



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onrechtmatige overheidsdaad. Bij rechtmatige politie-inval toegebrachte zaakschade

Tjepkema, M.K.G.

Citation

Tjepkema, M. K. G. (2017). Onrechtmatige overheidsdaad. Bij rechtmatige politie-inval toegebrachte zaakschade. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2017(48), 2874-2881. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58232>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58232>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

AB 2017/420

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

27 oktober 2017, nr. 16/02961

(Mrs. C.A. Streefkerk, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze)
m.nt. M.K.G. Tjepkema

Art. 6:101 lid 1 en 2, art. 6:162 BW

RvdW 2017/1169

NJB 2017/2092

ECLI:NL:HR:2017:2789

ECLI:NL:PHR:2017:478

Onrechtmatige overheidsdaad. Bij rechtmatige politie-inval toegebrachte zaakschade. Hoge Raad neemt afstand van het arrest *Wherestad* (HR 2 oktober 2009, AB 2011/2). Art. 6:101 lid 2 BW (eigen schuld indien schade wordt toegebracht aan een zaak die derde voor de benadeelde in zijn macht had) dient buiten toepassing te blijven.

Aangenomen moet worden dat de wetgever bij de invoering van het tweede lid van art. 6:101 BW niet (mede) het oog heeft gehad op gevallen waarin de Staat voor schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is. Uitgangspunt is dat schade die bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is veroorzaakt aan zaken van een ander dan de verdachte, niet tot het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die ander hoort, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade te vergoeden (vgl. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, NJ 2005/392, rov. 3.3). Daarmee verdraagt zich niet de toerekeningsregel van art. 6:101 lid 2 BW, die immers in een geval als het onderhavige juist zou meebrengen dat omstandigheden die toerekenbaar zijn aan de verdachte die de beschadigde zaak in zijn macht heeft, (toch) voor rekening van die ander als benadeelde komen. Het (...) argument dat het voor de aansprakelijke geen verschil mag maken of de beschadigde zaak toebehoort aan degene die haar in zijn macht had of aan een ander, gaat in een dergelijk geval dan ook niet op. Ook het (...) argument van voorkoming van een 'circuit d'actions' legt in zodanig geval onvoldoende gewicht in de schaal.

Het voorgaande brengt daarom mee dat — anders dan nog tot uitgangspunt is genomen in HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ708, NJ 2010/95 (*Wherestad*) — in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte, bij beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht van de Staat op de voet van art. 6:101 lid 1 BW moet worden verminderd of zelfs geheel

vervalt (op grond van de causaliteitsafweging dan wel de billijkheidscorrectie), het tweede lid van die bepaling buiten toepassing moet blijven.

Arrest in de zaak van:

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie), eiser tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. K. Teuben en mr. G.C. Nieuwland, tegen

Verweerder, verweerder in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. D. Rijpma en voorheen mr. C.J.A. Seinen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 2124406(CV EXPL 13-27980 van de kantonrechter te Rotterdam van 25 april 2014;
- b. de arresten in de zaak 200.153.257/01 van het gerechtshof Den Haag van 30 september 2014 en 23 februari 2016.

Het arrest van het hof van 23 februari 2016 is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 23 februari 2016 heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. Verweerder heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit (niet opgenomen; *red.*).

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) Verweerder is eigenaar van bedrijfsruimte te Rotterdam. Hij heeft deze bedrijfsruimte (hierna: het gehuurde) vanaf 15 september 2011 verhuurd tegen een jaarlijkse huurprijs van € 26.000 exclusief btw. De huurder heeft bij aanvang van de huur een waarborgsom voldaan van € 15.900 als zekerheid voor de nakoming van zijn

huurdersverplichtingen. De huurovereenkomst had een looptijd tot 15 september 2014, met de mogelijkheid van verlenging.

ii) Op grond van de huurovereenkomst (art. 1.2) diende de huurder het gehuurde uitsluitend te gebruiken ten behoeve van een groothandel in horecabehoefden en dranken.

iii) In art. 8.2 van de huurovereenkomst is het volgende bepaald:

“Het is huurder niet toegestaan om het gehuurde anders te gebruiken dan aangegeven bij artikel 1.2. Het is huurder verboden in het gehuurde verdovende middelen, drugs etc. te verhandelen of te produceren, dan wel gelegenheid te geven tot handel / productie in deze middelen, dan wel het gebruik op enigerlei wijze toe te staan. (...) Indien in het pand bovenstaande activiteiten plaatsvinden of illegale stoffen, waaronder drugs (...) worden aangetroffen, zal deze overeenkomst van rechtswege zijn ontbonden. Huurder zal het pand dan met onmiddellijke ingang ontruimen en opleveren. De bankgarantie/waarborgsom zal dan toekomen aan de verhuurder. Huurder is aansprakelijk voor alle schade die verhuurder zou kunnen lijden door het illegale gebruik.”

iv) In opdracht van de officier van justitie is de politie op 11 juni 2012, wegens verdenking van aanwezigheid van harddrugs, het gehuurde binnengetrokken ter doorzoeking en inbeslagname. In het gehuurde is een partij van 325 kilogram heroïne aangetroffen. De huurder is in verband hiermee strafrechtelijk veroordeeld. Door het binnentreden is schade veroorzaakt aan de pui van het gehuurde.

v) Op 28 juni 2012 heeft (de beheerder namens) verweerder de huur opgezegd per 31 december 2012 en is aan de huurder te kennen gegeven dat hij het gehuurde niet meer mag gebruiken. De huurpenningen over de periode juli tot en met december 2012 zijn verrekend met de waarborgsom.

