

DE TERUGKEER VAN DE *ACTIO FURTI*?

Jelle Jansen*

1 Inleiding

Sinds 30 maart 2011 kunnen winkeleigenaren die het slachtoffer zijn van diefstal van de dief een 'overlastdonatie' (!) vorderen van 151 euro. Regionale experimenten met de regeling gelden sinds 30 maart landelijk.¹ Dit bedrag wordt geïnd door het Hoofdbedrijfschap Detailhandel (HBD) onder voorwaarde dat de winkelier aangifte heeft gedaan van de diefstal. Het HBD houdt een kwart van de 151 euro als incassokosten in zodat de winkelier 113,25 euro kan ontvangen. Is dit bedrag te beschouwen als een privaatrechtelijke boete, en is daarmee de oeroude Romeinse rechtelijke *actio furti*, de zogenaamde 'diefstalactie', ingevoerd in het Nederlandse privaatrecht?

Is de oeroude Romeinse rechtelijke *actio furti*, de zogenaamde 'diefstalactie', ingevoerd in het Nederlandse privaatrecht?

De bestraffing van dieven was een taak die de Romeinse burgerij zelf ter hand nam. Zij moest dat wel doen, omdat de overheid het niet deed.² Het meeste strafrecht maakte deel uit van het burgerlijk recht.³ De bestolene stelde zelf vervolging in tegen de dief door de *actio furti* tegen hem in te stellen. De rechter veroordeelde de dief tot het betalen van een boete die twee of – wanneer het een sukkel, een op heterdaad betrapt dief was – viermaal de waarde van de gestolen zaak betrof. De dief moest de boete aan de bestolene betalen. Omdat de *actio furti* gericht was op het betalen van een boete, op het opleggen van een straf, was zij een poenale actie. Naast de poenale *actio furti* kon de bestolene de dief ertoe verplichten zijn schade te vergoeden. De bestolen eigenaar kon de gestolen zaak van de dief opeisen met de *rei vindicatio*. De revindicatie was gericht op schadevergoeding (reïpersecutoir). De dief vergoedde de schade van de eigenaar door hem de zaak terug te geven, of door hem de geschatte waarde van de zaak te betalen. Of de Romeinse burgerij blij was met haar taak

dieven te straffen, staat te bezien. Dieven zijn vaak niet de kapitaalkrachtigsten en zullen vaak niet in staat zijn geweest de boete aan de bestolene te vergoeden.⁴ Dit nadeel van privaatrechtelijke vervolging en bestraffing van dieven was ongetwijfeld een van de redenen dat de staat vanaf het begin van de Keizertijd (27 v. Chr.) dieven steeds vaker strafrechtelijk vervolgde.⁵ Twee eeuwen later concludeerde Ulpianus daarom dat 'men wel in herinnering zal moeten houden dat ter zake van diefstal meestal strafrechtelijk geprocedeerd wordt (...)'⁶ Justinianus (keizer van 527-565) nam de *actio furti* nog wel op in zijn grote wetgevingsproject. Zij werd evenwel vrijwel nergens meer toegepast. Groenewegen van der Made stelt bijvoorbeeld dat de *actio furti* tot het in Holland afgeschafte Romeinse recht behoort omdat 'vervolgingen door privépersonen zelden zijn ingegeven door een wens naar gerechtigheid, maar vaak uit haat en het verlangen naar wraak'.⁷

