2009, 401.

63 Aan de factor 'aard van de overheidshandeling' komt derhalve wel relevantie toe, doch slechts in die zin dat schade die door een ingrijpende maatregel als een strafvorderlijk dwangmiddel bij een derde ontstaat, in beginsel moet worden vergoed.

64 De relevantie van de schadebeperkingsplicht als 'mitigerende' factor is bij derden mijns inziens dan ook beperkt. De onmogelijkheid om de schade te voorzien is wel een positieve indicatie van het feit dat de schade in beginsel moet worden vergoed.

ding van schade aan ex-verdachten vormen een weerbarstige en lastige materie, die in het kader van deze bijdrage niet diepgaand kunnen worden behandeld. Ook hier beperk ik me vooral tot de vraag of het égalitébeginsel voor hun schade veel te bieden heeft. Zoals gesteld is deze materie bovendien versnipperd geregeld: er is een grondslag in de wet (art. 89 Sv en verder) en in de rechtspraak van de burgerlijke rechter. De kritiek op de wettelijke regeling van artikel 89 Sv e.v. spitst zich mede toe op de suggestie dat de eventuele toekenning van een vergoeding slechts een van overheidswege te verlenen gunst zou zijn. In de strafvorderlijke literatuur wordt door velen bepleit te erkennen dat een *recht* op schadevergoeding bestaat.⁶⁵ Wel krijgt men soms de indruk dat de verwijzing naar de égalité in dit verband vooral dient om aan dit karakter van een rechtsplicht uitdrukking te geven. De vraag of de égalité ook een *geschikte* grondslag biedt voor dit soort schade, wordt meestal niet aan de orde gesteld. Door sommigen wordt dit evenwel met recht in twijfel getrokken. Zo menen Roef & De Roos dat de strafrechter de vraag of er billijkheidsgronden zijn voor schadevergoeding positief kan beantwoorden indien blijkt dat het voorarrest van meet af aan onrechtmatig was. Er kan dan moeilijk gesproken worden van een toepassing van de 'verdelende rechtvaardigheid', maar veeleer van een vorm van 'vergeldende rechtvaardigheid': de strafrechter doet op dat moment niets anders dan schade vergoeden. Om die reden menen zij dat de schadevergoeding op grond van de artikelen 89-93 Sv geen verdelingsinstrument is en evenmin gestoeld is op de égalité. Bij het toekennen van schadevergoeding naar aanleiding van strafvorderlijk optreden speelt de verhouding tussen getroffen burgers en niet-getroffen burgers immers geen rol.⁶⁶ Op dit laatste punt wijst ook Van Maanen. Als ik hem goed begrijp meent hij dat een ex-verdachte wiens onschuld is komen vast te staan in beginsel steeds recht heeft op schadevergoeding en hoeft hij niet aan te tonen dat hij zich onderscheidt van vergelijkbare andere burgers.⁶⁷

Ook wanneer men redeneert vanuit het hierboven gestelde over de kenmerken van de égalitéaansprakelijkheid, kan men betwijfelen of de égalité een geschikte grondslag is. De eis dat het offer *in het algemeen belang noodzakelijk* was, veronderstelt dat het doel dat werd beoogd met de schadeveroorzakende handeling ook daadwerkelijk werd bereikt. Zo kan men in de casus van het bekende Leffers-arrest stellen dat het offer van swillboer Leffers een vervelend, maar onvermijdelijk gevolg was van de beleidsdoelstelling die de minister zich had gesteld: het effectief bestrijden van de Afrikaanse varkenspest. Wanneer de onschuld van de verdachte komt vast te staan, dan wordt het doel waarmee dit dwangmiddel is ingezet (de oplegging van een straf) echter *niet* bereikt. Door deze later gebleken onschuld is aan de in hechtenis genomen burger in wezen zinloos schade toegebracht.⁶⁸ Daarom betwijfel ik of men deze schadevergoedingsregeling kan verklaren door een

65 Zie Dane 2009.

66 D. Roef & Th. de Roos, 'Het verhaalsrecht van de gewezen verdachte', in: C.P.M. Cleiren e.a., *Voor risico van de overheid?*, Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 240.

