

**J.E. Hoitink, W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh, P.A.M. Mevis, L.J.J. Rogier,
Schadecompensatie strafvorderlijk optreden. Goed gefundeerd of vooral praktisch
benaderd?, Nederlands Juristenblad 2008/15, p. 870-877**

Op 17 oktober 2007 heeft de Minister van Justitie een voorontwerp gepubliceerd van een 'Wet schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden'. Het gaat hierbij om een wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten die per 1 januari 2009 zijn beslag zou moeten krijgen.^[1] Kort gezegd behelst het voorstel de mogelijkheid voor gewezen verdachten van strafbare feiten, derden en hun erfgenamen om schade als gevolg van alle strafvorderlijk overheidsoptreden vergoed te krijgen. Zij kunnen daarvoor voortaan terecht bij één loket. De regeling beoogt een snelle en eenvoudige afdoening van schadeclaims en sluit aan bij de wens van een meerderheid in de Tweede Kamer voor een 'algehele en brede schadevergoedingsregeling' na de uitbreiding van bevoegdheden van politie en justitie in verband met de bestrijding van georganiseerde misdaad en terrorisme. Voor een uitgebreide beschrijving van de inhoud van het (concept) wetsvoorstel en de MvT verwijzen wij naar de website van het Ministerie van Justitie alsmede de literatuur.^[2]

De meest opvallende wijziging is dat één centrale voorziening wordt voorgesteld ongeacht de aard van de aansprakelijkheid. Daarmee wijkt het voorstel af van het bijna tegelijkertijd, namelijk op 5 juni 2007, verschenen voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. Daarbij moet worden bedacht dat dit voorontwerp eveneens (mede) tot doel heeft de overheidsaansprakelijkheid eenvoudiger te maken. Naast het creëren van één centrale voorziening bevat het voorstel enkele (andere) noviteiten, die alle in de richting gaan van een ruimere aansprakelijkheid van de overheid. In verband daarmee rijst de vraag wat de financiële consequenties zullen zijn van het voorstel en of de keuzes die daaraan ten grondslag liggen, zijn te rechtvaardigen.

De twee wezenlijke keuzen in dit voorontwerp zijn onvoldoende gefundeerd. In de eerste plaats lijkt het streven naar één loket het allesbepalende criterium te zijn geweest, waarbij ongewenste bijeffecten op de koop toe worden genomen.

De tweede belangrijke keuze betreft de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid op cruciale punten. Het gaat hierbij niet zozeer om de vergoedingsmogelijkheden ten aanzien van onschuldigen, maar van veroordeelden. Of daarvoor politiek draagvlak zal bestaan, valt te betwijfelen.

Op beide punten lijkt het voorstel vooralsnog onvoldoende doordacht. Dat zal hierna worden toegelicht.

1 Het voorstel nader bekeken

1.1 Een algemene regeling voor schadevergoeding bij strafvorderlijk optreden

Voor de invoering van een algemene regeling voor de vergoeding van schade als gevolg van strafvorderlijke maatregelen bestaan goede argumenten. Het huidige systeem is verbrossend en onoverzichtelijk. De bestaande regelingen in het Wetboek van Strafvordering, met name artikel 89 (schade als gevolg van klinische observatie, in verzekeringstelling en voorlopige hechtenis) en de artikelen 591, 591a en 592 Sv (proceskosten) zijn alleen van toepassing op bepaalde schadeoorzaken. Zo valt bijvoorbeeld schade als gevolg van huiszoeken buiten de

genoemde regelingen. In de praktijk wordt ook zonder wettelijke basis veelvuldig schadevergoeding toegekend, o.a. door politie en OM. Anderzijds sluiten de genoemde wegen niet uit dat bij onrechtmatigheid langs civielrechtelijke weg schadevergoeding wordt gevorderd uit onrechtmatige daad. Deze diversiteit aan wegen leidt tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Door de Nationale Ombudsman is dan ook al verschillende keren gewezen op het ontbreken van een algemene regeling en de nadelige effecten daarvan voor burgers. Met een algemene regeling zou de rechtsbescherming van burgers, zo is de verwachting van de opstellers van het wetsvoorstel, aanzienlijk kunnen worden verbeterd. Over de vraag hoe een dergelijke algemene regeling eruit moet zien, zijn de meningen echter verdeeld. Het streven naar één loket lijkt bij het onderhavige voorstel het allesbepalende criterium te zijn geweest, waarbij ongewenste bijeffecten op de koop toe worden genomen.

1.2 De procedure voor het verkrijgen van schadevergoeding

In het voorontwerp is als gezegd de keuze gemaakt één regeling te ontwerpen die zowel betrekking heeft op rechtmatig als op onrechtmatig handelen van de overheid. Het samenbrengen van de vergoeding ter zake van rechtmatig en onrechtmatig handelen heeft natuurlijk voordelen doordat een ingewikkelde problematiek in één hand wordt gebracht, maar de kwestie was niet helemaal voor niets zo ingewikkeld. Tussen beide vormen van schadevergoeding bestaan immers fundamentele verschillen. Bij schade als gevolg van onrechtmatig overheidshandelen is sprake van een hard wettelijk recht en wel op - in beginsel - volledige vergoeding, die doorgaans wordt vastgesteld door de rechter, waarbij de vergoeding als het ware een sanctie vormt op schending van een gedragsnorm. Het perspectief is dan dat de gelaedeerde door middel van schadevergoeding in de positie moet worden gebracht alsof het gewraakte handelen nooit heeft plaatsgehad.

Bij nadeelcompensatie oftewel schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is geen sprake van schending van een gedragsnorm maar van noodzakelijk overheidsoptreden in het algemeen belang. Wanneer een burger of welomlijnde groep burgers daardoor onevenredig zwaar wordt getroffen, kan de overheid verplicht zijn de schade te vergoeden. Het wordt redelijk geacht om dergelijke schade, mits deze uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico, voor rekening van de collectiviteit te brengen. Van iets waar de maatschappij van profiteert, mag niet een enkeling onevenredig de dupe worden, is dan de gedachte.

Beide vormen van schadevergoeding verschillen dus nogal van elkaar en de vraag rijst dan ook of het streven naar één uniforme benaderingswijze wel zo logisch is. Zo wordt in het voorstel, hoewel artikel 6:162 BW voorziet in de mogelijkheid van een schadevergoeding *door de burgerlijke rechter*, een orgaan van het OM, namelijk het College van procureurs-generaal, feitelijk het parketgeneraal, verantwoordelijk gemaakt voor het behandelen van de verschillende typen schadeverzoeken. Weliswaar bepaalt het voorontwerp dat ingewikkelde schadeclaims al meteen aan de rechter kunnen worden voorgelegd (voorgesteld art. 594 lid 7 Sv), maar de vraag is of hiervan snel gebruik zal worden gemaakt. Daarmee wordt miskend dat de vraag wie de vergoeding toekent direct samenhangt met de aard van de aansprakelijkheid. Gaat het om nadeelcompensatie dan wordt aangenomen dat aan de overheid een zekere bestuurlijke beoordelingsruimte toekomt, o.a. bij het vaststellen van het normaal maatschappelijk risico. De invulling daarvan berust logischerwijs bij het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het vaststellen van het beleid dat de schade veroorzaakt. Dat een orgaan van het OM straks beslist over de afhandeling van *alle* schadeverzoeken op het gebied van strafvorderlijk optreden, past niet in deze systematiek. Daarentegen geldt voor de toekenning van een vergoeding voor schade als gevolg van onrechtmatig overheidshandelen dat van enige keuzevrijheid of bestuurlijke beoordelingsruimte geen sprake is. De meerwaarde

van het aanwijzen van het college van PG's als voorportaal van de rechter is daarom voor deze zaken onduidelijk, terwijl de totale afhandelingsduur daarmee wel oploopt. Daarbij moet worden bedacht dat het College de termijn voor afhandeling met onbepaalde tijd kan verlengen (art. 596 lid 1 Sv: 'indien het belang van het onderzoek dit vordert').

Opmerkelijk is ook dat op dit punt geen aansluiting is gezocht bij het voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad.^[3] Buiten het strafrecht spelen bij het vergoeden van schade als gevolg van overheidshandelen immers soortgelijke problemen, zoals een gebrek aan uniformiteit van de regelingen, verbrokkeling en onduidelijkheid over waar de burger met zijn schadeverzoek terecht kan.^[4] Om aan deze hindernissen enigszins tegemoet te komen, is in het genoemde voorontwerp o.a. een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter voorgesteld voor schade als gevolg van onrechtmatig overheidsoptreden. De Hoge Raad in belastingzaken en de Centrale Raad van Beroep krijgen een exclusieve bevoegdheid. De andere bestuursrechters zijn bevoegd tot een schade van € 5000. Daarboven en daarnaast blijft de civiele rechter bevoegd. Daarbij geldt wel dat de benadeelde zich eerst tot het bestuursorgaan moet wenden dat de schadeveroorzakende handeling heeft verricht, tenzij dat redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd (zie art. 8.90 lid 2).

Waarom is de schadeafhandeling in het strafrecht niet op deze leest geschoeid? Voor de bestuursrechter zou dan de strafrechter kunnen worden ingevuld. Zeker in eenvoudige zaken waarbij het bijvoorbeeld gaat om enkele dagen te veel zitten, zou de strafrechter een verzoek om schadevergoeding bij evidente onrechtmatigheid direct zelf kunnen afdoen. Als dat om relatief veel zaken gaat, is de efficiëntie daarbij gebaat. Voor deze procedure kan de voorgestelde nieuwe verzoekschriftprocedure in het bestuursrecht als voorbeeld dienen. De gelaedeerde kan zelf om schadevergoeding verzoeken maar is daartoe niet verplicht en de strafrechter kan gevolg geven aan het verzoek maar is daartoe evenmin verplicht. De strafrechter zou van behandeling van het verzoek kunnen afzien in gevallen waarin de onrechtmatigheid en/of de schade wat meer onderzoek vergt. Daarnaast blijft de burgerlijke rechter bij onrechtmatigheid bevoegd en worden zaken met een schade boven een bepaalde hoogte in het strafrecht, net zoals in het bestuursrecht, sowieso aan deze rechter overgelaten. In zo'n procedure zou het gehele onrechtmatige overheidsoptreden vanaf de opsporing tot en met de tenuitvoerlegging kunnen worden meegenomen, alsmede de vraag op welke onderdelen reeds is toegegeven dat het optreden van de overheid onrechtmatig was. Wij begrijpen op grond van het bovenstaande de keuze in het ontwerp voor een eigen strafrechtelijke modaliteit, maar niet de keuze voor afdoening door het College van P-G's. Een andere keuze op dit punt zou mede als voordeel hebben dat het College niet beslist in zaken waarin een rechterlijke beslissing is genomen die mede de grondslag vormt voor de vergoeding. Juist omdat grondslag en hoogte van de compensatie in die gevallen met de inhoud van het rechterlijk oordeel samenhangen, lijkt dat ongewenst (zie ook hierna).

Ook bij de rechtmatige overheidsdaad ligt aansluiting bij het voorontwerp in de rede. Dit betekent dat een gewezen verdachte of derde in eerste instantie aanklopt bij het orgaan dat verantwoordelijk is voor het ontstaan van de schade. Denkbaar is echter dat op deze - algemeen in het nadeelcompensatierecht geldende regel - op het gebied van het strafrecht een uitzondering wordt gemaakt voor zover het gaat om nadeelcompensatie na een beslissing van de strafrechter. Dat het in het strafrecht van oudsher zo is dat de *rechter* is aangewezen om nadeelcompensatie toe te kennen, houdt (mede) verband met de eigen aard van het strafrecht. Het OM heeft in het strafproces een bijzondere rol, die afwijkt van de verhoudingen in het bestuursrecht waarbij de rechter oordeelt over de bevoegdheidsuitoefening door een bestuursorgaan. Daarom zal het oordelen door het OM in een zaak waarover de strafrechter zich eerder heeft uitgelaten al snel worden gezien als het oordelen over of overdoen van de

rechterlijke beslissing. Voor de andere gevallen zou de wet kunnen voorzien in een rechtsgang bij de strafrechter als de benadeelde de beslissing over nadeelcompensatie wil aanvechten.

1.3 Materiële aspecten

Inhoudelijk gezien, kunnen bij de voorgestelde regeling ook de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Het voorstel bevat in artikel 594, 595, 597 en 598 de (materiële) kern.

Als gezegd, is het perspectief voor de schadevergoeding bij onrechtmatige daad: de benadeelde zoveel mogelijk brengen in de situatie waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd. In de praktijk betekent dat kort gezegd volledige schadevergoeding. Bij schadevergoeding wegens rechtmatige daad is een criterium voor de omvang veel moeilijker te vinden. Artikel 597 heeft er dan ook veel woorden voor nodig en noemt naast de criteria 'onevenredig getroffen' en 'uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico' nog een serie afwijzingsgronden, waaronder uiteindelijk zelfs de redelijkheid in het algemeen (voorgesteld art. 597, 1d Sv). Dat biedt de rechter (én het College van PG's) weinig houvast voor toewijzing, maar vooral veel aanknopingspunten voor afwijzing. In dat verband lijkt het van belang dat de beslissende instantie telkens uitdrukkelijk zal moeten oordelen over de (on)rechtmatigheid van de schadetoebrengende maatregel omdat bij onrechtmatigheid al die vrijheid niet bestaat en in beginsel gewoon de volledige schade moet worden vergoed (art. 597 lid 2 spreekt van 'een schadecompensatie', maar waarom niet van schadevergoeding?). Weliswaar biedt voorgesteld lid 2 van artikel 597 Sv de mogelijkheid dat de schade ook bij onrechtmatige daad naar maatstaven van het civiele recht gedeeltelijk of geheel voor rekening van de benadeelde dient te blijven, maar het civiele recht bevat op dat punt tamelijk sterk ontwikkelde criteria. Voor de gevallen van onrechtmatig handelen heeft het voorstel kennelijk de bedoeling bij het civiele recht aan te sluiten, maar het doet dat op verschillende punten wat onbeholpen.

Ten eerste bevat het voorontwerp de bepaling dat de (on)rechtmatigheid moet worden beoordeeld naar het tijdstip van optreden (art. 597 lid 3). Het voorontwerp beoogt hiermee jurisprudentie van de burgerlijke rechter te corrigeren, die inhoudt dat een gewezen verdachte alleen schadevergoeding toekomt wanneer het overheidsoptreden achteraf gezien onrechtmatig is vanwege de gebleken onschuld van deze verdachte (MVT, p. 6), de zogeheten 'onrechtmatigheid ex post'. Wij menen echter dat de opsteller daarmee blijk geeft van een onjuist begrip van de jurisprudentie van - de civiele kamer van - de Hoge Raad. De redenering van de raad is nu juist dat de overheid onrechtmatig handelt omdat zij *op het moment van optreden* met het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardiging rekening diende te houden.^[5] Dat de Hoge Raad deze constructie moet hanteren (de toelichting spreekt van een 'U-bocht') om te zorgen dat dergelijke schade (ten dele) wordt gedragen door het collectief, hangt samen met het zogeheten 'gesloten stelsel van verbintenissen'. Wanneer de wetgever zorgdraagt voor een wettelijke grondslag voor dit type schadevergoedingsverbintenis is voldaan aan de eis van artikel 6:1 BW.^[6] Een bepaling zoals opgenomen in artikel 597 is daarvoor niet nodig en berust dan ook op een onjuiste analyse van het probleem.

Daarnaast wordt niet afdeling 6.1.10 BW (art. 6:95 e.v.) in haar geheel van overeenkomstige toepassing verklaard (waarom eigenlijk niet?), maar wordt zowel voor de onrechtmatige als voor de rechtmatige daad artikel 6:106 BW (inzake vergoeding van immateriële schade) van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 598 lid 1), zij het dat artikel 6:106 lid 2 BW kennelijk weer niet geldt, omdat erfgenamen in het geheel geen verzoek kunnen doen tot vergoeding van immateriële schade (art. 594 lid 6). Ook overigens bevat het voorstel vanuit civielrechtelijk punt wel eigenaardigheden. Zo moet het gaan om 'rechtstreekse schade' (art.

594) en om 'rechtstreeks benadeelden' (art. 595), maar is onduidelijk aan de hand van welke criteria die rechtstreeksheid moet worden vastgesteld. Gaat het hier om de civielrechtelijke criteria van relativiteit en causaal verband of om eigensoortige maatstaven, en zo ja, welke dan? Artikel 595 lid 2 biedt vervolgens merkwaardigerwijs wel een bijzondere positie voor 'de verzekeraar ten aanzien van een vordering waarin hij is gesubrogeerd of die hij door overdracht heeft verkregen', maar wie die verzekeraar is, en waarom alleen de *gesubrogeerde* verzekeraar of de verkrijgende *verzekeraar* in de prijzen valt en niet bijvoorbeeld de uitkerende instantie met een zelfstandig regresrecht of een ander dan een verzekeraar die de vordering door overdracht verkreeg, blijft onverklaard. Deze elementen hangen vermoedelijk samen met het feit dat het eigenlijk gaat om een 'omgebouwde' strafrechtelijke verzoekschriftprocedure die niet het materiële civiele recht tot uitgangspunt neemt. Dat laatste is natuurlijk ook lastig als men tegelijkertijd de nadeelcompensatie uit rechtmatige daad wil regelen, maar die wens heeft dus kennelijk ook haar prijs.

Wat de rechtmatige overheidsdaad aangaat tot slot nog het volgende. In het eerder genoemde voorontwerp is het *égalité*beginsel gecodificeerd als grondslag voor nadeelcompensatie (waarbij overigens de mogelijkheid is opengelaten dat ook andere grondslagen in praktijk een rol kunnen spelen). Het onderhavige wetsvoorstel sluit hier niet bij aan om reden dat 'in het strafprocesrecht gelding en reikwijdte van dit beginsel ter discussie staat'. Als voorbeeld wordt gewezen op HR 13 oktober 2006, *LJN* AV6956. Volgens de MvT stelt de Hoge Raad daarin (zie p. 15) dat het *égalité*beginsel niet zover strekt dat de gewezen verdachte, van wie de onschuld niet uit het strafdossier blijkt (anders had hij namelijk vergoeding kunnen claimen op grond van de zogenaamde 'gebleken-onschuld'-redenering) op dezelfde wijze dient te worden behandeld als willekeurige andere burgers. Leest men de uitspraak erop na dan blijkt hieruit niet dat het *égalité*beginsel niet zou kunnen gelden in het strafprocesrecht maar dat de schade in een dergelijk geval, aldus de Hoge Raad, tot het normale maatschappelijke risico van de gewezen verdachte behoort. Dat sluit een redenering op grond van het *égalité*beginsel niet uit.

2 De kosten van compensatie

2.1 Algemeen

Er is onmiskenbaar een stijgende lijn te ontwaren in de kosten van het huidige compensatiestelsel. Was in 1995 minder dan € 2 miljoen gemoeid met het stelsel van artikel 89 en 591a Sv, in 2006 was het € 17,2 miljoen.^[7]

Wat kan deze stijging verklaren?

Allereerst is van belang te constateren dat de kosten per dossier in de genoemde periode (gemiddeld toegekend bedrag per zaak) nauwelijks zijn toegenomen. Monetaire inflatie is dus geen oorzaak; normering van de schadevergoeding ex artikel 591a Sv staat kennelijk ook aan inflatie van geclaimde uurtarieven in de weg. Ook is de verhouding tussen artikel 89 Sv- en artikel 591a Sv-claims nauwelijks gewijzigd: ongeveer 50/50%.

