



31. Waar gehakt wordt, vallen spaanders

OVER DE BEPERKTE MOGELIJKHEDEN TOT SCHADECOMPENSATIE NA STRAFVORDERLIJK OVERHEIDSOPTREDEN

Het is goed voorstelbaar dat de opsporing van strafbare feiten de nodige schade met zich brengt voor burgers die zelf geen verdachte zijn of die later al dan niet ten onrechte als verdachte blijken te zijn aangemerkt. Een doorzoeking van een woning kan meer dan een kapotte voordeur opleveren, vooral als wordt vermoed dat op onbestemde plaatsen in de woning geld, verdovende middelen of vuurwapens kunnen worden aangetroffen. Als het stof is neergedaald, kunnen gedupeerde burgers langs verschillende wegen trachten hun schade vergoed te krijgen, maar een algemene wettelijke regeling ontbreekt. In het Wetboek van Strafvordering zijn slechts enkele bijzondere schadevergoedingsregelingen opgenomen, wat betekent dat een gedupeerde burger voor de overige schades is aangewezen op de schadeveroorzakende bestuurlijke instantie of op de civiele rechter. Deze procedures zijn niet doorzichtig en bieden doorgaans onvoldoende verhaal voor de geleden schade.

1 Wat te doen bij schade na strafvorderlijk overheidsoptreden?

Op zich lijkt het simpel: indien een burger schade wordt berekend als gevolg van een strafrechtelijk onderzoek, zou het mogelijk moeten zijn die schade te verhalen op de overheid die deze schade heeft veroorzaakt. Uiteraard ligt in dat geval de toetssteen voor de hand of het overheidsoptreden van meet af aan onrechtmatig is geweest of achteraf als onrechtmatig dient te worden beoordeeld en of het in dat laatste geval redelijk en billijk is de gehele schade te vergoeden. Zeker ingeval een burger geen verdachte is geweest of ten onrechte als zodanig is aangemerkt, zou een overzichtelijke en laagdrempelige procedure voor de hand liggen. De schade kan in dat geval zonder al te veel gedoe worden vergoed. Of onrechtmatig is gehandeld, kan worden vastgesteld aan de hand van de vraag of het strafvorderlijk overheidsoptreden in overeenstemming is geweest met regels van geschreven en

ongeschreven recht. Indien het overheidsoptreden jegens die burger in strijd is met deze regels, is sprake van onrechtmatig overheidsoptreden. Nu het Wetboek van Strafvordering slechts in bepaalde gevallen een mogelijke procedure tot schadevergoeding kent, met als belangrijkste voorbeeld de schadevergoedingsregeling op grond van artikel 89 Sv voor het geval de verdachte achteraf gezien ten onrechte in voorlopige hechtenis heeft gezeten, kan de gedupeerde gemakkelijk vastlopen in de zoektocht naar de juiste instantie om zijn schade aan te kaarten. Ligt het voor de hand de politieorganisatie aan te spreken als eerstbetrokkenen bij de ontstane schade? Of dient de gedupeerde het hogerop te zoeken bij het Openbaar Ministerie dat verantwoordelijk is voor de handel en wandel van de politiefunctionarissen? Of ligt het voor de hand direct een civiele procedure aan te spannen, met de staat als tegenpartij? Deze onduidelijkheid vormt logischerwijs een hoge drempel voor de gedupeerde in de poging zijn recht te halen, ook als daarbij wordt bedacht

dat juridische bijstand eigenlijk onmisbaar is. Voordat de opgelopen schade kan worden vergoed, dient de gedupeerde (opnieuw) te investeren in zijn rechtsbijstand, met als onzekerheid dat uiteindelijk de opgelopen schade waarschijnlijk niet in het geheel wordt vergoed en met het nadeel dat de extra kosten die worden gemaakt in het kader van de rechtsbijstand doorgaans niet voor vergoeding in aanmerking komen. Het wringt ook dat voor een succesvol verhaal van de schade veel afhankelijk is van de uitkomst van de strafrechtelijke procedure, zodat de gedupeerde doorgaans een lange adem moet hebben om ook een schadevergoedingsprocedure met goed gevolg af te ronden. Specifiek in het geval van een doorzoeking van een woning wordt een redelijk vermoeden van schuld snel aanwezig geacht, zeker als blijkt dat daadwerkelijk bijvoorbeeld drugs of wapens in een woning zijn gevonden.¹ Nadat in beginsel rechtmatig is opgetreden maar uiteindelijk wordt geseponneerd of vrijgesproken, is het aan de ex-verdachte om een schadevergoedingsprocedure te starten. Ook de onschuldige derde, bijvoorbeeld een verhuurder, zal zelf actie moeten ondernemen om de ontstane schade vergoed te krijgen. Zelfs als sprake is van onrechtmatig overheidsoptreden, ligt de bal bij de gedupeerde en zal men geen aanbod tot schadevergoeding ontvangen.

In deze bijdrage wordt uiteengezet tot welke loketten de gedupeerde burger zich zou kunnen wenden (paragraaf 2). Uit die uiteenzetting volgt dat de verschillende procedures slecht op elkaar zijn afgestemd, maar ook dat geen van die procedures echt een oplossing biedt voor het verhaal van de opgelopen schade. De beleidsmatige aanpak van de schadeclaim kan leiden tot een pragmatische afdoening waardoor de gedupeerde niet of nauwelijks wordt gecompenseerd. De civielrechtelijke procedure kent voor het toekennen van een schadevergoeding naar aanleiding van een aanvankelijk rechtmatig optreden dat later toch onrechtmatig blijkt te zijn, weinig ruimte. Aan de hand van de restrictieve criteria die in *civilibus* worden gehanteerd voor de vraag of een schadevergoeding kan worden toegekend, blijkt dat maar weinig schades voor vergoeding in aanmerking lijken te komen (paragraaf 3). De wetgever worstelt blijkbaar al meer dan tien jaar met het opstellen van een geschikte algemene schadevergoedingsregeling. De meest concrete voornemens daartoe volgen nu uit het Moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering (paragraaf 4). De ideeën voor een algemene schadevergoedingsregeling die kunnen worden afgeleid uit een Discussiestuk van het ministerie van Justitie en Veiligheid worden kort besproken. Tot slot worden enkele

suggesties gedaan om te komen tot een verbeterde, onderling consistente regeling voor de afhandeling van opgelopen schade (paragraaf 5).

2 Veel uiteenlopende procedures

De bekendste schadevergoedingsregelingen die in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen zijn die in verband met de onrecht ondergane voorlopige hechtenis (art. 89 e.v. Sv) en de proceskostenvergoedingsregeling (art. 591, 591a en 592a Sv).² Wanneer de burger te maken krijgt met andere vormen van schade, zoals die door een doorzoeking van zijn woning, schade in verband met een inbeslagneming of het binnenvallen door een arrestatieteam, is hij of zij aangewezen op het civiele recht en kan op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) een procedure bij de civiele rechter worden gestart. De bevoegdheid van de civiele rechter om kennis te nemen van dergelijke vorderingen vloeit voort uit artikel 112, eerste lid, Grondwet. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de strafrechtelijke schadevergoedingsprocedure een vordering uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter tot volledige schadevergoeding (art. 5 lid 5 EVRM) niet uitsluit.³

2.1 Schadevergoeding door de schadeveroorzakende instantie

Afgezien van de strafrechtelijke en civielrechtelijke weg zijn gedupeerden aangewezen op 'beleidsmatige' vergoedingen door een veelheid aan overheidsinstanties, waaronder de Nationale Politie, het Openbaar Ministerie (OM), het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB), het Domein Roerende Zaken (DRZ) en de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI). Deze instanties fungeren als het ware als 'voorportaal' ten opzichte van de procedure bij de civiele rechter. De keuze om direct naar de civiele rechter te stappen zal voor een gedupeerde niet de voorkeur hebben, onder andere vanwege de hoge kosten die met een dergelijke procedure gemoeid gaan. De praktijk leert ook dat een gedupeerde die niet eerst bij de instanties zelf aanklopt, door de civiele rechter tegengeworpen kan krijgen dat niet de geëigende weg is bewandeld in de vorm van de beleidsmatige route. Een verzoek tot schadevergoeding dat niet op grond van het Wetboek van Strafvordering kan worden ingediend, wordt in de praktijk veelal 'decentraal' afgedaan: bij de schadeveroorzakende instantie zelf. Een gedupeerde die schade heeft geleden door een poli-

1 J. Baar, 'Onrechtmatig en onrecht binnentreden. De onwenselijke gevolgen van het niet sanctioneren van lichtzinnig politieoptreden', *NJB* 2014/360, p. 453.

2 Zie voor een uitvoerige discussie van de literatuur en jurisprudentie over deze schadevergoedingsregelingen N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, Tilburg: Celsus 2009.

3 HR 7 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9739, *NJ* 1989/532.

tieoptreden kan meestal een verzoek tot schadevergoeding indienen bij de verantwoordelijke politie-eenheid. Afhankelijk van de hoogte van het geclaimde bedrag wordt het verzoek vervolgens behandeld door de politie-eenheid zelf of doorgezonden aan de verzekeraar van de politie.⁴ De politieverzekeraar houdt zich met name bezig met verzoeken in verband met aanhouding, binnentreden, doorzoeking en inbeslagname.⁵ Het OM behandelt de verzoeken eveneens op basis van de hoogte van het geclaimde bedrag. De lagere bedragen worden door de parketten zelf afgehandeld, terwijl zaken met hogere bedragen of complexe zaken door het Parket-Generaal (afdeling Bestuurlijke en Juridische zaken) worden afgedaan. Uit onderzoek van het WODC in 2008 blijkt dat de meeste verzoeken bij het Parket-Generaal betrekking hebben op inbeslagneming en detentie. Al deze beleidsmatig beoordeelde schadevergoedingsverzoeken worden afgehandeld op basis van civielrechtelijke jurisprudentie. De wettelijke bepalingen en uitgangspunten bij de civielrechtelijke afhandeling van de schade die nog worden besproken, zijn zo ook van toepassing bij de beleidsmatige afdoening. Uiteindelijk is ook een belangrijke rol weggelegd voor de zogenoemde *coulance*, maar interne richtlijnen of enig beleid ontbreken.⁶

Opvallend is dat geen actief voorlichtingsbeleid wordt gevoerd ten aanzien van de schadevergoedingsprocedure

Opvallend is dat geen actief voorlichtingsbeleid wordt gevoerd ten aanzien van de schadevergoedingsprocedure. Veel cliënten en zelfs hun advocaten die bijstand hebben verleend in de strafrechtelijke procedure zijn onbekend met deze wijze van afhandelen van de opgelopen schade. Het is nauwelijks te achterhalen waar een gedupeerde zou kunnen aankloppen om een dergelijke afhandeling van de opgelopen schade te realiseren. Op de websites van het OM en de politie ontbreekt bijvoorbeeld enig spoor naar het loket waar een schadevergoedingsverzoek kan worden ingediend. Het juiste loket blijkt in de meeste gevallen de beleidsafdeling te zijn van het politiebureau waar de onrechtmatigheid zou hebben plaatsgevonden, of het parket waaronder die betreffende

politiefunctionarissen ressorteren. Als een dergelijk verzoek eenmaal is ingediend, is de verdere loop van de procedure ongewis en is de uitkomst onzeker. De maatstaf voor de uitkering van de vergoeding van de opgelopen schade is bovendien onbestemd: voor al deze beleidsmatig uitgekeerde vergoedingen geldt tevens dat zij sterk afhankelijk zijn van proceseconomische en budgettaire afwegingen.⁷ Er wordt bovendien dikwijls geschikt en schikken betekent doorgaans dat wordt afgedongen op het oorspronkelijke schadebedrag. Dit alles zorgt voor rechtsonzekerheid en onvrede bij gedupeerden en leidt regelmatig tot klachten bij de Nationale ombudsman op grond van de artikelen 9:18 en 9:24 Awb. Aanbevelingen van de Nationale ombudsman zijn echter niet rechtens afdwingbaar en bestuursorganen zijn niet verplicht om de aanbevelingen op te volgen.⁸ De Nationale ombudsman ontvangt vaak klachten van gedupeerden over de politie die hun woning is binnengetreden in het kader van de Opiumwet, waarbij de politie niets heeft aangetroffen maar wel een voordeur heeft geforceerd met schade tot gevolg. In het onderzoek van de Nationale ombudsman naar onder andere het afhandelen van schadeclaims door politie concludeert hij dat het initiatief voor een schadevergoeding bij de burger ligt. Dat de bestuurlijke instanties terughoudend zijn met het toekennen van dergelijke schadevergoedingen blijkt wel uit de diverse klachten die door de gedupeerden aanhangig worden gemaakt bij de Nationale ombudsman. Uit het meest recente onderzoek naar de praktijk van schadevergoedingen na (on)rechtmatig overheidsoptreden blijkt dat circa de helft van de verzoeken wordt afgewezen.⁹

2.2 Schadevergoeding door de civiele rechter

In tegenstelling tot de strafrechtelijke schadevergoedingsregelingen onderscheidt het civiele recht twee vormen van onrechtmatig overheidsoptreden: de onrechtmatige daad *ab initio/ex tunc* en de onrechtmatige daad *ex post/ex nunc*. De onrechtmatige daad *ab initio* ziet op het overheidsoptreden waarvan de rechtmatigheid vanaf het begin ontbreekt, de zogeheten zuivere onrechtmatige daad. Bij de onrechtmatige daad *ex post* gaat het om gevallen waarbij slechts achteraf kan worden vastgesteld dat het overheidsoptreden onrechtmatig is geweest vanwege de gebleken onschuld van de verdachte. Deze onrechtmatigheid *ex post* wordt ook wel aangeduid als een 'noodconstructie' van de Hoge Raad om toch een schadevergoeding te kunnen toekennen in het geval

4 Zie Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015, p. 9, www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2015/10/07/workshop-verticale-schadevergoeding (geraadpleegd 30 juni 2016).

5 A.G. Mein, L.F. Drost & L. Balogh, *Vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatig en onrechtmatig overheidsoptreden*, Den Haag: WODC/B&A Consulting 2008, p. 7 en 30.

6 Mein, Drost & Balogh, *a.w.*, p. 7.

7 N.J.M. Kwakman, 'Schadevergoeding in het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513.

8 Zie in dit verband de bijdrage van J.A.M. Pronk in dit nummer.

9 Mein, Drost & Balogh, *a.w.*, p. 3.

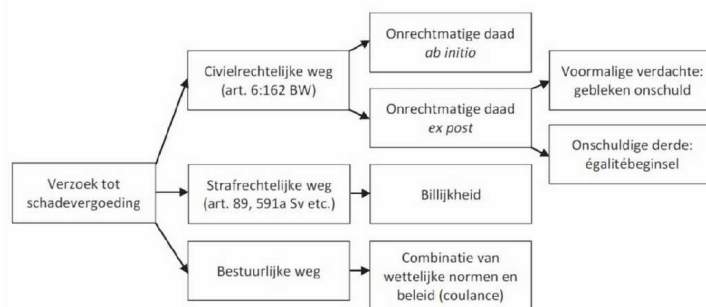
aanvankelijk rechtmatig is gehandeld.¹⁰ Wanneer een derde onverwilt betrokken is geraakt bij een strafzaak en daarvoor schade heeft geleden, kan deze een beroep doen op het *égalité*beginsel.¹¹ In paragraaf 3 wordt dieper ingegaan op dit beginsel, dat ook wel het ‘beginsel van gelijkheid voor openbare lasten’ wordt genoemd. Voor de onrechtmatige daad *ab initio* geldt dat die gemakkelijk kan worden aangenomen en zal leiden tot schadevergoeding. Voor de onrechtmatige daad *ex post* geldt de redenering dat het overheidsoptreden aanvankelijk rechtmatig is geweest, bijvoorbeeld vanwege het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld, en dat vormt voor de aansprakelijk gestelde overheid een argument om het schadevergoedingsverzoek af te wijzen. In zekere zin is die strikte uitleg wel begrijpelijk: er was een verdenking, op grond daarvan mocht worden opgetreden en het feit dat achteraf blijkt dat de verdenking niet klopt maakt het optreden niet onrechtmatig. Een dergelijke rechtlijnigheid – de politie trad op conform de wet en daarom was het optreden rechtmatig – miskent dat, hoewel een verdenking heeft kunnen bestaan, een gewezen verdachte uiteindelijk overduidelijk onschuldig is geweest. Voor de beoordeling van deze situatie is ook relevant hoe laagdrempelig ingrijpende bevoegdheden kunnen worden toegepast, in die zin dat met minder strenge voorwaarden eerder kan worden opgetreden, waardoor eerder mogelijkheid bestaat dat ook onschuldige burgers worden getroffen. De conflicterende omstandigheden van rechtmatige toepassing en uiteindelijke onschuld houden onzes inziens rechtstreeks verband met het feit dat het verdenkingscriterium van artikel 27 Sv in de praktijk snel is ingevuld, mede aan de hand van de ervaring van de betrokken opsporingsambtenaren (‘het is ons amtsshalve bekend dat’), de hectiek op het moment van de beoordeling en bijvoorbeeld het werken met abstracte verdeningen aan de hand *profiling*. De situatie dat pas later blijkt dat een gedupeerde ten onrechte als verdachte is aangemerkt, zou naar onze mening echter niet in de weg mogen staan aan het vergoeden van diens schade.

3 Kritiek op de criteria voor toewijzing van schadevergoeding

De Hoge Raad heeft in het civielrechtelijke Begaclaim-arrest een restrictief criterium aangelegd voor de beoordeling van de vraag of de schade die voortvloeit uit de onrechtmatige daad *ex post* voor vergoeding in aanmerking zou komen, namelijk:¹²

‘(...) of uit de uitspraak van de strafrechter of anderszins uit de stukken betreffende de niet met een bewezenverklaring geëindigde strafzaak dan wel de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek blijkt van de onschuld van de verdachte en van het ongefundeerd zijn van de verdenking waarop het optreden van politie of justitie berustte.’

Het lijkt erop dat het criterium van de Hoge Raad alleen voor die situatie geldt dat misschien aanvankelijk wel rechtmatig is gehandeld, maar dat met terugwerkende kracht bijvoorbeeld een vermoeden van schuld juist helemaal niet redelijk was, oftewel dat gezegd kan worden dat na heroverweging toch onrechtmatig is gehandeld. Het Begaclaim-arrest mocht destijds gelden als een voorloper van de door de minister toegezegde nieuwe algemene regeling voor schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, die thans nog altijd op zich laat wachten.¹³ Het conceptwetsvoorstel schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden is nog wel geschreven, maar heeft meer dan tien jaar op de plank gelegen. Van Malssen suggereert ter rechtvaardiging van het zuinige criterium dat de Hoge Raad destijds misschien ook weer niet al te zeer vooruit wenste te lopen op een algemene schadevergoedingsregeling. Van Malssen wijst in dat verband op een later arrest van de Hoge Raad waarin uitdrukkelijk wordt overwogen dat niet moet worden geanticipeerd op precies diezelfde nog niet bestaande regeling.



Figuur 1. Stroomdiagram ontleend aan het Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015, p. 14

Vranken, r.o. 3.6.1.

13 Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven is een amendement voorgesteld met betrekking tot een tijdelijke regeling van schadevergoeding voor gewezen verdachten en derden. Dat amendement is verworpen, maar de minister zegde wel toe met een wetsvoorstel te komen. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30164, 18-19 en F.P. Ölçer & G.K. Schoep, ‘Strafvorderlijke schadevergoeding’, in: C.P.M. Cleiren et al. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 129.

10 Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015, p. 11.

11 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*).

12 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007/432, m.nt. J.B.M.

‘De vraag dringt zich derhalve op of de HR niet op zijn in 2006 gezette schreden terug zou moeten keren, zeker indien annotator Vranken gelijk heeft als hij stelt dat het gehele Begaclaim-arrest tegen de achtergrond van de voorbereiding van het inmiddels in de archieven geparkeerde wetsvoorstel moet worden gelezen.’¹⁴

Inmiddels is het streven te komen tot een algemene schadevergoedingsregeling meegenomen in het Moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering.¹⁵

3.1 Niet bewezen is niet onschuldig

In plaats van de strafrechtelijke onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) krijgt men in het civiele proces te maken met het gebleken onschuldscriterium, wat voor de nodige problemen zorgt.¹⁶ Om een schadevergoeding te krijgen via de bestuurlijke of de civiele weg zal de gedupeerde zijn onschuld moeten aantonen. Uit het Begaclaim-arrest kan *a contrario* worden geconcludeerd dat, indien uit de stukken van de strafzaak niet blijkt dat de betrokkene onschuldig was, ervan moet worden uitgegaan dat de verdenking tegen de gedupeerde gerechtvaardigd was, dat strafvorderlijke maatregelen op grond van die verdenking niet onrechtmatig waren en dat de gedupeerde voor het verkrijgen van schadevergoeding is aangewezen op de voorzieningen uit het Wetboek van Strafvordering. Dat geldt niet alleen in geval van een sepotbeslissing, met uitzondering van de sepotcode 01 (‘ten onrechte als verdachte aangemerkt’), maar zelfs wanneer de verdachte is vrijgesproken. Een andere sepotcode dan code 01 zal de overheid een duidelijk aanknopingspunt bieden om bij een schadevergoedingsverzoek te stellen dat het in de zaak van de verdachte ook anders had kunnen uitpakken.¹⁷ Zelfs indien een strafproces eindigt met vrijspraak en daartoe ‘slechts’ wordt volstaan met de zinsnede ‘het feit is niet wettig en overtuigend bewezen’, is hiermee de onschuld van de verdachte in civielrechtelijke zin niet vastgesteld. A-G Langemeijer heeft in zijn conclusie bij het arrest *H c.s./ Amsterdam en de Staat* betoogd dat iemands onschuld uit het strafdossier blijkt als in de loop van het strafvorderlijk onderzoek duidelijk wordt dat geen strafbaar feit is gepleegd (bijvoorbeeld omdat het gaat om valse aangifte), waarna de verdachte huiswaarts wordt gezonden, of dat de politie

‘de verkeerde te pakken had’.¹⁸ Voor die laatste situatie zal in het algemeen wel zijn vereist dat de verdachte zich een sluitend alibi kan verschaffen of dat de werkelijke dader is gevonden die bekend én die bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld. A-G Spier voegt hier aan toe dat de onschuld slechts blijkt wanneer daarvan hetzij melding is gemaakt in het vonnis, hetzij wanneer daarover op basis van de relevante stukken geen redelijke twijfel mogelijk is.¹⁹ Het zou feitelijk erop neerkomen dat de verdediging bij een ophanden zijnde vrijspraak de rechter bij voorbaat zou vragen de vrijspraak te motiveren, maar dan is het nog altijd de vraag of met die motivering de lat die met het criterium van de Hoge Raad is gelegd, wordt gehaald. Dit laatste geval zal zich zelden voordoen. De toepassing van dit onschuldscriterium leidt ertoe dat de schadevergoedingsmogelijkheden ernstig worden beperkt. Uit de uitspraak van de strafrechter en uit de stukken van de strafzaak blijkt immers meestal niet (positief) dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts (negatief) dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. De dossiervorming en het onderzoek in de strafzaak zijn gericht op het vaststellen van de schuld van de verdachte, niet op vaststellen van de onschuld.²⁰ In de zaak *Bousana/Nederland* oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat het weigeren van schadevergoeding na vrijspraak in strijd kan zijn met artikel 6, tweede lid, EVRM, in die zin dat een ‘voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal’ nadat de vrijspraak definitief is geworden niet strookt met de onschuldpresumptie.²¹ In het Discussiestuk is te lezen dat ook de wetgever erkent dat de eis dat de gedupeerde voor de civiele rechter dient aan te tonen dat hij onschuldig is, op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie. Het EHRM oordeelde in de zaak *Bok/Nederland* dat het, ook in het licht van 6 EVRM, is toegestaan om de ex-verdachte in het kader van de civielrechtelijke procedure te belasten met de plicht om aan te tonen dat er gronden zijn voor schadevergoeding ook al is de betrokkene in een strafrechtelijke procedure reeds vrijgesproken.²² Dit betekent echter niet dat men in civielrechtelijke procedures waarin wordt verzocht om schadevergoeding voorbij mag

14 Zie T. van Malssen, ‘Tussen wal en schip. De rechtspositie van vrijgesproken verdachten in civiele schadevergoedingsprocedures’, *NJB* 2014/1508, p. 218.

15 Zie Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015.

16 Van Malssen, *a.w.*, p. 218.

17 Zie hieromtrent de Aanwijzing gebruik sepotgronden, *Stcrt.* 2014, 23614.

18 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2668, *NJ* 1999/99, r.o. 2.14.

19 HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1522, *NJ* 2005/346, m.nt. C.J.H. Brunner en Dane, *a.w.*, p. 252.

20 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, *NJ* 2007/432, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 2.12.

21 Zie EHRM 18 mei 2010, nr. 21167/08, *NJ* 2011/520 (*Bousana/Nederland*). Overigens oordeelde het hof dat geen sprake was van schending van art. 6 EVRM omdat de vrijgesproken leden van de Hofstadgroep een schadevergoeding voor de ondergane detentie werd onthouden.

22 EHRM 18 januari 2011, nr. 45482/06, *NJ* 2012/418 (*Bok/Nederland*), r.o. 45 e.v.

gaan aan de uitspraak omtrent de aansprakelijk in de eerdere strafrechtelijke procedure. Het EHRM heeft nadrukkelijk overwogen dat de onschuldpresumptie ook van toepassing blijft na beëindiging van de strafrechtelijke vervolging bij de schadevergoedingsprocedure. Hierbij zijn de bewoordingen van de beslissing op het verzoek tot schadevergoeding in de procedure van groot belang. In de zaak *Allen/Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM geoordeeld dat de onschuldpresumptie in het geding komt zodra in de beslissing een oordeel ligt besloten omtrent de strafrechtelijke aansprakelijkheid.²³ Dit betekent dat het schadevergoedingsverzoek niet enkel mag worden afgewezen op grond van het ontbreken van de gebleken onschuld wanneer deze afwijzing inhoudt dat men achteraf, weliswaar via een omweg en niet strafrechtelijk, alsnog schuldig wordt bevonden.

3.2 Toerekening aan de gedupeerde

Indien de civiele rechter van oordeel is dat de gedupeerde onschuldig is, heeft de Hoge Raad de rechter ruimte gelaten bij de bepaling van de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding omstandigheden mee te wegen die toe te rekenen zijn aan de gewezen verdachte.²⁴ Dit betekent dat een gewezen verdachte die bijvoorbeeld heeft nagelaten direct openheid van zaken te geven door het afleggen van een verklaring bij de politie of die anderszins heeft geweigerd zijn of haar medewerking te verlenen, in negatieve zin de gevolgen daarvan kan ervaren als die proceshouding in verband kan worden gebracht met de uiteindelijk opgelopen schade. Dit is een redenering die ook kan worden teruggevonden in de rechtspraak rondom kwesties ten aanzien van de onterecht ondergane detentie en daarmee samenhangende schade.²⁵ Door middel van de civielrechtelijke 'eigen schuld' (art. 6:101 BW) speelt de houding van de gewezen verdachte een rol in de civiele schadevergoedingsprocedure. Dit zal niet alleen een frustrerende werking hebben op de gedupeerde die in datzelfde civiele proces via allerlei omwegen zijn strafrechtelijk vastgelegde onschuld dient aan te tonen, maar de procedure zal ook leiden tot onzekerheid bij die gedupeerde. Het blijft immers onduidelijk welke omstandigheden nu van invloed kunnen zijn op het aannemen van een aandeel 'eigen schuld'. Het komt ons voor dat de civiele rechter terughoudend behoort te zijn met het aanrekenen van die eigen schuld in de vaststelling van de hoogte van de schade-

vergoeding, vooral omdat de gewezen verdachte uiteraard tegen zijn wil in een strafrechtelijk onderzoek wordt betrokken en omdat de ongelijkheid van 'de partijen' (het OM en de verdachte) in een strafrechtelijke procedure zich in volle omvang doet gelden.

3.3 De gedupeerde derde

De problematiek ten aanzien van het onschuldscriterium speelt niet in het geval de gedupeerde die schade verzoekt een derde, niet-verdachte, is die schade heeft geleden als gevolg van (on)rechtmatig overheidsoptreden. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor als een doorzoeking van een huurwoning heeft plaatsgevonden, waarbij de huurder verdachte is en niet alleen diens eigendommen schade hebben opgelopen door de doorzoeking, maar ook de woning van de verhuurder. In geval van een gedupeerde-derde moet op grond van artikel 6:101 BW worden beoordeeld of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden verminderd. In artikel 6:101, eerste lid, BW zijn de causaliteitsafweging en de billijkheidscorrectie te vinden. De causaliteitsafweging houdt in dat indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Uit het vervolg van die bepaling volgt dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt, indien de billijkheid dit eist wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of de andere omstandigheden van het geval. Op grond van artikel 6:106, eerste lid, BW moet dus worden onderzocht wie in welke mate tot het intreden van de schade heeft bijgedragen. Het uitgangspunt is hierbij dat:²⁶

'(...) de schade die bij een doorzoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander, zodat de Staat in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden.'

De omstandigheid dat de verhuurder de schade kan verhalen op de huurder staat hieraan niet in de weg.²⁷ Dit uitgangspunt sluit aan bij het égalitébeginsel, op basis waarvan deze gedupeerde-derde zijn schade vergoed kan krijgen. De regel is dat de onevenredige nadelige gevolgen van overheidsoptreden die vallen buiten het normale maat-

23 HRM 12 juli 2013, nr. 25424/09, «EHC» 2013/219, m.nt. J.H.B. Bemelmans (*Allen/Verenigd Koninkrijk*).

24 N.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2003 en HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0055, NJ 1991/92 (*Joemman/Staat*).

25 Zie in dit verband de bijdrage van B.J. Polman in dit nummer.

26 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, m.nt. J.B.M. Vranken.

27 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, r.o. 3.11, m.nt. M. Scheltema.

schappelijke risico van een burger en die drukken op een beperkte groep van burgers en instellingen, niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkmatig over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.²⁸ De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van overheidsoptreden buiten het normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van *alle omstandigheden* van het geval. In een uitspraak van het Hof Den Haag is te lezen dat:²⁹

‘(...) hierbij onder meer van belang kan zijn enerzijds 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 schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade.’

Oftewel, als de verhuurder eigenlijk had moeten weten dat hij wel erg veel risico nam met een specifieke tijdelijke verhuurder die als verdachte aanleiding gaf tot een doorzoe-king, zou die verhuurder bij het verhalen van zijn schade op de overheid wel eens gemakkelijk nul op het rekest kunnen krijgen.

3.4 De billijkheidscorrectie

In 2004 oordeelde de Hoge Raad dat het bij een dergelijke beoordeling van belang is of de derde op enige wijze betrokken is bij het strafbare feit of indien de derde weet dan wel behoort te weten of vermoeden dat zijn woning voor strafbare feiten wordt gebruikt.³⁰ Uit een recent arrest van het Hof Den Haag is als hoofdregel op te maken dat indien de verhuurder geen enkel verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de keuze van zijn huurder of het handelen van de huurder zelf, de Staat is gehouden naar verhouding de schade te vergoeden die de gedupeerde-derde oploopt ten gevolge van het overheidsoptreden.³¹ De verhuurder kan eventuele aansprakelijkheid afwenden als hij kan aantonen dat hij bij het aangaan van de verhuurovereenkomst voorzichtig te werk is gegaan, bijvoorbeeld of hij bij het aangaan van de huur-

overeenkomst navraag heeft gedaan naar het verleden van de huurder, inzage heeft gehad in diens paspoort of een waarborgsom heeft gevraagd die tevens via de bank is betaald. Het is maar de vraag hoe deze impliciet normatieve beoordeling zich verhoudt tot de realiteit van alledag waarbij als gevolg van de crisis op de woningmarkt burgers zich genoodzaakt zien hun woning snel, gemakkelijk en informeel (tijdelijk) ter beschikking te stellen, waarbij veel wordt afgehandeld via e-mailcontacten en met het uitwisselen van mobiele nummers. In het merendeel van de hennepzaken die in de praktijk de revue passeren heeft de verhuurder strafrechtelijk weinig te vrezen, maar zal die civielrechtelijk snel het verwijt kunnen krijgen te weinig voorzorgsmaatregelen te hebben genomen. Het tweede lid van artikel 6:101, tweede lid, BW zou in lijn met deze realiteit tot een nog verdergaande beperking in de toekenning van de schade kunnen leiden. In die bepaling staat namelijk opgenomen dat indien de schade is toegebracht aan een zaak die een derde (in dit geval: de verdachte) voor de gedupeerde in zijn macht had en die schade is toe te rekenen aan die derde (de verdachte), die schade langs die weg ook wordt toegerekend aan de gedupeerde. In 2009 oordeelde de Hoge Raad dat aan deze bepaling echter niet de conclusie kan worden verbonden dat voor de billijkheids-correctie geen ruimte meer is indien de Staat, in het geval de huurder de benadeelde zou zijn geweest, de benadeelde 100 procent eigen schuld had kunnen tegenwerpen.³² Dit zou zich niet verhouden tot het uitgangspunt dat de schade van de gedupeerde-derde buiten zijn normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico valt en dus in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt. Het is onduidelijk of daarmee is bedoeld dat de gedupeerde verhuurder nooit de eigen schuld van de ex-verdachte huurder doorberekend kan krijgen bij de beoordeling van zijn eigen schadevergoedingsverzoek als verhuurder, of dat de eigen schuld van de ex-verdachte huurder aan de schade alleen niet aan de gedupeerde verhuurder wordt doorberekend in het geval hem geen verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van zijn keuze voor en handelen jegens de ex-verdachte huurder. Dit sluit aan bij het oordeel van het hof dat stelt dat:³³

‘(...) het feit dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van de keuze van zijn huurder, geen gegeven is dat uitsluitend meespeelt bij de vraag of sprake is van schade die niet behoort tot zijn normale maatschappelijk of zijn normale bedrijfsrisico, maar een factor is die ook een rol speelt bij de toepassing van de billijkheidscorrectie.’

28 HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*).

29 Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:294, JA 2016/64, r.o. 7, m.nt. J.L. Brens. Zie ook T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, ‘Aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht’, *RMThemis* 2006, p. 186.

30 HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, r.o. 3.2.2, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook Rapport Nationale ombudsman, 2006/052, www.nationaleombudsman.nl/rapporten/2006/052.

31 Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:294, JA 2016/64, r.o. 9, m.nt. J.L. Brens.

32 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, NJ 2010/95.

33 Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:294, JA 2016/64, r.o. 9, m.nt. J.L. Brens.

3.5 De restrictieve uitwerking van 'restschuld'

Uit de bespreking van de civielrechtelijke criteria die zowel bij de beleidsmatige compensatie van de opgelopen schade als bij de civielrechtelijke schadevergoedingsprocedure een rol spelen, volgt dat naast de onduidelijkheid van het loket waar de gedupeerde zich heeft te melden, ook de doorgaans restrictieve beoordeling van de schadevergoedingsverzoeken de positie van de gedupeerde aanzienlijk bemoeilijken. Het Begaclaim-arrest maakt duidelijk dat voor toekenning van schadevergoeding na een laagdrempelige dwangmiddelen-toepassing die pas achteraf onrechtmatig blijkt te zijn, strenge eisen gelden. Indien iets van 'restschuld' bij de vrijgesproken verdachte blijft bestaan, kan dat grond vormen het schadevergoedingsverzoek af te wijzen. Indien de verdachte aanvankelijk niet of uiteindelijk niet voldoende heeft meegewerkt aan het strafrechtelijk onderzoek, kan dat ook in de weg staan aan toewijzing. Indien de gedupeerde niet-verdachte enig verwijt kan worden gemaakt omtrent het ontstaan van de schade, is het heel wel mogelijk het toe te kennen schadevergoedingsbedrag vergaand te matigen. Dit alles zorgt ervoor dat bij gebrek aan een eenduidige schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering het proberen verhaal te halen voor schade die door de overheid is veroorzaakt, een onnodig complexe en bij voorbaat weinig succesvolle aangelegenheid is.

4 Billijkheid blijft billijkheid ...

Het is een weinig zinnige exercitie de inhoud van een conceptwetsvoorstel dat tien jaar op de plank heeft gelegen als uitgangspunt te nemen in de beschrijving van een mogelijke algemene schadevergoedingsregeling voor schade die is ontstaan door (on)rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden.³⁴ Het conceptwetsvoorstel is wel een inspiratiebron gebleken voor het Discussiestuk dat in het kader van het Moderniseringstraject is opgesteld. Wij concentreren ons daarom op laatstgenoemd stuk.

4.1 De uitgangspunten voor een nieuwe regeling

De eerste aanzetten van de wetgever zijn veelbelovend voor de invulling van de leemte in de wet. In het Discussiestuk wordt een aantal uitgangspunten genoemd dat bij het opstellen van een nieuwe regeling zal worden gehanteerd.³⁵ Zo zal de regeling van algemene aard zijn en daarmee in beginsel van toepassing op alle vormen van schade die kunnen ontstaan bij strafvorderlijk overheidsoptreden. Ten tweede

zal de regeling voldoende duidelijk moeten zijn en zullen de gehanteerde toetsingscriteria 'een redelijke verdeling moeten geven van de schade die een gedupeerde zelf moet dragen en de schade die door de overheid vergoed moet worden'. Daarbij wordt in het Discussiestuk de kanttekening geplaatst dat de financiële verplichtingen van de overheid reëel moeten blijven, hetgeen inhoudt dat de overheid naar alle waarschijnlijkheid niet substantieel meer of vaker schadevergoedingen zal gaan uitkeren. Als laatste uitgangspunt wordt de voorgenomen werkbaarheid genoemd, die niet alleen voor de ketenpartners moet gelden, maar ook voor de rechtzoekenden. De algemene schadevergoedingsregeling zal samen met de voorgenomen laagdrempeligheid eraan bijdragen dat ex-verdachten en de gedupeerde derden straks weten waar ze met het schadevergoedingsverzoek terecht kunnen.³⁶ Het centrale loket wordt ingericht en bemand door het Parket-Generaal namens het College van PG's. Kwakman benadrukt dat in de rol van centraal loket ook de functie van poortwachter ligt besloten zodat de eenvoudige schadegevallen er als het ware kunnen worden uitgezeefd. De overige gevallen zullen worden afgedaan door de backoffice die het centrale loket ondersteunt. Hoewel het de bedoeling is dat de backoffice de decentrale afhandeling bij de schadeveroorzakende instanties vervangt, wordt de mogelijkheid geopperd dat deze achtervang slechts de zaken gaat afdoen die op dat moment via de strafrechter lopen. Dit zou betekenen dat de overige schadevergoedingsverzoeken, met betrekking tot bijvoorbeeld schade na beslaglegging of binnentreden, nog steeds door de schadeveroorzakende instanties worden afgehandeld behalve als zij als 'eenvoudig verzoek' worden bestempeld en direct door het centrale loket worden afgehandeld. De gecompliceerde schadevergoedingsverzoeken kunnen direct worden doorgestuurd naar de rechtbank. Daarnaast is het voorstel dat de verzoeker zelf tegen de beslissing van zowel het centrale loket als de decentrale – schadeveroorzakende – instantie beroep kan instellen bij een speciale strafvorderlijke raadkamer van de rechtbank waarna ook nog de mogelijkheid tot hoger beroep bestaat. Deze regeling zal ervoor zorgen dat de benadeelde bij één centraal loket kan aankloppen waarna dit loket er zelf voor zorg draagt dat het verzoek bij de juiste partij terecht komt. Bij het centraal loket kunnen niet alleen alle benadeelde partijen terecht die ten gevolge van zowel rechtmatig als onrechtmatig overheidsoptreden schade hebben geleden, maar het centrale loket zal ook (bijna) elk type schade in behandeling nemen dat als gevolg van dit optreden is ontstaan. Waar het thans nog maar de vraag is bij wie een beslagene moet aankloppen als diens auto in beslag is geno-

34 Zie www.recht.nl/30250/concept-wetsvoorstel-schadecompensatie-strafvorderlijk-overheidsoptreden/ (geraadpleegd 30 juni 2016).

35 Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015, p. 15.

36 N.J.M. Kwakman, 'Het ontwerp-wetsvoorstel "schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden"', *Strafblad* 2008/1.

men en hij of zij in de tussentijd kosten heeft gemaakt door een andere auto te huren of treinabonnement af te sluiten, wekt de opzet van de nieuwe regeling in het Discussiestuk de indruk dat die verzoeken bij hetzelfde loket kunnen worden ingediend.

4.2 Handvatten voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding

Ook de hoogte van de schadevergoeding zal met de nieuwe regeling naar alle waarschijnlijkheid minder onduidelijk zijn. In het Discussiestuk is te lezen dat met betrekking tot de schadevergoeding na onrechtmatig overheidsoptreden de nieuwe regeling niet afwijkt van het huidige recht. Het uitgangspunt blijft dat bij schade ten gevolge van onrechtmatig overheidsoptreden in beginsel het volledige bedrag zal worden uitgekeerd, met als correctie de eigen schuld van artikel 6:101 BW en matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 BW. In het geval van rechtmatig overheidsoptreden wordt in de nieuwe regeling aansluiting gezocht bij de bestuursrechtelijke toetsingscriteria op grond van het *égalité*beginsel en worden deze criteria opgenomen met de gedachte dat de burger niet onevenredig dient te worden getroffen door overheidsoptreden, maar dat iedereen er wel rekening mee dient te houden dat overheidshandelen negatief kan uitpakken in de vorm van enige schade.³⁷ In het Discussiestuk is te lezen dat, tot op zekere hoogte en in bepaalde gevallen, de schade ontstaan door rechtmatig overheidsoptreden binnen het normale maatschappelijk risico van de burger valt en dus niet (geheel) zal worden vergoed. Met andere woorden, de regel zal zijn de schade te vergoeden indien sprake is van abnormale en onevenredige schade. Kwakman plaatst hier de kanttekening dat het nog niet zo eenvoudig is om vast te stellen welke schade uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico.³⁸ Daarnaast zal in de nieuwe regeling blijkens het Discussiestuk (1) de actieve en passieve risicoaanvaarding van de benadeelde worden meegewogen, (2) er een zekere schadebeperkingsplicht op de benadeelde rusten en (3) het – uiteraard – niet mogelijk zijn dat de benadeelde tweemaal wordt gecompenseerd voor dezelfde schade. Twee van de drie criteria zetten – hoewel die in zekere zin begrijpelijk zijn – de deur open naar opnieuw ongewenst veel ruimte voor beleidsmatige afwegingen in de toekenning van schadevergoedingen. De meningen zullen namelijk flink uiteenlopen over welke risico's de burger kan worden geacht te hebben aanvaard en welke plicht die burger had in de schadebeperking. De gedachte dat alle burgers zich hebben aangesloten als partij in het sociale contract van onze samenleving en dat

zij daarom niet zouden kunnen klagen over schade als gevolg van overheidsoptreden in het algemeen belang, kan gemakkelijk worden opgeworpen. Dat is onwenselijk, niet alleen omdat op die manier veel schadevergoedingsverzoeken bij voorbaat van de hand kunnen worden gewezen, maar ook omdat daarvan geen enkel signaal uitgaat naar de verschillende overheidsinstanties, bijvoorbeeld de politie, die vaak in de situatie kunnen komen waarin gemakkelijk schade kan worden gemaakt. Het sluitstuk van de nieuwe algemene regeling voor schadevergoedingsverzoeken zal blijkens het Discussiestuk een restcriterium kunnen zijn dat aansluit bij het billijkheids criterium uit artikel 90 Sv. Zo bezien is de winst die kan worden behaald met een algemene regeling vooral een oplossing voor alle onduidelijkheden ten aanzien van de loketkeuze en met de beroepsmogelijkheid binnen de strafvorderlijke context, en niet zozeer een oplossing voor de meer complexe schadegevallen en alle problemen die kunnen spelen in de beoordeling van de schade op basis van de diverse criteria. Billijkheid blijft billijkheid, en het is aan de rechter om in het concrete geval te bepalen wat billijk is en zo dat criterium allengs nader invulling te geven.

5 Een lastige opgave voor de wetgever

Er zijn veel situaties voorstelbaar waarin een burger uiteindelijk gemakkelijk schade oploopt als gevolg van strafvorderlijk overheidsoptreden. De praktijk leert dat de procedure om de schade te verhalen onbekend is bij en ongrijpbaar is voor vele gedupeerden en dat de politie, het OM of de civiele rechter alle ruimte heeft de vergoeding naar beneden bij te stellen dan wel van de hand te wijzen. Het vergt een lange adem van de gedupeerde om zijn schadevergoedingsverzoeken ingediend te krijgen, waarbij het goed mogelijk is dat deze ervan afziet omdat de procedure hem of haar misschien meer kost dan oplevert. De opdracht die de wetgever zich heeft gesteld om een algemene schadevergoedingsregeling op te nemen in het Wetboek van Strafvordering is een lastige.

Omdat het hier gaat om concrete wetstoepassing op een individueel geval, is het niet aan de wetgever de rechter bij de beoordeling van schadevergoedingsverzoeken te dwingen die verzoeken ruimhartig toe te kennen. De rechter toetst aan de criteria of de schade in zijn geheel of slechts ten dele voor vergoeding in aanmerking komt, en veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Het komt ons echter voor dat indien de gedupeerde een vrijgesproken verdachte is, de rechter uiteindelijk niet van die ex-verdachte mag verwachten dat die opnieuw zijn onschuld aantoonde, en dat terughoudend dient te worden omgesprongen met een begrip als 'restschuld' waarbij het noodzakelijk lijkt voor de gedupeerde alsnog zijn onschuld te bewijzen. Dit probleem speelt vooral

37 Discussiestuk verticale schadevergoeding, Rijksoverheid 2015, p. 17.

38 Kwakman, *a.w.* (2008), p. 4.

als in de toekomstige regeling wordt aangehaakt bij de civiele benadering waarbij *ex post* de onrechtmatigheid moet kunnen worden vastgesteld. De kwestie van de 'restschuld' lijkt minder te spelen in geval van de meer bestuursrechtelijke aanpak aan de hand van het *égalité*beginsel.³⁹

Het blijft vreemd enerzijds de verdachte af te rekenen op diens zwijgende proceshouding die hem in zekere zin de vrijpraak heeft opgeleverd omdat hij zichzelf niet heeft belast, en anderzijds voorbij te gaan aan de omstandigheid dat het in de eerste plaats aan de politie en het Openbaar Ministerie is om aan te tonen dat de verdachte het feit wel heeft gedaan. Dat raakt de kern van de onschulds-presumptie en dat maakt het ongepast om ook na een vrijpraak te blijven denken in restschuld. Een van de problemen is namelijk dat de instapeis voor de inzet van veel bevoegdheden in de strafrechtspraktijk helemaal niet hoog blijkt te zijn, omdat al snel een redelijk vermoeden van schuld zal worden aangenomen. Hoe gemakkelijker het strafvorderlijk overheidsoptreden op basis van de wet mag plaatsvinden, hoe meer burgers daardoor kunnen worden getroffen en schade kunnen oplopen, hoe meer uiteindelijk gedupeerden bij de overheid zullen aankloppen voor een schadevergoeding, maar hoe complexer de beoordeling wordt van het onrechtmatig overheidsoptreden *ex post*. Waar meer gehakt wordt, vallen meer spaanders, en zal meer schade zijn ontstaan.

Het is treffend dat de behoefte aan een algemene regeling voor schadevergoeding voor onrechtmatig overheidsoptreden zo nadrukkelijk aan de orde wordt gesteld bij de bespreking van destijds nieuwe terrorismewetgeving met als onderdeel de verlaging van de verdenkingsgraad naar het niveau van 'aanwijzingen' als voorwaarde voor de inzet van bevoegdheden. Naar aanleiding van het artikel van Baar kan een grotere kans op schade als gevolg van onrechtmatig overheidsoptreden ook worden toegedicht aan de relatief lage benodigde verdenkingsgraad en het gebrek aan toetsing door de rechter-commissaris in het kader van het binnentreden van een woning op grond van de Opiumwet.⁴⁰ Het rapport van de Nationale ombudsman over doorzoekingen van woningen bij zogenoemde hennepacties waar geen kwekerijen worden aangetroffen, onderstreept dat.⁴¹ Het stellen van strengere voorwaarden aan de toepassing van ingrijpende bevoegdheden kan bewerkstelligen dat minder onschuldigen worden geraakt, waardoor de behoefte aan schadevergoeding navenant terugloopt.

De Nationale ombudsman verzoekt in het rapport in elk geval dat de politie de veroorzaakte schade ruimhartig en voortvarend vergoedt en dat de politie de getroffen burgers

Het blijft vreemd enerzijds de verdachte af te rekenen op diens zwijgende proceshouding die hem in zekere zin de vrijpraak heeft opgeleverd omdat hij zichzelf niet heeft belast, en anderzijds voorbij te gaan aan de omstandigheid dat het in de eerste plaats aan de politie en het Openbaar Ministerie is om aan te tonen dat de verdachte het feit wel heeft gedaan

uit eigen beweging moet wijzen op de mogelijkheid van schadevergoeding. Ook in de gevallen waarin administratief veel misgaat, zoals bij de inbeslagneming van voorwerpen,⁴² en uiteindelijk schade ontstaat omdat het beslagene is beschadigd of kwijtgeraakt, dient de schade ruimhartig te worden vergoed. Het komt ons voor dat de omstandigheid dat de overheid als bewaarder haar zaken categorisch niet op orde heeft, de vraag of een gedupeerde mogelijk een restje eigen schuld heeft, naar achteren dringt. Het zijn al deze factoren die het opstellen van een algemene regeling voor schadevergoeding bij onrechtmatig overheidsoptreden tot een lastige opgave maken. Het is ook maar de vraag of een dergelijke regeling kan worden gemaakt voor alle soorten schade die denkbaar zijn. Een goed uitgangspunt voor strafvorderlijk overheidsoptreden zou zijn om minder te hakken, om het aantal spaanders terug te dringen.

39 Zie hierover ook N.M. Dane, 'Wat is het normaal maatschappelijk risico van een Hells Angels? Over het *égalité*beginsel en de vergoeding van strafvorderlijke schade', *O&A* 2009, p. 138-149.

40 Zie Baar, *a.w.*

41 Zie bijv. Rapport Nationale ombudsman, *Binnentreden woningen bij hennepacties*, 2014.03430.

42 Zie in dit verband de bijdrage van P.P.J. van der Meij en S. Pijl in dit nummer.