3.2.1 In dit geding vordert verweerder dat voor recht wordt verklaard dat de Staat jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, alsmede dat de Staat wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade van € 6.537,60, met rente en kosten. Verweerder heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat de wijze van binnentreden disproportionele schade aan het gehuurde heeft toegebracht, welke schade bovendien buiten zijn normale maatschappelijke risico en zijn normale bedrijfsrisico valt. Op grond van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten (‘égalité devant les charges publiques’) acht verweerder de Staat voor deze schade aansprakelijk.

3.2.2 De kantonrechter heeft de vordering van verweerder toegewezen.

Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Tussen partijen is niet in geschil dat de door verweerder geleden schade buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van verweerder valt, zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*). Daarmee is gegeven dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor de door verweerder geleden schade. Vervolgens moet op de voet van art. 6:101 BW worden beoordeeld of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden vermindert. (rov. 6)

Het primaire standpunt van de Staat dat de ratio van art. 6:101 lid 2 BW in een geval als het onderhavige in de weg staat aan de toepassing van de billijkheidscorrectie op de voet van art. 6:101 lid 1 BW, dient te worden verworpen. Dit standpunt van de Staat is niet verenigbaar met het uitgangspunt dat de schade van verweerder buiten diens normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico valt en dus in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt. Wanneer het standpunt van de Staat zou worden gevolgd, betekent dit een zodanige uitholling van het égalité-leerstuk dat het in veruit de meeste gevallen feitelijk illusoir wordt voor een verhuurder die zich buiten zijn schuld geconfronteerd ziet met een huurder die strafbare handelingen verricht en aldus schadetoebrengend handelen van de overheid uitlokt. Uit de ratio van art. 6:101 lid 2 BW kan niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige de derde en de benadeelde ook voor de toepassing van de billijkheidscorrectie met elkaar moeten worden vereenzelvigd. Art. 6:101 lid 1 BW laat immers toe “andere omstandigheden van het geval” in aanmerking te nemen. Niet valt in te zien waarom de omstandigheid dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van het gedrag van zijn huurder of van de keuze voor een bepaalde huurder, niet een dergelijke omstandigheid is. (rov. 8)

Ook het subsidiaire en meer subsidiaire standpunt van de Staat met betrekking tot de verdeling op grond van de billijkheid dient te worden verworpen op de door de kantonrechter gebezigde gronden. Voorts geldt dat de vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij zijn – enerzijds – de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende

belang, alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die schade lijdt, en — anderzijds — de aard en de omvang van de toegebrachte schade. Bij beoordeling van de vraag of de verplichting tot schadevergoeding moet worden verminderd of geheel kan vervallen, is naast de toepassing van art. 6:101 BW noch plaats voor, noch behoefte aan een afzonderlijke toetsing aan de hand van de vraag of bepaalde omstandigheden al dan niet tot het maatschappelijk risico van de benadeelde behoren. Anders dan de Staat stelt, is het feit dat aan verweerder als verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van de keuze van zijn huurder, echter geen gegeven dat uitsluitend meespeelt bij beantwoording van de vraag of sprake is van een schade die niet behoort tot zijn normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico; deze factor speelt ook een rol bij de toepassing van de billijkheidscorrectie. Voorts verdient opmerking dat het hier gaat om schade die door de Staat bij de behartiging van het algemeen belang is toegebracht aan een derde. Daarbij past dat de Staat in de verhouding tot de verhuurder de schade draagt die het gevolg is van zijn optreden, behoudens in die gevallen waarin de verhuurder enig verwijt valt te maken ten aanzien van de keuze van zijn huurder of ten aanzien van het handelen van zijn huurder. (rov. 9)

Bij de beoordeling van het betoog van de Staat dat verweerder zijn schade had kunnen verhalen op de waarborgsom die de huurder had gestort, dient tot uitgangspunt dat verweerder in zijn contractuele relatie tot de huurder de vrijheid had die waarborgsom te benutten voor de nog te vervallen huurtermijnen na de opzegging van de huur, zodat de door de Staat veroorzaakte schade nog niet is vergoed. Verder heeft te gelden dat het feit dat verweerder zijn schade op de huurder kan verhalen, niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de Staat, tenzij verweerder deze door de Staat veroorzaakte schade daadwerkelijk heeft verhaald op de waarborgsom. Hierbij komt dat de huurovereenkomst een looptijd had tot 15 september 2014 en dat verweerder onweersproken heeft gesteld dat hij na de politie-inval te kampen heeft gehad met leegstand gedurende ruim een jaar. Ondanks de verrekening van de waarborgsom met de huurtermijnen, is verweerder geconfronteerd met een forse schade door de beeïndiging van de huurovereenkomst. (rov. 10)

3.3 Onderdeel 1.1 klaagt onder meer dat het hof (in rov. 8) heeft miskend dat in een geval als het onderhavige, waarin de huurder van de beschadigde zaak op grond van (de causaliteitsafweging en de billijkheidscorrectie als bedoeld in) art. 6:101 lid 1 BW 100% 'eigen schuld' zou kunnen worden tegengeworpen, geen ruimte meer

bestaat voor een billijkheidscorrectie die ertoe leidt dat de Staat toch enige schade aan de verhuurder moet vergoeden. In ieder geval bestaat geen ruimte voor een billijkheidscorrectie waarbij omstandigheden aan de zijde van de benadeelde verhuurder worden betrokken. De toerekeningsregel van art. 6:101 lid 2 BW noopt als het ware tot vereenzelviging van de derde (huurder) en de benadeelde (verhuurder).

Onderdeel 1.2 voert aan dat — als in een geval als het onderhavige al ruimte zou bestaan voor toepassing van de billijkheidscorrectie — daarbij niet de omstandigheid in aanmerking kan worden genomen dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt ter zake van het ontstaan van de schade. Aan de regel van art. 6:101 lid 2 BW is immers inherent dat de benadeelde omstandigheden die aan de derde kunnen worden toegerekend, tegengeworpen krijgt, hoewel hem ter zake van die omstandigheden geen verwijt kan worden gemaakt.

3.4.1 Art. 6:101 lid 1 BW ziet op het geval dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. In zodanig geval 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 (de zogenoemde 'causaliteitsafweging'), 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 (de zogenoemde 'billijkheidscorrectie').

Art. 6:101 lid 2 BW ziet op het geval dat de vergoedingsplicht schade betreft die is toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had. In zodanig geval worden bij toepassing van art. 6:101 lid 1 BW omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde (de zogenoemde 'toerekeningsregel').

3.4.2 Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 6:101 lid 2 BW (MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 353) berust deze regel op de volgende argumenten (vgl. HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1708, *NJ 2010/95 (Wherestad)*, rov. 3.5). Enerzijds is er geen reden waarom het voor de aansprakelijke verschil zou moeten maken of de zaak die hij beschadigde, toebehoorde aan of de medeschuldige die haar in zijn macht had of dat deze haar voor een ander onder zich had. Anderzijds strekt de bepaling ertoe te voorkomen dat een onwenselijke opeenvolging van verhaalsacties ('circuit d'actions') ontstaat.

3.4.3 Het hof heeft — in cassatie onbestreden — tot uitgangspunt genomen dat de door verweerder geleden zaakschade buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van verweerder valt, zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, *NJ* 2003, 615 (*Staat/Lavrijsen*), en op grond daarvan geoordeeld dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor de door verweerder geleden zaakschade.

In cassatie is slechts aan de orde of de vergoedingsplicht van de Staat moet worden vermindert op de voet van het bepaalde in art. 6:101 BW, en in het bijzonder of art. 6:101 lid 2 BW in het onderhavige geval dan meebrengt dat omstandigheden die kunnen worden toegerekend aan de derde (de huurder), worden toegerekend aan de benadeelde (verhuurder verweerder).

3.4.4 Aangenomen moet worden dat de wetgever bij de invoering van het tweede lid van art. 6:101 BW niet (mede) het oog heeft gehad op gevallen waarin de Staat voor schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is. Uitgangspunt is dat schade die bij rechtmatig strafvorderlijk optreden is veroorzaakt aan zaken van een ander dan de verdachte, niet tot het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico van die ander hoort, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade te vergoeden (vgl. HR 17 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7887, *NJ* 2005/392, rov. 3.3). Daarmee verdraagt zich niet de toerekeningsregel van art. 6:101 lid 2 BW, die immers in een geval als het onderhavige juist zou meebrengen dat omstandigheden die toerekenbaar zijn aan de verdachte die de beschadigde zaak in zijn macht heeft, (toch) voor rekening van die ander als benadeelde komen. Het hiervoor in 3.4.2 genoemde argument dat het voor de aansprakelijke geen verschil mag maken of de beschadigde zaak toebehoort aan degene die haar in zijn macht had of aan een ander, gaat in een dergelijk geval dan ook niet op. Ook het hiervoor in 3.4.2 genoemde argument van voorkoming van een 'circuit d'actions' legt in zodanig geval onvoldoende gewicht in de schaal.

