

Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid naar Belgisch recht

Christopher Borucki

1. Inleiding

1. ‘KOSTEN’ ALS PARAPLUTERM – Deze bijdrage gaat na of de overheid kosten die zij maakt, naar Belgisch privaatrecht kan verhalen. Kan een overheid überhaupt wel beroep doen op privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen? Zo ja, welke privaatrechtelijke wegen liggen voor haar open? Bij de beantwoording van zulke vragen is het van belang dat de overheid menig verschijningsvorm kent en op vele terreinen van het leven ingrijpt. Er zijn heel wat situaties waarin ‘een overheid’ publieke middelen moet inzetten en zo ‘kosten’ maakt. Het begrip ‘kosten’ is daardoor een paraplueterm. Het is maar de vraag of iedere vermindering van het vermogen van de overheid ook een schade in de privaatrechtelijke zin is.¹
2. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID – Buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en volgende oud BW vereist, bijvoorbeeld, het bestaan van een onrechtmatig veroorzaakte schade, wat de krenking van een rechtmatig belang is. Dat kostenverhaalmechanisme geniet de meeste aandacht naar Belgisch recht en staat daarom centraal in de rechtspraak van het Hof van Cassatie over dit onderwerp. Uit die rechtspraak blijkt dat de overheid als benadeelde beroep kan doen op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.² Toch geeft deze mogelijkheid aanleiding tot debat.
3. DISCUSSIE OVER BEPAALDE KOSTEN – Wanneer een schadeverwekker goederen in het bezit van de overheid onrechtmatig beschadigt, geeft de vraag over ‘kostenverhaal’³ tot weinig discussie aanleiding. De overheid kan zoals eenieder zaakschade en gevolgschade (*consequential economic loss*) lijden.⁴ Dat ligt minder voor de hand wanneer de overheid kosten maakt ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht⁵ om de openbare orde⁶ te handhaven. Volgens het huidige standpunt van het

¹ Het vermogen is de juridische algemeenheid die het geheel van de bestaande en toekomstige goederen en verbintenissen omvat van een persoon. Het vermogen is dus het geheel van in geld waardeerbare rechten (activa) en plichten (passiva) van een persoon, zie art. 3.35 BW; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel, I, Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, 238, nr. 87; V. SAGAERT, A.L. VERBEKE en B. TILLEMANN, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 19, nr. 32; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 8, nr. 7.

² Zoals zij ook via deze weg als schadeverwekker tot schadeloosstelling kan worden aangesproken. Het Hof van Cassatie heeft de toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsrecht op de uitvoerende macht voor het eerst aanvaard in het *Flandria-arrest*, zie Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193. Een eeuw later geldt dit onverkort, zie Cass. 12 maart 2020, C.18.0383.N.

³ Zie later in nr. 18 een nuancering over het begrip ‘kostenverhaal’ bij zaakschade.

⁴ Een persoon die op onrechtmatige wijze een voertuig van de vroegere rijkswacht aanrijdt, brengt de overheid wier eigendom het voertuig is zaakschade toe. Die persoon is de overheid integrale vergoeding verschuldigd (inclusief de BTW op de herstellingskosten) (zie Cass. 15 februari 2010, C.09.0028.N). Een persoon die met een vrachtwagen op onrechtmatige wijze tegen de onderzijde van een brug rijdt, brengt de overheid wier eigendom de brug is zaakschade toe. Die persoon is de overheid integrale vergoeding verschuldigd (zie Cass. 5 oktober 2018, C.18.0145.N). Andere voorbeelden zijn schade aan verkeerslichten (Rb. Antwerpen 18 juni 2012, *RW* 2014-15, 792), schade aan treinen (Cass. 14 juni 2019, C.18.0501.N; Brussel 5 november 1992, *T.Verz.* 1993, 78, noot M. LAMBERT) en schade aan openbare nutsvoorzieningen (kabels, leidingen, lantaarnpalen en dergelijke meer) (zie voor een overzicht van rechtspraak hierover G. LENSSENS, “De invordering van bijstandskosten door exploitanten van openbare nutsleidingen”, *Iuvis* 2000, (1043) 1048-1051; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933)1490-1494, nr. 124).

⁵ Een ‘(grond)wettelijke plicht’ in het kader van privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid is ruim te begrijpen. De term omvat iedere ‘organieke’ ‘wet’ in de ruimste betekenissen van dat adjectief en zelfstandig naamwoord. In die breedste zin is een organieke wet iedere rechtsnorm over de inrichting en organisatie van de staat die bepaalt op welke wijze een grondwettelijke opdracht van de staat moet worden behartigd en uitgevoerd. Zo’n rechtsnorm kan een formele wet zijn, dit is een wet die uitgevaardigd is door een wetgevende macht (bijvoorbeeld een formele wet die bepaalt wat de opdrachten van de brandweer zijn), maar ook een andere aard is mogelijk (bijvoorbeeld een besluit van de Vlaamse regering dat een agentschap opricht en bevoegdheden ter bescherming van het leefmilieu aan dat agentschap delegeert).

⁶ De notie van een ‘goede openbare orde’ laat zich moeilijk strikt afbakenen en definiëren. Uit het artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet van 24 juni 1988 (*BS* 3 september 1988, p. 12.482), de memorie van toelichting bij de wet op het politieambt (*Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 1673/1, 5) en de rechtspraak van de Raad van State (RvS 17 december 2015, nr. 233.281) blijkt in elk geval dat het begrip drie

Hof van Cassatie vormen zulke kosten een schade in de zin van de artikelen 1382 en volgende oud BW tenzij uit de inhoud of de strekking (*la portée/l'économie*) van de (grond)wet blijkt dat zij definitief voor rekening van de overheid komen.⁷⁻⁸ Toch zijn er lagere rechters en auteurs die ervoor pleiten om voor 'kerntaken' van de overheid (de algemene orde- en veiligheidstaken zoals de opsporing en bestrijding van misdrijven) uit te gaan van een omgekeerd standpunt, waarbij de overheid de kosten van zulke taken draagt.⁹⁻¹⁰ Die taken zouden tot het wezen van de overheid behoren, waardoor het evident zou zijn dat zij met de publieke middelen moeten worden bekostigd. Waar de ordehandhaving van de overheid het omgevingsrecht betreft, is er een interessante kruisbestuiving met het publiekrecht die eigen vragen doet rijzen.

4. GEEN ZWART-WITVERHAAL – De voorgaande beschrijving van verschillende soorten kosten mag niet worden misbegrepen als een zwart-witverhaal, waarbij de overheid steeds slechts één type van kosten maakt. Het zal weinigen tegen de borst stuiten dat een vandaal die een ruit ingooit van een overheidsgebouw, de rekening daarvan mag verwachten. De materie van zaakschade wordt echter complexer naarmate die zaakschade optreedt tijdens de vervulling van een (grond)wettelijke plicht. Neem het voorbeeld van brandbestrijding. Wanneer een brandweerwagen tijdens een interventie wordt beschadigd, dan is er schijnbaar de krenking van een rechtmatig belang, want die wagen is voor de brandweer in de toekomst niet of minder beschikbaar om zijn plichten mee uit te voeren. Komt zo'n zaakschade dan ook voor schadeloosstelling in aanmerking of is dit een normaal risico van de (grond)wettelijke plicht, die daarom voor rekening van de overheid komt? Wat met de kosten van een (grond)wettelijke plicht die geen onderliggende zaakschade betreffen, en waar het dus werkelijk om een verhaal van 'zuivere' kosten gaat, zoals loonkosten van overheidspersoneel?
5. LEESWIJZER – Om al deze vragen en tot slot de vraagpunten van het expertenseminarie te kunnen beantwoorden, volgt de bijdrage de volgende structuur. Ten eerste geeft de bijdrage een begripsomschrijving van de overheid. Ten tweede gaat de bijdrage na of de overheid zich wel zomaar van het privaatrecht kan bedienen. Daarna komen enkele privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen aan bod: de buitencontractuele aansprakelijkheid en de quasi-contracten. Als toemaatje raakt de

componenten omvat: de openbare rust (de afwezigheid van wanordelijkheden en onlusten), de openbare veiligheid (de afwezigheid van gevaarlijke toestanden voor personen en goederen door onder meer het gebrek aan criminaliteit en de aanwezigheid van bijstand aan personen in gevaar) en de openbare gezondheid (de afwezigheid van ziekten door de handhaving van hygiëne en het vrijwaren van een kwalitatief leefmilieu). Het adjectief 'openbaar' houdt niet in dat de handhavingsplicht en handhavingsbevoegdheid van de overheid beperkt zijn tot het openbare domein. De bron van een verstoring van de openbare orde kan zich buiten dat domein bevinden en de overheid kan overal optreden tegen zo'n verstoring (zie, bijvoorbeeld, Cass. 14 april 2016, C.15.0126.F; RvS 17 december 2015, nr. 233.281).

⁷ Zie, bijvoorbeeld, Cass. 18 februari 2019, C.18.0325.N. De overheid die wettelijk verplicht is om de vrijheid van beweging op en de veiligheid van een waterweg te verzekeren en om vervuiling te voorkomen, kan de kosten om een zinkend schip te redden verhalen.

⁸ In Cass. 8 september 2020, P.20.0221.N verwijst het Hof van Cassatie naar "de bepaling, de wetsgeschiedenis en de algemene economie van de regeling".

⁹ Gent 5 mei 2014, RW 2015-16, (1268) 1269; Gent 5 oktober 2015, nr. 2013/BB/136; Gent 1 februari 2016, RW 2016-17, (826) 827-828; Gent 12 juni 2017, nr. 2016/BB/44; Kh. Antwerpen 10 september 2015, maar met tegengesteld oordeel in beroep door Antwerpen 5 maart 2018, TBH 2018, 627; T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)", TBBR 2003, afl. 7, (524) 533, nr. 18; C. IDOMON, "Burgerlijke partijstelling strekkende tot betaling van een retributie of tot vergoeding van schade voortvloeiend uit het gemeentelijk optreden ten aanzien van personen in staat van openbare dronkenschap (noot onder Pol. Brugge 19 november 2002)", RW 2003-04, (1072) 1074, nr. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 858, nr. 1346; Conclusie AG DUINSLAEGER bij Cass. 23 oktober 2012, ECLI:BE:CASS:2012:CONC.20121023.5, nr. 31; E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte" in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Alois Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 311.

¹⁰ Het Hof van Cassatie overweegt op zijn beurt dat de rechter niet kan volstaan met te oordelen dat er sprake is van een 'algemene veiligheidstaak', bijvoorbeeld, wanneer de politie de ontruimingsactie van een verhuurd onbewoonbaar pand bijstaat. De rechter moet vaststellen uit de inhoud of de strekking van welke overeenkomst, wet of reglement precies blijkt dat de kosten voor de politiebijstand definitief voor rekening moeten blijven van de overheid, zie Cass. 23 oktober 2012, P.12.0318.N.

bijdrage kort de materie van probleemverhelpende sancties in het publiekrecht aan, omdat er sprake is van een vermenging met het privaatrecht. Tot slot volgen de antwoorden op de vraagpunten.

2. Overheid: begrip en rol

6. MOEILIK BEGRIP – Het begrip ‘overheid’ laat zich in politieke, sociologische en filosofische zin niet eenvoudig in één definitie vatten. Er zijn verschillende visies mogelijk op wat de overheid precies is, waarvoor zij wordt opgericht en wat haar doelstellingen moeten zijn. Die visies vormen een breed spectrum van politieke stromingen, waarvan sommige voor een sterkere en andere voor een minder sterke overheid ijveren. Wat die visies minimaal delen is het idee van *le contrat social*^{11, 12}. Het is wenselijk dat burgers met elkaar afspraken maken over hoe zij samenleven. Het is de overheid die waakt over die afspraken. Zij moet¹³ de openbare orde handhaven en optreden wanneer het algemene belang¹⁴ dat vereist. Het is in dat kader dat de samenleving haar (grond)wettelijke plichten oplegt, waarvan de vervulling haar dwingt tot het maken van kosten.
7. JURIDISCH GLIJDENDE SCHAAL – De overheid juridisch definiëren is ook een schier onmogelijke opdracht.¹⁵ De overheid is verre van een monolithisch blok. De verticale opdeling van de publieke staatsmacht over de verschillende bestuursniveaus en de horizontale opdeling over de verschillende functies van een staat levert een ingewikkelde matrix op. De centrale Belgische overheid is territoriaal en functioneel gedecentraliseerd en gedeconcentreerd. Naast die opdeling van de publieke staatsmacht

¹¹ Dit idee is bekend uit de werken van filosofen als HOBBS, LOCKE en ROUSSEAU. Mensen treden vrijwillig in een ‘impliciet samenlevingscontract’ met elkaar waarmee zij in ruil voor een inperking van sommige vrijheden en de oplegging van plichten een sociale ordening en wetten verkrijgen die eigen rechten beschermen tegen het gedrag van anderen. Dat samenlevingscontract breekt zo met de weinig benijdenswaardige ‘natuurstaat’ (in de visies van HOBBS en ROUSSEAU) of zorgt er net voor dat ieders natuurrechten worden beschermd (in de visie van LOCKE).

¹² Dit is zelfs het geval voor radicale stromingen zoals het anarchisme. Het anarchisme is een stroming waarin zelfbestuur de enige macht is die een burger kan binden. Het zelfbeschikkingsrecht is cruciaal, waardoor de overheid minder een institutionele structuur is dan wel een collectief burgerforum. Die collectiviteit is ook een vorm van een sociaal contract, dat mensen op basis van hun zelfbeschikkingsrecht aangaan.

¹³ Zie over de vraag of de overheid kan ‘gedogen’, dit is het willens en wetens afzien van handhaving van het objectieve recht, of dat er net een handhavingsplicht bestaat in hoofd van de overheid (zelfs wanneer sprake is van een discretionaire bevoegdheid), I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 701-704, nrs. 1575-1581.

¹⁴ Het wezenskenmerk van de overheid is dat haar handelen moet zijn ingegeven door het ‘algemene belang’ (al moet worden genuanceerd dat de overheid niet langer *uitsluitend* taken van algemeen belang volbrengt). Wederom gaat het om een moeilijk grijpbaar begrip. De rechtsleer wijst erop dat de concrete invulling ervan steeds tijd- en plaatsgebonden is (zie D. DECLERCK, “Een peiling naar het begrip “algemeen belang” in het bestuursrecht”, *RW* 1967-68, (513) 514 (C. POLAK citerend); Afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het wetsontwerp betreffende de participatie van de gemeenten in bedrijven voor productie, vervoer en distributie voor energie, *Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 1136/1, 2; P. LUYPAERS en S. BROUWERS, “Algemeen belang – Openbare orde” in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (237) 238). Op een abstract niveau is het algemene belang in essentie een beslechting – allicht correcter: verzoening – van verschillende met elkaar conflicterende individuele behoeften op een overkoepelend maatschappelijk niveau. Op dat maatschappelijke niveau weegt de samenleving de individuele behoefte van één persoon af tegen de behoeften van de anderen, die zowel uit de huidige generatiegenoten als de toekomstige leden van de samenleving bestaan, om gemotiveerd te kunnen bepalen wat de maatschappelijke behoeften op die balans zijn. Het algemene belang houdt zo een hiërarchische rangschikking of ordening in. Het bepaalt waaraan de overheid prioriteiten moet stellen en geeft vorm aan de regelgeving die zij opstelt.

