

Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog

Een tweeluik vanuit
Nederland en België



Red.: Lidy Wiggers-Rust, Steven Lierman e.a.

Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog

Een tweeluik vanuit Nederland en België

Om het uitdagende en in belang toenemende terrein op de snijlijn van publiek- en privaatrecht in bredere kring onder de aandacht te brengen en verder te ontsluiten, is bij het bestuur van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog het idee opgekomen een 'canon' samen te stellen. Daarin zijn opgenomen de voornaamste ontwikkelingen op dat terrein, die studenten en juristen die daarop werkzaam (willen) zijn, niet mogen missen. Het gaat steeds om evoluties die voor de rechtseenheid en/of goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht van bepalend belang zijn. Het resultaat is een soort plattegrond, waarin hiervoor cruciale informatie op hoofdlijn kan worden gevonden. Voor verder onderzoek van de thema's worden steeds enkele 'klassiekers' vermeld. De canon is, *met het oog op heden én toekomst*, opgesteld voor Nederland en België, waar mogelijk parallel, wat bij gebruik van de canon een mooie kruisbestuiving kan opleveren.



platform
publiek- en
privaatrecht
in dialoog

Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog

Een tweeluik vanuit Nederland en België

Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog

Een tweeluik vanuit Nederland en België

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Redactie:

Lidy Wiggers-Rust (editor)

Steven Lierman (editor)

Frank van Ommeren

Frederik Peeraer

Martijn Scheltema

Rob Widdershoven

Kurt Willems

Auteurs Nederland:

1. *Corjo Jansen en Joost Sillen*
2. *Ingrid Leijten*
3. *Rob Widdershoven*
4. *Gerdy Jurgens*
5. *Tijn Kortmann*
6. *Frank van Ommeren*
- 7.1 *Jaap Polak*
- 7.2 *Tom Barkhuysen*
8. *Roel Schutgens*
9. *Martijn Scheltema*
10. *Sjoerd Zijlstra*
11. *Jeroen Langbroek*
12. *Gerrit van der Veen*
13. *Elbert de Jong*
14. *Michiel Tjepkema*
15. *Lidy Wiggers-Rust*

Auteurs België:

1. *Inge Van Hulle*
2. *Willem Verrijdt*
3. *Janek Tomasz Nowak*
4. *Christopher Borucki*
5. *Steven van Garsse en Melissa Brouwers*
6. *Daan Bijmens en Eddy Storms*
7. *Jan-Baptist Lemaire*

8. *Ann-Sophie Vandaele*
9. *Stefaan Voet en Sabien Lust*
10. *Marie DeCock en Tina Coen*
11. *Steven Verbeyst*
12. *Nicolas Carette*
13. *Britt Weyts*
14. *Samuel De Winter*
15. *Françoise Auvray*



Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de achterin de bundel vermelde sponsors van het Platform.

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

Omslagontwerp: Prezns, Zutphen

ISBN: 978-94-6251-333-4

NUR 820

© 2023 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en), het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog en de uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

e-mail: platform@recht-in-dialoog.eu
website: www.recht-in-dialoog.eu



Bestuur Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog:

- Lidy Wiggers-Rust (voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Steven Lierman (hoogleraar administratief recht en gezondheidsrecht KU Leuven)
- Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frank van Ommeren (hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- Gerbrant Snijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frederik Peeraer (professor Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en Rechtstheorie UGent)

Aanbevolen citeerwijze:

L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a. (red.), *Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog. Een tweeluik vanuit Nederland en België* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023.

Inhoudsopgave

Ten geleide / 9

1. Historie

Nederland – Corjo Jansen en Joost Sillen / 11

België – Inge Van Hulle / 17

2. (Europese) fundamentele rechten (EVRM/EP/Handvest)

Nederland – Ingrid Leijten / 23

België – Willem Verrijdt / 29

3. Unierecht

Nederland – Rob Widdershoven / 35

België – Janek Tomasz Nowak / 41

4. Over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Nederland – Gerdy Jurgens / 47

België – Christopher Borucki / 55

5. Verhouding burgerlijke rechter en bestuursrechter volgens de rechtspraak

Nederland – Tijn Kortmann / 63

België – Steven van Garsse en Melissa Brouwers / 71

6. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Nederland – Frank van Ommeren / 77

België – Daan Bijmens en Eddy Storms / 83

7. Object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing

Nederland 1 – Jaap Polak / 89

Nederland 2 – Tom Barkhuysen / 95

België – Jan-Baptist Lemaire / 99

8. Rechterlijke toetsing formele wetgeving

Nederland – Roel Schutgens / 107

België – Ann-Sophie Vandaele / 113

9. Behartiging van algemene en collectieve belangen – handhaving (publiekrechtelijke) regelgeving

Nederland – Martijn Scheltema / 117

België – Stefaan Voet en Sabien Lust / 123

10. Verzelfstandiging en borging publieke belangen met gebruikmaking van het rechtspersonenrecht

Nederland – Sjoerd Zijlstra / 131

België – Marie DeCock en Tina Coen / 137

11. Bevoegdheids- en uitvoeringsovereenkomsten

Nederland – Jeroen Langbroek / 145

België – Steven Verbeyst / 151

12. Publiek domein

Nederland – Gerrit van der Veen / 157

België – Nicolas Carette / 163

13. Schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid

Nederland – Elbert de Jong / 169

België – Britt Weyts / 175

14. Schadevergoeding voor rechtmatig handelen van de overheid

Nederland – Michiel Tjepkema / 179

België – Samuel De Winter / 185

15. Rechtseenheid en interne rechtsvergelijking

Nederland – Lidy Wiggers-Rust / 191

België – Françoise Auvray / 199

Illustratieverantwoording / 205

Ten geleide

De onderlinge vervlechting dan wel vervaging tussen publiekrecht en privaatrecht neemt in snel tempo toe. Achtergronden zijn onder meer te vinden in een steeds grotere verwevenheid van privaats- en bestuursrecht, de constitutionalisering van het privaatrecht en het (verbindende) karakter van algemene beginselen. Het Europese recht beïnvloedt het nationale recht en de verwevenheid tussen rechts-terreinen en stelt ook eisen aan te kiezen oplossingen. Een dialoog tussen de beoefenaars van de verschillende rechtsgebieden is essentieel voor het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden.

Platform

Met het oog daarop werd begin 2019 het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog opgericht. Het Platform wil een ontmoetingsplaats bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

Canon

Om het uitdagende en in belang toenemende terrein op de snijlijn van publiek- en privaatrecht in bredere kring onder de aandacht te brengen en verder te ontsluiten, is bij het bestuur van het Platform het idee opgekomen een ‘canon’ samen te stellen van de voornaamste ontwikkelingen op dat terrein, die studenten en juristen die daarop werkzaam (willen) zijn, niet mogen missen. Het gaat steeds om evoluties die voor de rechtseenheid en/of goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht van bepalend belang zijn. Het resultaat is een soort plattegrond, waarin hiervoor cruciale informatie op hoofdlijn kan worden gevonden. Voor verder onderzoek van de thema’s worden steeds enkele ‘klassiekers’ vermeld. De canon is opgesteld voor Nederland en België, waar mogelijk parallel, wat bij gebruik van de canon een mooie kruisbestuiving kan opleveren.

Met het oog op heden én toekomst

Ofschoon de gebeurtenissen in deze context in het verleden zullen liggen, zijn alleen thema’s (vensters) opgenomen die daadwerkelijk relevant zijn voor de situatie zoals deze zich in de actualiteit aan ons voordoet. Om dat in beeld te brengen is per thema ook een lijn naar het heden uitgelegd. Het belang van de verdere ontwikkeling van dit ‘vakgebied’ leidt er voorts toe dat de beschrijving van thema’s doorgaans wordt afgesloten met toekomstgerichte gedachten, die mogelijk relevant zijn voor de verdere uitgroei ervan in de toekomst. Deze kunnen een stimulans vormen voor verder onderzoek en de rechtspraktijk.

Website

Gebruikers van de canon kunnen daarover opmerkingen maken op de website van het Platform (recht-in-dialoog.eu). Het Platform wil daarvoor een speciale rubriek inrichten ('Canon'). Ook nieuwe relevante ontwikkelingen kunnen ter plaatse per venster worden gemeld zodat een dynamisch perspectief ontstaat. Het bestuur van het Platform acht het zowel voor het onderwijs als voor de praktijk van groot belang om probleemstellingen te vergelijken, gelijkenissen en verschillen onder ogen te zien en ervaringen te delen.

Ten slotte

Natuurlijk zal deze canon niet uitputtend zijn. Keuzes zijn gemaakt. Gestreefd is naar een tableau dat de verwevenheid van publiek- en privaatrecht en de tot nu toe gevonden oplossingen in Nederland en België op hoofdlijn in beeld brengt. Mag deze canon smaken naar meer en inspireren tot verder onderzoek en nadere ontwikkeling van 'het breukvlak', in het belang van een goede toegang tot ons recht!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,
Lidy Wiggers-Rust, *voorzitter* en Steven Lierman, *vice-voorzitter*

1. Historie

Nederland

Historische inbedding van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Corjo Jansen en Joost Sillen*

1. De scheiding van publiekrecht en privaatrecht

Het onderscheid tussen publiekrecht (*ius publicum*) en privaatrecht (*ius privatum*) gaat terug op het Romeinse recht. Het is te vinden in twee inleidende leerboeken (Instituten), dat van de Romeinse jurist Ulpianus (170-228) en dat van keizer Justinianus (483-565). Volgens deze leerboeken richtte het publiekrecht zich op de inrichting van de Romeinse staat (*ad statum rei Romani*). Het omvatte het recht met betrekking tot de eredienst, priesters en overheid. Het privaatrecht zag op de belangen van enkelingen (*ad singulorum utilitatem*).¹ Het Romeinsrechtelijke onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht komt niet overeen met het hedendaagse. Zo zagen de Romeinen diefstal als een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving (privaatrechtelijk) en niet als een strafbare gedraging (publiekrechtelijk). Het kerkrecht was daarentegen volgens hen publiekrechtelijk van aard, terwijl in Nederland het privaatrecht van overeenkomstige toepassing is op kerkrechtelijke verhoudingen (zie art. 2:2 BW).

Het Romeinse recht is vanaf de 11e eeuw overgenomen in de rechtspraktijk van veel continentaal Europese landen. Dat gold ook voor het Romeinse publiekrecht, hoewel sommige (vooral Duitse) juridische hoogleraren deze gelding ontkenden.² Rond 1600 maakte het publiekrecht zich binnen het Rooms-Duitse keizerrijk los uit het Romeinse recht. Het werd steeds meer een rechtsgebied met eigen begrippen en eigen bronnen bestaande uit de zogeheten ‘fundamentele’ wetten van de verschillende ‘Duitse’ landen. Deze verzelfstandiging van het publiekrecht hing samen met de staatsvorming die zich op dat moment voltrok in veel Duitse gebieden. In de Nederlanden ontworstelde het publiekrecht zich pas aan het Romeinse recht vanaf het midden van de 17e eeuw. Hugo de Groot (1583-1645) stond aan de wieg van deze ontwikkeling. Hij verstond onder het publiekrecht: ‘alle wet (...)’

* C.J.H. (Corjo) Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. J.J.J. (Joost) Sillen is hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 D. 1,1,1,2 en Inst. 1,1,4.

2 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München: C.H. Beck 1988, p. 75; C.J.H. Jansen & J.J.J. Sillen, *De wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht in Nederland tot 1983. Methoden & Inspiratie*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 23 e.v.

raeckende lands-stand', zoals het recht met betrekking tot oorlog en vrede, de bepaling van de landsgrenzen, de rechtspraak, de strafrechtspleging en wetgeving.³



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

De Franse Revolutie leidde in continentaal Europa uiteindelijk tot een scherpe scheiding van het publiekrecht en het privaatrecht. Zij brak definitief met de feodale gedachte dat regereermacht tot iemands (private) eigendom kon behoren. De regereermacht behoorde tot een ander, van het privaatrecht te onderscheiden rechtsgebied met eigen uitgangspunten: het publiekrecht. Zo stond in het privaatrecht het eigen belang voorop en in het publiekrecht het algemeen belang. Het belangrijkste verschil was echter het legaliteitsbeginsel: terwijl in het privaatrecht als uitgangspunt geldt dat alles mag tenzij het recht anders bepaalt, geldt in het publiekrecht de regel dat de overheid niets mag, tenzij het recht haar een bevoegdheid verleent. J.R. Thorbecke (1798-1872) – een van de grondleggers van niet alleen het Nederlandse staatsrecht, maar ook het Nederlandse bestuursrecht⁴ – bouwde op deze ideeën van de Franse revolutie voort. Volgens hem vormden het publiekrecht en het privaatrecht een principiële – uit het ‘wezen’ van het recht voortvloeiende – tegenstelling binnen het Nederlandse recht. Hij stelde zich tot doel te werken aan de verdere ontwikkeling van het publiekrecht en wilde het

3 H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, ed. F. Dovring e.a., tweede uitgave, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965, I.2.24-27; C. Korbeld, *Over de vrijheit van gevoelen en spreken den rechtsgeleerden eigen. Leven en werk van Christiaan Hendrik Trotz (1703-1773)*, Nijmegen: GNI 2013, p. 161 e.v.

4 F.J. van Ommeren, ‘Thorbecke als eerste hoogleraar bestuursrecht’, *NTB* 2021, p. 601-607.

rechtsgebied ontdoen van alle privaatrechtelijke kenmerken.⁵ Zo stond de eerste helft van de 19e eeuw in het teken van scheiding van het publiekrecht en het privaatrecht.

2. De overheid in het burgerlijk recht: invloed van het privaatrecht op het publiekrecht

In de tweede helft van de 19e eeuw zette de verzelfstandiging van het publiekrecht (en met name van het staatsrecht) ten opzichte van het privaatrecht door. Als gevolg daarvan trad tevens een verwijdering op tussen de bronnen van de verschillende rechtsgebieden. Privatisten oriënteerden zich veelal op de leer van de zogenaamde Historische School. Zij beschouwden naast de wet de volksovertuiging als bron van het recht. De taak van de wetgever was deze overtuiging vast te leggen. Op die wijze begrensde de volksovertuiging de bevoegdheid van de wetgever. Het publiekrecht sloeg een andere weg in. De publiekrechtjuristen zochten de grondslag van het recht in de Staat. Deze was de bron van alle recht. Volgens deze leer van de staatssoevereiniteit registreerde de wetgever dan ook niet slechts het recht, maar maakte hij het.⁶ J.Th. Buys (1828-1893) was bij ons de belangrijkste protagonist van deze theorie, die hij had overgenomen van de Duitser P. Laband (1838-1918).⁷

Anders dan de Historische School ging de leer van de staatssoevereiniteit uit van een ongebonden Staat: omdat deze de bron van alle recht was, kon deze zelf niet aan het recht zijn gebonden. Deze gevolgtrekking werd rond de eeuwwisseling in toenemende mate onwenselijk gevonden. Zij was dan ook onverenigbaar met de gedachte van de rechtsstaat, die in het midden van de 19e eeuw in Nederland vaste voet aan de grond kreeg.⁸ In de rechtsstaatidee moest de overheid immers juist aan het recht worden gebonden. Deze wens om de overheidsmacht via het recht te begrenzen, leidde uiteindelijk tot het vervlechten van publiek- en privaatrecht. Een mijlpaal in die ontwikkeling was het *Ostermann*-arrest (1924). Daarin verklaarde de Hoge Raad het privaatrecht ook van toepassing op het publiekrechtelijk handelen van de overheid. Daardoor kon de civiele rechter voortaan rechtsbescherming aan de burger bieden bij al het onrechtmatig handelen van de overheid.⁹ Het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad heeft daarna een hoge vlucht genomen, met het *Urgenda*-arrest, waarin de civiele rechter de Staat veroordeelde tot het reduceren van de CO₂-uitstoot, als voorlopig hoogtepunt.¹⁰

5 E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872). Theorie en toepassing*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 83 e.v.; R. Aerts, *Thorbecke wil het. Biografie van een staatsman*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 331 e.v.

6 Een beschrijving van deze stand van zaken geeft bijvoorbeeld H.J. Hamaker, 'De tegenstelling van publiek- en privaatrecht', *Verslagen en Mededelingen van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen*, Derde Reeks, Elfde Deel, 1895, p. 72.

7 Jansen & Sillen 2022, p. 107 e.v.

8 R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt, 'Inleiding', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 8-10.

9 HR 24 november 1924, NJ 1925, p. 89 (*Ostermann*).

10 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

3. **Het privaatrecht als het ‘gemene recht’: invloed van het publiekrecht op het privaatrecht**

De opvatting van Paul Scholten (1875-1946) in zijn *Algemeen deel* (1931) over publiek- en privaatrecht is lang de heersende gebleven. Volgens hem was er geen scheiding tussen publiek- en privaatrecht, die gold voor alle tijden en plaatsen. Wel ging het publiekrecht logisch aan het privaatrecht vooraf. Een Staat moest eerst regels hebben over wie recht mocht vormen, voordat de inhoud van dat recht ter sprake kon komen. Het privaatrecht wees de algemene gedragsregels aan. Daarom was het volgens Scholten het ‘gemene’ recht. De grens en de inhoud van het publiekrecht bepaalde de positieve rechtsorde. Waar die orde ruimte liet, gold het gemene privaatrecht, ook voor de overheid.¹¹

Ook al was het privaatrecht volgens Scholten in zijn tijd het ‘gemene’ recht in Nederland, het kende vanaf 1900 een steeds sterker wordende doordringing met publiekrecht. Dit verschijnsel is bekend komen te staan als de ‘publicisering’ van het privaatrecht. De economische omstandigheden brachten de wetgever er vaak toe om met een beroep op algemene belangen (bijvoorbeeld de voedselvoorziening, het voorkomen van werkloosheid, huisvesting, etc.) private vrijheden, zoals de contractsvrijheid, de vrijheid van de eigenaar en de vrijheid van ondernemen, in te perken. Deze beperking gebeurde met behulp van het publiekrecht. Denk aan de Ongevallenwet (1901), Woningwet (1901), Levensmiddelenwet (1914), Distributiewet (1916), Geldschieterswet (1932), Distributiewet (1939) en Prijzenwet (1961). Zij kenden bestuurs- en/of strafrechtelijke ‘hulpmiddelen’ (zoals vergunningen, toezicht, beroepsverboden, boetes, inbeslagneming, verbeurdverklaring en gevangenisstraffen). De ‘publicisering’ van het privaatrecht deed in het midden van de vorige eeuw het sociaaleconomische recht als nieuw rechtsgebied ontstaan. Latere voorbeelden zijn het financiële recht en het gezondheidsrecht.¹² Artikel 3:14 BW verbiedt de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden in strijd met geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.

- 11 P. Scholten, *Algemeen deel*, derde druk, bewerkt door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 26 e.v. In de jaren '20 van de vorige eeuw woedde een discussie over het juiste criterium voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht* (1923), besproken door F.G. Scheltema in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1924, p. 242 e.v.; reactie van L. van Praag, ‘Publiek- en privaatrecht. Rechtsregel of rechtsverhouding’, *Themis* 1925, p. 130 e.v.; F.G. Scheltema, ‘Het grensterrein van publiek- en privaatrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 233 e.v. en L. van Praag, ‘Naar aanleiding van Scheltema’s (...) rede’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927, p. 470 e.v. Zie J. van der Hoeven, ‘De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht’, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201 e.v. en J. van der Hoeven, ‘Publiek- en privaatrecht’, in: E. Huisman e.a. (red.), ‘Osrose tussen publiekrecht- en privaatrecht’, *AA* 36 (1987) 5, p. 277-281.
- 12 Zie W.H. Drucker, ‘Vooruitzichten op het gebied van het privaatrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1921, p. 114, p. 126 e.v.; G. de Almeida Ribeiro, *The Decline of Private Law. A philosophical History of Liberal Legalism*, Oxford: Hart 2019, p. 191 e.v.; p. 197 e.v. (p. 198); C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 264 e.v.; W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 28, p. 152 e.v., p. 167 e.v.

4. **Slot**

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht, dat met de Franse Revolutie bij ons tot het vaste juridische vocabulaire ging horen, is de afgelopen twee eeuwen geen rustig bezit gebleken. Terwijl de 19^e eeuw voor een belangrijk deel in het teken stond van de scheiding van beide rechtsgebieden, liet de 20^e eeuw een toenemende verwevenheid tussen beide zien. De overheid is thans onderworpen aan de (aansprakelijkheids)regels van het privaatrecht, terwijl particulieren, en met name ondernemingen, bij de uitoefening van hun privaatrechtelijke bevoegdheden in toenemende mate rekening moeten houden met het algemeen belang en geconfronteerd worden met regels van publiekrecht. Daarmee is het onderscheid tussen beide rechtsgebieden vervaagd, maar verdwenen is het zeker niet.

1. Historie

België

Historische inbedding van de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Inge Van Hulle*

1. Inleiding

De scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht lijkt voor ons vandaag een evidentie: niet alleen het juridische onderwijs, maar ook het materieel recht en de rechterlijke organisatie in België en elders in Europa zijn grotendeels opgebouwd rond de veronderstelling dat de publieke en private rechtsorde strikt gescheiden zijn. Het publiekrecht regelt de verticale relaties tussen de overheidsorganen en deze tussen de overheidsorganen en onderdanen, terwijl het privaatrecht de horizontale relaties regelt tussen onderdanen onderling.¹ Deze tweespalt behoort al sinds de Klassieke Oudheid tot één van de fundamenten van ons rechtssysteem. In de Digesten — de belangrijkste bron van het Romeins recht — dat deel uitmaakt van het Corpus Iuris Civilis van keizer Justinianus, kunnen we de volgende definitie terugvinden, die teruggaat op deze van de Romeinse jurist Ulpianus (170-223)²:

D. 1.1.1.2 (...) Het publiekrecht betreft de inrichting van de algemene aangelegenheden van Rome, het privaatrecht de individuele belangen. Sommige aangelegenheden zijn immers van openbaar belang en andere van privaat belang. Het publiekrecht handelt over de eredienst, priesters en magistraten (...).

In werkelijkheid was de relatie tussen deze rechtstakken veel nauwer (ook tijdens de Romeinse periode) dan we vandaag zouden verwachten en bestaat er ook vandaag nog tussen beiden een dynamische wisselwerking. Dit is mede het geval door het Europese recht. Dit gebeurt in de eerste plaats op basis van specifieke harmonisatiebevoegdheden (zoals het intellectuele eigendomsrecht) en de algemene bevoegdheid van de Europese wetgever om harmoniserend op te treden in het kader van de interne markt (art. 114 VWEU).³ Ook hierbuiten is de invloed van het

* Inge Van Hulle is onderzoeksprofessor in de rechtsgeschiedenis aan de KU Leuven en onderzoeksgroepsleider aan het Max Planck-Instituut voor rechtsgeschiedenis en rechtstheorie in Frankfurt.

1 G. Martyn & R. Opsommer, *Geschiedenis van het publiekrecht en van de politiek*, Brugge: die Keure 2022, p. 9-10; B. Tilleman & B. Demarsin, *Inleiding tot het publiekrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2018, p. 10-16.

2 R. Lesaffer, *Geschiedenis van het publiekrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2021, p. 33.

3 P. Van Nuffel, 'Technieken van doorwerking van EU-recht in het Belgische privaatrecht', in: E. Terryn, V. Sagaert & I. Samoy (red.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 1-3.

EU-recht merkbaar, zoals bijvoorbeeld op het vlak van het contractenrecht waar Europa er een andere benadering op na houdt van de zwakkere contractpartij.

2. Vroege middeleeuwen tot aan de Franse Revolutie

Vanaf de vroege middeleeuwen tot aan de Franse Revolutie waren de relaties tussen de overheid en haar onderdanen op gelijkaardige wijze georganiseerd als deze tussen onderdanen onderling.⁴ Dit had te maken met het patrimoniale karakter van het overheidsgezag: de soevereine rechtsmacht werd beschouwd als iets dat deel uitmaakte van het private vermogen van de vorst en zijn leenmannen die zelf weer leenheer waren. Dit werd gestimuleerd door een proces van verzakelijking dat haar aanvang nam onder het feodaal stelsel, waarbij naast gronden ook ambten waarmee publiekrechtelijke functies werden uitgeoefend (zoals recht spreken of belasting innen) door de vorst in leen werden gegeven.⁵ Deze ambtslenen konden op hun beurt, na verloop van tijd, vererfd, geschonken en verhandeld worden. Ook koninkrijken en vorstendommen maakten deel uit van dit patrimonium en het hoeft dus niet te verwonderen dat huwelijkspolitiek één van de belangrijkste bezorgdheden werd van vorstelijke huizen. Gebieden konden immers verloren of verworven worden door een huwelijk, verkoop, erfenis of schenking. Een goede huwelijkspartij kiezen voor zoon of dochter was dus in de eerste plaats ingegeven door welke implicaties de match zou hebben voor de patrimoniale belangen en niet of er sprake was van liefde of genegenheid.

Bovendien was er, anders dan vandaag, geen sprake van exclusieve eigendomsrechten op onroerend goed: controle over onroerende goederen, en dan vooral land, was verdeeld tussen de gebruiker, die het bezit had (de *tenure*) en de eigenaar.⁶ Dit werd aangeduid met het verschil tussen respectievelijk *dominium utile* (gebruikseigendom) en *dominium directum* (rechtstreekse eigendom). Vaak had de eigenaar van de grond, dus de houder van het *directum* – veelal rijke boeren, adel of abdijen en kloosters – het recht op de inkomsten uit het onroerend goed, in combinatie met publieke rechten, zoals belasting heffen en recht spreken. Dit onderscheid tussen *dominium utile* en *dominium directum* was een interpretatie van de Romeinsrechtelijke *emphyteusis* of erfpacht door middeleeuwse juristen.

3. De Franse Revolutie en de negentiende eeuw

Met het decreet van 11 augustus 1789 schaften de Franse revolutionairen met één pennentrek – wat zij omschreven als – de feodaliteit af. Dit betekende concreet het einde van de vervlechting tussen private en overheidsbelangen die gedurende eeuwen de basis had gevormd van de rechtsverhoudingen in West-Europa. De strijd werd beslecht in het voordeel van de gebruiker die het *utile* had, maar nu

4 A. Harding, *Medieval law and the foundations of the state*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 34-64; E.A. Kantorowicz, *The king's two bodies*, Princeton: Princeton University Press 1957.

5 R. Blaufarb, *The French Revolution and the invention of modern property*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 16-20.

6 W. Druwé, *Romeins recht*, Leuven: Acco 2022, p. 445-449; T. Rütfer, 'Substance of medieval roman law. The development of private law', in: H. Pihlajamäki, M. Godfrey & M.D. Dubber, *The Oxford handbook of European legal history*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 310-332.

ook de volle eigendom over het onroerend goed verkreeg en het vrij kon verhandelen. Hiermee ontstond het exclusieve eigendomsbegrip, dat als dusdanig in artikel 544 van de Napoleontische Code Civil werd opgenomen.⁷ Beperkingen op het eigendomsrecht, zoals erfdiensbaarheden, moesten zoveel mogelijk worden ingeperkt. Dit eigendomsconcept vond zijn ingang in alle landen waar de Code Civil door Napoleons veroveringstochten werd ingevoerd, inclusief België. Het nieuwe Burgerlijk Wetboek relateert vandaag de exclusiviteitsvoorwaarde van het eigendomsrecht. De eigenaar heeft niet langer het recht ‘om op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben’ (oud art. 544), maar heeft nu liever over een voorwerp ‘de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of door de rechten van derden worden opgelegd’ (nieuw art. 3.50). Hiermee werd door de wetgever rekening gehouden met nieuwe evoluties in het goederenrecht.⁸



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Code Napoléon. Sa Majesté l'Empereur et Roi montre à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil, estampe de David, 1804.

7 D. Gruyaert, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 147-156.

8 N. Carette & R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 333-335.

Het wetgevend ingrijpen van de Franse revolutionairen eindigde niet hier. Men maakte ook komaf met de verhandelbaarheid en de erfelijkheid van publieke ambten, waardoor het publieke karakter van het overheidsgezag werd benadrukt.⁹ Met de Franse Revolutie ontstond dus een scherpere conceptuele afbakening tussen het privaatrecht en het publiekrecht. Onder invloed van het economisch liberalisme, kwam er een grotere nadruk te liggen op de vrije, autonome burgers die aan elkaar gelijk zijn (dit in tegenstelling tot de standenmaatschappij van het Ancien Régime), waardoor het privaatrecht meer en meer werd beschouwd als de rechtstak die de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers regelde op basis van gelijkheid. Het publiekrecht daarentegen werd meer geassocieerd met verticale rechtsverhoudingen gebaseerd op gezag, bevel en het monopolie op geweldsuitoefening. Deze conceptuele scheiding was in zekere zin al aan de gang tijdens de vroegmoderne periode onder invloed van de juristen en filosofen die zich verdiepten in het natuurrecht, maar kwam pas echt concreet tot uiting tijdens de 19e eeuw.¹⁰

4. Twintigste-eeuwse en recente ontwikkelingen

In de 20e eeuw werd de taak van de overheid uitgebreid van ordehandhaving naar het garanderen van het welzijn van burgers met de totstandkoming van de verzorgingsstaat. Hierdoor nam het aantal conflicten tussen burgers en overheid toe en groeide het besef dat burgers in een zwakkere positie tegenover de overheid staan. Dit leidde tot initiatieven om rechtsbescherming te bieden aan burgers tegen willekeurig overheidsoptreden.¹¹ In eerste instantie werd hiertoe in 1946 de Raad van State opgericht, waarmee België voor het eerst een rechterlijke instantie kreeg die de bevoegdheid heeft om administratieve rechtshandelingen te vernietigen. Daarnaast adviseert de afdeling wetgeving van de Raad van State ook over ontwerpen en voorstellen van wet en van reglementair besluit.¹² Naast het voorzien van rechtsbescherming tegen de ‘administratieve, uitvoerende’ overheid werd ook de ‘wetgevende’ overheid niet buiten schot gelaten. Dit was bijzonder baanbrekend, precies omdat ook sinds de Franse Revolutie de wetgever als onaantastbaar werd beschouwd. Een eerste aanzet vormde het arrest *Le Ski* (1971) waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat hoven en rechtbanken wetten mogen toetsen aan internationale normen met directe werking. Nog belangrijker was de oprichting in 1980 van het Arbitragehof, vandaag het Grondwettelijk Hof. Dit Hof toetst wetgeving aan de regels die de bevoegdheid tussen de federale overheid, de gemeenschappen en gewesten raken en mag ook wetgeving toetsen aan specifieke grondwetsbepalingen (Titel II ‘De Belgen en hun rechten’ en art. 170, 172, 191). Zij mag bovendien wetgeving schorsen of vernietigen. Op deelstatelijk niveau zijn er tijdens de jaren 2000 aan Vlaamse kant bijkomende en gespecialiseerde bestuursrechtscolleges opgericht zoals de Raad voor Betwistingen inzake Studievoortgangsbepalingen,

⁹ Blaufarb 2016, p. 82-85.

¹⁰ G.C.J.J. van den Bergh & C.J.H. Jansen, *Geleerd recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 71-83.

¹¹ J. Vande Lanotte e.a., *Belgisch publiekrecht*, Brugge: die Keure 2014, p. 63-67.

¹² P.-J. Van De Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 12-13.

het (Milieu) Handhavingscollege, de Raad voor Verkiezingsbetwistingen en de Raad voor Vergunningsbetwistingen.¹³

Op het vlak van het privaatrecht is de hercodificatie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek de belangrijkste verwezenlijking van de afgelopen jaren. Deze hercodificatie toont opnieuw aan dat ook in België de afgelopen jaren de overheid gezien wordt als een actor in het economische leven, net zoals burgers en privaatrechtelijke rechtspersonen. Het nieuwe wetboek zal uit tien boeken bestaan, met als eerste belangrijke vernieuwing, de toevoeging van een boek 1 'Algemene bepalingen' dat op alle andere boeken van toepassing is en dus de hele rechtstak van het burgerlijk recht omvat. Uit deze algemene bepalingen blijkt dat ook de overheid onder het privaatrecht valt en als publieke rechtspersoon, zowel rechtsbekwaam als handelingsbekwaam is, wat onder meer de mogelijkheid inhoudt om overeenkomsten aan te gaan.

5. Slot

Hoewel het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog steeds één van de fundamenteën van ons rechtssysteem uitmaakt, toont hun parallele geschiedenis een nauwe relatie aan en een continue vervalting. Waar het overheidsgezag sinds de middeleeuwen geprivatiseerd was, maakte de Franse Revolutie een abrupt einde hieraan en was er een verschuiving zichtbaar richting een visie van het privaatrecht als de hoeder van gelijkheid tussen burgers en van het publiekrecht als de hoeder van staatsgezag. Vandaag de dag zijn beide visies gerelativeerd in België door recente ontwikkelingen die zorgen voor rechtsbescherming van burgers tegenover overheidswillekeur, maar ook een verdere verankering van de overheid als actor in het privaatrecht en niet enkel als soevereine uitoefenaar van gezag. Dit toont aan dat beide 'levende' rechtstakken zijn die zich doorheen de tijd voortdurend aanpassen aan maatschappelijke omstandigheden. Ook in de toekomst valt er een nauwe interactie te verwachten tussen de private en publieke rechtsorde, onder meer door de invloed van het Europese en internationale recht.

13 S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 755-759.

2. (Europese) fundamentele rechten (EVRM/EP/Handvest)

Nederland

Betekenis van fundamentele rechten voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

Ingrid Leijten*

1. Inleiding

De bescherming van fundamentele rechten is bij uitstek een kwestie van publiekrecht. Het gaat daarbij immers om de verticale relatie tussen burger en overheid, ofwel de bescherming van de (kwetsbare) burger ten opzichte van de (machtige) Staat. Fundamentele rechten beschermen de belangen van minderheden die in meerderheidsbesluitvorming verwaarloosd worden, of dreigen te worden.

Toch doet dit uitgangspunt geen recht aan de veelzijdige hedendaagse praktijk van grondrechtenbescherming. Daarin gaat weliswaar nog steeds veel aandacht uit naar het begrenzen van overheidsmacht, maar op allerlei manieren spelen ook het privaatrecht en de relaties tussen private actoren een rol. Hierna zal om te beginnen worden gekeken naar de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming in Nederland. Vervolgens wordt aan de hand van verschillende ontwikkelingen stilgestaan bij de steeds verdergaande verweving van publiek- en privaatrecht als het gaat om fundamentele rechten. Zowel de ruime uitleg van fundamentele rechten, positieve verplichtingen en horizontale werking, als de nadruk die wordt gelegd op vereisten van proportionaliteit, dragen bij aan het vernauwen van de band tussen die rechtsgebieden.

2. Ontwikkeling en ratio van fundamentele rechten

De wortels van onze moderne grondrechtenbescherming liggen in het klassiek-liberale gedachtegoed. De Nederlandse Grondwet, die tot de oudste grondwetten ter wereld gerekend mag worden, kent van oudsher verschillende grondrechten. Daarbij gaat het in eerste instantie om vrijheidsrechten, zoals de vrijheid van godsdienst of die van meningsuiting. Die verlangen dat de Staat zich passief opstelt en zich niet of zo min mogelijk mengt in die vrijheden.

Fundamentele rechten zijn ook vastgelegd in internationale mensenrechtenverdragen. Dit gebeurde met name na de Tweede Wereldoorlog, toen duidelijk was

* A.E.M. (Ingrid) Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University.

geworden dat Staten niet altijd de bescherming van hun burgers kan worden toe-
vertrouwd. Onder auspiciën van de Raad van Europa werd bijvoorbeeld in 1950
het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fun-
damentele vrijheden (EVRM) aangenomen. Tezamen met de rechtspraak van het
Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vormt dit Verdrag ook nu nog
het meest succesvolle voorbeeld van internationale grondrechtenbescherming.

Ten tijde van de totstandkoming van het EVRM werd gedacht dat dit verdrag
vooral bedoeld was voor ‘barbaarse landen’. Toch is het EVRM in de Nederlandse
rechtsorde enorm belangrijk geworden. Dit komt mede doordat de Nederlandse
rechter formele wetgeving niet mag toetsen aan de Grondwet (art. 120 Gw).¹ Hij
mag echter wel toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, waaronder
die uit het EVRM.

Het EVRM kent klassieke rechten; naast de verschillende vrijheden zijn dat bij-
voorbeeld het recht op leven (art. 2 EVRM), het folterverbod (art. 3 EVRM), het
recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) en op eerbiediging van privé-, familie- en
gezinsleven, de woning en correspondentie (art. 8 EVRM). In het Eerste Protocol bij
het EVRM werden daaraan het eigendomsrecht (art. 1 EP), het recht op onderwijs
(art. 2 EP) en op vrije verkiezingen (art. 3 EP) toegevoegd. De meeste rechten die in
het EVRM zijn opgenomen vinden we – in iets andere bewoordingen – ook in
de Grondwet en in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke
rechten (1966). Sociale grondrechten, zoals rechten op werk, gezondheid, wonen
en sociale zekerheid, staan daarentegen in het Internationaal Verdrag inzake eco-
nomische, sociale en culturele rechten (1966) en in het Europees Sociaal Handvest
(1961; dit Handvest is eveneens Raad van Europa). In de Nederlandse Grondwet
zijn in 1983 ook verschillende sociale grondrechten opgenomen. Het nog vrij jon-
ge Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie kent zowel klassieke als
sociale grondrechten. Dit Handvest geldt wanneer lidstaten ‘het recht van de Unie
ten uitvoer brengen’ (art. 51 lid 1 Handvest). Daarvan is natuurlijk vaak sprake.

De verschillende rechten worden gespiegeld in plichten en taken voor de overheid:
om zich te onthouden van bijvoorbeeld inmenging in de vrijheid van meningsuit-
ting, maar dus ook om zich actief in te zetten voor bijvoorbeeld woongelegenheid.
Dat we desondanks kunnen spreken van een grote en toenemende rol voor het
privaatrecht, is het gevolg van een samenstel van verschillende ontwikkelingen.

3. De ruime werkingssfeer van fundamentele rechten

Ten eerste is sprake van proliferatie of ‘uitdijning’ van grondrechten. Zo is het aan-
tal terreinen waarop het EVRM van toepassing is, door de jaren heen gegroeid. Ar-
tikel 8 EVRM bijvoorbeeld, raakt ondertussen aan onderwerpen variërend van sek-
suele autonomie tot reputatiebescherming en milieuoverlast. Het eigendomsrecht
(art. 1 EP) is niet alleen van toepassing op onteigeningskwesaties (denk bijvoorbeeld
aan de eventuele onteigening van boeren vanwege stikstofmaatregelen), maar ook

¹ Zie venster 8.

op box 3-belastingen.² Uitkeringen vallen eveneens onder het eigendomsrecht; in Nederland werd de afschaffing van de Wet werk en inkomen kunstenaars op punten in strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM geacht.³

De meest opvallende Nederlandse illustratie van de opgerekte reikwijdte van grondrechten betreft echter de *Urgenda*-zaak. Zelfs voordat het EHRM zich daarover had uitgesproken, werd daarin de link gelegd tussen het recht op leven en privéleven (art. 2 en 8 EVRM) en klimaatmaatregelen.⁴ Het ging hier om een privaatrechtelijke rechtsgang en een vordering op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad), waarin deze mensenrechten de doorslag gaven.

4. **Gerechvaardigde beperkingen, positieve verplichtingen**

De meeste klassieke vrijheidsrechten mogen worden beperkt, mits aan de daarvoor geldende eisen wordt voldaan. De Grondwet verlangt dat beperkingen vastgelegd zijn in, of gebaseerd zijn op, formele wetgeving. EVRM-rechten verlangen vooral dat beperkingen ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ ofwel proportioneel zijn. Juist waar fundamentele rechten ruim worden uitgelegd, kan wetgeving die bijvoorbeeld eigendomsrechtelijke verhoudingen regelt, worden aangemerkt als rakend aan het fundamentele eigendomsrecht, of het recht op privéleven.

Ook als de overheid actief moet optreden om rechten te beschermen, komt het privaatrecht om de hoek kijken. Het garanderen van een recht op privé- of familielevens verlangt privacy- en familierechtelijke wetgeving. In *Urgenda* waren het eveneens de positieve verplichtingen behorende bij EVRM-rechten die tot de conclusie leidden dat de Staat meer emissiereductie moest realiseren. Een dergelijke opgave lijkt moeilijk te verwezenlijken zonder ook privaatrechtelijke maatregelen te nemen.

5. **(In)directe horizontale werking**

Behalve in de verticale relatie tussen overheid en burger, zijn fundamentele rechten in toenemende mate van belang in de horizontale relatie tussen private partijen (waaronder burgers) onderling. Een bekend voorbeeld is wetgeving die werkgevers verbiedt te discrimineren, zoals de Algemene wet gelijke behandeling. Daarbij is het echter die wet, en niet zozeer artikel 1 Grondwet (gelijkheidsbeginsel), die horizontaal werkt.

Horizontale werking van grondrechten is vaak indirect van aard. Dit is het geval als daarmee civielrechtelijke begrippen als ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ worden ingekleurd. Een wat ouder voorbeeld vormt het arrest *Turkse werknemster*. Daarin ging het om een werknemster die was ontslagen nadat zij niet op haar werk was verschenen toen zij voor het Suikerfeest

2 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 (*Vermogensrendementsheffing*).

3 Rb. 's-Gravenhage 3 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BU9921 (*Intrekking Wwvk*).

4 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda/Staat*).

geen snipperdag had gekregen. De vrijheid van godsdienst (art. 6 Gw) werd hier in de afweging meegenomen; de werkgever had er rekening mee moeten houden.⁵

De zaak *Milieudefensie e.a./Royal Dutch Shell* moet ook worden genoemd. Waar de rechtbank opmerkte dat geen rechtstreeks beroep kan worden gedaan op mensenrechten uit het EVRM en IVBPR, wordt de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm daarmee wel degelijk ingevuld. Zo dragen deze rechten bij aan het reductiebevel voor Shell. Daarbij wordt ook verwezen naar *Urgenda*, hoewel daarin de Nederlandse Staat werd gedaagd, en niet een onderneming.⁶ Ook in de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad over de Groningse aardbevingsschade is sprake van een vordering tegen de Staat gebaseerd op artikel 6:162 BW in samenhang met de artikelen 2, 3 en 8 EVRM. De eisen die de Hoge Raad hier formuleert lijken veel op de Kelderluik-criteria, waarbij het ook gaat om voorzorgs- en veiligheidsmaatregelen die moeten worden genomen in het licht van bestaande kennis, de potentiële schade en kans op verwezenlijking van de gevaren. Zodoende vormt deze zaak ondanks het ontbreken van horizontale werking, wel degelijk een goed voorbeeld van de betekenis van fundamentele rechten voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.⁷



In klimaatzaken komen fundamentele rechten en het privaatrecht vaak samen.

5 HR 30 maart 1984, AB 1984/366, m.nt. VdB, NJ 1985/350, m.nt. EAA (*Turkse werknemster*).

6 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie e.a./Royal Dutch Shell*).

7 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingsschade Groningen*).

6. **Fundamentele rechten zijn overal**

Vanwege een ruime opvatting van het toepassingsbereik van grondrechten, in combinatie met de erkenning van positieve verplichtingen, is er bijna geen terrein meer denkbaar waarop fundamentele rechten niet van toepassing zijn. De overheid moet haar wetgevende bevoegdheden inzetten om noodzakelijke beperkingen van grondrechten mogelijk te maken, maar ook om actief gestalte te geven aan de bescherming van (sociale) grondrechten. Ook voor de civiele rechter en mede tegenover private partijen, wordt een beroep op die rechten gedaan. De eisen die volgen uit grondrechten – de overheid moet proportioneel handelen, aan zijn zorgplichten voldoen – sluiten nu eenmaal goed aan op privaatrechtelijke leerstukken als redelijkheid en billijkheid en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zelfs als directe horizontale werking van grondrechten en bijbehorende beperkingseisen voor private actoren op weerstand blijft stuiten, betekent dit dat de band tussen publiek- en privaatrecht als het gaat om fundamentele rechten, hoe dan ook nauw is. Naar verwachting zal dit in de toekomst nog zichtbaarder worden. De overlap tussen privaatrechtelijke normen en grondrechtelijke eisen verdient nader onderzoek. Om voor meer synergie te kunnen zorgen, maar ook om de eigenheid van de verschillende rechtsgebieden in het oog te kunnen houden.

2. (Europese) fundamentele rechten (EVRM/EP/ Handvest)

België

De betekenis van de grondrechten voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

Willem Verrijdt*

In een rechtsstaat beperken de grondrechten, als allerhoogste rechtsregels, de actieradius van zowel de overheid als de burger. De verwachting is dus dat de grondrechten bijdragen tot de convergentie van publiekrecht en privaatrecht.

1. Groeiende impact van grondrechten

De aandacht voor de doorwerking van de grondrechten in het privaatrecht is niet nieuw,¹ maar de impact ervan neemt alsmaar toe als gevolg van de twee belangrijkste ontwikkelingen in het recht van de laatste decennia. Het fenomeen *constitutionalisering* houdt in dat alle rechtstakken in toenemende mate met een constitutionele bril worden bekeken, vaak op aansturen van advocaten die vaststellen dat de toepasselijke rechtsregel in het nadeel van hun cliënt is, en daarom die regel zelf aanvallen. De *meergelaagdheid* houdt in dit verband in dat de daartoe gehanteerde wapens, de hogere rechtsnormen, hun grondslag zowel in nationale grondwetten als in het internationaal en Europees recht vinden.²

Daarnaast leidt de evolutie van de nachtwakersstaat naar de sociale verzorgingsstaat tot een gigantische toename van regelgeving en overheidshandelen. Daardoor neemt ook het potentieel voor botsingen tussen overheidsoptreden en grondrechten toe.

2. Toetsing van overheidsoptreden

Oorspronkelijk golden de grondrechten enkel in de verhouding tussen burger en overheid, en dit zowel in haar regelgevende taak als in haar handelen en nalaten.

* W. (Willem) Verrijdt is rechter in het Grondwettelijk Hof.

1 Bijv. A. Drzemczewski, 'La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers', *CDE* 1980, p. 3-24; K. Rimanque & P. Peeters (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Brussel: Bruylant 1995, 160 p.; N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, 581 p.

2 W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 21-40.

2.1 Toetsing van regelgeving

Regelgeving in het privaatrecht ontsnapt niet aan de toetsing aan grondrechten en moet soms als gevolg daarvan worden gewijzigd of grondrechtenconform worden geïnterpreteerd. Zo moesten veel Europese landen na het arrest *Marckx* hun afstammings- en erfrecht herzien om gelijkheid tussen huwelijkse en buiten-huwelijkse erfgenamen te bewerkstelligen.³ De onmogelijkheid om het wettelijk vaderschapsvermoeden van de echtgenoot van een draagmoeder te betwisten, schendt het recht op eerbiediging van het familieleven, ook al zijn draagmoederschapsovereenkomsten nietig.⁴ En artikel 632 oud BW, dat de houder van een recht van bewoning het recht toekent om met zijn gezin in de woning te verblijven, is slechts grondwettig indien het zo wordt geïnterpreteerd dat dit gezinsbegrip ook een homohuwelijk omvat.⁵

Sommige van de ingeroepen grondrechten beschermen op hun beurt typisch private rechten. Het recht op een ongestoord genot van de eigendom is het typevoorbeeld: dat grondrecht leidt ertoe dat de overheid vaak slechts regels kan aannemen die het ongestoord genot van onroerend goed aantasten indien daar een billijke vergoeding tegenover staat.⁶

2.2 Toetsing van overheidshandelen

De overheid reguleert niet alleen, zij ageert ook. Ook wanneer zij partij is bij een overeenkomst, zijn de grondrechten van toepassing, aangezien zij ook in dat geval vanuit een machtspositie opereert. Zij kan niet aan die verantwoordelijkheid ontsnappen door overheidstaken te delegeren aan entiteiten die geen overheden zijn. De Belgische overheid, die het organiseren van *pro deo* bijstand aan de balies opdraagt, kan zich dus niet achter die delegatie verschuilen indien wordt aangevoerd dat de uitwerking ervan de grondrechten schendt.⁷

3. Toetsing van het handelen van private partijen

De laatste decennia wordt aanvaard dat de meeste grondrechten ook horizontale werking hebben, met andere woorden dat ook particulieren ze in hun onderlinge verhoudingen moeten eerbiedigen. Het EHRM legt de lidstaten in dat verband de positieve verplichting⁸ op om te waarborgen dat particulieren elkaars grondrechten niet schenden.⁹ Ook particulieren kunnen immers in een juridische of

3 EHRM 13 juni 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374 (*Marckx/België*).

4 GwH 30 maart 2023, ECLI:BE:GHCC:2023:ARR.056.

5 GwH 24 maart 2004, ECLI:BE:GHCC:2004:ARR.054.

6 Cass. 24 juni 2010, ECLI:BE:CASS:2010:CONC.20100624.1; GwH 1 oktober 2015, ECLI:BE:GHC:C:2015:ARR.132.

7 EHRM 23 november 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:1123JUD000891980 (*Van der Mussel/België*).

8 L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2016, 428 p.

9 Bijv. EHRM 12 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897 (*Van Kück/Duitsland*, dekking van een geslachtsoperatie door een private verzekeraar); EHRM (GK) 12 juni 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007 (*Fernandez Martinez/Spanje*, ontslag van een godsdienstleraar na zijn huwelijk); EHRM (GK) 15 mei 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0515JUD004558115 (*Sanchez/Frankrijk*, geldboete voor een politicus die islamofobe commentaren van derden jegens een

feitelijke machtspositie ten opzichte van elkaar staan, ook al is hun verhouding puur privaatrechtelijk.¹⁰ De grondrechten zijn trouwens de fundamentele beginselen die aan de rechtsorde ten grondslag liggen, zodat het niet uitmaakt of ze geschonden worden door een overheid of een burger. Er bestaat nog discussie over de precieze aard van die horizontale werking. Ik licht dat hieronder toe.



Eleanor Roosevelt bekijkt de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, Lake Success, New York, november 1949.

3.1 Directe horizontale werking

De directe horizontale werking gaat uit van de vaststelling dat grondrechten identieke verplichtingen opleggen aan overheden en particulieren. Zij gaan daarom voor op contractuele clausules en kunnen de privaatrechtelijke concepten die daarin worden gehanteerd volledig vervangen. Met toepassing van dat leerstuk schendt een voetbalclub die een contractuele clausule inroept om een jeugdspeler te verbieden naar een andere club te trekken, diens vrijheid van vereniging.¹¹

tegenkandidaat niet snel genoeg van zijn Facebook-pagina verwijderde); HvJ (GK) 14 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:203 (*Samira Achbita en Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*, de voorwaarden waaronder een werkgever zijn personeel aan een hoofddoelverbod kan onderwerpen).

10 GwH 12 februari 2009, ECLI:BE:GHCC:2009:ARR.017, B.10.4.

11 Rb. Bergen 23 september 1994, JT 1995, 322-324.

Een meerderheid van de rechtsleer wijst deze techniek af, omdat de automatische voorrang van een grondrecht onvoldoende rekening houdt met de legitieme belangen van de andere contractspartij, die, indien ze niet door het betreffende grondrecht beschermd worden, niet tegen het grondrechtelijke belang van de beschermde contractspartij worden afgewogen. Ook is het gebruikelijke toetsingskader, dat vereist dat de overheid een legitieme doelstelling identificeert en in een duidelijke wettelijke grondslag voorziet, niet aangepast om gedragingen van particulieren te toetsen, aangezien zij het algemeen belang niet moeten nastreven en geen regelgeving kunnen uitvaardigen.¹²

3.2 Indirecte horizontale werking

De indirecte horizontale werking komt grotendeels tegemoet aan die kritieken. Die techniek houdt in dat de verhouding tussen particulieren wel degelijk wordt beoordeeld aan de hand van de klassieke privaatrechtelijke concepten, maar dat die veelal open normen mede worden ingekleurd aan de hand van de grondrechten.¹³ Zo kan de rechter rekening houden met de belangen van beide contractpartijen en ontsnappen aan het voor private verhoudingen onaangepaste toetsingskader van grondrechten.

Het Hof van Cassatie lijkt die laatste techniek te verkiezen.¹⁴ Een typevoorbeeld betreft de overeenkomst tussen een beroepsvoetballer en een privépersoon waar die eerste slechts na betaling van een hoge afkoopsom onderuit kan en waarbij die laatste bepaalt bij welke voetbalclub de speler zal spelen. Omdat die overeenkomst het recht op vrije beroepskeuze (art. 4.1 en 4.2 EVRM) schendt, is zij strijdig met de openbare orde en goede zeden en heeft zij een ongeoorloofde oorzaak in de zin van artikel 1131 oud BW. Daarom is zij absoluut nietig.¹⁵

3.3 Wetgeving die grondrechten waarborgt in private verhoudingen

De overheid waarborgt de grondrechten tussen particulieren ook aan de hand van specifieke regelgeving. Het recht op ongestoord genot van de eigendom wordt bijvoorbeeld geconcretiseerd in het verbod op bovenmatige burenhinder.¹⁶ De antidiscriminatiewetgeving concretiseert het verbod op discriminatie in private

12 N. Van Leuven, 'De invloed van het EVRM op het contractenrecht', in: C. Daelman, E. Janssens, K. Lemmens e.a. (red.), *Mensenrechten in de praktijk. Toegepast in uw juridische dossiers*, Antwerpen: Intersentia 2016 (hierna: Van Leuven 2016), p. 132-133; J. Velaers & S. Van Drooghenbroeck, 'Aanbevelingen voor een verklaring tot herziening van de Grondwet. Verslag namens de Werkgroep belast met het onderzoek van Titel II van de Grondwet', *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. 51-2304/02, p. 121.

13 A. Barak, 'Constitutional human rights and private law', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 31; Van Leuven 2016, p. 128-133; J.-S. Vanwijngaerden, 'De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden', *Jura Falconis* 2007-2008, p. 239-242.

14 Van Leuven 2016, p. 122-125.

15 Cass. 29 september 2008, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080929.1.

16 Art. 3.101 nieuw BW. Die burenhinder kan op zijn beurt de vorm aannemen van schendingen van grondrechten, zoals een PFOS-vervuiling die het recht op gezondheid schendt (Vred. Antwerpen 15 mei 2023, 22A3007/5, onuitg.).

verhoudingen.¹⁷ En de krakerswet tracht een evenwicht te vinden tussen het recht van de eigenaar op ongestoord genot van zijn eigendom en het recht op huisvesting van de kraker.¹⁸

4. Kritieken

Deze ontwikkelingen zijn niet vrij van kritiek. Sommigen beweren dat de intrede van de grondrechten in het privaatrecht niets toevoegt aan de klassieke privaatrechtelijke benadering, die steeds tot dezelfde oplossing zou leiden.¹⁹ Omgekeerd vrezen anderen dat de grondrechten het privaatrecht dreigen te verzwelgen: de constitutionele toetsing van beproefde privaatrechtelijke concepten zou zelfs wezenskenmerken van het privaatrecht, zoals de wilsautonomie, de testeervrijheid en de bindende kracht van de overeenkomst bedreigen. Ook verschaft een heldere contractuele clausule geen rechtszekerheid meer indien ze voor de rechter het onderspit delft tegen vaag geformuleerde grondrechten.²⁰

Die kritieken behoeven nuancering. Ten eerste gelden zij in veel mindere mate voor de techniek van indirecte derdenwerking dan voor de directe derdenwerking.²¹ Ten tweede moet de rechter in een privaatrechtelijke toetsing steeds de in het geding zijnde belangen transparant identificeren en tegen elkaar afwegen, en dat geldt evenzeer voor de belangen die door een grondrecht worden beschermd.²² Ten derde houdt het Grondwettelijk Hof in zijn evenredigheidstoets rekening met de eigen kenmerken van het privaatrecht, zoals het verbod op rechtsmisbruik²³ of het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten, de wilsautonomie en de mogelijkheid om bij overeenkomst af te wijken van wetsbepalingen van aanvullend recht.²⁴ Ten vierde bevatten de grondrechten zelf geen sanctie-apparaat dat nuttig kan worden ingezet in verhoudingen tussen particulieren. De sancties zijn dus privaatrechtelijk van aard, zoals de (partiële) nietigheid van overeenkomsten, *de exceptio non adimpleti contractus*, rechtsherstel bij rechtsmisbruik en de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Wat die laatste sanctie betreft, zijn de toepassingscriteria trouwens identiek, ongeacht of de burger of de overheid de fout begaat die bestaat uit de schending van een grondrecht.²⁵ Zo begaat de overheid een fout in de zin van artikel 1382 oud BW indien zij de luchtvaart-

17 Bijv. wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007.

18 Wet van 18 oktober 2017 betreffende het onrechtmatig binnendringen in, bezetten van of verblijven in andermans goed, BS 6 november 2017. Zie GwH 12 maart 2020, ECLI:BE:GHCC:2020:ARR.039.

19 B.J. De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, Antwerpen: Maklu 2010, p. 202 en p. 287-292.

20 O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party*, München: Sellier 2007, p. 548; E. Dirix, 'Heeft het privaatrecht nog toekomst?', in: C. Van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 810.

21 Van Leuven 2016, p. 128.

22 Vanwijngaerden 2007-2008, p. 241-242.

23 GwH 3 juni 2021, ECLI:BE:GHCC:2021:ARR.081, B.6.4, met verwijzing naar de relevante cassatierechtspraak over het concept rechtsmisbruik en de toepasselijke privaatrechtelijke sancties.

24 GwH 16 juni 2016, ECLI:BE:GHCC:2016:ARR.097, B.4.1 en B.7.3.

25 F. Auvray, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid* (diss. KU Leuven), 2023. Zie ook venster 13.

maatschappijen onvoldoende aanzet tot het nemen van maatregelen tegen een geluidsoverlast die artikel 8 EVRM schendt.²⁶

5. **Besluit**

Het voorgaande maakt duidelijk dat de grondrechten bijdragen tot de convergentie van publiek- en privaatrecht, zij het met eerbiediging van het wezen van het privaatrecht. De rechter toetst privaatrechtelijke regelgeving aan grondrechten, maar houdt in de evenredigheidstoets rekening met de aard van het privaatrecht. Alle contractpartijen, zowel overheid als burger, moeten de grondrechten eerbiedigen bij het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten, maar hun tekortkomingen op dat vlak worden nog steeds beoordeeld aan de hand van privaatrechtelijke concepten, die kleurschakering krijgen door de grondrechten. De grondrechten leiden overigens niet alleen tot convergentie van publiek- en privaatrecht: de doorwerking van Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak leidt ook tot grensoverschrijdende convergentie van rechtssystemen.

Dit neemt niet weg dat er nog uitdagingen zijn. De vraag of de rechter ambtshalve toepassing moet maken van grondrechten wanneer de partijen louter privaatrechtelijke argumenten inroepen, is onbeantwoord. Ook is grondrechtentoetsing een precedentenrecht. De toepassing van precedenten uit het objectief contentieux of uit supranationale rechtspraak in zaken met landen met andere privaatrechtelijke regels blijft voer voor discussie, omdat de feiten en juridische context van elke nieuwe casus weer anders zijn. Een bijzonder moeilijke taak wacht tot slot de privatist die bij het schrijven van contractsclausules over een glazen bol moet beschikken om in te schatten of zij een latere grondrechtentoetsing zullen doorstaan.

²⁶ Brussel 20 oktober 2020, TMR 2021, p. 186-187.

3. Unierecht

Nederland

De betekenis van het Unierecht voor de nationale rechter en voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

Rob Widdershoven*

1. De groeiende Europese samenwerking

Na de Tweede Wereldoorlog heeft in Europa een proces van groeiende samenwerking plaatsgevonden, waarbij België en Nederland van het begin af aan betrokken zijn geweest. Een belangrijke stap in die samenwerking was de oprichting in 1957 van de Europese Economische Gemeenschap (EEG). Omdat de EEG steeds vaker actief werd op terreinen die niet primair economisch waren, is zij in de loop der jaren uitgegroeid tot de Europese Unie.

De kern van de samenwerking binnen de Europese Unie (EU) zijn de fundamentele verkeersvrijheden, het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal, en de eerlijke mededinging. Om deze vrijheden en een eerlijke mededinging te verzekeren is de EU op grond van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevoegd om regulerend op te treden op zeer veel beleids-terreinen, zoals douane, monetair beleid, mededinging, handelspolitiek, interne markt, landbouw en visserij, sociaal beleid, milieu, consumentenbescherming, energie en de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Tot die ruimte behoort bijvoorbeeld ook de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Op al die terreinen kan de EU wetgeving vaststellen, die ertoe strekt om het recht van de lidstaten te uniformeren (verordeningen) of te harmoniseren (richtlijnen). Deze wetgeving moet in de lidstaten loyaal worden uitgevoerd. Richtlijnen moeten daartoe in de lidstaat worden omgezet in bindende wet- en regelgeving, opdat het doel ervan wordt bereikt.

Gaat er in dit proces wat mis, dan rust op grond van het beginsel van voorrang van Unierecht op alle instanties van de lidstaat, en op de nationale rechter als *juge du droit commun* in het bijzonder, de verplichting om de volle werking te verlenen aan de EU-normen.¹ Daartoe moet de nationale rechter het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in overeenstemming met de vereisten van het Unierecht en moet hij nationaal recht dat strijdig is met rechtstreeks werkend Unierecht buiten

* R.J.G.M. (Rob) Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat-generaal voor bestuursrecht.

