

vast te stellen, al is het gelet op het belang van eenvormige rechtstoepassing wenselijk dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld.

NOOT

1. De gewezen verdachte die tijd in verzekering of voorlopige hechtenis heeft doorgebracht, kan onder omstandigheden aanspraak maken op een schadevergoeding als gevolg van onterecht ondergane detentie. Vereist is in elk geval dat de zaak uiteindelijk hetzij niet tot een straf of maatregel heeft geleid hetzij tot een straf of maatregel heeft geleid op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten. De verzochte vergoeding wordt, mits het verzoek aan de formele vereisten voldoet, steeds toegekend, indien en voor zover daartoe 'gronden van billijkheid' bestaan (art. 90 lid 1 Sv). Om voor rechts-eenheid te zorgen heeft het LOVS afspraken gemaakt over wat in dit verband billijk is. Die afspraken, die inhouden dat de dag van inverzekeringstelling volledig wordt vergoed en de dag van heenzending in het geheel niet, worden door het Hof 's-Hertogenbosch echter structureel genegeerd. Dat hof kent ook een vergoeding toe voor de dag van heenzending. Reden genoeg voor Advocaat-Generaal Vegter om in belang van de rechtseenheid te vorderen dat de Hoge Raad in belang der wet een dergelijke beschikking van het Hof 's-Hertogenbosch vernietigt. De Hoge Raad is in zijn oordeel terughoudend en gaat niet verder dan het aansporen van de feitenrechters om eenheid na te streven. Een ander – meer algemeen – interessant punt is de stelling van de Advocaat-Generaal dat motiveeringsgebreken geen grond opleveren voor cassatie in belang der wet. Daarop ga ik in deze annotatie tot slot apart in.

2. Eerst stelt Vegter de vraag aan de orde of 'billijkheid' in voornoemde zin wordt ingekleurd door andere wettelijke voorschriften, zoals artikel 27 Sr en artikel 136 Sv. Hij beantwoordt deze vraag – en de Hoge Raad met hem – ontkennend. De wet dwingt in elk geval niet ertoe om andere bepalingen te betrekken bij de beantwoording van wat billijk is in de zin van artikel 90 lid 1 Sv. De invulling van dat begrip is dus geheel overgelaten aan de rechter. Gelet hierop wekt het minder verbaazing dat de hoven van mening verschillen dan

wanneer de wet op dit punt glashelder zou zijn. Het tweede en meer wezenlijke punt, dat ook ten grondslag ligt aan het middel, is dat het hof, door de LOVS-afspraken structureel en zonder motiveering te negeren, weliswaar het juiste criterium ('gronden van billijkheid') toepast, maar aan dat criterium een onjuiste uitleg geeft. Dat ziet de Hoge Raad anders. Voordat hij het middel verwierpt, herhaalt hij de inmiddels alom bekende overweging dat de LOVS-afspraken geen recht zijn in de zin van artikel 79 RO, zodat de rechter daar niet aan gebonden is (met verwijzing naar HR 3 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8838, NJ 2003/570). Hij vervolgt: 'De enkele omstandigheid dat het Hof de door het LOVS afgesproken maatstaf niet pleegt toe te passen, brengt niet mee dat zijn uitleg van de in artikel 90 lid 1 Sv genoemde "gronden van billijkheid" onjuist is.'

3. De uitleg van het hof mag dan niet onjuist zijn, het weerhoudt de Hoge Raad niet ervan zich in de discussie te mengen. In het geval van vrijheidsbenaming van een deel van de eerste en een deel van de laatste dag, 'laat zich [...] licht een vuistregel denken waarin die beide dagdelen samen worden geteld als één dag.' Dat is nogal subtiel geformuleerd, maar kan bezwaarlijk anders worden begrepen dan een aansporing aan het Hof 's-Hertogenbosch om in dergelijke gevallen voortaan niet twee dagen, maar één dag te vergoeden. Andere hoven hoeven zich niet aangesproken te voelen. In dergelijke gevallen plegen zij immers al één dag te vergoeden, namelijk de dag van inverzekeringstelling. Vellinga pleit in zijn annotatie onder dit arrest – ook uit het oogpunt van praktische hanteerbaarheid – voor de tegenovergestelde lijn, namelijk die van het Hof 's-Hertogenbosch (NJ 2018/416, onder 10). Dat voorstel is aansprekend en leidt inderdaad tot minder rekenwerk, maar al deze argumenten zijn, althans dat mag men hopen, onder ogen gezien toen de afspraken door het LOVS werden gemaakt. Kennelijk heeft de zittende magistratuur toen bewust gekozen voor de zuinigere oplossing.

4. De eenvoudig te stellen maar niet even eenvoudig te beantwoorden vraag is: als feitenrechters het niet eens kunnen worden en de Hoge Raad geen mogelijkheden ziet om in te grijpen, wie lost het probleem dan op? Is hier mogelijk een taak voor de wetgever weggelegd? Het gegeven dat de

rechterlijke macht bepaalt of de eerste en/of laatste dag van onterecht ondergane detentie voor vergoeding in aanmerking komt, is verre van vanzelfsprekend. Dat geldt evenzeer – en misschien wel: in sterkere mate – voor de vaststelling van standaardbedragen. Of de medeburger er beter af komt als de wetgever zich in dit onderwerp mengt, is allerm minst zeker, maar dat staat los van de vraag welke van de twee machten de aangewezenen is om in dit kader uitgangspunten vast te stellen. Voor de opvatting dat het de wetgever is om te bepalen hoe veel geld wij in beginsel over hebben voor een medeburger die ten onrechte heeft vastgezeten, kan gemakkelijk een argument worden gevonden in het gegeven dat hij, anders dan de rechter, democratisch gelegitimeerd is. Of de minister deze opvatting ook huldigt, is onduidelijk, maar in elk geval meent hij dat de rechtszekerheid en de rechtseenheid erbij gebaat zijn dat 'door de wettelijke bepaling de benadeelde in rechte een beroep kan doen op de forfaitaire bedragen' (Memorie van Toelichting vaststellingswet boek 6 van het nieuwe WvSv, p. 58 e.v. en 133). Daarom wordt in het voorgestelde artikel 6.6.1.9 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering bepaald dat bij AMvB forfaitaire bedragen kunnen worden vastgesteld. Ook wordt in die bepaling mogelijk gemaakt maxima te stellen aan de toe te kennen bedragen. Met dat laatste wordt echter de vrijheid van de rechter om in het concrete geval een passende vergoeding toe te kennen ingeperkt. De NOvA acht dat onwenselijk, in het bijzonder omdat deze maxima kunnen worden vastgesteld bij AMvB (zie haar advies bij boek 6, p. 58). Met die kritiek kan worden ingestemd. Ook – of: juist – van de uitvoerende macht mag op dit vlak terughoudendheid worden verwacht. Over de berekening van het aantal dagen die voor vergoeding in aanmerking komen, zegt de minister overigens niets, terwijl de rechtseenheid juist op dit punt in het geding is. Voor de nabije toekomst is het vooral afwachten of de feitenrechters na dit arrest nader tot elkaar gaan komen. In het bijzonder de jurisprudentie van het Hof 's-Hertogenbosch zal met interesse in de gaten worden gehouden.

5. Dan tot slot een zaakoverstijgend punt, namelijk de (on)begrijpelijkheid van 's hofs motivering en – interessanter – de (on)mogelijkheden om die motivering te toetsen in het kader van cassatie in belang der wet. Advocaat-Generaal Vegter laat de

begrijpelijkheid van het oordeel rusten, 'omdat een motiveringsgebrek geen grond is voor cassatie in belang der wet'. Het behoeft weinig uitleg dat de aard van dit bijzondere rechtsmiddel zich moeilijk verhoudt tot het casseren vanwege een motiveringsgebrek. Maar met die vaststelling is de onmogelijkheid om op deze grond te casseren nog niet gegeven. Een uitgebreide verkenning gaat het bestek van deze annotatie te buiten, maar vermeld zij dat eerdere schrijvers in elk geval een (deels) andere opvatting huldigen. Den Hartog Jager constateert in zijn dissertatie dat motiveringsgebreken in dit kader nauwelijks voorkomen, maar hij noemt niettemin een aantal voorbeelden (W.H.B. den Hartog Jager, *Cassatie in het belang der wet* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 207). Genuanceerder is R Emmelink als hij schrijft dat het klagen over een motiveringsgebrek kan, mits men de beslissing zelf daarbij ook betreft (J. R Emmelink, 'Cassatie in het belang der wet', in: *De derde rechtsingang nader bekeken* (liber amicorum Bronkhorst), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 260). Verder valt op dat in vorderingen van recenter datum diverse advocaten-generaal niet slechts een rechts- maar ook een motiveringsklacht formuleerden. Zonder volledigheid te willen nastreven, wijs ik op ECLI:NL:PHR:2018:512 (A-G Aben), ECLI:NL:PHR:2017:1209 (A-G Knigge), ECLI:NL:PHR:2016:1425 (A-G Hofstee) en ECLI:NL:PHR:2016:626 (A-G Bleichrodt). Een doorslaggevend argument is het niet, maar wel lijkt hieruit te kunnen worden afgeleid dat binnen het Parket verschillend wordt gedacht over of cassatie in het belang der wet vanwege een motiveringsgebrek uitgesloten is. In laatstgenoemde zaak (HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1522, NJ 2016/335, NbSr 2016/200) reageerde de Hoge Raad overigens ook op de motiveringsklacht, in de andere drie zaken liet hij deze steeds voor wat zij was. Toegespitst op de onderhavige zaak rijst de hypothetische vraag of de Hoge Raad, zou het middel ook over de motivering hebben geklaagd, zich tot ingrijpen geroepen zou hebben gevoeld. Dat lijkt weinig waarschijnlijk, mede omdat dit volgens de Hoge Raad 'een onderwerp betreft dat in het domein van de feitenrechter ligt'.

D. Bektesevic

advocaat bij De Roos & Pen te Amsterdam