Het voorgaande brengt daarom mee dat — anders dan nog tot uitgangspunt is genomen in HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ708, *NJ* 2010/95 (*Wherestad*) — in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte, bij beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht van de Staat op de voet van art. 6:101 lid 1 BW moet worden vermindert of zelfs geheel vervalt (op grond van de causaliteitsafweging dan wel de billijkheidscorrectie), het tweede lid van die bepaling buiten toepassing moet blijven.

3.5 De klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2 stuiten op het vorenstaande af.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verworpt het principale beroep;
- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van verweerder begroot op € 396,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Het was landelijk nieuws in mei 2012: de vondst in een Rotterdamse loods van 325 kilo heroïne met een straatwaarde van ruim € 10 miljoen. Een succes voor de politie Haaglanden, die bij de rechtmatige inval echter wel voor € 6.537,60 aan schade toebracht aan de pui van de loods. Dit arrest gaat over de vraag voor wiens rekening deze schade moet komen: voor die van de Staat of van de verhuurder? De Hoge Raad maakt duidelijk dat de Staat dit soort schade dient te dragen. Het belang van het arrest is vooral gelegen in de vraag of art. 6:101 lid 2 BW een grond kan opleveren om de omvang van de op de Staat rustende vergoedingsplicht te verminderen of geheel te laten vervallen. Het arrest *Wherestad* (HR 2 oktober 2009, *AB* 2011/2, m.nt. Tjepkema) liet die mogelijkheid open, maar in dit arrest gaat de Raad om en komt hij uitdrukkelijk op het *Wherestad*-arrest terug. Alvorens het arrest te bespreken (nrs. 4–7) schets ik de juridische context van deze nieuwe loot aan de stam van de *Lavrijsen*-jurisprudentie (2–3). Aan het slot van deze noot (8–10) ga ik in op de gronden waarop de Staat naar huidig recht nog aan aansprakelijkheid kan ontkomen en bespreek ik de nog altijd relevante, maar complexe 'tweefasentoets'.

2. Sinds het arrest *Staat/Lavrijsen* (30 maart 2001, *AB* 2001/412, m.nt. Drupsteen) kan de Staat op grond van het égalitébeginsel gehouden zijn tot vergoeding van schade die bij derden wordt veroorzaakt tijdens rechtmatig (op het Wetboek van Strafvordering gebaseerd) overheidsoptreden. Het ging in dat arrest om een atypische ca-

sus: ene Lavrijsen huurde varkensstallen bij iemand die verdacht werd van overtreding van de Opiumwet. Haar varkens leden groeischade toen bij een doorzoeking van de stallen het ventilatiesysteem ontregeld raakte. Deze schade kon zij volgens de Hoge Raad geheel van de Staat vergoed krijgen. De vraag of deze plicht tot toekenning van schadevergoeding bestaat is afhankelijk van nadere criteria, waarop de Raad nader inging in het arrest *Staat/H.* van 17 september 2004 (AB 2006/41, m.nt. Van Ravels). Duidelijk werd dat aan deze criteria in twee achtereenvolgende fasen moet worden getoetst. Eerst dient te worden vastgesteld of de schade drukt op een 'beperkte groep instellingen' en buiten het 'normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico' valt. Bij bevestigende beantwoording van de vraag of de overheid in beginsel op grond van het *égalité*beginsel aansprakelijk is, kan in een tweede etappe worden nagegaan of de op de overheid rustende vergoedingsplicht op grond 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'.

3. Het arrest *Wherestad* bracht op de tweede fase een nadere nuancering aan, waarbij de Staat niet alleen aan toekenning van schadevergoeding zou kunnen ontkomen wanneer de verhuurder door *eigen* gedragingen schuld kan worden verweten (door bijvoorbeeld onvoldoende voorzichtig te zijn bij het aangaan van de huurovereenkomst) maar ook op grond van het bepaalde in art. 6:101 lid 2 BW. Uit dit artikel volgt dat omstandigheden die bij de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW aan de derde (de huurder) worden toegerekend, worden toegerekend aan de benadeelde (de verhuurder). Kortom: ook als de verhuurder niet wist en ook niet behoefde te weten van de strafbare activiteiten van zijn huurder, dan nog zou de schade die hij lijdt door de handelingen van de overheid voor zijn rekening komen. De ratio achter art. 6:101 lid 2 BW is dat het voor de aansprakelijke (de Staat) geen verschil zou moeten maken of de zaak die hij beschadigde toebehoorde aan de medeschuldige die haar in zijn macht had (de huurder) of dat deze de zaak voor een ander (de verhuurder) onder zich had. Ook speelt de wens om een *circuit d'actions* te voorkomen een rol, een aspect dat ik hier niet nader uitwerk omdat dit risico in deze zaak niet bestond; ik verwijs naar de conclusie van P-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2017:478) en de conclusie van Spier bij het arrest *Wherestad* (26 juni 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BJ1708, onder 3.24 e.v.). Het hof had in de procedure over verhuurder *Wherestad* een te beperkte uitleg aan art. 6:101 lid 2 BW gegeven, wat voor de Hoge Raad reden

was om — in navolging van de conclusie van Spier — te casseren. De Hoge Raad liet zich echter niet uit over de vraag hoe de toepassing van art. 6:101 lid 2 BW zich verhoudt tot de in beginsel op grond van het *égalité*beginsel bestaande aansprakelijkheid. Die verhouding is problematisch, omdat een belangrijke reden om de Staat aansprakelijke te houden (het feit dat de schadeveroorzakende handeling een *derde* treft en de schade niet tot diens 'risicosfeer' wordt gerekend) in de tweede fase, via de omweg van art. 6:101 lid 2 BW, wordt ondergraven en de Staat dus aan de toekenning van schadevergoeding kan ontkomen. Over die vraag gaat het onderhavige arrest.

4. Het geschil spitste zich, net als in *Wherestad*, opnieuw toe op de toepassing van art. 6:101 lid 2 BW. Tussen partijen was, al vanaf de procedure bij de kantonrechter (ECLI:NL:RBROT:2014:2802), niet in geding dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor de door weerder geleden schade. Ook stond vast dat de verhuurder bij het aangaan van de huurovereenkomst had gehandeld zoals een goed verhuurder betaamt. Hij was niet betrokken geweest bij of had weet gehad van de strafbare handelingen van de huurder die tot het overheidsoptreden aanleiding hadden gegeven. Hij had bovendien navraag gedaan over het verleden van de huurder, had diens paspoort en verblijfsvergunning ingezien en een hogere waarborgsom bedongen dan gebruikelijk, terwijl die som en de huurpenningen telkens via bankovermakingen waren betaald. De kantonrechter concludeerde dan ook dat de verhuurder de redelijkerwijs van hem te verlangen zorg had betracht om te voorkomen dat de huurder het gehuurde in strijd met de wet en de huurovereenkomst zou gebruiken. Van deze omstandigheden zou echter worden geabstraheerd wanneer, zoals de Staat betoogde, de — zonder meer vaststaande — schuld van de huurder zou kunnen worden 'doorgesluisd' naar de verhuurder op grond van art. 6:101 lid 2 BW en huurder en verhuurder als het ware met elkaar zouden worden 'vereenzelvigd'. Het Hof stelde deze 'vereenzelviging' op zichzelf niet ter discussie en nam 100% eigen schuld van de verhuurder aan. Deze 100% eigen schuld zou, aldus het Hof in zijn lezenswaardige arrest, echter op grond van de billijkheidscorrectie uit art. 6:101 lid 1 BW alsnog geheel moeten komen te vervallen, nu bij de toepassing van die correctie van vereenzelviging geen sprake zou kunnen zijn. Het feit dat de verhuurder geen verwijt kan worden gemaakt van het gedrag van zijn huurder, of de keuze voor een bepaalde huurder, zou met zich brengen dat er billijkheidshalve een andere verdeling van de vergoedingsplicht zou moeten plaatsvinden, leidend tot een volledige aansprakelijkheid van de

Staat. Een ander oordeel zou, aldus het Hof, leiden tot een zodanige uitholling van het égalité-leerstuk dat het recht op schadevergoeding voor de niet verwijtbaar handelende verhuurder alsnog illusoir zou worden (Hof Den Haag, 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:294, JA 2016/64, m.nt. Brens).

5. De Hoge Raad lijkt dit oordeel van het Hof in essentie te onderschrijven, maar komt op een andere wijze tot hetzelfde resultaat. Volgens de Raad dient lid 2 *buiten toepassing te blijven* in gevallen waarin de Staat wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is voor schade aan zaken van een ander dan de verdachte bij de beoordeling van de vraag of de vergoedingsplicht op grond van art. 6:101 lid 1 BW moet worden verminderd of moet komen te vervallen. Er kan in de tweede fase dus geen sprake zijn van vereenzelviging op grond van art. 6:101 lid 2, zodat ook de billijkheidscorrectie uit lid 1 er niet aan te pas hoeft te komen om tot aansprakelijkheid van de Staat te komen. Het is niet uit te sluiten dat bij dit oordeel heeft meegespeeld dat Du Perron in deze bezetting van de Hoge Raad zitting had. Du Perron had in zijn noot bij *Wherestad* (NJ 2010/95, sub 9) het systeem waarbij de aansprakelijkheid van de Staat in drie etappes wordt vastgesteld (1. in beginsel aansprakelijkheid van de Staat op grond van de égalité, 2. geen vergoedingsplicht van de Staat op grond van art. 6:101 lid 1 jo. lid 2 BW en 3. toch een vergoedingsplicht van de Staat op grond van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW) 'nodeloos gecompliceerd' genoemd. Ook hij leek echter (zie de laatste zin van zijn noot) van mening dat het 'wegcorrigeren' van art. 6:101 lid 2 via de billijkheidscorrectie al tot een eenvoudiger systeem zou leiden, maar met dit arrest zet de Hoge Raad een stap verder. Daarmee wijkt de Hoge Raad ook af van het voorstel van P-G Langemeijer. Deze betoogde dat de toepassing van art. 6:101 lid 2 BW zich niet zou verdragen met het égalitébeginsel, maar oordeelde ook dat het buiten toepassing verklaren van art. 6:101 lid 2 BW te ver zou gaan (conclusie P-G 2.17). De Hoge Raad kiest wél voor die verdergaande optie. Hij doet daarbij een beroep op de veronderstelde wil van de wetgever, die met de invoering van art. 6:101 lid 2 BW niet het oog zou hebben gehad op gevallen waarin de Staat voor schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is, zodat ook de ratio van art. 6:101 lid 2 BW in deze situatie niet opgaat. De ratio van de aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel (bescherming van willekeurige derden tegen ingrijpend strafvorderlijk optreden) dient derhalve te prevaleren boven de ratio achter de toepassing van art. 6:101 lid 2 BW.

6. Dit oordeel van de Hoge Raad beschikt over sterke kaarten. De belangrijkste inhoudelijke reden werd al in het Hof-arrest aangedragen en wordt door de Hoge Raad omarmd: de toepassing van art. 6:101 lid 2 BW zou betekenen dat omstandigheden die aan de verdachte worden toegerekend, toch aan de benadeelde verhuurder worden toegerekend. Deze toerekening 'verdraagt zich niet', zo stelt de Hoge Raad, met de in beginsel op grond van het égalitébeginsel vaststaande aansprakelijkheid. Ook moet het worden toegejuicht dat art. 6:101 lid 2 BW in situaties als deze buiten toepassing blijft. De minder vergaande optie, zoals voorgestaan door P-G Langemeijer, komt erop neer dat de eigen schuld van de huurder *kan* maar niet *moet* worden gecorrigeerd aan de hand van de billijkheid. Dat verdraagt zich niet met de ratio om de Staat aansprakelijk te houden maar laat ook onduidelijkheid bestaan over de situaties waaronder een verminderde vergoedingsplicht aan de orde kan zijn. Ik kan mij in dat verband weinig voorstellen bij de omstandigheden waaronder op grond van art. 6:101 lid 2 BW nog een 'andere verdeling' van de vergoedingsplicht aan de orde zou kunnen zijn (Conclusie P-G, sub. 2.18). Dat is ook niet nodig, omdat art. 6:101 lid 1 BW, inclusief de daarin genoemde billijkheidscorrectie, voldoende ruimte laat voor een eventuele verdeling van de vergoedingsplicht over de gelaedeerde en de Staat. De verder gaande keuze van de Hoge Raad stelt buiten kijf dat de ratio van art. 6:101 lid 2 BW zich niet verdraagt met de ratio achter de in *Staat/Lavrijsen* aanvaarde regel, terwijl er voor de Staat nog steeds ruimte overblijft om aan aansprakelijkheid te ontkomen c.q. de vergoedingsplicht te laten vervallen of te verminderen.

7. Nu de Hoge Raad kiest voor het *buiten toepassing laten* van art. 6:101 lid 2 BW rijst wel de vraag hoe deze uitkomst zich verhoudt tot het verbod om de formele wet te toetsen aan rechtsbeginselen. De Hoge Raad is, zoals bekend, streng in de handhaving van het toetsingsverbod. In een alom bekritiseerd arrest (HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, AB 2011, 224, m.nt. Van Ommeren (*Van den Boomen*)) bleek hij niets te willen weten van een toetsing van de formele wet aan het beginsel van de égalité. Een belangrijk kritiekpunt (zie bijv. Van Ommeren in zijn AB-noot onder 5) op dit arrest is dat er een principieel verschil bestaat tussen de toetsing van een formele wet waarbij wordt getreden in politieke of beleidsmatige afwegingen van de formele wetgever enerzijds en, anderzijds, een toets van de formele wet aan het égalitébeginsel. Bij die laatste toets wordt immers de afweging van de wetgever volledig gerespecteerd, maar wordt de rechter de mogelijkheid geboden om, uitgaande