¹⁵ Zie voor auteurs die de complexe aard van het begrip ‘overheid’ belichten, onder andere 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, 28-39, nrs. 15-31 en 139-152, nrs. 128-150; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing, Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 517; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 681-689; B. VANHEUSDEN, “De beïnvloeding van het Belgisch milieurecht door het recht van de Europese Unie” in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (265) 48-76, nrs. 84-125; M. SCARCEZ en D. BATSELE, *Abrégé de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2015, 105-107 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 100-103, nrs. 71-75.

staat een evolutie van ‘privatisering’¹⁶ en ‘verzelfstandiging’¹⁷, die het begrip ‘overheid’ oprekt. De overheid voert niet langer als enige taken in het algemene belang uit en oefent ook niet langer steeds taken van algemeen belang uit.¹⁸ Daarom is de invulling van het overheidsbegrip eerder gradueel, zodat er sprake is van een glijdende schaal op het vlak van het ‘overheidsgehalte’ van een instantie en haar activiteiten.¹⁹

8. **BEGRIPSOMSCHRIJVING** – Met die twee zaken in het achterhoofd heeft deze bijdrage niet de pretentie te denken dat zij na eeuwen van theorievorming een originele en allesomvattende definitie van het overheidsbegrip zou kunnen geven. De ambitie is veel enger. De begripsomschrijving van de term ‘overheid’ is beperkt tot de context van het privaatrechtelijke kostenverhaal. Onder die term vallen daarom alle overheidsinstanties die door middel van algemene collectieve financiering via belastingheffing²⁰ of bijzondere collectieve financiering via administratieve retributies²¹ (bijvoorbeeld in het kader van vergunningen²²) door de maatschappij in staat worden gesteld om de (grond)wettelijke plichten waarvoor zij zijn opgericht uit te oefenen. Die collectieve financiering maakt dat de vraag naar kostenverhaal tot discussie aanleiding geeft wanneer de overheid een (grond)wettelijke plicht vervult.²³

¹⁶ Bij privatisering draagt de overheid de behartiging van een taak van algemeen belang over aan privé-initiatieven, zodat zij alle rechtstreekse controlebevoegdheid loslaat. Dat neemt niet weg dat zij die taak aan een regelgevend kader kan, zelfs moet onderwerpen, zodat er wel sprake is van onrechtstreekse controle (zie K. LEUS, “Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel ‘verzelfstandiging’ van openbare diensten: naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing” in X (ed.), *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Wolters Kluwer, 1997, (585) 589-590; S. DE SOMER, “‘Mind the gap!’: besturen op afstand van het politieke gezag door middel van verzelfstandiging” in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (157) 159-160, nr. 242). Dat onrechtstreekse toezicht is van fundamenteel belang, omdat de overheid finaal de eindverantwoordelijke blijft van haar beleidskeuzes. Zij moet over de naleving van rechten blijven waken, zelfs al is de uitvoering van een taak van algemeen belang overgedragen.

¹⁷ “*Verzelfstandiging is [...] geen toverwoord. Het begrip is niet strak afgelijnd en wordt niet steeds in een eenduidige betekenis gebruikt*” (zie J. DUJARDIN, “Verzelfstandiging van gemeentediensten als instrument voor een modern management” in X (ed.), *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Wolters Kluwer, 1997, (479) 479). Verzelfstandiging is een overkoepelend begrip dat een aantal vormen van overheidsorganisatie dekt. Die vormen hebben allemaal gemeen dat een overheidstaak wordt toevertrouwd aan een entiteit die zelf geen politiek gezag uitoefent en die de toevertrouwde taak uitvoert op een afstand van en met autonomie ten opzichte van de centrale overheid die wel politiek gezag uitoefent (zie W. DEVROE, “Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht”, *Jura Falconis* 2000-01, (299) 305, nr. 12; S. DE SOMER, “‘Mind the gap!’: besturen op afstand van het politieke gezag door middel van verzelfstandiging” in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (157) 157, nr. 239 en 159, nr. 242).

¹⁸ Om die reden behoeft de stelling uit voetnoot 14 dat het wezenskenmerk van de overheid is dat al haar handelen door het algemene belang ingegeven is, nuancering.

¹⁹ Zie over die glijdende schaal C. MATHIEU en F. VANDENDRIESSCHE, “De overheidsrechtspersoon” in S. DE SOMER (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (53) 53, nr. 84.

²⁰ Een belasting is een verplichte bijdrage aan de algemene uitgaven van de overheid, waar geen individueel aanwijsbare tegenprestatie tegenover staat, zie de artikelen 170-172 gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 (hierna ‘Gw’); GwH 26 maart 2008, nr. 54/2008, B.10; C. REDANT, “Wat te verstaan onder het begrip ‘retributie’ Een analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer in het licht van de Grondwet”, *TFR* 2003, (95) 95-108; W. PUTZEYS, “Gemeentelijke parkeerheffingen doorgelicht”, *T.Gem.* 2009, (166) 167, nr. 4; J. COUTURIER, B. PEETERS en E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2018, 1-2, nr. 1; M. DELANOTE, M. MAUS, F. DESMYTTERE en A. KIZILKILIC, *Basisbegrippen Fiscaal Recht*, Brugge, die Keure, 2019, 44.

²¹ Een retributie is een billijke vergoeding voor een prestatie die de overheid levert aantoonbaar mede in het individuele belang of voordeel van degene die gebruik maakt van die prestatie (zie artikel 173 Gw; J. COUTURIER *et al.*, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2018, 4-5, nr. 4, f). De burger doet veelal vrijwillig beroep op zulke prestaties. De enkele omstandigheid dat de door de overheid verstrekte dienst een (grond)wettelijke plicht betreft die het algemene belang dient, heeft niet tot gevolg dat de ervoor gevorderde vergoeding als een belasting moet worden aangezien (zie Cass. 10 mei 2019, C.14.0313.N). De omstandigheid dat de heffingplichtige niet de exclusieve of hoofdbegunstigde is van een door de overheid geleverde dienst, ontnemt aan een heffing niet haar karakter van retributie (zie Cass. 10 mei 2019, C.14.0313.N).

²² Een concreet voorbeeld van hoe de opbrengsten van deze vergunningen in de publieke middelen van de overheid terechtkomen net om in contexten van ‘kostenverhaal’ te worden ingezet, zijn de opbrengsten van milieuvergunningen. Deze komen in Vlaanderen ten voordele van het MINA-fonds, dat de uitgaven van de overheid om milieuschade te voorkomen en te herstellen financiert, zie artikel 3, 8° Vlaams decreet van 3 januari 1991 tot oprichting van het Fonds voor Preventie en Sanering inzake Leefmilieu en Natuur als Gewestdienst met Afzonderlijk Beheer, *BS* 2 februari 1991, p. 2164.

²³ Cass. 31 januari 1938, *Arr. Cass.* 1938, 10; Corr. Dendermonde 2 februari 2000, *TMR* 2001, 56; Vred. Deinze 10 juni 1992, *TGR* 1995, 175 (verwerping van voorziening tot cassatie in Cass. 24 oktober 1994, *TGR* 1995, 167); T. ROBERT, “De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 533, nr. 18. Het belastingargument blijkt ook impliciet uit, in de eerste plaats, de geschiedenis van privaatrechtelijk kostenverhaal. De oude theorie van

Individuele burgers hebben via hun belastingbijdrage of retributie immers al bijgedragen aan de kosten daarvan. Zij hebben in zekere zin reeds ‘betaald’ voor die kosten. Zo rijst de vraag of de overheid niet tweemaal langs de kassa passeert wanneer zij de individuele burger met een kostenverhaal confronteert. Het is net om een (grond)wettelijke plicht uit te voeren dat een overheid wordt opgericht en bekostigd door de burgers.²⁴ Doordat de begripsomschrijving de *uitvoering* van (grond)wettelijke plichten benadrukt, is zij eerder van functionele dan van organieke aard. Door te spreken van ‘instanties’, worden zowel rechtspersonen als entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid betrokken.

9. ROL EN BUDGET OVERHEID – Met de eerder vermelde evolutie van verzelfstandiging en privatisering, hangt ook de historische evolutie van de rol van de overheid samen. De overheid is geëvolueerd van een nachtwakersstaat, waarin de overheid slechts de individuele vrijheden heeft te beschermen, naar een welvaartsstaat, die verantwoordelijk is voor het economische en sociale welzijn van zijn burgers. De taken die door de staat worden behartigd, zijn daardoor exponentieel gegroeid terwijl het budget voor die taken niet altijd even sterk is toegenomen.²⁵ Sinds de jaren tachtig groeit het besef dat de overheidsfinanciën niet onbeperkt zijn, dat de taken van algemeen belang een prijskaartje hebben en dat de kosten van die taken niet altijd door de overheid moeten worden gedragen “wanneer anderen dichter bij het vuur zitten”.²⁶ Er is daardoor een mentaliteitsverandering ten aanzien van de maatschappelijke risicosfeer van (grond)wettelijke plichten, die in de eerste plaats bepaalt aan wie het primair toekomt om die plicht te vervullen en in de tweede plaats bepaalt voor wiens rekening de bijbehorende risico's van de plicht zijn. Die mentaliteitsverandering is, bijvoorbeeld, merkbaar bij milieuschade. De opkomst van wetgeving die een (strikte) milieuaansprakelijkheidsregeling bevat en de juridische uitbouw van het beginsel dat de vervuiler betaalt geven aan dat de moderne maatschappij slecht verdraagt dat de vervuiler ten koste van de samenleving de dans zou ontspringen. Bepalen wanneer en hoe de overheid kosten kan verhalen hangt nauw samen met de vraag in welke contexten precies zo'n ‘vervuilersbeginsel’ geldt.²⁷

de ‘leer van de zelfstandige juridische oorzaak’ verhinderde kostenverhaal omdat de kosten hun oorsprong in de (grond)wettelijke plicht en niet in het gedrag van een schadeverwekker vonden. De plicht ontnam zo ieder noodzakelijk karakter aan dat gedrag, waardoor er geen oorzakelijk verband was. Deze juridische constructie werd expliciet opgesteld met de bedoeling om kostenverhaal door de overheid te temperen. Het achterliggende idee was dat de samenleving bij het in het leven roepen van plichten, er bewust voor kiest om de overheid ‘risicodrager’ te laten zijn. In de tweede plaats blijkt dit ook uit het voorgestelde kerntakencriterium. Volgens de rechtspraak en de rechtsleer die dat criterium verdedigen, is er een harde kern aan overheidstaken, waarvan het evident is dat daarvoor de publieke middelen worden ingezet.

²⁴ De kosten van een (grond)wettelijke plicht zouden hun oorzaak vinden “in de bestaansreden zelf” van de overheid, zie Antwerpen 20 december 1991, *Limb.Rechtsl.* 1992, 255, noot G. PANIER (dit kan worden beschouwd als de onderbouw voor de leer van de zelfstandige juridische oorzaak (zie eerder voetnoot 23)). Zie in dit opzicht ook sprekend M. VAN QUICKENBORNE, “De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak”, *RW* 1980, vol. 43, afl. 21, (1329) 1366, nr. 44 (“Elk lid van de gemeenschap heeft er voordeel bij dat het *bellum omnium contra omnes* wordt vervangen door een situatie van gecontroleerde en gesanctioneerde vrede, en dat er collectieve voorzieningen worden getroffen ter bestrijding van onvermijdelijke catastrofes. Hij moet dan ook zijn bijdrage betalen om allerlei korpsen en overheidslichamen te financieren, die voor de ordehandhaving zullen zorgen. [...] Anders dan een prive-persoon die contractueel zekere risico's op zich heeft genomen, zijn deze korpsen immers door de gemeenschap juist opgericht met het oog op het voorkomen van misdrijven en schadegevallen, en de bestrijding van hun gevolgen.”).

²⁵ Onder meer deze groei verklaart de toenadering tot gespecialiseerde, private actoren.

²⁶ E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 309. Zie ook BOCKEN, die schrijft: “Vooraf in een tijd van krimpende overheidsfinancien en privatisering is de vraag relevant welke kosten de overheid kan verhalen” (zie H. BOCKEN, “Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek”, *TBBR* 1988, (268) 296, nr. 41; H. BOCKEN, “Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband” in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXde postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-1993* Gent, Mys & Breesch, 1993, (81) 112, nr. 51).

²⁷ Een treffende illustratie van een doortrekking van het vervuilersbeginsel naar een andere context dan milieuschade is te vinden in een Nederlands wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg. De memorie van toelichting belicht de aard van de opsporing en bestrijding van misdrijven als een ‘klassieke’ overheidstaak, maar benadrukt dat het niet meer vanzelfsprekend is dat de kosten daarvan door de gehele samenleving moeten worden gedragen: “Hoewel de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten bij uitstek een overheidstaak is, is het niet meer vanzelfsprekend dat de kosten daarvan alleen of in hoofdzaak door de samenleving worden gedragen. Te meer nu een bovengemiddeld beslag wordt gelegd op het strafrecht door een beperkt deel van de bevolking” (zie memorie van toelichting, *Kamerstukken* 2014–15, 34 067, nr. 3, p. 1). De persoon die het strafrechtelijk apparaat op kosten jaagt, is een ‘vervuiler’: “Op steeds

3. Overheidsprivaatrecht

10. EEUWENOUE VRAAG – De overheid haalt haar publieke middelen bij de burger ‘normaal’ (in zekere zin op voorhand²⁸) op met de publiekrechtelijke middelen van de belasting en de retributie (zie ook eerder nr. 8).²⁹ Aan de vraag *in hoeverre* de overheid zich op privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen (die in zekere zin *ex post*-mechanismen zijn³⁰) kan beroepen, gaat de eeuwenoude, fundamentele vraag vooraf *of* zij wel gebruik kan maken van het privaatrecht.
11. BELGISCHE TWEEWEGENLEER – Het antwoord daarop zocht het Belgische recht bij zijn Nederlandse buur.³¹ Een meerderheid van de huidige rechtsleer is van mening dat de tweewegenleer uit het Nederlandse recht – die intussen tot de ‘doorkruisingsleer’ is geëvolueerd – ook in eigen land van toepassing is.³² In de rechtspraak is datzelfde standpunt al enige tijd te vinden.³³ Naar Belgisch recht is de overheid daardoor vrij in haar keuze om de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg te bewandelen.³⁴ De wet moet de overheid daartoe niet uitdrukkelijk machtigen.³⁵ Die vrijheid van de

meer terreinen worden de gemaakte kosten voor toezicht, de inzet van middelen en de oplegging van sancties, doorberekend aan de «vervuiler». Wij zien geen aanleiding om hier een uitzondering te maken op dit principe” (zie nota naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken* 2014-15, 34 067, nr. 7, p. 6). Het wetsvoorstel is op 22 november 2017 ingetrokken (zie brief houdende intrekking van het wetsvoorstel, *Kamerstukken* 2014-15, 34 067, nr. 17).

²⁸ Een retributie kan natuurlijk gelijktijdig of zelfs na het leveren van een dienst worden geïnd. Het *ex ante*-karakter ervan is dat het bedrag door de overheid op voorhand wordt vastgelegd in een reglement en dus het voorwerp is geweest van een voorafgaande denkoefening. De schadeloosstelling die, bijvoorbeeld, op basis van de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid verschuldigd is, kan niet op voorhand worden bepaald, maar moet noodzakelijk na een schadegeval worden begroot.

²⁹ Om zich ervan te verzekeren dat zij de op deze manier opgehaalde publieke middelen kan inzetten in contexten waarin zij mogelijk kosten moet maken om de openbare orde te handhaven, kan de overheid de middelen aan fondsen met specifieke doeleinden laten toekomen. Zo is er in de materie van het omgevingsrecht het Vlaamse MINA-fonds (Fonds voor Preventie en Sanering inzake Leefmilieu en Natuur), dat ook met bestuurlijke geldboetes wordt gespekt. Het MINA-fonds dient ter ondersteuning van alle overheden die de natuur- en milieukwaliteit in Vlaanderen beschermen en verbeteren. Zo financiert het MINA-fonds onder meer de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM). De OVAM is een overheid die onder meer kosten maakt ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht wanneer zij ambtshalve een verontreinigde bodem saneert.

³⁰ Dit *ex post*-karakter verklaart waarom het voor sommigen knelt dat een rechter zich over kostenverhaal door de overheid zou kunnen uitspreken. In het Amerikaanse rechtstelsel, bijvoorbeeld, moet een rechter op basis van de *free public services doctrine*, ook wel *municipal cost recovery rule*, kostenverhaal door een overheid afwijzen wegens de scheiding der staatsmachten. Enkel de wetgever kan op voorhand bepalen of zulke kosten via de rechterlijke macht te verhalen zijn (met uitzonderingen zoals zaakschade van de overheid).

³¹ 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, 102-102, nr. 90; K. LEUS, “Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechtsleer?” in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 412, nr. 8; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken, Acta Falconis, VIII*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 27; A. MAST *et al.*, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

³² 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, 104, nr. 92 en de verwijzingen in voetnoten 339 en 340. Zie ook K. LEUS, “Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechtsleer?” in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 411-412, nr. 8; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht” in D. ASSER (ed.), *Preadviezen 2015. Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridisch, 2015, (13) 16, nr. 7; E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 309.

³³ Zie, bijvoorbeeld, Cass. 6 april 1922, *Pas* 1922, I, 235.

³⁴ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1987, afl. 4, (1709) 1711 met verwijzing naar J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen”, *TBP* 1948, afl. 4-5-6, (111) 116; 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, 104, nr. 92; P. BOUVIER, R. BORN, C. BENOIT en F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2013, 145, nr. 117; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 7; A. MAST *et al.*, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

³⁵ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif. Théorie générale du droit administratif belge*, Brussel, Larcier, 1966, 75, nr. 78, voetnoot 7; W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 78; A. MAST *et al.*, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

overheid is echter niet absoluut. Enkele in hoofdzaak publiekrechtelijke grenzen beknotten haar. De overheid mag in haar keuze om zich op het privaatrecht te beroepen niet:

- (i) in strijd handelen met dwingend recht of algemene rechtsbeginselen;
- (ii) de rechtzoekende essentiële waarborgen ontnemen;
- (iii) eigen bevoegdheden overdragen, noch die van andere overheden miskennen;
- (iv) de eigen beoordelingsvrijheid beperken.³⁶

Die grenzen vermijden dat de overheid publiekrechtelijke waarborgen van burgers tegen overheidsoptreden zou omzeilen. Wat de overheid bij strikt publiekrechtelijk optreden niet toegelaten is, mag zij niet bereiken via privaatrechtelijk optreden.

12. BETWISTING TWEEWEGENLEER: LEGALITEITSBEGINSEL – De inburgering van de tweewegenleer 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 slechts mogelijk is wanneer dat uitdrukkelijk zo is bepaald.³⁷ Dit standpunt is gebaseerd op het legaliteitsbeginsel.
13. EXPLICIETE TOELATING – Dat geen uitdrukkelijke wettelijke machtiging voor privaatrechtelijk optreden vereist is, neemt niet weg dat de wetgever het gebruik van het privaatrecht uitdrukkelijk kan toelaten. Voor de context van kostenverhaal is het, bijvoorbeeld, interessant dat de Vlaamse regering een convenant over *brownfields* kan sluiten.³⁸ Zo'n convenant dient om de herontwikkeling van verlaten en/of vervuilde bedrijventerreinen te stimuleren. Via een brownfieldconvenant krijgen projectontwikkelaars en investeerders een aantal juridisch-administratieve en financiële voordelen bij de ontwikkeling van brownfields tot sociaal-maatschappelijk verantwoorde of economisch rendabele sites. De overheid verzekert er zich zo van dat vervuilde brownfields worden gesaneerd op een manier dat zij geen kosten moet maken. Omdat een brownfieldconvenant een overeenkomst naar burgerlijk privaatrecht is, kan de overheid niet afwijken van bepalingen van dwingend recht of van openbare orde op basis van artikel 2 oud BW. De Vlaamse regering kan, bijvoorbeeld, bepalingen van die aard van het Bodemdecreet over de sanering van verontreinigde bodems niet opzij schuiven.³⁹
14. EXPLICIETE UITSLUITING – De principiële vrijheid van de overheid geldt niet wanneer de wetgever expliciet heeft bepaald dat zij geen gebruik kan maken van het privaatrecht. Meerdere auteurs wijzen erop dat zo'n expliciete bepaling in de materie van kostenverhaal voorligt wanneer uit de inhoud of de strekking van de (grond)wettelijke plicht blijkt dat de overheid de kosten van de plicht definitief moet

³⁶ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenisrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 79; 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, 104-118, nrs. 92-105; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsvereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De "gemene", de "gemengde" of de "zuivere" rechtsleer?" in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417-426, nrs. 13-25; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 8; A. MAST *et al.*, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

³⁷ M. PAQUES, "Les conventions sectorielles" in H. BOCKEN en I. TRAEEST (eds.), *Milieubeleidsvereenkomsten*, Gent, Story-Scientia, 1991, (55) 65-66, nrs. 13-14; D. D'HOOGHE, "Overeenkomsten met de overheid" in M. STORME, Y. MERCHIERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst. Vandaag en morgen. XVIde postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990* Antwerpen, Kluwer, 1990, (127) 135; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 21, nr. 28; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsvereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De "gemene", de "gemengde" of de "zuivere" rechtsleer?" in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 408, nr. 4 en 412, nr. 8.

³⁸ Vlaams decreet van 30 maart 2007 betreffende de Brownfieldconvenanten, BS 19 juni 2007, p. 33.504. Artikel 9 van het decreet bepaalt dat zo'n convenant 'een overeenkomst naar burgerlijk recht' is.

³⁹ Vlaams decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, BS 22 januari 2007, p. 2.579.

dragen (zie eerder nr. 3). CORNELIS noemt dit de ‘doorbreking’ van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁴⁰

15. VOORBEELD: CIVIELE VEILIGHEID – Het Belgische recht kent zo’n expliciete bepaling, bijvoorbeeld, ten aanzien van opdrachten die de civiele veiligheid (zoals de brandweer) verricht.⁴¹ Uit het geheel van wetgeving volgen vier categorieën van opdrachten en bijbehorende kosten.

(i) Ten eerste zijn er de opdrachten die de civiele veiligheid verplicht gratis verricht.⁴² Die volgens de Wet Civiele Veiligheid (2007) “algemene opdrachten” van de civiele veiligheid houden een risico voor het leven van personen in.⁴³ Dit is een voorbeeld van een expliciete uitsluiting van privaatrechtelijk kostenverhaal. Enkel wanneer er sprake is van de misdrijven van een opzettelijk vals alarm of van opzettelijke brandstichting blijven “de gewone regels inzake burgerlijke aansprakelijkheid van toepassing”.⁴⁴

(ii) Ten tweede zijn er de kosten die de civiele veiligheid maakt om op te treden tegen (dreigende) milieuschade. Ook deze kosten behoren tot de algemene opdrachten, maar vanwege het vervuilersbeginsel geldt al sinds 1976 dat de overheid deze verplicht verhaalt (tenzij de kosten om te verhalen groter zijn dan het terug te vorderen bedrag).⁴⁵ Volgens de rechtspraak gaat het

⁴⁰ L. CORNELIS, “Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband” in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, (157) 170-171, nr. 23. VANHEUSDEN & DECONINCK zijn dezelfde mening toegedaan. Zolang er geen specifieke, afwijkende wetgevende bepaling is, is het algemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van toepassing (zie B. VANHEUSDEN en D. DEKONINCK, “Over het herstel van putten en andere gebrekkige zaken: de gemeente heeft recht op terugbetaling door de bewaarder (noot onder Cass. 5 november 2010)”, *TBO* 2012, afl. 5, (195) 196). Ook ROBERT spreekt van een ‘afwijking’ op het algemene buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (zie T. ROBERT, “De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 529, nr. 9). Tot slot kunnen ook DEJANS *et al.* worden aangehaald, die niet expliciet van een ‘afwijking’ spreken, maar wel menen dat een geslaagd bewijs van de drie aansprakelijkheidsvereisten de rechter niet automatisch mag doen besluiten tot vergoedbaarheid van kosten van de overheid (zie J. DEJANS, P. GEUENS en P. HERPELS, “De invloed van een “eigen juridische oorzaak” op het causaal verband en de schade (noot onder Antwerpen 18 december 1986)”, *Jura Falconis* 1987-88, (159) 167).

⁴¹ Een ander voorbeeld is afkomstig uit het internationale recht. In de materie van de berging van scheepswrakken bepalen internationale verdragen dat de eigenaar van het wrak ten aanzien van de overheid zijn aansprakelijkheid voor de bergingskosten kan beperken.

⁴² Artikel 178 wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid (*BS* 31 juli 2007, p. 40.379) (hierna ‘Wet Civiele Veiligheid (2007)’) bepaalt dat de koning kan bepalen welke opdrachten uit artikel 11 van de wet gratis moeten worden verricht en van welke de kosten kunnen worden verhaald. De koning maakte van die gedelegeerde bevoegdheid gebruik in het koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn (*BS* 14 mei 2007, p. 26.201) zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 14 oktober 2013 (*BS* 28 oktober 2013, p. 82.462) (hierna ‘KB 25 april 2007’).

⁴³ Interventies door een niet-opzettelijk loos alarm vallen ook in deze categorie. Bij zo’n alarm is er geen werkelijk bestaand risico voor personen, maar wel een gepercipieerd risico. Ook al heeft de persoon die alarm slaat, de ernst van de situatie verkeerd ingeschat, heeft hij de indruk gehad dat er een risico bestond. Ten aanzien van een loos alarm speelt het ‘drempelargument’. Burgers mogen nooit aarzelen om een oproep tot hulp te plaatsen, omdat zij zouden vrezen de kosten van een interventie te moeten dragen. Dit argument is oud en gaf, bijvoorbeeld, al aanleiding tot niet-verhaalbaarheid op basis van de Ordonnance royale du 11 mars 1733, ordonnance par Louis XV (bekrachtigd door: loi de 8 décembre 1798 (11 Frimaire an VII) qui détermine le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales, *Bulletin des lois de la République française* 1798, nr. 247). De kosten van een technisch falend alarm zijn daarentegen wél verhaalbaar. Bij zo’n alarm is er nooit een risico voor personen, zelfs geen gepercipieerd. Burgers moeten ervoor zorgen dat een alarm niet zomaar op eigen houtje kan afgaan.

⁴⁴ Verslag aan de koning bij koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn, *BS* 14 mei 2007, p. 26.201 (al moet worden opgemerkt dat in dit verslag gewoon wordt gesproken van ‘brandstichting’, een misdrijf dat ook onopzettelijk kan worden gepleegd; dit is in de Wet Civiele Veiligheid (2007) verduidelijkt, zie later in deze voetnoot en zie ook later voetnoot 130). Zie ook Advies RvS van 14 februari 2007, nr. 41.166/2, §2.2. De dader van een opzettelijke brandstichting (artikelen 510-518 Sw) is expliciet aansprakelijk op basis van art. 178, §1, 3° Wet Civiele Veiligheid (2007) (ingevoerd door wet van 15 juli 2018 houdende diverse bepalingen Binnenlandse Zaken, *BS* 25 september 2018 na rechtspraak die kostenverhaal bij opzettelijke brandstichting afwees). Voor de dader van een opzettelijk vals alarm volgt dit uit de rechtspraak, zie Cass. 15 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 737; Gent 1 februari 2016, *RW* 2016-2017, 826 (eerder overwogen, maar niet toegepast in: Gent 15 mei 2014, *RW* 2015-16, 1268).

⁴⁵ Artikel 179, §2 Wet Civiele Veiligheid (2007) (oorspronkelijk: artikel 85 wet van 24 december 1976 betreffende de budgettaire voorstellen 1976-1977, *BS* 28 december 1976, p. 16.355).

om een objectief aansprakelijkheidsregime dat geen fout van de vervuiler vereist.⁴⁶ De wetgever bepaalt expliciet dat *alle* kosten verhaalbaar zijn, ook de ‘gewone’, algemene kosten. Het soms verdedigde standpunt⁴⁷ dat enkel de buitengewone kosten van een (grond)wettelijke plicht voor schadeloosstelling in aanmerking komen moet minstens in deze context van milieuschade zeker worden verworpen.⁴⁸

(iii) Ten derde zijn er de kosten van wettelijke en reglementaire opdrachten die verhaald kunnen worden.⁴⁹ Voorbeelden van zulke opdrachten zijn het redden van dieren of de verdelging van een wespennest. Anders dan de opdrachten die verplicht gratis zijn, is het risico voor personen beperkt.⁵⁰ Het is aan de hulpverleningszones om te beslissen of zij die opdrachten verhalen op de begunstigde ervan.⁵¹ Dat een hulpverleningszone daartoe op voorhand geen retributiereglement vastlegt, verhindert geen vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid volgens het Hof van Cassatie.⁵² Nochtans bepaalt het artikel 4 van het KB 25 april 2007 dat een hulpverleningszone die wenst te kunnen verhalen, een lijst met verhaalbare kosten en het tarief ervan moet⁵³ opstellen. Het is voor het Hof evenwel voldoende dat uit de wettelijke toelating om te verhalen blijkt dat de wetgever niet heeft gewild dat de kosten van deze opdrachten definitief voor rekening van de overheid zouden komen.

(iv) Tot slot is de overheid ook verplicht om de kosten te verhalen van diensten die buiten haar wettelijke en reglementaire opdrachten vallen.⁵⁴

De verhaalbaarheid van de laatste twee categorieën vindt haar verklaring ten eerste in het gegeven dat de door de civiele veiligheid geleverde diensten voornamelijk de individuele begunstigde ten goede

⁴⁶ Rb. Gent 14 april 1993, *TMR* 1994 (nr. 31/94), (117) 118, nr. 3.2.3; Corr. Gent 2 juni 1994, *TMR* 1995 (nr. 72/95), 507.

⁴⁷ Dit argument steunt op twee pijlers, die beide als fundament hebben dat de overheid de gewone kosten van een wettelijke verplichting ook zonder het gedrag van de burger dat haar tot uitvoering ervan dwingt, zou hebben gemaakt. Een voorbeeld zijn de loonkosten van de brandweer. Dat loon is de overheid aan een brandweerdid sowieso verschuldigd. Daardoor zou er, ten eerste, een *condicio sine qua non*-verband ontbreken met het gedrag van de burger. Ten tweede houdt het principe van integrale schadeloosstelling in dat de benadeelde zoveel als mogelijk in de situatie geplaatst wordt, waarin die zich bevonden zou hebben mocht het schadegeval niet hebben plaatsgevonden. Om het beoogde resultaat te bereiken, zou enkel de vergoeding van de buitengewone kosten nodig zijn. Zie hierover H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, 115-117, nr. 71; M. VAN QUICKENBORNE, “De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak”, *RW* 1980, vol. 43, afl. 21, (1329) 1364-1365, nr. 43; T. ROBERT, “De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 533, voetnoot 70; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 329, nr. 654.

⁴⁸ Vergelijk met het vervuilersbeginsel uit artikel 6, 5° Vlaams decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, *BS* 14 november 2003, p. 55.038. Volgens het Hof van Cassatie verantwoordt de appelrechters hun arrest niet naar recht wanneer zij het kostenverhaal op basis van dat artikel gedeeltelijk afwijzen, omdat in hun ogen de gemaakte kosten slechts vergoedbare schade uitmaken voor zover zij de gewone uitgaven van wettelijke verplichtingen overstijgen, zie Cass. 1 juni 2018, C.17.0465.F. Zie voor een feitelijke toepassing Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 1 december 2020, *TMR* 2021, 188 (ook de “administratiekosten” zijn een “schadelijk gevolg” dat door de waterwegbeheerder wordt geleden naar aanleiding van de berging van een schip).

⁴⁹ Zie het KB 25 april 2007.

⁵⁰ Vroeger was de verdelging van een wespennest kosteloos wanneer zo’n risico aanwezig was, zie ministeriële omzendbrief van 14 juli 1982 betreffende de vernietiging van wespennesten en onschadelijk maken van bijenzwermen die gevaar voor personen kunnen meebrengen (IMAT/SIB/6/3.168/2485).

⁵¹ Vroeger was dit geen facultatieve mogelijkheid door het koninklijk besluit van 9 augustus 1979 tot regeling van de wijze van vaststelling en verhaal van de kosten van sommige interventies en prestaties van de gemeentelijke brandweerdiensten (*BS* 26 september 1979, p. 10.720).

⁵² Cass. 24 februari 2017, C.16.0309.N. De politierechtbank van West-Vlaanderen had geoordeeld dat zo’n lijst geen noodzakelijke voorwaarde is om kosten te kunnen verhalen, zie Pol. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 9 november 2015, *RW* 2016-17, 1395.

⁵³ Het artikel bevat geen modaal hulpwerkwoord van noodzakelijkheid (zoals ‘moeten’). Zo’n woord is echter niet noodzakelijk om het verplichtende karakter uit te drukken en wordt bij voorkeur zelfs weggelaten ten voordele van het werkwoord dat de handeling uitdrukt, vervoegd in de tegenwoordige tijd (hier concreet: ‘de hulpverleningszone stelt op’), zie Raad van State, *Beginselen van de wetgevingstechniek*, 2008, 7.

⁵⁴ Artikel 178, §1, 1° Wet Civiele Veiligheid (2007) bepaalt dat deze kosten “worden verhaald”, zonder een modaal hulpwerkwoord dat een mogelijkheid uitdrukt (zoals ‘kunnen’).

komen.⁵⁵ De begunstigde doet ook veelal vrijwillig beroep op zulke diensten.⁵⁶ Het is duidelijk dat bij deze diensten het terrein van de reglementaire verhouding en de retributie wordt betreden.⁵⁷ Een retributie is een billijke vergoeding voor een prestatie die de overheid levert aantoonbaar mede in het individuele belang of voordeel van degene die gebruik maakt van die prestatie. Een vordering tot betaling van een retributie is geen vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid.⁵⁸ Zoals vermeld is een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid evenwel mogelijk wanneer een hulpverleningszone geen retributiereglement heeft uitgewerkt. Dat beide mogelijkheden bestaan en van de ene hulpverleningszone tot de andere kunnen verschillen, roept interessante vragen op, maar daarop gaat deze bijdrage niet dieper in.⁵⁹ Een tweede reden is dat het niet-verhalen van deze kosten concurrentieverstorend zou werken.⁶⁰ De diensten uit deze categorieën kunnen ook door andere, private actoren worden geleverd (bijvoorbeeld de verdelging van een wespennest door een private onderneming). Het is in dat opzicht sprekend dat de civiele veiligheid zelf af en toe een oproep lanceert naar burgers toe om op zulke ondernemingen beroep te doen om zo voldoende handen vrij te hebben voor de opdrachten die een risico voor personen inhouden.⁶¹ Samenvattend, is de verhouding tussen burger en overheid hier analoog aan die van contractspartijen.

4. Buitencontractuele aansprakelijkheid

16. AANSPRAKELIJKHEIDSVEREISTEN – Buitencontractuele aansprakelijkheid is de op een persoon rustende verbintenis tot schadeloosstelling die ontstaat uit de wet wanneer aan een derde op onrechtmatige wijze schade wordt toegebracht, hetzij door het eigen gedrag van de persoon, hetzij door andermans gedrag of door een zaak waarvoor de persoon instaat.⁶² Buitencontractuele aansprakelijkheid vereist dus drie zaken. Er moet sprake zijn van een schade. Die schade moet het gevolg zijn van een bepaald rechtsfeit. Dat rechtsfeit moet een aan de schadeverwekker toerekenbare onrechtmatige situatie doen ontstaan, die tot schadeloosstelling verplicht volgens het objectieve recht. Bij de algemene, persoonlijke aansprakelijkheid voor eigen gedrag is dat rechtsfeit de fout, dit is de toerekenbare overtreding van een

⁵⁵ Zie ook Pol. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 9 november 2015, RW 2016-17, 1395: “Kosten van opdrachten die de Koning niet verplicht gratis stelde, kunnen worden verhaald [...] De maatschappij dient immers niet op te draaien voor de interventies die louter ten goede komen aan een private partij.”

⁵⁶ De wetgever geeft daarom aan dat hij voornamelijk de “diensten verstrekt op verzoek van particulieren” voor ogen heeft, zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de budgettaire voorstellen 1976-77, *Parl.St.* Kamer 1976-77, nr. 1004/1, 32.

⁵⁷ Zie ook Corr. Dendermonde 2 februari 2000, *TMR* 2001, 56, waarin de rechter de taken van de politie onderscheidt van de “materiele prestaties aangerekend door brandweer en ziekenwagen”.

⁵⁸ Pol. Brugge 19 november 2002, RW 2003-04, 1070.

⁵⁹ Beide mogelijkheden kunnen subtiel verschillen wat het ‘foutvereiste’ en het ‘schadeloosstellingsaspect’ betreft. Waar een hulpverleningszone kan beslissen om de retributie onafhankelijk van enige fout te maken in een reglement, zal zij bij een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid moeten bewijzen dat er wel zo’n fout is begaan of dat er voldaan is aan de vereisten van een kwalitatief aansprakelijkheidsregime. Bij de verdelging van een wespennest, bijvoorbeeld, zal zij moeten aantonen dat de eigenaar van een woning zich niet als een voorzichtig en redelijk persoon heeft gedragen of hard maken dat de woning met wespennest kan worden beschouwd als een gebrekkige zaak in de zin van het artikel 1384, lid 1 oud BW. Voor alle duidelijkheid: hulpverleningszones kunnen de retributie ook strikter maken door herhaalde of zware fouten te vereisen (en zo, bijvoorbeeld, pas om een retributie vragen vanaf een tweede interventie om een dier te redden). Qua schadeloosstelling is de retributie noodzakelijk forfaitair. Uit zijn aard stemt zo’n forfait slechts toevallig overeen met de werkelijk gemaakte kosten. Het forfait kan hoger dan wel lager liggen. De schadeloosstelling in een aansprakelijkheidsvordering daarentegen moet overeenstemmen met de werkelijk gemaakte kosten.

⁶⁰ **België:** M. VERBRUGGEN en I. HERRYGERS, “Brandweerinventies: betalen “begunstigden” de rekening? De schuldenaren van de interventiekosten volgens de regelgeving met betrekking tot de hulpdiensten”, *T.Gem.* 2011, afl. 2, (77) 78, nr. 5. **Nederland:** Nieuwe regels met betrekking tot het brandweerwezen (Brandweerwet), memorie van antwoord, *Kamerstukken* 1983-84, 16 695, nr. 12, p. 22. **Frankrijk:** Question écrite n° 94806 de Mme Bernadette Laclais – Réponse du Ministère de l’Intérieur et de l’Aménagement du territoire (14^{ème} législature), *JORF Assemblée nationale* 18 april 2017, p. 3067.

⁶¹ J. VAN LIEFFERINGE, “Koe in beek of kat in boom kan geld kosten”, *Het Nieuwsblad online* 9 januari 2019, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20190108_04087643; Brandweertzone Antwerpen, *Retributiereglement 2020-21*, <https://assets.antwerpen.be/srv/assets/api/download/08713c8d-dc9e-4a85-b4b1-7802560beba9/Brochure%20retributiereglement%202020-2021.pdf> (“Niet dringend? Contacteer een erkend vakman”).

⁶² Cass. 27 mei 2016, C.15.0509.F; Cass. 25 april 2019, C.18.0569.F; Cass. 28 februari 2020, C.19.0358.F; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 1, nr. 1; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 3-4, nr. 1.

gedragsnorm uit een buitencontractuele rechtsregel. Kwalitatieve aansprakelijkheidsregimes bevatten eigen toepassingsvereisten om het tot aansprakelijkheid leidende feit aan een persoon toe te rekenen.

17. **SCHADEVEREISTE** – De rechtspraak van het Hof van Cassatie over kostenverhaal bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht spitst zich toe op het schadevereiste (zie eerder nrs. 2-3). In het algemeen is aansprakelijkheid enkel mogelijk bij aanwezigheid van een verlies dat juridisch kan worden gekwalificeerd als schade.⁶³ Volgens het Hof van Cassatie bestaat ‘schade’ in de zin van de artikelen 1382 en volgende oud BW uit de krenking van een rechtmatig⁶⁴ belang⁶⁵. De benadeelde moet zich in een minder gunstige toestand bevinden dan vóór het schadegeval.⁶⁶ Schade is dus de krenking van het rechtmatige belang dat de benadeelde had bij het onveranderde voortbestaan en de normale ontwikkeling van de door het tot aansprakelijkheid aanleiding gevende rechtsfeit verstoorde toestand.⁶⁷ Door die verstoring kan de benadeelde niet langer op dezelfde wijze zijn behoeften bevredigen.⁶⁸
18. **‘GEWONE’ ZAAKSCHADE** – In het licht van die omschrijving van het schadevereiste, verbaast het niet dat de ‘gewone’ zaakschade voor schadeloosstelling in aanmerking komt (‘gewoon’ louter in de zin dat zij deze zaakschade niet lijdt terwijl zij een (grond)wettelijke plicht vervult). Neem het eerdere voorbeeld van de gevandaliseerde ruit: de overheid vordert simpelweg schadeloosstelling voor de krenking van het rechtmatige belang dat zij heeft bij het onveranderde voortbestaan van het overheidsgebouw. Door de gevandaliseerde ruit kan zij met dat overheidsgebouw minder goed in haar behoeften (i.e. die van de samenleving) voorzien. Het gaat hier eigenlijk niet om een werkelijk ‘kostenverhaal’. De zaakschade mag niet zomaar worden verward met de reparatiekosten, die een maatstaf zijn om de schade te waarderen.⁶⁹ Ten aanzien van die reparatiekost rees in het verleden discussie over de vraag of de overheid, naast de eigenlijke herstellingskosten, een aantal ‘vaste’ of ‘gewone’ kosten kon verhalen zoals deze om personeel in dienst te houden. Die kosten moet de overheid immer schijnbaar sowieso maken, zodat zij niet het gevolg zouden kunnen zijn van het gedrag van de schadeverwekker.⁷⁰ Het loon dat de overheid, bijvoorbeeld, aan vast herstellingspersoneel uitbetaalt is zij sowieso verschuldigd, ongeacht of dat personeel werkelijk zaken moet herstellen of niet. Intussen is uitgeklaard dat het ‘herstel in eigen beheer’ geen beletsel vormt voor integrale

⁶³ Zie onder vele anderen, J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling*, Brussel, Larcier, 1954, 132, nr. 160 (“Zonder schade, geen aanspraak uit onrechtmatige daad”).

⁶⁴ Is onrechtmatig de toestand die verworven is of behouden wordt in strijd met het objectieve recht of met miskenning van andermans subjectief recht, zie Cass. 30 november 2020, C.20.0008.F; L. DE WILDE, “Begrip "Schade"” in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 201, nr. 30.

⁶⁵ Sinds het cassatiearrest van 16 januari 1939 (*Pas.* 1939, I, 25 – belang van een broer bij het onderhoud door zijn zus van hun gedeeld huishouden) is duidelijk geworden dat schade geen schending van een recht vereist. Zie recent ook Cass. 17 oktober 2016, C.09.0414.F; Cass. 5 juni 2020, C.19.0396.F.

⁶⁶ De krenking van een rechtmatig belang is een noodzakelijke voorwaarde voor schadeloosstelling, maar geen voldoende voorwaarde. De rechter moet steeds nagaan of de krenking van een rechtmatig belang de benadeelde in een minder gunstige positie plaatst, zie Cass. 21 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1358; Cass. 19 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 755; J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling. Deel I*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 23, nr. 18; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 635, nr. 104.

⁶⁷ J. RONSE, “La notion du dommage : lésion d'intérêt (noot onder Cass. 2 mei 1955)”, *RCJB* 1957, (101) 101-102, nr. 4 en 111, nr. 19; L. DE WILDE, “Begrip "Schade"” in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 181, nr. 1; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwende rechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad” in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXde postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-1993* Gent, Mys & Breesch, 1993, (122) 124, nr. 2; M. KRUIHOF, “Wanneer vormen tegenstrijdige belangen een belangenconflict?” in X (ed.), *Van alle markten thuis. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (575) 584, nr. 13.

⁶⁸ Het objectieve recht geeft om die reden van een verminderde behoeftenbevrediging aan de benadeelde een subjectief recht op schadeloosstelling (zie Brussel 12 september 2014, *JT* 2015, (74) 77, §26). Het objectieve recht verzekert immers dat alle personen van ‘hun’ deel van de wereld gebruik kunnen maken (zie W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, I, Antwerpen, Standaard, 1969, 87, nr. 30).

⁶⁹ Dat die kosten enkel een maatstaf tot waardering zijn en niet de werkelijke ‘schade’, volgt op zich al duidelijk uit het principe dat benadeelden vrij beschikken over de schadeloosstelling die zij krijgen. Zij zijn niet verplicht om die schadeloosstelling voor een bepaald doel zoals het herstel van een zaak aan te wenden, zie Cass. 11 mei 2000, C.96.0283.N.

⁷⁰ Vergelijk met het onderscheid tussen ‘gewone’ en ‘buitengewone’ kosten eerder in nr. 15, (II).

schadeloosstelling.⁷¹ De schadeloosstellingsplicht van de schadeverwekker ontstaat zodra die onrechtmatig schade veroorzaakt. Zaakschade bestaat steeds ten minste uit de waardevermindering van de zaak, zodat schade al geleden wordt nog voor enig concreet herstel.⁷² De kosten van het herstel in eigen beheer zijn enkel een maatstaf tot waardering van de schade en niet de eigenlijke schade.

19. ZAAKSCHADE EN AANVERWANTE SCHADE BIJ (GROND)WETTELIJKE PLICHT – Ook de zaakschade die door de overheid wordt geleden tijdens het vervullen van een (grond)wettelijke plicht, komt volgens de definitie van schade voor schadeloosstelling in aanmerking. De brandweerwagen die wordt beschadigd tijdens een interventie die kadert in de algemene opdrachten van de civiele veiligheid, is voor de brandweer in de toekomst niet of minder beschikbaar om zijn plichten mee uit te voeren. Zoals vermeld, speelt hier echter een *lex specialis* die kostenverhaal uitsluit, tenzij er sprake is van enkele welbepaalde misdrijven.⁷³ Ook politiekosten kunnen als voorbeeld dienen. Materiaal dat wordt beschadigd en politieagenten die worden verwond, zijn voor de politiezone in de toekomst niet of minder beschikbaar. Schadeloosstelling van zo'n zaakschade lijkt dus mogelijk.⁷⁴ Schadeloosstelling van de kosten om gewond personeel buiten dienst te stellen en eventueel te vervangen wordt in bepaalde gevallen wel⁷⁵ en in andere niet⁷⁶ toegekend. Bij niet-toekenning speelt het eerder vermelde kerntakenargument (zie eerder nr. 3). Dat argument passen sommige rechters en auteurs ook toe op de kosten die sowieso louter gemaakt worden ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht (zoals de loonkosten van agenten en administratiekosten)⁷⁷, hoewel het criterium door anderen wordt betwist⁷⁸.
20. 'KERNTAAK' MOEILIK IN TE VULLEN – Het is nuttig om dat kerntakenargument onder de loep te nemen. Het gebruik van het begrip 'kerntaak' in een privaatrechtelijke context roept vragen op. Zelfs in het publiekrecht is het voorwerp van debat.⁷⁹ Het begrip lijkt moeilijk in te vullen. Ten eerste is het steeds aan evolutie onderhevig. Het takenpakket van de overheid is immer veranderlijk. Treffend in dit opzicht is de conclusie van AG ASSER bij het Nederlandse Brandweerkostenarrest: "Met het begrip

⁷¹ Cass. 28 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, nr. 362, 811; Cass. 21 december 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 536, 1087; Cass. 18 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 437, 851; Cass. 9 februari 2006, C.05.0172.N; Cass. 14 juni 2019, C.18.0501.N. Zie ook over openbare nutsbedrijven, Cass. 28 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 562, 1069. Ook het Franse Hof van Cassatie overweegt dat de vaste kosten onder de schadeloosstellingsplicht vallen, zie Cass.Fr. 19 november 1975, 74-13018, *D. Jur.* 1976, 137.

⁷² Het vermogen van de overheid wordt dus niet anders aangetast als zij "personeel in dienst neemt om reeds ontstane schade te herstellen of van te voren personeel in dienst neemt om te verwachten schade te kunnen herstellen", zie Cass. 21 december 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 536, 1087.

⁷³ Toch meent het hof van beroep van Antwerpen dat uit de strekking en de inhoud van de wet blijkt dat kosten van het gebruik van apparatuur tot schadeloosstelling aanleiding geven (terwijl de kosten van ingezet personeel dat niet zijn omdat zij "voortvloeiën uit de normale werking van de brandweer"), zie Antwerpen 25 oktober 2011, *RW* 2012-13, 991.

⁷⁴ Een bijkomend argument hiervoor is dat de overheid volgens de wet politieagenten moet schadeloosstellen voor schade toegebracht aan goederen die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van hun functies en vervolgens in hun rechten tegen aansprakelijke derden wordt gesubrogeerd, zie art. 53 wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, *BS* 22 december 1992, p. 27.214; art. 14 e.v. koninklijk besluit van 9 maart 2014 betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van en de rechtshulp en zaakschadevergoeding voor personeelsleden van de politiediensten, *BS* 9 maart 2014, p. 22.765.

⁷⁵ Een voorbeeld hiervan is de veroordeling van een relschopper die tijdens het corona-nepfestival 'La Boum' in het Ter Kamerenbos onderdeel was van een meute die enkele politieagenten verwondde. De correctionele rechtbank van Brussel veroordeelde de relschopper tot vergoeding van de kosten voor de afwezigheid en vervanging van twee agenten. De relschopper moet ook de morele schade van de politiezone vergoeden, zie Rb. Brussel (Fr.) 4 juni 2021, nr. 2021/3304, *ongepubliceerd*. Zie eerder in gelijkaardige zin Brussel 11 januari 2012, *RGAR* 2012, nr. 14903.

⁷⁶ Gent 12 juni 2017, nr. 2016/BB/44, waarin het hof de kosten van een dienstvrijstelling van een gewonde politieagent op basis van het kerntaken criterium als niet-verhaalbaar beschouwt.

⁷⁷ Zie voor een voorbeeld Corr. Dendermonde 2 februari 2000, *TMR* 2001, 56. De kosten om twee politieagenten in te zetten om op te treden tegen nachtlawaai behoren tot de "normale politionele taak". Zie voor een ander voorbeeld Gent 5 oktober 2015, nr. 2013/BB/136. De 'administratiekosten' en 'extra-overuren' die een persoon door het plegen van misdrijven voor een politiezone veroorzaakt, zijn geen schade, omdat "de prestaties van overheidsdiensten in het kader van opsporing en bestrijding van (vermeende) misdrijven definitief ten laste van de overheid moeten blijven".

⁷⁸ BUELENS meent dat de kosten van orde- en veiligheidstaken in principe verhaalbaar moeten zijn, aangezien er geen wettelijke bepaling is die in algemene bewoordingen bepaalt dat zulke kosten definitief voor rekening van de overheid moeten blijven, zie W. BUELENS, "Het verhaal van herhuisvestingskosten op grond van artikel 1382 BW (noot onder Cass. 23 oktober 2012)", *TBBR* 2015, afl. 9, (524) 529, nr. 16.

⁷⁹ Zie S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1-2.

“typische overheidstaken” lijken we er zo niet meer te komen, want milieuzorg is toch ook zo’n taak geworden en dat is ten aanzien van brandbestrijding eens in het (verre) verleden eveneens gebeurd: eens heeft de overheid zich dat belang aangetrokken”.⁸⁰ De eerder vermelde evolutie van verzelfstandiging en privatisering is ook van belang bij de veranderlijke aard van de overheid. Particulieren kunnen nu ook taken uitvoeren die ooit ‘kerntaken’ waren. Wat de overheid nu *per se* zelf moet doen, is niet noodzakelijk wat zij in de toekomst op zich moet nemen. Ten tweede kunnen niet alle ‘kerntaken’ over één kam worden geschoren in de context van kostenverhaal. De conclusie van AG ASSER is opnieuw dienstig om dat te illustreren: “Hierbij moet evenwel worden bedacht dat de overheid zelf brandbestrijding en bodemsanering niet op één lijn stelt, nu zij bij bodemsanering uitgaat van het principe van “de vervuiler betaalt” [...] terwijl [...] toch wel duidelijk wordt dat de overheid niet, althans niet dan in uitzonderlijke gevallen laat gelden dat degene aan wie het ontstaan van de brand zou kunnen worden toegerekend betaalt”.⁸¹ Over de verschillende ‘kerntaken’ heen spelen verschillende beleidsargumenten inzake de wijze waarop het algemene belang het meest gebaat is bij het optreden door de overheid en de bijbehorende schadelastverdeling.

21. CRITERIUM: ONBESCHIKBAARHEID VAN MATERIAAL EN PERSONEEL – Het kerntakencriterium is dus niet evident. Een alternatief is aangewezen om de tand des tijds te kunnen doorstaan en om meer inhoud aan een schadelastverdelingscriterium te geven. Wars van enige normatieve aanbeveling *de lege ferenda*, is het mogelijk om een principe voor te stellen dat het algemene uitgangspunt van het Hof van Cassatie vandaag, *de lege lata*, al aanscherpt door rekening te houden met de lagere rechtspraak en de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf.

Dit alternatief beschouwt het louter maken van kosten bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht als zuiver economische schade (*pure economic loss*) die zonder een onderliggend werkelijk verloren voordeel niet voor schadeloosstelling in aanmerking komt.⁸² Dat werkelijk verloren voordeel voor de overheid bestaat uit de onbeschikbaarheid van overheidsmateriaal en -personeel⁸³ voor de reguliere werkzaamheden.⁸⁴ Zonder zo’n onbeschikbaarheid bevindt de overheid zich niet in een minder gunstige toestand dan vóór het moment waarop zij heeft moeten optreden.

De onbeschikbaarheid kan voor de toekomst gelden. De onbeschikbaarheid kan ook op het moment van het schadegeval zelf plaatsvinden. Dit is de situatie waarin een persoon, bijvoorbeeld, een oproep plaatst bij de politie met het bijzondere opzet om een nutteloze interventie uit te lokken.⁸⁵ In zo’n geval lokt de schadeverwekker publieke middelen weg van werkelijke noodsituaties.⁸⁶ Wanneer iemand een noodzakelijke interventie uitlokt door een opzettelijk misdrijf te plegen vervult de politie daarentegen de reguliere werkzaamheden, zodat er geen onbeschikbaarheid is van overheidsmateriaal en -personeel. Zo komt dit alternatieve criterium tegemoet aan het kerntakencriterium, zonder ermee samen te vallen, omdat schadeloosstelling niet categoriek is uitgesloten. Er kan steeds een schadeloosstellingsplicht

⁸⁰ Conclusie AG ASSER bij HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, NJ 1994, 3019, nr. 639, § 2.63.

⁸¹ Conclusie AG ASSER bij HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, NJ 1994, 3019, nr. 639, § 2.64.

⁸² Het kan worden beargumenteerd dat er in zo’n geval simpelweg geen ‘schade’ ontstaat, bij gebrek aan een belang dat zou kunnen worden geschonden. Zie impliciet Antwerpen 25 oktober 2011, RW 2012-13, 991, waarin het hof de algemene kosten van de brandweer sowieso niet als vergoedbare schade beschouwt op basis van de strekking en de inhoud van de toen ter zake geldende wetgeving, maar daarenboven meent dat de overheid niet doet blijken dat zij “effectief schade wegens personeelskosten heeft geleden”.

⁸³ Het is belangrijk om hier voor ogen te houden dat personeelsleden die worden ingezet om zaakschade te herstellen, niet onbeschikbaar zijn voor de reguliere werkzaamheden als de overheid hen net aanwerft voor een herstellingsdienst. Deze situatie valt echter onder het herstel in eigen beheer, zodat het Hof van Cassatie terecht overweegt dat een rechter niet mag nagaan of “deze ambtenaren zich niet hebben kunnen kwijten voor (sic) hun normale taken” om al dan niet tot schadeloosstelling te besluiten, zie Cass. 18 oktober 1994, Arr.Cass. 1994, nr. 437, 851.

⁸⁴ Zie in dit opzicht de in voetnoot 74 opgenomen wetgeving op basis waarvan de overheid de zaakschade die ‘onontbeerlijk’ is voor het kunnen uitoefenen van de functies van een politieagent, aan een agent moet vergoeden en in diens rechten wordt gesubrogeerd.

⁸⁵ Cass. 15 maart 1965, Pas. 1965, I, 737; Gent 15 mei 2014, RW 2015-16, 1268; Gent 1 februari 2016, RW 2016-2017, 826.

⁸⁶ M. VAN QUICKENBORNE, “De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak”, RW 1980, vol. 43, afl. 21, (1329) 0.37, nr. 45 (“Wie de politie opzettelijk van haar normale taak afleidt [...]”).

ontstaan wegens de beschadiging van materiaal of verwonding van personen, ook wanneer de overheid reguliere werkzaamheden uitoefent.

Dit criterium mag niet worden misbegrepen als een manier om te beoordelen of een optreden door de overheid tot de reguliere werkzaamheden behoort. Er wordt vanuit gegaan dat dat altijd het geval is (tenzij in het bijzondere geval van het bijzondere opzet om een nutteloos optreden uit te lokken). Dit criterium maakt het ook overbodig om na te gaan of een (grond)wettelijke verplichting een kerntaak betreft of niet.⁸⁷ Het volstaat dat zo'n verplichting bestaat om steeds eenzelfde schadeloosstellingsprincipe toe te passen.

Tot slot moet duidelijk zijn dat dit alternatieve criterium geen heil ziet in het belastingargument.⁸⁸ Schade is de krenking van een rechtmatig belang. Waar een persoon, ook de overheid, dat belang vandaan haalt is irrelevant. Juridisch doet het niet ter zake of dat belang al dan niet reeds 'bekostigd' is. De vraag is of de overheid in haar behoeftenbevredigingscapaciteit (o.a. de mogelijkheid tot vervulling van de (grond)wettelijke plicht) is geraakt.

22. PARADOX – Het kan paradoxaal lijken dat de persoon met het bijzondere opzet tot schadeloosstelling van bepaalde kosten kan worden aangesproken, terwijl dat niet kan bij de persoon die 'louter' een opzettelijk misdrijf pleegt. Jaagt die persoon de overheid niet ook op kosten, ook al verricht zij haar reguliere werkzaamheden? Bij het bijzondere opzet is er in de eerste plaats echter sprake van een specifiek soort *fraus*⁸⁹ gericht op het doen ontstaan van kosten en *fraus omnia corrumpit* vanwege de bijzondere laakbaarheid van zo'n gedrag.⁹⁰ De schadeverwekker plaatst zichzelf in een positie waarin hij niet langer kan rekenen op eenzelfde 'bescherming' door het recht. Ten tweede ontsnapt de persoon die een opzettelijk misdrijf pleegt zonder zo'n bijzonder opzet, niet volledig aan enig kostenverhaal. Deze persoon zal strafrechtelijk kunnen worden veroordeeld en in dat kader kan die ook worden veroordeeld tot het betalen van bijzondere gerechtskosten, waaronder bepaalde kosten voor het opsporen en behandelen van het misdrijf.⁹¹ De straf zelf heeft als doel evenwel geen materieel herstel van een uitgave van de overheid, zelfs een boete niet. Wel is er sprake van 'sociaal', maatschappelijk herstel.⁹²
23. LEX SPECIALIS – Het voorgaande geldt natuurlijk maar voor zover de wetgever niet zelf in een *lex specialis* heeft bepaald dat bepaalde kosten wel of niet voor schadeloosstelling in aanmerking komen. De wetgever kan een schadelastverdeling die op basis van het aansprakelijkheidsrecht zou worden bereikt, onwenselijk achten vanwege beleidsredenen. Eerder werd al aangehaald dat zaakschade van de civiele veiligheid niet voor schadeloosstelling in aanmerking komt (hoewel dit wel vergoedbaar zou zijn), de kosten van opzettelijke brandstichting verhaalbaar zijn (hoewel zij niet verhaalbaar zouden zijn, omdat dit de reguliere werkzaamheden zijn) en bij milieuschade alle kosten op basis van het door de wetgever daar aangenomen vervuilersbeginsel aanleiding geven tot schadeloosstelling (hoewel er sprake kan zijn van zuiver economische schade zonder onderliggend werkelijk verloren voordeel).

⁸⁷ Het bestaan van zo'n verplichting is op zichzelf een politieke beleidskeuze.

⁸⁸ Zie voor andere tegenstanders van dit argument, J. VAN SWAAIJ, "Kostenverhaal door de overheid", *NTBR* 1993, (166) 170; P.F.A. BIERBOOMS, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, Deventer, Kluwer, 1997, 186; E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte" in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 311.

⁸⁹ Een bedrieglijk opzet vereist dat men niet alleen het gedrag, maar ook de schadelijke gevolgen ervan heeft gewenst.

⁹⁰ Zie voor een auteur die hierin een toepassing van dit beginsel leest, A. VAN OEVELEN, "Vormen de door een gemeente gedane kosten voor orde- en veiligheidsmaatregelen van algemeen belang schade die zij op de aansprakelijke kan verhalen? (noot onder Gent 12 juni 2017)", *P&R* 2018, (128) 129.

⁹¹ De verhaalbaarheid van bijzondere gerechtskosten gaat in België terug op de wet van 1 juni 1849 op de herziening van de tarieven in strafzaken, *BS* 21 juni 1849.

⁹² Conclusie AG P. DELAHAYE bij Gent 10 april 1954 (Franse vertaling), *JT* 1954, (517) 519.

24. LOONDOORBETALINGSARRESTEN – De context van de zogeheten *loondoorbetalingsarresten*⁹³ van het Hof van Cassatie biedt een onderbouw voor het voorgestelde alternatieve criterium.⁹⁴ Hoewel het Hof van Cassatie aanneemt dat voor een overheid ‘schade ontstaat tenzij’, geldt dat uitgangspunt niet absoluut in de context van deze arresten. In deze arresten zorgt een schadeverwekker ervoor dat een persoon die tewerkgesteld is bij een overheid (een publieke werkgever) arbeidsongeschikt wordt en zo de verbintenissen ten aanzien van de overheid niet kan vervullen. De overheid moet haar eigen verbintenis tot het uitbetalen van loon echter wel blijven nakomen. Door de schadeverwekkende daad ontvangt de overheid dus geen arbeidsprestaties als tegenprestatie voor het loon. Dat verlies aan arbeidsprestaties is volgens het Hof van Cassatie een schade.⁹⁵ De verbintenis die de overheid heeft ten aanzien van de persoon die zij tewerkstelt verhindert niet dat schade ontstaat. De overheid heeft een rechtmatig belang bij het behoud van de arbeidsprestaties. Omdat het die arbeidsprestaties zijn die onder het begrip ‘schade’ vallen, mag het loon voor die arbeidsprestaties niet als de schade worden beschouwd. Dat loon is eigenlijk slechts een maatstaf om die schade te waarderen.⁹⁶ Het loonbedrag laat toe om in te schatten wat de weerslag van de arbeidsongeschiktheid is op het vermogen van de overheid (dit is te vergelijken met de reparatiekosten van zaakschade bij herstel in eigen beheer, zie eerder nr. 18). De uitbetaling van zaken als vakantiegeld of een eindejaarspremie is volgens het Hof van Cassatie echter geen schade, omdat daartegenover geen verloren arbeidsprestaties staan.⁹⁷ Zo’n zuiver economische schade zonder onderliggend werkelijk verloren voordeel komt niet voor schadeloosstelling in aanmerking.⁹⁸

⁹³ De *loondoorbetalingsarresten* die in 2001 zijn geweest, luidden het begin van het huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie in. De overwegingen die het Hof erin hanteert hebben een algemene strekking en worden door rechtspraak en rechtsleer in alle contexten van privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid aangehaald. Zij hebben grote invloed op de materie, los van hun inhoudelijke context.

⁹⁴ Zie hiervoor expliciet GwH 20 oktober 2016, nr. 2016/136, B.11.2 en B.11.3. Het Grondwettelijk Hof noemt de doorbetaling van loon met verlies van arbeidsprestaties ‘louter economische schade’, die op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie voor schadeloosstelling in aanmerking komt. Het betalen van andere zaken zonder verlies van arbeidsprestaties (noodzakelijk ook zuiver economische schade) is niet vergoedbaar. Het onderscheid berust voor het Grondwettelijk Hof op een objectief en pertinent criterium (B.11.2), dat geen onevenredige gevolgen met zich meebrengt (B.11.4) en bovendien tot een billijk evenwicht leidt tussen de belangen van de schadeverwekker en de overheid (B.11.5).

⁹⁵ Cass. 18 november 2011, C.09.0521.F; Cass. 30 mei 2011, C.09.0499.N; Cass. 24 januari 2013, C.12.0113.F; Cass. 3 mei 2013, C.12.0425.N; Cass. 23 oktober 2013, P.13.0727.F; Cass. 4 februari 2014, P.13.0992.N; Cass. 7 november 2014, C.13.0199.N; Cass. 8 september 2016, C.15.0523.F; Cass. 3 november 2017, C.15.0337.F; Cass. 26 januari 2017, C.16.0179.F; Cass. 18 oktober 2018, C.17.0506.F; Cass. 17 december 2020, C.19.0334.F; Cass. 24 april 2021, P.21.0192.F.

⁹⁶ Zie hierover uitgebreid M. KRUIHOF, “Een kritische analyse van enkele recente cassatiearresten over schadevergoedingsrecht” in M. KRUIHOF (ed.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (1) 9-12, nrs. 14-16.

⁹⁷ Cass. 9 januari 2006, C.05.0007.N; Cass. 12 november 2008, P.07.1531.F; Cass. 26 mei 2009, P.08.1288.N; Cass. 2 maart 2012, C.10.0569.F; Cass. 14 mei 2012, C.09.0318.F; Cass. 24 januari 2013, C.12.0113.F; Cass. 24 januari 2013, C.12.0308.F; Cass. 24 mei 2013, C.12.0430.N; Cass. 19 juni 2015, C.12.0577.N; Cass. 26 januari 2017, C.16.0179.F; Cass. 24 april 2021, P.21.0192.F.

⁹⁸ Er is dus sprake van een werkelijke uitzondering op het beginsel dat de krenking van elk rechtmatig belang voor vergoeding in aanmerking komt (of: men zou ook kunnen beargumenteren dat er in deze context simpelweg geen ‘belang’ is), zie I. BOONE en B. WYLLEMAN, “Vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (197) 2234, nr. 68; J. DECHARNEUX, “L’abandon de la théorie de la rupture du lien causal : une sortie par la porte pour mieux rentrer par la fenêtre”, *Recueil de jurisprudence du Forum de l’assurance* 2013, (67) 90; H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 51 e.v., nrs. 78 e.v.; J.L. FAGNART, “L’employeur public, la Cour de cassation et les aides d’État”, *RGAR* 2018, (15515-10) 15515-10-15515-1; M. KRUIHOF, “Een kritische analyse van enkele recente cassatiearresten over schadevergoedingsrecht” in M. KRUIHOF (ed.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (1) 17, nr. 23. Zie ook B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 408-409, nr. 482.

5. Quasi-contracten

5.1. Zaakwaarneming

25. DEFINITIE EN INHOUD – Overeenkomstig de artikelen 1372-1375 oud BW is zaakwaarneming het vrijwillig en belangeloos, maar niet uit vrijgevigheid behartigen van andermans belangen wanneer dat nuttig en noodzakelijk is. Opdat er sprake van zaakwaarneming zou zijn, moet aan enkele vereisten voldaan zijn.⁹⁹ Die vereisten vermijden dat een persoon zich al te bemoeizuchtig in de zaken van een ander zou inmengen.¹⁰⁰ Wanneer aan de vereisten voldaan is, rust op de begunstigde meester van de zaak de verplichting om de nuttige en noodzakelijk gemaakte kosten terug te betalen aan de zaakwaarnemer.
26. UITGESLOTEN DOOR ONVRIJWILLIGHEID – Eén van die vereisten is dat zaakwaarneming spontaan moet gebeuren. Er mag op de zaakwaarnemer geen contractuele, reglementaire of (grond)wettelijke plicht om te handelen rusten. De Romeinsrechtelijke oorsprong van deze rechtsfiguur (*negotiorum gestio*) vertrekt vanuit een altruïstische insteek.¹⁰¹ De vrijwilligheid¹⁰² die daarom voor zaakwaarneming vereist is, veronderstelt dat de zaakwaarnemer niet handelt in het kader van een specifieke (grond)wettelijke plicht. Naar Belgisch (en ook Frans) recht kan een overheid zich volgens de grote meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer daarom niet beroepen op zaakwaarneming om de kosten van een (grond)wettelijke plicht te verhalen.¹⁰³
27. SPECIFIEKE PLICHT – Om zaakwaarneming te verhinderen, moet de (grond)wettelijke plicht evenwel voldoende specifiek zijn. Plichten met een algemene draagwijdte staan zaakwaarneming niet in de weg. Een voorbeeld daarvan is de verplichting voor eenieder uit het artikel 422*bis* Sw om een persoon in nood te hulp te komen wanneer dat redelijk mogelijk is, op straffe van schuldig verzuim. Het onbepaalde karakter van die verplichting maakt dat een zaakwaarnemersbedoeling in hoofde van de

⁹⁹ Kh. Kortrijk 4 september 2006, AR 56/06; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALKENBORGH, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1401-1402, nr. 7; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 676 e.v., nrs. 885, e.v.

¹⁰⁰ Als niet voldaan is aan de vereisten van zaakwaarneming, dan begaat de persoon die zich inmengt met andermans zaken, een inbreuk op die laatste zijn eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld Brussel 12 november 2013, *R&J* 2014, (229) 233.

¹⁰¹ Zie hierover uitgebreid L. VAEL, “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, (79) 89-90, nrs. 12-13.

¹⁰² Dit wil zeggen dat de zaakwaarnemer optreedt met het oogmerk om te handelen voor rekening en in het belang van een ander, zie Cass. 6 januari 2005, C.02.0522.F.

¹⁰³ Cass. 22 september 1955, *Arr.Cass.* 1956, 15; Brussel 7 februari 1964, *Pas.* 1965, II, 70; Bergen 6 januari 2011, *T.Verz.* 2011, 429; Bergen 13 september 2011, *T.Verz.* 2012, 377; Gent 19 januari 2017, *RW* 2019-2020, (1381) 1383, nr. 7; Kh. Antwerpen 30 juni 1998, *RHA* 1998, 342; Kh. Kortrijk 4 september 2006, AR 56/06, www.juridat.be; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, II, *Les incapables - Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 1135-1136, nr. 1074; J. LIMPENS en C. PAULUS, “De zaakwaarneming naar Belgisch recht” in V. V. D. V. S. V. H. R. V. B. E. NEDERLAND (ed.), *Preadviezen 1968*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1968, (368) 375; F. GLANSDORFF en P. LEGROS, “La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 20 februari 1970)” 1974, (60) 72, nr. 10; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1965-1973) - deel 2”, *TPR* 1975, (715) 719, nr. 107; F. GLANSDORFF, “X (noot onder Luik 3 april 1979)”, *RGAR* 1980, (10195-2) 10195-2; R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *TPR* 1983, (495) 656, nr. 149; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 696; C. CAUFFMAN, “De tussenkomst van een takelfirma op de vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming? (noot onder Vred. Zelzate 9 december 2004)”, *TBBR* 2005, afl. 9, (531) 531-532, nr. 3; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 66 e.v., nrs. 144 e.v.; V. SAGAERT, “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking” in S. STIJNS (ed.), *Themis 41 - Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2006-07, (71) 74, nr. 4; I. SAMOY, “Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging”, *TBBR* 2007, afl. 1, (3) 4; P. WÉRY, “Le caractère 'volontaire' de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)”, *RCJB* 2007, (181) 214, nr. 22 en 218, nr. 24; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 6, nr. 6; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2, *Les sources des obligations extracontractuelles - Le régime général des obligations*, Brussel, Larcier, 2016, 157, nr. 136; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1405, nr. 10; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 681-682, nr. 865.

persoon die een ander ten hulp komt, niet uitgesloten is.¹⁰⁴ Ook de (grond)wettelijke plicht van een overheid om de openbare orde te handhaven kan ruim geformuleerd zijn (bijvoorbeeld het eerste lid van artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet dat de gemeenten simpelweg verplicht om de openbare orde te handhaven), zodat naar mijn mening moet worden nagegaan of zij specifiek genoeg gedrag oplegt (het tweede lid van hetzelfde artikel verduidelijkt wat onder die verplichting meer bepaald moet worden begrepen, zoals brandbestrijding).¹⁰⁵

28. GEMENGDE BELANGEN – Wat naast het bestaan van een specifieke wettelijke verplichting zaakwaarneming ook zou kunnen verhinderen is het feit dat de zaakwaarnemer andermans belang moet behartigen. Is het dan niet problematisch dat de overheid wordt geacht altijd in het algemene belang op te treden? Zij streeft nooit alleen het belang van een ander na. Dat is echter geen onoverkomelijk beletsel. De behartiging van andermans belang moet de determinerende, maar niet uitsluitende beweegreden zijn om tot zaakwaarneming over te gaan.¹⁰⁶ Eigenbelang mag meespelen. Specifiek voor de overheid zou zaakwaarneming mogelijk kunnen zijn wanneer haar optreden in overwegende mate strekt tot behartiging van een aantoonbaar, enkel individueel belang. Het is in zulke gevallen dat de overheid ook kan besluiten tot reglementering van een retributie.

5.2. Ongerechtvaardigde vermogensverschuiving

29. NIET MOGELIJK BIJ VERPLICHTING – Een andere mogelijke grondslag voor buitencontractueel kostenverhaal door de overheid zou het algemene rechtsbeginsel van de ongerechtvaardigde

¹⁰⁴ Luik 3 april 1979, *JT* 1979, 1166; Brussel 2 februari 1989, *RGAR* 1991, 11.876; Antwerpen 1 maart 2006, *T.Gez.* 2007, 55; Rb. Namen 10 september 1976, *RRD* 1977, 96, noot C. DANSE; Rb. Brugge 3 maart 1986, *TvBR* 1986, 78; Rb. Brussel 6 maart 1992, *TBBR* 1992, 429; F. GLANSDORFF, “X (noot onder Luik 3 april 1979)”, *RGAR* 1980, (10195-2) 10195-2; I. MOREAU-MARGRÈVE, “Le concept de gestion d'affaires: sa plasticité et ses limites (noot onder Bergen 12 november 1986)”, *Rev.Dr.ULG* 1988, (316) 321; P. VAN OMMESLAGHE, “Les obligations - Examen de jurisprudence (1973 à 1982) (deuxième partie)”, *RCJB* 1988, (33) 55, nr. 157; L. MISSON en F. BAERT, “Sport et danger: le sauveteur en péril jurisprudentiel? (noot onder Luik 26 oktober 1992)”, *JLMB* 1993, (805) 809; H. CLAASSENS en A. MAERTENS, “Lichamelijke schade bij uitvoering van de preventie- en reddingsplicht van de verzekerde in schadeverzekeringen”, *TBH* 1997, (671) 679, nr. 20; V. SAGAERT, “Zaakwaarneming” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten - Artikelsgewijze commentaren*, Mechelen, Kluwer, 2004, (1) 24, nr. 36; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 68, nrs. 148-149; P. WÉRY, “Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)”, *RCJB* 2007, (181) 218, nr. 24; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 283; E. MONTERO, A. DELEU en A. PUTZ, “Les quasi-contrats” in P. JADOUL en Y. NINANE (eds.), *Obligations : traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, (II.4-1) II.4.1 – 11, nr. 3.24. KRUITHOF en ook VANSWEEVELT & WEYTS wijzen erop dat hoewel dit standpunt *de lege ferenda* wenselijk is, het momenteel ook bekritiseerd is en naar huidig recht een wettelijke grondslag mist, zie R. KRUITHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *TPR* 1983, (495) 658, nr. 149; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 683, nr. 867.

¹⁰⁵ Zaakwaarneming in het kader van brandbestrijding is uitgesloten volgens de rechtspraak, zie Bergen 13 september 2011, *T. Verz.* 2012, 388; Kh. Antwerpen 30 juni 1998, *RHA* 1998, 342; Rb. Namen 1 maart 1923, *Rev.adm.* 1923, 483; Vred. Namen 31 mei 1963, *JL* 1963-64, 208.

¹⁰⁶ Brussel 27 februari 2001, *RW* 2001-02, 844; Brussel 12 november 2013, *R&J* 2014, (229) 232; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 1138, nr. 1074b; F. GLANSDORFF en P. LEGROS, “La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 20 februari 1970)”, *JT* 1974, (60) 72, nr. 10; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992) - deel 1”, *TPR* 1994, (171) 610-611, nr. 310; S. STIJNS *et al.*, “Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 697; L. VAEL, “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, (79) 90, nr. 13; V. SAGAERT, “Zaakwaarneming” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten - Artikelsgewijze commentaren*, Mechelen, Kluwer, 2004, (1) 15-16, nr. 24; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 50 e.v., nrs. 102 e.v.; P. WÉRY, “Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)”, *RCJB* 2007, (181) 211-212, nr. 20; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 6, nr. 6; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 282; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1402, nr. 8; E. MONTERO *et al.*, “Les quasi-contrats” in P. JADOUL en Y. NINANE (eds.), *Obligations : traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, (II.4-1) II.4.1 – 13, nr. 3.35; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 677, nr. 857.

vermogensverschuiving kunnen zijn.¹⁰⁷ De rechtspraak¹⁰⁸ en rechtsleer¹⁰⁹ nemen echter doorgaans aan dat een verarmde die handelt op basis van een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting echter geen *actio de in rem verso* kan instellen tegen een persoon die een voordeel haalt uit die verplichte tussenkomst.

30. **VOLDOENDE SPECIFIEK**– Een deel van de rechtsleer nuanceert de voorgaande stelling.¹¹⁰ Een vermogensverschuiving die ontstaat door de toepassing van een wetsbepaling, zou niet zonder meer gerechtvaardigd zijn. Daarvoor is vereist dat uit de specifieke draagwijdte van die wetsbepaling blijkt dat de vermogensverschuiving definitief voor rekening van de verarmde moet blijven. Dit sluit aan bij rechtsleer die in het algemeen schrijft dat rechters niet mogen volstaan met de vaststelling dat er simpelweg een juridische oorzaak bestaat voor de vermogensverschuiving, maar werkelijk moeten nagaan of uit de feiten van de omstandigheden een economische of morele rechtvaardiging is daarvoor.¹¹¹ De redenering is dus hetzelfde als bij de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid: welke definitieve vermogensverschuiving heeft de plicht voor ogen?
31. **SUBSIDIARITEITSVEREISTE** – Voor de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving geldt een subsidiariteitsvereiste.¹¹² De persoon die zich erop beroept, mag niet over een andere rechtsovereenkomst beschikken die de vermogensverschuiving doeltreffend teniet kan doen.¹¹³ Zodra een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid of zaakwaarneming mogelijk is, kan de overheid zich dus niet op dit quasi-contract beroepen.

6. Probleemverhelpende sancties (herstelmaatregel)

32. **HERSTELMAATREGEL IN HET OMGEVINGSRECHT** – Een context waarin de overheid met regelmaat kosten maakt is die van het omgevingsrecht. Bij milieuschade of stedenbouwkundige inbreuken moet de overheid optreden om de openbare orde te handhaven. In deze context kan de overheid ‘bestuurlijke herstelmaatregelen’ opleggen aan een burger, bijvoorbeeld, om een achtergelaten afvalstof te verwijderen of om een onwettig opgericht bouwwerk af te breken. De herstelmaatregel is een probleemverhelpende sanctie, waarmee de overheid een onwettige toestand probeert stop te zetten of

¹⁰⁷ Zie voor die aard als algemeen rechtsbeginsel, bijvoorbeeld, Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N; Cass. 11 juni 2021, C.20.0322.N. Dit algemeen rechtsbeginsel vloeit voort uit de bilijkheid als ‘*principe d’équité*’, zie Cass. fr. 15 juni 1892, S 1893, I, 281; Cass. 27 mei 1909, Pas. 1909, I, 272.

¹⁰⁸ Antwerpen 7 juni 2016, RW 2018-29, (1269) 1270, nr. 7.3; Gent 19 januari 2017, RW 2019-2020, (1381) 1383, nr. 9; Brussel 18 december 2018, T.Nor 2019, (664) 676, nr. 2.4.8.

¹⁰⁹ Zie J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, TBBR 2014, (388) 390-391 en de daar aangehaalde rechtsleer. Zie verder H. DE PAGE, “La relation causale en matière de responsabilité civile (noot onder Cass. 5 maart 1953 en Brussel 22 januari 1955)”, RCJB 1955, (192) 198-199; E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, TPR 1981, (1023) 1024-1025, nr. 2; F. GLANSDORFF en C. DALCQ, “Les derniers avatars de la théorie de la rupture du lien de causalité par l’intervention d’une cause juridique propre (noot onder Cass. 13 april 1988)”, RCJB 1989, (639) 659, nr. 25; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 1, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 222-223, nr. 228; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, TPR 2017, afl. 4, (1395) 1487, nr. 69.

¹¹⁰ J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, TBBR 2014, (388) 391; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, TPR 2017, afl. 4, (1395) 1488, nr. 69.

¹¹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2, Brussel, Larcier, 2016, 222-223, nr. 228. Zie ook E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, TPR 1981, (1023) 1024-1025, nr. 2.

¹¹² Cass. 22 augustus 1940, Pas. 1940, I, 205; Cass. 11 september 1969, Arr.Cass. 1970, 36; Cass. 5 juni 2015, C.14.0354.N; Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N; Antwerpen 7 juni 2016, RW 2018-29, (1269) 1270, nr. 7.3; Gent 19 januari 2017, RW 2019-2020, (1381) 1383, nr. 9; S. STIJNS, P. WÉRY, E. DIRIX, R. JAFFERALI, B. KOHL, I. SAMOY, F. AUVRAY, S. JANSEN, S. VAN LOOCK en J.C. BOULET, *De hervorming van het verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 202.

¹¹³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, III, *Les obligations (seconde partie)*, Brussel, Bruylant, 1967, 39, nr. 31 en 41-44, nr. 33; J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, TBBR 2014, (388) 392-394, nrs. 6-7.

een dreigende onwettigheid probeert te voorkomen.¹¹⁴ Laat de burger na om de herstelmaatregel uit te voeren, dan voert de overheid deze ambtshalve uit. Die ambtshalve uitvoering geschiedt op kosten van de herstelplichtige burger.

33. VERMENGING PUBLIEK-PRIVAAT – Er is sprake van een vergaande vermenging tussen het publiek- en het privaatrecht in deze context. Het herstel van de rechtsorde overkoepelt beide rechtstakken, als een bijzondere afgeleide van de strafrechtelijke teruggave.¹¹⁵ De vorderingen die aan de overheid toekomen om dat herstel te vorderen zijn van een bijzondere ‘burgerlijke’ aard.¹¹⁶ De herstelmaatregel zelf is geen straf.¹¹⁷ De herstelmaatregel is ook geen vorm van privaatrechtelijke schadeloosstelling. Het Hof van Cassatie overweegt dat een “[...] herstelmaatregel niet, zoals de schadevergoeding, de vergoeding van schade aan particuliere belangen [beoogt], maar [ertoe] strekt een einde te maken aan de met de wet strijdige toestand [...] waardoor het algemene belang wordt geschaad”.¹¹⁸ Met een herstelmaatregel streeft de overheid met andere woorden ‘rechtsherstel’ na. Dat is een remedie die toekomt aan de titularis van een subjectief recht. Die titularis heeft een aanspraak op de juridische erkenning en bescherming van dat recht door anderen en kan daartoe een bevel of verbod eisen. Een eigenaar kan, bijvoorbeeld, op basis van zijn eigendomsrecht vragen om de sloop van een muur die op zijn perceel is gebouwd door een buur. De overheid vraagt met een herstelmaatregel in het algemene belang om de uitvoering van een rechtsplicht uit het objectieve recht.¹¹⁹
34. KOSTENVERHAAL ALS SCHADEHERSTEL OF INDEPLAATSSTELLING? – Ook de vordering om de kosten van een ambtshalve uitgevoerde herstelmaatregel te verhalen, wordt beschouwd als een vordering van privaatrechtelijke aard, namelijk als één tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en volgende oud BW.¹²⁰ De vraag rijst echter of zo’n kostenverhaal werkelijk een kwestie is van ‘schadeherstel’ in aansprakelijkheidsrechtelijke zin. Doordat de overheid slechts subsidiair, ter vervanging, optreedt wanneer een burger nalaat om primair een verplichting die op hem rust na te komen, speelt er een principe van ‘indeplaatsstelling’, zoals dat te herkennen is in de rechtsfiguren van de gedwongen vervanging van een in gebreke blijvende contractuele schuldenaar en

¹¹⁴ Probleemverhelpende bestuurlijke sancties beogen het materiële herstel van de onwettige situatie die ontstaat door een overtreding. Bestraffende bestuurlijke sancties zijn gericht op de bestraffing van de persoon die de overtreding begaat.

¹¹⁵ De strafrechtelijke teruggave in brede zin ontstond in de tweede helft van de 19^{de} eeuw uit de rechtspraak rond de artikelen 44 Sw en 161 Sv. Die teruggave is elke maatregel die beoogt om de materiële gevolgen van een feitelijke situatie die voldoet aan de omschrijving van een misdrijf ongedaan te maken, met als doel het herstel van de feitelijke toestand vóór die situatie. De teruggave voorkomt zo dat iemand zou halen uit een onwettigheid, zie Cass. 27 maart 1899, *Pas.* 1899, I, 153; Cass. 8 juni 1913, *Pas.* 1913, I, 308; Cass. 29 oktober 1991, *Pas.* 1992, I, 164; Cass. 15 februari 2000, *TMR* 2002, 333; Cass. 3 september 2013, P.10.1836.N; Cass. 27 februari 2018, P.17.0284.N.

¹¹⁶ Cass. 9 februari 1988, *RW* 1988-89, 155; Conclusie AG M. DE SWAEF bij Cass. 24 februari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 96, (290) 308, nr. 18.

¹¹⁷ Volgens het *Hamer*-arrest van het EHRM is de herstelmaatregel een straf in de zin van artikel 6.1 EVRM (zie EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD002186103). De Belgische hoogste rechtscolleges menen dat de herstelmaatregel geen straf is naar Belgisch recht, maar wel een *sui generis*-karakter heeft op basis waarvan enkele procedurele waarborgen in acht moeten worden genomen (zie, bijvoorbeeld, Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N; GwH 28 april 2004, nr. 65/2004, B.2.4; RvS 8 juni 2020, nr. 247.724, §26).

¹¹⁸ Cass. 22 mei 2007, P.06.1692.N; Cass. 3 april 2007, P.06.1610.N; Cass. 22 mei 2007, P.06.1692.N; Cass. 8 september 2009, P.09.0341.N; Cass. 15 september 2009, P.09.0182.N; Cass. 12 januari 2010, P.09.1066.N; Cass. 21 maart 2011, C.10.0244.N; Cass. 24 mei 2011, P.10.2052.N; Cass. 27 maart 2012, P.11.1264.N; Cass. 22 mei 2012, P.11.1808.N; Cass. 14 mei 2013, P.12.1218.N; Cass. 3 september 2013, P.12.1041.N; Cass. 9 september 2014, P.12.0896.N; Cass. 13 november 2018, P.17.1213.N; Cass. 12 maart 2019, P.18.0747.N; Cass. 23 april 2019, P.18.0815.N. Zie ook Cass. 22 januari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 48.

¹¹⁹ De overheid kan deze naleving afdwingen puur op basis van het bestaan van deze rechtsplicht net zoals, bijvoorbeeld, een contractuele schuldenaar de naleving van een contractuele verbintenis kan eisen louter en alleen op basis van het bestaan van zijn subjectief recht op nakoming van die verbintenis. Het ligt in de aard van overheid dat zij het objectieve recht kan afdwingen. Zie in dezelfde zin Antwerpen 9 september 2019, *IHT* 2020, (204) 208, §6 ((over een herstelmaatregel in het kader van scheepsberging) “Meer bepaald kan de [overheid] zich beroepen op een subjectief recht wanneer de toepasselijke rechtsregel (het objectieve recht) de burger geen keuze laten en hem dwingen tot een bepaald gedrag of onthouding”); J. DELEN, “Gedwongen uitvoering van overheidsbevelen tot het verwijderen van schepen: noodzakelijke voorzorg of disproportionele bestuursmaatregel? (noot onder Antwerpen 9 september 2019)”, *IHT* 2020, (214) 216, nr. 3

¹²⁰ Zie, bijvoorbeeld, Cass. 1 juni 2018, C.17.0465.F; Cass. 18 februari 2019, C.18.0325.N.

ook zaakwaarneming. De overheid vult de schoenen van de burger en maakt kosten die deze normaal zelf zou hebben gemaakt, wat een situatie is die verschilt van die van een schadeverwekker en benadeelde in een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid. De invloed van deze vraag op het eindresultaat kan eerder beperkt zijn. Doordat de bepalingen over herstelmaatregelen expliciet bepalen dat de ambtshalve uitvoering op kosten van de burger geschieden, blijkt dat er volgens het huidige standpunt van het Hof van Cassatie schade zou ontstaan in aansprakelijkheidsrechtelijke zin. Volgens het voorgestelde alternatieve criterium (zie eerder nr. 21) zouden wel niet automatisch alle kosten voor verhaal in aanmerking komen. Bij een indeplaatsstelling is dat wel het geval, omdat de kosten die de overheid dan maakt, de uitgaven zijn die de burger idealiter meteen zelf zou hebben gedaan. Ook zouden de vergoedingsprincipes licht verschillen. Bij een indeplaatsstelling spelen automatisch redelijkheid- en noodzakelijkheidsvereisten ten aanzien van de gemaakte kosten. Bij buitencontractuele aansprakelijkheid geldt integrale schadeloosstelling.¹²¹ Voor een beperking van die schadeloosstelling zou een burger moeten aantonen dat de overheid een eigen fout heeft begaan door al te roekeloos kosten te maken.¹²²

35. VERMENGING PUBLIEK-PRIVAAT DOOR EU – Een belangrijke kanttekening is dat het Belgische recht op het vlak van herstelmaatregelen een sterke doorwerking kent van het recht van de Europese Unie. Artikel 8 Europese Richtlijn Milieuschade verplicht de deelstaten om op basis van het vervuilersbeginsel de kosten van ambtshalve genomen preventieve maatregelen en herstelmaatregelen te verhalen op de ‘exploitant’.¹²³ Hoewel de richtlijn terminologie gebruikt die aan burgerrechtelijke aansprakelijkheid doet denken, is zij in wezen een publiekrechtelijk instrument.¹²⁴ De richtlijn kan niet ingeroepen worden door private partijen.¹²⁵ De op basis van de richtlijn vergoedbare ‘schade’ beperkt zich tot de redelijke kosten van preventie- en herstelmaatregelen gemaakt door de daartoe bevoegde overheidsinstanties. De term ‘aansprakelijkheid’ in de volledige benaming van de richtlijn is daarom enigszins misleidend.¹²⁶ Door de Europese wetgeving moet in deze context rekening worden gehouden met bijzondere verweermiddelen, zoals de *permit defense*¹²⁷, die inhoudt dat een exploitant niet tot vergoeding van de kosten van de overheid kan worden aangesproken als hij bewijst dat hij in overeenstemming met een door de overheid afgeleverde vergunning heeft gehandeld en er hem geen fout – in ruimere zin dan een schending van de vergunning – kan worden verweten. Zo gaat er van het publiekrecht een zekere vrijwarende werking uit ten aanzien van privaatrechtelijke vorderingen, al is

¹²¹ In dit opzicht is het interessant dat in een zaak waarin de overheid herstelmaatregelen had opgelegd aan de kapitein van een schip, het hof van beroep van Antwerpen oordeelt dat de kosten van de overheid om die herstelmaatregel zelf uit te voeren slechts vergoedbare schade kunnen zijn in de zin van artikel 1382 oud BW in de mate dat het “noodzakelijke karakter” ervan wordt aangetoond, zie Antwerpen 5 maart 2018, *TBH* 2018, 627.

¹²² Rb. Gent 14 april 1993, *TMR* 1994 (nr. 31/94), (117) 118-119, nrs. 3.2.3 - 3.2.4. De rechtbank overweegt dat een eigen fout van de overheid tot verdeling van de aansprakelijkheid kan leiden, maar meent dat er in deze zaak geen sprake is van ‘buitensporige’ kosten.

¹²³ Zie art. 2, 6° van de richtlijn voor een definitie van ‘exploitant’.

¹²⁴ H. BOCKEN, “De Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Een inleiding” in H. BOCKEN en R. SLABBINCK (eds.), *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 6, nr. 9; G. VAN CALSTER en L. REINS, “The ELD’s background” in L. BERGKAMP en B. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive*, Oxford, Oxford University Press, 2013, (9) 9-10, nr. 1.02; E. BRANS, “Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD” in L. BERGKAMP en B. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive*, Oxford, Oxford University Press, 2013, (31) 37-38, nr. 2.25; R. SLABBINCK, “De Europese Richtlijn Milieuschade werkt (niet): waarom en wat nu?”, *TOO* 2018, afl. 2, (166) 167.

¹²⁵ Zie overweging 14.

¹²⁶ Auteurs schrijven daarom dat de naam ‘Richtlijn Milieuschade’ beter past dan ‘Richtlijn Milieuaansprakelijkheid’, zie H. BOCKEN, “De Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Een inleiding” in H. BOCKEN en R. SLABBINCK (eds.), *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 6, nr. 9; R. SLABBINCK, “De Europese Richtlijn Milieuschade werkt (niet): waarom en wat nu?”, *TOO* 2018, afl. 2, (166) 167, voetnoot 9. Zoals blijkt uit de toelichting bij de richtlijn heeft de Europese Commissie ook overwogen om de notie ‘aansprakelijkheid’ te laten vallen.

¹²⁷ Dit verweermiddel is optioneel voor de lidstaten.

deze vrijwaring niet absoluut omdat aansprakelijkheid wel mogelijk blijft als de exploitant een fout kan worden verweten.¹²⁸

7. Vraagpunten

36. VRAAG 1: welke mechanismen van kostenverhaal – op basis van (uitleg van) de wet of contract – zijn er in het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht?

De overheid kan principieel beroep doen op het privaatrecht op basis van de tweewegenleer. Zij kan daardoor gebruik maken van de kostenverhaalmechanismen uit deze rechtstak, zoals de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid en de quasi-contracten van zaakwaarneming en ongerechtvaardigde vermogensverschuiving.

37. VRAAG 2: onder welke omstandigheden is de overheid gerechtigd van de genoemde mechanismen gebruik te maken en kan zij trachten gemaakte kosten te verhalen? Onder welke omstandigheden is de overheid gehouden gemaakte kosten zelf te (blijven) dragen?

Het vertrekpunt van het antwoord op deze vraag is de wetgeving. De wetgever kan in een *lex specialis* expliciet bepalen of, in welke mate en hoe de overheid beroep kan/moet doen op een privaatrechtelijk kostenverhaalmechanisme, net zoals hij dat uitdrukkelijk kan uitsluiten.

In algemene zin kan de overheid gebruik maken van privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen. Daarvoor moeten de vereisten van die mechanismen, die voor eenieder gelden, vervuld zijn. De vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid geniet naar Belgisch recht de meeste aandacht. Wanneer de overheid zaakschade lijdt, dan geeft ‘kostenverhaal’ via zo’n vordering tot weinig discussie aanleiding. Wel mag het verhaal van de herstelkosten niet mogen worden verward met de schade zelf, waardoor ‘kostenverhaal’ een wat ongelukkige term is. Waar wel discussie over bestaat zijn de kosten die de overheid maakt ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht. Volgens het Hof van Cassatie ontstaat schade, tenzij uit de inhoud of de strekking van de wet blijkt dat de overheid de kosten definitief voor haar rekening moet nemen. Een deel van de doctrine meent dat dat uitgangspunt bij ‘kerntaken’ omgekeerd is: de kosten van zulke taken moeten door de overheid worden gedragen. Verder sluit zo’n wettelijke plicht volgens een aanzienlijk deel van de doctrine zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving uit. Wel moet worden genuanceerd dat de plicht daarvoor inhoudelijk voldoende specifiek moet zijn en voldoende duidelijk wat de schadelastverdeling betreft.

Als alternatief schadelastverdelingscriterium voor het kerntakencriterium stelt deze bijdrage voor dat – abstractie makend van een *lex specialis* – de overheid schade lijdt wanneer zij werkelijk een voordeel verliest bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht. Dat werkelijk verloren voordeel voor de overheid bestaat uit de onbeschikbaarheid van overheidsmateriaal en -personeel voor de reguliere werkzaamheden. Zonder zo’n onbeschikbaarheid bevindt de overheid zich niet in een minder gunstige toestand dan vóór het moment waarop zij heeft moeten optreden.

38. VRAAG 3: welke afwegingen spelen bij de beantwoording van vraag 2 in publiekrecht respectievelijk privaatrecht een rol en is de beoordeling van het wenselijke antwoord een vraag voor de rechter (en hoe dient hij dit dan te bepalen) of eigenlijk eerder voor de wetgever, en waarom?

¹²⁸ De algemene zorgvuldigheidsnorm staat boven bijzondere reglementering. Het is niet uitgesloten dat een persoon een fout begaat door de schending van die norm, zelfs al leeft hij een vergunning na (zie Brussel 27 september 1985, *JLMB* 1987, 362). Ook wanneer geen fout vereist is, zoals bij burenhinder, is een vergunning niet zaligmakend (zie Cass. 27 april 1962, *Pas.* 1962, I, 938). Vergunningen doen geen afbreuk aan de burgerlijke rechten van derden (zie Vred. Izegem, 26 april 2017, *TMR* 2017, 763).

De reden waarom er een kerntakencriterium opduikt en er in ruimere zin discussie is over de verhaalbaarheid van bepaalde kosten is het gegeven dat de overheid via algemene collectieve financiering door de maatschappij in staat wordt gesteld om (grond)wettelijke plichten uit te oefenen. Daardoor rijst de vraag wat er tot de ‘maatschappelijke risicosfeer’ van de overheid behoort, wat een vraag is die beleidsmatig op verschillende manieren kan worden beantwoord. De (burgerlijke) rechter kan zich in principe niet met zo’n beleid inlaten. Hij kan slechts nagaan of aan de vereisten van een kostenverhaalmechanisme is voldaan. Door aan de rechter de interpretatietask te laten om na te gaan welke schadelastverdeling de wetgever voor ogen had bij het in leven roepen van een (grond)wettelijke plicht, kan de grens tussen beleid en de vaststelling van zulke vereisten echter dun worden. Dat is een taak die de rechter evenwel moet ondernemen, omdat er anders sprake is van rechtsweigering. Om betwistingen te vermijden, is het wenselijk dat de wetgever expliciet maakt welke kosten te verhalen zijn. Doordat de overheid als hoeder van de openbare orde echter in uiteenlopende gevallen wettelijke verplichtingen vervult, laat de wetgever zich daarover begrijpelijkerwijze niet altijd even scherp uit. Het verbaast niet dat het algemene uitgangspunt van het Hof van Cassatie ten aanzien van de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid navenant breed is opgesteld. Dat laat flexibiliteit toe.

Leiden de principes van een privaatrechtelijk kostenverhaalmechanisme ertoe dat de door de rechter vastgestelde schadelastverdeling maatschappelijk onbevredigend is, dan is het aan de wetgever om bij te sturen. Hier ligt de ruimte om beleidsargumenten te laten meespelen (zoals, bijvoorbeeld, het drempelargument bij een onopzettelijk loos alarm aan de brandweer¹²⁹ of een bepaalde visie ten aanzien van de vereiste foutgradatie om kostenverhaal toch mogelijk te maken¹³⁰).

39. VRAAG 4: zijn er nog ontwikkelingen vanuit het EU-recht waarneembaar die van invloed zijn op de vragen, hetzij in het algemeen hetzij in het bijzonder (ten aanzien van bepaalde soorten van schade/kosten)?

Ja, wanneer de overheid kosten maakt om milieuschade te verhinderen en te herstellen, moet rekening worden gehouden met de Unierechtelijke Richtlijn Milieuschade. Die richtlijn verplicht de overheid tot verhaal van *alle* kosten op de vervuiler. Wel bevat de richtlijn enkele verweermiddelen. Eén bijzonder (voor de lidstaten optioneel) verweermiddel is de *permit defense*. Een publiekrechtelijke vergunning heeft een niet-absoluut vrijwarend effect ten aanzien van privaatrechtelijk kostenverhaal.

40. VRAAG 5: als verhaal van gemaakte kosten aan de overheid in beginsel is toegestaan/niet is uitgesloten, hoe gaat dat verhaal dan in zijn werk en welke moeilijkheden/vragen en mogelijke uitzonderingen doen zich daarbij dan in publiek- en/of privaatrecht voor? Is er nog sprake van differentiatie in typen van kosten?

Bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht wordt soms voorgehouden dat enkel de ‘buitengewone’ kosten van die plicht voor verhaal in aanmerking zou komen. Kostenverhaal zou enkel

¹²⁹ Zie eerder voetnoot 43.

¹³⁰ Zoals vermeld, is verhaal van de kosten van de opdrachten die de civiele veiligheid verplicht gratis verricht, enkel mogelijk wanneer er sprake is van welbepaalde misdrijven zoals opzettelijke brandstichting. Die foutgradatie van opzet is een politieke keuze. Het Belgische recht illustreert dit mooi. Vóór een wijziging van de Wet Civiele Veiligheid (2007) oordeelde rechtspraak dat de dader van een opzettelijke brandstichting niet tot schadeloosstelling van brandweerkosten kon worden aangesproken (Antwerpen 25 oktober 2011, RW 2012-13, 991; Vred. Eupen 20 april 2005, T.Vred. 2008, 276, noot A. PUTZ), zodat de wetgever zich genoodzaakt zag tot een politieke bijsturing (zie ook eerder voetnoot 44). Een andere foutgradatie dan opzet zou ook mogelijk kunnen zijn. In Frankrijk, bijvoorbeeld, waar de opdrachten van civiele veiligheid ook verplicht gratis worden verricht op basis van het beginsel van *la gratuité des secours* werd na een bijzonder mediageniek geval van een reddingsoperatie die achteraf nutteloos bleek (*les faux disparus du Verdon*), zonder succes een wetgevend initiatief opgestart om kostenverhaal mogelijk te maken vanaf grove nalatigheid (‘zware fout’), zie Proposition de loi visant à encadrer le principe de gratuité des secours en cas d’imprudence caractérisée des personnes secourues, 10 octobre 2013, n° 1455. Het ‘strikt’ juridische stoot hier op de grenzen van het politieke domein.

mogelijk zijn als het optreden van de overheid ‘bezwaard’ is en zij dus eigenlijk méér doet dan de maatschappij bij de creatie van een plicht voor ogen had. Bij ‘gewone’ kosten zou er geen schade zijn en ontbreekt er een oorzakelijk verband. Wederom is wetgeving een belangrijk vertrekpunt. De rechter kan expliciet bepalen dat *alle* kosten voor vergoeding in aanmerking komen, zoals hij dat doet bij milieuschade.

Het eerder voorgestelde alternatieve criterium sluit in zekere mate aan bij dit onderscheid. De ‘normale’ kosten van een (grond)wettelijke plicht komen niet voor vergoeding in aanmerking, in die zin dat de kosten voor de reguliere werkzaamheden geen schade zijn. Het is de onbeschikbaarheid van materiaal en personeel die een schade vormt. Wel zijn enkele belangrijke nuances nodig.

- (i) Ten eerste mag er bij het herstel van zaakschade in eigen beheer door de overheid geen onderscheid worden gemaakt tussen ‘gewone’ en ‘buitengewone’ kosten, omdat anders de kosten van herstel worden verward met de zaakschade zelf.
- (ii) Ten tweede is het criterium slechts beperkt tot de vraag of de overheid in de toekomst op dezelfde wijze de (grond)wettelijke plicht kan vervullen. Het criterium mag niet worden misbegrepen als een manier om te beoordelen of een optreden door de overheid tot de reguliere werkzaamheden behoort. Er wordt vanuit gegaan dat dat altijd het geval is (tenzij in het bijzondere geval van het bijzondere opzet om een nutteloos optreden uit te lokken). Het is dus niet zo dat dit criterium ten aanzien van de werkzaamheden van de overheid zou willen aflijnen wat normaal is en wat niet. Bepalen wat de ‘gewone’ kosten in die zin van ‘normaal’ zijn, is onbegonnen werk en zou ook tot arbitraire schadelastverdelingen kunnen leiden. Het is perfect mogelijk dat een kleine nalatigheid leidt tot een uitzonderlijk overheidsoptreden dat om veel materiaal, mankracht en manuren vraagt. Een lichte fout kan ernstige gevolgen hebben. Omgekeerd kan een opzettelijk handelen eerder kleine gevolgen hebben, die binnen de ‘normale’ uren en met weinig personeel verholpen kunnen worden. Veel hangt af van toevalligheden.
- (iii) Tot slot moet voor ogen gehouden worden dat het alternatieve criterium speelt bij aansprakelijkheidsrechtelijke schade. Het is duidelijk dat als het principe van ‘indeplaatsstelling’ wordt gevolgd bij de herstelmaatregelen, *alle* noodzakelijke kosten voor rekening van de burger komen, ook zij die geen schade in die aansprakelijkheidsrechtelijke zin zijn. De overheid maakt dan kosten die de burger normaal zelf zou hebben gemaakt.

41. VRAAG 6: onder welke condities komt een persoon voor kostenverhaal door de overheid in aanmerking en is in publiek- en/of privaatrecht voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres?

Als privaatrechtelijk kostenverhaal volgens de uiteengezette vereisten mogelijk is, dan gelden de gewone regels van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht geldt concreet dat de schadeverwekkers *in solidum* gehouden zijn tot integrale schadeloosstelling van de benadeelde. Iedere schadeverwekker kan regres uitoefenen op de anderen.

Ook op dit vlak kan de wetgever zulke principes expliciet maken. Artikel 17 van het Vlaamse Bodemdecreet bepaalt, bijvoorbeeld, dat wanneer meerdere personen aansprakelijk zijn op basis van het decreet, zij hoofdelijk aansprakelijk zijn en regres op elkaar kunnen uitoefenen in de mate dat zij hebben bijgedragen aan de verontreiniging van een bodem. Zulke personen zijn ook aansprakelijk voor de kosten die de overheid ambtshalve maakt in het kader van bodemverontreiniging.

42. VRAAG 7: is er sprake van raakvlakken/samenloop tussen publiek- en privaatrecht in kostenverhaalszaken en zo ja, hoe verloopt dan de wisselwerking?

Er is een vermenging van het publiek- en het privaatrecht in de materie van herstelmaatregelen. De handhaving van het publiekrecht geeft aanleiding tot vorderingen (ook tot kostenverhaal) die als van een bijzondere burgerlijke aard worden beschouwd.

In ruimere zin is het op basis van de tweewegenleer ook steeds van belang om na te gaan of de wetgever het gebruik van het privaatrecht niet aan banden heeft gelegd. Wetgeving – ‘publiekrecht’ in een ruime zin – is het eerste vertrekpunt om na te gaan hoe het publiek- en het privaatrecht zich tot elkaar verhouden in een context van kostenverhaal. Heeft de wetgever gewenst dat de overheid de schadelast wel of niet definitief draagt?