67 Van Maanen 2002, p. 60.

68 Vgl. De Kok 1993, p. 437-438: 'De voorlopige hechtenis is een voorschot op de (definitieve) straf. Volgt die niet, dan komt de hechtenis in de lucht te hangen. Anders gezegd: door het niet bereiken van het uiteindelijke doel waarvoor het dwangmiddel wordt ingezet: een oplegging van straf, verliest deze zijn legitimatie.'

verwijzing naar de égalité. Mijns inziens kan het recht op schadevergoeding in dit soort situaties op goeddeels dezelfde wijze worden verklaard als in de in paragraaf 4 besproken situaties: indien duidelijk is dat de burger *onschuldig* is, zal hij de toepassing van dit dwangmiddel niet hebben kunnen voorzien en daartegen evenmin schadebeperkende maatregelen hebben kunnen nemen. In zo'n geval dient in beginsel (enige vorm van) schadevergoeding te worden toegekend.

5.2 De geschiktheid van de égalité als toetsingskader

Veel van de opmerkingen die ik hiervoor maakte over de derde, gaan ook op voor de ex-verdachte. In elk geval kan worden vastgesteld dat ook bij deze vorm van schade de relatie van de benadeelde tot andere (niet-?)benadeelden in de rechtspraak geen rol van betekenis speelt.⁶⁹

Hiervoor merkte ik over de égalité op dat deze vorm van aansprakelijkheid wordt gekenmerkt door haar drempelkarakter. Bij de derde *lijkt* sprake van een vorm van aansprakelijkheid met een dergelijk karakter, maar gebleken is dat dit *de facto* niet zo is. Hoe zit dat nu met de gewezen verdachte? Vastgesteld kan worden dat enige drempel in elk geval in de 'ex post'-jurisprudentie van de Hoge Raad geen rol speelt. Immers, met het bewijs van de onschuld is ook de schadeplicht van de overheid gegeven. Het optreden is, zoals de Hoge Raad in het Van der Valk-arrest bepaalde, onrechtmatig *voor zover het schade toebracht*, niet voor zover het *onevenredige* schade toebracht.⁷⁰ Niet voor niets wordt deze jurisprudentie wel gekenschetst als een vorm van risicoaansprakelijkheid.⁷¹ Het is een nogal ander uitgangspunt wanneer de onschuldig gebleken verdachte zal moeten bewijzen *onevenredig* te zijn benadeeld, in het bijzonder omdat ook hier onduidelijk is waar de grenzen van het 'normaal maatschappelijk risico' lopen.⁷² Zo wordt in de civiele rechtspraak geen onderscheid gemaakt al naar gelang de aard van de verschillende strafvorderlijke bevoegdheden (de factor 'aard van de overheidshandeling'). Of het gaat om een al dan niet vrijheidsbenemende maatregel, een dwangmiddel of een sanctie: voor de civiele rechter is dit geen aanleiding om een minder dan volledige schadevergoeding toe te kennen bij het succesvol inroepen van de *ex post*-constructie. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet in hoeverre is beoogd in dit systeem wijzigingen aan te brengen en wat de introductie van de onevenredigheidsdrempel in dit verband precies impliceert.

Ook in de jurisprudentie op grond van artikelen 89-90 Sv speelt de drempel van onevenredigheid geen rol. Bakels concludeerde in dit verband reeds in 1991 dat artikel 89 Sv in beginsel verlangt dat schadevergoeding wordt toegekend als iemand ten aanzien van wie één van de in artikel 89 Sv genoemde dwangmiddelen is toegepast geen straf of maatregel krijgt opgelegd. In zo'n geval zijn er in beginsel

69 Vgl. Roef & De Roos 1996, p. 240. Anders: Dane 2009, p. 508-509.

70 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (*Van der Valk*).

71 H.A. van den Berg & K. Rozemond, 'Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen', *RM Themis* 1992, p. 55-56, met verwijzingen.

72 Vgl. C.J.M. van Dam, *Schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden*, Tilburg: Celsus 2008, p. 92.

gronden van billijkheid aanwezig in de zin van artikel 90 Sv.⁷³ Ook hier zal het dus een vertaalslag vergen om de ex-verdachte de bewijslast van de onevenredigheid van zijn nadeel op te dragen. In elk geval staat vast dat de factor 'omvang van de schade' in de regel niet tot een vermindering van het recht op schadevergoeding leidt: in het huidige systeem krijgt men de schade die men lijdt doordat men ten onrechte in verzekering is gesteld vanaf dag één gewoon vergoed.⁷⁴ De factor 'voorzienbaarheid in abstracto' is daarbij geen aanleiding om op deze vergoeding een bedrag in mindering te brengen. Dat ligt ook niet voor de hand, aangezien voor de gemiddelde burger niet voorzienbaar is dat op hem, hoewel hij onschuldig is, dwangmiddelen zullen worden toegepast. Voor zover er concrete aanwijzingen waren dat dit wel het geval zou zijn, kan daarmee in het kader van artikel 6:101 BW rekening worden gehouden.

