

kundigen (de rechtbank meent dat volstaan kan worden met één deskundige), de persoon van de deskundige(n) en de aan de deskundige(n) te stellen vragen. De rechtbank geeft partijen in overweging om te proberen tot een gezamenlijke voordracht (zowel voor wat betreft de deskundige(n) als de te stellen vragen) te komen.

9. BBNN heeft de rechtbank verzocht om overeenkomstig artikel 337 lid 2 Rv. de mogelijkheid van hoger beroep open te stellen tegen het te wijzen vonnis. De rechtbank zal dit verzoek honoreren. Daarbij is van belang dat de rechtbank in dit tussenvonnis een controversiële rechtsvraag tussen partijen, de vraag of BBNN onzorgvuldig gehandeld heeft, heeft beslist, dat het antwoord op die vraag doorwerkt in de verdere procedure en dat, zoals hiervoor is overwogen, voor de verdere beoordeling van de vordering van Van Veenendaal een deskundigenonderzoek noodzakelijk is, een onderzoek dat achterwege kan blijven wanneer in hoger beroep beslist wordt dat BBNN niet onzorgvuldig gehandeld heeft. In het licht van hetgeen de Hoge Raad in het arrest van 23 januari 2004 (RvdW 2004, 20) heeft overwogen over het openstellen van tussentijds hoger beroep tegen tussenvonnissen, is het openstellen van tussentijds hoger beroep in deze zaak alleszins gerechtvaardigd.

Aan hetgeen hiervoor is overwogen – de rechtbank merkt dit ter voorlichting van partijen op – doet niet af dat de rechtbank destijds geen beroep heeft opengesteld tegen het eerdere tussenvonnis en, zoals de Hoge Raad in genoemd arrest overwogen heeft, ook geen tussentijds beroep meer kan openstellen, omdat de appèltermijn inmiddels ruimschoots is overschreden. BBNN heeft desondanks voldoende belang bij het openstellen van hoger beroep tegen dit tussenvonnis. Nu de in één instantie gewezen vonnissen, voorzover geen deelvonnissen, niet als op zichzelf staand mogen worden beschouwd, doch één geheel vormen (hoge Raad 7 november 2003, «JBPR» 2004, 16), leidt het openstellen van tussentijds appèl tegen een tweede tussenvonnis ertoe dat in hoger beroep ook het eerste tussenvonnis kan worden aangevallen, ook wanneer tussentijds appèl tegen dat tussenvonnis niet apart is opgesteld. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat eventuele grieven tegen het eerste tussenvonnis, waarop het tweede tussenvonnis voortbouwt, pas aan de orde kunnen komen in het kader van het

appèl tegen het eindvonnis, hetgeen zeker wanneer beide tussenvonnissen nauw samenhangen, ongewenst, immers onpraktisch en verwarrend, zou zijn.

10. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Beslissing

1. De rechtbank verwijst de zaak naar de rolzitting van woensdag 6 oktober 2004 voor akte aan de zijde van beide partijen overeenkomstig het bepaalde in rechtsoverweging 8.
2. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.
3. De rechtbank bepaalt dat tegen dit vonnis tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld.

Overheidsaansprakelijkheid

14

Hoge Raad
17 september 2004, nr. C03/068HR, LJN-nr. AO7887
(mrs. Neleman, Aaftink, Van Buchem-Spapens, Kop, Bakels)
(concl. A-G Langemeijer)
Noot W.H. van Boom

Rechtmatige overheidsdaad. Rechtmatig politietoedredden. Onevenredig getroffen derde. Normaal maatschappelijk risico. Toerekening gedragingen derde als eigen schuld.

[BW art. 6:101, 6:162]

Bij een politie-inval in een woning wordt schade toegebracht aan het eigendom van een niet-verdachte derde. De verdachte was een nicht van de benadeelde; zij woonde in bij de benadeelde. Op grond van deze feiten spreekt de benadeelde de Staat aan tot vergoeding van de schade op grond van rechtmatige daad. De Hoge Raad bevestigt in de lijn van het arrest Staat/Lavrijsen (NJ 2003, 615)

dat de onschuldige derde als onevenredig getroffen, recht heeft op vergoeding van de door de rechtmatige overheidsdaad geleden schade. Ook geeft hij richtlijnen voor beantwoording van de vraag wanneer schade door rechtmatig overheids-optreden als onevenredig buiten het normale maatschappelijke risico valt. Dat hangt af, aldus de Hoge Raad, van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval, waaronder onder meer enerzijds de aard van de overheids-handeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Bij rechtmatig strafrechtelijk optreden moeten getroffen derden, aldus de Hoge Raad, in het algemeen enig ongemak of gering tijdelijk verlies bij wijze van normaal maatschappelijk (bedrijfs)risico voor lief nemen. Als er echter zaken van die derde worden beschadigd, is de overheid in beginsel schadeplichtig. Bij beantwoording van de vraag of de schadevergoeding op grond van art. 6:101 BW verminderd moet worden, worden niet nogmaals ook de omstandigheden gewogen die al dan niet tot het maatschappelijke risico van de benadeelde behoren, want deze behoren al verdisconteerd te zijn in het oordeel dat de overheid aansprakelijk is. Overige omstandigheden die voor risico van de benadeelde komen, kunnen bij de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW worden meegewogen. Dit kan ertoe leiden, zoals in het onderhavige geval, dat gedragingen van een huisgenoot van de derde met wie deze samenwoont gedeeltelijk tot de risicosfeer van de derde behoren, zodat de derde niet volledige schadevergoeding verkrijgt.

De Staat der Nederlanden, Ministerie van Justitie, te 's-Gravenhage, eiser tot cassatie, advocaat: mr. G. Sniijders, tegen X te Z, verweerster in cassatie, advocaat: mr. R.A.A. Duk.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Langemeijer)

In dit geding is schadevergoeding gevorderd na toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel. Het cassatiemiddel stelt een toepassing van de maatstaf van HR 30 maart 2001, NJ

2003, 615 m.nt. MS (Staat/Lavrijsen) aan de orde.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:¹

1.1.1. Op 14 februari 1996 heeft in Amsterdam een confrontatie plaatsgevonden tussen de gezusters A en B. Hierbij waren aanwezig C en D. Bij deze gelegenheid heeft C D bedreigd met een op een Uzi gelijkend wapen en hem gezegd dat hij hem met een pistool, dat hij thuis had, zou doodschieten. Na deze bedreiging overhandigde C het wapen aan A, die hiermee haar woning aan de a-straat 1 binnenliep.

1.1.2. Verweerster in cassatie, X, is medebewoonster van de woning a-straat 1.

1.1.3. Op last van de hulpofficier van justitie heeft de politie op 20 februari 1996 gelijktijdig huiszoeking verricht in de woning van C en in de woning van A. C werd in zijn woning aangehouden. Daar werd tevens het op een Uzi gelijkende wapen aangetroffen.

1.1.4. Op het adres a-straat 1 was niemand aanwezig, zodat de politie zich de toegang tot het pand verschaft door het inslaan van een keukenraam. In het pand werd niets relevant aangetroffen. Bij het verlaten van de woning is het keukenraam door de gemeentelijke alarmdienst afgedicht.

1.1.5. C is bij vonnis van 17 september 1996 door de politierechter te Amsterdam wegens verboden wapenbezit veroordeeld tot 40 uur onbetaalde arbeid ten algemene nutte en een maand voorwaardelijke gevangenisstraf.

1.2. X, een tante bij wie A destijds inwoonde,² heeft bij inleidende dagvaarding d.d. 25 maart 1998 van de Staat betaling van f 14.807,65 gevorderd. Aan deze vordering heeft X ten grondslag gelegd dat zij schade heeft geleden ten gevolge van de huiszoeking in haar woning aan de a-straat 1. Zij heeft de Staat aansprakelijk gesteld uit hoofde van onrechtmatige daad, de materiële schade gesteld op f 2.663,95 en haar immateriële schade op f 10.000,=, beide bedragen te vermeerderen met buitengerechtelijke incassokosten en met wettelijke rente.

1.3. De Staat heeft verweer gevoerd. Bij vonnis

1. Rov. 1 van het tussenaarrest van het hof, in verbinding met rov. 1 van het vonnis in eerste aanleg.
2. Zie rov. 3.6 van het bestreden eindarrest.

van 21 juli 1999 heeft de rechtbank te 's-Gravenhage de vordering toegewezen tot een bedrag van f 1.752,50 voor materiële schade, waaronder begrepen f 750,= voor beschadigde goederen van E die in de woning van X lagen, vermeerderd met f 730,= voor buitengerechtigde incassokosten en beide bedragen te vermeerderen met wettelijke rente. Het meer of anders gevorderde, in het bijzonder de gestelde immateriële schade, werd door de rechtbank afgewezen. De rechtbank was van oordeel dat de huiszoeking is verricht in overeenstemming met art. 49 Wet wapen en munitie in verbinding met de artikelen 54 en 55 Sv en dat de huiszoeking, ook achteraf beschouwd, gerechtvaardigd was, gelet op de veroordeling van C wegens verboden wapenbezit. Dit laat volgens de rechtbank onverlet dat het optreden van de Staat, hoezeer in strafvorderlijk opzicht gerechtvaardigd, jegens X – een derde jegens wie te dezer zake nimmer een verdenking heeft bestaan – als onrechtmatig dient te worden aangemerkt indien de Staat de schade die door zijn optreden is veroorzaakt niet voor zijn rekening neemt (rov. 3.3 Rb). Aan de stelling van X dat de politie bij de huiszoeking bovendien onzorgvuldig is opgetreden kwam de rechtbank om deze reden niet meer toe (rov. 3.4 Rb).

1.4. Op het hoger beroep van de Staat heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage in het tussenarrest d.d. 4 april 2002 verwezen naar het arrest Staat/Lavrijsen en overwogen dat het enkele feit dat de huiszoeking overeenkomstig de regels van strafvordering is geschied niet in de weg staat aan het oordeel dat het toebrengen van schade onrechtmatig kan zijn. Het hof heeft een comparitie gelast teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te spreken over de vraag of de gestelde schade onevenredig is omdat zij buiten bij de normale maatschappelijke risico van X ligt (rov. 4.2). Met betrekking tot omvang van de gestelde schade verwiert het hof de grief van de Staat tegen de toewijzing van incassokosten (rov. 6; zie ook rov. 3.7 van het eindarrest). Met betrekking tot de gestelde schade aan goederen van E wenste het hof ter comparitie inlichtingen in te winnen alvorens verder te beslissen.

1.5. Ter comparitie hebben partijen hun stellingen aangepast: zie de samenvatting in rov. 3.1 van het eindarrest. In het eindarrest van 28 november 2002 heeft het hof als algemeen

regel voorop gesteld dat schade die tijdens een huiszoeking overeenkomstig de regels van strafvordering in de woning van een ander dan de verdachte wordt aangericht aan zaken van die ander (of van een derde), in beginsel niet tot het maatschappelijke risico van die ander (of van die derde) behoort (rov. 3.2). Niettemin acht het hof het mogelijk dat de schade geheel of gedeeltelijk aan die ander (of aan die derde) wordt toegerekend. Volgens het hof behoort een dergelijke schade volledig voor risico van de benadeelde te blijven indien deze op enigerlei wijze is betrokken bij het strafbare feit waarop de huiszoeking betrekking heeft of indien hij weet dan wel behoort te weten of te vermoeden dat zijn woning voor strafbare feiten wordt gebruikt (rov. 3.4). Voor een gedeeltelijke toerekening van de schade aan de benadeelde ziet het hof aanleiding wanneer die ander (of die derde) weliswaar niet geacht kan worden ermee bekend te zijn dat de verdachte zich bezig houdt met strafbare feiten die tot huiszoeking kunnen leiden, maar wel in een zodanige verhouding tot de verdachte staat dat hij zich, wat de huiszoeking betreft, van willekeurige andere derden onderscheidt. Van een dergelijke verhouding is bijvoorbeeld sprake wanneer de verdachte op grond van een familie- of affectieve relatie bij de ander in huis woont (rov. 3.5).

1.6. Bij de toepassing van deze maatstaf op het onderhavige geval is het hof van oordeel dat de schade aan de goederen van E volledig voor vergoeding in aanmerking komt (rov. 5). De schade aan de goederen van X zelf komt slechts voor 50 % voor vergoeding in aanmerking, nu A als familielid van X bij X in huis woonde (rov. 3.6).

1.7. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd voor wat betreft het toegewezen bedrag, het door de Staat aan X verschuldigde bedrag alsnog vastgesteld op € 887,14 (f 1.955,=), vermeerderd met wettelijke rente, en X veroordeelt tot terugbetaling aan de Staat van hetgeen zij teveel heeft ontvangen.

1.8. De Staat heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld tegen het eindarrest. X heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, waarna X nog heeft gedupliceerd.

2. Inleidende beschouwingen

2.1. Bepaalde strafvorderlijke dwangmidde-

len, zoals inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis, kunnen uitsluitend worden toegepast tegen verdachten.³ Andere strafvorderlijke dwangmiddelen, zoals de huiszoeking (de huidige wetterm is: doorzoeking) en de inbeslagname, kunnen ook jegens niet-verdachten worden toegepast. In de onderhavige zaak gaat het, evenals in de zaak Staat/Lavrijsen (HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615 m.nt. MS), om een huiszoeking ter inbeslagname. De verdenking tot schadevergoeding is ingesteld door iemand tegen wie te dezer zake nimmer een verdenking heeft bestaan.

2.2. In het arrest Staat/Lavrijsen is onderscheid gemaakt tussen enerzijds schade die wordt veroorzaakt doordat bij de feitelijke uitvoering van de huiszoeking onzorgvuldig is opgetreden (de zgn. "nodeloze schade") en anderzijds schade die – ook bij een zorgvuldige uitvoering – ten gevolge van de huiszoeking aan iemand wordt toegebracht. Deze laatste categorie schade heb ik eerder aangeduid als de "inherente schade". Voor een geval van inherente schade geleden door een niet-verdachte heeft de Hoge Raad in genoemd arrest overwogen:

"Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheids-handeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijklijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 18 januari 1991, nr. 14.096, NJ 1992, 638; ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheids-handeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlot tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade." (rov. 3.8).

3. Zie voor vorderingen tot schadevergoeding van gewezen verdachten onder meer: HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99 m.nt. ARB; HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 m.nt. ARB; HR 21 april 2000, NJ 2001, 143. Zie ook: HR 21 maart 2003, RvdW 2003, 53.

2.3. Het arrest van 30 maart 2001 heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende commentaren.⁴ Inmiddels kan het proefschrift van N.J.M. Kwakman aan het materiaal worden toegevoegd.⁵ Deel 4 van zijn boek is gewid aan het arrest Staat/Lavrijsen en de commentaren daarop. Kwakman is een voorstander van opname van een algemene schadecompensatieregeling in het Wetboek van Strafvordering, die specifiek is toegesneden op schade tengevolge van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden. Dit zou volgens de schrijver voorkomen dat de burgerlijke rechter zijn toelichting moet nemen tot gewrongen constructies om een overheids-optreden dat overeenkomstig de strafvorderlijke regels is verlopen toch als een onrechtmatige daad aan te merken, met het bijkomende gevolg dat de daardoor veroorzaakte schade in beginsel geheel dient te worden vergoed.⁶

2.4. Hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geeft algemene bepalingen over besluiten. Het eerste lid van art. 3:4 Awb verplicht het bestuursorgaan tot een afweging van de rechtstreeks bij het te nemen besluit betrokken belangen. Daaraan gaat vooraf dat het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart (zie art. 3:2 Awb). Het tweede lid van art. 3:4 Awb bepaalt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Wanneer de belangenafweging is verricht in strijd met een regel van geschreven of ongeschreven recht staat het besluit van het bestuursorgaan bloot aan vernietiging door de bestuursrechter. Van die vernietiging kan weer

4. Het arrest is ook besproken door: P.C. Knijp in NbbW 2001 blz. 91 e.v.; B.P.M. van Ravels in AV&S 2001 blz. 156 e.v.; G.E. van Maanen in TVP 2001 blz. 38 e.v.; R.J.N. Schlössels in JB 2001, 107; H.Ph.J.A.M. Hennekens in Gst 7143, blz. 318–319; C.H. Sieburgh in WPNR 6473, blz. 95–98; L.J.A. Damen in AA 2001, blz. 657 e.v.; Th.G. Drupsteen in AB 2001, 412. Zie tevens: Hennekens, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal, afscheidsrede 2001, blz. 51 e.v.; VAR 2002, preadviezen over Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad van G.E. van Maanen (i.h.p. par. 4) en B.J. Schueler (i.h.b. par. 4.2).
5. N.J.M. Kwakman, Schadecompensatie in het strafprocesrecht, diss. RUG 2003.
6. Kwakman, diss. 2003, blz. 372–375 en blz. 416–440.

het gevolg zijn dat het desbetreffende overheidsorgaan de schade behoort te vergoeden. De maatstaf van art. 3:4 lid 2 Awb is in de rechtspraak herhaaldelijk toegepast.⁷

2.5. In de rechtspraak van de bestuursrechter⁸ en in die van de burgerlijke rechter⁹ is het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (het égalitébeginsel) erkend. Dit is niet hetzelfde als de norm van art. 3:4 lid 2 Awb. Uit de noot van T. Koopmans onder HR 3 april 1998, NJ 1998, 726, valt te citeren:

“Onevenredig’ in de Lefferse zin van het woord betekent dus (kan niet anders betekenen dan): onevenredig in verhouding tot het nadeel dat door alle andere getroffen ondernemers, i.c. varkensmesters, wordt geleden. Het is daarom een heel ander begrip onevenredig dan dat gehanteerd in art. 3:4 Awb. Daar gaat het om nadeel dat onevenredig is in verhouding tot de doelen die met de regelgeving moeten worden bereikt, d.w.z. om toepassing van het evenredigheidsbeginsel. De onevenredigheid uit de Leffers-doctrine is evenwel toepassing van het gelijkheidsbeginsel: de openbare dienst moet, door de aard van zijn functioneren, soms nadeel toebrengen aan de justitiabelen, maar hij kan dit nadeel niet geheel of ten dele afweten op een bepaald individu of op een beperkte groep (‘égalité devant les charges publiques’).”

2.6. In de vakliteratuur is de verhouding tussen enerzijds de toetsing aan het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten en anderzijds de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel voorwerp van debat. De discussie valt deels terug te voeren op een passage in de parlementaire geschiedenis van de Awb die voor meer dan één uitleg vatbaar is.¹⁰ De uitkomst is van belang voor de toewijsbaarheid

van een vordering tot schadevergoeding zoals de onderhavige. Indien de toetsing aan het égalitébeginsel onderdeel vormt van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, is het met het besluit te dienen doel een zelfstandige wegingsfactor: als het algemeen belang dat met het besluit wordt nagestreefd maar gewichtig genoeg is, moet het individueel belang daarvoor wijken. Indien het onderscheid van Koopmans wordt gevolgd, vindt afzonderlijk een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaats en wordt afzonderlijk onderzocht of de betrokkene abnormaal zwaar door de gevolgen wordt getroffen in verhouding tot anderen die in een vergelijkbare situatie verkeren.

2.7. Art. 3:4 lid 2 Awb is niet van toepassing op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Dit wil niet zeggen dat een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel uitgesloten is. Sinds lang is aanvaard dat de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen gebonden is aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹¹ Dit brengt mee dat de autoriteit die tot de toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel besluit, mede rekening dient te houden met de gevolgen die de toepassing van het dwangmiddel naar verwachting zal hebben voor de betrokkene en voor eventuele andere belanghebbenden. Dit is gemakkelijker gezegd dan gedaan. Bij de voorbereiding van een besluit heeft een bestuursorgaan de plicht om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren (art. 3:2 Awb). Vervolgens weegt het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Besluiten tot toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel kunnen worden gerekend tot de categorie van gevallen waarin uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Straf-vorderlijke dwangmiddelen worden in de regel onverwacht toegepast: een van te voren aangekondigde huiszoeking ter inbeslagneming zou bij voorbaat zinloos zijn. Ook is het niet steeds mogelijk te voorzien welke vormen van schade

7. Zie recent: HR 21 maart 2003, RvdW 2003, 56.
8. De ontwikkeling in de rechtspraak van de bestuursrechter is beschreven in de dissertatie van Kwakman; zie voor de samenvatting blz. 326–336.
9. Zie naast het arrest Staat/Lavrijsen onder meer: 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB (Leffers/Staat); HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK; HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS; HR 20 juni 2003, RvdW 2003, 115.
10. MvA II, Parl. Gesch. Awb I, blz. 212 (r.k.): “Kort gezegd: het niet aanbieden van een vergoeding voor onevenredig zware schade leidt tot een besluit of handeling in strijd met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3.2.3, tweede lid” (= art. 3:4 Awb).

11. G.J.M. Corstens, Het Nederlandse strafprocesrecht, 2002, blz. 67–68, onder verwijzing naar o.m. HR 12 december 1978, NJ 1979, 142 m.nt. GEM (“braak bij binnentreden”).

bij de huiszoeking zal worden aangericht en deze bij voorbaat in de besluitvorming over de toepassing van dit dwangmiddel mee te nemen. Een toetsing ex tunc van het besluit is onvolmaakt: doorgaans kan pas achteraf worden opgemaakt welke schade de uitvoering van het dwangmiddel voor de betrokkene of voor deren heeft meegebracht.

2.8. De rechtmatigheid van een huiszoeking kan weliswaar in de strafzaak aan de orde worden gesteld, maar slechts in het kader van de vraag of het bewijs op een rechtmatige wijze is verkregen. De strafrechter oordeelt niet over een vergoeding van schade die de eigenaar of een andere belanghebbende heeft geleden als gevolg van een huiszoeking.

2.9. Anders dan de bestuursrechter, is de burgerlijke rechter niet bevoegd om een besluit te vernietigen wegens strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel. Evenmin ligt aan de burgerlijke rechter de vraag ter beslissing voor, of het besluit (in casu: het besluit tot toepassing van een strafvorderlijk dwangmiddel) erga omnes rechtmatig dan wel onrechtmatig is. Voor zover een vordering als de onderhavige is gegrond op de stelling dat een zaak van de eisende partij is beschadigd, geldt als uitgangspunt dat degene, ook de overheid, die inbreuk maakt op een exclusief recht onrechtmatig handelt jegens de rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Ook in andere gevallen waarbij de vordering tot schadevergoeding is gegrond op een onrechtmatige overheidsdaad, staat ter beoordeling of jegens de eisende partij onrechtmatig is gehandeld.

2.10. In de vakliteratuur bestaat geen overeenstemming over de wijze waarop het geschetste probleem zou moeten worden aangepakt. Kort samengevat,¹² staan tegenover elkaar: auteurs, zoals Hennekens, die van mening zijn dat de toetsing aan het égalitébeginsel behoort deel uit te maken van de toetsing van het besluit tot toepassing van het dwangmiddel aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb, en auteurs die daarbuiten een oplossing zoeken, rechtstreeks in het égalitébeginsel of, zoals Van

Maanen, in een algemeen beginsel van maatschappelijke solidariteit. Kwakman biedt in zijn recente proefschrift een “verenigingstheorie” aan als alternatief.¹³ Deze theorie komt neer op een toetsing in twee achtereenvolgende fasen. Zijns inziens moet allereerst een toetsing in abstracto plaatsvinden, aan de hand waarvan beoordeeld wordt of van de burger verlangd kan worden de toepassing van het dwangmiddel te dulden. Maatstaf daarbij is het antwoord op de vraag: is gekozen voor de minst belastende inbreuk? Vervolgens zou een tweede toetsing moeten volgen (een toetsing in concreto), waarin de vraag centraal staat welke – met de toelaatbaar bevonden handeling gepaard gaande – schade door de betrokkene dient te worden geduld. De grondslag voor de compensatie zou volgens Kwakman niet moeten worden gezocht in het égalitébeginsel, maar 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”. Bij deze toetsing in concreto zou het gelijkheidsbeginsel als één van de in aanmerking te nemen factoren een rol kunnen spelen: “Het gelijkheidsbeginsel dwingt daarbij tot een gelijke behandeling in vergelijkbare situaties, hetgeen er in feite op neerkomt dat de schadevergoeding wordt ‘beperkt’ tot de schade die uitstijgt boven het nadeel dat in beginsel door eenieder in vergelijkbare omstandigheden moet worden geduld”.¹⁴

2.11. Wanneer ik propeer deze verenigingstheorie toe te passen op een huiszoeking ter inbeslagneming zoals de onderhavige, valt het resultaat me, eerlijk gezegd, een beetje tegen. Een huiszoeking ter inbeslagneming wordt gehouden omdat de officier van justitie of rechter-commissaris serieuze aanwijzingen heeft dat op die plaats bewijsmateriaal kan worden gevonden. De afweging in abstracto tussen enerzijds het doel waarvoor en de wijze waarop de huiszoeking plaatsvindt en anderzijds het belang van de betrokken eigenaar/gebruiker van de te doorzoeken ruimte zal meestal uitvallen in het nadeel van de betrokkene: het algemeen belang van de opsporing van strafbare feiten en de waarheidsvinding weegt – terecht – nu een-

12. In mijn conclusie voorafgaand aan HR 21 maart 2003, RvdW 53, en in het proefschrift van Kwakman, blz. 341–358, zijn enkele commentaren op het arrest Staat/Lavrijsen besproken.

13. Kwakman, diss. 2003, blz. 358–376.

14. Kwakman, diss. 2003, blz. 364, resp. blz. 367–369.

maal zwaar. De daarop volgende tweede afweging – de beoordeling in concreto, die, als ik het goed begrijp, niet ex tunc maar ex nunc plaatsvindt, zodat niet alleen rekening wordt gehouden met de vooraf verwachte schade maar ook rekening kan worden gehouden met de schade die in werkelijkheid is toegebracht – zou moeten plaatsvinden met behulp van een weegschaal. Aan de ene kant van de weegschaal wordt het met de huiszoeking beoogde doel gelegd, aan de andere kant het in concreto toegepaste strafvorderlijke dwangmiddel met inbegrip van de inherente schade. Al naar gelang het doel van de huiszoeking gewichtiger is, zou van de gedupeerde (een niet-verdachte) mogen worden gevergd dat hij een groter nadeel draagt. Een dergelijke afweging leidt tot de moeilijk te verteren uitkomst dat een willekeurige burger de lasten draagt van de behartiging van het algemeen belang: bij een strafrechtelijk onderzoek naar een moord geen vergoeding voor de bij een huiszoeking aangerichte schade, maar bij een strafrechtelijk onderzoek naar een diefstal wel? Voor de betrokken gedupeerde maakt het geen verschil wat het doel van de huiszoeking is: hij is buiten zijn wil betrokken in een strafrechtelijk onderzoek en heeft daar schade ondervonden. Naar mijn mening hoort de doel/middel-afweging alleen thuis bij de evenredigheidstoets en is daarnaast ruimte voor een zelfstandige toetsing aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Zo ook het arrest Staat/Lavrijsen.

2.12. De bezwaren tegen het égalitébeginsel als grondslag voor toekenning van schadevergoeding komen voor een belangrijk deel voort uit de gedachte dat het gevolg hiervan is dat “in beginsel steeds alle schade die burgers lijden tengevolge van rechtmatig overheidsoptreden, als zijnde ‘onevenredig’ ten opzichte van alle andere burgers die daarvan geen nadeel ondervinden, behoort te worden vergoed”.¹⁵ Dit brengt ons bij een vraagstuk dat tot voor kort¹⁶ weinig aandacht heeft gekregen. Als het gelijkheidsbeginsel de grondslag voor de aansprakelijkheid is, wat is dan het referentiekader: met

wie, of met welke groep, moet het lot van de betrokken gedupeerde worden vergeleken?

2.13. Uit het arrest Leffers/Staat¹⁷ komen drie elementen naar voren: (i) een plotseling opgelegd, drastisch verbod; (ii) een kleine groep die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, onevenredig is getroffen omdat zij niet de mogelijkheid had om van de ene dag op de andere naar een ander stelsel van vervoeding om te schakelen; (iii) een nadeel dat niet tot het normale bedrijfsrisico behoort. In de rechtspraak na het arrest Leffers/Staat heeft het referentiekader weinig aandacht gekregen. De aandacht ging voornamelijk uit naar de vraag welke nadelen tot het normale bedrijfsrisico mogen worden gerekend. Bij de beantwoording van die vraag komt de rechter dikwijls uit bij de maatstaf: of het nadeel voor de betrokkene objectief voorzienbaar is. Het is maatschappelijk aanvaard dat van een ondernemer mag worden verlangd dat hij zijn bedrijfsvoering afstemt op veranderingen in zijn omgeving. Voorbeelden zijn gemakkelijk te bedenken: de speelgoedwinkelier in de wijk waar eens jonge gezinnen woonden moet rekening houden met de vergrijzing van de wijk en zal zo nodig moeten omschakelen naar een andere branche of zijn winkel moeten verhuizen; een tabaksfabrikant zal rekening moeten houden met toekomstige overheidsmaatregelen tegen het roken enzovoort. Op grond van het argument dat het geleden nadeel objectief voorzienbaar was zijn meermaals vorderingen tot nadeelcompensatie afgewezen.¹⁸ In het arrest Staat/Harrida,¹⁹ waar het ging om een import- en handelsverbod van rundvlees, stond het voorzienbaarheids criterium zelfs op de voorgrond: “Dit neemt echter niet weg dat bij economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten eerder sprake zal zijn van een objectief voorzienbaar risico van ziekten en van in verband daarmee al dan niet met het oog op de volksgezondheid getroffen overheidsmaatrege-

17. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB.

18. Zie bijv. HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 (exploitant van speelautomaten); HR 24 november 1995, NJ 1996, 164 (camping in de nabijheid van een vliegbaas); HR 18 april 1997 NJ 1997, 456 (melkquotum).

19. HR 20 juni 2003, RvdW 2003, 115, AB 2004, 84 m.nt. Pvb, voorafgegaan door een rijk gedocumenteerde conclusie van de A-G Spier.

15. Kwakman, diss. 2003, blz. 366.

16. M.K.G. Tjepkema. Het referentiekader van het égalitébeginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties, Overheid en aansprakelijkheid 2004, blz. 12–22.

len. Indien de betrokken burgers of instellingen ondanks de voorzienbaarheid van dergelijke overheidsmaatregelen hun activiteiten aangaan of voortzetten zonder het nemen van adequate maatregelen om uit dat overheidsingrijpen voortvloeiende nadelige gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen, bestaat geen grond voor toekenning van een vergoeding van schade, omdat die dan is te beschouwen als een normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico.” (rov. 3.5.3).

2.14. Met de jurisprudentie over element (iii) is de vraag naar element (ii), het referentiekader, nog niet beantwoord. Wat zijn, in het geval van een huiszoeking ter inbeslagneming, burgers die in een vergelijkbare positie verkeeren? Indien de rechter de positie van de gedupeerde zou vergelijken met ondernemers of particulieren bij wie géén huiszoeking is gehouden, althans aan wie daarbij geen schade is toegebracht, zou steeds een volledige schadevergoeding moeten worden toegekend en heeft het referentiekader nauwelijks onderscheidend vermogen. In de aangehaalde bijdrage van Tjepkema wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende groepen van gevallen:

– gevallen zoals Leffers, waarbij sprake is van besluiten van algemene strekking die aan een bepaalde groep van burgers schade toebrengen;

– gevallen zoals verkeersbesluiten, waarbij sprake is van besluiten van algemene strekking die aan een onbepaalde groep van burgers schade toebrengen;

– gevallen zoals dat van de benadeelde werf in de zaak Paul Krugerbrug, waarin telkens één burger in het bijzonder wordt getroffen door overheidsmaatregelen, zonder dat sprake is van andere burgers ten aanzien van wie deze bevoegdheid ook wordt uitgeoefend.

2.15. Tjepkema rangschikt de casus Staat/Lavrijsen in deze laatste categorie. In deze laatste categorie bestaat de referentiegroep niet uit andere burgers die met de inherente gevolgen van een besluit te maken hebben; over het referentiekader kan niets specifiekers worden gezegd dan dat de anderen met wie vergeleken wordt “vergelijkbaar” dienen te zijn. Volgens de genoemde auteur ontbreekt in feite een referentiegroep en gaat het bij deze categorie in werkelijkheid om de vraag wat maatschappelijk gezien aanvaard moet worden omdat men in een gemeenschap met anderen leeft. Ook

Tjepkema komt uit bij een toetsing in concreto: wanneer een onredelijke verhouding bestaat tussen het voordeel voor het algemeen belang en de aangetaste individuele belangen, wordt de evenredigheid in concreto geschonden, hetgeen ertoe kan leiden dat moet worden afgezien van het nemen van het besluit of dat nadelen van belanghebbenden moeten worden gecompenseerd. Dit evenredigheidsbeginsel zou aan het bestuur en aan de rechter gelegenheid voor maatwerk bieden zonder dat voor iedere aanspraak op nadeelcompensatie een vergoeding behoeft te worden gemaakt van de aantasting van de ene burger ten opzichte van die van de andere burger.

2.16. In een casus als de onderhavige is het moeilijk, maar niet onmogelijk de vergelijkingsgroep nader af te bakken. In mijn conclusie voorafgaand aan het arrest Staat/Lavrijsen heb ik de situatie waarin de benadeelde (niet-verdachte) verkeert, vergeleken met die van een gewone burger. Ook een gewone burger kan worden onderworpen aan controlebevoegdheden. Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan burgers die een verkeers- of douanecontrole of een keuring van waren ondergaan terwijl zij geen verdachte zijn. De rechtmatige uitoefening van zulke controlebevoegdheden brengt oponthoud of ongemak met zich mee en soms een relatief te verwaarlozen inbreuk op een subjectief recht. Als voorbeelden heb ik toen genoemd: de loonkosten van de opgehouden chauffeur, de schade aan de open-gemaakte verpakking, het verlies van het genomen monster of de verbruikte benzine bij de test van de bromfiets op de rollentestbank. Voor zover het zoekend rondkijken voor de bewoner enig oponthoud (tijdverlies), ongemak (privacy-inbreuk) of een betrekkelijk gering nadeel meebrengt (bijv. de verbruikte electriciteit voor de verlichting; kosten van opruimen na afloop), kan de rechter dit betrekken bij de beoordeling van element (iii): valt de schade onder het normale maatschappelijk risico of bedrijfsrisico? De rechter kan dit gegeven ook betrekken bij de beoordeling van element (ii): heeft de niet-verdachte bij wie een huiszoeking ter inbeslagneming is gehouden een onevenredig groter nadeel geleden dan een burger die aan controlemaatregelen van overheidswege wordt onderworpen?

2.17. Deze benadering leidt m.i. tot het resultaat dat niet alle aan de huiszoeking inherente

schade voor vergoeding in aanmerking komt, maar slechts die schade welke de drempel overschrijdt van het nadeel dat burgers in het algemeen ondervinden van controlemaatregelen. Bijvoorbeeld de kosten van opruimen en het tijdverzuim door het te woord staan van de politiebeambten zullen, naar het mij voorkomt, veelal kunnen worden gerekend tot het nadeel dat tot het normale maatschappelijk risico resp. normale bedrijfsrisico behoort. Beschadiging van eigendommen behoort in het algemeen niet tot dat risico. Een geval waar de grens werd overschreden was dat, waarin bij een huiszoeeking een groot deel van de boekhouding van een makelaarskantoor in beslag werd genomen en gedurende geruime tijd op het politiebureau werd bewaard zonder dat aan de makelaar gelegenheid werd gegeven om kopieën van voor de voortgang van het bedrijf noodzakelijke bescheiden te maken.²⁰ In dit verband wordt wel gezegd dat slechts abnormale schade op grond van het égalitébeginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

3. *Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1. Onderdeel 1 richt een rechtsklacht tegen rov. 3.2 van het eindarrest. Het hof overweegt dat schade die tijdens een huiszoeeking, welke overeenkomstig de regels van strafvordering geschiedt in de woning van een ander dan de verdachte, is aangericht aan zaken van die ander of van een derde,²¹ in beginsel niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander of die derde. De Staat kan dit uitgangspunt op zich onderschrijven als regel van materieel recht (zie de s.t. onder 2.1). De klacht houdt echter in dat het hof heeft miskend dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de aanwezigheid van onevenredig nadeel bij de eisende partij berusten. Uit de toelichting blijkt wat de Staat bij deze klacht voor ogen staat:

“Zoals het hof terecht in rov. 3.4 van zijn arrest in aanmerking neemt, behoort de derde geen aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding indien hij, kort gezegd, op de hoogte was van het betrokken strafbare feit dan wel dat feit behoorde te vermoeden. Juist het aantonen van die wetenschap of dat vermoeden kan echter

zeer lastig zijn voor de Staat. Het strafrechtelijk onderzoek van politie en justitie is niet gericht op het vaststellen van die wetenschap of dat vermoeden. Het belang van die vaststelling blijkt bovendien ook vaak eerst achteraf. Het bezwaar dat een en ander vormt wordt beperkt indien de stelplicht en bewijslast zonder meer bij de derde liggen en deze derhalve (voldoende) aannemelijk moet maken dat de betrokken schade niet te zijnen laste behoort te blijven” (s.t. Staat onder 2.2).

3.2. Het is in beginsel de taak van de eisende partij om die feiten en omstandigheden te stellen welke nodig zijn om daaraan het beoogde rechtsgevolg te verbinden. Indien een partij van de Staat schadevergoeding vordert op grond van een onrechtmatige overheidsdaad, bestaande in een schending van het égalitébeginsel, zal zij in beginsel alle feiten en omstandigheden moeten stellen – en bij tegenspraak moeten bewijzen – waaruit de rechter kan afleiden dat die partij als gevolg van het overheidshandelen onevenredig is benadeeld in verhouding tot anderen die in een vergelijkbare positie verkeren en dat dit nadeel niet behoort tot haar normale maatschappelijk risico respectievelijk haar normale bedrijfsrisico.

3.3. M.i. heeft het hof deze regel niet miskend. In het algemeen (d.w.z. behoudens gevallen waarin uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit) mag van de eisende partij niet worden verlangd dat zij stelt – en bij gemotiveerde betwisting bewijst – dat zij niet op enigerlei wijze bij het strafbare feit is betrokken en dat zij niet wist noch behoorde te weten of te vermoeden dat haar woning voor strafbare feiten werd gebruikt. X heeft in feitelijke instanties gesteld dat zij schade heeft geleden als gevolg van de huiszoeeking in haar woning (in het cassatiestadium is alleen nog de materiële schade aan de orde). Naar aanleiding van de publicatie van het arrest inzake Staat/Lavrijsen heeft het hof in een tussenarrest beide partijen in de gelegenheid gesteld om hun stellingen aan de maatstaf van dat arrest aan te passen. Het hof heeft de gedingvoerende partijen gevraagd naar “hun opvattingen ten aanzien van de omvang van het normale maatschappelijke risico dat in deze zaak voor rekening van X kan worden gebracht”. Beide partijen hebben zich ter comparitie hierover uitgesproken. Uit dit alles kan

20. HR 19 december 2003 (n.g., nr. C 02/165 HR).

21. Het hof heeft hier kennelijk het oog op de eigendommen van E die in de woning van X lagen.

m.i. niet worden afgeleid dat het hof in rov. 3.2 de hoofdregel van art. 177 (oud) Rv, thans art. 150 Rv, heeft miskend. De slotsom is dat onderdeel 1 faalt.

3.4. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 3.4. In deze rechtsoverweging bespreekt het hof enkele situaties waarin dergelijke schade in ieder geval volledig voor risico van de derde²² behoort te blijven. Deze overweging is in het voordeel van de Staat en wordt op zichzelf niet bestreden. Het middelonderdeel klaagt echter dat de opsomming van gevallen in deze rechtsoverweging niet compleet is. De maatstaf of schade al dan niet behoort tot het maatschappelijk risico van de betrokkene is volgens de Staat een ruimer criterium dan de wettelijke maatstaf van art. 6:101 BW.

3.5. De klacht faalt m.i. bij gebrek aan belang omdat de bewoordingen van rov. 3.4 niet uitsluiten dat ook in andere gevallen dan in die rechtsoverweging vermeld de uitkomst kan zijn dat schade ten gevolge van een huiszoeeking bij een niet-verdachte belanghebbende voor eigen rekening moet blijven omdat zij behoort tot diens normale maatschappelijk risico respectievelijk diens normale bedrijfsrisico.

3.6. Ten overvloede maak ik toch een opmerking over deze klacht. Indien de Staat hier tot schadevergoeding gehouden is, is er sprake van een uit de wet voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding. Daarop is afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 B.W. van toepassing. In die afdeling bepaalt art. 6:101 lid 1 BW:

“Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht 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, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.”

Voor de schade aan zaken van Es is ook het tweede lid van belang:

“Betreft de vergoedingsplicht schade, toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, dan worden bij toepassing van het vorige lid omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde.”

3.7. De regel van art. 6:101 BW kan op verschillende manieren aan de orde komen:

- wanneer de schade mede aan de benadeelde is toe te rekenen;²³
- wanneer de benadeelde voorafgaand aan het feit een aan hem toe te rekenen onvoorzichtigheid heeft begaan waardoor de omvang van de schade wordt verhoogd;
- wanneer de benadeelde nadat het feit heeft plaatsgevonden heeft nagelaten het nodige te verrichten ter voorkoming of beperking van zijn schade.

Al deze situaties kunnen zich voordoen wanneer de Staat wordt aangesproken tot vergoeding van schade ten gevolge van een huiszoeeking.

3.8. De Staat heeft m.i. gelijk met zijn standpunt dat de maatstaf van art. 6:101 BW enger is dan de maatstaf van het normale maatschappelijke risico resp. het normale bedrijfsrisico. Ik beperk mij tot een enkel, fictief voorbeeld: indien een tabaksfabrikant de Staat zou willen aanspreken tot vergoeding van de omzetschade die hij lijdt ten gevolge van een aangekondigde maatregel om het roken tegen te gaan, en deze vordering niet op grond van art. 6:101 lid 1 BW kan worden afgewezen, aangezien niet is voldaan aan de vereisten van dat artikel, is heel wel denkbaar dat de vordering wordt afgewezen omdat deze omzetschade objectief voorzienbaar was en daarom behoort tot het normale maatschappelijk risico van de fabrikant. Verder behoeft de klacht geen bespreking.

3.9. Onderdeel 3 is gericht tegen rov. 3.5 en 3.6. Voor een goed begrip van de klacht wordt vermeld dat de Staat in hoger beroep onder meer had gesteld:

“De Staat is overigens van mening dat er vol-

22. De term “derde” wordt in deze overweging door het hof kennelijk gebruikt in de betekenis van: een ander dan de verdachte tegen wie het strafvorderlijk onderzoek is gericht.

23. Dat is niet alleen het geval bij “eigen schuld” van de benadeelde, maar ook indien de schade het gevolg is van bijvoorbeeld het handelen van een werknemer van de benadeelde dat aan de benadeelde als werkgever kan worden toegerekend.

doende aanwijzingen bestaan, dat de onderhavige schade binnen het normale maatschappelijke risico van de zusters X valt.

Uit het proces-verbaal van aangifte (...) volgt dat B, het nichtje van X, en zuster van A, die bij X inwoonde, verklaarde dat er een langlopende familieruzie bestond. Die ruzie betrof de zusters A en B, waarvan er op zijn minst een (A) in het huis van X woonachtig was. Het gaat dus niet om een zuivere huurder-verhuurder verhouding, maar om een samenwonings- en familieverband. Uit genoemd proces-verbaal blijkt dat de zusjes A en B op zijn minst van tijd tot tijd bij X woonden. Bij dergelijke langlopende familieruzies moet je er rekening mee houden, dat dat zodanig uit de hand kan lopen, dat de politie moet optreden. In zoverre ligt het binnen het normale maatschappelijke risico, dat bij huiszoeking door de politie schade wordt aangericht.”

X heeft dit standpunt van de Staat bestreden. Ook in de door de Staat geschetste omstandigheden kan volgens X niet van haar worden verlangd dat zij rekening hield met de mogelijkheid van (schade tengevolge van) een huiszoeking in haar woning.

3.10. In rov. 3.5 en 3.6 respondeert het hof op de wederzijdse stellingen. Gezien het gevoerde debat en de samenhang met rov. 3.3, heeft het hof in rov. 3.5–3.6 niet de maatstaf van art. 6:101 BW toegepast, maar een oordeel gegeven over de vraag, welke schade tot het normale maatschappelijke risico van X behoort. De door het hof aangelegde maatstaf strookt met de maatstaf van de objectieve voorzienbaarheid van de schade. Het hof is van oordeel dat de schade volledig voor het maatschappelijk risico van de benadeelde behoort te blijven:

a. indien de benadeelde op enigerlei wijze is betrokken bij het strafbare feit waarop de huiszoeking betrekking heeft (bijv. wanneer hij goed vindt dat wapens of van misdrijf afkomstige zaken in zijn woning worden verborgen);
b. indien de benadeelde weet dan wel behoort te weten of te vermoeden dat zijn woning voor strafbare feiten wordt gebruikt (bijv. omdat hij ermee bekend is dat de verdachte zich met strafbare feiten bezighoudt die tot huiszoeking aanleiding kunnen geven en hij de verdachte van zijn woning gebruik laat maken).

3.11. Het hof heeft hieraan toegevoegd (c) dat de schade voor een gedeelte, door het hof gesteld op 50 %, voor eigen rekening moet blij-

ven indien de benadeelde in een zodanige verhouding tot de verdachte staat dat hij zich, voor wat de huiszoeking betreft, van willekeurige anderen onderscheidt, zoals in het geval dat de verdachte op grond van een familie- en/of affectieve relatie bij hem in huis woont. De gedragingen van zulk een huisgenoot komen – tenzij bijzondere omstandigheden in verband met de redelijkheid en de billijkheid daaraan in de weg staan – voor de helft voor zijn maatschappelijk risico omdat hij voor inwoning van deze huisgenoot heeft gekozen en/of omdat hij in staat moet worden geacht voor het gebruik van zijn huis regels te stellen en daartoe maatregelen te nemen.

3.12. De Staat kan zich verenigen met het oordeel onder (a) en (b). Tegen het oordeel onder (c) brengt de Staat in onderdeel 3 in, dat er geen reden is om de schade van X voor de helft ten laste van de Staat te brengen. Volgens de Staat behoort de schade geheel tot het maatschappelijk risico van X. Met andere woorden: de Staat verdedigt het standpunt dat schade ten gevolge van een huiszoeking geheel voor eigen rekening moet blijven indien de benadeelde in een zodanige verhouding tot de verdachte staat dat hij zich voor wat de huiszoeking betreft van willekeurige anderen onderscheidt, zoals in het geval dat de verdachte op grond van een familie- en/of affectieve relatie bij hem in huis woont.

3.13. De enkele omstandigheid dat een persoon op grond van een familierelatie of op grond van een affectieve relatie een ander als medebewoner in zijn huis toelaat, betekent niet dat hij zich verantwoordelijk stelt voor diens gedragingen. In het wettelijk systeem is weinig ruimte om personen aansprakelijk te houden voor andermans gedragingen indien daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat.²⁴ Voor zover de betrokkene in staat moet worden geacht voor het gebruik van zijn huis regels te stellen en maatregelen te nemen tot handhaving daarvan – in een verhouding tussen volwassen huisgenoten onderling is dat geen vanzelfsprekendheid –, leidt een beoordeling die abstraheert van de omstandigheden van het geval tot onbevredigende resultaten. Niet iedere hoofdbewoner van een woning beschikt immers over de

24. Zo bevatten de artikelen 6:169 e.v. BW bepalingen over de aansprakelijkheid voor personen en zaken.

verbeeldingskracht die nodig is om alles te voorzien, te verbieden en feitelijk te beletten wat een medebewoner kan doen dat de politie of justitie aanleiding geeft om een huiszoeking in de woning te houden. De rechtsklacht onder 3a gaat om deze reden niet op. De rechtsklacht onder 3b bouwt hierop voort en ondergaat hetzelfde lot.

3.14. De omgekeerde vraag, namelijk de vraag of een percentage van 50 %, zoals in rov. 3.6 door het hof aangenomen, te hoog is, staat niet ter discussie: X heeft geen incidenteel cassatieberoep ingesteld.²⁵

3.15. Onderdeel 4 bouwt voort op de onderdelen 1 en 3. Noch de in dit middelonderdeel aangehaalde omstandigheid dat X wist dat tussen de zusters A en B een langlopende (heftige) onenigheid bestond, noch de stelling “dat dergelijk soort van onenigheden uit de hand kunnen lopen”, rechtvaardigt naar mijn mening de gevolgtrekking welke de Staat daaraan verbindt, te weten: dat het in beginsel op de weg van X ligt om aannemelijk te maken en zo nodig te bewijzen dat zij desondanks geen reden had om rekening te houden met mogelijke strafbare feiten van haar huisgenoot die aanleiding zouden kunnen geven tot een huiszoeking met inbegrip van de daaraan inherente schade.

3.16. Onderdeel 5 heeft betrekking op de schade aan de goederen van E. Het hof heeft in rov. 5, aan de hand van de daaraan voorafgaande overwegingen, beslist dat E niet in de categorieën valt die hiervoor zijn aangeduid onder a, b en c en dat haar schade volledig moet worden vergoed. Subonderdeel 5.a vormt een herhaling van onderdeel 1, maar dan toegespitst op de goederen van E. Op dezelfde gronden als onderdeel 1 faalt ook deze klacht. Subonderdeel 5.b verdedigt het standpunt dat de schade tot het maatschappelijk risico van E behoort omdat zij zelf ervoor heeft gekozen haar goederen op te slaan in de woning van X. In de redenering van de Staat komt schade ten gevolge van een huiszoeking waarbij X of een van haar huisgenoten als verdachte betrokken is, voor het eigen risico van E. Wanneer onderdeel 3 faalt, zoals hierboven is verdedigd, volgt daaruit dat ook subonderdeel 5.b niet tot cassatie kan leiden.

25. S.t. zijdens X, blz. 29.

4. *Conclusie*
De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerder in cassatie – verder te noemen: X – heeft bij exploit van 25 maart 1998 eiser tot cassatie – verder te noemen: de Staat – gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd de Staat te veroordelen aan haar te betalen een bedrag van f 14.807,65 ter zake van vergoeding van de door haar geleden schade, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 maart 1998, althans vanaf de dag van dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening.

De Staat heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 21 juli 1999 de Staat veroordeeld aan X te voldoen:

– een bedrag van f 1.752,50, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 9 juni 1997 tot aan de dag der algehele voldoening, en

– een bedrag van f 730,= aan buitengerechtigde incassokosten, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de datum der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening.

Tegen dit vonnis heeft de Staat hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Na een ingevolge een tussennarrest van 4 april 2002 op 28 mei 2002 gehouden comparitie van partijen heeft het hof bij eindarrest van 28 november 2002 het vonnis van de rechtbank vernietigd wat betreft het toegewezen bedrag. Opnieuw rechtdoende heeft het hof het door de Staat aan X verschuldigde bedrag alsnog vastgesteld op € 887,14, vermeerderd met wettelijke rente, en X veroordeeld tot terugbetaling aan de Staat van hetgeen zij teveel heeft ontvangen. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit (niet opgenomen; *red.*).

X heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor X mede door mr. H.J. ter

Haar Romeny, advocaat bij de Hoge Raad. De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Op 14 februari 1996 heeft in Amsterdam een confrontatie plaatsgevonden tussen de zusters A en B, waarbij eveneens aanwezig waren C en D. Hierbij heeft C D bedreigd met een op een Uzi gelijkend wapen en hem gezegd dat hij hem zou doodschieten met een pistool dat hij thuis had. Na deze bedreiging overhandigde C het wapen aan A die hiermee de woning a-straat 1 binnenliep.

ii. X, een tante van de zusters A en B, is bewoonster van de woning a-straat 1. A, woonde toentertijd in een samenwonings-/familieverband bij X in.

iii. Op last van de hulpofficier van justitie heeft de politie op 20 februari 1996 gelijktijdig huiszoeking verricht in de woning van C en in de woning van X en A. C werd in zijn woning aangehouden. Daar werd tevens het op een Uzi gelijkende wapen aangetroffen.

iv. Op het adres a-straat 1 was niemand aanwezig, zodat de politie zich de toegang tot het pand heeft verschafte door het inslaan van een keukenraam. In het pand werd niets relevant aangetroffen. Nadat de woning was verlaten, is het keukenraam door de gemeentelijke alarmdienst afgedicht.

v. C is bij vonnis van de politierechter te Amsterdam van 17 september 1996 veroordeeld wegens verboden wapenbezit.

3.2.1. In het onderhavige geding heeft X gevorderd de Staat te veroordelen tot betaling van f 14.807,65. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat de huiszoeking jegens haar als onrechtmatig moet worden beschouwd omdat deze iedere redelijke grond ontbeerde, nu er jegens haar geen redelijke verdenking bestond en noch de verdachte noch het gezochte wapen in haar woning is aangetroffen. Voor zover de huiszoeking wel rechtmatig zou zijn geweest, stelt X dat de wijze waarop deze heeft plaatsgevonden onrechtmatig is, omdat volstrekt onnodig schade aan haar eigendommen is toegebracht. De rechtbank heeft de Staat veroordeeld tot betaling van (a) f 1.752,50, welk bedrag was samengesteld uit

een schadevergoeding van f 1.002,50 ter zake van schade aan de eigendommen van X en een schadevergoeding van f 750,= ter zake van schade aan de eigendommen van de zuster van X, die in de woning werden bewaard, en (b) f 730,= aan buitengerechtigde incassokosten. 3.2.2. Het hof heeft de schadevergoeding ter zake van de aan de eigendommen van X toegebrachte schade bepaald op f 950,= en daarvan 50% toewijsbaar geacht. Dienovereenkomstig heeft het hof de Staat veroordeeld tot betaling van € 887,14 (f 1.955,=). Het hof heeft zijn oordeel dat de schade aan de eigendommen van X voor 50% aan haar moet worden toegerekend, doen steunen op de volgende, samengevat weergegeven, overwegingen.

Schade die tijdens een huiszoeking welke geschiedt overeenkomstig de regels van strafvordering in de woning van een ander dan de verdachte, is aangericht aan zaken van die ander of van een derde, behoort in beginsel niet tot het maatschappelijk risico van die ander of die derde. Niettemin kan andere dan nodeloze schade onder omstandigheden geheel of ten dele tot het maatschappelijk risico van die ander of die derde behoren. Dergelijke schade behoort volledig voor het risico van de derde te blijven, indien hij op enigerlei wijze is betrokken bij het strafbare feit waarop de huiszoeking betrekking heeft, of indien hij weet dan wel behoort te weten of te vermoeden dat zijn woning voor strafbare feiten wordt gebruikt, bijvoorbeeld omdat hij ermee bekend is dat de verdachte zich bezighoudt met strafbare feiten die tot huiszoeking aanleiding kunnen geven en hij de verdachte van zijn woning gebruik laat maken. Voor gedeeltelijke toerekening is aanleiding wanneer de ander of de derde niet geacht kan worden hiermee bekend te zijn, maar wel in zodanige verhouding tot de verdachte staat dat hij zich, wat de huiszoeking betreft, van willekeurige andere derden onderscheidt. Van een dergelijke verhouding is bijvoorbeeld sprake indien de verdachte op grond van een familierelatie en/of een affectieve relatie bij de ander in huis woont. Dit laatste deed zich volgens het hof in het onderhavige geval voor.

3.3. Bij de beoordeling van de tegen deze overwegingen gerichte klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Ook indien een overheidshandeling op zichzelf niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, is de overheid op

grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de onevenredig nadelige gevolgen van zodanige handeling, dat wil zeggen de gevolgen die buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukken (vgl. HR 30 maart 2001, nr. C00/083, NJ 2003, 615). De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtname van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer 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 als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade. 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 aannemen 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. Dit een en ander brengt mee dat moet worden aangenomen dat schade die bij een huiszoeking 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 overheid in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden.

Bij bevestigende beantwoording van de vraag of de overheid op deze grond in beginsel aansprakelijk is, kan vervolgens de vraag rijzen of de op de overheid rustende vergoedingsplicht op de voet van art. 6:101 BW moet worden verminderd of geheel moet vervallen, omdat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Bij de beoordeling van de vraag of de verplichting tot schadevergoeding, zo de overheid daartoe in beginsel is gehouden, moet worden verminderd of geheel kan vervallen, is dan, naast de toepassing van art. 6:101 BW, 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. Overige omstandigheden waarvan kan worden gezegd dat zij voor risico van de benadeelde komen, kunnen in het kader van art. 6:101 BW worden meegewogen bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid als bedoeld in de slotzinsnede van het eerste lid van deze bepaling eist. Toepassing van deze bepaling brengt voor zover hier van belang derhalve mee, enerzijds, dat zich gevallen kunnen voordoen waarin het gaat om schadelijke gevolgen van een overheidshandeling, die in beginsel niet tot het normale risico van de burger behoren, maar deze toch de geleden schade niet of niet geheel kan verhalen. Anderzijds kan het oordeel dat geen aanspraak bestaat op schadevergoeding gegrond worden op het geheel vervallen van de verplichting, zoals voorzien in art. 6:101 BW; hetzelfde kan zich voordoen ingeval het gaat om schadelijke gevolgen van een gedraging die niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt omdat die gevolgen wél tot het normale maatschappelijke risico van de burger behoren.

Tegen deze achtergrond merkt de Hoge Raad over de afzonderlijke klachten van het middel het volgende op.

3.4. In zijn rov. 3.2 heeft het hof de regel vooropgesteld, die de Hoge Raad blijkens hetgeen hiervoor in 3.3 is overgenomen als juist heeft aangevaard. Voor zover onderdeel 1 zich hiertegen richt, is het derhalve tevergeefs voorgesteld. Ook voor het overige faalt het onderdeel. Anders dan het onderdeel aanvoert, heeft het hof niet uit het oog verloren dat uit art. 150 Rv. voortvloeit dat op X de verplichting rustte te stellen en bij betwisting te bewijzen dat de huiszoeking voor haar onevenredig nadelige gevolgen heeft gehad. Het hof is immers blijkens rov. 2.1 en 2.2 van zijn tussenarrest uitgegaan van de door X gestelde en door de Staat niet bestreden omstandigheid dat tegen haar geen verdenking bestond en dat bij de huiszoeking schade is toegebracht aan zaken van haar en van haar zuster tot een – in zoverre evenmin door de Staat bestreden – bedrag van in totaal f 1.700,=. Het kennelijke oordeel van het hof dat X hiermee aan de in het onderhavige geval op haar rustende stelplicht had voldaan, geeft

niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. 3.5. In het vervolg van zijn eindarrest heeft het hof in rov. 3.4 en 3.5 van zijn eindarrest gevallen onder ogen gezien waarin de bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte toegebrachte schade niet of slechts gedeeltelijk voor vergoeding in aanmerking komt. Met zijn oordeel in rov. 3.3 en 3.4 dat onder omstandigheden de schade voor risico van de derde dient te blijven, heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat bepaalde omstandigheden kunnen meebrengen dat het ontstaan van de schade in het gegeven geval aan deze derde moeten worden toegerekend, waarmee het hof toepassing heeft gegeven aan art. 6:101 BW, zoals ook blijkt uit de situaties die het hof voor ogen heeft gehad.

Onderdeel 2 dat zich richt tegen rov. 3.4 strekt in de kern ten betoge dat het hof aldaar slechts gevallen heeft vermeld die met toepassing van art. 6:101 ertoe leiden dat de verplichting tot schadevergoeding vervalt en aldus over het hoofd heeft gezien dat de maatstaf of bepaalde omstandigheden voor het maatschappelijk risico van de benadeelde burger komen ruimer is, in die zin dat met toepassing van die maatstaf in meer gevallen moet worden geoordeeld dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat. Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden omdat het hof dit niet heeft miskend. Het hof heeft immers na te hebben geoordeeld dat schade bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte in beginsel niet tot het maatschappelijk risico van die ander behoort, vervolgens gevallen onder ogen gezien die met toepassing van de maatstaven van art. 6:101 leiden tot vervallen van de verplichting tot schadevergoeding, maar het heeft daarmee niet gezegd dat ditzelfde resultaat in bepaalde gevallen niet ook langs andere weg kan worden bereikt.

3.6. De onderdelen 3.a en 3.b klagen dat het hof in rov. 3.6 ten onrechte heeft geoordeeld dat gedragingen van een huisgenoot van de derde met wie deze samenwoont niet in hun geheel tot de risicosfeer van de derde behoren, althans dat de bijzondere relatie tussen de derde en de verdachte slechts tot gedeeltelijke toerekening zou kunnen leiden. Deze klachten falen. De bestreden oordelen geven niet blijkt van een onjuiste opvatting omtrent art. 6:101 BW en berusten voor het overige in hoofdzaak op een afweging van omstandigheden van feitelijk

ke aard, zodat zij in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst.

3.7. De onderdelen 4, 5.a en 5.b bouwen voort op de onderdelen 1 en 3 en moeten het lot daarvan delen.

4. Beslissing

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt de Staat in de kosten van het gedrag in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van X begroot op € 316,34 aan verschotten en € 1.365,= voor salaris.

NOOT

Dit is om twee redenen een belangrijk arrest. Allereerst geeft het sturing aan de verdere ontwikkeling van het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad wegens onevenredige benadeling.¹ Daarnaast geeft het een nieuwe stap in de toerekening van gedragingen van derden aan de benadeelde.

Om met het eerste aspect te beginnen: de Hoge Raad maakt duidelijker dan ooit onderscheid tussen verschillende soorten belangen die meer of minder bescherming verdienen ingeval van rechtmatige overheidsdaad. Waar het om aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad gaat, is vergoeding van zaakschade in beginsel wel aan de orde, en vergoeding van verloren gegane vrije tijd in beginsel niet (zo interpreteer ik rov. 3.3). Het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde zal al helemaal niet in klinkende munt kunnen worden verzilverd, zo lijkt de Hoge Raad hier impliciet mede te delen.

Deze nadere onderscheiding neemt overigens niet weg dat het behelpen blijft met een criterium als "normaal maatschappelijk risico", net zo goed als met frasen als "ongelukkige samenloop van omstandigheden" en in wezen ook met "maatschappelijke onbetamelijkheid". Het komt bij de onevenredigheid van de benadeling steeds aan op de vraag hoe ver ons

1. Zie over het leerstuk bijv. J.A.E. van der Does, G. Snijders, 'Overheidsprivatrecht', *Mon. NBW* A26, p. 95–97, en M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 356–362, met verdere verwijzingen.

gevoel voor solidariteit reikt.² Liever dan de omstandigheden van het geval beslissend te laten zijn, moeten meer algemene richtlijnen worden gehanteerd. Dat de Hoge Raad de verschillende soorten schade onderscheidt, is dus een goede zaak. Natuurlijk timmert de Hoge Raad die onderverdeling niet helemaal dicht, maar het lijkt me niet gewaagd om te stellen dat de schrik van een inval geen recht op smartengeld zal geven en dat het derven van inkomsten, veroorzaakt door het opont-houd van een inval, niet vergoed hoeft te worden.

In dit arrest opereert de Hoge Raad voorzichtig met behulp van gezichtspunten; dat is begrijpelijk maar het levert nog wel veel onduidelijkheid op. Wat betreft de *aard van de overheids-handeling en het gewicht van het daarmee gediende belang* kan niet eenvoudig worden gezegd hoe dit gezichtspunt bepalend is voor de vraag of de daardoor veroorzaakte schade al dan niet tot het normale maatschappelijke risico behoort. Dat het relevant kan zijn voor de vraag of de burger de handeling moet dulden, valt in te zien, maar hoe de aard van de handeling en het gewicht uitwerking kan hebben voor de vraag of men vergoeding van de daardoor geleden schade kan eisen, is (mij) minder duidelijk.

Ten aanzien van het gezichtspunt van de *voorzienbaarheid van handeling en schade* heb ik enige scepsis; vooral sinds het recente TBS-arrest ben ik er niet gerust op dat rechters het begrip "voorzienbaarheid" goed toepassen.³ Soms gebruikt de rechter een zeer subjectief en in andere gevallen een uiterst geobjectiverd voorzienbaarheidsbegrip, en het is moeilijk te voorspellen in welke gevallen welke van de twee varianten gebruikt zal worden. Hoe zou dat uitverken? Als iemand een hotel in de binnenstad van Amsterdam

2. Terecht spreekt G.E. van Maanen, *De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel*, preadvies VAR 2002 (VAR 128), p. 64, van *solidariteit* als rechtvaardiging voor aansprakelijkheid in dit type gevallen. Hamvraag is uiteraard: met welke belangen dienen wij solidair te zijn?
3. HR 28 mei 2004, nr. C02/322HR, RvdW 2004, 78, kritisch besproken o.a. door G.E. van Maanen, AV&S 2004/5; zie ook mijn bijdrage aan de bundel *De Rekenende Rechter* (nog te verschijnen).

uitbaat, kan hij wellicht redelijkerwijs voorzien dat de politie met enige regelmaat invallen doet om verdachten van hun bed te lichten. Door de relatief hoge frequentie van invallen wordt het voor de derde in abstracto zeer voorzienbaar dat er op enig moment weer een inval zal plaatsvinden. Als men op dat niveau naar voorzienbaarheid kijkt, valt er veel meer binnen het normale (bedrijfs)risico dan wanneer men een meer subjectief voorzienbaarheids criterium hanteert.

Ten aanzien van het gezichtspunt *aard en de omvang van de toegebrachte schade* geeft de Hoge Raad in dit arrest als gezegd een duidelijk signaal: bagatelschade zoals verloren tijd van particulieren die bij strafrechtelijke dwangmiddelen betrokken zijn, komt niet voor vergoeding in aanmerking. Zaakschade komt in beginsel wel voor vergoeding in aanmerking. Dat moet dan naar mijn mening a fortiori gelden voor letselschade; een verwaalde politiekogel bij een inval verplicht de overheid dan toch zeker tot schadevergoeding.⁴

Eigen schuld

Het hof had de volgende onderverdeling geformuleerd: als de derde wist of behoorde te weten van de criminele activiteiten in zijn woning, dan ontvangt de benadeelde in het geheel geen schadevergoeding. Staat de benadeelde tot de verdachte in een bijzondere relatie die hem van willekeurige derden onderscheidt – dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij huisgenoten – dan krijgt hij slechts een gedeeltelijke schadevergoeding. Voor dit geval rekende het hof 50% eigen schuld toe aan de benadeelde. De Staat had in cassatie betoogd dat de gedragingen van de huisgenoot tot volledige toerekening hadden moeten leiden, maar de Hoge Raad oordeelt dat het hof geen blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent art. 6:101 BW en dat de beslissing overigens door de omstandigheden gekleurd is.

Dit is geen goede beslissing, omdat ze weinig informatief is: over welke omstandigheden hebben we het hier nu eigenlijk? Als niet vaststaat dat de benadeelde wist of behoorde te weten van de strafrechtelijk laakbare handelingen van het familielid, wat zijn dan de

4. Vgl. Van Maanen, preadvies, p. 63–64.

omstandigheden die gedeeltelijke toerekening rechtvaardigen? Het enkele feit dat het om een familielid gaat, het enkele feit dat het een inwoner van hetzelfde huis is, of de combinatie van die twee feiten? Hof noch Hoge Raad geven duidelijk aan welke van deze drie opties de juiste is. Ik had liever gezien dat de Hoge Raad ook in dit opzicht meer sturing had gegeven aan de afbakening van de toerekening van gedragingen van anderen. Want hoe valt de toerekening uit in de volgende twee gevallen: (1) iemand krijgt bezoek van een familielid – die een vuurgevaarlijke voortvluchtige blijkt te zijn – en even nadien doet justitie een inval. Bij die inval raakt de onschuldige derde gewond. (2) een particulier verhuurt kamers. Een van de huurders wordt bij een inval gearresteerd; de verhurende particulier vermoedde niets.

Indien in het tweede geval gedeeltelijke toerekening aan de particulier mag plaatsvinden, is het natuurlijk de vraag waarom dat dan niet ook voor de verhuurder Lavrijsen zou moeten gelden (omdat het geen woning was?). Ik houd het er daarom maar voor dat de familieband het doorslaggevende element is bij de gedeeltelijke toerekening.⁵ Erg overtuigend is het naar mijn mening niet om de enkele familieband tot toerekening als bedoeld in art. 6:101 BW te laten leiden. Allereerst staat de beslissing van hof en Hoge Raad op gespannen voet met eerdere rechtspraak. In Boon/Prenger (HR NJ 1986, 690) was namelijk de familieband in elk geval onvoldoende reden om aan het benadeelde kind de schuld van haar vader toe te rekenen.⁶ Nu ging het daar weliswaar om twee aansprakelijken die elk verwijtbaar gehandeld hadden, en in zoverre verschilt dat arrest van de onderhavige problematiek, maar helemaal onvergelijkbaar zijn de casusposities niet. In de tweede plaats

wordt vaak aangenomen dat toerekening van andermans daden als eigen schuld (zoveel mogelijk) een spiegelbeeld moet zijn van de aansprakelijkheid voor andermans daden; en voor strafbare feiten gepleegd door een familielid is men nu eenmaal in de regel niet aansprakelijk (tenzij het ofwel eigen kinderen jonger dan veertien jaar betreft (art. 6:169 BW) dan wel sprake is van gedragingen die men kende of behoorde te kennen en had moeten voorkomen).⁷

Dit alles neemt overigens niet weg dat er een beleidsmatige rechtvaardiging kan zijn om bij de rechtmatige overheidsdaad in dit opzicht meer toe te rekenen aan de benadeelde dan bij gewone onrechtmatige daden. Het achterliggende idee kan bijvoorbeeld zijn dat de benadeelde op die manier geprikkeld wordt om de schade vooral ook te verhalen op het familielid dat de uiteindelijke oorzaak van de inval is geweest. Dat lijkt mij een zinvol idee, maar ik zou mij een effectievere manier daarvoor kunnen voorstellen. Indien ons recht een *subsidiäre* aansprakelijkheid van de overheid voor rechtmatige overheidsdaden als deze zou kennen, zou de benadeelde gedwongen zijn om eerst een vordering te gelde te maken tegen de (veroordeelde) verdachte. Pas als die vordering niet inbaar blijkt te zijn, zou de Staat uit rechtmatige daad aan te spreken kunnen zijn.⁸ Mocht het ooit nog tot een wettelijke regeling voor dit type rechtmatige daden komen – en daar is het inmiddels hoog tijd voor – dan lijkt mij de subsidiäre aansprakelijkheid het overwegen zeker waard.

W.H. van Boom

5. Aanknopingspunten voor het toerekenen van het gedrag van personen die men als het ware "zelf binnenhaalt" zijn er wel in het contractenrecht; zie bijv. art. 7:219 (huurder staat tegenover verhuurder in voor gedragingen van derden die hij toelaat in het gehuurde).
6. Zie nader R. Koot, in: E. Engelhard e.a. (red.), 'Aansprakelijkheid in gezinsverband', Den Haag: BJU 2004, p. 142 e.v. en A.J.O. van Wassenae van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeschuld*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 71 e.v.

7. Zie over deze spiegelbeeld-idee bijv. T. Hartlief, in: E. Engelhard e.a. (red.), 'Aansprakelijkheid in gezinsverband', Den Haag: BJU 2004, p. 47.
8. In Duitsland kent men bijvoorbeeld subsidiäre overheidsaansprakelijkheid bij zgn. Amtspflichtverletzung; zie par. 839 Abs. 1 BGB, dat als volgt luidt: "Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Füllt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag."