

Verhaal van door de overheid bij haar taakuitoefening gemaakte kosten: wetgever of rechter?

Verslag¹ door Michelle Meulebrouck & Peter Valk

Derde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 15 oktober 2021

Tijdstip: 13:00 – 18:00

Plaats: Ellipsgebouw (B-toren) bij de Dienst voor de Vlaamse Bestuursrechtscolleges, Koning Albert II-laan 35 in Brussel.

Auteurs-sprekers:

Gerrit van der Veen (Nederland, publiekrecht) Siewert Lindenbergh (Nederland, privaatrecht) Ann Carette (België, publiekrecht) Christopher Borucki (België, privaatrecht)

Moderatoren: Frank van Ommeren (voor Nederland) en Frederik Peeraer (voor België)

Verslaggevers: Peter Valk (Nederland) en Michelle Meulebrouck (België)

Verwelkoming en inleiding:

Lidy Wiggers-Rust

Als voorzitter van het Platform heet Lidy Wiggers-Rust allen hartelijk welkom bij de derde expertmeeting. De eerste expertmeeting vond plaats in Den Haag bij de Raad van State, de tweede was online vanwege corona, en voor deze derde expertmeeting wordt gastvrijheid verleend door de Dienst voor de Vlaamse

¹ De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter en vice-voorzitter van het Platform, auteurs- sprekers en moderators vanzelfsprekend uitgezonderd).

Bestuursrechtscolleges (DBRC) in Brussel. Wiggers-Rust dankt de heer Eddy Storms voor de warme ontvangst. Als men kijkt naar de deelnemerslijst, dan is zichtbaar dat deze heel divers is samengesteld. Het Platform streeft steeds naar een mooie mix van praktijkjuristen – werkzaam in wetgeving, rechterlijke macht en advocatuur - en academici, vanuit het publiek- en privaatrecht in Nederland en België. De aanwezige kennis is te benutten om het onderwerp van vandaag te ‘fileren’.

Het onderwerp is – kortweg – kostenverhaal. Het is al mooi toegelicht in de concept-papers en kennisclips van auteurs die op de website van het Platform zijn geplaatst, waarvoor hun veel dank toekomt. Het onderwerp wordt behandeld in dialoog gerelateerde vorm, waarbij een vrije gedachtewisseling plaatsvindt. Dat volgt ook uit de naam van het Platform (Platform publiek- en privaatrecht in dialoog) en uit de uitnodiging voor deze meeting. Een dialoog kan tot nieuwe inzichten leiden en dat is bij uitstek de bedoeling. Daarbij is ook luisteren van groot belang. Het gaat om het doorgronden en verder helpen van de materie. Het is de missie van het Platform om op zoek te gaan naar gelijkennissen tussen publiek- en privaatrecht, in Nederland en België, om van elkaar te leren en de wisselwerking tussen onze rechtssystemen te bevorderen, met name in het belang van een goede rechtsbescherming. Daarnaast wil het Platform ook een ontmoetingsplaats bieden voor juristen uit het publiek- en privaatrecht. In het Platform werken Nederland en België nauw en plezierig samen en dat is erg waardevol omdat we veel van elkaar kunnen leren. Juist daarom geeft Wiggers-Rust nu graag het woord aan de vice-voorzitter van het Platform, Steven Lierman, om ook vanuit de Belgische zijde de aanwezigen te verwelkomen.

Steven Lierman

Lierman, vicevoorzitter van het Platform, heet iedereen welkom in Brussel. Lierman sluit zich graag aan bij Wiggers-Rust en spreekt op zijn beurt dank uit aan de gastheer Storms en zijn team, die kosten noch moeite hebben gespaard in de voorbereiding naar deze meeting toe. Lierman dankt de preadviseurs die geweldig werk hebben geleverd, niet alleen voor de uitstekende preadviezen, maar ook voor de kennisclips op de website van het Platform. De preadviseurs zorgen ervoor dat de derde expertmeeting met een vliegende start kan beginnen. Lierman vertelt dat hij in het voorbije jaar heeft beseft hoe waardevol dit soort ontmoetingen zijn en hij is dan ook bijzonder verheugd dat deze expertmeeting live kan plaatsvinden. Het Platform heeft verschillende expertises samengebracht, vanuit het publiek- en privaatrecht, met – minstens – één gemeenschappelijk noemer, dat is het thema dat vandaag op de agenda staat. Ook van zijn kant wenst hij allen dus een bijzonder verrijkende ontmoeting, een

wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht. Volgens Lierman staat alles ten dienste van die wisselwerking.

Lidy Wiggers-Rust

Ter inleiding van het onderwerp wil Wiggers-Rust graag een (deel van een) filmpje laten zien over de brand bij Chemie-Pack in Moerdijk, Brabant aan het begin van 2011 (*Reconstructie brand Chemie-Pack Moerdijk | Omroep Brabant - YouTube*):



‘Woensdag 5 januari 2011. Een normale werkdag op het industrieterrein Moerdijk in Brabant, gelegen aan het Hollands Diep. Maar dan... Even voor half drie in de namiddag gaat het mis bij Chemie-Pack, een opslagbedrijf voor chemische stoffen. “Een zeer grote brand bij het bedrijf Chemie-Pack” ... “Hoogste alarmfase” ... “Brandbare, giftige en bijtende stoffen”. Op het buitenterrein van het bedrijf ontstaat een brand die zich razendsnel verspreidt. De rookontwikkeling is van heinde en verre waar te nemen. Binnen de kortste keren zijn er 120 brandweerlieden aan de slag om het vuur te bestrijden. Ook de bedrijfsbrandweer van Shell, SABIC en ATM, en de crashrenders van Defensie worden ingeschakeld. De brand woedt door tot kwart over twaalf ’s nachts. Dan wordt het signaal “brand meester” gegeven. Aanvankelijk is er euforie over de succesvolle bestrijding van de brand. Maar al gauw ontstaat er toch de nodige discussie. Was de brandweer berekend op zijn taak? Waarom heeft men de brand niet laten uitbranden? Waarom is men met water gaan blussen bij een vloeistofbrand, in plaats van met schuim? Er zijn vragen over de volksgezondheid, het milieu en de vergunningen van het bedrijf. Om antwoord te geven op deze vragen, lopen we de gangen van de brandweer na vanaf het moment van

de eerste melding, tot aan het sein "brand meester". Voor welke dilemma's zagen zij zich die woensdagmiddag en -avond geplaagd? Wat hebben zij gedaan en vooral: waarom?'

Lidy Wiggers-Rust

De schade liep in de tientallen miljoenen, er waren tal van betrokkenen en tal van juridische vragen. Om de schade – ook in figuurlijke zin – weer op te ruimen zijn er veel juridische procedures gevoerd, zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter. De brandweerkorpsen waren heel snel ter plaatse, maar met het bluswater gingen op het bedrijfsterrein aanwezige chemicaliën de aanliggende sloot in. Het Waterschap ondernam, bij wijze van bestuursdwang zonder voorafgaande last, dadelijk actie om een milieuramp te voorkomen. De kosten werden in rekening gebracht bij Chemie-Pack en er werd ook beslag gelegd op haar rekeningen. De bestuursdwang verloopt in Nederland via de bestuursrechter, als tegen het onderliggend bestuursbesluit beroep wordt aangekend. Voor de opheffing van een beslag (geen publiekrechtelijke rechtshandeling) moet de burgerlijke rechter worden benaderd.

Als de burgerlijke rechter een dergelijk opheffingsverzoek krijgt, wil hij uiteraard graag weten hoe de bestuursrechter tegen de bestuursdwang aankijkt. Zo worden de bestuursrechter en de burgerlijke rechter vaak na en naast elkaar gevraagd om te oordelen in één en dezelfde kwestie. Afstemming is dan noodzakelijk en vindt ook zoveel mogelijk plaats. Een belangrijke vraag voor de toepassing van bestuursdwang in dit geval was hoe Chemie-Pack kon worden aangemerkt als overtreders van het verbod om zonder vergunning stoffen te brengen in het oppervlaktewater (artikel 6.2 Waterwet). Chemie-Pack had de brand niet geblust en het bluswater ook niet in de sloot laten stromen. Zij had tot het een en/of ander evenmin opdracht gegeven. De bestuursrechter oordeelde niettemin dat zij wel degelijk als overtreder viel aan te merken. Weliswaar had zij geen (fysieke) handeling verricht maar zij was daarvoor wel verantwoordelijk, omdat de bluswerkzaamheden voortvloeiden uit de brand op haar bedrijfsterrein. De bestuursrechter achtte verhaal van deze kosten op het bedrijf waar de brand was ontstaan dus mogelijk. Een interessante vraag voor de inleiders van vandaag is wellicht hoe dit oordeel zich verhoudt tot de visie van de Hoge Raad inzake het blussen van brand. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Brandweerwet dat het niet aangaat de desbetreffende kosten van de publieke taakuitoefening langs publiekrechtelijke weg aan burgers in rekening te brengen. Zou dat (ook) bij de burgerlijke rechter anders kunnen liggen voor het verwijderen van het bluswater uit de sloot door het Waterschap? En hoe zit het met de vraag of bij de bluswerkzaamheden nog onnodige fouten werden gemaakt?

Een heel andere, naar de mening van Wiggers-Rust zeer zinvolle vraag is: moet men in zaken als deze de krachten niet bundelen? Was het niet een idee geweest om in de rechtbank Breda een aparte *gemengde* kamer (van bestuursrechter(s) en burgerlijke rechter(s)) in te richten? Ook Vranken² heeft zich dat indertijd afgevraagd. Dit voorbeeld is met *legio* andere voorbeelden aan te vullen, denk bijvoorbeeld aan de onrechtmatige overheidsdaad en schadevergoeding, en aan toezichtzaken (met verschillende, maar in elkaar grijpende beoordelingskaders van bestuurs- en privaatrecht). In de rechtspraktijk doen zich in Nederland en vast ook in België in toenemende mate zaken voor op het snijvlak van het privaatrecht en het bestuursrecht. Heel vaak is de materie zo gemengd dat een oplossing niet is te vinden in opdracht aan één college of in specialisatie. Wiggers-Rust stelt daarom voor om over de gehele linie gemeenschappelijke kamers samen te stellen, indien en voor zover de benodigde kennis en ervaring daartoe aanleiding vormen. Daarvoor kan, althans in Nederland, over en weer gebruik worden gemaakt van plaatsvervangers uit de verschillende gerechten, zoals nu in wezen ook op het hoogste niveau van onze rechtspraak gebeurt. Wiggers-Rust stelt voor om die lijn verder uit te rollen. Nauwkeurige afstemming op het benodigde kennis-niveau behoort zo tot de mogelijkheden.

Wiggers-Rust vraagt de heer Storms ook zelf een kort woord van welkom uit te spreken. Zij geeft hem daartoe het woord.

EddyStorms

De heer Storms dankt om te mogen verwelkomen. Hij heet iedereen hartelijk welkom. Voor Storms is het uiteraard ook fijn om fysiek samen te kunnen zijn. Hij brengt de recente jaarvergadering in Den Haag van de Nederlandse Juristenvereniging in herinnering. In Brussel is het de eerste keer dat er weer een fysieke samenkomst kan worden georganiseerd. Het is ook een hele eer voor de heer Storms, hij voelt zich letterlijk als een vis in het water, want al zijn professionele interesses komen samen in het Platform. Hij kan worden beschouwd als een kind van het privaatrecht en publiekrecht. Tijdens zijn studies heeft hij een bijzondere interesse ontwikkeld voor het bestuursrecht door wijlen professor Suetens. De zittingszalen zijn trouwens genoemd naar drie vooraanstaande publiekrechtelijke juristen, met name wijlen professor Suetens, wijlen professor Mast en wijlen professor Lambrechts. Zelf heeft de heer Storms altijd een tweesporen-carrière gevolgd. Hij doceert in de opleiding 'Bestuurskunde en Publiek Management'. Bovendien is hij dertig jaar advocaat geweest, weliswaar

² J.B.M. Vranken, *Chemie Pack Moerdijk en het civiele recht. Over de kracht van rechtseconomische en andere multidisciplinaire inzichten*. In: H.A.W. Vermeulen (red.), *De benadeelde*, Wolf Legal Publishers (WLP) 2011.

in het privaatrecht en was hij ook plaatsvervangend rechter in de ondernemingsrechtbank van Leuven. In 2009 kwam een einde aan dat verhaal, want dan werd in Vlaanderen de 'DBRC' gecreëerd, met als taak de Vlaamse bestuursrechtspraak in het omgevingsrecht. De DBRC heeft een dertigtal referendarissen en ook een vijftiental griffiemedewerkers, een organisatie van in totaal een zestigtal personen. Storms heeft daarbij een dubbele hoedanigheid. Hij is leidend ambtenaar van de dienst en de administratie, en tevens bestuursrechter bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen. Er zijn goede contacten via de Nederlandse Juristenvereniging met de Nederlandse Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak. De voorzitter van de Nederlandse Raad van State, Bart Jan van Ettekoven, was de spreker op de DBRC-openingszitting drie jaar geleden. Binnenkort is er opnieuw een openingszitting met een spreker uit Nederland, Rens Koenraad. Storms tracht veel van Nederland te leren en beschouwt alle Nederlanders als *amici curiae*. Hij wenst een plezierige en leerzame middag toe.

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust dankt de heer Storms voor zijn hartelijke woorden en kijkt reikhalzend uit naar de start van de behandeling van het onderwerp van de middag, het kostenverhaal. Bij de voorbereiding ervan is op basis van de mooie conceptpapers voor deze meeting een tweedeling gemaakt:

I Ratio – uitsluiting – kostenverhaal van door de overheid gemaakte kosten voor wetgever / rechter en wisselwerking tussen wetgever en rechter

II Instrumenten / grondslagen kostenverhaal in publiek- en privaatrecht

De precieze thema's zullen de moderatoren van deze meeting onthullen. Zij gaan daarover met de auteurs en experts van gedachten wisselen. Het Platform heeft voortreffelijke auteurs-sprekers bereid gevonden het onderwerp vanuit publiek- en privaatrecht voor Nederland en België te belichten. Zij zullen zo door de moderatoren van deze middag worden voorgesteld. Wiggers-Rust wil hen namens het Platform alvast hartelijk danken voor en feliciteren met hun inspirerende (concept-)papers (!) en geeft het stokje over aan de moderatoren:

voor *Nederland* is dat *Frank van Ommeren*, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam (VU). Hij heeft ook een prachtig boek geschreven 'Hoofdstukken van het privaatrechtelijk overheidshandelen', samen met Pim Huisman, die hier vanmiddag eveneens aanwezig is.

voor België is dat *Frederik Peeraer*, professor Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en Rechtstheorie aan de Universiteit van Gent (UGent) en daarnaast professor Juridische argumentatieleer aan de Universiteit van Antwerpen (UAntwerpen).

Dan is nu *the floor* aan Van Ommeren en Peeraer. Wiggers-Rust verklaart de dialoog voor geopend!

Frederik Peeraer

Peeraer dankt Wiggers-Rust voor de introductie. Hij heeft de eer en het genoegen om twee formidabele preadviseurs te mogen introduceren. Christopher Borucki is als assistent verbonden aan KU Leuven, meer specifiek aan het Instituut voor Verbintenissenrecht. In die hoedanigheid schrijft hij een proefschrift over dit thema, namelijk over buitencontractueel kostenverhaal door de overheid. Hij zit intussen in de laatste fase van zijn proefschrift. Daarnaast nodigt hij professor Ann Carette uit, deeltijds hoofddocent milieurecht aan de UAntwerpen en hoofd van de juridische dienst van de Vlaamse Milieumaatschappij (VMM).

Frank Van Ommeren

Van Ommeren stelt de Nederlandse preadviseurs voor en dankt de heer Storms voor de ontvangst. Van Ommeren vindt het fijn om voor deze derde meeting hier in Brussel te mogen zijn. Vooreerst stelt hij Siewert Lindenbergh voor, hoogleraar privaatrecht aan Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR). Van Ommeren is ontzettend blij dat Lindenbergh de uitnodiging heeft aanvaard. De andere preadviseur die Van Ommeren mag introduceren is Gerrit van der Veen. Hij is advocaat en partner bij AKD Benelux Lawyers in Rotterdam en bijzonder hoogleraar milieurecht in Groningen. Hij is tevens vaste annotator voor het tijdschrift AB in het bestuursrecht. Van Ommeren vindt dat er vier mooie verhalen werden voorbereid, voor een deel pionierswerk met af en toe een andere insteek. Hij hoopt dat de dialoog even verrassend is, zodat een kruisbestuiving ontstaat, niet alleen tussen verschillende rechtsstelsels, maar ook tussen verschillende deelgebieden.

Het Platform heeft kostenverhaal als onderwerp gekozen omdat er in de rechtspraak, zowel in België als in Nederland, veel over te doen is geweest en het nog steeds heel relevant is. Wiggers-Rust lichtte bij de tweedeling van het onderwerp van vandaag al toe dat ook zal worden gekeken naar de rol van de wetgever. Wat moet de wetgever zelf doen? Dat is het eerste thema op de agenda, namelijk wat is de verhouding tussen de wetgever en de rechter? De hamvraag

die daaronder ligt is de vraag die ook Christopher Borucki in zijn concept-paper nader toelicht, namelijk: wie moet de lasten dragen? Is dat het collectief of het individu? Er komt een groot aantal elementen aan de orde bij het beantwoorden van deze vraag. Ter voorbereiding op deze middag zijn voor dit eerste deel van de dialoog de volgende thema's geselecteerd:

I Ratio – uitsluiting – kostenverhaal van door de overheid gemaakte kosten voor wetgever / rechter en wisselwerking tussen wetgever en rechter.

- * Valt daarin een lijn te ontdekken?
- * Welke rol speelt de 'aard van de aan de orde zijnde publieke taak' ofwel het kerntaken-criterium? Zijn aan de wetgeving en / of jurisprudentie elementen te ontleen die maken dat de desbetreffende taak in de ene of andere richting wijst (kostenverhaal ja / nee)?
- * Zo de 'aard van de aan de orde zijnde publieke taak' kostenverhaal (in beginsel) uitsluit, zijn daarop dan onder omstandigheden nog uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld in geval van opzet en/of bijzonder laakbaar gedrag?
- * Hoe is het gesteld met de 'aard van de kosten'? Welke rol speelt deze en kan deze enig houvast bieden en zo ja, hoe? Is er in dit verband nog verschil te maken tussen kostenverhaal na schade en na contractuele afspraken?
- * Zijn er andere factoren te benoemen die een rol spelen bij deze vraagstelling, zoals bijvoorbeeld het mens- en maatschappijbeeld of het profijtbeginsel?
- * Welke aanwijzingen kan de rechter aan wetgeving ontleen voor toediening van afwijzing van kostenverhaal? Welke rol speelt stilzwijgen van de wetgever?
- * Wie is de geïkete instantie om de vraag naar het kostenverhaal te beantwoorden: de wetgever of de rechter?

I Ratio – uitsluiting – kostenverhaal van door de overheid gemaakte kosten voor wetgever / rechter en wisselwerking tussen wetgever en rechter

Themavraagstukken

Thema I - Ratio kostenverhaal: kerntaken-criterium?

Frederik Peeraer

Het eerste thema betreft de vraag welke kosten we willen socialiseren - spreiden over belastingbetalers - en welke kosten niet. Om het debat te openen vraagt Peeraer aan de preadviseurs om hun licht te laten schijnen over het criterium

dat in alle papers aan bod is gekomen, namelijk het kerntaken-criterium, of, zoals het in Nederland vaak wordt genoemd 'de aard van de aan de orde zijnde publieke taak'. Peeraer nodigt de sprekers en iedereen in de zaal uit om daarover te reflecteren. Is het kerntaken-criterium fundamenteel nuttig of minder nuttig voor de beantwoording van deze vraag? Zou dat kunnen worden toegelicht aan de hand van een feitsituatie waar het criterium op zijn grenzen stoot?

Inleiding thema 1 door Christopher Borucki (België - privaatrecht)

Borucki steekt van wal door te stellen dat het kerntaken-criterium in België zeer gekend is. Naar Belgisch recht is het standpunt van het Hof van Cassatie richtinggevend. Borucki vertrekt vanuit het privaatrecht, namelijk het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Schade van de overheid kan ontstaan wanneer de uitgaven van de wettelijke verplichtingen volgens de inhoud of de strekking van die verplichtingen niet definitief voor rekening van de overheid komen. Er is rechtspraak die dat uitgangspunt in twijfel trekt. Er zou immers een aantal taken bestaan die fundamenteel tot het wezen van de overheid behoren. Er zou een aantal kerntaken zijn waarvan het evident is dat zij met publieke middelen betaald worden. Dat is namelijk waarvoor wij belastingen betalen en waarvoor we überhaupt een overheid oprichten. Een aantal voorbeelden betreft de klassieke taken van politie, brandbestrijding (dat is een taak die al lang gecollectiviseerd is in België) en reddingsoperaties op zee.

Persoonlijk denkt Borucki dat het kerntaken-criterium vooral intuïtie is, afhankelijk van welke strekking men aanhangt. Het idee is dat de overheid een aantal zaken doet in het kader van een fundamentele solidariteit waarvoor we belastingen betalen. Dat is iets dat we samen moeten dragen. Dat idee stoot op zijn grenzen omdat het kerntaken-criterium in privaatrechtelijke betekenis onbekend is en moeilijk in te vullen in het publiekrecht. Wat is de overheid? Wat is een kerntaak? Het takenpakket van de overheid is bovendien veranderlijk. Wat de overheid nu doet, is niet wat zij ooit gedaan heeft, en niet noodzakelijk wat zij later zou moeten doen. Men aanvaardt bij milieuschade dat de overheid een rol te spelen heeft en dat men zegt dat hier de kosten wel verhaald kunnen worden, ook als dat ooit een kerntaak was. Dat is een fundamentele zwakte van het kerntaken-criterium. Ten eerste is de aard van de overheid veranderlijk. Het tweede aspect is dat zelfs als men een kerntaak van de overheid identificeert, men ziet dat over de verschillende kerntaken heen toch andere beleidsoverwegingen gaan spelen die een kostenverhaal al dan niet mogelijk maken. Bijvoorbeeld bij de brandweer gaat men uitzonderingen toevoegen, zoals opzettelijke

brandstichting of opzettelijk vals alarm, terwijl opzet bij politietaken geen doorbreking van het kerntakendebat teweegbrengt.

Inleiding thema 1 door Ann Carette (België - publiekrecht)

Carette wil graag aansluiten bij het voorbeeld van de brand bij Moerdijk. Een grote brand kan worden gekaderd onder de (Europese) Milieuschaderichtlijn. De Milieuschaderichtlijn legt op dat 'de vervuiler betaalt' en dat de kosten in bepaalde omstandigheden moeten worden verhaald. In alle milieumateries moet het kostenverhaal gebeuren, ongeacht of het gaat over een kerntaak of niet. In het voorbeeld van Chemie-Pack, moet het Waterschap kosten maken. In de zin van de Richtlijn is hier een foutloze aansprakelijkheid aan de orde, want het zal wellicht gaan om een activiteit uit lijst I van de Milieuschaderichtlijn. De brand is veroorzaakt op het terrein van dat bedrijf, dus dan moet het bedrijf instaan voor kosten. In de Belgische regelgeving kunnen de kosten voor de brandweer, namelijk de bluswerken zelf, niet verhaald worden, tenzij – zoals Borucki reeds opmerkte – er kwaad opzet in het spel is. Normaal mogen kosten dus niet verhaald worden. Wat zou in een dergelijk geval in België gebeuren? Je hebt immers de interferentie van, enerzijds, de regel dat 'de vervuiler betaalt' via de Milieuschaderichtlijn en, anderzijds, de Wet Civiele Bescherming die de werking en het kostenverhaal van de brandweer regelt en waar kosten voor het blussen niet verhaalbaar zijn!

Inleiding thema 1 door Siewert Lindenbergh (Nederland - privaatrecht)

Lindenbergh bijt de spits af voor Nederland. Hij bedankt het Platform voor de uitnodiging. Hij begint met de eerste vraag. Kan de overheid civielrechtelijk optreden en hoe zit het met de doorkruisingsleer? Het kerntaken-criterium is terecht niet zaligmakend, maar het is volgens Lindenbergh wel een goed begin. Het leert ons iets waar de overheid in ieder geval voor moet opkomen. Het is een aardig vertrekpunt dat kerntaken met belastingen worden voldaan, tenzij er bijzondere redenen zijn. Het is echter niet makkelijk - als we de brandweer als voorbeeld nemen - wat dan exact de taken zijn van de brandweer in Nederland. Lindenbergh geeft twee voorbeelden. Ten eerste het voorbeeld over het nablussen van brandweerwerkzaamheden in Vlissingen, waar de kosten niet konden worden verhaald. Vervolgens was er iemand die het idee had dat ook het weghalen van een wrak en het opruimen van olie na een aanrijding – wat in Nederland ook door een particulier kan worden gedaan – onder de taken van de brandweer gerekend konden worden en dan bijgevolg van kostenverhaal verschoond zouden kunnen blijven. Ook al zou men de kerntaken scherp kunnen omlijnen, het blijft de vraag hoe het begrip moet worden toegepast.

Inleiding thema 1 door Gerrit van der Veen (Nederland - publiekrecht)

Van der Veen dankt het Platform voor de uitnodiging na anderhalf jaar solitaire opsluiting vanwege de coronacrisis. Hij wil ietwat provocerend beginnen, door het uitgangspunt om te draaien. Je zou kunnen zeggen dat de wetgever bepaalt in welke gevallen kostenverhaal mogelijk is en wanneer de wetgever dat niet doet, alsnog discussie kan worden gevoerd over de kerntaken. Eén van de kerntaakitems die men in Nederland reeds gehad heeft was een zaak van een twintigtal jaar geleden over het doorberekenen van politiekosten. Daar was de wetgever uitdrukkelijk op weg om een financiële bepaling te koppelen aan de organisatie van risicowedstrijden in het voetbal via voorschriften en reglementen. De wetgever heeft hier echter de stekker uit getrokken. Dit voorbeeld illustreert de betrekkelijke waarde van het kerntakendebat. De politiek probeert het debat soms te *overrulen*. Gaan we naar de niet-geregelde gevallen, zoals de brandweerkosten, dan denkt Van der Veen dat dit voorbeeld het enige is waar de verhinderende van kostenverhaal voorkomt. Het is een kerntaak die van oudsher gratis wordt verricht. Hoe consequent is deze visie? In het voorbeeld van Chemie-Pack kon men via het publiekrecht gaan, want het ontstaan van de brand was deels toe te rekenen aan het overschrijden van milieuvoorschriften in de vergunning, en deels van zorgplichten. Dan komt men in een redelijk rigide milieurechtsysteem. Als een overtreding wordt geconstateerd, dan zal er handhaving plaatsvinden en komt de rekening bij Chemie-Pack, inclusief de rekening van de brandweer. Er was een samenloop van activiteit tussen de gemeente, de provincie en het Waterschap. Al die overheden kwamen uiteindelijk langs de publiekrechtelijke weg tot kostenverhaal, althans juridisch. Afrondend is het kerntaken-criterium een aardig leerstuk, maar eigenlijk is de wetgever aan zet.

Frank van Ommeren

Van Ommeren gaat over naar de aanwezigen in de zaal om de discussie scherp te stellen. Hij sluit zich aan bij de laatste woorden van Van der Veen over de wetgever. Van Carette heeft hij begrepen dat in België in het geval van brandweerkosten er een uitgeschreven kostenlijst bestaat. In Nederland is er geen dergelijk systeem of gereguleerde lijst. Klassieke taken zijn veranderlijk. We hebben de wetgever aan de ene kant – die in voorkomend geval dergelijke lijst van kosten kan opstellen – en aan de andere kant hebben we het taakcriterium. Misschien kunnen we in Nederland wel wat leren van België hierover.

Dialogo

Vanuit Nederlandse hoek wordt aan het betoog over de taak van de wetgever het volgende toegevoegd. In Nederland is in het verleden geprobeerd om een

lijst te maken van door te berekenen kosten in het *Rapport Studiegroep Alternatieve Bekostiging ruimtelijke gebiedsontwikkeling: Bekostiging door baathebbers*. Dat rapport werd een aantal jaren geleden bijgewerkt en het uitgangspunt is dat kosten voor handhaving en toezicht in beginsel uit de algemene middelen moeten worden betaald. De uitzonderingen hierop zijn het beginsel van ‘de vervuiler betaalt’ (intensiever gebruik van dit beginsel is recent ook door de Europese Rekenkamer bepleit) en het profijtbeginsel. Dat laatste betekent dat als er een bepaalde groep is die een voordeel haalt, de kosten kunnen worden doorberekend. Daar is wetgeving voor nodig. Een voorbeeld daarvan vindt men in de sfeer van de toezichtwetgeving.

Een Belgische deelnemer vindt het criterium van kerntaken ‘naast de kwestie’. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen, enerzijds, de prefinanciering van de overheidsacties en, anderzijds, degene die finaal de kosten moet dragen. Het is niet omdat het een kerntaak is dat de overheid de finale kost noodzakelijk zelf moet dragen. Het is evident dat de overheid moet zorgen dat er een brandweer is. Het criterium wie finaal de kosten draagt is belangrijk. Dat zou het criterium moeten zijn. Bijkomende bepalingen zijn niet noodzakelijk vereist. Het burgerlijk recht op zich kan al veel bieden. In een aantal gevallen moet het echter geregeld worden om bepaalde discussies te vermijden. Dit moet vrij gedetailleerd gebeuren omdat dit anders tot veel procedures zou kunnen leiden. In België houdt men niet van procedures waarbij de overheid ambtshalve een dwangbevel kan uitvaardigen omdat dat in praktijk hoe dan ook aanleiding geeft tot procedures.

Een andere deelnemer vanuit Belgische hoek stemt hiermee in. Een kerntaak kan het aansprakelijkheidsrecht niet buiten werking stellen. Het is niet omdat de overheid een kerntaak uitoefent met kosten tot gevolg dat het aansprakelijkheidsrecht niet in werking treedt. Het is eerder omgekeerd. Het aansprakelijkheidsrecht werkt. Kosten zijn verhaalbaar als de voorwaarden van aansprakelijkheid vervuld zijn. Het is aan de wetgever om eventueel bepaalde domeinen aan het aansprakelijkheidsrecht te onttrekken, bijvoorbeeld door het uitwerken van een specifieke verhaalsregeling. Het moet bijgevolg omgekeerd worden gezien. In principe is er verhaalbaarheid – als de voorwaarden vervuld zijn – en het is naar Belgisch recht het Hof van Cassatie dat bekijkt of er regelgeving, beleidsargumenten of algemene beginselen bestaan die ertoe zouden leiden dat een bepaalde kost aan het aansprakelijkheidsrecht wordt onttrokken. Het verleden leert dat dit slechts zelden het geval is. Als de overheid tussenkomt als intermediair, dan worden de kosten verschoven naar degene die daarvoor verantwoordelijk is (de dader/overtreder). De vraag naar het kerntakendebate is bijgevolg – een beetje provocerend – een valse vraag.

Thema 2: Kostenverhaal en wisselwerking tussen wetgever en rechter

Inleiding thema 2 door Siewert Lindenbergh

Lindenbergh is het eens dat het aan de civiele rechter is om de beslissing te nemen, maar enkel als het niet bij wet geregeld is. Want als het bij wet via het bestuursrecht geregeld is, dan komt het niet in het civiele recht. Als men bij de civiele rechter komt, moet men eerst aan de civiele drempels voldoen en dan komt men in een zogenaamd 'vrij gebied'. In het vrij gebied, waar er geen bestuursrechtelijke regeling is, zou het kerntakenargument wel een rol kunnen spelen. Die mogelijkheid laat het Nederlandse recht in elk geval toe in het brandweerkosten-arrest. In Nederland bestaan er geen kostenlijsten voor de brandweer, zoals in België. In die gevallen kunnen kerntaken wel degelijk gewicht in de schaal leggen. Lindenbergh wil het toch opnemen voor het kerntaken-criterium, omdat het richting geeft aan de discussie omtrent kostenverhaal. De kerntaak van de brandweer is bijvoorbeeld brand blussen. Men heeft een ander beeld van een kerntaak dan van een andere taak die ook door de overheid kan worden vervuld. De vraag blijft hoe de kerntaken moeten worden geëvalueerd. Het is moeilijk om dat scherp te omlijnen, maar de wetgeving kan dat verduidelijken. Het gaat om publieke diensten, waarvan de taken welomschreven zijn. Het zijn publieke diensten die met algemeen belastinggeld worden voldaan. Indien men de kosten toch privaat wil verhalen, dan moeten daarvoor redenen worden aangehaald. Ook door de politiek wordt het kerntaken-criterium als uitgangspunt genomen, zoals bijvoorbeeld in het geval van uitbreiding van kostenverhaal bij voetbalwedstrijden. Dat is een paradigma. In principe komt deze keuze aan de wetgever, maar als de wetgever nalaat op te treden is er een vrij veld. In de 'kern' is het kerntakendebat de onderliggende beslissing.

Inleiding thema 2 door Ann Carette

Carette reageert en sluit zich aan bij dit debat. Carette heeft bij opzoekingen weinig gepubliceerde rechtspraak gevonden van de Waalse hoven en rechtbanken. Momenteel is Carette een noot aan het voorbereiden bij het arrest van het hof van beroep van Luik van begin 2021 waar ecologische schade bij illegale vogelvangst wordt besproken. Eén van de verhaalbare schadeposten die het Waals Gewest naar voren schuift zijn de reddingskosten voor de vogels, namelijk de verzorging van de vogels, het vervoer van de vogels naar de plaatselijke opvangplaatsen en de tijd die daarvoor nodig was. De raadsheren te Luik vonden dat gewoon een overheidstaak. Er is te weinig rechtspraak om te bepalen of er een verschil is tussen kostenterugvordering in het Waals Gewest, dan wel het Vlaams Gewest. Op basis van die beperkte rechtspraak is de indruk dat in het

Waals Gewest als de overheid de kosten draagt er goede argumenten moeten zijn om deze te kunnen verhalen, in Vlaanderen is dat wellicht iets makkelijker. Ook al is de rechtspraak van het Hof van Cassatie voor iedereen dezelfde.

In België wordt de hele discussie naar de burgerlijke rechter geschoven. Zelfs in die gevallen waarin er wordt gewerkt met een dwangbevel. Dat is zo bij handhaving, bijvoorbeeld voor kosten van het inzetten van deskundigen. Vaak wordt niet nader uitgelegd hoe het kostenverhaal berekend moet worden. Wat daaronder valt is enkel duidelijk geregeld in de Wet Civiele Veiligheid voor de brandweer. Men is daartoe voor een stuk via kerntaken gekomen. De overheid voert veel taken uit, die eigenlijk geen kerntaken zijn, zoals een kat uit een boom halen en wespennesten weghalen. Dat brengt de brandweer financieel zelfs in nauwe schoentjes. Men heeft een onderscheid gemaakt tussen hetgeen niet terugvorderbaar is en wat teruggevorderd moet worden van de begunstigde. Dat gaat dan bijvoorbeeld om de eigenaar van de kat of de eigenaar van de woning met wespen. Bij redding op zee is er ook een duidelijk Koninklijk Besluit (KB) hoe deze kosten begroot moeten worden. Maar voor de rest bestaat dat in België niet of nauwelijks. In de regeling van milieuschade, bijvoorbeeld, treedt de overheid op als de exploitant niet of niet voldoende optreedt. De overheid treedt dan op en pas achteraf komt de vraag of verhalen mogelijk is. Carette vraagt zich af hoe kosten moeten worden berekend als er niet in regelgeving is voorzien. Als de overheid bijvoorbeeld een firma een wagen laat takelen, dan krijgt men een duidelijke factuur en is er weinig discussie. Er is wel discussie in verband met de werkuren van de ambtenaar, de brandstof, etc. Zijn deze kosten verhaalbaar of niet? Als er wordt gewerkt met een dwangbevel dan komt men voor de beslagrechter. De beslagrechter is geen rechter die alles van A-Z herbekeijkt. Dat kan niet werken. Deze methode staat reeds lange tijd in regelgeving, maar er is geen vindbare rechtspraak hierover.

Inleiding thema 2 door Gerrit van der Veen

De vraag is wat er prevaleert. In Nederland redeneren ze anders, daar vormt het publiekrecht het kader voor het beoordelen van een verhaalsactie. Bijvoorbeeld bij het brandweerkostenarrest geldt het publiekrecht (de wetgeving) als norm, als uitgangspunt. Kerntaken die vanouds gratis worden verricht ontleent men in Nederland aan beraadslagingen (bvb. parlementair) rond de brandweerwetgeving. Dus het publiekrecht is de norm. Van der Veen loopt reeds vooruit op een vraag die later nog aan bod zal komen: wat met opzet en schuld? In België is daar blijkbaar veel aandacht naar gegaan. In Nederland prevaleert het publiekrecht (de wetgeving) en daarbinnen kan men kijken wat er nog overblijft voor het privaatrecht. Van der Veen kan zich voorstellen, zoals dat in België het geval

is, dat het privaatrecht het algemene systeem is en het publiekrecht kan voorzien in uitzonderingen. Er zijn dus twee uitgangspunten, maar men moet wel één uitgangspunt kiezen per jurisdictie.

Inleiding thema 2 door Christopher Borucki

Borucki voegt nog twee elementen toe aan de Nederlandse preadviezen. Het kerntaken-criterium op zich roept een aantal vragen op. Er zijn twee afgeleiden van het kerntaken-criterium die volgens hem een rol spelen.

1) De eerste afgeleide naar Belgisch recht tekent zich af tegen de achtergrond dat men heel wat zaken als een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid beschouwt. Er is echter een aantal situaties die men kan losweken. Dat zijn de situaties waarbij de overheid een kost maakt die de burger zelf had moeten maken. Het beste voorbeeld hiervan is de herstelmaatregel, zoals die bijvoorbeeld ook in Nederland bestaat. In het geval van sluikstorten, bijvoorbeeld, zal de overheid het afval weghalen indien de burger dat na aanmaning via een herstelmaatregel zelf niet doet en dat gebeurt op kosten van de burger. Daar schuilt geen kerntaak achter, omdat de overheid deze taak enkel vervult omdat de burger nalaat om het zelf te doen. Het komt primair aan de burger toe om deze taak te vervullen. De vraag die daaruit voortvloeit is dan natuurlijk in welke gevallen er een primaire verplichting is voor de burger. Men zou kunnen beargumenteren dat de discussie over 'kerntaken' eigenlijk gewoon verschoven wordt, maar daarin moet men pragmatisch zijn. Op dit ogenblik zijn er enkele taken die de overheid nu eenmaal primair vervult, wat men met een ongelukkige term kerntaken zou kunnen noemen. Dat is bijvoorbeeld de brandweer. Het bestrijden van brand is gecollectiviseerd, maar in andere landen is dat niet noodzakelijk het geval. In de Verenigde Staten zie je een opkomst van private brandweerkorpsen, dus wie weet kan dat bij ons in de toekomst ook veranderen. Vandaag de dag is er een aantal taken die de burger zelf moet vervullen, bijvoorbeeld als de burger het objectieve recht schendt. Als de burger een herstelmaatregel, opgelegd om de situatie die uit die onwettigheid is ontstaan te herstellen, niet nakomt en de overheid optreedt ter vervanging, dan is het evident dat die kosten voor verhaal in aanmerking komen. Dat zien we ook bij de gedwongen vervanging van de contractuele schuldenaar.

2) De tweede afgeleide van het kerntaken-criterium is te vinden in het aansprakelijkheidsrecht. Bij andere taken dan taken waar de overheid zelf voor moet optreden, ontstaat schade. Bij lagere rechtspraak, bijvoorbeeld politiekosten, zien we het volgende. Als men een politieagent verwondt, dan gaat men soms wel schade toekennen. De schade bestaat dan uit het inzetten van een andere agent op de loondienst, terwijl de eerste agent moet thuisblijven. Lagere recht-

spraak gaat dat dus wel toekennen als de eerste persoon effectief moet thuisblijven. Het criterium is dat de overheid effectief schade lijdt als een voordeel verloren gaat (bijvoorbeeld wanneer materiaal beschadigd wordt of wanneer personeel thuis moet blijven). Dan komt men echter weer tot het belastingargument of het kerntakenargument. Voor zuivere economische schade, wanneer enkel publieke middelen slinken, is de lagere rechtspraak terughoudender en aanvaardt deze rechtspraak geen schade. Borucki denkt dat men het kerntaken-criterium wel bruikbaar kan houden door ervan uit te gaan dat zuiver economische schade niet verhaalbaar is, tenzij een werkelijk voordeel verloren gaat.

Dialog

Een Nederlandse deelneemster reageert instemmend wat betreft het verschil tussen Nederland en Vlaanderen, want de kosten die de Nederlandse overheid mag verhalen gaan vaak via herstelmaatregelen. Er is een overtreding en vervolgens mogen via de Awb in beginsel alle kosten in functie van het herstel worden verhaald. Er wordt teruggekomen op het voorbeeld van Carette. Als de gevolgen van de overtreding erin bestaan dat dieren verwond zijn geraakt en de overheid betaalt vervoerskosten, dan zou men in Nederland discussie hebben of dat nog kosten kunnen zijn die als herstelkosten in het kader van bestuursdwang kunnen worden aangemerkt. Dan wordt van daaruit bekeken of dat kosten zijn die te verhalen zijn. Als van herstelmaatregelen geen sprake is, dan is het aan de civiele rechter om ernaar te kijken en kan men de kosten niet via de bestuursrechtelijke weg verhalen. Als het gaat over de handhavingskosten zelf, dan gaat het niet over bestuursdwang. Dat zijn gewoon de kosten die de overheid maakt om ergens te gaan controleren en een handhavingsbeschikking voor te bereiden. Dat is een publiekrechtelijke kerntaak zou men kunnen zeggen, de kosten daarvan mogen dus niet in rekening worden gebracht. Maar allerlei ambtelijke kosten voor de toepassing van de bestuursdwang, dus het van overheidswege nemen van herstelmaatregelen, dat mag dan weer wel. Dat komt omdat het in de wet staat. Een grensgeval is monsterneming. Meet de overheid die monsters om te kijken of de maatregelen die zij heeft getroffen toereikend zijn, dan zijn het bestuursdwangkosten en kan men deze verhalen. Maar vindt dat plaats in het kader van een hercontrole, dan zijn dat toezichtkosten (en geen kosten van herstelmaatregelen) waarvan het beleidsmatig uitgangspunt is dat doorrekening niet mogelijk is, tenzij de wetgever dat heeft bepaald. Dus als het volgt uit dat ruime begrip herstel (er zijn uiteraard ook grenskwesties), dan voert men in Nederland die discussie volgens de Awb voor de bestuursrechter.

In de zaal wordt opgemerkt dat de afwezigheid in België van een algemene wet bestuursrecht aan het verschil bijdraagt. In Nederland was de situatie voor 2009

gelijkaardig aan de huidige Belgische regeling. Hierop worden door een Belgische deelnemster enkele bedenkingen geformuleerd. Ten eerste, de wetgever zal voorafgaand wellicht ook het kerntakendebat voeren om te bepalen welke kosten al dan niet verhaalbaar zijn. Ten tweede, als we te snel individualiseren voor een overtreding, bijvoorbeeld als we kosten gaan terugvorderen op basis van een lichte fout, dan zou zij graag hebben als bedrijf op een bedrijventerrein dat de brandweer goed functioneert. Dan vraagt zij zich af of de volgende stap een privatisering van dergelijk soort hulpverlening zal worden? Want als bedrijf zou zij hierover graag zeggenschap hebben, zodat je als bedrijf geen inefficiënte kosten zal dienen te betalen. Zoals we afgelopen zomer bijvoorbeeld hebben gezien met de overstromingen in Wallonië, dat is tegelijk de schuld van niemand en tegelijk de schuld van iedereen. We dragen allen bij tot deze klimaattoestand, dus hier is het normaal dat de kost bij de overheid ligt, maar de overheid schiet schromelijk tekort.

Een Belgische deelnemer geeft het voorbeeld van de herhuisvestingskosten als een woning ongeschikt wordt verklaard. In dat geval bepaalt de Vlaamse regelgeving dat de burgemeester moet overgaan tot herhuisvesting. De gemeente kan deze kosten terugvorderen van de eigenaar van de woning die de woning heeft verhuurd. De gemeenten proberen de kosten zo maximaal mogelijk terug te vorderen. De gemeenten leggen kostenstaten voor inhoudende dat bijvoorbeeld drie ambtenaren drie uur aan het dossier hebben gewerkt. De rechtspraak aanvaardt dit als die kosten redelijk zijn. De overtreders zijn daar uiteraard vaak niet mee akkoord en stellen dat het niet mogelijk is dat de ambtenaren zo lang aan een dossier hebben gewerkt. De rechter beoordeelt dit in redelijkheid. De herhuisvesting kan volgens de Vlaamse regelgeving overal, dus ook in hotels en jeugdherbergen, als er geen noodwoning van de gemeente ter beschikking is. Terugbetaling van hotelkosten wordt doorgaans aanvaard door de rechtspraak voor zover het redelijk is. Er was bijvoorbeeld ook een geval van iemand die een maand heeft doorgebracht in een hotel en daarvan heeft de rechter gesteld dat dit niet redelijk is om door te rekenen. Het bedrag wordt dan *ex aequo et bono* verminderd. De rechter beoordeelt dit op basis van redelijkheid. Dus zelfs als het kostenverhaal niet concreet geregeld is, kan dit toch werken via een rechterlijke toets.

Er volgt een discussie over enkele andere praktijkvoorbeelden. In Nederland is het perspectief wat een overheidstaak is, door de jaren heen enorm verschoven. Burgers vragen meer dan oorspronkelijk van de openbare diensten, zoals de politie en de brandweer. Waar de brandweer zich vroeger uitsluitend bezighield met het blussen van branden is dat nu ook katten uit bomen halen en ongelukken op de weg verhelpen als bergingsdienst. De politie krijgt ook steeds vaker

het verwijt dat zij hebben nagelaten om op te treden in bepaalde situaties, waarvan ze enkele jaren geleden zelfs niet wisten dat het een politietaak was. Dat zegt iets over de relativiteit van 'kerntaken' en over de vraag of 'kerntaken' wel behulpzaam zijn in het kader van de vraag die we vandaag wensen op te lossen. In Vlaanderen bestaat er zelfs een "combitaks" voor de rit van mensen die op straat worden aangetroffen naar het politiebureau. Als dat allemaal moet geregeld worden via KB's dan is er nog heel wat werk aan de winkel. Naarmate we meer vragen van onze overheid, moeten we daarmee voorzichtiger zijn. Van der Veen stelt vast dat naar algemeen gevoel de hoofdtaken van de brandweer kerntaken zijn, ook al bestaat er bijvoorbeeld daarnaast een zelf gefinancierde bedrijfsbrandweer op een bedrijventerreinen. Dat maakt het nog diffuser, want zelfs kerntaken kunnen onder bepaalde omstandigheden worden geprivatiseerd. Het voorbeeld van 3M en PFAS in Antwerpen komt aan bod. De kosten van het bloedonderzoek bij omwonenden kan men proberen in rekening te brengen bij 3M als men argumenteert dat 3M de vervuiling heeft veroorzaakt. De vraag is of dat mogelijk is als men gezondheid als een kerntaak van de overheid beschouwt. Dergelijke overwegingen maken het kerntakendebat nog wat lastiger. Carette gaat verder in op het voorbeeld van 3M. De bodemonderzoeken zijn bekostigd door de Vlaamse Openbare Afvalstoffenmaatschappij (OVAM). OVAM gaat bij bodemverontreiniging na of er gebruiksbepalingen moeten worden opgelegd, maar het kostenverhaal wordt daarbij niet geregeld. De vraag wordt opgeworpen of de kosten volgens het 'de vervuiler betaalt'-principe kunnen worden verhaald. Een andere zaak is het onderzoek dat bij werknemers van 3M is gebeurd. Dat valt namelijk onder de arbeidsveiligheidsregeling, net zoals de bedrijfsbrandweer in België. Daar is specifieke regelgeving over. Gezondheidsonderzoeken die gebeurd zijn in Zwijndrecht zijn voor een stuk betaald door de gemeente, ook daar speelt de vraag of kostenverhaal mogelijk is omdat het veroorzaakt is door 3M. Het zal nog jaren duren eer we daar een antwoord op zullen krijgen. Steven Lierman knoopt aan bij het voorbeeld van de bloedproef; dat illustreert voor hem juist de beperkingen van het kerntaken-criterium. Gezondheidszorg is een kerntaak, daar is iedereen het over eens. Dan gaat het over een gelijke toegang tot de gezondheidszorg en kwalitatieve gezondheidszorg. Dit moeten we onderscheiden van de vraag - als er diagnostische of zelfs therapeutische handelingen worden gesteld - bij wie het kostenplaatje moet terechtkomen. Dat staat los van de kerntakendiscussie.

Van Ommeren concludeert dat de kerntakendiscussie secundair is aan de wettelijke regeling. We hebben eerst een wettelijke regeling en als die geen uitsluitend geeft, dan gaan we verder aan de slag. Om even aan te sluiten bij de Nederlandse jurisprudentie en wat zojuist is gesteld als er geen wettelijke houvast wordt geboden: bijvoorbeeld bij brandweerkosten is er niet veel discussie over dat

blussen van brand een kerntaak is. Het andere voorbeeld, namelijk het verwijderen van olievlekken op de weg, kan worden vervuld door de brandweer, maar ook door een particulier. Dan heb je dus een subcriterium en maatstaf nodig om die kosten te kunnen doorrekenen ten laste van de veroorzaker. Borucki sluit hierop aan. Het subcriterium bij de brandweer ziet men sterk in de *ratio legis* van de wetgeving. In België, Frankrijk en ook Nederland moet de overheid retributies vragen anders gaat de overheid concurrentieverstorend te werk. Deze prestaties zouden immers ook door particulieren kunnen worden verricht. Soms houdt de brandweer zich helemaal niet bezig met wespennesten of slechts subsidiair. In Frankrijk heeft men als onderscheidend begrip ‘urgence’ of ‘nood’ voor prestaties die het risico voor het leven van een persoon inhouden. Hulpverlening bij zulke prestaties is gratis sinds de 18^e eeuw (*gratuité des secours of services publiques*), al de rest is wel verhaalbaar. Gratis is bijvoorbeeld de hulp bij brand, maar niet die bij het vastzitten in de lift.

Vanuit Nederland wordt opgemerkt dat het Nederlandse debat met name interessant is als er geen expliciete wettelijke regeling is die het kostenverhaal uitsluit dan wel toelaat. Dan komen we tot de interessante vraag: hoe gaan we daar dan mee om? Het kostenverhaal is voor een belangrijk deel ingebed in het publiekrecht (de Awb), maar in het publiekrecht geldt ook het beginsel dat als je onrechtmatig handelt de schade betaald moet worden. Daar bestaan uiteraard ook uitzonderingen op, maar niet zozeer omdat het een kerntaak is van de overheid (bijvoorbeeld het moeten overdoen van verkiezingen). Verkiezingen organiseren lijkt hem een typische kerntaak van de overheid, die kosten vormen dus geen probleem. Maar wat in het geval van een valselijk aangegeven misdrijf? Daarvan vinden we dan dat kosten niet verhaalbaar zijn. Dat hangt dus niet heel erg af van het karakter van de kerntaak. Kerntaak kan misschien een eerste stap zijn, maar uiteindelijk is de vraag of de wetgever kostenverhaal wenst toe te staan of niet. Wat leidt de rechter daaruit dan af? Dat maakt het een casuïstisch onderwerp in Nederland. De vraag of een private actor die kosten ook zou kunnen maken is een interessante gedachte. Private bedrijven trekken steeds meer publieke taken aan. Hoe dat zit, dat weet de deelnemer nog niet heel zeker.

Na de pauze staan in beginsel de volgende thema's op het programma:

II Instrumenten / grondslagen kostenverhaal in publiek- en privaatrecht

- * Inventarisatie van publiek- en privaatrechtelijke instrumenten / grondslagen
- * Gelijkenissen / verschillen in werkwijze, mogelijkheden dan wel beperkingen en in omvang van te verhalen kosten
- * Voor- en nadelen van bedoelde instrumenten
- * Hoe verhouden de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg zich tot elkaar? Mag de overheid in beginsel steeds gebruik maken van de privaatrechtelijke weg / welke grenzen zijn daarvoor getrokken?
- * Welke weg heeft wanneer de voorkeur en waarom?
 - > Ratio voor keuze wetgever voor één van beide routes
 - > Ratio voor keuze overheid voor één van beide routes
 - > Rechtsbescherming burger inclusief eisen aan 'onrechtmatigheid' / verwijtbaarheid persoon op wie kosten worden verhaald ('overtreder'), omvang eventueel kostenverhaal (welke kosten wel / niet) en regresmogelijkheden

Thema 3 – Een alternatief criterium

Frank van Ommeren

Van Ommeren merkt op dat er nog een aantal thema's is waarop het accent zal worden gelegd maar dat er een preadviseur is die een alternatief criterium heeft voorgesteld dat wezenlijk verschilt van het kerntaak-criterium. Voordat er wordt overgegaan naar de instrumenten, de aard van de kosten en de rechtsbescherming, stelt Van Ommeren deze preadviseur in de gelegenheid om dit alternatieve criterium nader toe te lichten.

Inleiding thema 3 door Christopher Borucki

Borucki geeft allereerst een beknopte samenvatting van de eerste helft van de meeting. Voor de pauze is er veel gediscussieerd over de vraag: welke kosten van de overheid zijn al afgedekt door de belasting? Als het zuiver economische schade betreft dan kan in het algemeen gesteld worden dat deze niet kan worden verhaald omdat dit nu eenmaal uit de belastingmiddelen moet komen. Dan raakt men in het vaarwater van de publieke middelen. Welke kosten behoren voor rekening van de overheid te komen? Daarbij is het kerntaken-criterium

ruimschoots aan bod gekomen. Volgens Borucki is het kerntaak-criterium op zich moeilijk in te vullen maar geeft het wel een aantal indicaties. Er moet hierbij een abstractie gemaakt worden van de situatie waarin de overheid de schoenen van een burger vult. Bij onrechtmatig handelen ten opzichte van de overheid kan er volgens Borucki een alternatief criterium worden voorgesteld: *de overheid lijdt enkel schade wanneer dat werkelijk een verlies van voordeel inhoudt dat zaken beschadigd raken of een personeelslid gewond raakt en dat die zaken of het personeelslid voor de toekomst dus minder beschikbaar zijn om haar taken mee uit te oefenen.*

Uit de lagere rechtspraak blijkt volgens Borucki dat dit criterium wordt gebruikt om te bepalen waarom sommige kosten, bijvoorbeeld bij de politie, wel verhaald kunnen worden en andere niet. Nu kan dat natuurlijk ook altijd tegen worden gehouden door een *lex specialis*, zoals dat bij de brandweer het geval is. De wetgever heeft daar paal en perk gesteld aan het kostenverhaal bij brandbestrijding, tenzij er sprake is van opzet of vals alarm. Omdat daar de politieke dimensie een rol speelt. Dan wordt een drempelargument aangehangen omdat men niet zou willen dat burgers ooit zouden gaan twijfelen om de brandweer te bellen. Dat is natuurlijk van algemeen belang. Maar als een zaak beschadigd wordt of als een personeelslid gewond raakt, dan wordt dit niet afgedekt met onze belasting. De politie spoort wel misdadigers op, maar de maatschappij betaalt geen belasting voor de mishandeling van een politieagent. Daarvoor moet de schadeverwekker opdraaien. Dus dat is een argument waarom de rechtspraak soms richting 'a' en soms richting 'b' wijst.

Frederik Peeraer

Peeraer dankt Borucki en merkt op dat het criterium ongetwijfeld nog vele reacties zal uitlokken. Peeraer vraagt aan de zaal hun gedachten hierover te delen.

Dialog

Een Nederlandse deelnemer stelt dat het voorbeeld van een politieagent die gewond is geraakt en zijn werk niet kan uitoefenen, heel duidelijk is. Maar wat nu als een ambtenaar tijd moet besteden ten gevolge van een onrechtmatige daad van een burger en de rest van zijn werk op zijn bureau blijft liggen? Daar wordt niemand anders voor ingeschakeld. Is dat ook een situatie waarin er geen daadwerkelijke schade wordt geleden? Dan hangt het volgens de deelnemer eigenlijk een beetje af van de toevalligheid of iemand vervangen moet worden of de schade verhaald kan worden.

Borucki merkt op dat dit een terechte vraag is en dat hij zich misschien een beetje ongelukkig heeft uitgedrukt. Borucki denkt in elk geval ook aan een niet-synchroon verloop, waarbij een persoon in de toekomst werkelijk onbeschikbaar is. Die persoon hoeft echter niet werkelijk buiten dienst gesteld te worden. Omdat het inderdaad de inzet van die persoon betreft voor de reguliere werkzaamheden, die wél wordt afgedekt door de belasting. De schade zelf bestaat dus uit de onbeschikbaarheid van het personeel. Dus niet de vraag of er kosten gemaakt moeten worden om een ander te werven. Dat is overigens mogelijk wel een manier om aan te tonen wat het de overheid nu werkelijk heeft gekost. Borucki maakt een analogie met herstellingspersoneel in dienst van de overheid. Als er een zaak beschadigd raakt en deze wordt door het herstellingspersoneel zelf hersteld, dan kan natuurlijk betoogd worden dat de overheid geen schade lijdt aangezien er toch mensen ter beschikking staan op de loonlijst. Maar het feit dat er toevallig iemand op de personeelslijst staat om die zaak te herstellen, is niet de schade zelf. De loonkosten van die persoon zijn slechts een manier om de schade te begroten. Als men naar een privé-garagist zou gaan om een overheidsvoertuig te herstellen, dan zijn dat dezelfde herstellingskosten die men zelf gemaakt zou hebben. Dus het gaat echt om de onbeschikbaarheid zelf. Niet om de kosten om die onbeschikbaarheid weg te werken. Een ander concreet voorbeeld waarbij niemand buiten dienst wordt gesteld, volgt uit de rechtspraak: bij politiekosten. Bijvoorbeeld als iemand opzettelijk een valse aangifte pleegt. Als iemand een beroep doet op de politie wetende dat er niets aan de hand is en een pleziertje wil halen uit de aangifte zelf, heeft het Hof van Cassatie al sinds de jaren zestig bepaald dat de publieke diensten – en onze publieke middelen – daarvoor niet bedoeld zijn, dan moet iemand daar dus zelf voor opdraaien. Er moet dan wel echt sprake zijn van bijzonder opzet. Er speelt *fraus* mee. Dit geldt ook voor de poging daartoe. Maar wat ook meespeelt, is dat mensen onbeschikbaar zijn voor de werkelijke interventies, voor de interventies waar het wel echt nodig is.

Van der Veen stelt dat hij zich prima kan voorstellen dat er een grens wordt gelegd bij het feitelijk uitschakelen van personen en middelen van de overheid. Dit geldt eigenlijk zowel voor een overheid als een bedrijf. Het draait in dat geval dan niet zozeer om kerntaken maar om andere waarden: je blijft gewoon af van het personeel en de zaken van andere mensen. Van der Veen meent dat de aan kerntaken gerelateerde discussie echter wel blijft voortbestaan. Als er beslag wordt gelegd op zaken en tijd van een overheid, bijvoorbeeld bij fraude of bij het opsporen ten gevolge van een valse aangifte. Dus Van der Veen meent dat het voorbeeld wel een deel van de gevallen bestrijkt, maar dat het voor een ander deel toch weer aankomt op de kerntaken-discussie.

Lindenbergh merkt op dat het voorgestelde criterium, in zijn beleving, eigenlijk vooral inzicht verschaft in het schadebegrip, maar niet zo zeer of bepaalde kosten verhaald kunnen worden of niet. De brandweer kan bijvoorbeeld ook maar één brandje tegelijk blussen, terwijl die kosten toch niet verhaald kunnen worden. Lindenbergh ziet dat het criterium dus vooral gebruikt kan worden om bepaalde schade-elementen in beeld te brengen of juist buiten beeld te laten. Het zegt zijns inziens echter niet zo veel over of de kosten verhaald kunnen worden door de overheid.

Borucki wijst er op dat het uitgangspunt in het Belgisch recht is dat de overheid effectief schade kan lijden en kosten kan verhalen. De fundamentele discussie in het Belgisch recht spitst zich toe op de vragen: Is er schade ontstaan? Welke belangen van de overheid zijn beschermd? Wanneer krenk je precies het belang van de overheid? Was dit nu een kerntaak of niet? Dus eerst wordt bezien hoe het schadevereiste kan worden ingevuld. Met dien verstande natuurlijk dat aan de andere aansprakelijkheidsvereisten is voldaan. Als vastgesteld is dat de overheid schade heeft geleden, dan is het in beginsel te verhalen. Het algemeen uitgangspunt is dus compensatie. Dit is anders in het geval van een *lex specialis*, waarin de wetgever bepaalt dat de kosten niet kunnen worden verhaald. Dan is het privaatrecht afgesloten voor de overheid.

Een Belgische deelnemer merkt op dat de Nederlandse inbreng heel nuttig is en aantoonde dat er in de Belgische doctrine twee dingen geplaatst zijn in één punt. In België staat de vraag centraal of er vergoedbare schade is. Volgens het Hof van Cassatie is er schade als men een juridische plicht niet nakomt, of de grond daarvan nu een contract, een wet of een reglement betreft. Dat onderscheid wordt niet gemaakt. Er is sprake van schade als volgens de bron die de verplichting oplegt - volgens de letter of de geest ervan - het niet de bedoeling is dat de last definitief blijft bij die persoon. De Belgische deelnemer merkt op dat het criterium dat is ontwikkeld in cassatie zijns inziens bijzonder vaag is. Er kan van alles in gelezen worden dat volgens de formulering zowel van toepassing is op private als op publieke personen die schade hebben. Maar de vraag die natuurlijk opgelost moeten worden, is ten eerste: "Is er schade?" Het alternatieve criterium dat Borucki voorstelt, is nuttig om te bepalen of er schade is of niet, zoals Nederlandse deelnemers al hebben opgemerkt. Nadat deze eerste vraag is beantwoord, komt het Hof van Cassatie voor een tweede probleem te staan (dit wordt echter niet zo expliciet uitgesproken), en dat is de vraag: "Als de schade door de overheid wordt geleden, moet er dan wel of niet gesocialiseerd worden?" Deze twee vragen worden in België in één criterium gevat en schijnbaar met hetzelfde antwoord afgedaan, waardoor het debat niet zo speelt. Deze

Belgische deelnemer is van mening dat dat natuurlijk niet kan en dat het criterium daarom zo vaag is.

Borucki meent dat de tweede vraag zeer relevant is. Het geïmpliceerde uitgangspunt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie is dat de uit een wettelijke verplichting voortvloeiende kosten - zodra zij voldoen aan het schadebegrip - op zich wel verhaalbaar zijn. Dan is de vraag: is die socialisering iets voor de rechter of voor de wetgever om op te lossen? Dat is de vraag die al meermaals werd gesteld vandaag, en dan komt men in het vaarwater van de *lex specialis*. Als de uitkomst volgens het impliciete standpunt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie maatschappelijk onwenselijk is, dan is het de wetgever die altijd kan bijsturen. Dat kan verklaren waarom de uitgangspunten *ad hoc* toch anders kunnen zijn.

Een Belgische deelnemer merkt op dat de schadediscussie in Nederland niet zo aan de orde lijkt te zijn. Lindenbergh stelt dat die vraag in Nederland inderdaad al is beantwoord. In 2016 heeft de Hoge Raad volgens Lindenbergh uitgemaakt dat ambtenaren geld kosten. In de zaak Apache gevechtshelikopter had een aantal gemeenten na een stroomstoring als gevolg van een helikopterongeluk kosten gemaakt. Door een gebrek aan capaciteit kwam de gemeente stil te liggen. Enerzijds omdat een deel van de capaciteit moest worden ingezet om hulp te verlenen en alles op te lossen. En anderzijds omdat er niet gewerkt kon worden omdat er geen stroom was. Dat werd beide aangemerkt als schade. Dus in het Nederlands recht is dat de vraag niet meer. Er ligt echter nog wel de achterliggende vraag of de schade verhaalbaar is. Hier was dit het geval. Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat die vraag met name aan de orde komt als de wetgever niets heeft geregeld. Zoals al eerder aan de orde kwam is er in het Nederlandse publiekrecht al jaren voorzien in een regeling van kostenverhaal bij bestuursdwang. Daarin is vastgelegd dat ambtenarenkosten kunnen worden meegenomen in het kostenverhaal. En dat zijn gewoon reguliere ambtenarenkosten, namelijk de kosten die ze hebben besteed aan het begeleiden van het toepassen van de bestuursdwang, en tot op zekere hoogte ook voorbereidingskosten. Gemeenten kunnen dan kiezen om een gemiddelde te nemen van alle salarissen of uurtarieven rekenen, ze kunnen een onderscheid maken: een dienstregelaar is goedkoper dan handhaving. Dat is allemaal niet in detail geregeld. Er is geen lijstje met kosten die wel of niet verhaald kunnen worden, maar er is wel jurisprudentie en toetsing aan een concreet geval. De Nederlandse deelnemer haalt hierbij een voorbeeld aan uit eigen praktijk. Er was een grote brand. De gemeente waar de brand was geweest, had niet veel ervaring met de toepassing van bestuursdwang. Dus er werd een heel projectteam opgezet met 15 ambtenaren die natuurlijk allemaal uren overleg hadden. En toen heeft de

cliënt gezegd van: moeten wij dat allemaal betalen? Ze zijn er toen onderling uitgekomen en de zaak is niet voor de rechter gekomen. Dus niet alles kan zomaar in rekening worden gebracht. Maar wel heel veel, zoals een andere Nederlandse deelnemer daaraan toevoegt.

Een Belgische deelnemer vraagt zich af in welke mate de schadediscussie in Nederland definitief beslecht is. Deze Belgische deelnemer legt de Nederlandse deelnemers vervolgens de volgende denkbeeldige casus voor: Als er een wettelijke verplichting zou bestaan in Nederland dat als het Nederlandse elftal het wereldkampioenschap wint, dat er verplicht een volksfeest gegeven moet worden op kosten van de overheid. En dat het Nederlandse elftal een wedstrijd wint doordat er een fout gemaakt wordt door de scheidsrechter. Dan moet de Nederlandse overheid een volksfeest geven. Kunnen die kosten van dat volksfeest verhaald worden op degene die de fout heeft gemaakt? Is er dan wel sprake van schade? Om te zien of er schade is moet gekeken worden naar de verplichting die er onder ligt. En als er niets anders is dan de verplichting, dan is het toch niet zo evident?

Van der Veen merkt op dat hij vreest dat in het zojuist geschetste scenario inderdaad de meest waarschijnlijke kans is dat er nog een keer een wereldkampioenschap wordt gewonnen! Van der Veen gaat verder in op de zaak Apache gevechtshelikopter. Daar vorderde de gemeente niet zozeer de kosten van herstel van de mast. Het was in een koude januari-periode en die mast was de enige in een redelijk groot gebied. Mensen kwamen in de kou te zitten en de gemeente trok zich de taak aan om die mensen in sporthallen warm te houden en te voorzien van eten. Maar moest de gemeente dat per se doen? Dat is niet zo uitgesproken, maar dat wordt eigenlijk wel aangenomen. Uiteindelijk werden deze kosten toch gezien als schade verhaalbaar op de Staat, die eigenaar was van de helikopter. Daar werd dus best een breed verband aangenomen met de schade die werd geleden.

De Belgische deelnemer vraagt of de onderliggende schade dan niet wordt gevormd door de mensen die daar zitten zonder stroom? Dan is de tussenkomst van de overheid toch nodig om dit nadeel te verhelpen? Kosten van ambtenaren die dat doen zijn slechts een waardering en evaluatie in euro's van wat de reële schade is geweest. Als er geen recht zou zijn, dan is er niets. Er is recht, daardoor is er een verplichting. En dan kan je je afvragen of je dat schade zou noemen of niet. Zijns inziens is het niet zo evident.

Een Nederlandse deelnemer brengt in het midden dat in Nederland die discussie al heel oud is. Je hebt het voorbeeld van de reparatiedienst. Als er niets kapot gaat heeft zij niets te doen, als er wel iets is te doen dan kunnen enkel de uren die

in de reparatie zitten op de veroorzaker worden verhaald. Is dat schade als je strikt redeneert, aangezien je die reparatiedienst tot je beschikking hebt staan? Maar je hebt juist die reparatiedienst voor het geval er iets gebeurt. Is dat dan redelijk om deze kosten te verhalen?

Een Belgische deelnemer zegt de voorbeelden van de politieagent die mishandeld wordt en de helikopter te begrijpen, maar moeite te hebben met de discussie over de verhaalbaarheid van de kosten van het personeel dat door de overheid wordt ingezet. Zo een dienst heeft duizenden tot tienduizenden zaken per jaar op te lossen. Soms zijn dat heel gemakkelijke dingen en soms zijn het dingen die heel wat meer kosten van de overheid veroorzaken. De Belgische deelnemer wijst vervolgens op het belastingargument. Als trouwe belastingbetaler mag verwacht worden dat de overheid optreedt. Want het is niet alleen een discussie tussen de schadeverwekker en de overheid. Er is ook nog de burger als derde die misschien wel mag verwachten dat de overheid of de gemeente zich om hem of haar bekommert als er een probleem is, zoals bijvoorbeeld de burgers die in de nabije omgeving wonen van 3M. De Belgische deelnemer vindt niet per se dat die kosten moeten worden verhaald op 3M. Er mag ook van een overheid verwacht worden dat die overheid nog wat voor burgers doet.

Borucki dankt de deelnemers voor hun inbreng. Hij verduidelijkt vervolgens nog een aantal zaken. Ten eerste benadrukt Borucki dat in de situaties waarbij de overheid in de plaats van de burger optreedt de kosten verhaald kunnen worden naar Belgisch recht. Dat is de materie van de herstelmaatregel, dat staat ook altijd uitdrukkelijk in de wetgeving. Dat levert naar Belgisch recht weinig problemen op in het aansprakelijkheidsrecht, ook al is het niet altijd een kwestie van aansprakelijkheid (het beginsel van indeplaatsstelling). Maar het is moeilijker in die gevallen dat de overheid optreedt louter vanuit een verplichting harerzijds (en niet omdat een burger zijn verplichting niet nakomt). De vraag is: Is het louter voldoen aan een verplichting, schade? Wanneer Borucki kijkt naar de lagere rechtspraak dan meent hij dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. Als burgers verwachten we dat de overheid bepaalde zaken doet. Schade bestaat er dan in dat er zaken onbeschikbaar worden voor de overheid om die verplichting naar de toekomst toe te vervullen.

Peeraer dankt de deelnemers. Er is op deze manier een mooi tweede luikje toegevoegd aan de discussie van voor de pauze. Peeraer merkt op dat dit een goed moment is om over te gaan naar een volgende discussie.

Thema 4 – Verschil in benadering

Frederik Peeraer

Peeraer merkt op dat voor de pauze vanuit Nederlandse kant is aangegeven dat er in eerste instantie gekeken wordt naar het bestuursrecht, terwijl aan Belgische kant het privaatrecht als uitgangspunt wordt genomen. Peeraer merkt op dat dit een mooie aanleiding biedt om te vragen of het per slot van rekening ook een verschil maakt of we de materie nu van de ene of de andere kant benaderen? Wat zijn de praktische gevolgen en wat betekent het voor een overheid? Kan de overheid nu vrij kiezen welke weg wordt bewandeld, zowel qua regelgeving als qua mogelijkheden om de kosten te verhalen? En wat zijn de beperkingen? Dit zijn veel vragen. Peeraer geeft het woord aan de zaal.

Dialog

Een Belgische deelnemer merkt op dat het inderdaad interessant zou zijn om te kijken naar enerzijds het resultaat van de Nederlandse publiekrechtelijke benadering en anderzijds het resultaat van de Belgische privaatrechtelijke benadering. Ligt dat resultaat dicht bij elkaar of geeft dat grote verschillen? Hij weet het niet, maar acht het heel interessant om dat te onderzoeken. Hij denkt dat dit bijna een doctoraatsonderwerp is. De Belgische benadering is, zoals gezegd, privaatrechtelijk. Naar Belgisch recht bestaat er een mechanisme dat de overheid hanteert als intermediair die dus op basis van specifieke wetgeving de mogelijkheid heeft om de uitgaven te gaan verhalen. De overheid naar Belgisch recht is in de meeste gevallen een doorgeefluik om bij de aansprakelijke te komen. Dat is zo bij het salaris dat betaald wordt aan ambtenaren volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, maar dat is ook bijvoorbeeld zo bij arbeidsongevallen. Eigenlijk in bijna elk vergoedingssysteem waar de overheid een centrale rol speelt om te gaan vergoeden, is er een tweede luik om te gaan verhalen bij de aansprakelijke. Dus die verhaalsrechten zijn primordiaal naar Belgisch recht. Vandaar dat het kerntakendebat relatief beperkt is in België. Deze Belgische deelnemer vraagt zich echter af of het verschil in benaderingswijzen van verhaal tussen België en Nederland wellicht samenhangt met het feit dat het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht de relatieve onrechtmatigheid kent en het Belgisch recht niet. Naar Belgisch recht geldt dat elke onrechtmatige daad, waarvan wordt vastgesteld dat er kosten zijn die in oorzakelijk (*conditio sine qua non*-) verband staan, voor vergoeding in aanmerking komen. Bij een overtreding hoeft niet aangetoond te worden dat die onrechtmatige daad begaan is jegens de overheid.

Lindenbergh merkt op dat het Nederlandse recht inderdaad het relativiteitsbeginsel kent, maar dat dit beginsel volgens hem deze kwestie niet oplost. Lindenbergh merkt op dat hij vroeger ook in de veronderstelling verkeerde dat de doorwerkingsleer een inherent aspect is van de doorkruisingsleer. Nu is hij echter van mening dat dit niet het geval is. We komen pas bij de doorkruisingsleer als de onrechtmatigheid is vastgesteld. Bij het voorbeeld van de scheidsrechter – wat aanvankelijk voor wat verwarring zorgde bij Lindenbergh omdat het zijn voorstellingsvermogen te buiten ging - zou je misschien nog wel op de relativiteit kunnen stuiten. Maar zelfs als er wel voldaan is aan het relativiteitsvereiste dan komen we alsnog uit op de vraag of de vordering uit aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad het bestuursrecht doorkruist. Ook na de invoering van de herstelregeling en kostenverhaal in het Nederlandse bestuursrecht, zijn er nog steeds gevallen die niet geregeld worden door herstelmaatregelen die wel een vordering op grond van de onrechtmatige daad rechtvaardigen. Als er aan de wettelijke vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan dan resteert de vraag: 'Wordt het publiekrecht doorkruist of niet?' Daar ligt, volgens Lindenbergh, in Nederland het puzzelwerk. Niet zo zeer in de relativiteit. Lindenbergh meent dat het een *sui generis* kwestie is van die kerntaken-discussie.

Een Nederlandse deelnemer stelt dat met de invoering van de derde tranche van de Awb in 1998 heel veel, wat in België wellicht bij de civiele rechter komt, in Nederland bestuursrechtelijk wordt opgelost. Dan resteert de vraag: wat levert dat op het einde van de dag op? Wat verschilt dat nu? De Nederlandse deelnemer meent dus dat het verschil er wellicht in schuilt dat er in Nederland een publiekrechtelijke regeling bestaat, met name de Awb-regeling, waarin ook veelal benoemd is welke kosten tot op zekere hoogte verhaalbaar zijn. Terwijl de rechter dit anders aan de hand van de strekking van de wet moet gaan bepalen. In Nederland is daar het Windmill-criterium voor ontwikkeld terwijl in België een vergelijkbaar criterium wordt gehanteerd, waarbij gekeken wordt naar de geest van de wet. Dat doet wel heel erg aan het criterium van de doorkruising denken. De Nederlandse deelnemer meent dat het erin zit dat het bestuursrecht in Nederland thans wat verder is ontwikkeld dan in België. Dit omdat de staatsvorm in Nederland - een eenheidsstaat - het makkelijker maakt aangezien voor heel Nederland hetzelfde bestuursrecht geldt. Daardoor is het gat dat in België gevuld moet worden door de burgerlijke rechter, nog wat groter dan in Nederland, waar we dat gat ook hebben. En naarmate het publiekrecht, want er wordt ook in België wel gezegd dat de wetgever misschien meer zou moeten regelen, in omvang toeneemt, wordt het gat als het ware gedicht.

Thema 5 – Rechtsbescherming

Frank van Ommeren

In het verlengde van het voorgaande thema vraagt Van Ommeren de deelnemers om van gedachten te wisselen over de aard van de rechtsbescherming.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat ze met heel veel plezier de paper van Carette heeft gelezen. Daarin wordt de kwestie aangekaart dat de overheid in België met een dwangbevel kosten kan invorderen en daar maar beperkte rechtsbescherming tegenover zet. Vervolgens moet de schuldenaar dan in actie komen en verzet aantekenen. Dit is eigenlijk dezelfde problematiek die in Nederland twaalf jaar geleden tot de vierde tranche van de Awb heeft geleid. Voordien bestond in Nederland ook precies dezelfde procedure van dwangbevel en verzet bij de civiele rechter. Bij verzet tegen een dwangbevel ging de civiele rechter bijvoorbeeld kijken of de met het dwangbevel gemoeide kosten wel redelijk waren. Dat is nu naar de bestuursrechter getrokken. De gedachte van de wetgever was dat het om bestuursrechtelijke vragen gaat. De bestuursrechter werd geacht ook verstand te hebben van de vraag naar causaliteit en de omvang van de schade. In de Awb staan de kostenbeschikingsvereisten beschreven, waartegen men dan bij de bestuursrechter in beroep kan gaan. De Nederlandse overheid mag voor het kostenverhaal ook nog steeds kiezen voor de privaatrechtelijke weg. Dit gebeurt volgens de Nederlandse deelnemer nauwelijks, aangezien de bestuursrechter van de hoed en de rand weet en de drempel voor de rechtsbescherming voor de burger daar relatief laag ligt. Bij de bestuursrechter is in Nederland bijvoorbeeld geen advocaat nodig om te kunnen procederen.

Carette merkt op dat er in België één voorbeeld is waarbij men sinds een aantal jaren bij de Raad van State een schadevergoeding kan eisen als een overheidsbeslissing vernietigd wordt en die overheidsbeslissing heeft schade veroorzaakt. Dan hoeft men dus niet naar de burgerlijke rechter te gaan. Die mogelijkheid is iets anders verwoord dan artikel 1382 BW. Volgens Carette is het nog te vroeg om antwoord te geven op de vragen: “Toetst de bestuursrechter anders dan de burgerlijke rechter?”, “Is het een verstandigere weg?”, “Is de rechtsbescherming hetzelfde?” In de burgerlijke zaken wordt wel gemakkelijker een gerechtsdeskundige aangesteld. Bij de Raad van State doet men dat niet. Carette merkt verder op dat als alles in België thans naar de administratieve rechtbank zou worden getrokken dat er bijgevolg een halve opstand zou kunnen uitbreken. Er was al heel veel grondwettelijke discussie over het feit dat die

schadevergoedingseis naar de Raad van State werd geschoven. Zijn het burgerlijke of politieke rechten? Carette is van mening dat het water in België nog een beetje te diep is om die stap nu te zetten.

Een dwangbevel kan volgens Carette heel goed werken als er een bestuurlijke geldboete wordt opgelegd. Want je hebt heel die discussie over die geldboete al gehad. Er is een beroepsmogelijkheid en daarna heb je de betaling. En dan werkt men met een dwangbevel. Daarvoor is een dwangbevel ook bedoeld. Er is een vastgestelde boete die wordt betaald of niet. Zo niet, dan worden er dwangmiddelen opgelegd. Terwijl er bij kostenverhaal eigenlijk nog geen discussie is geweest. Is hetgeen er ten uitvoer werd gelegd eigenlijk terecht? Dan valt daar de rekening en het enige wat men kan doen is naar de beslagrechter gaan. Maar er is dus nooit een discussie geweest over wat die kosten zijn en hoe die worden begroot. Carette meent dat dit niet de bedoeling kan zijn van een beslagrechter. De beslagrechter gaat over executie, de voortgang moet worden gewaarborgd. Carette stelt dat er een heel trage rechtsgang is in België en als dan dat soort discussies bij de beslagrechter worden gelegd, dan blokkeert dat eigenlijk de werking van die rechter. Carette merkt voorts op dat hier in de praktijk in België geen gebruik van wordt gemaakt, om de eenvoudige reden dat de Belgische overheid niet vaak meer zelf de maatregelen gaat uitvoeren die ze zelf oplegt in het kader van milieuhandhaving. Omdat ze daar het geld niet voor hebben. En dan legt men een dwangsom op en op die manier hoeft men niet in de beurs te tasten en hoeft er ook niet te worden verhaald. Dus er is geen rechtspraak over. Carette stelt dat ze ook nooit heeft begrepen waarom men voor dat instrument heeft gekozen. Voordat het dwangbevel er is, moet er naar haar mening wel een discussie zijn over de vraag om welke schade het gaat en hoe de schade zal worden begroot.

Een Belgische deelnemer vraagt zich af of het dwangbevel dan het eerste bericht is aan de betrokkene over het feit dat hij dat bedrag moet betalen. Of is er eerst nog een minnelijke vraag om te betalen? De ervaring van deze Belgische deelnemer was dat er eerst met een aangetekende brief vriendelijk werd verzocht om een bepaald bedrag te betalen, met daarbij verantwoordingsstukken waarop dat bedrag was gebaseerd. Als daar reactie op kwam en er werden een aantal posten betwist, dan werd daar naar gekeken in hoeverre die betwisting correct werd bevonden. En dan werd er gezegd van 'Ja, op dat punt hebt u gelijk'. Die kosten hoefden dan niet te worden betaald. De Belgische deelnemer merkt daar wel bij op dat het initiatief in een dergelijk geval van de overheid zelf komt. Het is dus niet verankerd in een vaste procedure en is dus niet afdwingbaar. Deze Belgische deelnemer is echter van mening dat er op die manier hetzelfde effect kan worden bereikt en dat die discussie wel kan worden gevoerd.

Carette merkt op dat dit wel een beetje een probleem vormt. Als er geprobeerd wordt om het minnelijk op te lossen en er komt een reactie, dan is het vervolg tot op zekere hoogte afhankelijk van de welwillendheid van de ambtenaar. Die onafhankelijkheid heb je niet. De rechtsbescherming is niet hetzelfde als wanneer die discussie wordt gevoerd voor de rechter. Het dwangbevel moet eigenlijk een uitvoerbare titel zijn (en dus voldoende zeker) en op dat moment is het dat nog niet.

Een Nederlandse deelnemer, een advocaat gespecialiseerd in kostenverhaal bij bestuursdwang, merkt op dat overheden in Nederland bijna altijd voor de bestuursrechtelijke weg kiezen tenzij het echt niet anders kan. Een van de belangrijkste redenen om dat te doen is omdat je dan als overheid alles zelf in de hand hebt en een eigen koers vaart. Dat proces kan ook heel snel gaan. In het Nederlandse recht - als de kosten van bestuursdwang eenmaal zijn gemaakt - dan is daar een kostenverhaalsbeschikking waarin de kosten zijn gespecificeerd. Dan geldt er een betalingstermijn van zes weken. Als er binnen die zes weken nog niet is betaald dan wordt een aanmaning gestuurd. Dan heeft de burger nog twee weken waarna de dwangbevel-bevoegdheid ontstaat. Dus als er een beetje vaart achter gezet wordt dan heeft men binnen acht weken een eigen titel die door de overheid zelf ten uitvoer gelegd kan worden zonder tussenkomst van de rechter. Daarnaast kan er voor de reeds gemaakte kosten van bestuursdwang conservatoir beslag worden verzocht bij de civiele rechter, nog voor de kostenverhaalsbeschikking. Dus de overheid heeft, mits zij snel handelt, met de bestuursrechtelijke weg een hele sterke positie ten opzichte van de burger.

De Nederlandse deelnemer die hierover eerder al het woord voerde, merkt op dat de Nederlandse overheid weliswaar een heel sterke positie kan krijgen, maar dat er tegelijkertijd ook is voorzien in allerlei mogelijkheden voor de overtreder om het debat wel bij de rechter te voeren. Als de overtreder het niet eens is met de kosten dan kan hij binnen zes weken bezwaar maken. En om te voorkomen met een dwangbevel te worden geconfronteerd kan een voorlopige voorziening gevraagd worden bij de bestuursrechter. Als het om hele hoge kosten gaat dan zal als daar aanleiding toe is, die schorsing worden toegewezen. Dan kan in ieder geval eerst het debat over de kostenbeschikking zelf worden gevoerd voordat het dwangbevel ten uitvoer wordt gelegd. En dan is het ook nog eens zo dat een kostenbeschikking niet ineens uit de lucht komt gevallen. Er is een bestuursdwangbesluit aan vooraf gegaan. En de rechtsbescherming tegen de kostenbeschikking volgt van rechtswege, als er een procedure bij de bestuursrechter loopt over een bestuursdwangbeschikking. Dan ziet het bezwaar of beroep ook automatisch op de kostenbeschikking. Als de overtreder niet in bezwaar gaat dan staat de Nederlandse overheid wel heel sterk, want dan

heeft hij de kostenbeschikking niet aangevochten. Die is dan onherroepelijk en dan is dat dwangbevel executeerbaar. In een mogelijk executiegeschil (volgens artikel 438 Rv) gaat de civiele rechter de eerder mogelijke toetsing in beginsel niet overdoen.

De Nederlandse deelnemer, gespecialiseerd in kostenverhaal bij bestuursdwang, merkt daartegenover op dat een schorsingsverzoek vaak wordt afgewezen door de rechter. Zolang een bedrijf niet bijna failliet is, wordt er niet snel een schorsing toegewezen. Daarnaast wijst hij er op dat de overheid in heel veel gevallen al geld kan binnenhalen voordat de hele discussie in rechte is beslecht; dit geld kan bij gelijk van het bedrijf dan achteraf worden terugbetaald met rente.

Carette merkt ten slotte op dat hoe meer er afgedekt is, hoe minder discussie er mogelijk is over de rekening. En dan kun je je het, volgens Carette, permitteren in een rechtsstaat en gezien de rechtsbescherming om met een middel te werken waartegen weinig verweer kan worden gevoerd door de burger. Maar als er nog veel discussie mogelijk is, dan is het, volgens Carette, niet terecht om daarvan gebruik te maken. Carette meent dat dit dan een probleem van rechtsbescherming is.

Thema 6 – Aard van de kosten

Frank van Ommeren

Van Ommeren concludeert dat het een boeiende discussie is waarin veel verschillende perspectieven aan bod zijn gekomen en meningen over de rechtsbescherming deels uiteen lopen. Het is nu echter tijd om een ander thema aan te snijden. Van Ommeren merkt op dat de Hoge Raad altijd overweegt ‘en gelet op de aard van de kosten’. De meningen over de bruikbaarheid van dit criterium zijn divers. Van Ommeren wil de aard van de kosten nog bespreken met de kanttekening dat er in België allerlei regelingen zijn.

Inleiding thema 6 door Siewert Lindenbergh

Lindenbergh merkt tegen de achtergrond van bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad op dat bij ‘de aard van de kosten’ het civiele recht het vertrekpunt is. Eerst wordt bekeken of er sprake is van schade, vervolgens wordt gezien of de aard van de kosten in het kader van de doorkruisingsleer een relevant element is. Lindenbergh stelt dat hij daarvoor niet zo veel aanknopingspunten heeft gevonden. Lindenbergh zegt nog geen zaak te hebben gezien waarin de aard van de kosten heeft uitgemaakt of het verhaal wel of niet mogelijk was. Wel is er

een zaak waarin er getracht werd een verzekering te genereren door een opzettelijk valse aangifte. Daarin rees de vraag of er dan nog een onderscheid gemaakt moest worden tussen twee typen kosten: tussen de kosten die gemaakt zijn door de politie om de valse aangifte te achterhalen en de kosten waarvan aangifte is gedaan. Dat heeft de Hoge Raad niet willen doen. Lindenbergh concludeert dat hij eigenlijk niet zo heel veel invulling voor dat begrip (de aard van de kosten) heeft gevonden en ook niet precies weet hoe de overweging moet worden gelezen. Van Ommeren merkt op dat het wel een kernoverweging van de Hoge Raad is. Lindenbergh stelt dat er in de doorkruisingsoverweging nog een ander vreemd element zit. Daar wordt gesproken over publieke kosten, terwijl dat volgens Lindenbergh eigenlijk private kosten moeten zijn. Ten slotte merkt Lindenbergh op dat het hem is opgevallen dat de overweging van de Hoge Raad in een recente belastingzaak³ iets anders luidde dan in *Vlissingen/Rize K*.⁴

Inleiding thema 6 door Gerrit van der Veen

Ook van der Veen heeft weinig concrete aanknopingspunten kunnen vinden voor een invulling van het begrip ‘de aard van de kosten’. Naar zijn weten bestaat er geen arrest waarin een onderverdeling van kosten werd gemaakt. Misschien ook omdat er gemiddeld genomen geen eendimensionale kosten worden gevorderd. Maar kijken we dan even naar wat er gevorderd wordt, dan is dat de inzet van ambtenaren, die eigenlijk hetzelfde deden wat ze altijd al deden: namelijk belastingaangiftes behandelen of naar aanleiding van een aangifte bij de politie aan de slag gaan. Datgene wat meer bijzonder is, zoals nogmaals een verkiezing organiseren, daarvan zou men misschien kunnen verbijzonderen naar de aard van de kosten, dat wat namelijk buiten het normale standaardwerk valt.

Dialog

Vanuit Belgische zijde wordt opgemerkt dat men blij is te horen dat er ook in Nederland soms iets staat in een overweging van de Hoge Raad dat eigenlijk niet wordt begrepen. Een Belgische deelnemer merkt op dat de aard van kosten eigenlijk geen thema is naar Belgisch recht. Deze Belgische deelnemer wijst er op dat er in het Belgische aansprakelijkheidsrecht in een dergelijk geval een verschuiving plaatsvindt, niet zozeer naar de aansprakelijke, maar naar de verzekeraar. Degene die uiteindelijk voor die kosten opdraaien. Deze Belgische

³ HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890.

⁴ HR 11 december 1992, AB 1993/301, m.nt. G.A. van der Veen (Brandweerkorps Vlissingen, Rice K, Vlissingse brandweerkosten).

deelnemer vraagt zich af hoe dit werkt via het Nederlandse bestuursrecht. Laat dat eveneens toe om aan het einde die uitgaven van een aansprakelijke door te schuiven naar de verzekeraars?

Een Nederlandse deelnemer met praktijkervaring stelt dat het een beetje van het geval zal afhangen, maar bij een bedrijf is het vaak zo dat er een aparte milieuschadeverzekering is afgesloten voor kosten van bestuursdwang. Als een bedrijf een dergelijke verzekering niet heeft, dan zal een algemene aansprakelijkheidsverzekering deze kosten doorgaans niet dekken. Dat was bij Chemie-Pack bijvoorbeeld ook het geval, zij waren onverzekerd voor de schade (de kosten van bestuursdwang) die rond de 70 miljoen lag. Het bedrijf ging failliet en de overheid bleef met de kosten zitten. Ook particulieren hebben bedoelde dekking vrijwel nooit. In het geval van een asbestbrand, wordt die schade (de kosten van bestuursdwang) niet gedekt door de opstalverzekering.

Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat de primaire verhouding blijft. Het publiekrecht vormt geen basis voor rechtstreeks verhaal op een verzekeraar. Maar in de praktijk komt het voor dat de advocaat van de verzekeraar het bedrijf ineens gaat bijstaan. Ook volgens een andere Nederlandse deelnemer speelt het in de verhouding tussen de overheid (het bestuur) en de overtreder geen rol of daar een verzekeraar achter zit. Maar voor het bedrijf zelf maakt het natuurlijk wel uit en mogelijk ook voor de verhaalbaarheid van de kosten (zie het voorbeeld van Chemie-Pack). Het ligt dus primair binnen het bedrijf en de verzekeraar of het gedekt is of niet. Als de kosten uit hoofde van civiele aansprakelijkheid zouden worden gevorderd, dan is het meer de vraag wat precies onder de verzekering valt, welke dekking deze biedt. De Nederlandse deelnemer merkt op dat het misschien een idee is om een claim via het civiele recht in te dienen omdat de burger dan gedekt is tegen de schade en dit de verhaalbaarheid van de kosten ten goede zou kunnen komen. Een andere Nederlandse deelnemer merkt op dat het naar civiel recht moet gaan om een onrechtmatige daad. Volgens haar maakt het dan niet uit of de overheid een dagvaardingsprocedure instelt of met een kostenbeschikking gaat verhalen, want de te verhalen kosten vloeien in het voorbeeld voortuit de toepassing van bestuursdwang. Dat is natuurlijk anders als een onrechtmatige daadsprocedure voor het kostenverhaal is gevoerd.

Thema 7 – Kostenverhaal en het Europese recht

Frank van Ommeren

Van Ommeren merkt op dat het Unierecht opmerkelijk weinig langs is gekomen. Er bestaat natuurlijk de neiging binnen het eigen vakgebied te blijven en

dan zijn er twee rechtsstelsels: België en Nederland. Maar anno 2021 is het een beetje vreemd om helemaal geen aandacht aan het Unierecht te besteden.

Dialog

Een Nederlandse deelnemer complimenteert Van der Veen met het mooie preadvies. Deze Nederlandse deelnemer verwijst vervolgens naar vraag 4 ‘Werkt het Unierecht nu ook nog in op de mogelijkheden voor de overheid om kosten te verhalen?’ In de tweede alinea van het preadvies van van der Veen staat dat het Unierecht er niet alleen voor kan zorgen dat er een bevoegdheid is om de kosten te verhalen, maar ook kan voorzien in de verplichting om dat te doen. Dat zien we bijvoorbeeld bij bepaalde EU-subsidies, die teruggevorderd kunnen worden als er niet langer voldaan wordt aan de voorwaarden.

Carette wijst op het beginsel ‘de vervuiler betaalt’ in het milieurecht, dat heel erg Europees wordt gedreven. Dat ligt ook verankerd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dit beginsel wordt heel erg vaak in richtlijnen verwerkt. In de Milieuschaderichtlijn staat dat die kosten verhaald worden, maar er staat niet ‘moet’. Er is recent door de Europese Rekenkamer een audit gemaakt over dat beginsel ‘de vervuiler betaalt’ en men kwam tot de conclusie dat dat eigenlijk te weinig gebeurt. Zij vindt de doorvertaling in de regelgeving onvoldoende in bepaalde gevallen. De Milieuschaderichtlijn is daarop een uitzondering. Maar zij vindt ook dat de lidstaten daar zelf te weinig gebruik van maken. En het is misschien mogelijk dat we op termijn meer verplichtingen gaan zien. In de Belgische regelgeving is dat ook zo. Als er iets fout loopt met subsidies, dan is dat staatssteun en deze moet teruggevorderd worden in principe. Ook als er boetes zijn inzake overheidsopdrachten, dan wordt de overheid geacht die te innen. Carette acht het niet onmogelijk dat er op termijn ook meer milieuregelgeving komt, waarin er een plicht tot kostenverhaal wordt opgelegd aan de lidstaten. Carette plaatst een kanttekening bij een absolute verplichting om terug te vorderen, omdat het denkbaar is dat het in bepaalde gevallen rechtseconomisch niet verantwoord is om terug te gaan vorderen. Beneden een bepaald bedrag is het volgens Carette rechtseconomisch helemaal niet verstandig. Zeker als het niet minnelijk kan. Of het moet een principekwestie zijn. Ook de verzekeraar speelt hier overigens een rol.

Volgens Van der Veen is de centrale vraag: kan de verplichting tot verhalen vanuit het Europees recht worden uitgebreid? Vervolgens kan gekeken worden waar er thans een dergelijke verplichting bestaat, onder meer in staatssteun, in subsidieverlening. Waarom bestaat die verplichting? Omdat dat nodig wordt geacht voor de nuttige werking, de effectuering van het Unierecht. Als er onrechtmatige staatssteun wordt verleend en er wordt vervolgens geconstateerd

dat het niet nodig is terug te vorderen, dan is die staatssteun wel reeds verleend. Dat levert dan een distorsie op die relevant is voor de EU. Maar bij nationale staten die geld steken in milieuhervestel zonder dat er kostenverhaal plaatsvindt, daarin ziet Van der Veen geen directe EU-distorsie. Anders dan misschien een afgeleide van de staatssteun, wanneer uitdrukkelijke verhaalsmogelijkheden niet worden benut. Op het moment dat de handhaving van het beginsel 'de vervuiler betaalt' op EU-niveau zó belangrijk wordt gevonden dat dat een doel op zich wordt, dan valt er wat voor te zeggen. Maar het beginsel 'de vervuiler betaalt' is niet voor niks een beginsel en niet meer dan dat. Het vertaalt zich op de meest wonderlijke manier en stuit op de meest moeilijke barrières in het publiek- en privaatrecht. Dus blijkbaar vinden we dat vanuit een beginsel maar ook vanuit de EU secundaire aansprakelijkheid gezien, niet zodanig belangrijk dat die EU-dimensie van dat werkelijke verhaal nodig wordt geacht.

Carette merkt op dat er in het auditverslag zelf wordt aangeknoopt bij het economisch principe dat men er vanuit gaat dat, als de vervuiler betaalt, er een internalisering van de kosten wordt veroorzaakt. En men ziet dat beginsel als een bijdrage tot een beter leefmilieu of een betere naleving van de regelgeving. Het kostenverhaal is eigenlijk geen doel op zich. Dus het gaat niet zozeer om het geld te recupereren, maar het gaat eigenlijk om het doel wat daarmee bereikt moet worden en dat is een betere bescherming van de leefomgeving. Dat is het doel dat ook via de Europese overheid wordt nagestreefd.

Een Belgische deelnemer stelt dat het vervuiler betaalt-beginsel een uitvloeisel is van het Unierecht maar dat de EU-regelgeving er vanuit gaat – zoals Borucki heeft ontdekt - dat dat verhaal zich op het aansprakelijkheidsrecht baseert. In de Milieuaansprakelijkheidsrichtlijn vind je een aantal regels terug die puur aansprakelijkheidsrecht zijn terwijl men over het hoofd ziet dat je niet alleen in het privaatrecht zit maar ook te maken hebt met herstelmaatregelen. Het is niet altijd gebaseerd op het aansprakelijkheidsrecht. Het kan ook met andere principes te maken hebben en als de overheid dan optreedt in plaats van een burger, dan is het eerder een herstelmaatregel. Carette merkt op dat Borucki daar ook een noot over heeft geschreven bij een van de cassatie-uitspraken over de zaak waarbij de Vlaamse Milieumaatschappij betrokken is.⁵ Het beginsel 'de vervuiler betaalt' staat in het hoofdstuk over milieu in het VWEU als principe gesteld dat is uitgewerkt in de Milieuschaderichtlijn. En bij de Milieuschaderichtlijn is de discussie of dat civiel recht is. In België wordt dat alleen vertaald naar een burgerlijke vordering. Als het beginsel 'de vervuiler betaalt' beter tot uitdrukking moet komen dan gaan we met dat probleem geconfronteerd worden. Er

⁵ C. BORUCKI, "Kostenverhaal door de overheid bij milieuschade: is het voor de vervuiler goed vissen in troebel water?" (noot onder Cass. 1 juni 2018), *TBBR* 2019, 451-475.

zijn lidstaten, zoals België, die alles civiel doen en er zijn lidstaten, zoals Nederland, waar een belangrijk deel bestuursrechtelijk gebeurt. Uit het subsidiariteitsbeginsel volgt echter dat iedere lidstaat daar binnen zijn rechtsorde mee aan de slag gaat en dat het de ene keer burgerrechtelijk vertaald zal worden en de andere keer bestuursrechtelijk. Maar waar het echt uitgewerkt is, is inderdaad het aansprakelijkheidsrecht.

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat het probleem op Europees niveau ook is dat waar verhaal verplicht is, de EU ook vaak geld terughaalt van de lidstaat terwijl dat dan door lagere overheden weer op een overtreder verhaald moet worden. En daar ontstaat dan een beetje discrepantie aangezien dat voor gemeenten soms moeilijk is om te doen. In Nederland is veel wettelijk opgelost, waarbij de overheid dan weer verhaal kan nemen op de lagere overheden. Maar daar zit volgens deze deelnemer ook een ingewikkeldheid gezien het Europese punt van ‘verplicht terug’. Hoe het Europese recht erin staat en hoe er in het nationaal systeem verhaald wordt op de overtreder.

Van Ommeren vindt het goed dat de ratio achter dit beginsel is besproken. Hij merkt voorts op dat er zonder twijfel nog heel lang gediscussieerd kan worden over dit onderwerp. Net als elk ander onderwerp dat op de agenda zou worden gezet. Het is echter helaas tijd om af te ronden. Van Ommeren en Peeraer bedanken de preadviseurs en alle deelnemers voor de geweldige inbreng.

Afsluiting

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust bedankt Van Ommeren en Peeraer hartelijk voor de mooie begeleiding van de dialoog. Ze dankt ook de auteurs die met hun papers en inbreng vanmiddag een perfecte bijdrage aan deze dialoog hebben geleverd. De dialoog was erg levendig en rijk, we hebben veel van elkaar kunnen leren. Wiggers-Rust trekt enkele eerste lijnen uit de discussie:

* Er is een verschil in benadering verhelderd tussen België en Nederland. In België vormt het privaatrecht het uitgangspunt: privaatrechtelijk verhaal is primordiaal, tenzij er een *lex specialis* is. In Nederland ligt het primaat bij het publiekrecht (de wetgeving). Aan de hand daarvan wordt met behulp van de doorkruisingsleer onderzocht of kostenverhaal mogelijk is. Wat *in the end* meer oplevert, daarvoor hebben we wellicht een proefschrift nodig. Er zit een toekomstige promovendus in de zaal, dus mogelijk kan hij daarover zijn licht laten schijnen!

* In de dialoog is veel aandacht besteed aan het zogenoemde kerntaken-criterium. Aangenomen wordt wel dat dit een zekere rol speelt bij de beantwoording van de vraag of kostenverhaal al dan niet mogelijk is. Een Nederlandse deelnemer heeft daarbij de kanttekening geplaatst dat het perspectief van de overheid verschuift. Andere Nederlandse deelnemers vulden deze kanttekening aan: het is eigenlijk niet zozeer de vraag of sprake is van een kerntaak die bepaalt of kostenverhaal nu wel of niet kan, maar de vraag of kostenverhaal wenselijk is. In het brandweerkosten-arrest achtte de Hoge Raad mede van belang dat verhaal van kosten van de brandweer misschien een drempel zou opwerpen voor de burger die niet meer zou durven waarschuwen en dat is onwenselijk uit een oogpunt van algemeen belang. Ook in andere zaken speelt het algemeen belang een relevante rol, zoals bij de opsporing van strafbare feiten. Recent kwam in Nederland in een fiscale zaak aan de orde dat de hoeveelheid al bestaande regels een contra-argument voor kostenverhaal kan zijn, als juist op het betrokken punt een regeling ontbreekt.

* Borucki heeft als mooie vondst nog 'het verloren voordeel' ingebracht. Van Belgische zijde is overwogen dat deze gedachte heel nuttig kan zijn voor de vaststelling of de kosten al dan niet vergoedbaar zijn.

* Uit de bijdragen van Belgische zijde is gebleken dat voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad naast de onrechtmatige daad alleen oorzakelijk verband in de zin van *conditio sine qua non*-verband en schade nodig zijn. Daarmee lijkt de aansprakelijkheid in België eerder te worden aangenomen dan in Nederland met ook nog de vereisten van toerekening naar redelijkheid en relativiteit. Belangrijk is te zien dat er in Nederland op het vlak van het kostenverhaal heel veel bestuursrechtelijk is geregeld en dat daardoor 'het gat' voor de burgerlijke rechter kleiner is geworden terwijl dat in België nog heel open is.

* Tijdens de dialoog werd ook over het zo relevante thema rechtsbescherming gesproken. In dat kader is door Carette naar voren gebracht dat aan het Belgische dwangbevel onvoldoende rechtsbescherming vooraf gaat. In Nederland is deze er wel, maar kan het voor de particuliere partij, zo werd opgemerkt, toch te snel gaan.

* Het door de Hoge Raad genoemde criterium van 'de aard van de kosten' heeft niet al te veel inhoud gekregen in Nederland.

* Relevant is nog wel het aspect van verzekering: in verband met de dekking kan het verschil opleveren voor degene op wie de kosten worden verhaald of dat via het bestuursrecht of het privaatrecht verloopt. Kennis van zaken bij onderne-

nemers en mogelijk ook bij de overheid (in verband met de verhaalbaarheid van de kosten) kan gewenst zijn.

* Dan tot slot, wat het Platform nog heel belangrijk vindt, is het Unierecht. Dat Unierecht brengt ons bij elkaar omdat we allen één in Europa zijn. Dus dat is een belangrijke verbindende schakel. De Milieuschaderichtlijn, oorspronkelijk door de Commissie ingestoken vanuit ‘*tort law*’, is in Nederland geïmplementeerd in de Wet milieubeheer. In Nederland zijn daar nog niet zo veel zaken over. Het is goed dat de Rekenkamer de aandacht vestigt op het beginsel ‘de vervuiler betaalt’. En dan de gedachte dat de overheid staatssteun verleent als er geen kosten worden verhaald, zodat kostenverhaal in wezen wordt verplicht? Het niet-verhalen van kosten zou dan indirecte staatssteun kunnen zijn, zoals van der Veen het in zijn paper althans heeft bedacht.

Dat zijn de eerste lijnen die Wiggers-Rust uit de dialoog heeft getrokken. Zij is benieuwd naar de reactie van Lierman.

Steven Lierman

Lierman vond het fascinerend om te zien dat iedereen op het puntje van de stoel zat om het debat aan te gaan. Een kolkende ‘*stream of consciousness*’ waar alle tussenkomen op elkaar inhaakten. Is dat kostenverhaal nu een veelarmige octopus? Of is het een veelkoppig monster? Dat laat hij in het midden. En hij laat ook in het midden of de perceptie van de deelnemers daarover gewijzigd is na deze expertmeeting. Lierman is er echter persoonlijk niet van overtuigd dat men in België, in het privaatrechtelijk raamwerk geen paard van Troje zal binnenhalen met dat kerntakendebat. In elk geval is de ideale situatie dat de wetgever de weg wijst en dat de complexiteit ontstaat doordat de wetgever dat vaak niet doet. In elk geval is er ook een verdienstelijk alternatief criterium naar voren geschoven door Borucki, waarover men het eens is dat het minstens de eerste voorvraag kan beantwoorden die in België belangrijker is dan in Nederland. Dit is de vraag naar ‘wanneer is er schade?’ Ten slotte is er stilgestaan bij het resultaat van een publiek- dan wel privaatrechtelijke benadering. Is het eindresultaat eigenlijk wel verschillend over de landsgrenzen heen, met in Nederland een meer publiekrechtelijke benadering en in België een veeleer privaatrechtelijke benadering? Lierman heeft daarover een heel aantal interessante voorzeten gehoord. De relativiteitsleer, speelt deze ook geen rol? Hoe zit het met de verzekeraarbaarheid? Maakt het kostenverhaal het voorwerp uit van meer expliciete beleidskeuzes? In Nederland is er een Awb, dat klopt, en dat maakt inderdaad een belangrijk verschil. Het onderscheid tussen beide landen kan in belangrijke mate gerelativeerd worden omdat men steeds uitkomt op hetzelfde punt: hoe

gedetailleerd is het kostenverhaal geregeld? Deze meeting heeft ook gekeken naar de rechtsbescherming, waar ook de publiekrechtelijke rechtsbescherming soms te wensen overlaat, in het bijzonder wanneer de wetgever nalaat klare wijn te schenken. Kortom: een heel fundamentele discussie waardoor duidelijk is geworden hoeveel koppen dat monster heeft of hoeveel armen een octopus. Lierman hoopt dat dat voor de deelnemers niet anders is, want dan is het opzet, de missie van het Platform, geslaagd. Lierman dankt iedereen hartelijk voor die kolkende rivier aan gedachten.

Lidy Wiggers-Rust

Wiggers-Rust dankt de aanwezigen nogmaals. Zij wenst iedereen alvast een goede thuisreis toe en hoopt op een weerzien bij een volgende gelegenheid! Er wordt overgaan tot de borrel.