

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

G.A. van der Veen

I. 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 teruggегреpen 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 veiligheidsgevaars) en artikel 1.1a lid 1 en 2 Wet milieubeheer (gebod tot het voorkomen, beperken en ongedaan maken van nadelige milieuevolgen).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 concreetiseert 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 I:

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 betrekkelijke waarde van het begrip “kerntaak”. Ten tijde van de formulering van het voornemen om wél 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 wetsbepalingen 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 betrekkelijke 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 wèl, 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 overtreders 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.