2 Overlastdonatie als schadevergoedingsactie?

Het Ministerie van Justitie gaat er blijkens een op internet te raadplegen WODC-rapport⁸ en antwoorden op Kamervragen⁹ over de regionale experimenten met de overlastdonatie vanuit dat zij een op de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) gebaseerde schadevergoedingsactie is. De winkeldief vergoedt de schade die de winkelier heeft geleden doordat hij de dief aanhield en aangifte deed. Die schade is op 151 euro begroot. De regering is bij de berekening van de schade niet over één nacht ijs gegaan. De winkelier besteedt blijkens het rapport gemiddeld twee uur aan het aanhouden van de dief en het doen van aangifte. Hij observeert de dief (15 minuten tegen een uurloon van 70 euro), houdt hem aan en seint de politie in (half uur tegen een uurloon van 70 euro). Totdat de politie komt laat de winkelier de dief bewaken (half uur tegen een uurloon van 45 euro), vervolgens draagt hij de verdachte over aan de politie en vindt schriftelijke aangifte plaats (15 minuten tegen een uurloon van 70 euro). Verder is de bestolen winkelier nog een half uur kwijt met wat in het rapport heet 'diverse communicatie en administratie' (tegen een uurloon van 70 euro). Het totale bedrag (127,50 euro) komt,

- * Mr. J.E. Jansen is universitair hoofddocent rechtsgeschiedenis aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
- 1 A. van Es, 'Winkeliers mogen 151 euro verhalen op dieven', *Volkskrant* 30 maart 2011. Vgl. voor een positieve analyse van ervaringen met de regeling in o.a. Tilburg, *Brabants Dagblad* 28 juni 2011, p. 2 en 3.
 - 2 Bijvoorbeeld F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press 1950, p. 573: '(...) a supplement for the unsatisfactory criminal law'. H. Dernburg, *Pandekten I, Allgemeiner Teil*, Berlin: Müller 1896, par. 130, p. 306-307: '(...) eine wesentliche Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechts der Römer'.
 - 3 Zie bijvoorbeeld, R. Zimmermann, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford: Clarendon Press 1990, p. 922-952.
 - 4 J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam: North Holland Publ. Co 1976, p. 360: '(...) the thief is generally not well endowed with the world's goods'. Zimmermann 1990 noemt schadevergoeding in geld door de dief 'rather illusory' (p. 944).
 - 5 J.M. Kelly, *Roman litigation*, Oxford: Clarendon Press 1966, p. 162: 'the thief (...) is very likely to be as devoid of assets as the modern lone wolf thief, and so to be not worth suing – doubtless one of the reasons which led to the more common criminal prosecution of thieves in the Empire'. Een andere reden voor de verruiming van het publiekrechtelijke strafrecht was de opkomst van de zogenoemde buitengewone procesgang, de *cognitio extraordinaria*, zie bijvoorbeeld R.A. Bauman, *Crime and punishment in ancient Rome*, Londen: Routledge 1996, p. 50 e.v.
 - 6 D. 47,2,93 *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi* (...). Zimmermann 1990, p. 944 noemt deze tekst 'historically the most significant of all the texts' in de Digestentitel over diefstal.
 - 7 S. Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, heruitgegeven en van een Engelse vertaling voorzien door B. Beinart en M.L. Hewett, deel IV, Johannesburg: Les Patria 1987, ad CJ 9.1.2. *sed quoniam huiusmodi accusationes raro ex zelo iustitiae, plerumque ex odio et vindictae cupiditate* (...). Straffen zou een Christelijk burger onwaardig zijn. *Christianis indigna*.
 - 8 B. Rovers, R. Broers, *Plan- en proces-evaluatie van project Overlastdonatie*, Den Haag 2009. Het onderzoek is uitgevoerd door het Bureau voor Toegepast Veiligheidsonderzoek in opdracht van



vermeerderd met BTW, neer op 151,73 euro, naar beneden afgerond op 151 euro.¹⁰ Toenmalig staatssecretaris van Justitie Albayrak spreekt in haar antwoord op Kamervragen over de overlastdonatie als de begroting van de indirecte schade die als gevolg van de winkeldiefstal is ontstaan.¹¹ De schade is indirect omdat zij niet het directe gevolg is van de winkeldiefstal, maar van de keuze van de winkelier de dief aan te houden en aangifte te doen.¹²

