

# Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud

M.W. Scheltema

## 1. Inleiding

Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht is geen nieuw fenomeen. Van oudsher speelt het publiekrecht (vooral) een rol in verhoudingen tussen burgers. Zo werden huurprijzen aan maxima gebonden. Overtreding van die voorschriften maakte de overeenkomst nietig.<sup>1</sup> Ook was enige tijd na de tweede wereldoorlog het zonder vergunning wijzigen van de productie niet toegestaan.<sup>2</sup> Daarnaast wordt (het gebruik van) eigendom beïnvloed door publiekrechtelijke normen, bijvoorbeeld doordat in bestemmingsplannen het gebruik van eigendom wordt gereguleerd en omdat voor het bouwen op eigen grond een bouwvergunning noodzakelijk is. Ook speelt de omstandigheid dat een burger over een vergunning beschikt een rol bij de beantwoording van de vraag of het door de vergunning gelegitimeerde handelen onrechtmatig is jegens een andere burger.<sup>3</sup>

Relatief recenter is het denken over de doorwerking van het publiekrecht in verhoudingen tussen burgers en de overheid. Voorheen lag de nadruk in dat verband op de vraag of en in hoeverre privaatrechtelijke regels konden worden gebruikt in het publiekrecht, met name omdat schakelbepalingen – zoals de art. 3:59 en 3:326 BW – bepaalde regels uit het BW ook buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing verklaren, tenzij de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet. Ook voor de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht geldt overigens dat deze – met name via open normen in het privaatrecht als de redelijkheid en billijkheid – niet nieuw is.<sup>4</sup> Een aantal recente ontwikkelingen leidt er echter toe dat deze vorm van doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht een steeds grotere rol gaat spelen. Aan deze vorm van doorwerking zal hierna aandacht worden besteed. Eerst zal worden ingegaan op de uitgangspunten die gelden ten aanzien van de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Daarna komt aan de orde welke vormen van doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht kunnen worden onderscheiden. Het grootste gedeelte van deze bijdrage zal bestaan uit een onderzoek naar deze vormen van doorwerking aan de hand van een aantal voorbeelden.

## 2. Uitgangspunten

Wanneer van doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht wordt gesproken, is relevant aan te geven hoe de verhouding tussen deze rechtsgebieden ligt. Dat is van belang omdat dit verschil maakt bij de beantwoording van de vraag of het publiekrecht doorwerkt in het privaatrecht of dat daarvan geen sprake is. In de toelichting op de vierde tranche Awb wordt een visie gegeven op de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht. De in de

---

<sup>1</sup>. Vergelijk bijvoorbeeld HR 24 januari 1975, NJ 1975, 244.

<sup>2</sup>. HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 m.nt. PhANH (Burgman/Aviolanda).

<sup>3</sup>. Zie bijvoorbeeld recentelijk HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 m.nt. Brunner.

<sup>4</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon).

toelichting vervatte visie ziet niet alleen op geldschulden aan en van de overheid maar algemeen op de verhouding tussen het publiek- en privaatrecht.<sup>5</sup>

Volgens de toelichting gelden twee uitgangspunten. Het eerste is dat de regels uit het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt mee dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht.<sup>6</sup> Zoals de regels in de Awb slechts voor het bestuursrecht zijn bedoeld, zijn de in het BW vervatte regels met name opgesteld voor het privaatrecht. Dat neemt volgens de toelichting niet weg dat regels in het ene rechtsgebied van overeenkomstige toepassing kunnen zijn in het andere rechtsgebied. De schakelbepalingen in het BW bieden een grondslag voor toepassing van de in het BW vervatte regels in het bestuursrecht. Ook in de Awb komen schakelbepalingen voor. Zo wordt in art. 3:1 lid 2 Awb bepaald dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

Het tweede uitgangspunt is dat ondanks het zojuist genoemde onderscheid nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moeten worden vermeden.<sup>7</sup> Daarom moet indien een onderwerp in het bestuursrecht wordt geregeld dat ook een privaatrechtelijke tegenhanger heeft – zoals voor geldschulden maar bijvoorbeeld ook voor de vertegenwoordiging en de verjaring geldt – worden nagegaan in hoeverre de regels van het BW ook in het bestuursrecht bruikbaar zijn. Indien het bestuursrecht geen argumenten oplevert voor een andere regeling, moet volgens de toelichting in beginsel bij het BW worden aangesloten.<sup>8</sup>

### 3. Drie vormen van doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht

Bij doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht kunnen drie vormen van doorwerking worden onderscheiden. Dit zijn achtereenvolgens doorwerking in verband met rechtsmachtverdeling, doorwerking om de voorrang of de goede werking van het publiekrecht te garanderen indien gebruik wordt gemaakt van privaatrechtelijke subjectieve rechten en doorwerking via open normen in het privaatrecht. Deze drie vormen worden hierna uitgewerkt.

#### *Rechtsmachtverdeling*

De doorwerking van het publiekrecht kan samenhangen met de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Zo geldt dat indien een besluit door de bestuursrechter is vernietigd de burgerlijke rechter er van uitgaat dat (de rechtspersoon waartoe) het bestuursorgaan (behoort) toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld.<sup>9</sup> Keerzijde daarvan is dat de burgerlijke rechter indien een besluit niet is vernietigd of door een bestuursorgaan is ingetrokken – bijvoorbeeld omdat de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep inmiddels is verstreken – er van uitgaat dat het besluit zowel qua wijze van tot stand komen als qua inhoud rechtmatig is. Van onrechtmatig handelen is in

---

<sup>5</sup>. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14-17. Zie in die zin ook M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Alphen aan den Rijn 2008, i.h.b. hoofdstuk I. Zie voorts bijvoorbeeld B.J. Schueler, O&A 2005, p. 6 en 7.

<sup>6</sup>. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14-16.

<sup>7</sup>. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14, 16 en 17; MvA, Kamerstukken I 2007/08, C, p. 8.

<sup>8</sup>. MvA, Kamerstukken I 2007/08, C, p. 19.

<sup>9</sup>. Zie bijvoorbeeld met verdere verwijzingen M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 318-325.

dergelijke gevallen derhalve geen sprake.<sup>10</sup> Het vorenstaande brengt mee dat de regels van het publiekrecht over de rechtmatigheid van besluiten – en over de termijn waarbinnen tegen een besluit moet worden opgekomen – doorwerken in de beantwoording van de vraag of onrechtmatig is gehandeld. Dit is volgens de Hoge Raad noodzakelijk om (i) te voorkomen dat de burgerlijke rechter inzake vragen waarover ook de bestuursrechter tot oordelen is geroepen tot een ander oordeel komt dan deze, (ii) recht te doen aan het uitgangspunt dat het oordeel of een beschikking wat betreft haar totstandkoming en inhoud in overeenstemming is met het (bestuurs)recht bij uitstek toekomt aan de bestuursrechter en (iii) in verband met de rechtszekerheid te voorkomen dat er langdurig twijfel bestaat over de rechtsgeldigheid van een besluit.<sup>11</sup> De ratio voor de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht is hier derhalve de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Uitgangspunt is dat de vaststelling van de ‘onrechtmatigheid’ van een besluit is voorbehouden aan de bestuursrechter. De burgerlijke rechter conformeert zich aan dat oordeel als de bestuursrechter heeft geoordeeld en komt in beginsel niet tot een zelfstandig oordeel indien de bestuursrechter niet heeft gesproken (en een bestuursorgaan een besluit ook niet zelf heeft ingetrokken). In dat laatste geval gaat de burgerlijke rechter uit van de rechtmatigheid van het besluit.

### *Voorrang en werking publiekrecht*

De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht kan ook samenhangen met de voorrang van publiekrechtelijke normen of het bewaken van de goede werking van dergelijke normen. In dat verband kan het legaliteitsbeginsel meebrengen dat de overheid niet steeds van bevoegdheden gebruik kan maken die haar in beginsel op grond van het privaatrecht toekomen. Zo is het instellen van een onrechtmatige daadsvordering niet steeds mogelijk en kunnen publiekrechtelijke bevoegdheden – zoals de bevoegdheid tot belastingheffing – in beginsel niet bij overeenkomst worden over- of opgedragen aan burgers.<sup>12</sup> Verder zal de overheid geen gebruik kunnen maken van haar op grond van het privaatrecht toekomende bevoegdheden indien het publiekrecht daardoor onaanvaardbaar wordt doorkruist.<sup>13</sup> Om die reden kan het instellen van een onrechtmatige daadsvordering door de overheid niet zijn toegelaten, bijvoorbeeld omdat uit het stelsel van de toepasselijke publiekrechtelijke regeling volgt dat het verhalen van kosten (schade) niet is toegestaan. In deze gevallen is de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht noodzakelijk om het primaat van bepaalde publiekrechtelijke regels en een juiste toepassing van de daarin vastgelegde bevoegdheden(verdeling) te bewaken.

Deze vorm van doorwerking speelt ook een rol indien het publiekrecht (deels) eigen regels bevat voor onderwerpen die ook in het privaatrecht zijn geregeld. Dat is bijvoorbeeld het geval voor bestuursrechtelijke geldschulden (titel 4.4 Awb) en ten aanzien van bepaalde overeenkomsten, zoals de exploitatieovereenkomst (art. 6.24 Wet op de ruimtelijke ordening) en een overeenkomst op grond van art. 8 Wet gemeenschappelijke regelingen. In dergelijke

---

<sup>10</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker); HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS (Hot Air); HR 11 november 1988, NJ 1990, 583 m.nt. MS (Ekro) en recentelijker HR 9 september 2005, NJ 2006, 93 m.nt. Mok (Kuijpers/Valkenswaard).

<sup>11</sup>. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert). Zie in die zin verder bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, Deventer 2008, p. 82; M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, *RMTh* 1995, p. 385; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 715.

<sup>12</sup>. HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 m.nt. ARB (Staat/Lenger) respectievelijk HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 m.nt. MS (Veenman/Waterland). Zie daarover ook met verdere verwijzingen M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 214 en 389-393.

<sup>13</sup>. Bijvoorbeeld HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill); HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 m.nt. MS (De Pina/Helmond); HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 m.nt. MS (Vlissingen/Rize).

gevallen gelden in afwijking van de privaatrechtelijke regels de regels uit het publiekrecht. De privaatrechtelijke regels kunnen dan slechts dienen te invulling van leemten die het publiekrecht laat, bijvoorbeeld omdat de regeling in het publiekrecht niet uitputtend is en een deel van de materie ongeregeld laat.

Wanneer zowel in het publiekrecht als in het privaatrecht een regeling bestaat voor bepaalde materie, bijvoorbeeld voor geldschulden, kan dat leiden tot grensconflicten. Zo rijst wanneer onduidelijk is of sprake is van een bestuursorgaan – bijvoorbeeld indien een privaatrechtelijke stichting subsidies toekent die worden gefinancierd uit publieke middelen –, <sup>14</sup> de vraag of de regeling omtrent de geldschulden in de Awb van toepassing is. Niet bestuursorganen kunnen niet (zelfstandig) bij beschikking aanspraken vaststellen, terwijl de vaststelling van een geldschuld bij beschikking in dergelijke gevallen vereist is voor de toepasselijkheid van de geldschuldenregeling in de Awb.

### *Open normen in het privaatrecht*

De laatste vorm van doorwerking vindt plaats door invulling van privaatrechtelijke open normen met publiekrechtelijke regels. Zo wordt de redelijkheid en billijkheid voor de overheid ingevuld aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. <sup>15</sup> Ook de onvoorzene omstandigheden van art. 6:258 BW worden voor de overheid op een bijzondere wijze uitgewerkt indien sprake is van een beleidswijziging. <sup>16</sup>

## 4. Doorwerking en rechtsmachtverdeling

### 4.1 Formele rechtskracht

#### *Hoofdregeel*

Hiervoor is de regel van de formele rechtskracht besproken als een voorbeeld van het geval waarin de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht meebrengt.

De regel van de formele rechtskracht houdt in dat wanneer tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan de burgerlijke rechter – zo deze rechtsgang niet is gebruikt – indien de geldigheid van het besluit in het voor hem gevoerde geding in geschil is ervan dient uit te gaan dat dit besluit zowel wat haar wijze van totstandkomen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. <sup>17</sup> Er moet derhalve sprake zijn van een

---

<sup>14</sup>. Er is sprake van een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 sub b Awb indien de rechtspersoon met openbaar gezag is bekleed. Zie bijvoorbeeld ABRS 30 november 1995, AB 1996, 136 (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers); ABRS 9 januari 2002, JB 2002, 84 m.nt. Peters (Bedrijfspensioenfonds Bouwnijverheid); ABRS 22 mei 2002, JB 2002, 203 m.nt. Peters (Mondriaan Stichting); ABRS 13 november 2002, AB 2003, 114 m.nt. NV (Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp); ABRS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 m.nt. NV (Stichting Nationaal MS Fonds).

<sup>15</sup>. Bijvoorbeeld HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon); HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (Körfer/Heerlen); HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekhandel Lelystad); HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof); HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Stichting Belangenbehartiging Erfpachters/Den Haag); HR 8 april 2005, NJ 2005, 482 m.nt. MRM.

<sup>16</sup>. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II); HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (Den Dulk/Curaçao).

<sup>17</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker); HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS (Hot Air); HR 11 november 1988, NJ 1990, 583 m.nt. MS (Ekro); HR 22 juni 1990, NJ 1993, 637 m.nt. MS (Vastgoed); HR 21 december 1990, NJ 1991, 594 m.nt. HJS (Fratoni); HR 16 oktober

besluit. De vraag of daarvan sprake is, leidt in een aantal gevallen ook tot afgrenzingsproblemen met het privaatrecht. Zo kunnen Faillissementscuratoren een voorschot op hun honorarium krijgen om bestuurders aansprakelijk te stellen op de voet van art. 2:138/248 BW. Dit gebeurt op basis van de Garantstellingsregeling curatoren, die de minister op grond van art. 2:138/248 lid 10 heeft opgesteld. De beslissing om een dergelijk voorschot al dan niet te verlenen is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State echter zozeer verweven met het faillissementsrecht dat het gaat om privaatrechtelijk handelen.<sup>18</sup> Dit brengt mee dat geen sprake is van een besluit en daarmee geschillen over de (niet)toekenning van dit voorschot alleen aan de burgerlijke rechter kunnen worden voorgelegd. Doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht in verband met rechtsmachtverdeling is dan derhalve niet aan de orde.

De regel van de formele rechtskracht geldt ongeacht de grondslag van de vordering bij de burgerlijke rechter. Het doet dus niet ter zake of die op onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming is gebaseerd.<sup>19</sup>

Dat een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang moet hebben opengestaan, brengt mee dat de regel van de formele rechtskracht alleen geldt ten opzichte van belanghebbenden in de bestuursrechtelijke procedure.<sup>20</sup> Voor niet-belanghebbenden staat deze rechtsgang niet open.<sup>21</sup>

Het gaat om een verstrekkende regel. De burgerlijke rechter dient ook dan de rechtsgeldigheid van een besluit van een bestuursorgaan aan zijn uitspraak ten grondslag te leggen indien als vaststaand kan worden aangenomen dat dit besluit zou zijn vernietigd indien daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen.<sup>22</sup> De burgerlijke rechter gaat eveneens uit van de

---

1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS (Vulhop/Amsterdam); HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 m.nt. MS (Aruba/Playa Liquor); HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 m.nt. MS (Sprangers); HR 3 november 1995, NJ 1997, 161 m.nt. MS (Petronella/Rotterdam); HR 8 december 1995, NJ 1997, 163 m.nt. MS (Heijboer); HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS (Kaveka/Apeldoorn); HR 12 oktober 2001, NJ 2001, 636 (Staat/Siemons); HR 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM (Maple Tree); HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131; HR 17 december 2004, NJ 2005, 60; HR 11 maart 2005, NJ 2005, 170 (Premiefraude); HR 9 september 2005, NJ 2006, 93 m.nt. Mok (Kuijpers/Valkenswaard). Vergelijk voorts HR 19 november 1976, NJ 1979, 216 m.nt. MS (Sempre Crescendo); HR 4 februari 1983, NJ 1985, 21 m.nt. MS (Hei- en Boeicop); HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS (Nibourg/Zuidwolde).

Zie verder bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, de gewone rechter en de bestuursrechtspraak, Deventer 2008, p. 38; E.C.H.J. van der Linden, Formele en materiële rechtskracht, diss. Maastricht 1998, Den Haag 1998; B.J. Schueler, JBPlus 2004, p. 86.

Het beginsel geldt voor alle appellabele besluiten en daarmee bijvoorbeeld ook voor bestemmingsplannen.

Zie HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS (Kaveka/Apeldoorn); HR 11 april 2008, NJ 2008, 519 m.nt.

Mok (Smals c.s./Gelderland). Vergelijk HR 9 november 2007, JB 2008, 22.

<sup>18</sup>. ABRvS 16 juli 2008, JB 2008, 189.

<sup>19</sup>. Vergelijk HR 21 april 2006, NJ 2006, 272; HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606 m.nt. Hijma. Zie ook G.A. van der Veen, JBPlus 2009, p. 4.

<sup>20</sup>. Dat kunnen ook derdenbelanghebbenden zijn. Zie HR 8 september 1995, NJ 1997, 159 m.nt. MS (Utrecht/Budinovski). Zie daaromtrent bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, de gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 135-138; G.A. van der Veen, JBPlus 2009, p. 8-10.

<sup>21</sup>. Bijvoorbeeld HR 15 november 1996, NJ 1997, 160 m.nt. MS (Kruit c.s./Zuidwolde); HR 26 januari 2001, JB 2001, 44 m.nt. EvdL (RDW/De Bruin); HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325 m.nt. MRM (Staat/European Club Support Foundation). Zie ook J.A.M. van Angeren, de gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 142-146; G.A. van der Veen, JBPlus 2009, p. 8.

<sup>22</sup>. Zie in die zin bijvoorbeeld HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker); HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS (Vulhop/Amsterdam); HR 5 september 1997, NJ 1998, 47 (Autowrakken Soest); HR 12 oktober 2001, NJ 2001, 636 (Siemons). Zie verder bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 38 en 39; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2008, p. 715.

rechtmatigheid van een besluit indien de administratief beroepsprocedure of de procedure bij de bestuursrechter wel is gevolgd maar (nog) niet heeft geleid tot vernietiging van het bestreden besluit.<sup>23</sup>

De omstandigheid dat de beroepsgang bij de bestuursrechter op een goede grond niet is gebruikt, brengt niet mee dat een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht kan worden aanvaard.<sup>24</sup> Zo brengt de omstandigheid dat schadevergoeding wordt gevraagd en geen vernietiging van een besluit in beginsel niet mee dat een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht wordt aanvaard.<sup>25</sup> De burgerlijke rechter aanvaardt in gevallen waarin de rechtmatigheid van een besluit niet wordt betwist, maar alleen vergoeding van (onevenredige) schade wordt gevorderd (gebaseerd op het *égalité*-beginsel) dan ook geen uitzondering op de regel van de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit.<sup>26</sup> De bestuursrechters gaan daar bij op het *égalité*-beginsel gebaseerde schadeverzoeken anders mee om. In gevallen waarin een op het (zelfstandige) *égalité*-beginsel gebaseerd zuiver schadebesluit wordt gevraagd – waarbij derhalve niet (een schending van) art. 3:4 lid 2 Awb aan de orde is –, staat de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit niet aan een beoordeling van die aanvraag in de weg.<sup>27</sup> Bij de bestuursrechter zal een dergelijk (nadeelcompensatie)verzoek derhalve niet afstuiten op de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit. Verder levert strijd met het gemeenschapsrecht geen reden op voor het maken van een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg); HR 7 april 1995, NJ 1997, 166 m.nt. MS (Smit/Staat); HR 27 april 2001, NJ 2002, 335 m.nt. MS (Leers/Staat); HR 19 december 2008, NJ 2009, 146 m.nt. Mok (Rotterdam/Hoogland); ABRvS 24 november 2004, AB 2004, 165 m.nt. AvH. Zie voorts de conclusie van A-G Keus voor HR 8 juli 2005, JB 2005, 243 onder 2.3. Zie ook C.N.J. Kortmann, Gemeentestem 7229 (2005), p. 259; Losbladige Onrechtmatige Daad V.A (Damen), aant. 102; M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 319 en 320. Hetzelfde geldt voor een fictieve goedkeuring. Zie HR 11 april 2008, NJ 2008, 519 m.nt. MRM (Smals c.s./Gelderland). Zie daaromtrent ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 67-69, 74 en 75.