De voor de hand liggende verklaring voor de stijging van de totale kosten is daarom dat er *vaker* wordt geclaimd dan vroeger.^[8] Maar wat zijn daar de mogelijke oorzaken van? Het lijkt erop dat er niet één duidelijke oorzaak is maar veeleer een samenloop van oorzaken. We proberen die hier in kaart te brengen

- Een absolute stijging van het aantal zaken dat onder artikel 89/591a Sv valt; hoewel de instroom bij het OM per saldo in de periode 1995-2006 nauwelijks is toegenomen, legt

het OM in 2006 ruim 50% van de zaken voor aan de rechter terwijl dat in 1995 ruim 40% was. Meer voorgelegde zaken zorgen - bij gelijke vrijspraakpercentages en zeker bij toename van vrijspraak - tot absoluut meer gevallen die onder het regime van artikel 89/591a Sv vallen.

- Een toename van het aantal zaken met voorarrest. In de periode 1995-2006 is dat percentage namelijk gemiddeld genomen verdubbeld van 5 naar 10.^[9] Het gemiddelde percentage vrijspraken was tot 2004 stabiel op 4, maar is sindsdien gestegen naar 7. Bij toename van het aantal voorarresten enerzijds en het gelijkblijven c.q. toenemen van het percentage vrijspraken is te verwachten dat het aantal 89/591a-Sv-claims toeneemt.
- Er is een lichte stijging van het aantal 'ongedekte' voorarresten: in 15% (1998) respectievelijk 18% (2006) van de gevallen waarin de rechter geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf oplegt, was sprake van voorarrest.^[10] Het lijkt aannemelijk te veronderstellen dat die toename zich vertaalt in een toename van het aantal 89/591a Sv-claims.

Wij hebben het niet nauwkeurig berekend maar wij denken dat deze verklaringen de totale stijging van de totale compensatielast niet volledig kunnen verklaren. Voor andere strafprocessuele verklaringen - zoals gewijzigde instroomverhouding van zaakstypen met verschillende voorarrest/vrijspraak ratio - hebben we geen sterke aanwijzingen kunnen vinden.^[11]

Dan blijven nog over de toegenomen claimbereidheid van ex-verdachten (art. 89 Sv) en de toegenomen claimbewustheid of -noodzaak bij de strafadvocatuur (591a Sv). Hierover is ons niets bekend maar het lijkt niet ondenkbaar dat dit fenomeen mede-oorzakelijk is voor toename van het aantal ingediende verzoeken. Hieraan kan mede ten grondslag liggen een verruiming van de toepassing door de strafrechter van artikel 89/591a Sv. Zo wordt het in het wetsvoorstel terecht verlaten, beperkte 'zaak'-begrip in lagere rechtspraak reeds thans lang niet altijd gevolgd.

2.2 Mogelijke gevolgen van invoering van het wetsvoorstel

Een hogere compensatielast?

De MvT bij het ontwerp (algemeen deel, par. 6 'budgettaire aspecten') meldt dat het wetsvoorstel per saldo budgetneutraal ingevoerd kan worden. Wij vinden dat een ongeloofwaardige mededeling - temeer omdat het Voorontwerp de schadebegroting en de hoogte van de bedragen helemaal niet regelt. De mededeling van budgetneutraliteit is dus waarschijnlijk meer een staaltje van 'wishful thinking' dan van 'evidence based' wetsontwerpen. Wij weten niet welke besparingen het Voorontwerp concreet kan realiseren, maar denken wel dat een concrete toename aan de uitgavenzijde te verwachten valt. Het ontwerp maakt het immers mogelijk om vergoeding te krijgen voor de zogenaamde 'ongedekte vrijheidsbeneming', ook als de zaak eindigt met oplegging van straf. Zo is het mogelijk om vergoeding toe te kennen als een strafzaak waarin voorlopige hechtenis is toegepast (toch) uitmondt in een taakstraf.^[12] Dat zijn belangrijke uitbreidingen in vergelijking met het huidige 89/591a Sv-stelsel. Het lijkt ons plausibel dat die uitbreidingen tot een grotere schadelast zullen leiden.

Daarbij komt het volgende. Er is de laatste jaren een dalende lijn te signaleren zowel wat betreft het opleggen van vrijheidsstraffen als wat betreft de duur van opgelegde vrijheidsstraffen.^[13] Van belang is te constateren dat de verhouding tussen opgelegde taakstraffen en onvoorwaardelijke vrijheidsstraffen in de periode 1995-2006, en met name na 2002, sterk is gewijzigd. Bij de meeste delicten werden minder vaak vrijheidsstraffen en vaker taakstraffen opgelegd.^[14] Tegelijk zien we dat het gebruik van het dwangmiddel voorarrest niet terugloopt. Plausibel is dat deze tegengestelde ontwikkelingen tot meer gevallen van compensatie kunnen leiden voor gevallen waarin na een voorarrest *geen* onvoorwaardelijke vrijheidsstraf volgt (dat betrof in 1998 15%, en in 2006 21%). Als die trend zich voortzet - bijvoorbeeld omdat de taakstraf toenemend populair blijft - valt een vergroting van de schadelast te verwachten bij invoering van het Voorontwerp.

Geldt dat ook voor vrijheidsstraffen na voorarrest? Het Voorontwerp biedt alleen compensatie als het voorarrest langer duurt dan de uiteindelijke onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Zal deze uitbreiding van de vergoedingsmogelijkheden tot een hogere schadelast leiden? Dat is moeilijk te zeggen. In 1998 was in 7% van de gevallen waarin de rechter een vrijheidsstraf oplegde, de duur daarvan lager of gelijk aan de duur van het voorarrest, terwijl dit in 2006 gestegen is naar 21%.^[15] Dat laatste percentage betrof evenwel goeddeels gevallen waarin de duur van de vrijheidsstraf gelijk werd gesteld aan die van het voorarrest. Als deze lijn zich voortzet, is geen stijging van de schadelast te verwachten op deze grond.

Die toename is ook te verwachten als we kijken naar wat er gebeurt als de verdachte die in eerste aanleg werd veroordeeld, in appel gaat. Algemeen gesproken kan worden gezegd dat statistisch gezien het appel in het voordeel van de veroordeelde werkt: meer vrijspraken, minder strafopleggingen, minder onvoorwaardelijke vrijheidsstraffen, en meer taakstraffen.^[16] Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat appel een loterij met alleen maar winnende loten is voor de veroordeelde (alhoewel: het aantal vrijspraken en uitspraken zonder strafoplegging is in appel driemaal zo hoog als in eerste aanleg^[17]), maar wel dat appel een versterkend effect kan hebben op de toename van het aantal claims als het Voorontwerp ook vergoeding toestaat in geval van bijvoorbeeld taakstraf na voorarrest. Mogelijk is het ook aanleiding voor veroordeelden om vaker dan nu het geval is appel in te stellen (omzetting in een taakstraf betekent immers vergoeding van 'ongedekte' vrijheidsbeneming). Dit zal onder meer afhangen van de (financiële) drempels die aan appel verbonden zijn.

Defensive prosecution?

Is een hogere schadelast erg? Vranken meldt dat het financiële argument tegen (ruimere) vergoeding geen indruk maakt: 'In 2004 zou € 13 miljoen zijn uitgekeerd. Op een begroting van 6 miljard is dat 0,2 %', zo constateert hij.^[18] Vranken refereert hier aan de Justitiebegroting; nog minder indruk maakt het als we niet de Justitiebegroting maar de totale rijksbegroting bekijken. Waar Vranken hier aan refereert zijn zogenaamde 'floodgate-argumenten'.^[19] Het centrale idee daarbij is dat overheidshandelen te sterk beteugeld zou worden door de dreiging van financiële consequenties van het compensatiestelsel. Dergelijke 'floodgate'-argumenten zijn, als het om de rijksoverheid gaat, zelden indrukwekkend. Wij belastingbetalers kunnen het met z'n allen wel dragen. Belangrijker is dus de vraag of we het *willen* betalen. We komen daar nog op terug.

Op deze plaats is van belang om te bezien of de dreiging van een compensatieverplichting tot 'defensive prosecution' leidt. Daar is bij ons weten geen onderzoek naar gedaan in Nederland, en voor zover wij weten worden de € 17 miljoen die het ministerie jaarlijks uitkeert aan gewezen verdachten, niet verhaald op de dienstonderdelen die het aangaat. Belangrijk is dat de MvT Voorontwerp wel zinspeelt op een dergelijk verhaal. In de MvT wordt gesteld dat de

overheidsdienst die verantwoordelijk kan worden geacht voor de schade, deze ook moet dragen. Dat idee gaat er kennelijk vanuit dat verantwoordelijkheid eenduidig toe te wijzen is. Hier valt wel wat op af te dingen.^[20] Bovendien zijn wij wel benieuwd naar het te verwachten effect van een dergelijke kosteninternalisatie op het gedrag van het betreffende dienstonderdeel. Voor de Rijksoverheid zijn het relatief bescheiden bedragen, maar voor een lokaal parket kunnen advocatenkosten en compensatie voor voorarrest na vrijspraak een behoorlijke hap uit het budget zijn.

De fundamentele gedachte dat het beter is om tien schuldigen vrij te spreken dan om één onschuldige te veroordelen, werkt door in de gedachtevorming over compensatie: beter tien schuldigen met compensatie naar huis sturen dan één onschuldige zonder compensatie achter te laten. We weten dat het huidige systeem van artikel 89/591a Sv sommigen mogelijk ten onrechte compenseert (al is de grondslag direct verbonden met de niet-veroordelende uitspraak van de strafrechter), maar *wie* het zijn, is onzeker. Die onzekerheid neemt de maatschappij voor lief. We hebben dus te maken met een fundamentele keuze voor een systeem waarin vergoeding wordt gegeven aan personen die daar mogelijk geen recht op hebben. Het ontwerp wil op cruciale punten de mogelijkheden tot schadevergoeding uitbreiden. De rechtvaardiging voor die uitbreiding is uiteraard dat we daarmee beogen de kans te vergroten dat die personen een vergoeding krijgen die daar redelijkerwijze naar onze huidige opvatting recht op hebben.

Men kan zich afvragen of het concept-wetsvoorstel dan op één punt niet te ver doorschiet. De vergoedingsmogelijkheden worden juist uitgebreid, niet ten aanzien van vrijspraken, maar ten aanzien van veroordeelden - personen die met andere woorden wel schuldig zijn, maar die te lang in voorarrest hebben gezeten in die zin dat hun voorarrest niet gedekt wordt door de uiteindelijk opgelegde taakstraf. Daarmee verschiet de grondslag voor compensatie van kleur: niet de last van het voorarrest in het licht van een niet-veroordelend vonnis vormt dan de grondslag voor de compensatie maar de discrepantie tussen dwangmiddel en uiteindelijke veroordeling is hier de rechtvaardiging voor de compensatie.^[21] Bij wijze van voorbeeld: een verdachte wordt in eerste aanleg veroordeeld wegens verkrachting van zijn dochter, bezit van kinderporno en ontucht met een minderjarige. Hij stelt appel in en daar blijft alleen de veroordeling wegens bezit van kinderporno overeind. Achteraf bezien blijkt de veroordeelde veertien maanden langer in voorarrest geweest te zijn dan de veroordeling dragen kan.^[22] Moet hij gecompenseerd worden voor dit ongedekte voorarrest? Nee, zegt artikel 89 Sv. Ja, zegt het Voorontwerp. Is die discrepantie tussen dwangmiddel en uiteindelijke veroordeling voldoende grond voor uitbreiding van de mogelijkheden van schadevergoeding? Wij hebben daar wel aarzeling bij. Wij vragen ons af hoe politiek en maatschappij hierover zullen denken. Het toekennen van vergoeding na veroordeling moet politiek draagvlak hebben dat wij niet direct aanwezig veronderstellen.^[23] Bovendien zou bij de toepassing van het voorschrift in de praktijk kunnen blijken dat de formele mogelijkheid van vergoeding flink wordt afgeknepen.

3 Conclusies

Alles overziend zijn wij van mening dat de twee meest wezenlijke keuzes die in het wetsontwerp zijn gemaakt onvoldoende zijn gefundeerd.

In de eerste plaats gaat het dan om het voorstellen van één centrale voorziening ongeacht de aard van de aansprakelijkheid. Hoewel wij praktisch gezien de aantrekkelijkheid onderkennen van één loket, wordt, ook na lezing van de MvT, niet duidelijk waarom op dit punt wordt afgeweken van het voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige

overheidsdaad. Bovendien is het de vraag of het primaire doel van de wetswijziging, te weten een snelle en eenvoudige afhandeling van schadeclaims en verbetering van de rechtsbescherming van burgers, aldus werkelijk zal worden behaald. Vooral als het gaat om schade als gevolg van onrechtmatig overheidsoptreden wagen wij dit te betwijfelen.

De tweede belangrijke keuze betreft de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid op cruciale punten. Het gaat hierbij niet zozeer om de vergoedingsmogelijkheden ten aanzien van onschuldigen, maar van veroordeelden. De rechtvaardiging daarvoor is enkel gelegen in de discrepantie tussen dwangmiddel en uiteindelijke veroordeling. Wij aarzelen of dit voldoende reden voor uitbreiding van de aansprakelijkheid is en betwijfelen of daarvoor politiek gezien draagvlak bestaat. Door te stellen dat het wetsvoorstel budgetneutraal kan worden ingevoerd, schetst de regering dan ook een te rooskleurig beeld, zeker als bepaalde maatschappelijke trends, die alle wijzen in de richting van een toename van de compensatielast, zich doorzetten.

[*]

Alle auteurs zijn als hoogleraar verbonden aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

[1]

Kamerstukken II 2007/08, 31 200, hoofdstuk IV, nr. 2, p. 201.

[2]

Zie <http://www.justitie.nl>. Een beschrijving van alle ins en outs van het wetsvoorstel is te vinden in J.I.M.G. Jahae en L.A.H.A. van Maarseveen, 'Wetsvoorstel schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden: l'addition s.v.p.', O&A 2008, 3, p. 12 e.v.

[3]

Voorontwerp van de studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, mei 2007.

[4]

Voor een overzicht van deze problemen en de bijdrage die het voorontwerp daaraan kan leveren zie o.a. J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing. Maar slot op toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', NJB 2007, 1683, p. 2018-2023, B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', NTB 2007, 38, p. 287 en C.N.J. Kortmann, 'Het voorontwerp schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten: en probaat middel tegen procespijn', O&A 2007, 74, p. 129-135.

[5]

HR 23 november 1990, NJ 1991, 92.

[6]

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss.), Deventer 2006, p. 208-209.

[7]

Webmagazine CBS 12 november 2007. Zie ook <http://www.statline.nl> (bijzondere procedures in strafzaken).

[8]

Zie de stijgende lijn van het aantal verzoeken 1995-2006 bij Webmagazine, t.a.p.

[9]

'Strafrechter en strafketen: de gang van de zaken 1995-2006' (Rechtstreeks 2007/3), p. 24.

[10]

Idem, p. 37.

[11]

De aard van de instroom verandert in de periode 1995-2006. Vermogensmisdrijven zijn gedaald, terwijl het volume van gewelds- en opiummisdrijven elk met 70% is toegenomen. Als de aanname klopt dat juist bij die laatste twee categorieën vaker voorlopige hechtenis wordt gebruikt dan bij het eerste type zaken, dan zal bij toename van die zaken ook ceteris paribus toename van het aantal art. 89 Sv-claims plausibel zijn. Het blijkt echter dat die aanname over 1995-2006 onjuist is, omdat voorarrest juist in toenemende mate wordt toegepast bij vermogensdelicten. Het lijkt ons dus niet plausibel dat de aard van de instroom in absolute zin tot meer vrijspraken na voorarrest leidt. Wel zou de verschuiving van instroom van vermogens- naar geweldsdelicten tot toename van art. 591a Sv-claims kunnen hebben geleid omdat het vrijspraakpercentage bij geweldsmisdrijven hoger ligt dan bij vermogensdelicten. Gegevens ontleend aan 'Strafrechter en strafketen: de gang van de zaken 1995-2006' (Rechtstreeks 2007/3).

[12]

Zie art. 594 lid 1 sub c Voorontwerp.

[13]

Dat betekent mogelijk dat korte vrijheidsstraffen verdrongen zijn door alternatieve sancties. 'Strafrechter en strafketen: de gang van de zaken 1995-2006' (Rechtstreeks 2007/3), p. 35. Alleen bij vermogensdelicten zijn de afgelopen jaren relatief weinig kortdurende vrijheidsstraffen opgelegd: als er vrijheidsstraf wordt opgelegd, is deze relatief lang.

[14]

Idem, p. 31 e.v.

[15]

Idem, p. 36-37.

[16]

Idem, p. 41. Zie ook Frank van Tulder, Bart Diephuis, 'Afgewogen straffen - Analyse en verbetering van de Databank Consistente Straftoemeting', rapport Raad voor de Rechtspraak 2008, p. 38 e.v. Dit deel van het rapport betreft overigens alleen gevallen waarin in eerste aanleg vrijheidsstraffen van zes jaar of meer werden gegeven.

[17]

Dit gegeven kan overigens ook betekenen dat de filterwerking van de strafadvocatuur heel erg goed is en veroordeelden slechts na ampele overwegingen ertoe overgaan om appel in te stellen.

[18]

Annotatie in NJ onder HR 13 oktober 2006, C 05/024HR, NJ 2007, 432, JA 2006, 149 (Begaclaim).

[19]

Vgl. N.J.M. Kwakman, in: M.S. Groenhuijsen, G. Knigge (red.), Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Kluwer 2004, p. 585.

[20]

Bij (evident) onrechtmatig strafvorderlijk optreden is het toewijzen van verantwoordelijkheid eenvoudiger dan bij vrijspraken na voorarrest of vrijheidsstraffen die te kort zijn om het voorarrest te dekken. Die categorieën zijn namelijk per definitie een gedeelde verantwoordelijkheid van zittende en staande magistratuur: de duur van voorarrest wordt niet alleen door het OM maar ook door de rechter bepaald, terwijl de uiteindelijke uitspraak door de rechter wordt bepaald. Zie ook Frank van Tulder en Bart Diephuis, 'Afgewogen straffen - Analyse en verbetering van de Databank Consistente Straftoemeting', rapport Raad voor de Rechtspraak 2008, p. 43: hoe meer tijd verstrijkt tussen strafoplegging in eerste aanleg en die in hoger beroep, des te lager de straf gemiddeld uitvalt. Bovendien geldt dat vrijheidsstraffen in appel door de bank genomen omlaag gaan of vervangen worden door vrijspraak dan wel taakstraf. Dit gevoegd bij het gegeven dat de werklast van het hof en de uitwerking van het vonnis door de rechter van eerste aanleg goeddeels bepalend zijn voor de hiervoor bedoelde tijdsduur, wie moet dan de rekening betalen als het voorarrest na appel 'ongedekt' blijkt te zijn

[21]

Vgl. Kwakman (2004), p. 587, die verwijst naar 'disproportionele schade'.

[22]

Voorbeeld ontleend aan Rb. Groningen 6 juni 2007, HAZA 06-706, waarin aan de veroordeelde met toepassing van het gelijkheidsbeginsel € 10 000 met wettelijke rente werd toegewezen.

[23]

Terzijde en meer technisch merken wij op dat deze vraag met name in geval van in verzekeringstelling rijst. Die wordt nogal eens toegepast, bijvoorbeeld voor een nacht, om ervoor te zorgen dat de aangehouden verdachte niet zonder een in persoon betekende dagvaarding het politiebureau verlaat. Anders dan de voorlopige hechtenis is de toepassing van dit dwangmiddel ook niet gebonden aan het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv. Dat maakt compensatie in geval van veroordeling des te vreemder.