1 Vgl. HvJ EU 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*), zoals geherformuleerd in HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*).

toepassing laten.² Hij heeft daarbij een hulplijn met de hoogste Europese rechter, het Hof van Justitie van de EU te Luxemburg, waaraan hij vragen van uitlegging en geldigheid van Unierecht kan – en in hoogste instantie: moet – voorleggen. Deze hulplijn staat bekend als de prejudiciële procedure.

In het vervolg van dit venster worden drie thema's besproken die voor de dialoog tussen privaat- en publiekrecht van bijzonder belang zijn, de staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht, de parallele handhaving van Unierechtelijke normen door zowel publiek- als privaatrecht en de inschakeling van publieke toezichthouders ter handhaving van privaatrechtelijke normen. Bij deze drie thema's wordt het recht instrumenteel ingezet voor de doorwerking en handhaving van het Unierecht.

2. Staatsaansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht

Een instrument waarmee de nationale rechter de voorrang van het Unierecht ook kan realiseren is het beginsel van lidstaataansprakelijkheid op grond waarvan lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Unierecht die hun kunnen worden toegerekend. Deze Unierechtelijke aansprakelijkheid ontstaat als aan drie voorwaarden is voldaan,³ namelijk als (1) het geschonden Unierechtelijk voorschrift ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, (2) de schending van dat voorschrift voldoende gekwalificeerd is, en (3) er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en de geleden schade. Deze voorwaarden betreffen minimumvoorwaarden en staan er niet aan in de weg dat de lidstaat op grond van het nationale recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.⁴

De lidstaataansprakelijkheid betreft elke schending van Unierecht, waarbij het niet uitmaakt welke instantie binnen de lidstaat het EU-recht heeft geschonden. Dat kan de formele wetgever zijn die een richtlijn te laat of incorrect heeft omgezet in bindend nationaal recht of wetgeving heeft vastgesteld in strijd met fundamentele verkeersvrijheden. Dat kan een bestuursorgaan zijn die een verordening of richtlijn incorrect heeft toegepast. Dat kan ook een rechterlijk college in hoogste instantie zijn, die het Unierecht kennelijk heeft geschonden. Deze rechterlijke aansprakelijkheid staat bekend als Köbler-aansprakelijkheid.⁵

Wat betreft de aansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht door bestuurshandelingen en wetgeving in formele zin, is de invloed van het Unierecht op het Nederlandse recht beperkt gebleven. Daarbij is van belang dat naar Neder-

2 Beide verplichtingen kennen met betrekking tot richtlijnen beperkingen. De verplichting tot conforme uitlegging van nationaal recht wordt beperkt door het verbod van contra legem conforme uitleg. De verplichting om nationaal recht buiten toepassing te laten, geldt niet in de privaatrechtelijke relatie tussen twee particulieren (verbod van horizontale werking). Zie S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 63-103.

3 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*); HvJ EU 8 oktober 1996, C-178/94, ECLI:EU:C:1996:375 (*Dillenkoffer*).

4 HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 (*Brasserie du Pêcheur*) en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:97 (*Factortame*).

5 HvJ EU 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*).

lands recht de *enkele schending* door bestuur en wetgever al als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek wordt aangemerkt en dus tot schadevergoeding kan leiden als ook aan de andere vereisten van die bepaling wordt voldaan.⁶ Daarom vindt in zoverre de meer beperkende Europese voorwaarde van de ‘voldoende gekwalificeerde schending’ in Nederland geen toepassing.

De Köbler-aansprakelijkheid voor kennelijke schendingen van Unierecht door hoogste rechters is ook door de Hoge Raad in 2018 erkend,⁷ maar heeft in Nederland nog nooit tot een succesvolle schade-actie geleid. De lat daarvoor ligt ook hoog, omdat van een kennelijke schending van Unierecht pas sprake is als de hoogste rechter klaarblijkelijk voorbij is gegaan aan het toepasselijke Unierecht en vaste rechtspraak van het Hof van Justitie heeft genegeerd.

Dat een hoogste rechter zijn verplichting om een prejudiciële vraag naar het Hof van Justitie te verwijzen, heeft geschonden is – aldus de Hoge Raad in 2018 – op zichzelf onvoldoende om een op het Unierecht gebaseerde aansprakelijkheid te vestigen. Wel kan de niet-verwijzing een factor zijn om een (mede) daardoor veroorzaakte schending van materieel Unierecht ‘kennelijk’ te achten.⁸

3. **Parallele handhaving EU-normen door middel van publiek- en privaatrecht**

Veel Unierechtelijke normen worden zowel bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk gehandhaafd. Deze parallelle handhaving geldt voor het mededingingsrecht, maar bijvoorbeeld ook voor de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). De afstemming tussen beide rechtswegen wordt op deze terreinen verschillend geregeld.

In het mededingingsrecht worden de kernovertredingen – het kartelverbod (art. 101 VWEU) en het verbod van misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU) – bestuursrechtelijk gehandhaafd door de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteit, in Nederland door de Autoriteit Consument & Markt (ACM). Beide instanties kunnen overtredingen sanctioneren met behulp van bestuurlijke sancties, meer in het bijzonder lasten onder dwangsom en (zeer hoge) bestuurlijke boetes. Inbreuken op de mededingingsregels kunnen ook privaatrechtelijk worden gehandhaafd doordat benadeelden tegen de overtreder een schadevergoedings- of nietigheidsactie instellen. Volgens het Hof van Justitie heeft eenieder recht op de volledige vergoeding van schade als gevolg van deze inbreuken.⁹ Om dat recht te verzekeren, heeft de EU in 2014 een richtlijn vastgesteld die in 2017 in Nederlandse wetgeving is omgezet.¹⁰ Zowel de richtlijn als de implementatiewet hebben als doel te bevorderen dat benadeelden van mededingingsinbreuken daadwerkelijk

6 Vgl. voor de aansprakelijkheid voor formele wetgeving in strijd met Unierecht HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 (*Habing*).

7 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (*KLM-piloten*).

8 Zoals door het Hof al aangegeven in de zaak *Köbler*, punt 55.

9 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*).

10 Richtlijn 2014/104, *PbEU* 2014, L 349/1, omgezet in Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht, *Stb.* 2017, 28.

schadevergoeding kunnen vorderen en om te voorkomen dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de publiekrechtelijke handhaving door Commissie en ACM doorkruist. Om deze doelstellingen te bereiken regelen de richtlijn/wet onder meer dat een onherroepelijk ACM-besluit inhoudende een inbreukbeslissing in de schadeprocedure als onweerlegbaar bewijs geldt, dat benadeelden toegang kunnen hebben tot bewijsmateriaal dat in het bezit is van een mededingingsautoriteit, maar ook dat deze regels niet (volledig) gelden voor inbreukmakers aan wie door de toezichthouder immuniteit is verleend of die deelnemen aan een nationale clementieregeling.

Parallele handhaving van Unierecht is ook voorzien in de AVG. Een benadeelde kan in de eerste plaats over de schending van de AVG een klacht indienen bij de nationale Autoriteit Persoonsgegevens, die bevoegd is om terzake een palet aan bestuurlijke sancties toe te passen, variërend van een berisping tot een bestuurlijke boete van potentieel forse hoogte. In de tweede plaats kan de benadeelde bij de bevoegde nationale rechter beroep instellen tegen de verwerkingsverantwoordelijke die de AVG heeft geschonden. In Nederland is de bestuursrechter bevoegd als de verwerkingsverantwoordelijke een bestuursorgaan is, de civiele rechter als deze een particulier of bedrijf betreft. Beide rechtswegen – die via de AP en die tegen de verwerkingsverantwoordelijke – moeten volgens het Hof van Justitie door betrokkene naast en onafhankelijk van elkaar kunnen worden benut.¹¹ Daarbij mag het nationale recht nadere regels stellen om, in verband met een coherente en homogene toepassing van de AVG, tegenstrijdige uitspraken in beide rechtswegen te voorkomen.

4. **Publieke toezichthouders ter handhaving van privaatrechtelijke normen**

Het Unierecht schrijft op diverse terreinen voor dat de private normen voor de relatie consument en onderneming mede moeten worden gehandhaafd door een publieke toezichthouder. Dit ziet men bij de ACM, die als toezichthouder op het terrein van consumentenbescherming, telecommunicatie en energie is belast met de publieke handhaving van de wettelijke normen die op deze terreinen gelden tussen verkopers van diensten en producten en de consument. Dezelfde taak wordt op het terrein van de financiële dienstverlening verricht door de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De AFM is belast met het gedragstoezicht op de naleving van de zorgplichten van financiële instellingen ten opzichte van beleggers en andere consumenten.

Deze publieke handhaving door ACM en AFM staat naast de privaatrechtelijke mogelijkheid voor consumenten om klachten in te dienen bij een geschillencommissie tegen ondernemingen die de wettelijke regels schenden en schadevergoeding te vorderen bij de burgerlijke rechter. Daarnaast kan bij de burgerlijke rechter bijvoorbeeld ook een verbod of bevel worden gevraagd. In de praktijk plegen beide toezichthouders zich te richten op overtredingen die een grotere groep van consumenten of beleggers raken vanwege het daarmee gemoeide publieke

¹¹ HvJ EU 12 januari 2023, C-132/21 (BE), ECLI:EU:C:2023:2.

belang. Keuzes zullen mede worden ingegeven door de beperkte capaciteit van toezichthouders.

5. Conclusie

Onder invloed van het Unierecht wordt het privaatrecht steeds vaker instrumenteel ingezet voor de doorwerking en handhaving van Unierechtelijke normen, waarbij een koppeling plaatsvindt tussen civiele en bestuursrechtelijke procedures. Deze instrumentalistische rationaliteit van het Unierecht, waarbij marktregulering vooropstaat, kan op gespannen voet staan met het nationale privaatrecht volgens welke de realisatie van een rechtvaardige relatie tussen partijen prevaleert (relationele rationaliteit).¹² Verder roept de koppeling met het bestuursrecht vragen op over afstemming tussen privaatrecht en publiekrecht. Voor de toekomst liggen er diverse vraagpunten:

- Is de Unierechtelijke aansprakelijkheid werkelijk een effectief instrument voor doorwerking van het Unierecht of is het vooral een speeltje voor juristen?
- Wat is de juiste balans tussen instrumentele EU-invloed op het privaatrecht en de relationele rationaliteit van het nationale privaatrecht?
- In welke mate zou de door het Unierecht voorgeschreven publieke en private handhaving van Unierecht op elkaar moeten worden afgestemd?



¹² Vgl. O.O. Cherednychenko, 'De verhouding tussen EU-marktregulering en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 142-155.

3. Unierecht

België

De betekenis van het Unierecht voor de nationale rechter en voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht

Janek Tomasz Nowak*

1. **Inleiding**

Als stichtend lid van de Europese Unie ervaart België al meer dan 70 jaar de impact van het Unierecht op de interne rechtsorde. In deze bijdrage wordt ingegaan op de gevolgen van de Europese samenwerking voor de Belgische rechter en voor de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht.

De Belgische rechter is als eerste Unierechter een belangrijke schakel in de toepassing van het Unierecht in België. Zij heeft als taak de werking van het Unierecht in de Belgische rechtsorde te verzekeren in samenwerking met het Hof van Justitie.¹ In de afgelopen decennia is de traditionele rechterlijke taak van geschillenbeslechting onder invloed van de Unierechtspraak uitgebreid naar de handhaving van het Unierecht alsook de uitvoering van het beleid van de Unie in de lidstaten.

Voor de uitvoering van haar beleid wordt door de Unie niet enkel beroep gedaan op het eigen Unierecht maar ook op het nationale recht. Het nationale privaatrecht speelt daarbij een belangrijke rol. Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten worden gesanctioneerd met privaatrechtelijke nietigheden en het bestraffende aspect van schadevergoedingen wordt ingezet om de publieke handhaving van het mededingingsrecht te versterken. Hoewel de vervaging van de grens tussen publiek- en privaatrecht een algemene tendens is, wordt deze minstens versterkt door het Unierecht.

Bij dit alles houdt het Unierecht niet vast aan traditionele opdelingen of taken binnen nationale rechtsordes en worden nationale rechtsordes gebruikt om een doeltreffende toepassing en handhaving van het Unierecht te verzekeren met het oog op de realisatie van de onderliggende beleidsdoelstellingen. Een dergelijke beleidsimplementerende benadering van het recht botst soms met de klassieke, vaak categorische benadering in nationale rechtsordes. Deze bijdrage schetst vier verschijningsvormen van deze evolutie.

* J.T. (Janek Tomasz) Nowak is advocaat bij & DE BANDT en gastprofessor VUB.

1 HvJ EU 5 juni 2023, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 (*Commissie/Polen*), punt 128.

2. Legaliteitscontrole

Uit de Unierechtspraak volgt dat particulieren rechten kunnen ontlenuen aan het Unierecht en dat het Unierecht door hen kan worden ingeroepen voor de nationale rechter.² In geval van een conflict tussen Unierecht en nationaal recht heeft het Unierecht voorrang op het nationaal recht en moeten conflicterende regels van nationaal recht buiten toepassing worden gelaten.³ In het arrest *Simmenthal II*⁴ verduidelijkte het Hof van Justitie dat bevoegdheid om conflicterende nationale regels buiten toepassing te laten iedere nationale rechter toekomt en niet kan worden voorbehouden aan de wetgever of een specifiek rechtscollege.

Deze rechtspraak kende aanvankelijk weinig problemen in België. Artikel 159 van de Belgische Grondwet bepaalt sinds 1831 dat de hoven en de rechtbanken overheidsbesluiten alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen. De oprichting van de Raad van State in 1946, die onder andere bevoegd is om overheidsbesluiten rechtstreeks te toetsen op hun wettigheid, veranderde niets aan de incidentele toetsingsbevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken. In 1971 volgde uit het cassatiearrest *Franco-Suisse Le Ski*⁵ bovendien dat iedere rechter de bevoegdheid heeft om de conformiteit van Belgisch recht met internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking na te gaan. Het principe van legaliteitscontrole door de rechter was dus al van in de beginperiode van de Europese samenwerking sterk verankerd in de Belgische rechtsorde en is nooit het monopolie geweest van de bestuursrechter.

In de jaren tachtig werd ook de toetsing van wettelijke bepalingen aan de Grondwet mogelijk gemaakt met de oprichting van het toenmalige Arbitragehof, het huidige Grondwettelijk Hof. De exclusieve bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om wetten aan de Grondwet te toetsen stond in de praktijk echter zwaar onder druk aangezien de gewone rechter bevoegd bleef om wetten aan het Unierecht of internationale verdragen met rechtstreekse werking te toetsen. Dit was in het bijzonder zo voor internationale verdragen waarin fundamentele rechten zijn opgenomen die analoog zijn aan bepalingen van de Grondwet. Een rechter kon er dan immers voor kiezen om geen prejudiciële vragen over de grondwettigheid van een wet aan het Grondwettelijk Hof te stellen maar die wet zelf te toetsen aan het EU Handvest van de Grondrechten (*Simmenthal II*) of het EVRM (*Franco-Suisse Le Ski*). Dit leidde tot spanningen tussen de Belgische hoogste rechters. Om het monopolie van grondwettigheidstoetsing van het Grondwettelijk Hof te vrijwaren, werd een prioriteitsmechanisme voor grondwettigheidstoetsing ingevoerd.⁶ In het *Melki*⁷-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat dergelijk prioriteitsmechanisme onder bepaalde voorwaarden in overeenstemming is met het Unierecht.

2 HvJ EU 5 februari 1963, 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*).

3 HvJ EU 15 juli 1964, 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

4 HvJ EU 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*).

5 Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959.

6 Art. 26, § 4 Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof.

7 HvJ EU 22 juni 2010, C-188/10 en C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 (*Melki en Abdeli*).

3. Staatsaansprakelijkheid

Toen het Hof van Justitie stelde dat een lidstaat aansprakelijk kon worden gehouden voor schendingen van EU-recht onder bepaalde voorwaarden, was het beginsel van staatsaansprakelijkheid al vele decennia ingeburgerd in België. Al in 1920 werd erkend dat de uitvoerende macht aansprakelijk kan worden gehouden voor foutief handelen op grond van de regels inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁸ In 1991 volgde de erkenning van aansprakelijkheid voor fouten van de rechterlijke macht⁹ en in 2006 voor fouten van de wetgevende macht.¹⁰

Hoewel bij de invulling van het foutbegrip rekening wordt gehouden met de specifieke positie van de staatsmacht, volstaat in beginsel een schending van de wet of de algemene zorgvuldigheidsnorm.¹¹ Enkel bij fouten van de rechterlijke macht wordt aangehaakt bij de *Köbler*-rechtspraak van het Hof van Justitie.¹² Aangezien het foutbegrip naar Belgisch aansprakelijkheidsrecht minder zwaar is dan (uitvoerende of wetgevende macht) of even zwaar is als (rechterlijke macht) het Unierechtelijke foutbegrip van voldoende gekwalificeerde schending, wordt in België doorgaans beroep gedaan op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, met name artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, en niet op het Uniebeginsel van staatsaansprakelijkheid.¹³

4. Publieke toezichthouders

Het Unierecht verplicht de lidstaten tot de oprichting van onafhankelijke toezichthouders in verschillende domeinen. De taken van deze toezichthouders bevinden zich niet zelden op het grensvlak van het publiek recht en het privaatrecht en injecteren publiekrechtelijke elementen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

Zo treedt de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit via haar Geschillenkamer op in geschillen tussen private partijen en kan zij corrigerende maatregelen en administratieve boetes opleggen wegens inbreuken op de Gegevensbeschermingsverordening¹⁴ zonder dat hierbij een rechter wordt betrokken.¹⁵ Ook heeft zij de bevoegdheid om standaardcontractbepalingen vast te leggen voor gegevensverwerkingsovereenkomsten.¹⁶

In het mededingingsrecht is een beslissing van een mededingingsautoriteit dan weer maatgevend voor een navolgende schadevergoedingsactie, wat betekent dat

8 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

9 Cass. 19 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 364.

10 Cass. 1 juni 2006, *RW* 2006-07, 213.

11 Zie recent Cass. 15 december 2022, nr. C.21.0003.F i.v.m. de wetgevende macht.

12 Grondwettelijk Hof 30 juni 2014, nr. 99/2014.

13 Voor een meer gedetailleerde uiteenzetting wordt verwezen naar de bijdrage van Britt Weys in dit canon.

14 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *Pb.* 2016, L 119/1 ('AGV').

15 Art. 58 lid 2 AGV.

16 Art. 57 lid 1 onder j AGV.

de burgerlijke rechter gebonden is door de vaststellingen van de mededingingsautoriteit.¹⁷ Aangezien de Belgische Mededingingsautoriteit ('BMA') geen rechtscollege is maar een bestuurlijke autoriteit, stelt zich de vraag naar de scheiding der machten.¹⁸ Ook lijkt de binding van een rechter aan een beslissing van de BMA artikel 159 van de Grondwet buiten werking te stellen.¹⁹

5. Private handhaving van Unierecht

De Belgische burgerlijke rechter speelt een belangrijke rol bij de rechtsbescherming tegen de overheid. Zij is bijvoorbeeld de enige rechter die de overheid kan veroordelen tot de betaling van een integrale schadevergoeding. De doorwerking van deze publiekrechtelijke aspecten in het privaatrechtelijke contentieux is het gevolg van de afwijzing van een uitzonderingspositie van de Staat. Het Unierecht versterkt de vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke elementen binnen de burgerlijke procedure, zij het om andere redenen. Procedures voor de nationale rechter zijn vanuit het perspectief van de Unie niet enkel mechanismen om geschillen over rechten ontleend aan het Unierecht te beslechten maar ook als middel om het Unierecht te handhaven en het Uniebeleid in de lidstaten tot uitvoering te brengen.

Op de eerste plaats moet worden gedacht aan de klassieke handhaving van het Unierecht in de nationale rechtsorde om te remediëren aan de foutieve of gebrekkige toepassing van het Unierecht door de lidstaten. Meer recent worden procedures voor de burgerlijke rechter actief ingezet door de Unie om beleidsprioriteiten te realiseren. Voorbeeld bij uitstek is de inzet van private schadevergoedingsvorderingen als complement van de publieke handhaving van het mededingingsrecht. Hierbij speelt expliciet de gedachte dat schadevergoedingen niet enkel vergoedend zijn maar ook afschrikkend moeten werken.²⁰ Een ander voorbeeld is de Unierechtspraak over de ambtshalve toepassing van regels van Unieconsumentenrecht, in het bijzonder de regels inzake oneerlijke bedingen. Deze rechtspraak heeft als gevolg dat de Belgische burgerlijke rechter in bepaalde gevallen wordt verplicht om de feitelijke grondslag van een geschil uit te breiden om de Unieregels inzake oneerlijke bedingen toe te kunnen passen terwijl zij naar nationaal recht wel bevoegd maar niet verplicht is om de feitelijke grondslag van een geschil uit te breiden.²¹ Ook de verplichting voor de rechter die volgt uit het

17 Art. 9 lid 1 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Ph.* 2014, L 349/1. Zie bijvoorbeeld Ondernemingsrechtbank Gent 29 april 2022, *Competitio* 2022, 124, punt 50.

18 Commissie voor de Mededinging, *Advies betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht*, 19 mei 2016, 10.

19 P. Gillaerts, 'De impact van Richtlijn 2014/104/EU op het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht – Game over door spillover of probleemloze insertie uit inertie?', *RW* 2016-17, (1203) 1211.

20 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone e.a.*), punt 23.

21 Anders dan in Nederland heeft de Belgische burgerlijke rechter een bevoegdheid om de feitelijke grondslag van een geschil uit te breiden met het oog op de toepassing van de geëigende rechtsregel, ongeacht of deze regel van openbare orde is. Zie J.T. Nowak, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter* (diss. KU Leuven), 2021, 377.

Unierecht om onredelijke schadebedingen in consumentenzaken te vernietigen in plaats van te matigen²² is een treffend voorbeeld van de instrumentalisering van het privaatrecht en het burgerlijk procesrecht.

6. Conclusie

De grenzen tussen het privaatrecht en het publiekrecht vervagen in toenemende mate. Rechtsverhoudingen die traditioneel als privaatrechtelijk werden aange-merkt worden met publiekrechtelijke elementen vermengd.²³ Omgekeerd wordt overheidshandelen vaker onderhevig gemaakt aan een privaatrechtelijke logica.²⁴ Hoewel het Unierecht niet de oorzaak is van deze evolutie, draagt het in belangrijke mate bij aan de vervagende grens tussen het privaatrecht en het publiekrecht. Opvallend daarbij is dat beleidslogica hierbij een belangrijke rol speelt, eerder dan categorische of filosofische opvattingen over recht.

Belangrijke vragen voor de toekomst zijn dan ook de volgende:

- Is het traditionele onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog relevant, zowel in het rechtswetenschappelijk onderzoek als in het rechtenonderwijs?
- In welke mate kunnen het privaatrecht en de burgerlijke procedure worden ingezet voor de uitvoering van overheidsbeleid?
- Hoe verhoudt de Unierechtelijke rol van de rechter en het toenemende belang van onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten zich met de *trias politica*?



22 HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Español de Crédito*).

23 Zie inzake energierecht in België J.T. Nowak, 'Public and private enforcement of consumer law in Belgium', in: S. Law & V. Richard (red.), *Public and private enforcement of consumer law – Insights for Luxembourg*, Baden Baden: Nomos 2021, (113) 227-233.

24 Zie bijvoorbeeld de toepassing in het staatssteunrecht van het zogenaamde 'Market Economy Investor Principle' op publieke overheden die in ondernemingen wensen te investeren.

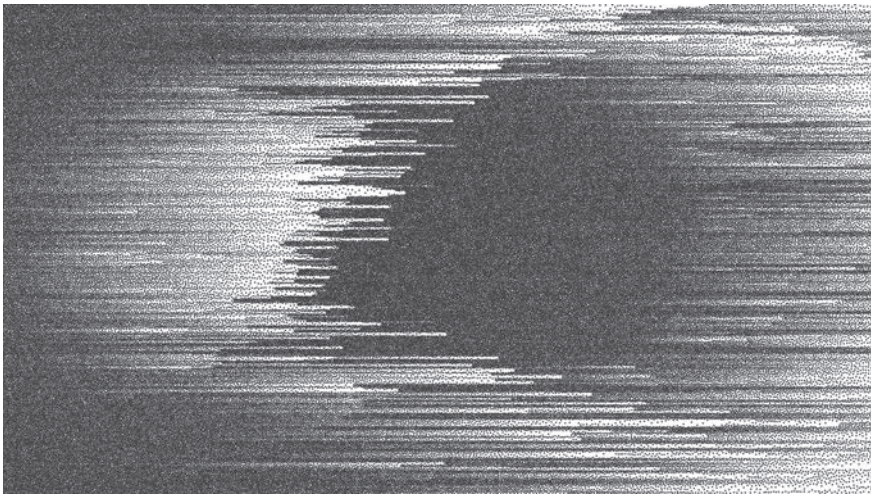
4. Over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

Nederland

Gerdy Jurgens*

1. **Bewegende panelen**

De verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht is in Nederland bij uitstek een terrein waarin de dogmatiek een prominente plaats heeft. In de afgelopen eeuw zijn daarin verschillende rechtsleren ontwikkeld die getuigen van een visie op die verhouding. Met die rechtsleren worden verschillende ambities nagestreefd. In de eerste plaats strekt de dogmatische benadering ertoe om het recht als stelsel, als een samenhangend en coherent geheel, te begrijpen. Daarnaast heeft die dogmatiek een meer praktische kant. Aan de hand van de gekozen dogmatische invalshoek kan worden beargumenteerd hoe het recht in concrete gevallen moet worden toegepast. Maar er is meer: ook omgekeerd vervult de dogmatiek een rol doordat zij ontwikkelingen in het recht die plaatsvinden bijvoorbeeld onder invloed van maatschappelijke veranderingen dogmatisch weet te funderen. Daarmee is de dogmatiek ook zelf in beweging. Sterker nog, ‘publiekrecht’ en ‘privaatrecht’ zijn in zekere zin bewegende panelen waarmee de ‘set’ van het recht in beeld wordt gebracht.¹



* G.T.J.M. (Gerdy) Jurgens is staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en honorair hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Zie voor deze benadering ook P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 14.

Hierna zal op de verschillende dominante rechtsleren over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht worden ingegaan. Het gaat dan om de gemene rechtsleer, de gemengde rechtsleer en de gemeenschappelijke rechtsleer. Ook de tweewegenleer en de leer van de onaanvaardbare doorkruising, die van een iets andere orde zijn, passeren de revue. Daarbij is het goed om onder ogen te zien dat met de verschillende rechtsleren op het eerste gezicht vooral een antwoord wordt gezocht op de vraag welk recht in een bepaalde situatie van toepassing is en welke instrumenten de overheid en andere maatschappelijke actoren aan dat toepasselijke recht kunnen ontlenen om door hen gekozen doelen na te streven. Maar de theorievorming houdt zich ook bezig met de vraag wanneer iets tot het domein van het publiekrecht of het privaatrecht wordt gerekend. Dat lijkt een ‘voorvraag’, een vraag die wordt beantwoord voordat aan de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht wordt toegekomen, maar na de bespreking van de verschillende rechtsleren zal blijken dat de begripsvorming over wat nu eigenlijk tot het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht behoort, een belangrijk onderdeel vormt van de dogmatiek.

De beschrijving van de verschillende rechtsleren die hierna aan de orde komen, kan niet gezien worden als een beschrijving van een chronologisch ontwikkelingsproces in die zin dat een bepaalde leer ‘geldt’ en tot uitdrukking komt in het positieve recht en na verloop van tijd wordt verlaten ten gunste van een andere leer die positiefrechtelijke weerklank vindt. De theorieën bouwen op elkaar voort en vormen, zoals hiervoor is aangegeven, ook een onderbouwing van ontwikkelingen in het positieve recht die niet zozeer door deze theorievorming, maar meer onder invloed van maatschappelijke processen worden ingezet. Zo kan tegelijkertijd in het positieve recht een uitdrukking gevonden worden van de toepassing van verschillende rechtsleren.

2. De gemene rechtsleer

De klassieke visie op de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht is de zogeheten gemene rechtsleer. In deze visie is het privaatrecht het algemeen geldende recht (dat wordt bedoeld met ‘gemeen’) dat in beginsel altijd van toepassing is, tenzij uit een publiekrechtelijke regel volgt dat dat niet het geval is. Deze klassieke leer was dominant in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw.² Bedacht moet worden dat in die tijd het bestuursrecht nog niet sterk ontwikkeld was in die zin dat er – zeker in vergelijking met de huidige tijd – nog maar op een beperkt terrein specifieke bestuursrechtelijke wetgeving was; de hausse in bestuursrechtelijke wetgeving is van na de Tweede Wereldoorlog. Omdat het privaatrecht juist al wel een uitgebreide codificatie kende, werd daaraan een dominante betekenis toegekend en werd aangenomen dat dit recht ook op de overheid kon worden toegepast. Daar kwam nog bij dat rond de vorige eeuwwisseling een fundamenteel debat werd gevoerd over het al dan niet invoeren van specifieke rechtsbescherming tegen overheidsop treden. Toen de introductie daarvan uitbleef, vulde de

2 F.G. Scheltema, ‘Het grensterrein van publiek- en privaatrecht’, *RMThemis* 1927, p. 233 e.v.; zie ook P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 26 e.v.

Hoge Raad dit gat door zijn oordeel in het arrest *Noordwijkerhout/Guldemonde*,³ dat meebracht dat de actie uit onrechtmatige daad op grond van het BW ook tegen de overheid is in te zetten. Dit oordeel valt te funderen vanuit de gemene rechtsleer. Daarvan uitgaande stond deze leer aan de basis van het creëren van bescherming bij de burgerlijke rechter tegen het optreden van de overheid. Maar de keerzijde – dat de overheid de actie uit onrechtmatige daad tegen de burger inzet en dat deze actie daarmee een instrument in handen van de overheid is – vindt ook zijn fundering in de gemene rechtsleer. Hierna zal worden ingegaan op de ontwikkeling (de leer van de onaanvaardbare doorkruising) waarin dit uitgangspunt is genuanceerd.

3. De tweewegenleer en de leer van de onaanvaardbare doorkruising

Als in de gemene rechtsleer de vraag moet worden beantwoord of de overheid voor het bereiken van haar beleidsdoelen gebruik kan maken van instrumenten uit het privaatrecht, bijvoorbeeld de actie uit onrechtmatige daad of het sluiten van een overeenkomst, dan is het antwoord daarop in beginsel positief. Daarmee vormt deze visie ook de basis van de zogeheten tweewegenleer. In de tweewegenleer wordt aangenomen dat de overheid in beginsel de keuze heeft tussen twee wegen: een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke. In een ruimhartige benadering wordt alleen een beperking in het bewandelen van de privaatrechtelijke weg aangenomen als een publiekrechtelijke regeling op een bepaald terrein het gebruik van het privaatrecht verbiedt. Van deze benadering zijn medio vorige eeuw een aantal voorbeelden te vinden.⁴ Maar daarop is in de loop der jaren de nodige kritiek gekomen wat ertoe heeft geleid dat deze ruimhartige benadering is verlaten en heeft plaats gemaakt voor de leer van de onaanvaardbare doorkruising. Deze doorkruisingsleer is een aanscherping van een (te) ruim gehanteerde tweewegenbenadering. In de kern komt de doorkruisingsleer erop neer dat ook indien in een publiekrechtelijke regeling geen expliciete bepaling is opgenomen over het gebruik van het privaatrecht door de overheid, in de *context* van die publiekrechtelijke regeling ook argumenten kunnen worden gevonden voor de stelling dat de overheid geen gebruik mag maken van het privaatrecht. In het *Windmill*-arrest⁵ is daarvoor een drietal markeringspunten geformuleerd, te weten: 1) de inhoud en strekking van een publiekrechtelijke regeling, 2) de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd en 3) de vraag of de overheid door gebruik van het publiekrecht niet een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruik van het privaatrecht. Over de toepassing van deze doorkruisingscriteria is een omvangrijke stroom jurisprudentie tot stand gekomen. Kort nadat het *Windmill*-arrest was geweest, werd wel aangenomen dat het voor de overheid nog maar zeer beperkt mogelijk zou zijn om het privaatrecht in te zetten. Maar in de loop van de tijd is dit beeld belangrijk bijgesteld: in tal van

3 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 404. Zie over de betekenis van dit arrest R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015. Zie ook venster 5 van deze canon.

4 Zie bijvoorbeeld HR 13 april 1962, *AB Klassiek* 2003/9, m.nt. D.A. Lubach (*Kruseman/Amsterdam*) en HR 19 januari 1968, *AB Klassiek* 2003/10, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (*Eindhoven/Staals*).

5 HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965.

casusposities blijkt de gereedschapskist van de overheid ook met privaatrechtelijke instrumenten te zijn gevuld.⁶

4. De gemengde rechtsleer

In de gemene rechtsleer wordt het privaatrecht als het algemeen geldende recht gezien en het bestuursrecht als het uitzonderingenrecht. Met de gemengde rechtsleer komt het accent sterker te liggen op het naast elkaar staan van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels en het gelijktijdig van toepassing zijn van die regels in één rechtsverhouding. In zekere zin kent ook de gemene rechtsleer die menging waar, met een beroep op de aanvullende werking van het gemene recht in een situatie waarin het bestuursrecht niet voorziet, per saldo op een combinatie van privaatrecht en publiekrecht wordt uitgekomen. Een verschil is echter dat het publiekrecht in de gemengde rechtsleer een meer prominente plaats krijgt. Dat laat zich mooi illustreren met de wijze waarop de burgerlijke rechter is gaan toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarvoor werd aanvankelijk nog een ‘toegangspoort’ gezocht door privaatrechtelijke open begrippen (goede trouw, redelijkheid en billijkheid) met publiekrechtelijke normen in te vullen. Deze toetsing maakte plaats voor een toetsing waarin de burgerlijke rechter ook zonder daarvoor een onderbouwing te zoeken in een dergelijke toegangspoort het handelen van de overheid toetst aan geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels.⁷ Ook in de wetgeving is op verschillende plaatsen de gemengde rechtsleer tot uitdrukking gebracht. Deze ligt ten grondslag aan zowel het huidige BW als de Awb. Te wijzen valt op de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb en op de verschillende schakelbepalingen in het BW, die overeenkomstige toepassing ervan in bestuursrechtelijke verhoudingen in beginsel mogelijk maken.

Het theoretische fundament voor de benadering van de gemengde rechtsleer kan worden gevonden in het artikel van Van der Hoeven dat hij de titel ‘De magische lijn’ gaf.⁸ Van der Hoeven propageerde daarin dat ‘de publieke taakvervulling’ bepalend zou moeten zijn voor de vraag welke rechtsnormen in een bepaalde situatie van toepassing zouden zijn. Daarmee brak hij een lans voor een materiële invulling van beantwoording van de vraag wanneer welke normen van toepassing zijn. In de rechtspraak heeft deze materiële invulling echter geen navolging gekregen. De toetsing aan de – geschreven en ongeschreven – algemene beginselen van behoorlijk bestuur is in de rechtspraak tot nu toe beperkt gebleven tot entiteiten die als rechtspersoon krachtens publiekrecht of als bestuursorgaan in de zin van de Awb kunnen worden aangemerkt.⁹

6 P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 9.

7 Zie verder F.J. van Ommeren, *Publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk overheidshandelen*, venster 6 van deze canon.

8 J. van der Hoeven, ‘De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht’, in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 218.

9 HR 4 april 2004, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/Conformed), r.o. 3.4.3. Zie daarover verder F.J. van Ommeren, *Publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk overheidshandelen*, venster 6 van deze canon.

5. De gemeenschappelijke rechtsleer

Een recentere visie op de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht is die waarin de beide gebieden juist weer scherper van elkaar worden onderscheiden in die zin dat publiekrecht en privaatrecht worden beschouwd als zelfstandige rechtsgebieden die in beginsel een complete regeling van de daardoor beheerste rechtsverhoudingen moeten bieden. Deze visie is in de literatuur heel duidelijk te vinden in het boek *Gemeenschappelijk recht* van vader en zoon Scheltema.¹⁰ In de literatuur wordt deze visie wel als de gemeenschappelijke rechtsleer aangeduid.¹¹ De benaming ‘gemeenschappelijk’ duidt op het deel van het recht dat, op een hoger abstractieniveau, als algemeen uitgangspunt aan het hele rechtssysteem ten grondslag ligt.¹² De codificaties in het publiekrecht en in het privaatrecht worden in deze leer gezien als uitwerkingen van dit gemeenschappelijke recht specifiek voor de onderscheiden gebieden. In deze visie is het denkbaar dat bij het ontbreken van specifieke regels op het ene terrein wordt gekeken naar een regeling op het andere terrein. Maar een toepassing van die regels op het terrein waarvoor zij niet zijn geschreven, wordt gefundeerd op de gedachte dat deze regels een uitdrukking vormden van het gemeenschappelijke recht. Daarmee is volgens die leer dus geen sprake van een *rechtstreekse* toepasselijkheid van het recht uit het ene gebied in het andere gebied. Deze denkwijze biedt daarom ook meer ruimte om de desbetreffende regels bij een toepassing in het andere gebied te ‘vormen’ naar de rechtsverhouding waar het daar daadwerkelijk om gaat.

Voor de gemeenschappelijke rechtsleer wordt een aanknopingspunt gevonden in de visie van de wetgever, verwoord in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb. De rechtvaardiging voor het in de Awb opnemen van een regeling voor geldschulden van en aan de overheid, waarvoor tot die tijd het privaatrecht werd toegepast, werd daarin onderbouwd met een toelichting dat regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen en niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht.¹³ Opgemerkt zij dat eerder, bij de totstandkoming van het BW in het kader van een beschouwing over de betekenis van schakelbepalingen, al viel te lezen dat bepalingen waarop die schakelbepalingen betrekking hebben ‘niet een uitsluitend privaatrechtelijk karakter hebben, maar voor een deel beschouwd kunnen worden als uitdrukking van meer algemene regels die de verschillende rechtsgebieden gemeenschappelijk hebben.’¹⁴ Destijds was dit echter met name een argument om toepassing van die regels uit het BW in het bestuursrecht te onderbouwen, wat meer past bij de denkwijze van de gemengde rechtsleer. Het zal duidelijk zijn

10 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013.

11 F.J. van Ommeren, ‘Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de “gemene rechtsleer” naar de “gemeenschappelijke rechtsleer”’, AA juli/augustus 2012, p. 562 e.v.

12 Zie in dit verband ook W. Sniijders, “Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb)”, WPNR 1992/6074, die op p. 1001 schrijft over een ‘– voor wie dat refereert – analoge toepassing van bepalingen uit het BW’. Zie ook in deze zin in hetzelfde nummer van WPNR A.R. Bloembergen, ‘Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel’, WPNR 1992/6074, p. 955-958.

13 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 14.

14 Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 1016.

dat in de praktijk de gemengde rechtsleer en de gemeenschappelijke rechtsleer vaak tot dezelfde uitkomsten leiden. Dat draagt er wellicht aan bij dat de gemeenschappelijke rechtsleer niet alom als een nieuwe rechtsleer in Nederland is geaccepteerd.¹⁵

6. De emancipatie van het bestuursrecht

In het begin van dit venster gaf ik aan dat de voorvraag wat nu eigenlijk tot het domein van publiekrecht respectievelijk het privaatrecht behoort ook deel uitmaakt van de dogmatiek. Maar in de gemene en gemengde rechtsleer wordt daaraan niet expliciet aandacht besteed. Aan deze leren ligt echter wel een standpunt ten grondslag over het antwoord op deze vraag. In de meest traditionele visie over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht, de gemene rechtsleer, wordt het domein van het – algemeen toepasselijke – privaatrecht bepaald door het BW en alle aanverwante regelgeving waarin de verhouding tussen entiteiten die op basis van gelijkwaardigheid optreden is geregeld. Het publiekrecht is het domein waarin op basis van gezagsuitoefening, ontleend aan een expliciete wettelijke bevoegdheid, wordt opgetreden. In de gemengde rechtsleer klinkt deze opvatting door, maar is er ruimte om in de op basis van deze traditionele visie als publiekrechtelijk of privaatrechtelijk geïdentificeerde rechtsverhouding normen uit het andere domein toe te laten. De kwalificatie van een norm als ‘publiekrechtelijke norm’ die in een privaatrechtelijke verhouding zou kunnen worden toegepast, wordt als zodanig echter niet geïdentificeerd.

In de gemeenschappelijke rechtsleer verandert de kwalificatie van wat traditioneel tot het terrein van het publiekrecht en privaatrecht wordt gerekend. Zo betogen de Scheltema’s dat de onrechtmatige daadsactie, wanneer zij wordt ingezet door of tegen de overheid en het om schending van publiekrechtelijke regels gaat tot het domein van het publiekrecht moet worden gerekend. Ook voor een deel van het overeenkomstenrecht is dat volgens hen het geval. Scheltema en Scheltema staan in de onderscheiden gebieden van publiekrecht en privaatrecht een compleet stelsel voor van de door het desbetreffende rechtsgebied beheerste verhoudingen. De vraag is dan wel, wát nu bepalend is voor de vraag in welk rechtsgebied een rechtsverhouding moet worden geplaatst. Is dat het gegeven dat een van de partijen een overheid is? Of is dat een meer materiële benadering zoals gepropageerd door Van der Hoeven, besproken bij de gemengde rechtsleer, waarin de publieke taakvervulling van belang wordt geacht om een rechtsverhouding in het domein van het publiekrecht of het privaatrecht te plaatsen? Deze materiële benadering zou in de gemeenschappelijke rechtsleer een plaats kunnen krijgen, maar lijkt deze ook bij de Scheltema’s (nog) niet te hebben gevonden. Het mag duidelijk zijn dat in een dergelijke materiële benadering het domein van het publiekrecht nog veel verder zou worden uitgebreid.

¹⁵ Zie in dit verband G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Monografieën BW nr. 26a), hoofdstuk I, par. 4b-d, die voor een en ander de gemengde rechtsleer tot uitgangspunt neemt.

Daarmee kom ik ter afronding op de rode draad die in de ontwikkeling van de verschillende rechtsleren kan worden aangetroffen. Die rode draad is mijns inziens die van de emancipatie van het bestuursrecht. Het bestuursrecht heeft zich de afgelopen eeuw ontwikkeld tot een rechtsgebied dat veel omvangrijker en verfijnder is geworden. Dat heeft ook gevolgen gehad voor de plaatsbepaling van het publiekrecht ten opzichte van het privaatrecht en aldus het denken over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht sterk beïnvloed.

4. Over de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht

België

Christopher Borucki*

1. Drie vragen over verhouding tussen publiek- en privaatrecht

De grens tussen het publiek- en het privaatrecht is niet altijd scherp te trekken. De grijze zones tussen beide dwingen tot een dialoog. In het kader van die dialoog rijzen enkele vragen over de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht. Een eerste vraag is welk recht van toepassing is op de ‘overheid’ (een begrip waaraan steeds de vraag voorafgaat wat eronder valt¹). In wezen houdt deze eerste vraag in of een onderscheid tussen het publiek- en het privaatrecht wenselijk is. Verdragen de beginselen van de rechtsstaat wel dat de overheid aan andere regels onderworpen zou zijn dan burgers en zich zo ‘onttrekt’ aan het recht dat op allen van toepassing is? Of dwingen die beginselen vanwege de bijzondere aard van de overheid net soms tot andere, strengere regels?

Een tweede vraag is in welke mate de overheid ter realisering van haar ‘publieke taken’² een beroep kan doen op privaatrechtelijke instrumenten. Een concreet voorbeeld: is de overheid vrij om een privaatrechtelijk contract te sluiten ter formulering, tenuitvoerlegging en/of handhaving van haar beleid in het omgevingsrecht?³

Hoewel beide vragen van elkaar te onderscheiden zijn, is de ene beantwoorden zonder het antwoord op de andere te betrekken vrijwel onmogelijk. Of men meent dat de overheid al dan niet beperkt is tot één van beide rechtsgebieden om taken te vervullen, is onlosmakelijk verbonden met de visie die men erop nahoudt of er überhaupt een opdeling te maken is tussen rechtsgebieden waarin de overheid al dan niet valt.⁴

* C. (Christopher) Borucki is postdoctoraal onderzoeker aan het Instituut voor Verbintenissenrecht KU Leuven, UHasselt en aan het CE Center (steunpunt circulaire economie) van Vlaanderen Circulair.

- 1 De beantwoording van deze vraag valt buiten het beperkte bestek van deze bijdrage. Er bestaat geen alomvattende wettelijke definitie van het overheidsbegrip en er zijn vele manieren om het overheidsbegrip in te kleuren.
- 2 Ook dit begrip doet de vraag rijzen wat het inhoudt. Simplistisch uitgedrukt gaat het hier om de taken waarbij de overheid ‘als overheid’ optreedt, dat wil zeggen die taken waarbij zij niet (volledig) te vergelijken is met individuele burgers vanwege zaken als, bijvoorbeeld, het geweldsmonopolie. Hierbij is in het achterhoofd te houden dat het takenpakket van de overheid evolutief is.
- 3 Zie over het ‘bestemmingsplancontract’ S. Verbeyst, *De beleidsovereenkomst in het omgevingsrecht* (diss. KU Leuven), Antwerpen: Intersentia 2022.
- 4 In de visie dat de overheid steeds aan hetzelfde recht als de burger onderworpen zou moeten zijn, spreekt het vanzelf dat beide zich op dezelfde rechtsinstrumenten beroepen, die niet uit het ‘publiek-’ of uit het ‘privaatrecht’ komen, maar simpelweg uit het ‘recht’.

De twee voorgaande vragen zijn vooral geformuleerd vanuit het standpunt van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid (in figuurlijk taalgebruik gaat het om de ‘schildfunctie’ van het (publiek)recht). Zij zijn gericht op het gebruik van het recht door de overheid. Hieraan kan nog een derde vraag over het gebruik van het recht door de burger tegen de overheid worden toegevoegd (de ‘zwaardfunctie’). Is het recht dat de burger op de overheid van toepassing zou wensen te zien, altijd onverkort toepasbaar of dwingt de bijzondere aard van de overheid tot aanpassingen? Een concreet voorbeeld: zijn de privaatrechtelijke regels van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht integraal van toepassing wanneer de schadeverwekker een overheid is, of kan een rechter – bijvoorbeeld vanwege de scheiding der staatsmachten – zich niet zomaar uitspreken over begrippen als ‘zorgvuldigheid’ in deze context?⁵

2. Nederlandse visies op verhouding rechtsgebieden

Om de bovenstaande vragen te beantwoorden heeft de Nederlandse rechtsleer enkele visies op de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht ontwikkeld, die ook het Belgische recht hebben geïnspireerd.⁶ Zij lopen in grote lijnen uiteen van (1) een zuivere strekking, die een volstreekte scheiding tussen publiek- en privaatrecht vooropstelt, tot (2) een gemengde strekking, die spreekt van, enerzijds, overlapping en wederzijdse beïnvloeding tussen beide rechtsgebieden en, anderzijds, een gemeenschappelijke basis. Tussenposities tussen deze uitersten zijn: (3) de invullende strekking, die pleit voor een strikte scheiding tussen beide rechtstakken die slechts uitzonderlijk en gericht kan worden doorbroken (bijvoorbeeld bij een lacune in het publiekrecht), (4) de gemeenschappelijke strekking, die vertrekt van een vervlechting zonder absolute vermenging van beide rechtstakken alsook een gemeenschappelijke basis en (5) de gemene strekking, die uitgaat van een primauteit van het privaatrecht.⁷

3. Gemene strekking volgens Belgische wetgever

Waar valt het Belgische recht op dit spectrum? Tot voor kort was het antwoord op deze vraag enkel te vinden in rechtspraak en rechtsleer.⁸ In Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna ‘BW’) met algemene bepalingen, dat sinds 1 januari 2023 van kracht is, schenkt de wetgever zelf schijnbaar klare wijn. Artikel 1.1 lid 1 BW bepaalt: ‘[Het burgerlijk recht en ruimer het privaatrecht] is van algemene toepassing onder voorbehoud van de regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag’.

5 Zie over deze vraag F. Auvray, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid* (diss. KU Leuven), Antwerpen: Intersentia 2023.

6 Zie over deze inspiratie onder meer F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak* (diss. UGent), Brugge: die Keure 2004, p. 102, nr. 90; S. Lierman, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 27.

7 Zie hierover venster 4 van Nederland.

8 Zie als voorbeeld K. Leus, ‘Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten’, in: *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008* (Gandaius), Mechelen: Kluwer 2008.

De wetgever herhaalt in de toelichting van deze bepaling meermaals dat het privaatrecht als het algemene recht te beschouwen is, waarvan het publiekrecht als bijzonder recht afwijkt.⁹ Het privaatrecht kan dus worden beschouwd als een *lex generalis*, waarop specifieke publiekrechtelijke regels (i.e., wetgeving, beginselen, etc.) als *lex specialis* kunnen primeren. De wetgever benadrukt dat de afwijkende publiekrechtelijke regels geenszins op restrictieve wijze moeten worden uitgelegd.¹⁰

De verwoordingen van artikel 1.1 lid 1 BW en van de toelichting doen geloven dat de Belgische wetgever met het vernieuwde Burgerlijk Wetboek de gemene strekking huldigt. Het publiek- en het privaatrecht zijn volgens deze strekking wel autonoom ten opzichte van elkaar, maar zij staan niet op gelijke voet.

4. Motivering van wetgever

De wetgever motiveert zijn standpunt door te overwegen dat er geen fundamenteel verschil bestaat tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen waardoor die laatste uit principe en *a priori* uitgesloten zouden kunnen worden van het toepassingsgebied van het privaatrecht. Dit volgt volgens de wetgever onder meer uit het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie.¹¹ De principiële gelijkheid ziet de wetgever in drie concrete voorbeelden.

Ten eerste zijn de regels van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht volgens het Hof van Cassatie ook van toepassing op de staat en de overige publiekrechtelijke rechtspersonen onder voorbehoud van de afwijkingen die gerechtvaardigd zijn vanwege hun bijzondere aard. Ten tweede vallen contracten met de overheid in principe onder het algemene contractenrecht¹², onverminderd de bijzondere regels over overheidsopdrachten en concessies. Ten derde zijn publieke goederen in beginsel onderworpen aan het privaatrecht (zie in dit opzicht ook art. 3:45 BW).

5. Wetgevende antwoorden op vragen in inleiding

Met deze motivering beantwoordt de wetgever in algemene zin¹³ de drie in de inleiding uiteengezette vragen: (1) onder meer het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en non-discriminatie houdt in dat voor de overheid niet zomaar af-

9 Amendementen van 10 februari 2022 bij het wetsvoorstel houdende Boek 1 'Algemene bepalingen' van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer 2021-2022*, nr. 55-1805/3, p. 4 (amendement nr. 3) (hierna verkort geciteerd als 'Amendement 3'), p. 5-6.

10 Amendement 3, p. 6.

11 Amendement 3, p. 4-5.

12 Zie in dit opzicht ook de toelichting bij art. 5.13 BW dat bepaalt dat de bepalingen van Boek 5 over het contractenrecht de algemene regels voor alle contracten bevatten, ook contracten met de overheid, memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 'Verbintenissen' van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 55-1806/1, p. 22-23.

13 Een kanttekening: in specifieke wetgeving kan de wetgever zich ook uitspreken over deze vragen. Zo kan de wetgever, bijvoorbeeld, een expliciete wettelijke machtiging aan de overheid geven om zich te bedienen van het privaatrecht (bijvoorbeeld, de Vlaamse machtiging om burgerrechtelijke brownfieldconvenanten te sluiten). Omgekeerd kan de wetgever ook uitdrukkelijk bepalen dat de overheid een privaatrechtelijke grondslag niet mag gebruiken (bijvoorbeeld, de federale uitsluiting van brandweerkosten van schadeloosstelling op basis van de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid).

zonderlijke regels gelden, (2) de overheid mag in beginsel gebruikmaken van privaatrechtelijke instrumenten (bijvoorbeeld, een contract), zij het dat er bijzondere regels kunnen gelden en (3) vorderingen van burgers tegen de overheid kunnen op een privaatrechtelijke grondslag worden gesteund, zij het dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere aard van publiekrechtelijke rechtspersonen.

6. ‘Uitoefening openbaar gezag’ als afbakeningscriterium

De wetgevende antwoorden op de vragen zijn dus genuanceerd en nemen de vorm ‘ja in beginsel, maar’ aan. Hoewel als uitgangspunt geldt dat het privaatrecht van toepassing is, legt de wetgever voorzichtigheid aan de dag en bouwt die een algemeen voorbehoud in dit toepassingsgebied in. Het privaatrecht is van toepassing ‘onder voorbehoud van de regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag.’ Minstens¹⁴ omvatten die regels de ‘algemene beginselen van het grondwettelijk recht en van het administratief recht, alsook de wetten van de openbare dienst’.¹⁵ In het algemeen acht de wetgever het criterium ‘uitoefening van het openbaar gezag’ in staat om ‘de respectieve domeinen van het privaatrecht en van het publiekrecht te bepalen’.¹⁶

7. Mogelijke moeilijkheden afbakeningscriterium

De wetgever vond de inspiratie voor dit afbakeningscriterium in artikel 2 van het Wetboek van internationaal privaatrecht (hierna ‘Wetboek IPR’), dat op zijn beurt afkomstig zou zijn uit Unierechtelijke wetgeving.¹⁷ Daarom beschouwt de wetgever de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie als richtinggevend. Dit Hof werkte het begrip ‘uitoefening van het openbaar gezag’ uit om het materiële toepassingsgebied van de Unierechtelijke wetgeving in ‘burgerlijke en handelszaken’ te kunnen bepalen. De wetgever haalt deze rechtspraak als volgt aan:¹⁸

- De uitoefening van het openbaar gezag wordt gekenmerkt ‘door gebruikmaking van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels’.
- Daarnaast ‘volstaat het openbare doel van bepaalde activiteiten op zich niet om die activiteiten als *acta jure imperii* te kwalificeren, voor zover zij niet gepaard gaan met de uitoefening van bevoegdheden die buiten het bestek van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels vallen’.

14 De wetgever hanteert de term ‘met name/notamment’, die wordt gebruikt om één of meer zaken uit een groter aantal te noemen.

15 Amendement 3, p. 6.

16 Amendement 3, p. 6 (‘preciseren’) en p. 7 (‘afbakening’).

17 De wetgever geeft aan dat de uitdrukking afkomstig is uit Unierechtelijke instrumenten en verwijst als voorbeeld naar Verordening (EU) nr. 1215/2012. Deze uitdrukking van het internationaal privaatrecht is echter ouder (zie, bijvoorbeeld, het verdrag tussen België en Oostenrijk van 16 juni 1959, dat ouder is dan het verdrag van Brussel van 1968).

18 Amendement 3, p. 7, met verwijzing naar HvJ EU 25 maart 2021, C-307/19, ECLI:EU:C:2021:236 (*Obala i lučice*), § 62, 64 en 65. De door de wetgever aangehaalde letterlijke citaten uit de rechtspraak van het Hof van Justitie komen niet sluitend overeen met de Nederlandstalige versie van het arrest in kwestie (C-307/19), zoals die hierna is opgenomen. Wellicht werd de toelichting bij amendement 3 eerst in het Frans opgesteld, waarna deze naar het Nederlands werd vertaald.

- Om te bepalen of er sprake is van het privaatrecht of van het publiekrecht moet ‘de rechtsbetrekking tussen de procespartijen en het voorwerp van het geschil worden vastgesteld ofwel de grondslag van de vordering en de wijze waarop die wordt ingesteld’.

De vraag rijst of dit criterium voldoende werkzaam is. Het is ten eerste wat onbepaald, omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie enkele – voor de Belgische doelstelling van afbakening – circulaire elementen vertoont. Een circulair element is, bijvoorbeeld, de verwijzing naar bevoegdheden die buiten het bestek van de op betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels vallen. Bepalen wat dat ‘bestek’ omvat, vraagt al om de analyse van wat uitsluitend tot het publiekrecht behoort en wat tot het privaatrecht, hetgeen net de afbakening is die de Belgische wetgever voor ogen heeft. Ten tweede heeft het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ (wat voor de doelstelling van art. 1.1 BW het antoniem is van zaken waarin het openbaar gezag wordt uitgeoefend) een autonome Unierechtelijke betekenis. Het mag, in de toepassing van de Unierechtelijke wetgeving, niet worden uitgelegd volgens het recht van de ene of de andere betrokken lidstaat.¹⁹ Hierdoor rijst de vraag of deze autonome betekenis voldoende is toegespitst op de Belgische context om zonder meer te kunnen worden ‘gekopieerd’ naar het Belgische burgerlijk recht. Een aanzet tot antwoord op deze vraag is te vinden in de manier waarop het autonome begrip op het niveau van de EU wordt vormgegeven. Het autonome begrip moet mede worden uitgelegd aan de hand van de algemene beginselen die voortvloeien uit de nationale rechtsordes, waartoe ook België behoort. Minstens op het algemene niveau is het begrip dus ook ‘Belgisch’. Ten derde, aanvullend op het vorige punt, kan het ‘autonome’ begrip ook net te veel toegespitst zijn op de Belgische context. De Europese autonomie is deels een fictie. De nationale context (i.e., de in een lidstaat als ‘publiekrechtelijke’ of ‘privaatrechtelijke’ gekwalificeerde achtergrond van een zaak) is niet zonder belang, waardoor voor de afbakening (gedeeltelijk) wordt terugverwezen naar het Belgische recht.²⁰ Dit hoeft niet problematisch te zijn. Het is goed om in het achterhoofd te houden dat het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ ouder is dan de Unierechtelijke wetgeving²¹ en dat het Wetboek IPR een algemene (ook niet-EU) draagwijdte heeft. Beide elementen maken dat het Belgische recht mogelijk al een eigen invulling van het begrip kent. Ten vierde blijft het afbakeningscriterium op het niveau van de EU zelf niet gespeend van kritiek. Het Hof van Justitie heeft van geval tot geval vormgegeven aan het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’, wat ‘noodzakelijkerwijze [heeft] geleid tot een casuïstische invulling van dat begrip en tot een sporadisch gebrek aan rechtszekerheid in grensgevallen’.²²

19 HvJ EG 14 oktober 1976, C-29/76, ECLI:EU:C:1976:137 (*LTU/Eurocontrol*), § 5.

20 Zie in dit opzicht treffend concl. A-G Bobek, ECLI:EU:C:2020:971, bij HvJ EU 25 maart 2021 (*Obala i lučice*), § 65, waarin de A-G spreekt van de ‘eenhoorn’ (i.e., de fictie) van een echt autonome begripsinvulling.

21 Zie eerder voetnoot 18.

22 Concl. A-G Bobek, ECLI:EU:C:2020:971, bij HvJ EU 25 maart 2021 (*Obala i lučice*), § 41.

8. Grenzen ‘tweewegenleer’ vanuit publiekrechtelijke doctrine

Het is nuttig om, afsluitend, wat langer stil te staan bij de tweede vraag: de vraag naar het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Door te bepalen dat de overheid in de regel gebruik kan maken van privaatrechtelijke instrumenten sluit de wetgever met artikel 1.1 lid 1 BW aan bij de ‘tweewegenleer’, die volgens een meerderheid van de rechtsleer naar Belgisch recht geldt. De overheid kan kiezen tussen de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg.²³ De overheid hoeft daartoe niet uitdrukkelijk door de wet te worden gemachtigd. De inburgering van de twee-



wegenleer in België is niet volledig onbetwist. Een gedeelte van de rechtsleer meent dat het gebruik van het privaatrecht, zoals elke overheidsbevoegdheid, steun moet vinden in de wet en daarom slechts mogelijk is wanneer dat uitdrukkelijk zo is bepaald.²⁴ Dit standpunt is gebaseerd op het legaliteitsbeginsel. Artikel 1.1 lid 1 BW bevat een impliciete, algemene machtiging om het privaatrecht te gebruiken.

Deze vrijheid is echter niet absoluut. In de publiekrechtelijke doctrine zijn enkele grenzen terug te vinden. De overheid mag in haar keuze om zich op het privaatrecht te beroepen niet: (1) in strijd handelen met dwingend recht of algemene rechtsbeginselen, (2) de rechtzoekende essentiële waarborgen ontnemen, (3) eigen bevoegdheden overdragen, noch die van andere overheden miskennen of (4) de eigen beoordelingsvrijheid

beperken.²⁵ Deze beperkingen moeten vermijden dat de overheid publiekrechtelijke waarborgen omzeilt (cfr. de ‘schildfunctie’). Wat de overheid bij strikt publiekrechtelijk optreden niet kan, mag zij niet bereiken via privaatrechtelijk optreden.

Aan deze grenzen besteedt de ‘privaatrechtelijke’ wetgever geen expliciete aandacht. Wel overweegt de wetgever in het algemeen dat artikel 1.1 lid 1 BW de toepassing van de regels eigen aan het overheidsoptreden niet ter discussie stelt.

23 S. Lierman e.a., ‘Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht’, in: *Preadviezen 2015*, Den Haag: Boom Juridisch 2015, p. 16.

24 Zie hierover, bijvoorbeeld, D. D’Hooge & F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge: die Keure 2003, p. 21, nr. 28, die schrijven dat de tweewegenleer niet vanzelfsprekend is.

25 W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen: Kluwer 1984, p. 79; Vandendriessche 2004, p. 104-118, nrs. 92-105; Lierman 2015, p. 8.

Hieruit vloeit voort dat als het publiekrecht als *lex specialis* voorrang moet krijgen, deze regels eigen aan het overheidsoptreden ook werkelijk voorrang moeten krijgen. Er wacht ons een interessante toekomst waarin de publiekrechtelijke doctrine zich ongetwijfeld over deze privaatrechtelijke ontwikkelingen zal buigen.