Niet ter zake doet of de administratieve beroepsgang met voldoende waarborgen is omkleed of een onafhankelijke rechtsgang is in de zin van art. 6 EVRM. Zie bijvoorbeeld HR 12 december 1986, NJ 1987, 381 m.nt. MS (Barneveldse stal); HR 18 december 1987, NJ 1989, 527 m.nt. MS (Mefigro/Gendt); HR 19 januari 1996, NJ 1997, 201 m.nt. Ten Berge (Eijsden); HR 15 maart 1996, NJ 1996, 420 (Zuidhorn); HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869 m.nt. MS (Kaveka/Apeldoorn).

<sup>24</sup>. Vergelijk in die zin HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90 m.nt. MS (Nibourg/Zuidwolde). Zie voorts HR 23 januari 2004, AB 2004, 258 m.nt. RW. Zie ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 60.

<sup>25</sup>. HR 26 februari 1988, NJ 1989, 528 m.nt. MS (Hot Air/Staat). Zie ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 44.

<sup>26</sup>. HR 6 december 2002, NJ 2003, 616 m.nt. MS (Pannenkoekhuis De Kabouter); HR 28 maart 2008, NJ 2008, 475 m.nt. Mok (Asha/Amersfoort). Zie ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 176-179; G.M. van den Broek en W.J. Hoekveld, *O&A* 2009, p. 4-9. Ook toetsing van formele wetgeving aan het *égalité*-beginsel wordt vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Gw door de Hoge Raad niet voor mogelijk gehouden. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2009, JB 2009, 108 m.nt. Teunissen (Van den Boonen Blijham/Staat).

<sup>27</sup>. Zie in die zin bijvoorbeeld ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95 m.nt. Neerhof; ABRvS 23 november 2005, AB 2006, 310 m.nt. Vermeer; ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 m.nt. Van Ravels; ABRvS 7 juni 2006, JB 2006, 229 m.nt. Albers en Schlössels.

Zie in die zin ook de volgende literatuur T. Barkhuysen en M.K.G. Tjepkema, *RMTh* 2006, p. 182; B.J. van Etekoven, *O&A* 2006, p. 19; M.E. Gelpke, *O&A* 2006, p. 7; Mon. Awb B7 (Schueler), p. 217-220, 222 en 226; M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer 2008, p. 406-408.

<sup>28</sup>. Zie HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (Rewe), Jur. 1976, p. 1989; HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (Comet), Jur. 1976, p. 2043; HvJ EG 28 november 2000, zaak C-88/99, Jur. 2000, p. I-10465 (Roquette Frères); HvJ EG 22 februari 2001, gev. zaken C-52/99 en 53/99 (Camarotte en Vignone), Jur. 2001, p. I-1395; HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99 (Universale-Bau), Jur. 2002, p. I-11617; HvJ EG 19 september 2006, AB 2006, 441 m.nt. Widdershoven (Arcor). Zie ook A-G Ruiz-Jarobo Kolomer in zijn conclusie voor HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, onder 46-53 (naar aanleiding van

In verband met het vorenstaande moet niet uit het oog worden verloren dat door de bestuursrechter veelal – indien de bezwaarprocedure van de Awb openstaat – niet het primaire besluit wordt vernietigd, maar de beslissing op bezwaar. In dat geval hangt de beantwoording van de vraag of het primaire besluit onrechtmatig is af van de besluitvorming die na de vernietiging van de beslissing op bezwaar plaatsvindt. De burgerlijke rechter dient immers in beginsel van de rechtmatigheid van het besluit uit te gaan zolang het niet is vernietigd. Eerst wanneer uit de uitspraak van de bestuursrechter blijkt welk gebrek aan het primaire besluit kleeft of de nieuwe beslissing op bezwaar inhoudt dat het bezwaar gegrond is – omdat het primaire besluit in strijd met het recht is uitgevaardigd en het primaire besluit geheel of gedeeltelijk wordt ingetrokken en voor zover nodig door een nieuw besluit wordt vervangen –, staat de onrechtmatigheid van het primaire besluit vast.<sup>29</sup> In dergelijke gevallen komt de schade die het (ingetrokken) primaire besluit heeft veroorzaakt in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Daaronder kan ook schade vallen die is geleden gedurende de periode dat het primaire besluit is geschorst.<sup>30</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of het primaire besluit onrechtmatig is, komt derhalve betekenis toe aan de vraag of de door een burger geëntameerde bestuursrechtelijke procedure

---

prejudiciële vragen van de Hoge Raad in HR 27 september 2002, NJ 2002, 534 (Pearle/Hoofdbedrijfsschap Ambachten)). Dat is ook uitgangspunt in de nationale rechtspraak. Zie CBB 19 juli 2000, RAwb 2000, 158; HR 21 maart 2001, BNB 2001, 238; CRvB 23 december 2002, AB 2003, 209; HR 24 januari 2003, AB 2003, 120; HR 5 oktober 2007, AB 2008, 1 m.nt. Widdershoven; CBB 28 november 2007, AB 2008, 20 m.nt. Ortlep. Vergelijk in die zin HR 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM (Maple Tree/Staat); HR 18 februari 2005, AB 2005, 119 m.nt. RW; CRvB 4 januari 2006, AB 2006, 180 m.nt. Ortlep; CBB 19 juni 2008, AB 2008, 301 m.nt. Ortlep; CBB 19 juni 2008, AB 2008, 302.

Zie daarover ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 71-73; J.H. Jans en A.T. Marseille, *SEW 2007*, p. 329-333; M.H. Wissink, *AV&S 2004*, p. 145 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven en R. Ortlep, *O&A 2004*, p. 34 e.v.

Wel kan wanneer de hoogste bestuursrechter zich over een besluit heeft uitgelaten onder omstandigheden aanleiding bestaan tot heroverweging van dat besluit door het bestuursorgaan. Dat is het geval als (i) een bestuursorgaan naar nationaal recht bevoegd is om terug te komen op een besluit – dat is naar Nederlands recht het geval op grond van art. 4:6 Awb – (ii) de hoogste bestuursrechter heeft geoordeeld over dit besluit, (iii) deze uitspraak, gelet op latere jurisprudentie van het Europese Hof, berust op een onjuist uitleg van het gemeenschapsrecht, en is gegeven zonder dat een prejudiciële beslissing is gevraagd en (iv) een belanghebbende zich onmiddellijk tot het bestuursorgaan heeft gewend na van die uitspraak van het Europese Hof te hebben kennisgenomen. Zie HvJ EG 13 januari 2004, NJ 2004, 125 m.nt. MRM (Kühne & Heitz/Productschap voor Pluimvee en eieren); HvJ EG 12 februari 2008, AB 2008, 100 m.nt. Widdershoven (Kempter). Zie over de eerste uitspraak ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 71-73; T. Barkhuysen en H.M. Griffioen, *NJB 2004*, p. 2132-2140; J.H. Jans en A.T. Marseille, *SEW 2007*, p. 329-333; A.J.C. de Moor-van Vugt en E.M. Vermeulen, *JBPlus 2004*, p. 58-64.

<sup>29</sup>. Zie HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (St. Oedenrode/Driessen); HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert). Zie voor een geval waarin de bestuursrechter zelf op de voet van art. 8:72 lid 2 Awb in de zaak voorzag en schadevergoeding toekende CRvB 2 september 2008, JB 2008, 261. Zie in de hiervoor genoemde zin ook de conclusie van A-G Keus voor HR 8 juli 2005, JB 2005, 243, onder 2.9; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 274a; M.E. Gelpke, *O&A 2007*, p. 155-162; C.N.J. Kortmann, *Gemeentestem 7229 (2005)*, p. 258; Mon. Awb B7 (Schueler), p. 116 en 139-144; B.J. Schueler, *O&A 2007*, p. 57; B.J. Schueler, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer 1997, p. 59, 61 en 63. Vergelijk tevens H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Afscheidsrede*, p. 43-45; G.E. van Maanen, *JBPlus 2004*, p. 54; A.A. van Rossum, *NJB 1999*, p. 205. Vergelijk verder HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 m.nt. ARB; ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 403 m.nt. ARN.

<sup>30</sup>. Zie HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669 m.nt. JAB (St. Oedenrode/Driessen). Te denken valt aan een lagere opbrengst die bij verkoop van een onroerende zaak wordt verkregen ook al was de effectuering van het bestuursdwangbesluit op dat moment opgeschort. Zie P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer 2005, p. 174.

tegen het primaire besluit is gestrand doordat tegen het uitblijven van een nieuwe beslissing op bezwaar geen beroep is ingesteld en dit beroep ook niet alsnog kan worden ingesteld zonder dat dit in de zin van art. 6:12 lid 3 Awb onredelijk laat zou zijn. In dat geval verkrijgt het primaire besluit formele rechtskracht doordat (definitief) niet meer op het bezwaar wordt beslist en daarmee komt vast te staan dat het primaire besluit rechtmatig is omdat het niet wordt ingetrokken.<sup>31</sup> Er bestaat derhalve – zelfs indien bij een voortzetting van de procedure tegen het primaire besluit zelf geen belang meer bestaat<sup>32</sup> – voldoende belang bij het voortzetten van de bestuursrechtelijke procedure ter zake van het uitblijven van een nieuwe beslissing op bezwaar of tegen een daadwerkelijk genomen nieuwe beslissing op bezwaar met het oog op het verkrijgen van schadevergoeding.<sup>33</sup>

### *Uitzonderingen*

De aan de regel van de formele rechtskracht verbonden bezwaren kunnen door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat hierop, gezien de bijzonderheden van het geval, een uitzondering moet worden gemaakt. Naar hierna wordt uiteengezet, leiden deze uitzonderingen er echter zelden toe dat de burgerlijke rechter zich daadwerkelijk over de rechtmatigheid van een besluit moet buigen. Ook deze uitzonderingen doen derhalve slechts in geringe mate afbreuk aan het uitgangspunt dat het oordeel over de rechtmatigheid van besluiten bij uitstek toekomt aan de bestuursrechter.

Een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht kan aan de orde zijn wanneer het aan de overheid is toe te rekenen dat een burger geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van beroep op de bestuursrechter omdat hij niet wist en ook niet behoefde te weten dat hij dit kon.<sup>34</sup> De overheid moet een burger derhalve – mede gelet op de art. 3:45, 6:23, 7:12 lid 4 en 7:26 lid 5 Awb – voldoende inlichten omtrent zijn beroepsmogelijkheden.<sup>35</sup> Zo heeft de Hoge Raad beslist dat bestemmingsplanvoorschriften kunnen meebrengen dat een belanghebbende op de hoogte moet worden gesteld van het voornemen om in afwijking van een in de planvoorschriften opgenomen bouwverbod een vergunning te verlenen. Dat gold in het bijzonder omdat in de bestemmingsplanvoorschriften was opgenomen dat omtrent het verlenen van een bouwvergunning – overigens voor andere bouwwerken dan in de door de Hoge Raad besliste zaak aan de orde – contact diende te worden gezocht met deze belanghebbende.<sup>36</sup> Een ander geval waarin deze uitzondering toepassing vindt, is de situatie waarin een burger volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechter niet ontvankelijk is en de

<sup>31</sup>. Zie bijvoorbeeld M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 320 en 321; G.A. van der Veen, *JBPlus* 2009, p. 12 en 13. Vergelijk HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 187 m.nt. Mok (Enschede/Gerritzen); HR 8 juli 2005, *JB* 2005, 243 (Beijaerts/Bergen op Zoom). Zo zal bij beroep tegen (het uitblijven van) een nieuwe beslissing op bezwaar naar aanleiding van een bestuursdwangbesluit wegens overtreding van een bestemmingsplan zelf geen belang meer bestaan indien de activiteit waarop de bestuursdwang zag inmiddels is beëindigd.

Zie bijvoorbeeld CBB 4 maart 2003, *AB* 2003, 169 m.nt. JHvdV; ABRvS 5 juni 2002, *AB* 2002, 349 m.nt. BJS; CRvB 19 juli 2001, *JB* 2001, 253 m.nt. JHK; ABRvS 1 oktober 1993, *AB* 1994, 180 m.nt. RMvM; ARRvS 13 juli 1987, *AB* 1988, 57 m.nt. JHvdV; CBB 9 mei 2007, *JB* 2007, 141; CBB 4 oktober 2007, *JB* 2008, 19. Vergelijk ABRvS 22 december 2004, *AB* 2005, 76 m.nt. De Graaf.

<sup>34</sup>. Zie HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker); HR 11 november 1988, *NJ* 1990, 583 m.nt. MS (Ekro). Zie voorts J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 43 en 59-64; Conclusie A-G Verkade voor HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 629 m.nt. MRM (Maple Tree) onder 4.5; G.A. van der Veen, *JBPlus* 2009, p. 13 en 14; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 719. Deze uitzondering geldt niet in het geval een belanghebbende stelt geen beschikking te hebben ontvangen. Zie HR 23 oktober 1992, *NJ* 1993, 640 m.nt. MS (K/Bedrijfsvereniging Bouwnijverheid). Verder lijkt de onjuiste indruk te moeten zijn ontstaan gedurende de bezwaarfase. Zie G.A. van der Veen, *JBPlus* 2009, p. 13.

<sup>35</sup>. J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 61.

<sup>36</sup>. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 504 m.nt. MRM (Barneveld/Gasunie).

bestuursrechter, nadat de beroepstermijn al geruime tijd verlopen is, terugkomt op die rechtspraak. In het door de Hoge Raad besliste geval ging het om een bankdirecteur die niet als belanghebbende werd beschouwd bij de afgifte van een verklaring van geen bezwaar door De Nederlandse Bank aan een bank waarvoor hij werkte.<sup>37</sup> Eerst geruime tijd later werden degenen op wie de verklaring van geen bezwaar ziet door het College van Beroep voor het bedrijfsleven wel ontvankelijk geacht. In een dergelijk geval kan van een burger die nog slechts geïnteresseerd is in schadevergoeding volgens de Hoge Raad niet meer worden verwacht dat hij alsnog beroep instelt. De weigering om de verklaring van geen bezwaar af te geven verkreeg derhalve in dat geval geen formele rechtskracht.<sup>38</sup> Gelet op de artikelen in de Awb over de verschoonbare termijnoverschrijding en over de rechtsmiddelenclausule onder besluiten – de art. 6:11, 3:45, 6:23, 7:12 lid 4 en 7:26 lid 5 Awb – zal de noodzaak voor het maken van een uitzondering op deze grond op de regel van de formele rechtskracht zich echter niet vaak (meer) voordoen.<sup>39</sup>

In gevallen waarin het openstaan van een rechtsgang desalniettemin onduidelijk is – met name door toedoen van een bestuursorgaan – rijst bovendien de vraag of een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht moet worden aangenomen. In dat verband is van belang dat art. 70 lid 2 Rv de mogelijkheid opent voor de burgerlijke rechter om te verwijzen naar een bestuursrechtelijke bezwaar- of beroepsprocedure. Voor een dergelijke verwijzing bestaat alleen aanleiding indien deze bestuursrechtelijke bezwaar- of beroepsmogelijkheid voor de rechtzoekende onduidelijk kan zijn.<sup>40</sup> Wanneer een rechtzoekende dan een bestuursrechtelijke termijn ongebruikt laat verstrijken zonder dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt, maar vervolgens een advocaat inschakelt die van deze termijn wèl op de hoogte is, zal deze nog onverwijld een bezwaar- of beroepschrift kunnen indienen op de voet van artikel 6:11 Awb.<sup>41</sup> Het adïeren van de burgerlijke rechter baat de rechtzoekende niet, omdat een niet-ontvankelijkheid hem in die situatie (inmiddels) duidelijk behoort te zijn.<sup>42</sup> De gevolgen van het verzuim tijdig bezwaar te maken en beroep in te stellen, alsmede de eventuele excusering daarvan worden in Awb afdoende geregeld.<sup>43</sup> De algemeen competente bestuursrechter moet uiteindelijk beoordelen of het verzuim excusabel is. Indien dat niet het geval is, leidt dat tot niet-ontvankelijkheid bij hem. Het voordeel van deze benadering is dat de burgerlijke rechter deze problematiek niet meer hoeft te beschouwen in het licht van een uitzondering op de regel van de formele rechtskracht.<sup>44</sup>

Op de formele rechtskracht wordt ook een uitzondering aanvaard indien een vergunninghouder na beroep van derden die tot intrekking van de vergunning heeft geleid de

---

<sup>37</sup>. HR 23 februari 2007, NJ 2007, 503 m.nt. MRM (Bankdirecteur). Een dergelijke verklaring van geen bezwaar is noodzakelijk om bij een Nederlandse bank als bankdirecteur te mogen functioneren.

<sup>38</sup>. Van der Veen vraagt zich overigens af of hier sprake is van een uitzondering of dat het belanghebbende zijn moet worden bepaald op het moment van het nemen van het besluit. Zie G.A. van der Veen, JBPlus 2009, p. 9.

<sup>39</sup>. Zie in die zin bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 47; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 6b.

<sup>40</sup>. MvT, Parl. gesch. Burgerlijke rechtsvordering, p. 226.

<sup>41</sup>. De Hoge Raad heeft dat artikel van overeenkomstige toepassing geacht in HR 27 mei 1994, NJ 1994, 609 m.nt. MS (Kandemir/Arnhem).

<sup>42</sup>. MvT, Parl. gesch. Burgerlijke rechtsvordering, p. 226. Vergelijk HR 14 mei 1993, NJ 1993, 641 m.nt. MS (Aruba/Playa Liquor) waarin werd aangenomen dat indien de alsnog open blijken te staande rechtsgang niet wordt gebruikt het besluit formele rechtskracht verkrijgt. Hetzelfde geldt indien de bestuursrechter een opening geeft om tegen een besluit op te komen maar daarvan geen gebruik wordt gemaakt. Zie HR 27 mei 1994, NJ 1997, 158 m.nt. MS (Sprangers/Staat).

<sup>43</sup>. MvT, Parl. gesch. Burgerlijke rechtsvordering, p. 226; J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 48; B.J. Schueler, Privaat- en publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken, Preadvies voor de Vereniging voor bouwrecht 2005, Amsterdam 2005, p. 78.

<sup>44</sup>. Vergelijk J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 62.

overheid aanspreekt tot vergoeding van de door hem geleden schade, ook als hij tegen de intrekking geen beroep heeft ingesteld.<sup>45</sup> In dat geval behoeft de burgerlijke rechter echter niet tot beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit over te gaan. De bestuursrechter heeft daarover immers naar aanleiding van het beroep van de hiervoor bedoelde derden geoordeeld. Voorts kan een uitzondering geboden zijn indien de onrechtmatigheid van een besluit door een bestuursorgaan wordt erkend, zodanig dat er geen geschil meer is waarover in een administratieve procedure behoeft te worden beslist.<sup>46</sup> Dit kan geschieden door de intrekking van het besluit onder verwijzing naar de onrechtmatigheid ervan.<sup>47</sup> De rechtsgeldigheid van een beschikking behoeft door de burgerlijke rechter echter ook dan niet te worden beoordeeld; partijen zijn het daar over eens. De bestuursrechter neemt daarbij overigens tot uitgangspunt dat de erkenning door het bestuursorgaan binnen de (reguliere) bezwaar- of beroepstermijn moet plaatsvinden omdat een burger alleen dan door de erkenning van het bestuursorgaan wordt afgehouden van de bestuursrechtelijke rechtsgang.<sup>48</sup> Indien erkenning daarna plaatsvindt geldt volgens de bestuursrechter de regel van de formele rechtskracht. Na het verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn is de rechtmatigheid van het besluit immers uitgangspunt, ook indien vaststaat dat het besluit bij tijdig bezwaar of beroep zou zijn vernietigd.<sup>49</sup>

Verder komt het voor dat een bestuursorgaan te laat of niet beslist. Het niet of te laat beslissen wordt op de voet van art. 6:2 onder b Awb met een besluit gelijk gesteld voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep. In dat verband is de vraag of de omstandigheid dat geen beroep is ingesteld tegen het niet (tijdig) beslissen, meebrengt dat het te late of niet beslissen voor rechtmatig moet worden gehouden en dit te late of niet beslissen daarmee wordt bestreken door de regel van de formele rechtskracht. De gedachte daarachter – die nog geruime tijd na de invoering van de Awb werd gehuldigd – is dat het niet of te laat beslissen voor de toepassing van de regel van de formele rechtskracht met een besluit wordt gelijkgesteld. Wanneer in dat geval niet tijdig tegen het niet of te late beslissen wordt opgekomen, wordt dit voor rechtmatig gehouden. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling hebben echter (inmiddels) beslist dat het niet instellen van beroep tegen een weigering van een bestuursorgaan om (tijdig) te beslissen niet meebrengt dat deze weigering formele rechtskracht verkrijgt en derhalve schadevergoeding niet enkel op die grond kan worden afgewezen. Er is ter zake van niet tijdig beslissen dus geen sprake van formele rechtskracht.<sup>50</sup> Daarbij zal de burgerlijke rechter echter niet over de rechtmatigheid van een inhoudelijk

---

<sup>45</sup>. HR 10 april 2009, JB 2009, 123 (Barneveld/Sierkstra).

<sup>46</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 18 juni 1993, NJ 1993, 642 m.nt. MS (Sint Oedenrode/Van Aerle). Zie voorts bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 45; G.M.T. Berkel-Kikkert en E.G.J. Broekhuizen, JBPlus 2009, p. 40 en 41; G.A. van der Veen, JBPlus 2009, p. 14-16; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 721. Vergelijk HR 24 december 1976, NJ 1977, 380 (Tilburgse leges).

<sup>47</sup>. HR 22 juni 1990, NJ 1993, 639 m.nt. MS (Vastgoed 's-Gravenhage/Staat).

<sup>48</sup>. Zie in dat verband ABRvS 25 juni 2003, AB 2004, 81. De Hoge Raad heeft zich hier nog niet expliciet over uitgelaten. Door sommigen wordt echter uit het arrest HR 24 januari 2003, NJ 2003, 629 m.nt. MRM (Maple Tree/Staat) afgeleid dat de Hoge Raad deze regel onderschrijft. Zie J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 46. Anders CBb 11 oktober 2007, AB 2007, 404 m.nt. Ortlep. Zie daaromtrent ook G.M.T. Berkel-Kikkert en E.G.J. Broekhuizen, JBPlus 2009, p. 41.

<sup>49</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker); HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. MS (Vulhop/Amsterdam).

<sup>50</sup>. HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. MS (Heeze-Leende/Lammers); ABRvS 21 november 2001, AB 2002, 183 m.nt. AMLJ (Maarssen); ABRvS 2 januari 2002, JB 2002, 64; ABRvS 6 februari 2002, AB 2002, 257 m.nt. CMB (Winterswijk). Vergelijk ABR RvS 21 juli 2004, AB 2005, 14 m.nt. HBr. Zie voorts CRvB 28 juni 2002, AB 2003, 9 m.nt. BJS; CRvB 28 juni 2006, JB 2006, 262. Zie bijvoorbeeld verder J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, p. 56 en 57; B.P.M. van Ravels, De formele rechtskracht van een fictie, In: Van Wijmen-bundel, Deventer 2003, p. 134-148; M. Scheltema en M.W. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, p. 328 en 329.

besluit oordelen. Aan de orde is alleen of het te late beslissen schade heeft veroorzaakt die voor vergoeding in aanmerking komt.

Ook wordt een uitzondering aanvaard op het beginsel van de formele rechtskracht in verband met (appellabele) zuivere schadebesluiten die betrekking hebben op onrechtmatig overheidshandelen.<sup>51</sup> Een zuiver schadebesluit is een besluit waarin een beslissing is genomen over de toekenning van door een onrechtmatig besluit veroorzaakte schade. De Hoge Raad heeft deze uitzondering op de formele rechtskracht met name gemotiveerd met een verwijzing naar art. 8:73 Awb, waarin de mogelijkheid is opgenomen om naar aanleiding van de vernietiging van een besluit aan de bestuursrechter schadevergoeding te vragen. Deze mogelijkheid is facultatief. De burger kan er ook voor kiezen om schadevergoeding bij de burgerlijke rechter te vorderen. Op grond van deze door de wetgever gecreëerde keuzemogelijkheid heeft de Hoge Raad aangenomen dat in verband met zuivere schadebesluiten een uitzondering moet worden aanvaard op de regel van de formele rechtskracht. Dat geldt overigens totdat de bestuursrechter heeft beslist op een beroep tegen het zuivere schadebesluit.<sup>52</sup> In de situatie waarin nog op een bezwaarschrift tegen het zuivere schadebesluit moet worden beslist, kan derhalve een vordering bij de burgerlijke rechter worden ingesteld.<sup>53</sup> Het zuivere schadebesluit zal na invoering van het voorontwerp Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad komen te vervallen. Daarmee verdwijnt dan derhalve ook deze uitzondering. Ook deze uitzondering brengt echter niet mee dat de burgerlijke rechter over de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit oordeelt. Dat wordt door de burgerlijke rechter als een gegeven aanvaard bij de beoordeling van de vordering tot schadevergoeding in vervolg op de (gedeeltelijke) afwijzing daarvan door het bestuursorgaan in het zuivere schadebesluit. Een zuiver schadebesluit is immers in gevallen als de onderhavige pas aan de orde als het schadeveroorzakende besluit door de bestuursrechter is vernietigd.

De Hoge Raad heeft ten slotte een uitzondering aanvaard op de regel van de formele rechtskracht indien in de bestuursrechtelijke rechtsgang fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd.<sup>54</sup> Deze uitzondering lijkt echter alleen geïndiceerd te zijn in het (onwaarschijnlijke) geval dat deze veronachtzaming plaatsvindt bij één van de hoogste bestuursrechters. In andere gevallen is immers nog redres mogelijk in de bestuursrechtelijke kolom. In dit – zich thans wel heel zelden voordoende geval – zal de burgerlijke rechter

---

<sup>51</sup>. HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 m.nt. ARB (Groningen/Raatgever); HR 15 november 2002, NJ 2003, 617 m.nt. MS (Staat/Zevenbergen). Zie verder bijvoorbeeld J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 64-66 en 120-131. Naar hiervoor is uiteengezet, aanvaardt de Hoge Raad ten aanzien van zuivere schadebesluiten die betrekking hebben op schade die is veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen geen uitzondering op de regel van de formele rechtskracht.

<sup>52</sup>. Dat deze afgrenzing tot vragen aanleiding geeft, is uiteengezet door B.J. van Ettehoven, *O&A 2006*, p. 10-23; B.J. van Ettehoven en B.J. Schueller, *NJB 2000*, p. 203-213. Van Angeren leidt overigens uit het arrest af dat de gang naar de burgerlijke rechter nog wel openstaat indien de bestuursrechter het beroep tegen het zuivere schadebesluit gegrond heeft geacht. Zie J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 64. Ik vraag mij dat echter af. Het ligt voor de hand dat dan de bestuursrechtelijke rechtsgang wordt gevolgd.

<sup>53</sup>. Zie HR 27 april 2001, NJ 2002, 335 m.nt. MS (Leers/Staat) waarin aan de orde was of bij de bestuursrechter een voorschot op de schadevergoeding moest worden gevorderd of dat daartoe ook de burgerlijke rechter kon worden geadieerd. De Hoge Raad oordeelde dat het vragen van een voorschot bij de bestuursrechter niet van Leers kon worden gevergd omdat een voorschot bij de bestuursrechter alleen zou kunnen worden gevraagd indien vervolgens de schadevergoeding ook op de voet van art. 8:73 Awb bij de bestuursrechter wordt gevraagd, hetgeen volgens de Hoge Raad niet van een burger kan worden verwacht. Zie ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 65, 66 en 127.

<sup>54</sup>. HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131, waarin die uitzondering zich overigens niet voordeed. Zie daarover ook C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht 2006, Utrecht 2006, p. 166; G.A. van der Veen, *JBPlus 2009*, p. 16.

daadwerkelijk over moeten gaan tot de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit. Het gaat dan om een witte raaf. Voor het overige leiden de hiervoor genoemde uitzonderingen op de regel van de formele rechtskracht er – voor zover deze zich nog kunnen voordoen – in beginsel niet toe dat de burgerlijke rechter over de rechtmatigheid van het (schadeveroorzakende) besluit oordeelt. Ook bij de uitzonderingen op de regel van de formele rechtskracht wordt derhalve zoveel mogelijk vastgehouden aan het uitgangspunt dat een oordeel over de rechtmatigheid van besluiten bij uitstek toekomt aan de bestuursrechter.

#### 4.2 Gebondenheid aan het oordeel van de bestuursrechter

Ook de gebondenheid van de burgerlijke rechter aan het oordeel van de bestuursrechter over de rechtmatigheid van een besluit vloeit voort uit een goede taakverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter. Voorkomen moet worden dat eenzelfde (rechts)vraag door een burger aan twee verschillende rechters – de burgerlijke en de bestuursrechter – zou moeten en kunnen worden voorgelegd. De Hoge Raad knoopt op dit punt dan ook – op basis van dezelfde ratio als voor de regel van de formele rechtskracht geldt – aan bij de beslissing van de bestuursrechter.<sup>55</sup> De aanknopingspunt bij het oordeel van de (hoogste) bestuursrechter gaat voor de overheid nog verder: zij is ook gebonden aan een uitspraak omtrent de rechtsgeldigheid van een algemeen verbindend voorschrift ten opzichte van niet bij die procedure betrokken burgers.<sup>56</sup>

### 5. Doorwerking en voorrang van het publiekrecht

#### 5.1 Legaliteit en doorkruising

##### *Legaliteitsbeginsel*

Publiekrechtelijke regels kunnen meebrengen dat de overheid geen gebruik kan maken van bepaalde haar in beginsel op grond van het privaatrecht toekomende bevoegdheden. De doorwerking van het publiekrecht leidt er dan toe dat bepaalde uit het privaatrecht voortvloeiende bevoegdheden in het publiekrecht niet kunnen worden gebruikt.

Zo kan de omstandigheid dat geen wettelijke regeling voor het verhalen van schade bestaat betekenen dat de wetgever de materie uitputtend heeft willen regelen in die zin dat hij een vordering uit onrechtmatige daad heeft willen uitsluiten. Zo achtte de Hoge Raad het gezien art. 104 Gw onmogelijk om renteverliezen, geleden wegens een onjuiste voorlopige aangifte, door middel van een vordering uit onrechtmatige daad te verhalen.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup>. Zie HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog/Nederweert). Zie ook HR 17 december 2004, NJ 2005, 152. Zie omtrent dit stelsel tevens J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak*, p. 78-80 en 88-92; G.M.T. Berkel-Kikkert en E.G.J. Broekhuizen, *JBPlus 2009*, p. 38 en 39; P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II*, p. 396-398; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Afscheidsrede*, p. 34-37; C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht 2006, Utrecht 2006, p. 11, 111, 112, 138, 166 en 168; G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, p. 99-103; Mon. Awb B7 (Schueler), p. 131-134; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 41a en 44; B.J.P.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland*, diss. Rotterdam 1998, Deventer 1998, p. 249, 250 en 257-263; R.J.N. Schlössels, *Overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten*, In: *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003, p. 520-527; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 15.5-15.7 en 16.4.

<sup>56</sup>. HR 18 februari 2005, AB 2005, 400 m.nt. FvO (SER/NVV c.s.). De Hoge Raad laat nog een kleine mogelijkheid voor een uitzondering op deze regel in bijzondere omstandigheden.

<sup>57</sup>. HR 8 mei 1998, NJ 1998, 890 m.nt. ARB (Staat/Lenger). Dat wil echter niet zeggen dat renteverliezen nooit zouden kunnen worden verhaald. Soms biedt een wettelijke regeling daarvoor een

Verder kan het voorgaande spelen bij overeenkomsten waarbij overheidsbevoegdheden worden overgedragen. Nu de bevoegdheidsverdeling zoals die in de Grondwet en verschillende andere regelingen is neergelegd van openbare orde is, zal een overeenkomst die daarmee in strijd komt, nietig zijn. Daarbij speelt de legaliteitsvraag een grote rol, hetgeen betekent dat van de wettelijke bevoegdheidsverdeling, zoals die in de Grondwet en verschillende andere publiekrechtelijke regelingen is neergelegd, niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. Publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen alleen door middel van delegatie of via een mandaat worden overgedragen. Zowel delegatie als mandatering van dergelijke bevoegdheden is wettelijk geregeld in art. 10:1 e.v en art. 10:13 e.v. Awb. Voor delegatie is op grond van art. 10:15 Awb een wettelijke grondslag vereist. De overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden door middel van delegatie aan particulieren zal derhalve niet kunnen plaatsvinden, tenzij daarvoor een wettelijke regeling is opgesteld. In dat laatste geval speelt geen legaliteitsprobleem meer. Mandatering van bevoegdheden aan particulieren is in beginsel ook mogelijk. Het legaliteitsbeginsel kan zich er echter tegen verzetten dat particulieren publiekrechtelijke taken uitoefenen. Men denke aan het laten heffen van belasting door particulieren. Omdat belasting op grond van de art. 104 en 132 lid 6 Gw niet door particulieren kan worden geheven, is een mandaat of een overeenkomst waarin dat wordt bepaald in strijd met de Grondwet.<sup>58</sup>

### *Doorkruising*

De voorrang van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht komt ook tot uitdrukking in de zogenaamde doorkruisingsleer. Naar aanleiding van het gebruik van een aan de overheid toekomend eigendomsrecht heeft de Hoge Raad criteria ontwikkeld om te beoordelen of zij op grond van het privaatrecht mag ageren tegen een burger indien haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van haar belangen zekere bevoegdheden zijn toegekend. Hij overweegt ten aanzien van de kwestie of de overheid bij de uitoefening van bepaalde aan haar toegekende bevoegdheden gebruik mag maken van het privaatrecht het volgende:<sup>59</sup>

---

aanknopingspunt. Vergelijk in dat verband HR 23 mei 2003, NJ 2003, 495 (Stichting RK Onderwijs Huizen/Huizen), waarin de rentevordering van de gemeente overigens werd afgewezen.

Het systeem van belastingheffing kan eveneens meebrengen dat indien een materiële belastingsschuld niet meer kan worden geformaliseerd, terwijl anderzijds een bedrag aan de belastingplichtige moet worden (terug)betaald – en de belastingplichtige door deze terugbetaling derhalve economisch gezien meer terugontvangt dan hem toekomt –, geen aan het burgerlijk recht ontleend verweer kan worden gevoerd tegen de vordering tot (terug)betaling van de belastingplichtige. Zie HR 11 november 2005, NJ 2006, 337 m.nt. Zwemmer (Staat/Granaria).

<sup>58</sup>. Zie voor een overeenkomst HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 46 m.nt. MS (Veenman/Waterland).

<sup>59</sup>. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 m.nt. MS (De Pina/Helmond); HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill). Zie ook HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekhandel Lelystad); HR 7 mei 2004, NJ 2005, 23 m.nt. PCEvW (Heerde/Goudsmit); HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 m.nt. ThGD (SKV/B); HR 28 juni 1996, NJ 1997, 102 m.nt. Zwemmer (M-Groep); HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 m.nt. MS (Staat/ADM); HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 719 m.nt. MS (Van Schaick/Nieuwveen); HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 m.nt. MS (Staat/Kabayel); HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717 m.nt. MS (Staat/Magnus); HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 m.nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort); HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 (Benckiser/Staat). Het De Pina/Helmond-arrest is voor zover het doorkruising van de Woonwagenwet betreft blijkens het arrest Heerde/Goudsmit achterhaald nu de Woonwagenwet inmiddels is ingetrokken.

Zie over doorkruising voorts bijvoorbeeld J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid, p. 214-218; P. de Haan, Publiek- en privaatrecht, p. 192; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 29; M. Scheltema en M.W. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, p. 235-244 en 387-398.

‘Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals het aan eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een verdeling op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling niet op *onaanvaardbare wijze doorkruist*. Daarbij moet onder meer worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg [cursivering toegevoegd; MWS].’

Geconstateerd kan derhalve worden dat de overheid gebruik kan maken van privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals zij die heeft op grond van haar eigendomsrechten of tot het sluiten van een overeenkomst daaromtrent.<sup>60</sup> Uit Windmill-arrest blijkt dat echter de bedoelde mogelijkheid niet onbeperkt is.

#### *Aanknopingspunten in een publiekrechtelijke regeling*

Om vast te stellen of sprake is van doorkruising van het publiekrecht is allereerst van belang of de toepasselijke publiekrechtelijke regeling een expliciet antwoord geeft op die vraag.<sup>61</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval in de Huisvestingswet. Op grond van de art. 4 Huisvestingswet is het sluiten van overeenkomsten over de verdeling van woonruimte onder de wettelijke (koop)prijsgrens toegestaan.<sup>62</sup> Het gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten wordt ook toegestaan in de art. 7:385 e.v. en 7:388 e.v. BW – de oude art. 62 e.v. en 70a Pachtwet – bij verpachting door openbare lichamen en ter zake van verpachting binnen reservaten.<sup>63</sup> Een wettelijke regeling kan ook expliciet bepalen dat het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid niet mogelijk is. Zo bepaalt art. 122 Woningwet dat geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht kunnen worden aangegaan omtrent hetgeen is geregeld in hoofdstuk IV Woningwet en in het Bouwbesluit. Dit brengt mee dat het sluiten van overeenkomsten over de verlening van een bouwvergunning niet mogelijk is.<sup>64</sup>

Een wet kan zich ook impliciet uitlaten over de mogelijkheid van het gebruik van het privaatrecht. Zo kan het gebruik van het privaatrecht impliciet worden toelaten. Uit het zwijgen van de wet kan dan worden afgeleid dat het gebruik van het privaatrecht is

---

<sup>60</sup>. De enkele omstandigheid dat sprake is van een publiekrechtelijke zorgplicht brengt dan ook niet mee dat geen privaatrechtelijke overeenkomst kan worden gesloten. Zie HR 22 april 1994, NJ 1994, 487 (Erven Nanlohy/Staat).

<sup>61</sup>. Zie bijvoorbeeld P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal*, diss. Rotterdam 1997, Deventer 1997, p. 65-67; P. de Haan, *Publiek- en privaatrecht*, p. 192 en 193; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 7; H.J. Simon, diss., p. 363; G.A. van der Veen, diss., p. 370.

<sup>62</sup>. Zie J.C. Dieleman, BR 2002, p. 127-136. Vergelijk in dat verband E.W.J. de Groot en G.A. van der Veen, BR 2003, p. 659-661.

<sup>63</sup>. Zie MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 448, nr. 3, p. 31.

<sup>64</sup>. Vergelijk daarover HR 4 april 2003, AB 2004, 60 m.nt. GAvdV (Bleiswijk).

geoorloofd.<sup>65</sup> Moeilijkheid kan zijn om vast te stellen welke publiekrechtelijke regeling(en) voor het onderhavige geval van belang zijn.<sup>66</sup> In het algemeen is het dan aantrekkelijk de regeling met het breedste bereik te kiezen. Daardoor wordt de kans op een uitspraak met brede strekking vergroot en kan een individuele uitspraak van nut zijn voor min of meer vergelijkbare gevallen.<sup>67</sup>

Indien de toepasselijke publiekrechtelijke regeling niet in bedoelde vraag voorziet, moet worden bezien of zij niet onaanvaardbaar wordt doorkruist.<sup>68</sup> Ter beoordeling van die vraag zijn onder meer van belang de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling. Voorts zijn relevant de wijze waarop en de mate waarin de belangen van burgers in de publiekrechtelijke regeling zijn beschermd en in hoeverre door middel van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt.

### *Rechtsbescherming*

Bij de rechtsbescherming van een burger wordt onderscheid gemaakt tussen de materiële en de formele rechtsbescherming.<sup>69</sup> Het formele aspect ziet op het feit of al dan niet een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat en het materiële op de vraag of rechtsstatelijke waarborgen worden omzeild, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Aan het materiële aspect wordt in het kader van de doorkruisingsdoctrine veelal het meeste gewicht toegekend. In dat verband is van belang dat in een aantal gevallen de belangen van derden in het bestuursrecht beter zijn gewaarborgd.<sup>70</sup> Het gaat daarmee om de vraag of een burger adequate rechtsbescherming wordt geboden. Wanneer dat door het hanteren van een privaatrechtelijke bevoegdheid in het gedrang komt, kan daarin een argument worden gevonden om een actie uit onrechtmatige daad aan de overheid te ontzeggen.

Het geval waarin de rechtsbescherming van een burger door het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst of het gebruik van daarin vervatte bevoegdheden in het gedrag komt, zal zich niet vaak voordoen. Zo is een overeenkomst waarbij de overheid wordt gedwongen een bepaalde bestemming – in het bijzonder ten aanzien van onroerende zaken zonder een openbare bestemming – te handhaven toelaatbaar voor zover de in het publiekrecht beschermde belangen afdoende in het oog worden gehouden.<sup>71</sup> Lastiger is de toelaatbaarheid van een privaatrechtelijke overeenkomst overigens indien het gaat om het gebruik van zaken met een openbare bestemming. Overeenkomsten ten aanzien van dergelijke openbare zaken worden in beginsel niet geoorloofd geacht zolang zij het normale gebruik van die zaak betreffen. Zo kan een privaatrechtelijke overeenkomst in strijd komen met de art. 6 en 14 Wegenwet omdat het gebruik van de openbare weg in strijd met die artikelen wordt beperkt, terwijl deze niet aan het openbare verkeer is onttrokken.<sup>72</sup> Overeenkomsten omtrent bijzonder gebruik van openbare zaken zijn wel toegelaten, tenzij het gaat om een openbare

---

<sup>65</sup>. Vergelijk P.F.A. Bierbooms, diss., p. 65 en 66; G.A. van der Veen, diss., p. 370 en 371. Vergelijk tevens HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekstudio Lelystad).

<sup>66</sup>. Peters lost dit probleem op door te betogen dat indien een (duidelijke) publiekrechtelijke regeling ontbreekt, geen sprake is van doorkruising en de privaatrechtelijke weg op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld. Zie J.A.F. Peters, NTB 2001, p. 244 en 245.

<sup>67</sup>. G.A. van der Veen, diss., p. 371 en 372. Vergelijk P.F.A. Bierbooms, diss., p. 71-73; H.J. Simon, diss., p. 393-397.

<sup>68</sup>. De rechter hoeft de doorkruisingscriteria, zoals die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld, niet ambtshalve te toetsen. Zie HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 719 m.nt. MS (Van Schaik/Nieuwveen).

<sup>69</sup>. G.A. van der Veen, diss., p. 374-376.

<sup>70</sup>. Peters wijst er echter terecht op dat de bescherming die het bestuursrecht biedt niet steeds groter is dan die het privaatrecht geeft. Zie J.A.F. Peters, NTB 2001, p. 246.

<sup>71</sup>. J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 193 en 198-205.

<sup>72</sup>. HR 7 april 2000, NJ 2000, 652 m.nt. JH (Parkeereexploitatie/Amsterdam). Vergelijk verder HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker).

zaak waarmee een bepaald bijzonder belang exclusief publiekrechtelijk wordt behartigd.<sup>73</sup> Ook de omgekeerde situatie, waarin een burger in een privaatrechtelijke overeenkomst wordt gedwongen een bepaalde bestemming te handhaven, is toelaatbaar. Zo kan de overheid het gebruik van een perceel in een privaatrechtelijke overeenkomst verdergaand beperken dan op grond van het bestemmingsplan mogelijk is.<sup>74</sup>

Een voorbeeld van doorkruising is het geval waarin een actie tot nakoming van een al dan niet opgezegde (huur)overeenkomst, naast bestuursdwang, niet mogelijk werd geacht omdat de rechtsbescherming die het publiekrecht biedt daardoor werd omzeild.<sup>75</sup> Ook kan in bijzondere gevallen de noodzaak van een wettelijke beperking van grondrechten in het gedrang komen door het opleggen van verplichtingen in overeenkomsten.<sup>76</sup> In dat verband kan men zich afvragen of bij overeenkomst afstand kan worden gedaan van een grondrecht. Dat wordt niet zonder meer uitgesloten geacht.<sup>77</sup> Noodzakelijk is dan wel dat materieel wordt voldaan aan de eisen die worden gesteld aan de grondrechtenbeperkingen. Zo zal door middel van een overeenkomst het recht op persoonlijke vrijheid in beginsel niet kunnen worden beperkt.<sup>78</sup>

### *Vergelijkbaar resultaat*

Het criterium van het vergelijkbare resultaat kan zowel voor als tegen het toelaten van het gebruik van het privaatrecht pleiten en is derhalve minder onderscheidend.<sup>79</sup> Het feit dat een publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat, kan meebrengen dat het gebruikmaken van een privaatrechtelijke bevoegdheid is uitgesloten. Hetzelfde geldt echter wanneer een publiekrechtelijke bevoegdheid ontbreekt nu daaruit kan worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke bevoegdheid in het geheel niet aan een bestuursorgaan heeft willen toekennen. Voor zover in een bepaalde van belang zijnde publiekrechtelijke regeling geen mogelijkheid wordt gegeven om te handelen, is het van belang te bezien of de wetgever die publiekrechtelijke mogelijkheid bewust achterwege heeft gelaten. Is dat het geval, dan pleit dat tegen het gebruik van de privaatrechtelijke overeenkomst.<sup>80</sup>

De Hoge Raad heeft dit criterium later ook enigszins genuanceerd.<sup>81</sup> Indien een vergelijkbaar resultaat – dat moet worden gemeten naar de stand van de wetgeving ten tijde van het gebruikmaken van de privaatrechtelijke bevoegdheden – kan worden bereikt, betekent dit dat doorkruising van het publiekrecht eerder kan worden aangenomen.

In het algemene zin dient het criterium van het vergelijkbare resultaat aldus te worden uitgelegd dat in beginsel geen doorkruising plaatsvindt indien de publiekrechtelijke

---

<sup>73</sup>. Zie bijvoorbeeld J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 196 en 207-211. Vergelijk HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekstudio Lelystad). Vergelijk tevens G.A. van der Veen, diss., p. 413.

<sup>74</sup>. HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekhandel Lelystad); HR 24 december 2004, AB 2005, 58 m.nt. GAvdV (Amstelimmoo/Amsterdam).

<sup>75</sup>. Zo ook G.A. van der Veen, diss., p. 384, 385, 406-408. Vergelijk HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 430 m.nt. HER en MS (Kallenkoot/Steenwijk); ABR RvS 24 juli 1998, AB 1999, 68 m.nt. Struiksmā.

<sup>76</sup>. J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 85-88 en 220-225; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 31; W. den Ouden, De subsidieverplichting; wie betaalt, bepaalt?, diss. Leiden 2002, Deventer 2002, p. 236-239. Vergelijk HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 m.nt. EAA (Rasti Rostelli). Bij een schending van grondrechten is geen sprake van een horizontale maar alleen van een gewone werking van grondrechten. Zie J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 85-88 en 220-225; L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, diss. Utrecht 1992, Zwolle 1992, p. 69 e.v. en i.h.b. p. 91.

<sup>77</sup>. Zie ook H.J. Simon, diss., p. 212, 293, 300 en 301.

<sup>78</sup>. Zie ook H.J. Simon, diss., p. 294-300.

<sup>79</sup>. Zie bijvoorbeeld P.F.A. Bierbooms, diss., p. 68; H.J. Simon, diss., p. 374 en 375. Vergelijk M. Kobussen, diss., p. 300.

<sup>80</sup>. J.E.M. Polak, In: Overheid en onderneming, p. 373-377.

<sup>81</sup>. HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717 m.nt. MS (Staat/Magnus). Vergelijk HR 19 mei 2000, NJ 2000, 639 m.nt. ARB (Staat/Den Haag).

mogelijkheden tekortschieten.<sup>82</sup> Wanneer dat niet het geval is, vormt dat een aanwijzing dat sprake is van doorkruising.

Zo bestaat voor een schenking door de overheid een tegenhanger in het bestuursrecht in de vorm van de subsidie. Deze mogelijkheid is toereikend. Daarom zal het gebruik van de schenkingsovereenkomst snel als doorkruising van het bestuursrecht beschouwd moeten worden. Verder kan indien geen publiekrechtelijke regeling van toepassing is, in beginsel worden aangenomen dat een onrechtmatige daadsactie ter bescherming van een privaatrechtelijk subjectief recht is toegestaan. Daarbij is echter van belang of de wetgever een publiekrechtelijke mogelijkheid om op te treden bewust achterwege heeft gelaten. Is dat het geval, dan kan ook niet op grond van het privaatrecht worden geageerd.<sup>83</sup> Voor zover wel een publiekrechtelijke regeling van toepassing is, moet worden gezien of de aard en strekking van de van belang zijnde publiekrechtelijke regeling zich ertegen verzet dat op grond van een onrechtmatige daadsactie kan worden opgetreden. Uitgangspunt blijft ook dan dat ter bescherming van een privaatrechtelijk subjectief recht kan worden geageerd uit onrechtmatige daad.<sup>84</sup>

### *Wat is gebruik van het privaatrecht?*

Hiervoor kwam aan de orde dat het publiekrecht kan worden doorkruist door het gebruikmaken van privaatrechtelijke bevoegdheden. Dat roept de vraag op wanneer sprake is van het gebruik maken van een privaatrechtelijke bevoegdheid.

Zo kan men zich afvragen of het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad ter handhaving van publiekrechtelijke rechten als het gebruikmaken van het privaatrecht heeft te gelden. In dat verband heeft er verschil van mening bestaan over de beantwoording van de vraag of een vordering van de overheid tegen een burger, bijvoorbeeld om het naleven van vergunningsvoorschriften of andere bestuursrechtelijke regels af te dwingen, mogelijk moet zijn. De discussie daarover is gezet in de sleutel van de vraag of de overheid de privaatrechtelijke weg mag volgen.<sup>85</sup> Dat is in het licht van het hiervoor onder 2 geschetste uitgangspunt niet aantrekkelijk. Het gaat niet om toepassing van privaatrecht maar om een bestuursrechtelijk vraagstuk. De vraag welke mogelijkheden er moeten bestaan om op te treden tegen handelen in strijd met bestuursrechtelijke regels, is bestuursrechtelijk van aard. Het vorderen van schadevergoeding of van een veroordeling tot nakoming van een verplichting is een mogelijkheid die ook het bestuursrecht kent. Wel kan men de vraag stellen of het bestuursrecht geen onderscheid zou moeten maken tussen onrechtmatig handelen van bestuursorganen en onrechtmatig handelen van burgers. De vraag is in dat verband of de algemene regel dat door onrechtmatig handelen veroorzaakte schade vergoed moet worden uitzondering moet leiden voor onrechtmatig handelen van de burger jegens het bestuur. Een dergelijke uitzondering is niet aantrekkelijk. In de eerste plaats is een welhaast vanzelfsprekend uitgangspunt dat men de door eigen onrechtmatig handelen veroorzaakte schade moet vergoeden. Er bestaat geen goed argument om in dit geval anders te oordelen. Het zou, wanneer men de verplichting tot schadevergoeding niet zou erkennen, ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel kunnen komen ten opzichte van hen die zich – vaak ten koste van bepaalde opofferingen – wel aan de regels houden. Voor een vordering tot nakoming van een bestuursrechtelijke verplichting geldt hetzelfde nog in versterkte mate.

---

<sup>82</sup>. Vergelijk J.A.F. Peters, NTB 2001, p. 243-245.

<sup>83</sup>. Zie HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 m.nt. MS (De Pina/Helmond). Zie ook A.A. van Rossum, NJB 1999, p. 208 en 209.

<sup>84</sup>. Zie in die zin bijvoorbeeld ook Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 7d en 7e.

<sup>85</sup>. HR 9 november 1973, NJ 1974, 91 (Limmen/Houtkoop).

In de tweede plaats is een vordering tot nakoming en tot schadevergoeding de meest passende vordering om onrechtmatig handelen te bestrijden. Indien men haar niet toelaat, moet naar andere middelen worden omgezien om naleving van de regels af te dwingen. Dat is met bestuursrechtelijke regels ook veelvuldig gebeurd: in veel gevallen zijn strafrechtelijke sancties gesteld op overtredingen door burgers. Daarnaast bezitten bestuursorganen veelal specifieke bevoegdheden om tot nakoming te dwingen: toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom, en meer recent het opleggen van geldboetes, om de meest belangrijke te noemen. Toch is de meest koninklijke weg die voor het afdwingen van nakoming in ieder rechtsstelsel moet bestaan, juist de weg via de onafhankelijke rechter. Die biedt meer bescherming dan het zonder rechterlijke tussenkomst optreden door het bestuur, wat toch als een vorm van eigenrichting te beschouwen is. Het vorenstaande brengt mee dat ook bestuursorganen in beginsel steeds de mogelijkheid hebben om bij de rechter de nakoming van op een burger rustende bestuursrechtelijke verplichtingen af te dwingen en bij niet-nakoming schadevergoeding te vorderen. Bij gebreke van een bevoegde bestuursrechter zal dit bij de burgerlijke rechter moeten gebeuren. Aangezien het gaat om bestuursrechtelijke verplichtingen is hier geen sprake van gebruik van privaatrecht door de overheid. De problematiek van de doorkruising speelt dan ook niet. Dit neemt niet weg dat specifieke bestuursrechtelijke regels kunnen meebrengen dat geen vordering kan worden ingesteld.<sup>86</sup> Naar uit het vorenstaande volgt, is de doorkruisingsleer alleen van belang indien de overheid gebruik maakt van aan het privaatrecht ontleende subjectieve bevoegdheden, zoals (een overeenkomst over het gebruik van) een aan de overheid toekomend eigendomsrecht.

## 5.2 Bijzondere regels in het publiekrecht

Naast vormen van voorrang van publiekrechtelijke regels in het privaatrecht vanwege het legaliteitsbeginsel of door middel van toepassing van de doorkruisingsleer, bestaat er een andere wijze waarop publiekrechtelijke regels kunnen doorwerken in het privaatrecht. Dat is het creëren van een aparte regeling in het publiekrecht voor onderwerpen die ook in het privaatrecht bestaan. Het meest duidelijke voorbeeld van een dergelijke regeling is de regeling voor de bestuursrechtelijke geldschulden in de vierde tranche van de Awb, die 1 juli 2009 is ingevoerd. Daarin wordt een regeling gegeven voor onder meer de wijze van betaling, verzuim en wettelijke rente, verjaring en invordering van bestuursrechtelijke geldschulden.<sup>87</sup> Ook bestaan – zij het meer verbrokkeld – publiekrechtelijke regels voor overeenkomsten met de overheid. Beide onderwerpen zullen hierna worden besproken.<sup>88</sup> Van een ‘echte’ doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht lijkt overigens geen sprake meer. Het gaat om geheel in het publiekrecht ingebedde regels. Dat neemt niet weg dat daarnaast, indien een bepaald vraagstuk niet wordt geregeld, aan het BW ontleende regels van belang kunnen zijn.

### *Bestuursrechtelijke geldschulden*

De aanleiding voor het opstellen van een regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden is de voorheen in vele bijzondere wetten bestaande verbrokkelde en uitlopende regeling voor de invordering van geldschulden bij dwangbevel. Hoewel vanuit dat perspectief ook alleen een regeling over invordering denkbaar zou zijn geweest,<sup>89</sup> heeft de wetgever er voor gekozen een

---

<sup>86</sup>. Zie daarover bijvoorbeeld M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 389-395.

<sup>87</sup>. Zie daarover uitvoerig Mon. Awb A-10 (Scheltema).

<sup>88</sup>. In verband met de ter beschikking staande ruimte voor deze bijdrage worden ten aanzien van de bestuursrechtelijke geldschulden alleen de wijze van betaling en de verjaring besproken.

<sup>89</sup>. Nader rapport, *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, A, p. 63.

regeling te ontwerpen die een ruimere opzet heeft. Volgens de toelichting kan de invordering niet los worden gezien van andere aspecten van de betaling van geldschulden aan de overheid, zoals betalingstermijnen, de verschuldigheid van wettelijke rente en de verjaring.<sup>90</sup>

Algemene bestuursrechtelijke regels op dit gebied ontbraken. Daarom diende te worden bezien welke regels van toepassing zijn. Het kon zijn dat er bijzondere bestuursrechtelijke regels van toepassing waren. Denkbaar was ook dat het algemene regime in het BW van overeenkomstige toepassing was verklaard. Indien geen van beiden het geval was, rees de vraag of de regels uit het BW van toepassing waren. In dat verband diende volgens de toelichting getoetst te worden of de aard van de rechtsverhouding of de bijzondere wet zich verzette tegen het toepassen van deze regels.

Een algemene regeling in de Awb heeft het voordeel dat op bepaalde onderdelen kan worden afgeweken van de privaatrechtelijke regeling – er bestaat dan geen discussie meer over de vraag of die wel of niet van toepassing is – en invulling kan worden gegeven aan de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen. Als voorbeeld worden in de toelichting genoemd de regeling van de verrekening en de verjaring.<sup>91</sup> De algemene regeling in de vierde tranche is daarmee niet slechts ingegeven door problemen die zich in de invorderingspraktijk kunnen voordoen, zij beoogt ook tegemoet te komen aan de behoefte aan duidelijkheid over het toepasselijke recht ten aanzien van bestuursrechtelijke geldschulden en de toegankelijkheid daarvan.<sup>92</sup> Bovendien zou een regeling over invordering alleen zien op de betaling van geldschulden *aan* de overheid, terwijl ook behoefte bestaat aan een regeling voor de betaling van geldschulden *door* de overheid. Ook daarover bestaat volgens de toelichting veel onduidelijkheid.<sup>93</sup> Zowel bij betalingen aan als door de overheid kunnen (en moeten) in beginsel dezelfde (publiekrechtelijke) regels gelden; van belang is dat de regels voor beide soort schulden (voor een groot deel) hetzelfde zijn.<sup>94</sup> Zo moet de overheid evenzeer als de burger wettelijke rente voldoen bij te late betaling van een geldsom.<sup>95</sup> Daarnaast voorziet de vierde tranche in een algemene regeling die een gedeelte van de bijzondere wetgeving overbodig maakt.

### *Bestuursrechtelijke geldschulden; wijze van betaling*

De wijze van betaling van bestuursrechtelijke geldschulden is in de art. 4:89 en 4:90 Awb geregeld. In afwijking van hetgeen in de art. 6:112 en 6:114 BW is bepaald, is hoofdregel dat betaling giraal geschiedt. De reden voor het kiezen voor de girale betaling als hoofdregel is met name gelegen in de omstandigheid dat het niet wenselijk wordt geacht dat overheden over teveel kasgeld beschikken. Girale betaling levert bovendien minder risico van misbruik op. Slechts in uitzonderingsgevallen kan, indien girale betaling bezwaarlijk is – bijvoorbeeld bij bijstandsverlening aan personen zonder een betaalrekening of bij de inning van bestuurlijke boetes –, op grond van art. 4:90 Awb in een andere vorm – bijvoorbeeld chartaal – worden betaald.<sup>96</sup>

De bestuursrechtelijke geldschuld is, net als in het BW op grond van art. 6:116 lid 1 BW het geval is, een brengschuld. Betaling dient derhalve in het algemeen (giraal) te geschieden op

---

<sup>90</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 12 en 13.

<sup>91</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 10 en 14.

<sup>92</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 10 en 14; nr. 7, p. 18 en 19.

<sup>93</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 4 en 10-14.

<sup>94</sup>. Dit geldt overigens met uitzondering van de laatste afdeling over de invordering bij dwangbevel, die alleen geldt voor geldschulden aan de overheid.

<sup>95</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 10.

<sup>96</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 22, 37 en 38. De bijzondere wetgever kan afwijkende wijzen van betaling toestaan. Zie voor het belastingrecht bijvoorbeeld R.J. Koopman, *NJB* 2000, p. 1193.

een daartoe bestemde rekening ten name van de schuldeiser. Dit brengt mee dat – tenzij zich een geval voordoet als bedoeld in art. 4:90 Awb waarin girale betaling bezwaarlijk is – een burger girale betaling door de overheid moet accepteren en daarmee ook over een rekening voor girale betalingen dient te beschikken.<sup>97</sup> De mogelijkheid die art. 6:116 lid 2 BW de schuldeiser biedt om in zijn woonland de plaats van betaling aan te wijzen, wordt daardoor ingeperkt. Er kan immers alleen een rekening voor girale betaling worden aangewezen.

Bij wettelijk voorschrift kunnen op grond van art. 4:89 lid 1 Awb voor betalingen tussen bestuursorganen onderling andere wijzen van (girale) betaling worden toegestaan. Dit is bijvoorbeeld noodzakelijk in verband met de zogenaamde ‘Rijksverrekening’ op grond waarvan in opdracht van het Rijk op naam van elke gemeente bankrekeningen zijn geopend.<sup>98</sup>

Nu deze rekeningen in opdracht van het Rijk zijn geopend, berust de zeggenschap daarover – ondanks het feit dat zij op naam van een gemeente staan – formeel bij het Rijk. Dit brengt mee dat het Rijk voor het crediteren en debiteren van deze rekeningen geen toestemming van de gemeente nodig heeft. Het is gezien het omvangrijke betalingsverkeer tussen Rijk en gemeenten om doelmatigheidsredenen niet gewenst dat het de gemeenten en provincies vrij zou staan voor deze betalingen een andere bankrekening te bestemmen.<sup>99</sup>

Van het bestuursorgaan mag volgens de toelichting worden verlangd dat het duidelijk maakt, in het algemeen in de beschikking waarbij de verplichting tot betaling wordt vastgesteld, op welk rekeningnummer de betaling moet geschieden dan wel een acceptgiro wordt bijgesloten met behulp waarvan het bedrag kan worden overgemaakt, omdat soms verschillende bestuursorganen tot dezelfde rechtspersoon behoren. Daardoor kan zonder vermelding van een rekeningnummer onduidelijk zijn op welke rekening moet worden betaald. Daarom is in art. 4:89 lid 1 Awb bepaald – net als overigens in art. 6:114 lid 1 BW – dat betaald moet worden op een ‘daartoe door de schuldeiser bestemde’ rekening.<sup>100</sup> Dan blijkt naar buiten op welke rekening moet worden betaald en kan de schuldenaar niet meer kiezen op welke rekening hij betaalt, ook niet als de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort over meerdere rekeningen beschikt. Uit de aanwijzing van het bestuursorgaan dat op een bepaalde rekening moet worden betaald, volgt dat de andere rekeningen met betrekking tot deze publiekrechtelijke geldschuld van betaling zijn uitgesloten.<sup>101</sup>

In art. 4:89 lid 1 Awb is niet overgenomen de regel van art. 6:114 lid 1 BW dat een schuldeiser één (van zijn) rekening(en) eenzijdig van girale betaling kan uitsluiten, waardoor een betaling op die rekening niet bevrijdend is.<sup>102</sup> De vraag is nu of in art. 4:89 lid 1 Awb met de zinsnede ‘daartoe door de schuldeiser bestemde’ rekening wordt bedoeld dat alleen op die rekening kan worden betaald en alle overige rekeningen van de schuldeiser zijn uitgesloten van betaling. Dat valt niet zonder meer in dit artikel te lezen, maar de toelichting doet

---

<sup>97</sup>. Vergelijk in dat verband MvA II en Eindverslag I, Parl. gesch. Boek 6, p. 460 en 464.

<sup>98</sup>. Zie KB van 28 maart 1925, Stb. 1925, 125. Zie daarover ook Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 8.

<sup>99</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 37.

<sup>100</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 34 en 37. Zie omtrent de wenselijkheid daarvan ook C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1180.

<sup>101</sup>. Zie in die zin voor art. 6:114 BW bijvoorbeeld MvA II, Parl. gesch. Boek 6, p. 460. Zie voorts M.W. Scheltema, NJB 2005, p. 1334. Vergelijk G.J. van der Heide, O&A 2005, p. 13. Vergelijk met betrekking tot het storten van griffierechten op rekening van de rechtbank in plaats van bij de Centrale Raad CRvB 21 maart 2008, JB 2008, 118.

<sup>102</sup>. Zie bijvoorbeeld HR 28 februari 1997, NJ 1998, 218 m.nt. HJS (Staat/Meijer); CRvB 20 november 2001, Gemeentestem 7159 (2002), 4 m.nt. WdB. Zie daaromtrent verder MvA II, Parl. gesch. Boek 6, p. 461; Mon. Nieuw BW B-32a (Scheltema), nr. 11. Zie voorts Nationale Ombudsman 22 december 1999, JSV 2000, 67. Vergelijk omtrent het praktische nut van de uitsluitingsmogelijkheid van art. 6:114 lid 1 BW W.A.K. Rank, diss., p. 153-155, 193 en 196. De gewoonte of de redelijkheid en billijkheid kunnen zich overigens in verband met de omvang van het te betalen bedrag tegen het uitsluiten van girale betaling op de voet van art. 6:114 lid 1 BW verzetten.

vermoeden dat dit wel bedoeld is. Dat ligt ook voor de hand. Ook in het civiele recht geldt in het algemeen – naar zojuist aan de orde kwam – dat wanneer een bepaalde rekening expliciet wordt genoemd, daaruit kan worden afgeleid dat andere rekeningen van betaling zijn uitgesloten. De burger zal de rekening waarop betaald moet worden echter moeten meedelen op een moment dat het bestuursorgaan daarmee redelijkerwijs nog rekening kan houden.<sup>103</sup>

Nog niet duidelijk is wat dient te gebeuren indien van een burger meerdere rekeningen bij een bestuursorgaan bekend zijn, zonder dat de burger expliciet heeft aangegeven dat op één van die rekeningen moet worden betaald. Het kan dan voorkomen dat een burger niet wil dat op één van die rekeningen wordt betaald, bijvoorbeeld vanwege een aanzienlijk debetsaldo of geschillen met de bancaire instelling waarbij de rekening wordt aangehouden.<sup>104</sup> In beginsel zal in dat geval door het bestuursorgaan op meerdere rekeningen kunnen worden betaald.<sup>105</sup> Wel kan art. 3:1 lid 2 juncto art. 3:2 Awb meebrengen dat het bestuursorgaan bij de burger informeert op welke rekening moet worden betaald, bijvoorbeeld als de rekeningen al lange tijd geleden aan het bestuursorgaan bekend zijn geworden.<sup>106</sup>

Art. 4:89 lid 3 Awb bepaalt net als art. 6:114 lid 2 BW dat bij bijschrijving op de rekening van de schuldeiser als tijdstip van betaling geldt het moment waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd. Dat is het moment waarop het giraal betaalde bedrag op de rekening van de schuldeiser wordt bijgeboekt.<sup>107</sup> Dit moment is onder meer van belang voor het intreden van verzuim en de daaruit voortvloeiende consequenties.<sup>108</sup>

Er kan op grond van art. 4:89 lid 4 Awb bij wettelijk voorschrift worden bepaald dat kan worden betaald aan een ander dan de schuldeiser – bijvoorbeeld bij kinderbijslag – of aan een gevolmachtigde van de schuldeiser. Art. 4:89 lid 4 Awb derogert volgens de toelichting echter niet aan de bepalingen over volmacht van titel 3.3 BW. Op grond van de schakelbepaling van art. 3:79 BW gelden deze bepalingen ook in bestuursrechtelijke verhoudingen. Ook zonder een specifiek daarop gericht wettelijk voorschrift blijven betalingen aan een vertegenwoordiger derhalve mogelijk. Het is dus volgens de toelichting mogelijk dat in de executiefase – rechtsgeldig – wordt betaald aan een deurwaarder die door de schuldeiser gemachtigd is de betaling in ontvangst te nemen.<sup>109</sup> Ook bij uitkeringen aan geestelijk gehandicapten, groepen (hoog)bejaarden of personen in het buitenland komt een dergelijke machtiging vaak voor.<sup>110</sup> Betaling kan dan echter ook geschieden aan de schuldeiser, nu een volmacht tot inning in beginsel niet privaat werkt.

Naast de in de toelichting genoemde gevallen van vertegenwoordiging en bijzondere (publiekrechtelijke) wettelijke voorschriften die betaling aan een ander dan de schuldeiser

---

<sup>103</sup>. Vergelijk voor art. 6:114 MvA II, Parl. gesch. Boek 6, p. 460.

<sup>104</sup>. Vergelijk NO 10 oktober 2002, JB 2003, 30 m.nt. NN; NO 10 oktober 2002, JB 2003, 31 m.nt. NN. Ondanks deze jurisprudentie doet dit probleem zich volgens de toelichting in de praktijk niet of nauwelijks voor. Zie MvA, *Kamerstukken I 2007/08*, C, p. 20.

<sup>105</sup>. Zie voor art. 6:114 BW MvA II, Parl. gesch. Boek 6, p. 460. Zie daarover ook M.W. Scheltema, NJB 2005, p. 1334.

<sup>106</sup>. In het belastingrecht is dat op grond van (het gewijzigde) art. 7a Invorderingswet 1990 niet noodzakelijk. Op grond van dit artikel kan worden betaald op een bankrekening die op naam staat van de belastingplichtige. Zie MvT, *Kamerstukken II 2006/07*, 31 124, nr. 3, p. 68.

<sup>107</sup>. Zie omtrent art. 6:114 lid 2 BW bijvoorbeeld MvA II, Parl. gesch. Boek 6, p. 461-463; W.A.K. Rank, diss., p. 202-205. Bij storting kan onder omstandigheden het moment van storting als moment van betaling worden aangemerkt. Voor betalingen in het buitenland wordt bijvoorbeeld in de AKW, AOW, Anw en Wajong een uitzondering gemaakt op dit uitgangspunt. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 31 124, nr. 3, p. 90, 93, 95, 110, 113, 121 en 124.

<sup>108</sup>. Zie daarover bijvoorbeeld Mon. Awb A-10 (Scheltema), p. 73-77 en 80-88.

<sup>109</sup>. MvT, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 38. De vraag is overigens of in dit geval sprake is van vertegenwoordiging. Veeleer wordt de betaling op grond van de wet gezien als een betaling aan de schuldeiser. Zie ten aanzien van derdenbeslag bijvoorbeeld art. 477b Rv.

<sup>110</sup>. F.J.L. Pennings, NJB 2000, p. 1206.

mogelijk maken, bestaan er in het civiele recht gevallen waarin aan een ander dan de schuldeiser *moet* worden betaald. Te denken valt aan ondercuratelestelling, rente over een vordering die in vruchtgebruik is gegeven dan wel verpanding van vorderingen of beslag.<sup>111</sup> Lang niet in alle bijzondere (publiekrechtelijke) voorschriften is bepaald dat in die gevallen aan een ander kan of moet worden betaald dan de schuldeiser. In dergelijke gevallen zal de curator, vruchtgebruiker, pandhouder of beslaglegger bovendien niet zijn aan te merken als gevolmachtigde dan wel vertegenwoordiger van de schuldeiser. Onduidelijk lijkt derhalve of de (civielrechtelijke) bepalingen waarin is vastgelegd dat betaling aan een ander dan de schuldeiser moet plaatsvinden – zie bijvoorbeeld de art. 6:31 BW, 3:210 BW, 3:246 lid 1 BW en 475h juncto 720 Rv – van toepassing zijn. Ook deze bepalingen zijn echter van toepassing omdat anders geen sprake zou kunnen zijn van een rechtsgeldige voldoening aan een bestuursrechtelijke betalingsverplichting.<sup>112</sup> Wanneer immers aan de schuldeiser zelf wordt betaald, dient nogmaals en nu aan de juiste persoon – de curator, vruchtgebruiker, pandhouder of beslaglegger – te worden betaald.<sup>113</sup> In de toelichting wordt dan ook aangegeven dat indien het privaatrecht bepaalt dat aan een ander moet worden betaald die regels zowel gelden voor privaatrechtelijke handelingen als voor bestuursrechtelijke handelingen. Datzelfde geldt blijkens de toelichting indien een beperkt recht op een vordering is gelegd, voor zover die vatbaar is voor het vestigen van een beperkt recht. Dat is bijvoorbeeld niet het geval bij een belastingvordering omdat daarop geen beperkt recht kan worden gevestigd.<sup>114</sup> Op grond van art. 4:90 lid 1 Awb kan, indien girale betaling naar het oordeel van het bestuursorgaan bezwaarlijk is, een bestuursorgaan betaling in andere vorm ontvangen of verrichten. Het bestuursorgaan zal bij zijn oordeel dat girale betaling bezwaarlijk is uiteraard de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen.<sup>115</sup> Betaling kan indien girale betaling bezwaarlijk is bijvoorbeeld geschieden met contant geld, door middel van een chèque of met een chippas, zoals bij parkeergeld.<sup>116</sup> In het algemeen zal betaling door middel van contant geld volgens de toelichting voor de overheid snel bezwaarlijk zijn, gelet op de rentederving als gevolg van het aanhouden van contant geld en vanwege de risico's van verlies en diefstal die de fysieke bewaring, aanvulling en afstorting van contant geld meebrengen.<sup>117</sup> Daarom liggen andere betaalwijzen dan voor de hand. Art. 4:90 Awb staat blijkens de toelichting derhalve ook andere wijzen van betaling toe dan chartale betaling, zoals bijvoorbeeld elektronische betaalwijzen – genoemd wordt de betaling met een elektronische portemonnee ('de chipknip') – die niet direct resulteren in een girale betaling.<sup>118</sup> Andere wijzen van elektronische betaling, waarbij onder meer kan worden gewezen op betaling met virtueel geld – zoals op Internet –, zijn immers niet als een girale betaling en in beginsel ook niet als een betaling in gangbaar geld – in de zin van art. 6:112 BW – aan te merken.<sup>119</sup>

<sup>111</sup>. Zie daarover bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW B-32a (Bolt/Scheltema), nr. 18. Zie voor verpanding bijvoorbeeld HR 31 oktober 2003, NJ 2004, 490 (Rabobank/Aldi).

<sup>112</sup>. Zie ook M.W. Scheltema, NJB 2005, p. 1334.

<sup>113</sup>. Daarnaast wordt voorgesteld een regeling te treffen voor betaling aan reeds overleden personen. Zie daarover F.J.L. Pennings, NJB 2000, p. 1206. Veelal zullen dergelijke betalingen onverschuldigd zijn gedaan.

<sup>114</sup>. MvA, *Kamerstukken I* 2007/08, C, p. 21.

<sup>115</sup>. NV II, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 7, p. 15.

<sup>116</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 38.

<sup>117</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 38. In dat verband verwijst de toelichting naar het Besluit Kasbeheer 1998.

<sup>118</sup>. Zie ook C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1180.

<sup>119</sup>. Zie over dergelijke wijzen van betaling bijvoorbeeld R.E. van Esch en M. van Gool, *Betaling via Internet en faillissement*, Den Haag 2003, p. 33-40, 42 en 43; R.E. van Esch, *Elektronische betalingsinstrumenten*, In: *Recht en elektronische handel*, Deventer 2002, p. 175-187. Zie daarover ook

In dat verband verdient verder opmerking dat art. 6:46 BW – de betaling door middel van een (waarde)papier – in (de toelichting op) art. 4:90 Awb niet wordt genoemd. Deze vorm van voldoening kan niet zonder meer als een andere wijze van betaling als bedoeld in art. 4:90 Awb worden gezien omdat voldoening op grond van art. 6:46 lid 1 BW geschiedt onder voorbehoud van de goede afloop. Bij de betaling per credit card – die in art. 6:46 BW wordt uitgezonderd – wordt het voorbehoud van de goede afloop analoog toegepast.<sup>120</sup> Daarom gaat een geldschuld door betaling met een waardepapier of credit card niet reeds teniet, maar eerst wanneer de goede afloop zich heeft verwezenlijkt. De schuldeiser kan de schuldenaar wanneer de goede afloop zich niet realiseert dan ook alsnog aanspreken uit hoofde van de geldschuld.<sup>121</sup> Er is daarmee geen sprake van betaling van een geldschuld maar van een overeenkomst tot nadere regeling van de betaling.<sup>122</sup> Waarschijnlijk is de bedoeling een dergelijke vorm van voldoening niet (zonder toestemming van de schuldeiser) mogelijk te laten zijn wanneer girale betaling bezwaarlijk is. Nu in de vierde tranche wordt afgeweken van de regeling in het Burgerlijk wetboek ten aanzien van de wijze waarop betaling kan plaatsvinden – en daarmee de regeling uit het BW niet van toepassing is –, is onduidelijk of een dergelijke wijze van voldoening bij publiekrechtelijke geldschulden mogelijk is. Dat is niet aantrekkelijk, nu daaraan in bijzondere omstandigheden behoefte kan bestaan, bijvoorbeeld ten aanzien van van buiten de EU afkomstige schuldenaren. Dan kan de voldoening door middel van een waardepapier de enige mogelijkheid zijn, omdat girale betaling bij internationale betalingen niet steeds mogelijk is.<sup>123</sup> Een dergelijke wijze van voldoening kan bovendien ongewenst zijn in de zin dat – bijvoorbeeld bij boetes – een debiteurenrisico ontstaat als deze niet onmiddellijk worden voldaan, terwijl chartale betaling zeker bij grotere bedragen eveneens bezwaarlijk kan zijn. Het ligt daarom voor de hand aan te geven dat ook een dergelijke wijze van voldoening wordt begrepen onder betaling op andere wijze.<sup>124</sup> Dat hoeft ook niet tot grote problemen te leiden, nu ook in het privaatrecht geldt dat een schuldeiser een dergelijk papier niet zonder meer hoeft te accepteren. Ook niet ondenkbaar is echter in bijzondere wetten op te nemen dat een betaling door middel van een waardepapier kan plaatsvinden.

Voorts zou onder omstandigheden betaling door middel van een credit card moeten worden toegestaan. Betaling door middel van een credit card was bijvoorbeeld mogelijk bij gemeentelijke diensten die via Internet werden afgenomen en soms bij boetes. Het ligt niet in de rede aan te nemen dat een dergelijke wijze van betaling onder de vierde tranche niet meer mogelijk zou zijn.

Verder bevat de regeling over bestuursrechtelijke geldschulden bijzondere bepalingen over verrekening. In art. 4:93 Awb wordt bepaald dat verrekening als een wijze van nakoming van bestuursrechtelijke geldschulden niet mogelijk is, tenzij bij wettelijk voorschrift anders wordt bepaald.<sup>125</sup> Hiermee wordt derhalve afgeweken van art. 6:127 e.v. BW dat in beginsel uitgaat

---

art. 1 lid 3 Richtlijn 2000/46/EG dat een definitie geeft van elektronische betalingen en de aanbeveling van de Europese Commissie van 30 juli 1997, 97/489/EG, PbEG L 208/52.

<sup>120</sup> Zie MvA II Inv., Parl. gesch. Boek 6, p. 1233; Mon. Nieuw BW B-32a (Bolt/Scheltema), nr. 12.

<sup>121</sup> Ook eventueel bestaande opschortingsrechten gaan in dat geval op grond van art. 6:46 lid 2 BW nog niet teniet. Zie Mon. Nieuw BW B-32a (Bolt/Scheltema), nr. 12.

<sup>122</sup> Zie bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW B-32a (Bolt/Scheltema), nr. 12.

<sup>123</sup> Zie over (de mogelijkheden van) girale betaling naar het buitenland bijvoorbeeld W.A.K. Rank, diss., p. 177-180 en 187-189.

<sup>124</sup> Dat gebeurt dan ook in de toelichting, waarin echter niet wordt onderkend dat geen sprake is van betaling. Zie MvA, *Kamerstukken I* 2007/08, C, p. 22. Zie ook M.W. Scheltema, NJB 2005, p. 1334 en 1335.

<sup>125</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 11 en 41; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 8.18. In de VAR-vergadering van 2000 achtte een kleine meerderheid dit juist. Zie VAR-werkgroep vierde tranche, De vierde tranche Awb, p. 32. Dit artikel bevat anders dan art. 24 Invorderingswet 1990 – waarvan het is afgeleid – alleen een verbod op verrekening en niet een cessieverbod. Een dergelijk

van een mogelijkheid van verrekening. De ratio van deze afwijking is dat verschillende organen binnen één openbaar lichaam zulke verschillende taken uitoefenen dat verrekening van met die taken samenhangende publiekrechtelijke geldvorderingen in beginsel niet mogelijk zou moeten zijn.<sup>126</sup> Ook de administratieve organisatie van de overheid maakt het onwenselijk dat geldschulden aan en vorderingen op verschillende diensten van een overheidslichaam met elkaar verrekenend zouden kunnen worden.

Het is echter de vraag of het wenselijk is dat de overheid bij het faillissement van een burger niet zou mogen verrekenen. Daardoor zou een ongerechtvaardigd nadeel voor de overheid ontstaan.<sup>127</sup> Art. 4:93 Awb en de toelichting daarop maken niet duidelijk of de art. 53-56, 234, 235 en 307 Fw ook buiten toepassing worden verklaard.<sup>128</sup> Er wordt immers alleen gesproken over de art. 6:127 e.v. BW. Het is naar mijn oordeel wenselijk de verrekeningsmogelijkheid van de art. 53-55, 234, 235 en 307 Fw te handhaven. Uit de toelichting bij de aanpassingswetgeving valt af te leiden dat dit niet bedoeld is.<sup>129</sup> Het kan voor een bestuursorgaan echter zeer nadelig uitwerken wanneer in het faillissement van een schuldenaar geen verrekening mogelijk zou zijn en daarmee een geringe(re) kans bestaat dat de vordering van het bestuursorgaan – voor zover dat niet beschikt over bijzondere voorrechten – wordt voldaan, terwijl de vordering die de burger op het bestuursorgaan heeft wel moet worden voldaan (aan de curator).

Wanneer verrekening op grond van een bijzondere wettelijke bepaling mogelijk is, dient krachtens art. 4:93 lid 2 Awb te worden vermeld met welke vordering wordt verrekend en tot welke bedrag verrekening plaatsvindt. Voorts werkt de verrekening dan op grond van art. 4:93 lid 3 Awb overeenkomstig art. 6:129 lid 1 en 2 BW terug. Voor de terugwerkende kracht van de verrekening wordt derhalve aangesloten bij het privaatrecht. De verrekening werkt op grond van art. 6:129 lid 1 BW terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan.<sup>130</sup> Is over een vordering reeds opeisbare rente betaald, dan werkt de verrekening op grond van art. 6:129 lid 2 BW niet verder terug dan tot het einde van de laatste termijn waarover rente is voldaan. Op grond van art. 4:93 lid 4 Awb is, evenals in het privaatrecht op grond van art. 6:135 sub a BW geldt, verrekening niet toegestaan voor zover beslag op de vordering van de wederpartij niet geldig zou zijn. Daarmee is – tenzij bij wet anders is bepaald<sup>131</sup> – geen verrekening mogelijk voor zover verrekend wordt onder de zogenaamde beslagvrije voet van art. 475d Rv.<sup>132</sup>

---

cessieverbod is wel vastgelegd in art. 24 lid 5 Invorderingswet 1990. Zie daarover ook H. Vermeulen, diss., p. 163. Artikel 24 lid 5 Invorderingswet wordt blijkens de aanpassingswetgeving bij de vierde tranche gehandhaafd – na vernummering wegens het vervallen van art. 24 lid 1 Invorderingswet – als art. 24 lid 4 Invorderingswet.

<sup>126</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 11 en 41. Vergelijk CRvB 10 juni 1997, RSV 1998, 63. Den Ouden, Jacobs en Verheij menen dat dit argument voor subsidies niet opgaat en derhalve in de subsidietitel een expliciete bevoegdheid tot verrekening zou moeten worden opgenomen. Zie W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidieright*, p. 96. Dat is overigens gedeeltelijk gebeurd in het nieuw in te voeren art. 4:57 lid 3 Awb.

<sup>127</sup>. C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1181 ; M.W. Scheltema, NJB 2005, p. 1335.

<sup>128</sup>. Dat geldt echter niet in het belastingrecht waar in art. 24 lid 1 Invorderingswet 1990 wordt bepaald dat deze artikelen uit de Faillissementswet van toepassing blijven. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 70.

<sup>129</sup>. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 70; MvA, *Kamerstukken I* 2007/08, C, p. 22.

<sup>130</sup>. Vergelijk daaromtrent in verband met de verrekeningsmogelijkheid van art. 307 Fw HR 4 juni 2004, NJ 2004, 412 (Loyalis/Missler).

<sup>131</sup>. Dat geldt bijvoorbeeld in de sociale zekerheid, waar boetes indien de inlichtingenplicht door de ontvanger is geschonden tot onder de beslagvrije voet kunnen worden verrekend. Zie bijvoorbeeld de art. art. 14a lid 5 ABW, art. 39 lid 4 Anw, art. 17c lid 4 AOW, art. 14c lid 4 Toeslagenwet en art. 27a lid 4 WW. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 88, 92, 95, 102, 105, 113, 115, 116, 117, 120, 126, 128 en 129. Zie daarover ook *Kamerstukken II* 2007/08, 31 124, nr. 7, p. 3.

<sup>132</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 41 en 42.

### *Bestuursrechtelijke geldschulden; verjaring*

In de vierde tranche wordt voor de verjaring van publiekrechtelijke geldschulden een uitputtende,- deels van de regels uit het BW afwijkende regeling in de Awb opgenomen.<sup>133</sup> Dit brengt mee dat aan de schakelbepaling van art. 3:326 BW voor de verjaring van publiekrechtelijke geldschulden geen betekenis meer toekomt.<sup>134</sup> Wel wordt (materieel) grotendeels aangesloten bij de verjaringsregeling uit het BW. Uitgangspunt is dan ook dat de gevolgen van het intreden van de verjaring gelijk zijn aan die in het burgerlijk recht. Na verjaring blijft een natuurlijke (publiekrechtelijke) verbintenis bestaan.<sup>135</sup> Wordt na afloop van de verjaringstermijn betaald, dan kan het betaalde niet als onverschuldigd worden teruggevorderd.

Op grond van art. 4:104 lid 1 Awb treedt in beginsel 5 jaar na het verstrijken van de voorgeschreven betalingstermijn verjaring van de rechtsvordering tot betaling in.<sup>136</sup>

De bevoegdheid betaling van een publiekrechtelijke geldschuld te vorderen bij de burgerlijke rechter verjaart derhalve 5 jaar nadat de betalingstermijn is verstreken. De overheid of een burger zal zich – net als in het burgerlijk recht geldt – op het intreden van de verjaring moeten beroepen; verjaring wordt niet ambtshalve geconstateerd. Nu voor de burger alleen een mogelijkheid bestaat de overheid tot betaling te dwingen door het instellen van een vordering bij de burgerlijke rechter, zal de overheid zich steeds op verjaring moeten beroepen.<sup>137</sup>

In art. 4:104 lid 2 Awb is in verband met de verjaring een bijzondere regeling getroffen voor de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een aanmaning en een dwangbevel, alsmede voor de bevoegdheid tot verrekening. Wanneer verjaring is ingetreden, vervalt op grond van art. 4:104 lid 2 Awb de mogelijkheid tot het uitvaardigen van een aanmaning en dwangbevel.<sup>138</sup> Ook vervalt voor het bestuursorgaan de bevoegdheid tot verrekening.<sup>139</sup> Nu in art. 4:104 lid 2 Awb wordt gesproken van het vervallen van de bevoegdheden tot het uitvaardigen van een aanmaning en een dwangbevel, alsmede van verrekening, gebeurt dat ongeacht of de schuldenaar zich op verjaring heeft beroepen.<sup>140</sup>

De vervaltermijn van art. 4:104 lid 2 Awb is echter geen zelfstandige vervaltermijn, maar is gekoppeld aan de verjaring van de mogelijkheid een vordering (bij de burgerlijke rechter) in

<sup>133</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 53 en 54; 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 16. Zie ook N.J. van Paridon en C.J. Bax, Commentaren op het Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 86-88; C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1183. De verhouding met art. 123 Ambtenarenwet wordt daarmee nog niet geheel helder geacht, omdat dit een bijzondere wet is ten opzichte van de Awb en in artikel 123 Ambtenarenwet de art. 3:316-3:323 BW op de verjaring van vorderingen bij bezoldigingen van toepassing worden verklaard, tenzij bijzondere wetten anders bepalen. Zie W.J.M. Voermans, TAR 2001, p. 89.

<sup>134</sup> Dat geldt dus niet voor de overige bepalingen van titel 3.11 BW die niet zien op (de stuiting en verlenging van) de verjaring.

<sup>135</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 53. Zie ook A.R. Neerhof en R.J.N. Schlössels, BR 2000, p. 1023; C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1183. Titel 4.4 is echter niet van toepassing op dergelijke verjaarde publiekrechtelijke geldvorderingen.

<sup>136</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 23 en 54. Voorts wordt ervoor gepleit deze termijn tevens van toepassing te laten zijn op de mogelijkheid om een betalingsverplichting vast te stellen. Zie N.J. van Paridon en C.J. Bax, Commentaren op het Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 87 en 88. Daarvan is in de vierde tranche echter expliciet afgezien.

<sup>137</sup> N.J. van Paridon en C.J. Bax, Commentaren op het Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 87.

<sup>138</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 53; 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 16.

<sup>139</sup> Zie daaromtrent bijvoorbeeld N.J. van Paridon en C.J. Bax, Commentaren op het Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 87; J.M.H.F. Teunissen, Gemeentestem 7085 (1998), p. 553. Vergelijk MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 23, 54 en 55.

<sup>140</sup> MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 55. Zie ook N.J. van Paridon en C.J. Bax, Commentaren op het Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 87; C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1183.

te stellen om betaling van een publiekrechtelijke geldschuld af te dwingen. Pas als verjaring van de vordering tot betaling van de publiekrechtelijke geldschuld is ingetreden, vervalt de mogelijkheid een aanmaning of een dwangbevel te doen uitgaan dan wel de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om te verrekenen. Dit betekent dat indien stuiting van de lopende verjaring heeft plaatsgevonden volgens de regels van art. 4:105 e.v. Awb, ook de termijn waarbinnen nog een aanmaning of een dwangbevel kan worden uitgevaardigd met dezelfde termijn wordt verlengd. Dat is van belang omdat wordt aangenomen dat (zelfstandige) vervaltermijnen in beginsel niet kunnen worden gestuit of verlengd. Wanneer in art. 4:104 lid 2 Awb derhalve een zelfstandige vervaltermijn zou zijn opgenomen – bijvoorbeeld vijf jaren na het verstrijken van de voorgeschreven betalingstermijn –, zou die (aanzienlijk) eerder kunnen zijn verstreken dan de verjaringstermijn van art. 4:104 lid 1 Awb.

Het komt voor dat een geldschuld accessoir is aan een andere schuld. Zo kunnen bijvoorbeeld op grond van art. 36 Invorderingswet 1990 anderen dan de belastingplichtige – bij beschikking – aansprakelijk worden gesteld voor diens belastingschuld. Met betrekking tot de verjaring geldt volgens de toelichting dat de aansprakelijkheid van de derde de hoofdschuld veronderstelt; indien de hoofdschuld verjaart, verjaart de accessoire schuld ook.<sup>141</sup>

Net als in het civiele en het huidige recht geldt, kan de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van een publiekrechtelijke geldsom worden gestuit door handelingen van de schuldeiser of schuldenaar. In de vierde tranche is daarvoor een regeling getroffen in art. 4:105 e.v. Awb.<sup>142</sup>

Ten aanzien van stuiting door een burger is niet afgeweken van het privaatrecht. Een burger kan stuiting derhalve op dezelfde wijze als in het privaatrecht bewerkstelligen. Voor het bestuursorgaan, dat volgens de toelichting door zijn specifieke bevoegdheden in een andere positie verkeert, is mede vanuit een oogpunt van de rechtszekerheid bepaald dat stuiting slechts mogelijk is door het gebruik van de in de art. 4:105 en 4:106 Awb genoemde bevoegdheden. In de art. 4:107 en 4:109 Awb wordt art. 3:317 lid 1 BW dan ook niet van toepassing verklaard indien een bestuursorgaan schuldeiser is.

Stuiting van de verjaring door een bestuursorgaan kan op grond van art. 4:105 lid 1 Awb alleen plaatsvinden door het instellen van een vordering bij de rechter dan wel door een andere daad van rechtsvervolgving of op grond van art. 4:105 lid 2 Awb door erkenning van de schuld door de schuldenaar.<sup>143</sup> Dat moet uiteraard gebeuren door het bevoegde orgaan.<sup>144</sup>

In art. 4:105 lid 1 Awb is art. 3:316 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. De verjaring wordt derhalve op grond van art. 4:105 lid 1 Awb juncto art. 3:316 lid 1 BW gestuit door het instellen van een eis of door een andere daad van rechtsvervolgving. Het instellen van een eis is bijvoorbeeld het dagvaarden van de wederpartij, maar ook het instellen van een eis in reconventie of het vermeederen van eis.<sup>145</sup> Het gaat volgens de toelichting steeds om het

---

<sup>141</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 55.

<sup>142</sup>. Art. 27 Invorderingswet 1990 is blijkens de aanpassingswetgeving grotendeels vervallen, zodat deze regeling in beginsel ook geldt in het belastingrecht. Daarop geldt één uitzondering. In het belastingrecht kan de Ontvanger de verjaring op grond van art. 27 lid 1 Invorderingswet 1990 ook stuiten door een mededeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW (het artikel in de Invorderingswet spreekt overigens van een ondubbelzinnige mededeling waarin het recht op nakoming wordt voorbehouden zonder een verwijzing naar art. 3:317 lid 1 BW). Ook loopt de verjaring niet op grond van art. 27 lid 2 Invorderingswet indien art. 2:23c BW van toepassing is. Zie daarover *Kamerstukken II* 2007/08, 31 124, nr. 8, p. 20.

<sup>143</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 55 en 56. Een uitzondering hierop bestaat in art. 27 lid 1 Invorderingswet 1990 nu stuiting door de ontvanger ook mogelijk is door middel van een mededeling als bedoeld in art. 3:317 lid 1 BW.

<sup>144</sup>. Zie voor een geval waarin ten gevolge van een cessie die was overeengekomen met een onbevoegde en die daarmee niet rechtsgeldig was, waarna geen geldige stuiting plaatsvond door de cessionaris HR 31 oktober 2008, NJ 2008, 568.

<sup>145</sup>. MvA II, Parl. gesch. Boek 3, p. 934.

instellen van een eis bij de burgerlijke rechter. De bestuursrechter komt derhalve niet in beeld. Wanneer niet wordt betaald en geen dwangbevel kan worden uitgevaardigd, kan immers alleen door het instellen van een eis bij de burgerlijke rechter een executoriale titel worden verkregen die op het vermogen van de schuldenaar kan worden verhaald. Alleen het instellen van een eis bij de burgerlijke rechter stuit derhalve de verjaring.<sup>146</sup> Onder een andere daad van rechtsvervolging kan, net als in het BW, worden verstaan het leggen van conservatoir beslag of het indienen van een vordering ter verificatie in een faillissement op de voet van art. 36 Fw.<sup>147</sup>

Stuiting geschiedt derhalve op grond van art. 4:105 lid 1 Awb juncto 3:316 lid 1 BW, wanneer nog geen vordering bij de rechter is ingesteld, door het instellen van een eis of een andere daad van rechtsvervolging zoals die zojuist zijn genoemd. Wanneer al een procedure aanhangig is (geweest) maar de vordering niet wordt toegewezen, geldt de regel van art. 4:105 lid 1 Awb juncto 3:316 lid 2 BW. In dergelijke gevallen wordt de stuiting die op grond van art. 3:316 lid 1 BW het gevolg was van het instellen van een eis geacht niet te hebben plaatsgevonden tenzij binnen zes maanden een nieuwe eis wordt ingesteld die wel tot toewijzing leidt.

Zoals gezegd, vindt stuiting ook plaats door erkenning. Erkenning op de voet van art. 4:105 lid 2 Awb behoeft volgens de toelichting niet uitdrukkelijk te geschieden.<sup>148</sup> Elke handeling of gedraging van de schuldenaar waaruit door de wederpartij redelijkerwijs kan worden afgeleid dat de schuldenaar de schuld erkent, stuit de verjaring. De toelichting noemt als voorbeeld een burger die in een brief aan een bestuursorgaan een verrekeningsvoorstel doet. Hij beoogt daarmee zijn schuld aan het bestuursorgaan (geheel) te voldoen. Daarin ligt tegelijkertijd een erkenning van zijn schuld aan dat bestuursorgaan besloten. Voorts kan erkenning zijn gelegen in het betalen van rente en het doen van een aanbod van betaling.<sup>149</sup> Ook kan het vragen van uitstel van betaling of van kwijtschelding onder omstandigheden een erkenning van de schuld impliceren. Dat hoeft echter niet. Zo zal degene die vraagt om uitstel van betaling voor de duur van de behandeling van een bezwaarschrift zijn schuld juist niet erkennen.<sup>150</sup> Ook is in beginsel geen erkenning gelegen in het zich niet verzetten tegen de periodieke inhouding van rente door de overheid op een aan een burger verschuldigde uitkering.<sup>151</sup>

Naast erkenning wordt de verjaring door een bestuursorgaan op grond van art. 4:106 Awb gestuit door een aanmaning als bedoeld in art. 4:112 Awb, het nemen van een beschikking tot verrekening of door betekening of ten uitvoerlegging van een dwangbevel.

Voor een aanmaning gelden op grond van de art. 4:112 en 4:113 lid 2 Awb enige bijzondere vereisten, maar veel verschil met de aanmaning van art. 3:317 BW lijkt niet te bestaan.<sup>152</sup> Met name de inspanning die een bestuursorgaan zich moet getroosten voor deze stuitingshandeling is vergelijkbaar met die van een aanmaning in de zin van art. 3:317 lid 1 BW. In de toelichting wordt er echter uitdrukkelijk op gewezen dat aan de vereisten van de art. 4:112 en 4:113 lid 2 Awb moet zijn voldaan.<sup>153</sup>

---

<sup>146</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 55 en 56; nr. 4, p. 11.

<sup>147</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 55; MvA II, Parl. gesch. Boek 3, p. 934.

<sup>148</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 56. Vergelijk J.J. Vetter, FED 2001, p. 818.

<sup>149</sup>. HR 10 april 1998, NJ 1998, 639. Zie voorts Asser-Hartkamp 4-I, nr. 680.

<sup>150</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 56. Vergelijk voor een geval waarin uitstel van betaling werd gevraagd om te onderzoeken of men schuldig is HR 10 juni 1983, NJ 1984, 294 m.nt. WMK en WHH. Vergelijk voorts H. Vermeulen, NTB 2005, p. 150 en 151.

<sup>151</sup>. HR 26 maart 1999, NJ 1999, 445. Zie voorts Asser-Hartkamp 4-I, nr. 680.

<sup>152</sup>. Zo ook C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1183. Zie daaromtrent hierna nummer 35b.

<sup>153</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 56.

Een beschikking tot verrekening leidt er toe dat de schuld tenietgaat. Daarmee zal niets meer overblijven om te betalen. Een beschikking tot verrekening heeft derhalve alleen zin als stuitingshandeling indien slechts gedeeltelijk kan worden verrekend.<sup>154</sup>

De gevolgen van stuiting zijn in art. 4:110 lid 1 Awb op dezelfde wijze geregeld als in art. 3:319 BW. Stuiting breekt een lopende verjaring af en op dat moment begint op grond van art. 4:110 lid 2 Awb een nieuwe termijn te lopen die even lang is als de oorspronkelijke. Meestal zal dat dus een termijn van vijf jaar zijn.

Op de regel van art. 4:110 lid 2 Awb wordt echter in art. 4:110 lid 3 Awb een uitzondering gemaakt voor het geval de verjaring is gestuit door het instellen van een vordering die door de rechter wordt toegewezen.<sup>155</sup> In dat geval wordt art. 3:324 BW in art. 4:110 lid 3 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit brengt mee dat op grond van art. 3:324 lid 1 BW in beginsel een nieuwe verjaringstermijn van 20 jaar gaat lopen vanaf de dag volgende op die waarop de uitspraak is gedaan. Art. 3:324 lid 2 BW brengt mee dat wanneer tegen die uitspraak rechtsmiddelen worden aangewend, de termijn gaat lopen nadat de uitspraak in het hoger beroep of cassatie is gedaan.<sup>156</sup>

Naast stuiting van de verjaring, waarbij een nieuwe termijn gaat lopen die in beginsel even lang is als de oorspronkelijke, kan de verjaring ook worden verlengd. In art. 4:111 Awb is de verlenging van de verjaring van publiekrechtelijke geldschulden geregeld. Op grond van art. 4:111 lid 1 Awb wordt de verjaring verlengd met de periode dat aan de schuldenaar uitstel van betaling is verleend.<sup>157</sup> De gedachte daarachter is dat een welwillende beoordeling door het bestuursorgaan van verzoeken om uitstel van betaling niet moet worden belemmerd door de dreiging van het doorlopen van de verjaring.

In art. 4:111 lid 2 Awb wordt lid 1 in voor een aantal specifiek genoemde situaties van overeenkomstige toepassing verklaard. De in art. 4:111 lid 2 Awb genoemde gronden voor verlenging van de verjaring komen overeen met die genoemd in art. 27 lid 2 Invorderingswet 1990.<sup>158</sup> De daarin opgenomen gronden, te weten faillissement, surséance van betaling en toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen zijn om vergelijkbare redenen als in art. 27 Invorderingswet 1990 overgenomen. De verjaringstermijn wordt in de gevallen onder a, b en c verlengd met de duur waarin de schuldenaar verkeert in de in die onderdelen genoemde situatie.

In het bepaalde onder d is de verlengingsgrond van art. 27 lid 2 onder b Invorderingswet 1990 overgenomen. Als de schuldenaar een executiegeschil aanhangig maakt waardoor de tenuitvoerlegging van het dwangbevel wordt geschorst, is het volgens de toelichting redelijk dat de verjaringstermijn wordt verlengd met de periode gedurende welke het executiegeschil aanhangig is.<sup>159</sup> Bestuursorganen moeten derhalve alert zijn in de zin dat nadat in het executiegeschil uitspraak is gedaan, de verjaringstermijn weer loopt en stuiting geboden kan zijn.

### *Bijzondere regels voor overeenkomsten*

---

<sup>154</sup>. Zie in die zin MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 56; C.E. du Perron, NJB 2000, p. 1183.

<sup>155</sup>. Vergelijk C.J. IJdema, Gemeentestem 7174 (2002), p. 589 en 590.

<sup>156</sup>. Zie ook HR 28 juni 2002, AB 2003, 102.

<sup>157</sup>. Vermeulen leidt uit deze bepaling – mijns inziens ten onrechte – overigens een afwijking van het civiele recht (art. 3:320 BW) af in die zin dat de oorspronkelijke termijn weer gaat lopen nadat de omstandigheid die leidt tot verlenging zich niet meer voordoet. Zie H. Vermeulen, diss., p. 149.

<sup>158</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 58; 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 17. Vermeulen vraagt zich echter af wat de zin van deze gronden in het belastingrecht is. Zie H. Vermeulen, diss., p. 149 en 150.

<sup>159</sup>. MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 58.

Naast de regels voor bestuursrechtelijke geldschulden bevat het publiekrecht ook bijzondere regels voor overeenkomsten die tussen overheden of tussen de overheid en een burger wordt gesloten. Veelal hebben deze regels betrekking op het uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid indien daaromtrent wordt gecontracteerd.

Voorbeelden zijn onder meer te vinden in de ruimtelijke ordening. Zo bevat art. 6.24 Wet op de ruimtelijke ordening (Wro) een regeling voor overeenkomsten voor het verhalen van kosten die worden gemaakt ten behoeve van ruimtelijke ontwikkelingen.<sup>160</sup> Hoewel art. 6.24 Wro deze termen als zodanig niet kent, wordt in verband met de in dat artikel bedoelde overeenkomsten onderscheid gemaakt tussen anterieure en posterieure overeenkomsten. Een anterieure overeenkomst is een overeenkomst die – kort gezegd – wordt gesloten voordat een exploitatieplan – een plan waarin wordt aangegeven welke exploitatiekosten die samenhangen met een ruimtelijke ontwikkeling worden verhaald en tot welk bedrag – als bedoeld in art. 6.12 Wro is opgesteld. Op deze overeenkomst heeft art. 6.24 lid 1 Wro betrekking. Indien verhaal van kosten door middel van dergelijke overeenkomsten voldoende is verzekerd en/of het stellen van locatie-eisen<sup>161</sup> niet noodzakelijk is, is het op grond van art. 6.12 lid 2 Wro ook niet noodzakelijk om een exploitatieplan op te stellen.<sup>162</sup> De omstandigheid dat een exploitatieplan is opgesteld, betekent echter niet dat kostenverhaal niet meer bij overeenkomst kan plaatsvinden en nog slechts bij bouwvergunning.<sup>163</sup> Er is dan sprake van een posterieure overeenkomst omdat deze wordt aangegaan nadat een exploitatieplan is opgesteld. Op dergelijke overeenkomsten heeft art. 6.24 lid 2 Wro betrekking.

Ook bevat art. 6.4a Wro bijzondere regels voor overeenkomsten die betrekking hebben op verhaal van planschade op degene op verzoek van wie een bestemmingswijziging plaatsvindt.<sup>164</sup> Zo is de wederpartij van het bestuursorgaan bij die overeenkomst op grond van art. 6.4a lid 2 Wro belanghebbende in de planschadeprocedure ingevolge art. 6.1 Wro.<sup>165</sup> Voorts maakt art. 6.24 lid 4 Wro het mogelijk om in een zojuist besproken exploitatieovereenkomst eveneens afspraken te maken over het verhaal van planschade indien

---

<sup>160</sup>. MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 30 218, nr. 3, p. 2. Zie daarover verder bijvoorbeeld J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman en J.F. de Groot, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 2006, p. 14 e.v.; M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Alphen aan den Rijn 2008, p. 193.

<sup>161</sup>. Locatie-eisen zijn eisen die betrekking hebben op de werken en werkzaamheden voor bouwrijp maken, de aanleg van nutsvoorzieningen, de inrichting van openbare ruimte en regels voor de uitvoering van genoemde werken en werkzaamheden, alsmede op woningbouwcategorieën.

<sup>162</sup>. J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman en J.F. de Groot, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 2006, p. 5, 6 en 105. Degenen met wie een overeenkomst is gesloten zijn op grond van art. 8.2 Wro belanghebbende in het beroep tegen (de weigering tot het vaststellen van) het exploitatieplan. Zie Kamerstukken I 2006/07, 30 218, D, p. 26 en 27.

<sup>163</sup>. Nadat een exploitatieplan is opgesteld, kan het verhaal van exploitatiekosten op grond van art. 6.17 Wro ook door middel van (een financiële voorwaarde in) een bouwvergunning plaatsvinden.

<sup>164</sup>. Zie daarover bijvoorbeeld J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman en J.F. de Groot, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 2006, p. 90-96; E.W.J. de Groot, O&A 2008, p. 81; P.J.J. van Buuren, Ch.W. Backes, A.A.J. de Gier en A.G.A. Nijmeijer, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, p. 285. Nog niet beantwoord is de vraag of de gehele planschade op de wederpartij mag worden afgewenteld ook wanneer de bestemmingswijziging niet alleen op verzoek maar ten dele in het algemeen belang plaatsvindt. Zie bijvoorbeeld J. Hoekstra, BR 2005, p. 673; J.W. van Zundert, O&A 2005, p. 165. Voor invoering van art. 49a WRO(oud) – het huidige art. 6.4a Wro – was dergelijk kostenverhaal niet mogelijk. Zie HR 2 mei 2003, NJ 2003, 485 m.nt. PCEvW (Mulder/Nunspeet).

<sup>165</sup>. Zie ook Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 490, nr. 3. Zie voorts bijvoorbeeld J. Hoekstra, BR 2005, p. 673-681; F.H.A.M. Thunnissen, BR 2004, p. 567-572; T.E.P.A. Lam, BR 2004, p. 572-577. Dat geldt op grond van art. 6.4a lid 3 Wro overigens ook voor degene op wie op de voet van art. 6.17 Wro kosten worden verhaald door middel van een voorwaarde bij de bouwvergunning en op grond van art. 6.24 lid 4 Wro voor degene met wie een exploitatieovereenkomst is gesloten waarin deze kosten worden verhaald.

dit op de voet van art. 6.4a Wro is toegestaan. Daarnaast is een overeenkomst op de voet van art. 6.8 Wro denkbaar over hogere bestemmingsplankosten.

Er vallen uiteraard ook voorbeelden te vinden buiten de ruimtelijke ordening. Zo bevat art. 8 Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) een bijzondere regeling voor een overeenkomst tussen overheden in de vorm van een gemeenschappelijke regeling.<sup>166</sup> Er bestaan op grond van dit artikel drie mogelijkheden. Er wordt op grond van art. 8 lid 2 Wgr een gemeenschappelijk orgaan in het leven geroepen, de bevoegdheden van bestuursorganen worden krachtens art. 8 lid 3 Wgr bij één van de deelnemers ondergebracht – hetgeen overeenkomsten vertoont met de regels uit het BW aangaande opdracht –, of geen van beide opties wordt gekozen maar er worden afspraken gemaakt omtrent hanteren van bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden door de verschillende deelnemers. Alleen de laatste twee gevallen worden beschouwd als een overeenkomst.<sup>167</sup> Zo kan worden overeengekomen dat bevoegdheden door bijvoorbeeld een ambtenaar van een deelnemend bestuursorgaan worden uitgeoefend.<sup>168</sup> Een dergelijke constructie wordt veelal aangemerkt als een delegatie die bij overeenkomst is vastgesteld. Daarnaast bestaat er een lichtere gemeenschappelijk regeling waarin geen gebruik wordt gemaakt van de in art. 8 Wgr vervatte mogelijkheden.<sup>169</sup> De regeling in de Wgr bevat in de art. 1, 9-11, 26-28, 94 en 97 Wgr een aantal bijzondere, deels van het privaatrecht afwijkende, regels. Indien een overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, moet deze volgens art. 9 Wgr bepalingen bevatten voor het toe- en uittreden van deelnemers alsmede over de wijziging en opheffing van de regeling. Verder gelden bijzondere regels indien een gemeenschappelijke regeling wordt aangegaan door het college van Burgemeester en Wethouders. Op grond van art. 1 lid 2 Wgr moet daarvoor een voorafgaande verklaring van geen bezwaar door de gemeenteraad zijn afgegeven. Als de rijksoverheid deelneemt aan een gemeenschappelijke regeling, kan dat op grond van de art. 94 en 97 Wgr niet gebeuren buiten de ministerraad en veelal ook niet buiten het parlement om.<sup>170</sup> Ook moet op grond van de art. 26 en 27 Wgr de bekendmaking van een gemeenschappelijke regeling op de gebruikelijke wijze geschieden en moeten Burgemeester en Wethouders registreren bij welke regelingen een gemeente partij is.<sup>171</sup> Ten slotte bevat art. 28 Wgr een geschillenregeling. Gedeputeerde Staten beslissen bij geschillen tussen gemeenten, tenzij het om een schuldvordering in de zin van art. 112 Gw gaat.<sup>172</sup>

Verder bestaan voor de uitvoeringsovereenkomst bij een subsidie in de art. 4:33, 4:36 en 4:44 lid 1 onder c Awb bijzondere regels.<sup>173</sup> Het gaat daarbij om een voortbouwende overeenkomst. Art. 6:229 BW bepaalt ten aanzien van dergelijke overeenkomsten dat die

---

<sup>166</sup>. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 6.93 en 6.98.

<sup>167</sup>. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 6.98; H.Ph.J.A.M. Hennekens, In: Bestuursrecht aan de horizon, p. 56-62. Zie omtrent andere wettelijk geregelde overeenkomsten bijvoorbeeld R. Kluin, diss., p. 11-15 en 17.

<sup>168</sup>. Er bestaan echter nog andere wettelijke mogelijkheden die het overdragen van bevoegdheden middels een overeenkomst mogelijk maken. Vergelijk H.Ph.J.A.M. Hennekens, In: Overheid en onderneming, p. 334 en 335.

<sup>169</sup>. Vergelijk Tweede Kamer vergaderjaar 1999-2000, 27 008, nr. 3, p. 8.

<sup>170</sup>. Zie bijvoorbeeld R. Kluin, diss., p. 51 en 52.

<sup>171</sup>. Zie bijvoorbeeld R. Kluin, diss., p. 135.

<sup>172</sup>. Zie bijvoorbeeld P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, p. 159 en 160; R. Kluin, diss., p. 161-165; M.H. Kobussen, WPNR 6074 (1992), p. 998.

<sup>173</sup>. De inhoud van een subsidieovereenkomst zal afhangen van de soort activiteit die wordt gesubsidieerd. Afhankelijk daarvan kan de overeenkomst de vorm van een krediet of borgstelling hebben, dienen om bepaalde verplichtingen uit te werken of de in art. 4:36 lid 2 Awb bedoelde verplichting bevatten de gesubsidieerde activiteiten uit te voeren. Zie MvT, Parl. gesch. Awb III, p. 225. Zie omtrent de subsidieovereenkomst verder bijvoorbeeld J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid, p. 234 en 235; M.J. Jacobs, Subsidieovereenkomsten, diss. VU 1999, Den Haag 1999, p. 237; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 32d. Over de regeling van de subsidieovereenkomst kritisch M.J. Jacobs en W. den Ouden, NTB 1997, p. 254-266.

vernietigbaar zijn indien de onderliggende rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit voor rekening van degene, die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven.<sup>174</sup> Van vernietigbaarheid van de uitvoeringsovereenkomst bij een subsidie is op grond van dit artikel sprake indien de verleningsbeschikking wordt ingetrokken.<sup>175</sup> Dit geldt tevens indien de subsidieverleningsbeschikking wordt vernietigd en een nieuwe wordt gegeven.<sup>176</sup> Het voorgaande wordt echter anders indien een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten tussen de overheid en een derde die niet de subsidieontvanger is. Te denken valt aan het aangaan van een borgtochtovereenkomst met deze derde, zoals een (mee)financierende bank. In dat geval heeft de vernietiging of intrekking van de subsidieverleningsbeschikking geen rechtstreekse gevolgen voor de uitvoeringsovereenkomst. De gevolgen van vernietiging of intrekking moeten in de borgtochtovereenkomst zelf worden geregeld.<sup>177</sup> Onduidelijker is echter of de uitvoeringsovereenkomst vernietigbaar is indien niet de verlenings- maar de vaststellingsbeschikking wordt ingetrokken. Dat is mogelijk in het geval dat de subsidie niet onmiddellijk met de verlening wordt vastgesteld. De verleningsbeschikking blijft dan bestaan. Dit roept dan de vraag op of de daarop voortbouwende uitvoeringsovereenkomst ook blijft bestaan. Gelet op art. 6:229 BW is uitgangspunt dat dit het geval is.

Ten slotte valt in verband met de doorwerking van bestuursrechtelijke regels in het privaatrecht te denken aan de regels over de mandateringsovereenkomst in art. 10:4 lid 1 Awb.

## 6. Doorwerking via open normen in het privaatrecht

De laatste vorm van doorwerking die ik heb onderscheiden is de doorwerking van publiekrechtelijke normen via open normen in het privaatrecht, zoals de redelijkheid en billijkheid. Deze vorm van doorwerking is het minst gecompliceerd. Het gaat immers om de invulling van een al bestaande privaatrechtelijke norm in verhoudingen tussen burgers en de overheid.

### 6.1 Redelijkheid en billijkheid

Het meest bekende voorbeeld van deze vorm van doorwerking is de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de open norm van de redelijkheid en billijkheid van de art. 6:2 en 6:248 BW. Voor de overheid geldt dat de redelijkheid en billijkheid, via de art. 3:12, 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb, wordt ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>178</sup> Daaruit kan worden afgeleid dat voor de overheid

---

<sup>174</sup>. M.J. Jacobs, diss., p. 138-140; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 32d; W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, p. 140-142; W. den Ouden, diss., p. 98.

<sup>175</sup>. Subsidies worden – kort gezegd – verleend bij beschikking, waarna de gesubsidieerde activiteit in beginsel wordt uitgevoerd. Daarna wordt de subsidie bij beschikking vastgesteld en wordt bezien of de activiteit daadwerkelijk (geheel) is uitgevoerd. Is dat niet het geval dan kan de subsidie lager of op nihil worden vastgesteld. Daarnaast is denkbaar dat de subsidieverleningsbeschikking – al dan niet op verzoek van de subsidieontvanger – wordt ingetrokken indien duidelijk is dat de activiteit niet zal worden verricht. Voor zover de subsidieontvanger geen verwijt kan worden gemaakt van de intrekking, wordt echter betwijfeld of de uitvoeringsovereenkomst vernietigbaar is. Zie W. den Ouden, diss., p. 98.

<sup>176</sup>. NV II, Parl. gesch. Awb III, p. 178. Zie daarover ook W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, p. 139 en 140.

<sup>177</sup>. NV II, Parl. gesch. Awb III, p. 178. De vraag is overigens of dat ook geldt in gevallen waarin sprake is van het onrechtmatig verlenen van staatssteun door middel van het geven van een garantie. Naar onze mening is het ook in die gevallen niet noodzakelijk om (ver)nietig(baar)heid van de garantie aan te nemen. Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 16 en hiervoor onder 5.3.1.2.

<sup>178</sup>. Bijvoorbeeld HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/Ikon); HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (Körfer/Heerlen); HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Kunst- en antiekhandel Lelystad); HR 9

hogere eisen worden gesteld in verband met de redelijkheid en billijkheid dan voor een particulier gelden.<sup>179</sup> Zo zijn het gelijkheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel van belang bij de beoordeling van de vraag of een gemeente bij gronduitgifte van iedere potentiële contractspartij eenzelfde prijs moet vragen. Indien een daarop gericht beleid bestaat, zal dit beleid moeten worden gevolgd en kan niet in afwijking daarvan aan verschillende gegadigden een verschillende prijs worden gevraagd. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen echter niet mee dat het hanteren van verschillende prijzen bij gebreke van een op uitgifte gericht beleid niet zou zijn toegestaan als daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.<sup>180</sup>

De specifieke positie van de overheid komt voorts tot uitdrukking in de omstandigheid dat zij derdenbelangen kan moeten betrekken in haar besluitvormingsproces. Veelal zijn dergelijke belangen niet (expliciet) verdisconteerd in een tussen deze overheid en een burger gesloten privaatrechtelijke overeenkomst. Toch kunnen deze belangen meebrengen dat een overeenkomst zo moet worden uitgelegd dat het verlenen van medewerking aan de uitvoering van de overeenkomst in verband met de redelijkheid en billijkheid niet (meer) van de overheid kan worden verlangd. Het vorenstaande kan worden geïllustreerd aan de hand van de plaatsing van een uit neonletters bestaand kunstwerk met de tekst ‘de negende van OMA’ op een aan de overheid toebehorend flatgebouw, waaromtrent een overeenkomst was gesloten met een kunstenaar. De bewoners van de bejaardenflat waarop de tekst zou worden aangebracht hadden daartegen echter bezwaren. De Hoge Raad heeft in dat geval als volgt beslist:<sup>181</sup>

‘De in ‘s Hofs arrest, besloten liggende gedachtengang moet aldus worden begrepen dat de overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW), en dat hieruit voortvloeit dat de Gemeente niet verplicht kan worden gehouden tot het verlenen van medewerking aan de plaatsing van de omstreden tekst op het flatgebouw. Het Hof heeft hierbij van doorslaggevende betekenis geacht dat plaatsing in strijd zou zijn met zwaarwegende belangen van de bewoners, nu het hier niet gaat om een kwestie van ‘mooi of lelijk’, noch ook om een eenmalige uitvoering of kortdurende manifestatie waartegen een aantal mensen ernstige bezwaren kan hebben, en evenmin om een object waarvan men naar believen kan kennisnemen of niet-kennisnemen, maar om de blijvende aanwezigheid van een tekst die de bewoners van het flatgebouw naar ‘s Hofs oordeel stigmatiseert en waarmee zij in geval van plaatsing ongewild en voortdurend zouden worden geconfronteerd.

---

januari 1998, NJ 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof); HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (Stichting Belangenbehartiging Erfpachters/Den Haag); HR 8 april 2005, NJ 2005, 482 m.nt. MRM. Vergelijk HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (Antenneverbod Smilde). Zie verder de volgende literatuur J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 94-100 en 177; J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid, p. 208; A.R. Bloembergen, WPNR 6074 (1992), p. 950, 952 en 957; Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 3b, 12-17, 31 en 38a. Ackermans-Wijn meent echter dat het vertrouwensbeginsel uit het bestuursrecht niet echt nodig is naast zijn civielrechtelijke pendant. Zie J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., p. 99. Sommigen zien de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur echter als twee aparte toetsen. Zie P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, p. 151. Dat lijkt mij echter geen aantrekkelijke gedachte; de één is een inkleuring van de ander.

<sup>179</sup>. Zie R.P.J.L. Tjittes, diss., blz. 39-41.

<sup>180</sup>. Zie HR 18 maart 2005, AB 2005, 408 m.nt. FvO/GAvdV (Lichtenvoorde/Dusseldorp), waarin de gemeente overigens op grond van een onrechtmatige daad werd aangesproken door een teleurgestelde partij.

<sup>181</sup>. HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 m.nt. CJHB (De negende van OMA).

Het Hof heeft daarbij niet uit het oog verloren dat Körmeling een evident belang bij plaatsing heeft en dat de gemeente door het gedrag in een eerder stadium bij hem het vertrouwen had gewekt dat het tot plaatsing van het gehele kunstwerk zou komen. Het Hof heeft echter geoordeeld dat de belangen van de bewoners zoveel zwaarder wegen dan Körmelings belang bij plaatsing, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet toelaten dat aan laatstbedoeld belang voorrang wordt gegeven.’

Saillant detail was dat de verlening van de bouwvergunning bij de bestuursrechter in het beroep van dezelfde bewoners stand had gehouden.<sup>182</sup> Op het eerste gezicht lijkt de rechtsmachtverdeling hier niet goed uit te pakken. Het is niet de bedoeling dat wanneer de discussie over een vergunning bij de bestuursrechter volledig is gevoerd, de burgerlijke rechter die discussie in het kader van een overeenkomst overdoet en zelfs tot een andere afweging komt. Toch was er in het door de Hoge Raad beoordeelde geval nog enige ruimte voor een afweging door de burgerlijke rechter. Een bouwvergunning is een strikt gebonden beschikking, waarbij voor de verlening ervan in verband met het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel slechts met een beperkt aantal aspecten – voldoet het bouwwerk aan de bouwvoorschriften en past het binnen het bestemmingsplan – rekening kan worden gehouden. Daaronder valt niet dat bewoners van een gebouw een bouwwerk stigmatiserend achten. Een dergelijk belang kan door de bestuursrechter niet worden meegewogen en dat kan derhalve bij de burgerlijke rechter aan de orde komen.<sup>183</sup> Naast de specifieke situatie in het door de Hoge Raad beoordeelde geval, is een aanvullende beoordeling door de burgerlijke rechter mogelijk indien bij de bestuursrechter – gezien de ex tunc toetsing van een beschikking – met gewijzigde omstandigheden geen rekening meer kon worden gehouden. Het voorgaande betekent dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een overeenkomst (andere of later opgekomen) belangen (van derden), die bij de toetsing door de bestuursrechter niet zijn meegewogen, kan meewegen.

Voorts heeft de redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht een derogerende werking. Via de (door)werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan deze voor de overheid meebrengen dat op een bepaald contractueel recht of een exoneration geen beroep kan worden gedaan.<sup>184</sup> Een toepassing van deze gedachtegang is te vinden in de jurisprudentie over de verkoop van vervuilde grond door de overheid waarbij – bijvoorbeeld door middel van een kettingbeding – een bouwplicht aan de koper wordt opgelegd. Het verkopen van grond met het opleggen van een (woning)bouwverplichting is in het algemeen reden om aan te nemen dat de overheid voor woningbouwgeschiktheid instaat. Indien aansprakelijkheid in dat geval in een exonerationclausule is uitgesloten, zal een beroep op deze exoneration in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup>. Zie daaromtrent ook G.A. van der Veen, diss., p. 413 en 414.

<sup>183</sup>. Bij de bestuursrechter gaat het echter niet steeds om een dergelijke beperkte toetsing. Zo heeft de bestuursrechter het weigeren van een andere vergunning dan een bouwvergunning, omdat een door de overheid aangegane privaatrechtelijke overeenkomst daaraan in de weg stond, niet toegelaten. Zie Vz AR RvS 16 augustus 1989, AB 1990, 205 (Standplaatsvergunning Venhuizen); AG RvS 6 februari 1991, AB 1991, 297 m.nt. PJS (recreatieschap Oost-Gelderland). Zie ook R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel, diss. Maastricht 1998, Den Haag 1998, p. 276 en 301.

<sup>184</sup>. HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (Körper/Heerlen).

<sup>185</sup>. Zie HR 13 november 1987, NJ 1988, 139 (Den Haag/Bensal); HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (Maassluis); HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 (Groningen/erven Zuidema). Zie ook J.C.E. Ackermans-Wijn, diss., blz. 215; P.W. de Best, In: Garanties, M.M. van Rossum (red), Deventer 2002, p. 131 en 132; M.M. van Rossum, Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed, diss. Utrecht 1991, Deventer 1991, blz. 108; R.P.J.L. Tjittes, diss., blz. 173-176.

Ook de opzegging van een overeenkomst kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.<sup>186</sup> Zo werd door de Hoge Raad een opzegging door de overheid toelaatbaar geacht om een hogere prijs te bedingen die op zichzelf aanvaardbaar is.<sup>187</sup> De overheid zal in dat verband de privaatrechtelijke regels in acht dienen te nemen om de opzegging te effectueren. Zo brengt een opzegging van een huurovereenkomst ten aanzien van woonruimte mee dat, totdat bij de rechter is komen vast te staan dat de opzegging rechtsgeldig is, geen ontruiming kan plaatsvinden.<sup>188</sup> In dat verband kan het publiekrecht in zoverre zijn invloed doen gelden dat een opzegging van een huurovereenkomst onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien geen nadeelcompensatie wordt aangeboden. Of daartoe aanleiding bestaat, zal onder meer afhangen van het feitelijk gebruik van het gehuurde.<sup>189</sup>

Verder kan men zich afvragen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meebrengen dat de overheid bij een opzegging dezelfde procedurele regels moet volgen als bij de voorbereiding van een beschikking, bij gebreke waarvan opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo zou het horen van de wederpartij dan nodig kunnen zijn. Die betekenis kan echter aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur niet worden toegekend. Daarom werd door de Hoge Raad een opzegging aanvaard van een – volgens de Hoge Raad privaatrechtelijke – gasconcessie door de gemeente Coevorden, ondanks de omstandigheid dat het Hof deze in strijd met één van de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur had geacht met name omdat de gasfabriek na haar bezwaren daartegen niet was gehoord.<sup>190</sup> De Hoge Raad zag niet in hoe het horen van de gasfabriek de gemeente op andere gedachten had kunnen (en hoeven) brengen.<sup>191</sup> In dat verband is van belang dat met name de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het burgerlijk recht een minder prominente spelen dan in het bestuursrecht.<sup>192</sup>

## 6.2 Onvoorziene omstandigheden

De Hoge Raad gaat in verband met onvoorziene omstandigheden, ook voor zover het gaat om overeenkomsten tussen de overheid en een burger ten aanzien van publiekrechtelijke bevoegdheden, uit van de toepasselijkheid van art. 6:258 BW. Hij overwoog in het Landsmeer II-arrest dat afwijking van een bevoegdhedenovereenkomst alleen geoorloofd is indien zowel sprake is van gewijzigde omstandigheden die niet zijn voorzien en die daarom niet zijn verdisconteerd in de overeenkomst, als van omstandigheden die van zodanige aard zijn dat afwijking van de overeenkomst noodzakelijk wordt.<sup>193</sup> Later heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van afwijking van een bevoegdhedenovereenkomst in verband met onvoorziene

---

<sup>186</sup>. Vergelijk HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (Gebroeders Kakkenberg). Een dergelijke opzegging geldt niet als een besluit voor zover dit alleen is gebaseerd op privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals een eigendomsrecht. Zie ABRvS 20 augustus 2008, JB 2008, 220 m.nt. LJMT.

<sup>187</sup>. HR 15 september 1995, NJ 1996, 19.

<sup>188</sup>. Zie Vz. AR RvS 20 december 1989, Gemeentestem 6901 (1990), 8 m.nt. Goorden. Vergelijk R. Kluin, diss., p. 113-115.

<sup>189</sup>. Zie HR 7 februari 1997, NJ 1997, 424 (Staat/Verbo). Vergelijk HR 16 november 2001, NJ 2002, 400 m.nt. HJS. Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, nr. 9.15.

<sup>190</sup>. HR 9 april 1999, NJ 2000, 219 m.nt. MS (Gasconcessie Coevorden). Vergelijk ook HR 15 september 1995, NJ 1996, 19 (Vierhand/Kamer van Koophandel). Anders echter HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven). Zie daaromtrent verder bijvoorbeeld Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 31.

<sup>191</sup>. In dat verband is van belang dat een dergelijke opzegging geen besluit inhoudt. Zie ABRvS 20 augustus 2008, JB 2008, 220 m.nt. LJMT.

<sup>192</sup>. Zie daaromtrent verder M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 128 en 129.

<sup>193</sup>. HR 4 januari 1963, NJ 1964, 203 en 204 m.nt. JHB. Zie ook J. van der Hoeven, *De magische lijn*, p. 211.

omstandigheden, overeenkomstig art. 6:258 BW, expliciet voor mogelijk gehouden. Hij overwoog:<sup>194</sup>

‘Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.’

De regel van art. 6:258 BW – ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – wordt ook blijkens de parlementaire geschiedenis bij het BW van toepassing geacht. Wel wordt opgemerkt dat afwijking van een dergelijke overeenkomst – mijns inziens in verband met het vertrouwens- en *égalité*-beginsel – veelal uitmondt in een schadevergoedingsverplichting, waartoe toepassing van art. 6:258 BW niet (zonder meer) behoeft te leiden.<sup>195</sup>

Uit het vorenstaande blijkt dat het – mede door de werking van het vertrouwens- en *égalité*-beginsel – zelden zo is dat van een bevoegdhedenovereenkomst kan worden afgeweken zonder dat een (schade)vergoeding verschuldigd is, hoewel dat de situatie is waarvan art. 6:258 BW uitgaat. Een afwijking van een bevoegdhedenovereenkomst om redenen van algemeen belang – en zonder dat dit een toerekenbare tekortkoming oplevert – onder het aanbieden van compensatie valt daarom niet gemakkelijk in de regels van de art. 6:258-260 BW in te passen.<sup>196</sup>

Een voorbeeld van de hiervoor besproken gewijzigde omstandigheden vormt een beleidswijziging. De Hoge Raad heeft in verband met de vraag of gewijzigde beleidsinzichten een toereikende reden kunnen opleveren om af te wijken van gemaakte afspraken overwogen:<sup>197</sup>

‘Niet uitgesloten is dat een zodanige [nakomings-; *MWS*]vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat. Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend.’

Voor de beantwoording van de vraag of een beleidswijziging een reden voor afwijking van de overeenkomst kan opleveren, zijn volgens de Hoge Raad de aard van de overeenkomst, de aard van de betrokken overheidstaak alsmede de aard en het gewicht van de betrokken

---

<sup>194</sup>. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II). Vergelijk in die zin ook R. Kluin, diss., p. 93-105 en ten aanzien van concessies M.B. Nijhof, diss., p. 262-264, 266-267, 286, 287, 289 en 298.

<sup>195</sup>. MvA II Inv., Parl. gesch. Boek 3, p. 1055.

<sup>196</sup>. Te betogen valt dan ook dat deze regels in het geheel niet van toepassing zijn op dergelijke overeenkomsten omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden. Zie M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 284-286.

<sup>197</sup>. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II).

maatschappelijke belangen – die met de beleidswijziging worden gediend – van belang.<sup>198</sup> Er vindt daarmee een andere toetsing plaats dan bij gewone overeenkomsten tussen particulieren. Dit wordt in de eerste plaats veroorzaakt doordat het niet zozeer gaat om de voorzienbaarheid van de beleidswijziging, maar primair om de zwaarte van de daarbij betrokken belangen. In de tweede plaats toetst de Hoge Raad de noodzaak van een beleidswijziging marginaal.<sup>199</sup> Hij heeft in een later arrest aan het aannemen van onvoorziene omstandigheden in verband met gewijzigde beleidsinzichten niet al te hoge eisen gesteld. Zo achtte hij het niet nodig dat een beleidsvoornemen al voldoende vaste vormen heeft aangenomen, noch dat er voor het uitvoeren van dit beleidsvoornemen geen belemmeringen meer bestaan van privaatrechtelijke, publiekrechtelijke of financiële aard.<sup>200</sup>

De Hoge Raad houdt derhalve rekening het publiekrechtelijke beginsel dat de overheid haar beleid mag wijzigen. Uit het democratische bestel vloeit een dergelijke afwijkingsmogelijkheid voort.<sup>201</sup> Bij wijziging van het beleid moeten echter wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – zoals het vertrouwens-, zorgvuldigheids-, égalité- en evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb – in het oog worden gehouden. Zo dient de nodige zorgvuldigheid in acht te worden genomen en moet rekening worden gehouden met de belangen van de betrokken burgers en wel in het bijzonder van die met wie de overeenkomst is gesloten.<sup>202</sup> Deze beginselen brengen verder mee dat naarmate de wederpartij zich op meer concrete verwachtingen kan beroepen, de overheid meer van haar beleidsvrijheid en dus van haar mogelijkheden om het beleid te wijzigen verliest. Een burger mag aan de andere kant niet een immer voortdurende ongewijzigde instandhouding van het in het verleden gevoerde beleid verwachten.<sup>203</sup> Afwijking van het in het verleden gevoerde beleid kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn vanwege nieuwe inzichten.<sup>204</sup> Daarbij geldt dat naarmate deze wijziging vanwege nieuwe inzichten een zwaarder (algemeen) belang dient lagere eisen worden gesteld aan de afwijking van het in het verleden gevoerde beleid.<sup>205</sup>

Indien afwijking van een bevoegdheidsovereenkomst wegens gewijzigd beleid plaatsvindt, zal dat in het algemeen – voor zover daaromtrent tussen partijen geen nadere afspraken zijn gemaakt – voor rekening van de overheid komen. Dit brengt – naar ik hiervoor heb besproken – mee dat de overheid gehouden is de dientengevolge geleden onevenredige schade te vergoeden.<sup>206</sup> Wel kan de overheid de schade beperken door de wederpartij in een vroeg stadium in te lichten omtrent de beleidswijziging.

---

<sup>198</sup>. Zo ook P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, p. 150. Zie in verband met concessies M.B. Nijhof, diss., p. 266, 267, 289 en 298.

<sup>199</sup>. P. De Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat II, p. 154 en 155. Vergelijk R. Kluin, diss., p. 102.

<sup>200</sup>. HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 m.nt. MS.

<sup>201</sup>. J.M.M. Menu, diss., p. 186 en 187.

<sup>202</sup>. Vergelijk J.M.M. Menu, diss., p. 175-177.

<sup>203</sup>. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven); HR 2 juni 1989, NJ 1989, 716 (Plein 1944). Zie ook J.M.M. Menu, diss., p. 162-166.

<sup>204</sup>. HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II); HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (Den Dulk/Curaçao). Zie tevens J.M.M. Menu, diss., p. 170-175. Vergelijk Mon. Nieuw BW A-26 (Van der Does/Snijders), nr. 38b. Anders echter Kluin die meent dat gewijzigde beleidsinzichten slechts in zeer hoge uitzonderingsgevallen kunnen leiden tot niet nakoming van een overeenkomst. Zie R. Kluin, diss., p. 105.

<sup>205</sup>. J.M.M. Menu, diss., p. 71-75 en 181-184. Vergelijk H.J. Simon, diss., p. 243.

<sup>206</sup>. Zie voor beleidswijzigingen HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (Den Dulk/Curaçao); HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II). Vergelijk voor het terugkomen op toezeggingen vanwege een beleidswijziging HR 27 januari 1985, NJ 1985, 559 (Patelski/Sittard); HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441 (Kennis/Budel); HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 m.nt. MS (Aruba/Lopez); HR 19 februari 1993, AB 1993, 305 (Aruba/Trias). In de hiervoor genoemde arresten wordt echter niet expliciet aangegeven dat sprake is van vergoeding van onevenredig nadeel, zodat niet uitgesloten kan worden dat de Hoge Raad van oordeel is dat het gaat om schadevergoeding ten gevolge van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Vergelijk voorts J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid, p. 228; M. Kobussen, diss., p.

De overheid kan er derhalve, in verband met gewijzigd beleid, in het algemeen voor kiezen om af te wijken van een bevoegdhedenovereenkomst, zij het dat de daardoor geleden onevenredige schade van de wederpartij moet worden gecompenseerd. Nakoming zal in dergelijke gevallen niet meer kunnen worden gevorderd.

## 7. Afronding

Hiervoor is uiteengezet dat er in verhoudingen tussen een burger en de overheid drie vormen van doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht bestaan.

De eerste vorm van doorwerking hangt samen met de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Deze vorm van doorwerking brengt mee dat de burgerlijke rechter – bijvoorbeeld in verband met de beantwoording van de vraag of het nemen en handhaven van een besluit onrechtmatig is – gebonden is aan het oordeel van de bestuursrechter ter zake. Indien niet tijdig bezwaar is gemaakt of bedenkingen zijn ingebracht of de bestuursrechter niet (tijdig) is geadieerd, terwijl dat wel had gekund, brengt deze vorm van doorwerking bovendien mee dat de burgerlijke rechter in beginsel uitgaat van de rechtmatigheid van het besluit, omdat het oordeel daarover is voorbehouden aan de bestuursrechter.

De tweede vorm van doorwerking hangt samen met de voorrang van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht. Deze voorrang kan op twee manieren worden bereikt. Het is mogelijk dat publiekrechtelijke normen op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien gebruik gemaakt wordt van een privaatrechtelijke bevoegdheid. In dergelijke gevallen wordt aangenomen dat deze privaatrechtelijke bevoegdheid niet of althans niet ongeclausuleerd kan worden uitgeoefend. Een andere wijze waarop deze voorrang kan worden bewerkstelligd is het opnemen van een regeling in het publiekrecht van materie die ook in het BW is geregeld. Dat is bijvoorbeeld gebeurd ten aanzien van de bestuursrechtelijke geldschulden en gedeeltelijk voor regels ten aanzien van overeenkomsten. In dergelijke gevallen wordt aangenomen dat deze materie – voor zover ten dien aanzien normen in het publiekrecht zijn opgenomen – uitputtend is geregeld in het publiekrecht.

De zojuist genoemde vormen van doorwerking zijn niet ongecompliceerd. Met name de rechtsmachtverdeling heeft – naar blijkt uit de hiervoor gegeven schets daarvan – geleid tot een ingewikkeld stelsel waarin niet steeds even gemakkelijk de weg kan worden gevonden. Ook ten aanzien van de doorkruisingsleer rijzen vragen over de toepassing daarvan in concrete gevallen. Zo lijkt het criterium van het vergelijkbare resultaat weinig houvast te bieden voor de oplossing van een concrete casus. Ook het creëren van een eigen regeling in het publiekrecht geeft afgrenzingsproblemen met de regeling in het privaatrecht. Zo zal bij het verlenen van subsidies door een privaatrechtelijke rechtspersoon de lastig te beantwoorden<sup>207</sup> vraag kunnen rijzen of sprake is van het nemen van een besluit. Indien sprake is van het nemen van een besluit, zal op de betaling van de subsidie de regeling van de bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb van toepassing zijn. Is dat niet het geval, dan geldt de regeling van art. 6:111 e.v. BW. Deze vormen van doorwerking leiden derhalve tot – het voor juristen interessante – recht op het scherpst van de snede. Gecomplieerde vragen over doorwerking kunnen echter op de grens van twee rechtsgebieden, ongeacht hoe men deze grens vormgeeft, niet geheel worden voorkomen.

De derde vorm van doorwerking is minder gecompliceerd. Deze betreft de doorwerking van publiekrechtelijke regels via open normen in het privaatrecht. Zo werken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door via de open norm van de redelijkheid en billijkheid en

---

251-253 en 281; J.M.M. Menu, diss., p. 80-83 en 166-170; A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, p. 325-331, 496 en 497.

<sup>207</sup> . Zie bijvoorbeeld M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 66-69.

worden de regels ten aanzien van onvoorziene omstandigheden beïnvloed door de bij de overheid bestaande beleidsvrijheid. Nu het gaat om invulling van bestaande open normen in het privaatrecht, levert deze vorm van doorwerking de minste vragen op.

Met het oog op de toekomst rijst de vraag welke van deze drie vormen van doorwerking in de toekomst zullen blijven bestaan en welke het meest prominent zullen worden. Mijns inziens is de doorwerking van het publiekrecht door middel van open normen in het privaatrecht een vrij constante factor. Deze zal ook in de toekomst zijn belang behouden maar niet in belang toenemen.

De doorwerking die verband houdt met de rechtsmachtverdeling zal mijns inziens in de toekomst in belang gaan afnemen. Zo geldt voor de geldschuldenregeling in de Awb dat deze ertoe leidt dat veel beslissingen die samenhangen met (de invordering van) bestuursrechtelijke geldschulden als een beschikking worden aangemerkt met daarbij behorende rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Daardoor blijft op dit terrein een kleinere taak over voor de burgerlijke rechter. Dit brengt mee dat het probleem van de rechtsmachtverdeling daar in mindere mate zal spelen. Ook op het terrein van de aansprakelijkheid voor rechtmatige daad zal na invoering van het voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad een verschuiving te zien zijn van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter. Waar de burgerlijke rechter thans nog oordeelt over de aansprakelijkheid voor (rechtmatige) feitelijke handelingen en (rechtmatige) algemeen verbindende voorschriften (niet zijnde formele wetgeving), zal dat in de toekomst aan de bestuursrechter worden opgedragen. Doorwerking van publiekrechtelijke normen in verband met rechtsmachtverdeling wordt dan minder belangrijk omdat op minder terreinen twee rechters bevoegd zijn.

De doorwerking van publiekrechtelijke regels in verband met de goede werking/voorrang van het publiekrecht gaat belangrijker worden. Door de 'emancipatie' van het bestuursrecht is waarschijnlijk dat op steeds meer terreinen die voorheen (alleen) door het privaatrecht werden bestreken publiekrechtelijke regels komen die (mede) doorwerken in het privaatrecht.<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup>. Een voorbeeld van toekomstige regelgeving waarin dat aan de orde is, is art. 6:212a BW dat de grondslag gaat vormen voor de doorwerking van (Europese) regels (en jurisprudentie) over de terugvordering van staatssteun. Zie daarover Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 2, 9, 15 en 16. Zie daarover ook P.C. Adriaanse en W. den Ouden, NTB 2008, p. 309; P.C. Adriaanse, SEW 2009, p. 93.

Bestandsnaam: Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht.doc  
Map: D:\Tijdelijke Internet-bestanden  
Sjabloon: C:\Documents and Settings\f486\Application  
Data\Microsoft\Sjablonen\Normal.dot  
Titel: Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht  
Onderwerp:  
Auteur: f289  
Trefwoorden:  
Opmerkingen:  
Aanmaakdatum: 23-4-2009 7:53:00  
Wijzigingsnummer: 139  
Laatst opgeslagen op: 23-9-2009 10:25:00  
Laatst opgeslagen door: f289  
Totale bewerkingstijd: 921 minuten  
Laatst afgedrukt op: 3-3-2010 13:05:00  
Vanaf laatste volledige afdruk  
Aantal pagina's: 38  
Aantal woorden: 15.865 (ong.)  
Aantal tekens: 88.528 (ong.)