Dane laat in haar proefschrift zien welke factoren in de praktijk *wel* van belang blijken. Daartoe behoort het causaal verband: soms, bijvoorbeeld bij publiciteitschade, hangt de schade niet voldoende samen met de vrijheidsbeneming om voor vergoeding in aanmerking te komen. Immateriële schade blijkt *ex aequo et bono* te worden begroot, en wordt in het algemeen vastgesteld met behulp van een standaardmaatstaf. Een eventuele vermindering of afwijzing van het recht op schadevergoeding wordt echter vooral gezocht in artikel 6:101 BW (eigen schuld), bijvoorbeeld wanneer men een verwijtbare proceshouding heeft aangenomen.⁷⁵ Het is frappant dat de toelichting bij het wetsvoorstel nauwelijks aandacht besteedt aan deze op grond van artikel 89 Sv gewezen rechtspraak. Het ligt in de rede dat de in deze rechtspraak zichtbare tendensen ten aanzien van het bestaan en de omvang van een schadevergoedingsplicht een belangrijke rol zullen gaan spelen in een toekomstige algemene regeling van 'schadecompensatie'. Het ligt echter juist *niet* in de rede om over de hele linie van het strafvorderlijk overheidsoptreden een criterium te introduceren waarmee in de rechtspraak nog nauwelijks ervaring is opgedaan en dat naar mijn idee ongeschikt is om schadevergoedingsclaims naar aanleiding van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen te beoordelen. Toch is het precies dat laatste wat de wetgever doet.

Ook bij de ex-verdachte dringt zich de vraag op of met een analoge toepassing van afdeling 6.1.10 BW niet ook het resultaat kan worden bereikt dat niet steeds alle schade hoeft te worden vergoed. Uit de toelichting noem ik het voorbeeld van immateriële schade ten gevolge van een telefoontap. De dientengevolge geleden schade (in verband met schending van de privacy) is volgens de wetgever niet onevenredig en hoeft dus niet te worden vergoed.⁷⁶ Wanneer men rechtstreeks artikel 6:95 jo. artikel 6:106 BW zou toepassen, zou men tot een vergelijkbaar resultaat komen. Deze bepalingen bevatten reeds een 'drempel' voor de vergoeding van dit soort schade, nu deze alleen wordt vergoed bij een 'ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer'.⁷⁷ Deze maatstaf is ook in de parlementaire geschiedenis van het BW

73 F. Bakels, 'Iets over de art. 89 en 90 Sv', *NJB* 1991, p. 287.

74 Van Dam 2008, p. 85.

75 Dane 2009, p. 159-162.

76 Memorie van Toelichting, p. 14.

77 ABRvS 15 januari 1998, *NJB* 1998, p. 405.

genoemd als mogelijkheid waarin immaterieel nadeel kan worden vergoed.⁷⁸ Dit is een hoge drempel, die ook in bestuursrechtelijke nadeelcompensatiezaken slechts zelden wordt bereikt.⁷⁹ Deze drempel mag echter niet worden verward met de drempel van het 'normaal maatschappelijk risico'. In elk geval heeft men die laatste drempel niet nodig om hetzelfde resultaat te bereiken.

Opmerkelijk is ook de wijze waarop de wetgever omgaat met de rechtspraak over artikel 89 Sv ten aanzien van eigen schuld (art. 6:101 BW). Dit criterium zal in het gros van de gevallen een natuurlijk aanknopingspunt zijn om schade (deels) niet te vergoeden.⁸⁰ Maar in de toelichting wordt artikel 6:101 BW alleen expliciet genoemd voor het onderdeel van de regeling dat ziet op *onrechtmatig* strafvorderlijk handelen;⁸¹ voor wat betreft het onderdeel *rechtmatig* veroorzaakt nadeel wordt aansluiting gezocht bij het bestuursrechtelijke leerstuk van de *risicoaanvaarding*.⁸² Daarbij denkt de wetgever aan het geval dat de verdachte wisselende verklaringen aflegt, geen verklaring heeft voor belastende omstandigheden of wordt aangehouden omdat hij stelt een bom in zijn tas te hebben (actieve risicoaanvaarding). Als ander voorbeeld wordt genoemd het geval waarin een verdachte zich beroept op zijn zwijgrecht en dus riskant 'stilzit' (passieve risicoaanvaarding).