9. Voer voor verder onderzoek

Boek 1 van het vernieuwde Burgerlijk Wetboek is kersvers. Nieuwe wetgeving beantwoordt openstaande vragen, maar kan op zijn beurt ook nieuwe vragen in het leven roepen. Enkele vragen die rijzen en die kunnen dienen als startpunt voor verder onderzoek zijn de volgende:

- Is de gemene strekking werkelijk de geldende visie op de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht geworden? Of zorgt de uitgebreide aandacht voor de eigenheid van het publiekrecht ervoor dat het Belgische recht toch nauwer aansluit bij de gemengde strekking, waarin het publiekrecht niet zomaar een ‘uitzonderingsrecht’ is?
- Is het afbakeningscriterium ‘uitoefening van het openbaar gezag’ voldoende werkbaar? Hoe is dit criterium concreet in te vullen in de Belgische, nationaalrechtelijke context? Introduceert de Belgische wetgever hiermee ook Unierechtelijke moeilijkheden?
- Blijven de publiekrechtelijke grenzen aan de tweewegenleer onverkort gelden? Worden zij verlegd?

5. Verhouding burgerlijke rechter en bestuursrechter volgens de rechtspraak

Nederland

Rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter

Tijn Kortmann*

1. Rechtsmachtverdeling in dialoog

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter en de verdeling van de rechtsmacht tussen beide rechters houdt de Nederlandse juristen al meer dan een eeuw bezig.¹ Sommigen vinden het een leuke puzzel, anderen is het een doorn in het oog dat zoveel tijd wordt besteed aan de vraag welke rechter oordeelt over een geschil tussen overheid en burger. Tijd die ook had kunnen worden besteed aan de materiële beslechting van het geschil. Helaas is ook anno 2023 de puzzel nog niet volledig gelegd. Advocaten en lagere rechters verslikken zich nog met enige regelmaat in de subtiële rechtspraak over de rechtsmachtverdeling, die door de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters, de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, het College van beroep voor het bedrijfsleven, de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad als belastingrechter is ontwikkeld. Zoals hierna zal blijken heeft dat mede te maken met de geleidelijke uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter, zoals op het terrein van de schadevergoeding, naast de zeer ruime bevoegdheid van de burgerlijke rechter.² Telkens is dan de vraag of de burgerlijke rechter het betreffende deelterrein vanaf dat moment overlaat aan zijn bestuursrechtelijke collega, of dat hij toegang blijft verlenen naast de gecreëerde toegang tot de bestuursrechter. Omdat in Nederland, anders dan in België en Frankrijk, geen rechter is aangewezen om bevoegdheidsconflicten te beslechten, vindt de rechtsmachtverdeling plaats in een rechterlijke dialoog tussen burgerlijke en bestuursrechter.

* C.N.J. (Tijn) Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

- 1 Zonder pretentie van volledigheid verwijs ik naar de – deels historische – beschrijvingen in: J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, C.A.J.M. Kortmann c.s., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra & R.J.B. Schutgens, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (band 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), s.n. 1987, J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999 en A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.
- 2 Zie hierover de bijdragen van Schreuder-Vlasblom, Koenraad en Van Maanen, in: *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, nrs. 1-3 en het beroemde arrest *Guldemon/Noordwijkerhout*, dat in par. 4 wordt belicht.

2. Kern van de materie

Het vraagstuk van de verdeling van rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter maakt onderdeel uit van het thema rechtsbescherming tegen overheidsoptreden. Het gaat om die zaken waarin de burger zich tot de rechter wendt omdat hij meent dat de overheid jegens hem heeft opgetreden, optreedt of dreigt op te treden zonder daartoe bevoegd te zijn of met veronachtzaming van de grenzen die het recht aan de uitoefening van die bevoegdheid stelt. Kort gezegd: het gaat om rechtsvorderingen van de burger tegen het openbaar bestuur.

Omdat de Nederlandse bestuursrechter niet bevoegd is om alle vormen van overheidsoptreden te beoordelen, maar hoofdzakelijk bestuursbesluiten,³ is de burger in een groot aantal zaken aangewezen op de rechtsbescherming van de burgerlijke rechter.⁴ In die zaken speelt de problematiek van de rechtsmachtverdeling niet. Dat is wel het geval als de bestuursrechter (ook) rechtsbescherming kan bieden, namelijk als de burger opkomt tegen een appellabel besluit of een andere handeling die voor beroep op de bestuursrechter vatbaar is.⁵ Dan ziet de burgerlijke rechter, die in die gevallen eveneens bevoegd is,⁶ zich gesteld voor de vraag of hij naast de bestuursrechter rechtsbescherming wil bieden.

3. De twee hoofdregels

De problematiek van de rechtsmachtverdeling kan worden beschouwd als een boom, waarvan de stam bestaat uit een tweetal hoofdregels. De loten aan die stam zijn de verschillende deelterreinen waarop die hoofdregels toepassing vinden. Deze loten behoeven in dit thema geen bespreking, omdat zij elders in deze canon aan bod komen.⁷ Wij beperken ons hier tot de hoofdvraag, namelijk in hoeverre de burgerlijke rechter bereid is rechtsbescherming te bieden als partijen een geschil hebben over een appellabel bestuursbesluit.

De eerste hoofdregel is dat de burgerlijke rechter, ofschoon bevoegd, de burger niet-ontvankelijk verklaart, indien hij vindt dat de bestuursrechter voldoende rechtsbescherming kan bieden of had kunnen bieden (het ontvankelijkheidsbeleid). Men zegt wel dat de burgerlijke rechter in die situatie formeel bevoegd, maar materieel onbevoegd is.⁸ In het verlengde van die hoofdregel is een tweede hoofdregel ontwikkeld, die inhoudt dat de burgerlijke rechter besluiten waarover

3 De Algemene wet bestuursrecht definieert het (bestuurs)besluit als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Zie art. 1:1 en 1:3 Awb.

4 Denk aan feitelijk overheidshandelen of overheidshandelen krachtens privaatrecht, bijvoorbeeld eigendom of contract. Zie hiervoor de vensters 2 en 6. Ook algemene regels zijn uitgesloten van rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

5 In het vreemdelingenrecht zijn ook feitelijke handelingen ten aanzien van de vreemdeling als zodanig vatbaar voor bezwaar en beroep. Het ambtenarenrecht kent een vergelijkbare uitbreiding.

6 Zie hierna par. 4.

7 Toetsing van wetgeving in de vensters 7 en 8, Collectieve actie in venster 9, Contractenrecht in venster 11 en schadevergoeding en nadeelcompensatie in de vensters 13 en 14.

8 De burger verkrijgt bij een niet-ontvankelijkheid immers geen inhoudelijke beoordeling van zijn geschil.

de bestuursrechter bevoegd is te oordelen, in beginsel als rechtmatig beschouwt zolang zij niet zijn vernietigd of herroepen (de leer van de formele rechtskracht). De tweede hoofregel wordt met name toegepast in situaties waarin de burgerlijke rechter oordeelt over schadeplichtigheid van de overheid in geval van vernietiging van bestuursbesluiten.⁹ Ook speelt de tweede hoofdregel een rol in zaken waarin weliswaar sprake is van een appellabel bestuursbesluit, maar het geschil betrekking heeft op (niet-appellabel) feitelijk overheidshandelen, bijvoorbeeld op handelingen in de aanloop naar een besluit¹⁰ of ter uitvoering ervan.¹¹



Met deze twee hoofdregels, die hieronder nader worden uitgewerkt, wil de Hoge Raad voorkomen dat (i) de burgerlijke rechter en bestuursrechter verschillend oordelen over dezelfde of vergelijkbare vragen, (ii) de burgerlijke rechter een oordeel moet geven op een terrein waarop de bestuursrechter gespecialiseerd is en (iii) te lang onzekerheid blijft bestaan over de rechtsgeldigheid van het betrokken besluit.

4. Het (grond)wettelijke systeem en de rechtspraak

De problematiek van de Nederlandse rechtsmachtverdeling is terug te voeren tot een grondwetsartikel, dat intern niet erg coherent is.¹² Artikel 112 lid 1 Grondwet (Gw) bepaalt dat aan de rechterlijke macht de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen is opgedragen.¹³ In een aantal beroemde arresten uit de eerste helft van de twintigste eeuw heeft de Hoge Raad deze bepaling¹⁴ zo uitgelegd dat de burgerlijke rechter steeds bevoegd is als de burger stelt dat de overheid jegens hem handelt in strijd met het recht, of dat nu privaat-

9 In die zaken is intussen sprake van een deels overlappende materiële bevoegdheid van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Zie hierna par. 5.

10 Denk aan voorlichting of belofte aan de aanvrager van een vergunning.

11 Denk aan de toepassing van bestuursdwang of de uitvoering van een vergund project.

12 Zie Van Angeren 2022, hoofdstuk 1 en 3 en Kortmann e.a. 2021, par. 9.6.2.

13 Het voorwerp van de vordering, ofwel het *objectum litis* bepaalt dus zijn bevoegdheid, ongeacht de hoedanigheid van de procespartijen.

14 Die toen overigens nog niet in de Grondwet stond, maar in de wet op de Rechterlijke Organisatie (art. 2 RO).

recht of publiekrecht is.¹⁵ Artikel 112 lid 2 Gw bepaalt dat de wet de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan ook aan gerechten kan opdragen die niet tot de rechterlijke macht behoren. En dat is ook gebeurd: steeds meer geschillen over bestuursbesluiten zijn de afgelopen eeuw opgedragen aan de diverse bestuursrechters.¹⁶ De burgerlijke rechter heeft daarin echter geen reden gezien om een andere uitleg te geven aan artikel 112 lid 1 Gw, met als resultaat dat zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter bevoegd zijn als de burger een bestuursbesluit bestrijdt.¹⁷

Ondanks de ruime uitleg van zijn eigen bevoegdheid heeft de Hoge Raad aanleiding gezien om zijn rechtsmacht ten opzichte van de bestuursrechter af te grenzen. Dat doet hij door een (buitenwettelijk) ontvankelijkheidsbeleid te voeren dat hiervoor, in paragraaf 3, als de eerste hoofdregel is aangeduid.¹⁸ De meest principiële toepassing van dit beleid is zichtbaar in het *Changoe*-arrest uit 1992.¹⁹ Dat arrest is met name principieel, omdat de bevoegdheid van de ambtenarenrechter²⁰ in Nederland zo ruim is dat er voor de burgerlijke rechter in principe geen aanleiding is aanvullende rechtsbescherming te bieden. Toch verklaarde hij zich niet onbevoegd, maar volstond hij met de niet-ontvankelijkverklaring van de ambtenaar Changoe. Zo houdt de burgerlijke rechter de – soms wat theoretische – mogelijkheid om rechtsbescherming te bieden als de bestuursrechter die taak onvoldoende vervult of kan vervullen. In de praktijk gaat het bij de toepassing van deze hoofdregel nog wel eens mis, ofwel omdat partijen of de rechter zich onvoldoende bewust zijn van de rechtsbescherming die de bestuursrechter kan of had kunnen bieden, ofwel omdat onduidelijk is of de rechtsbescherming die de bestuursrechter kan bieden, voldoende is.²¹ Dat is met name pijnlijk als een burger bij de burgerlijke rechter procedeert en aan het eind van de rit met een veroordeling in de proceskosten niet-ontvankelijk wordt verklaard.²²

15 Het befaamde startpunt van deze lijn is HR 31 december 1915, *AB Klassiek* 2022, nr. 2, m.nt. Konijnenbelt (*Guldemondd Noordwijkerhout*). Het eeuwfeest van dit arrest was de aanleiding voor de al genoemde bundel over *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*. Er zijn enkele uitzonderingen in de politieke sfeer die hier onbesproken kunnen blijven. Zie de bijdrage van Bovend'eert aan de genoemde bundel.

16 Aanvankelijk behoorden geen van deze bestuursrechters, die doorgaans bevoegd waren op een specifiek terrein van het bestuursrecht, tot de rechterlijke macht. Daar is in 1994 verandering in gekomen. Zie het slot van par. 7.

17 In geschillen over het ambtenarenrecht sprak de burgerlijke rechter nog wel eens een onbevoegdheid uit, maar dat is verleden tijd sinds het zo dadelijk te bespreken *Changoe*-arrest.

18 De afgrenzing met de strafrechter geschiedt overigens met dezelfde hoofdregel. Zie HR 28 september 2018, *JB* 2018/199, m.nt. Schlössels (*Nabestaanden Mitch Henriquez*).

19 HR 28 februari 1992, *NJ* 1992/687, m.nt. MS, *AB* 1992/301, m.nt. FHvdB, r.o. 3.2 (*Changoe*). Ambtenaar Changoe vorderde vergoeding van wettelijke rente en proceskosten na ten onrechte ingehouden salaris.

20 Destijds ondergebracht in een afzonderlijk ambtenarengerecht, sinds 1994 als bijzondere bestuursrechter geïntegreerd in de rechterlijke macht.

21 Met name bij overheidscontracten en de toetsing van algemeen verbindende voorschriften doet zich dit voor.

22 HR 3 juni 2016, *AB* 2016/268 (*Instellingscollegegeld*) en HR 20 januari 2017, *AB* 2017/171 (*Alcoholslot-programma*), beide m.nt. Kortmann en Van Ommeren. Meestal stranden dit soort zaken overigens bij rechtbank of gerechtshof, waarna de burger er het bijltje bij neergooit.

5. Formele rechtskracht

Er zijn enkele terreinen waarop de burgerlijke rechter, ondanks bevoegdheid van de bestuursrechter, eisers toch ontvankelijk verklaart. Het belangrijkste terrein is dat van het besluiten aansprakelijkheidsrecht. In 1994 kende de wetgever in artikel 8:73 Awb (oud) aan de bestuursrechter een algemene bevoegdheid toe om het bestuursorgaan bij een gegrond beroep te veroordelen tot vergoeding van de schade die de burger als gevolg van het onrechtmatig bevonden besluit leed. Uit de wettekst en de parlementaire geschiedenis bleek dat deze bevoegdheid dubbel facultatief was. Het stond de burger vrij om al dan niet een schadeverzoek te doen en het stond de bestuursrechter vrij om op een schadeverzoek al dan niet te beslissen. Daaruit leidde de burgerlijke rechter af dat hij (materieel) bevoegd bleef: de burger die stelt dat hij schade heeft geleden door een onrechtmatig bestuursbesluit, verkrijgt van de burgerlijke rechter een inhoudelijk oordeel over zijn vordering.²³

Toch bakent ook hier de burgerlijke rechter zijn rechtsmacht ten opzichte van de bestuursrechter af. Bij de beoordeling van de vordering onthoudt hij zich van een oordeel over de rechtmatigheid van het betrokken besluit. Is tegen het besluit succesvol bezwaar of beroep ingesteld, dan houdt de burgerlijke rechter dat besluit in beginsel voor onrechtmatig.²⁴ Is tegen dat besluit geen (of tevergeefs) beroep ingesteld bij de bestuursrechter dan houdt de burgerlijke rechter dat besluit in beginsel voor rechtmatig. Deze ‘formele rechtskracht’ geldt zelfs als vaststaat, dat als de burger wel bezwaar of beroep had ingesteld tegen het besluit, dit besluit zou zijn herroepen of vernietigd.²⁵ In de rechtspraak zijn op deze tweede hoofdregel enkele uitzonderingen aanvaard, die er in essentie op neerkomen dat van de burger redelijkerwijs niet verwacht kon worden om tegen het besluit beroep in te stellen, bijvoorbeeld omdat het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit heeft erkend.²⁶ Die uitzonderingen worden echter, anders dan bijvoorbeeld in het Duitse recht, zeer restrictief uitgelegd. Het leerstuk wordt daardoor regelmatig als (te) knellend ervaren, wat advocaten en rechters verleidt de grenzen van het leerstuk op te zoeken.²⁷

Artikel 8:73 (oud) Awb is in 2013 vervallen bij de invoering van titel 8.4 Awb, die voorziet in een schadeverzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter voor de beslechting van geschillen over schade als gevolg van een onrechtmatig besluit. Die titel bevat de enige bepaling, artikel 8:89 Awb, waarin de verdeling van rechtsmacht wettelijk is geregeld. Artikel 8:89 Awb heeft de overlappende rechtsmacht

23 HR 17 december 1999, NJ 2000/87, m.nt. ARB onder 88, AB 2000/89, m.nt. PvB. De Hoge Raad trok deze lijn zelfs door naar het ambtenarenrecht. Zie HR 15 november 2002, NJ 2003/617, m.nt. MS, AB 2003/95, m.nt. PvB (*Staat/Zevenbergen*). Door de – zo dadelijk te bespreken – invoering van titel 8.4 Awb in 2013 hebben deze arresten aan belang ingeboet.

24 HR 24 februari 1984, AB *Klassiek* 2022, nr. 6, m.nt. Schueler (*St. Oedenrode/Driessen*).

25 HR 16 mei 1986, AB *Klassiek* 2022, nr. 8, m.nt. Polak (*Heesch/Van den Akker*).

26 Zie de bespreking van Van de Sande en Franssen van HR 19 juni 2015 (*Overzee/Zoeterwoude*) in JB *Select* 2019, nr. 24.

27 Spannende recente voorbeelden zijn te vinden in twee uitspraken waarin rechtbanken een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aannamen ten gunste van slachtoffers van de Toeslagenaffaire. Zie Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1459 en Rb. Rotterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3475.

van bestuursrechter en burgerlijke rechter deels opgeheven, maar deels ook in stand gelaten. De leer van de formele rechtskracht is daardoor nog steeds relevant.²⁸

6. **Vrijwarende werking van besluiten met formele rechtskracht**

Formele rechtskracht is in de praktijk een effectief middel voor overheden om zich tegen schadevorderingen te verweren. Dat roept de vraag op of ook burgers zich op dit leerstuk kunnen beroepen. Stel dat de eigenaar van een naburig perceel tegen de houder van een onherroepelijke omgevingsvergunning een vordering instelt om de vergunde activiteit te staken, kan de vergunninghouder zich dan verweren met het argument dat deze eigenaar de vergunning bij de bestuursrechter had moeten aanvechten? Neen, zo luidde het antwoord van de Hoge Raad in 1972 in het arrest *Kraaien en Roeken*. Volgens de Hoge Raad is de houder van een Hinderwetvergunning niet gevrijwaard van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zelfs niet als een bestuursrechtelijk bezwaar of beroep tegen die vergunning is verworpen.²⁹ Overigens kan het handelen overeenkomstig een vergunning wel een aanwijzing zijn dat niet onrechtmatig wordt gehandeld. Dat hangt af van het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust en of en zo ja, in hoeverre de individuele belangen van derden zijn meegewogen in de belangenafweging die aan dat vergunningstelsel ten grondslag ligt. Indien deze belangen inderdaad zijn betrokken bij de vergunningverlening ligt onrechtmatig handelen jegens deze derden bij gebruikmaking van de vergunning minder voor de hand. Blijft staan dat ook in zo'n geval de vergunning de houder niet vrijwaart van aansprakelijkheid. Zo kunnen er bij de vergunningverlening kenbare fouten zijn gemaakt, of kan er sprake zijn van veranderde omstandigheden en inzichten.³⁰

7. **Vooruitblik**

Twee rechters die bevoegd zijn te oordelen over één en hetzelfde bestuursbesluit: dat kan problematisch zijn. Dankzij de twee hoofdregels zijn de moeilijkheden overigens wel afgenomen, zeker na de invoering van de Awb in 1994 en de aanvulling van de Awb in 2013 met een wettelijke bepaling over rechtsmachtverdeling bij schadezaken.³¹ Het ligt echter niet in de lijn der verwachting dat geschillen over rechtsmachtverdeling op korte termijn geheel tot het verleden zullen gaan behoren. Drie punten verdienen daarbij de aandacht.

28 Het leerstuk wordt overigens binnen de bestuursrechtelijke kolom ook toegepast, maar dat heeft met rechtsmachtverdeling weinig te maken.

29 HR 10 maart 1972, NJ 1972/278, m.nt. GJS (*Vermeulen/Lekkerkerker*). In gelijke zin HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418, m.nt. CJHB, JB *Select* 2019, nr. 31, m.nt. Nijmeijer (*Ludlage/Van Paradijs*), HR 16 juni 2017, AB 2018/117, m.nt. Van Ravels en Kortmann (*Pluimveebedrijf Groesbeek*).

30 Recent oordeelde de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2023:8987) dat Chemours zich niet kan beroepen op de vrijwarende werking van haar vergunning omdat zij het bevoegd gezag onvoldoende had ingelicht over de mogelijke risico's van de uitstoot van PFAS en haar eigen zorgen daarover.

31 Zie par. 5.

Ten eerste is niet denkbeeldig dat de bevoegdheid van de bestuursrechter de komende jaren nog verder wordt uitgebreid. Rechtstreekse toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter wordt al vele jaren bepleit, en ook de roep om de bestuursrechter te laten oordelen over feitelijk handelen dat het besluit ‘omringt’, voorbereiding en uitvoering, klinkt nog steeds. Als de burgerlijke rechter op deze ontwikkelingen, mochten zij tot verdere wasdom komen, de eerste hoofdregel toepast en zijn rechtsmacht navenant verkleint, zullen er nieuwe grenslijnen bepaald moeten worden.

Ten tweede is een tendens zichtbaar om de reikwijdte van de formele rechtskracht in te perken. Pleidooien in die richting zijn te vinden in de VAR-preadviezen van mei 2019.³² Twee maanden later beantwoordde de Hoge Raad prejudiciële vragen over de Groningse aardbevingsschade, waarin hij de formele rechtskracht van de winningsbesluiten in die zaken sterk relativeerde.³³

Tot slot is er de invloed van het Unierecht. Deze is op het eerste gezicht opmerkelijk, omdat het Unierecht de procedurele autonomie van lidstaten respecteert. Die autonomie mag echter de toepassing van het Unierecht niet te veel belemmeren (effectieve doorwerking), noch afbreuk doen aan de bescherming van burgers tegen schendingen van Unierecht (effectieve rechtsbescherming). Ten aanzien van de vrijwarende werking van vergunningen overwoog het Hof van Justitie in 2017 dat de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn zich verzet tegen een nationale bepaling die schade als gevolg van een vergunde activiteit uitzondert van het begrip ‘milieuschade’.³⁴ Weliswaar speelde die zaak in Oostenrijk, en kent het Nederlandse recht zo’n wettelijke bepaling niet, maar het arrest laat zien dat het inperken van aansprakelijkheid voor schendingen van Unierecht door het Hof met argusogen wordt bekeken. In lijn daarmee overwoog het Hof van Justitie in 2022 dat het Unierecht weliswaar niet in de weg staat aan de toepassing van een nationale regeling op grond waarvan een particulier geen recht heeft op schadevergoeding wanneer hij opzettelijk of door nalatigheid heeft verzuimd om de schade te voorkomen en geen rechtsmiddel heeft aangewend, maar dit geldt op voorwaarde dat de aanwending van dat rechtsmiddel geen onnodige moeilijkheden meebrengt en redelijkerwijs van de benadeelde persoon kan worden verlangd.³⁵

Een radicale oplossing voor de problematiek van de rechtsmachtverdeling zou de volledige integratie van de bestuursrechters in de rechterlijke macht zijn. De vraag welke rechter welke zaak beoordeelt, wordt dan een interne kwestie binnen de rechtbank, in plaats van een bevoegdheids- of ontvankelijkheidsvraag. Die integratie moet dan wel verder gaan dan het opdragen van de bestuursrechtspraak

32 J.E.M. Polak, T.N. Sanders, A.M. Reneman & B.P.J.G. Roozendaal, *De toekomst van de formele rechtskracht* (VAR-reeks 162), Den Haag: Boom juridisch 2019. Zie ook de recensie in *NTB* 2019/19 waarin de ontwikkelingen worden samengevat.

33 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, AB 2019/519, m.nt. Kortmann (*Groningse Aardbevingsschade*).

34 HvJ EU 1 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:419, AB 2018/169, m.nt. Van Ravels en Kortmann (*Gert Folk*). Zie in dit verband ook L.F. Wiggers-Rust, ‘Interne rechtsvergelijking. Een “must” in de meergelaagde rechtsorde’, *NJB* 2017/1645, par. 4.1.

35 HvJ EU 28 juni 2022, ECLI:EU:C:2022:503, AB 2023/143, m.nt. Widdershoven (*Commissie/Spanje*), r.o. 124 met verwijzing naar de klassieker *Danske Slagterier*, HvJ EG 24 maart 2009, AB 2009/229, m.nt. RW.

aan de rechterlijke macht, zoals in 1994 grotendeels is gebeurd voor de eerstelijns-rechtspraak. Die integratie heeft immers onverlet gelaten dat binnen de rechtbanken een burgerlijke rechter en een bestuursrechter worden onderscheiden die onderling hun rechtsmacht moeten verdelen.³⁶

36 Dit onderscheid is al zichtbaar in de procesinleiding. Bij de burgerlijke rechter is dat een dagvaarding of verzoekschrift, bij de bestuursrechter een beroepschrift of (in schadezaken) verzoekschrift.

5. Verhouding burgerlijke rechter en bestuursrechter volgens de rechtspraak

België

Rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter

Steven van Garsse en Melissa Brouwers*

1. Inleiding

De Belgische rechtsorde wordt gekenmerkt door een juridisch pluralisme. Naast de 'gewone' (justitiële) rechters zijn ook bestuursrechters bevoegd om recht te spreken. Centraal daarbij staat het Grondwettelijk verankerde onderscheid tussen het zogenaamde subjectief contentieus aan de ene kant dat betrekking heeft op het bestaan of de bescherming van een subjectief recht en het zogenaamde objectief contentieus aan de andere kant, dat betrekking heeft op de (on)rechtmatigheid van een bestuurshandeling. Ingevolge artikel 144 lid 1 van de Belgische Grondwet behoren de geschillen over burgerlijke (subjectieve) rechten (uitsluitend) tot de rechtsmacht van de gewone rechtbanken, iets wat overeenkomstig artikel 145 ook geldt voor wat betreft de subjectieve politieke rechten zoals de vrijheid van meningsuiting, behalve in de wettelijk bepaalde uitzonderingen. Het objectief contentieus is in beginsel dan weer hetgeen waarmee administratieve rechtscolleges zich bezighouden.¹

De rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wordt vervolgens en meer in concreto naar Belgisch recht verder bepaald door een aantal factoren. In deze bijdrage wordt respectievelijk gekeken naar de hoedanigheid van de partijen en het voorwerp van de vordering. Hoewel er naar Belgische recht intussen verschillende bestuursrechtelijke colleges bestaan ligt de nadruk in deze bijdrage op de Raad van State als hoogste administratieve rechter. In deze bijdrage wordt ook gekeken hoe over de jaren heen het territorium werd afgebakend tussen dit rechtscollege en de burgerlijke rechter.

* S. (Steven) van Garsse is hoogleraar, faculteit Rechten, UHasselt. M. (Melissa) Brouwers is onderzoekster, faculteit Rechten, UHasselt.

1 Zij het dat zij ook een toegewezen rechtsmacht (kunnen) hebben inzake geschillen die een politiek recht tot voorwerp hebben. S. Van Garsse (red.), *Handboek Bestuursrecht*, Brussel: Politeia 2020, p. 333.

2. De hoedanigheid van de procespartij

In het kader van de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter speelt de hoedanigheid van de procespartij een belangrijke rol. De vraag of de procespartij een ‘administratieve overheid’ is, bepaalt immers mee of de Raad van State dan wel de burgerlijke rechter bevoegd is.²

De Raad van State gaf historisch een ruime invulling aan het begrip ‘administratieve overheid’ om de bevoegdheid van de Raad van State te bepalen.³ De Raad van State hanteerde daarbij een waaier van elementen die in overweging werden genomen. Daarbij oordeelde de Raad in 1949 bijvoorbeeld dat het loutere feit dat er sprake is van een private rechtsvorm niet uitsluit dat er sprake is van een ‘administratieve overheid’.⁴ De Raad van State gaf in enkele arresten bovendien aan dat de mogelijkheid om beslissingen te nemen die derden kunnen binden geen (decisief) criterium uitmaakt om onder het begrip ‘administratieve overheid’ te vallen.⁵

Het Hof van Cassatie houdt er, als rechter bevoegd voor attributieconflicten – dit zijn bevoegdheidsconflicten tussen de gewone rechter en de bestuursrechter – echter een striktere interpretatie op na.⁶ Het Hof van Cassatie floot de Raad van State terug in de principiësarresten *Gimvindus*⁷ en *BATC*.⁸ Volgens het Hof van Cassatie heeft de Raad van State geen rechtsmacht wanneer een NV weliswaar een taak van algemeen belang vervult maar niet over de bevoegdheid beschikt om beslissingen te nemen die derden kunnen binden.⁹ In een later arrest bevestigde het Hof van Cassatie dat deze voorwaarde het doorslaggevend criterium vormt om te oordelen of een privaatrechtelijke rechtspersoon een administratieve overheid is.¹⁰

Eenzelfde redenering is bovendien terug te vinden in een arrest van het Grondwettelijk Hof waarbij de Raad van State een prejudiciële vraag stelde over de

2 C. Berx, ‘Geen administratieve overheid zonder eenzijdig bindende beslissingsmacht’, *RCASS* 1998, 281.

3 R. Maes, *Het begrip administratieve overheid in artikel 9 van de wet van 23 december 1943 houdende instelling van een Raad van State*, Brussel, interuniversitair centrum voor staatsrecht, 1967, 23. In Nederland is in dit verband het begrip ‘bestuursorgaan’ bepalend.

4 RvS 13 juli 1949, nr. 49; S. De Somer, ‘Het begrip administratieve overheid: stand van zaken a never ending story’, *RW* 2012, afl. 37, 1615.

5 RvS 13 oktober 1992, nr. 40; RvS 1 juni 1993, nr. 43.109; S. De Somer, ‘Het begrip administratieve overheid: stand van zaken a never ending story’, *RW* 2012, afl. 37, 1618.

6 S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht*, Mortsel: Intersentia 2019, 552.

7 Cass. 14 februari 1997, *RW* 1996-97, afl. 42, 1433; S. De Somer, ‘Het begrip administratieve overheid: stand van zaken a never ending story’, *RW* 2012, afl. 37, 1618.

8 Cass. 10 september 1999, nr. 452, *Arr.Cass.* 1999, 1083; F. Vandendriessche, ‘De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en BATC van het Hof van Cassatie’, *RW* 2000, 497; S. De Somer, ‘Het begrip administratieve overheid: stand van zaken a never ending story’, *RW* 2012, afl. 37, 1618.

9 Cass. 14 februari 1997, *RW* 1996-97, afl. 42, 1433; Cass. 13 juni 2013, AR C.12.0458.F; S. De Somer, ‘Het begrip administratieve overheid: stand van zaken a never ending story’, *RW* 2012, afl. 37, 1618; S. Van Garsse, ‘De “harmonicabewegingen” van het begrip administratieve overheid’, *T. Gem.* 2002, p. 308-313.

10 Cass. 6 september 2002, *T. Gem.* 2002, p. 307, m.nt. S. Van Garsse; R. Verstegen, ‘Wanneer treden privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen op als administratieve overheid?’, *RW* 2003, 801-814; S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht*, Mortsel: Intersentia 2019, 325.

grondwettelijkheid van de verdeling van de jurisdictionele bevoegdheden op basis van het concept van ‘administratieve overheid’, in zoverre deze verdeling een discriminerend verschil in behandeling zou teweegbrengen tussen twee categorieën van inschrijvers in het kader van een overheidsopdracht. Het ging daarbij met name om een inschrijver van een opdracht van een administratieve overheid enerzijds, en een inschrijver van een opdracht van een privaatrechtelijke entiteit (vereniging zonder winstoogmerk) weliswaar samengesteld uit administratieve overheden anderzijds. Het Grondwettelijk Hof bevestigt de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat een entiteit met een privaatrechtelijke rechtsvorm enkel als ‘administratieve overheid’ wordt aangemerkt in zoverre zij beslissingen kan nemen die derden binden, met andere woorden indien zij eenzijdig de eigen verplichtingen tegenover anderen kan bepalen of eenzijdig verplichtingen van die anderen kan vaststellen. Het Hof oordeelt dat het verschil in behandeling tussen beide categorieën van inschrijvers redelijk is verantwoord: enerzijds is zij te wijten aan het verschil in onderwerp, anderzijds heeft de geweerde inschrijver in beide gevallen de mogelijkheid om de wettigheid van de gunningsbeslissing te laten controleren door een rechtscollège met volle rechtsmacht.¹¹

3. Voorwerp van de vordering

Traditioneel werd de rechtsmachtverdeling tussen de Raad van State en de burgerlijke rechtscollèges verder bepaald op basis van het formele voorwerp van de vordering. Concreet hield dit in dat de Raad zich liet leiden door de bewoording in het verzoekschrift. Bijgevolg werd een eerder formele benadering gehanteerd waarbij het volstond dat de eisende partij in het verzoekschrift aangaf dat de vernietiging van een overheidsbeslissing werd gevorderd.¹²

Deze visie werd in 1952 verlaten naar aanleiding van twee arresten van het Hof van Cassatie.¹³ Sindsdien is het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering het onderscheidingscriterium om te bepalen of de Raad van State dan wel de burgerlijke rechter bevoegd is.¹⁴ Dit houdt in dat de Raad dient na te gaan of de eisende partij ofwel een vernietiging van een beslissing beoogt ofwel een uitspraak wenst over een subjectief recht. Alvorens de rechtsmacht van de Raad van State wordt uitgesloten dienen twee cumulatieve voorwaarden te zijn vervuld. Ten eerste dient er sprake te zijn van een niet-naleving van een rechtsplicht die aanleiding geeft tot een subjectief recht.¹⁵ Ten tweede moet het aangevoerde middel gebaseerd zijn op de schending van de rechtsregel die de desbetreffende rechtsplicht oplegt.¹⁶

11 GwH 30 oktober 2012, nr. 131/2012; zie ook: GwH 26 november 2020, nr. 157/2020.

12 C. Berx, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 139.

13 Cass. 27 november 1952, *Arr.Cass* 1953, 164, concl. Cornil.

14 Cass. 27 november 1952, *Arr.Cass.* 1953, 164, concl. Cornil; Cass. 10 april 1987, *RW* 1987-88, 769; RvS 28 februari 1986, nr. 26.115; RvS 10 maart 1987, nr. 27.629; RvS 30 juni 1987, nr. 28.322; I. Opdebeeck & F. Reyntjens, ‘Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1986 en 1987)’, *RW* 1987-88, afl. 38, 1390.

15 Cass. 27 november 1952, *Arr.Cass.* 1953, 164, concl. Cornil; C. Berx, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 140.

16 Cass. 10 april 1987, *Arr.Cass.* 1987, 1086; C. Berx, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 141. Zie verder ter illustratie RvS 29 juni 2009, 194.795: ‘Opdat een partij zich ten aanzien van de bestuurlijke overheid op een dergelijk recht zou kunnen

De Raad van State heeft echter wel rechtsmacht wanneer het werkelijke voorwerp betrekking heeft op ‘de wettigheid van een verordende bepaling die op algemene en onpersoonlijke wijze een nieuwe regeling vaststelt betreffende de uitbetaling van geldelijke voordelen’.¹⁷

Het loutere feit dat het arrest ook een invloed kan hebben op een burgerlijk recht volstaat bovendien niet om de rechtsmacht van de Raad van State uit te sluiten, in zoverre die invloed van bijkomende aard is.¹⁸

4. De leer van de afsplitsbare handeling

In een arrest van 24 oktober 1949 erkende de Belgische Raad van State de zogenaamde theorie van de ‘*acte détachable*’ (de leer van de afsplitsbare handeling). Zo kan bijvoorbeeld in het kader van een overheidsopdracht, de overeenkomst worden onderscheiden van de gunningsbeslissing. De burgerlijke rechtbank is daarbij bevoegd voor geschillen met betrekking tot de overeenkomst en kan zich bijvoorbeeld uitspreken over de nietigheid van die overeenkomst of over geschillen inzake de uitvoering ervan. De Raad van State is door het leerstuk bevoegd om te oordelen over de wettigheid van de (aan de overeenkomst voorafgaande) gunningsbeslissing. Zo kan de Raad van State die gunningsbeslissing schorsen of vernietigen. Een schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing laat de overeenkomst evenwel onverlet.¹⁹

5. Verfijning: beoordeling van een overeenkomst

In 2014 oordeelde de Raad van State dat het haar toekomt om een overeenkomst mee in overweging te nemen bij haar beoordeling. De Raad van State kan meer specifiek de inhoud van een overeenkomst onderzoeken wanneer dit noodzakelijk is voor de beoordeling van een tegen de bestreden beslissing aangevoerd middel. In *casu* werd de schending van het onpartijdigheidsbeginsel aangevoerd gelet op het feit dat de betrokken overheid welbepaalde contractuele afspraken had gemaakt met een private partner waardoor, zo werd aangevoerd, de overheid nog bezwaarlijk onpartijdig kon beslissen. De beoordeling van de overeenkomst was noodzakelijk om na te gaan of er effectief sprake is van een rechtmatige bestuurshandeling.²⁰

beroepen, dient de bevoegdheid van die overheid gebonden te zijn. De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of wat bestreden wordt een constitutieve beslissing is waarbij de overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid, dan wel een beslissing waarbij de overheid vaststelt dat de betrokkene voldoet aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden die welbepaalde rechtsgevolgen met zich meebrengen.’

17 A. Mast, J. Dujardin, M. Vandamme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen: Kluwer 1996, p. 859.

18 Cass. 27 november 1957, *Pas.* 1958, I, 328; RvS 2 juli 1958, nr. 6528; A. Mast, J. Dujardin, M. Vandamme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen: Kluwer 1996, p. 860.

19 RvS 24 oktober 1949; S. Verbeyst, *De beleidsovereenkomst in het omgevingsrecht*, Mortsel: Intersentia 2022, p. 448.

20 RvS 28 mei 2014, nr. 227.578.

Dit standpunt werd in 2015 ook bevestigd door het Hof van Cassatie. De Raad van State is volgens het Hof slechts zonder rechtsmacht indien ‘de vordering strekt tot nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling waarbij een administratieve overheid weigert om een verplichting uit te voeren die overeenstemt met een subjectief recht van de verzoeker en het ingeroepen middel gebaseerd is op een regel van materieel recht die deze verplichting in het leven roept en het geschil inhoudelijk bepaalt’.²¹

6. De wisselwerking tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter

In 1984 oordeelde het Hof van Cassatie dat de Raad van State niet bevoegd is om een dwangsom op te leggen wanneer het oordeel over het vernietigingsberoep niet vrijwillig wordt uitgevoerd.²² Het Hof van Cassatie stelde hierbij bovendien dat de burgerlijke rechtbank verplicht is om in het kader van een aansprakelijkheidsvordering te oordelen dat er sprake is van een quasi-delictuele fout wanneer de Raad van State de vernietiging heeft uitgesproken. In die zin is er dus een wisselwerking ontstaan tussen de burgerlijke en administratieve rechtscolleges. Zodra de Raad van State een vernietigingsarrest uitsprekt – dat immers *erga omnes* werkt –, is de burgerlijke rechtbank verplicht om in het kader van een aansprakelijkheidsvordering een quasi-delictuele fout te erkennen. Bij de burgerlijke rechtbank kunnen in dat geval maatregelen gevorderd worden om de schade te herstellen. Bovendien kan daar ook een dwangsom worden gevorderd.²³ Vermeldingswaardig is bovendien dat sedert de wet van 20 januari 2014 de Raad van State een aantal nieuwe proceduremaatregelen heeft ingevoerd waaronder de mogelijkheid tot het vorderen van een dwangsom en het bekomen van een schadevergoeding. Door de invoering van deze nieuwe proceduremaatregelen evolueert de Raad van State naar een model van finale geschillenbeslechting.²⁴

7. Conclusie

De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter wordt gekenmerkt door een zekere spanning. Wat betreft de rechtsbescherming bij de bestuursrechter zien we dat de bestuursrechter de afgelopen decennia heeft getracht de rechtsbescherming binnen bepaalde grenzen te maximaliseren. De Raad van State vulde het begrip administratieve overheid vrij ruim in, maar werd teruggefloten door het Hof van Cassatie. De situatie blijft tot op de dag van vandaag aanleiding geven tot discussies. Dat de materiële bevoegdheid wordt afgebakend door het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil geeft dan weer iets minder problemen in de praktijk, al zijn zoals hierboven gezien een aantal verfijningen doorgevoerd inzake de praktische draagwijdte en staat het strikte onderscheid

21 HvC 19 februari 2015, nr. 132, RW 2015, afl. 42, 1670, m.nt. C. Berx.

22 Cass. 23 maart 1984, nr. 137.

23 Cass. 23 maart 1984, nr. 137.

24 Art. 11bis en art. 36, § 2 RvS-wet; Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, BS 3 februari 2014; R. Stevens & K. Didden, *Raad van State afdeling bestuursrechtspraak, het procesverloop*, Brugge: die Keure/La Chartre 2018, p. 569.

tussen objectief en subjectief contentieux onder druk door de invoering van artikel 11bis RvSt-wet, in venster 13 besproken.

6. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Nederland

Publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijk overheidshandelen

Frank van Ommeren*

1. Inleiding

Voor wie zich de werelden van publiekrecht en privaatrecht strikt gescheiden voorstelt, blijft het iets bijzonders: op het privaatrechtelijk overheidshandelen zijn niet alleen privaatrechtelijke regels en beginselen van toepassing, maar ook regels en beginselen van publiekrechtelijke herkomst. De gedachte daarachter is dat de overheid niet mag ontsnappen aan de werking van het publiekrecht, ook niet wanneer zij privaatrechtelijk handelt, omdat de publiekrechtelijke normen de burger bijzondere waarborgen bieden tegen ál het overheidsoptreden. Hoewel dat veel minder voorkomt, is evenmin uitgesloten dat op het publiekrechtelijke optreden privaatrechtelijke regels van toepassing zijn. Nederland kent aldus een gemengd systeem, waarin regels van publiek- en privaatrechtelijke herkomst tegelijk in één rechtsverhouding van toepassing kunnen zijn. Ofschoon dat bepaald niet uniek is, onderscheidt Nederland zich daarmee van veel andere rechtsstelsels, die een scherper onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht maken.

2. Grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Bij de algehele herziening van de Grondwet in 1983 is door de regering expliciet tot uitdrukking gebracht dat de grondrechten op het privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn. De regering overwoog:¹

‘Wij zijn van mening, dat de overheid in elke relatie waarin zij tot de burger kan staan – derhalve ook in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen – de grondrechten in acht dient te nemen.’

Dat de grondrechten bepaald niet de enige normen van publiekrechtelijke herkomst zijn die van toepassing zijn op het privaatrechtelijk overheidshandelen blijkt vooral uit de jurisprudentie. Het klassieke arrest waarin de Hoge Raad rechtstreeks toetste aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, is het arrest

* F.J. (Frank) van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

1 *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15.*

Amsterdam/Ilkon uit 1987.² In dat arrest toetste de Hoge Raad of, en zo ja, in hoeverre de gemeente een haar op grond van een erfpachtovereenkomst toekomende bevoegdheid in strijd met het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur uitoefende. Daarmee werd een eind gemaakt aan het tot die tijd nog sterk levende idee dat er slechts plaats zou zijn voor ‘marginale toetsing’ door de burgerlijke rechter in de zin van een sterk terughoudende of beperkte toetsing, zoals aan de hand van een de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf. Deze rechtstreekse toetsing door de rechter wierp uiteraard haar schaduw vooruit: via deze weg wordt het openbaar bestuur gedwongen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij zijn privaatrechtelijk optreden in acht te nemen.

Tegen de achtergrond van het hiervoor aangehaalde citaat uit de algehele grondwetsherziening, hoeft het niet te verwonderen dat uit de rechtspraak blijkt dat hetzelfde geldt voor de toepassing van de grondrechten. Uit het bekende *Rasti Rostelli*-arrest volgt dat de plicht tot behartiging van het algemeen belang meebrengt dat:

‘de overheid, bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen en de grondrechten van haar burgers moet respecteren.’

Het arrest had betrekking op een ‘hypnoseshow’ die zou moeten plaatsvinden in een daartoe door de gemeente te verhuren multifunctioneel gebouw. De gemeente weigerde evenwel vanwege de inhoud van de show een dergelijke overeenkomst aan te gaan en de zaal ter beschikking te stellen. De Hoge Raad achtte dit in strijd met het in artikel 7 Gw neergelegde grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, waaronder ook uitingen door middel van theater, toneel e.d. vallen.³

3. Algemene wetgeving: BW en Awb

Ook de wetgever heeft zich niet onbetuigd gelaten in het tot uitdrukking brengen van de doorwerking van normen van publiekrechtelijke herkomst in privaatrechtelijke verhoudingen met de overheid. Zo bepaalt artikel 3:14 BW:

‘Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.’

Hoewel dit artikel uitdrukkelijk niet uitsluitend betrekking heeft op overheids-handelen – het spreekt immers veel ruimer over ‘iemand’ – is het vooral van belang wanneer de overheid privaatrechtelijk handelt. Het hoeft niet te verwonderen dat de burgerlijke rechter vrijwel steevast naar deze bepaling verwijst wanneer

2 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, NJ 1987/727, m.nt. M. Scheltema; AB 1987/273, m.nt. F.H. van der Burg; AB *Klassiek* 2022/10 (*Amsterdam/Ilkon*).

3 HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2052, AB 1996/372, m.nt. Th.G. Drupsteen; NJ 1996/728, m.nt. E.A. Alkema (*Rasti Rostelli*).

hij het privaatrechtelijke overheidsoptreden rechtstreeks aan de grondrechten of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst.⁴

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent een bepaling met dezelfde strekking. Ingevolge artikel 3:1 lid 2 Awb is een drietal afdelingen van hoofdstuk 3 van de Awb van overeenkomstige toepassing op ‘andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten’, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Die andere handelingen dan besluiten betreffen in het bijzonder, zij het niet uitsluitend, het privaatrechtelijke handelen van de overheid. De Awb brengt langs die weg tot uitdrukking dat met name de in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel ook op het privaatrechtelijke overheidsoptreden van toepassing zijn.

Al met al zien we dat niet alleen de grondwetgever maar ook de gewone wetgever en de rechtspraak tot uitdrukking brengen dat de overheid, niet alleen als zij publiekrechtelijk optreedt, maar ook als zij privaatrechtelijk handelt, in beginsel rechtstreeks onderworpen is aan publiekrechtelijke regels en rechtsbeginselen.

4. **Het gelijkheidsbeginsel als beginsel van gelijke kansen**

Hoewel aldus vaststaat dat publiekrechtelijke normen voor de overheid in beginsel onverkort gelden in privaatrechtelijke verhoudingen, is niet geheel duidelijk wat dit fundamentele uitgangspunt betekent. Juist de precieze doorwerking is erg belangrijk, want het venijn zit, zoals vaak, in de staart. Dit valt goed te illustreren aan de hand van het gelijkheidsbeginsel.

In 2004 heb ik aandacht gevraagd voor de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de verdeling van schaarse vergunningen. Daarbij heb ik erop gewezen dat deze mijns inziens gelijkelijk gelden voor de verdeling van schaarse rechten door middel van privaatrechtelijk overheids-handelen, zoals bij de uitgifte van schaarse grond of andere (onroerende) zaken door de overheid.⁵ Het duurde tot 2021 voordat de Hoge Raad de gelegenheid kreeg zich hierover expliciet uit te spreken. In het *Didam*-arrest pakte de Hoge Raad de koers van het arrest *Amsterdam/Ikon* en de daarop gevolgde jurisprudentie weer op, door te overwegen dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen.⁶ Hij voegde daar nu uitdrukkelijk aan toe:

‘Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit.’

4 Althans wanneer deze dateert van 1992 of later, het jaar waarin het huidige BW, en dus ook art. 3:14, in werking trad.

5 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 61 e.v.

6 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren; NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen (*Didam*-arrest).

Het gevolg daarvan is dat een overheidslichaam in beginsel ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Daarmee werd voor een belangrijk deel een einde gemaakt aan de in Nederland tot dat moment nog veelvoorkomende praktijk dat overheden (onroerende) zaken onderhands, dat wil zeggen een-op-een, verkopen. De verkopende overheid moet mededingingsruimte bieden door middel van een transparante procedure, tenzij bij voorbaat vaststaat dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. De positie van een overheidslichaam verschilt in dit opzicht van die van een private partij.

5. Uitsluitend overheidslichamen?

De doorwerking van publiekrechtelijke normen in privaatrechtelijke verhoudingen geldt voor alle overheidsoptreden en heeft dus een grote reikwijdte.⁷ De doorwerking geldt zowel binnen als buiten de door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhoudingen en zij heeft zowel betrekking op gecodificeerde als niet-gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁸ Zij geldt bovendien in beginsel zowel voor materiële als formele beginselen, zij het dat met name de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet steeds doorslaggevend zijn voor de vraag of door de overheid al dan niet voldoende zorgvuldig is gehandeld.⁹

Een essentieel verschil tussen de overheid en private partijen is dat overheidslichamen wel, en private partijen niet, gebonden zijn aan normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het hiervoor aangehaalde *Didam*-arrest overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat de positie van een overheidslichaam op dit punt verschilt van die van een private partij. Dit roept de vraag op wat dit betekent voor private partijen die enigszins op de overheid lijken, maar niet echt tot de overheid behoren. Te denken valt aan instellingen die een door de wet erkende of toegekende *publieke taak* uitoefenen, zoals woningcorporaties, instellingen van bijzonder onderwijs, instellingen van gezondheidszorg, omroeporganisaties en andere toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen. Waarom zouden die geen normen van publiekrechtelijke herkomst in acht moeten nemen? Die handelen toch ook ter behartiging van het algemeen belang?

Uit de rechtspraak volgt dat de rechter tot op heden de grens van de directe doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur trekt aan de hand van de status van de instelling waarop de publiekrechtelijke normen van toepassing zijn: het moet gaan om een overheidslichaam of een bestuursorgaan

7 G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2011, par. 16, p. 69 e.v., M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 4.2, p. 143 e.v., P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 10.7.3, p. 481 e.v.

8 HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582, NJ 1993/232, m.nt. M. van der Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

9 HR 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AN6199, NJ 2000/219, m.nt. MS; AB 2000/36, m.nt. ThGD (*Coevorden/Gasfabriek*).

in de zin van de Awb.¹⁰ Dit hoeft mijns inziens echter niet uit te sluiten dat, als de gelegenheid zich voordoet, de Hoge Raad rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal toetsen in een geval waarin een private instelling een publieke taak uitoefent.¹¹ De afgrenzingsdiscussie zal daardoor meer langs materiële lijnen verlopen. Voor de doorwerking van de grondrechten is dit in zoverre nu al enigszins het geval, dat er bij bepaalde grondrechten enige ruimte is voor (indirecte) horizontale werking en zij derhalve ook door private instellingen in acht moeten worden genomen.¹²

6. Slot: gemengd rechtsstelsel

Het is een wezenskenmerk van het Nederlandse rechtsstelsel dat de overheid gebonden is aan normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook wanneer zij privaatrechtelijk handelt. Ook het omgekeerde verschijnsel doet zich overigens voor, zij het veel minder prominent: als de overheid publiekrechtelijk handelt is niet uitgesloten dat daarop privaatrechtelijke bepalingen van (overeenkomstige) toepassing zijn.¹³ Ons stelsel is aldus te beschouwen als een gemengd stelsel.¹⁴

Op een ander vlak heeft het Nederlandse systeem echter opmerkelijk veel moeite met gemengde toepassing: de rechter toont nog grote terughoudendheid bij het van toepassing achten van publiekrechtelijke normen op private partijen die een (wettelijke) publieke taak uitoefenen. Niet uit te sluiten valt dat ons rechtssysteem zich wel in die richting zal ontwikkelen. Het verrijkt het inzicht hiervoor naar buitenlands recht te kijken. In veel buitenlandse rechtsstelsels – zoals het Franse of dat van Engeland en Wales, om twee heel verschillende rechtsstelsels te noemen – heeft men veel minder bezwaar tegen het van toepassing achten van publiekrechtelijke normen op private instellingen die een (wettelijke) publieke taak uitoefenen,¹⁵ maar stuit de opvatting dat publiekrechtelijke normen van toepassing kunnen zijn op privaatrechtelijk overheidshandelen op veel meer weerstand of wordt geheel ondenkbaar geacht.¹⁶ Het is interessant om te zien dat op dit laatste punt Nederland meer vooroploopt.

10 Vgl. ook HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (*RZG/ConforMed*).

11 Vgl. Huisman & Van Ommeren, *a.w.*, par. 7.4.3, p. 353. Voorzichtig in deze richting gaat ook R. Schlössels, 'De beginselen van behoorlijk bestuur bij "privaat bestuur"', in: R. Schlössels e.a., *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 2), Nijmegen: WLP 2021, p. 13 e.v. Zie ook recht-in-dialoog.eu, bij 'Publicaties'. Zie ook: P.J. Huisman & N. Jak, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter', *NTBR* 2022/24, p. 183 e.v.

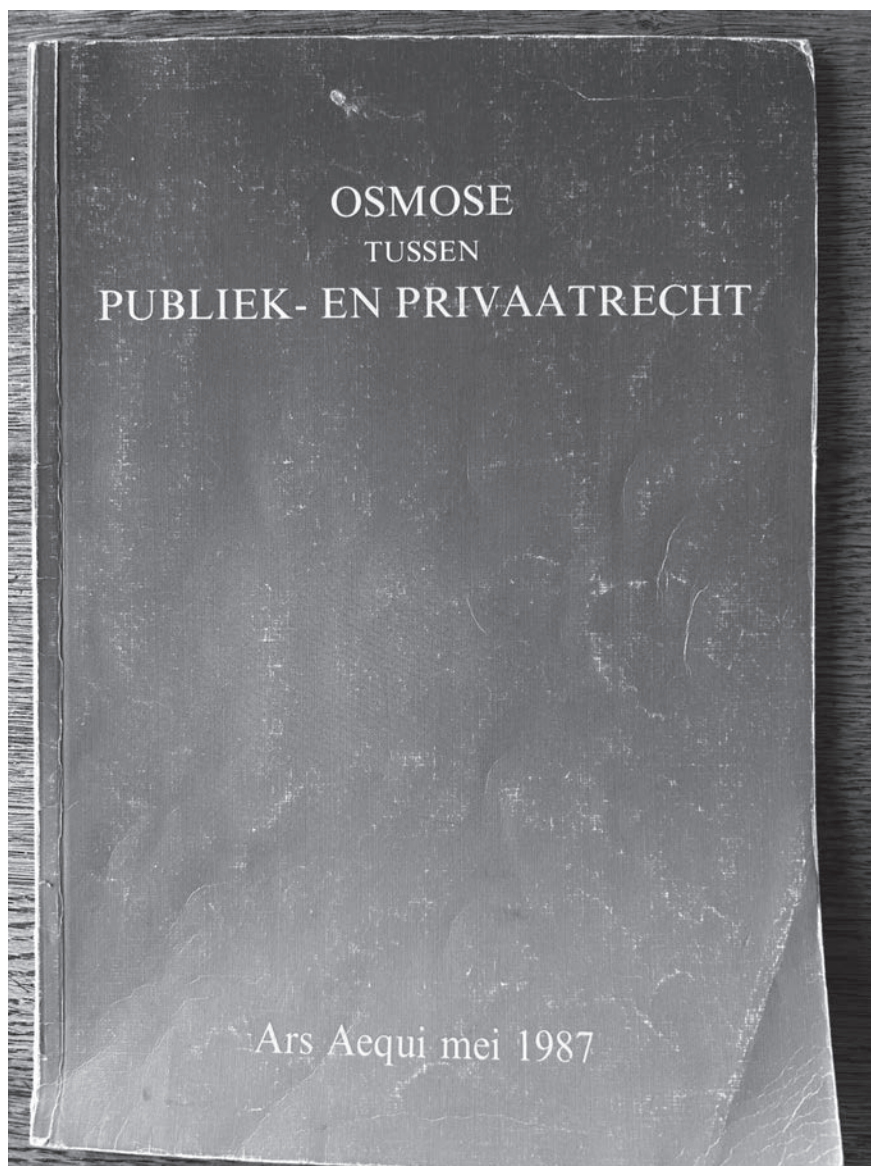
12 N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2014, p. 205 e.v.

13 Zie reeds ABRvS 29 september 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN4171, AB 1995/210, m.nt. P.J.J. van Buuren, CRvB 30 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5398, AB 1995/334, m.nt. R.M. van Male en HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1538, AB 2003/102, m.nt. F.J. van Ommeren. Vgl. ook ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129, AB 2015/93, m.nt. E.C. Pietermaat.

14 Zie daarover venster 4 van deze bundel.

15 Ook in België reikt het toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verder dan dat van de administratieve overheid, zoals blijkt uit het Belgische venster 6 van deze bundel.

16 Huisman & Van Ommeren, *a.w.*, par. 2.13, p. 65-67.



6. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

België

Gebondenheid overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van een privaatrechtelijke verhouding

Daan Bijmens en Eddy Storms*

1. Enkele algemene beschouwingen

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna: ABBB) zijn ongeschreven rechtsbeginselen die – onder meer naar Nederlands voorbeeld – in de rechtspraak en de rechtsleer zijn ontwikkeld vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw. Het zijn ‘algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden voorbereid, genomen en ter kennis gebracht’. Ze vormen de bestuursrechtelijke vertaling van de beginselen van behoorlijk handelen die aan de basis liggen van het rechtssysteem en alle rechtsverhoudingen daarbinnen beheersen, en van de in artikel 1382 Oud Burgerlijk Wetboek vervatte algemene zorgvuldigheidsnorm. Behoudens een aantal bijzondere bepalingen, zoals onder meer bepaalde normatieve hoorplichten in sectorspecifieke regelgeving en de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, kent de Belgische rechtsorde vooralsnog geen algemene verankering van de ABBB in de regelgeving. De ABBB vormen niettemin een belangrijke bron van het bestuursrecht en hebben een tweeledige doelstelling. Zo hebben ze in eerste instantie een belangrijke preventieve functie aangezien deze beginselen het bestuur opdragen om behoorlijk of beter te handelen. In het bijzonder wanneer het toepasselijke regelgevende kader de overheid een discretionaire of een eenzijdige bevoegdheid verleent, vormen ze richtsnoeren voor de overheid om op behoorlijke wijze om te gaan met de beschikbare discretiemarge. Daarnaast vertolken de ABBB ook een repressieve rol doordat ze als toetsingscriteria voor de rechter rechtsbescherming bieden tegen onbehoorlijk bestuur. Welke verschillende principes als ABBB kunnen worden bestempeld, vormt nog steeds het voorwerp van debat. In elk geval bestaat er alvast (grotendeels) eensgezindheid over het zorgvuldigheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, de hoorplicht, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de redelijketermijneis.¹

* D. (Daan) Bijmens is coördinatiejurist bij de Dienst van de Bestuursrechtscolleges (DBRC), docent Publiek Procesrecht aan de UHasselt en gastdocent aan de UGent. E. (Eddy) Storms is Eerste Voorzitter bij de Dienst van de Bestuursrechtscolleges (DBRC), bestuursrechter bij de Raad voor de Vergunningsbetwistingen en wetenschappelijk medewerker aan de UGent en de KULeuven.

1 Voor een uitgebreide algemene toelichting bij de oorsprong, inhoud en functies van de ABBB in de Belgische rechtsorde, zie o.m. de volgende bijdragen: L.-P. Suetens, ‘Algemene rechtsbe-

2. Het personeel toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Een logisch gevolg van het gebrek aan codificatie van de ABBB in het Belgische bestuursrecht is dat het toepassingsgebied ervan niet wettelijk is afgebakend. De contouren van de werkingssfeer van de ABBB zijn noodzakelijkerwijs in de rechtspraak en de rechtsleer in kaart gebracht. Het toepassingsgebied van de ABBB strekt zich minstens uit over alle entiteiten die als ‘administratieve overheid’ in de zin van artikel 14, § 1, 1° en § 3 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State kunnen worden gekwalificeerd. Ten gevolge van de koppeling met het begrip administratieve overheid uit de rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State strekt het personele toepassingsgebied van de ABBB zich in elk geval ook uit over privaatrechtelijke rechtspersonen wanneer deze rechtspersonen belast zijn met een zogenaamde imperiumbevoegdheid (de bevoegdheid om gezagshandelingen te stellen of om beslissingen te nemen die derden binden). Een private rechtspersoon die dergelijke eenzijdig bindende beslissingen kan nemen ten aanzien van de bestuurden, beschikt doorgaans ook over een zekere discretiemarge. De uitoefening daarvan moet dan ook gepaard gaan met een aantal waarborgen die worden geboden door de ABBB.²

Uit het voorgaande kan echter niet worden besloten dat de werkingssfeer van de ABBB beperkt blijft tot administratieve overheden, met inbegrip van de privaatrechtelijke rechtspersonen die daaronder worden begrepen. Naar het oordeel van verschillende rechtsgeleerden reikt het toepassingsgebied van de ABBB immers verder. De visies daarop lopen evenwel niet noodzakelijk gelijk.³ Van Gerven houdt er een erg ruime benadering op na door te stellen dat de beginselen van behoorlijk handelen ook toepassing vinden wanneer er sprake is van een bovengeschikte positie in een bepaalde verhouding om op die manier (machts)misbruik zo veel mogelijk uit te sluiten. In dat geval wordt een zuiver privaatrechtelijke verhouding, die geen enkele link heeft met het overheidsgezag, gereguleerd door deze beginselen waarop ook de ABBB zijn geïnspireerd. Daarbij valt te denken aan de relaties tussen werkgever en werknemer of aan de beheersbevoegdheid van vennootschapsbestuurders. Vandendriessche maakt in het bijzonder voor het personeel toepassingsgebied van de ABBB een onderscheid tussen organieke en niet-organieke overheden. Op organieke overheden zijn de ABBB in principe

ginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht’, *TBP* 1970, p. 379-396; I. Opdebeek (red.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne: Kluwer 1993; J. De Staercke, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge: Vanden Broele 2002; P. Popelier, ‘Beginselen van behoorlijk bestuur, begrip en plaats in de hiërarchie van de normen’, in: I. Opdebeek & M. Van Damme, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 1-33; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer 2021, p. 46-89; S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel: Intersentia 2019, p. 356-422.