Als de overlastdonatie inderdaad een zuivere schadevergoedingsactie is, raad ik winkeliers ten zeerste af voor wat betreft de indirecte schade de moeite te nemen een winkeldief aan te houden en aangifte te doen

Als de overlastdonatie inderdaad een zuivere schadevergoedingsactie is, raad ik winkeliers ten zeerste af voor wat betreft de indirecte schade de moeite te nemen een winkeldief aan te houden en aangifte te doen (zie 'Wanneer wél aangifte doen?'). Waarom zou een winkelier 151 euro aan kosten maken door de dief aan te houden en aangifte te doen als alles wat hij daarvoor terugkrijgt een vordering is van 151 euro op de dief? Zelfs als we er voor het gemak vanuit gaan dat de dief de overlastdonatie zal betalen (zie 'Betallende dieven'), leidt de winkelier per definitie een verlies omdat het Hoofdbedrijfschap een kwart van de 151 euro aan incassokosten inhoudt. Dat verlies zal nog groter zijn wanneer de kosten die de winkelier maakte bij het aanhouden van de dief en de aangifte hoger waren dan 151 euro. De winkelier kan dan volgens toenmalig staatssecretaris Albayrak slechts aanspraak maken op de gestandaardiseerde 151 euro.¹³ Als de overlastdonatie een zuivere schadevergoedingsactie is, lijkt de naam overlastdonatie mij onhoudbaar. De naam is misleidend doordat zij de winkelier een voordeel, een donatie,¹⁴ in het vooruitzicht stelt, dat in werkelijkheid steeds een nadeel is.

Betallende dieven

Het HBD stelt blijkens het *Volkskrant*-artikel dat ruim tachtig procent van de dieven de overlastdonatie betaalt. Dat hoge percentage is geen gevolg van de welvaart der dieven, maar van het feit dat een winkelier slechts aangifte zal doen wanneer hij vermoedt dat er een redelijke kans bestaat dat de overlastdonatie vergoed zal worden. Geen winkelier zal daarom aangifte doen als hij een junk betrapt die in de winkel een pak vla verorbert. Vgl. ook Rovers en Broers 2009, p. 62-63, die dieven zonder vaste woon- of verblijfplaats en buitenlanders noemen.

Wanneer wél aangifte doen?

Aangifte is wellicht raadzaam wanneer de direct uit de diefstal voortvloeiende schade omvangrijk is. Wanneer de betrapte dief (in een schermutseling) schade toebrengt aan de buit of andere in de winkel aanwezige zaken, zal de winkelier de dief tot vergoeding van deze schade willen aanspreken langs de weg van art. 6:162 BW. Aangifte is dan wellicht voor wat betreft deze directe schade raadzaam.

3 Overlastdonatie als gedeeltelijke boete?

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de overlastdonatie niet alleen een schadevergoedingsactie is, maar ook een boete. Die indruk wordt versterkt door een van de doelen die de wetgever met de overlastdonatie lijkt na te streven: het vergroten van het percentage van winkeliers dat aangifte doet van winkeldiefstal.¹⁵ Daartoe zal de wetgever de winkelier een voordeel (donatie) in het vooruitzicht moeten stellen. Dat voordeel zou kunnen bestaan in een boete die de dief aan de winkelier moet betalen. Is het daarom niet waarschijnlijk dat de kosten die een bestolen winkelier maakt bij aanhouding en aangifte in werkelijkheid veelal lager dan 151 euro zullen zijn? Als de kosten van aanhouding en aangifte bijvoorbeeld geen 151 euro, maar 100 euro bedragen, levert betaling door de winkeldief de winkelier een voordeel van 51 euro op.¹⁶

Winkeliers die minder dan 151 euro aan kosten maken, straffen de winkeldief door de overlastdonatie te vorderen. Zij leggen de dief een privaatrechtelijke straf op

Ook als de gemiddelde kosten van aanhouding en aangifte gemiddeld inderdaad 151 euro bedragen, is de overlastdonatie in ieder geval gedeeltelijk een boete als een winkelier in werkelijkheid minder dan 151 euro kosten maakt. De overlastdonatie is daarmee ten minste in potentie poenaal.¹⁷ Winkeliers die minder dan 151 euro aan kosten maken, straffen de winkeldief door de overlastdonatie te vorderen.¹⁸ Zij leggen de dief een privaatrechtelijke straf op.¹⁹

4 Slot

Zo bezien is de *actio furti* ingevoerd in het Nederlandse privaatrecht. Het Nederlandse recht keert daarmee terug naar de tijden van de Romeinse republiek. Deze terugkeer illustreert een beeld dat Goethe ooit gaf van het Romeinse recht. Hij vergeleek het met een eend die soms lange tijd onder water verdwijnt, maar altijd weer ergens opduikt.²⁰

o.a. het Ministerie van Justitie. Het is te raadplegen op <http://wvdc.nl/onderzoeksdatabase/overlastdonatie.aspx> (laatst geraadpleegd op 27 juni 2011).

- 9 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2586, p. 5433-5434.
- 10 Rovers en Broers 2009, p. 63.
- 11 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2586, p. 5433-5434, p. 5433 onder 2.
- 12 Staat de schade daarmee wel in voldoende causaal verband met de door de winkeldief gepleegde onrechtmatige daad? En als dat zo is: komt de dief een beroep toe op artikel 6:109 BW nu de winkelier zijn eigen schade heeft vergroot? Zal de rechter artikel 6:101 BW toepassen?
- 13 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2586, p. 5433-5434, 5434 onder nr. 5: 'De ondernemer stemt door deelname aan de overlastdonatie in met een bedrag van 151 euro voor de indirecte schade'.
- 14 Uiteraard is de overlastdonatie geen schenking in de zin van art. 7:175 BW. Een schenking is immers een onverplichte rechtshandeling.
- 15 Vgl. daarover Rovers en Broers 2009, p. 48. Dat percentage ligt blijkens het *Volkskrant*-artikel op 21 procent.
- 16 Waar na aftrek van de incassokosten 13,75 euro overblijft. Of dit bedrag hoog genoeg is om het percentage winkeliers dat aangifte doet te verhogen, betwijfel ik.
- 17 Iets soortgelijks gold naar Romeins recht bij zaaksbeschadiging. De gelaedeerde kreeg van de laedens zijn schade vergoed die mogelijk werd verhoogd met een boete. De Romeinse juristen beschouwden de actie uit zaaksbeschadiging vanwege het potentiële poenale karakter als poenaal. Vgl. J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinse rechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira 2008, p. 316.
- 18 Verdere aanwijzingen voor het poenale karakter van de overlastdonatie bestaan eruit dat de rechter en het OM er bij het bepalen van de strafmaat en strafrekening mee houden of de overlastdonatie is betaald (Hof Leeuwarden 7 december 2011, LJN: BO8117, en het in noot 1 genoemde *Volkskrant*-artikel), en verder dat de overlastdonatie na vrijspraak terugbetaald moet worden, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2586, p. 5433-5434, p. 5434 onder nr. 6. Rovers en Broers stellen zelfs (2009, p. 63): 'dat de grond van de onrechtmatige daad vervalt wanneer een vervolgingstraject niet tot een veroordeling leidt'.
- 19 Over de wenselijkheid hiervan bestaat een schier oneindige hoeveelheid literatuur. Vgl. recent met verwijzingen (kritisch) J.S. Kortmann en C.H. Sieburgh, in hun preadvies 'Rechtshandhaving door privaatrecht', in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland Preadviezen 2009*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 249-302.
- 20 'Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht, und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unsern trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird'. Goethe geciteerd door J.P. Eckermann, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, Deel II, Leipzig: F.A. Brockhaus 1837, 6 april 1829, p. 109.