Ik geef toe: de precieze grenzen tussen risicoaanvaarding en eigen schuld zijn niet scherp te trekken. Om aan alle verwarring een eind te maken is het uitgangspunt van de Hoge Raad dat risicoaanvaarding geen zelfstandige rechtsfiguur is *naast* eigen schuld.⁸³ De bestuursrechter denkt daar anders over, want in de bestuursrechtelijke nadeelcompensatiejurisprudentie speelt risicoaanvaarding een vrij belangrijke rol, vooral in het planschaderecht. Een argument om aan te sluiten bij deze bestuursrechtelijke verschijningsvorm van 'eigen schuld' zou erin kunnen zijn gelegen dat het ook in het strafrecht nuttig is om aan te sluiten bij het bestuursrecht, dat bij deze leerstukken werkt met 'voortekenen' die op een bepaald (peil)moment zichtbaar zijn (denk aan het kopen van een woning op het moment dat een herzien bestemmingsplan ter inzage ligt). Dergelijke voortekenen en peildata spelen in de strafrechtelijke jurisprudentie, voor zover ik kan overzien, echter geen rol. Op dit punt kan het leerstuk van de schadecompensatie dus niet veel van het bestuursrecht leren. Het is ook niet nodig om op die wijze te redeneren. Voor zover eigen gedragingen mede aanleiding zijn geweest tot de toepassing van een dwangmiddel, biedt artikel 6:101 BW een uitstekende maatstaf om daarmee in het kader van de omvang van de aansprakelijkheid rekening te houden. Dat geldt ook voor de schade van derden. De justitiële autoriteiten zullen als regel immers geen signalen afgeven dat een huiszoeking eraan zit te komen, omdat dit haaks staat op het gewenste verrassingseffect. Ook voor dit soort situaties volstaat het derhalve om 'gewoon' aan te sluiten bij artikel 6:101 BW. Ook de plicht tot het nemen van

78 Zie voor details Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.6.

79 Zie E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A* 2007, p. 202.

80 Zie reeds Bakels 1991, p. 289-290, Van den Berg & Rozemond, p. 60-61, Dekker 1995, p. 753.

81 Memorie van Toelichting, p. 17.

82 Memorie van Toelichting, p. 14-15, kennelijk in navolging van Kwakman 2003, p. 420; zie ook Dane 2009, p. 524.

83 HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622, m.nt. CJHB.

schadebeperkende maatregelen, die Kwakman ook als een relevante factor ziet, kan aan dit artikel worden gerelateerd.⁸⁴

5.3 Conclusie

Ook ten aanzien van de ex-verdachte kan worden geconcludeerd dat de bestuursrechtelijke rechtspraak over de *égalité* niet of nauwelijks als bron van inspiratie voor het leerstuk van de 'schadecompensatie' zal kunnen dienen. Dat ex-verdachten in het huidige stelsel niet altijd recht hebben op volledige schadevergoeding, brengt nog niet met zich dat hier per definitie sprake is van een recht op schadevergoeding met een drempelkarakter. Soms blijkt de ex-verdachte wel degelijk recht op een volledige schadevergoeding te hebben (in de ex post-constructie), in andere gevallen (bij art. 89 Sv) wordt in elk geval standaard een compensatie gegeven indien gronden van billijkheid aanwezig zijn. Deze gronden van billijkheid worden in de huidige rechtspraak echter niet ingevuld door middel van typisch bestuursrechtelijke nadeelcompensatiecriteria. De introductie van het normaal maatschappelijk risico in dit rechtsgebied, waar de overheidsmaatregelen in de regel *geen* 'normaal' maar een nu juist bij uitstek zeer ingrijpend karakter hebben, wringt dan ook. Het ligt meer voor de hand om de vraag naar de omvang van de schadevergoeding primair vast te stellen aan de hand van afdeling 6.1.10 BW, in combinatie met specifiek aan de strafvorderlijke context verbonden factoren, zoals het gegeven dat de verdachte door een formele fout aan veroordeling en bestrafing is ontsnapt.⁸⁵ Een toekomstige regeling van schadecompensatie moet ruimte laten om met beide elementen rekening te kunnen houden, zodat ik in zoverre de betogen van Kwakman en Dane onderschrijf.⁸⁶ Anders dan hen zie ik echter niet waarom bij strafvorderlijk overheidsoptreden de bestuursrechtelijke nadeelcompensatiecriteria (mede) een bruikbare invalshoek bieden.