van die rechtmatigheid, voor de onevenredig nadelige gevallen die resulteren in de *toepassing* van de wet, eventueel een recht op nadeelcompensatie te aanvaarden. Deze route kan naar huidig recht voor alle soorten overheidshandelingen worden bewandeld, maar niet voor formele wetgeving. Dat laat onverlet dat het *égalité*-beginsel nog wel een functie kan vervullen bij de toepassing van de 'ontsnappingsclausule' uit het *Harmonisatiewet*-arrest: bij strijd van een formele wet met een fundamenteel rechtsbeginsel dient deze wet in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing te blijven voor zover er sprake is van door de wetgever 'niet verdisconteerde omstandigheden' (HR 14 april 1989, AB 1989/207, m.nt. FHvdB, sub 3.9). De Hoge Raad toetst in casu niet uitdrukkelijk aan deze clausule, maar zijn overwegingen sluiten er goed op aan. Niet alleen constateert hij strijd van de formele wet met de uitleg die hijzelf aan de *égalité* in deze specifieke context heeft gegeven ('verdraagt zich niet met'), ook de daarop volgende overweging ('[a]angenomen moet worden dat de wetgever bij de invoering van het tweede lid van art. 6:101 BW niet (mede) het oog heeft gehad op gevallen waarin de Staat voor schade als gevolg van rechtmatig strafvorderlijk optreden aansprakelijk is') lijkt de Raad te hebben geschreven met het *Harmonisatiewet*-arrest in het achterhoofd. Vaak komt het niet voor dat de Hoge Raad de ontsnappingsmogelijkheid van het *Harmonisatiewet*-arrest benut (zie voor een recent voorbeeld HR 19 december 2014, JB 2015/148, m.nt. Schutgens & Bakker). Opvallend is ook dat partijen zich in hun cassatiemiddelen niet over een eventuele buiten toepassing verklaring hebben uitgelaten en de toepasselijkheid van art. 6:101 lid 2 BW ook voor de eisers in cassatie niet ter discussie stond. Het geding tussen partijen spitste zich, ook in cassatie, toe op de interpretatie van de billijkheidsclausule, in aansluiting op het Hof-arrest; ook P-G Langemeijer wijdde geen woord aan het toetsingsverbod. Zeker in het licht van het *Wherestad*-arrest, waarin de Hoge Raad had gecasseerd juist omdat art. 6:101 lid 2 BW niet goed was toegepast, maakt de Hoge Raad in casu een radicale draai. Dat neemt niet weg dat ik het resultaat van dit arrest toejuich, evenals het feit dat de Raad uitdrukkelijk van het *Wherestad*-arrest terugkomt.

8. De keuze van de Hoge Raad valt derhalve te billijken en levert in elk geval een substantiële bijdrage aan een eenvoudiger vast te stellen recht op nadeelcompensatie bij rechtmatig strafvorderlijk optreden. Dat betekent niet dat er geen vragen overblijven. Hoewel het toetsingskader één gezichtspunt (art. 6:101 lid 2 BW in combinatie met de billijkheidstoets) armer is, blijven er twee open

normen over: in fase 1 het 'normaal maatschappelijk risico' in het kader waarvan 'alle relevante omstandigheden van het geval' van belang zijn (*Staat/H.*) en in fase 2 'een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend' en de billijkheid (art. 6:101 lid 1 BW). Een van de problemen is dat de omstandigheden die in beide fasen relevant kunnen zijn slechts in theorie van elkaar te scheiden zijn. Zo kan bij het normaal maatschappelijk risico ook relevantie toekomen aan eigen handelen of nalaten van rechtssubjecten (zie nader M.K.G. Tjepkema, 'Het normaal maatschappelijk risico: de allesreiniger van het nadeelcompensatierecht?', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel) 2014, p. 119 e.v.). Het is in dat kader geen hele vreemde gedachte om het aan de onvoorzichtig handelende verhuurder tot zijn normaal maatschappelijk risico te rekenen dat er schade door strafvorderlijke maatregelen kan ontstaan, die voor zijn rekening behoort te komen (vgl. ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1976, AB 2015/282 m.nt. Tjepkema). Omgekeerd ziet eigen schuld niet alleen op gedragingen van de benadeelde die aan de (omvang van de) schade hebben bijgedragen maar ook op andere 'omstandigheden die in zijn risicosfeer liggen' (HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 (*Steigerend paard*)). Vanwege deze verwarring hebben verschillende auteurs gepleit voor een versimpeling van het toetsingskader, waarbij de vraag naar eventuele betrokkenheid van de derde of redenen waarom de schade anderszins aan hem moet worden toegerekend reeds direct aan aansprakelijkheid in de weg staat. De wat zinledige toets aan het normaal maatschappelijk risico zou daarmee worden overgeslagen, terwijl alle focus komt te liggen op de hamvraag: kan de verdachte enige eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW worden toegerekend? Ik verwijs, naast mijn noot bij *Wherestad* (AB 2011, 2), naar de noot van Van Ommeren bij HR 13 september 2013, AB 2013, 393 en naar G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Monografieën BW nr. A 26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 121. Zo ver zijn we nog niet, maar het is een stap in de goede richting dat het niet meer nodig is om in alle gevallen waarin een rechtsverhouding tussen een verhuurder en een huurder aan de orde is een beroep te moeten doen op de billijkheidsclausule om tot staatsaansprakelijkheid te komen. Dat betekent overigens niet dat de rol van de billijkheidsclausule helemaal is uitgespeeld.

9. Uitgaande van de uitdrukkelijke wens van de Hoge Raad om in een uit twee fasen bestaand stappenplan te toetsen en van diens wens om 'dubbele toerekening' (d.w.z. het laten meewegen van verschillende criteria in *beide* fasen) te voorkomen, valt naar mijn idee de meeste winst

te behalen door helder te krijgen welke omstandigheden precies in de beide fases moeten worden meegewogen, zodat verwarring en overlap zoveel mogelijk worden voorkomen. Over het algemeen zien we dat tussen partijen — zoals ook in dit geval — niet vaak in geding is dat de staat in beginsel aansprakelijk is. Ik kan die snelle aansprakelijkheid slechts verklaren door aan te nemen dat van een schending van het *égalité*-beginsel reeds sprake is wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. er is sprake van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden waardoor
2. onevenredige schade is geleden door
3. een 'derde', dat wil zeggen — in de woorden van de Hoge Raad — 'een ander dan de verdachte' (dit arrest, sub 3.4.4) ofwel 'burgers, ten aanzien van wie niet een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27 Sv. is gerezen' (HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6956, NJ 2007, 432, m.nt. Vranken (*Begaclaim*)). Dit redelijk vermoeden van schuld kan ook pas *na* het strafvorderlijke optreden zijn ontstaan, in welk geval de *égalité*-regel evenmin van toepassing is (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7397 (*Hennepveld*)). Aan het tweede criterium 'onevenredig' is snel voldaan; zo is schade reeds onevenredig wanneer zij het niveau van 'enig ongemak' overstijgt (zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:639). De weinig rigide jurisprudentie op dit punt kan ik overigens moeilijk rijmen met de opmerking van P-G Langemeijer (conclusie sub 2.7), die met een verwijzing naar een WODC-rapport uit 2008 betoogt dat schade in de strafvorderlijke context 'dikwijls' tot het normaal bedrijfsrisico wordt gerekend. Wellicht kan nadere civiele jurisprudentie op dit punt nog uitsluitel bieden.

In de eerste fase speelt 'verwijtbaarheid' slechts impliciet een rol, namelijk om duidelijk te maken dat de *égalité*-regel alleen iets kan betekenen voor de benadeelde die zelf geen strafbare feiten heeft begaan of daarvan werd verdacht. Een volle toets aan de verwijtbaarheid (c.q. de weging van omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelde vallen) dient mijns inziens pas aan bod te komen in de tweede fase, derhalve bij de toets aan art. 6:101 lid 1 BW. Bij verhuurders gaat het dan vooral om de vraag of zij zich hebben gedragen zoals een goed verhuurder betaamt, kortom of zij — om de kantonrechter in deze zaak te citeren — 'redelijkerwijs de [...] te verlangen zorg hebben betracht om te voorkomen dat de huurder het gehuurde in strijd met de wet zou gebruiken'. Het enkel opnemen van een clausule in de huurovereenkomst is daarbij een eerste stap, maar onder omstandigheden zal er meer van hen kunnen worden verlangd, zoals de

stappen die de verhuurder in casu had gezet (zie hiervoor onder 4). Gaat het niet om verhuurders maar om inwonende familieleden dan kan, op grond van het bestaan van een 'intieme band' tussen de benadeelde(n) en de verdachte, aanleiding bestaan om de schade geheel of deels op basis van art. 6:101 lid 1 BW onvergoed te laten (HR 13 september 2013, AB 2013/393, m.nt. Van Ommeren). Voor zover er sprake is van andere omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelde liggen kan daarmee voorts op grond van de billijkheids-correctie rekening worden gehouden.

10. Dit arrest biedt, alle nog open liggende vragen ten spijt, een mooi voorbeeld van een situatie waarin ongeschreven recht het geschreven recht opzij zet: de uit het *Lavrijsen*-arrest stammende '*égalité*-regel' prevaleert in de visie van de Hoge Raad boven de regel van art. 6:101 lid 2 BW. Dat is een opsteker voor verhuurders die hebben gehandeld zoals het hen betaamt en zich buiten hun schuld met zaakschade geconfronteerd zien. Het is ook een vermoedelijk forse kostenpost voor de Staat, die in veel situaties waarin niet kan worden aangetoond dat de verhuurder onvoorzichtig heeft gehandeld, de rekening van zijn strafvorderlijke optreden zal moeten betalen. De rekeningen voor op zichzelf rechtmatig strafvorderlijk optreden zijn toch al hoog; de Algemene Rekenkamer bracht onlangs naar buiten dat de vergoedingen voor onterechte hechtenis in 2016 totaal € 8,7 miljoen bedroegen, tegen € 5,4 miljoen in 2005. Of de Staat ook vaker overgaat tot invallen waarbij aan derden zaakschade wordt toegebracht is mij niet bekend, maar voor die situaties is in elk geval duidelijk dat de Hoge Raad de Staat een grond minder ter beschikking heeft gesteld om aan aansprakelijkheid te ontkomen.

M.K.G. Tjepkema

AB 2017/421

HOGHE RAAD (STRAFKAMER)

14 februari 2017, nr. 16/02616

(Mrs. W.A.M. van Schendel, J. de Hullu, V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, M.J. Borgers)
m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket*

Art. 72 lid 2 Verordening 1122/2009/EG; art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; art. 68 Sr

RvdW 2017/277

NJ 2017/289

* L.W. Verboeket is Onderwijs- en onderzoeksmedewerker bij de sectie bestuursrecht, Universiteit Maastricht.