

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



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

Gerrit van der Veen

Siewert Lindenbergh

Ann Carette

Christopher Borucki

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

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

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

website: www.recht-in-dialoog.eu



platform
publiek- en
privaatrecht
in dialoog

Deze reeks staat onder redactie van:

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

Aanbevolen citeerwijze:

Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog - reeks nr. 3

ISBN: 9789462407534

De inhoud van deze bundel is double blind gepeerreviewed.

Uitgeverij WLP/ info@wolfpublishers.eu

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), Platform en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

©2022 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Inhoudsopgave

Voorwoord	7
Lidy Wiggers-Rust & Steven Lierman	
Vraagpunten	9
Nederland publiekrecht	
‘Verhaal van door de overheid bij haar taakuitoefening gemaakte kosten: wetgever of rechter?’	11
<i>Gerrit van der Veen</i>	
Nederland privaatrecht	
Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid	29
<i>Siewert Lindenbergh</i>	
België publiekrecht	
Kostenterugvordering voor overheidsinterventies naar Belgisch recht	47
<i>Ann Carette</i>	
België privaatrecht	
Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid naar Belgisch recht	87
<i>Christopher Borucki</i>	
Verslag expertmeeting	129
<i>Michelle Meulebrouck & Peter Valk</i>	
Gastenlijst	169

Voorwoord

Op 15 oktober 2021 werd in Brussel – gelukkig weer live – de derde expert-meeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog gehouden. Een zeer gastvrije ontvangst werd verzorgd door de eerste voorzitter van de Dienst van de Vlaamse Bestuursrechtcolleges, de heer E. Storms. Het Platform is hiervoor uitermate dankbaar!

Zesendertig juristen met verschillende achtergrond (wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie; bestuurs- en privaatrechtelijk vanuit Nederland en België) waren naar Brussel afgereisd voor de bespreking van het onderwerp van de meeting:

‘Verhaal van door de overheid bij haar taakuitoefening gemaakte kosten, wetgever of rechter?’

Hun kennis werd gedeeld en benut bij het ‘fileren’ van het onderwerp.

De voorzitter van het Platform leidde de middag en het onderwerp in. Met verwijzing naar de milieuramp die zich aan het begin van 2011 bij Chemie-Pack te Moerdijk voltrok, beklemtoonde zij het grote belang van afstemming tussen de bestuurs- en burgerlijke rechter in zaken als deze, waarin beiden vaak na en naast elkaar worden gevraagd om te oordelen in één en dezelfde kwestie. Zij belichtte daarbij de mogelijkheid van samenstelling van gemeenschappelijke kamers met nauwkeurige afstelling op het benodigde kennisniveau.

Vervolgens werd de dialoog over het onderwerp aangegaan onder leiding van de moderators Frank van Ommeren (Nederland) en Frederik Peeraer (België).

Voor de behandeling van het onderwerp was een tweedeling gemaakt: vóór de pauze stond centraal de ratio voor het al dan niet bestaan van de mogelijkheid tot verhaal van door de overheid gemaakte kosten, inclusief de wisselwerking daarbij tussen wetgever en rechter.

Na de pauze kreeg de praktische kant en vooral de rechtsbescherming de meeste aandacht.

VOORWOORD

De uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept-)papers van:

- * Gerrit van der Veen (Nederland, publiek recht)
- * Siewert Lindenbergh (Nederland, privaatrecht)
- * Ann Carette (België, publiek recht)
- * Christopher Borucki (België, privaatrecht)

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de definitieve papers zelf, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule¹, en de lijst van deelnemers.

De inbreng van de moderatoren en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de aanwezige experts om aan de dialoog deel te nemen. Veel dank aan ieder van hen is op zijn plaats.

Dank van het Platform gaat ook uit naar Peter Valk en Michelle Meulebrouck voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Dank is daarnaast verschuldigd aan het Ministerie van Justitie en Veiligheid voor de startsubsidie voor dit door hem als uniek aangemerkte initiatief.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van onze gedachtewisseling en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan de rechtseenheid en een goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België.

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter

¹ 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. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

² Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Vraagpunten

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

Bij haar taakuitoefening maakt de overheid tal van – eventueel voor verhaal in aanmerking komende – kosten (denk bijvoorbeeld aan de kosten veroorzaakt door belasting- en premiefraude, valse aangiften, bommeldingen, de kosten van het begaanbaar houden van de openbare weg en scheepvaartroutes, het tegengaan van oppervlaktewaterverontreiniging door het lozen van stoffen, de kosten van opruiming van gedumpt drugsafval en van nablussen van brand).

Regelmatig doet zich de vraag voor welke mogelijkheden het recht biedt om dergelijke kosten te verhalen.

Soms voorziet de wet in kostenverhaal, maar dat is niet steeds het geval. Als er geen wet is die in de bevoegdheid tot kostenverhaal voorziet (en ook de wetsgeschiedenis zwijgt), is er dan wel of geen plaats voor doorberekening van kosten en in bevestigend geval, onder welke omstandigheden is kostenverhaal dan mogelijk dan wel zou kostenverhaal mogelijk moeten zijn?

Gegeven actuele casus in Nederland over bijvoorbeeld dumping van drugsafval en (fiscale) systeemfraude en in België over milieuschade, is het tijd voor een fundamentele benadering van deze – klassieke – problematiek vanuit publiek- en privaatrecht.

Vraag 1:

Welke mechanismen van kostenverhaal – op basis van (uitleg van) de wet of contract – zijn er in het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht?

Vraag 2:

Onder welke omstandigheden is de overheid gerechtigd van de genoemde mechanismen gebruik te maken en kan zij trachten gemaakte kosten te verhalen?

Onder welke omstandigheden is de overheid gehouden gemaakte kosten zelf te (blijven) dragen?

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

Vraag4:

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

Vraag5:

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

Vraag6:

Onder welke condities komt een persoon voor kostenverhaal door de overheid in aanmerking en is in publiek- en/of privaatrecht voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres?

Vraag7:

Is er sprake van raakvlakken/samenloop tussen publiek- en privaatrecht in kostenverhaalszaken en zo ja, hoe verloopt dan de wisselwerking?

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

G.A. van der Veen

1. Inleiding

Bij haar taakuitoefening maakt de overheid tal van – eventueel voor verhaal in aanmerking komende – kosten. De gestelde vraag is, of de wetgever of de rechter aan zet is om de materie nader in te vullen. Mij is gevraagd om die vraag vanuit het Nederlandse publiekrecht te beantwoorden. Mede om die reden, maar meer omdat de burgerlijke rechter zulks ook vindt, kan het ééndimensionale uitgangspunt voor beantwoording niet anders luiden dan: de wetgever. Het is de wetgever die zou moeten bepalen in welke situaties kostenverhaal aan de orde is, op welke grondslag of grondslagen dat verhaal kan of dient te geschieden, welke normering in acht moet worden genomen en in welke rechtsbescherming voorzien moet worden.

Er is tot nu toe discrepantie tussen dit ideaalbeeld en de werkelijkheid. In de praktijk treedt de wetgever niet gestructureerd op. De wetgever handelt veeleer op ad hoc-basis, soms in reactie op jurisprudentie en soms slechts in meer of mindere mate. Soms worden wetgevingstrajecten halverwege gestaakt. Incidenteel leidt een wetgevingstraject wel tot een verhaalsvoorziening, maar dan een die slechts ten dele aan de zojuist gestelde eisen voldoet. Wanneer de wetgever een verhaalsvoorziening opneemt, is deze doorgaans publiekrechtelijk. Het staat de wetgever echter vrij om de keuze te maken om voor verhaalsmogelijkheden (mede) een beroep te doen op civielrechtelijke figuren. In dat laatste geval kan echter wel de vraag rijzen naar de normering die bij de inzet van de civielrechtelijke rechtsfiguur geldt. De civielrechtelijke rechtsfiguur is doorgaans vrij algemeen. Een wettelijk voorschrift kan de civielrechtelijk te verhalen kosten benoemen (zoals het geval is in artikel 75 Wet bodembescherming en in artikel 36 van de minder bekende Wet bescherming Antarctica), maar dat hoeft niet. In het publiekrecht verlangt het legaliteitsbeginsel daarentegen wel een aanduiding van de te verhalen kosten. Soms is die vrij algemeen en soms geeft de wet een iets preciezere specificatie.

Na deze inleidende algemene beschouwingen, is het zinvol om enig onderscheid aan te brengen in situaties waarin een wens tot kostenverhaal aan de orde kan komen. Ik laat daarbij belastingen, fiscale heffingen en leges voor door

overheden verrichte diensten buiten bespreking. Ik heb daar twee redenen voor. Ten eerste is bij belastingen en fiscale heffingen de relatie tussen afzonderlijke betalingsverplichtingen en de mogelijkerwijs door de overheid te maken kosten nogal gering. Ook bij de leges is er geen overtuigende directe relatie tussen de afzonderlijke betaling en de afzonderlijk verrichte dienst te zien. Niet voor niets wordt in komkommertijd geregeld geklaagd over gemeentelijke bouwleges die vrij weinig relatie hebben tot de inspanningen voor de beoordeling van een individuele aanvraag voor een bouwvergunning. Een tweede reden om belastingen, fiscale heffingen en leges buiten behandeling te laten, heeft te maken met de vraagstelling “wetgever of rechter”. Deze onderwerpen zijn het exclusieve domein van de wetgever. De burgerlijke rechter aanvaardt geen belastingheffing zonder wettelijke grondslag en dus in zoverre buiten de wet om.¹ Evenzeer sneuvelen privaatrechtelijk ingeklede betalingsverplichtingen die materieel als heffing beschouwd moeten worden.² Belastingen, fiscale heffingen en leges zijn dus voor de vraagstelling minder interessant.

Ik beperk mij kortom tot de gevallen waarin een duidelijke relatie bestaat tussen een individuele veroorzaking en daarvoor gemaakte of te maken kosten.

2. Drie te onderscheiden gevallen

Het is goed om onderscheid te maken in soorten gevallen, waarin een wens tot kostenverhaal opkomt.

Ik zou twee onderscheiden willen maken, en wel een onderscheid tussen de ongeregelde en de geregelde eenzijdige verhaalsgevallen, en een onderscheid tussen de eenzijdige en de meerzijdige verhaalsgevallen. Uiteindelijk zal de aandacht het meest uitgaan naar de ongeregelde eenzijdige verhaalsgevallen.

Ongeregelde en geregelde eenzijdige gevallen

In de vraagstelling is de nadruk gelegd op kostenverhaal als éénzijdige reactieve daad van overheidswege, als reactie op eveneens eenzijdig reactief overheidsop treden om aangerichte schade aan een algemeen belang ongedaan te maken en/of verdere schade aan dat algemeen belang te voorkomen. In de vraagstel-

¹ Zie HR 8 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1085, NJ 1994/46 m.nt. MS, AB 1994/299 m.nt. FHvdB (Veerman/Marken), HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC7062, NJ 1998/890 m.nt. ARB, AB 1998/390 m.nt. ThGD (Lenger) en HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2554, NJ 2006/337 m.nt. J.W. Zwemmer, AB 2006/48 m.nt. G.A. van der Veen (Granaria).

² HR 6 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT9056, NJ 2006/301 m.nt. P.C.E. van Wijmen, AB 2006/218 m.nt. G.A. van der Veen en E.W.J. de Groot (Beuningen).

ling zijn genoemd de kosten veroorzaakt door belasting- en premiefraude, valse aangiften, bommeldingen, de kosten van het begaanbaar houden van de openbare weg en scheepvaartroutes, het tegengaan van oppervlaktewaterverontreiniging door het lozen van stoffen, de kosten van opruiming van gedumpt drugsafval en van nablussen van brand. Op één of twee na (het tegengaan van oppervlaktewaterverontreiniging door het lozen van stoffen en de kosten van opruiming van gedumpt drugsafval), zijn dit eenzijdige gevallen die in de civielrechtelijke jurisprudentie aan de orde zijn gekomen of hadden kunnen komen (bommeldingen). Zij hebben in de civielrechtelijke jurisprudentie aanleiding gegeven tot moeizame vragen omtrent hun toelaatbaarheid. Die vragen kwamen op omdat het publiekrecht zelf geen adequate voorziening voor kostenverhaal in die gevallen kende en evenmin bij voorbaat duidelijk antwoord gaf op de vraag, of privaatrechtelijk verhaal mogelijk was in weerwil van het ontbreken van een publiekrechtelijke regeling. Mijn veronderstelling is, dat die gevallen niet of onvoldoende door de wetgever zijn gezien omdat het niet om voor de hand liggende veel voorkomende gevallen gaat, maar om uitzonderingssituaties. Daarbij kan dan ten slotte nog opgemerkt worden dat de burgerlijke rechter er weinig voor voelt om een uitzonderingssituatie te aanvaarden, wanneer er geen goede grens tussen de uitzondering en andere gevallen te trekken is. Het is niet zijn bedoeling dat dan de sluizen opengaan en het risico opkomt dat de uitzondering de regel wordt.³ De consequentie is dan, dat de overheid ook in enkele bijzonder laakbare gevallen niet tot privaatrechtelijk kostenverhaal kan komen.

Tegenover deze ongeregelde eenzijdige verhaalsgevallen staan (uiteraard) de wel geregelde eenzijdige verhaalsgevallen. Het beste voorbeeld is het kostenverhaal na toepassing van bestuursdwang. De Algemene wet bestuursrecht kent een uitgebreide regeling voor de last onder bestuursdwang, als één van de twee zogeheten reparatoire sancties ter handhaving van publiekrechtelijke regelgeving. De andere reparatoire sanctie is de last onder dwangsom. De last onder bestuursdwang is gericht op het rechtstreeks ongedaan maken van de overtreding. De tweede heeft het indirect ongedaan maken tot doel; door een last onder dwangsom op te leggen die de overtreder ertoe moet bewegen om de wijze keuze maken om de last op te volgen en dus de overtreding op te heffen. Met de last onder bestuursdwang kunnen overtreders en zo nodig andere belanghebbenden bij besluit aangeschreven worden om de overtreding van één of meer wettelijke voorschriften ongedaan te maken. Wordt de overtreding niet ongedaan gemaakt, dan doet het bestuur dat alsnog door daadwerkelijk be-

³ HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, AB 2020/319 m.nt. G.A. van der Veen.

stuursdwang toe te passen. Dat is het feitelijk optreden van overheidswege, al dan niet met door de overheid ingeschakelde hulptroepen. Het bestuur kan de kosten van de toepassing en een aantal door de wet aangeduide bijkomende kosten op de overtreder verhalen. Voor dat kostenverhaal wordt teruggegrepen op de uitgebreide regeling van de bestuurlijke geldschulden in de Algemene wet bestuursrecht. Dat kostenverhaal vindt plaats via één of meer door bestuursorganen te nemen besluiten. Tegen besluiten als de onderhavige staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen als bezwaar en beroep open. Aldus vindt het geregelde eenzijdig verhaal plaats binnen de kaders van het publiekrecht, omdat het plaatsvindt via besluiten op basis van daartoe geschreven bevoegdheidsverschaffende wettelijke voorschriften.

Daarom speelt zich ook de rechtsbescherming in het bestuursrecht af. Artikel 4:124 Awb bepaalt dan nog dat het bestuursorgaan ten aanzien van de invordering ook beschikt over de bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft. Dat laat echter onverlet dat de grondslag voor het verhaal via besluiten loopt en dat de civiele rechter zich geen eigen oordeel over die grondslag vormt.⁴ Het kostenverhaal bestuursdwang is dus een publiekrechtelijk fenomeen met wettelijke grondslagen, publiekrechtelijke normering en publiekrechtelijke rechtsbescherming.

Het spreekt voor zich dat bij de geregelde eenzijdige gevallen geen principiële vragen naar de toelaatbaarheid van kostenverhaal opdoemen, omdat de wetgever de keuze voor kostenverhaal al gemaakt heeft.

Wel kunnen onder omstandigheden vragen opdoemen naar de reikwijdte van de publiekrechtelijke instrumenten, en dus of zij voldoen ten behoeve van handhaving en eventueel daaropvolgend verhaal. Zo heeft de bestuursrechter stevige beperkingen aangebracht op het verhalen van de kosten voor het opruimen van gedumpt drugsafval op een grondeigenaar die geen betrokkenheid bij de dump had en wie ook verder niets valt aan te wrijven. Ontoereikend bleken onder meer artikel 1a lid 1 Woningwet (zorgplicht voor het behoud van een goede staat van bouwwerken, erven en terreinen ter voorkoming van gezondheids- en veiligheidsgevaar) en artikel 1.1a lid 1 en 2 Wet milieubeheer (gebod tot het voorkomen, beperken en ongedaan maken van nadelige milieugevolgen).⁵ Al met al volgt uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie dat een verhurende grondeigenaar eerder verantwoordelijk gehouden kan worden voor wat er op zijn perceel grond gebeurt, dan een niet-verhurende grondeigenaar. Wie

⁴ HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:233, AB 2015/90 m.nt. F.J. van Ommeren.

⁵ Zie in het bijzonder ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:622.

zijn perceel verhuurt en op de één of andere manier beter had moeten weten, kan aangeslagen worden voor de kosten van verwijdering na dumping door de huurder.⁶ Verhaal van verwijdering van drugsafval op de volstrekt niet betrokken toevallige grondeigenaar is niet mogelijk gebleken, omdat de bestuursrechter de publiekrechtelijke grondslagen ontoereikend achtte. Mij zijn geen pleidooien bekend, dat het hier zou gaan om een door de bestuursrechter tot stand gebrachte onaanvaardbare leemte in de publiekrechtelijke regelgeving die door wetswijziging gedicht zou moeten worden. Evenmin zijn mij pleidooien of pogingen bekend, om het gat te dichten door privaatrechtelijk kostenverhaal te starten. Zo'n poging is op zich nog best denkbaar, al heb ik weinig vertrouwen op een succesvolle afloop. De mogelijkheid tot privaatrechtelijk verhaal op de onschuldige grondeigenaar zou wellicht gestoeld kunnen worden op de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking wanneer de waarde van het perceel zonder verwijdering van drugsafval zou dalen of al gedaald zou zijn. In het licht van de jurisprudentie van de bestuursrechter zou ik overheden niet in overweging willen geven om zo'n poging te wagen. Het lijkt mij aannemelijk dat de burgerlijke rechter hier de benadering van de bestuursrechter volgt en aldus aansluit bij de weloverwogen jurisprudentie van de bestuursrechter dat kostenverhaal niet aangaat, wanneer dat plaatsvindt op volstrekt onschuldige terreineigenaren.

Eenzijdige en meerzijdige gevallen

Kostenverhaal vindt ook plaats ter delging van andere te maken kosten en/of te verrichten uitkeringen dan ter beperking van schade. Dat is aan de orde wanneer overheid en een private partij gezamenlijk optreden en een deel van kosten en/of uitkeringen op grond van publiekrechtelijke regelingen en/of publieke taken ten laste van de overheid komen. De mogelijkheid bestaat voor de overheid om in een dergelijke samenwerking kosten op de private partij af te wentelen. Omdat het gaat om samenwerking, vindt kostenverhaal in dat soort gevallen meestal plaats op basis van een meerzijdige rechtshandeling. Ik spreek daarom van meerzijdige gevallen.

Mij lijkt het beste voorbeeld te vinden bij gebiedsontwikkeling, en in het bijzonder bij de door de overheid te maken algemene kosten voor onder meer voorzieningen van algemeen nut en uit te keren planschade. Daar zien we dat de overheid die kosten in meer of mindere mate poogt af te wentelen en dat marktpartijen de afwenteling in de regel ook wel aanvaarden omdat zij zelf ook profijt trekken van de ontwikkeling. Afspraken omtrent ontwikkeling worden

⁶ ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021: 996.

daarom meestal gemaakt in het kader van privaatrechtelijke overeenkomsten. In deze overeenkomsten worden diverse afspraken vastgelegd, waaronder die inzake kostenverhaal. Relevant is dat de jurisprudentie uitgaat van een gesloten stelsel van verhaal. Het gesloten stelsel heeft lang ingehouden dat een gemeente de kosten die zijn verbonden aan de realisatie van bestemmingen, kan verhalen door gronduitgifte, het sluiten van een overeenkomst of het heffen van baatbelasting.⁷ Inmiddels geldt een systeem waarin in feite het privaatrechtelijk verhaal de overhand heeft en het publiekrecht fungeert als stok achter de deur.

De wet kent formeel de omgekeerde volgorde. Volgens het lange artikel 6:17 lid 1 Wet ruimtelijke ordening verhalen burgemeester en wethouders de kosten, verbonden aan exploitatie van de gronden gelegen in het exploitatiegebied, door aan een bouwvergunning voor een bouwplan dat krachtens art. 6.12, eerste lid, is aangewezen, met inachtneming van het exploitatieplan, het voorschrift te verbinden dat de vergunninghouder een exploitatiebijdrage aan de gemeente verschuldigd is, tenzij de bijdrage anderszins verzekerd is of voorafgaand aan de vaststelling van het exploitatieplan een exploitatiebijdrage met betrekking tot de betreffende gronden overeengekomen is. Het gaat dus om een verplicht te stellen publiekrechtelijk vergunningvoorschrift, tenzij het verhaal anderszins is verzekerd of overeengekomen. De wet voorziet in een zogenaamde limitatieve kostenlijst voor die publiekrechtelijke regeling. Buiten de kosten op de lijst mag er geen publiekrechtelijk verhaal plaatsvinden.⁸ In de praktijk fungeert de regeling als een stok achter de deur, want meestal concretiseert het verhaal zich in de zogeheten anterieure overeenkomst. Daarin worden afspraken gemaakt over kostenverhaal. De limitatieve kostenlijst fungeert hier als indicatie en de vraag staat nog steeds open, of privaatrechtelijk verhaal daarbuiten nu echt mogelijk is.

Ook zien we hier de planschadevergoedingsovereenkomst. Dat is de overeenkomst waarmee een gemeente met een private partij overeenkomt dat deze private partij door de gemeente uit te keren planschadevergoedingen geheel of gedeeltelijk voor haar rekening neemt. De gedachte is, dat de private partij belang bij een ontwikkeling kan hebben en daarom de uitkeringen geheel of gedeeltelijk moet dragen, althans wanneer die private partij daarvoor tekent. Omdat de figuur op kritiek van de civiele rechter stuitte,⁹ heeft de wetgever voorzien in een wettelijke grondslag. Grosso modo was de kritiek tweeledig.

⁷ Zie E.W.J. de Groot, J.B. Mus, G.A. van der Veen, De Grondexploitatiewet (wetsvoorstel 30 218) BR 2005/234, p. 1048.

⁸ Kamerstukken II 2004/05, 302218, nr. 3, p. 14.

⁹ HR 2 mei 2003, LJN: AF2848.

De overeenkomst was ongenormeerd in die zin, dat alle planschade afgewenteld zou kunnen worden, ook wanneer een plan mede in het algemeen belang was. Verder stond voor de private partij geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen de gemeentelijke besluiten om planschade uit te keren. De wetgever heeft alleen voorzien in een regeling van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de planschadeuitkeringen. De private partij die zich jegens de overheid verbonden heeft om de planschadeuitkeringen te betalen, is thans belanghebbende bij besluiten tot uitkering van planschade. Zo kan hij bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden, wanneer hij van mening zou zijn dat de overheid al te ruime vergoedingen zou toekennen op zijn kosten. Ongenormeerd is de overeenkomst echter nog steeds, omdat bij overeenkomst nog steeds alle planschade verhaald kan worden, ook in die gevallen waarin een ontwikkeling mede in het algemeen belang plaatsvindt en een verdelingsmaatstaf dus ook denkbaar was geweest. Hoe dan ook, zowel bij de anterieure overeenkomst als de planschadeovereenkomst zien we enige publiekrechtelijke context: de anterieure overeenkomst kent het publiekrechtelijke verhaalsinstrumentarium als stok achter de deur. De planschadeovereenkomst kent enige publiekrechtelijke rechtsbescherming, omdat er een bestuursrechtelijke rechtsgang is geopend voor degene die zich jegens de overheid gebonden heeft tot betaling van planschadeuitkeringen.

Afronding te onderscheiden gevallen

Het is goed om een onderscheid in gevallen te maken. De meeste aandacht in de civielrechtelijke jurisprudentie is uitgegaan naar ongeregelde eenzijdige gevallen. Voor de meeste gevallen van eenzijdig kostenverhaal gelden echter publiekrechtelijke regelingen. Het lijkt er daarom op dat de eenzijdige privaatrechtelijke gevallen die de aandacht in de jurisprudentie hebben getrokken, uitzonderingsgevallen zijn. Voor meerzijdige gevallen, zoals het verhaal van planschade en kosten van voorzieningen bij gebiedsontwikkeling, is het publiekrecht niet zo geschikt, omdat het geen meerzijdige rechtsfiguren voor verhaalsacties kent. Voor meerzijdig verhaal is dus de overeenkomst aangewezen. Wel kan het publiekrecht enige normering bieden en/of voorzien in rechtsbescherming.

VRAAG 1:

Welke mechanismen van kostenverhaal – op basis van (uitleg van) de wet of contract – zijn er in het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht?

Het publiekrecht kent eenzijdig kostenverhaal na toepassing van bestuursdwang ter delging van de schade die de overheid heeft geleden door kosten te maken om één of meer overtredingen van wettelijke voorschriften door feitelijk handelen ongedaan te maken. De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang moet door een wettelijk voorschrift zijn toegekend. De bevoegdheid tot kostenverhaal volgt ook uit de wet. Het gaat om eenzijdig handelen van de overheid dat zich vertaalt in besluiten door de overheid.

Het publiekrecht kent onder meer in het omgevingsrecht een aantal verwijzingen naar privaatrechtelijk kostenverhaal, in het bijzonder naar verhaal op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking, en naar publiekrechtelijke verhaalsfiguren zoals het verhaal van kosten van de uitoefening van bestuursdwang. Aldus maakt het publiekrecht voor al die gevallen duidelijk dat de wetgever zulk kostenverhaal kent en in beginsel aanvaardbaar acht.

Interessant zijn enkele bepalingen uit de komende Omgevingswet, die ook duidelijk maken aan welk kostenverhaal de wetgever zoal denkt. Deze poogt in hoofdstuk 13 diverse financiële bepalingen bijeen te brengen, zoals de niet verder te bespreken financiële zekerheid bij omgevingsvergunningen en diverse heffingen, maar ook enkele privaatrechtelijke figuren die hier wel aan de orde komen.

Volgens artikel 13,3a lid 1 kan de Staat of een provincie, gemeente of waterschap in bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen de voor rekening van die rechtspersoon komende kosten die het gevolg zijn van verontreiniging, aantasting, verstoring of beschadiging van daarbij aangewezen onderdelen van de fysieke leefomgeving verhalen op degene door wiens onrechtmatige daad de verontreiniging, aantasting, verstoring of beschadiging is veroorzaakt of op degene die anders op grond van burgerlijk recht buiten overeenkomst aansprakelijk is voor de gevolgen daarvan. Bij de maatregel kunnen regels worden gesteld over de verhaalbare kostensoorten. Het tweede lid verwijst naar de mogelijkheid van kostenverhaal via de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking. Dit verhaal van kosten bij verontreiniging van de fysieke leefomgeving loopt dus via civielrechtelijke rechtsfiguren en levert bij betwisting privaatrechtelijke geschillen en dus geschillen bij de burgerlijke rechter op. Het artikel maakt duidelijk dat de wetgever zulk verhaal onderschrijft en dat partijen zich dus bij de

burgerlijke rechter niet kunnen beroepen op leerstukken als “onaanvaardbare doorkruising”, met bijvoorbeeld de stelling dat het betrokken publiekrechtelijke voorschrift zich tegen verhaal verzet.

Ik vestig hier ook de aandacht op artikel 13,3b over de raming van schade aan waterstaatswerken en zuiveringstechnische werken, waarin het volgende is opgenomen:

De kosten in verband met schade, toegebracht aan een waterstaatswerk of een zuiveringstechnisch werk in beheer bij het Rijk of bij een provincie, gemeente of waterschap, waarvoor een eigenaar of gebruiker van een vaartuig aansprakelijk is, worden door de beheerder geraamd. Wanneer het geraamde bedrag niet aan de beheerder wordt betaald of geen financiële zekerheid wordt gesteld, geeft artikel 13,3b de beheerder de opvallende bevoegdheid om verder reizen te beletten. Die bevoegdheid is van publiekrechtelijke aard. We zien hier dus een bijzonder geval van publiekrechtelijke handhaving van kostenverhaal. Wordt er niet betaald, dan kan er publiekrechtelijk gehandhaafd worden. Mij lijkt – vooralsnog – dat die handhaving de vorm zal hebben van een bestuursrechtelijk besluit waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

De wettelijke vermelding van civielrechtelijke kostenverhaalsinstrumenten moet niet gezien worden als een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag. In mijn ogen is dan ook verwarrend dat de regering het besproken artikel 13,3a Omgevingswet een “machtiging” noemt om de privaatrechtelijke weg te bewandelen voor dit kostenverhaal.¹⁰ Zo kan gesuggereerd worden dat zonder zo’n artikel privaatrechtelijk verhaal per definitie niet mogelijk zou zijn. Die suggestie is niet juist, omdat voor de inzet van privaatrechtelijke instrumenten door de overheid geen publiekrechtelijke machtiging nodig is. Wel maakt een artikel als 13,3a Omgevingswet duidelijk, dat de wetgever het hoofd heeft gebogen over de inzet van de daar genoemde privaatrechtelijke instrumenten en die inzet onderschrijft.

VRAAG 2:

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

¹⁰ Kamerstukken I, 2019/20, 34 864, G, 9.

Publiekrecht

In het publiekrecht is kostenverhaal op de overtreder na de uitoefening van bestuursdwang de hoofdregel, hoewel het geen wettelijke verplichting is.¹¹ Formele en materiële regels bevorderen het kostenverhaal.

Eerst de formele regel. Kostenverhaal vindt plaats bij afzonderlijke kostenverhaalsbeschikking. Deze wordt genomen na een besluit tot toepassing van bestuursdwang en de daaropvolgende feitelijke toepassing. In het besluit tot toepassing dient reeds overwogen te worden of, en zo ja op wie kostenverhaal plaatsvindt. Zo’n besluit kan formele rechtskracht verkrijgen en dan is het slechts onder zeer beperkte omstandigheden nog mogelijk om alsnog met succes een kostenverhaalsbeschikking te bestrijden. Een belanghebbende kan in de procedure tegen de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren brengen die hij tegen de last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is.¹²

Vervolgens de materiële regel. Volgens artikel 5:25 lid 1 Awb geschiedt de toepassing van bestuursdwang op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen.

Dat is het geval wanneer juridische of feitelijke fouten bij de uitoefening zijn gemaakt, zoals het binnentreden van een woning zonder machtiging tegen de wil van de bewoner of de last niet is uitgevoerd op de minst bezwarende wijze.¹³ Verder hebben zich enkele situaties voorgedaan waarin de overtreder geen verwijt te maken viel. Dat was de zogenaamde kakkerlakken-jurisprudentie.¹⁴ De besmetting met kakkerlakken kon niet aan de overtreder verweten worden maar uitbreiding van besmetting diende wel tegengegaan te worden. De formulering tot afzien van kostenverhaal kwam erop neer dat het algemeen belang in die mate betrokken was bij effectuering van het besluit, dat de kosten niet in redelijkheid voor rekening van de overtreder behoorden te komen. Tot afzien van kostenverhaal leidt de formule nagenoeg nooit.¹⁵ Als ik het goed heb, hebben met name enkele kakkerlakkenzaken van enige decennia geleden tot afzien

¹¹ Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 125.

¹² ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466.

¹³ ABRvS 31 oktober 2012, LJN BY1691, resp. CBb 9 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:396.

¹⁴ HR 3 april 1981, NJ 1981/504 en ARRvS 23 augustus 1983, AB 1984/17.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3552.

van kostenverhaal op grond van bovenstaande redenering geleid. In de aanzienlijk recentere drugsafvalzaken beoordeelt de Afdeling streng of nu wel of niet een overtreding van publiekrechtelijke voorschriften valt te construeren. Is dat het geval, dan wordt niet alsnog een uitzondering op kostenverhaal aangenomen. Met andere woorden: in de kakkerlakkenzaken zagen we een aanvaarding van bestuursdwangbevoegdheden, doch afzien van kostenverhaal. In de drugsafvalzaken kijkt de bestuursrechter wat principiëler, door scherp te bezien of een “onschuldige” terreineigenaar wel een publiekrechtelijk voorschrift heeft overtreden. Is dat niet het geval, dan kan uiteraard ook geen kostenverhaal plaatsvinden omdat er blijkbaar geen bestuursdwangbevoegdheid bestond. Is dat wel het geval, dan volgt tot dusverre ook “automatisch” kostenverhaal. De kakkerlakken-uitzondering zien we vooralsnog niet in de drugsafvalzaken.

Privaatrecht

De contractuele en buitencontractuele verbintenissen staan ook overheden ter beschikking. Zij kunnen daarom ten principale door overheden benut worden. Dat geldt te sterker, wanneer publiekrechtelijke regelingen melding van de verbintenissen maken, zoals het geval is in artikel 13.3a Omgevingswet. Wanneer een relevante wetsbepaling naar een bepaalde civielrechtelijke figuur verwijst, lijkt gebruik van een andere civielrechtelijke figuur niet op grote bezwaren te stuiten.¹⁶

Toepassing van de door de Hoge Raad in 1989 voorzichtig genoemde en in 1990 uitgewerkte leer van de onaanvaardbare doorkruising kan tot gevolg hebben dat de overheid kosten zelf moet dragen.¹⁷ Bij de toepassing van die sindsdien veelvuldig toegepaste leer komen afwegingen aan de orde die de civiele rechter kan ontlenen aan overwegingen van bestuur en/of regelgever, aan “het systeem van de wet”, maar ook aan de gedachte dat een kostenverhaalsvoorziening bij wet moet worden voorzien omdat het niet aan de rechter is om grenzen te trekken die nodig zouden kunnen zijn voor de normering van de toepassing in concreto. Dat laatste lijkt het geval wanneer aanvaarding van een kostenverhaalsmogelijkheid tot een grootscheepse toepassing zou kunnen leiden. Ik kom op deze punten bij vraag 3 terug.

¹⁶ Vgl. HR 15 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2822, NJ 1999/306 m.nt. A.R. Bloembergen, AB 2000/196 m.nt. Th.G. Drupsteen.

¹⁷ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3549, NJ 1990/712 m.nt. C.J.H. Brunner en J.C. Schultsz, AB 1989/486 m.nt. C.J. Kleijs (Benckiser) en Hoge Raad 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393 m.nt. M. Scheltema, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn (Windmill).

VRAAG 3:

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

Publiekrecht

Het is naar mijn mening primair aan de politiek, waaronder de wetgever, om te bezien of kostenverhaal wenselijk is. De politiek kan van mening veranderen ten aanzien van onderwerpen die aanleiding zouden moeten geven voor kostenverhaal. Zo heeft een wetsvoorstel Bijdrage politiekosten bij publieksevenementen het uiteindelijk niet gered. In dat wetsvoorstel zou de burgemeester bij organisatoren van bepaalde publieksevenementen de rekening van de politiekosten moeten presenteren. Het voorstel is ingetrokken omdat de Staatssecretaris tot de bevinding kwam dat de handhaving van de openbare orde een overheidstaak is en dat de kosten die daaraan verbonden zijn door de overheid moeten worden gedragen.¹⁸ In zoverre kwam hier de in de jurisprudentie en de literatuur wel genoemde gedachte van de “kerntaak” in de politieke beraadslagingen aan de orde. Men achtte politieoptreden een kerntaak. Daarmee zou kostenverhaal zich niet goed laten verenigen. Tegelijkertijd zien wij hier wel de betreffende waarde van het begrip “kerntaak”. Ten tijde van de formulering van het voornemen om wel kostenverhaal in te voeren, was politieoptreden stellig ook een kerntaak. Er is dus geen algemene regel dat voor kerntaken per definitie geen kostenverhaal mag plaatsvinden; dat is aan de wetgever. Verder is het meer in het algemeen de vraag of de wetgever veel aankan met het begrip “kerntaak”, omdat het niet zo onderscheidend lijkt te zijn.¹⁹ Ik zou dan ook niet geneigd zijn om de wetgever bij overwegingen omtrent het al dan niet invoeren van kostenverhaal, veel belang te laten hechten aan de vraag of de te verhalen kosten nu wel of niet samenhangen met een kerntaak.

Privaatrechtelijk

Wanneer de politiek en/of de wetgever minder duidelijke keuzes maken, hangt het af van pogingen van overheden om via het privaatrecht tot kostenverhaal te

¹⁸ Kamerstukken II, 2005/06, 30526, Regels met betrekking tot een bijdrage in de politiekosten bij publieksevenementen (Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen).

¹⁹ Zie nader P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van Privaatrechtelijk overheidshandelen, Deventer 2019, p. 339-340.

komen en vervolgens van aangesproken partijen of zij het op een civielrechtelijke procedure laten aankomen. Komt kostenverhaal voor de civiele rechter, dan kunnen wij uit doorkruisingsjurisprudentie een aantal algemene lijnen ontlenen. Ik houd het overigens op algemene lijnen, omdat een al te gedetailleerde bespreking van afzonderlijke arresten ons te ver op het terrein van auteur Lindenbergh zou brengen.

Het valt op dat het van het soort gevallen afhangt, in hoeverre de civiele rechter in feite terugverwijst naar de politiek om de zaak maar te regelen, als de politiek dat wil.

Kostenverhaal is toegestaan waar het gaat om het ongedaan maken van zaakschade aan bijvoorbeeld de openbare weg.²⁰ Uit zulke gevallen wordt wel afgeleid dat de toelaatbaarheid van kostenverhaal hoofdregel is. Een verwijzing naar de politiek zien we hier niet.

Een hoofdregel is echter minder duidelijk aanwezig bij andere gevallen. Lastig ligt bijvoorbeeld kostenverhaal na brand of rampen. Dan lijkt niet een hoofdregel te gelden, maar is bepalend wat uit politieke overwegingen en/of toelichtingen bij wetbepalingen afgeleid kan worden. Kostenverhaal bij bluswerkzaamheden wordt niet aanvaard, omdat de mogelijkheid van kostenverhaal ertoe zou kunnen leiden dat de brandweer niet of minder tijdig wordt ingeschakeld. Er moet geen afschrikwekkend aspect van mogelijk kostenverhaal aan het inroepen van de brandweer worden gehecht. Die gedachte was her en der in politieke stukken te vinden.²¹ Bovendien wordt het optreden van de brandweer als “kerntaak” gezien, welke kerntaak vanouds gratis plaatsvond. Gemeentelijk optreden ter bestrijding van de gevolgen van rampen mag echter wel leiden tot kostenverhaal. Dat mag in het bijzonder omdat publiekrechtelijke bijdrageregelingen volgens de parlementaire stukken de mogelijkheid van privaatrechtelijk kostenverhaal op de veroorzaker onverlet laten.²² Ook hier zou men echter evengoed kunnen spreken van een “kerntaak”, namelijk de zorg voor de ingezetenen dat zij bij een ramp warm onder dak blijven. Zo blijkt de betreffende waarde van het begrip “kerntaak”. Hooguit valt te zeggen dat kostenverhaal eerder in de rede ligt, wanneer geen sprake is van een kerntaak. Zo is “bewaren”

²⁰ HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3594, NJ 2015/366 m.nt. S.D. Lindenbergh, AB 2015/264 m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman.

²¹ HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, NJ 1994/639 m.nt. M. Scheltema, AB 1993/301 m.nt. G.A. van der Veen (Brandweerkosten).

²² HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh, AB 2016/394 m.nt. P.J. Huisman (Apache).

van door de politie weggesleepte verkeerd geparkeerde voertuigen niet als kerntaak beschouwd. Mede daarom mochten via privaatrechtelijk kostenverhaal bewaargelden in rekening worden gebracht.²³

Het hangt ook verder af van het soort kosten waarvoor de overheid verhaal zoekt. Extreme gevallen die zelden tot nooit zouden moeten voorkomen, lijken eerder tot verhaal te mogen leiden dan gevallen die zich zeer geregeld zouden kunnen voordoen. Een eerste geval is het verhaal van kosten voor het opnieuw organiseren van verkiezingen. Kennelijk was er geen valide reden om kostenverhaal uit te sluiten.²⁴ Bij gevallen die zich zeer geregeld zouden kunnen voordoen, lijkt de civiele rechter zich echter terughoudend op te stellen. Soms is de algemene gedachte, dat “het systeem” kostenverhaal niet toestaat.²⁵

Soms komt daarbij dat het aan de wetgever is om keuzes te maken en aldus te bepalen in welke gevallen wel en niet kostenverhaal toegestaan zou moeten worden en/of welke normering zou moeten gelden. Het beste zien wij dat in een recent arrest over een poging tot verhaal van meerkosten ten gevolge van opzettelijk onjuiste belastingaangifte. Als de wetgever verhaal van die meerkosten wenselijk had geacht, had het voor de hand gelegen dat hij hiervoor een regeling had getroffen die een uniforme berekening, vaststelling en invordering van deze kosten mogelijk maakt, en waarborgt dat verhaal van die kosten, waar nodig, is afgestemd op de uitoefening van andere bevoegdheden die de Staat in dit verband heeft, ook jegens derden. Gelet op het grote aantal belastingaangiften dat jaarlijks wordt gedaan, en derhalve het grote aantal gevallen waarin verhaal van de hier bedoelde kosten aan de orde zou kunnen zijn, zou een dergelijke regeling immers vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en een consistente bevoegdheidsuitoefening op haar plaats zijn.²⁶

De civiele rechter voelt dus weinig voor aanvaarding van een algemene mogelijk veel voorkomende civielrechtelijke verhaalsmogelijkheid via een individuele civielrechtelijke procedure. Het is aan de wetgever, als die daarvoor voelt, om zo’n mogelijkheid in het leven te roepen. Dan dient de wetgever ook de norm-

²³ Zie nader over de rol van de (kern)taak bij privaatrechtelijk kostenverhaal P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van Privaatrechtelijk overheidshandelen, Deventer 2019, p. 454 e.v.

²⁴ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2310, NJ 2011/139, AB 2011/223 m.nt. G.A. van der Veen.

²⁵ HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2835, NJ 2003/360, AB 2005/59 met noot G.A. van der Veen (Premiefraudeur).

²⁶ HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, NJ 2020/269 m.nt. J.W. Zwemmer, AB 2020/319 m.nt. G.A. van der Veen.

stelling te bezien. Het is dus niet aan de civiele rechter om ad hoc een mogelijk vaak inzetbare verhaalsmogelijkheid te accorderen, die vervolgens – vrij scherp gesteld enigszins afhankelijk van de grillen van het bestuur kan worden ingezet omdat een wettelijke normering ontbreekt.

Dat lijkt erop te wijzen, dat de civiele rechter in de regel niet alsnog ruimte voor kostenverhaal ziet wanneer sprake is van zeer laakbare of opzettelijke gedragingen. Het is lastig om zulk onderscheid te maken en bovendien staat zo'n onderscheid haaks op het algemene principe dat kostenverhaal in een aantal gevallen uitgesloten is. Een heel duidelijke lijn zie ik hier echter niet. De burgerlijke rechter heeft in een arrest uit 2017 kostenverhaal na een valse aangifte uitgesloten, behalve wanneer vaststaat dat degene die de aangifte heeft gedaan, niet alleen wist dat het feit niet is gepleegd, maar de aangifte ook heeft gedaan met geen ander doel dan de politie te schaden en bij de aangifte wist of moest begrijpen dat deze de politie zou nopen of bewegen tot nodeloze opsporingshandelingen. Kostenverhaal valt in dat geval niet meer aan te merken als een onaanvaardbare doorkruising.²⁷ Waarom dat zo is, en dus waarom de ene intentie achter een valse aangifte wél, maar een andere niet tot kostenverhaal mag leiden, is echter onduidelijk. Vooralsnog houd ik het erop dat de burgerlijke rechter in de regel geen andere uitkomst zoekt bij kostenverhaal naar aanleiding van zeer laakbare of opzettelijke gedragingen.

VRAAG 4:

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

De Europese richtlijn milieuaansprakelijkheid is in afdeling 17.2 Wet milieubeheer geïmplementeerd. Er is voorzien in bestuursdwangbevoegdheden (artikel 17.13). Kostenverhaal vindt in samenhang daarmee plaats via bestuursrechtelijke weg (artikel 17.16). Mij zijn echter geen gevallen bekend, waarin overheden instrumenten uit deze afdeling hebben ingezet. Evenmin heb ik de indruk, dat de richtlijn tot andere interpretaties of een ander hanteren van al eerder bestaande nationale instrumenten aanleiding heeft gegeven.

Ik zou het me verder hooguit kunnen voorstellen dat het vanuit EU-staatssteunrecht niet is toegestaan wanneer overheden afzien van kostenverhaal, wanneer dat afzien als staatssteun zou kwalificeren. Zo kan ik het me in de hoek van gebiedsontwikkeling voorstellen dat de wettelijke mogelijkheden van kos-

²⁷ HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:221, AB 2018/1 m.nt. G.A. van der Veen.

tenverhaal worden gevolgd. Het nalaten van kostenverhaal zou kunnen leiden tot ontoelaatbare bevoordeling.

VRAAG 5:

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

In aanvulling op het bovenstaande, lijkt mij het volgende te gelden. De keuze voor of tegen kostenverhaal wordt gemaakt zonder veel nuance naar soorten verhaalbare kosten. Valt die keuze voor kostenverhaal uit, dan zien we dat veel kosten verhaald mogen worden, zij het dat in het publiekrecht de te verhalen kosten min of meer benoemd worden, omdat voor dat kostenverhaal een besluit genomen dient te worden waarvoor een toereikende wettelijke grondslag moet bestaan. De toereikende wettelijke grondslag moet duidelijk maken, welke kosten verhaald mogen worden. Artikel 5:25 lid 3 Awb rekent bijvoorbeeld ook tot de kosten van toepassing van bestuursdwang de voorbereidingskosten na afloop van de begunstigingstermijn. Tot de in het civiele recht verhaalbare kosten van rampbestrijding behoren ook kosten van ambtelijk loon, en wel omdat tegenover de betaalde arbeidstijd geen reguliere werkzaamheden stonden, maar de inzet ten behoeve van rampbestrijding.²⁸ Het publiek- en privaatrecht lijken materieel derhalve niet bijzonder uiteen te lopen.

VRAAG 6:

Onder welke condities komt een persoon voor kostenverhaal door de overheid in aanmerking en is in publiek- en/of privaatrecht voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres?

In het publiekrecht vindt kostenverhaal in de regel plaats op de overtreder. Dat is degene die het geschonden publiekrechtelijke wettelijke voorschrift daadwerkelijk schendt. In het publiekrecht kunnen echter onder omstandigheden anderen worden aangewezen op wie kostenverhaal mogelijk is. Zo bepaalt artikel 19.9d van de komende Omgevingswet dat het bevoegd gezag de kosten van zogeheten tijdelijke beschermingsmaatregelen bij een toevalsvondst van bodemverontreiniging met acute gevaren voor de menselijke gezondheid, kan verhalen op de eigenaar of erfpachter onverminderd het reeds hierboven ge-

²⁸ HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, NJ 2017/139 m.nt. S.D. Lindenbergh, AB 2016/394 m.nt. P.J. Huisman (Apache).

noemde artikel 13.3a dat (privaatrechtelijk) verhaal op de veroorzaker mogelijk maakt.

Het publiekrecht kent geen vorm van regres, maar wel (enige) hoofdelijkheid. De kosten van toepassing van bestuursdwang kunnen hoofdelijk verhaald worden wanneer er meer overtredders zijn. Er staat geen rechtsregel aan in de weg om iedere aangeschrevene hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor betaling van de kosten van de uitoefening van bestuursdwang.²⁹ Dat betekent dus dat het vervolgens aan degene is die daadwerkelijk de kosten voldaan heeft, om regres op anderen te zoeken.

VRAAG 7:

Is er sprake van raakvlakken/samenloop tussen publiek- en privaatrecht in kostenverhaalszaken en zo ja, hoe verloopt dan de wisselwerking?

Dat zou ik zo niet weten; ik zie weinig verwijzingen naar normstelling over en weer. Wel ziet de civiele rechter in het ontbreken van normering een argument tegen aanvaarding van civielrechtelijk kostenverhaal, maar dat heb ik al besproken.

²⁹ ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1246.

Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid

S.D. Lindenberg¹

1. Inleiding

Deze bijdrage benadert de kwestie van verhaal van door de overheid gemaakte kosten vanuit het Nederlandse privaatrecht. Daartoe maak ik eerst enkele inleidende opmerkingen over gebruik van privaatrecht door de overheid (par. 2). Willen kosten voor verhaal op grond van het privaatrecht in aanmerking komen, dan zal daarvoor in ieder geval in het privaatrecht een grondslag moeten worden gevonden. Daarom bezie ik vervolgens welke grondslagen zich lenen voor kostenverhaal door de overheid en of het feit dat een overheid betaling van kosten vordert bijzondere vragen oproept met betrekking tot de vereisten voor die grondslagen (par. 3). Voorts bespreek ik wat in dergelijke gevallen onder 'kosten van de overheid' kan worden verstaan, althans hoe dat moet worden vastgesteld (par. 4). Dan komen de vragen aan de orde hoe moet worden beoordeeld of publiekrechtelijke regelingen in de weg staan aan kostenverhaal op grond van het privaatrecht, hoe die beoordeling privaatrechtelijk dogmatisch kan worden ingepast (par. 5) en of er in die beoordeling lijnen zijn te ontwar(r)en (par. 6). Tot slot adresseer ik de vraagpunten (par. 7).

2. Overheid en privaatrecht

Ter inleiding van de thematiek plaats ik voorop dat art. 2:1 BW belangrijke overheidslichamen erkent als privaatrechtelijke rechtspersonen en dat art. 2:5 BW (ook) aan hen rechtssubjectiviteit toekent, zodat zij zelfstandig als drager van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen kunnen optreden en ook procesrechtelijk rechtsbevoegdheid hebben.² Voor wat betreft het op verhoudingen met de overheid toepasselijke recht pleegt in Nederland de gemengde rechtsleer te worden aangehangen. Deze heeft als uitgangspunt dat in gevallen die daarvoor in aanmerking komen publiekrecht en privaatrecht in beginsel tegelijkertijd (gemengd) gelden en dat beide rechtsgebieden een aantal beginselen gemeen hebben.³ Doorwerking van publiekrechtelijke regels in

¹ Hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan Rebecca Bosch en Emily Husta voor onderzoeksassistentie.

² G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Monografieën BW nr. A26a), Deventer: Kluwer 2011/2a.

³ Mon. BW A26a 2011/4b. Zie over de gemeenschappelijkheid van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels uitvoerig M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013.

privaatrechtelijk overheidshandelen wordt uitdrukkelijk erkend in art. 3:14 BW, dat bepaalt dat krachtens privaatrecht toegekende bevoegdheden niet mogen worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Complementair verklaart art. 3:1 lid 2 Awb de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing op andere handelingen van overheidsorganen dan publiekrechtelijke rechtshandelingen, dat wil zeggen op privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van de overheid.

Het voorgaande betekent dat de overheid zich in beginsel van het privaatrecht mag bedienen, tenzij de verhouding exclusief door het publiekrecht wordt beheerst. Of dat het geval is, is soms in de wet vastgelegd, maar is dikwijls ook ter beoordeling aan de rechter overgelaten. In de praktijk is dat de burgerlijke rechter.⁴ Juist deze kwestie van expliciete of impliciete exclusiviteit van het publiekrecht vormt in geval van kostenverhaal door de overheid op grond van het privaatrecht de kernvraag. De vraag is dan of gebruik van in beginsel aan de overheid toekomende privaatrechtelijke bevoegdheden een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht inhoudt.⁵ Of dat het geval is, is een kwestie van uitleg van het betrokken publiekrecht.⁶

3. Grondslagen

3.1 TYPEN GEVALLEN

De overheid kan op uiteenlopende wijzen voor verschillende activiteiten allerlei uitgaven doen die zij wil verhalen, of heffingen willen doen voor uitgaven die als 'kosten' zouden kunnen worden aangemerkt. In zoverre zijn de begrippen 'kosten' en 'kostenverhaal' geen juridisch, laat staan privaatrechtelijk, afgebakende begrippen. Om de gedachten te bepalen, noem ik enkele typen gevallen die in de rechtspraak van de Hoge Raad – daartoe beperk ik mij – aan de orde zijn gekomen.

Er zijn in de eerste plaats gevallen waarin de overheid schade lijdt, zoals iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer schade kan lijden. In dat verband valt te denken aan beschadiging of diefstal van zaken van de overheid,⁷ en aan

⁴ Mon. BW A26a 2011/4e.

⁵ HR 14 april 1989, *NJ* 1990/712, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Benckiser).

⁶ Mon. BW A26a 2011/5a.

⁷ HR 19 december 1975, *NJ* 1976/280, m.nt. G.J. Scholten (Rijksweg 12; kosten van omleiding van verkeer en afdamming sloot na ongeval met tankauto); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (AMEV/Staat; schade aan auto's van de Domeinen); HR 12 december 2014, *NJ* 2015/366, m.nt. S.D. Lindenberg

de schadelijke gevolgen daarvan.⁸ In de tweede plaats kan worden gedacht aan kosten die meer specifiek met aantasting van de ‘publieke ruimte’ samenhangen, zoals het opruimen van scheepswrakken⁹ of milieuverontreiniging,¹⁰ bijvoorbeeld door verspreiding van asbest.¹¹ In de derde plaats maakt de overheid kosten voor de uitvoering van typische overheidstaken, terwijl in een specifiek geval een particulier verantwoordelijk kan zijn voor de aanleiding voor die uitvoering. Denk aan kosten van brandblussing,¹² extra kosten voor organisatie van verkiezingen,¹³ opsporing van strafbare feiten¹⁴ of redressering van gevolgen daarvan.¹⁵ In de vierde plaats kan de overheid allerlei soorten transacties aangaan, waarbij zij van particulieren als tegenprestatie vergoedingen kan vragen die ook als ‘kosten’ zouden kunnen worden aangemerkt. In dit verband valt te denken aan aansluiting op nutsvoorzieningen of openbare wegen,¹⁶ aan voorzieningen in het kader van exploitatie van bouwgrond,¹⁷ vergoeding voor vrijstelling van een bestemmingsplan,¹⁸ verdeling van risico’s ter zake van planschade,¹⁹ maar ook aan vergunningverlening ter zake het gebruik van eigendom van de overheid.²⁰

(Achmea/Staat; kosten verwijdering olie van wegdek na ongeval).

- ⁸ HR 26 juni 2016, *NJ* 2017/139, m.nt. S.D. Lindenberg (Staat/Neerijnen; schade door stroomstoring na helikopterongeval).
- ⁹ HR 26 mei 1978, *NJ* 1978/615, m.nt. G.J. Scholten (MS Zuidpool); HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/720, m.nt. M. Scheltema (Staat/August de Meijer); HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/306, m.nt. A.R. Bloembergen (Van der Endt/Staat); HR 8 maart 2002, *NJ* 2003/372, m.nt. K.F. Haak (Staat/KMT); HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/441, m.nt. K.F. Haak (Staat/Van der Schalk).
- ¹⁰ HR 9 januari 2015, *NJ* 2015/46 (Haarlem/ Enschedé).
- ¹¹ HR 15 juni 2001, *NJ* 2002/336, m.nt. C.J.H. Brunner (Almelo/Wessels); HR 7 november 2003, *NJ* 2004/292, m.nt. C.J.H. Brunner (Wateringen/GIK). Zie voor publiek verhaal ABRvS 10 mei 2017, *AB* 2017/314, m.nt. C.M.M. van Mil (A/Den Haag).
- ¹² HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639, m.nt. M. Scheltema (Bluskosten Vlissingen).
- ¹³ HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/139 (kosten waterschapsverkiezingsfraude).
- ¹⁴ HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/360 (kosten opsporing premiefraude); HR 23 augustus 2016, *NJ* 2017/140, m.nt. S.D. Lindenberg (opzettelijk onjuiste aangifte van strafbaar feit).
- ¹⁵ HR 25 mei 2020, *NJ* 2020/269, m.nt. J.W. Zwemmer (extra kosten na grootschalige valse belastingaangifte).
- ¹⁶ HR 6 januari 2006, *NJ* 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Beuningen/Blankenburg I; overeenkomst ter zake van kosten van groenvoorziening).
- ¹⁷ Onder meer HR 13 april 2001, *NJ* 2001/581, m.nt. Jac. Hijma (Polyproject/Warmond); HR 5 december 2014, *NJ* 2016/159, m.nt. S.D. Lindenberg (Reusel De Mierden).
- ¹⁸ HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/342 (Horst/Wijnen; bevoegdhedenovereenkomst).
- ¹⁹ HR 2 mei 2003, *NJ* 2003/485, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nunspeet/Mulder; ‘regresbeding’).
- ²⁰ HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393, m.nt. M. Scheltema (Staat/Windmill); HR 19 mei

De hier gemaakte onderscheidingen zijn niet steeds scherp of hard; soms kunnen gevallen kenmerken hebben uit verschillende van de hiervoor genoemde categorieën. Gebruik van het privaatrecht door de overheid kan overigens niet alleen een vordering tot kostenvergoeding inhouden. Enkele voorbeelden uit de rechtspraak zijn een vordering tot nakoming van een opgaveverplichting van bankgegevens via kort geding²¹ of ontruiming van een woonwagendplaats op grond van eigendomsrecht.²²

3.2 GRONDSLAGEN VOOR VERHAAL EN OVERHEIDSGERELATEERDE BIJZONDERHEDEN

De privaatrechtelijke grondslagen voor het verhaal van 'kosten' in de hiervoor geschetste gevallen lopen uiteen van (nakoming van) verbintenissen uit contract in gevallen waarin de overheid met een particulier een transactie is aangegaan, tot verbintenissen uit de wet tot schadevergoeding die veelal zullen berusten op onrechtmatige daad (art. 6:162)²³ en soms op kwalitatieve aansprakelijkheden (art. 6:169 e.v. BW, maar ook art. 185 WvW1994²⁴), zaakwaarneming (art. 6:198 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).²⁵

In beginsel gelden voor overheden als eisers dezelfde vereisten als voor particulieren, wil zijn voldaan aan de voorwaarden voor het bestaan van grondslagen voor verhaal. Voor vorderingen uit onrechtmatige daad betekent dit dat in verhouding tot de overheid aan de vereisten uit art. 6:162 BW moet zijn voldaan. Ten aanzien van handelen in strijd met een wettelijke plicht kan in dit verband de vraag rijzen naar relativiteit van de geschonden norm: is het handelen ook jegens de overheid onrechtmatig? Bij handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen gaat die kwestie in feite op in de vraag naar onrechtmatigheid. In dat verband is relevant dat de aangesproken partij ten tijde van het schadeveroorzakend handelen bedacht had moeten zijn op de belangen van de (overheid als) eiser.²⁶

2000, *NJ* 2000/639, m.nt. A.R. Bloembergen (Den Haag/Staat; vergoeding voor stortvergunning baggerspecie).

²¹ HR 18 september 2009, *NJ* 2009/566, m.nt. J.W. Zwemmer (X/Staat).

²² HR 7 mei 2004, *NJ* 2005/23, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Heerde/Goudsmit).

²³ Zie bijv. art. 75 lid 1 Wbb en art. 13.3a lid 1 Omgevingswet.

²⁴ Aldus HR 12 december 2014, *NJ* 2015/366, m.nt. S.D. Lindenbergh (Achmea/Staat).

²⁵ Zie ook art. 13.3a lid 2 Omgevingswet. Zie voorts voor afwenteling van naadeelcompensatie via ongerechtvaardigde verrijking F.A. Mulder & D. Elmhassani, 'Afwenteling van naadeelcompensatie', *O&A* 2008/33, p. 37-86.

²⁶ HR 30 september 1994, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.8.4.

In gevallen waarin de grondslag voor aansprakelijkheid jegens de overheid is gelegen in art. 6:162 BW, staat het feit dat het gaat om schade aan zaken van de overheid niet aan een vordering uit onrechtmatige daad in de weg. Reeds in 'Rijksweg 12' oordeelde de Hoge Raad dat een verkeersdeelnemer ook jegens de Staat als wegbeheerder tot zorgvuldig rijgedrag verplicht is en dat, wanneer de Staat door schending van die verplichting schade lijdt, de Staat een aanspraak op schadevergoeding heeft.²⁷ Maar ook als het gaat om zaken die niet aan de overheid in eigendom toebehoren, kan de overheid zich onder omstandigheden beroepen op een jegens haar als 'beheerder' geschonden zorgplicht.²⁸ Zo is ten aanzien van het onvoorzichtig gebruik van 'als zodanig kenbare' scheepvaart-routes aangenomen dat dat niet alleen onrechtmatig is met het oog op het gevaar voor (opvarenden van) andere schepen, maar ook met het oog op de gevolgen die het zinken van een bij een aanvaring betrokken schip kan hebben voor de veiligheid of bruikbaarheid van de scheepvaartroute.²⁹ Deze typen gevallen zijn met name interessant, omdat het hier gaat om kosten ter zake van handelen dat sterk met de overheidstaak verband houdt, zo niet enkel daardoor wordt gekarakteriseerd, nu niet zo goed voorstelbaar is dat een particulier dergelijke handelingen zou verrichten. De rechtspraak inzake wrakopruiming laat zien dat ook in die gevallen onder omstandigheden plaats is voor privaatrechtelijk kostenverhaal. Dat geldt zelfs in geval geen wrak is opgeruimd, maar redelijkerwijs noodzakelijke maatregelen zijn genomen ter zake van markering van de plaats waar een schip (mogelijk) is gezonken, maar dat schip daar niet (meer) blijkt te liggen.³⁰

Interessant zijn in dit verband ook de gevallen waarin de eigenaar geen verwijt valt te maken van het feit dat zijn zaak zich in de publieke ruimte of op overheidseigendom is gaan bevinden, maar de overheid de met verwijdering gepaard gaande kosten niettemin op die eigenaar tracht te verhalen. In gevallen van scheepswrakken is aangenomen dat de eigenaar,³¹ door na te laten de zaak

²⁷ HR 19 december 1975, *NJ* 1975/280, m.nt. G.J. Scholten (Rijksweg 12).

²⁸ Zie over de weinig heldere rechtvaardiging hiervan G.A. van der Veen in zijn noot onder HR 8 maart 2002, *AB* 2004/53 (Staat/KMT), onder 3.

²⁹ Het volkenrechtelijk beginsel van de vrijheid van de zee die naar zijn strekking hieraan niet af, aldus HR 26 mei 1978, *NJ* 1978/615, m.nt. G.J. Scholten (MS Zuidpool).

³⁰ HR 10 juli 2015, *NJ* 2015/441, m.nt. K.F. Haak (Qubio). De zaak doet in die zin denken aan HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/50, m.nt. J.B.M. Vranken (Bravenboer/London).

³¹ De zorgvuldigheidsnorm geldt voor de eigenaar, niet voor degene die de zaaks slechts als reder of vervoerder onder zich had, aldus HR 8 maart 2002, *NJ* 2003/372, m.nt. K.F. Haak (Staat/KMT). Zie evenwel thans met betrekking tot gevaarlijke stoffen art. 8:623 BW.

te verwijderen terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen, onrechtmatig handelt jegens de beheerder van het water,³² althans in gevallen waarin de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij de overheid redelijkerwijs tot verwijdering noopten.³³ In geval van asbest die was vrijgekomen door brand is evenwel geoordeeld dat, waar de opstal waarvan de asbest afkomstig was door het hebben van een asbesthoudende dakbedekking niet gebrekkig was in de zin van art. 6:174 BW, ook het niet onmiddellijk na de brand verwijderen van in de omgeving neergekomen asbest jegens de gemeente, die kosten voor verwijdering heeft gemaakt, niet onrechtmatig was.³⁴ Daarbij speelde een rol dat de eigenaar de in het kader van de Wet milieubeheer nodige maatregelen had genomen en de gemeente aan haar vordering niet (althans te laat) ten grondslag had gelegd dat zij (mede) uit hoofde van haar eigenaarspositie belang had bij verwijdering.³⁵ De Wet milieubeheer bevat ook niet een dergelijke zorgplicht die verder strekt dan art. 6:162 BW.³⁶

Het valt op, dat op het punt van de kosten voor asbestverwijdering na brand dus het ontbreken van een privaatrechtelijke grondslag, en niet de hierna te bespreken doorkruisingsleer, aan het privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid in de weg staat. Maar ik kan mij niet helemaal aan de indruk onttrekken dat het bestaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid tot kostenverhaal hier van invloed is geweest op het oordeel over (het ontbreken van) de privaatrechtelijke onrechtmatigheid. Waar bij verwijdering van wrakken een wat ruimere koers lijkt te worden gevaren (niet-verwijdering door de eigenaar van het wrak terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is geraakt is ook onzorgvuldig jegens een overheid die geen eigenaar is), lijkt de koers bij asbestverspreiding scherper: geen onrechtmatigheid, ook niet als de eigenaar van de verspreide asbest weet dat de asbest zich over eigendom van een overheid heeft verspreid. Voor dat verschil in benadering zie ik, gelet op het

³² Het gaat bij verhaal in het kader van de Wrakkenwet om een verbintenis uit onrechtmatige daad, aldus HR 14 december 1979, *NJ* 1982/96, m.nt. J.C. Schultz (Staat/Riffler).

³³ HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995/72, m.nt. M. Scheltema (Staat/August de Meijer) en HR 8 maart 2002, *NJ* 2003/372, m.nt. K.F. Haak (Staat/KMT).

³⁴ HR 15 juni 2001, *NJ* 2002/336, m.nt. C.J.H. Brunner (Almelo/Wessels).

³⁵ Vgl. de noot van Brunner onder 3. Volgens Rb. Noord-Nederland 9 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:998 zou die grondslag overigens niet gebaat hebben. Zie voor een analyse van rechtspraak op dit punt E. Brans & K. Winterink, 'Bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk kostenverhaal bij asbestbranden. Wat is de stand van zaken?', *O&A* 2016/76, p. 140-149.

³⁶ HR 7 november 2003, *NJ* 2004/292, m.nt. C.J.H. Brunner (Wateringen/GIK).

evidente gezondheidsrisico van asbestverspreiding, (ook in de desbetreffende rechtspraak) eigenlijk geen rechtvaardiging. Ik merk in dit verband op dat het kostenverhaal door de overheid dat samenhangt met de in dergelijke gevallen op te leggen bestuursdwang op grond van art. 1.1a en 1.17 Wm (ook) wordt gebaseerd op het verwijtbaar niet verwijderen van de asbestdeeltjes na de brand.³⁷

4. ‘Kosten’

Schade van de overheid door andermans onrechtmatige daad kan bestaan uit kosten van herstel van beschadigde zaken, kosten van schadebeperkende maatregelen en uit eventuele gevolgschade die de overheid lijdt. Dergelijke schade komt onder het regime van art. 6:95 e.v. BW voor vergoeding in aanmerking.

Het begrip ‘vermogensschade’ heeft een betrekkelijk ruime inhoud. Daaronder vallen niet alleen geleden verlies en gederfde winst, maar ook in redelijkheid gemaakte kosten, bijvoorbeeld ter voorkoming of beperking van schade (art. 6:96 BW). Bij de overheid kan een rol spelen dat schade intern is opgevangen door eigen personeel. Denk aan ‘administratiekosten’ bestaande uit ‘telefoonkosten, loonkosten, algemene kantoorkosten en correspondentiekosten’, van de afdeling van het Ministerie van Financiën die zich bezighield met het verhalen van blikshades aan auto’s van de Staat,³⁸ en aan kosten ter beperking van schade (‘bereddingskosten’) in de vorm van aan dergelijke activiteiten bestede uren van ambtenaren,³⁹ maar ook aan het niet kunnen werken van ambtenaren door een stroomstoring.⁴⁰

Gaat het om ‘kosten’ – geplaatst tussen aanhalingstekens, omdat als gezegd ook sprake kan zijn van schade zonder concrete uitgaven – dan geldt daarvoor de in art. 6:96 lid 2 BW neergelegde dubbele redelijkheidstoets: zowel het maken, als de omvang van de kosten moet redelijk zijn geweest.⁴¹

Gaat het om vorderingen tot schadevergoeding, dan zijn uiteraard ook de overige bepalingen uit Afdeling 6.1.10 BW van toepassing, zoals die inzake causaal verband, eigen schuld, hoofdelijkheid.

³⁷ Zie E. Brans & K. Winterink, ‘Bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk kostenverhaal bij asbestbranden. Wat is de stand van zaken?’, *O&A* 2016/76, p. 149.

³⁸ HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (AMEV/Staat).

³⁹ HR 24 juni 2016, *NJ* 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh (Staat/Neerrijnen).

⁴⁰ HR 24 juni 2016, *NJ* 2017/139, m.nt. S.D. Lindenbergh (Staat/Neerrijnen).

⁴¹ Onder (veel) meer HR 3 april 1987, *NJ* 1988/275, m.nt. C.J.H. Brunner (L&L/Drenth).

Worden de ‘kosten’ niet als schade gevorderd, maar als nakoming van verplichtingen uit een transactie tussen overheid en burger, dan zal uitleg van de rechtsverhouding beslissend zijn voor het antwoord op de vragen wat onder dergelijke kosten dient te worden verstaan en onder welke omstandigheden en naar welke maatstaven zij moeten worden voldaan.⁴²

5. Doorkruisingsleerstuk: aard, inpassing en (enige) uitwerking

5.1 DOORKRUISINGSLEER

Voldoet de overheid aan de privaatrechtelijke vereisten voor een ‘verhaalsvordering’, waarmee ik bedoel dat de overheid op grond van het privaatrecht kan worden aangemerkt als crediteur van een verplichting uit overeenkomst of van een verplichting tot schadevergoeding op een van de grondslagen zoals die hiervoor zijn beschreven, dan komt de vraag aan de orde of haar positie als overheid beperkingen stelt aan de uitoefening van dat verhaal. En als sprake is van dergelijke beperkingen, is de vraag hoe die (privaatrechtelijk)dogmatisch kunnen worden geduid.

Strikt genomen vormt de vraag naar toelaatbaarheid van gebruik van het privaatrecht door de overheid een *voorvraag*: eerst moet de toelaatbaarheid worden beoordeeld, voordat de inhoud van de privaatrechtelijke verhouding aan de orde komt. Maar het stellen van deze voorvraag heeft uiteraard alleen zin als de overheid naar maatstaven van het privaatrecht een vordering zou toekomen.⁴³

Het antwoord op de vraag of de overheid gebruik mag maken van verhaal op privaatrechtelijke grondslag hangt ervan af of met de privaatrechtelijke actie een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Het gaat hier om een uitwerking van de in het Windmill-arrest neergelegde ‘doorkruisingsleer’, die in de kern beoogt te waarborgen dat de overheid door gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden geen oneigenlijk gebruik maakt van haar positie als overheid, bijvoorbeeld door aldus rechtsbescherming van de burger waarin het publiekrecht voorziet te omzeilen.⁴⁴

5.2 DOGMATISCHE INPASSING

Hiervoor is al gezegd dat de vraag of de overheid in een bepaald geval gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke rechten een prealabele vraag is. Het is de

⁴² Vgl. voor verzekeringen HR 8 juli 1993, *NJ* 1994/210, m.nt. M.M. Mendel (Hoogenboom/Unigarant).

⁴³ Zie over die vraag hiervoor, par. 3.

⁴⁴ HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 (Windmill), m.nt. M. Scheltema onder *NJ* 1991/394.

vraag hoe deze kwestie privaatrechtelijk kan worden ingebed. Als het gaat om uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden biedt art. 3:14 BW hiervoor het aanknopingspunt: privaatrechtelijke bevoegdheden mogen niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Veel kleur geeft deze bepaling evenwel nog niet aan de kwestie, omdat zij geen maatstaven biedt voor beantwoording van de voorvraag. Dat beoogt de doorkruisingsleer (wel) te doen, maar die zoekt dat antwoord – begrijpelijkerwijs – in de in het concrete geval aan de orde zijnde publiekrechtelijke regeling.

Zie ik het goed, dan kent de (voor)vraag naar doorkruising een spiegelbeeld in de vraag welke betekenis publiekrechtelijke bepalingen hebben voor de invulling van privaatrechtelijke normen. Ik denk aan de vraag of een publiekrechtelijke bepaling de bedoeling heeft om de privaatrechtelijke contractvrijheid te beperken in de zin van art. 3:40 BW⁴⁵ en aan de vraag of een private partij bescherming kan ontfangen aan een publiekrechtelijke norm. Die laatste vraag zou kunnen worden geplaatst in de sleutel van de drieslag van de relativiteitsvraag (art. 6:163 BW: welke personen, welke belangen en welke ontstaanswijzen van schade worden door een bepaalde norm beschermd?),⁴⁶ maar kan beter (eerst) worden gezien in het kader van de vraag of een publiekrechtelijke norm überhaupt privaatrechtelijke betekenis toekomt.⁴⁷ Deze kwestie speelde bijvoorbeeld – zij het op de achtergrond – een rol in de zaak naar aanleiding van het Schietincident in Alphen aan den Rijn: had de Wet wapens en munitie de strekking om ook aan burgers die het slachtoffer werden van een schietpartij na een onterechte vergunningverlening aanspraken op schadevergoeding jegens de overheid te verlenen?⁴⁸

⁴⁵ Vgl. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq), r.o. 4.4, slot: 'Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.'

⁴⁶ Eerder (noot onder *NJ* 2017/140) heb ik gepoogd de doorkruisingskwestie in die sleutel te plaatsen.

⁴⁷ Zie voor in vergelijkbare zin voor de vraag of een Europeesrechtelijke regel beoogt aan particulieren een aanspraak te verlenen HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta Leth*).

⁴⁸ HR 21 september 2019, *NJ* 2020/233, m.nt. S.D. Lindenberg (Schietincident Alphen aan den Rijn). Zie over de 'voorvraag' die voorafgaat aan de relativiteitsvraag ook D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. EUR), Deventer 2019, p. 166 e.v.

Om dergelijke ‘voorvragen’ te beantwoorden, is telkens onderzoek nodig naar de achtergrond, betekenis en strekking van de publiekrechtelijke regel(ing) in kwestie. Daarbij speelt een rol dat de ‘voorvraag’ (wat is de privaatrechtelijke werking van de publiekrechtelijke norm in kwestie?) bij de totstandkoming van de publiekrechtelijke regeling vaak niet uitdrukkelijk, laat staan eenduidig is geadresseerd. Wetshistorisch onderzoek daarnaar levert dan ook dikwijls weinig (eenduidige) aanwijzingen op, zodat het pleit daarover uiteindelijk door de rechter moet worden beslecht. Men kan dan de wetgever het verwijt maken dat hij niet in de kwestie heeft voorzien en men kan de rechter die vervolgens de knoop doorhakt verwijten dat hij op de stoel van de wetgever gaat zitten, maar dat lijkt mij allebei onterecht en het helpt bovendien niet verder. Nog afgezien van de vraag of de wetgever de mogelijke privaatrechtelijke dimensies van publiekrechtelijke normen telkens kan overzien, kan het uitdrukkelijk aan de orde stellen ervan in het wetgevingsproces allerlei ingewikkelde politieke vragen oproepen. Dat geldt ook voor kwesties van kostenverhaal. En eenmaal geconfronteerd met de kwestie in een individueel geval, zal de rechter de vraag wel moeten beantwoorden, en is iedere keuze naar zijn aard als ‘rechtspolitiek’ te duiden. Het komt dan aan op motivering. Die kan uitsluitend op het individuele geval zijn toegesneden maar kan soms ook een bredere strekking hebben.

Waar in het verleden de bij de doorkruisingsvraag aan de orde zijnde kwestie werd geplaatst in het kader van misbruik van recht⁴⁹ of in het kader van door art. 6:162 BW beschermde belangen,⁵⁰ is de doorkruisingsleer in de rechtspraak aanvaard als een figuur die volgens mij het beste als een door art. 3:14 BW aangeduide kwestie ‘sui generis’ kan worden gekenschetst.⁵¹

5.3 ENIGE UITWERKING

De doorkruisingsleer beoogt, als gezegd, oneigenlijk gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid te voorkomen. Dat betekent dat, wanneer het publiekrecht een bepaalde problematiek exclusief regelt, inzet van privaatrechtelijke bevoegdheden niet is toegestaan.⁵² Die exclusiviteit kan expliciet blijken uit de publiekrechtelijke regeling, maar kan ook impliciet zijn en dus door interpretatie moeten worden bereikt. Het criterium voor toetsing

⁴⁹ Bijv. HR 13 april 1962, *NJ* 1964/366, m.nt. H. Beekhuis (Kruseman).

⁵⁰ Vgl. voor vindplaatsen *Groene Serie Onrechtmatige Daad* (K.J.O. Jansen), art. 163, aant. 3.2.1.

⁵¹ Vgl. Mon. BW A26a 2011/5a, waar overigens wordt vermeld dat de Hoge Raad in de relevante arresten niet naar art. 3:14 BW verwijst.

⁵² Te beoordelen naar het tijdstip van uitoefening van die bevoegdheden, aldus HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995/717, m.nt. M. Scheltema (Staat/Magnus).

aan de doorkruisingsleer ten aanzien van kostenverhaal luidt volgens vaste rechtspraak:

De overheid kan voor de kosten die zij maakt bij de uitvoering van haar publieke taak verhaal nemen op privaatrechtelijke grondslag, zoals onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, ook als de uitvoering van die taak geheel of ten dele publiekrechtelijk is geregeld. Dat is anders als de wet verhaal op die grondslag uitsluit dan wel de publiekrechtelijke regeling door verhaal op die grondslag onaanvaardbaar zou worden doorkruist. Als blijkt de publiekrechtelijke regeling verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, vormt dat een belangrijke aanwijzing dat verhaal van kosten ook op privaatrechtelijke grondslag niet mogelijk is. Bij beantwoording van de vraag of volgens de publiekrechtelijke regeling verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, dient onder meer te worden gelet op de inhoud en strekking van die regeling, mede in verband met de aard van de aan de orde zijnde publieke taak en de aard van de kosten.⁵³

De eerste zin van dit criterium stelt voorop dat het kostenverhaal niet beperkt is tot gevallen waarin de overheid in een 'zuiver' privaatrechtelijke verhouding optreedt, maar dat verhaal juist in beginsel ook mogelijk is wanneer de overheid haar *publieke* taak uitvoert en ook wanneer deze taak ten dele of geheel publiekrechtelijk is geregeld. Dit vertrekpunt is een uitvloeisel van de hiervoor in par. 2 genoemde gemengde rechtsleer.

De tweede zin stelt dat dit anders is wanneer 'de wet' privaatrechtelijk kostenverhaal uitsluit dan wel de 'publiekrechtelijke regeling op die grondslag onaanvaardbaar zou worden doorkruist'. Strikt genomen zou men kunnen zeggen dat ook in geval de wet privaatrechtelijk kostenverhaal uitsluit, dat kostenverhaal de publiekrechtelijke regeling zou doorkruisen. De gedachte is evenwel dat sprake kan zijn van expliciete en van impliciete uitsluiting van privaatrechtelijk kostenverhaal.⁵⁴ Voor het tweede geval – impliciete uitsluiting; de Hoge Raad spreekt van 'blijkens', maar het gaat hier om gevallen waarin dat nu juist niet uit de wettekst *blijkt*, maar daar door interpretatie uit moet worden afgeleid – biedt de Hoge Raad een aantal gezichtspunten: inhoud en strekking

⁵³ HR 25 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, *NJ* 2020/269, m.nt. J.W. Zwemmer (valse belastingaangifte), r.o. 3.2.1, onder verwijzing naar HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639, m.nt. M. Scheltema (Bluskosten Vlissingen).

⁵⁴ Zie bijv. ook P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijke overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, 9.3.4.

van de publiekrechtelijke regeling, aard van de publieke taak en aard van de kosten.⁵⁵

Voor wat betreft de inhoud van de publiekrechtelijke regeling geldt dat uitsluiting van publiekrechtelijk kostenverhaal daarin een ‘belangrijke aanwijzing’ vormt dat ook privaatrechtelijk kostenverhaal niet is toegestaan.

Snijders leidt uit deze rechtspraak meer in het algemeen ter zake van gebruik van privaatrecht door de overheid een drietal achterliggende gezichtspunten af, waaruit de rechtspraak inzake doorkruising kan worden begrepen. In de eerste plaats geldt dat als voor bepaalde gevallen of doelen publiekrechtelijke bevoegdheden zijn gegeven de overheid zich in beginsel tot gebruik daarvan behoort te beperken. In de tweede plaats geldt dat aan bepaalde publiekrechtelijke regels, bijvoorbeeld in verband met aan burgers geboden waarborgen, algemene gelding toekomt. In de derde plaats geldt evenwel dat de overheid voor de uitvoering van haar publieke taak passende middelen toekomen en dat gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden daarom in beginsel geoorloofd is.⁵⁶

Er bestaat op dit punt volgens mij geen principieel verschil of de overheid verhaalt op grond van een tussen haar en de burger gesloten transactie dan wel op grond van een buitencontractuele verhouding. Laat het publiekrecht de mogelijkheid tot kostenverhaal op grond van onrechtmatige daad toe, dan staat het publiekrecht er evenmin aan in de weg dat ter zake van vergoeding van dergelijke kosten een overeenkomst wordt gesloten en langs die weg verhaal wordt gezocht.⁵⁷

Gelet op de aard van de problematiek, die meebrengt dat in ieder concreet geval telkens uit de aard en inhoud van de desbetreffende publiekrechtelijke regeling moet worden afgeleid of gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid die regeling doorkruist, zijn er volgens mij weinig scherpe lijnen te ontwaren in de rechtspraak. Wel kan denk ik worden gezegd dat naarmate kostenaspecten in een publiekrechtelijke regeling meer aandacht hebben gekregen, privaatrechtelijk kostenverhaal een dergelijke regeling eerder doorkruist.⁵⁸ Ook valt waar te nemen dat wanneer het gaat om uitoefening van

⁵⁵ D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. EUR), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 427, spreekt in dergelijke gevallen niet van doorkruising van een publiekrechtelijke *regeling*, maar van doorkruising van publiekrecht.

⁵⁶ Mon. BW A26a 2011/5c.

⁵⁷ HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/306, m.nt. A.R. Bloembergen (Van der Endt/Staat).

⁵⁸ Bijv. recent ten aanzien van verhaal van extra kosten na een fiscale fraude HR 25 mei 2020, *NJ* 2020/269, m.nt. J.W. Zwemmer.

een typische overheidstaak (brandblussing, opsporing van strafbare feiten)⁵⁹ kostenverhaal door de overheid langs privaatrechtelijke weg in beginsel is uitgesloten. Scherp zijn de hier genoemde lijnen evenwel niet, omdat niet steeds helder is wat ('voldoende') typische overheidstaken zijn. Daarbij is van belang dat de rol van de overheid op verschillende terreinen evolueert: wat voorheen geen overheidstaak was, kan dat wel zijn geworden. Ook is nog de vraag ten aanzien van *welke* kosten in dergelijke gevallen verhaal dan precies is uitgesloten.⁶⁰ De Hoge Raad noemt weliswaar ook 'de aard van de kosten' als gezichtspunt, maar veel reliëf heeft dit element in de rechtspraak volgens mij nog niet verkregen.⁶¹

Bij de 'transacties' die specifieke overheidstaken betreffen, zoals bij 'betaalplanologie' (het in beginsel verboden 'verkopen van planologische medewerking'), speelt een rol dat de overheid met toepassing van een privaatrechtelijke overeenkomst haar rol als monopolist kan uitnuttten en de particulier daardoor in een afhankelijke positie komt te verkeren.⁶² Dat rechtvaardigt

⁵⁹ HR 11 december 1992, *NJ* 1994/639, m.nt. M. Scheltema (Bluskosten Vlissingen); HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/360 (kosten opsporing premiefraude); HR 23 augustus 2016, *NJ* 2017/140, m.nt. S.D. Lindenberg (opzettelijk onjuiste aangifte).

⁶⁰ Denk aan kosten van het organiseren van verkiezingen (HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/139 (kosten waterschapsverkiezingsfraude)) en aan de hiervoor beschreven problematiek van wrakopruiming.

⁶¹ Zie over *vergeefs gemaakte* kosten van opsporing na een opzettelijk valse aangifte, die zijn te onderscheiden van de kosten van opsporing *van de valse aangifte*, toewijzend Hof Amsterdam 7 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:468. Zie niettemin anders (afwijzend ten aanzien van alle kosten) HR 23 augustus 2016, *NJ* 2017/140, m.nt. S.D. Lindenberg (opzettelijk onjuiste aangifte). Zie voorts bijv. over kosten van repressieve activiteiten van politie, die niet, en kosten van preventieve activiteiten, die wel door organisatoren van publieksevenementen zouden moeten worden vergoed de Memorie van Toelichting ten behoeve van de internetconsultatie van het wetsvoorstel inzake kostenverhaal voor politieoptreden bij publieksevenementen, par. 6: 'De organisator heeft hierbij [preventieve kosten, toev. SDL] een direct toerekenbaar profijt en het is redelijk dat hij meebetaalt.'

⁶² Vgl. HR 6 januari 2006, *NJ* 2006/301, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Beuningten/VvE Blankenburg; Groenovereenkomsten), waarin de Hoge Raad ter zake van afwenteling van kosten van groenvoorzieningen overwoog: 'Het hof heeft in dit verband terecht belang gehecht aan de omstandigheid dat de Gemeente hier in feite verhaal poogt te zoeken voor kosten die zij maakt in het algemeen belang (de groenvoorzieningen zijn immers algemeen toegankelijk voor het publiek) op een wijze die grote verwantschap vertoont met een heffing, maar die rechte geen heffing is en derhalve ook niet met op de rechtszekerheid van burgers gerichte waarborgen is omgeven. Een zodanig verhaal behoeft een wettelijke grondslag (vgl. art. 132 lid 6 Grondwet). Het belang hiervan is inderdaad zodanig dat bij gebrek aan

bescherming van de particulier, maar er kunnen tegelijkertijd gerechtvaardigde belangen van de overheid zijn om kosten in rekening te brengen (door via een anterieure overeenkomst voorwaarden te stellen aan economische uitvoerbaarheid).⁶³ Het ligt in de rede dat bescherming van de rechtspositie van de particulier in dergelijke verhoudingen grenzen stelt aan de aard en omvang van de vergoeding.⁶⁴

Ten slotte kan worden gezegd dat het in de rede ligt dat, naarmate kostenverhaal meer publiekrechtelijk is gereguleerd, er minder ruimte zal zijn om kostenverhaal langs privaatrechtelijke weg te reguleren of uit te oefenen. Een expliciet voorbeeld van dat eerste (reguleren) vormt de regeling van verhaal van planschade (art. 6.4a Wro) ter zake waarvan de Hoge Raad verhaal eerder niet toestond.⁶⁵ Dat is nu publiekrechtelijk gereguleerd, waarbij in bescherming van de burger is voorzien. Een meer impliciet voorbeeld is het arrest over kostenverhaal na een onjuiste belastingaangifte:⁶⁶ waar ten aanzien van verschillende typen kosten al langs publiekrechtelijke weg uitdrukkelijk is voorzien in kostenverhaal, is er voor aanvullende privaatrechtelijk kostenverhaal minder ruimte.

Interessant zijn in dit verband de gevallen waarin in de afgelopen decennia getracht is verhaal van kosten van publiekrechtelijk optreden via wetgeving te regelen, maar dat uiteindelijk niet is gebeurd. Denk aan de ‘eigen bijdrage aan kosten van strafvordering en slachtofferzorg’ door strafrechtelijk veroordeelden,⁶⁷ die op onvoldoende steun in de Eerste Kamer kon rekenen, en aan de kosten van politieondersteuning bij publieksevenementen.⁶⁸ Aan de verwerping van een regeling van verhaal van dergelijke kosten langs publiekrechtelijke weg lag in essentie ten grondslag dat het hier nu eenmaal gaat om primaire

een wettelijke grondslag een daartoe strekkend beding in strijd met de openbare orde en deswege nietig moet worden geoordeeld.’

⁶³ Vgl. onder meer ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2950 (Oldebroek).

⁶⁴ Zie over het de reikwijdte van het gesloten systeem van kostenverhaal in ruimtelijke ordening onder meer HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/342, *AB* 2013/273, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Horst aan de Maas/Wijnen) en over het stellen van andere voorwaarden dan betaling HR 24 maart 2017, *NJ* 2017/156, *AB* 2017/339, m.nt. G.A. van der Veen & F.J. van Ommeren (BMV/Bladel).

⁶⁵ HR 2 MEI 2003, *NJ* 2003/485 (Nunspeet/Mulder).

⁶⁶ HR 25 mei 2020, *NJ* 2020/269, m.nt. J.W. Zwemmer (X/Staat).

⁶⁷ *Kamerstukken II*, 2017-2018, 34067, nr. 17.

⁶⁸ *Kamerstukken II*, 2007-2008, nr. 7.

overheidstaken, in de financiering waarvan door belastingheffing moet worden voorzien.⁶⁹

6 De vraagpunten

Vraag 1

Welke mechanismen van kostenverhaal – op basis van (uitleg van) de wet of contract – zijn er in het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht?

Het privaatrecht biedt als grondslagen voor kostenverhaal in theorie alle bronnen van verbintenissen, waarvan in de praktijk relevant zijn: contract, onrechtmatige daad (c.a.), zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Zie hiervoor par. 3.2.

In de hiervoor genoemde rechtspraak zijn vooral voorbeelden te vinden van vorderingen uit onrechtmatige daad en uit contract.

Vraag 2

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

De overheid is gelet op art. 3:14 BW in beginsel, als ieder ander (rechts)persoon, bevoegd gebruik te maken van het privaatrecht, maar de bijzondere rol van de overheid legt aan dat gebruik wel beperkingen op. Die beperkingen komen tot uitdrukking in de doorkruisingsleer: doorkruist het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden in het concrete geval de publiekrechtelijke regeling die aan de orde is? Omdat het telkens van de concrete publiekrechtelijke regeling afhangt of gebruik van privaatrecht die regeling doorkruist, vallen daarover naar de aard van de problematiek weinig eenduidige regels te geven. Zie hiervoor par. 5.

Vraag 3

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

Beantwoording van de vraag naar onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht door uitoefening van bevoegdheden die een overheid krachtens privaatrecht toekomen is aan de rechter. Hij zal hiertoe moeten onderzoeken

⁶⁹ Ten aanzien van het laatstgenoemde voorstel werd vermeld dat het niet langer nodig was, omdat de inzet van politie was teruggelopen.

wat de aard, inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling in kwestie zijn. In die zin kan de wetgever bij totstandkoming van de publiekrechtelijke regeling het antwoord op de vraag naar de mogelijkheid van privaatrechtelijk kostenverhaal sturen. De praktijk is evenwel dat de wetgever daarin – begrijpelijkerwijs – dikwijls niet heeft voorzien, zodat de rechter er wel uitsluitsel over zal moeten geven. Zie par. 5.3.

Vraag 4

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

Ten aanzien van milieuschade is uiteraard relevant de Richtlijn milieuschade,⁷⁰ die is geïmplementeerd in de Wet milieubeheer, die overheden verplicht om milieuschade, waaronder begrepen alle kosten, op de vervuiler te verhalen. De handhaving is in de Wet Milieubeheer aan de overheid met publiekrechtelijke middelen toevertrouwd. Bespreking daarvan blijft daarom hier verder achterwege.

Vraag 5

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

Over deze vraag heb ik geen specifieke gedachten.

Vraag 6

Onder welke condities komt een persoon voor kostenverhaal door de overheid in aanmerking en is in publiek- en/of privaatrecht voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres?

Als privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid in een concreet geval mogelijk is, zal aan de hand van regels van privaatrecht – kort gezegd: contractenrecht en buitencontractuele aansprakelijkheid – moeten worden vastgesteld wie debiteur is/zijn van de verbintenis tot betaling van kosten. Regels van het algemene verbintenissenrecht (art. 6:6 e.v. BW) voorzien in hoofdelijkheid en regres. In geval van hoofdelijkheid is de crediteur in beginsel vrij om te kiezen op wie hij in welke mate verhaal neemt. Dat geldt ook voor een overheid als

⁷⁰ Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade.

crediteur, die daarbij is gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁷¹ Het onderlinge verhaal tussen de jegens de crediteur hoofdelijk verbonden debiteuren onderling wordt beheerst door art. 6:10 en 6:102 BW, die voorzien in regels voor verdeling van de uiteindelijk door ieder te dragen lasten.

Vraag 7

Is er sprake van raakvlakken/samenloop tussen publiek- en privaatrecht in kostenverhaalszaken en zo ja, hoe verloopt dan de wisselwerking? Ja, de betekenis van publiekrechtelijke regels voor privaatrechtelijk kostenverhaal moet telkens worden vastgesteld in het kader van de vraag of de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden het publiekrecht op onaanvaardbare wijze doorkruist. Zie par. 5.

⁷¹ Aldus HR 2 november 2001, *NJ* 2002/24 (V/Ontvanger).

Kostenterugvordering voor overheidsinterventies naar Belgisch recht

Ann Carette¹

Inhoudstabel

1. Inleiding
2. Wettelijke regelingen
 - a. Terugvordering van brandweerkosten, kosten van hulpverleningszones en kosten van de civiele beschermingsdiensten
 - b. Het kostenverhaal in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn
 - b.1. Het kostenverhaal in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn in de Vlaamse regelgeving
 - b.2. Het kostenverhaal in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn in federale regelgeving
 - i. De Wet Civiele Bescherming
 - ii. Vervoer over de weg, per spoor, over de binnenwateren, over zee of in de lucht
 - iii. Het op de markt brengen van genetisch gemodificeerde organismen of producten met GGOs
 - iv. De Wet Mariene Milieu
 - c. De kosten gemaakt voor de handhaving zoals voorzien in titel XVI DABM
3. Terugvorderen van overheidskosten via het gemene recht
 - a. De theorie van het doorbreken van het causaal verband
 - b. Overheidskosten bij milieuschade en andere interventies en het schadebegrip uit art. 1382 e.v. B.W.
 - b.1. Algemeen
 - b.2. Regelgeving waarin indicaties terug te vinden zijn over de bedoeling van de regelgever
 - b.3. Personeelskosten als schadepost bij overheidsinterventies
 - b.4. Kostenverhaal bij het uitoefenen van kerntaken van de overheid
 - b.5. De vervuiler betaalt
 - c. Het nieuwe aansprakelijkheidsrecht in ontwerp
4. Besluit: knelpunten bij het kostenverhaal zoals nu geregeld en mogelijke oplossingen

Gemeenschappelijke vragen

¹ Deeltijds hoofddocent Universiteit Antwerpen

1. Inleiding

1. In deze bijdrage wordt de stand van zaken van de Belgische regelgeving en rechtspraak weergegeven over kostenterugvordering bij overheidsinterventies, bekeken vanuit het bestuursrecht. Gevraagd werd om daarbij in het bijzonder stil te staan bij rampenverhelping en milieuschade.

Regelmatig worden brandweer en civiele bescherming, en soms zelfs het leger ingezet om bij incidenten of regelrechte rampen de ergste nood te lenigen en erger te voorkomen, zoals bij het schrijven van deze bijdrage² in de zomer van 2021 gebeurde. Waterbeheerders zoals de Vlaamse Milieumaatschappij komen vaak tussen om bij incidenten met waterverontreiniging grote hoeveelheden dode vissen uit het water te halen en te laten vernietigen. Al deze acties lijken op het eerste gezicht deel uit te maken van de bestaansredenen van overheden allerhande en worden betaald via onze belastingen.

2. Er zijn evenwel omstandigheden waarin de kosten van materiaal, materieel en inzet van personeel door diezelfde overheidsinstanties teruggevorderd worden van de natuurlijke of rechtspersonen wier handelen aan de oorsprong van hun interventie ligt. Dergelijke kostenterugvordering kan uitdrukkelijk voorzien zijn in de regelgeving. Maar ook als dat niet het geval is, beschikt een overheidsinstantie over de mogelijkheid om interventiekosten terug te vorderen. In beide gevallen rijst de vraag waarom de met belastinggeld betaalde overheid overgaat tot kostenterugvordering en hoe men daarbij dan best tewerk gaat.

De wens om het overheidsbeslag terug te dringen, te besparen op overheidskosten zodat de focus en financiering daarvan komt te liggen bij de zogenaamde “kerntaken”, is soms de drijvende kracht achter het terugvorderen van kosten, zo blijkt uit de voorbereidende werken bij regelgeving die kostenterugvordering uitdrukkelijk regelt. Het klassieke voorbeeld van een niet-kerntaak waarvoor de burger een interventie vraagt die hij zal moeten betalen aan de hulpdiensten is de redding van een kat uit een hoge boom door de brandweer. Het valt op dat er weinig achtergrond wordt gegeven als regelgeving een uitdrukkelijke kostenterugvordering voorziet, alsof de redenen waarom voor een dienst in kostenterugvordering wordt voorzien voor zich spreken.

Of iets al dan niet tot de kerntaken van de overheid behoort is een argument dat ook opduikt wanneer er geen uitdrukkelijke kostenterugvordering voorzien is.

² De tekst werd gefinaliseerd op 31 juli 2021, en beperkt bijgewerkt met de inzichten verworven tijdens de workshop op 15 oktober 2021 te Brussel.

3. De focus zal in deze bijdrage liggen op de vraag of overheidskosten bij incidenten en milieuschade teruggevorderd kunnen worden naar Belgisch recht, en hoe dat in zijn werk gaat. Voor bepaalde overheidskosten bestaat een uitdrukkelijke regeling over het al dan niet terugvorderen van kosten. We proberen te achterhalen hoe die keuze wordt gemaakt en staan stil bij de wijze waarop die kostenterugvordering hoort te verlopen (2). Waar voor het terugvorderen van overheidskosten geen uitdrukkelijke regeling bestaat, wordt in België vooral via het gemene aansprakelijkheidsrecht geageerd. Het komt er dan op aan de gemaakte overheidskosten als schade zoals bedoeld in dat aansprakelijkheidsrecht te laten omschreven, die dan in oorzakelijk verband staat met de fout bij foutaansprakelijkheid of de handeling die tot basis dienst van een objectieve aansprakelijkheidsregeling. De vraag of de overheid wel gerechtigd is dergelijke kosten terug te vorderen buiten een uitdrukkelijke regeling om, waarbij dan weer het kerntakendebat opduikt, staat daarbij altijd centraal (3). Tot slot wordt bekeken of de manier waarop overheidskosten teruggevorderd worden niet beter georganiseerd kan worden (4).

2. Wettelijke regelingen

4. Het overzicht dat hier volgt is slechts een selectie uit de bestaande wettelijke of reglementaire bepalingen waarin uitdrukkelijk voorzien wordt dat overheidskosten gemaakt naar aanleiding van onrechtmatige daden van derden verhaald kunnen of moeten worden. De opdracht om kostenterugvordering bij (grote) incidenten en bij milieuschade te behandelen, stuurde de selectie. Zo wordt de kostenterugvordering in het kader van dierenwelzijn⁴ niet behandeld, en komt het kostenverhaal bij herhuisvesting voor de gemeente van personen die een ongeschikte woning huren⁵ enkel ter sprake bij de zoektocht naar een goede of betere regeling voor het realiseren van het kostenverhaal. Zeker bij grotere incidenten is de inzet van brandweer en civiele bescherming cruciaal. De kostenterugvordering voor deze diensten is dan ook de eerste regeling die hier behandeld wordt (a). Specifiek voor wat (dreigende) milieuschade betreft werd de regelgeving rond kostenterugwinning in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn geselecteerd (b). Tot slot wordt stilgestaan bij de

⁴ Artikel 9 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 maart 2021 over de vergoeding voor de opvang van in beslag genomen dieren, de subsidiëring van de erkende dierenasielen en het verhalen op de verantwoordelijke van de kosten voor inbeslagname van dieren en artikel 4 van het Ministerieel besluit van 26 april 2021 tot vaststelling van de regels voor de vergoeding voor de opvang van inbeslaggenomen dieren, de subsidiëring van de erkende dierenasielen en het verhalen op de verantwoordelijke van de kosten voor inbeslagname van dieren.

⁵ Artikel 3.33 van de Vlaamse Codex Wonen van 2021, zie randnummer 39.

kostenterugwinning bij overtredingen van de milieuregelgeving zoals geregeld in titel XVI Decreet Algemene Bepalingen Milieubeleid (DABM) (c).

5. Naast een uitdrukkelijke bepaling die kostenterugwinning voorziet, is het ook interessant na te gaan of er regels voorzien worden over de wijze waarop die kosten berekend worden. Onder het gemeenrechtelijke stelsel is er immers vaak discussie over overheadkosten of kosten voor sleet aan het materiaal, of enkel de overuren vergoed moeten worden van zij die de interventie deden dan wel alle uren die aan de interventie besteed werden,... Ook de manier waarop het kostenverhaal verloopt wordt bekeken als daar iets over geregeld is. Dit biedt inspiratie voor eventuele verbetervoorstellen onder 4.

A. TERUGVORDERING VAN BRANDWEERKOSTEN, KOSTEN VAN HULPVERLENINGSZONES EN KOSTEN VAN DE CIVIELE BESCHERMINGSDIENSTEN

6. De werking van de brandweer, de reddingsposten van de hulpverleningszones en van de operationele eenheden van de Civiele Bescherming, samen de operationele diensten van de civiele veiligheid genoemd, wordt geregeld in de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming⁶ en in de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid⁷. De laatste behoort de eerste geheel te vervangen, maar dat is nog maar deels het geval. In het Koninklijk Besluit van 7 april 2003 tot verdeling van de opdrachten inzake civiele bescherming tussen de openbare brandweerdiensten en de diensten van de civiele bescherming⁸ is de taakverdeling tussen deze diensten geregeld. Deze taken worden verder gespecificeerd in het Koninklijk besluit van 10 juni 2014 tot bepaling van de opdrachten en taken van civiele veiligheid uitgevoerd door de hulpverleningszones en de operationele eenheden van de Civiele Bescherming en tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 februari 2006 betreffende de nood- en interventieplannen⁹. Van brandbestrijding tot waterbedeling, van het opkuisen van vervuiling tot logistieke steun: de taken zijn divers en tonen aan hoe belangrijk deze diensten zijn voor de vei-

⁶ B.S., 16 januari 1964. Deze wet, uitgezonderd de artikelen 4, 9, § 2, 10 en 11, wordt opgeheven bij art. 201 van de wet van 15 mei 2007, zoals vervangen met ingang van een door de Koning te bepalen datum, wat nog steeds niet gebeurd is. Enkel de artikelen 4, 9, § 2, 10 en 11 van de wet van 31 december 1963 zijn reeds opgeheven, maar zonder belang voor het hier behandelde thema. De wet van 1963 regelt enkel de brandweerdiensten en de diensten van civiele veiligheid, terwijl de wet van 2007 veel meer zaken regelt die van belang kunnen zijn bij rampen van een zeker omvang. Het is ook de wet van 2007 die gebruikt werd om de maatregelen te nemen in het raam van de Covid 19-crisis.

⁷ B.S. 31 juli 2007.

⁸ B.S. 21 mei 2003.

⁹ B.S. 17 juli 2014.

ligheid van onze burgers.

7. Het Koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegenen die gratis zijn¹⁰ staat hier centraal. De rechtsgrond voor het K.B. is artikel art. 2bis/1 Wet Civiele Bescherming, ingevoegd in 2003. Er worden verschillende regimes van kostenterugvordering voorzien.

Er zijn de twaalf soorten interventies opgenomen in artikel 2bis, § 1^u., die men de kerntaken van deze diensten zou kunnen noemen. Daarvoor bepaalt de Koning welke van de opdrachten verhaald worden ten laste van hun begunstigden, en welke gratis moeten uitgevoerd worden.

Voor één van die opdrachten, de dringende medische hulpverlening, is het kostenverhaal elders geregeld, met name in het Koninklijk Besluit van 7 april 1995 houdende vaststelling van het tarief voor het vervoer per ziekenwagen van de personen bedoeld in artikel 1 van de wet van 8 juli 1964 betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening.

Voor kosten gemaakt buiten de opdrachten uit artikel 2bis, §1, van de wet om, is de overheid verplicht deze te verhalen op de begunstigden ervan.

Wie de begunstigde is, wordt geregeld in artikel 1, 4° van het K.B. 25 april 2007: de begunstigde is de fysieke persoon of de rechtspersoon in wiens belang de interventie uitgevoerd wordt. Artikel 2bis/1, §4, Wet Civiele Bescherming stelt dat overeenkomstig de regels van het gemeene recht deze begunstigden de kosten verder kunnen verhalen tegen de derde-aansprakelijke. Deze regeling vergemakkelijkt het kostenverhaal, nu de diensten van civiele veiligheid of de brandweer niet noodzakelijk weten wie eventueel aansprakelijk kan zijn voor de feiten die aan de grondslag van hun interventie liggen.

8. In het K.B. van 25 april 2007 wordt voor de diensten opgesomd in artikel 2bis, §1, Wet Civiele Bescherming, geregeld welke van de opdrachten gratis zijn

¹⁰ B.S. 14 mei 2007. Dit K.B. vervangt de eerder soortgelijke regeling uit het KB van 9 augustus 1979 tot de regeling van de wijze van vaststelling en verhaal van de kosten van sommige interventies en prestaties van de gemeentelijke brandweerdiensten.

¹¹ Het betreft: 1° de interventies betreffende de strijd tegen brand en ontploffing; 2° de brandpreventie; 3° de dringende medische hulpverlening; 4° de technische hulpverleningswerkzaamheden; 5° onverminderd artikel 6, § 1, II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de bestrijding van vervuiling en van het vrijkomen van gevaarlijke stoffen; 6° de strijd tegen de rampspoedige gebeurtenissen, de catastrofes en de schadegevallen; 7° de coördinatie van de hulpverleningsoperaties, met name de installatie van de coördinatiemiddelen; 8° de internationale opdrachten van civiele bescherming; 9° de preventieve opdrachten tijdens grote bijeenkomsten van personen; 10° de waterbevoorrading; 11° de waarschuwing van de bevolking; 12° de logistieke ondersteuning.

(art. 2¹²), en voor welke diensten kosten aangerekend kunnen worden (art. 3¹³). Daarbij wordt geen uitleg gegeven. Als men kijkt wat gratis blijft, gaat het toch wel om de kerntaken zoals brandbestrijding en technische hulpverlening bij rampen, alsook alle organisatorische taken die daarbij komen kijken. Van de kerntaken komen enkel deze die verband houden met “de bestrijding van vervuiling en van het vrijkomen van gevaarlijke stoffen” voor kostenverhaal in aanmerking. Reden daarvoor is de Milieuschaderichtlijn (zie randnummer 17). De hulpverleningszone, waarvan de brandweer deel uitmaakt, bepaalt zelf hoe hoog de kosten zijn die zij aanrekenen voor de interventies die niet gratis zijn (art. 4, eerste lid). Daardoor kan de vergoeding voor bijvoorbeeld het verwijderen van een wespennest in een gebouw verschillen van hulpverleningszone tot hulpverleningszone. In het Verslag aan de Regering, dat mee gepubliceerd werd met het K.B. van 25 april 2007, wordt dergelijke tariefregeling een retributiereglement genoemd. Een overheidsdienst vraagt immers een vergoeding voor een prestatie of een dienst geleverd aan een bepaalde begunstigde. Dergelijke vergoedingen moeten in een redelijke verhouding staan tot het belang van de verstrekte dienst of evenredig zijn met de kostprijs van de dienst¹⁴. Kostenverschillen zullen er dus zijn, maar door de te hanteren maatstaven zullen die verschillen beperkt blijven.

De kosten van de interventies van de operationele eenheden van de Civiele Be-

¹² “De volgende opdrachten worden gratis uitgevoerd door de hulpdiensten:

- 1° de interventies betreffende de bestrijding van brand en ontploffing;
- 2° de technische hulpverleningswerkzaamheden, op voorwaarde dat het gaat om een noodoproep om mensen te beschermen of te redden;
- 3° bestrijding van de rampspoedige gebeurtenissen en de catastrofes, uitgezonderd de afdekking met een zeil van een gebouw niet bedoeld in 2°;
- 4° de coördinatie van de hulpverleningsoperaties;
- 5° de internationale opdrachten van civiele bescherming, uitgezonderd de opdrachten inzake de bestrijding tegen vervuiling;
- 6° de drinkwaterbevoorrading rechtstreeks aan de burger, in geval van een vrij ernstig watertekort of van een watertekort dat een omvangrijk gebied treft;
- 7° de waarschuwing aan de bevolking;
- 8° de interventie naar aanleiding van een loos alarm.”

¹³ “Onverminderd artikel 2bis/2, § 2 van de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming en artikel 179, § 2, van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid, kunnen verhaald worden ten laste van hun begunstigten, de kosten veroorzaakt:

- 1° door de opdrachten die niet opgesomd zijn in artikel 2 met inbegrip van de kosten, voortvloeiend uit de interventies die door derden uitgevoerd worden op vraag van de hulpdiensten, en die ten laste komen van deze diensten;
- 2° door de interventies naar aanleiding van een falend technisch alarm.”

¹⁴. Zie bijvoorbeeld Cass. (3e k.) AR C.11.0769.N, 14 januari 2013 (Stad Leuven / Huurwagens Mols nv), *Arr.Cass.* 2013, afl. 1, 84, en over het verschil tussen een belasting en een retributie: Arbitragehof, 17 april 1997, nr. 21/97, overw. B.4.3; Arbitragehof, 17 december 2003, nr. 164/2003, overw. B.8.4.1; GwH, 15 januari 2009, nr. 6/2009, overw. B.6.3.

scherming worden volgens artikel 4 K.B. van 25 april 2007 door de Staat verhaald volgens de bepalingen vastgesteld in bijlage 1 bij het K.B.. Daarin zijn zowel forfaitaire sommen terug te vinden, zoals voor verplaatsingskosten, als prestaties waarvoor de werkelijke kost aangerekend moet worden, bijvoorbeeld voor de gebruikte producten, met uitzondering van brandstof en smeermiddelen.

9. De Wet Civiele Veiligheid van 2007, die gecombineerd met de Wet Civiele Bescherming van 1963 moet toegepast worden, bevat sinds een wetswijziging van 2018¹⁵ nog een bijzondere bepaling voor daders, mededaders en medeplichtigen aan brandstichting. Zij zullen op basis van artikel 178, §1, 3° Wet Civiele Bescherming zelf moeten instaan voor de kosten van de brandbestrijding en ontploffing, en voor de kosten om de gevolgen van de brand of ontploffing te bestrijden.

Hiervoor is geen tariefregeling voorzien in het KB van 25 april 2007, maar de uurtarieven voor personeelsinzet, de kosten voor het materieel ter plaatste wordt gebruikt en de verplaatsingskosten waarvoor in de bijlage bij het K.B. van 25 april 2007 tarieven worden voorzien voor de civiele bescherming, zijn een goede vertrekbasis om bij brandstichting een begroting van de kosten te maken. Uiteraard kunnen ook de retributiebesluiten van de hulpverleningszone gebruikt worden voor zover daarin tarieven voorzien zijn die hier voor bruikbaar zijn.

Het valt niet uit te sluiten dat de wetswijziging mee ingegeven was door rechtspraak waarin geoordeeld werd dat een brand ten gevolge van een opzettelijk foutief handelen van een burger niet tot gevolg heeft dat de schade op die burger kan verhaald worden¹⁶.

B. HET KOSTENVERHAAL IN UITVOERING VAN DE MILIEUSCHADERICHTLIJN

10. De Milieuschaderichtlijn, voluit Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade¹⁷, heeft in eerste instantie tot doel om exploitanten van activiteiten die een nega-

¹⁵ Wet 15 juli 2018, B.S. 25 september 2018. Men had in het ontwerp van het KB van 25 april 2007 al dergelijke regeling opgenomen, maar naar aanleiding van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State is die bepaling geschrapt nu ze geen rechtsgrond had en de Wet Civiele Bescherming enkel kostenverhaal op de begunstigde toelaat. Zie het Verslag aan de Regering, mee gepubliceerd bij het K.B. van 25 april 2007 en het advies nr. 41.166/2 van de afdeling Wetgeving.

¹⁶ A. PUTZ, A., "Les frais générés par l'intervention des services d'incendie des villes et communes: un préjudice réparable?", *T.Vred.* 2008, afl. 7-8, 277-290, noot onder Vred. Eupen 20 april 2005 en Antwerpen, 25 oktober 2011, R.W. 2012-13, 991.

¹⁷ P.B. L 143, 30 april 2004, p. 56-75.

tieve milieu-impact kunnen hebben te responsabiliseren. Hen wordt een waarschuwings- en interventieverplichting opgelegd ingeval hun activiteit uit de hand loopt of dreigt te lopen, waardoor milieuschade ontstaat of kan ontstaan. Verder heeft de richtlijn tot doel schade aan het leefmilieu zelf te laten herstellen *in natura*, in eerste instantie door de betrokken exploitant.

De richtlijn werkt geen aansprakelijkheidsregeling uit, in tegenstelling tot wat men uit de titel van de richtlijn zou kunnen afleiden. De regeling komt ook niet in de plaats van het gemene aansprakelijkheidsrecht, maar vult deze aan met een beperkte regeling van administratiefrechtelijke aard.

11. Bij de administratiefrechtelijke regeling hoort ook de figuur van de “bevoegde instantie”: een overheidsdienst die toeziet op het naleven van de verplichtingen die op de exploitanten rusten en desnoods in de plaats van de exploitant het nodige kan doen om schade te voorkomen, beperken of herstellen¹⁸. Artikel 8 Milieuschaderichtlijn voorziet zowel in de terugvordering van kosten voor preventie, als van kosten voor herstel die de bevoegde instantie maakt in de plaats van de exploitant, als hij zelf geen of onvoldoende maatregelen voor preventie en herstel neemt. In artikel 8.2. wordt het kostenverhaal verbonden met “onder andere (...) een zakelijke zekerheid of andere geschikte waarborgen”. Artikel 8.3. voorziet de gevallen waarin een exploitant niet verplicht is de kosten te dragen van de preventieve maatregelen of herstelmaatregelen. In deze gevallen zal kostenverhaal dus niet mogelijk zijn.

12. De Milieuschaderichtlijn heeft zowel betrekking op federale als op gewestelijke bevoegdheden. Voor het Vlaamse Gewest gebeurde de omzetting in titel XV van het Decreet Algemene Bepalingen Milieubeleid (DABM) en het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2013 tot regeling van de informatie-, preventie-, inperkings- en herstelplicht inzake milieuschade, het verzoek om maatregelen en de beroepsprocedure¹⁹.

De federale overheid koos ervoor de diverse wetten aan te passen die bevoegdheden regelen die door de Milieuschaderichtlijn gevat worden. Naast de Wet Civiele Bescherming, werd de Wet Mariene Milieu gewijzigd, vaardigde men een regeling uit voor milieuschade veroorzaakt tijdens het vervoer van bepaalde goederen en kwam er regelgeving voor milieuschade die verband houdt met het in de handel brengen van genetisch gemodificeerde organismen (GGO's) of van producten die GGO's bevatten.

¹⁸ H. BOCKEN en R. SLABBINCK, R. (eds.), *Omzetting en uitvoering van de Richtlijn Milieuschade*, Reeks 'Gandaius-Ontmoetingen met Recht', nr. 9, Kluwer, Mechelen, 2008, 214 p

¹⁹ B.S. 16 augustus 2013.

b.1. Het kostenverhaal in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn in de Vlaamse regelgeving

13. Titel XV DABM, met als titel Milieuschade, werd ingevoegd via het decreet van 21 december 2007²⁰. Het verhalen van de kosten gemaakt door de bevoegde instantie, of haar gedelegeerde²¹, is geregeld in artikel 15.8.12 tot 15.8.15 DABM.

In het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2013 tot regeling van de informatie-, preventie-, inperkings- en herstelplicht inzake milieuschade, het verzoek om maatregelen en de beroepsprocedure, is verder weinig over het kostenverhaal uitgewerkt. Men vindt er enkel in artikel 35 terug dat de kosten voor de bijstand van deskundigen bij het bepalen van te nemen preventieve en inperkende maatregelen, en herstelmaatregelen, en de kosten voor de uitvoering van de herstelmaatregelen ten laste van de exploitant komen.

14. Artikel 15.8.12 DABM voorziet dat de kosten die de bevoegde instantie maakt in uitvoering van haar opdracht, verhaald worden op de exploitant. Deze kosten kunnen bij dwangbevel ingevorderd worden als de exploitant niet spontaan betaalt (art. 15.8.13 DABM). Een dwangbevel is een uitvoerbare titel²² die aan de schuldenaar betekend wordt bij deurwaardersexploot, waarbij de schuldenaar over dertig dagen beschikt om verzet aan te tekenen door een dagvaarding bij de beslagrechter. Deze dagvaarding schorst de tenuitvoerlegging van het dwangbevel. Zonder verzet kan de overheid die merkt dat er na het versturen van het dwangbevel nog niet betaald wordt, de wettelijke hypotheek vestigen voorzien in artikel 15.8.14 DABM. Het zelfde artikel geeft de overheid ook een algemeen voorrecht op alle roerende goederen van de schuldenaar. Het leggen van bewarend beslag kan rechtstreeks op basis van het dwangbevel gebeuren. Zo wordt het innen van overheidskosten een stuk gemakkelijker dan ingeval men eerst een procedure moet voeren om de kosten als vergoedbare schade te laten erkennen en ze te begroten, om zo aan een uitvoerbare titel te komen waarvan men dan het respect kan afdwingen.

²⁰ Decreet van 21 december 2007 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XV Milieuschade, tot omzetting van de Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende de milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, B.S. 12 februari 2008.

²¹ Zie artikel 15.8.1., tweede lid, DABM, volgens artikel 1, 8° van het Besluit Vlaamse Regering van 19 juli 2013 is de gedelegeerde de overheidsinstantie aan wie de bevoegde instantie een of meer van haar taken delegeert met toepassing van artikel 15.8.1, tweede lid, van het decreet van 5 april 1995.

²² Art. 16.5.2., §1 DABM schrijft voor dat het dwangbevel wordt geïssueerd en uitvoerbaar verklaard door een ambtenaar die daartoe door de Vlaamse Regering wordt aangewezen.

15. De positie van de schuldenaar die van oordeel is dat de kostenberekening te hoog is of om een andere redenen niet klopt, is een stuk minder benijdenswaardig. Hij zal zelf een vordering moeten inleiden bij de beslagrechter om de uitvoering van het dwangbevel te betwisten. Daarbij kan de begroting van de kosten betwist worden. Als de beslagrechter ertoe moet overgaan om de begroting van de schuldvordering te controleren waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, kan de beslagrechter oordelen dat het dwangbevel slechts deels of geheel niet beantwoordt aan de omschrijving van een uitvoerbare titel wegens vaststaande en zeker zaken, dé voorwaarde uit artikel 1494, eerste lid Ger.W., om aan de beslagrechter uitvoering te vragen. In dat geval beperkt de beslagrechter de tenuitvoerlegging tot het gedeelte van het dwangbevel dat wel aan de vermelde voorwaarden voldoet²³.

16. Het werken met een dwangbevel bij het innen van overheidskosten lijkt vreemd wanneer de wettelijke regeling die de kostenterugwinning voorziet niets opneemt over de manier waarop deze kosten berekend worden. Het is dan immers toch moeilijk om te stellen dat de terugvordering van de overheidskosten prima facie voldoet aan de vereisten van artikel 1494 Ger.W.. Discussies over de wijze waarop de vergoeding berekend wordt, of alle aangehaalde schadeposten wel in aanmerking komen, horen eigenlijk niet bij de beslagrechters thuis.

Het valt daarbij op dat er geen procedure voorzien is om met tegenspraak de kosten te bepalen die door de schadeveroorzaker betaald moeten worden, vooraleer er een dwangbevel wordt uitgevaardigd. Er mag verwacht worden dat er informeel wel overleg is tussen de schadeveroorzaker en de bevoegde entiteit om dat bedrag te begroten. Zeker als men rekening wil houden met beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het hoorrecht. Er zijn geen rechtszaken gevonden waarin het werken met dwangbevelen voor het vergoeden van genomen maatregelen bij (dreigende) milieuschade aan bod komt. Dat hoeft niet te verwonderen nu Titel XV DABM in Vlaanderen weinig toegepast wordt. Dat blijkt uit de tweejaarlijkse rapporteringen die alle lidstaten aan de Commissie bezorgen²⁴. Bij incidenten die zouden kunnen aanleiding geven tot milieu-

²³ Cass. AR C.18.0517.N, 14 juni 2019.

²⁴ Implementation of the Environmental Liability Directive – Belgium 2019, Outcome of the Specific Contract “Support for the REFIT actions for the ELD – phase 2” (No 07.0203/2017/771706/SER/ENV.E.4) p. 18-19, terug te vinden via https://circabc.europa.eu/ui/group/cafdbfbb-a3b9-42d8-b3c9-05e8fc6a6fe/library/82e90a00-fa70-4af6-bc4b-ab54207b1694?p=1&n=10&sort=modified_DESC, geconsulteerd op 6 maart 2021. Men rapporteerde 1 zaak in 2012, en 4 gevallen waarin preventieve maatregelen werden genomen waarna er geen aanzienlijke schade werd vastgesteld.

schade zet men in de regel de instrumenten in voor de bestuurlijke maatregelen uit titel XVI DABM, wat werkt vlotter dan de milieuschaderegeling.

In titel XVI DABM zit ook een kostenregeling, we bekijken dat onder punt c.

b.2. Het kostenverhaal in uitvoering van de Milieuschaderichtlijn in federale regelgeving

I. DE WET CIVIELE BESCHERMING

17. In artikel 2bis/2 en 2bis/3 Wet Civiele Bescherming²⁵, ingevoegd in 2007, wordt het kostenverhaal geregeld in het kader van de Milieuschaderichtlijn. De diensten die onder de toepassing van de Wet Civiele Bescherming vallen, zullen in vele gevallen bij dergelijke schadegevallen betrokken worden.

Artikel 2bis/2, §1, Wet Civiele Bescherming bevat de nodige definities om de regeling te kunnen uitvoeren. Ons belangt daarbij punt 3° aan, de definitie van de kosten: “kosten die verantwoord zijn in het licht van de tussenkomst door de diensten van de civiele bescherming en de openbare brandweerdiensten, met inbegrip van ramingskosten van milieuschade of de onmiddellijke dreiging dat zulke schade ontstaat en de kosten van alternatieve maatregelen, alsook de administratieve, juridische en handhavingskosten, de kosten van het vergaren van gegevens en andere algemene kosten, en de kosten in verband met monitoring en toezicht”.

In de tweede paragraaf van artikel 2bis/2 wordt de terugvordering van de kosten ten laste van de exploitant voorzien in het eerste lid. In het tweede lid wordt geregeld in welke omstandigheden de exploitant de kosten niet moet dragen.

Voor het verhaal van de kosten in het kader van de Milieuschaderichtlijn verwijst artikel 4 in combinatie met artikel 3 van het K.B. van 25 april 2007, net zoals voor de andere kosten, naar de bevoegdheid van de hulpverleningszones om tarieven te bepalen, en naar de bijlage 1 voor wat de kosten van de interventies van de operationele eenheden van de Civiele Bescherming betreft die door de federale overheid verhaald worden.

II. VERVOER OVER DE WEG, PER SPOOR, OVER DE BINNENWATEREN, OVER ZEE OF IN DE LUCHT

18. Met artikel 224 van de Wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV)²⁶ werd een decretale grondslag gecreëerd voor het Koninklijk Besluit van 8 november 2007 om de Milieuschaderichtlijn, met inbegrip van het kostenverhaalregime, te implementeren voor de voorkoming en beperking van

²⁵ Alsook in de artikelen 179 en 180 van hoofdstuk X van de Wet Civiele Veiligheid van 2007.

²⁶ B.S., 8 mei 2007.

milieuschade door het vervoer over de weg, per spoor, over de binnenwateren over zee of in de lucht van gevaarlijke of verontreinigende goederen, van genetisch gemodificeerde organismen en van invasieve uitheemse soorten,²⁷.

19. Het verhalen van de kosten voor de preventieve maatregelen en de herstelmaatregelen die de bevoegde instantie maakte, is geregeld in artikel 9, §2, van het K.B. van 25 april 2007. Naast het principe van de verhaalbaarheid van die kosten, wordt de mogelijkheid voorzien om het verhaal via een zekelijke zekerheid of een andere geschikte waarborg te verzekeren. Er is een ministerieel besluit nodig, overlegd in Ministerraad, om te bepalen welke zekerheden en waarborgen kunnen worden aangesproken en hoe dit moet gebeuren. Tot nog toe is dergelijk M.B. er niet.

Door de zesde staatshervorming zijn bepaalde materies die geregeld worden in dit K.B. bevoegdheden van de gewesten geworden. Zowel het Vlaamse Gewest als het Brussels Hoofdstedelijke Gewest bracht wijzigingen aan²⁸, maar niet aan de artikelen die over het verhalen van kosten gaat.

III. *HET OP DE MARKT BRENGEN VAN GGO'S OF PRODUCTEN MET GGO'S*

20. De Milieuschaderichtlijn is ook van toepassing op het in de handel brengen van GGO's of van producten met GGO's. Het op de markt brengen

²⁷ Koninklijk besluit van 8 november 2007 betreffende de preventie en het herstel van milieuschade ten gevolge van het vervoer over de weg, per spoor, over de binnenwateren of in de lucht van: uitheemse plantensoorten evenals van uitheemse diersoorten en hun krengen, naar aanleiding van de in-, de uit- en de doorvoer ervan; alsook van afvalstoffen bij hun doorvoer, B.S., 9 november 2007.

²⁸ Ordonnantie van 6 mei 2021 houdende wijziging van de ordonnantie van 14 juni 2012 betreffende afvalstoffen, van het Wetboek van 25 maart 1999 van inspectie, preventie, vaststelling en bestraffing van milieumisdrijven, en milieuaansprakelijkheid, van de ordonnantie van 5 maart 2009 betreffende het beheer en de sanering van verontreinigde bodems, van het koninklijk besluit van 8 november 2007 betreffende de preventie en het herstel van milieuschade ten gevolge van het vervoer over de weg, per spoor, over de binnenwateren of in de lucht van: uitheemse plantensoorten evenals van uitheemse diersoorten en hun krengen, naar aanleiding van de in-, de uit- en de doorvoer ervan; alsook van afvalstoffen bij hun doorvoer en van de ordonnantie van 22 april 1999 tot vaststelling van de ingedeelde inrichtingen van klasse IA bedoeld in artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen; Besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2015 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 november 2007 betreffende de preventie en het herstel van milieuschade ten gevolge van het vervoer over de weg, per spoor, over de binnenwateren of in de lucht van: uitheemse plantensoorten evenals van uitheemse diersoorten en hun krengen, naar aanleiding van de in-, de uit- en de doorvoer ervan; alsook van afvalstoffen bij hun doorvoer, wat betreft de opheffing van de regeling rond de doorvoer van afvalstoffen

is een federale aangelegenheid, geregeld in de wet van de wet van 20 juli 1991 houdende sociale en diverse bepalingen²⁹. De Milieuschaderichtlijn werd voor deze materie omgezet via het Koninklijk besluit van 3 augustus 2007 betreffende de preventie en het herstel van milieuschade bij het in de handel brengen van genetisch gemodificeerde organismen of van producten die er bevatten³⁰.

Artikel 10 van het KB van 3 augustus 2007 regelt het kostenverhaal op dezelfde manier als artikel 9, §2, van het K.B. van 25 april 2007 dat doet. Hier is evenmin een ministerieel besluit terug te vinden die de zekerheidstelling regelt.

IV. DE WET MARIENE MILIEU

21. Reeds bij het van kracht worden van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België³¹ (verder: Wet Mariene Milieu) werd in artikel 23 ervan voorzien dat de overheid ambtshalve maatregelen kon opleggen tot het voorkomen, beperken of ongedaan maken van de schadelijke gevolgen van een ongeval op zee. De federale staat kon in 1999 al op basis van artikel 24 Wet Mariene Milieu van de scheepseigenaar, betrokken bij het scheepvaartongeval, een borgsom eisen ten belope van het maximum van de mogelijke aansprakelijkheidslimieten, zoals vastgelegd in internationale verdragen en in de Belgische wetgeving. De scheepseigenaar kon de federale staat in de plaats van een borgsom ook een bankgarantie bieden of een door de overheid ontvankelijk verklaarde garantie getekend door een “Protection and Indemnity Club”. Bij weigering tot het storten van een borgsom of het verstrekken van een bankgarantie kan de overheid overgaan tot het vasthouden van het schip.

22. Door een wetswijziging van 2007³² werd de Milieuschaderichtlijn geïmplementeerd in de Wet Mariene Milieu. De terugvorderbaarheid van de overheidskosten bij gebrek aan optreden of bij gebrekkig optreden van de exploitant werd opgenomen in het nieuwe artikel 24bis van de wet. Ook voor deze kosten

²⁹ B.S., 1 augustus 1991, meer bepaald in hoofdstuk II van titel V van de wet.

³⁰ B.S., 20 september 2007.

³¹ B.S. 12 maart 1999. Door een wetswijziging in 2012 werd de titel van de wet aangevuld tot: Wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België (Wet van 20 juli 2012 tot wijziging van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, wat de organisatie van de marine ruimtelijke planning betreft, B.S. 11 september 2012).

³² Wet van 21 april 2007 tot wijziging van de wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België, B.S. 10 mei 1999.

is voorzien in de mogelijkheid om een borgsom te eisen of een bankgarantie, of het aanhouden van het schip (art. 24ter Wet Mariene Milieu). Daar hoort ook een Koninklijk besluit van 25 oktober 2007 bij “betreffende herstelmaatregelen ingevolge de aanmerkelijke aantasting van het mariene milieu en de terugvordering van de kosten voor de preventieve maatregelen, inperkingsmaatregelen en herstelmaatregelen”³³. In hoofdstuk III ervan wordt de terugvordering van de kosten voor preventieve maatregelen, inperkingsmaatregelen en herstelmaatregelen verder geregeld. De kosten worden vastgesteld aan de hand van een kostenverslag per groep van genomen maatregelen (art. 23, §1 K.B. 25 oktober 2007). De inhoud van het kostenverslag wordt bepaald in artikel 23, §2, van het Koninklijk Besluit. Zo wordt onder meer het ingezette personeel opgelijst en het aantal uren besteed aan de maatregelen, het ingezette materiaal en het aantal uren van gebruik ervan en voor zover van toepassing de relevante gegevens met betrekking tot de door derden geleverde prestaties ter uitvoering van de bevoegdheden van de overheid met bevoegdheid op zee.

23. De manier waarop de kostprijs voor het inzetten van personeel moet worden berekend, is vastgelegd in paragraaf 3 van het zelfde artikel. Voor de begroting van de kosten voor het ingezette materieel is een opsomming terug te vinden in de vierde paragraaf van artikel 23. Daarbij valt op dat men daarbij rekening moet houden met de kostprijs van de vervanging van het materieel of het herstel. Het is de bedoeling dat de overheid voor die berekeningen bedragen vaststelt in een retributiereglement (art. 23, §5 K.B. 25 oktober 2007). Als men geen dergelijke tarieven vastgesteld zijn, wordt een tarief toegepast dat vergelijkbaar is met de marktprijs voor gelijkaardige prestaties rekening houdend met de eventuele kostenverhoging gebonden aan het dringende of buitengewone karakter van bepaalde prestaties.

De kostprijs van de onrechtstreekse kosten verbonden met de ingezette materiële en menselijke middelen wordt volgens paragraaf 6 van het zelfde artikel begroot op maximaal 12,5 % van de op basis van de paragrafen 3 tot 5 begrote kostprijs. De kostprijs om bij voorbaat over de nodige materiële en menselijke middelen te beschikken, komt overeen met een bedrag van 10 % van de op basis van de paragrafen 3 tot 5 begrote kostprijs (art. 23, §7, K.B. 25 oktober 2007).

C. DE KOSTEN GEMAAKT VOOR DE HANDHAVING ZOALS VOORZIEN IN TITEL XVI DABM

24. Bij de handhaving van het milieurecht zoals geregeld in titel XVI DABM kunnen bestuurlijke maatregelen (art. 16.4.7, § 1, DABM) opgelegd

³³ B.S., 9 november 2007.

worden zoals een stopzetting van (een deel van) de activiteit, het wegruimen van afval,..., die bij stilzitten van de vermoede overtreder of zijn gebrekkig optreden ambtshalve uitgevoerd kunnen worden. Die zelfde titel van het DABM voorziet ook in de tenuitvoerlegging van veiligheidsmaatregelen.

Voor de invordering van alle kosten waarmee dit gepaard kan gaan, voorziet artikel 16.5.2 DABM het werken met een dwangbevel voor zover de schuldenaar in gebreke blijft om deze kosten te betalen. De regeling is identiek aan de invordering van de kosten gemaakt door de bevoegde instantie in het kader van het voorkomen, beperken of herstellen van milieuschade, geregeld in titel XV DABM, meer bepaald in artikel 15.8.13. en 15.8.14 DABM.

25. Ook hier is het toch wat vreemd om met dwangbevelen te werken voor het invorderen van overheidskosten waarvoor geen nadere regeling voor de berekening voorzien is. Naast de wel haast onvermijdelijke kosten die derden zullen factureren aan de overheid die in de plaats van de overtreder optreedt, zullen er ook eigen kosten zijn van de betrokken overheid waarvoor dus geen verdere regelgeving terug te vinden is.

Werken via dwangbevel, en dus veronderstellen dat de kostenberekening *prima facie* voldoet aan de vereisten van artikel 1494 Ger.W., lijkt geen gelukkige keuze als men oog heeft voor de werking van de beslagrechters en de rechten van de overtreder (zie ook nr.16).

Er werd geen relevante rechtspraak gevonden en in de milieuhandavingsrapporten wordt niet ingegaan op de ambtshalve uitvoering van bestuurlijke maatregelen, zodat we niet weten of dat (vaak) gebeurt en evenmin hoe de kostenterugvordering in de praktijk verloopt.

3. Terugvorderen van overheidskosten via het gemene recht

A. DE THEORIE VAN HET DOORBREKEN VAN HET CAUSAAL VERBAND

26. Naar Belgisch recht wordt het oorzakelijk verband tussen de fout – of het voorval dat tot de aansprakelijkheid kan leiden bij foutloze aansprakelijkheid – en de schade opgevat als een *conditio sine qua non*-verband, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang het relatieve belang van de fouten die een noodzakelijke voorwaarde voor de schade opleveren (de zgn. equivalententieleer). Iedere fout of gebeurtenis zonder dewelke de schade zich niet op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordoet, wordt als oorzaak van de schade beschouwd, zonder enige selectie.

In nogal wat gevallen van milieuaantasting en bij andere calamiteiten komen overheden tussen om ervoor te zorgen dat de gevolgen van het schadeveroorzakend feit zo klein mogelijk blijven of staan ze in voor de opruiming van de

verontreiniging. Zo ruimt het Vlaamse Gewest vaak oliesporen of andere verontreinigingen op waterlopen op of komt de brandweer tussen om na een verkeersongeval de oliesporen van de rijweg te kuisen.

27. Of een overheid schadevergoeding kan bekomen voor kosten die gemaakt zijn op basis van een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting, als gevolg van een onrechtmatige daad van een derde of als gevolg van een schadeverwekkende gebeurtenis waarvoor een derde objectief aansprakelijk wordt gesteld, is vanaf de jaren '30 van de vorige eeuw een vraagpunt geweest in rechtsleer en rechtspraak. Het ging om gevallen waarin geen wettelijk kostenverhaal is voorzien.

Daarvoor onderzocht de rechtspraak of dergelijke kosten gekwalificeerd konden worden als vergoedbare schade, zoals voor alle ander schadeclaims. De eerste keren dat het Belgische Hof van Cassatie zich vragen stelde of dit “zo-maar” kon, hadden betrekking op de terugvordering van uitkeringen gedaan door een verzekeraar, of naar aanleiding van invaliditeit van ambtenaren voor wie de overheid het betaalde loon terugvorderde³⁴. Was de verzekeringsuitkering niet het gevolg van de betaalde premies eerder dan van het ongeval? Had de overheid bij het bepalen van een ambtenaarswedde geen rekening gehouden met doorbetalingsverplichtingen bij ziekte en invaliditeit en die wedde daarom beperkt, waardoor de doorbetaling van de wedde voortkwam uit het eerder gepresteerde werk en niet door het schadeverwekkend feit?

28. Onder invloed van de visie van Henri De Page op dergelijke zaken³⁵, een voor de toepassing van het Belgisch burgerlijk recht erg belangrijke en invloedrijke rechtsgeleerde, verschoof de klemtoon in deze rechtsgedingen snel naar het causaal verband-vereiste. Met name was men van oordeel dat de wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting die de overheid nakwam door dergelijke onkosten te maken, tot gevolg heeft dat de uitbetaling een eigen oorzaak heeft die op zichzelf de betaling rechtvaardigt. Daardoor wordt het oorzakelijk verband tussen de gemaakte kosten en de fout of de objectieve aansprakelijkheidsgrondslag doorbroken, en is vergoeding van dergelijke kosten op basis van het aansprakelijkheidsrecht niet mogelijk.

In het Walter Kay-arrest van 28 april 1978 stelde het Hof van Cassatie categoriek dat als een overheid kosten doet alleen om zich te kwijten van haar verplichtingen, zij door de loutere vervulling van die verplichtingen geen schade

³⁴ Cass. 25 mei 1936, *Pas.* 1936, I, 267; Cass. 19 april 1937, *Arr.Verbr.* 1937 31; Cass. 17 januari 1938, *Arr.Verbr.* 1938, 3..

³⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1934, 815, nrs. 962-963.

lijdt die in oorzakelijk verband staat met de eventuele fout begaan door een derde³⁶.

29. Het Hof van Cassatie is in twee bewegingen van die rechtspraak afgestapt. De eerste bijsturing kwam er met een arrest van 13 april 1988³⁷ in een zaak waarbij overheidskosten verhaald werden voor het schoonmaken van een weg na ladingverlies door een vrachtwagen. Men houdt vast aan de leer van de doorbreking van het causaal verband, maar stelt dat het causaal verband niet verbroken wordt als de wettelijke of reglementaire verplichting “secundair is ten opzichte van de op de dader van een misdrijf of van een on-eigenlijk misdrijf rustende verplichting om een door zijn toedoen ontstane toestand te doen ophouden”.

Wanneer dergelijke wettelijk of reglementair verplichte tussenkomst secundair is, bleef onduidelijk en werd geval per geval bekeken.

30. De tweede bijsturing kwam er met vijf arresten van 19 en 20 februari 2001 waarin komaf gemaakt wordt met de theorie van het doorbreken van het causaal verband door tussenkomst van een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting³⁸. Het Hof oordeelde in deze arresten dat de stelling dat het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade doorbroken wordt wanneer de verplichting van het overheid niet secundair, berust op een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof keert terug naar de oorspronkelijke visie dat dergelijke gevallen benaderd moeten worden vanuit het schadebegrip.

Het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting om naar aanleiding van een fout van derden kosten te maken, sluit volgens het Hof niet uit dat schade in de zin van artikel 1382 B.W. ontstaat, *tenzij wanneer uit de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement blijkt dat de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten*.

In deze nieuwe benadering is dus de bedoeling van de wetgever of van de partijen bij het contract doorslaggevend.³⁹

³⁶ Arr.Cass. 1978, 1004.

³⁷ Arr.Cass. 1987-1988, 1020.

³⁸ Cass. 19 februari 2001, C.99.0014.N, Arr.Cass. 2001, 324; Cass. 19 februari 2001, C.99.0228.N, Arr.Cass. 2001, 330; Cass. 19 februari 2001, C.00.0242.N, Arr.Cass. 318, Cass. 19 februari 2001, C.99.0183.N, Arr.Cass. 2001, 329 en Cass. 20 februari 2001, P.98.01629.N, Arr.Cass. 2001, 336.

³⁹ I. BOONE, “Uitgaven of prestaties gedaan krachtens een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting: van schade naar (verbreking van) oorzakelijk verband en terug naar schade”, in P. TAELEMAN (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen, XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 2006-2007*,

B. OVERHEIDSKOSTEN BIJ MILIEUSCHADE EN ANDERE INTERVENTIES EN HET SCHADEBEGRIIP UIT ART. 1382 E.V. B.W.

b.1. Algemeen

31. De nieuwe toetssteen om na te gaan of de kosten gemaakt door een overheid naar aanleiding van ongevallen en andere schadegevallen terug te vorderen zijn, is dus de bedoeling van de wetgever. Het antwoord vinden op de vraag of uit de inhoud of de strekking van de wet, het reglement of het contract blijkt dat de gemaakte kosten definitief voor rekening moeten blijven van degene die ze heeft moeten maken, is in wezen een beleidsvraag, nu de regelgever zelf zich daar niet vaak over uitspreekt in voorbereidende teksten zoals een memorie van toelichting, een nota aan de Vlaamse Regering,....

Er wordt dan een waardeoordeel gevraagd over welke belangen bescherming verdienen op grond van het aansprakelijkheidsrecht⁴⁰. Het is de rechter die dit moet beoordelen⁴¹, niet de partijen die dit moeten bewijzen, maar uiteraard dragen zij wel argumenten aan in de ene of andere richting.

Dat plaatst de rechter in een ongemakkelijke positie en heeft tot gevolg dat dezelfde feiten tot een andere beslissing kunnen leiden als men een ander visie heeft. Het vergt ook een duidelijke motivering van de keuze die de rechter maakt om deze te kunnen begrijpen en eventueel toetsen.

In feite heeft het Hof van Cassatie met de arresten van 2001 het onduidelijke criterium van de "secundaire verplichting" vervangen door een al even onduidelijk criterium waardoor de uitkomst van de rechtspraak niet gemakkelijk te voorspellen valt⁴². Dat plaatst zowel de overheidsinstantie die de kosten maakte

Mechelen, Wolter Kluwer, 2007, 245-268. Zie ook M. VANQUICKENBERNE, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 200-2007, Deel I. Oorzakelijk verband (1)', *TPR* 2010, nrs. 34-39, p. 348-359 en B. DUBUISON, "Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale, *JT* 2010, afl. 6417, 745-754.

⁴⁰ I. BOONE, "Uitgaven of prestaties gedaan krachtens een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting: van schade naar (verbreking van) oorzakelijk verband en terug naar schade", in P. TAELEMAN (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen, XXXIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 2006-2007*, Mechelen, Wolter Kluwer, 2007, 269-271, en in het bijzonder voetnoot 123. Zie o.a. Cass. 18 september 2007, P.07.0005.N; Cass. 23 oktober 2012, P.12.0318.N; Cass. 1 oktober 2015, C.14.0557.N.

⁴¹ Cass. 18 september 2007, P.07.0005.N; Cass. 23 oktober 2012, P.12.0318.N; Cass. 7 mei 2015, C.14.0011.F en Cass., 1 oktober 2015, C.14.0557.N.

⁴² In dat opzicht roept Borucki de raadsheren van het Hof van Cassatie op om duidelijk richtlijnen uit te zetten in hun rechtspraak: C. BORUCKI, "Kostenverhaal door de gemeente: de veiligheidsverplichting uit artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet en de leer van de juridisch zelfstandige oorzak arrest van 7 januari 2016", *TBBR* 2018, 24. 5

als degene van wie de kosten worden gevorderd, in een moeilijke positie. De ene moet kiezen kosten al dan niet terug te vorderen en de andere moet beslissen al dan niet op dergelijk vraag in te gaan of een proces te riskeren.

32. De vraag rijst ook in hoeverre het criterium van voor de cassatiearresten van 2001 verschilt van het nieuwe criterium. Het nieuwe uitgangspunt lijkt te zijn dat alle overheidskosten verhaalbaar zijn, tenzij uit de regelgeving blijkt dat het de bedoeling is dat de betrokken kosten wel degelijk ten laste van de overheid blijven⁴³. Dit spoort met de visie dat het aansprakelijkheidsrecht uit het burgerlijk wetboek het gemene recht is, waarvan dan met bijzondere wetgeving kan afgeweken worden⁴⁴. Zolang er geen specifieke, afwijkende wetgevende bepaling is, zijn de gemeenrechtelijke regels van toepassing. In de nieuwe regeling zoekt de schadeveroorzaker argumenten ten de terugvorderbaarheid van de kosten, in de oude regeling zocht de eisende overheid argumenten in de regelgeving om aan te tonen dat haar optreden secundair was aan de verplichtingen die op de schadeveroorzaker rustten.

De rechtspraak die tussen 1988 en 2001 tot stand is gekomen, blijft m.i. nuttig: telkens er een secundaire verplichting is vastgesteld in een vonnis of arrest kan men nu argumenteren dat de regelgeving waaruit de secundaire verplichting volgt, geen grondslag biedt om te besluiten dat de kosten van de overheid definitief bij haar moeten blijven liggen⁴⁵.

33. Het valt niet uit te sluiten dat de rechtspraak over het doorbreken van het causaal verband door tussenkomst van een wettelijke of reglementaire verplichting en de vernieuwde aanpak die vraagt om de bedoeling van de wetgever na te gaan, ervoor gezorgd heeft dat er regelgeving tot stand is gekomen waarin uitdrukkelijk voorzien wordt dat kosten van overheidsinterventies verhaald kunnen worden (zie bijvoorbeeld voor brandstichting nr.9).

Immers, wanneer de wil van de wetgever uitdrukkelijk terug te vinden is in de regelgeving, is geen interpretatie door de rechter nodig. We zagen hiervoor dat interventies van brandweer, hulpverleningszones en civiele bescherming zo geregeld zijn dat duidelijk is wanneer wel en wanneer niet tot kostenverhaal overgegaan kan worden en ook de inhoud zelf van het kostenverhaal

⁴³ H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUTHOF, Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels, Brugge, die Keure, 2014, 54, nr. 80

⁴⁴ L.CORNELIS, "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband", in M. DEBAENR en PSOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen* Brussel, DE Boeck en Larcier, 2005, 170-171, nr. 23.

⁴⁵ Zie in dezelfde zin J. BAECK, "Wat is "Combitaks"? Heffing op het vervoer van personen met een politievoertuig wegens bestuurlijke aanhouding" *NJW* 2003 p. 916.

goed beschreven wordt. Ook waar de Milieuschaderichtlijn geïmplementeerd werd, is duidelijk dat kostenverhaal de regel is en voor welke schadeposten, nu de richtlijn dit zelf oplegt (zie nr. 10 en 11).

b.2. Regelgeving waarin indicaties terug te vinden zijn over de bedoeling van de regelgever

34. Naast regelgeving waarin het verhaalrecht voor overheidskosten uitdrukkelijk geregeld werd, is er ook regelgeving waaruit men duidelijk kan afleiden dat kosten voor overheidsinterventies verhaald kunnen worden zonder meer.

Als bij *bodemverontreiniging* de OVAM ambtshalve maatregelen uitvoert omdat de saneringsplichtige niet of niet adequaat reageert, is duidelijk dat op basis van 16 Bodemdecreet van 27 oktober 2006 dergelijke kosten vergoed moeten worden door de saneringsplichtige. Worden de maatregelen opgelegd onder de vorm van bestuurlijke maatregelen zoals voorzien in art. 16.4.7. DABM, dan blijkt uit 16.5.1, §1, tweede lid, DABM dat het om terugvorderbare kosten gaat.

Ingeval de OVAM ambtshalve tot sanering overgaat omdat de saneringsplichtigen vrijgesteld konden worden van die verplichting, blijkt uit artikel 16 Bodemdecreet van 27 oktober 2006 dat de kosten voor de sanering verhaald kunnen worden op de aansprakelijke⁴⁶. Uiteraard zal de OVAM in dergelijk geval de gevolgen van de verjaringsregeling moeten ondergaan, wat zeker bij historische verontreiniging tot gevolg heeft dat kostenverhaal vaak onmogelijk zal zijn.

35. Ook bij het opruimen van *achtergelaten afval* werd door de wetgever aangegeven dat het niet de bedoeling is dat de kosten die de overheid daarbij maakt, ten laste van die overheid moeten blijven. Artikel 10 van het Materiaalendecreet⁴⁷ legt de kosten van het afvalstoffenbeheer bij de oorspronkelijke

⁴⁶ Deze bepaling is overgenomen uit het decreet van 1995 betreffende de bodemsanering, art. 32. Uit de parlementaire voorbereiding van de betrokken bepalingen uit dat eerste Bodemsaneringsdecreet en de formulering van artikel 16 en het oude artikel 32, § 1 blijkt duidelijk dat het niet de bedoeling is dat de kosten voor de sanering definitief ten laste blijven van de saneringsplichtige: ze kunnen verhaald worden op degene die de op te kuisen verontreiniging veroorzaakte. Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Vlaamse Parlement 1993-94, nr. 587/1, 3, 11 en 18, zie ook D. RYCKBOST en S. DELODDERE, Bodemsanering in Vlaanderen, Antwerpen, Kluwer, 1997, 113-114.

⁴⁷ Decreet van 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, B.S. 28 februari 2012: “Met behoud van de toepassing van artikel 21 en overeenkomstig het beginsel ‘de vervuiler betaalt’ worden de kosten van het afvalstoffenbeheer, met inbegrip van de kosten voor de noodzakelijke infrastructuur en de exploitatie- en onderhoudskosten, op de afvalstoffenhebbende toegevoerd.”

afvalstoffenproducent, de huidige of de vorige houders van afvalstoffen of de producent van het product. Artikel 12, §3, van het Materialendecreet verplicht de beheerder van afvalstoffen alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden genomen om gevaar voor de gezondheid van de mens of voor het milieu, meer bepaald risico voor water, lucht, bodem, fauna en flora, geluids- of geurhinder, schade aan natuur- en landschapsschoon te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken.

Is er sprake van een overtreding van de regelgeving ter zake, en worden de opruimingsmaatregelen opgelegd onder de vorm van bestuurlijke maatregelen zal ook hier artikel 16.5.1., §1, tweede lid, DABM duidelijk aangeven dat deze kosten terugvorderbaar zijn.

Komt het tot een strafrechtelijke veroordeling, dan voorziet artikel 16.6.4., tweede lid DABM, dat de veroordeelde worden verplicht tot terugbetaling van de kosten voor het inzamelen, vervoeren en verwerken van de afvalstoffen door de gemeente, door de Openbare Afvalstoffenmaatschappij of door het Vlaamse Gewest.

36. De vraag rijst of men uit het feit dat een exploitant van een ingedeelde inrichting volgens artikel 5.4.9, §2, tweede lid, DABM in geval van incidenten en ongevallen die de mens of het milieu aanzienlijk beïnvloeden, onmiddellijk de nodige maatregelen moet nemen om de gevolgen ervan te beperken en om verdere incidenten en ongevallen te voorkomen, ongeacht de verleende omgevingsvergunning, kan afleiden dat overheidskosten dan altijd terug gevorderd kunnen worden als de exploitant er niet in slaagt deze verplichting zelf na te komen.

Is er een verschil tussen de vaststelling dat iemand moet instaan voor de schade veroorzaakt door zijn fout, waarbij dus de primaire herstelplicht ligt bij de schadeverwekker, en het antwoord op de vraag of de overheid die deze kosten in plaats van de schadeverwekker maakt, kosten maakt die niet ten laste van die overheid moeten blijven? M.i. niet en kan men ook hier besluiten dat overheidskosten gemaakt door het in gebreke blijven van de exploitant, terug gevorderd kunnen worden via het aansprakelijkheidsrecht.

37. De scheepvaartpolitie die in de plaats van een aarzelende kapitein de nodige maatregelen nam om het slagzij makende schip en zijn lading veilig te stellen, kon de gemaakte kosten terugvorderen van de kapitein. Uit artikel 17 van het daar van toepassing zijnde K.B. van 23 september 1992 houdende het

tatie ervan, gedragen door de oorspronkelijke afvalstoffenproducent, de huidige of de vorige houders van afvalstoffen, de producent van het product waaruit het afval is voortgekomen, of de distributeurs of invoerders van een dergelijk product. De Vlaamse Regering kan daarvoor nadere regels vaststellen.”.

politierglement van de Beneden-Zeeschelde werd door de bodemrechter afgeleid dat er sprake was van schade die niet definitief bij de scheepvaartpolitie moest blijven liggen. Het artikel voorziet dat als de scheepvaartpolitie maatregelen oplegt in het belang van de veiligheid van de scheepvaart, de eigenaars, exploitanten, kapiteins of schippers deze maatregelen onmiddellijk moeten opvolgen, anders worden deze ambtshalve en op hun kosten en risico uitgevoerd.

Deze interpretatie werd door het Hof van Cassatie in een arrest van 18 februari 2019 bevestigd: door te oordelen dat de kosten voor maatregelen definitief ten laste dienen te blijven van de overheid en deze kunnen verhaald worden op de eiseres, verantwoorden de appelrechters hun beslissing naar recht⁴⁸.

38. Voor de kosten die gemaakt worden om slecht geparkeerde wagen te takelen kan men de terugvordering baseren op artikel 4.4 van het Wegverkeerreglement 49: “Elke bestuurder van een stilstaand of geparkeerd voertuig moet dit verplaatsen zodra hij daartoe door een bevoegd persoon aangemaand wordt. Weigert de bestuurder of is hij afwezig, dan mag de bevoegde persoon ambtshalve voor de verplaatsing van het voertuig zorgen. De verplaatsing gebeurt op risico en kosten van de bestuurder en de burgerlijk aansprakelijke personen, behalve wanneer de bestuurder afwezig is en het voertuig reglementair is geparkeerd”. Deze bepaling wordt ook toegepast als bij een verkeersongeval wagens getakeld moeten worden.

Op de bestuurder rust immers in eerste instantie de verplichting om het wegdek op te ruimen, en het is slechts wanneer deze verplichting niet wordt nagekomen of niet zelf kan worden nagekomen, dat de tussenkomst van de gemeente voor het vrijmaken van de rijbaan noodzakelijk wordt⁵⁰.

b.3. Personeelskosten als schadepost bij overheidsinterventies

39. Gepubliceerde rechtspraak vindt men doorgaans over situaties waarin de regelgeving niet of niet zo duidelijk is. Bijvoorbeeld wat het terugvorderen van kosten betreft die gemaakt zijn door overheden voor de inzet van personeelsleden wiens opdracht het is bepaalde infrastructuur in stand te houden en te herstellen. In het cassatiearrest van 28 juni 1991 werd aldus geoordeeld over de inzet van onderhoudspersoneel van de intercommunale Gaselwest⁵¹.

⁴⁸ Cass. AR C.18.0325.N, 18 februari 2019.

⁴⁹ Koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer en van het gebruik van de openbare weg.

⁵⁰ Cass. 13 april 1988, *Pas*.1988, I, 943, Pol. Sint-Niklaas 19 maart 1997, *De Verz.* 1998, 116, noot V. BUSSCHAERT.

⁵¹ *Arr.Cass.* 1990, 1069.

De omstandigheid dat een openbaar bestuur beschikt over diensten en personeel voor het beheer van en het toezicht op de wegen en om de noodzakelijke herstellingen daaraan te verrichten, brengt niet mee dat de last van de herstelling moet worden gedragen door dat bestuur wanneer de schade veroorzaakt is door de fout van een derde, aldus het arrest⁵².

Er bestaat ook rechtspraak over de vergoeding voor de inzet van gemeentepersoneel bij het herhuisvesten van personen die verblijven in woningen die niet voldoen aan de elementaire veiligheids-, gezondheids- en woningkwaliteitsnormen. De regeling is opgenomen in boek 3, artikel 3.1. en verder van de Vlaamse Codex Wonen van 2021⁵³. Artikel 3.33 Vlaamse Codex Wonen van 2021 somt op welke kosten verhaald kunnen worden als tot herhuisvesting moet worden overgegaan: 1° de kosten om de woning te ontruimen; 2° de kosten voor het vervoer en de opslag van het meubilair en de goederen van de bewoners; 3° de installatiekosten met betrekking tot de nieuw te betrekken woning; 4° het verschil tussen de kosten per maand van de woning, vermeld in punt 3°, of van het verblijf in een daartoe uitgeruste voorziening, en 20 % van het maandelijks beschikbare inkomen van de bewoner. Indien de gemeente hiervoor eigen personeel inzet, dan zijn deze volgens de geciteerde rechtspraak in voetnoot 49 terugvorderbaar van degene op wie de plicht rust de woning in overeenstemming met de normen te brengen of houden. Hier is wel een wettelijke basis voor kostenterugvordering voorzien, waardoor het gemakkelijker is om ook de kosten voor het inzetten van het eigen personeel van de gemeente terug te vorderen.

40. Er bestaat soortgelijke rechtspraak over de personeelsinzet van het Agentschap Wegen en Verkeer, deel van het Vlaamse Gewest. In het cassatie-arrest van 9 februari 2006⁵⁴ werd de beslissing bestreden die de personeelskosten gemaakt naar aanleiding van een verkeersongeval niet vergoedbaar verklaarde. Het Hof was van oordeel dat de omstandigheid dat een openbaar bestuur personeel in dienst heeft voor het beheer van- en het toezicht op de wegen en om herstellingen uit te voeren aan installaties, welke ook de oorzaak

⁵² Cass. 18 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, 851; en Cass. 9 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 2, 348.

⁵³ Cass. 23 oktober 2012, P.12.0318.N, *Pas.* 2012, 1995, *RW* 2013-14, 459, noot T. VANDROMME, en *TBBR* 2015, 520, noot W. BUELENS; Cass. 1 oktober 2015, C.14.0557.N; Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent, 21 september 2018, *TVred.* 2019, 374 met noot T. VANDROMME. Zie voor een bespreking van deze herhuisvesting de bijdrage van T. VANDROMME, "Deel VII. Verkrotting en leegstand bestrijden", in CALLEBAUT, J., DAMBRE, M., VANDROMME, T., CEENAEME, J., DEFOOR, W., VANMUYSEN, J., CLABOTS, A., VANBIERVLIET, W., VANOPPEN, K., *Vastgoedzakboekje* 2021, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021.

⁵⁴ C.05.0172.N/3, *Arr.Cass.* 2006, afl. 2, 348.

van die herstellingen is, niet met zich mee brengt dat de last van de herstelling moet gedragen worden door eiser wanneer de schade veroorzaakt is door een fout van een derde. In het bestreden vonnis in laatste aanleg werd volgens het Hof ten onrecht beslist dat die beheerskosten geen rechtstreekse schade zijn die uit het schadeverwekkend verkeersongeval voortvloeit nu het bestuur hoe dan ook die permanentie moet hebben om op het even welke stoornis te kunnen reageren en dat haar personeel niet specifiek is aangeworven om herstellingen te verrichten voor een ongeval en ook ter beschikking is voor normale herstellings- en onderhoudswerken. Dit is voor alle overheidsinstanties die over personeel beschikken om hun goederen te beheren een belangrijk precedent om naast de schade aan de weg, de eigen waterloop, de spoorweg,... ook de kosten voor de inzet van het personeel als vergoedbare schade terug te vorderen. Voor kosten van brandweerpersoneel en politiepersoneel wordt verwezen naar punt iv. Hier maakt de vraag naar de vergoedbaarheid van personeelskosten immers deel uit van de vraag of veiligheidstaken die op de overheid rusten op basis van artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet, de Wet Civiele Bescherming,..., verhaalbaar zijn op de schadeverwekker.

41. De hier geciteerde rechtspraak over kostenverhaal bij schadegevallen moet m.i. toch genuanceerd worden. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin inzet van personeelsleden nodig is door de fout van een derde waarbij dat personeel de reguliere taken niet meer kan vervullen⁵⁵, en situaties waarin dit niet zo is. Als optreden bij een schadegeval niet tot gevolg heeft dat andere taken erdoor niet vervuld kunnen worden, lijkt het terugbetalen van die kosten op gespannen voet te staan met het schadebegrip⁵⁶. De overheid bevindt zich dan namelijk niet in een andere toestand dan deze waarin ze zich zou bevinden zonder tussenkomst van de fout van een derde. Wat niet wegneemt dat kosten voor het uitbetalen van overuren dan wel schade kunnen uitmaken die in causaal verband staat met de fout van de derde. Het hiervoor geciteerde cassatie-arrest van 2006 brengt deze nuance niet aan. De zelfde redenering geldt m.i. ingeval men kosten voor verplaatsingen en inzetten van materiaal en materieel tijdens de normale diensturen van het personeelslid

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld voor wat de inzet van NMBS-personeel betreft tijdens het uitvoeren van herstellingswerken nodig na de fout van een derde: Cass. 4 september 1984, Arr.Cass. 1984-85, nr. 2, 2. Idem wat de personeelsinzet van de scheepvaartpolitie betreft die bij het slagzij maken van een schip in de plaats van de aarzelende kapitein het nodige diende te ondernemen waardoor deze agenten niet meer inzetbaar waren voor hun dagdagelijkse taken: Cass. (3e k.) AR C.18.0325.N, 18 februari 2019 (Postoils bv / Vlaams Gewest) <http://www.cass.be> (22 maart 2019).

⁵⁶ Zie over de kosten van het inzetten van de brandweer voor een opzettelijke fout van een derde: Antwerpen, 25 oktober 2011, *R.W.* 2012-13, 991.

terugvordert⁵⁷: Ook hier zal nagegaan worden of het materiaal of materieel meer ingezet werd dan tijdens de gewone werking het geval is.

42. C. Borucki wijst in dergelijke omstandigheden ook op een probleem met het causaal verband tussen de uitgaven van de overheid en de fout van een derde. Uitgaven voor het inzetten van personeel en materiaal die ogenschijnlijk hoe dan ook gedaan zouden zijn, zouden op basis van de equivalentieer niet per definitie de noodzakelijke voorwaarde zijn voor het optreden van de schade⁵⁸. Een *conditio sine qua non*-verband ontbreekt. Bovendien lijkt ook het principe van integrale schadeloosstelling een belemmering te vormen. Als een benadeelde partij in de situatie geplaatst moet worden, waarin zij zich bevonden zou hebben mocht het schadegeval niet hebben plaatsgevonden, dan is geen vergoeding mogelijk van kosten die in die hypothetische situatie ook zouden zijn gemaakt.

Volgens mij kan het *conditio sine qua non*-verband behulpzaam zijn als men twijfelt of er nu werkelijk een schade geleden wordt of niet, maar blijft het aantonen van schade wel centraal staan.

b.4. Kostenverhaal bij het uitoefenen van kerntaken van de overheid

43. Op zoek naar aanknopingspunten bij het beantwoorden van de vraag of de overheidskosten voor het uitvoeren van bepaalde opdrachten definitief ten laste van die overheid moeten blijven of niet, wordt wel meer verwezen naar wat de *kerntaken van een overheid* zouden zijn. Voor dergelijke kerntaken zou het de bedoeling zijn dat de kosten definitief ten laste van de overheid zijn, behoudens andersluidende regelgeving⁵⁹.

Het argument duikt regelmatig op wanneer kosten voor de inzet van de brandweer of politie teruggevorderd worden. Voor brandweerkosten gaat het dan over situaties die niet voorzien zijn in de kostenregeling uit de Wet Civiele Bescherming en het bijhorend K.B., waarbij men kosten wil terugvorderen van de persoon die voor de interventie aansprakelijk kan worden gehouden.

⁵⁷ Antwerpen, 25 oktober 2011, R.W. 2012-13, 991.

⁵⁸ C. BORUCKI, "Kostenverhaal door de gemeente: de veiligheidsverplichting uit artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet en de leer van de juridisch zelfstandige oorzaak", TBBR 2018, 22 en BORUCKI, C., Valse bommeldingen: wie betaalt de rekening? *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 16

⁵⁹ Zie o.a. T. VANSWEEVELT en B WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen- Oxford, Intersentia, 2009, nr. 1346, p.858-859; J. BAECK, "Wat is "Combitaks"? Heffing op het vervoer van personen met een politievoertuig wegens bestuurlijke aanhouding" *NJW* 2003 p. 917.

44. Terugvorderen van brandweer en (lokale) politiekosten wordt vaak in verband gebracht met de *algemene veiligheidsverplichtingen van gemeenten* uit artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet. Het artikel legt de gemeente de taak op om, ten behoeve van haar inwoners, te voorzien in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, veiligheid en de rust openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen.

Daarover zijn er twee basisarresten van het Hof van Cassatie: een arrest van 5 november 2010 en een arrest van 7 januari 2016⁶⁰. Jammer genoeg is het dictum in beide arresten beperkt tot de vaststelling dat de uitspraak in graad van beroep naar recht verantwoord is door te stellen dat “artikel 135, § 2 Nieuwe Gemeentewet niet uitsluit dat de gemeente rechtstreeks schade kan lijden die teruggevorderd kan worden van de aansprakelijke”. Wanneer dat dan anders is, over welke soort interventies het moet gaan, daarover verneemt men in deze arresten niets⁶¹.

45. Het arrest van 5 november 2010 kwam er door een dispuut tussen de stad Aalst en het Vlaamse Gewest over de kosten die de stad maakte om een put in een gewestweg op te vullen. Toen de put in de gewestweg gerapporteerd werd bij de stad Aalst kon men diensten van de wegbeheerder, het Vlaamse Gewest, niet meer bereiken. Daarom besloot de stad, in uitvoering van haar veiligheidsplicht uit artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet, haar kosten te verhalen op het Gewest⁶². In deze zaak kan men m.i. er van uit gaan dat de stad optrad in de plaats van het Gewest die op dat moment niet in staat was snel een oplossing te beiden aan de situatie die de verkeersveiligheid op een gewestweg in gedrang bracht. Men zou er zaakwaarneming in kunnen zien, mocht het optreden van de stad niet tevens te kaderen zijn in haar eigen veiligheidsplicht⁶³. In deze situatie lijkt het logisch dat het niet de bedoeling is dat

⁶⁰ Cass. 5 november 2010, C.09.046.N; Cass. 7 januari 2016, C.15.0231.

⁶¹ Zie o.a. H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIJTHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 54, nr. 80; W. BUELENS, *supra* vn. 19, (524) 530, nr. 18; B. VANHEUSDEN en D. DEKONINCK, “Over het herstel van putten en andere gebrekkige zaken: de gemeente heeft recht op terugbetaling door de bewaarder”, noot onder Cass. 5 november 2010, *TBO* 2012, 196; C. BORUCKI, “Kostenverhaal door de gemeente: de veiligheidsverplichting uit artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet en de leer van de juridisch zelfstandige oorzaak arrest van 7 januari 2016”, *TBBR* 2018, 24.

⁶² Cass. 5 november 2010, C.09.0486.

⁶³ Zaakwaarneming gaat uit van het vrijwillig waarnemen van andermans zaak, dus zonder wettelijke verplichting: art. 1372 B.W., en Cass. AR C.02.0522.F, 6 januari 2005. De eigenaar wiens zaak behoorlijk is waargenomen, moet de verbintenissen nakomen die in zijn naam door de waarnemer zijn aangegaan, hem schadeloos stellen voor alle per-

dergelijke kosten die men eigenlijk voor een ander maakt, definitief ten laste blijven van de overheid die ze maakte.

46. Het onoordeelkundig uitvoeren van verbouwingswerken te Lint gaf aanleiding tot het arrest van 7 januari 2016. De werken brachten de stabiliteit van het betrokken gebouw in gevaar, alsook dat van de woning van de bureu. De gemeente greep in en zorgde voor de stutting van de gebouwen door de brandweer tot de nodige herstellingswerken uitgevoerd konden worden door de betrokkenen. De gemeente vorderde de aldus gemaakte kosten terug van de eigenaars die zonder vergunning en zonder de nodige kennis van zaken het instortingsgevaar veroorzaakten. De zaak werd tot voor het Hof van Cassatie gebracht dat in het arrest van 7 januari 2016⁶⁴ dus oordeelde dat uit artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet niet blijkt dat de uitgaven die de gemeenten op grond van deze wettelijke verplichting moeten doen, definitief te hunnen laste moeten blijven.

In deze zaak lijkt het feit dat de schadeveroorzaker erg roekeloos was geweest en door zijn daden anderen in gevaar bracht, een rol te spelen. Misschien is dat roekeloze gedrag ook de reden waarom de overheid haar kosten wilde verhalen. Hier valt een parallel te trekken met gevallen waarin men bij brandstichting ook zijn kosten voor de bluswerken wil verhalen.

47. Over het terugvorderen van kosten gemaakt door de politie in uitvoering van haar opdracht, is voor zover kon worden nagegaan enkel afwijzende rechtspraak gepubliceerd als regelgeving ontbreekt die de gemaakte politiekosten uitdrukkelijk ten laste legt van degene die deze kosten veroorzaakt⁶⁵. Het is vooral rechtspraak van het hof van beroep te Gent waar men van oordeel is dat uit de geldende wetgeving op politie en justitie blijkt dat de prestaties van overheidsdiensten in het kader van opsporing en bestrijding van vermeende misdrijven definitief voor rekening van die overheidsdiensten blijven, behoudens dus wettelijke uitzonderingen⁶⁶.

soonlijke verbintenissen die hij op zich heeft genomen, en hem alle nuttige of noodzakelijke uitgaven die hij gedaan heeft, vergoeden.

⁶⁴ Cass. 7 januari 2016, C.15.0231.N, TBBR 2018, met noot C. BORUCKI, “Kostenverhaal door de gemeente: de veiligheidsverplichting uit artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet en de leer van de juridisch zelfstandige oorzaak arrest van 7 januari 2016”, p. 22 e.v..

⁶⁵ Zie C. BORUCKI, “Kostenverhaal door de gemeente: de veiligheidsverplichting uit artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet en de leer van de juridisch zelfstandige oorzaak arrest van 7 januari 2016”, TBBR 2018, 23 e.v.

⁶⁶ Zie o.a. Gent 5 mei 2014, RW 2015-16, (1268) 1269; Gent 5 oktober 2015, nr. 2013/BB/136, *juridat.be*; Gent 1 februari 2016, RW 2016-17, (826) 827-828; Gent 12 juni 2017, nr. 2016/BB/44, *juridat.be*.

In die arresten van het Gentse hof van beroep maakt men wel een nuance voor het geval het misdrijf dat aanleiding gaf tot de kosten bijzonder laakbaar is, bijvoorbeeld als er een valse bommelding is of een ander misdrijf waarbij ook sprake is van een schending van artikel 328 Strafwetboek⁶⁷ of bijzonder opzet⁶⁸. Ook in een ouder arrest van het Hof van Cassatie van 1965 is deze visie terug te vinden over een oproep aan de politie door een persoon die goed weet dat die oproep nutteloos is⁶⁹.

48. Naast het voorhanden zijn van regelgeving die het kostenverhaal schraagt, lijkt dus ook de morele laakbaarheid van het gedrag van de schadeveroorzaker een belangrijke rol te spelen in de discussie over de verhaalbaarheid van de schade. Er is wel in geval van brandstichting, ook moreel laakbaar en doorgaans met bijzonder opzet, voor de kosten van de brandweer andere rechtspraak terug te vinden⁷⁰, maar dat laakbaar gedrag mee een rol speelt in het kostenverhaal in het kader van de veiligheidsbevoegdheid van de gemeente lijkt wel duidelijk. Dat men moeilijk de collectiviteit kan laten opdraaien voor de gevolgen van het gedrag van te roekeloze of malafide burgers, lijkt een aanvaardbaar standpunt. Maar in de regelgeving die de betrokken overheidstaken regelt is daarover m.i. niets terug te vinden, het is een interpretatie vanuit een bepaalde maatschappijvisie.

b.5. De vervuiler betaalt

49. Het beginsel “de vervuiler betaalt” is in oorsprong een economisch beginsel dat door de OESO in het leven is geroepen om te verwoorden dat het nodig is om kosten voor milieuaantasting te internaliseren, te verrekenen in de producten die de vervuiler produceert, in plaats van er de gemeenschap voor te laten opdraaien⁷¹. In die filosofie worden producten die op een mili-

⁶⁷ Art. 328 1° “Hij die, hetzij mondeling, hetzij bij een naamloos of ondertekend geschrift hetzij door welke gedraging ook, wetens en willens een vals bericht geeft over het bestaan van gevaar voor een aanslag op personen of eigendommen, waarop een criminele straf gesteld is, wordt gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en met geldboete van vijftig tot driehonderd euro”.

⁶⁸ C. BORUCKI, “Valse bommeldingen: wie betaalt de rekening?”, *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 16.

⁶⁹ Cass. 15 maart 1965, *Pas* 1965, I, 737

⁷⁰ A. PUTZ, A., “Les frais générés par l’intervention des services d’incendie des villes et communes: un préjudice réparable?”, *T.Vred.* 2008, afl. 7-8, 277-290, noot onder Vred. Eupen 20 april 2005 en Antwerpen, 25 oktober 2011, R.W. 2012-13, 991.

⁷¹ O.E.C.D. “Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies” C (72) 128, verder uitgewerkt in aanbeveling C(74)223 “Recommendation of the Council on the implementation of the Polluter-Pays Principle” van 14 november

euonvriendelijker manier geproduceerd worden, duurder dan hun alternatieven die op een milieuvriendelijke manier worden vervaardigd. Zo krijgt de producent de prikkel om schoner te produceren en de consument om milieuvriendelijker producten aan te schaffen.

Ondertussen is dit principe in de regelgeving en rechtspraak een eigen leven gaan leiden. Het wordt opgevat als een beginsel van milieubeleid waarbij het de bedoeling is dat iedere vervuiler verantwoordelijk is voor het verwijderen of ongedaan maken van de door hem veroorzaakte verontreiniging⁷².

Iedere vervuiler en bij uitbreiding elke veroorzaker van milieuaantasting is verantwoordelijk voor het verwijderen of ongedaan maken van de door hem veroorzaakte verontreiniging/aantasting. Daardoor moeten de kosten die hij of zij veroorzaakt, ook voor zijn of haar rekening zijn. Dit kan op verschillende manieren gebeuren : door de veroorzaker aansprakelijk te houden (post factum), dan wel door deze te laten opdraaien voor de preventieve maatregelen die moeten worden genomen om de milieuaantasting die door de betrokken activiteit wordt veroorzaakt te vermijden of als dat niet kan, te beperken.

50. Het beginsel “de vervuiler betaalt” is terug te vinden in artikel 191, lid 2 VWEU en artikel 1.2.1, §2, DABM, evenwel zonder definitie.

In artikel 4, §5, Wet Mariene Milieu⁷³ en in artikel 1.2.3, 5° van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid, gecoördineerd op 15 juni 2018 (Gecoördineerd Decreet Integraal Waterbeleid), wordt het beginsel gedefinieerd als het beginsel op grond waarvan de kosten voor maatregelen ter voorkoming, vermindering en bestrijding van schadelijke effecten en de kosten voor het herstellen van deze schade voor rekening zijn van de veroorzaker. Op basis van deze beide wetten kan men dus besluiten dat overheidskosten die in dat kader passen, verhaald mogen worden op degene die aan de basis ligt van de kosten.

Er mag worden verwacht dat er in de toekomst meer regelgeving komt waarin het beginsel een uitdrukkelijke rol wordt gegeven. In een rapport van 5 juli 2021 van de Europese Rekenkamer “Special Report 12/2021: The Polluter Pays Principle: Inconsistent application across EU environmental policies and actions” wordt er immers voor gepleit om het beginsel “de vervuiler betaalt” verder te

1974 en nr. C (89) 88 “Recommendation of the Council concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution” van 7 juli 1989. Allen te consulteren via de website van de OESO: <https://legalinstruments.oecd.org/public>.

⁷² L. LAVRYSEN, *Handboek Milieurecht 2020*, Reeks ‘Gandaius’, Wolters Kluwer Belgium, Mechelen, 2020, p. 225-226.

⁷³ Wet van 20 januari 1999 ter bescherming van het mariene milieu en ter organisatie van de mariene ruimtelijke planning in de zeegebieden onder de rechtsbevoegdheid van België.

laten doordringen in de milieuregelgeving om aldus vervuilers daadwerkelijk te laten betalen voor de milieuverontreiniging die ze veroorzaken.

51. C. Borucki⁷⁴ onderzoekt in een recente noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 1 juni 2018⁷⁵ of het aansprakelijkheidsrecht een rol te spelen heeft met betrekking tot dit beginsel, nu het aansprakelijkheidsrecht voornamelijk gericht is op individuele belangen en beginselen van milieubeleid op collectieve belangen slaan. Is het niet beter om het beginsel via publiek recht af te dwingen, wat er op neerkomt dat men eerst regelgeving moet maken waarin duidelijk gesteld wordt dat kosten van overheidsoptreden terugvorderbaar zijn van de vervuiler?

We zagen hier al dat dit reeds in grote mate het geval is: er is de regelgeving in uitvoering van artikel 8 Milieuschaderichtlijn, de zorgplicht uit artikel 5.4.9, §2, DABM voor exploitanten van ingedeelde inrichtingen, artikel 4, §5 Wet Marie-Milieu en artikel 1.2.3., 5° Gecoördineerd Decreet Integraal Waterbeleid.

52. De feiten die ten grondslag liggen aan het cassatiearrest van 1 juni 2018 hielden verband met een lozing van giftige stoffen uit een gebrekkige installatie in het Waalse Gewest die tot in het Albertkanaal vervuiling veroorzaakte. De verontreiniging zorgde ervoor dat het Agentschap voor Natuur en Bos op basis van haar taken uit de riviervisserijregelgeving kosten maakte voor het waarschuwen van vissers langs het Albertkanaal. De Vlaamse Milieumaatschappij voerde extra staalnames uit op diverse plaatsen in het Albertkanaal om de verspreiding en verdunning van de verontreiniging op te volgen in uitvoering van de monitoringsplicht bij grote incidenten uit artikel 7.5.1. en 1.7.5.3. 1. Gecoördineerd Decreet Integraal Waterbeleid. Na een lange procedure waarin reeds een cassatiearrest was tussengekomen op 7 mei 2015, was het hof van beroep te Bergen er toe gekomen dat de kosten van het ANB verhaalbaar zijn, maar niet de kosten voor analyses en de inzet van personeel daarbij die de VMM maakten. De betrokken kosten werden beschouwd als kosten die bij de reguliere werking van de VMM hoorden, dit terwijl duidelijk aangevoerd was dat in artikel 1.2.3., 5° van het Gecoördineerd Decreet Integraal Waterbeleid het beginsel dat de vervuiler betaalt is ongeschreven. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het arrest van het hof van beroep van 30 november 2016 daarom niet wettig gemotiveerd was.

53. Borucki besluit zijn grondige studie met de vaststelling dat het beginsel “de vervuiler betaalt” een alomtegenwoordige pijler is van het milieurecht,

⁷⁴ C. BORUCKI “Kostenverhaal door de overheid bij milieuschade: is het voor de vervuiler goed vissen in troebel water?”, noot onder Cass. 1 juni 2018, TBBT 2019, 453-454

⁷⁵ C.17.0465.F/1.

wat tot gevolg heeft dat het ook doorwerkt daar waar dit beginsel niet opgenomen is in de specifiek geschonden (milieu)rechtsnorm en enkel de algemene zorgvuldigheidsnorm speelt.

Maar samen met hem⁷⁶ moeten we hier waarschuwen voor te snelle conclusies op het vlak van kostenterugwinning van overheidsuitgaven bij verontreiniging. Het beginsel “de vervuiler betaalt” schakelt vooralsnog niet de werking van het schadebegrip uit, waardoor kosten voor overheidsmaatregelen die niet tot gevolg hebben dat er een voordeel verloren gaat voor die overheid, niet voor vergoeding in aanmerking komen.

C. HET NIEUWE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT IN ONTWERP

54. Het herzien van het aansprakelijkheidsrecht maakt uiteraard onderdeel uit van de lopende herziening van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. Het voorontwerp van wet dat daarvoor werd gemaakt door de Commissie voor de Hervorming van het Aansprakelijkheidsrecht⁷⁷ is nog niet goedgekeurd in de ministerraad en blijft dus voorlopig een academisch ontwerp. In hoofdzaak is de herziening van het aansprakelijkheidsrecht opgevat als een codificatie van de geldende rechtspraak. Over kostenterugwinning werd niets specifiek geregeld. Men leest in de memorie van toelichting wel over het regres van derde-betalers, waarmee de kostenterugvordering van verzekeraars, ziekenfondsen, OCMWs,... bedoeld wordt, maar ook de materie betreft die ons hier aanbelangt.

Men verkiest om dit niet aan te pakken, al erkent men dat de stelsels van regres van derde-betalers die de benadeelde hebben vergoed best in hun geheel worden herzien. Het groeiend aantal bijzondere wetten die een rechtstreeks of subrogatief verhaal mogelijk maken naast het verhaal via het aansprakelijkheidsrecht zorgde er volgens de stellers van het ontwerp voor dat de materie evolueerde “tot een echt kluwen”⁷⁸. De complexiteit van het probleem, de veelheid aan betrokken actoren en de diversiteit van belangen en bevoegdheden heeft tot gevolg dat zij momenteel afzien van een herziening. Het is best mogelijk dat verder onderzoek om dit uit te klaren, op te lossen, ook oog zal

⁷⁶ C. BORUCKI “Kostenverhaal door de overheid bij milieuschade: is het voor de vervuiler goed vissen in troebel water?”, noot onder Cass. 1 juni 2018, *TBBT* 2019, 474.

⁷⁷ Het voorontwerp is hier terug te vinden: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_livre_boek_5.pdf.

⁷⁸ Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, Memorie van Toelichting, p. 16, terug te vinden via: https://justitie.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_memoire_van_toelichting_-_livre_boek_5.pdf.

hebben voor de ondoorzichtige regeling over kostenterugwinning door de overheid.

4. **Besluit: knelpunten bij het kostenverhaal zoals nu geregeld en mogelijke oplossingen**

55. Een overheid die kosten maakt naar aanleiding van een schadegeval zal eerst op zoek gaan naar regelgeving die de kostenterugwinning regelt. We zagen onder 2 dat daarover voor belangrijke overheidstaken inzake veiligheid regelgeving bestaat, alsook voor kosten gemaakt in het kader van het tegengaan of remediëren van (mogelijke) milieuschade.

Daarnaast zagen we onder 3, b, b.2. dat er best veel regelgeving is op basis waarvan men gemakkelijk kan argumenteren dat de betrokken overheidskosten verhaald kunnen worden.

Voor het overige zit de overheid sinds de arresten van het Hof van Cassatie in 2001 in een gunstige positie. In principe zijn overheidskosten gemaakt naar aanleiding van een fout van een derde verhaalbaar, tenzij er regelgeving voorhanden is waaruit blijkt dat dergelijke kosten definitief ten laste blijven van die overheid.

56. Jammer genoeg kan er niet echt een lijn getrokken worden in de rechtspraak in die gevallen waarin de regelgeving geen aanwijzingen bevat over de terugvorderbaarheid van kosten.

Wat veiligheidsverplichtingen uit artikel 135, §2, Nieuwe Gemeentewet betreft lijkt de bijzondere laakbaarheid van het schadeverwekkend gedrag een belangrijk criterium te zijn om terugvorderbaarheid te onderbouwen.

Ook als men een beroep kan doen op het beginsel dat de vervuiler betaalt zou het gemakkelijker moeten zijn om aannemelijk te maken dat het over overheidskosten gaat die niet definitief ten laste moeten blijven van de overheid.

57. Een twistpunt bij het terugvorderen van overheidskosten zijn de lonen van de ingezette personeelsleden tijdens de gewone diensturen als daarvoor geen uitdrukkelijk regeling voorhanden is. Voor deze kosten zal men moeten aantonen dat ze wel degelijk als schade kunnen worden opgevat, omdat bijvoorbeeld werk is blijven liggen.

Uitdrukkelijke regelingen daarover zijn schaars. Behoudens voor de kosten van de inzet van de diensten van de civiele bescherming in het KB van 25 april 2007 (nr.8) en voor reddings- en andere interventies op zee in het K.B. van 25 oktober 2007 (nr.23) kwam hier niets ter sprake waarin de gewone personeelskosten geregeld worden. Als men dus regelgeving maakt over terugvorderbaarheid van kosten is dit zeker iets om bij stil te staan.

58. Aan het voortdurend bij maken van regelgeving die het kostenverhaal regelt, is wel een mogelijk nadeel verbonden. Op de duur kan men gaan denken dat waar er geen uitdrukkelijke regeling voorzien is rond het kostenverhaal, vast staat dat de regelgever van oordeel is dat kostenterugvordering niet nodig is en de kosten dus ten laste van de overheid moeten blijven⁷⁹. Maar meestal maakt men regelgeving ad hoc: ter omzetting van Europese regelgeving, omdat er een probleem opduikt dat nog niet (goed) geregeld is, omdat er rechtspraak ontstaat waar de regelgever zich niet in kan vinden...

Vanuit de kennis van de wetgevende praktijk kan dus niet ingestemd worden met de visie dat waar geen uitdrukkelijke regeling voorzien is over kostenverhaal de wetgever van oordeel is dat de kosten ten laste van de overheid moeten blijven. Het is niet omdat de regelgeving zwijgt over kostenterugwinning dat daarachter een stellingname van de regelgever schuilgaat.

Wat wel te verdedigen lijkt is dat als er een uitdrukkelijke kostenregeling is die duidelijk slaat op een aantal kostensoorten en niet op andere, men er van uit mag gaan dat de kostensoorten waarover de regelgeving zwijgt, ten laste blijven van de overheid. Tenzij men uit de voorbereidende werken kan afleiden dat een bepaalde soort kost niet behandeld wordt omdat de wetgever er van uit gaat dat deze op basis van andere regelgeving al verhaalbaar is bijvoorbeeld.

59. Overheidskosten terugvorderen via het aansprakelijkheidsrecht, al dan niet via een burgerlijke partijstelling bij de strafrechter, is omslachtig. Bij duidelijke regelgeving over het kostenverhaal is de kans natuurlijk groter dat de schuldenaar of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar de kosten betaalt zonder dat het tot een rechtszaak moet komen. De duidelijke regeling slaat dan best zowel op het principe van het kostenverhaal als op de te verhalen kosten zelf, zeker als men de discussies over personeelskosten binnen de werkuren in het achterhoofd houdt.

Ingeval degene die aanleiding gaf tot de kosten van de overheid er niet van overtuigd is dat hij die kosten moet vergoeden, liggen de zaken doorgaans een stuk moeilijker. Vaak zal de aanleiding tot de overheidskosten een handeling zijn die strafrechtelijk gesanctioneerd wordt en is degene die de kosten moet vergoeden, de vermoedelijke dader van het misdrijf. Dit betekent dat men het resultaat van het strafonderzoek zal moeten afwachten vooraleer men zijn vordering kan inleiden. Helaas kunnen strafonderzoeken meerdere jaren duren en duurt het dus ook jarenlang vooraleer men zijn vordering nog maar

⁷⁹ Borucki ziet het gevaar daarvoor ook en stelt dat men dan in cirkels loopt: "door de kosten niet in een expliciete regelgeving op te nemen kan de intentie blijken van de wetgever om de schade onder het gemeen recht te brengen, waar moet geoordeeld worden over die zelfde intentie van de wetgever om de kosten niet expliciet en 'definitief' te regelen."

kan inleiden. Gelukkig verjaart het recht op vergoeding ten vroegste vijf jaar nadat vast is komen te staan wie degene is die zou moeten betalen. Een burgerlijke procedure duurt trouwens nog langer.

60. Alleen al het lange tijdsverloop maakt het terugvorderen van overheidskosten bij onrechtmatige daden weinig kostenefficiënt. Het moet al om aanzienlijke kosten gaan om het instellen van een vordering rechtseconomisch te verantwoorden.

In dat licht lijken de regelingen die we onder 2 behandelden, die gepaard gaan met een dwangbevel of het eisen van een zekerheidsstelling voor de kosten worden gemaakt, op het eerste zicht handig.

Zelf vraag ik me af of het eisen van een zekerheid wel werkt nu het er vaak op aan komt om snel tussenbeide te komen bij schadegevallen om erger te voorkomen.

Het dwangbevel lijkt dan weer een instrument dat moeilijk in rechte werkt wanneer de achterliggende regelgeving weinig duidelijkheid biedt over het soort kosten en de begroting van de kosten, en niets regelt over de wijze waarop tegenspraak gevoerd kan worden bij de begroting van de terug te vorderen kosten voor er een dwangbevel uitgevaardigd wordt. Het kan bezwaarlijk de bedoeling zijn dat men voor de beslagrechter daarover uitvoerig gaat discussiëren, men loopt het risico dat de beslagrechter van oordeel is dat er geen uitvoerbare titel wegens vaststaande en zekere zaken voorligt. Hier missen we in België toch een regeling zoals die in Nederland werd uitgewerkt voor kostenverhaal in titel 4.4 Awb. Daarin is geregeld welk verweer men heeft voor het bepalen van te terug te vorderen kosten en is het dwangbevel het sluitstuk van de hele procedure, en niet iets wat uit de lucht lijkt komen te vallen⁸⁰.

61. Een aantal Vlaamse steden zijn creatief met het maken van retributiereglementen waarbij ze kosten voor overheidsoptreden laten vergoeden. Naast een retributiereglement voor een aantal brandweerdiensten, zoals voorzien in het KB van 25 april 2007 (nr.8) beschikken ze ondertussen over een retributiereglement op basis waarvan ze aan relschoppers en dronkaards een zogenaamde combitaks aanrekenen voor het vervoer naar het politiekantoor in het kader van een administratieve aanhouding⁸¹. Dergelijke retributies

⁸⁰ J. BAECK, "Wat is "Combitaks"? Heffing op het vervoer van personen met een politievoertuig wegens bestuurlijke aanhouding" *N/W* 2003 p. 915.

⁸¹ J. BAECK, "Wat is "Combitaks"? Heffing op het vervoer van personen met een politievoertuig wegens bestuurlijke aanhouding" *N/W* 2003 p. 915.

vallen helemaal buiten het toepassingsgebied van het aansprakelijkheidsrecht en laten overheden toe om op een eenvoudige manier kosten vergoed te zien voor taken die ze regelmatig uitvoeren. Een duidelijke algemene regeling voor de terugvordering van kosten gemaakt door de politie lijkt op zijn plaats, een beetje naar analogie met de regeling voor brandweer en de diensten van de civiele bescherming. Het zou ook tot rechtvaardiger toestanden leiden nu je soms wel een combitaks moet betalen en soms niet, louter afhankelijk van de plaats van het gebeuren.

GEMEENSCHAPPELIJKE VRAGEN

Vraag 1:

Welke mechanismen van kostenverhaal – op basis van (uitleg van) de wet of contract – zijn er in het publiekrecht respectievelijk het privaatrecht?

In het publiekrecht bestaan er vooral uitdrukkelijke regelingen voor kostenverhaal door de overheid. De inhoud ervan verschilt wel. Soms is geregeld hoe de kosten begroot worden, maar vaker niet. Af en toe wordt een bijzonder instrument aangereikt om de kosten terug te vorderen, zoals een waarborg of een dwangbevel. Verder speelt ook het beginsel van milieurecht “de vervuiler betaalt” dat zowel in het Europese recht terug is te vinden als in het Vlaamse milieurecht, een rol bij kostenterugvordering. Het is met name handig als langs burgerlijke recht een vergoeding voor overheidskosten in milieuaangelegenheden wordt gevorderd. Daar moet het immers duidelijk zijn dat het om schade gaat waarvan het niet de bedoeling is dat deze bij de overheid blijft rusten.

Inzake belastingen wordt een kostenverhaal niet voorzien. Naast de klassieke boetes bij fraude (kwade trouw of het opzet de belasting te ontduiken) past de Belgische belastingadministratie sinds 2016 systematisch een boetesysteem toe bij gebrek aan aangifte, laattijdige aangifte, onvolledige aangifte,... ook als men te goeder trouw in het kluwen van regels en regeltjes een vergissing begaat. De minimumboete bedraagt ten minste 50 euro en kan oplopen tot 1.250 euro bij het maken van fouten of het indienen van onvolledige gegevens. Bovendien kan er een belastingverhoging met 10 tot 200% toegepast worden als er geen, een onvolledige of een onjuiste aangifte ingediend wordt en daarbij de belastingen niet of onvolledig betaald worden.

Vraag 2:

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

De teruggevonden regelingen zijn erg divers. In de regelingen die in het milieurecht zijn terug te vinden is het duidelijk dat de vervuiler aangesproken kan worden, al bestaan er daar wel uitzonderingen op die de wet of het decreet voorziet. Bij andere overheidstaken in de sfeer van politie en veiligheid, soms ook kerntaken genoemd, is terugvordering uitzonderlijk mogelijk en vaak verbonden met erg laakbaar gedrag.

Vraag 3:

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

Bij uitdrukkelijke regelingen voor kostenterugvordering is er weinig interpretatieruimte om uit te maken op wie de kosten verhaald kunnen worden. De regelgever vulde dat in. Waar de regelgeving minder duidelijk is, of waar er geen regeling voorzien is, oordeelt de rechter op basis van de leer die het Hof van Cassatie in vijf arresten van 2001 vestigde. Indien niet blijkt dat het de bedoeling is dat de overheidskosten op die overheid blijven rusten, is verhaal mogelijk. Ook hier zien we dat erg laakbaar gedrag een rol speelt, zeker als er kosten verhaald worden die verband houden met kerntaken van de overheid.

Vraag 4:

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

In een rapport van 5 juli 2021 van de Europese Rekenkamer “Special Report 12/2021: The Polluter Pays Principle: Inconsistent application across EU environmental policies and actions” wordt ervoor gepleit het beginsel “de vervuiler betaalt” verder doordringt in de milieuregelgeving om aldus vervuilers daadwerkelijk te laten betalen voor de milieuverontreiniging die ze veroorzaken. Er kan dus verwacht worden dat het beginsel, onder meer opgenomen in artikel 191, lid 2, VWEU systematischer opgenomen wordt in allerlei milieurechtlijnen.

In Vlaanderen is het beginsel opgenomen in artikel 1.2.1, §2, DABM en nu reeds inzetbaar om voor de burgerlijke rechter aan te geven dat kosten die verband houden met overheidsoptreden door vervuiling, niet ten laste moeten blijven van die overheid en dus terug te vorderen vallen.

Vraag 5:

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

Discussies over de verhaalbare schadeposten (reguliere personeelsinzet versus overuren, vervoerskosten,...) en over de begroting ervan, komen steeds voor. Vooral als de overheid eigen personeel en materiaal inzet is schadebe-

grotting een discussiepunt. Het helpt als derden ingezet werden die daarvoor de overheid een factuur sturen.

Sommige regelgeving somt duidelijk op welke schadeposten precies voor vergoeding in aanmerking komen en hoe die begroot wordt (vb onder gelding van de Wet Mariene Milieu of de Wet Civiele Bescherming).

In de regel moet men via het burgerlijk recht, of via burgerlijke partijstelling bij de strafrechter, de kosten verhalen. Er is regelgeving die werkt met een dwangbevel, wat een uitvoerbare titel hoort te zijn voor vaststaande schulden. Als er dan niet spontaan betaald wordt, wordt de zaak aanhangig gemaakt bij de beslagrechter. Soms wordt dan ook een hypotheek op de onroerende goederen van de betrokken. Er zijn ook gevallen waarin gewerkt wordt met een verplichte voorafgaande borgstelling.

Vraag 6

Onder welke condities komt een persoon voor kostenverhaal door de overheid in aanmerking en is in publiek- en/of privaatrecht voorzien in de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres?

In wettelijke regelingen is niet steeds meer voorzien dan dat de kosten verhaalbaar zijn op een begunstigde, op een veroorzaker. Soms is regres uitdrukkelijk voorzien (art.2bis/I, §4 Wet Civiele bescherming). Maar eigenlijk hoeft dit niet nu deze bijzondere regelingen het gemene recht niet uitschakelen. Soms neemt men dat ook uitdrukkelijk in de regeling op: artikel 15.1.4 DABM bepaalt dat de regeling milieuschade van toepassing is “onverminderd het toepasselijke aansprakelijkheidsrecht”. Hoofdelijkheid is evenmin in de regel uitdrukkelijk voorzien, maar wel bijvoorbeeld in het kader van milieuschade (art. 15.4.2. DABM)

Vraag 7:

Is er sprake van raakvlakken/samenloop tussen publiek- en privaatrecht in kostenverhaalszaken en zo ja, hoe verloopt dan de samenwerking?

Er zijn gevallen waarin ontwikkelingen in de rechtspraak waarbij bepaalde kosten van terugvordering worden uitgesloten, aanleiding geven tot een legislatief ingrijpen. Het invoegen van een derde punt in artikel 178, §1, Wet Civiele Bescherming via een wetswijziging van 2018 waarmee daders, mededaders en medeplichtigen aan brandstichting moeten instaan voor de brandweerkosten kan toegeschreven worden aan terughoudendheid in de rechtspraak om zelfs bij brandstichting de daders te laten betalen.

Of de toename aan bijzondere regelgeving waarin kostenverhaal voor de overheid voorzien wordt, toe te schrijven is aan de manier waarop de rechtspraak aankijkt tegen dergelijke verhaalbaarheid, is moeilijk te zeggen. Een

belangrijk deel van de recentere regelingen voor kostenverhaal situeren ver-
tonen een verband met verontreiniging en het beginsel uit bijvoorbeeld het
Milieuschaderichtlijn dat de vervuiler moet betalen.

Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid naar Belgisch recht

Christopher Borucki

I. Inleiding

1. 'KOSTEN' ALS PARAPLUTERM – Deze bijdrage gaat na of de overheid kosten die zij maakt, naar Belgisch privaatrecht kan verhalen. Kan een overheid überhaupt wel beroep doen op privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen? Zo ja, welke privaatrechtelijke wegen liggen voor haar open? Bij de beantwoording van zulke vragen is het van belang dat de overheid menig verschijningsvorm kent en op vele terreinen van het leven ingrijpt. Er zijn heel wat situaties waarin 'een overheid' publieke middelen moet inzetten en zo 'kosten' maakt. Het begrip 'kosten' is daardoor een paraplueterm. Het is maar de vraag of iedere vermindering van het vermogen van de overheid ook een schade in de privaatrechtelijke zin is.¹

2. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID – Buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en volgende oud BW vereist, bijvoorbeeld, het bestaan van een onrechtmatig veroorzaakte schade, wat de krenking van een rechtmatig belang is. Dat kostenverhaalmechanisme geniet de meeste aandacht naar Belgisch recht en staat daarom centraal in de rechtspraak van het Hof van Cassatie over dit onderwerp. Uit die rechtspraak blijkt dat de overheid als benadeelde beroep kan doen op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.² Toch geeft deze mogelijkheid aanleiding tot debat.

3. DISCUSSIE OVER BEPAALDE KOSTEN – Wanneer een schadeverwekker goederen in het bezit van de overheid onrechtmatig beschadigt, geeft de vraag

¹ Het vermogen is de juridische algemeenheid die het geheel van de bestaande en toekomstige goederen en verbintenissen omvat van een persoon. Het vermogen is dus het geheel van in geld waardeerbare rechten (activa) en plichten (passiva) van een persoon, zie art. 3:35 BW; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, I, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, 238, nr. 87; V. SAGAERT, A.L. VERBEKE en B. TILLEMANS, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 19, nr. 32; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 8, nr. 7.

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

over ‘kostenverhaal’ tot weinig discussie aanleiding. De overheid kan zoals eenieder zaakschade en gevolgschade (*consequential economic loss*) lijden.⁴ Dat ligt minder voor de hand wanneer de overheid kosten maakt ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht⁵ om de openbare orde⁶ te handhaven. Volgens het huidige standpunt van het Hof van Cassatie vormen zulke kosten een schade in

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

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

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

⁶ De notie van een ‘goede openbare orde’ laat zich moeilijk strikt afbakenen en definiëren. Uit het artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet van 24 juni 1988 (*BS* 3 september 1988, p. 12.482), de memorie van toelichting bij de wet op het politieambt (*Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 1673/1, 5) en de rechtspraak van de Raad van State (RvS 17 december 2015, nr. 233.281) blijkt in elk geval dat het begrip drie componenten omvat: de openbare rust (de afwezigheid van wanordelijkheden en onlusten), de openbare veiligheid (de afwezigheid van gevaarlijke toestanden voor personen en goederen door onder meer het gebrek aan criminaliteit en de aanwezigheid van bijstand aan personen in gevaar) en de openbare gezondheid (de afwezigheid van ziekten door de handhaving van hygiëne en het vrijwaren van een kwalitatief leefmilieu). Het adjectief ‘openbaar’ houdt niet in dat de handhavingsplicht en handhavingsbevoegdheid van de overheid beperkt zijn tot het openbare domein. De bron van een verstoring van de openbare orde kan zich buiten dat domein bevinden en de overheid kan overal optreden tegen zo’n verstoring (zie, bijvoorbeeld, Cass. 14 april 2016, C.15.0126.F; RvS 17 december 2015, nr. 233.281).

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

4. GEEN ZWART-WITVERHAAL – De voorgaande beschrijving van verschillende soorten kosten mag niet worden misbegrepen als een zwart-witverhaal, waarbij de overheid steeds slechts één type van kosten maakt. Het zal weinigen tegen de borst stuiten dat een vandaal die een ruit ingooit van een

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

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

⁹ Gent 5 mei 2014, *RW* 2015-16, (1268) 1269; Gent 5 oktober 2015, nr. 2013/BB/136; Gent 1 februari 2016, *RW* 2016-17, (826) 827-828; Gent 12 juni 2017, nr. 2016/BB/44; Kh. Antwerpen 10 september 2015, maar met tegengesteld oordeel in beroep door Antwerpen 5 maart 2018, *TBBH* 2018, 627; T. ROBERT, “De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 533, nr. 18; C. IDOMON, “Burgerlijke partijstelling strekkende tot betaling van een retributie of tot vergoeding van schade voortvloeiend uit het gemeentelijk optreden ten aanzien van personen in staat van openbare dronkenschap (noot onder Pol. Brugge 19 november 2002)”, *RW* 2003-04, (1072) 1074, nr. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 858, nr. 1346; Conclusie AG DUINSLAEGER bij Cass. 23 oktober 2012, ECLI:BE:CASS:2012:CONC.20121023, 5, nr. 31; E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 311.

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

overheidsgebouw, de rekening daarvan mag verwachten. De materie van zaakschade wordt echter complexer naarmate die zaakschade optreedt tijdens de vervulling van een (grond)wettelijke plicht. Neem het voorbeeld van brandbestrijding. Wanneer een brandweerwagen tijdens een interventie wordt beschadigd, dan is er schijnbaar de krenking van een rechtmatig belang, want die wagen is voor de brandweer in de toekomst niet of minder beschikbaar om zijn plichten mee uit te voeren. Komt zo'n zaakschade dan ook voor schadeloosstelling in aanmerking of is dit een normaal risico van de (grond)wettelijke plicht, die daarom voor rekening van de overheid komt? Wat met de kosten van een (grond)wettelijke plicht die geen onderliggende zaakschade betreffen, en waar het dus werkelijk om een verhaal van 'zuivere' kosten gaat, zoals loonkosten van overheidspersoneel?

5. LEESWIJZER – Om al deze vragen en tot slot de vraagpunten van het expertenseminarie te kunnen beantwoorden, volgt de bijdrage de volgende structuur. Ten eerste geeft de bijdrage een begripsomschrijving van de overheid. Ten tweede gaat de bijdrage na of de overheid zich wel zomaar van het privaatrecht kan bedienen. Daarna komen enkele privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen aan bod: de buitencontractuele aansprakelijkheid en de quasi-contracten. Als toemaatje raakt de bijdrage kort de materie van probleemverhelpende sancties in het publiekrecht aan, omdat er sprake is van een vermenging met het privaatrecht. Tot slot volgen de antwoorden op de vraagpunten.

2. Overheid: begrip en rol

6. MOEILIK BEGRIP – Het begrip 'overheid' laat zich in politieke, sociologische en filosofische zin niet eenvoudig in één definitie vatten. Er zijn verschillende visies mogelijk op wat de overheid precies is, waarvoor zij wordt opgericht en wat haar doelstellingen moeten zijn. Die visies vormen een breed spectrum van politieke stromingen, waarvan sommige voor een sterkere en andere voor een minder sterke overheid ijveren. Wat die visies minimaal delen is het idee van *le contrat social*^{11,12}. Het is wenselijk dat burgers met elkaar

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

afspraken maken over hoe zij samenleven. Het is de overheid die waakt over die afspraken. Zij moet¹³ de openbare orde handhaven en optreden wanneer het algemene belang¹⁴ dat vereist. Het is in dat kader dat de samenleving haar (grond)wettelijke plichten oplegt, waarvan de vervulling haar dwingt tot het maken van kosten.

7. JURIDISCH GLIJDENDE SCHAAL – De overheid juridisch definiëren is ook een schier onmogelijke opdracht.¹⁵ De overheid is verre van een monolithisch

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

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

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

¹⁵ Zie voor auteurs die de complexe aard van het begrip 'overheid' belichten, onder andere F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 28-39, nrs. 15-31 en 139-152, nrs. 128-150; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing. Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 517; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch*

blok. De verticale opdeling van de publieke staatsmacht over de verschillende bestuursniveaus en de horizontale opdeling over de verschillende functies van een staat levert een ingewikkelde matrix op. De centrale Belgische overheid is territoriaal en functioneel gedecentraliseerd en gedeconcentreerd. Naast die opdeling van de publieke staatsmacht staat een evolutie van ‘privatisering’¹⁶ en ‘verzelfstandiging’¹⁷, die het begrip ‘overheid’ oprekt. De overheid voert niet langer als enige taken in het algemene belang uit en oefent ook niet langer steeds taken van algemeen belang uit.¹⁸ Daarom is de invulling van het overheidsbegrip eerder gradueel, zodat er sprake is van een glijdende schaal op

staatsrecht, Mechelen, Kluwer, 2011, 681-689; B. VANHEUSDEN, “De beïnvloeding van het Belgisch milieurecht door het recht van de Europese Unie” in K. WAUTERS, B. DELVAUX en B. VANHEUSDEN (eds.), *Invloed van het EU-recht op het Belgische bestuursrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (265) 48-76, nrs. 84-125; M. SCARCEZ en D. BATSELE, *Abrégé de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2015, 105-107 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 100-103, nrs. 71-75.

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

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

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

het vlak van het ‘overheidsgehalte’ van een instantie en haar activiteiten.¹⁹

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

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

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

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

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

aanleiding geeft wanneer de overheid een (grond)wettelijke plicht vervult.²³ Individuele burgers hebben via hun belastingbijdrage of retributie immers al bijgedragen aan de kosten daarvan. Zij hebben in zekere zin reeds ‘betaald’ voor die kosten. Zo rijst de vraag of de overheid niet tweemaal langs de kassa passeert wanneer zij de individuele burger met een kostenverhaal confronteert. Het is net om een (grond)wettelijke plicht uit te voeren dat een overheid wordt opgericht en bekostigd door de burgers.²⁴ Doordat de begripsomschrijving de *uitvoering* van (grond)wettelijke plichten benadrukt, is zij eerder van functionele dan van organieke aard. Door te spreken van ‘instanties’, worden zowel rechtspersonen als entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid betrokken.

9. ROL EN BUDGET OVERHEID – Met de eerder vermelde evolutie van

²³ Cass. 31 januari 1938, *Arr. Cass.* 1938, 10; Corr. Dendermonde 2 februari 2000, *TMR* 2001, 56; Vred. Deinze 10 juni 1992, *TGR* 1995, 175 (verwerping van voorziening tot cassatie in Cass. 24 oktober 1994, *TGR* 1995, 167); T. ROBERT, “De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 533, nr. 18. Het belastingargument blijkt ook impliciet uit, in de eerste plaats, de geschiedenis van privaatrechtelijk kostenverhaal. De oude theorie van de ‘leer van de zelfstandige juridische oorzaak’ verhinderde kostenverhaal omdat de kosten hun oorsprong in de (grond)wettelijke plicht en niet in het gedrag van een schadeverwekker vonden. De plicht ontnam zo ieder noodzakelijk karakter aan dat gedrag, waardoor er geen oorzakelijk verband was. Deze juridische constructie werd expliciet opgesteld met de bedoeling om kostenverhaal door de overheid te temperen. Het achterliggende idee was dat de samenleving bij het in het leven roepen van plichten, er bewust voor kiest om de overheid ‘risicodragers’ te laten zijn. In de tweede plaats blijkt dit ook uit het voorgestelde kerntakencriterium. Volgens de rechtspraak en de rechtsleer die dat criterium verdedigen, is er een harde kern aan overheidstaken, waarvan het evident is dat daarvoor de publieke middelen worden ingezet.

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

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

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

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

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

3. Overheidsprivaatrecht

10. EEUWENOUDE VRAAG – De overheid haalt haar publieke middelen bij de burger ‘normaal’ (in zekere zin op voorhand²⁸) op met de publiekrechtelijke middelen van de belasting en de retributie (zie ook eerder nr.8).²⁹ Aan de vraag *in hoeverre* de overheid zich op privaatrechtelijke kostenverhaalmechanismen (die in zekere zin *ex post*-mechanismen zijn³⁰) kan beroepen, gaat de eeuwenoude, fundamentele vraag vooraf *of* zij wel gebruik kan maken van het privaatrecht.

II. BELGISCHE TWEEWEGENLEER – Het antwoord daarop zocht het Belgische recht bij zijn Nederlandse buur.³¹ Een meerderheid van de huidige

2014–15, 34 067, nr. 3, p. 1). De persoon die het strafrechtelijk apparaat op kosten jaagt, is een ‘vervuiler’: “Op steeds meer terreinen worden de gemaakte kosten voor toezicht, de inzet van middelen en de oplegging van sancties, doorberekend aan de «vervuiler». Wij zien geen aanleiding om hier een uitzondering te maken op dit principe” (zie nota naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken* 2014-15, 34 067, nr. 7, p. 6). Het wetsvoorstel is op 22 november 2017 ingetrokken (zie brief houdende intrekking van het wetsvoorstel, *Kamerstukken* 2014–15, 34 067, nr. 17).

- ²⁸ Een retributie kan natuurlijk gelijktijdig of zelfs na het leveren van een dienst worden geïnd. Het *ex ante*-karakter ervan is dat het bedrag door de overheid op voorhand wordt vastgelegd in een reglement en dus het voorwerp is geweest van een voorafgaande denkoefening. De schadeloosstelling die, bijvoorbeeld, op basis van de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid verschuldigd is, kan niet op voorhand worden bepaald, maar moet noodzakelijk na een schadegeval worden begroot.
- ²⁹ Om zich ervan te verzekeren dat zij de op deze manier opgehaalde publieke middelen kan inzetten in contexten waarin zij mogelijk kosten moet maken om de openbare orde te handhaven, kan de overheid de middelen aan fondsen met specifieke doeleinden laten toekomen. Zo is er in de materie van het omgevingsrecht het Vlaamse MINA-fonds (Fonds voor Preventie en Sanering inzake Leefmilieu en Natuur), dat ook met bestuurlijke geldboetes wordt gespekt. Het MINA-fonds dient ter ondersteuning van alle overheden die de natuur- en milieukwaliteit in Vlaanderen beschermen en verbeteren. Zo financiert het MINA-fonds onder meer de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM). De OVAM is een overheid die onder meer kosten maakt ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht wanneer zij ambtshalve een verontreinigde bodem saneert.
- ³⁰ Dit *ex post*-karakter verklaart waarom het voor sommigen knelt dat een rechter zich over kostenverhaal door de overheid zou kunnen uitspreken. In het Amerikaanse rechtstelsel, bijvoorbeeld, moet een rechter op basis van de *free public services doctrine*, ook wel *municipal cost recovery rule*, kostenverhaal door een overheid afwijzen wegens de scheiding der staatsmachten. Enkel de wetgever kan op voorhand bepalen of zulke kosten via de rechterlijke macht te verhalen zijn (met uitzonderingen zoals zaakschade van de overheid).
- ³¹ Zie F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele*,

rechtsleer is van mening dat de tweewegenleer uit het Nederlandse recht – die intussen tot de ‘doorkruisingsleer’ is geëvolueerd – ook in eigen land van toepassing is.³² In de rechtspraak is datzelfde standpunt al enige tijd te vinden.³³ Naar Belgisch recht is de overheid daardoor vrij in haar keuze om de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke weg te bewandelen.³⁴ De wet moet de overheid daartoe niet uitdrukkelijk machtigen.³⁵ Die vrijheid van de overheid is echter niet absoluut. Enkele in hoofdzaak publiekrechtelijke grenzen beknotten

meerdere en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak, Brugge, Die Keure, 2004, 102-102, nr. 90; K. LEUS, “Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechtsleer?” in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 412, nr. 8; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Acta Falconis, VIII, Antwerpen, Intersentia, 2015, 27; A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

³² F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerdere en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 104, nr. 92 en de verwijzingen in voetnoten 339 en 340. Zie ook K. LEUS, “Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechtsleer?” in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 411-412, nr. 8; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht” in D. ASSER (ed.), *Preadviezen 2015. Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridisch, 2015, (13) 16, nr. 7; E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 309.

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

³⁴ W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, “Overeenkomsten met de overheid”, *TPR* 1987, afl. 4, (1709) 1711 met verwijzing naar J. MERTENS, “De contractuele verantwoordelijkheid van de openbare besturen”, *TBP* 1948, afl. 4-5-6, (111) 116; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerdere en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 104, nr. 92; P. BOUVIER, R. BORN, C. BENOIT en F. PIRET, *Eléments de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2013, 145, nr. 117; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 7; A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

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

haar. De overheid mag in haar keuze om zich op het privaatrecht te beroepen niet:

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

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

12. BETWISTING TWEEWEGENLEER: LEGALITEITSBEGINSEL – De inburgering van de tweewegenleer in België is niet volledig onbetwist. Een gedeelte van de rechtsleer meent dat het gebruik van het privaatrecht zoals elke overheidsbevoegdheid steun moet vinden in de wet en slechts mogelijk is wanneer dat uitdrukkelijk zo is bepaald.³⁷ Dit standpunt is gebaseerd op het legaliteitsbeginsel.

13. EXPLICIETE TOELATING – Dat geen uitdrukkelijke wettelijke machtiging

³⁶ W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 79; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen. Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Brugge, Die Keure, 2004, 104-118, nrs. 92-105; K. LEUS, "Overeenkomsten met de overheid en overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De "gemene", de "gemengde" of de "zuivere" rechtsleer?" in GANDAIUS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (405) 417-426, nrs. 13-25; S. LIERMAN, *Besturen zonder grenzen: over grijze zones en blinde vlekken*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 8; A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 155, nr. 141.

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

voor privaatrechtelijk optreden vereist is, neemt niet weg dat de wetgever het gebruik van het privaatrecht uitdrukkelijk kan toelaten. Voor de context van kostenverhaal is het, bijvoorbeeld, interessant dat de Vlaamse regering een convenant over *brownfields* kan sluiten.³⁸ Zo'n convenant dient om de herontwikkeling van verlaten en/of vervuilde bedrijventerreinen te stimuleren. Via een brownfieldconvenant krijgen projectontwikkelaars en investeerders een aantal juridisch-administratieve en financiële voordelen bij de ontwikkeling van brownfields tot sociaal-maatschappelijk verantwoorde of economisch rendabele sites. De overheid verzekert er zich zo van dat vervuilde brownfields worden gesaneerd op een manier dat zij geen kosten moet maken. Omdat een brownfieldconvenant een overeenkomst naar burgerlijk privaatrecht is, kan de overheid niet afwijken van bepalingen van dwingend recht of van openbare orde op basis van artikel 2 oud BW. De Vlaamse regering kan, bijvoorbeeld, bepalingen van die aard van het Bodemdecreet over de sanering van verontreinigde bodems niet opzij schuiven.³⁹

14. EXPLICIETE UITSLUITING – De principiële vrijheid van de overheid geldt niet wanneer de wetgever expliciet heeft bepaald dat zij geen gebruik kan maken van het privaatrecht. Meerdere auteurs wijzen erop dat zo'n expliciete bepaling in de materie van kostenverhaal voorligt wanneer uit de inhoud of de strekking van de (grond)wettelijke plicht blijkt dat de overheid de kosten van de plicht definitief moet dragen (zie eerder over dit principe uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie nr. 3). CORNELIS noemt dit de 'doorbreking' van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁴⁰

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

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

⁴⁰ L. CORNELIS, "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband" in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, (157) 170-171, nr. 23. VANHEUSDEN & DECONINCK zijn dezelfde mening toegedaan. Zolang er geen specifieke, afwijkende wetgevende bepaling is, is het algemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van toepassing (zie B. VANHEUSDEN en D. DEKONINCK, "Over het herstel van putten en andere gebrekkige zaken: de gemeente heeft recht op terugbetaling door de bewaarder (noot onder Cass. 5 november 2010)", *TBO* 2012, afl. 5, (195) 196). Ook ROBERT spreekt van een 'afwijking' op het algemene buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (zie T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen? (noot onder Cass. 10 december 2001)", *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 529, nr. 9). Tot slot kunnen ook DEJANS

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

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

et al. worden aangehaald, die niet expliciet van een 'afwijking' spreken, maar wel menen dat een geslaagd bewijs van de drie aansprakelijkheidsvereisten de rechter niet automatisch mag doen besluiten tot vergoedbaarheid van kosten van de overheid (zie J. DEJANS, P. GEUENS en P. HERPELS, "De invloed van een "eigen juridische oorzaak" op het causaal verband en de schade (noot onder Antwerpen 18 december 1986)", *Jura Falconis* 1987-88, (159) 167).

- ⁴¹ Een ander voorbeeld is afkomstig uit het internationale recht. In de materie van de berging van scheepswrakken bepalen internationale verdragen dat de eigenaar van het wrak ten aanzien van de overheid zijn aansprakelijkheid voor de bergingskosten kan beperken.
- ⁴² Artikel 178 wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid (BS 31 juli 2007, p. 40.379) (hierna 'Wet Civiele Veiligheid (2007)') bepaalt dat de koning kan bepalen welke opdrachten uit artikel 11 van de wet gratis moeten worden verricht en van welke de kosten kunnen worden verhaald. De koning maakte van die gedelegeerde bevoegdheid gebruik in het koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn (BS 14 mei 2007, p. 26.201) zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 14 oktober 2013 (BS 28 oktober 2013, p. 82.462) (hierna 'KB 25 april 2007').
- ⁴³ Interventies door een niet-opzettelijk loos alarm vallen ook in deze categorie. Bij zo'n alarm is er geen werkelijk bestaand risico voor personen, maar wel een gepercipieerd risico. Ook al heeft de persoon die alarm slaat, de ernst van de situatie verkeerd ingeschat, heeft hij de indruk gehad dat er een risico bestond. Ten aanzien van een loos alarm speelt het 'drempelargument'. Burgers mogen nooit aarzelen om een oproep tot hulp te plaatsen, omdat zij zouden vrezen de kosten van een interventie te moeten dragen. Dit argument is oud en gaf, bijvoorbeeld, al aanleiding tot niet-verhaalbaarheid op basis van de Ordonnance royale du 11 mars 1733, ordonnance par Louis XV (bekrachtigd door: loi de 8 décembre 1798 (11 Frimaire an VII) qui détermine le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales, *Bulletin des lois de la République française* 1798, nr. 247). De kosten van een technisch falend alarm zijn daarentegen wél verhaalbaar. Bij zo'n alarm is er nooit een risico voor personen, zelfs geen gepercipieerd. Burgers moeten ervoor zorgen dat een alarm niet zomaar op eigen houtje kan afgaan.

toepassing”.⁴⁴

- (ii) Ten tweede zijn er de kosten die de civiele veiligheid maakt om op te treden tegen (dreigende) milieuschade. Ook deze kosten behoren tot de algemene opdrachten, maar vanwege het vervuilersbeginsel geldt al sinds 1976 dat de overheid deze verplicht verhaalt (tenzij de kosten om te verhalen groter zijn dan het terug te vorderen bedrag).⁴⁵ Volgens de rechtspraak gaat het om een objectief aansprakelijkheidsregime dat geen fout van de vervuiler vereist.⁴⁶ De wetgever bepaalt expliciet dat *alle* kosten verhaalbaar zijn, ook de ‘gewone’, algemene kosten. Het soms verdedigde standpunt⁴⁷ dat enkel de buitengewone kosten van een (grond)wettelijke

⁴⁴ Verslag aan de koning bij koninklijk besluit van 25 april 2007 tot vaststelling van de opdrachten van de hulpdiensten die kunnen verhaald worden en diegene die gratis zijn, *BS* 14 mei 2007, p. 26.201 (al moet worden opgemerkt dat in dit verslag gewoon wordt gesproken van ‘brandstichting’, een misdrijf dat ook onopzettelijk kan worden gepleegd; dit is in de Wet Civiele Veiligheid (2007) verduidelijkt, zie later in deze voetnoot en zie ook later voetnoot 132). Zie ook Advies RvS van 14 februari 2007, nr. 41.166/2, §2.2. De dader van een opzettelijke brandstichting (artikelen 510-518 Sw) is expliciet aansprakelijk op basis van art. 178, §1, 3° Wet Civiele Veiligheid (2007) (ingevoerd door wet van 15 juli 2018 houdende diverse bepalingen Binnenlandse Zaken, *BS* 25 september 2018 na rechtspraak die kostenverhaal bij opzettelijke brandstichting afwees). Voor de dader van een opzettelijk vals alarm volgt dit uit de rechtspraak, zie Cass. 15 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 737; Gent 1 februari 2016, *RW* 2016-2017, 826 (eerder overwogen, maar niet toegepast in: Gent 15 mei 2014, *RW* 2015-16, 1268).

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

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

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

plicht voor schadeloosstelling in aanmerking komen moet minstens in deze context van milieuschade zeker worden verworpen.⁴⁸

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

Cass. 10 december 2001”, *TBBR* 2003, afl. 7, (524) 533, voetnoot 70; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 329, nr. 654.

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

⁴⁹ Zie het KB 25 april 2007.

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

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

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

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

voor rekening van de overheid zouden komen.

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

De verhaalbaarheid van de laatste twee categorieën vindt haar verklaring ten eerste in het gegeven dat de door de civiele veiligheid geleverde diensten voornamelijk de individuele begunstigde ten goede komen.⁵⁵ De begunstigde doet ook veelal vrijwillig beroep op zulke diensten.⁵⁶ Het is duidelijk dat bij deze diensten het terrein van de reglementaire verhouding en de retributie wordt betreden.⁵⁷ Een retributie is een billijke vergoeding voor een prestatie die de overheid levert aantoonbaar mede in het individuele belang of voordeel van degene die gebruik maakt van die prestatie. Een vordering tot betaling van een retributie is geen vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid.⁵⁸ Zoals vermeld is een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid evenwel mogelijk wanneer een hulpverleningszone geen retributiereglement heeft uitgewerkt. Dat beide mogelijkheden bestaan en van de ene hulpverleningszone tot de andere kunnen verschillen, roept interessante vragen op, maar daarop gaat deze bijdrage niet dieper in.⁵⁹ Een tweede reden is dat het niet-verhalen van deze kosten

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

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

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

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

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

⁵⁹ Beide mogelijkheden kunnen subtiel verschillen wat het ‘foutvereiste’ en het ‘schadeloosstellingsaspect’ betreft. Waar een hulpverleningszone kan beslissen om de retributie onafhankelijk van enige fout te maken in een reglement, zal zij bij een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid moeten bewijzen dat er wel zo’n fout is begaan of dat er voldaan is aan de vereisten van een kwalitatief aansprakelijkheidsregime. Bij de verdelgung van een wespennest, bijvoorbeeld, zal zij moeten aantonen dat de eigenaar van een woning zich niet als een voorzichtig en redelijk persoon heeft gedragen of hard maken dat de woning met wespennest kan worden beschouwd als een gebrekkige zaak in de zin van het artikel 1384, lid 1 oud BW. Voor alle duidelijkheid: hulpverleningszones kunnen de retributie ook strikter maken door

concurrentieverstorend zou werken.⁶⁰ De diensten uit deze categorieën kunnen ook door andere, private actoren worden geleverd (bijvoorbeeld de verdelging van een wespennest door een private onderneming). Het is in dat opzicht sprekend dat de civiele veiligheid zelf af en toe een oproep lanceert naar burgers toe om op zulke ondernemingen beroep te doen om zo voldoende handen vrij te hebben voor de opdrachten die een risico voor personen inhouden.⁶¹ Samenvattend, is de verhouding tussen burger en overheid hier analoog aan die van contractspartijen.

4. Buitencontractuele aansprakelijkheid

16. AANSPRAKELIJKHEIDSVEREISTEN – Buitencontractuele aansprakelijkheid is de op een persoon rustende verbintenis tot schadeloosstelling die ontstaat uit de wet wanneer aan een derde op onrechtmatige wijze schade wordt toegebracht, hetzij door het eigen gedrag van de persoon, hetzij door andermans gedrag of door een zaak waarvoor de persoon instaat.⁶² Buitencontractuele aansprakelijkheid vereist dus drie zaken. Er moet sprake zijn van een schade. Die schade moet het gevolg zijn van een bepaald rechtsfeit.

herhaalde of zware fouten te vereisen (en zo, bijvoorbeeld, pas om een retributie vragen vanaf een tweede interventie om een dier te redden). Qua schadeloosstelling is de retributie noodzakelijk forfaitair. Uit zijn aard stemt zo'n forfait slechts toevallig overeen met de werkelijk gemaakte kosten. Het forfait kan hoger dan wel lager liggen. De schadeloosstelling in een aansprakelijkheidsvordering moet daarentegen overeenstemmen met de werkelijk gemaakte kosten.

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

⁶¹ J. VAN LIEFFERINGE, “Koe in beek of kat in boom kan geld kosten”, *Het Nieuwsblad online* 9 januari 2019, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20190108_04087643; Brandweerzone Antwerpen, *Retributiereglement* 2020-21, <https://assets.antwerpen.be/srv/assets/api/download/08713c8d-dc9e-4a85-b4b1-7802560beb9/Brochure%20retributiereglement%202020-2021.pdf> (“Niet dringend? Contacteer een erkend vakman”).

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

Dat rechtsfeit moet een aan de schadeverwekker toerekenbare onrechtmatige situatie doen ontstaan, die tot schadeloosstelling verplicht volgens het objectieve recht. Bij de algemene, persoonlijke aansprakelijkheid voor eigen gedrag is dat rechtsfeit de fout, dit is de toerekenbare overtreding van een gedragsnorm uit een buitencontractuele rechtsregel. Kwalitatieve aansprakelijkheidsregimes bevatten eigen toepassingsvereisten om het tot aansprakelijkheid leidende feit aan een persoon toe te rekenen.

17. SCHADEVEREISTE – De rechtspraak van het Hof van Cassatie over kostenverhaal bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht spitst zich toe op het schadevereiste (zie eerder nrs. 3 en volgende). In het algemeen is aansprakelijkheid enkel mogelijk bij aanwezigheid van een verlies dat juridisch kan worden gekwalificeerd als schade.⁶³ Volgens het Hof van Cassatie bestaat ‘schade’ in de zin van de artikelen 1382 en volgende oud BW uit de krenking van een rechtmatig⁶⁴ belang⁶⁵. De benadeelde moet zich in een minder gunstige toestand bevinden dan vóór het schadegeval.⁶⁶ Schade is dus de krenking van het rechtmatige belang dat de benadeelde had bij het onveranderde voortbestaan en de normale ontwikkeling van de door het tot aansprakelijkheid aanleiding gevende rechtsfeit verstoorde toestand.⁶⁷ Door die verstoring kan de

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

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

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

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

⁶⁷ J. RONSE, “La notion du dommage : lésion d'intérêt (noot onder Cass. 2 mei 1955)”, *RCJB* 1957, (101) 101-102, nr. 4 en III, nr. 19; L. DE WILDE, “Begrip “Schade”” in H. VANDENBERGHE (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, (179) 181, nr. 1; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwende rechtspraak inzake

benadeelde niet langer op dezelfde wijze zijn behoeften bevredigen.⁶⁸

18. ‘GEWONE’ ZAAKSCHADE – In het licht van die omschrijving van het schadevereiste, verbaast het niet dat de ‘gewone’ zaakschade voor schadeloosstelling in aanmerking komt (‘gewoon’ louter in de zin dat zij deze zaakschade niet lijdt terwijl zij een (grond)wettelijke plicht vervult). Neem het eerdere voorbeeld van de gevandaliseerde ruit: de overheid vordert simpelweg schadeloosstelling voor de krenking van het rechtmatige belang dat zij heeft bij het onveranderde voortbestaan van het overheidsgebouw. Door de gevandaliseerde ruit kan zij met dat overheidsgebouw minder goed in haar behoeften (i.e. die van de samenleving) voorzien. Het gaat hier eigenlijk niet om een werkelijk ‘kostenverhaal’. De zaakschade mag niet zomaar worden verward met de reparatiekosten, die een maatstaf zijn om de schade te waarderen.⁶⁹ Ten aanzien van die reparatiekost rees in het verleden discussie over de vraag of de overheid, naast de eigenlijke herstellingskosten, een aantal ‘vaste’ of ‘gewone’ kosten kon verhalen zoals deze om personeel in dienst te houden. Die kosten moet de overheid immer schijnbaar sowieso maken, zodat zij niet het gevolg zouden kunnen zijn van het gedrag van de schadeverwekker.⁷⁰ Het loon dat de overheid, bijvoorbeeld, aan vast herstellingspersoneel uitbetaalt is zij sowieso verschuldigd, ongeacht of dat personeel werkelijk zaken moet herstellen of niet. Intussen is uitgeklaard dat het ‘herstel in eigen beheer’ geen beletsel vormt voor integrale schadeloosstelling.⁷¹ De

schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad” in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXde postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-1993* Gent, Mys & Breesch, 1993, (122) 124, nr. 2; M. KRUTHOF, “Wanneer vormen tegenstrijdige belangen een belangenconflict?” in X (ed.), *Van alle markten thuis. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (575) 584, nr. 13.

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

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

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

⁷¹ Cass. 28 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, nr. 362, 811; Cass. 21 december 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 536, 1087; Cass. 18 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 437, 851; Cass. 9 februari 2006, C.05.0172.N; Cass. 14 juni 2019, C.18.0501.N. Zie ook over openbare nutsbedrijven,

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

19. ZAAKSCHADE EN AANVERWANTE SCHADE BIJ (GROND)WETTELIJKE PLICHT – Ook de zaakschade die door de overheid wordt geleden tijdens het vervullen van een (grond)wettelijke plicht, komt volgens de definitie van schade voor schadeloosstelling in aanmerking. De brandweerwagen die wordt beschadigd tijdens een interventie die kadert in de algemene opdrachten van de civiele veiligheid, is voor de brandweer in de toekomst niet of minder beschikbaar om zijn plichten mee uit te voeren. Zoals vermeld, speelt hier echter een *lex specialis* die kostenverhaal uitsluit, tenzij er sprake is van enkele welbepaalde misdrijven.⁷³ Ook politiekosten kunnen als voorbeeld dienen. Materiaal dat wordt beschadigd en politieagenten die worden verwond, zijn voor de politiezone in de toekomst niet of minder beschikbaar. Schadeloosstelling van zo'n zaakschade lijkt dus mogelijk.⁷⁴ Schadeloosstelling van de kosten om gewond personeel buiten dienst te stellen en eventueel te vervangen wordt in bepaalde gevallen wel⁷⁵ en in andere niet⁷⁶ toegekend. Bij niet-

Cass. 28 juni 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, nr. 562, 1069. Ook het Franse Hof van Cassatie overweegt dat de vaste kosten onder de schadeloosstellingsplicht vallen, zie Cass.Fr. 19 november 1975, 74-13018, *D.Jur.* 1976, 137.

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

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

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

⁷⁵ Een voorbeeld hiervan is de veroordeling van een relschopper die tijdens het coronanepfestival ‘La Boum’ in het Ter Kamerenbos onderdeel was van een meute die enkele politieagenten verwondde. De correctionele rechtbank van Brussel veroordeelde de relschopper tot vergoeding van de kosten voor de afwezigheid en vervanging van twee

toekenning speelt het eerder vermelde kerntakenargument (zie eerder nr.3). Dat argument passen sommige rechters en auteurs ook toe op de kosten die sowieso louter gemaakt worden ter vervulling van een (grond)wettelijke plicht (zoals de loonkosten van agenten en administratiekosten)⁷⁷, hoewel het criterium door anderen wordt betwist⁷⁸.

20. ‘KERNTAAK’ MOEILIJK IN TE VULLEN – Het is nuttig om dat kerntakenargument onder de loep te nemen. Het gebruik van het begrip ‘kerntaak’ in een privaatrechtelijke context roept vragen op. Zelfs in het publiekrecht is het voorwerp van debat.⁷⁹ Het begrip lijkt moeilijk in te vullen. Ten eerste is het steeds aan evolutie onderhevig. Het takenpakket van de overheid is immer veranderlijk. Treffend in dit opzicht is de conclusie van AG ASSER bij het Nederlandse Brandweerkostenarrest: “Met het begrip “typische overheids-taken” lijken we er zo niet meer te komen, want milieuzorg is toch ook zo’n taak geworden en dat is ten aanzien van brandbestrijding eens in het (verre) verleden eveneens gebeurd: eens heeft de overheid zich dat belang aangetrokken”.⁸⁰ De eerder vermelde evolutie van verzelfstandiging en privatisering is ook van belang bij de veranderlijke aard van de overheid. Particulieren kunnen nu ook taken uitvoeren die ooit ‘kerntaken’ waren. Wat de overheid nu *per se* zelf moet doen, is niet noodzakelijk wat zij in de toekomst op

agenten. De relschopper moet ook de morele schade van de politiezone vergoeden, zie Rb. Brussel (Fr.) 4 juni 2021, nr. 2021/3304, *ongepubliceerd*. Zie eerder in gelijkaardige zin Brussel 11 januari 2012, RGAR 2012, nr. 14903.

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

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

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

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

⁸⁰ Conclusie AG ASSER bij HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo788, NJ 1994, 3019, nr. 639, § 2.63.

zich moet nemen. Ten tweede kunnen niet alle ‘kerntaken’ over één kam worden geschoren in de context van kostenverhaal. De conclusie van AG ASSER is opnieuw dienstig om dat te illustreren: “Hierbij moet evenwel worden bedacht dat de overheid zelf brandbestrijding en bodemsanering niet op één lijn stelt, nu zij bij bodemsanering uitgaat van het principe van “de vervuiler betaalt” [...] terwijl [...] toch wel duidelijk wordt dat de overheid niet, althans niet dan in uitzonderlijke gevallen laat gelden dat degene aan wie het ontstaan van de brand zou kunnen worden toegerekend betaalt”.⁸¹ Over de verschillende ‘kerntaken’ heen spelen verschillende beleidsargumenten inzake de wijze waarop het algemene belang het meest gebaat is bij het optreden door de overheid en de bijbehorende schadelastverdeling.

21. CRITERIUM: ONBESCHIKBAARHEID VAN MATERIAAL EN PERSONEEL – Het kerntakencriterium is dus niet evident. Een alternatief is aangewezen om de tand des tijds te kunnen doorstaan en om meer inhoud aan een schadelastverdelingscriterium te geven. Wars van enige normatieve aanbeveling *de lege ferenda*, is het mogelijk om een principe voor te stellen dat het algemene uitgangspunt van het Hof van Cassatie vandaag, *de lege lata*, al aanscherpt door rekening te houden met de lagere rechtspraak en de rechtspraak van het Hof van Cassatie zelf. Dit alternatief beschouwt het louter maken van kosten bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht als zuiver economische schade (*pure economic loss*) die zonder een onderliggend werkelijk verloren voordeel niet relevant is voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁸² Dat werkelijk verloren voordeel voor de overheid bestaat uit de onbeschikbaarheid van overheidsmateriaal en -personeel⁸³ voor de reguliere werkzaamheden.⁸⁴ Zonder zo’n onbeschik-

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

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

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

baarheid bevindt de overheid zich niet in een minder gunstige toestand dan vóór het moment waarop zij heeft moeten optreden. Het is de onmogelijkheid om de reguliere werkzaamheden op dezelfde manier uit te oefenen, waarvoor de lagere rechtspraak schadeloosstelling toelaat. De schade van een politiezone zijn de “*conséquences de l’indisponibilité [...] de plusieurs inspecteurs de police, par exemple la suppression de certaines patrouilles*”.⁸⁵ De onmogelijkheid om de reguliere werkzaamheden te vervullen blijkt uit het feit dat de overheid politieagenten moet vervangen, zodat de schade kan worden begroot aan de hand van hoeveel de vervanging van politieagenten (“*remplacement*”) kost.⁸⁶

De onbeschikbaarheid kan voor de toekomst gelden. De onbeschikbaarheid kan ook op het moment van het schadegeval zelf plaatsvinden. Dit is de situatie waarin een persoon, bijvoorbeeld, een oproep plaatst bij de politie met het bijzondere, bedrieglijk opzet om een nutteloze interventie uit te lokken; een situatie waarvan de rechtspraak aanvaardt dat schadeloosstelling van de overheid mogelijk is.⁸⁷ In zo’n geval lokt de schadeverwekker publieke middelen weg van werkelijke noodsituaties.⁸⁸ Wanneer iemand een noodzakelijke interventie uitlokt door een opzettelijk misdrijf te plegen vervult de politie daarentegen de reguliere werkzaamheden, zodat er geen onbeschikbaarheid is van overheidsmateriaal en -personeel. Zo komt dit alternatieve criterium tegemoet aan het kerntakencriterium, zonder ermee samen te vallen, omdat schadeloosstelling niet categoriek is uitgesloten. Er kan steeds een schadeloosstellingsplicht ontstaan wegens de beschadiging van materiaal of verwonding van personen, ook wanneer de overheid reguliere werkzaamheden uitoefent.

Dit criterium mag niet worden misbegrepen als een manier om te beoordelen of een optreden door de overheid tot de reguliere werkzaamheden behoort. Er wordt vanuit gegaan dat dat altijd het geval is (tenzij in het bijzondere geval van het bijzondere opzet om een nutteloos optreden uit te lokken). Dit criterium maakt het ook overbodig om na te gaan of een (grond)wettelijke verplichting een kerntaak betreft of niet.⁸⁹ Het volstaat dat zo’n verplichting bestaat om

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

⁸⁵ Brussel 11 januari 2012, *RGAR* 2012, nr. 14903.

⁸⁶ Rb. Brussel (Fr.) 4 juni 2021, nr. 2021/3304, *ongepubliceerd*.

⁸⁷ Cass. 15 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 737; Gent 15 mei 2014, *RW* 2015-16, 1268; Gent 1 februari 2016, *RW* 2016-2017, 826.

⁸⁸ M. VAN QUICKENBORNE, “De onderbreking van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak”, *RW* 1980, vol. 43, afl. 21, (1329) 0.37, nr. 45 (“Wie de politie opzettelijk van haar normale taak afleidt [...]").

⁸⁹ Het bestaan van zo’n verplichting is op zichzelf een politieke beleidskeuze.

steeds eenzelfde schadeloosstellingsprincipe toe te passen.

Tot slot moet duidelijk zijn dat dit alternatieve criterium geen heil ziet in het belastingargument.⁹⁰ Schade is de krenking van een rechtmatig belang. Waar een persoon, ook de overheid, dat belang vandaan haalt is irrelevant. Juridisch doet het niet ter zake of dat belang al dan niet reeds ‘bekostigd’ is. De vraag is of de overheid in haar behoeftenbevredigingscapaciteit (o.a. de mogelijkheid tot vervulling van de (grond)wettelijke plicht) is geraakt.

22. PARADOX – Het kan paradoxaal lijken dat de persoon met het bijzondere opzet tot schadeloosstelling van bepaalde kosten kan worden aangesproken, terwijl dat niet kan bij de persoon die ‘louter’ een opzettelijk misdrijf pleegt. Jaagt die persoon de overheid niet ook op kosten, ook al verricht zij haar reguliere werkzaamheden? Bij het bijzondere opzet is er in de eerste plaats echter sprake van een specifiek soort *fraus*⁹¹ gericht op het doen ontstaan van kosten en *fraus omnia corrumpit* vanwege de bijzondere laakbaarheid van zo’n gedrag.⁹² De schadeverwekker plaatst zichzelf in een positie waarin hij niet langer kan rekenen op eenzelfde ‘bescherming’ door het recht. Ten tweede ontsnapt de persoon die een opzettelijk misdrijf pleegt zonder zo’n bijzonder opzet, niet volledig aan enig kostenverhaal. Deze persoon zal strafrechtelijk kunnen worden veroordeeld en in dat kader kan die ook worden veroordeeld tot het betalen van bijzondere gerechtskosten, waaronder bepaalde kosten voor het opsporen en behandelen van het misdrijf.⁹³ De straf zelf heeft als doel evenwel geen materieel herstel van een uitgave van de overheid, zelfs een boete niet. Wel is er sprake van ‘sociaal’, maatschappelijk herstel.⁹⁴

23. LEX SPECIALIS – Het voorgaande geldt natuurlijk maar voor zover de

⁹⁰ Zie voor andere tegenstanders van dit argument, J. VAN SWAAIJ, “Kostenverhaal door de overheid”, *NTBR* 1993, (166) 170; P.F.A. BIERBOOMS, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, Deventer, Kluwer, 1997, 186; E. DIRIX, “Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (295) 311.

⁹¹ Een bedrieglijk opzet vereist dat men niet alleen het gedrag, maar ook de schadelijke gevolgen ervan heeft gewenst.

⁹² Zie voor een auteur die hierin een toepassing van dit beginsel leest, A. VAN OEVELEN, “Vormen de door een gemeente gedane kosten voor orde- en veiligheidsmaatregelen van algemeen belang schade die zij op de aansprakelijke kan verhalen? (noot onder Gent 12 juni 2017)”, *P&R* 2018, (128) 129.

⁹³ De verhaalbaarheid van bijzondere gerechtskosten gaat in België terug op de wet van 1 juni 1849 op de herziening van de tarieven in strafzaken, *BS* 21 juni 1849.

⁹⁴ Conclusie AG P. DELAHAYE bij Gent 10 april 1954 (Franse vertaling), *JT* 1954, (517) 519.

wetgever niet zelf in een *lex specialis* heeft bepaald dat bepaalde kosten wel of niet voor schadeloosstelling in aanmerking komen. De wetgever kan een schadelastverdeling die op basis van het aansprakelijkheidsrecht zou worden bereikt, onwenselijk achten vanwege beleidsredenen. Eerder werd al aangehaald dat zaakschade van de civiele veiligheid niet voor schadeloosstelling in aanmerking komt (hoewel dit wel vergoedbaar zou zijn), de kosten van opzettelijke brandstichting verhaalbaar zijn (hoewel zij niet verhaalbaar zouden zijn, omdat dit de reguliere werkzaamheden zijn) en bij milieuschade alle kosten op basis van het door de wetgever daar aangenomen vervuilersbeginsel aanleiding geven tot schadeloosstelling (hoewel er sprake kan zijn van zuiver economische schade zonder onderliggend werkelijk verloren voordeel).

24. LOONDOORBETALINGSARRESTEN – De context van de zogeheten *loondoorbetalingsarresten*⁹⁵ van het Hof van Cassatie biedt een onderbouw voor het voorgestelde alternatieve criterium.⁹⁶ Hoewel het Hof van Cassatie aanneemt dat voor een overheid ‘schade ontstaat tenzij’, geldt dat uitgangspunt niet absoluut in de context van deze arresten. In deze arresten zorgt een schadeverwekker ervoor dat een persoon die tewerkgesteld is bij een overheid (een publieke werkgever) arbeidsongeschikt wordt en zo de verbintenissen ten aanzien van de overheid niet kan vervullen. De overheid moet haar eigen verbintenis tot het uitbetalen van loon echter wel blijven nakomen. Door de schadeverwekkende daad ontvangt de overheid dus geen arbeidsprestaties als tegenprestatie voor het loon. Dat verlies aan arbeidsprestaties is volgens het Hof van Cassatie een schade.⁹⁷ De verbintenis die de overheid heeft ten aanzien

⁹⁵ De *loondoorbetalingsarresten* die in 2001 zijn gewezen, luidden het begin van het huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie in. De overwegingen die het Hof erin hanteert hebben een algemene strekking en worden door rechtspraak en rechtsleer in alle contexten van privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid aangehaald. Zij hebben grote invloed op de materie, los van hun inhoudelijke context.

⁹⁶ Zie hiervoor expliciet GwH 20 oktober 2016, nr. 2016/136, B.II.2 en B.II.3. Het Grondwettelijk Hof noemt de doorbetaling van loon met verlies van arbeidsprestaties ‘louter economische schade’, die op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie voor schadeloosstelling in aanmerking komt. Het betalen van andere zaken zonder verlies van arbeidsprestaties (noodzakelijk ook zuiver economische schade) is niet vergoedbaar. Het onderscheid berust voor het Grondwettelijk Hof op een objectief en pertinent criterium (B.II.2), dat geen onevenredige gevolgen met zich meebrengt (B.II.4) en bovendien tot een billijk evenwicht leidt tussen de belangen van de schadeverwekker en de overheid (B.II.5).

⁹⁷ Cass. 18 november 2011, C.09.0521.F; Cass. 30 mei 2011, C.09.0499.N; Cass. 24 januari 2013, C.12.0113.F; Cass. 3 mei 2013, C.12.0425.N; Cass. 23 oktober 2013, P.13.0727.F; Cass. 4 februari 2014, P.13.0992.N; Cass. 7 november 2014, C.13.0199.N; Cass. 8 september 2016, C.15.0523.F; Cass. 3 november 2017, C.15.0337.F; Cass. 26 januari 2017, C.16.0179.F; Cass.

van de persoon die zij tewerkstelt verhindert niet dat schade ontstaat. De overheid heeft een rechtmatig belang bij het behoud van de arbeidsprestaties. Omdat het die arbeidsprestaties zijn die onder het begrip ‘schade’ vallen, mag het loon voor die arbeidsprestaties niet als de schade worden beschouwd. Dat loon is eigenlijk slechts een maatstaf om die schade te waarderen.⁹⁸ Het loonbedrag laat toe om in te schatten wat de weerslag van de arbeidsongeschiktheid is op het vermogen van de overheid (dit is te vergelijken met de reparatiekosten van zaakschade bij herstel in eigen beheer, zie eerder nr. 18). De uitbetaling van zaken als vakantiegeld of een eindejaarspremie is volgens het Hof van Cassatie echter geen schade, omdat daartegenover geen verloren arbeidsprestaties staan.⁹⁹ Zo’n zuiver economische schade zonder onderliggend werkelijk verloren voordeel komt niet voor schadeloosstelling in aanmerking.¹⁰⁰

18 oktober 2018, C.17.0506.F; Cass. 17 december 2020, C.19.0334.F; Cass. 24 april 2021, P.21.0192.F.

⁹⁸ Zie hierover uitgebreid M. KRUIHOF, “Een kritische analyse van enkele recente cassatiearresten over schadevergoedingsrecht” in M. KRUIHOF (ed.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (1) 9-12, nrs. 14-16.

⁹⁹ Cass. 9 januari 2006, C.05.0007.N; Cass. 12 november 2008, P.07.1531.F; Cass. 26 mei 2009, P.08.1288.N; Cass. 2 maart 2012, C.10.0569.F; Cass. 14 mei 2012, C.09.0318.F; Cass. 24 januari 2013, C.12.0113.F; Cass. 24 januari 2013, C.12.0308.F; Cass. 24 mei 2013, C.12.0430.N; Cass. 19 juni 2015, C.12.0577.N; Cass. 26 januari 2017, C.16.0179.F; Cass. 24 april 2021, P.21.0192.F.

¹⁰⁰ Er is dus sprake van een werkelijke uitzondering op het beginsel dat de krenking van elk rechtmatig belang voor vergoeding in aanmerking komt (of: men zou ook kunnen beargumenteren dat er in deze context simpelweg geen ‘belang’ is), zie I. BOONE en B. WYLLEMAN, “Vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (197) 2234, nr. 68; J. DECHARNEUX, “L’abandon de la théorie de la rupture du lien causal : une sortie par la porte pour mieux rentrer par la fenêtre”, *Recueil de jurisprudence du Forum de l’assurance* 2013, (67) 90; H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 51 e.v., nrs. 78 e.v.; J.L. FAGNART, “L’employeur public, la Cour de cassation et les aides d’État”, *RGAR* 2018, (15515-10) 15515-10-15515-1; M. KRUIHOF, “Een kritische analyse van enkele recente cassatiearresten over schadevergoedingsrecht” in M. KRUIHOF (ed.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, (1) 17, nr. 23. Zie ook B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 408-409, nr. 482.

5. Quasi-contracten

5.1. Zaakwaarneming

25. DEFINITIE EN INHOUD – Overeenkomstig de artikelen 1372-1375 oud BW is zaakwaarneming het vrijwillig en belangeloos, maar niet uit vrijgevigheid behartigen van andermans belangen wanneer dat nuttig en noodzakelijk is. Opdat er sprake van zaakwaarneming zou zijn, moet aan enkele vereisten voldaan zijn.¹⁰¹ Die vereisten vermijden dat een persoon zich al te bemoeizuchtig in de zaken van een ander zou inmengen.¹⁰² Wanneer aan de vereisten voldaan is, rust op de begunstigde meester van de zaak de verplichting om de nuttige en noodzakelijk gemaakte kosten terug te betalen aan de zaakwaarnemer.

26. UITGESLOTEN DOOR ONVRIJWILLIGHEID – Eén van die vereisten is dat zaakwaarneming spontaan moet gebeuren. Er mag op de zaakwaarnemer geen contractuele, reglementaire of (grond)wettelijke plicht om te handelen rusten. De Romeinsrechtelijke oorsprong van deze rechtsfiguur (*negotiorum gestio*) vertrekt vanuit een altruïstische insteek.¹⁰³ De vrijwilligheid¹⁰⁴ die daarom voor zaakwaarneming vereist is, veronderstelt dat de zaakwaarnemer niet handelt in het kader van een specifieke (grond)wettelijke plicht. Naar Belgisch (en ook Frans) recht kan een overheid zich volgens de grote meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer daarom niet beroepen op zaakwaarneming om de kosten van een (grond)wettelijke plicht te verhalen.¹⁰⁵

¹⁰¹ Kh. Kortrijk 4 september 2006, AR 56/06; I. CLAEYS, F. CORYN en L. VAN VALKENBORGH, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1401-1402, nr. 7; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 676 e.v., nrs. 885, e.v.

¹⁰² Als niet voldaan is aan de vereisten van zaakwaarneming, dan begaat de persoon die zich innemt met andermans zaken, een inbreuk op die laatste zijn eigendomsrecht, zie bijvoorbeeld Brussel 12 november 2013, *R&J* 2014, (229) 233.

¹⁰³ Zie hierover uitgebreid L. VAEL, “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, (79) 89-90, nrs. 12-13.

¹⁰⁴ Dit wil zeggen dat de zaakwaarnemer optreedt met het oogmerk om te handelen voor rekening en in het belang van een ander, zie Cass. 6 januari 2005, C.02.0522.F.

¹⁰⁵ Cass. 22 september 1955, *Arr.Cass.* 1956, 15; Brussel 7 februari 1964, *Pas.* 1965, II, 70; Bergen 6 januari 2011, *T.Verz.* 2011, 429; Bergen 13 september 2011, *T.Verz.* 2012, 377; Gent 19 januari 2017, *RW* 2019-2020, (1381) 1383, nr. 7; Kh. Antwerpen 30 juni 1998, *RHA* 1998, 342; Kh. Kortrijk 4 september 2006, AR 56/06, www.juridat.be; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, II, *Les incapables - Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 1135-1136, nr. 1074; J. LIMPENS en C. PAULUS, “De zaakwaarneming naar Belgisch

27. SPECIFIEKE PLICHT – Om zaakwaarneming te verhinderen, moet de (grond)wettelijke plicht evenwel voldoende specifiek zijn. Plichten met een algemene draagwijdte staan zaakwaarneming niet in de weg. Een voorbeeld daarvan is de verplichting voor eenieder uit het artikel 422bis Sw om een persoon in nood te hulp te komen wanneer dat redelijk mogelijk is, op straffe van schuldig verzuim. Het onbepaalde karakter van die verplichting maakt dat een zaakwaarnemersbedoeling in hoofde van de persoon die een ander ten hulp komt, niet uitgesloten is.¹⁰⁶ Ook de (grond)wettelijke plicht van een overheid

recht" in V. V. D. V. S. V. H. R. V. B. E. NEDERLAND (ed.), *Preadviezen 1968*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1968, (368) 375; F. GLANSDORFF en P. LEGROS, "La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 20 februari 1970)" 1974, (60) 72, nr. 10; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1965-1973) - deel 2", *TPR* 1975, (715) 719, nr. 107; F. GLANSDORFF, "X (noot onder Luik 3 april 1979)", *RGAR* 1980, (10195-2) 10195-2; R. KRUTHOF, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)", *TPR* 1983, (495) 656, nr. 149; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 696; C. CAUFFMAN, "De tussenkomst van een takelfirma op de vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming? (noot onder Vred. Zelzate 9 december 2004)", *TBBR* 2005, afl. 9, (531) 531-532, nr. 3; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 66 e.v., nrs. 144 e.v.; V. SAGAERT, "Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking" in S. STIJNS (ed.), *Themis 41 - Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2006-07, (71) 74, nr. 4; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", *TBBR* 2007, afl. 1, (3) 4; P. WÉRY, "Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)", *RCJB* 2007, (181) 214, nr. 22 en 218, nr. 24; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 6, nr. 6; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2, *Les sources des obligations extracontractuelles - Le régime général des obligations*, Brussel, Larcier, 2016, 157, nr. 136; I. CLAEYS et al., "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1", *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1405, nr. 10; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, "De rechtsfeiten" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 681-682, nr. 865.

¹⁰⁶ Luik 3 april 1979, *JT* 1979, 1166; Brussel 2 februari 1989, *RGAR* 1991, 11.876; Antwerpen 1 maart 2006, *T.Gez.* 2007, 55; Rb. Namen 10 september 1976, *RRD* 1977, 96, noot C. DANSE; Rb. Brugge 3 maart 1986, *TvBR* 1986, 78; Rb. Brussel 6 maart 1992, *TBBR* 1992, 429; F. GLANSDORFF, "X (noot onder Luik 3 april 1979)", *RGAR* 1980, (10195-2) 10195-2; I. MOREAU-MARGRÈVE, "Le concept de gestion d'affaires: sa plasticité et ses limites (noot onder Bergen 12 november 1986)", *Rev.Dr.ULG* 1988, (316) 321; P. VAN OMMEFLAGHE, "Les obligations - Examen de jurisprudence (1973 à 1982) (deuxième partie)", *RCJB* 1988, (33) 55, nr. 157; L. MISSON en F. BAERT, "Sport et danger: le sauveteur en péril jurisprudentiel? (noot onder Luik 26 oktober 1992)", *JLMB* 1993, (805) 809; H. CLAASSENS en A. MAERTENS, "Lichamelijke schade bij uitvoering van de

om de openbare orde te handhaven kan ruim geformuleerd zijn (bijvoorbeeld het eerste lid van artikel 135, §2 Nieuwe Gemeentewet dat de gemeenten simpelweg verplicht om de openbare orde te handhaven), zodat naar mijn mening moet worden nagegaan of zij specifiek genoeg gedrag oplegt (het tweede lid van hetzelfde artikel verduidelijkt wat onder die verplichting meer bepaald moet worden begrepen, zoals brandbestrijding).¹⁰⁷

28. GEMENGDE BELANGEN – Wat naast het bestaan van een specifieke wettelijke verplichting zaakwaarneming ook zou kunnen verhinderen is het feit dat de zaakwaarnemer andermans belang moet behartigen. Is het dan niet problematisch dat de overheid wordt geacht altijd in het algemene belang op te treden? Zij streeft nooit alleen het belang van een ander na. Dat is echter geen onoverkomelijk beletsel. De behartiging van andermans belang moet de determinerende, maar niet uitsluitende beweegreden zijn om tot zaakwaarneming over te gaan.¹⁰⁸ Eigenbelang mag meespelen. Specifiek voor

preventie- en reddingsplicht van de verzekerde in schadeverzekeringen”, *TBH* 1997, (671) 679, nr. 20; V. SAGAERT, “Zaakwaarneming” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere Overeenkomsten - Artikelsgewijze commentaren*, Mechelen, Kluwer, 2004, (i) 24, nr. 36; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 68, nrs. 148-149; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)”, *RCJB* 2007, (181) 218, nr. 24; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 283; E. MONTERO, A. DELEU en A. PUTZ, “Les quasi-contrats” in P. JADOUL en Y. NINANE (eds.), *Obligations : traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, (II.4-1) II.4.1 – II, nr. 3.24. KRUITHOF en ook VANSWEEVELT & WEYTS wijzen erop dat hoewel dit standpunt *de lege ferenda* wenselijk is, het momenteel ook bekritiseerd is en naar huidig recht een wettelijke grondslag mist, zie R. KRUITHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *TPR* 1983, (495) 658, nr. 149; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 683, nr. 867.

¹⁰⁷ Zaakwaarneming in het kader van brandbestrijding is uitgesloten volgens de rechtspraak, zie Bergen 13 september 2011, *T. Verz.* 2012, 388; Kh. Antwerpen 30 juni 1998, *RHA* 1998, 342; Rb. Namen 1 maart 1923, *Rev.adm.* 1923, 483; Vred. Namen 31 mei 1963, *JL* 1963-64, 208.

¹⁰⁸ Brussel 27 februari 2001, *RW* 2001-02, 844; Brussel 12 november 2013, *R&J* 2014, (229) 232; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 1138, nr. 1074b; F. GLANSDORFF en P. LEGROS, “La réparation du préjudice subi par l’auteur d’un acte de sauvetage (noot onder Rb. Brussel (Fr.) 20 februari 1970)” 1974, (60) 72, nr. 10; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992) - deel 1”, *TPR* 1994, (171) 610-611, nr. 310; S. STIJNS *et al.*, “Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 697; L. VAEL, “Altruïsme tot recht gekomen”, *TPR* 1999, (79) 90, nr. 13; V. SAGAERT, “Zaakwaarneming” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere*

de overheid zou zaakwaarneming mogelijk kunnen zijn wanneer haar optreden in overwegende mate strekt tot behartiging van een aantoonbaar, enkel individueel belang. Het is in zulke gevallen dat de overheid ook kan besluiten tot reglementering van een retributie.

5.2. Ongerechtvaardigde vermogensverschuiving

29. NIET MOGELIJK BIJ VERPLICHTING – Een andere mogelijke grondslag voor buitencontractueel kostenverhaal door de overheid zou het algemene rechtsbeginsel van de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving kunnen zijn.¹⁰⁹ De rechtspraak¹¹⁰ en rechtsleer¹¹¹ nemen echter doorgaans aan dat een verarmde die handelt op basis van een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting echter geen *actio de in rem verso* kan instellen tegen een persoon die een voordeel haalt uit die verplichte tussenkomst.

Overeenkomsten - Artikelsgewijze commentaren, Mechelen, Kluwer, 2004, (1) 15-16, nr. 24; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2006, 50 e.v., nrs. 102 e.v.; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d'affaires et des quasi-contrats (noot onder Cass. 6 januari 2005)”, *RCJB* 2007, (181) 211-212, nr. 20; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 6, nr. 6; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 282; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1402, nr. 8; E. MONTERO *et al.*, “Les quasi-contrats” in P. JADOUL en Y. NINANE (eds.), *Obligations : traité théorique et pratique*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, (II.4-1) II.4.1 – 13, nr. 3.35; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, “De rechtsfeiten” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (675) 677, nr. 857.

¹⁰⁹ Zie voor die aard als algemeen rechtsbeginsel, bijvoorbeeld, Cass. 4 juni 2020, C.19.0371.N; Cass. 11 juni 2021, C.20.0322.N. Dit algemeen rechtsbeginsel vloeit voort uit de bilijkheid als ‘*principe d’équité*’, zie Cass. fr. 15 juni 1892, S 1893, I, 281; Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272.

¹¹⁰ Antwerpen 7 juni 2016, *RW* 2018-29, (1269) 1270, nr. 7.3; Gent 19 januari 2017, *RW* 2019-2020, (1381) 1383, nr. 9; Brussel 18 december 2018, *T.Not* 2019, (664) 676, nr. 2.4.8.

¹¹¹ Zie J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, *TBBR* 2014, (388) 390-391 en de daar aangehaalde rechtsleer. Zie verder H. DE PAGE, “La relation causale en matière de responsabilité civile (noot onder Cass. 5 maart 1953 en Brussel 22 januari 1955)”, *RCJB* 1955, (192) 198-199; E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, *TPR* 1981, (1023) 1024-1025, nr. 2; F. GLANSDORFF en C. DALCQ, “Les derniers avatars de la théorie de la rupture du lien de causalité par l'intervention d'une cause juridique propre (noot onder Cass. 13 april 1988)”, *RCJB* 1989, (639) 659, nr. 25; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 1, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 222-223, nr. 228; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1487, nr. 69.

30. VOLDOENDE SPECIFIEK– Een deel van de rechtsleer nuanceert de voorgaande stelling.¹¹² Een vermogensverschuiving die ontstaat door de toepassing van een wetsbepaling, zou niet zonder meer gerechtvaardigd zijn. Daarvoor is vereist dat uit de specifieke draagwijdte van die wetsbepaling blijkt dat de vermogensverschuiving definitief voor rekening van de verarmde moet blijven. Dit sluit aan bij rechtsleer die in het algemeen schrijft dat rechters niet mogen volstaan met de vaststelling dat er simpelweg een juridische oorzaak bestaat voor de vermogensverschuiving, maar werkelijk moeten nagaan of uit de feiten van de omstandigheden een economische of morele rechtvaardiging is daarvoor.¹¹³ De redenering is dus dezelfde als bij de vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid: welke definitieve vermogensverschuiving heeft de plicht voor ogen?

31. SUBSIDIARITEITSVEREISTE – Voor de ongerechtvaardigde vermogensverschuiving geldt een subsidiariteitsvereiste.¹¹⁴ De persoon die zich erop beroept, mag niet over een andere rechtsovereenkomst beschikken die de vermogensverschuiving doeltreffend teniet kan doen.¹¹⁵ Zodra een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid of zaakwaarneming mogelijk is, kan de overheid zich dus niet op dit quasi-contract beroepen.

6. Probleemverhelpende sancties (herstelmaatregel)

32. HERSTELMAATREGEL IN HET OMGEVINGSRECHT – Een context waarin

¹¹² J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, *TBBR* 2014, (388) 391; I. CLAEYS *et al.*, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1992-2017) - deel 1”, *TPR* 2017, afl. 4, (1395) 1488, nr. 69

¹¹³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2, Brussel, Larcier, 2016, 222-223, nr. 228. Zie ook E. DIRIX, “Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen”, *TPR* 1981, (1023) 1024-1025, nr. 2.

¹¹⁴ Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 205; Cass. 11 september 1969, *Arr.Cass.* 1970, 36; Cass. 5 juni 2015, C.14.0354.N; Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N; Antwerpen 7 juni 2016, *RW* 2018-29, (1269) 1270, nr. 7.3; Gent 19 januari 2017, *RW* 2019-2020, (1381) 1383, nr. 9; S. STIJNS, P. WÉRY, E. DIRIX, R. JAFFERALI, B. KOHL, I. SAMOY, F. AUVRAY, S. JANSSEN, S. VAN LOOCK en J.C. BOULET, *De hervorming van het verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 202.

¹¹⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, III, *Les obligations (seconde partie)*, Brussel, Bruylant, 1967, 39, nr. 31 en 41-44, nr. 33; J. LAMBRECHTS, “Oorzaak en subsidiariteit: over de concrete invulling van de juridische toepassingsvoorwaarden van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (noot onder Antwerpen 11 oktober 2012)”, *TBBR* 2014, (388) 392-394, nrs. 6-7.

de overheid met regelmaat kosten maakt is die van het omgevingsrecht. Bij milieuschade of stedenbouwkundige inbreuken moet de overheid optreden om de openbare orde te handhaven. In deze context kan de overheid ‘bestuurlijke herstelmaatregelen’ opleggen aan een burger, bijvoorbeeld, om een achtergelaten afvalstof te verwijderen of om een onwettig opgericht bouwwerk af te breken. De herstelmaatregel is een probleemverhelpende sanctie, waarmee de overheid een onwettige toestand probeert stop te zetten of een dreigende onwettigheid probeert te voorkomen.¹¹⁶ Laat de burger na om de herstelmaatregel uit te voeren, dan voert de overheid deze ambtshalve uit. Die ambtshalve uitvoering geschiedt op kosten van de herstelplichtige burger.

33. VERMENGING PUBLIEK-PRIVAAT – Er is sprake van een vergaande vermenging tussen het publiek- en het privaatrecht in deze context. Het herstel van de rechtsorde overkoepelt beide rechtstakken, als een bijzondere afgeleide van de strafrechtelijke teruggave.¹¹⁷ De vorderingen die aan de overheid toekomen om dat herstel te vorderen zijn van een bijzondere ‘burgerlijke’ aard.¹¹⁸ De herstelmaatregel zelf is geen straf.¹¹⁹ De herstelmaatregel is ook geen vorm van privaatrechtelijke schadeloosstelling. Het Hof van Cassatie overweegt dat een “[...] herstelmaatregel niet, zoals de schadevergoeding, de vergoeding van schade aan particuliere belangen [beoogt], maar [ertoe] strekt een einde te maken aan de met de wet strijdige toestand [...] waardoor het

¹¹⁶ Probleemverhelpende bestuurlijke sancties beogen het materiële herstel van de onwettige situatie die ontstaat door een overtreding. Bestraffende bestuurlijke sancties zijn gericht op de bestraffing van de persoon die de overtreding begaat.

¹¹⁷ De strafrechtelijke teruggave in brede zin ontstond in de tweede helft van de 19^{de} eeuw uit de rechtspraak over de artikelen 44 Sw en 161 Sv. Die teruggave is elke maatregel die beoogt om de materiële gevolgen van een feitelijke situatie die voldoet aan de omschrijving van een misdrijf ongedaan te maken, met als doel het herstel van de feitelijke toestand vóór die situatie. De teruggave voorkomt zo dat iemand zou halen uit een onwettigheid, zie Cass. 27 maart 1899, *Pas.* 1899, I, 153; Cass. 8 juni 1913, *Pas.* 1913, I, 308; Cass. 29 oktober 1991, *Pas.* 1992, I, 164; Cass. 15 februari 2000, *TMR* 2002, 333; Cass. 3 september 2013, P.10.1836.N; Cass. 27 februari 2018, P.17.0284.N.

¹¹⁸ Cass. 9 februari 1988, *RW* 1988-89, 155; Conclusie AG M. DE SWAEF bij Cass. 24 februari 2004, *Arr.Cass.* 2004, nr. 96, (290) 308, nr. 18.

¹¹⁹ Volgens het *Hamer*-arrest van het EHRM is de herstelmaatregel een straf in de zin van artikel 6.1 EVRM (zie EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD002186103). De Belgische hoogste rechtscolleges menen dat de herstelmaatregel geen straf is naar Belgisch recht, maar wel een *sui generis*-karakter heeft op basis waarvan enkele procedurele waarborgen in acht moeten worden genomen (zie, bijvoorbeeld, Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N; GwH 28 april 2004, nr. 65/2004, B.2.4; RvS 8 juni 2020, nr. 247.724, §26).

algemene belang wordt geschaad”.¹²⁰ Met een herstelmaatregel streeft de overheid met andere woorden ‘rechtsherstel’ na. Dat is een remedie die toekomt aan de titularis van een subjectief recht. Die titularis heeft een aanspraak op de juridische erkenning en bescherming van dat recht door anderen en kan daartoe een bevel of verbod eisen. Een eigenaar kan, bijvoorbeeld, op basis van zijn eigendomsrecht vragen om de sloop van een muur die op zijn perceel is gebouwd door een buur. De overheid vraagt met een herstelmaatregel in het algemene belang om de uitvoering van een rechtsplicht uit het objectieve recht.¹²¹

34. KOSTENVERHAAL ALS SCHADEHERSTEL OF INDEPLAATSSTELLING? – Ook de vordering om de kosten van een ambtshalve uitgevoerde herstelmaatregel te verhalen, wordt door de rechtspraak beschouwd als een vordering van privaatrechtelijke aard, namelijk als één tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382 en volgende oud BW.¹²² De vraag rijst echter of zo’n kostenverhaal werkelijk een kwestie is van ‘schadeherstel’ in aansprakelijkheidsrechtelijke zin. Doordat de overheid slechts subsidiair, ter vervanging, optreedt wanneer een burger nalaat om primair een verplichting die op hem rust na te komen, speelt er een principe van ‘indeplaatsstelling’, zoals dat te herkennen is in de rechtsfiguren van de gedwongen vervanging van een in gebreke blijvende contractuele schuldenaar en ook zaakwaarneming. De overheid vult de schoenen van de burger en maakt

¹²⁰ Cass. 22 mei 2007, P.06.1692.N; Cass. 3 april 2007, P.06.1610.N; Cass. 22 mei 2007, P.06.1692.N; Cass. 8 september 2009, P.09.0341.N; Cass. 15 september 2009, P.09.0182.N; Cass. 12 januari 2010, P.09.1066.N; Cass. 21 maart 2011, C.10.0244.N; Cass. 24 mei 2011, P.10.2052.N; Cass. 27 maart 2012, P.11.1264.N; Cass. 22 mei 2012, P.11.1808.N; Cass. 14 mei 2013, P.12.1218.N; Cass. 3 september 2013, P.12.1041.N; Cass. 9 september 2014, P.12.0896.N; Cass. 13 november 2018, P.17.1213.N; Cass. 12 maart 2019, P.18.0747.N; Cass. 23 april 2019, P.18.0815.N. Zie ook Cass. 22 januari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 48.

¹²¹ De overheid kan deze naleving afdwingen puur op basis van het bestaan van deze rechtsplicht net zoals, bijvoorbeeld, een contractuele schuldenaar de naleving van een contractuele verbintenis kan eisen louter en alleen op basis van het bestaan van zijn subjectief recht op nakoming van die verbintenis. Het ligt in de aard van overheid dat zij het objectieve recht kan afdwingen. Zie in dezelfde zin Antwerpen 9 september 2019, *IHT* 2020, (204) 208, §6 ((over een herstelmaatregel in het kader van scheepsberging) “Meer bepaald kan de [overheid] zich beroepen op een subjectief recht wanneer de toepasselijke rechtsregel (het objectieve recht) de burger geen keuze laten en hem dwingen tot een bepaald gedrag of onthouding”); J. DELEN, “Gedwongen uitvoering van overheidsbevelen tot het verwijderen van schepen: noodzakelijke voorzorg of disproportionele bestuursmaatregel? (noot onder Antwerpen 9 september 2019)”, *IHT* 2020, (214) 216, nr. 3

¹²² Zie, bijvoorbeeld, Cass. 1 juni 2018, C.17.0465.F; Cass. 18 februari 2019, C.18.0325.N.

kosten die deze normaal zelf zou hebben gemaakt, wat een situatie is die verschilt van die van een schadeverwekker en benadeelde in een vordering tot vaststelling van buitencontractuele aansprakelijkheid. De invloed van deze vraag op het eindresultaat kan eerder beperkt zijn. Doordat de bepalingen over herstelmaatregelen expliciet bepalen dat de ambtshalve uitvoering op kosten van de burger geschieden, blijkt dat er volgens het huidige standpunt van het Hof van Cassatie schade zou ontstaan in aansprakelijkheidsrechtelijke zin. Volgens het voorgestelde alternatieve criterium (zie eerder nr. 21) zouden wel niet automatisch alle kosten voor verhaal in aanmerking komen. Bij een indeplaatsstelling is dat wel het geval, omdat de kosten die de overheid dan maakt, de uitgaven zijn die de burger idealiter meteen zelf zou hebben gedaan (zuiver economische schade is dus geen beletsel). Ook zouden de vergoedingsprincipes licht verschillen. Bij een indeplaatsstelling spelen automatisch redelijkheid- en noodzakelijkheidsvereisten ten aanzien van de gemaakte kosten. Bij buitencontractuele aansprakelijkheid geldt integrale schadeloosstelling.¹²³ Voor een beperking van die schadeloosstelling zou een burger moeten aantonen dat de overheid een eigen fout heeft begaan door al te roekeloos kosten te maken.¹²⁴

35. VERMENGING PUBLIEK-PRIVAAT DOOR EU – Een belangrijke kanttekening is dat het Belgische recht op het vlak van herstelmaatregelen een sterke doorwerking kent van het recht van de Europese Unie. Artikel 8 Europese Richtlijn Milieuschade verplicht de deelstaten om op basis van het vervuilersbeginsel de kosten van ambtshalve genomen preventieve maatregelen en herstelmaatregelen te verhalen op de ‘exploitant’.¹²⁵ Hoewel de richtlijn terminologie gebruikt die aan burgerrechtelijke aansprakelijkheid doet denken, is zij in wezen een publiekrechtelijk instrument.¹²⁶ De richtlijn kan niet

¹²³ In dit opzicht is het interessant dat in een zaak waarin de overheid herstelmaatregelen had opgelegd aan de kapitein van een schip, het hof van beroep van Antwerpen oordeelt dat de kosten van de overheid om die herstelmaatregel zelf uit te voeren slechts vergoedbare schade kunnen zijn in de zin van artikel 1382 oud BW in de mate dat het “noodzakelijke karakter” ervan wordt aangetoond, zie Antwerpen 5 maart 2018, *TBH* 2018, 627.

¹²⁴ Rb. Gent 14 april 1993, *TMR* 1994 (nr. 31/94), (117) 118-119, nrs. 3.2.3 - 3.2.4. De rechtbank overweegt dat een eigen fout van de overheid tot verdeling van de aansprakelijkheid kan leiden, maar meent dat er in deze zaak geen sprake is van ‘buitensporige’ kosten.

¹²⁵ Zie art. 2, 6° van de richtlijn voor een definitie van ‘exploitant’.

¹²⁶ H. BOCKEN, “De Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Een inleiding” in H. BOCKEN en R. SLABBINCK (eds.), *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 6, nr. 9; G. VAN CALSTER en L. REINS, “The ELD’s background” in L. BERGKAMP en B. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental*

ingeroepen worden door private partijen.¹²⁷ De op basis van de richtlijn vergoedbare ‘schade’ beperkt zich tot de redelijke kosten van preventie- en herstelmaatregelen gemaakt door de daartoe bevoegde overheidsinstanties. De term ‘aansprakelijkheid’ in de volledige benaming van de richtlijn is daarom enigszins misleidend.¹²⁸ Door de Europese wetgeving moet in deze context rekening worden gehouden met bijzondere verweermiddelen, zoals de *permit defense*¹²⁹, die inhoudt dat een exploitant niet tot vergoeding van de kosten van de overheid kan worden aangesproken als hij bewijst dat hij in overeenstemming met een door de overheid afgeleverde vergunning heeft gehandeld en er hem geen fout – in ruimere zin dan een schending van de vergunning – kan worden verweten. Zo gaat er van het publiekrecht een zekere vrijwarende werking uit ten aanzien van privaatrechtelijke vorderingen, al is deze vrijwaring niet absoluut omdat aansprakelijkheid wel mogelijk blijft als de exploitant een fout kan worden verweten.¹³⁰

Liability Directive, Oxford, Oxford University Press, 2013, (9) 9-10, nr. 1.02; E. BRANS, “Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD” in L. BERGKAMP en B. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive*, Oxford, Oxford University Press, 2013, (31) 37-38, nr. 2.25; R. SLABBINCK, “De Europese Richtlijn Milieuschade werkt (niet): waarom en wat nu?”, *TOO* 2018, afl. 2, (166) 167.

¹²⁷ Zie overweging 14.

¹²⁸ Auteurs schrijven daarom dat de naam ‘Richtlijn Milieuschade’ beter past dan ‘Richtlijn Milieuaansprakelijkheid’ (zie H. BOCKEN, “De Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Een inleiding” in H. BOCKEN en R. SLABBINCK (eds.), *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 6, nr. 9; R. SLABBINCK, “De Europese Richtlijn Milieuschade werkt (niet): waarom en wat nu?”, *TOO* 2018, afl. 2, (166) 167, voetnoot 9). Zoals blijkt uit de toelichting bij de richtlijn heeft de Europese Commissie ook overwogen om de notie ‘aansprakelijkheid’ te laten vallen.

¹²⁹ Dit verweermiddel is optioneel voor de lidstaten.

¹³⁰ De algemene zorgvuldigheidsnorm staat boven bijzondere reglementering. Het is niet uitgesloten dat een persoon een fout begaat door de schending van die norm, zelfs al leeft hij een vergunning na (zie Brussel 27 september 1985, *JLMB* 1987, 362). Ook wanneer geen fout vereist is, zoals bij burenhinder, is een vergunning niet zaligmakend (zie Cass. 27 april 1962, *Pas.* 1962, I, 938). Vergunningen doen geen afbreuk aan de burgerlijke rechten van derden (zie Vred. Izegem, 26 april 2017, *TMR* 2017, 763).

7. Vraagpunten

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

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

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

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

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

Als alternatief schadelastverdelingscriterium voor het kerntakencriterium stelt deze bijdrage voor dat – abstractie makend van een *lex specialis* – de overheid schade lijdt wanneer zij werkelijk een voordeel verliest bij de vervulling van een

(grond)wettelijke plicht. Dat werkelijk verloren voordeel voor de overheid bestaat uit de onbeschikbaarheid van overheidsmateriaal en -personeel voor de reguliere werkzaamheden. Zonder zo'n onbeschikbaarheid bevindt de overheid zich niet in een minder gunstige toestand dan vóór het moment waarop zij heeft moeten optreden.

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

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

Leiden de principes van een privaatrechtelijk kostenverhaalmechanisme ertoe dat de door de rechter vastgestelde schadelastverdeling maatschappelijk onbevredigend is, dan is het aan de wetgever om bij te sturen. Hier ligt de ruimte om beleidsargumenten te laten meespelen (zoals, bijvoorbeeld, het drempelargument bij een onopzettelijk loos alarm aan de brandweer¹³¹ of een bepaalde visie ten aanzien van de vereiste foutgradatie om kostenverhaal toch

¹³¹ Zie eerder voetnoot 43.

mogelijk te maken¹³²).

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

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

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

Bij de vervulling van een (grond)wettelijke plicht wordt soms voorgehouden dat enkel de 'buitengewone' kosten van die plicht voor verhaal in aanmerking zou komen. Kostenverhaal zou enkel mogelijk zijn als het optreden van de overheid 'bezwaard' is en zij dus eigenlijk méér doet dan de maatschappij bij de creatie van een plicht voor ogen had. Bij 'gewone' kosten zou er geen schade zijn en ontbreekt er een oorzakelijk verband. Wederom is wetgeving een

¹³² Zoals vermeld, is verhaal van de kosten van de opdrachten die de civiele veiligheid verplicht gratis verricht, enkel mogelijk wanneer er sprake is van welbepaalde misdrijven zoals opzettelijke brandstichting. Die foutgradatie van opzet is een politieke keuze. Het Belgische recht illustreert dit mooi. Vóór een wijziging van de Wet Civiele Veiligheid (2007) oordeelde rechtspraak dat de dader van een opzettelijke brandstichting niet tot schadeloosstelling van brandweerkosten kon worden aangesproken (Antwerpen 25 oktober 2011, RW 2012-13, 991; Vred. Eupen 20 april 2005, *T.Vred.* 2008, 276, noot A. PUTZ), zodat de wetgever zich genoodzaakt zag tot een politieke bijsturing (zie ook eerder voetnoot 44). Een andere foutgradatie dan opzet zou ook mogelijk kunnen zijn. In Frankrijk, bijvoorbeeld, waar de opdrachten van civiele veiligheid ook verplicht gratis worden verricht op basis van het beginsel van *la gratuité des secours* werd na een bijzonder mediageniek geval van een reddingsoperatie die achteraf nutteloos bleek (*les faux disparus du Verdon*), zonder succes een wetgevend initiatief opgestart om kostenverhaal mogelijk te maken vanaf grove nalatigheid ('zware fout'), zie Proposition de loi visant à encadrer le principe de gratuité des secours en cas d'imprudence caractérisée des personnes secourues, 10 octobre 2013, n° 1455. Het 'strikt' juridische stoot hier op de grenzen van het politieke domein.

belangrijk vertrekpunt. De rechter kan expliciet bepalen dat *alle* kosten voor vergoeding in aanmerking komen, zoals hij dat doet bij milieuschade.

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

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

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

Als privaatrechtelijk kostenverhaal volgens de uiteengezette vereisten mogelijk is, dan gelden de gewone regels van hoofdelijke aansprakelijkheid en regres. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht geldt concreet dat de

schadeverwekkers *in solidum* gehouden zijn tot integrale schadeloosstelling van de benadeelde. Iedere schadeverwekker kan regres uitoefenen op de anderen.

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

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

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

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

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 crashtenders 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 zaten 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 overtreder 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 rechtspraak 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 privaat- 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 ontlelen 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 ontlelen voor toe- dan wel afwijzing van kostenverhaal? Welke rol speelt stilzwijgen van de wetgever?
- * Wie is de geijkte 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.

Dialogoog

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 kerntakendebat 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 opzoeken 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 wespen nesten 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 herbe kijkt. 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.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemster 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 deelneemster 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 gebruiksbeperkingen 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 uitsluitel 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.

Dialogoog

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 plezierje 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 aantoonst 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.

Dialoog

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 kostenbeschikkingseisen 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 betaalt 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.

Dialogoog

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 tussenkomsten 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 voorzetten 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.

Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

Gastenlijst expertmeeting van 15 oktober 2021

Nederland

- Mr. A.B. (Aletta) Blomberg, advocaat en partner bij ngnb advocaten Amsterdam
- R. (Rebecca) Bosch, student-assistent sectie privaatrecht EUR
- Mr. B. (Berthy) van der Broek, RIO Rechtbank Gelderland
- Mr. S. (Stijn) van Deursen, promovendus UU
- Prof. mr. B.J. (Bart Jan) van Ettekoven, voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder bestuursprocesrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam
- Mr. J.J. (Joost) van der Helm, senior raadsheer gerechtshof Den Haag,
- Mr. dr. P.J. (Pim) Huisman, universitair hoofddocent bestuursrecht bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam, tevens raadsheer plaatsvervanger in de Centrale Raad van Beroep
- Prof. mr. dr. M.J. (Rianne) Jacobs, raadadviseur bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid
- Prof. mr. C.J.M. (Carla) Klaassen, hoogleraar privaatrecht Radboud Universiteit Nijmegen
- Prof. mr. S.D. (Siewert) Lindenbergh, hoogleraar privaatrecht EUR
- Mr. H. (Hetty) ten Oever, medewerker wetenschappelijk bureau Hoge Raad
- Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam
- Prof. mr. J.E.M. (Jaap) Polak, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
- Mr. Th. (Thomas) Sanders, advocaat bij AKD Amsterdam
- Prof. mr. M.W. (Martijn) Scheltema, advocaat en hoogleraar civiel recht EUR
- Mr. G. (Gerbrant) Snijders, advocaat-generaal parket bij de Hoge Raad
- Prof. mr. G. (Gerrit) van der Veen, advocaat AKD Rotterdam en hoogleraar Milieurecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen

GASTENLIJST

- Prof. mr. R.J.G.M. (Rob) Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht Universiteit Utrecht en staatsraad advocaat-generaal voor bestuursrecht
- Mr. dr. L.F. (Lidy) Wiggers-Rust, raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)

België

- De heer Christopher Borucki, doctoraal onderzoeker, KU Leuven
- Prof. dr. Ann Carette, Diensthoofd juridische zaken bij de Vlaamse Milieumaatschappij, UAntwerpen
- Prof. dr. Geert Jocqué, afdelingsvoorzitter bij het Hof van Cassatie, KU Leuven
- Prof. dr. Marc Kruithof, UGent
- Prof. dr. Kaat Leus, staatsraad Raad van State
- De heer Gilles Rouvroy, mandaatassistent UGent
- Prof. dr. Steven Lierman, KU Leuven, Universiteit Antwerpen
- Prof. dr. Frederik Peeraer, UGent, Universiteit Antwerpen
- Prof. dr. Ilse Samoy, KU Leuven
- Christophe Smeyers, bestuursrechter Raad voor Vergunningsbetwistingen
- De heer Eddy Storms, Eerste voorzitter Dienst voor Bestuursrechtscolleges
- De heer Filip Van Acker, Voorzitter Raad voor Vergunningsbetwistingen
- De heer dr. Tom Vandromme, Senior adviseur Wonen bij Vlaamse Overheid, postdoctorale vorser UAntwerpen
- Meester Johan Verbist, advocaat
- Prof. dr. Stijn Verbist, Universiteit Hasselt, advocaat
- Prof. dr. Kurt Willems, KU Leuven

Verslaglegging

- Mr. P. (Peter) Valk
- Michelle Meulebrouck, doctoraatsonderzoeker Leuven Centre for Public Law, KU Leuven