2 Zie in dit verband ook venster 10.

3 Zie o.m.: J. De Staercke, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Advocatenpraktijk, Mechelen: Kluwer 2004, p. 9-13; S. De Somer & I. Opdebeek, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel: Intersentia 2019, p. 368-370; F. Vandendriessche, ‘Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur’, in: I. Opdebeek & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, (35), p. 44-61 en W. Van Gerven, ‘Beginselen van behoorlijk handelen’, *RW* 1982-83, p. 961-978.

steeds van toepassing terwijl de niet-organieke overheden (private rechtspersonen) de ABBB dienen te respecteren indien ze gezagshandelingen stellen of een taak van algemeen belang vervullen die doorgaans ingebed is in bestuursrechtelijke regelgeving.

Over het algemeen wordt dan ook aangenomen dat de ABBB ook gelden voor privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersonen die geen administratieve overheid uitmaken in de zin van de wetten op de Raad van State maar die (louter) een taak van algemeen belang uitoefenen. Deze rechtspersonen doen vaak een beroep op overheidsmiddelen voor de uitoefening van hun opdrachten die verband houden met het ruime optreden van de overheid. De extern verzelfstandigde agentschappen in private rechtsvorm zijn hiervan een voorbeeld. Dergelijke instanties worden opgericht door de overheid, zijn regelmatig onderworpen aan een zekere vorm van overheidstoezicht en zijn belast met een taak van algemeen belang of openbare dienst. Doorgaans beschikken ze echter niet over de bevoegdheid om gezagshandelingen te stellen. Instanties die als privaatrechtelijk vormgegeven externe verzelfstandigde agentschappen worden gekwalificeerd, zijn onder meer het Agentschap Integratie en Inburgering (private stichting), het Cultuurcentrum Hasselt (vzw) of het Vlaams Centrum voor Landbouw- en Visserijmarketing (vzw). Zo voert het Vlaams Centrum voor Landbouw- en Visserijmarketing (VLAM vzw), in opdracht van de Vlaamse Regering, promotie voor producten uit de Vlaamse landbouw-, tuinbouw- en visserijsector met het oog op de versterking van het leefbaar en duurzaam karakter van de Vlaamse agrarische sectoren. Ook private rechtspersonen die voor het uitoefenen van bepaalde taken onderworpen zijn aan specifieke publiekrechtelijke procedures, zoals de regelgeving inzake overheidsopdrachten (als opdrachtgever), zullen bij de uitoefening ervan rekening moeten houden met de ABBB.

3. **Het materieel toepassingsgebied: ook privaatrechtelijke verhoudingen van de overheid?**

De ABBB zijn van toepassing op eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen van de overheid, in al haar publieke en private verschijningsvormen. Zoals reeds aangegeven, beogen ze de bestuurlijke macht te reguleren en te omsluiten met bepaalde waarborgen zodat de beschikbare discretionaire bevoegdheid in dat verband op een behoorlijke wijze wordt uitgeoefend. Het feitelijk handelen van overheidsinstanties dat kadert binnen de publieke opdracht die ze uitoefenen, wordt eveneens beheerst door de ABBB. De vraag of het materieel toepassingsgebied daarnaast bepaalde (louter) privaatrechtelijke verhoudingen bestrijkt, zoals een overeenkomst gesloten door een overheid, is op het eerste gezicht minder vanzelfsprekend te beantwoorden in het Belgische bestuursrecht.

In een arrest van 6 juli 2017 heeft het Grondwettelijk Hof alvast geoordeeld dat in het kader van een ontslag van een ambtenaar om redenen die verband houden met zijn persoon of gedrag, een bepaling van de arbeidsovereenkomstenwet als dusdanig moet worden uitgelegd dat de hoorplicht, als ABBB, niet enkel geldt voor statutaire ambtenaren maar dat het recht om te worden gehoord ook geldt voor contractuele personeelsleden bij de overheid. In beide gevallen handelt

de overheid immers met het algemeen belang voor ogen zodat er gelijkaardige waarborgen moeten gelden.⁴ Daarmee wordt afgeweken van de lijn uit eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie die uitging van het onderscheid tussen de situaties waarin de overheid handelt als overheid dan wel als privépersoon, om te besluiten dat de ABBB niet van toepassing was op het ontslag van een contractuele ambtenaar.⁵ Volgens De Somer en Opdebeek moet de schijnbare uitbreiding van het materieel toepassingsgebied van de ABBB worden gekaderd binnen de evolutie naar een minder rigoureuze tweedeling tussen het publiek- en het privaatrecht. Daarnaast werd ook door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State aangegeven dat de ABBB een aantal bijkomende vereisten toevoegen aan de contractsvrijheid van de overheid. Zo moet een overheidsinstantie bij het sluiten van een overeenkomst tot het verlenen van een zakelijk recht waarop geen bijzondere overheidsreglementering van toepassing is, het gelijkheidsbeginsel – en het daarin vervatte transparantiebeginsel – respecteren ten aanzien van de potentiële medecontractanten en gegadigden. Aan de beslissing tot het sluiten van een dergelijke overeenkomst zal onder meer een algemene bevraging en effectieve bekendmaking moeten voorafgaan.⁶



De algemene beginselen van behoorlijk bestuur schetsen de krijtlijnen voor een behoorlijk overheidsoptreden die ook kunnen doorwerken in bepaalde privaatrechtelijke verhoudingen van de overheid.

⁴ Zie GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017.

⁵ Zie Cass. 12 oktober 2015, AR S.13.0026.N (*Stad Oostende/P.V.*). Vgl. met Arbeidshof Brussel 30 mei 2006, ECLI:BE:CTBRL:2006:ARR.20060530.8.

⁶ RvS 23 december 2015, nr. 233.355 (*Kinepolis Mega*), i.h.b. overw. 33-34. Het ging i.c. over de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn die een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap vormt en belast is met een taak van openbare dienst. Zie in gelijkaardige zin: RvS 31 mei 1979, nr. 19.671 (*Integan*, over de gunning van een concessie van een openbare dienst); RvS 2 februari 1993, nr. 41.878 (*NV Seaport Terminals*, over de gunning van een domeinconcessie); RvS 28 mei 1997, nr. 66.428 (*De Backer*, over de verkoop van een onroerend goed).

Tegenstanders van de toepassing van ABBB op private rechtsverhoudingen voeren aan dat de contractuele handelingen van de overheid niet kaderen binnen de uitoefening van het overheidsgezag zodat de toepassing van de ABBB in dergelijke gevallen minder aangewezen is. De Belgische rechtsorde heeft bovendien geen bepaling die gelijkaardig is aan artikel 3:1 lid 2 van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁷ In de juridische praktijk is de vraag naar de toepassing van de ABBB op de contractuele verbintenissen van de overheid overigens minder aan de orde aangezien een aantal beginselen hoe dan ook (kunnen) doorwerken in contractuele verhoudingen via het vereiste van goede trouw uit het contractenrecht, opgenomen in artikel 5.73 van het (nieuwe) Burgerlijk Wetboek. De voorstanders wijzen er daarentegen op dat de ABBB meer omvatten dan enkel een waarborg bij eenzijdig en discretionair optreden van de overheid maar ook richtlijnen vormen die in acht moeten worden genomen bij elke vorm van overheids-optreden, met inbegrip van contractuele handelingen. De overheid heeft immers een voorbeeldfunctie. Er mag dan ook een bepaalde standaard worden verwacht van de overheid, ook in een privaatrechtelijke context. Het personele toepassingsgebied, zoals hierboven toegelicht, is volgens deze strekking in de rechtsleer dan ook determinerend voor de toepasselijkheid van de ABBB.⁸ Kortom, in de Belgische rechtsorde is het laatste woord over de doorwerking van de ABBB in de private rechtsverhoudingen met de (organen van de) overheid geenszins geschreven.

7 Zie hierover ook het Nederlandse venster 6 van deze bundel.

8 Zie o.a. S. De Somer & I. Opdebeeck, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortselt: Intersentia 2019, p. 370-371; T. Leys, 'De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?', *TBP* 2017, afl. 4, (192) 195-199; S. Lierman, P.-J. Van de Weyer & K.-J. Vandormael, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht', *TPR* 2016, p. 563-564; S. Lust & B. Steen, 'Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming', *TORB* 2002-2003, afl. 4, (315) 339-341 en W. Van Gerven, 'Beginselen van behoorlijk handelen', *RW* 1982-83, p. 966.

7.1 Object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing

Nederland

Van willekeurtoetsing naar toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel

Jaap Polak*

1. Uitoefening discretionaire bevoegdheid; beoordelings- of beleidsvrijheid

Tot na de Tweede Wereldoorlog beperkte de Nederlandse rechter de toetsing van overheidshandelen in beginsel tot de vraag of de overheid zich aan de wet had gehouden. Want veelal achtte men het in strijd met het idee van de machtenscheiding als de rechter zich een oordeel zou aanmatigen over de wijze waarop de overheid haar toegekende bevoegdheden uitoefende. Rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan de wet werd als een typisch rechterlijke taak wel mogelijk geacht, maar met een toetsing aan andere normen zou de rechter zich op politiek bestuurlijk terrein begeven en dat was in strijd met de invulling die toen aan het concept van de machtenscheiding werd gegeven. Daar waar behoefte bestond aan meer rechtsbescherming van de burger werd veelal voorzien in een systeem van administratief beroep. Daarbij kon een hoger bestuursorgaan (en niet de onafhankelijke rechter) zijn beslissing in de plaats stellen van het bestuursorgaan dat aanvankelijk een besluit had genomen. Dat gedachtegoed waaraan de naam van de Amsterdamse hoogleraar Struycken is verbonden¹, heeft ook lange tijd de komst van algemene administratieve rechtspraak tegengehouden. En daar waar al wel administratieve rechtspraak bestond, zoals vanaf 1902 op het terrein van het sociaal zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht met de Centrale Raad van Beroep als hoogste rechter, kon de administratieve rechter met een toetsing aan de wet behoorlijk uit de voeten. Want het gaat daarbij veelal om de uitoefening van overheidsbevoegdheden waar de wet precies regelt hoe deze moeten worden uitgeoefend, zogeheten ‘gebonden besluiten’. Daarbij kan een rechter met alleen de toetsing aan de wet dus een volledige controle uitoefenen over de wijze waarop de overheid van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

Maar voor de uitoefening van overheidsbevoegdheden waarbij die strikte normering niet aan de orde is, heeft een dergelijke toetsing aan de wet vaak niet veel om

* J.E.M. (Jaap) Polak is staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en onbezoldigd hoogleraar bestuursrecht in Leiden.

1 A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter?*, Amsterdam 1910.

het lijf. Als de wetgeving bepaalt dat een college van burgemeester en wethouders een vergunning, ontheffing of vrijstelling kan verlenen zonder te regelen onder welke omstandigheden, dan is een beslissing om zo'n verzoek al dan niet in te willigen (vrijwel) nooit in strijd met de wet. We spreken dan van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Bij die discretie kan worden onderscheiden in beoordelings- of beleidsruimte. Dat laatste is aan de orde, als de wet een bestuursorgaan de ruimte geeft om al dan niet van een bevoegdheid gebruik te maken (dat is vooral het geval bij de veelvuldig voorkomende 'kan-bepalingen'), terwijl van beoordelingsruimte sprake is als uit de formulering van de wettelijke term waarin een bevoegdheid aan het bestuur is verleend, een ruimte volgt voor het bestuursorgaan om daaraan invulling te geven, zoals 'in het belang van de openbare orde'.

Voor rechtsbescherming tegen de uitoefening van discretionaire bevoegdheden kon de burger bij gebreke van algemene administratieve rechtspraak – naast het genoemde administratieve beroep – veelal terecht bij de burgerlijke rechter. Daarbij kon hij het gewraakte overheidshandelen dan aan de orde stellen met een vordering gebaseerd op het toenmalige onrechtmatige daad artikel 1401 BW, sinds 1992 artikel 6:162 BW.² Weliswaar had de Hoge Raad in het befaamde arrest van 31 januari 1919 inzake *Lindenbaum-Cohen*³ uitgemaakt dat ook schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm een onrechtmatige daad oplevert, maar de tijd was nog niet rijp om dat ook te doen gelden voor het publiekrechtelijke handelen van de overheid.⁴

Niet ver na de Tweede Wereldoorlog kwam daarin enige verandering met het arrest over de Doetinchemse woonruimtevoordering van de civiele kamer van de Hoge Raad van 25 februari 1949.⁵ Dat arrest ziet men vaak en ook niet ten onrechte als het arrest waarin de Hoge Raad duidelijk maakte dat discretionaire bevoegdheden slechts marginaal (of in tegenwoordige termen: terughoudend) getoetst moeten worden. Want de Hoge Raad gaf aan dat een woonruimtevoordering van een college van burgemeester en wethouders op grond van de Woonruimtetwet in beginsel de doelmatige verdeling van woonruimte diende, maar dat kon anders zijn 'als het college bij afweging van de belangen in redelijkheid niet tot de vordering heeft kunnen komen en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad.' Paradoxaal maar waar betekende deze door de civiele kamer van de Hoge Raad geïntroduceerde marginale of terughoudende toetsingsmaatstaf in die tijd een principiële stap voorwaarts ten gunste van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Zij bracht immers mee dat de wijze waarop de overheid van beleids- of beoordelingsruimte gebruikmaakt, toch aan een zekere inhoudelijke toetsing onderworpen kon worden en dat gaat verder dan alleen een toetsing aan de wet. Die willekeurformule gaf goed aan hoe de rechter zijn staatsrechtelijke positie ten opzichte van het handelen van

2 Zie HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Guldenmond/Noordwijkerhout*), NJ 1916, p. 404; zie over de grote betekenis van dit arrest een eeuw na dit arrest, Schlóssels en Feteris e.a., *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

3 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776.

4 In het *Strooppot*-arrest van HR 29 juni 1928, ECLI:NL:HR:1928:221 maakte de Hoge Raad expliciet uit dat de zorgvuldigheidsnorm van *Lindenbaum-Cohen* alleen gold voor burgers onderling en niet voor de overheid.

5 HR 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963.

het uitvoerende bestuur zag en omging met het dilemma dat daarbij aan de orde was. Enerzijds moest de rechter bij het veelvuldiger overheidsingrijpen op tal van terreinen rechtsbescherming aan de burger gaan geven die zich niet strikt tot een toetsing aan de wet beperkte. Anderzijds moest ook niet het verwijt van een ‘rechtersstaat’ gemaakt kunnen worden in de periode van wederopbouw in de decennia na de Tweede Wereldoorlog, waarin toenemend overheidsingrijpen door democratisch geïntegreerde bestuurders aan de orde was.

De benadering dat de rechter het handelen van de uitvoerende macht met de nodige distantie marginaal toetst is een benadering die men in de rechtsstelsels van alle westerse democratieën na de Tweede Wereldoorlog wel met de nodige variaties terugvindt.

In die periode na de Tweede Wereldoorlog kwam daarbij ook de ontwikkeling van andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur op gang. Vooral na de komst van algemene administratieve rechtspraak met de wet-Arob van 1976 kwamen bij de bestuursrechter het motiveringsbeginsel en het beginsel van zorgvuldige voorbereiding sterk tot ontwikkeling. De toetsing aan die beginselen maakt het hem mogelijk zich niet uit te laten over de inhoudelijke keuzes die bij de besluitvorming aan de orde zijn. Zij is daarmee vaak een aantrekkelijke optie voor het geschetste dilemma. De burgerlijke rechter hield aanvankelijk vast aan de willekeurformule en toetste in de periode tot halverwege de jaren tachtig⁶ van de vorige eeuw slechts indirect aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁷: bij de vraag of sprake was van willekeur kon een rol spelen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waren geschonden. Als het aankwam of aan moest komen op een meer inhoudelijke toetsing heeft de willekeurformule ook bij de bestuursrechter lang standgehouden.

Na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 januari 1994 waarin het minder terughoudende evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb is opgenomen, rees de vraag of dat een intensivering zou moeten betekenen van de terughoudende rechterlijke toetsing aan de willekeurformule. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beantwoordde die vraag in de bekende *Maxis en Praxis*-uitspraak van 9 mei 1996 met een op de parlementaire geschiedenis van de Awb gebaseerde argumentatie negatief.⁸ Met het tot het bestuur gerichte voorschrift van artikel 3:4 lid 2 Awb heeft de wetgever, zo overwoog de Afdeling, niet beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de rechtspraak, zoals die zich had ontwikkeld op basis van de willekeurformule.⁹

In de literatuur was en is veel kritiek op terughoudende toetsing en in de rechterlijke praktijk werd ook gedifferentieerd. Zo werd al vrij snel na de (op)komst van het punitieve bestuursrecht vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw duidelijk dat het opleggen van bestuurlijke boetes meer indringend zou moeten worden

6 Zie het arrest van 27 maart 1987 inzake *Amsterdam-Ikon* waarover venster 6.

7 HR 4 januari 1963, ECLI:NL:HR:1963:48 (*Landsmeer*-arrest).

8 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

9 De aan het *Doetinchemse woonruimte*-arrest van 1949 ontleende formule was opgenomen in onder meer art. 8 lid 1, aanhef en onder c Wet Arob die heeft gegolden van 1976 tot 1994.

getoetst, wilde de rechtsbescherming bij de bestuursrechter gelijkwaardig zijn aan die de strafrechter biedt. Ook artikel 6 EVRM vereist bij boetes een volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Hoewel er ook buiten het bestuurlijke boeterecht duidelijke voorbeelden zijn van een intensieve toetsing door de rechter, soms gewoon op basis van de willekeurformule¹⁰, bleef de literatuur kritisch over het vasthouden door de bestuursrechter aan het concept van terughoudende toetsing. Vooral na een preadvies van Hirsch Ballin voor de Vereniging voor Bestuursrecht waarin de argumenten voor een terughoudende toetsing (vooral gelegen in het besproken concept van de machtscheiding, maar daarnaast ook in het gebrek aan inhoudelijke deskundigheid van de rechter op alle uiteenlopende terreinen van overheidsbesluiten) sterk werden gerelativeerd¹¹, ging de bestuursrechter meer indringend toetsen, zoals bijvoorbeeld bleek bij besluiten over de gaswinning in Groningen.¹² Anderzijds bleek de Afdeling bestuursrechtspraak terugvorderingsbesluiten van de Dienst Toeslagen van de Belastingdienst nog steeds te terughoudend en weinig kritisch te hebben getoetst, waardoor de werkwijze van die Dienst die tot het beruchte Toeslagenschandaal leidde, te lang haar desastreuze gang kon gaan.¹³

De kritiek in de literatuur en het nadenken over de rol van de bestuursrechter in de Toeslagenaffaire hebben geleid tot het verzoek van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak om een conclusie over de wijze van toetsing aan de Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel. Dat werkstuk¹⁴ had invloed op de uitspraken van de grote kamer van de Afdeling van 2 februari 2021 waaronder die met betrekking tot de sluiting van een woning in Harderwijk op grond van de Opiumwet. Daarbij ging de Afdeling mee met het advies om niet langer te toetsen aan de willekeurformule maar voortaan aan te sluiten bij de bewoordingen van artikel 3:4 lid 2 Awb waarin het evenredigheidsbeginsel is neergelegd. Ook oarmde de Afdeling het advies om daarbij aansluiting te zoeken bij de drie stappen die het Hof van Justitie van de EU verricht bij de evenredigheidstoets. Een toetsing dus aan de vraag of een besluit geschikt is om het doel te bereiken (een effectiviteits- en coherentietoets), een toetsing van het besluit aan de noodzaak om het doel te bereiken en een toetsing van het besluit aan de evenwichtigheid ervan waarbij de vraag centraal staat of het besluit niet onredelijk bezwarend is voor de belanghebbende. De Afdeling geeft aan dat die stappen niet steeds hoeven

Harderwijk

Doetinchem

10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI1842 over het KB tot vernietiging van het provinciaal besluit inzake de IJlandse bank Landsbanki.

11 E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter: preadviezen*, Den Haag: Boom Juridisch 2015.

12 Zie de uitspraken ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 en ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3156; de veiligheidsbelangen van de Groningers waren volgens de Afdeling door de minister van EZ te weinig meegewogen.

13 Zie onder meer uitvoerig de publicatie *Lessen uit de Toeslagenaffaire* van de Raad van State van 19 november 2021.

14 Conclusie A-G's ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

te worden gezet, maar dat dit afhangt van hetgeen is aangevoerd. Verder geeft de Afdeling aan dat de mate van indringendheid waarmee daarbij wordt getoetst, afhankelijk is van een veelheid van factoren, zoals de aard en de mate van de beleidsruimte, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de belangen die met het besluit worden geraakt. Naarmate de belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten zal de toetsing intensiever zijn.¹⁵

Het concept van terughoudende toetsing is daarmee niet geheel van de baan en zal vooral in het ordenend bestuursrecht waar tegengestelde belangen moeten worden afgewogen, betekenis houden. De nieuwe benadering dwingt de rechter meer gedifferentieerd te toetsen en beter verantwoording af te leggen van zijn denkproces bij die toetsing. Wij zijn nu in gespannen afwachting hoe dat gestalte zal krijgen.

Maar het is evident dat de geschetste ontwikkeling laat zien dat de rechterlijke toetsing van overheidshandelen indringender is geworden. Daarbij speelt naast deze ontwikkeling van willekeur naar evenredigheidstoetsing vooral ook een rol: het grotere beroep van burgers en ngo's op en de rechterlijke toetsing aan de in verdragen neergelegde fundamentele rechten¹⁶ en aan materieel EU-recht.¹⁷

2. Materiële wetgeving

Als wij hier spreken over materiële wetgeving doelen we op alle wetgeving die geen wetgeving in formele zin is. De toetsing daarvan komt hierna in venster 8 aan de orde. Hier gaat het dus over de toetsing van alle algemeen verbindende voorschriften die geen wetgeving zijn afkomstig van regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Te denken valt vooral aan algemene maatregelen van bestuur (ambv's), ministeriële regelingen en provinciale en gemeentelijke verordeningen. De Hoge Raad liet in een roemrucht en op de Haagse departementen kritisch ontvangen arrest in 1969 al zien, dat dit soort voorschriften niet alleen aan voorschriften van hogere orde kunnen worden getoetst, maar dat het uitvaardigen van deze voorschriften bij strijd met de hogere wetgeving (in dit geval art. 7 Grondwet) ook onrechtmatig kan zijn en dus tot schadevergoeding kan verplichten.¹⁸ Maar hier heeft zich nog langer dan bij ander overheidshandelen de gedachte gehandhaafd dat slechts aan (hogere) wetgeving kon worden getoetst en dus niet aan ongeschreven rechtsbeginselen. Het *Landbouwwliegers*-arrest van 16 mei 1986¹⁹ speelt hier voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften de rol van het besproken *Doetinchemse woonruimte*-arrest voor de toetsing van vooral beschikkingen met beoordelings- en beleidsruimte. De Hoge Raad sprak in dat arrest uit dat ook algemeen verbindende voorschriften aan de willekeurformule getoetst moesten worden als hetgeen daartegen werd aangevoerd daarvoor aanlei-

15 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

16 Pregnant voorbeeld: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Staat/Urgenda*).

17 Pregnant voorbeeld ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, waarbij een streep werd gezet door de stikstofaanpak van de overheid.

18 HR 24 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC:4903 (*Pocketbooks II*).

19 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9354 (*Landbouwwliegers*-arrest).

ding geeft. Hij formuleerde daarmee ook hier een terughoudende maatstaf voor de toetsing aan algemene rechtsbeginselen en onderstreepte dat door expliciet te overwegen dat de rechter niet de taak had de waarde of het maatschappelijk gewicht van de betrokken belangen te wegen maar dat aan de bevoegde instanties moest overlaten. Toch was het *Landbouwwliegers*-arrest voor de rechtsbescherming een stap voorwaarts (zoals het *Doetinchemse woonruimte*-arrest dat ook was) in die zin dat werd erkend dat de rechter algemeen verbindende voorschriften, zij het met terughoudendheid, aan ongeschreven recht en wel de willekeurformule, had te toetsen. Toetsing aan andere algemene beginselen kon daarbij slechts een beperkte rol spelen in die zin dat schending van die beginselen mogelijk een rol zou kunnen vervullen bij het antwoord op de vraag of het verbod van willekeur was overtreden. In latere arresten spreekt de Hoge Raad echter van toetsing aan algemene rechtsbeginselen in het algemeen.²⁰

Maar de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad kent geen voorbeelden waarin algemeen verbindende voorschriften onverbindend worden verklaard vanwege schending van alleen meer procedurele beginselen als zorgvuldigheid en motivering. Recente ontwikkelingen bij de bestuursrechter werpen meer licht op de vraag in hoeverre algemeen verbindende voorschriften nu ook aan die beginselen kunnen worden getoetst. A-G Widdershoven had in zijn conclusie van 22 december 2017 over de mogelijkheden van exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter²¹ geadviseerd tot een toetsing aan ook deze procedurele algemene rechtsbeginselen.²² Dat advies is deels wel en deels niet gevolgd. In de uitspraken van respectievelijk de Centrale Raad van Beroep, de Afdeling bestuursrechtspraak en het CBB²³ werd geoordeeld dat als een algemeen verbindend voorschrift in strijd is met het motiveringsbeginsel en/of het beginsel van zorgvuldige voorbereiding dat niet tot onverbindendheid leidt, maar wel kan leiden tot het buiten toepassing laten van die regelgeving zolang daarmee niet duidelijk is of het algemeen verbindend voorschrift wel aan het evenredigheidsbeginsel voldoet. Daarmee bestaat voor de rechter in de praktijk wel de ruimte om bij schending van genoemde procedurele beginselen rechtsbescherming te bieden. Dat die lijn door de hoogste rechters is afgestemd is verder duidelijk doordat de Hoge Raad in zijn arrest over de Ja-sticker²⁴ uitdrukkelijk uitsprak dat die lijn materieel niet verschilt van de wijze waarop de burgerlijke rechter algemeen verbindende voorschriften toetst.

Ook hier zien we dus een opschuiven van de toetsingsbereidheid van de rechter ten gunste van de rechtsbescherming van de burgers, bedrijven en ngo's door een samenspel van de civiele rechter en de bestuursrechter.

20 In HR 18 januari 1991, ECLI:NL:PHR:1991:AC4031 (*Leffers*-arrest) wordt bijvoorbeeld al aan het beginsel van rechtszekerheid getoetst.

21 Zie nader Deel 2 van dit venster 7 Direct beroep versus exceptieve toetsing.

22 Conclusie A-G ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

23 Respectievelijk CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, CBb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:240.

24 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360.

7.2 Object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing

Nederland

Rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften: direct beroep versus exceptieve toetsing

Tom Barkhuysen*

1. Inleiding

Een belangrijke vraag in de Nederlandse rechtsorde is wie de (on)rechtmatigheid mag vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.¹ Dit zijn naar buiten werkende voor de daarbij betrokkenen bindende regels die uitgaan van het openbaar gezag dat daarvoor zijn bevoegdheid aan de wet ontleent en die zich lenen voor herhaalde toepassing. Daarbij is niet de vorm maar de inhoud bepalend.² Denk daarbij op gemeentelijk niveau aan regels in een algemene plaatselijke verordening. En op centraal niveau aan ministeriële regelingen en algemene maatregelen van bestuur die uitgaan van de regering.

2. Geen direct beroep bij de bestuursrechter

Algemeen verbindende voorschriften zijn in artikel 8:3 lid 1 sub a Algemene wet bestuursrecht (Awb) (tenzij anders bepaald in bijzondere wetgeving) uitgesloten van direct beroep bij de bestuursrechter. Reden daarvoor was dat de wetgever bij de invoering van de Awb in 1994 de bestuursrechter naast een heel nieuw rechtsbeschermingssysteem en procesrecht niet ook nog wilde opzadelen met extra zaken over algemeen verbindende voorschriften. Het was de bedoeling dat deze uitsluiting van direct beroep slechts tijdelijk zou zijn, maar uiteindelijk is deze (vooralsnog) permanent geworden waarbij een heel scala aan redenen voor en tegen direct beroep is afgewogen en waarbij – weinig principieel – het ontbreken van echte problemen vanwege de uitzondering zwaar telde.³

* T. (Tom) Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie over dit leerstuk T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, hoofdstukken 12, 15 en 17.

2 Vgl. HR 10 juni 1919, NJ 1919, p. 647; ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1987; CBB 5 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7398.

3 Vgl. *Kamerstukken II 2003/04*, 29279, nr. 16, p. 12-13.

3. **In de regel wel direct beroep bij de burgerlijke rechter**

Nu direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter niet mogelijk is kan daartegen wel worden opgekomen bij de burgerlijke rechter.⁴ Deze is immers al bevoegd wanneer een eisende partij maar een burgerlijk recht aan zijn vordering ten grondslag legt (de zogenoemde *objectum litis* leer). Daarvoor is voldoende dat een partij aanvoert schade te lijden als gevolg van een (beweerd onrechtmatig) algemeen verbindend voorschrift of anderszins in zijn vermogensrechten te worden geraakt.⁵ Daarbij zijn diverse vorderingen mogelijk: van onverbindendverklaring in algemene zin via buitentoepassinglating in het concrete geval tot allerlei gebods- en verbodsacties alsmede schadevergoeding.

4. **Wel exceptieve toetsing door de bestuursrechter**

Over de band van een wel bij de bestuursrechter voor direct beroep vatbaar besluit waarin toepassing wordt gegeven aan een algemeen verbindend voorschrift, kan de (on)rechtmatigheid van dit voorschrift wel door deze rechter worden vastgesteld. Deze zogenaamde ‘exceptieve toetsing’ is in de praktijk veelvoorkomend.⁶ De bestuursrechter kan in dat kader bezien of het achterliggende algemeen verbindend voorschrift verenigbaar is met hoger recht en het zo nodig onverbindend verklaren (als de regeling in algemene zin onrechtmatig is) of buiten toepassing laten (wanneer toepassing van de regeling in het concrete geval onrechtmatig is).

5. **Taakverdeling burgerlijke rechter en bestuursrechter: als exceptieve toetsing mogelijk is sluit de burgerlijke rechter in de regel de deur**

Daarmee is er een systeem ontstaan waarmee in theorie de burgerlijke rechter en de bestuursrechter beide kunnen oordelen over de (on)rechtmatigheid van een en hetzelfde algemeen verbindende voorschrift. Daarbij kunnen zij tot verschillende uitkomsten komen. Dit is onwenselijk geacht en heeft geleid tot een taakverdeling over de band van de ontvankelijkheid van (de vordering van) eiser bij de burgerlijke rechter.⁷

Als het gaat om de toetsing van indirect werkende algemeen verbindende voorschriften die louter afdwingbare rechten of plichten scheppen via een uitvoeringsbesluit, zal de burgerlijke rechter de partij die een dergelijk voorschrift direct aanvecht niet-ontvankelijk verklaren indien het betreffende voorschrift exceptief getoetst kan of kon worden in een bestuursrechtelijke procedure tegen het uitvoe-

4 HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 (*Pocketbooks II*).

5 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Guldemondd/Noordwijkerhout*). Zie nader hierover venster 5 in dit boek.

6 Vgl. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Woningsluiting Harderwijk*).

7 Zie nader R.M. van Male, ‘Aanvullende rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-178; T. Barkhuysen, ‘Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften’, *NJB* 2015/1949.

ringsbesluit.⁸ Dan wordt aangenomen dat betrokkene voldoende rechtsbescherming krijgt bij de bestuursrechter.

Voor vorderingen bij de burgerlijke rechter die betrekking hebben op direct werkende algemeen verbindende voorschriften, zoals gebods- of verbodsbepalingen, is dat anders. Een belanghebbende ondervindt dan rechtstreeks de werking van het betrokken voorschrift. Wanneer deze belanghebbende de burgerlijke rechter benadert om een oordeel te verkrijgen over de (on)rechtmatigheid van het voorschrift, is deze partij in beginsel wel ontvankelijk. Dat is ook het geval wanneer de mogelijkheid bestaat om terzake een beslissing van de bestuursrechter te verkrijgen door een voor beroep vatbaar besluit uit te lokken. Hierbij moet met name worden gedacht aan partijen die anders alleen via het overtreden van een verbod of gebod een bij de bestuursrechter appellabel handhavingsbesluit zoals een bestuurlijke boete kunnen uitlokken. Dat kan volgens vaste rechtspraak niet van hen worden gevergd zodat zij direct tegen het hen belemmerende algemeen verbindend voorschrift mogen opkomen bij de burgerlijke rechter.⁹

Deze taakverdeling functioneert goed en leidt qua rechtsbescherming in individuele gevallen niet tot problemen, hoewel de drempel om bij de burgerlijke rechter te procederen hoger is dan bij de bestuursrechter (omdat het procesrecht formeler is en er niet zonder advocaat kan worden geprocedeerd).

6. **Complicaties ten aanzien van collectieve (algemeen belang) acties door belangenorganisaties**

Een complicatie doet zich echter voor wanneer belangenorganisaties in het algemeen belang in een direct beroep bij de burgerlijke rechter opkomen tegen algemeen verbindende voorschriften. Belangenorganisaties kunnen dat doen op de voet van de collectieve en algemeen belang actie van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek. Een voorbeeld daarvan vormt de procedure van de Stichting Privacy First tegen het biometrisch paspoort. Daarin werd deze organisatie door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk verklaard. Dit omdat de rechtmatigheid van de Paspoortwet ook indirect (door exceptieve toetsing) bij de bestuursrechter zou kunnen worden getoetst in een zaak van een individuele burger tegen het besluit tot weigering van een paspoort vanwege het niet afgeven van vingerafdrukken.¹⁰ Daarbij lijkt een belangrijke rol te hebben gespeeld het voorkomen van de betrokkenheid van twee soorten rechters (immers individuele burgers konden wel bij de bestuursrechter opkomen die de regeling exceptief had kunnen toetsen) met het risico van ‘rechtsoneenheid’. Hoewel op zich een legitiem belang, kunnen er vraagtekens bij dat oordeel worden geplaatst omdat het in lijkt te gaan tegen de bedoelingen van de wetgever. Bovendien is het gevolg daarvan dat de mogelijkheden van belangenorganisaties om te procederen tegen regelgeving ernstig in het gedrang komen. Zij kunnen immers niet zelf bij de bestuursrechter een

8 Bijv. HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, NJ 2016/262 (*Staat/Stichting Privacy First*).

9 HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, NJ 1997/165 (*Leenders/Ubbergen*).

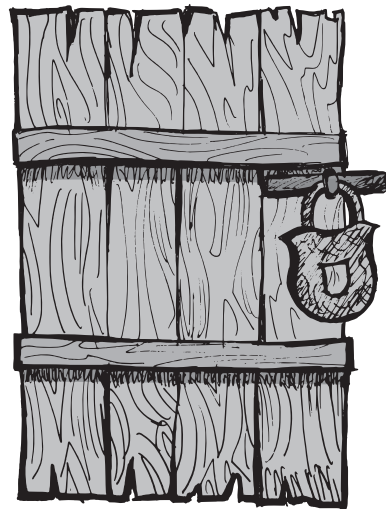
10 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, NJ 2016/262 (*Staat/Stichting Privacy First*).

procedure entameren.¹¹ Verder is het onwaarschijnlijk dat zij als belanghebbende zouden worden toegelaten tot de procedure van de betrokken individuele burger. Daarbij laat deze paspoortzaak ook goed zien wat het gevolg is van het op deze wijze terugdringen van de rol van belangenorganisaties.¹² Nu zijn er in het hele land diverse procedures gevoerd met alle rechtsonzekerheid en inefficiency van dien. Bovendien blijkt dat de deskundige inbreng van de genoemde belangenorganisatie een toegevoegde waarde zou hebben gehad. Het is dan ook te hopen dat de Hoge Raad terugkomt van de uitgezette lijn. Een alternatief daarvoor zou kunnen zijn het mogelijk maken van direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (waaronder formele wetgeving) bij de bestuursrechter via het wijzigen van artikel 8:3 Awb. Deze optie heeft de voorkeur omdat daarmee het genoemde gevaar van ‘rechtsoneenheid’ zou kunnen worden weggenomen met behoud van de positie van belangenorganisaties.¹³

7. Conclusie

Welke rechter onder welke omstandigheden gaat over de vaststelling van de (on)rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften is redelijk duidelijk. Als exceptieve toetsing door de bestuursrechter mogelijk is, sluit de burgerlijke rechter in de regel de deur. De burgerlijke rechter behoudt een rol met name als het gaat om direct werkende regels die geen uitvoeringsbesluiten vergen.

Dit systeem functioneert naar redelijke tevredenheid, hoewel de drempel om bij de burgerlijke rechter te procederen hoger is dan bij de bestuursrechter. Alleen belangenorganisaties die willen opkomen tegen algemeen verbindende voorschriften lopen soms tegen twee dichte deuren aan (van zowel de burgerlijke als de bestuursrechter). Dat is ongewenst en moet worden verholpen, bijvoorbeeld door het mogelijk maken van direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter.



11 Zie met verwijzingen Y.E. Schuurmans & R. Stolk, ‘Het proefproces als collectieve actie’, *NTB* 2017/2.

12 Zoals die in vergelijkbare zin aan de orde was in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

13 Zie in deze zin T. Barkhuysen, ‘Ruim baan voor belangenorganisaties’, *NJB* 2012/646.

7. Object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing

België

Jan-Baptist Lemaire*

1. **Object, omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing: poging tot systematisering**

In het trio ‘object, omvang en intensiteit van rechterlijke toetsing’ is het begrip ‘intensiteit’ met voorsprong het meest vage, meest besproken, en minst begrepen. De focus op ‘intensiteit’ komt van een typisch Europees continentale blik op rechterlijke toetsing; in de Angelsaksische wereld spreekt men veeleer over *levels of scrutiny* of ‘toetsingsniveaus’, met concepten als ‘*strict scrutiny*’, ‘*rational basis review*’, enz. Waar de Angelsaksische toetsingsniveaus discrete en goed afgebakende punten op een as voorstellen, geeft het begrip toetsingsintensiteit eerder een continuüm weer.

We kunnen de concepten ‘object, omvang en intensiteit’ herformuleren in een vraag: ‘wat en hoe (ver) kan de rechter toetsen?’ Hoewel wat de rechter kan toetsen doorgaans gemakkelijk te beantwoorden valt, leidt de vraag hoe ver de rechter kan of mag / moet gaan tot conceptuele problemen. Wat betekent ‘hoe ver’ zelfs? Wat maakt toetsing meer of minder ‘intens’? Gaat het over het object, de gevolgen (remedie), de mate van abstractie of contextualisering en individualisering van de toetsing, of al deze zaken samen?

Geen enkel begrip is zo verbonden met de ongrijpbaarheid van de omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing als het concept ‘**marginale toetsing**’, wat zowel in privaats- als publiekrecht de toetsingsmaat bepaalt. Willen we vat krijgen op dit onderwerp, dan moeten we systematisch te werk gaan. De vraag ‘wat en hoe (ver) toetst de rechter’ kunnen we opdelen in meer specifieke vragen: bij wie, wanneer, wat, hoe, waarom en waarmee toetst de rechter?

2. **Bij wie: de overheid gekneld tussen publiek- en privaatrecht**

In een klassieke opdeling van privaatrecht is eerst en vooral de vraag naar ‘wiens handelen’ getoetst wordt belangrijk: overheid, particulier, vennootschap, enz. In de context van een kruisbestuiving tussen privaats- en publiekrecht springt de **overheidsaansprakelijkheid** in het oog, waar privaatrechtelijke beginselen sinds het *Flandria*-arrest in 1920 gradueel op de overheid werden toegepast.¹ Het leidde

* J.-B. (Jan-Baptist) Lemaire is aspirant bij het FWO Vlaanderen en doctorandus aan de KU Leuven.

1 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193 (*Flandria*). Het betrof de aansprakelijkheid voor handelingen van de uitvoerende macht, eerst nog beperkt tot handelingen in strijd met een

Walter Van Gerven er in 1984 toe de vraag te stellen ‘hoe blauw het bloed van de prins nog is?’ De auteur stelde toen dat ‘in de diepste kern, in zijn hart, is het bloed van de Prins nog blauw ... maar, en ook dat wist men al, het hart van de ene Prins is groter dan dat van de andere.’²

Veertig jaar later beantwoordt Françoise Auvray deze vraag als volgt: ‘De vereisten van artikel 1382 oud BW en in het bijzonder het foutbegrip, volstaan om bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid rekening te houden met de eigenheid van het uitvoeren van het openbaar gezag. De bijzondere rol van de overheid ten opzichte van het recht doet hieraan geen afbreuk. Een goed begrip van de plaats van de (on)wettigheid binnen het aansprakelijkheidsmechanisme en een goed begrip van de grenzen van die toetsingsbevoegdheid, helpen bewijzen dat het mechanisme van artikel 1382 oud BW intrinsiek de nodige flexibiliteit biedt.’³

Ook Pieter-Jan Van de Weyer besloot dat onder invloed van het **volle rechtsmachtvereiste** van artikel 6 EVRM niet wiens handelen primair van belang is om de omvang en intensiteit van de bestuurlijke toetsing te bepalen, maar wel het specifieke object van de toetsing.⁴ Het bloed van de prins kleurt dus magenta. Voor zover er nog blauw te bespeuren valt, is het alleen te vinden in de mix van omstandigheden die de aansprakelijkheid kleuren.

3. **Object: niet wiens handelen, maar welk handelen is van belang**

De overheidsaansprakelijkheid is echter verre van de enige plaats waar publiek- en privaatrecht kruisen. Als we de barrière tussen publiek- en privaatrecht nog verder opheffen, wordt duidelijk dat niet wiens handelen maar wel ‘welk handelen’ van belang is: was er **beleidsvrijheid** bij de handeling of niet?

Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen drie situaties. Ofwel is een handeling volledig **gebonden** aan dwingende regels, ofwel is de handeling gebonden aan een dwingend te behalen doel met vrije keuze van de middelen, ofwel zijn zowel doel als middelen vrij te kiezen.

specifieke norm, later uitgebreid tot de handelingen in strijd met de algemene zorgvuldigheidsnorm (Cass. 7 maart 1963, *Pas.* 1963, I, p. 744, concl. Proc. Gen. Ganshof van der Meersch (*Verkeersteken-arrest*)), tot de verordenende bevoegdheid van de overheid (Cass. 26 april 1963, *Pas.* 1963, I, p. 90 (*Koepokkenintentings-arrest*)), de schending van politieke rechten (Cass. 23 april 1971, *RW* 1970-71, p. 793, Concl. Adv. Gen. F. Dumon (*Postontvangers-arrest*)) en tot het herstel in natura van de onrechtmatige handeling (Cass. 2 juni 1980, *RW* 1980-81, p. 1661). Naast de uitvoerende macht werd de overheidsaansprakelijkheid later ook uitgebreid tot onrechtmatig handelen van de rechterlijke macht (Cass. 19 december 1991, *Pas.* 1992, I, p. 316 (*Anca I*)) en de wetgevende macht (Cass. 1 juni 2006, C.05.0494.N (*Sekten-arrest*)).

2 W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1984, p. 89.

3 F. Auvray, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid* (diss. rechten KU Leuven), 2023, p. 439.

4 Van de Weyer spreekt zelf over een ‘zaakspecifieke benadering’, P.-J. Van de Weyer, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen. De invloed van de vereiste van volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM* (Public Law Collection), Mortsels: Intersentia 2020, nr. 580 e.v. en nr. 1208 e.v.

In het collectieve geheugen van de Belgische rechtswetenschap was Jan Ronse de eerste die wees op het grensoverschrijdende karakter van de rechterlijke toetsing in zijn bijdrage ‘Marginale toetsing in het privaatrecht’.⁵

Ondertussen wordt aangenomen dat elk juridisch handelen genormeerd is, zowel in privaat- als publiekrecht. Het handelen van de vennootschap (en diens organen) is ofwel volledig genormeerd door regels ofwel doelgebonden (minstens aan het vennootschapsbelang). Het handelen van de overheid is ofwel volledig genormeerd ofwel doelgebonden (minstens aan het algemeen belang). Het handelen van elk individu kan volledig genormeerd zijn, doelgebonden (ouders aan het belang van het kind, contractspartij aan de goede trouw, lasthebber aan het mandaat), of vrij. Ook vrij handelen wordt echter steeds begrensd door rechtsmisbruik en de buiten-contractuele aansprakelijkheid.

4. **Grenzen aan de omvang? Discretionaire rechten en regeringsdaden**

De rechter kan dus steeds optreden, bij elke handeling van elk rechtssubject, privaat of publiek. Dit was niet altijd zo. In het privaatrecht stelde de figuur van de **discretionaire rechten** vroeger grenzen aan de rechterlijke inmenging. Met het eigendomsrecht als typevoorbeeld zei de theorie van de discretionaire rechten dat het een *contradictio in terminis* was om een expliciet toegekend subjectief recht opnieuw te begrenzen, zoals Jean Dabin stelde: ‘N’y aurait-il pas une sorte de contradiction in terminis dans l’idée d’un droit subjectif contrôlé [...] Si le droit est pouvoir de volonté, d’ailleurs ‘fondé sur la norme, comment ce pouvoir peut-il être assujéti à contrôle? Une volonté contrôlée n’est plus, semble-t-il, une volonté autonome, maîtresse de ses choix.’⁶ Onder druk van een gestage uitbreiding van de figuur van het rechtsmisbruik met de daaraan (later) gekoppelde marginale toetsing werd de figuur van de discretionaire rechten echter als uitgestorven verklaard.⁷

Een moeilijker maar gelijkaardig geval bestaat in het publiek recht. De theorie van de **regeringsdaden** leert ons dat de rechter sommige handelingen van de uitvoerende macht vanwege hun politieke karakter niet kan toetsen. Net zoals de figuur van de discretionaire rechten komt dit leerstuk uit het Franse recht maar wordt het in België niet algemeen erkend. De algemene regel in België is dat ook handelingen genomen met beleidsvrijheid getoetst kunnen worden, zij het met inachtneming van de beleidsvrijheid van die overheid.

5. **Omvang: feit, recht, wetstoepassing en het verbod op opportunitiestoets**

Een volgende vraag is *wat* de rechter kan toetsen. Deze vraag behelst de *omvang* van de rechterlijke toetsing. In dit geval onderscheidt men doorgaans **feit, recht,**

5 J. Ronse, ‘Marginale toetsing in het privaatrecht’, *TPR* 1977, afl. 2, p. 207-222.

6 J. Dabin, *Le droit subjectif*, Parijs: Dalloz 1952.

7 W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 404.

en wetstoepassing. In België wordt over het algemeen aangenomen dat de toetsingsbevoegdheid van de rechter zich volledig uitstrekt over feit en recht. De rechter stelt zich dus niet terughoudend op wanneer zij feiten vaststelt of kwalificeert noch wanneer zij het recht (de wet) interpreteert.

De vraag naar wat de rechter kan toetsen wordt moeilijker bij de wetstoepassing en met name wanneer er beleidsvrijheid in het spel is. Wanneer het normerend kader een specifiek handelen oplegt of verbiedt (bij overheidshandelen: gebonden bevoegdheid), dan zegt men dat de rechter ‘vol’ toetst. Laat de materiële wet echter een keuze tussen meerdere handelingen (bij overheidshandelen: discretionaire bevoegdheid), dan is de idee dat het aan dat specifieke privaats- of publiekrechtelijke rechtssubject is om die keuze te maken. Deze idee wordt doorgaans verwoord via een verbod voor de rechter om de **opportunititeit** van de handeling te toetsen. Het opportuniteitsbegrip is niet steeds goed begrepen maar komt in essentie neer op de bovengenoemde autonomie om een keuze te maken, in dat opzicht ook wel ‘beleidsvrijheid’ genoemd.

6. **Intensiteit: volle en marginale toetsing in publiek- en privaatrecht**

De opportunititeit van een handeling brengt ons bij de *intensiteit* van het rechterlijk toezicht en de vraag *hoe* (ver) de rechter toetst. Hoewel rechters zich niet kunnen mengen in de opportunititeit van een beleidshandeling, is het doel van het rechterlijk toezicht om willekeur (of misbruik) te voorkomen. Het rechterlijk toezicht schippert dus tussen respect voor autonomie en voorkomen van willekeur. De grens van het rechterlijk toezicht is de **volle toetsing**, die erop neerkomt dat een rechter zich in de plaats stelt van het rechtssubject.

Bij vragen over feit en recht kan de rechter vol toetsen, maar beleidskeuzes worden doorgaans marginaal getoetst. Dit principe vindt toepassing bij overheidshandelen, beleidshandelingen van de vennootschap en diens organen en in het burgerlijk recht voor zover getoetst wordt op rechtsmisbruik of bij specifieke doelgebonden handelingen – bijvoorbeeld ouders die hun ouderlijk gezag uitoefenen of een contractspartij die een partijbeslissing kan nemen. In het aansprakelijkheidsrecht wordt daarentegen niet over het algemeen aangenomen dat de rechter marginaal toetst. De opvatting dat de rechter de aansprakelijkheid van de overheid wél marginaal toetst, staat in de rechtsleer reeds lang onder druk.

Afgezien van de spanning tussen autonomie en vermijden van willekeur zijn er ook meer specifieke ratio's voor de marginale toetsing. Bij overheidshandelen zegt de **scheiding der machten** dat de rechter zich niet zonder meer in overheidsbeleid kan mengen. In het vennootschapsrecht zijn het gebrek aan ondernemingsexpertise van de rechter en de vrees voor **hindsight bias** maatgevend.

7. **Intensiteit: de bijzondere toetsingsnormen**

Behalve de vraag waarom de rechter terughoudend toetst, is ook de vraag waaraan de rechter terughoudend moet toetsen belangrijk. De keerzijde van de marginale

toetsing is de **kennelijke onredelijkheid**. De rechter kan alleen ingrijpen wanneer de handeling buiten de marge valt waarbinnen normaal en voorzichtig handelende overheden, bestuurders, ouders, enz., in dezelfde omstandigheden geplaatst, redelijkerwijze van mening kunnen verschillen. We zien deze definitie (in verschillende varianten) terugkomen in het algemeen criterium voor rechtsmisbruik, in de rechtspraak van de Raad van State en bij de beoordeling van bestuursfouten in een vennootschap.

De kennelijke onredelijkheid is echter verre van het enige instrument dat de rechter ter beschikking heeft. Reeds voor de introductie van het begrip in België door Ronse en de snelle opmars in de rechtspraak hebben parallelle toetsingsnormen een opgang gekend. De toetsing van overheidshandelen gebeurt via de **algemene beginselen van behoorlijk bestuur**, waar de (kennelijke) (on)redelijkheid deel van uitmaakt.

De Raad van State maakte in zijn ‘Ugent-arresten’ ook in niet mis te begrijpen bewoordingen duidelijk dat elk onredelijk overheidsoptreden onwettig is, ongeacht of de rechter dit benoemt als ‘kennelijk onredelijk’, zonder evenwel expliciet de marginale toetsing te verlaten.⁸ In het vennootschapsrecht daarentegen kleurt de zorgvuldigheidsplicht de marginale toetsing in, een principe dat recent ook wettelijk verankerd werd in artikel 2.65 Wetboek Vennootschappen en Verenigingen (WVV), en hebben verschillende auteurs reeds opgeroepen tot een verdere precisering van de toetsing via een procedurele aansprakelijkheidstoets.⁹

8. Intensiteit: grondwet en mensenrechten

Naast deze bijzondere toetsingsnormen hebben ook de **mensenrechten en grondwettelijke normen** gezorgd voor een intensivering van de rechterlijke toetsing.¹⁰ De burgerlijke rechter kan elk overheidshandelen (zowel individueel als reglementair) dat in strijd is met een hogere norm – dus zowel de formele wet als de Grondwet en internationale normen – buiten toepassing laten op basis van het wettigheidsbeginsel verankerd in **artikel 159 van de Grondwet**.¹¹ Omwille van dit legaliteitsbeginsel heeft de wetgever in 1946 ook een vernietigingsberoep voorzien bij de Raad van State, in te stellen bij de afdeling Bestuursrechtspraak tot zestig dagen na de bekendmaking of kennisgeving van de (individuele of reglementaire) bestuurshandeling.

De onwettigheid bij de burgerlijke rechter kan rechtstreeks ingeroepen worden in het kader van een geschil rond een subjectief recht en waarbij de rechter de

8 RvS 10 juli 2012, nr. 220.243 (*Universiteit Gent/Cornelissen*); RvS 10 juli 2012, nr. 220.242 (*Universiteit Gent/Leemans*).

9 N. Hallemeesch, ‘Loyaliteitsplicht van meerderheidsaandeelhouders. Aard en misbruik van stemrecht herbekeken’, *TPR* 2018, afl. 1, p. 366 e.v.; H. De Wulf, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Intersentia: Antwerpen 2002, nr. 758 e.v.

10 Hierboven werd reeds aangegeven hoe de mensenrechten ook zorgen voor een evolutie naar een ‘toetsing op maat’ (zoals het in Nederland genoemd wordt) of een ‘zaakspecifieke benadering’, in de woorden van Pieter-Jan Van de Weyer, *Van de Weyer* 2020, nr. 580 e.v. en nr. 1280 e.v.

11 Zie daarover het proefschrift van Jan Theunis, *De exceptie van onwettigheid* (Administratieve rechtsbibliotheek – algemene reeks), Brugge: die Keure / la Chartre 2011.

bestuurlijke norm *inter partes* buiten toepassing laat bij schending. De nietigheid bij de Raad van State geldt daarentegen *erga omnes*. De burgerlijke rechter kan geen formele wetten buiten toepassing laten of vernietigen. Die mogelijkheid staat alleen open bij het Grondwettelijk Hof, ofwel via een prejudiciële vraag, ofwel tot zes maanden na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad via een rechtstreeks vernietigingsberoep. Een uitzondering op de onmogelijkheid voor de burgerlijke rechter om formele wetten te toetsen is de toetsing aan de hogere internationale norm, ingevoerd door het Hof van Cassatie in zijn zogenoemde *Smeerkaas*-arrest.¹² Hierdoor werd elke burgerlijke rechter een bewaker van de internationale normen waar de Belgische wetgever zich aan heeft verbonden.

9. Intensiteit: verbod op indeplaatsstelling en grenzen aan de remedie

De vraag naar omvang en intensiteit is ook relevant voor de *remedie* die de rechter kan opleggen. Ook hier geldt het verbod voor de rechter om zich in de plaats te stellen bij beleidsvrijheid. Het Hof van Cassatie bevestigde dit principe bij overheidshandelen meermaals in de zogenaamde *Nachtvluchten*-arresten waarbij het Hof tot tweemaal toe het hof van beroep terugfloot omdat het zich in de plaats had gesteld van de overheid.¹³ Recent bevestigde de rechtbank van eerste aanleg te Brussel dit principe ook voor het herstel bij overheidsaansprakelijkheid in de *Belgische klimaat*-zaak, waarbij de rechtbank de onrechtmatigheid van de overheids-handeling vaststelde, maar zich er wegens de scheiding der machten van onthield een specifieke remedie op te leggen.¹⁴

Ook bij de remedie staat het substitutieverbod echter onder druk. Of beter gezegd, het wordt tot z'n juiste proporties herleid. In het administratief contentieux voorziet **artikel 36, § 1 lid 2 RvS-wet**¹⁵ reeds enige tijd dat het arrest van de Raad van State in de plaats van de beslissing van de overheid treedt indien de beleidsvrijheid van de overheid in de feiten 'verdamp't' is. Ook in het burgerlijk recht wordt in toenemende mate aanvaard dat **passend herstel bij rechtsmisbruik** ertoe kan leiden dat de rechter een handeling kan opleggen wanneer die handeling als enige (niet kennelijk on)redelijke handeling overblijft (zie bijv. Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N), zoals Sébastien De Rey recent argumenteerde in zijn proefschrift.¹⁶

10. Was het nu meer of minder rechter? Tegenstrijdige signalen van de wetgever

Tot slot een beschouwing in vogelperspectief. In de rechtsleer wordt het concept 'marginale toetsing' reeds sinds z'n invoering in de jaren zeventig kritisch bekeken, en ook in de rechtspraak staat het concept onder druk (zie hierboven).

¹² Cass. 27 mei 1971 (*Le Ski*), *Arr. Cass.* 1971, p. 959.

¹³ Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N (*Nachtvluchten II*); Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N (*Nachtvluchten I*).

¹⁴ Rb. Brussel 17 juni 2021 (4^e k.), AR 15/4585/A (*Klimaat*-zaak), *TBBR/RGDC* 2023, afl. 2, 97, m.nt. M. De Winter.

¹⁵ Art. 36 § 1 lid 2 Gecoördineerde wetten op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973, p. 3461.

¹⁶ S. De Rey, *Herstel in natura: rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek* (Recht en onderneming nr. 51), Brugge: die Keure 2019, nr. 917 e.v.

Hoewel ‘kennelijk’ ook andere betekenissen kan hebben dan marginale toetsing, valt niet te ontkomen aan de **recente steile wetgevende opgang van het begrip ‘kennelijk’**. Zo staat ‘kennelijk’ 31 keer in het WVV en 47 keer in het Wetboek economisch recht (WER). In het BW is de opgang van de kennelijkheid het duidelijkst, waar het 32 keer voorkwam in het oud BW, waarvan 23 keer¹⁷ nog steeds geldend recht is terwijl het nieuw BW 24 keer¹⁸ ‘kennelijk’ of ‘manifest’ in de Franstalige of Nederlandstalige wettekst vermeldt, waarvan al 17 keer nieuw ingevoerd. Ter vergelijking, in het oorspronkelijk burgerlijk wetboek kwam ‘kennelijk’ slechts zesmaal voor, telkens als ‘kennelijk onvermogen’ of als vertaling van het Franse ‘notoirement’. De vraag is of de wetgever zich bewust is van deze toename en of zij hier zorgvuldig mee omspringt. Ter illustratie, van de 44 keer dat ‘kennelijk’ vermeld wordt in het geldend burgerlijk recht, wordt slechts 4 keer expliciet naar de marginale toetsing verwezen in de parlementaire voorbereiding.



De H. Lodewijk IX van Frankrijk spreekt als wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht recht onder de eikenboom. Schilderij door Pierre-Narcisse Guérin (1816).

Object, omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing zijn in België in volle verandering, hoewel het formele toetsingskader reeds decennia onveranderd is. Die veranderingen doen zich voor zowel onder invloed van supranationale normen (mensenrechten, en met name de volle rechtsmachtvereiste van art. 6 EVRM), de nationale wetgever (toegenomen delegatie naar de rechter via open normen), en de Belgische rechtscolleges (waar de rechtsleer vaststelt dat rechters minder terughoudend te werk gaan dan vroeger). Het is te vroeg om te stellen dat, zoals in Nederland, een evolutie in de maak is naar een ‘toetsing op maat’¹⁹, maar de verhoogde rechterlijke controle brengt desalniettemin een verhoogde verantwoordelijkheid met zich mee voor de rechter. Die verhoogde verantwoordelijkheid wordt door sommigen wel afkeurend ‘rechterlijk activisme’ genoemd. Als dat al zo is,

17 In art. 363-5, 1° en art. 1907ter oud BW is de Nederlandse term (resp. ‘duidelijk’ en ‘klaarblijkelijk’) een vertaling van het Franse ‘manifestement’.

18 In art. 3.11 lid 1 en art. 3.56 lid 1 heeft de wetgever, enigszins verwarrend, gekozen voor het Franse ‘manifestement’ vertaald voor het Nederlandse ‘aanzienlijk’.

19 P.J. Huisman & N. Jak, ‘Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit’, *NTB* 2019/20, p. 216 e.v.; R. Ortlep & W.S. Zorg, ‘Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?’, *AA* 2018, afl. 1, p. 20-25.

dan is het alvast rechterlijk activisme dat ook door de wetgever in de hand wordt gewerkt en zelfs wordt goedgekeurd, bijvoorbeeld in de hierboven aangehaalde wetgevende hervormingen. Voer voor debat in de komende jaren en decennia is verzekerd.

8. Rechterlijke toetsing formele wetgeving

Nederland

Over het toetsingsverbod en de mogelijkheden om de wetstoepassing te toetsen aan het ongeschreven recht

Roel Schutgens*

1. Inleiding

Constitutionele toetsing¹ van formele wetgeving is in Nederland al sinds 1848 verboden, zie artikel 120 van de huidige Grondwet. Recent schreef Vetzo dat ‘haast geen staatsrechtelijk debat het stempel *evergreen* zo terecht krijgt opgedrukt als de meer dan 170 jaar oude discussie over de kwestie of de rechter formele wetten zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet’.² Die verzuchting is begrijpelijk. Voor veel juristen is het verbod op constitutionele toetsing in de loop der jaren een steen des aanstoets geweest en gebleven. De Grondwetgever op zijn beurt is er – ondanks talloze politieke debatten over dit thema en een gestrand poging tot initiatief-wetgeving³ – nog altijd niet toe gekomen het toetsingsverbod geheel of gedeeltelijk af te schaffen. Toch lijkt er anno 2023, bij het schrijven aan dit venster in de canon, inmiddels een brede politieke wens te leven om het toetsingsverbod te schrappen.⁴ Het rechtsstatelijke trauma van de ‘Kinderopvangtoeslagenaffaire’ heeft daaraan duidelijk bijgedragen.⁵ Het besef is ingedaald dat het verbod op constitutionele toetsing – en dan vooral het daaronder begrepen verbod op toetsing aan ongeschreven, nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen, zie hierna – ertoe kan

* R.J.B. (Roel) Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

- 1 Daaronder wordt in dit verband verstaan: toetsing van formele wetgeving aan hogere normen van nationale origine, te weten de Grondwet, het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen. Uitleg volgt in de hoofdtekst.
- 2 M.J. Vetzo, ‘Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal’, AA 2022/912.
- 3 *Kamerstukken II 2001/02*, 28331.
- 4 Zie het coalitieakkoord 2021-2025 van het kabinet-Rutte IV, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, p. 2 en de voorlopige uitwerking daarvan in de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’, Kamerbrief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 1 juli 2022. Het kabinet heeft een voorkeur voor openstelling van constitutionele toetsing aan de grondwettelijke klassieke grondrechten, te verrichten in een stelsel van gespreide toetsing. Tot invoering van een constitutioneel hof zal het wat het kabinet betreft dus niet komen.
- 5 Voor de Vlaamse lezer: (te) kort gezegd gaat het daarbij om de onthutsende constatering dat jarenlang talloze kwetsbare ouders die ‘kinderopvangtoeslag’ ontvingen, ten onrechte (dan wel overmatig bruto) werden geconfronteerd met een volledige terugvordering van de genoten toeslagen, vaak ook als zij slechts onbeduidende administratieve foutjes hadden gemaakt bij de verantwoording van de besteding van de ontvangen bedragen. Velen van hen kwamen daardoor ernstig in de problemen. Het duurde jaren eer de volle omvang van de problemen tot het algemene publiek, de politiek en de hoogste bestuursrechter doordrongen. Het kabinet-Rutte III bood begin 2021 vanwege deze affaire zijn ontslag aan de Koning aan.

leiden dat de rechter onvoldoende rechtsbescherming kan bieden aan personen die de dupe worden van al te hardvochtige wetstoepassing door de overheid.

De *evergreen* van de discussie over de merites van het toetsingsverbod laat ik in dit venster goeddeels rusten. Ik laat het hier bij het ventileren van de hoop dat de Grondwetgever het toetsingsverbod inderdaad zal schrappen. Voorlopig is dat toetsingsverbod echter nog geldend recht. Daarover gaat dit venster wél. Eerst wordt uiteengezet wat het verbod op toetsing van de formele wet precies behelst. Hoewel dit verbod al ruim 170 jaar meegaat, zijn de rechterlijke mogelijkheden om wetten in formele zin (al dan niet) te toetsen, wel aan ontwikkelingen onderhevig geweest. Die ontwikkelingen komen hierna ter sprake. Vervolgens wordt de focus verlegd naar de mogelijkheden die er naar geldend recht zijn om de concrete *toepassing* van de wet aan het ongeschreven recht te toetsen.

2. **Het toetsingsverbod-oude stijl: de onschendbaarheidsbepaling (1848)**

In zijn oorspronkelijke formulering luidde het toetsingsverbod: ‘De wetten zijn onschendbaar.’ Volgens haar toelichting plaatste die bepaling ‘de wet boven alle bedenkingen; zij waarborgt haar tegen alle aanranding’. Daarmee werd in 1848 iedere rechterlijke toetsing van de formele wet aan hoger recht uitgesloten.

3. **De grondwettelijke toetsingsplicht aan rechtstreeks werkend verdragsrecht (1953-1956)**

Ondanks het bestaan van de onschendbaarheidsbepaling werd er in 1953 een artikel aan de Grondwet toegevoegd op grond waarvan de rechter alle Nederlandse wettelijke bepalingen – waaronder formele wetgeving – juist *moet* toetsen aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen.⁶ Destijds, in de wederopbouwjaren, werd een rechterlijke bevoegdheid tot toetsing aan verdragsrecht cruciaal geacht om de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te faciliteren. Sindsdien bevatte de Grondwet dus enerzijds een bepaling die de rechter verplicht tot toetsing van formele wetgeving (en ander nationaal recht) aan verdragen, maar anderzijds een bepaling die de formele wet (voor het overige) onschendbaar verklaart. Het toetsingsverbod bestrijkt sinds 1953 dus nog slechts de toetsing van de formele wet aan *nationaal* hoger recht.⁷

6 Om precies te zijn: 1953 werd de bevoegdheid (en rechtsplicht) tot toetsing aan verdragen geïntroduceerd; in 1956 werd deze nieuwe bepaling aangescherpt in die zin dat zij sindsdien stipuleert dat er wordt getoetst aan ‘een ieder verbindende’ – dat wil zeggen rechtstreeks werkende – verdragsbepalingen. Zie J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2004, p. 176-215.

7 De term ‘hoger recht’ is wellicht wat anachronistisch. In 1953 bestond het Koninkrijksstatuut nog niet, en de gedachte dat regelgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen kan worden getoetst, heeft ook pas in de jaren tachtig postgevat (HR 16 mei 1986, NJ 1987/251, *Landbouwvliegers*). De gemiddelde jurist in de jaren vijftig zal zich dus waarschijnlijk überhaupt slechts bewust zijn geweest van de mogelijkheid om de wet aan de Grondwet, dan wel aan verdragen te toetsen. De uitdrukking (verbod van) ‘toetsing aan hoger recht’ is een verzamelterm die hier vooral wordt gebezigd voor het begrip van juristen met een hedendaagse blik.

Vanaf deze grondwetswijziging is de rechter wetten in formele zin steeds voortvander gaan toetsen aan rechtstreeks werkend verdragsrecht. Zeker het EVRM is een veelgebruikte toetssteen. Met enige regelmaat wordt formele wetgeving buiten toepassing verklaard wegens strijd met een bepaling uit het EVRM, of wordt zulke wetgeving op die grond zelfs onverbindend verklaard.⁸ De gedachte dat er in Nederland geen constitutionele toetsing mogelijk is, behoeft daarom wel een kanttekening: de toetsing van wetten aan verdragsrechtelijke fundamentele rechten heeft in de praktijk in belangrijke mate de rechtsstatelijke leemte gevuld die het toetsingsverbod creëert. Wetten in formele zin kunnen immers wel degelijk aan klassieke grondrechten worden getoetst, zij het via de band van het EVRM.

4. **Het toetsingsverbod-nieuwe stijl: wel toetsing aan nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen? (1983)**

Een rechtsstatelijke leemte lijkt er vooral nog te bestaan ten aanzien van de mogelijkheid om formele wetgeving te toetsen aan nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen. Vooral toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel zou de rechter in staat kunnen stellen om de scherpe kantjes af te vijlen van wetgeving die voor bepaalde individuen hardvochtig uitpakt. Dergelijke toetsing is echter grotendeels onmogelijk gemaakt door het beroemd-beruchte *Harmonisatiewet*-arrest uit 1989.⁹

Een goed begrip van dit arrest vergt enige uitleg, vooral ook over de daaraan voorafgaande Grondwetsherziening van 1983, waarbij de opzet en formulering van de gehele Grondwet ingrijpend werd gemoderniseerd. Daarbij kreeg ook de oude onschendbaarheidsbepaling een modernere formulering. Vanaf 1983 luidt zij: ‘De rechter treedt niet in de grondwettigheid van wetten en verdragen’. Deze nieuwe formulering lijkt te duiden op een uitbreiding van de toetsingsmogelijkheden. Immers, de oude bepaling immuniseerde de wet tegen iedere toetsing aan nationaal hoger recht. Naar de letter verbiedt het nieuwe, en nog altijd geldende artikel 120 Gw nog slechts de toetsing aan één specifieke hoger geschikte rechtsbron, namelijk de Grondwet. Toetsing van formele wetgeving aan het Statuut voor het

-
- 8 Door een wet ‘buiten toepassing’ te laten, geeft de rechter slechts aan dat die wet in het concrete geval geen rechtsgevolg kan hebben, bijvoorbeeld omdat toepassing van de wet in strijd zou komen met hoger recht. Buiten toepassing laten kan voor de rechter dan ook een middel zijn om een oordeel over de wet als zodanig te vermijden. Als de rechter een wet ‘onverbindend verklaart’, geeft hij daarmee juist te kennen dat de wet volgens hem krachteloos is omdat die wet zelf strijdig is met hoger recht. Hoewel art. 94 Gw slechts spreekt over het buiten toepassing laten van de wet bij strijd met het verdragsrecht, verklaart de rechter soms wel degelijk wetten ‘onverbindend’ wegens zulke strijdigheid. Zie bijv. HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943, AB 2011/32 (*Fierensmarge*).
- 9 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet*). De Hoge Raad spreekt in het *Harmonisatiewet*-arrest van toetsing aan ‘fundamentele rechtsbeginselen’. Inmiddels spreekt de Hoge Raad over het buiten toepassing laten van de wet in verband met ‘algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht’ (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376 (*Binnenvaartschip*), r.o. 3.8.1). Widdershoven en Wattel hebben het over ‘internrechtelijke algemene rechtsbeginselen’ (concl. Staatsraden A-G. R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468). Men heeft steeds het oog op hetzelfde verschijnsel, dat in dit venster van de canon omwille van de duidelijkheid wordt aangeduid als ‘nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen’.

Koninkrijk der Nederlanden of aan (nationaal-rechtelijke) rechtsbeginselen wordt naar de letter niet langer verboden.

5. **Het *Harmonisatiewet*-arrest: geen toetsing aan nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen (1989)**

De nieuwe bepaling is aan een test onderworpen in het *Harmonisatiewet*-arrest uit 1989. Deze ‘Harmonisatiewet’ is onderdeel van een bezuinigingsoperatie die in die jaren loopt. Voor studenten wordt onverwachts de mogelijkheid beknot om studiefinanciering te verkrijgen voor een tweede universitaire studie. Veel studenten die bij invoering van de *Harmonisatiewet* al aan een tweede studie bezig zijn, zien hun studiefinanciering plotsklaps veel eerder aflopen dan zij aanvankelijk konden verwachten.

De Landelijke Studenten Vakbond (LSVB) stapt naar de rechter. Volgens de LSBV is de *Harmonisatiewet* in strijd met het ongeschreven rechtszekerheidsbeginsel en met artikel 43 lid 2 van het Statuut voor het Koninkrijk, dat het rechtszekerheidsbeginsel codificeert. De Staat verweert zich met een beroep op het toetsingsverbod-nieuwe stijl.

Helaas voor de LSBV heeft de Staat met dit verweer succes bij de Hoge Raad. Volgens het hoogste rechtscollege is bij de grondwetswijziging van 1983 ‘van de zijde van de regering bij herhaling betoogd dat, hoewel de tekst van de voorgestelde bepaling (het latere art. 120) toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen niet uitsluit, de nieuwe bepaling dezelfde strekking heeft als de oude onschendbaarheids-regel, zodat zodanige toetsing niet is toegelaten. Dat betoog is van de zijde van de volksvertegenwoordiging niet wezenlijk weersproken.’¹⁰ Bovendien acht de Hoge Raad het toetsingsverbod ‘wezenlijk voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel’ en kan er ‘niet worden gezegd dat over de wenselijkheid daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.’ De Hoge Raad concludeert ‘dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Grondwet zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet.’ Kortom: artikel 120 Grondwet verbiedt iedere toetsing van formele wetgeving aan hogere rechtsnormen van nationale origine, of het nu gaat om de Grondwet, het Koninkrijksstatuut of nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen. Deze interpretatie van artikel 120 Gw is nog altijd geldend recht.¹¹

10 Een enkeling betoogde destijds dat deze lezing van de Grondwetsgeschiedenis onjuist zou zijn, zie E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel’, *AA* 1989, p. 578-592. Zie voor – voornamelijk systematische – argumenten die vóór de interpretatie van de Hoge Raad pleiten R.J.B. Schutgens, ‘Harmonisatiewet’, *AB Klassiek* 2022/14, par. 14.3.

11 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich onlangs opnieuw aangesloten. Ook de Afdeling ziet nog altijd geen ruimte om met een enge tekstuele interpretatie van art. 120 Gw toetsing van de wet aan nationaal-rechtelijke rechtsbeginselen mogelijk te maken, zie ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828, *AB* 2023/128.

6. Een muizengaatje: billijkheidsuitzonderingen

Nu laten het *Harmonisatiewet*-arrest en latere rechtspraak wel één muizengaatje open. Als in het individuele geval dat aan de rechter wordt voorgelegd, bijzondere omstandigheden spelen die de wetgever niet in de wet heeft verdisconteerd én een strikte wettoepassing juist vanwege die bijzondere omstandigheden in strijd zou komen met een ongeschreven rechtsbeginsel, dan is de rechter bevoegd de wet voor dat specifieke geval buiten toepassing te laten.¹² Juist omdat het gaat om bijzondere, niet door de wetgever meegewogen omstandigheden, kan de rechter zo beslissen zonder zich daarmee te bezondigen aan een doorkruising van de afweging die de wetgever heeft willen maken. Bakker duidt deze mogelijkheid in haar proefschrift treffend aan als het maken van een ‘billijkheidsuitzondering’ door de rechter.¹³

Het *Zorgverzekerings*-arrest is een bekend en illustratief voorbeeld van een casus waarin de rechter zo’n billijkheidsuitzondering heeft gemaakt.¹⁴ De zaak gaat over een minderjarig patiëntje met systemische sclerose, een aandoening waarbij aan vingers, tenen en ellebogen uiterst pijnlijke zweren ontstaan die functieverlies kunnen veroorzaken. De behandelend arts schrijft het middel Bosentan voor. Geheel conform de *Zorgverzekeringwet* – een niet-toetsbare wet in formele zin – weigert de zorgverzekeraar dit kostbare middel te vergoeden. Binnen het kader van de *Zorgverzekeringwet* komen minderjarigen namelijk niet voor Bosentan in aanmerking, omdat er onvoldoende wetenschappelijk onderzoek is dat de werkzaamheid van dit dure middel bij minderjarigen staat. De kinderarts heeft echter geconstateerd dat andere middelen bij dit patiëntje niets opleveren en bovendien suggereren incidentele gevalsstudies dat Bosentan bij kinderen wel degelijk werkt. Volgens de Hoge Raad is er hier sprake van een zeer bijzonder geval, dat niet is verdisconteerd in de wet. De kosten van het medicijn zijn zodanig hoog dat de verzekerde deze niet zelf kan opbrengen; alternatieven ontbreken; er is medisch gezien sprake van ernstig lijden. In deze omstandigheden moet de *Zorgverzekeringwet* buiten toepassing blijven omdat strikte toepassing in strijd zou komen met het ongeschreven recht.¹⁵

7. Rechtsgeschiedenis?

De billijkheidsuitzondering bij niet-verdisconteerde omstandigheden biedt dus een enkele keer soelaas aan justitiabelen die in de knel dreigen te komen door een wet in formele zin. Niettemin zijn de toepassingsmogelijkheden beperkt. De rechter moet echt kunnen constateren dat het hem voorgelegde geval er een is, dat de wetgever niet of niet voldoende heeft meegewogen in zijn besluitvorming.

12 Zie r.o. 3.9 van het *Harmonisatiewet*-arrest.

13 F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2018.

14 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, NJ 2015/344 (*Bosentan*).

15 Interessant is overigens dat de Hoge Raad niet specificeert welk rechtsbeginsel er precies geschonden is. Mij lijkt dat deze zaak uiteindelijk valt te verbinden aan het proportionaliteitsbeginsel: het zwaarwegende belang van het beheersbaar houden van de zorgkosten en het, mede daarom, vasthouden aan het wettelijk stelsel, wegen in dit bijzondere geval niet op tegen het leed van het patiëntje.

Afhankelijk van de vraag hoe toeschietelijk de rechter is bij het aannemen van het bewijs dat een bijzonder geval niet door de wetgever onder ogen is gezien, kan er nog wel wat ruimte gevonden worden,¹⁶ maar het toetsingsverbod blijft een harde grens. Als de toepassing van een wet in formele zin in ‘gewone’ gevallen – die de wetgever wél zal hebben meegewogen – in strijd komt met een ongeschreven rechtsbeginsel, dan kan de rechter daar op nationaal-rechtelijke gronden niets tegen doen – hoe schrijnend de situatie ook is. Om toch met een *evergreen* te eindigen: het zou daarom goed zijn als dit venster in de canon er op korte termijn een wordt dat behoort tot de rechtsgeschiedenis.



16 Recent verschenen er twee conclusies waarin onder meer werd ingegaan op het al dan niet verdisconteerd zijn van een bijzondere omstandigheid. Zie de conclusie van de Staatsraden A-G, R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel, 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 alsmede de conclusie van Staatsraad A-G Snijders, 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. De Afdeling heeft zich aangesloten bij de terughoudende benadering van Snijders, zie ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:828, AB 2023/128.

8. Rechterlijke toetsing formele wetgeving

België

De rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet

Ann-Sophie Vandaele*

1. In den beginne was er niets?

Hoewel dit misschien niet zo lijkt voor de studenten die momenteel de aula's bevolken, is de rechterlijke toetsing van formele wetgeving¹ in België een relatief recent fenomeen. De Belgische Grondwet van 1831 bevatte geen uitdrukkelijke regeling voor een dergelijke toetsing, maar dus ook geen uitdrukkelijk verbod, wat tot voorspelbare discussies in zowel de rechtspraak als de rechtsleer leidde.² Na een eerder schuchtere stap in de richting van een verplichte grondwetsconforme interpretatie (in geval van twijfel) op basis van het zogenaamde arrest *Waleffe* van het Hof van Cassatie³, zou het uiteindelijk tot 1980 duren vooraleer uitdrukkelijk een einde kwam aan het rijk van de *de facto* onschendbaarheid van de wet, met de oprichting van het Arbitragehof.⁴

2. Van arbiter naar werkelijk 'grondwettelijk' hof

Zoals de naam doet vermoeden was het Arbitragehof, bij zijn oprichting, bedoeld als scheidsrechter tussen de verschillende wetgevers in de steeds ingewikkeldere Belgische staatsstructuur. Al in 1988 kwam daar echter de bevoegdheid bij om wetgevende normen te toetsen aan de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet, die respectievelijk de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie en de weerslag van het schoolpact bevatten.⁵ Deze uitbreiding zorgde al snel voor een sneeuwbaaleffect, in het bijzonder doordat het Hof van bij het begin (in het *Biorim*-arrest)⁶ oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel van toepassing is ten aanzien van alle

* A.-S. (Ann-Sophie) Vandaele is Referendaris bij het Grondwettelijk Hof en gastdocent UGent.

1 Dit zijn de wetgevende normen van zowel de federale wetgever, als van de gemeenschappen en de gewesten.

2 Voor een uitgebreid overzicht: J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Maklu 1990, p. 9-91.

3 Cass. 20 april 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 517.

4 Ingeschreven in het toenmalige art. 107 *ter* Grondwet, dat uiteindelijk zou evolueren tot het huidige art. 142 Grondwet. Na een overgangperiode waarin de regeling van bevoegdheidsconflicten werd bepaald bij de wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (BS 15 augustus 1980), werd uiteindelijk in 1983 de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, BS 8 juli 1983.

5 Art. 26, § 1, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (BS 7 januari 1989).

6 Arbitragehof 13 oktober 1989, nr. 23/89.

rechten en vrijheden van de Belgen. Concreet betekent dit dat het Hof, via de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, nagaat of de grondrechten op niet-discriminerende wijze worden gewaarborgd. Een dergelijke redenering ligt heel dicht bij een rechtstreekse toetsing aan de betrokken grondrechten, en opende dan ook de deur voor de toetsing, via de artikelen 10 en 11, aan de andere grondrechten die in de Grondwet worden gewaarborgd. Deze jurisprudentiële uitbreiding werd in 2003 geformaliseerd door de (Grond)wetgever⁷, waardoor het Hof sindsdien ook rechtstreeks kan toetsen aan de in Titel II van de Grondwet opgenomen grondrechten, alsook aan een aantal andere beperkt opgesomde grondwetsbepalingen.⁸ Deze evolutie zou uiteindelijk ook leiden tot een transformatie van Arbitragehof naar een Grondwettelijk Hof.⁹



De techniek van de samenlezing bleef niet beperkt tot de grondrechten die werden opgesomd in de Grondwet zelf. Ook de grondrechten die worden gewaarborgd in andere, al dan niet internationale normen, kunnen op die manier worden betrokken bij de controle van het Hof. Dit verklaart waarom in het bijzonder de rechtspraak van het EHRM veelvuldig wordt geciteerd in de arresten van het Grondwettelijk Hof. Diezelfde rechtspraak komt eveneens terug via een andere techniek die door het Hof wordt gehanteerd. Daarbij worden de waarborgen die

7 Artt. 2 en 9 van de bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, BS 11 april 2003.

8 Art. 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof somt de volgende referentienormen op: de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten; de artikelen van titel II 'De Belgen en hun rechten', art. 170, 172 en 191 Grondwet en art. 143, § 1, Grondwet.

9 Grondwetsherziening van 7 mei 2007, BS 8 mei 2007 (ed. 3).

vervat zijn in een grondwetsbepaling, samen gelezen met de waarborgen in internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen. Deze waarborgen vormen op die manier een onlosmakelijk geheel. Hoewel de toetsing door het Hof nog steeds een concreet aanknopingspunt vereist met de referentienormen die uitdrukkelijk tot zijn bevoegdheid behoren, en dus niet de volledige Grondwet beslaat, komt de eigenlijke praktijk toch behoorlijk dicht in de buurt van een werkelijk constitutioneel hof.¹⁰ Een belangrijk domein dat grotendeels buiten schot blijft, is de correcte totstandkoming van de wet (en dus ook de grondwetsbepalingen die bijvoorbeeld de vereiste meerderheden regelen). Ook daar zijn echter evoluties waar te nemen. Wanneer de schending van Europese verplichtingen zoals milieu-effectenrapportage of GDPR-adviezen wél tot een vernietiging kunnen leiden, volgt onvermijdelijk de vraag waarom de miskenning van de verplichting om advies te vragen aan de Raad van State, of de miskenning van eventuele meerderheidsvereisten, niet tot hetzelfde resultaat kan leiden.¹¹

3. Van ‘*guerre des juges*’ naar ‘*compromis à la belge*’

De toetsing van wetgevende normen door het Hof gebeurt op twee manieren. Enerzijds kan tegen nieuwe wetgevende normen in principe binnen de zes maanden een vernietigingsberoep worden ingediend bij het Hof.¹² Een dergelijk beroep kan zowel ingesteld worden door bepaalde ‘Institutionele’ partijen als door belanghebbenden.¹³ Anderzijds kunnen (en moeten) rechtscolleges die worden geconfronteerd met een grondwettigheidsvraag over een wetgevende norm, die vraag, via de prejudiciële procedure, voorleggen aan het Hof.¹⁴ In 1971, toen de toetsing van wetgevende normen aan de Grondwet nog ter discussie stond, had het Hof van Cassatie in het befaamde *Smeerkaas*-arrest wel al de bevoegdheid van de rechter bevestigd om wetgevende normen te toetsen aan internationale verdragsbepalingen met rechtstreekse werking.¹⁵ Deze mogelijkheid om rechtstreeks te toetsen aan internationale verdragsbepalingen, bleek echter ook een mogelijkheid om de controle door het Grondwettelijk Hof te vermijden. Met de wijziging, in 2009, van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, werd uiteindelijk getracht een einde te maken aan deze ‘*guerre des juges*’. Wanneer de schending wordt opgeworpen van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in zowel een grondwetsbepaling waaraan het Hof rechtstreeks mag toetsen als in een bepaling van

10 Voor een overzicht van deze evolutie: J. Theunis, ‘Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof’, in: R. Leysen, K. Muylle, J. Theunis & W. Verrijdt (red.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 247-256.

11 K. Muylle, ‘Naar een (veralgemeende) grondwettigheidstoetsing van de totstandkoming van wetgeving?’, in: R. Leysen, K. Muylle, J. Theunis & W. Verrijdt (red.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 669-688.

12 Art. 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

13 Art. 2 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof: het betreft de Ministerraad, de Regering van een Gemeenschap of van een Gewest, en de voorzitters van de wetgevende vergaderingen op verzoek van twee derde van hun leden.

14 Art. 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof. Voor een grondig en uitgebreid overzicht van de bevoegdheden en de werking van het Grondwettelijk Hof: G. Rosoux, *Contentieux constitutionnel* (Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège), Bruxelles: Larcier 2021, 833 p.

15 Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959.

Europees of internationaal recht, moet het rechtscollege in principe eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stellen over de verenigbaarheid met de grondwetsbepaling. Dit geldt ook wanneer enkel de internationale bepaling wordt ingeroepen, waarbij het rechtscollege, desnoods ambtshalve, moet nagaan of er een analoge grondwetsbepaling beschikbaar is.¹⁶ Wat betreft de interpretatie van deze gewijzigde bepaling, heerst, bijna vijftien jaar later, nog steeds geen absolute eensgezindheid tussen de betrokken rechtscollages, die nochtans meewerkten aan het compromis dat de basis vormde voor het gewijzigde artikel 26.¹⁷

4. Besluit en toekomstperspectieven

In België wordt het bestaan van het Hof op zich niet echt meer in vraag gesteld. Wel wordt regelmatig directe of indirecte kritiek geuit op de werking van het Hof én (de gevolgen van) zijn rechtspraak. Het meest verregaand zijn waarschijnlijk de stemmen die ervoor pleiten dat het parlement, of andere actoren, de arresten van het Grondwettelijk Hof zou moeten kunnen passeren via een soort volksberoep. Dergelijke voorstellen vinden echter relatief weinig steun.¹⁸ Waar in de rechtsleer veel meer draagvlak voor lijkt te zijn, zijn aanpassingen aan de samenstelling van het Grondwettelijk Hof, waarbij vooral de verplichte vertegenwoordiging van oud-parlementsleden (die de helft van de twaalf zetels vullen), en die niet noodzakelijk over een rechtendiploma moeten beschikken, in het vizier komt.¹⁹ In de praktijk hebben geen van voormelde kritieken al geleid tot concrete resultaten.

16 Voor een overzicht van deze ontwikkelingen: P. Popelier, 'Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?', *RW* 2009-2010, 50-62. J. Velaers, 'De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel', in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2008*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 81-141.

17 Zie onder andere M. Bossuyt, 'Prejudiciële vragen voor het Grondwettelijk Hof', in: P. Taelman (red.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, XLste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-2015 (Gandaius), Mechelen: Wolters Kluwer 2016, p. 3-33.

18 Voor een Nederlandse kijk op dit voorstel, M. Adams, 'Forum. Rechterlijk activisme of dynamische rechtspraak?', *Juristenkrant* 22 maart 2023, nr. 466, p. 11-13.

19 Zie onder andere A. Alen, 'Kanttekeningen bij de samenstelling en de werking van het Grondwettelijk Hof', in: C. Jenart, J. Bernaerts, Y. Peeters e.a. (red.), *De Grondwet en Jan Velaers. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Brugge: die Keure 2022, p. 367-385; G. Goedertier, 'De rechters-parlementairen in het Grondwettelijk Hof', in: A. Alen, F. Daoût, P. Nihoul e.a. (red.), *Libertés, (l) égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles: Bruylant 2019, p. 451-466.

9. Behartiging van algemene en collectieve belangen – handhaving (publiekrechtelijke) regelgeving

Nederland

Martijn Scheltema*

1. Inleiding

Het is lange tijd omstreden geweest of andere organisaties dan de overheid door middel van het privaatrecht algemene belangen konden behartigen. In de klassieke opvatting is het immers de overheid die het algemeen belang behartigt en oordeelt de burgerlijke rechter over de aantasting van concrete en individuele aantastingen van belangen van burgers. Organisaties die bij de burgerlijke rechter opkwamen ter bescherming van door hen behartigde algemene belangen werden dan ook niet-ontvankelijk verklaard omdat zij niet opkwamen tegen de schending van een eigen belang. Al geruime tijd heeft de Hoge Raad echter aanvaard dat een dergelijke mogelijkheid om bij de burgerlijke rechter voor algemene belangen op te komen bestaat¹ en is dit ook in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) geregeld. Daarnaast biedt artikel 1:2 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de mogelijkheid voor organisaties om bij de bestuursrechter op te komen voor algemene belangen.² Een en ander neemt niet weg dat de collectieve of algemeen belangactie (naast steun) in de literatuur en de politiek tegen de achtergrond van de trias politica bij tijd en wijle kritiek is blijven ondervinden.³ Het gaat daarbij met name om de zogenoemde ‘public interest litigation’ bij de burgerlijke rechter, waarvan bijvoorbeeld sprake was in het bekende *Urgenda*-arrest.⁴ Daar is in de literatuur wel het rechtsstatelijke belang van de gebondenheid van de overheid aan wet en recht tegenovergesteld.⁵

* M.W. (Martijn) Scheltema is Partner Pels Rijcken en hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741, NJ 1987/743 (*Nieuwe Meer*); HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, NJ 1994/139 (*Kuunders*).

2 Zie over beide bepalingen L.F. Wiggers-Rust, ‘“Collectieve” acties, Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht’, WODC Cahier 2014-11, p. 15-22, te raadplegen via repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/142/cahier-2014-11-volledige-tekst_tcm28-72930.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Daarin worden de (mogelijkheden voor) acties ter zake van algemene en collectieve belangen op grond van art. 3:305a BW en art. 1:2 lid 3 Awb vergeleken. Zie over deze acties in het privaatrecht voorts N. Frenk, *Collectieve acties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994 en in het bestuursrecht ABRvS 30 april 2019, AB 2019/326; ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1907.

3 Zie reeds J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 295 e.v. Zie voorts bijvoorbeeld *Handelingen I* 10 maart 2020, 23-3-22.

4 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. Spier (*Urgenda*).

5 Zie J.H. Nieuwenhuis, *NJB* 1998-1, p. 9 e.v.

2. **Mate van concreetheid aantasting**

De ontwikkeling van de behartiging van algemene belangen bij de burgerlijke rechter door middel van het privaatrecht is geleidelijk verlopen. In de oudere gevallen waarin de Hoge Raad dat heeft toegestaan, ging het veelal nog om concrete aantastingen, zoals specifieke milieuaantastingen waarbij de aangesproken partij die aantasting ook zelf veroorzaakte. Zo had de hiervoor (in noot 1) genoemde *Nieuwe Meer*-zaak tegen de gemeente Amsterdam betrekking op een verbod tot het nog verder storten van bagger afkomstig uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer en de *Kuunders*-zaak op een verbod tot het exploiteren van een varkensmesterij op 200 meter afstand van een beschermd natuurgebied. Inmiddels heeft de Hoge Raad echter geaccepteerd dat ook veel algemenere belangen zoals de uitstoot van broeikasgassen in Nederland, ook of juist door anderen dan de overheid, inzet kunnen zijn van een algemeen belangactie tegen de overheid waarin de overheid wordt opgedragen de uitstoot in Nederland terug te brengen.⁶ In lagere rechtspraak is zelfs aanvaard dat de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen waaraan een private entiteit bijdraagt mede doordat zij producten op de markt brengt die een dergelijke uitstoot veroorzaken inzet kan zijn van een reductiebevel bij de burgerlijke rechter.⁷ Het lijkt niet waarschijnlijk dat de sinds 1 januari 2020 aangescherpte representativiteitseis voor belangenbehartigers in artikel 3:305a BW daarin verandering gaat brengen.

3. **Welke eisen worden gesteld aan een belangenorganisatie?**

Al in het *Kuunders*-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat wanneer een belangenorganisatie blijkens haar doelomschrijving opkomt voor (bepaalde) algemene belangen, zij ook bevoegd is om bij de burgerlijke rechter op te treden tegen een schending van die belangen omdat een dergelijke schending dan jegens haar onrechtmatig is.

Een belangenorganisatie kan dus zowel voor zichzelf op grond van een eigenbelang een actie bij de burgerlijke rechter instellen als een actie op de voet van artikel 3:305a BW.⁸ Dat laatste kan als zij een groeps- of algemeen belang behartigt.⁹ In alle gevallen moet sprake zijn van een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW. Wanneer een voldoende (processueel en materieel) belang bestaat bij het instellen van een vordering bij de burgerlijke rechter, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar in het algemeen wordt de lat daarvoor niet heel hoog gelegd.¹⁰

6 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 (*Urgenda*).

7 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, AB 2022/258 (*Milieudefensie e.a./Shell*). Zie daarover ook E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, *M en R* 2021/80.

8 T. Bleeker, 'Voldoende belang in collectieve acties: drie maal artikel 3:303 BW', *NTBR* 2018/20, onder 4.2.

9 Zie reeds in het kader van art. 3:305a BW (oud) *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, nr. 5, p. 11.

10 Zie daarover uitgebreid T. Bleeker, *NTBR* 2018/20. Het Verdrag van Aarhus zou zich daartegen in milieuzaken ook verzetten.



Wel is in het burgerlijk recht noodzakelijk dat de belangenorganisatie rechtspersoonlijkheid bezit omdat in beginsel alleen natuurlijke en rechtspersonen vorderingen kunnen instellen bij de burgerlijke rechter. In het kader van artikel 3:305a BW geldt bovendien de nog iets strengere eis dat het moet gaan om een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, al wordt de noodzaak van dat vereiste gerelativeerd.¹¹ Een informele vereniging kan een dergelijke collectieve actie niet instellen. De Afdeling heeft echter aanvaard dat het hebben van rechtspersoonlijkheid geen vereiste is voor het instellen van beroep ter behartiging van een algemeen belang bij de bestuursrechter.¹² Voldoende is dat een entiteit herkenbaar is in het rechtsverkeer, hetgeen bijvoorbeeld het geval is als het gaat om een samenwerkingsverband van personen die hetzelfde doel nastreven, dat zich ook naar buiten toe als een eenheid gedraagt. De door de Afdeling gestelde eisen benaderen overigens de aan een informele vereniging te stellen eisen, zodat de Afdeling in zoverre dicht blijft bij het (ook) in artikel 1:2 lid 3 Awb gestelde vereiste van rechtspersoonlijkheid.

Artikel 3:305a leden 2 en 3 BW stellen verdere eisen aan een collectieve of algemeen belangactie. De organisatie moet voldoende representatief zijn, in het licht van de in lid 2 genoemde omstandigheden, voor de belangen die zij behartigt.¹³ Bovendien mag de organisatie op grond van lid 3 geen winstoogmerk hebben en moet de vordering gericht op de behartiging van het algemene belang voldoende band hebben met de Nederlandse rechtsorde.¹⁴ Voor een organisatie met een ideëel doel kan overigens op grond van lid 6 een uitzondering op lid 2 worden gemaakt als het gaat om een gering financieel belang of als de aard van de vordering

11 Zie bijvoorbeeld D.F. Lunsingh Scheurleer, 'Groepsacties en rechtspersoonlijkheid: waarborg of lege huls?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Relativering van rechtspersoonlijkheid* (VDHI nr. 114), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 8.

12 ABRvS 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1399, AB 2019/326.

13 Overigens is niet noodzakelijk dat al degenen van wie de organisatie de belangen vertegenwoordigt het met de collectieve actie eens zijn. Zie HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. Alkema (SGP).

14 Deze vereisten zijn dus strenger dan in het tot 4 november 2022 geldende art. 3:305a BW waren opgenomen. Anderzijds bestaat thans wel de mogelijkheid om ook schadevergoeding te vorderen als aan de vereisten van de leden 2 en 3 is voldaan.

daartoe aanleiding geeft.¹⁵ Verder is het op dit terrein, waar het collectieve acties ten behoeve van consumenten betreft, zaak de Europese regelgeving en implementatiewetgeving in de gaten te houden.¹⁶ De Belgische bijdrage over collectieve acties in deze bundel gaat uitgebreid in op deze richtlijn.

4. Verhouding met bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Wanneer het gaat om de behartiging van het algemeen belang rijst de vraag, zeker waar (ook) de overheid kan optreden, naar de verhouding tussen de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De beantwoording van die vraag kent twee dimensies.

De eerste betreft de gevallen waarin de vordering van de belangenorganisatie wordt gericht tegen een private wederpartij. De vraag kan dan rijzen of de burgerlijke rechter zich over een dergelijke vordering kan buigen als ook de overheid kan handhaven en bijvoorbeeld door middel van de toepassing van een last onder bestuursdwang overtredingen kan redresseren, en vervolgens bij de bestuursrechter kan worden geprocedeerd over het al dan niet toepassen van bestuursdwang. Dat was al aan de orde in de hiervoor genoemde *Kuunders*-zaak.¹⁷ De Hoge Raad besliste toen dat de omstandigheid dat de overheid ook kan optreden niet in de weg staat aan een vordering van de belangenorganisatie bij de burgerlijke rechter, zelfs niet als de bestuursrechter heeft beslist dat de overheid niet gehouden is tot toepassing van (thans) bestuursdwang, omdat de burgerlijke rechter in het kader van de vraag of sprake is van een onrechtmatige daad niet hetzelfde punt beslist.¹⁸

De tweede dimensie betreft de vraag, met name wanneer sprake is van een collectieve actie, of een vordering van een belangenorganisatie bij de burgerlijke rechter tegen de overheid ontvankelijk is als individuele belanghebbenden ook in het kader van een jegens hen genomen besluit beroep kunnen instellen bij de bestuursrechter. De Hoge Raad heeft beslist dat indien dat het geval is de vordering van een belangenorganisatie bij de burgerlijke rechter niet ontvankelijk is.¹⁹ Het (collectieve) belang waarvoor de belangenorganisatie opkomt moet dan overigens ook daadwerkelijk door dergelijke besluiten jegens individuele belanghebbenden

15 Dan kan overigens geen schadevergoeding in geld worden gevorderd.

16 Zie Richtlijn 2020/1828 van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten, *Pb. L.* 409, 4 december 2020, p. 1. Deze is geïmplementeerd bij wet van 2 november 2022 (inwerkingtreding 25 juni 2023), *Stb.* 2022, 459, waarbij art. 3:305a leden 2 en 6, 3:305c leden 1 en 2 en 6:240 lid 6 zijn gewijzigd, art. 3:305c lid 3 is vervallen en art. 3:305e BW is toegevoegd, en in de AMvB van 10 juli 2023, *Stb.* 2023, 253.

17 Zie ook reeds HR 17 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4439, *NJ* 1983/278, m.nt. Scheltema (*Zegwaard/Knijnenburg*); HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, *NJ* 1994/139, m.nt. Brunner en Scheltema (*Kuunders*).

18 Dat ligt overigens genuanceerd als een bevel wordt gevorderd om meer en andere regels in acht te nemen dan in een vergunning zijn neergelegd. In dat geval is uitgangspunt dat naleving van de vergunning in beginsel toereikend is. Zie HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249, *NJ* 1998/656 (*Miljoenen zijn tegen/COVRA*).

19 Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, *NJ* 2012/241 (*Inspraakorgaan Turken*); HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (*Privacy First*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, *NJ* 2017/46, m.nt. Barkhuysen en Claessens (*SCAU*). Zie over deze problematiek ook venster 7 (2^e deel).

worden aangetast. Als dat niet het geval is, is de belangenorganisatie wel ontvankelijk. Zo heeft de Hoge Raad beslist dat indien bepaalde informatieverstrekking in strijd is met de wet, maar die informatieverstrekking als zodanig geen besluit oplevert, de omstandigheid dat bij de bestuursrechter op grond van een andere wettelijke regeling tegen die verstrekking kan worden opgekomen, niet meebrengt dat de belangenorganisatie niet ontvankelijk is.²⁰

5. Hoe gaat het verder?

Er worden regelmatig vorderingen ingesteld bij de burgerlijke rechter ter behartiging van algemene belangen. Het lijkt er echter op dat die acties ook steeds vaker betrekking hebben op meer algemene beleidsvraagstukken, zoals in verband met het klimaat²¹ of met het voorkomen van blootstelling aan tabaksrook.²² Dergelijke acties lijken zich dus steeds prominenter op beleidsterreinen van de overheid te begeven en richten zich zelfs op aantastingen gerelateerd aan (Nederlandse) bedrijven buiten Nederland.²³ Het lijkt dus waarschijnlijk dat een dergelijke interactie tussen overheidsbeleid en vorderingen van belangenorganisaties bij de burgerlijke rechter in de toekomst vaker aan de orde zal zijn.²⁴ Zoals in de inleiding tot uitdrukking werd gebracht, kan dit aanleiding vormen voor kritiek vanuit de politiek.

20 HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1866 (*Staat/Woonbond*).

21 De hiervoor genoemde *Urgenda en Shell*-zaken.

22 Bijvoorbeeld HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, NJ 2019/377 (*Staat/CAN*).

23 Zie de hiervoor genoemde *Shell*-zaak.

24 In een recent wetsvoorstel wordt het instellen van algemeen belang vorderingen tegen bedrijven ook gefaciliteerd. Zo wordt in art. 3.2.6 lid 1 van het initiatiefwetsvoorstel houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in waardeketens om schending van mensenrechten en het milieu tegen te gaan bij bedrijven van buitenlandse handel (Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen) in afwijking van art. 3:305a BW bepaald dat geen band hoeft te bestaan met de Nederlandse rechtsorde en wordt in art. 3.2.6 lid 2 de bewijslast omgekeerd. Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 9, p. 12.

9. Behartiging van algemene en collectieve belangen – handhaving (publiekrechtelijke) regelgeving

België

Stefaan Voet en Sabien Lust*

1. Inleiding

Bij acties ter behartiging van algemene en collectieve belangen wordt snel het woord *class action* in de mond genomen. Dit is een door het *common law* ontwikkelde procedure waarbij een groepsvertegenwoordiger een vordering instelt namens een *ab initio* ongeïdentificeerde groep rechtssubjecten, die geen procespartij zijn, maar wel gebonden zijn door het gezag van gewijsde van de uitkomst waartoe die procedure aanleiding geeft.¹

In de *common law* rechtspraak worden traditioneel drie doelstellingen ter rechtvaardiging van zo een mechanisme naar voren geschoven: (collectieve) toegang tot de rechter, proceseconomie (alle vorderingen worden in één procedure afgewikkeld), en het afschrikkende effect voor toekomstige normovertreders.²

Op het Europese continent zijn *class actions* ter effectuering van privaatrechtelijke aanspraken in opmars,³ evenwel uitsluitend ter verwezenlijking van de eerste twee doelstellingen. De laatste (meer controversiële) doelstelling behoort (vooralsnog) tot het prerogatief van de publieke (en bestuursrechtelijke) rechtshandhaving. In België is dit niet anders. Sinds 2014 bestaat in België in het privaatrecht een rechtsvordering tot collectief herstel voor consumenten.⁴ In het publiekrecht bestaat een dergelijk instrument nog niet en moet toevlucht worden gezocht in de traditionele technieken inzake collectief procederen.⁵

* S. (Stefaan) Voet is hoofddocent KU Leuven. S. (Sabien) Lust is hoogleraar UGent.

1 S. Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 13, nr. 12.

2 *Western Canadian Shopping Centres Inc./Dutton* (2001) 2 SCR 534.

3 A. Uzelac & S. Voet (red.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*, Springer, 2021.

4 Wet van 8 maart 2014 tot invoeging van titel 2 'Rechtsvordering tot collectief herstel' in boek XVII 'Bijzondere rechtsprocedures' van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Belgisch Staatsblad* 29 april 2014. Zie E. De Baere, *De Belgische class action*, Mechelen: Kluwer 2017 en S. Voet, 'Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit', *Consumentenrecht* 2014, p. 5-22.

5 Voor een eerder vergelijkend overzicht zie S. Lust & S. Voet, 'De voorwaarden van de burgerlijke rechtsvordering (inzonderheid het belang) als breekijzer(s) voor een collectieve rechtsvordering', in: G. Closset-Marchal & J. Van Compernelle (red.), *Naar een "class action" in het Belgisch recht?*, Brugge: die Keure 2008, p. 83-146.

2. Behartiging van algemene en collectieve belangen in het privaatrecht

Naast de klassieke technieken inzake collectief procederen naar burgerlijk procesrecht – cumulatie van vorderingen,⁶ tussenkomst⁷ en de procesvolmacht – bestaat in het privaatrecht sinds 2014 een rechtsvordering tot collectief herstel. Alvorens die hierna te bespreken, is het belangrijk om de impact en relevantie van het (recente) Europese wetgevingsbeleid te onderstrepen.

Gedurende decennia stonden collectieve vorderingen voor consumenten hoog op de Europese agenda. In 2013 vaardigde de Europese Commissie een (niet-bindende) aanbeveling uit.⁸ Pas in 2020, en dit naar aanleiding van Dieselgate,⁹ kwam het tot een (bindende) richtlijn: Richtlijn (EU) 2020/1828 van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten (hierna: de Richtlijn).¹⁰ De essentie van de Richtlijn is een uitbreiding en *upgrade* van de zogenoemde Stakingsrichtlijn.¹¹ Voortaan kunnen bevoegde instanties niet alleen stakingsmaatregelen vorderen maar ook herstelmaatregelen. De Richtlijn voorziet in een uitvoerig procedureel kader – waarbij weliswaar veel marge wordt overgelaten aan de lidstaten – dat een evenwicht benaarstigt tussen efficiëntie en effectiviteit enerzijds en het vermijden van misbruik van procesrecht anderzijds.

Dit Europese kader zal de collectieve privaatrechtelijke rechtshandhaving in Europa (en dus ook België) voor de volgende jaren determineren. Ofschoon de Richtlijn tegen 25 december 2022 in nationale wetgeving had moeten zijn omgezet, is dit in België nog niet gebeurd.

Hierna worden de drie belangrijkste bouwstenen van de bestaande Belgische *class action* wet op hoofdlijnen besproken.

2.1 Toepassingsgebied

Net zoals de Richtlijn,¹² is de Belgische wet enkel van toepassing op het consumentencontentieux.¹³ Meteen na de inwerkingtreding van de wet werd de bedenking gemaakt of dit geen discriminatie in het leven roept.¹⁴ Voor consumenten bestaat voortaan een collectieve toegang tot de overheidsrechter. Voor rechtszoekenden die buiten het toepassingsgebied vallen, is er enkel individuele toegang. In zijn

6 Art. 701 Gerechtelijk Wetboek.

7 Art. 811-814 Gerechtelijk Wetboek.

8 Pb. L. 201, 26 juli 2013, p. 60.

9 P. Teffer, *Dieselgate. Hoe de industrie sjoemelde en Europa faalde*, Volt, 2017.

10 Pb. L. 409, 4 december 2020, p. 1. Voor een bespreking zie A. Biard & S. Voet, 'Collective Redress in the EU: Will it Finally Come True?', in: A. Uzelac & S. Voet (red.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*, Springer, 2021, p. 287-299.

11 Richtlijn 2009/22/EG van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, Pb. L. 110, 1 mei 2009, p. 30.

12 Art. 2 van de Richtlijn.

13 Art. XVII.36, 1° Wetboek economisch recht.

14 S. Voet & B. Allemeersch, 'De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten', *RW* 2014-15, p. 643-661.

arrest van 17 maart 2016 oordeelde het Grondwettelijk Hof (op niet geheel overtuigende wijze) dat het beperkte toepassingsgebied geen ongelijkheid in het leven roept.¹⁵ Naar aanleiding van de fipronilcrisis¹⁶ werd in 2018 het toepassingsgebied uitgebreid naar kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.¹⁷

2.2 Groepsvertegenwoordiger

De groepsvertegenwoordiger is de belangrijkste actor in de procedure. Hij treedt aan de zijde van de eisers als enige procespartij op namens en voor rekening van de groepsleden. In tegenstelling tot de *common law* procedures, waar in de regel een individueel groepslid die rol vervult, kunnen in België enkel consumentenverenigingen optreden.¹⁸ In de handvol procedures die tot op vandaag zijn gebracht, trad telkens Test-Aankoop, de grootste consumentenvereniging van België, op als groepsvertegenwoordiger.

De Consumentenombudsdienst heeft evenzeer proceshoedanigheid.¹⁹ Deze ombudsdienst werd opgericht in 2014²⁰ en is de Belgische residuele ADR-entiteit die bemiddelt in consumentengeschillen waarvoor geen andere ADR-entiteit bevoegd is. In een controversieel arrest van 14 april 2021, waarin de Consumentenombudsdienst een vordering instelde op instigatie van de Ombudsdienst voor Energie tegen zes energiebedrijven, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat deze dienst niet geschikt is om dergelijke procedures in te stellen.²¹

In die context is het van belang op te merken dat de Richtlijn (terecht) voorziet dat ook *ad hoc*-entiteiten (zgn. claimstichtingen) en overheidsinstanties (zoals voormelde Consumentenombudsdienst) als groepsvertegenwoordiger kunnen optreden.²²

2.3 Groep

Tot slot is er de groep van consumenten wier belangen worden behartigd. Ofschon zij formeel niet optreden als procespartij, moeten zij logischerwijze wel op de hoogte worden gebracht van de procedure die in hun naam wordt gevoerd en de mogelijkheid krijgen om zich daaraan te onttrekken om in voorkomend geval een individuele procedure op te starten.

15 GwH 17 maart 2016, nr. 41/2016.

16 De fipronilcrisis of de eiercrisis was een voedselschandaal dat aan het licht kwam in 2017 in o.a. België en Nederland.

17 Wet van 30 maart 2018 houdende wijziging, wat de uitbreiding van het toepassingsgebied van de vordering tot collectief herstel tot K.M.O.'s betreft, van het Wetboek van economisch recht, *Belgisch Staatsblad* 22 mei 2018.

18 Art. XVII.36, 2° en XVII.39 Wetboek economisch recht. Bij uitbreiding ook verenigingen die de belangen van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen behartigen.

19 consumentenombudsdienst.be/nl.

20 Wet van 4 april 2014 houdende de invoeging van Boek XVI, 'Buitengerechtelijke regeling van consumentengeschillen' in het Wetboek van economisch recht, *Belgisch Staatsblad* 12 mei 2014. De wet zette de ADR Richtlijn van 2013 om (Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *Pb. L.* 165, 18 juni 2013, p. 63).

21 H. Boularbah & Maria-Clara Van den Bossche, 'Country Reports – Case law', *Mass Claims* 2021, nr. 2.

22 Art. 4.6 en 4.7 van de Richtlijn.



Traditioneel bestaan hiervoor twee technieken.²³ Enerzijds het *opt-in* systeem, waar de consument uitdrukkelijk naar voor moet komen en kenbaar moet maken dat hij door de uitkomst gebonden wil zijn. Alle consumenten die dat doen vormen de vertegenwoordigde groep. Anderzijds het *opt-out* systeem, waar de consument die niet gebonden wil zijn dat uitdrukkelijk kenbaar moet maken. Alle consumenten die dat niet doen vormen de vertegenwoordigde groep.

In België heeft de rechter de discretionaire vrijheid om één van beide systemen op te leggen. Dat is een goede keuze. Enkel voor groepsleden die niet gewoonlijk in België verblijven²⁴ en in geval de rechtsvordering strekt tot herstel van lichamelijke of morele collectieve schade²⁵ moet de rechter een *opt-in* systeem opleggen.

3. Behartiging van algemene en collectieve belangen in het publiekrecht

Zoals gezegd kent het Belgisch publiek procesrecht tot op vandaag niet zoiets als een rechtsvordering tot collectief herstel. De nood aan een dergelijke vordering is daar ook minder groot, omdat daar vaak wordt gewerkt met een vernietigingsberoep, dat hoe dan ook steeds een zeker collectief effect heeft, dat met name wordt gecreëerd door het gezag van gewijsde *erga omnes* dat aan een vernietigingsarrest kleeft. De vernietiging dient aldus uit zichzelf reeds méér belangen dan de enkele individuele belangen van de verzoekers die de vernietiging van de betrokken handeling vroegen. Het bijkomend herstel dat eventueel nodig is naast de vernietiging en dat derden bij het geding voor de administratieve rechter niet kunnen bekomen van die rechter, kunnen ze verder proberen af te dwingen voor de gewone rechter, waarvoor de mogelijkheden die het burgerlijk procesrecht ter zake biedt, dan weer ten volle gelden.

²³ Art. I.21, 4°-5° Wetboek economisch recht.

²⁴ Art. XVII.38, § 1, lid 1, 2° Wetboek economisch recht.

²⁵ Art. XVII.43, § 2, 3° Wetboek economisch recht.

Het behartigen van collectieve belangen gebeurt via een ruime interpretatie van het belangenvereiste voor het instellen van een vordering door verenigingen die zich de bescherming van een dergelijk collectief belang tot doel stellen.

Het Grondwettelijk Hof heeft steeds aanvaard dat een vereniging ontvankelijk een beroep kan instellen op basis van een dergelijk collectief belang. De voorwaarden die het Hof daartoe stelt zijn analoog aan deze die ook door de Raad van State worden gesteld.²⁶

Een collectief belang kan van tweeërlei aard zijn. Enerzijds kan een vereniging zijn opgericht met het doel *de belangen van haar leden* te behartigen, bijvoorbeeld een personeelsvereniging. Anderzijds kan een vereniging ook de bescherming van een *ideeel collectief belang* beogen, zoals bijvoorbeeld de bescherming van het leefmilieu.

De Raad van State aanvaardt onder bepaalde voorwaarden dat een dergelijke vereniging in rechte optreedt ter verdediging van de collectieve belangen waarvoor ze is opgericht. De Raad vereist daarbij dat 'haar maatschappelijk doel van bijzondere aard is en, derhalve, onderscheiden van het algemeen belang; dat zij een collectief belang verdedigt; dat haar maatschappelijk doel door de bestreden handeling kan worden geraakt; dat ten slotte niet blijkt dat dit maatschappelijk doel niet of niet meer werkelijk wordt nagestreefd.'²⁷ De Raad van State toetst vervolgens telkens *in concreto* of aan deze voorwaarden is voldaan.

Een eerste toets is die aan het specialiteitsbeginsel: de vordering moet kunnen worden ingepast in het statutair doel van de vereniging.²⁸ Er moet een 'voldoende geïndividualiseerd verband' bestaan tussen het nagestreefde doel en de bestreden beslissing, zodat de bestreden beslissing van die aard is dat ze het maatschappelijk doel van de betrokken vereniging ongunstig kan raken.²⁹

Vervolgens wordt nagegaan of het belang waarvoor de vereniging opkomt voldoende duidelijk onderscheiden is van het individualiseerbare belang van haar leden of enkele ervan.³⁰

Ten derde wordt nagegaan of het collectief belang dat door de vereniging wordt nagestreefd voldoende specifiek is en niet samenvalt met het algemeen belang. In dat kader vereiste de rechtspraak tot relatief recent een band van evenredigheid

26 *Infra*. Zie bijvoorbeeld GwH 25 november 2010, nr. 133/2010 en GwH 23 januari 2020, nr. 11/2020.

27 RvS 17 november 2008, nr. 187.998 (*Coomans e.a.*) (Algemene Vergadering). Zie ook RvS 7 oktober 2022, nr. 254.692 (*NV Eurautomat en vzw UBA-BNGO*); RvS 26 januari 2023, nr. 255.608 (*ASBL Ligue des droits humains e.a.*) en RvS 14 juni 2023, nr. 256.779 (*ASBL Fédération w milieux d'accueil de la petite enfance*).

28 Zie bijvoorbeeld RvS 21 december 2021, nr. 252.519 (*vzw Actieve Verdediging der Wapenliefhebbers*) en RvS 7 april 2023, nr. 256.243 (*VZW Zorgnet Icura e.a.*).

29 Zie bijvoorbeeld RvS 4 juli 2017, nr. 238.763 (*vzw Bond Beter Leefmilieu e.a.*).

30 Voor een recente toepassing zie bijvoorbeeld RvS 7 oktober 2022, nr. 254.692 (*NV Eurautomat en vzw UBA-BNGO*). Vgl. RvS 7 april 2023, nr. 256.243 (*VZW Zorgnet Icura e.a.*) waarin de Raad van State nog specificeert dat het met de vordering nagestreefde collectieve belang duidelijk onderscheiden moet zijn van het individualiseerbaar belang van de leden van de vereniging.

tussen het materieel en territoriaal actierrein van de vereniging enerzijds en de draagwijdte van de bestreden beslissing anderzijds.³¹ Handelingen die bijvoorbeeld louter plaatselijke belangen raken kunnen daarbij niet worden aangevochten door verenigingen waarvan het werkterrein *ratione loci* veel ruimer is.³²

Deze band van evenredigheid wordt thans niet meer vereist, althans niet in milieuzaken.³³ Een en ander kan allicht worden gekaderd in het gegeven dat het Verdrag van Aarhus een soepeler invulling van het belang van milieuverenigingen vereist.³⁴

Ten slotte is de representativiteit van de vereniging van belang. In dat kader wordt nagegaan of de vereniging een voldoende aanhang heeft binnen de groep waarvan ze de belangen verdedigt.³⁵

4. **Het publiek procesrecht als inspiratiebron voor het burgerlijk procesrecht**

Anders dan het Grondwettelijk Hof en de Raad van State heeft het Hof van Cassatie zich in het verleden steeds gehouden aan een strengere interpretatie van het belangenvereiste. In het zogenaamde *Eikendael*-arrest heeft het Hof van Cassatie een halt toegeroepen aan vorderingen uit collectief belang door een zeer strikte interpretatie van het benodigde ‘eigen belang’. Het eigen belang van een rechtspersoon is alleen datgene wat zijn bestaan of zijn materiële en morele goederen, inzonderheid zijn vermogen, eer en goede naam, raakt.³⁶

Deze rechtspraak bleef niet zonder kritiek³⁷ en werd ook niet steeds opgevolgd door de lagere rechtspraak.³⁸ De wetgever week er in specifieke wetgeving her en der van af en voorzag in specifieke wetgeving wél mogelijkheden voor vorderin-

31 Zie bijvoorbeeld RvS 4 juli 2013, nr. 224.252 (vzw *Natuurpunt* en *partners Meetjesland*).

32 Zie bijvoorbeeld RvS 29 december 2000, nr. 91.936 (*Vande Ginste* en *cons.*) en RvS 8 augustus 2006, nr. 161.727 (*asbl Ardennes Liégeoises*). De rechtspraak maakte daarop dan weer een uitzondering wanneer het ging om een vereniging met een zeer gespecialiseerd doel (zie bijvoorbeeld RvS 9 februari 2021, nr. 249.780 (*ASBL Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*)).

33 Zie bijvoorbeeld RvS 8 november 2018, nr. 242.874 (vzw *Greenpeace Belgium*) en RvS 24 oktober 2019, nr. 245.911 (*stad Leuven e.a.*). De Franstalige kamers van de Raad van State lijken wel vast te houden aan de strengere rechtspraak en daar wordt wel nog gewerkt met een geografisch criterium. Zie bijvoorbeeld RvS 9 februari 2021, nr. 249.780 (*ASBL Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*) en RvS 30 maart 2022, nr. 253.411 (*ASBL Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*).

34 Zie hierover J. Vanhoenacker, ‘Twee belangrijke arresten over het belang van milieuorganisaties bij het instellen van vorderingen voor de Raad van State’ (noot onder RvS 20 maart 2018, nr. 241.048 en RvS 28 maart 2018, nr. 241.141), *Milieu- en Energierecht* 2018, p. 190-193.

35 Zie bijvoorbeeld RvS 31 maart 2009, nr. 192.085 (vzw *Natuurpunt e.a.*).

36 Cass. 19 november 1982, AC 1982-83, 372, concl. E. Krings en RW 1983-84, 2029, m.nt. J. Laenens. Het Hof herhaalde dit standpunt nogmaals in het zogenaamde *Neepepe-blijft*-arrest, Cass. 25 oktober 1985, AC 1985-86, 249, concl. E. Krings, noot.

37 Zie hieromtrent o.m. S. Lust, ‘Het collectief belang in het burgerlijk procesrecht’, in: R. De Corte, J. Meeusen, M. Pertegas, S. Rutten & A. Van Oevelen (red.), *Hulde aan prof. dr. Jean Laenens*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 165-167.

38 Zie S. Lust & S. Voet, ‘De voorwaarden van de burgerlijke rechtsvordering (inzonderheid het belang) als breekijzer(s) voor een collectieve rechtsvordering’, in: G. Closset-Marchal & J. Van Compennolle (red.), *Naar een “class action” in het Belgisch recht?*, Brugge: die Keure 2008, randnummers 20-25.

gen uit collectief belang.³⁹ Ondertussen is ook in artikel 17 Gerechtelijk Wetboek een tweede alinea ingevoegd die het in het algemeen toelaat aan rechtspersonen die de bescherming beogen van de rechten van de mens of fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale instrumenten die België binden, om op ontvankelijke wijze een vordering vanuit dat collectief belang in te stellen.⁴⁰ De voorwaarden die de wetgever daartoe heeft gesteld, heeft hij rechtstreeks ontleend aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State.

De wetgever heeft geen uitdrukkelijke wetsbepaling voorzien voor milieuverenigingen, die volgens het Verdrag van Aarhus nochtans moeten kunnen genieten van een effectieve toegang tot de rechter. Hij was van oordeel dat dit reeds voldoende was geregeld en verwees ter zake naar de rechtspraak die hier wijst op de primauteit van het internationaal recht.⁴¹

5. Conclusie

Inzake de behartiging van algemene en collectieve belangen in het privaatrecht bestaat in België sinds 2014 een adequaat instrument in de vorm van een rechtsvordering tot collectief herstel. Ofschoon het toepassingsgebied en ook het succes ervan tot op vandaag beperkt is,⁴² mag worden gehoopt dat de implementatie van Richtlijn 2020/2018 het instrument een nieuw elan zal geven.

Daarnaast heeft de wetgever ook reeds diverse mogelijkheden tot wet gemaakt om in een burgerlijk proces een vordering in te stellen vanuit een collectief belang. De rechtspraak kent ter zake een positieve evolutie, met als specifiek voorbeeld de verruimde rechtspraak op het vlak van het belang van milieuverenigingen onder verwijzing naar het Verdrag van Aarhus.

In het publiek procesrecht is de algemene mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden een vordering in te stellen ter behartiging van een collectief belang, reeds lang ingeburgerd. Ook daar is een tendens waarneembaar naar een nog meer verruimde rechtspraak, zeker wat vorderingen van milieuverenigingen betreft. De nood aan een echte rechtsvordering tot collectief belang wordt daar niet als zodanig aangevoeld omdat er voldoende alternatieven zijn.

39 *Ibid.*, randnummers 26-28.

40 Die wetswijziging kwam er nadat het Grondwettelijk Hof naar aanleiding van een prejudiciële vraag had aangegeven dat het ontbreken van een algemeen vorderingsrecht uit collectief belang in die situatie discriminatoir was. Zie GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013.

41 MvT, *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3303/001, 99. Zie hieromtrent P. Lefranc, 'Artikel 17, tweede lid Ger.W.: Hooglid van het algemeen collectief vorderingsrecht voor de hoven en rechtbanken of de zwanenzang van de Eikendael-doctrine', *Tijdschrift voor milieurecht* 2019, p. 253-258.

42 Voor een overzicht van de 10 zaken tussen 2014 en 2023 zie S. Voet, 'Class Actions in Belgium: Evaluation and the Way Forward', in: A. Uzelac & S. Voet (red.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*, Springer, 2021, p. 143-147.

10. Verzelfstandiging en borging publieke belangen met gebruikmaking van het rechtspersonenrecht

Nederland

Sjoerd Zijlstra*

1. Inleiding

Er bestaan in Nederland talloze organisaties en instellingen die een rol spelen bij de behartiging van publieke belangen, en om die reden op de een of andere manier met de overheid zijn verbonden. Hieronder gaat het om rechtspersonen die door de overheid worden ingesteld (bij of krachtens de wet) of opgericht of waarin de overheid deelneemt. De juridische positie van deze rechtspersonen is door wetgeving en jurisprudentie in de loop der tijden sterk veranderd. Maar ook beleidsmatig waren zij nooit een rustig bezit: nu eens had de publiekrechtelijke rechtsvorm de voorkeur, dan weer was het 'privaat moet, privaat is goed'. Hieronder worden de belangrijkste stappen in deze juridische en beleidsmatige ontwikkelingen geschetst.

Daarbij eerst een korte begripsmatige toelichting. Nederland kent maar één rechtspersoon-begrip, namelijk de rechtspersoon naar privaatrecht (art. 2:1 BW). Als ik hier spreek over 'publiekrechtelijke rechtspersonen', heb ik het over publiekrechtelijke lichamen die naar privaatrecht rechtspersoon zijn; dat zijn de openbare lichamen (Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen met verordenende bevoegdheid) alsmede de organisaties die krachtens bijzondere wet rechtspersoonlijkheid hebben gekregen (de rechtspersonen 'sui generis').

2. Publiekrechtelijke rechtspersonen¹

2.1 Ontwikkeling en beleid

In Nederland bestaat een lange traditie van samenwerking tussen overheid en particulier initiatief. Dat had begin twintigste eeuw vooral de vorm van neo-corporatisme: toedeling van taken aan en samenwerking binnen publiekrechtelijke

* S.E. (Sjoerd) Zijlstra is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht, Vrije Universiteit Amsterdam.

1 J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; J.B.J.M. ten Berge & S.E. Zijlstra, 'De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling', in: J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman & F.K. Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, preadvies NJV 2000-I, Deventer: Kluwer 2000 en P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 3.

lichamen, met als meest duidelijke vorm de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. Het instellen van publiekrechtelijke rechtspersonen voor samenwerking en/of het behartigen van bepaalde overheidstaken was lange tijd dan ook beperkt tot openbare lichamen voor beroep en bedrijf.

Daarin kwam in 1931 verandering, toen bij een volledige herziening van de gemeentewet,² de mogelijkheid werd gecreëerd voor de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon ter behartiging van de taken die de samenwerkende gemeenten inbrachten. Dit werd bestendigd toen deze constructie in 1950³ uit de Gemeentewet werd getild en overgebracht naar een afzonderlijke samenwerkingswet, de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr).

Het neocorporatisme vond ook zijn weg naar samenwerking *binnen* gemeenten.⁴ Met name was behoefte aan samenwerking met en tussen burgers en maatschappelijke organisaties. Omdat daarvoor aanvankelijk geen publiekrechtelijke organisatievorm bestond, werd in ruime mate gegrepen naar stichtingen en verenigingen. In 1964⁵ werd in de gemeentewet de figuur van de gemeentelijke commissie ingevoerd, die een vehikel bood voor binnengemeentelijke samenwerking in een publiekrechtelijke vorm. Net als aan intergemeentelijke Wgr-lichamen konden aan de gemeentelijke commissie publiekrechtelijke bevoegdheden van gemeentelijke organen worden gedelegeerd, iets wat bij privaatrechtelijke rechtspersonen niet kon.

De uitbouw van de verzorgingsstaat in de tweede helft van de twintigste eeuw liet een sterke uitdijning van overheidstaken en -activiteiten zien. Aan het eind van die eeuw kwam de Nederlandse overheid in de greep van het New Public Management (NPM), de gedachte dat de overheid als een bedrijf moest worden gerund. Deze gedachte, tezamen met zogeheten kerntakendiscussies, leidde tot een golf van verzelfstandiging van overheidstaken. Bij de centrale overheid had dit vaak de vorm van onderbrengen van de verzelfstandigde taak bij afzonderlijke, bij wet ingestelde zelfstandige bestuursorganen (zbo's) met eigen rechtspersoonlijkheid (rechtspersonen *sui generis*), zoals de Informatie Beheer Groep (IBG), Staatsbosbeheer, het Kadaster, de Dienst Wegverkeer (RDW) en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).

In 1994, met het rapport van de Commissie-Sint,⁶ kwam hierin een kentering: duidelijk werd dat voor efficiencyverbeteringen, zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid niet nodig waren. Mocht een bedrijfsmatig beheer wenselijk worden geacht, dan kon dat via de nieuwe vorm van het agentschap (baten-lastenstelsel).⁷ Niettemin werden ook na 1994 verschillende nieuwe publiekrechtelijke rechtspersonen ingesteld, veelal in de sfeer van het markttoezicht, zoals de Onafhanke-

2 Wet van 1 april 1950, *Stb.* 1950, nr. K 120.

3 Wet van 31 januari 1931, *Stb.* 1931, 41.

4 S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997.

5 Wet van 9 juli 1964, *Stb.* 256. Zie daarover J.B.J.M. ten Berge, *Decentraliseren met commissies*, Den Haag: VUGA-boekerij 1978, p. 6-56.

6 Commissie-Sint, *Verantwoord verzelfstandigen*, Den Haag 1994.

7 Ingevoerd bij de Zesde wijziging van de Comptabiliteitswet, Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 375.

lijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA).⁸ In 2007 trad de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in werking.⁹ De Kaderwet eiste een goede motivering voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen (en daarmee van zelfstandige overheidsrechtspersonen). Bij later kabinetsbeleid werd de instelling van zbo's verder ingeperkt. Mocht gebruik van een zbo toch geïndiceerd zijn, dan is eigen rechtspersoonlijkheid niet nodig, maar kan eventueel met de agentschapsvorm worden volstaan. Meer recentelijk is, na een doorlichtingsoperatie, verschillende zbo's hun publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid ontnomen.¹⁰ Nieuwe worden in beginsel niet meer ingesteld.¹¹

Min of meer in samenhang met het voorgaande werd in 2014 ook de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (de product- en bedrijfsschappen) afgeschaft.¹² Wel bestaan nog enkele openbare lichamen van beroep, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB).

De op dit moment resterende publiekrechtelijke rechtspersonen op afstand van Rijk, gemeenten respectievelijk provincies, zijn dan ook primair te vinden in de sfeer van de interbestuurlijke samenwerking op basis van de Wgr; daarnaast zijn er de openbare lichamen van de publiekrechtelijke beroepsorganisatie, enkele toezichthouders met eigen rechtspersoonlijkheid (zoals de Nederlandse Zorgautoriteit en de Kansspelautoriteit) en een restje zbo's waarvan men het niet opportuun vindt ze de rechtspersoonlijkheid te ontnemen (zoals Staatsbosbeheer, de Dienst Wegverkeer en de Dienst voor het kadaster en de openbare registers).

2.2 Normering en rechtsbescherming

Organen van de hier besproken publiekrechtelijke rechtspersonen zijn steeds en voor alles wat ze doen bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (art. 1:1 lid 1 onder a), en daarmee volledig onderhevig aan publiekrechtelijke normering en bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

3. Privaatrechtelijke rechtspersonen¹³

3.1 Ontwikkeling en beleid

Gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid heeft in Nederland een lange en turbulente geschiedenis. Deze geschiedenis moet steeds wor-

8 Wier taken inmiddels zijn overgenomen door de Autoriteit Consument en Markt.

9 Wet van 2 november 2006, *Stb.* 2006, 587.

10 J.L. de Leeuw, 'Onderzoek naar de positionering van de zbo's in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid,' *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 79; kabinetsstandpunt hierop *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 83.

11 Zie over de geschiedenis van het Nederlandse zbo-beleid S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, 2^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 12.

12 Wet opheffing bedrijfslichamen, *Stb.* 2014, 571.

13 C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk II en Huisman & Van Ommeren 2019, hoofdstuk 5-6.

den begrepen tegen de achtergrond van de visie van Thorbecke, de aardsvader van de organisatie van het Nederlandse openbaar bestuur, dat publiekrecht en privaatrecht duidelijk moeten worden onderscheiden. Omdat bij publiekrechtelijke organisatievormen waarborgen van publiekrecht (democratische controle, openbaarheid, beginselen van behoorlijk bestuur) gegarandeerd zijn, en bij privaatrechtelijke vormen niet of in sterk verminderde mate, heeft de wetgever, zoals we zagen, op tal van momenten en manieren voorzien in publiekrechtelijke rechtsvormen voor samenwerking of de verzelfstandigde behartiging van overheidstaken. In het verlengde hiervan werd dan het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen aan banden gelegd, door te bepalen dat oprichting van, deelneming in, of toekenning van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen alleen toegestaan was als dat 'bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.'¹⁴ Ook werd gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten en provincies aan provinciale respectievelijk Rijksgoedkeuring onderworpen, zodat aan eerdergenoemd criterium kon worden getoetst.

Deze normering, het toezicht, keer op keer bevestiging van het beleid van voorkeur voor publiekrecht alsmede het bestaan van goede publiekrechtelijke alternatieven, hebben een ongebreideld gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid echter niet kunnen belemmeren. Daarbij speelden misvattingen over de voordelen van privaatrecht en de nadelen van publiekrecht, onbekendheid van met name de Wgr, maar ook de riante mogelijkheden in de sfeer van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden voor bestuurders van overheidsvennootschappen en -stichtingen een rol. Een zekere kentering valt niettemin inmiddels wel te bespeuren. Over de hele linie van het openbaar bestuur heeft de Wet normering topinkomens¹⁵ ervoor gezorgd dat er in de rechtspositionele sfeer veel minder prikkels liggen voor verzelfstandiging in privaatrechtelijke vorm. Bij de centrale overheid heeft de afkeer van toekenning van rechtspersoonlijkheid ook gevolgen gehad voor de afname van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen. Wat hier echter niet hielp, is de opheffing van de verplichte machtigingswet voor het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat in 1995.¹⁶ Omdat voor het oprichten van publiekrechtelijke rechtspersonen bij de centrale overheid nog steeds een wet in formele zin nodig is, is van een 'level playing field' tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsvorm bij verzelfstandiging geen sprake. Met name kan de overheid bij gewenste spoed (en wanneer is die er niet?) met enig recht grijpen naar de privaatrechtelijke vorm. En bij oprichting en deelneming door gemeenten en provincies van een privaatrechtelijke rechtspersoon staat de norm van het 'bijzonder aangewezen worden geacht' weliswaar nog steeds in de wet, maar is, in het kader van een 'bruikbare rechtsorde', het toezicht geschrapt.¹⁷

14 Voor het eerst in de Gemeentewet van 1931 (art. 234); nu in art. 160 Gemeentewet, art. 158 Provinciewet en art. 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

15 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi-publieke sector, *Stb.* 2012, 583.

16 Zesde wijziging Comptabiliteitswet, *Stb.* 1995, 375.

17 Wet van 4 november 2015, *Stb.* 2015, 426.

Naast het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen voor verzelfstandiging en samenwerking, bestaan er nog overheidsdeelnemingen in bedrijven. Bij het Rijk werd aanvankelijk het standpunt ingenomen dat dergelijke deelnemingen niet moesten worden gebruikt om het beleid van het bedrijf te beïnvloeden via het aandeelhouderschap en/of een overheidscommissaris.¹⁸ Hier werd eind 2007 al een relativering op aangebracht; het kabinet kondigde aan ‘nadrukkelijker dan in het verleden [te] sturen op de strategie van de onderneming’, dit om de betrokken publieke belangen te borgen.¹⁹ Deze nuances konden in de prullenmand, toen de Staat in 2008 alle Nederlandse onderdelen van Fortis Bank, en daarmee van ABN AMRO, overnam; op 1 februari 2013 werd SNS Reaal genationaliseerd. Het hangt dus af van de concrete omstandigheden en betrokken publieke belangen wanneer en op welke manier de overheid gebruikmaakt van deelnemingen.

3.2 Normering en rechtsbescherming

Hoewel de voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving wettelijk is vastgelegd, wordt zij door de rechter niet gehandhaafd. Ook de doorkruisingsjurisprudentie is niet doorgetrokken naar het bestuurlijk organisatierecht.²⁰

Is de privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag bekleed (in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b, Awb, dat wil zeggen heeft zij exclusieve overheidsbevoegdheden) dan zijn publiekrechtelijke waarborgen en rechtsbescherming gegeven, maar daarbuiten heeft de bestuursrechter van een uitbreiding van rechtsbescherming en daarmee verbonden waarborgen maar in zeer beperkte mate willen weten. De burgerlijke rechter acht publiekrechtelijke normering niet toepasselijk op niet-overheidsinstanties,²¹ en er is ook geen indicatie dat hij dit binnen afzienbare tijd anders zal zien.²² De bestuursrechter heeft voor een zeer beperkte categorie van privaatrechtelijke rechtspersonen rechtsbescherming geboden. In de standaarduitspraak inzake de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers te Heerlen²³ ziet de bestuursrechter openbaar gezag in een constructie waarin een privaatrechtelijke rechtspersoon uitkeringen of andere op geld waardeerbare rechten verstrekt, en een overheidsrechtlichaam criteria voor het verstrekken bepaalt en geheel of grotendeels bekostigt.

18 *Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid, Kamerstukken II 2001/02, 28165, nr. 2.*

19 *Kamerstukken II 2007/08, 28165, nr. 69, p. 14.*

20 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9249 (*SKV II*) wordt door sommigen wel beschouwd als een toepassing van de doorkruisingsleer, maar het betreft een geval van delegatie zonder wettelijke grondslag (en daarom verboden), niet van onaanvaardbare doorkruising.

21 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/ConforMed*).

22 Zie voor een beschouwing over hoe dit eruit zou kunnen zien als de burgerlijke rechter die stap wél zou willen zetten, P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/24.

23 ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850. Zie voor aanscherping van de criteria ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*). Ten behoeve van die laatste uitspraak nam staatsraad-AG Widdershoven een conclusie (ECLI:NL:RVS:2014:2260) met een uitgebreid overzicht van de literatuur en de jurisprudentie (en de kritiek daarop).

4. **Conclusie**

Gebruik van rechtspersonen voor verzelfstandiging en samenwerking vertoont een slingerbeweging. Op dit moment lijkt de slinger te hangen aan de kant van terughoudend gebruik, in ieder geval bij de centrale overheid. Voor de (nabije) toekomst verwacht ik:

- a. gestage voortschrijding van verzelfstandiging van overheidsbevoegdheid, met name in de sfeer van toezicht en 'waakhond'-functie;
- b. daarbij wordt in beginsel geen rechtspersoonlijkheid toegekend;
- c. van overheidsdeelnemingen, en zeker van nationalisaties, zal beperkt gebruik worden gemaakt.

10. Verzelfstandiging en borging publieke belangen met gebruikmaking van het rechtspersonenrecht

België

Marie DeCock en Tina Coen*

1. Het gebruik van het private rechtspersonenrecht door de overheid

Van oudsher maakt de Belgische overheid¹ gebruik van het private vennootschaps-, verenigings- of stichtingsrecht om – op een of andere manier – een stukje van het algemeen belang te behartigen. Dat is op zich niets nieuws. De Belgische Maatschappij voor de Buurtspoorwegen was aan het einde van de negentiende eeuw al als vennootschap opgericht.² De overheid als aandeelhouder was toen al een gekend fenomeen.³ Geleidelijk aan veranderde dat en begon de overheid elementen van openbare dienstverlening onder te brengen in wat wij tegenwoordig de traditionele publiekrechtelijke rechtspersonen noemen. In de jaren zeventig won het private rechtspersonenrecht opnieuw aan aantrekkingskracht, waarbij het gebruik van privaatrechtelijke organisatiestructuren door de overheid vooral in de jaren negentig in een stroomversnelling is gekomen en sindsdien niet meer te negeren valt.

Die (hernieuwde) aantrekkingskracht van het private rechtspersonenrecht kadert in de ruimere evolutie waarbij de ‘magische lijn’ tussen het publiekrecht en het privaatrecht al geruime tijd barsten vertoont, onder meer door het groeiend economisch overheidsinitiatief sinds het interbellum en de opkomst van de sociale verzorgingsstaat.⁴ De liberalisering van belangrijke sectoren, de introductie van het *New Public Management* en de horizontalisering van het overheidsoptreden

* M. (Marie) DeCock is Docent Universiteit Hasselt en Universiteit Maastricht en Postdoctoraal onderzoeker FWO. T. (Tina) Coen is Docent aan de Vrije Universiteit Brussel.

- 1 We hebben in deze tekst zoveel als mogelijk abstractie gemaakt van de meergelaagdheid van de Belgische staatsstructuur, waarbij het gebruik van het private rechtspersonenrecht door de diverse gemeenschappen en gewesten wordt bemoeilijkt door de complexe grondwettelijke regels inzake bevoegdheidsverdeling. Zie hierover o.m. T. Coen, *Overheidsvennootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse*, Antwerpen: Intersentia, ter perse, nrs. 125-144; S. Baeten & F. Vandendriessche, ‘Oprichting van rechtspersonen en participaties’, in: B. Seutin & G. Van Haegendoren (red.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge: die Keure 2017, p. 267-302.
- 2 J. Sarot, ‘Le contrat administratif, instrument d’organisation des services publics’, *APT* 1977, 104.
- 3 D. Yernault, *L’Etat et la propriété. Permanences et mutations du droit public économique en Belgique (de 1830 à 2012)*, Brussel: Larcier 2013, p. 478, noot 1103.
- 4 W. Van Gerven, ‘Égalité des entreprises privées et publiques devant la loi belge’, *JT* 1979, afl. 5078, (241) 243; zie ook P. Quertainmont, ‘Le concurrence du secteur public aux entreprises privées’, *APM* 1982, afl. 2-3, (119) 119 e.v.

zorgden ervoor dat de overheid bij de behartiging van taken van algemeen belang steeds vaker allerlei privaatrechtelijke technieken hanteert die in eerste instantie in de private sfeer worden gebruikt⁵, zo ook het private rechtspersonenrecht.

2. Hybride overheidsrechtspersonen

2.1 Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verzelfstandiging

De organisatierechtelijke tweewegenleer – als Belgische equivalent van de Nederlandse doorkruisingsleer voor de oprichting en deelname in rechtspersonen – vertrekt van de idee dat de overheid de principiële vrije keuze heeft om het algemeen belang te behartigen door middel van het publiekrecht of het privaatrecht en daarbij respectievelijk de ‘publiekrechtelijke weg’ of de ‘privaatrechtelijke weg’ te volgen om een rechtspersoon op te richten en/of erin deel te nemen.⁶ Los van de vaststelling dat de wetgever de overheid vaak uitdrukkelijk machtigt om, onder bepaalde voorwaarden, privaatrechtelijke rechtspersonen op te richten of erin deel te nemen⁷, beroept de overheid zich bij het bewandelen van de ‘privaatrechtelijke’ weg formeel niet op een specifieke wettelijke grondslag en bijhorende



De publiekrechtelijke weg en de privaatrechtelijke weg om rechtspersonen op te richten.

publiekrechtelijke regeling maar op het private vennootschaps- of verenigingsrecht om een rechtspersoon op te richten of erin deel te nemen, en meer bepaald het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.⁸ Een sneller privaatrechtelijk beslissingsproces, een voldragen organisatiestructuur, een alternatieve financieringsvorm, lagere personeelskosten via contractuelen en het ontbreken van een ‘logge’ publiekrechtelijke omkadering zijn slechts enkele – al of niet valabele – beweegredenen die de overheid ertoe aanzetten om gebruik te maken van het private rechtspersonenrecht.⁹

5 T. Tilquin, ‘Le rôle des intercommunales dans le secteur économique’, *Rev.dr.ULB* 1995, (41) 59-65.

6 Zie voor een bespreking van de voorwaarden van de tweewegenleer: D. D’Hooghe & F. Vandendriessche, *Publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2003, p. 19-39; S. Lierman, P.-J. Van De Weyer & K.-J. Vandormael, ‘Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaot- en publiekrecht’, *TPR* 2016, afl. 2-3, (489) 494-495.

7 Over de – nog steeds niet beslechte – vraag of de overheid de privaatrechtelijke weg wel mag bewandelen zonder wettelijke machtiging, zie o.m. T. Coen, *Overheidsvennootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse*, Antwerpen: Intersentia, ter perse, nrs. 150-165; M. DeCock, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge: die Keure 2023, p. 289 e.v.; K. Leus, ‘Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechtsleer?’, in: X., *Bijzondere overeenkomsten 2007-2008. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen: Kluwer 2008, (405) 410.

8 J. Vanpraet, *De latente staatshervorming*, Brugge: die Keure 2011, p. 457.

9 F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge: die Keure 2004, p. 83-96. Zie, specifiek voor de aantrekkingskracht van het vennootschapsrecht, ook T. Coen, *Overheidsven-*

Ook bij het bewandelen van de ‘publiekrechtelijke’ weg is er echter steeds vaker sprake van een gecombineerde toepassing van publiek- en privaatrechtspersonenrecht. Geregeld verklaart de wetgever delen van het private rechtspersonenrecht van toepassing op een (categorie van) publiekrechtelijke rechtspersoon(en). Soms gaat het om specifieke artikelen, soms vindt het private rechtspersonenrecht algemene toepassing, voor zover er niet van is afgeweken in instellingsspecifieke regelgeving. Dat geeft dan aanleiding tot hybride rechtspersonen die elementen van publiek- en privaatrecht combineren¹⁰, met alle rechtsonzekerheid van dien.¹¹ Zulke hybride rechtspersonen vinden we echter ook terug wanneer de overheid de ‘privaatrechtelijke’ weg bewandelt, maar daarbij beslist om voor een aantal aspecten de betrokken privaatrechtelijke rechtspersonen toch aan een licht afwijkend rechtsregime te onderwerpen. In de rechtsliteratuur wordt er in dit verband soms gesproken over een derde ‘hybridische’ of ‘hybride’ weg, waarbij er bij de oprichting zowel gebruik wordt gemaakt van publieke als van private elementen.¹² Het is echter nauwkeuriger om te spreken over ‘hybride rechtspersonen’ in plaats van ‘de hybridische weg’, aangezien de oprichting van elke hybride rechtspersoon nog steeds via, ofwel, de publiekrechtelijke, ofwel, de privaatrechtelijke weg gebeurt.¹³

2.2 Verzelfstandiging op federaal, deelstatelijk en (boven)lokaal niveau

De tendens tot het hanteren van en verzelfstandigen via hybride overheidsrechtspersonen doet zich op alle bestuurlijke niveaus voor (en dat zijn er in België best wat). Op federaal niveau zijn er bijvoorbeeld diverse overheidsrechtspersonen die de vorm hebben aangenomen van een NV van publiek recht (bijv. de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, de Nationale Loterij). Dit zijn publiekrechtelijke rechtspersonen waarop het vennootschapsrecht op een of andere wijze van toepassing is verklaard, voor zover de instellingsspecifieke regelgeving (en soms zelfs de statuten) er niet van afwijken.¹⁴ Op deelstatelijk niveau telt het Vlaamse overheidslandschap dan weer tal van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen (EVA’s). Private EVA’s

nootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse, Antwerpen: Intersentia, ter perse, nrs. 251-260.

10 Zie voor de diverse gradaties van kleuring: S. Baeten, *De overheid als ondernemer*, Brugge: die Keure 2003, p. 97-105.

11 Zie o.m. T. Coen & A. François, ‘Eerste hulp bij NV’s van publiek recht’, in: F.M. Beernaert, G. Collard, D. Szafran e.a. (red.), *Liber amicorum Xavier Dieux. Hommage d’exception à un esprit libre*, Brussel: Larcier 2022, p. 84; M. DeCock, ‘Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. De preciaire verhouding met het Wetboek van vennootschappen en verenigingen’, *NjW* 2021, afl. 437, p. 142-153.

12 Zie bijv. S. Verbeyst, ‘De bevoegdheidsgrenzen en de rechtsgevolgen van de publiekrechtelijke inkleuring van privaatrechtelijke rechtspersonen’, *TBP* 2017, afl. 4, (233) 234-235; F. Vandendriessche & A. Carton, ‘Hoever kan de decreetgever gaan bij de (machtiging tot) oprichting van vzw’s die afwijken van het federale verenigingsrecht?’ (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008), *T.Gem.* 2009, afl. 1, (59) 60; D. D’Hooghe & F. Vandendriessche, *Publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2003, p. 150 en 208-209; A. Alen & W. Devroe, *De verzelfstandiging van bestuurstaken in België. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 28-53.

13 Zie uitgebreid: M. DeCock, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge: die Keure 2023, p. 287 e.v.

14 Zie over de ‘NV van publiek recht’ o.m. T. Coen & A. François, ‘Eerste hulp bij NV’s van publiek recht’, p. 63-84; L. Cornelis, E. De Keyser, D. D’Hooghe & F. Vandendriessche, ‘De N.V. van publiek recht’, in: S. Baeten, K. Byttebier & K. Leus (red.), *Onderneming van publiek recht*, Antwerpen: Maklu 2000, (63) 68.

zijn Vlaamse agentschappen waarvan de rechtsvorm volledig in overeenstemming zou moeten zijn met de dwingende bepalingen van het private vennootschaps- of verenigingsrecht. Bij publieke EVA's is dat niet het geval.¹⁵ Daarbij zijn er publieke EVA's die als NV van publiek recht door het leven gaan (bijv. de Vlaamse Waterweg), maar de private EVA's krijgen evengoed een hybride invulling (bijv. het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek – Vlaanderen).

Ook op (boven)lokaal niveau floreren hybride rechtspersonen. Zonder volledig te kunnen zijn, vinden we binnen de publiekrechtelijke weg het autonoom provinciebedrijf en het autonoom gemeentebedrijf (bijv. Autonoom Gemeentebedrijf Stadsvernieuwing Oostende), net als het provinciaal extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm (bijv. Limburg Sterk Merk) en de gemeentelijke tegenhanger.¹⁶ Ook om intergemeentelijk samen te werken, kunnen gemeenten de publiekrechtelijke weg bewandelen via het oprichten van een projectvereniging, dienstverlenende vereniging of opdrachthoudende vereniging in Vlaanderen¹⁷ en een *intercommunale* in het Waalse of Brussels Hoofdstedelijk Gewest¹⁸, waarbij de overheidsrechtspersoon opnieuw een hybride *sui generis*-rechtsvorm aanneemt doordat het vennootschapsrecht suppletief van toepassing wordt verklaard.¹⁹ Vlaamse Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn (OCMW's) kunnen eveneens bij verzelfstandiging beroep doen op vijf varianten die worden ingedeeld in twee publiekrechtelijke en drie privaatrechtelijke varianten (art. 474 e.v. DLB). De welzijnsvereniging en autonome verzorginstelling (bijv. Algemeen Stedelijk Ziekenhuis Aalst, Geraardsbergen en Wetteren) als publiekrechtelijke variant kennen een grondige uitwerking in het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur²⁰ (DLB), zonder dat het private rechtspersonenrecht aanvullend van toepassing werd verklaard. De ziekenhuisvereniging, de vereniging of de vennootschap voor sociale dienstverlening, de woonzorgvereniging (bijv. Woonzorgvereniging De Stek) of woonzorgvennootschap, zijn op hun beurt hybride overheidsrechtspersonen waarbij er in sterkere mate wordt teruggevallen op het privaatrecht, hoewel ook hun wettelijke grondslag in het DLB ligt en er bijgevolg kan worden beargumenteerd dat OCMW's ook hier voor de publiekrechtelijke weg opteren.²¹

15 Vgl. art. III.9 met art. III.14 van het Vlaamse Bestuursdecreet van 7 december 2018.

16 M. DeCock & S. Van Garsse, 'Gemeentelijke verzelfstandigde agentschappen', in: S. Hennau, S. Keunen & S. Van Garsse (red.), *Het Decreet lokaal bestuur – editie 2022 – een analyse*, Brugge: Vanden Broele 2022, p. 171-187.

17 Art. 397 lid 2 DLB.

18 Zie respectievelijk art. L1523-1 van de *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*, BS 12 augustus 2004 en art. 55, eerste lid van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, BS 12 juli 2018.

19 Zie hieromtrent: M. DeCock, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge: die Keure 2023, 549 p.; M. DeCock & S. van Garsse, 'Intergemeentelijke samenwerking', in: S. Hennau, S. Keunen & S. Van Garsse (red.), *Het Decreet lokaal bestuur – editie 2022 – een analyse*, Brugge: Vanden Broele 2022, p. 243-283.

20 BS 15 februari 2018.

21 M. DeCock, 'De verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn', in: S. Hennau, S. Keunen & S. Van Garsse (red.), *Het Decreet lokaal bestuur – editie 2022 – een analyse*, Brugge: Vanden Broele 2022, p. 189-230.

2.3 Relevantie van het onderscheid

De techniek waarbij de overheid zich op het privaatrecht beroept om een vennootschap, vereniging of stichting op te richten of om een publiekrechtelijke rechtspersoon privaatrechtelijk in te kleuren, zorgt dat het onderscheid tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en privaatrechtelijke rechtspersonen niet steeds scherp te maken is. Toch is het onderscheid relevant voor de toepassing van diverse regelgeving²² en kan het ook een rol spelen bij de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur.²³ De tweedeling ‘publieke rechtsvorm’ versus ‘private rechtsvorm’ wordt gehanteerd als onderscheidend criterium om de bevoegdheid te bepalen van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, aan de hand van het begrip ‘administratieve overheid’. De jurisprudentiële invulling zorgt dat een entiteit met een ‘publieke rechtsvorm’ in ieder geval een administratieve overheid is, terwijl een entiteit met ‘private rechtsvorm’ dit slechts is als zij een gezags-handeling stelt of als verlengstuk van een administratieve overheid optreedt.²⁴ De tweedeling ‘publieke rechtsvorm’ versus ‘private rechtsvorm’ wordt uitdrukkelijk gemaakt door de Raad van State, maar in het verleden werd ook teruggegrepen naar bijvoorbeeld het onderscheid tussen ‘een openbare overheid’ en ‘een privaatrechtelijk orgaan’ of heeft de Raad van State het over ‘de privaatrechtelijke vennootschap’ of ‘de privaatrechtelijke rechtspersoon’. Dit onderscheid tussen de publieke en private rechtsvorm valt echter niet volledig samen met de oprichting via ‘de publiekrechtelijke weg’ of ‘de privaatrechtelijke weg’, wat bijdraagt aan de complexiteit. Tegelijkertijd is het criterium van ‘publiekrechtelijke rechtspersoon’ ook in privaatrechtelijke wetgeving relevant. Bij wijze van voorbeeld is het merendeel van boek XX van het Wetboek van Economisch Recht (WER), dat de ‘insolventie van ondernemingen’ regelt, niet van toepassing op *publiekrechtelijke* rechtspersonen (art. I.22, 8° WER).²⁵ Meer in het algemeen worden publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen voor de toepassing van bepaalde delen van het WER anders behandeld.²⁶ Wanneer dan precies sprake is van een publiekrechtelijke rechtspersoon, is echter niet altijd even duidelijk.

Voor de volledigheid is er binnen het thema van de borging van publieke belangen met gebruikmaking van het rechtspersonenrecht nog te wijzen op de relatief recent ontstane ‘*verpubliekrechtelijking*’ van het privaatrecht waarbij ook private ondernemingen zich steeds vaker om het algemeen belang bekommeren. Hierbij valt te denken aan kledingmerken die convenanten aannemen om bij te dragen

22 C. Mathieu & F. Vandendriessche, ‘De overheidsrechtspersoon’, in: S. De Somer (red.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge: die Keure 2020, p. 81-84.

23 Zie over de uiteenlopende visies die bestaan t.a.v. het personeel toepassingsgebied van de ABBB: M. DeCock, *Intergemeentelijke samenwerking*, Brugge: die Keure 2023, p. 241 e.v.

24 Zie o.m. Cass. 14 februari 1997, C.96.0211.N (*Gimvindus*); Cass. 10 september 1999, C.98.0141.F (BATIC); Cass. 6 september 2002 (*Meulenijzer*); zie ook GwH 9 april 2003, nr. 41/2003, overw. B.8; S. De Somer, ‘Het begrip “administratieve overheid” en zijn Vlaamse aanverwanten’, in: S. De Somer (red.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge: die Keure 2020, p. 379-422.

25 Zie over de evolutie inzake de uitsluiting van publiekrechtelijke rechtspersonen uit het faillissementsrecht E. Slautsky & A. Mayence, ‘L’inapplicabilité du droit commun de l’insolvabilité aux personnes morales de droit public à l’épreuve du droit des aides d’État’, *TBH* 2018, afl. 8, (827) 828-835.

26 Zie o.m. A. Autenne & N. Thirion, ‘La nouvelle « définition générale » de l’entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière’, *JT* 2018, p. 829-830.

aan duurzaamheid in de textielsector, of het CS3D-proposal dat grotere Europese ondernemingen zal verplichten, als het zou worden goedgekeurd, om een passende zorgvuldigheid aan de dag te leggen op het gebied van duurzaamheid.

3. Overheidsdeelnemingen in privaatrechtelijke rechtspersonen

Er zijn ook private rechtspersonen waarin een overheid participeert of die door een overheid zijn opgericht, maar die zich niet of slechts onrechtstreeks met taken van publieke dienstverlening bezig houden. Dergelijke rechtspersonen vallen buiten de idee van verzelfstandiging. In de rechtsleer worden zij ondernemingen of vennootschappen met overheidskapitaal genoemd.²⁷ Denk bijvoorbeeld aan de diverse participaties in de portefeuilles van openbare investeringsmaatschappijen als de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij of de Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Vlaanderen. Hierbij valt ook te denken aan het 100%-belang van de Belgische Staat in Belfius, die het resultaat is van de reddingsoperatie na de financiële crisis in 2008.

Ook de projectvennootschappen die in het kader van publiek-private samenwerking (pps) worden opgericht, kunnen aan dit lijstje worden toegevoegd. Dit zijn structurele samenwerkingsvormen op lange termijn waarbij de overheid samen met een private partner een vennootschap opricht die, op basis van duidelijke afspraken en verdeling van taken, inbreng, risico's en verantwoordelijkheid tussen de overheid en de private partner, een specifiek project gaan realiseren.

In tegenstelling tot de private en hybride rechtspersonen die in het kader van verzelfstandiging zijn opgericht, worden deze rechtspersonen en hun intern besluitvormingsproces in de regel volledig beheerst door het private rechtspersonenrecht. Enkel de oprichting door de overheid of de overheidsdeelneming zelf zal in de regel aan bijzondere regels onderworpen zijn, zoals de aanmelding van staatssteun, het verkrijgen van een machtiging vanwege de bevoegde wetgever, de naleving van het Europees vrij verkeer van kapitaal en, specifiek voor pps-projecten, de naleving van de overheidsopdrachtenreglementering.²⁸

4. Vooruitblik

Waar het onderscheid tussen het publiekrecht en het privaatrecht vroeger als *summa divisio* werd opgevat (en nog steeds in belangrijke mate het Belgische rechtsdenken domineert), kunnen we ondertussen wel zeggen dat dit onderscheid

27 T. Coen, *Overheidsvennootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse*, Antwerpen: Intersentia, ter perse, nrs. 67-73; F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, p. 31-32; N. Thirion (fr.), *Les privatisations d'entreprises publiques*, p. 281; A. François & S. Baeten, 'Vennootschapsbelang en (versus?) algemeen belang', p. 24; D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel: Story-Scientia 1990, p. 7.

28 E. De Raeymacker, B. Martens & A. Verlinden, 'Publiek-private samenwerking', in: X. (red.), *Brownfields in Vlaanderen*, Mechelen: Kluwer 2017, p. 277-299; A. Logghe, A. François & K. Leus (red.), *Ondernemen met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2010, 314 p.; D. D'Hooghe & F. Vandendriessche, *Publiek-private samenwerking*, 251 p.

voor het Belgische rechtspersonenrecht allang is voorbijgestreefd.²⁹ De vervaging tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen zal zich de komende jaren ongetwijfeld verder zetten. Zolang het ‘organiek’ onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen relevant is om de toepasselijke regelgeving te bepalen, moet er blijvend worden ingezet op een duidelijke definiëring of afbakening van beide noties. Een meer functionele benadering van overheidsrechtspersonen zou bijvoorbeeld tegemoetkomen aan de moeilijkheden die hybride vormgeving impliceert. Dit is bijvoorbeeld reeds het geval in het mededingingsrecht dat op Europees niveau – en vervolgens na omzetting op nationaal niveau – vertrekt van een autonome begripsinvulling van bijvoorbeeld het ondernemingsbegrip.³⁰ De wetgever moet zich minstens bewust zijn van de moeilijkheden die een combinatie van publiek- en privaatrecht in de vormgeving van rechtspersonen impliceert en hierop anticiperen door weloverwogen, duidelijke en onderbouwde keuzes te maken. Voorlopig lijken er echter geen stappen te worden genomen in de richting van een fundamentele herdenking van het overheidsrechtspersonenrecht.

29 P.-O. De Broux, T. Léonard, B. Lombaert & J. Van Meerbeeck, ‘Conclusions générales’, in: J. Van Meerbeeck, P.-O. De Broux, T. Léonard & B. Lombaert (red.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Waver: Anthemis 2019, p. 477; C. Jenart, ‘Regelgevend verwijzen naar externe standaarden – Een toetssteen der wijzen’, *TVW* 2019, afl. 4, (234) 237.

30 W. Sauter & H. Schepel, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 77.

11. Bevoegdheids- en uitvoeringsovereenkomsten

Nederland

Jeroen Langbroek*

1. **De bevoegdhedenovereenkomst: privaatrechtelijk of publiekrechtelijk?**

Indien de wet daartoe ruimte laat mogen overheden contracteren over de wijze waarop zij hen toekomstige publiekrechtelijke bevoegdheden al dan niet uitoefenen. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn bevoegdheden die in beginsel op een wettelijk voorschrift berusten. Het sluiten van overeenkomsten is een typisch privaatrechtelijke aangelegenheid. Dat duidt erop dat de bevoegdhedenovereenkomst een ‘gewone’ privaatrechtelijke rechtshandeling is, zoals in beginsel eenieder die kan verrichten.



* H.J.S.M. (Jeroen) Langbroek is advocaat te Den Haag.

Een bevoegdhedenovereenkomst gaat evenwel over de wijze waarop publiekrechtelijke bevoegdheden worden uitgeoefend. Die bevoegdheden komen juist niet aan eenieder toe, maar slechts aan ‘de overheid’. En om die reden zou de bevoegdhedenovereenkomst als een publiekrechtelijke overeenkomst beschouwd kunnen worden.¹ De benaming ‘publiekrechtelijke overeenkomst’ leidt er overigens niet toe dat de regels van het BW niet van toepassing zijn op de overeenkomst. Dit is slechts anders als de toepasselijke publiekrechtelijke regels of de aard of inhoud van de publiekrechtelijke rechtsverhouding dit in het gegeven geval meebrengen.²

De Hoge Raad laat de kerk in het midden en heeft in het arrest *Etam/Zoetermeer* overwogen dat de bevoegdhedenovereenkomst een gemengd (privaatrechtelijk en publiekrechtelijk) karakter heeft.³ Voor nakoming van de uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende verplichting tot het nemen van het besluit, dient de bestuursrechter te worden benaderd; ter zake van een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie is de burgerlijke rechter de bevoegde rechter.

2. Wie sluit de bevoegdhedenovereenkomst?

Een bevoegdhedenovereenkomst kan door een bestuursorgaan worden gesloten of door de rechtspersoon waartoe dat orgaan behoort. In het eerste geval treffen de vermogensrechtelijke gevolgen van de overeenkomst overigens evengoed de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt.⁴ Als de rechtspersoon de contractspartij is, dient aan het daadwerkelijke sluiten van de overeenkomst wel een beslissing van een bestuursorgaan tot het aangaan van de overeenkomst vooraf te gaan (vgl. bijvoorbeeld art. 160 lid 1 sub d Gemeentewet).

3. De Trias Politica

Uitgaande van de rechtspersoon als de contracterende partij is in theorie denkbaar dat verbintenissen worden aangegaan die betrekking hebben op bevoegdheden van een niet bij de overeenkomst betrokken bestuursorgaan. Laatstbedoeld bestuursorgaan is dan in beginsel echter niet aan de overeenkomst gebonden. Dat is met de machtscheiding namelijk niet te verenigen.⁵ Het is dus van belang erop toe te zien dat ook de medewerking wordt verkregen van het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het nemen van het publiekrechtelijke besluit waarover wordt gecontracteerd.

1 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 211.

2 G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Monografieën BW nr. A26b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 14a.

3 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, NJ 2011/463, m.nt. M.R. Mok (*Etam/Zoetermeer*).

4 Art. 1:1 lid 4 Awb.

5 ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2949, AB 2019/484, m.nt. L.J.A. Damen met in de noot vele verwijzingen naar rechtspraak van zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter alsmede naar de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896. Zie voorts P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheids-handelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 631.

4. **Waarover en waarom**

Met een bevoegdhedenovereenkomst maakt de overheid afspraken over de wijze waarop publiekrechtelijke bevoegdheden worden aangewend. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om de bevoegdheid tot het nemen van een besluit (bijvoorbeeld over een vergunning), over het doen van een voorstel (zoals over het vaststellen van een bestemmingsplan) of over feitelijk handelen dat een publiekrechtelijke grondslag heeft (zoals over politie-inzet). De afspraken kunnen zowel worden gemaakt met een andere overheid als met een private partij.⁶ Een beweegreden voor de overheid om een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten kan zijn de vergroting van de kans op realisatie van beleid. De overeenkomst berust op wilsovereenstemming en dat laatste creëert waarschijnlijk meer draagvlak dan een eenzijdig door de overheid opgelegde verplichting. Mits in overeenstemming met de belangen waartoe de bevoegdheden strekken, biedt een bevoegdhedenovereenkomst de overheid bovendien de mogelijkheid om een tegenprestatie te verlangen waarvan bij de burgerlijke rechter nakoming gevorderd kan worden.⁷

5. **Ruimte**

Het maken van afspraken veronderstelt dat de overheid iets te kiezen heeft. Voor het sluiten van de overeenkomst moet ruimte bestaan. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsruimte (tezamen wel aangeduid als ‘beslissingsruimte’) toekomt.⁸ De voorwaarden die bij een bevoegdhedenovereenkomst worden gesteld voor uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid moeten door de wet worden toegelaten. Indien het gaat om een doelgebonden bevoegdheid zullen die voorwaarden dan ook het doel moeten (kunnen) dienen waarvoor de desbetreffende bevoegdheid door de wet is gegeven.⁹ Als dat niet het geval is, kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid/schending van het verbod van *détournement de pouvoir*, in welk geval de aldus overeengekomen voorwaarde in strijd is met de openbare orde en daarom nietig.¹⁰ In plaats hiervan kan een overeenkomst in voorkomend geval ook zijn aan te merken als een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.¹¹

6 P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 31.

7 Huisman 2012, p. 62.

8 In het verleden werd over beleids- of beoordelingsvrijheid gesproken, zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, NJ 2017/156, r.o. 3.5.2 (*Ruimte voor ruimte*). De Raad van State, Jaarverslag 2017, p. 61, heeft toegelicht waarom de term ‘ruimte’ de voorkeur verdient boven ‘vrijheid’.

9 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, NJ 2017/156 (*Ruimte voor ruimte*).

10 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, NJ 1998/588, m.nt. A.R. Bloembergen (*Alkemade/Hornkamp*). Huisman 2012, p. 174.

11 Huisman 2012, p. 158-160. Huisman/Van Ommeren 2019, p. 442. Een toets aan de hand van de zogenaamde doorkruisingsformule veronderstelt dus dat gebruik is gemaakt van het privaatrecht (anders kan van doorkruising a priori geen sprake zijn). Zie voor de criteria van de formule en de aan toepasselijkheid ervan voorafgaande vraag of de desbetreffende publiekrechtelijke regeling zich uitlaat over gebruik van het privaatrecht HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393, m.nt. M. Scheltema (*Windmill*). Zie hierover ook venster 4.

6. Rechtsbescherming

Het gemengd privaatrechtelijke en publiekrechtelijke (of: bestuursrechtelijke) karakter van de bevoegdhedenovereenkomst heeft met name gevolgen voor de rechtsbescherming.¹² Voor nakoming van een eventuele verplichting tot het nemen (of achterwege laten) van een bepaald besluit dient de wederpartij van de overheid zich tot de bestuursrechter te wenden. In de procedure bij de bestuursrechter kan eventueel ook schadevergoeding worden gevorderd, maar die houdt dan verband met de vernietiging van het desbetreffende besluit. Dat hoeft niet per se dezelfde schade te zijn als die ten gevolge van een tekortkoming in de nakoming van de bevoegdhedenovereenkomst. Voor een vergoeding van *die* schade dient een partij bij de burgerlijke rechter te zijn. De mogelijke formele rechtskracht van het door de overheid genomen besluit staat daarbij niet aan een vordering uit wanprestatie in de weg. De burgerlijke rechter toetst of de overheid de op haar rustende verbintenis is nagekomen. Dat is een andere toets dan die of er reden bestaat een besluit te vernietigen welke toets de rechtmatigheid van het besluit betreft. Van een tekortkoming is sprake wanneer de prestatie van de schuldenaar (in dit geval dus de overheid) achterblijft bij wat de verbintenis vergt. Wat de verbintenis vergt is een kwestie van uitleg. Die uitleg geschiedt aan de hand van de Haviltex-maatstaf.¹³ Bij die uitleg kan blijken dat een overheid met het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst geen verdergaande aansprakelijkheid op zich heeft genomen dan zonder overeenkomst het geval zou zijn geweest.¹⁴

7. Nakoming

In het bestuursrecht draait het om het besluit. Bij het nemen van het besluit dient het bestuursorgaan gerechtvaardigde verwachtingen (zoals die op grond van een met de overheid gesloten bevoegdhedenovereenkomst) in beginsel te honoreren. Vereist is daarbij wel dat bij afweging van de betrokken belangen, waarbij het belang van degene bij wie de gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt zwaar weegt, geen zwaarder wegende belangen aan het honoreren van de verwachtingen in de weg staan.¹⁵ Die zwaarder wegende belangen kunnen zijn gelegen in strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veelvoorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden. Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de schade die er zonder het vertrouwen niet geweest zou zijn (dispositieschade) te vergoeden als onderdeel van diezelfde besluitvorming.¹⁶ Dit is vergelijkbaar met het civiele recht waar de overheid in voorkomend geval een beroep kan doen op onvoorziene omstandigheden in de

12 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, NJ 2011/463, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.6.4 (*Etam/Zoetermeer*).

13 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*), zie voorts Huisman en Van Ommeren 2019, p. 645.

14 HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:339, NJ 2021/99, r.o. 3.1.4 (*Venray*).

15 De wijze waarop deze maatstaf wordt toegepast verschilt niet van de wijze waarop de civielrechtelijke maatstaf van art. 6:2 lid 2 BW moet worden toegepast in geval van een door de overheid gedane toezegging, zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, NJ 2022/236, m.nt. L.A.D. Keus.

16 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302, m.nt. L.J.A. Damen.

zin van artikel 6:258 BW als verweer tegen een vordering tot nakoming van een overeenkomst.¹⁷ Slaagt dat beroep dan moet de wederpartij ook genoegen nemen met schadevergoeding.¹⁸

Dient het besluit te worden genomen door een ander bestuursorgaan (bijvoorbeeld, in het geval van een gemeente, de Raad) dan het orgaan dat de overeenkomst tot stand heeft gebracht (college van burgemeester en wethouders) dan zal een beroep op het vertrouwensbeginsel in beginsel niet slagen. Wel is het bestaan van de overeenkomst dan een omstandigheid die het andere bestuursorgaan bij zijn besluitvorming dient te betrekken.¹⁹

8. Gelijke kansen

Op grond van de, ook bij privaatrechtelijk overheidshandelen, toepasselijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, dient de overheid bij verdeling van schaarse vergunningen²⁰ of bij de verkoop van een aan haar toebehorende onroerende zaak²¹ in beginsel mededingingsruimte te bieden en een passende mate van openbaarheid te verzekeren. Bepalend voor de toepasselijkheid van dit beginsel van gelijke kansen is of er sprake is van de verdeling van schaarste.²² Zolang met een bevoegdhedenovereenkomst geen schaarste wordt verdeeld zal het beginsel buiten beeld blijven.

9. Uitvoeringsovereenkomst

Waar een bevoegdhedenovereenkomst aan een eventueel besluit voorafgaat, volgt de uitvoeringsovereenkomst juist een besluit en is daaraan gekoppeld.²³ De uitvoeringsovereenkomst ziet dus op een andere fase. Meest bekende verschijningsvorm van de uitvoeringsovereenkomst is de in de wet geregelde subsidie uitvoeringsovereenkomst (art. 4:36 Awb).

17 Onder onvoorziene omstandigheden wordt mede verstaan nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten, die tot een beleidswijziging nopen (HR 23 juni 1989, NJ 1991/673, m.nt. M. Scheltema (*GCN/Nieuwegein II*) en HR 10 september 1993, NJ 1996/3, m.nt. M. Scheltema (*Den Dulk/Curaçao*)). Zie hiervoor ook HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, AB 2018/37, m.nt. G.A. van der Veen (*Bronckhorst*).

18 HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1055, NJ 1996/3, m.nt. M. Scheltema (*Den Dulk/Curaçao*). Er is een gereede kans dat de rechter het beroep op onvoorziene omstandigheden zal afwijzen wanneer de beleidswijziging berust op omstandigheden die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst al bekend waren (HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, AB 2018/37, m.nt. G.A. van der Veen (*Bronckhorst*)).

19 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, AB 2013/346, m.nt. L.J.A. Damen.

20 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel.

21 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen (*Didam*).

22 F.J. van Ommeren, 'Speelautomatenhal Vlaardingen', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 702.

23 P. Huisman, 'Groeirichtingen voor de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 149. Huisman en Van Ommeren 2019, p. 657.

10. **Motief voor uitvoeringsovereenkomst**

Uitgangspunt van de subsidietitel is dat de subsidieontvanger de vrijheid heeft om de activiteiten waarvoor de subsidie is verstrekt niet te verrichten. Daar staat – uiteraard – wel tegenover een verlaging of intrekking van de subsidie (zie bijvoorbeeld art. 4:46 en 4:48 Awb). De Awb bevat echter geen handvat om de subsidieontvanger te dwingen de activiteiten juist wél te verrichten. Die verplichting kan wel door middel van een overeenkomst worden gerealiseerd waarin de subsidieontvanger zich verbindt de activiteiten ook daadwerkelijk uit te voeren (art. 4:36 Awb). Nakoming van die verplichting kan desnoods bij de burgerlijke rechter worden afgedwongen. De (subsidie)uitvoeringsovereenkomst is in zekere zin dus het spiegelbeeld van de bevoegdhedenovereenkomst omdat hij in beginsel verplichtingen legt op de wederpartij van de overheid.

11. **Uitvoeringsovereenkomst versus beschikking**

Artikel 4:36 Awb is met name geschreven voor subsidies voor door de overheid essentieel geachte voorzieningen, waarbij de (dreiging met) intrekking van de subsidie een onvoldoende effectieve sanctie is om te bewerkstelligen dat de activiteiten ook daadwerkelijk worden verricht.²⁴ De in artikel 4:36 Awb bedoelde overeenkomst strekt ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening. De overeenkomst kan de beschikking niet vervangen. Om die reden kan in de overeenkomst ook geen effectieve afspraak worden gemaakt die met de beschikking in strijd is. Van een van de beschikking afwijkende afspraak in de overeenkomst kan geen nakoming worden gevorderd. Een uitspraak van de Afdeling over de geldigheid van een (lagere) subsidievaststelling door GS van de Provincie Noord-Brabant werkte aldus door in het oordeel van de Hoge Raad over de nakoming van een koopovereenkomst ter uitvoering van die beschikking.²⁵

12. **Tot slot**

Wie aan de toekomst denkt in de relatie tot de bevoegdhedenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst denkt al snel aan de rechtsbescherming. Die rechtsbescherming is gefragmenteerd en een geschil kan aanleiding zijn voor procedures bij twee verschillende rechters. De hiervoor in paragraaf 11 genoemde zaak over de subsidie-uitvoeringsovereenkomst van de Provincie Noord-Brabant is wat dat betreft illustratief. Die fragmentatie kan worden tegengegaan door de competentie van de bestuursrechter uit te breiden zodat alle geschillen rondom deze overeenkomsten aan één rechter kunnen worden voorgelegd. Daaraan kleven echter nog wel wat haken en ogen ...²⁶

²⁴ Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 26.

²⁵ HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:275, NJ 2022/238, m.nt. L.A.D. Keus (*subsidie-uitvoeringsovereenkomst Provincie Noord-Brabant*).

²⁶ Zie F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', par. 5, in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

11. Bevoegdheids- en uitvoeringsovereenkomsten

België

Gebruikmaking door de overheid van overeenkomsten ter behartiging van haar publieke taak

Steven Verbeyst*

1. Tweewegenleer

Traditioneel behartigt de overheid haar publieke taak door de publiekrechtelijke weg te bewandelen. Denk hierbij aan het eenzijdig overheidsoptreden door middel van wetgeving, uitvoeringsbesluiten, vergunningen, erkenningen, enz. Omdat het publiekrechtelijk overheidsoptreden niet altijd de meest efficiënte manier is om deze doelstellingen te bereiken, bewandelt de overheid ook wel de privaatrechtelijke weg, bijvoorbeeld door gebruik te maken van overeenkomsten. De overheid is echter niet onbegrensd in het aangaan van deze overeenkomsten. Het is de theorie van de tweewegenleer die de grenzen afbakent waarbinnen (en onder welke voorwaarden) de overheid overeenkomsten kan sluiten.

Algemeen omschreven kan de overheid, ter verwezenlijking van het algemeen belang, contractueel optreden voor zover zij (i) daardoor niet in strijd handelt met een dwingende positiefrechtelijke regeling of (ii) de publiekrechtelijke algemene rechtsbeginselen en (iii) de eigen bevoegdheid en die van andere overheden niet miskent.¹ Specifiek met betrekking tot beleidsovereenkomsten, voegde Van Gerven hier in 1984 de voorwaarde aan toe dat de overheid de kern van haar eigen beoordelingsbevoegdheid niet beperkt.²

2. Beperkte contractsvrijheid

De overheid is niet helemaal vrij in de keuze van haar contractspartner. Zo voorziet de wetgeving op de overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten in procedures om (potentiële) kandidaten gelijk te behandelen, maar ook voor andere overeenkomsten is de overheid niet vrij in haar keuze. In de rechtsleer wordt aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel, als beginsel van behoorlijk bestuur, van toepassing is op alle soorten van overeenkomsten.³ De Nederlandse discussie over de toepassing van de mededingingsnorm op overeenkomsten

* S. (Steven) Verbeyst is docent bestuursrecht Vrije Universiteit Brussel.

1 S. Lierman, P.-J. Van De Weyer & K.-J. Vandormael, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht', *TPR* 2016, (489) 494-495.

2 W. Van Gerven, 'Beleidsovereenkomsten', *Academiae Analecta* 1984, (37) 57-58.

3 P.J. Delahaut, 'La notion d'égalité dans les marchés publics', *APT* 1980-81, (175) 184; K. Wauters, *Rechtsbescherming en overeenkomsten*, Antwerpen: Intersentia 2009, 145.

werd in België nooit echt zo hard gevoerd.⁴ De Belgische Raad van State oordeelt namelijk sinds de jaren zeventig dat, op basis van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, de overheidsovereenkomst in zekere mate in mededinging moet worden gesteld.⁵ In 2015 bevestigde de Belgische Raad van State deze rechtspraak nogmaals in het arrest *Kinopolis Mega*.⁶

3. Boek 5 ‘Verbintenissen’ nieuw BW

Het in 2022 ingevoerde Boek 5 ‘Verbintenissen’ van het nieuw BW heeft enkele (voornamelijk theoretische) discussies met betrekking tot overheidsovereenkomsten beslecht.

Zo bestond er in de rechtsleer met betrekking tot niet-benoemde overheidsovereenkomsten een discussie of het algemeen geformuleerde artikel 1123 oud BW een voldoende rechtsgrond was voor de overheid om af te zien van het publiekrechtelijk optreden en in plaats daarvan contractueel op te treden.⁷ Met de invoering van het nieuw BW beslecht de wetgever deze discussie door te stellen dat de algemene contractsbevoegdheid die ‘elke persoon’ overeenkomstig artikel 5.50 BW (voormalig art. 1123 oud BW) heeft, ook voor publiekrechtelijke rechtspersonen geldt.⁸

Een andere discussie betreft de vraag welk recht de overheidsovereenkomsten beheerst. Deze discussie werd voornamelijk gevoerd in het kader van de theorie van het administratief contract. Centraal in deze theorie staat de vraag of op overheidsovereenkomsten het privaatrecht (het gemeen contractenrecht) van toepassing is, dan wel een publiekrechtelijke regeling die (nagenoeg) volledig afwijkt van het gemeen contractenrecht.⁹ Reeds in 1920 gaf advocaat-generaal Leclercq een eerste aanzet om deze discussie te beslechten in de *Flandria*-zaak: ‘[...] que le Gouvernement, ou le pouvoir exécutif, agissant à ce titre de pouvoir exécutif, passe des contrats et n’est donc pas, à ce titre de pouvoir exécutif, hors le droit civil, comme on le croira parfois erronément plus tard. [...]’¹⁰ Een honderdtal jaar later codificeerde de wetgever deze visie in (het evenwel ongelukkig geformuleerde) artikel 1.1 (nieuw) BW. Intussen wordt algemeen aangenomen dat op overheidsovereenkomsten het gemeen contractenrecht van toepassing is, maar dat het publiekrecht afwijkingen hierop kan bepalen. De overheidsopdrachten- en concessieovereenkomsten zijn

4 Deze discussie heeft geleid tot het spraakmakende arrest HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, x (*gemeentehuis Didam*).

5 Waarbij de discussie eerder ging over de vraag hoe deze mededinging er dan concreet moet uitzien voor welk type van overeenkomst. RvS 31 mei 1979, nr. 19.671 (*Integan*, over de gunning van een concessie van een openbare dienst); RvS 2 februari 1993, nr. 41.878 (*NV Seaport Terminals*, over de gunning van een domeinconcessie); RvS 28 mei 1997, nr. 66.428 (*De Backer*, over de verkoop van een onroerend goed).

6 RvS 23 december 2015, nr. 233.355 (*Kinopolis Mega*).

7 De visie die D’Hooghe verdedigt (en die breed gedragen wordt) verstaat onder ‘eenieder’ iedere natuurlijke en rechtspersoon, en dus ook de overheid. D. D’Hooghe, ‘Overeenkomsten met de overheid’, in: M. Storme, Y. Merchiers & J. Herbots (red.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen: Kluwer 1990, (127) 134-135.

8 Art. 1.1 lid 1 BW gelezen in samenhang met MvT, wetsvoorstel houdende Boek 1 ‘Algemene bepalingen’ van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 1805/3, 4.

9 S. Lierman, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Acta Falconis, VIII, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 14 e.v.

10 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, (193) 201 en 221, concl. Adv. Gen. P. Leclercq.

hier bekende voorbeelden van. Voor zover de publiekrechtelijke inkleuring echter zo ver gaat dat de overeenkomst op essentiële punten afwijkt van het gemeen contractenrecht, kan de overeenkomst worden geherkwalificeerd als reglementair. Een bekend voorbeeld hiervan is de herkwalificatie van het beheerscontract van de RTBF door de Raad van State bij arrest van 13 oktober 2008.¹¹

4. **Beleidsovereenkomsten**

De begrippen bevoegdheids- en uitvoeringsovereenkomsten komen in de Belgische rechtsleer niet vaak voor. Voor zover de overheid contracteert ter formulering, tenuitvoerlegging of handhaving van haar beleid, wordt eerder gesproken van beleidsovereenkomsten. In de Belgische rechtsleer is het de verdienste van Van Gerven om reeds in een pril stadium de basiskenmerken van de beleids-overeenkomst te omschrijven. Hij deed dit in het toonaangevende werk *W. Van Gerven, 'Beleidsovereenkomsten', Academiae Analecta 1984, p. 37-66*. Hoewel hij de beleidsovereenkomst bijna 40 jaar geleden omschreef, is het nog steeds de meest bijgetreden definitie. Van Gerven omschreef de beleidsovereenkomst als volgt: '[e]en beleids (of bestuurs-)overeenkomst is een door de overheid (met een andere overheid, veelal echter, met een particulier) gesloten overeenkomst tot formulering en/of tenuitvoerlegging van haar beleid, inhoudelijk dan wel institutioneel, in het algemeen of, meestal, in een bepaalde sector.'¹² Deze definitie is zeer ruim. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat het begrippenkader voor de Belgische beleidsovereenkomsten enorm gevarieerd is. Beleidsovereenkomsten *sensu lato*, beleidsovereenkomsten *sensu stricto*, bevoegdheidsovereenkomsten, convenanten, herenakkoorden, protocollen en uitvoeringsovereenkomsten zijn slechts enkele van de begrippen die (door elkaar) worden gebruikt.

Het onderzoek naar de beleidsovereenkomsten kende in de Belgische rechtsleer voornamelijk een sterke ontwikkeling in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw. De jaren tachtig werden in België ook gekenmerkt door allerhande sectorale beleidsovereenkomsten, zoals de Wasmiddelenovereenkomst (12 september 1988), de Kwikbatterijenovereenkomst (8 januari 1988), de Spuitbusovereenkomst (10 maart 1988), de Koeltechniekovereenkomst (30 januari 1989) en de Kunststofovereenkomst (3 maart 1989), hoewel er ook eerdere voorbeelden waren, zoals het Zwartbergakkoord (2 februari 1966).

Een van de hoogtepunten voor de theorievorming omtrent de beleidsovereenkomsten was het decreet van 15 juni 1994 betreffende de milieubeleidsovereenkomsten (thans Titel VI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid). Vóór dit decreet was de milieubeleidsovereenkomst een onbenoemde beleidsovereenkomst. Het onbenoemde karakter van de milieubeleidsovereenkomst (en in het bijzonder het spanningsveld tussen privaaten publiekrechtelijke beginselen) leidde evenwel tot rechtsonzekerheid over het juridisch statuut van deze overeenkomst. Dit was de aanleiding voor het uitbrengen van een gezaghebbend verzamelwerk over de milieubeleidsovereenkomst met

11 RvS 13 oktober 2008, nr. 187.032 (RTBF).

12 W. Van Gerven, 'Beleidsovereenkomsten', *Academiae Analecta* 1984, (37) 48.

bijdragen van verschillende specialisten privaot- en publiekrecht: H. Bocken & I. Traest (red.), *Milieubeleidsvereenkomsten. Conventions sectorielles: Instrument de gestion de l'environnement*, Brussel: E. Story-Scientia 1991, 172 p. De decreetgever stelde een einde aan deze onzekerheden met het decreet van 15 juni 1994, waardoor de milieubeleidsvereenkomst een benoemde beleidsvereenkomst werd. Het is voornamelijk de afdeling Wetgeving van de Raad van State die in haar advies over het voorontwerp van decreet de potentiële problemen voor en de grenzen aan het gebruik van (deze) beleidsvereenkomsten scherp stelde.¹³

De benoemde beleidsvereenkomsten situeren zich voornamelijk in omgevingsrechtelijke aangelegenheden. Denk aan de milieubeleidsvereenkomsten, de brownfieldconvenanten¹⁴ en de handelsvestigingsconvenanten. Daarnaast zijn er ook de (benoemde) kansspelconvenanten en mobiliteitsconvenanten.

Een arrest dat het onderzoek naar de beleidsvereenkomsten in recente jaren weer deed opleven, is het arrest *Uplace* van de Raad van State van 28 mei 2014.¹⁵ In dit arrest vernietigt de Raad van State een milieuvergunningbeslissing die werd afgeleverd in bestuurlijk beroep. Volgens de Raad van State kon de bevoegde (Vlaamse) minister niet langer objectief oordelen over een beroep tegen de weigering van een milieuvergunning. Doordat de Vlaamse regering zich er in een eerder gesloten brownfieldconvenant toe had verbonden om de milieuvergunning slechts in welbepaalde gevallen te weigeren, kon de minister niet langer onpartijdig oordelen over het bestuurlijk beroep. Dat de beleidsvereenkomst op gespannen voet staat met de onpartijdigheid van het bestuur (in de besluitvorming die daaruit voortvloeit), is een belangrijk discussiepunt dat in verschillende latere arresten van de Raad van State (succesvol) werd aangevoerd. Zie onder andere het arrest *Orye*¹⁶ van 7 juli 2016 (tot vernietiging van een socio-economische vergunning), het arrest *Peeters*¹⁷ van 26 september 2019 (tot vernietiging van het ruimtelijk uitvoeringsplan Vijverhof) en het arrest¹⁸ *Novus* van 3 december 2019 (tot vernietiging van een bindend negatief advies omtrent een bouwproject in woonuitbreidingsgebied). Deze problematiek kwam recent ook uitgebreid aan bod in het doctoraal proefschrift van de auteur van deze bijdrage.¹⁹

Het arrest *Uplace* was ook toonaangevend voor de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de burgerlijke rechtbanken. Het onderliggende brownfieldconvenant was namelijk in strijd met artikel 6 lid 2 Brownfielddecreet volgens

13 Adv.RvS nr. 22.285/8 van 1 juni 1993 over een voorontwerp van decreet betreffende de milieubeleidsvereenkomsten.

14 Een brownfieldconvenant is een bevoegdheidsvereenkomst waarin de Vlaamse Regering met de actoren van een project tot sanering van vervuilde gronden duidelijke werkafspraken maken met betrekking tot de temporele en procedurele eisen en verwachtingen. In een brownfieldconvenant kunnen ook een aantal juridisch-administratieve en financiële faciliteiten worden verleend. Dit is geregeld in het decreet van 30 maart 2007 betreffende de Brownfieldconvenanten, BS 19 juni 2007.

15 RvS 28 mei 2014, nr. 227.578 (*provincie Vlaams-Brabant e.a.*).

16 RvS 7 juli 2016, nr. 235.392 (*Orye*).

17 RvS 26 september 2019, nr. 245.537 (*Peeters e.a.*).

18 RvS 3 december 2019, nr. 246.253 (*nv Novus e.a.*).

19 S. Verbeyst, *De beleidsvereenkomst in het omgevingsrecht. Het juridisch statuut van de bestemmingsplanovereenkomst*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 329-392.

hetwelk een convenant geen afspraken mag bevatten over de inhoud van de betrokken goedkeuringen, machtigingen, vergunningen of subsidies. Aangezien de Raad van State niet de rechtsmacht heeft om zich uit te spreken over de impact van deze schending op de geldigheid van het brownfieldconvenant, ging de Raad er in zijn beoordeling van uit dat het convenant geldig (en dus verbindend) was. De Raad van State oordeelde echter wel dat hij de inhoud en de draagwijdte van het convenant mag betrekken bij de beoordeling van het middel (de schending van het onpartijdigheidsbeginsel) tegen de eenzijdige administratieve rechtshandeling (de milieuvergunning). Het Hof van Cassatie bevestigde deze visie.²⁰

5. Punten voor verdere uitgroei en openstaande vragen

De beginselen van behoorlijk bestuur spelen een belangrijke rol bij en voorafgaand aan het sluiten van overheidsovereenkomsten. Daar eindigt het verhaal echter niet. De manier waarop de overheidsverbintenissen zijn geformuleerd, heeft ook een impact op de publiekrechtelijke beginselen die tijdens latere publiekrechtelijke besluitvormingsprocedures moeten worden gerespecteerd. De vraag naar hoe deze verbintenissen moeten worden geformuleerd om niet in strijd te zijn met deze beginselen verdient verder onderzoek.



Recente bevoegdheidsovereenkomsten hadden voornamelijk betrekking op ontwikkelingsprojecten.

Op dit moment speelt voornamelijk de discussie wat de impact is van een bevoegdheidsovereenkomst op het beginsel van de onpartijdigheid van de overheid (in de publiekrechtelijke besluitvormingsprocedure). Een ander element dat verder onderzoek verdient is in welke mate de (anterieure) bevoegdheidsovereenkomst doorwerkt op het vertrouwensbeginsel.²¹

²⁰ Cass. (verenigde kamers) 19 februari 2015, AR C.14.0308.N, TMR 2015, p. 405-407.

²¹ Zie langs Nederlandse kant de aanzet van Kortmann in zijn annotatie onder 45.8 bij de uitspraak ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (*Dakopbouw Amsterdam*): AB *Klassiek* 2022/45.

12. Publiek domein

Nederland

Publiek domein of openbare zaken

Gerrit van der Veen*

1. Inleiding

Het publiek domein ligt op het grensgebied van publiek- en privaatrecht. Na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 is het wat gebruikelijker geworden om het leerstuk aan te duiden als het leerstuk van de openbare zaken. Dat begrip sluit meer aan bij de privaatrechtelijke basis die het in het goederenrecht heeft. Het leerstuk heeft daarboven in meer of mindere mate publiekrechtelijke extensies.

De privaatrechtelijke basis brengt met zich dat basisnoties als het privaatrechtelijk eigendomsbegrip en het zaaksbegrip ook gelden voor de openbare zaken,¹ hoewel dat in het verleden geen vanzelfsprekendheid is geweest.² In het privaatrecht zijn enige regels te vinden ter bescherming van bepaalde zaken die tot de openbare zaken gerekend kunnen worden. Voor de bescherming van openbare zaken en/of het gebruik daarvan wordt verder uit het publiekrecht geput. De desbetreffende regels zijn deels van ongeschreven recht. Dat ongeschreven recht is in de loop der tijd in belangrijke mate ingehaald door publiekrechtelijke wetgeving met vergunningstelsels.

Het leerstuk kan onderhevig zijn aan de werking van algemene leerstukken over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Die komen in beeld wanneer de overheid als eigenaar van een openbare zaak via het privaatrecht gebruik van openbare zaken wil reguleren of handhavend wil optreden. Dan komt bijvoorbeeld aan de orde of de overheid wel de vrijheid heeft om de privaatrechtelijke weg te kiezen.³

2. Diverse zaakaanduidingen en aspecten van het leerstuk

Naast termen als publiek domein en openbare zaken wordt in de literatuur wel gesproken van ‘zaken bestemd voor de openbare dienst’ en ‘zaken bestemd voor

* G.A. (Gerrit) van der Veen is advocaat bij AKD en bijzonder hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 HR 19 januari 1962, ARB 1962/540, NJ 1962/151, m.nt. J.H. Beekhuis (*Staat/Huizen*).

2 Zie onder meer C.P. Hageman, ‘Overheidseigendom van (onroerende) openbare zaken: tijd voor een publiekrechtelijk eigendomsrecht?’, *TBR* 2013/173.

3 Zie nader venster 6.

gebruik door het publiek'. Deze zaken worden ook wel aangeduid als 'zaken met een publieke bestemming'.

De openbare dienst heeft betrekking op het functioneren van de overheid. Er zijn zaken voor het functioneren van de overheidsdienst. Denk aan onroerende zaken zoals gebouwen als stadhuizen. De zaken die bestemd zijn voor gebruik door het publiek zijn de openbare wegen, vaarwegen, het strand en de territoriale zee en de Waddenzee. Daar staat het direct gebruik door en de directe toegankelijkheid voor het publiek voorop. Zij kunnen eigendom van een openbaar lichaam zijn, maar dat hoeft niet. Wel voert in de regel de overheid het beheer over die zaken, om ze in stand te houden en het gebruik door het publiek mogelijk te maken.

Tot het leerstuk behoren enkele regels. Allereerst bestaan er regels ter bescherming van de openbare dienst en/of het gebruik door het publiek. Het gebruik door het publiek wordt voorts beschermd door de regel dat het publiek van sommige zaken 'gewoon' gebruik kan maken. Regels van samenloop van publiek- en privaatrecht komen aan de orde wanneer de overheid als eigenaar van de betreffende zaken gebruiksvoorwaarden wil stellen of gebruik wil beëindigen.

3. **Beperkte wettelijke regeling van openbaarheid**

In het BW staan enkele bepalingen omtrent openbare zaken die bestemd zijn voor het gebruik door het publiek. Het geeft een regeling voor de eigendom of eigendomsvermoedens van de (bodem van de) territoriale zee en de Waddenzee (art. 5:25 BW), de zeestranden (art. 5:26 BW) en de (bodem van de) openbare vaarwateren (art. 5:27 BW). Daarnaast heeft de wetgever met artikel 3:14 BW een fundering voor regels van ongeschreven recht voor openbare zaken willen geven, maar dat artikel wordt in deze context eigenlijk niet meer aangehaald. De zaken bestemd voor de openbare dienst komen niet in het BW voor.

Het privaatrecht kent verder een absoluut geformuleerd verbod van beslaglegging op zaken die voor de openbare dienst bestemd zijn. De artikelen 436 en 703 Rv worden soms genuanceerder uitgelegd, in die zin, dat beslaglegging de werking van de openbare dienst niet mag verstoren.⁴ Die benadering ligt meer in lijn met de leer dat openbare zaken niet geheel aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer onttrokken zijn, doch slechts voor zover de openbare bestemming daartoe noodzaakt.⁵

In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vinden we geen bepalingen over openbare zaken. Wel zijn in het verleden overheidsbeslissingen ten aanzien van openbare zaken zonder wettelijke grondslag incidenteel als besluiten in de zin van de Awb aangemerkt. Daaruit valt echter geen algemene regel af te leiden.⁶

4 V zr. Rb. Den Haag 10 augustus 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6030; V zr. Rb. Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU3899.

5 HR 15 februari 1918, W 10242, m.nt. HdJ, NJ 1918, p. 385 (*Souburg*).

6 ABRvS 10 april 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AK3508 (*Long Lin*).

4. **Ontstaan van openbaarheid**

Het ontstaan van openbaarheid is soms mistig. De Wegenwet kent een duidelijke regeling voor de totstandkoming van openbaarheid van een weg. De regeling verlangt een uitdrukkelijk besluit van – doorgaans – de gemeenteraad. Wanneer een weg eigendom is van een private partij, dient die met het besluit in te stemmen. Verder kunnen wegen openbaar worden door specifiek in de Wegenwet geregelde verjaringsfiguren. Voor (de bodem van) de territoriale zee en het strand wordt openbaarheid in wezen verondersteld. Voor wateren geldt een arrest uit 2021. Voor de beantwoording van de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik van het water bepalend. Indien daaruit blijkt dat eenieder van het water gebruik kan maken, is het water openbaar. Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren. De Wegenwet is niet van overeenkomstige toepassing.⁷

5. **Gebruik van openbare zaken**

Bij de openbare zaken die bestemd zijn voor gebruik door het publiek, is het onderscheid tussen gewoon gebruik en bijzonder gebruik van die zaak relevant. Dat onderscheid speelt bij andere zaken niet. De eigenaar van de openbare zaak heeft het gewone gebruik te dulden. Het publiek mag zonder zijn voorafgaande toestemming en zonder door hem gestelde voorwaarden dat gewone gebruik maken.⁸ Bij bijzonder gebruik is van de eigenaar in beginsel juist wel een voorafgaande (privaatrechtelijke) toestemming vereist. Die kan ook onder voorwaarden worden verleend.

Tot het gewone gebruik behoort in ieder geval het verkeersgebruik. Bij de (openbare) wegen volgt dat uit artikel 14 Wegenwet. Het verplicht de rechthebbende om alle verkeer over de weg te dulden. De andere openbare zaken die bestemd zijn voor gebruik door het publiek missen (ook) op dit punt een wettelijke regeling. Daar berust de plicht tot het dulden van de eigenaar op ongeschreven recht. Mede daarom is nogal casuïstisch wat tot het gewone gebruik van die zaken behoort. Normaal gebruik is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden, met dien verstande dat daaronder in elk geval valt het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken.⁹ Rondvaren in een rondvaartboot is wel als bijzonder gebruik van een openbaar vaarwater aangemerkt.¹⁰ Inherent aan de duldplicht van gewoon gebruik is, dat de eigenaar niet zelf de omvang van de duldplicht en daarmee de scheidlijn tussen gewoon gebruik en bijzonder gebruik kan bepalen.¹¹

7 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815 (*Kerkewaard*).

8 Zie onder meer HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627 (*Het Spaanse Water*).

9 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815 (*Kerkewaard*).

10 Pres. Rb. Amsterdam 19 april 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AN1140 (*Sail '90*).

11 Vgl. onder meer Vzr. ARRVs 2 juli 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AH3223.



Een openbare weg (Gerrit van der Veenlaan) in Den Haag.

Er is wel gedacht dat de openbare bestemming, en daarmee ook de grens tussen gewoon gebruik en bijzonder gebruik, mede kan worden bepaald door een publiekrechtelijke regeling met een stelsel van vergunningen of ontheffingen.¹²

Inmiddels heeft de Hoge Raad echter zijn standpunt verduidelijkt: de publiekrechtelijke regeling waaruit een vergunning voortvloeit, heeft in beginsel niets te zeggen over de eventuele openbare bestemming van een zaak.¹³ We zien hier dus een vrij strikte scheiding tussen publiek- en privaatrechtelijke kaders.

6. Regulering van bijzonder gebruik

Openbare zaken zijn vaak eigendom van overheden. Ook dan is voor bijzonder gebruik een eigenaarstoestemming nodig.¹⁴ Bij de overheid wordt die dan wel afgezet tegen publiekrechtelijke regelingen en algemene leerstukken over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

Die eis van privaatrechtelijke toestemming moet vervallen wanneer die strijdt met de leer van de onaantvaardbare doorkruising.¹⁵ Waar privaatrechtelijke toestemming wel naast een vergunning mag staan, is uitgangspunt dat de vergunning-

¹² Dat standpunt werd afgeleid uit HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5860 (*Noordzee*).

¹³ Dat volgt uitdrukkelijk uit HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845 (*Amsterdam/Geschiere*), herhaald in HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736 (*Götze*).

¹⁴ HR 19 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4812.

¹⁵ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Windmill*).

houder gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Een eventuele privaatrechtelijke weigering wordt dan streng aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur getoetst.¹⁶ Is er geen vergunningenstelsel, dan heeft de overheid als eigenaar meer vrijheid en mag deze ook publiekrechtelijke belangen aan een eventuele privaatrechtelijke weigering ten grondslag leggen.¹⁷

7. Conclusie

Het leerstuk van de openbare zaken is vooral door de burgerlijke rechter ingevuld. Sporadisch verschijnen arresten die het leerstuk nog wat verder brengen. Het leerstuk zelf roept vrij weinig conflicten op. Vaker wordt strijd geleverd over algemenere leerstukken als de doorkruisingsformule en de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Die kwesties kunnen het leerstuk blijven raken. Daarnaast blijft het ontstaan van openbaarheid bij wateren casuïstisch en dus moeizaam.¹⁸

16 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845 (*Amsterdam/Geschiere*).

17 HR 31 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:497.

18 Vgl. hierover ook de dialoog tijdens de expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog d.d. 30 september 2022, opgenomen in de publicatie ervan, te vinden op de site van het Platform recht-in-dialoog.eu onder Publicaties, p. 115 e.v. (Verslaglegging) en de samenvattende Afsluiting daarvan op p. 149-151 (sub 4 en 6).

12. Publiek domein

België

Nicolas Carette*

1. Situering

Goederen van een overheid, ook wel domeingoederen of publieke goederen genoemd, worden ingedeeld in goederen die behoren tot het privaot domein (de regel) en goederen met een openbare bestemming (de uitzondering). Die laatste goederen behoren tot het zogenoemde publiek of openbaar domein. Precies wegens hun openbare bestemming en dus hun 'openbaar belang' zijn die goederen onderworpen aan een bijzonder rechtsregime, dat afwijkt van het privaatrecht. Maar doorheen de jaren heeft het privaatrecht steeds meer terrein gewonnen.¹

2. Ontstaan

Het onderscheid tussen privaot en openbaar domein kende lange tijd geen uitdrukkelijke wettelijke basis. Pas na de totstandkoming van de *Code Napoléon* in 1804 werd het leerstuk van het domeingoederenrecht in de rechtspraak en de rechtsleer ontwikkeld. Het leerstuk werd vooral ontleend aan de Franse rechtsontwikkeling ter zake.²

3. Begrip openbaar domein

Al snel kwam het Hof van Cassatie tot een vrij consistente rechtspraak over de vraag wanneer nu een goed tot het openbaar domein behoort. Een goed behoort tot het openbaar domein wanneer het 'hetzij door een uitdrukkelijke, hetzij door een impliciete beslissing van de bevoegde overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid van de persoon.'³ Naast een materieel element (de bestemming tot het gebruik van allen), geldt aldus ook een formeel element, namelijk de beslissing van de overheid tot het opnemen van het goed in het openbaar domein; de zogenoemde affectatie.⁴ Denk aan havens, gevangenis, mili-

* N. (Nicolas) Carette is hoogleraar Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Persoon & Vermogen en Advocaat-vennoot Equator Advocaten Antwerpen/Brussel.

1 Zie algemeen: S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publieke-private samenwerking*, Brugge: die Keure 2007; A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publique en Belgique*, La Chartre, 2013.

2 Bijv. P.-J. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. I, Dijon: Lagier 1845, p. 63, nr. 47; A. Buttgenbach, *Modes de gestion des services publics*, Brussel: Larcier 1952, nr. 106 e.v.

3 Zie bijv. Cass. 2 juni 1898, *Pas.* 1898, I, 219, concl. Melot; Cass. 2 oktober 1924, *Pas.* 1924, I, 530; Cass. 30 maart 1933, *Pas.* 1933, I, 185, concl. P. Leclercq.

4 De affectatie kan ook impliciet gebeuren of kan volgen uit de aard van de goederen, zoals voor stranden en rivieren, die dan tot het 'natuurlijk openbaar domein' behoren. In vroegere rechtspraak verwees het Hof van Cassatie uitdrukkelijk naar de mogelijkheid dat goederen uit hun aard tot het openbaar domein kunnen behoren. Deze overbodig geachte zinsnede verdween

taire gebouwen, spoorwegen, openbare wegen, openbare sportterreinen, musea, markten en kerken met de zich daarin bevindende kunstvoorwerpen.

4. **Rechtsregime: klassiek buiten de handel**

De categorie van de openbare domeingoederen had een specifiek doel: het onderwerpen van deze goederen aan een bijzonder regime. Wegens de openbare bestemming van de goederen moet de overheid, volgens het continuïteits- en veranderlijkheidsbeginsel, haar handen zoveel mogelijk vrij kunnen houden en niet worden gehinderd door rechten van particulieren. Klassiek werden goederen die tot het openbaar domein behoren dan ook als ‘buiten de handel’ beschouwd. Persoonlijke gebruiksrechten (bijv. huur) konden niet worden verleend en zakelijke gebruiksrechten (bijv. erfdienstbaarheden, erfpacht en opstal) konden niet geldig op deze goederen worden gevestigd. Alleen op die manier zou de overheid maximaal recht kunnen doen aan het algemeen belang. Bijgevolg konden daarop enkel administratieve gebruiksrechten, zoals concessies en vergunningen, worden gevestigd. Die administratieve gebruiksrechten zijn immers precair, dat wil zeggen dat de overheid de mogelijkheid heeft om (eventueel mits een vergoeding) deze rechten aan te passen of te beëindigen.

5. **Evolutie naar toenemend belang van het privaatrecht**

Dit regime kwam echter onder druk. Is deze afwijking, en grotendeels uitsluiting, van het privaatrecht wel gerechtvaardigd? Schiet dit middel het doel, namelijk de vrijwaring van de openbare bestemming van de goederen (en daarmee ook het algemeen belang), niet voorbij? Steeds meer gingen dan ook stemmen op om te evolueren naar een concreet en functioneel toetsingscriterium. Private gebruiksrechten zijn enkel uitgesloten indien die *in concreto* niet verenigbaar zijn met de openbare bestemming en afbreuk kunnen doen aan het recht van de overheid om dat recht te allen tijde te regelen. Of nog: het speelveld van het privaatrecht hoeft maar te worden beknot, voor zover dat nodig is voor de openbare bestemming van de betreffende goederen.

Een eerste stap in die richting kwam er in jaren vijftig van de vorige eeuw met de cassatierechtspraak dat erfdienstbaarheden die niet onverenigbaar zijn met de openbare bestemming kunnen ontstaan c.q. mogen blijven voortbestaan. Dat is niet te verwonderen, want een erfdienstbaarheid is immers maar een specifiek en niet-exclusief gebruiksrecht op (een deel van) een onroerend goed dat een ander onroerend goed tot meerwaarde strekt.⁵ Zo oordeelde het Hof van Cassatie in 1957 dat een erfdienstbaarheid van uitzicht op een spoorweg (behorende tot het openbaar domein) die de exploitatie van de spoorweg niet belette, niet ongeldig is.⁶ Hetzelfde geldt voor een recht van overgang naast een spoorweg.⁷

geleidelijk uit de cassatierechtspraak. Behoudens voor goederen die tot het natuurlijk openbaar domein behoren, kan de overheid de openbare bestemming opheffen. Dat heet desaffectatie.

5 Zie nader bijv. N. Carette & R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 607 e.v.

6 Cass. 6 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 210.

7 Cass. 11 september 1964, *RW* 1965-66, 494.

Werd een geldig (privaatrechtelijk of administratiefrechtelijk) gebruiksrecht gevestigd met toelating om te bouwen, dan wordt en blijft de titularis van dat gebruiksrecht eigenaar van die constructie voor de duur van zijn gebruiksrecht (op basis van een zgn. *accessoir opstalrecht*⁸).

Inzake huur bleef het Hof van Cassatie echter terughoudend. Vooral als het een bijzonder huurregime betrof, waarbij de huurder geniet van een dwingendrechtelijke minimumduur, zoals bij handelshuur⁹ en pacht.¹⁰

Ook de wetgever speelde in op deze evolutie naar een meer concrete en functionele benadering. In 1994 nuanceerde de wetgever de zogenoemde uitvoeringsimmunititeit van de overheid, namelijk het principe dat goederen van de overheid niet vatbaar zijn voor beslag en gedwongen uitwinning. Zo bepaalde voortaan artikel 1412bis van het Gerechtelijk Wetboek dat schuldeisers van de overheid wel beslag kunnen leggen op goederen die zij zelf als voor beslag vatbaar heeft opgegeven. Als deze goederen niet toereikend zouden zijn (of als een overheid geen dergelijke lijst heeft opgesteld), dan is beslag mogelijk op de goederen die 'kennelijk niet nuttig zijn voor de *continuïteit van de openbare dienst*'. Dit geldt ongeacht of de goederen tot het privaat dan wel het openbaar domein behoren.

Daarnaast kwamen er diverse wettelijke bepalingen die in het raam van publiek-private samenwerking enkel de mogelijkheid van private gebruiksrechten die kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare bestemming uitsloten.¹¹

In 2007 zette de rechtspraak een verdere stap door expliciet (en buiten de voormelde wettelijke bepalingen inzake publiek-private samenwerking om) een opstalrecht op een goed van het openbaar domein mogelijk te achten in de mate dat de openbare bestemming niet wordt verhinderd. Zo kon een opstalrecht worden gevestigd voor de aanleg van een steiger die werd verankerd met een kaaimuur in de haven.¹²

8 In het Belgische recht wordt aangenomen dat als een titularis in het raam van een persoonlijk, zakelijk of administratief gebruiksrecht de bevoegdheid heeft om bouwwerken aan te brengen, die titularis (behoudens andersluidend beding) gedurende de duur van dat gebruiksrecht eigenaar is van die bouwwerken. Dit opstalrecht wordt *accessoir* genoemd, omdat het als het ware zit ingekapseld in het persoonlijk, zakelijk of administratief gebruiksrecht en anders dan een zelfstandig opstalrecht of hoofdopstalrecht niet als zodanig is gevestigd. Zie ook art. 3.182 BW.

9 Cass. 2 september 1982, *Arr.Cass.* 1982, 1 en later nog Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 491.

10 Cass. 1 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 130.

11 Bijv. art. 10-11 PPSdecreet van 18 juli 2003 en art. 13 Decr. 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens.

12 Cass. 18 mei 2007, *Arr.Cass.* 2007, 257, *NJW* 2007, 652, m.nt. W. Rasschaert, *CDPK* 2008, 219, m.nt. J. De Staercke, *RJCB* 2012, 466, m.nt. A. Vandeburie, *RNB* 2007, 631, m.nt. D. Lagasse, *RW* 2007-08, 736, m.nt. V. Sagaert, *TBO* 2008, 9, m.nt. D. Van Heuven, *T.Gem.* 2008, 71, m.nt. L. De Boel.



Haven van Antwerpen-Brugge.

Een nieuwe mijlpijl is een cassatiearrest van 15 maart 2018, waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat onder omstandigheden een zelfstandig opstalrecht kan worden gevestigd op een goed dat behoort tot het openbaar domein.¹³ Omdat naar (toenmalig) Belgisch recht een erfpachtrecht dwingendrechtelijk een minimumduur kende van 27 jaar, werd dit recht overwegend onverenigbaar geacht met de openbare bestemming van een openbaar domeingoed. Op basis van een concrete analyse werd nu geoordeeld dat een gemeente een gebouw in erfpacht kon geven aan een door diezelfde gemeente opgericht gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm om daarin een bibliotheek in te richten. Door de inspraak van de gemeente in de erfpachter deed het gebruik *in casu* geen afbreuk aan het recht van de overheid om het te allen tijde volgens de behoeften en het belang van alle burgers te regelen en te vrijwaren. In ditzelfde arrest stelde overigens het Hof van Cassatie voor het eerst sinds lange tijd de hoger vermelde definitie van een openbaar domeingoed bij. Een goed behoort niet enkel tot het openbaar domein als het wordt bestemd tot het gebruik van allen, maar ook als het wordt bestemd tot een openbare dienst. Het arrest spreekt van openbare dienst, zonder enig bijkomend vereiste. Anders dan wat in de rechtsleer voorheen werd gesuggereerd, werd/wordt bijvoorbeeld niet bijkomend vereist dat het goed bijzonder is aangepast aan die openbare dienst of dat het goed noodzakelijk zou zijn voor die openbare dienst. De vraag wordt echter gesteld of de toevoeging ‘bestemming tot een openbare dienst’ daadwerkelijk veel toevoegt aan de definitie.¹⁴

13 Cass. 15 maart 2018, *APT* 2018, 551, *Fiscoloog* 2018, 11, concl. J. Van Der Fraenen, *LRB* 2018, 51, *TBO* 2019, 305, concl. J. Van Der Fraenen, m.nt. S. De Winter en *T.Gem.* 2019, 87, m.nt. S. De Winter.

14 N. Carette & S. De Winter, ‘Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang’, in: L. Wiggers-Rust & S. Lierman (red.), *Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 90 e.v., waarin ook nader wordt ingegaan op het begrip openbare dienst.

6. Nieuw Boek 3 BW

Artikel 45 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat werd ingevoerd met de wet van april 2020 en (met eerbiedigende werking) in werking is getreden per 1 september 2021 vormt het sluitstuk van deze ontwikkeling. Weliswaar wordt bepaald dat het openbaar domein onvervreemdbaar is en niet vatbaar voor oorspronkelijke wijzen van eigendomsverkrijging (zoals verjaring of natrekking). Maar vervolgens wordt uitdrukkelijk bevestigd dat ‘een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op een openbaar domeingoed (kan) bestaan in de mate dat zulks aan de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat’.

7. Toekomstperspectieven

In de komende jaren zal deze materie in beweging blijven. Vanuit het publiekrecht zal wellicht het begrip openbaar domein bijzondere aandacht krijgen (onder meer voor het belang van het begrip openbare dienst). Vanuit het privaatrecht wordt alvast uitgekeken naar een standpunt van het Hof van Cassatie inzake de gebruiksrechten die in de rechtspraak nog niet uitdrukkelijk verenigbaar werden geacht met de openbare bestemming, zoals huur en vruchtgebruik. Overkoepelend zal ongetwijfeld de vraag blijven of het formele onderscheid tussen goederen behorend tot het publiek versus het privaat domein behouden moet blijven, dan wel de rechtszekerheid niet meer gebaat is met een functionele benadering dat de overheid in beginsel zoals een andere particulier haar goederen beheert en erover beschikt, tenzij het algemeen belang daardoor in het gedrang zou komen.¹⁵

15 Zie ook N. Carette & S. De Winter, ‘Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang’, in: L. Wiggers-Rust & S. Lierman (red.), *Goederen met een publieke bestemming naar publiek- en privaatrecht: (private) eigendom en algemeen belang*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 87.

13. Schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid

Nederland

Het civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht in vier verhaallijnen

Elbert de Jong*

1. Inleiding

Het verhaal van overheidsaansprakelijkheid gaat in wezen over de verhouding tussen de (burgerlijke en bestuurs)rechter en de overheid. Wanneer is de rechter bevoegd zich uit te laten over overheidshandelen, welke rechter is bevoegd, hoeveel ruimte geeft hij de overheid én wanneer is de overheid schadeplichtig als zij een fout maakt? Op de achtergrond speelt daarbij steeds de rechtspolitieke vraag wanneer schade van burgers (en bedrijven) ten laste van de algemene middelen moet komen. Al sinds de negentiende eeuw houden deze rechtspolitieke vragen de rechtspraak, wetgever en wetenschap bezig. De geschiedenis hiervan is door anderen al uitvoerig besproken.¹ Mijn doel is bescheiden. Met zevenmijlslaarzen aan wandel ik door het verhaal van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat doe ik aan de hand van vier verhaallijnen.

2. De rechter speelt de eerste viool

Wie denkt dat de wetgever het overheidsaansprakelijkheidsrecht heeft vormgegeven zit ernaast. Het is primair gevormd door de rechter. De basis voor deze prominente rol van de rechter is gelegd op drie sleutelmomenten in de eerste helft van de twintigste eeuw. Al sinds de tweede helft van de negentiende eeuw bestond discussie over de bevoegdheid van de (civiele) rechter om zich te buigen over overheidshandelen. Op oudjaar 1915 hakte de Hoge Raad de knoop door in *Guldemon/Noordwijkerhout* en nam hij die bevoegdheid aan.² Negen jaar later, in 1924, bepaalde de Hoge Raad in *Ostermann* dat ook schending van een publiekrechtelijke norm tot civielrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.³ ‘Onrechtmatig is onrechtmatig, onverschillig of dit publiek of privaat onrecht is’, aldus (een overigens al in 1925

* E.R. (Elbert) de Jong is hoogleraar Privaatrecht, i.h.b. Verbintenissenrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi 1996; Laura Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, hfdst. 2.

2 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407 (*Guldemon/Noordwijkerhout*).

3 HR 20 november 1924, ECLI:NL:HR:1924:AG1795 (*Ostermann I*).

kritische) Meijers.⁴ Sinds dit arrest zou de civiele rechter de onrechtmatige daad met minder reserve op de overheid toepassen.⁵ Het derde en laatste sleutelmoment is in 1919. *Lindenbaum/Cohen* zou het aansprakelijkheidsrecht fundamenteel veranderen (Molengraaff sprak van een heilzame werking van het arrest).⁶ Het betrof weliswaar geen procedure tegen de overheid, maar toch kan de betekenis voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet worden overschat. Een kleine honderd jaar later, in 2015, werd door de rechtbank Den Haag op grond van de maatschappelijk ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (art. 6:162 lid 2 BW) het Nederlandse beleid voor de reductie van broeikasgasuitstoot (onrechtmatig) beoordeeld.⁷

De eerste verhaallijn is duidelijk: de rechter speelt de eerste viool. En hoewel de vraag enkele keren opkwam of de wetgever het toneel moest betreden (een vraag die al aan het begin van de twintigste eeuw speelde toen Loeff een ontwerp administratieve rechtspraak ontwikkelde⁸) bleef hij lange tijd afzijdig. Toen Meijers vanaf 1947 werkte aan een nieuw Burgerlijk Wetboek rees in 1953 de vraag of dat nieuwe BW een regeling voor overheidsaansprakelijkheid moest bevatten. Neen, luidde het antwoord. De ontwikkeling van de onrechtmatige overheidsdaad werd overgelaten aan de (civiele) rechter.⁹

Toch kwam de wetgever uiteindelijk in beweging. Toen het nieuwe BW in 1992 van kracht werd was inmiddels de administratieve rechtspraak ingevoerd. Sinds de jaren zestig zagen verschillende regelingen voor schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen het licht. De bestuursrechter verscheen ten tonele. In 1994 trad de Awb in werking met daarin een regeling voor schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen (art. 8:73 Awb). In de rechtspraak is vervolgens de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurs- en civiele rechter nader vormgegeven, waarbij met name *VROM/Van Vlodrop*¹⁰ en *Groningen/Raatgever*¹¹ klassiekers zijn. Per 1 juli 2013 regelt titel 8.4 Awb de schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen en dan in het bijzonder onrechtmatige besluiten. Deze titel bevat verschillende procesrechtelijke en competentiebepalingen. In het bijzonder belangrijk is dat de bestuursrechter bevoegd is in geval van appellabele besluiten (art. 8:88 lid 2 Awb) en voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt (art. 8:89 lid 2 Awb). Het materiële civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht van het BW blijft echter leidend bij de inhoudelijke beoordeling van de aansprakelijkheid.

4 E.M. Meijers, 'De rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de onrechtmatige overheidsdaad sinds 1940', *WPNR* 4145 (1950), p. 301-305, p. 304.

5 Aldus Di Bella 2014, p. 29-34.

6 W.L.P.A. Molengraaff, *Weekblad van het Regt* (1919) 10 365, p. 2-3.

7 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*). Zie ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

8 *Kamerstukken II* 1904/05, nr. 159.2, art. 13.

9 *Parl. Gesch.* BW 6 1981, p. 599. E.v. m.b.t. vraagpunt 13; Zie ook *Parl. Gesch.* BW Inv. 3,5 en 6 Boek 3, 1990, p. 1016-1017 en p. 1053-1055.

10 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

11 HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA388.

3. Het civiele recht is integraal van toepassing

Door de decennia heen, en dit is de tweede verhaallijn, is duidelijk geworden dat het civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht van toepassing is op allerlei vormen van onrechtmatig overheidshandelen. Dat is overigens geen vanzelfsprekendheid. In sommige landen, zoals Frankrijk, is het civiele recht niet of in beperktere mate van toepassing.¹²

Hier ter lande is overheidsaansprakelijkheid zo'n beetje alomtegenwoordig. De overheid kan aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van onrechtmatige wetgeving, besluiten en rechtspraak, het verschaffen van onjuiste inlichtingen, gebrekkig toezicht en het nalaten om (feitelijke) voorzorgsmaatregelen te treffen. De (beleidsmatige) context waarin deze vormen van aansprakelijkheid zich kunnen aandienen zijn talrijk en uiteenlopend. Denk aan politieoptreden, ruimtelijke ordening, militaire missies, infrastructuur, belastingen en toeslagen, gezondheidszorg en bescherming van de leefomgeving (bijvoorbeeld de Groningse gaswinningsproblematiek, stikstof, de luchtkwaliteit en virusuitbraken).

In al deze gevallen geldt dat de regels van het algemene onrechtmatige daads- en schadevergoedingsrecht steeds moeten worden toegespitst op de bijzondere context van overheidsaansprakelijkheid.



¹² K. Oliphant (red.), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge: Intersentia 2016.

4. Rechtsbescherming versus de noodzaak tot afbakening

Dat brengt ons bij de derde verhaallijn. De vormgeving van het overheidsaansprakelijkheidsrecht kenmerkt zich door een terugkerend spanningsveld.

Aan de ene kant staat het rechtsbeschermingsbelang. Aan het overheidsaansprakelijkheidsrecht ligt de fundamentele gedachte ten grondslag dat, net als eenieder, de overheid zich de rechtvaardige (private) belangen van burgers moet aantrekken. De burger heeft een aanspraak op de overheid dat ze haar taken op juiste wijze met inachtneming van zijn belangen uitvoert. Als ze dit niet doet dan bestaat een mogelijke aanspraak op (onder meer) schadevergoeding. Dat is niet alleen zo op basis van het nationale recht, maar ook op grond van het EVRM en het EU-recht.

Aan de andere kant staat de noodzaak om de overheid te beschermen tegen een te omvangrijk aansprakelijkheidsrecht. Oud advocaat-generaal Spier heeft er vaak op gewezen dat een te omvangrijk aansprakelijkheidsrecht leidt tot een onaantvaardbare schadelast voor de overheid.¹³ Volgens hem moeten we ons realiseren dat (publiek) geld uitgegeven aan schadevergoeding (nu eenmaal) niet meer aan andere publieke doelen kan worden besteed. Het aansprakelijkheidsrecht moet dus beheersbaar en (in de ogen van sommigen) betaalbaar blijven. Afbakening, beperking en beheersing (hierna: afbakening) van aansprakelijkheid is ook nodig omdat de overheid zich naast het belang van een specifieke groep gedupeerden ook de belangen van anderen dient aan te trekken. Ze moet zich bekommeren om meerdere, en soms zelfs, tegenstrijdige belangen. Het aansprakelijkheidsrecht moet haar die ruimte bieden.

Deze noodzaak tot afbakening komt allereerst naar voren wanneer overheidsaansprakelijkheid wordt gebaseerd op schending van publiekrechtelijke normen (denk aan *Ostermann*). Vaak is het civielrechtelijke beschermingsbereik van die normen niet (expliciet) bepaald en heeft de wetgever niet voorzien in de civielrechtelijke implicaties van een schending. Zonder een afbakeningsmechanisme zou de enkele schending van publiekrechtelijke normen al snel tot schadeplichtigheid kunnen leiden. Dat zou in ‘veel gevallen tot onaantvaardbare consequenties (...) leiden.’¹⁴ Het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW biedt zo’n afbakeningsmechanisme. Er is echter ook kritiek op de toepassing daarvan. Het vereiste zou van stal worden gehaald om de daadwerkelijke rechtspolitieke overwegingen om aansprakelijkheid af te wijzen te verhullen (een kritiekpunt dat met name op *Iraanse Vluchtelingen* is geuit).¹⁵ Een ander kritiekpunt is dat het vereiste inconsistent wordt toegepast. Daarbij wordt dan gewezen op het verschil tussen *Duwbak Linda*¹⁶ (waar geen relativiteit werd aangenomen) en *Schietincident Alphen aan den Rijn*¹⁷ (waar relativiteit wel werd aangenomen en art. 6:98 BW het afbakeningsmechanisme verschafte).

13 Bijvoorbeeld: J. Spier, ‘Gedachten over een vastgelopen stelsel’, *AV&S* 2014/6.

14 *Parl. Gesch.* BW 6, 1981, p. 629.

15 HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576 (*Iraanse Vluchtelingen*).

16 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

17 HR september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).

Dat de noodzaak tot afbakening wordt gevoeld illustreert ook het arrest over een Dijkdoorbraak in Wilnis in augustus 2003. Was het Hoogheemraadschap, dat verantwoordelijk is voor het dijkbeheer, aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW? De overheid heeft duizenden kilometers aan dijken te controleren. De financiële slagkracht en mankracht hiervoor is niet oneindig. De Hoge Raad heeft hier oog voor. In lijn met de Parlementaire Geschiedenis komt in kwesties van overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen, net als op andere terreinen, zwaarwegende betekenis toe aan de beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen van de overheid.¹⁸

Soortgelijke (en overigens ook andere) gedachten liggen ten slotte ten grondslag aan toezichtshoudersaansprakelijkheid. In 2001 introduceerden Van Boom en Giesen het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen.¹⁹ In geval van algemeen toezichtsfalen houdt de overheid onvoldoende (preventief) toezicht op de naleving van publiekrechtelijke normen. Bij een concreet toezichtsfalen treedt ze bij gebleken of dreigende overtredingen niet of onvoldoende daadkrachtig op. Het was al duidelijk dat aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen (haast) niet wordt aangenomen. Eenzelfde beeld ontstaat bij concreet toezichtsfalen. Indien geen duidelijke en ernstige aanwijzingen van normovertredingen bestaan, is er ‘slechts in uitzonderlijke omstandigheden’ ruimte voor aansprakelijkheid.²⁰ ‘De deur voor aansprakelijkheid voor beweerdelijk falend toezicht (...) [is daarmee] (...) grotendeels dichtgegooid’.²¹

5. Wat heeft het aansprakelijkheidsrecht nog te bieden?

De noodzaak tot afbakening heeft ook een keerzijde: overheidsaansprakelijkheid wordt niet snel aangenomen. Dat leidt tot de paradoxale situatie, aldus Hartlief,²² waarin burgers hooggespannen verwachtingen hebben van het aansprakelijkheidsrecht maar er aanzienlijke drempels tot aansprakelijkheid bestaan. Daar komt bij dat, zo wordt de laatste jaren pijnlijk duidelijk, (vermeend) overheidsfalen tot aanzienlijke en omvangrijke schade leidt. De roep om compensatie voor die schade is luid. Omdat het aansprakelijkheidsrecht niet steeds biedt wat het zou moeten bieden wordt wel toevlucht gezocht in andere mechanismen, de vierde verhaallijn. Denk aan de Tijdelijke wet Groningen. Die wet ziet weliswaar op de afhandeling van de aansprakelijkheid van de NAM voor Groningse mijnbouwschade, maar verdient vermelding omdat hij voorziet in de mogelijkheid om, in een bestuursrechtelijke context, deze aansprakelijkheid op grond van het civiele recht jegens de gedupeerden via een zelfstandig bestuursorgaan (het IMG) en de bestuursrechter af te wikkelen. Denk voorts aan compensatie(perikelen) in de toeslagenaffaire en (de discussie over) compensatie van zorgmedewerkers voor long covid. Uiteraard: de grondslag voor vergoeding kan verschillen. Soms gaat

18 Zie *Parl. Gesch. BW* 6 (Inv. 3, 5 en 6), 1990, p. 1394.

19 W.H. van Boom & I. Giesen, ‘Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen’, *NJB* 2001, p. 1676.

20 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372, m.nt. J. Spier, r.o. 3.4.4.

21 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, *NJ* 2017/372, m.nt. J. Spier, nr. 18 in de noot.

22 Noot Hartlief bij HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkcramp Enschede*).

het om systemen ter afwikkeling van (vastgestelde) aansprakelijkheid en soms betreft het onverplichte tegemoetkomingen uit overwegingen van, bijvoorbeeld, maatschappelijke solidariteit.²³ Desalniettemin geldt dat niet iedereen positief is over de opkomst van alternatieve compensatiesystemen. Ze worden ad hoc in het leven geroepen en het is de politieke waan van de dag die bepaalt wanneer, en dus voor wie, deze systemen worden gemaakt. Dat roept al snel vragen op over, onder meer, rechtsconsistentie en rechtsongelijkheid. Bovendien: wat is nog de rol van het aansprakelijkheidsrecht? Is die uitgespeeld? Of bieden de ontwikkelingen op het gebied van collectieve acties en massaschade juist extra ruimte binnen het aansprakelijkheidsrecht? Kortom: er opent zich een vijfde verhaallijn. Wordt vervolgd...

23 R.J.B. Schutgens, 'Afhandeling van schade via schaderegelingen. Over de verhouding van het groeiend aantal (quasi) publiekrechtelijke schaderegelingen tot het traditionele domein van het (overheids)aansprakelijkheidsrecht', in: I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens (red.), *De spankracht van de civiele rechter* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 81-142.

13. Schadevergoeding voor onrechtmatig handelen van de overheid

België

Britt Weyts*

1. **Van de cultus van de openbare macht naar een mogelijk aansprakelijke overheid**

Lange tijd was het bijna ondenkbaar dat de overheid zou worden aangesproken voor schade veroorzaakt door onrechtmatig handelen van de overheid. In de negentiende eeuw bestond daarover schroom en terughoudendheid, waarbij soms gesproken werd over de ‘cultus van de openbare macht’. De scheiding der machten bracht met zich mee dat de overheid niet aansprakelijk kon worden gesteld wanneer de uitvoerende, rechterlijke of wetgevende macht foutief schade had berokkend aan een derde. Enkel wanneer de overheid optrad als privaat rechtspersoon, kon zij aansprakelijk worden gesteld, maar dat gebeurde eerder uitzonderlijk. Gaandeweg zijn de ideeën daarover geëvolueerd. Meer nog, vandaag de dag wordt het als een verworvenheid beschouwd dat de overheid ter verantwoording kan worden geroepen in geval van fouten. Een benadeelde kan daartoe twee juridische wegen bewandelen, met name de overheid buitencontractueel aansprakelijk stellen voor de burgerlijke rechter of een herstellvordering instellen bij de Raad van State. Deze vorderingen kunnen niet worden gecumuleerd. De eventuele injunctiebevoegdheid van de rechter komt niet aan bod in deze bijdrage.

2. **De burgerrechtelijke aansprakelijkheidsvordering**

Deze evolutie is niet zonder slag of stoot verlopen, te beginnen met de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsvordering. Het Hof van Cassatie heeft als hoogste rechtscollege via een aantal mijlpaalarresten de krijtlijnen uitgetekend. Het startschot werd gegeven door het bekende *Flandria*-arrest van 5 november 1920¹ dat betrekking had op de uitvoerende macht. De aanleiding was een schadegeval in Brugge waarbij een omgevallen boom schade had toegebracht aan een derde. De boom stond op de openbare weg en was door ouderdom aangetast. Het Hof van Cassatie achtte de stad Brugge aansprakelijk wegens het niet tijdig verwijderen van deze boom. Er werd beslist dat ieder burgerlijk recht aanspraak maakt op rechtsbescherming ongeacht of het door een particulier dan wel door een administratieve overheid werd geschonden. Ook werd beslist dat het tot de exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechter behoort om schadevergoeding toe te kennen voor de miskenning van dit burgerlijk recht door de administratieve overheid.

* B. (Britt) Weyts is Gewoon Hoogleraar Universiteit Antwerpen.

1 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193, concl. Leclercq.

Het belang van dit arrest kan niet voldoende worden onderstreept. Het luidde definitief het einde in van de immuniteit waarvan de overheid jarenlang had genoten.

Vervolgens werd ook de rechterlijke macht in het vizier genomen. In het eveneens bekende *Anca I*-arrest van 19 december 1991² besliste het Hof van Cassatie dat de overheid civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten die rechters en magistraten van het openbaar ministerie begaan tijdens de uitoefening van hun ambt. Dit doet geen afbreuk aan de onafhankelijkheid van de rechters, nu rechters niet persoonlijk kunnen worden aangesproken, behalve wanneer ze strafrechtelijke feiten hebben gepleegd of een verhaal op de rechter kan worden aangewend. Het is correct dat de onafhankelijkheid van de rechter, die uiteraard essentieel is, enkel in het gedrang kan komen wanneer de overheid voor om het even welke fout een verhaal zou kunnen uitoefenen op de rechter.

Na de aanvaarding van de overheidsaansprakelijkheid van de uitvoerende en rechterlijke macht, bleef nog het laatste bastion over, namelijk de wetgevende macht. Een eerste vraag die hierbij moet worden beantwoord, is of de wetgever aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een niet-omzetting van het Europese Unierecht. In het *Franovich*-arrest dat het Hof van Justitie uitsprak op 19 november 1991³ werd deze vraag alvast bevestigend beantwoord. In latere arresten heeft het Hof van Justitie ook de voorwaarden daartoe vastgelegd. Het recht op schadevergoeding vereist (1) dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, (2) dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en (3) dat er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de door de benadeelde geleden schade.

Een tweede vraag is in hoeverre ook naar Belgisch recht de overheid kan worden aangesproken voor fouten van de wetgevende macht. De doorbraak kwam er met het *Sekten*-arrest van 1 juni 2006.⁴ De aanleiding was de oprichting van een parlementaire onderzoekscommissie die onder andere een lijst moest opstellen van organisaties en verenigingen die als sekten werden aangemerkt. Hierover ontstond veel commotie, waarna de Kamer vrijwel meteen besliste dat de lijst geen deel uitmaakte van de conclusies van het rapport en bijgevolg niet moest worden goedge- of afgekeurd door de Kamer. Het kwaad was al geschied. Vier in de lijst vermelde verenigingen spraken de overheid aan met het oog op schadevergoeding. Het Hof van Cassatie besliste dat het principe van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid van de wetgevende macht en de parlementsleden niet inhoudt dat de staat ontheven zou zijn van de plicht tot het vergoeden van de schade die een fout van het Parlement aan een derde heeft veroorzaakt. Wel werd in dit concrete geval de overheidsaansprakelijkheid afgewezen op grond van het (in art. 58 Grondwet gewaarborgde) recht op vrije meningsuiting. Die vrijheid omvat niet enkel geschriften, maar ook mondelinge verklaringen en alle andere parlementaire werkzaamheden, waaronder die van een parlementaire onderzoekscommissie.

2 Cass. 19 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 364.

3 HvJ 19 november 1991 (*Franovich en Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357, concl. A-G Mischo.

4 Cass. 1 juni 2006, *RW* 2006-07, 213, m.nt. A. Van Oevelen.

Het recht op vrije meningsuiting waarborgt zo de immuniteit van parlementsleden, waaraan het Hof van Cassatie een ruime draagwijdte toekent.

Het mag duidelijk zijn dat het Hof van Cassatie op deze wijze voor een ommezwaai gezorgd heeft en dat de burgerlijke rechter thans het handelen van de uitvoerende, rechterlijke en wetgevende macht kan toetsen aan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid. Deze is geregeld in artikel 1382 oud Burgerlijk Wetboek en omvat de vereisten van fout, schade en causaal verband. Iedere benadeelde kan zo de overheid in het burgerrechtelijk aansprakelijkheidsbad trekken met het oog op een integrale schadevergoeding. Tegen de beslissing die hierover wordt genomen in eerste aanleg, is steeds hoger beroep en cassatieberoep mogelijk.

3. De herstellvordering voor de Raad van State

In 2014 werd, ditmaal door de wetgever, een volgende belangrijke stap gezet door een wijziging van artikel 144 Grondwet. Meer bepaald kregen federale administratieve rechtscolleges de mogelijkheid om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen. Hiermee wilde de wetgever tegemoetkomen aan de wens van de benadeelden om ook schadevergoeding te verkrijgen. Zo wordt immers vermeden dat na een lange proceduregang voor de Raad van State die eindigt in een annulatieberoep, de benadeelden vervolgens ook nog een procedure bij de burgerlijke rechter aanhangig moeten maken met het oog op de vergoeding van hun schade. Dit streven van de wetgever moet worden toegejuicht. Op deze wijze werd immers de jurisdictionele bescherming van de burger verruimd, meer bepaald door op grond van billijkheidsmotieven in een schadevergoeding tot herstel te voorzien. Deze procedure zoals vastgelegd in artikel 11-bis Raad van State-wet, kent andere voorwaarden dan de reeds toegelichte aansprakelijkheidsprocedure. Bij de schadevergoeding tot herstel volstaat de onwettigheid, die weliswaar moet vastgesteld zijn in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een akte, reglement of een stilzwijgende afwijzende beslissing. Ook moet een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaan tussen de onwettigheid en de schade. De schadevergoeding kan enkel worden gevorderd door de verzoekende en tussenkomende partij in een vernietigingsprocedure. Tegen de beslissing kan geen beroep worden ingesteld.

Even werd gevreesd dat de nieuwe regeling geen lang noch succesvol leven zou kennen, omdat verwacht werd dat vele benadeelden toch zouden kiezen voor een procedure voor de burgerlijke rechter. De praktijk heeft uitgewezen dat deze vrees ongegrond was en dat de Raad van State wel degelijk vaak gevraagd wordt uitspraak te doen over de herstellvordering.

Dit neemt niet weg dat er belangrijke verschilpunten bestaan tussen de burgerrechtelijke procedure en de regeling op grond van artikel 11-bis Raad van State-wet. De Raad van State heeft daarover een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof, meer bepaald over de verenigbaarheid van de regeling tot schadeherstel met de artikelen 10 en 11 Grondwet. Deze artikelen waarborgen

het gelijkheidsbeginsel. In het arrest van 23 mei 2019⁵ duidde het Grondwettelijk Hof acht verschilpunten aan tussen beide procedures, die betrekking hebben op het toepassingsgebied, de oorzaak van de schade, de hoedanigheid van de eisende partij, de hoedanigheid van de tegenpartij, de aard van de schadevergoeding, de omvang van de schadevergoeding, de termijnen tot het instellen van de vordering en de eventuele rechtsmiddelen. Niettemin doorstaan deze verschilpunten de grondwettigheidstoets, aldus het Grondwettelijk Hof, zodat niet tot een schending van het gelijkheidsbeginsel werd besloten.

4. **Besluit**

Slotom is dat de overheid zich terecht niet meer kan verschuilen achter een vermeende immuniteit om in geval van schade berokkend aan een derde, te ontsnappen aan een verantwoordingsplicht. Het Hof van Cassatie heeft de ruime algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 oud Burgerlijk Wetboek terecht aangewend om het overheidsoptreden van zowel uitvoerende, rechterlijke als wetgevende macht te toetsen in het raam van een burgerrechtelijke procedure. Indien de benadeelde slaagt in de bewijslast van fout, schade en oorzakelijk verband, zal het slachtoffer van de burgerlijke rechter een integrale vergoeding toegekend krijgen. Het is de verdienste van het Hof van Cassatie om de krijtlijnen daartoe uit te tekenen. Door wetgevend ingrijpen is thans ook de Raad van State bevoegd om uitspraak te doen over de herstellvordering. Hoewel deze weg tot schadevergoeding niet gelijkgeschakeld kan worden met de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering, is het zonder meer een stap vooruit dat de wetgever oog heeft gehad voor een finale geschilbeslechting door het administratief rechtscollege (dus met inbegrip van het herstel van het slachtoffer), zonder dat daarvoor nog een aparte burgerrechtelijke procedure moet worden gestart.

De wijziging van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht staat in de steigers door het wetsvoorstel tot invoering van Boek 6 BW.⁶ De Raad van State zal de ontwikkelingen hierin met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid best op de voet volgen om zo aansluiting te blijven vinden bij het burgerlijk contentieux.

⁵ GwH 23 mei 2019, nr. 70/2019.

⁶ Wetsvoorstel houdende Boek 6 BW 'Buitencontractuele aansprakelijkheid' van het Burgerlijk Wetboek van 8 maart 2023.

14. Schadevergoeding voor rechtmatig handelen van de overheid

Nederland

Michiel Tjepkema*

1. Inleiding

Een elektriciteitscentrale die zijn activiteiten moet staken en van de overheid een compensatie van € 52,5 miljoen meekrijgt.¹ Een planschadevergoeding van € 28.900 voor woningeigenaren die een druk terras van een eetcafé in de buurt krijgen.² Maar ook de varkensboer die zijn uitstekend lopend bedrijf van de ene op de andere dag te gronde zag gaan en na een slepende juridische procedure uiteindelijk geen cent schadevergoeding kreeg.³

Dit zijn allemaal voorbeelden van toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten, of naar Frans recht: *égalité devant les charges publiques*. Achtergrond van dit beginsel is dat wanneer de overheid in het algemeen belang handelt maar daarbij aan (een) enkeling(en) schade toebrengt, het redelijker is die schade ten laste van de maatschappij als geheel te brengen dan om die enkeling de ‘rekening’ te laten betalen. Het toepassingsbereik van dit beginsel strekt zich uit tot al het rechtmatig handelen van de overheid, ongeacht de aard hiervan.⁴

Een bespreking van dit thema in een bundel die vooral ziet op de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht is op het eerste gezicht misschien niet voor de hand liggend. Immers, het *égalité*-beginsel is enkel van toepassing in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen tussen overheid en burgers. Ook de aan het beginsel verbonden maatstaven laten dit zien: de schade komt slechts voor vergoeding in aanmerking als zij rust op ‘een beperkte groep burgers of instellingen’ en stijgt boven het ‘normaal maatschappelijk risico’. Het zijn maatstaven die rechter en bestuur in staat stellen maatwerk te verrichten en die ook de uiteenlopende uitkomst van de aan het begin genoemde zaken verklaren. Zij behoeven echter aanvulling met de uit het Burgerlijk Wetboek stammende bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW over wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Met name in de toepassing van die criteria is tegenwoordig nog een duidelijke invloed van het civiele recht merkbaar. Maar eerst sta ik stil bij het onmiskenbare gegeven dat de

* M.K.G. (Michiel) Tjepkema is hoogleraar mijnbouwschade en overheidsaansprakelijkheid aan de Open Universiteit en unithoofd van de kennisunit van de Directie bestuursrechtspraak van de Raad van State.

1 ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/IP_20_863.

2 ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:214.

3 HR 18 januari 1991, NJ 1992/638 (*Leffers*).

4 Zie voor enige beperkingen niettemin M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 5.

doorbraak van een buitenwettelijke erkenning van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden op het conto van de civiele rechter kan worden geschreven.

2. Onrechtmatig of rechtmatig?

Een duidelijk voorbeeld van wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in het nadeelcompensatierecht is ten eerste te zien in de wijze waarop dit recht wordt geconstrueerd in de buitenwettelijke, ongeregelde gevallen. In de geregelde gevallen is het relatief eenvoudig: daar geeft de wet aanspraak op compensatie en voorziet deze als regel in bestuursrechtelijke rechtsbescherming.⁵ Maar in de buitenwettelijke gevallen lag het medio vorige eeuw anders. Van algemene bestuursrechtelijke rechtsbescherming was nog geen sprake, zodat de burger aangewezen was op de civiele rechter. De Hoge Raad had in het arrest *Guldemonde/Noordwijkerhout* aanvaard dat met de enkele stelling dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld, de bevoegdheid van de civiele rechter gegeven is.⁶ Maar er was meteen een volgende horde, want de vraag was hoe in het algemeen belang gerechtvaardigd en geboden handelen van de overheid op grond van een *onrechtmatige* daad tot schadevergoeding aanleiding zou kunnen geven.⁷ De Hoge Raad bleek bereid die grondslag te vinden in artikel 1401 BW (thans art. 6:162 BW). Ook bij schade ten gevolge van gerechtvaardigd en geboden handelen kon zo rechtsbescherming worden geboden, zoals in het geval van de onttrekking van grondwater aan een privaat perceel in de Haagse duinen, een handeling in het belang van de gemeentelijke drinkwatervoorziening.⁸

Hoe deze rechtspraak moest worden geduid, daarover verschilden de meningen. De civilisten Bregstein en Drion kruisten hierover de wetenschappelijke degenen in enkele bekend geworden opstellen.⁹ Uiteindelijk aanvaardde de Hoge Raad in het arrest *Voorste Stroom VII* de door Bregstein gepropageerde leer van de ‘rechtvaardigingsgrond-in-wording’. Volgens deze leer levert het dienen van het algemeen belang het begin van een rechtvaardigingsgrond op voor (op zichzelf onrechtmatig) optreden van de overheid, die compleet kon worden door schadevergoeding aan te bieden. Een van de voordelen die Bregstein in dit verband zag was dat de burger betere garanties kon vragen – en zo nodig een verbodsactie kon entameren – dan wanneer de overheid de burger ‘slechts’ een risicoansprakelijkheid op grond van het *égalité*beginsel kon voorhouden. Van het *égalité*beginsel moest Bregstein niet veel hebben.

5 In de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw, gaf in incidentele gevallen de wet (zoals de Verkeerswet tegen lintbebouwing) of een lokale verordening (met name op het terrein van woningbouw op grond van de Woningwet) recht op een schadevergoeding, die wij nu als nadeelcompensatie zouden kwalificeren. Daarbij werd soms voorzien in beroep op de Kroon. Deze wordt medio jaren tachtig vervangen door de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State en nog weer later door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

6 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773.

7 Dat alleen die grondslag soelaas kon bieden, volgde uit art. 1269 BW: ‘Alle verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet.’ Bij gebrek aan een wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid uit rechtmatige daad kon slechts op art. 1401 BW (thans art. 6:162 BW) worden teruggevallen.

8 HR 18 februari 1944, ECLI:NL:HR:1944:33 (*Haagse Duinwaterleiding*).

9 M.H. Bregstein, ‘De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad’, *RMTThemis* 1951, p. 273 e.v. en H. Drion, ‘Een nieuwe koers in ’s Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad’, in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Deventer: Kluwer 1968, p. 95-96.

3. *Égalité à la Hollandaise: (on)zuivere schadebesluiten en tóch nog artikel 6:162 BW*

We maken een grote sprong naar begin jaren tachtig, naar de Paul Krugerbrug-uitspraken. Daarin komt de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS) tot de erkenning van het onzelfstandig schadebesluit, die het voor burgers mogelijk maakt om – ook bij gebrek aan een nadeelcompensatieregeling – tegen een beschikking op te komen, stellend dat dat besluit willekeurig is, althans in strijd met het evenredigheidsbeginsel, omdat daarin niet voorzien is in een afdoende compensatie voor het daardoor ontstane nadeel.¹⁰ Ook die rechtspraak neemt dus het bestaan van een *gebrek* in de (op zichzelf rechtmatige en geboden) overheidshandeling als uitgangspunt om tot aanvaarding van een recht op schadevergoeding te komen.¹¹ Waar de grondslag voor het recht op schadevergoeding in de rechtspraak van de Hoge Raad werd gezocht in de onrechtmatige daad, zocht de ARRvS deze in het willekeurverbod en strijd met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, zoals later gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb.



De voorheen opklapbare Paul Krugerbrug wordt verbouwd tot een vaste brug, 1982. Foto: Gemeentelijke Archiefdienst Utrecht.

10 ARRvS 12 januari 1982, AB 1982/299 (*Paul Krugerbrug I*) en ARRvS 22 november 1983, AB 1984/154 (*Paul Krugerbrug II*).

11 Zie voor fraaie bespiegelingen H.C.F. Schoordijk, 'Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking', in: *Verspreid werk van Prof.mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 463-499.

Vanaf de jaren negentig worden toch stappen gezet richting de erkenning van het égalitébeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Civiele rechter en bestuursrechter laten zich hierbij over en weer beïnvloeden. De start van deze ontwikkeling kan worden gevonden in het arrest *Leffers*, waarin de Hoge Raad alsnog de leer van Drion omarmt: ook het enkele ontbreken van een aanbod tot schadevergoeding kan al betekenen dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld, ook al is dit handelen zelf evident in het algemeen belang. Het égalitébeginsel noemde de Hoge Raad niet, maar hij leek zich duidelijk te hebben laten inspireren door de conclusie van A-G Koopmans, die het beginsel wel in stelling had gebracht. In de uitspraak *Van Vlodrop* zette de Afdeling bestuursrecht spraak een volgende stap door het égalitébeginsel uitdrukkelijk te noemen en te erkennen als grondslag voor buitenwettelijke zelfstandige schadebesluiten. Een bevoegdheid van de bestuursrechter om hierover te oordelen is er echter alleen als de burger ook beroep kon instellen tegen het schadeveroorzakende handelen zelf (de eis van processuele connexiteit).¹² Geïnspireerd door die uitspraak volgde de Hoge Raad nu ook: in het arrest *Staat/Lavrijsen*, over een onschuldige derde die schade leed door een strafvorderlijke doorzoeking van varkensstallen, erkent ook de Hoge Raad met zoveel woorden het égalitébeginsel als ‘verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel’.¹³ Wel hield hij nog altijd vast aan artikel 6:162 BW als het raamwerk waarbinnen het égalitébeginsel wordt toegepast – en dat doet hij nog steeds.

4. Nadeelcompensatie als domein van de bestuursrechter

De belangrijke rol die de civiele rechter heeft gehad in de ontwikkeling van het nadeelcompensatieleerstuk laat onverlet dat de meer materiële kant van deze ontwikkeling toch vooral op het conto van de bestuursrechter is te schrijven. Deze ontwikkeling heeft zo’n hoge vlucht genomen dat onderdelen daarvan gerust voer voor superspecialisten kunnen worden genoemd: denk aan de gecompliceerde planvergelijking uit het planschaderecht en de leerstukken risicoaanvaarding en normaal maatschappelijk risico.¹⁴ De grote expertise van de bestuursrechter op dit terrein en de typisch publiekrechtelijke aard van deze aansprakelijkheid maken dat het voor de hand ligt dit soort vermogensrechtelijke geschillen voortaan te concentreren bij de bestuursrechter. Dat is dan ook de begrijpelijke keuze die de wetgever in 2013 heeft gemaakt in titel 4.5 Awb, welke titel – ruim tien jaar na dato! – per 1 januari 2024 onderdeel zal uitmaken van de Algemene wet bestuursrecht.¹⁵ Revolutionair is deze titel vooral omdat daarin voor deze zaken afscheid wordt genomen van het vereiste van processuele connexiteit en burgers vrijwel altijd met hun verzoek om nadeelcompensatie bij de bestuursrechter terecht kunnen. De rol van de civiele rechter als ‘restrechter’ wordt voor geschillen

12 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. PvB.

13 HR 30 maart 2001, AB 2001/412, m.nt. ThGD.

14 Zie bijv. B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, ‘Vragen over de regeling van nadeelcompensatie in de Omgevingswet (I) en (II)’, O&A 2022/1 en O&A 2022/2, J.H.M. Huijts, *Nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade* (diss. Maastricht), Den Haag: IBR 2020 en M.K.G. Tjepkema, ‘De Wouwse Tol’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2022, p. 585 e.v.

15 *Stb.* 2013, 50.

over nadeelcompensatie beperkt tot rechtmatig toegebrachte schade door strafvorderlijk overheidsoptreden (art. 1:6 Awb) en door wetgeving in formele zin.

Is de civiele invloed in het nadeelcompensatierecht daarmee ook uitgewerkt? Zeker niet. Soms zien we de invloed wanneer de namen van staatsraden met grote civiele expertise onder een uitspraak van de Afdeling prijken.¹⁶ Verder werkt het civiele recht tegenwoordig vooral door in de leidende rol die afdeling 6.1.10 BW ('Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding') bij het recht op nadeelcompensatie nog speelt bij de bepaling van de omvang van de vergoedingsplicht. In de jurisprudentie van de bestuursrechter kiest deze voor de overeenkomstige toepassing van bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek waar het gaat over causaal verband (art. 6:98 BW),¹⁷ voordeelverrekening (art. 6:100 BW),¹⁸ eigen schuld (art. 6:101 BW),¹⁹ de schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW),²⁰ en verjaring (art. 3:310 BW).²¹ Zo bezien schuilt er nog altijd veel waars in de woorden van Lindenbergh: 'een beter schadevergoedingsrecht dan het in het civiele recht ontwikkelde is er nu eenmaal niet en er valt niet in te zien waarom andere rechters dan de civiele "in beginsel vrij" zouden zijn om andere regels te hanteren.'²²

Of titel 4.5 Awb de rol van de bestuursrechter fundamenteel zal veranderen, is de vraag. Veelal kon hij immers al — op grond van wettelijke regelingen en beleidsregels — oordelen over de nadeelcompensatieplicht bij bestuurshandelingen anders dan appellabele besluiten. De rol van de civiele rechter zal verminderen, maar is toch ook niet helemaal uitgespeeld. Juist in de sfeer van schade door strafvorderlijk overheidsoptreden wees de Hoge Raad de afgelopen jaren interessante arresten. En in het kader van de toets van het recht op nadeelcompensatie bij rechtmatige formele wetgeving zal de civiele rechter over de band van artikel 1 Eerste Protocol EVRM met vergelijkbare rechtsvragen te maken krijgen als wanneer het égalitébeginsel van toepassing zou zijn geweest.²³ Kortom, ik spreek de hoop en de verwachting uit dat we nog veel rechtspraak van beide rechters tegemoet zullen kunnen zien die uiting geven aan een vruchtbare wederzijdse beïnvloeding van bestuursrecht en burgerlijk recht.

16 Zie bijv. de baanbrekende uitspraak ABRvS 28 mei 2014, AB 2014/361 (*De Wouwse Tol*), mede gewezen door twee civilisten (Hammerstein en Snijders).

17 ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3510.

18 ABRvS 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2042.

19 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:94.

20 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:554 en ABRvS 22 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5293.

21 ABRvS 22 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:714.

22 S. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen deel I*, Deventer: Kluwer 2008, p. 40.

23 Wat bij formele wetgeving niet het geval is sinds HR 20 maart 2009, *Gst. 2009/65*, m.nt. Schutgens (*Meststoffenwet*).

14. Schadevergoeding voor rechtmatig handelen van de overheid

België

Rechtmatige overheidsdaad en de lastengelijkheid

Samuel De Winter*

1. Inleiding

‘Het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten presenteert zich een beetje zoals een vliegende schotel: moeilijk te zeggen waar het vandaan komt. Zijn contouren zijn verhuld in mist en zijn bestemming onvoorspelbaar. Niettemin staat het daar, pal vóór onze neus. Zijn bestaan is zeker, maar dat is dan ook de enige zekerheid die we hebben.’¹

Met die woorden wordt de kwestie van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad in de Belgische rechtsleer samengevat, althans de dominante grondslag voor dergelijke aansprakelijkheid: het aan het Franse recht ontleende beginsel der ‘*égalité devant les charges publiques*’, in deze bijdrage ‘de lastengelijkheid’ genoemd.

De metafoor van de vliegende schotel refereert aan het hobbelige parcours dat de lastengelijkheid in België tot op heden heeft afgelegd. Deze bijdrage spitst zich toe op een grofmazige schets van dit parcours. Met ‘grofmazig’ bedoel ik een schets waarbij veeleer de *mijlpalen* in de ontwikkeling van dit beginsel aan bod zullen komen dan werkelijk ieder arrest of iedere publicatie in dit verband. Ik ga eerst in op de ontwikkeling van dit beginsel, om vervolgens stil te staan bij de handhaving en tot slot bij de toepassing ervan.

2. Ontwikkeling van de lastengelijkheid

Hoewel de lastengelijkheid pas vooral de laatste jaren sterk op de voorgrond is getreden,² is het beginsel nooit een volledige onbekende geweest in het Belgische

* S. (Samuel) De Winter is werkzaam als Notarieel jurist te Brasschaat en voltooit momenteel een doctoraal proefschrift over de lastengelijkheid.

1 A. Ralu, ‘L’*égalité devant les charges publiques* en Belgique: état des lieux depuis l’arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2010’, *Rev.Dr.Ulg* 2023, 125, nr. 69.

2 Waarvan getuige een vrij omstandige rechtsleer. Zie bijv. A. Van Oevelen, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België. Preadvies uitgebracht voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Antwerpen: Kluwer 1984, 209 p.; S. Lierman & W. Verrijdt, ‘Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad’, in: *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik. De invloed van overheidsmaatregelen op de waarde van onroerend goed*, Antwerpen: Intersentia 2017, 147 p.; M. Tjepkema, ‘Egalité à la hollandaise. De evolutie van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden in Nederland’, in: *Overheidsbeperkingen op*

recht. Een voorbeeld nemend aan hun Franse voorgangers³ braken toonaangevende Belgische publicisten⁴ aan het begin van de twintigste eeuw een lans voor het beginsel van de lastengelijkheid als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid in het algemeen, ongeacht of die schade van materiële of immateriële aard was en ongeacht of deze schade werd veroorzaakt door de wetgevende, de uitvoerende dan wel de rechterlijke macht, ook wanneer geen fout lastens de overheid bewezen kon worden. Het Belgische Hof van Cassatie, het hoogste rechtscollege van de gerechtelijke rechtsmacht, was daarentegen in het begin maar een koele minnaar van het beginsel. Zelfs in die mate dat telkens wanneer zich een gelegenheid voordeed om het beginsel een prominenter rol in het Belgische recht te laten spelen, het die gelegenheid bewust niet te baat nam. Een eerste keer gebeurde dit in het *Flandria*-arrest anno 1920, toen de aansprakelijkheid van de overheid op dezelfde grondslag werd gestoeld als die van particulieren: de foutaansprakelijkheid uit het Burgerlijk Wetboek.⁵ In 1960, meer bepaald in het zogenaamd *Kanaal*-arrest, werd dit bevestigd in een foutloze context: de overheid die haar ‘buren’ door het (laten) uitvoeren van openbare werken (bovenmatige) hinder berokkent, kan slechts op dezelfde grondslag aansprakelijk worden gesteld als zou die hinder berokkend geweest zijn door een particuliere buurman of -vrouw. Het gaat dan met name om de foutloze leer van het evenwicht tussen naburige eigendommen, op grond waarvan een eigenaar die dit evenwicht zelfs niet-foutief verbreekt, daarvoor aan zijn buurman toch een passende en billijke compensatie verschuldigd is.⁶

In 1946 kreeg de ontwikkeling van de lastengelijkheid een stimulans langs het administratieve spoor. In dat jaar zag artikel 7 (thans art. 11) van de organieke wet op de Raad van State, de hoogste Belgische bestuursrechter, immers het levenslicht. Die bepaling maakt de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad bevoegd om herstelvergoeding toe te kennen voor zogenaamd ‘buitengewone schade’ veroorzaakt door een administratieve overheid.

Het was dan ook onverwacht dat het Hof van Cassatie vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw in een specifieke context, namelijk hinder door openbare werken, de lastengelijkheid langzaam maar zeker toch begon te aanvaarden. Dat dergelijke hinder op grond van de leer van het voornoemde *Kanaal*-arrest anno 1960 aan de hand van de evenwichtsleer beoordeeld moet worden, neemt niet weg dat de rechter, bij de beoordeling of dit evenwicht *in concreto* al dan niet verbroken is, van

vastgoedgebruik. De invloed van overheidsmaatregelen op de waarde van onroerend goed, op. cit., p. 77-80; B. Vanheusden e.a., *Onderbouwing en verdere uitwerking van het analysekader bij de opmaak van regelgeving ten einde te kunnen voldoen aan het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten*, Universiteit Hasselt, 2018, 271 p.; S. De Winter, ‘Property Restrictions in the Public Interest in Light of the Equality of Citizens Before Public Burdens’, in: B. Akkermans & J. Robbie (red.), *Property Law Perspectives VII*, Den Haag: Eleven International Publishing 2021, p. 87-100; S. De Winter, ‘Het Vlaamse Gemeentewegendeccret: een eerste wettelijke verankering van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten’, *T.Gem.* 2020, p. 78-83.

3 Zie bijv. P. Delvolve, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Parijs: LGDJ 1969, 373, nr. 592.

4 R. Marcq, *La responsabilité de la puissance publique*, Parijs: Sirey 1911, p. 397.

5 Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

6 Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 928.

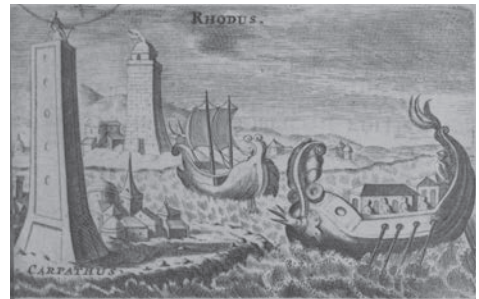
het Hof rekening moet houden met ‘de lasten die particulieren in het algemeen belang behoren te dragen’.⁷

Een hoogtepunt werd ingeluid in 1988, toen het Hof van Cassatie de lastengelijkheid een ‘algemeen rechtsbeginsel’ noemde.⁸ Kenmerkend voor dergelijke beginselen, die geacht worden aan het hele Belgische recht of minstens een hele tak binnen dit recht, namelijk het publiekrecht, ten grondslag te liggen, is dat ze ‘kunnen spreken wanneer de wetgever heeft gezwegen’, met andere woorden de overheid ook zonder wetsbepaling in die zin tot vergoeding van rechtmatig in het algemeen belang veroorzaakte schade kunnen verplichten.

In een cassatiearrest uit 2010, het befaamde ‘*Immo Antverpia*-arrest’, werd die kwalificatie alle eer aangedaan doordat de Belgische Staat los van iedere wetsbepaling op grond van dit beginsel veroordeeld werd om de materiële schade veroorzaakt tijdens een rechtmatig bevolen en verlopen huiszoeking te vergoeden.⁹

In een mijlpaalarrest uit 2012, het zogenaamde arrest ‘*Mafar*’, liet ook het Belgisch Grondwettelijk Hof zich in deze horen. Toen noemde dit Hof, bevoegd om wetkrachtige normen te toetsen aan onder meer de Belgische Grondwet, de lastengelijkheid een uitvloeisel van het algemene beginsel der gelijkheid en non-discriminatie voor de wet neergelegd in de Grondwet (artt. 10 en 11) veruit de belangrijkste norm voor de toetsing van wetgeving door het Grondwettelijk Hof.

De wortels van de lastengelijkheid gaan al ver terug. Van oudsher wordt zij in verband gebracht met de *Lex Rhodia de iactu*, geïllustreerd op de afbeelding rechts: wanneer de kapitein van een schip in nood de goederen van een afzender overboord moet gooien om het schip te redden, moeten de andere afzenders, wier goederen aldus gespaard bleven, gedupeerde afzender vergoeden. Zo ontstond ook de lastengelijkheid: wanneer enkelingen offers in het belang van de gemeenschap moeten dragen, mag die gemeenschap zich niet ongegrond verrijken op kap van die enkelingen doch moet zij hen vergoeden voor hun offers.



7 Cass. 1 oktober 1981, *RW* 1981-82, 2885, *JT* 1982, 41 en *De Verz.* 1982, 619; Cass. 28 januari 1991 en Cass. 23 mei 1991, *RCJB* 1992, 177-183, m.nt. J. Hansenne.

8 Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 321, *Pas.* 1989, I, 289, concl. B. Janssens De Bisthoven, *Bull.* 1989, 289, concl. B. Janssens De Bisthoven, *JT* 1989, 200, *RCJB* 1991, 407, m.nt. F. Rigaux & J. Van Compernelle, *RW* 1988-89, 1164 en *TBH* 1989, 229, concl. B. Janssens De Bisthoven, m.nt. G. Horsmans.

9 Cass. 24 juni 2010, *Arr.Cass.* 2010, 1903, concl. C. Vandewal, *Amén.* 2011, 145, concl. C. Vandewal, *Pas.* 2010, 2004, concl. C. Vandewal en *RW* 2010-11, 1217, concl. C. Vandewal.

3. Handhaving van de lastengelijkheid

In 2015 bracht het Grondwettelijk Hof verduidelijking omtrent de handhaving van de lastengelijkheid: voor zover de wetgever nog geen vergoeding voor een openbare last heeft geregeld, komt het de burgerlijke rechter toe om *in concreto* te beoordelen of een last verder gaat dan de lasten die burgers in het algemeen belang behoren te dragen.¹⁰

Voor zover de wetgever wél reeds een dergelijke vergoeding heeft geregeld, brachten het Hof van Cassatie¹¹ en het Grondwettelijk Hof¹² recent een beperking aan op de slagkracht van het beginsel: in een dergelijk geval moet de burgerlijke rechter een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof teneinde dit Hof toe te laten zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de wettelijke vergoedingsregeling met de Grondwet. Als de conclusie luidt dat de wettelijke regeling in de meeste gevallen weliswaar wel maar in sommige gevallen helaas niet de toets aan het beginsel kan doorstaan, komt het de wetgever – en enkel hem – toe om de wettelijke regeling op dit punt aan te passen: de rol van de burgerlijke rechter is dan (tijdelijk) uitgespeeld.

4. Toepassing van de lastengelijkheid

Het domein van de procedure verlatend heeft het er alle schijn van dat de lastengelijkheid in België de materiële toepassingsvoorwaarden van het Nederlandse *égalité*beginsel deelt: uit dit algemeen rechtsbeginsel vloeit voort dat de onevenredig nadelige – dit zijn: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende (de abnormale last) en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende (de speciale last) – gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad niet ten laste van de getroffen behoren te komen, maar gelijkkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.

Bij de beoordeling van de abnormale last moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak en in het bijzonder met de redelijke verwachtingen van de burgers in verband met de solidariteit die van hen wordt gevraagd, beter bekend als het criterium van de voorzienbaarheid van de last of zijn omvang. In het voornoemde arrest uit 2015 voegde het Grondwettelijk Hof daar nog een ander, vrij omstreden criterium aan toe: de financiële draagkracht van de overheid, wat mijns inziens zoveel betekent als de huidige stand van de begroting.

Het vereiste van de speciale last blijft vooralsnog grotendeels *terra incognita* in het Belgische recht. Vooral de Belgische Raad van State, in het kader van het voornoemde artikel 11 RvS-Wet, past dit criterium behoorlijk streng toe: de last mag slechts een handjevol slachtoffers maken. De juiste invulling lijkt mij degene van

10 GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, 99, *APT* 2016, 44, *BS* 22 oktober 2015, 65194, *NJW* 2016, 856, m.nt. J. Toury, *RW* 2015-16, 397, *RW* 2016-17, 57, m.nt. A.M. Draye, *TMR* 2016, 47, m.nt. G. Van Hoorick & L. Vandenhende en *T.Gem.* 2016, 37, m.nt. L. Vandenhende.

11 Cass. 20 februari 2020, *TMR* 2020, 454, m.nt. J. Voorter, J. Theunis & B. Vanheusden en *TROS* 2020, 54, m.nt. P.-J. Defoort.

12 GwH 16 december 2021, nr. 185/2021, const-court.be.

de Nederlandse Hoge Raad, namelijk een invulling die minder rekening houdt met het ‘tellen’ van de benadeelden dan wel met een vergelijking van de benadeelde met relevante anderen op het vlak van de abnormaliteit van de last die ze moeten dragen.¹³

5. **Besluit**

Deze bijdrage werd opgevat als een helikopteroverzicht van de ontwikkeling, de handhaving en de toepassing van de lastengelijkheid in België. In de inleiding vergeleek ik dit beginsel met een vliegende schotel, om duidelijk te maken dat die ontwikkeling niet van een leien dakje verliep en nog heel wat vragen openlaat. Niettemin meen ik dat we wel kunnen stellen dat die vliegende schotel inmiddels ‘op aarde geland’ is, waarmee ik bedoel dat de contouren van het beginsel hoe langer hoe meer scherp gesteld worden. Qua statuut staat het vast dat de lastengelijkheid als een algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde moet worden beschouwd, dat voor allerhande types openbare lasten – weze het materiële of immateriële lasten – als vergoedingsgrondslag kan fungeren. Spilfiguur in de handhaving van het beginsel is de burgerlijke rechter: de wetgever heeft niet langer het laatste woord wanneer het aankomt op de vergoeding voor openbare lasten. De toekomst moet wel nog uitwijzen hoe de twee toepassingsvoorwaarden van het beginsel, namelijk de abnormale en speciale last, door die burgerlijke rechter in de praktijk zullen worden ingevuld: zal hij dit even streng doen als de Raad van State in het kader van artikel 11 RvS-Wet, of uiteindelijk toch voor een invulling kiezen waardoor het beginsel al zijn potentieel kan vervullen?

13 HR 18 januari 1991, NJ 1992/638, m.nt. CJHB (*Leffers*).

15. Rechtseenheid en interne rechtsvergelijking

Nederland

Lidy Wiggers-Rust*

Aan het slot van deze canon komt nu aan de orde het thema dat ligt aan de basis ervan: rechtseenheid en interne rechtsvergelijking. Tussen beide bestaat een belangrijk verband. Interne rechtsvergelijking is op rechtseenheid gericht. Maar wat verstaan we onder rechtseenheid en hoe werkt interne rechtsvergelijking? Naast spraakmakende activiteiten ten aanzien van een en ander van de wetgever, de rechtspraktijk en de wetenschap komen deze vragen in dit venster aan bod, binnen de volgende context.

1. Context

Aan het begin van deze canon is de historische inbedding van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan de orde gekomen.¹ Daar is de ontwikkeling van die verhouding uiteengezet. Doordat algemene administratieve rechtsbescherming lang heeft ontbroken, vestigde zich de zogenoemde gemene rechtsleer, die ervan uitging dat het burgerlijk recht, als het algemene recht, gold voor de gehele samenleving inclusief de verhouding tussen de overheid en haar burgers, tenzij daarvan in bijzonder recht expliciet werd afgeweken. Inmiddels heeft het bestuursrecht zich tot een compleet rechtsgebied ontwikkeld en is voorzien in een ruime toegang tot de bestuursrechter. Daarmee werd de noodzaak van rechtsbescherming door de burgerlijke rechter in zaken die het publiekrechtelijk overheidshandelen betreffen, kleiner. Weliswaar kan de burgerlijke rechter, als de eisende partij stelt in een burgerlijk recht te zijn getroffen, ook publiekrechtelijk overheidshandelen toetsen, maar hij verklaart de eiser niet-ontvankelijk als het overheidshandelen aan een bestuursrechter kan worden voorgelegd. De rol van de burgerlijke rechter werd daarmee voor dergelijk handelen die van 'restrechter'.² De gemene rechtsleer maakte plaats voor de gemengde rechtsleer. Beide leren zijn gericht op de vraag in hoeverre het privaatrecht dan wel het publiekrecht van toepassing is op bevoegdheden en gedragingen van de overheid.³

2. Rechtseenheid en interne rechtsvergelijking

Het naast elkaar bestaan van publiek- en privaatrecht binnen onze rechtsorde brengt de wisselwerking tussen beide in beeld en onderstreept het belang van het

* L.F. (Lidy) Wiggers-Rust was tot voor kort raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, en raadsheer-plaatsvervanger in het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB).

1 Zie venster 1.

2 Vgl. HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773 (*Guldmond/Noordwijkerhout*), venster 5.

3 Zie over de gemene en gemengde rechtsleer venster 4.

bewaken van de rechtseenheid: het recht moet in beginsel als één geheel worden beschouwd. Het gaat daarbij niet alleen om uniformiteit of eenvormigheid, maar vooral ook om harmonie, consistentie en de afwezigheid van tegenspraken. Om dit te realiseren respectievelijk te waarborgen is interne rechtsvergelijking tussen beide systemen noodzakelijk. Dit betreft het vergelijken van begrippen, regels en beginselen uit beide systemen volgens de wet en de rechtspraak erover op gelijkennis en verschillen; het zoeken van een specifieke verklaring voor eventuele verschillen, mede aan de hand van de bijzondere positie van de overheid en de eigen aard van de beide rechtsgebieden; voorts het genereren van voorstellen tot het opheffen van eventueel gevonden onnodige verschillen. Het relevante Europese recht en de eventueel van belang zijnde actuele ontwikkelingen in de maatschappij/wetgeving dienen daarbij te worden betrokken.

3. Harmonisatie volgens de wet

Het is de gemengde rechtsleer waarvan ook de wetgever in 1992 in het – toen Nieuw – Burgerlijk Wetboek (BW) is uitgegaan: artikel 3:14 BW verklaart de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht ontoelaatbaar. De wetgever heeft met deze bepaling onder meer buiten twijfel willen stellen dat de algemene publiekrechtelijke normen die gelden voor het handelen van de overheid in beginsel ook van toepassing zijn in het privaatrecht. Dit is in overeenstemming met de ontwikkeling die zich intussen in de rechtspraak van de Hoge Raad had voorgedaan.⁴ De wetgever wilde aan de inmiddels ontwikkelde opvattingen over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht ook zeker geen afbreuk doen. Hij wilde, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, de rechtsvinding en rechtsontwikkeling op dit gebied in rechtspraak en literatuur veeleer de ruimte laten. Voor de rechter bestaat mede als gevolg van meerdere schakelbepalingen in het BW de mogelijkheid tot overeenkomstige toepassing van het privaatrecht in een publiekrechtelijke context.

Met de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zette de wetgever een belangrijke stap in de harmonisatie van het bestuursrecht als zodanig. Hij had daarbij mede oog voor de verhouding met het privaatrecht: artikel 3:1 lid 2 Awb sluit aan bij artikel 3:14 BW door de in de afdelingen 3.2-3.5 Awb gecodificeerde materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing te verklaren op andere handelingen van bestuursorganen dan publiekrechtelijke rechtshandelingen, dus op privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke gedragingen. De wetgever heeft er in de wetsgeschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht ook op gewezen dat de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek ten dele een meer algemeen karakter hebben en uitdrukking geven aan regels die gemeenschappelijk zijn aan het privaatrecht en het bestuursrecht. Daarop voortbordurend in (de wetsgeschiedenis van) de regeling van de bestuurlijke geldschulden (de vierde tranche Awb), heeft hij geëxpliciteerd dat geen onnodige verschillen dienen te bestaan tussen privaatrecht en bestuursrecht.⁵ Dit betekent dat voor een

4 Zie voor een eerste arrest HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ilkon*) en hierover venster 6.

5 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 14 (MvT vierde tranche Awb).

eventueel onderscheid tussen beide een behoorlijke rechtvaardiging moet kunnen worden gevonden. In de literatuur hebben met name de wel als ‘gemeenschappelijk recht’ aangeduide regels met een meer algemeen karakter ten grondslag gelegen aan de benaming van de gemeenschappelijke rechtsleer.^{6,7}

4. Bevordering rechtseenheid in de rechtspraak

Daarmee heeft de wetgever voor de rechter de loper uitgelegd om de rechtseenheid tussen publiek- en privaatrecht te waarborgen. Dit is van belang voor de rechtsstatelijkheid, in het bijzonder de rechtsgelijkheid. Gelijke gevallen dienen in ons recht gelijk te worden behandeld. Dit brengt tevens mee dat gerechtvaardigde verschillen dienen te worden gehonoreerd. Ook de consistentie van ons recht, dus de rechtszekerheid en toegankelijkheid daarvan, is met rechtsgelijkheid gediend.

Het behoeft geen betoog dat rechtseenheid voor rechters de nodige studie vereist. Deze vergt immers niet alleen inzicht in het rechtsgebied waarin men (hoofdzakelijk) werkt (bijvoorbeeld het publiekrecht), maar ook in het andere rechtsgebied (in dit voorbeeld het privaatrecht). Tegen de achtergrond van de vervagende scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht bestaat ook in de rechterlijke macht gelukkig in toenemende mate het besef dat ‘over het muurtje’ dient te worden gekeken. Sinds het begin van deze eeuw wordt daarop meer acht geslagen. Zo is in 2002 bij de modernisering van de rechterlijke organisatie in (art. 23 lid 3 van) de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) vastgelegd dat de gerechtshoven tot taak hebben binnen het gerecht de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing te bevorderen. Op de Raad voor de Rechtspraak is (in art. 94 Wet RO) de taak gelegd de gerechten bij die activiteiten ondersteuning te bieden.

De aandacht voor rechtseenheid heeft een extra impuls gekregen als gevolg van het toegenomen belang van het Europese recht (EVRM en EU).⁸ Dit vergt op de door de EU gereguleerde gebieden uiteraard ook wat het (nationale) publiek- en privaatrecht betreft een deugdelijk gecoördineerde rechtstoepassing in de lidstaten.⁹ Het is daarvoor noodzakelijk dat bestuursrechters en burgerlijke rechters naar wegen zoeken om met elkaar in overleg te treden om de nuttige toepassing van het Unierecht zo goed mogelijk gestalte te geven. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de ‘handhaving’ van toenemend sturende (naar oorsprong) Europese regelgeving

6 Zie over deze terminologie F.J. van Ommeren, ‘Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de “gemene rechtsleer” naar de “gemeenschappelijke rechtsleer”’, AA juli/augustus 2012, p. 56 e.v. en in het bijzonder par. 3.2 onder ‘Het etiket’, (mede) naar aanleiding van M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk Recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013. M. Scheltema was regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht. Zie over deze leer ook venster 4.

7 Vgl. over het voorafgaande in deze paragraaf meer uitgebreid G. Snijders, *Monografie Overheidsprivaatrecht algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/4-7, met relevante verwijzingen naar de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur, waaronder (in nr. 4c) bijdragen van W. Snijders, die vanaf 1971 regeringscommissaris was voor Boek 6 van het Nieuw BW waarin het algemeen verbintenissenrecht wordt geregeld.

8 Vgl. de vensters 2 en 3.

9 Vgl. art. 19 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en art. 47 van het Handvest voor de grondrechten voor de Europese Unie (Handvest).

door toezichthouders en de bestuursrechter enerzijds en de burgerlijke rechter anderzijds.¹⁰

De hoogste rechters hebben ‘de handen ineengeslagen’, omdat op hen in dit verband een bijzondere taak rust: hun uitspraken zijn immers richtinggevend voor lagere rechters. In 2010 hebben de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna de Afdeling), de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Hoge Raad, met het in het leven roepen van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht,¹¹ afgesproken om de rechtseenheid in het bestuursrecht structureel te gaan bewaken. De aandacht gaat daarbij tevens uit naar de consistentie in het recht, ook tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden: privaatrecht en strafrecht. Er is inmiddels voorzien in een aantal instrumenten die de door hen beoogde rechtseenheid ondersteunen, zoals de mogelijkheid voor hoogste bestuursrechters zaken te verwijzen naar een grote kamer (vgl. art. 8:10a lid 4 Awb), de mogelijkheid bij die colleges tot het nemen van conclusies (art. 8:12a Awb) en kruisbenoemingen tussen de Afdeling en de Hoge Raad (vgl. art. 5a lid 3 Wet RO).¹² Mooie voorbeelden van afstemming door de hoogste rechters tussen publiek- en privaatrecht hebben intussen het licht gezien. Een recent voorbeeld vormt het zogenoemde *Didam*-arrest.¹³

In die uitspraak stond het gelijkheidsbeginsel centraal. Dat dit beginsel ook in het privaatrecht op handelingen van de overheid van toepassing was, vormde geen punt van discussie.¹⁴ Partijen debatteerden in het bijzonder over de reikwijdte van dit beginsel in de onderhavige zaak. Voor zijn oordeel daarover verwees de Hoge Raad naar een recente uitspraak van de Afdeling, die in een bestuursrechtelijke procedure, in navolging van een conclusie van advocaat-generaal Widdershoven,¹⁵ had geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel meebracht dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden.¹⁶ De Hoge Raad nam de door de Afdeling geformuleerde regels over. De gelijksoortige vraagstelling werd daarmee in de verschillende rechtsgebieden op dezelfde wijze beantwoord, wat van groot belang is voor de eenheid van het recht.

10 Zie over dit thema uitgebreid het proefschrift van C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden) (Serie Recht en Praktijk, nr. CA 17), Deventer: Wolters Kluwer 2017, door mij besproken in *MvV* 2019/1.1.

11 Niet te verwarren met de gelijknamige, in de volgende noot bedoelde commissie die het desbetreffende rapport heeft geschreven.

12 Zie over de uitgangspunten en opties voor rechtseenheidsvoorzieningen meer uitgebreid het Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht, augustus 2016, par. 4.

13 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

14 Zie hiervoor in par. 2.

15 ECLI:NL:RVS:2016:1421.

16 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Zie over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de verdeling van schaarse vergunningen eerder reeds F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 44 e.v.

Ook andere rechtsbeginselen kwamen in deze zin in de rechtspraak van de hoogste rechters aan de orde, zoals het vertrouwensbeginsel¹⁷ en het mede op processuele (bestuursrechtelijke) bevoegdheden van toepassing geachte verbod van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 1 BW).¹⁸



Deze rechtspraak laat zien dat privaatrecht en bestuursrecht van elkaar kunnen leren en voor elkaar een voorname bron van inspiratie vormen.

17 Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

18 Vgl. bijvoorbeeld ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129; ECLI:NL:RVS:2014:4185; ECLI:NL:RVS:2014:4135.

5. Interne rechtsvergelijking in de literatuur

Ofschoon de literatuur in deze bijdrage, zoals niet ongebruikelijk, als derde bron na wetgeving en rechtspraak aan de orde komt, liep deze in feite voor beide uit. Te noemen zijn hier in het bijzonder de artikelen in *WPNR* en *Bouwrecht* uit januari/februari 1977 van Bloembergen,¹⁹ die de term ‘interne rechtsvergelijking’ als eerste gebruikte voor de systematische vergelijking van (begrippen, regels en beginselen uit) publiek- en privaatrecht en daarover relevante publicaties het licht deed zien.²⁰ Meer recent is aan deze materie aandacht gegeven door onder meer Scheltema & Scheltema²¹ en mijzelf,²² terwijl over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht vanuit privaatrechtelijke respectievelijk bestuursrechtelijke invalshoek veel te vinden is in het werk van G. Snijders²³ en Huisman & Van Ommeren.²⁴

6. Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Wat voor rechters geldt, geldt uiteraard eveneens voor degenen die betrokken zijn bij ‘de voorkant’ van het proces of het voorkomen daarvan: de juristen die werken voor burgers, overheden, bedrijven enz. Ook voor hen is inzicht in beide rechtsgebieden vereist, zeker als het gaat om werkzaamheden op de zogenoemde functionele rechtsgebieden en in de door de EU gereguleerde sectoren. Degenen die hen op die activiteiten voorbereiden (op de universiteiten) mogen evenmin worden vergeten. Een belangrijk moment voor de interne rechtsvergelijking vormt dan ook de oprichting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog in 2019. Het Platform heeft als missie het realiseren van een optimale samenwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt met een steeds optimaal gemengd gezelschap uit de verschillende gremia vanuit Nederland en België in dialoog geparticipeerd. Naast interne rechtsvergelijking als hoofdthema is binnen het Platform dus tevens sprake van externe rechtsvergelijking die aan de interne rechtsvergelijking een extra dimensie toevoegt. Het Europese recht speelt daarin mede een rol. Op de website van het Platform (recht-in-dialoog.eu) is zichtbaar welke onderwerpen tot nu toe in expertmeetings de rechtsvergelijkende en van elkaar lerende aandacht van het Platform hebben gekregen; onder de knop Publicaties zijn alle daartoe voorbereide en afgeronde stukken en kennisclips opgenomen.

19 Vgl. A.R. Bloembergen, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, *WPNR*, jaargang 108, januari 1977, nrs. 5372-5375 en A.R. Bloembergen, ‘Interne rechtsvergelijking, een comparatieve kijk op privaatrecht, administratief recht en bouwrecht’, *Bouwrecht*, 14e jaargang, nr. 2, februari 1977.

20 Uit vroeger tijden zijn zeker ook andere auteurs te noemen, onder wie met name J.M. Polak. Zie onder meer zijn Wageningsse rede ‘*De Eenheid van het recht*’ (Zwolle) 1958.

21 Zie hiervoor in par. 3 met noot 6.

22 L.F. Wiggers-Rust, ‘Interne rechtsvergelijking. Een “must” in de meergelaagde rechtsorde’, *NJB* 2017/1645.

23 Zie noot 7.

24 Huisman & Van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen* (HSB) 2019.

7. Afsluiting

De verhouding tussen publiek- en privaatrecht is, mede ten gevolge van EU-recht, meer en meer verweven. De bestuursrechter en de burgerlijke rechter worden wel na en naast elkaar gevraagd om te oordelen in een en dezelfde kwestie. Dit maakt interne rechtsvergelijking en verdere afstemming en samenwerking een 'must'. Professionals en academici zijn daarvan steeds meer doordrongen. Ten gunste van de rechtseenheid zijn intussen belangrijke stappen gezet, met name op het hoogste rechterlijke niveau. Voor de toekomst is van belang te achten dat het lagere rechterlijk niveau spoedig zal volgen.²⁵ De academie zal hopelijk inzien dat het tijd is voor aandacht voor een gezamenlijke intern rechtsvergelijkende benadering van publiek- en privaatrecht, bijvoorbeeld op masterniveau. De onderwerpen liggen, zoals ook blijkt uit deze canon, voor het oprapen. Nagedacht moet voorts worden over de vraag: 'Hoe verder'? Daarbij is bijvoorbeeld te onderzoeken hoe het is gesteld met de eigen aard van publiek- en privaatrecht en welke keuzes zijn te maken voor de verdere verhouding tussen die twee. Een en ander zal kunnen strekken tot vergroting en waarborging van de rechtseenheid, ten gunste ook van de toegankelijkheid van ons recht!

25 Zie hierover meer uitgebreid L.F. Wiggers-Rust, 'Goed voorbeeld doet goed volgen. Over de coördinatie tussen bestuursrecht en privaatrecht op het hoogste én op lager rechterlijk niveau', *NJB* 2022/2610.

15. Rechtseenheid en interne rechtsvergelijking

België

Françoise Auvray*

1. Grensvervaging en verzoeningsdrang

De grens tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke sfeer is al lang niet meer waterdicht.¹ Zo delegeert de overheid in toenemende mate haar taken aan entiteiten en instellingen die strikt genomen geen overheid zijn. Het fenomeen is gekend: privaatrechtelijke contracten, vennootschappen en verenigingen worden gebruikt om doelstellingen van algemeen nut te verwezenlijken. Maar ook het omgekeerde kan: overheidsinstellingen bieden bijvoorbeeld commerciële diensten aan die niet kwalificeren als zuivere overheidstaken. De grens tussen privaat en publiek vervaagt eveneens in de mate het publiekrecht steeds vaker het privaatrecht komt beteugelen aan de hand van dwingende wetgeving, vaak ter bescherming van de zwakkere partijen in de maatschappij. En zelfs het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen valt steeds minder duidelijk te maken.² Dergelijke evoluties roepen vragen op 'naar de toepassing, de controle en de afdwingbaarheid van publiekrechtelijke regels en beginselen in private verhoudingen'.³ De grensvervaging draagt bij tot de zeer actuele en alomtegenwoordige vragen of er tussen het publiek- en privaatrecht nog zo'n sterke tweedeling te maken valt en of deze nog nodig is.



* F. (Françoise) Auvray, hoofddocente en titularis van de leerstoel 'Droit de la responsabilité et des assurances' aan het Centre de droit privé – ULB en verbonden aan het Instituut voor verbintenissenrecht – KU Leuven.

- 1 Voor zover ze dat ooit is geweest. Zie voor een overzicht van de geschiedenis van *de summa divisio* publiek-privaatrecht: J. Van Meerbeeck, 'Droit public et droit privé: ni summa, ni divisio?', in: *La distinction entre droit privé et droit public*, J. Van Meerbeeck, P.-O. de Broux, Th. Léonard & B. Lombaert (coord.), Limal: Anthémis 2019. Zie ook *supra* venster 1.
- 2 Zie F. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge: die Keure 2004. Algemeen omtrent het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en omtrent het begrip *openbare dienst*, zie Mast e.a. 2021, nr. 67 e.v.
- 3 W. Van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen deel*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 294.

In de rechtsleer en in de rechtspraak werd niet gewacht op een duidelijk antwoord op deze vragen om met de complexiteit van de grensvervaging aan de slag te gaan. Doorheen de jaren hebben de actoren van het recht getracht de confrontatie tussen publiek- en privaatrecht te verzachten, onder meer door te zoeken naar rechtseenheid.⁴ Wanneer het verschil tussen beide sferen kleiner wordt, vermindert ook het belang van de kwalificatie publiek- dan wel privaatrechtelijk. In de volgende randnummers geef ik enkele⁵ voorbeelden van rechtsvergelijkende zoektochten die hebben geleid tot meer rechtseenheid over de grens heen.

2. Van publiek naar privaot

Zoals eerder in de canon benadrukt,⁶ is sinds 1 januari 2023, overeenkomstig artikel 1.1 lid 1 het uitgangspunt dat het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ‘van algemene toepassing [is] onder voorbehoud van de regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag’. Het criterium van de ‘regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag’ vereist nog verdere opheldering. Toch kunnen we voorzichtig stellen dat een onderliggende idee is dat de toepassing van het BW, en ruimer van het privaatrecht, op en door de overheid maar mogelijk is indien het intrinsiek toelaat rekening te houden met de eigenheid van de overheid.⁷ Het privaatrecht als gemeen recht moet, anders gezegd, verzoenbaar zijn met de beginselen van het publiek recht.

In het kader van het buitencontractuele (overheids)aansprakelijkheidsrecht⁸ is een dergelijke verzoening verwezenlijkt door de beginselen van behoorlijk bestuur binnen het foutbegrip te loodsen.⁹ Zoals geweten¹⁰ is de overheid, in elk van haar functies, vandaag onderworpen aan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid van artikel 1382 oud BW.¹¹ Zo maakt eenieder, en dus ook de overheid¹² een fout wanneer niet wordt gehandeld als een normaal en zorgvuldige persoon of overheid in dezelfde omstandigheden.

4 J. Mertens De Wilmars, ‘Van privaot naar publiekrecht: eenrichtingsverkeer?’, *TBP* 1981, afl. 1-2, p. 7-13.

5 Volledigheid kan gelet op de omvang van deze bijdrage niet worden beoogd.

6 Zie venster 6. De toelichting bij art. 1.1 is te vinden in het document houdende het derde amendement op het initieel art. 1.1 van het Wetsvoorstel: Amendement nr. 3 van de heer Geens, *Parl.St.*, 55K1805/003.

7 Vgl. met P. Goffaux, ‘Le droit administratif belge n’est pas un droit dérogatoire au droit commun’, *RIEJ* 2020, 233; geciteerd in de toelichting.

8 Ook het momenteel in het parlement besproken wetsvoorstel van 8 maart 2023 houdende Boek 6 ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid’ van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.*, nr. 55 5 3213/001, vertrekt van een verstrekkende gelijke toepassing van de bepalingen. Overeenkomstig art. 6.5 zijn ‘De bepalingen van dit boek (...) van toepassing op zowel private en publieke rechtspersonen als natuurlijke personen, tenzij de wet anders bepaalt.’

9 Het aansprakelijkheidsrecht is evenwel niet de enige materie waarbinnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol te spelen hebben. Zie voor een ruimer overzicht de cruciale bijdrage van W. Van Gerven, ‘Beginselen van behoorlijk handelen’, *RW* 1982-83, p. 961-978.

10 Zie venster 13.

11 D. Renders (red.), *La responsabilité des pouvoirs publics (XXIIes Journées d’études juridiques Jean Dabin)*. Brussel: Bruylant 2016.

12 Zie voor een recente bevestiging van de – tot dan nog enigszins betwiste – toepassing van het tweeluik van de fout op de wetgever, Cass. 15 december 2022, C.21.0003.F; ECLI:BE: CASS:2022:CONC.20221215.1F.5.

Om de zorgvuldigheidsmaatstaf in te kleuren en om beter aan te sluiten bij de maatschappelijke verwachtingen die gelden voor de overheid wordt teruggegrepen naar de beginselen van behoorlijk bestuur.¹³ Het fenomeen is meermaals beschreven, onder meer in Nederland. Sniijders ziet hierin een voorbeeld van hoe: ‘... het publiekrecht wordt “geïmporteerd” in het privaatrecht. Toetsing van de uitoefening van een privaatrechtelijk recht door de overheid vindt daardoor plaats aan de hand van het privaatrecht en publiekrecht tegelijk, waarbij de privaatrechtelijke normen [zoals in casu de zorgvuldigheidsnorm] uiteindelijk dus geheel of ten dele publiekrechtelijk worden ingevuld en de toetsing van het onderhavige privaatrechtelijke recht uiteindelijk dus vrijwel geheel op publiekrechtelijke gronden plaatsvindt’ (eigen precisering).¹⁴ Ons Hof van Cassatie heeft geen probleem met deze werkwijze.¹⁵ Ook het wetsontwerp tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht neemt de beginselen van behoorlijk bestuur op in de (niet-exhaustieve) lijst van criteria die door de rechters kunnen worden gehanteerd bij het invullen van de zorgvuldigheidsmaatstaf.¹⁶

3. Of omgekeerd? Van privaat naar publiek

Verenigbaarheid zoeken in de privaatrechtelijke sfeer is ook mogelijk. Zo lezen we dat de privaatrechtelijke ‘goede trouw’ vormend is geweest voor de invulling van de publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷ Van Damme benadrukt wel dat ‘Eerder dan in de beginselen van behoorlijk bestuur een soort van “publiekrechtelijke tegenhanger” van de “privaatrechtelijke goede-trouwnorm” te zien, ... het erop [zal] aankomen het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw in zijn aan het administratief recht aangepaste verschijningsvorm te ontwaren.’¹⁸

Een vergelijkbare beweging van privaat naar publiek is te vinden bij de opkomende beginselen van behoorlijk burgerschap. Dit zijn de beginselen waaruit verplichtingen voortvloeien voor de burgers in hun verhouding tot de overheid.¹⁹ De zoektocht naar het bestaan en de invulling van de beginselen van behoorlijk burgerschap werd mede ingezet door rechtsvergelijkend onderzoek met het

-
- 13 Zie het verslag n.a.v. de expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog d.d. 21 mei 2021 over ‘De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?’: recht-in-dialoog.
- 14 G. Sniijders, ‘Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard’, in: A.G. Castermans & G. Sniijders, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadviezen van de vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, (1-48) 29.
- 15 Cass. 20 juni 1997, C.96.0195.N.
- 16 Wetsvoorstel van 8 maart 2023 houdende Boek 6 ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid’ van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.*, nr. 55 5 3213/001, p. 52: ‘Zoals al aangegeven, kunnen tekortkomingen in bestuur of organisatie een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht opleveren. Wat de aansprakelijkheid van de overheid betreft, beantwoorden deze beginselen aan de beginselen van behoorlijk administratief bestuur.’
- 17 M. Van Damme, ‘Goede trouw van burger en bestuur’, *RW* 1989-90, p. 1107-1119.
- 18 Van Damme 1989, p. 1108; zie ook W. Lambrechts, ‘Goede trouw van burger en bestuur. Een reactie van W. Lambrechts op het rapport van M. Van Damme’, *RW* 1989-90, p. 1120-1121 en D. D’Hooghe, ‘Overeenkomsten met de overheid’, in: M. Storme, Y. Merchiers & J. Herbots (red.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen: Kluwer 1990, p. 127-165.
- 19 Zie voor de publiekrechtelijke invulling o.m. GwH 14 maart 2019, nr. 46/2019, RvS 29 juni 2004, nr. 133.265 (*Kodeva*), RvS 16 november 2009, nr. 197.835 (*Clinckspoor*), RvS 30 januari 2020, nr. 246.926 (*nv Eurofiber*), RvVb 18 juni 2019, nr. RvVb-A-1819-1101.

privaatrecht. In zijn bijdragen zag Suetens²⁰ immers voer voor het concept in privaatrechtelijke figuren zoals dat van rechtsverwerking, goede trouw, rechtsmisbruik,...²¹

4. **Of gaat het over het (h)erkennen van een ‘gemeenschappelijke onderbouw’²² dan wel om kruisbestuiving?**

De vraag of een verzoeningspoging gebeurt door overname van publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke figuren is niet altijd pertinent. Vaak komt de rechtseenheid er ten gevolge van een rechtsvergelijkende analyse van het publiek- en privaatrecht.²³ Een dergelijke rechtsvergelijking laat dan toe een ‘gemeenschappelijke onderbouw’ te (h)erkennen. De intussen als klassieke verheven bijdrage van Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins?* is daarvan een mooi voorbeeld.²⁴ In deze bijdrage onderzoekt Van Gerven minutieus de verschillende controlemechanismen op het handelen van de administratie. Vanuit het publiek recht onderzoekt hij de controle van de Raad van State en de controle via artikel 159 van de Grondwet. Vanuit het privaatrecht onderzoekt hij het (overheids)aansprakelijkheidsrecht en het contractenrecht.²⁵ Deze analyse laat hem toe te concluderen dat de administratieve rechter en de gewone burgerlijke rechter ‘bij het beoordelen van een discretionaire overheidsbeslissing *op dezelfde wijze* te werk gaan, dat beide nl. in een laatste fase, wat de kern zelf van de discretionaire bevoegdheid betreft, de beslissing slechts marginaal beoordelen’ (eigen benadrukking)²⁶ omdat ‘niet [mag] worden geraakt aan de overblijvende kern van discretionaire bevoegdheid. Deze kern moet ongemoeid blijven.’²⁷

Maar is het wel een bestaande gezamenlijke kern die wordt ontdekt, of is het door kruisbestuiving dat de rechtseenheid over de jaren heen wordt gecreëerd, of beter nog beide?²⁸ Is het met andere woorden niet eerder het dialectisch heen en weer gaan van de blik over de grens dat zorgt voor het naar elkaar toegroeien van de beide rechtssferen? Is dat wat Mertens de Wilmar bedoelt met: ‘Het

20 L.-P. Suetens, ‘Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura’, in: G. Baert (red.), *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel: Story-Scientia 1986, p. 91-102.

21 Suetens 1986, p. 98-99 en L.-P. Suetens, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning’, in: I. Opdebeek (red.), *Algemene Beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen: Kluwer 1993, (1), p. 20.

22 Terminologie ontleend aan Van Gerven 1982, p. 978.

23 Zie Van Gerven & Lierman 2010, p. 524.

24 Van Gerven 1983, p. 89.

25 Noteer dat sinds 1 januari 2023, art. 5.13 BW in het eerste lid meegeeft dat de bepalingen van Hoofdstuk 1 (Titel 1, onderafdeling 1) betreffende het contractenrecht van toepassing zijn ‘op alle contracten, meerpartijencontracten inbegrepen, en contractuele bedingen, [...] tenzij de wet zich daartegen verzet.’ Het toepassingsgebied is dan ook zeer ruim. Vallen in beginsel onder de toepassing van het nieuw contractenrecht, dus ook contracten gesloten door de overheid. Afwijkingen door de geschreven en ongeschreven wetgeving blijven mogelijk; denk bijvoorbeeld aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

26 Van Gerven 1983, p. 56.

27 Van Gerven 1983, p. 89.

28 Over de verschillende manieren waarop het publiekrecht en het privaatrecht op elkaar kunnen inwerken is al veel conceptueel denkwerk verricht. Vooral in de Nederlandse rechtsleer vinden we eigen benoemingen voor de verschillende visies. Zo sluit de eerste zinsnede wellicht best aan bij de ‘gemeenschappelijke strekking’ en het tweede bij de ‘gemengde strekking’. Vgl. venster 4 (Nederland). Zie ook in Van Gerven & Lierman 2010, p. 524 e.v.; de illustraties van de vertrouwensleer en het proportionaliteitsbeginsel.

onderscheid tussen beide rechtsgebieden en rechtssystemen verdwijnt zeker niet en evenmin hun respectievelijke autonomie. Maar in het privaatrecht en in het publiekrecht zijn er een aantal materies – zeer variërende trouwens – en een aantal rechtsfiguren te onderkennen die samenvloeien en tot een nieuw coherent geheel groeien.²⁹

4. **Blijvend belang van rechtstakoverschrijdende initiatieven**

Het achterhalen van de exacte manier waarop rechtseenheid tot stand komt is voor de mensen in de praktijk vaak van ondergeschikt belang. Veel crucialer is dat de aandacht voor rechtseenheid blijft bestaan. Wederzijds begrip tussen de beoefenaars van publiek- en privaatrecht was en blijft belangrijk. Niet het minst met het nieuw artikel 1.1 BW in het achterhoofd, is het belangrijk verder te identificeren welke kant het getouwtrek tussen uniforme toepassing van het gemeen recht en differentiatie wegens eigenheid van het openbaar gezag zal uitgaan.

Rechtstakoverschrijdende initiatieven getuigen van het blijvende belang. Zo valt te denken aan het initiatief dat leidde tot het lijvig verslagboek van A. Bailleux, D. Bernard en J. Van Meerbeeck (red.), *Distinction (droit) public / (droit) privé: Brouillages, innovations et influences croisées*, Brussel: Presses de l'Université Saint-Louis 2022; maar uiteraard ook aan de werkzaamheden van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog waarvan alle verslagen online beschikbaar zijn (recht-in-dialoog.eu).

29 J. Mertens De Wilmars 1981, afl. 1-2, p. 13.

Illustratieverantwoording

De uitgever heeft ernaar gestreefd de auteursrechten te regelen volgens de wettelijke bepalingen. Degenen die desondanks menen zekere rechten te kunnen doen gelden, kunnen zich wenden tot de uitgever.*

- 12 – 1N Le peuple aux Tuileries (Bron gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France)
- 19 – 1B Code Napoléon. Sa Majesté l'Empereur et Roi montre à l'Impératrice-Reine les articles du Code civil (gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France)
- 26 – 2N Klimaatprotest (Vincent M.A. Janssen/Pexels)
- 31 – 2B Eleanor Roosevelt bekijkt de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (FDR Presidential Library & Museum/Wikimedia Commons)
- 39 – 3N Europese Commissie in Brussel (Jorisvo/iStock)
- 45 – 3B Vlag van de Europese Unie (Dušan Cvetanović/Pexels)
- 47 – 4N Abstracte achtergrond (Yamontro/Adobe Stock)
- 60 – 1N Bovenaanzicht bos (Tom Parsons/Unsplash)
- 65 – 5N Doolhof (Tarey/Pixabay)
- 82 – 6N Omslag Ars Aequi mei 1987 (*Osmose tussen publiek- en privaatrecht*, Uitgever: Ars Aequi)
- 86 – 6B Patroon op vloer (Dan Gold/Unsplash)
- 94 – 7N Plaatsnaamborden Doetinchem en Harderwijk (Adobe Stock)
- 98 – 7N Oude houten deur met slot (Perysty/Adobe Stock)
- 105 – 7B De H. Lodewijk IX van Frankrijk spreekt als wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht recht onder de eikenboom. Schilderij door Pierre-Narcisse Guérin (1816) (La Tribune de l'art/Wikimedia Commons)
- 112 – 8N Pyramide (Brandelet Didier/Adobe Stock)
- 114 – 8B Het Grondwettelijk Hof te Brussel (foto: A.-S. Vandaele)
- 119 – 9N Demonstranten (Freepik)
- 126 – 9B Groep mensen (Freepik)
- 138 – 10B Wegwijzers (Egor Myznik/Unsplash)
- 145 – 11N Government contracts (Andrii/Adobe Stock)
- 155 – 11B Illustratie moderne architectuur (Excellence Arch/Shutterstock)
- 160 – 12N Een openbare weg in Den Haag (foto: G.A. van der Veen)
- 166 – 12B Deurganckdok (© Port of Antwerp-Bruges)
- 171 – 13N Windmolens (Tom Swinnen/Pexels)
- 181 – 14N De voorheen opklapbare Paul Krugerbrug wordt verbouwd tot een vaste brug (Fotodienst GAU/collectie Het Utrechts Archief [815869])
- 187 – 14B De lege Rhodia de jactu (Bron gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France)
- 195 – 15N Honoré Daumier. My dear fellow (my dear colleague – lawyers) (Mon cher confrère (mon cher collègue – avocats)) (1855)
- 199 – 15B Plant groeit door scheur wegdek (Markus Spiske/Unsplash)

* 1N = venster 1 Nederland, 1B = venster 1 België enz.

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de volgende sponsors van het Platform:

ALLEN & OVERY

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Equator
Advocaten - Avocats - Attorneys

holla
legal & tax

Kennedy Van der Laan
De heldere lijn

LOYENS LLOEFF PELS RIJCKEN

Stibbe

VERBIST & VANLERBERGHE
OMEGA LAW

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