6 Lessen voor de wetgevers

Na deze kanttekeningen over de geschiktheid en de bruikbaarheid van de *égalité* als toetsingsmaatstaf voor strafvorderlijk overheidshandelen, is het goed om in deze laatste paragraaf voorop te stellen dat het goed is dat de wetgever op beide terreinen in actie is gekomen. Na decennia van niet altijd bevredigende ervaringen met regelingen die op sommige handelingen wel, en op andere niet van toepassing zijn, zou het zowel in het bestuursrecht als het strafrecht een grote stap vooruit zijn om te beschikken over omvattende, uniforme regelingen voor rechtmatig veroorzaakte schade. Zeer belangrijk is ook dat de wetgever op beide terreinen tot het inzicht is gekomen dat een verdere ontwikkeling van het nadeelcompensatieleerstuk in de schoot van de burgerlijke rechter, die noodgedwongen

84 Kwakman 2003, p. 420. In het licht van de onvoorzienbaarheid van het overheidshandelen is de betekenis van de plicht tot schadebeperking in het strafrecht mijns inziens overigens beperkt.

85 Bakels 1991, p. 291.

86 Kwakman 2003, p. 422, Dane 2009, p. 518.

noodconstructies toepast, niet in de rede ligt. Ook op dit punt verdienen de initiatieven van de wetgever slechts instemming.

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat mijn kritiek op de strafvorderlijke regeling zich vooral richt op de inhoud en opzet van de regeling. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat de wetgever nu juist *afstand* heeft genomen van de *égalité*. De keuze voor de 'evenredigheid in concreto' is immers mede ingegeven door de mogelijkheid om met meer factoren dan het gelijkelijk verdelen van lusten en lasten over de samenleving rekening te houden. *De facto* heeft de voorliggende regeling echter veel kenmerken gemeen met een bestuursrechtelijke nadeelcompensatieregeling. In het voorgaande heb ik getracht iets van de bestuursrechtelijke denkwereld bloot te leggen en heb ik beargumenteerd waarom de ratio en de uitgangspunten van de aansprakelijkheid op grond van de *égalité* zich moeizaam laten toepassen binnen het strafrecht. De wetgever onderkent dit mijns inziens onvoldoende en heeft slechts summier onderbouwd welke inhoud aan de schadedrempel van de 'onevenredigheid' van het nadeel op dit terrein precies moet worden gegeven. Deze maatstaf zal op dit terrein vermoedelijk vooral tot rechtsonzekerheid leiden.

Dat deze maatstaf in minder gevallen dan thans het geval is tot overheidsaansprakelijkheid zal leiden, lijkt in elk geval een gegronde verwachting. Waar we ten aanzien van de derde maar moeten afwachten of de jurisprudentie van de Hoge Raad ook onder de nieuwe regeling zal worden doorgezet, is het ook de vraag of de huidige regeling van artikel 89 Sv 'gewoon' zal worden doorgezet. Onder de vigeur van die regeling bestaat thans in beginsel een recht op een (vaak forfaitair bepaalde) vergoeding als het niet tot de oplegging van een straf is gekomen. Onder de thans voorliggende regeling moet de verdachte echter eerst aantonen *onevenredig, boven zijn normaal maatschappelijk risico* uitstijgend nadeel te hebben geleden. *Daarna* wil de wetgever zich de mogelijkheid voorbehouden om bij amvb maxima te stellen aan de hoogte van de vergoeding.⁸⁷ Dat de ex-verdachte dus *al* zijn onevenredige nadeel vergoed zal krijgen, is niet gegarandeerd. Hoewel ik begrip heb voor de wil van wetgever om de aansprakelijkheid van de overheid beheersbaar te houden door met forfaits te werken, vraag ik me af of hij zich realiseert hoe groot de breuk met de bestaande praktijk zal zijn als dit voorstel wet zou worden. Dit probleem wordt nog eens versterkt doordat de toepassing van de regeling niet in handen is gegeven van de onafhankelijke rechter, maar van het parket-generaal, dat met dit drempelkarakter overigens wel raad zal weten.⁸⁸

Zoals gesteld laat de *Lavrijsen*-rechtspraak mijns inziens zien dat de Hoge Raad *de facto* een risicoaansprakelijkheid heeft aanvaard. De praktijk van forfaitaire bedragen op grond van artikel 89 Sv gaat eveneens uit van een *in beginsel* bestaand recht op vergoeding. Het is niet uit te sluiten dat een dergelijke praktijk ook onder het door de wetgever beoogde stelsel van schadecompensatie zal worden gecreëerd, maar noch de tekst van de wet, noch de toelichting, geven voldoende garanties. Omdat de motivering van de wetgever ten aanzien van de vraag wanneer

87 Memorie van Toelichting, p. 16.

88 Vgl. J.E. Hoitink e.a., 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden. Goed gefundeerd of vooral praktisch benaderd?', *NJB* 2008, p. 873, die over de *égalité*criteria opmerken dat zij 'weinig houvast voor toewijzing bieden, maar vooral veel aanknopingspunten voor afwijzing'.

schade nu precies wél geacht kan worden 'evenredig' te zijn ontbreekt, is het niet uit te sluiten dat burgers na inwerkingtreding van de regeling alsnog de weg naar de rechter zullen betrachten.⁸⁹ Een dergelijk effect zal de wetgever voor moeten zijn, door overtuigender te motiveren wat de precieze modaliteiten van het recht op schadevergoeding zijn. Naar mijn idee kan een analoge toepassing van afdeling 6.1.10 BW daarbij niet worden gemist, aangezien deze regeling het beste recht doet aan de bestaande schadevergoedingspraktijk. De notie dat alleen 'onevenredig nadeel' voor compensatie in aanmerking komt moet echter worden geschrapt, net als de verwijzing naar het normaal maatschappelijk risico.

Vallen uit het voorgaande ook lessen te trekken voor de Awb-wetgever? Ik denk het wel. Het stelsel van schadevergoeding bij strafvorderlijk overheidsoptreden laat goed zien dat de ene schadeveroorzakende rechtmatige daad de andere niet is en dat dit ook gevolgen kan hebben voor het systeem en de omvang van de aansprakelijkheid. Dat roept de vraag op of het ook in meer algemene zin wellicht noodzakelijk is om te *differentiëren* in de grondslagen voor nadeelcompensatie. Een dergelijk voorstel krijgt niet altijd de handen op elkaar. Betoogd wordt soms dat gewaakt moet worden voor een wildgroei aan grondslagen, kennelijk uit de vrees dat dit de inzichtelijkheid en de geloofwaardigheid van het recht niet ten goede komt.⁹⁰ Voor zover deze grondslagen echter tot materieel verschillende resultaten kunnen leiden en andere gezichtspunten van belang zijn dan de aan het égalitébeginsel verbonden criteria, moet een dergelijke differentiatie niet op voorhand van de hand worden gewezen.

De vraag naar de reikwijdte van de égalité is in de toelichting bij het Voorontwerp niet aan de orde gesteld. Mochten de plannen van de studiegroep doorgaan, dan zal de Awb een regeling bevatten die ziet op elke rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. De in deze bijdrage besproken civiele rechtspraak heeft laten zien dat onder deze formulering ook vormen van schade kunnen vallen die niet goed passen bij het traditionele beeld van het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht, waarin de schade immers vooral wordt veroorzaakt door *besluiten*.⁹¹ Mocht het Voorontwerp wet worden, dan zal de bestuursrechter nog voor lastige afbakeningsvragen komen te staan. Het arrest van de Hoge Raad inzake de TBS'er op proefverlof laat daarvan een indringend voorbeeld zien. De Awb-wetgever zal zich hiervan goed rekenschap moeten geven. In mijn later dit jaar te verschijnen proefschrift, waarin ik deze afbakeningsvragen aan de orde stel, wil ik de wetgever hierbij enkele handvatten geven.

89 Vgl. C.J.M. van Dam, 'Het wetsvoorstel Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', *NTBR* 2009, p. 209. Zie Van Dam 2008, p. 100 voor een voorstel voor een wettelijke regeling dat mijns inziens over sterke kaarten beschikt.

90 Verheij 2002, p. 120, R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gst.* 2007, p. 506.

91 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV.