

Ben Schueler en de verhouding tussen publiek- en privaatrecht (overheidsaansprakelijkheid) 29 september 2029 (VAR/UU/RvS)

- Even terug in de tijd. Een terugblik.
- Ik heb die tijd opgedeeld in vier “blokken”, die grofweg steeds net iets minder dan 10 jaar, net iets minder dan een decennium, beslaan.

1. Studententijd (*Ars Aequi* - themanummer)

- Ik begin met de tijd dat Ben Schueler en ik elkaar leren kennen.
- Ben en ik ontmoetten elkaar in 1986. Ik werd lid van de redactie van het onvolprezen studentenblad *Ars Aequi*, waar Ben toen al een tijdje inzat.
- Hoe hij erop was gekomen, weet ik niet meer, maar Ben had het initiatief genomen voor (de voorbereiding van) een *themanummer* over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. En hij vroeg mij, samen met nog aan aantal anderen, om in de redactiecommissie te gaan zitten.
 - o Een enkeling daarvan zie ik in deze zaal: *Janine Tillema*.
 - o Het was echt een andere tijd: het woord ‘redactie’ schreven we toen nog met een ‘k’.
- Dat was het begin van onze aandacht voor de verhouding tussen die twee deelgebieden van het recht.
 - o Onze aandacht voor *overheidsaansprakelijkheid*, voor *overheidstoezeggingen*, voor *overheidsvereenkomsten*; voor de verhouding tussen de *burgerlijke rechter en de bestuursrechter* (toen nog administratieve rechter genaamd).
 - *Ik zal hierover af en toe wat meer zeggen*, omdat mij (immers) is gevraagd aan het deel van de bundel dat over *overheidsaansprakelijkheid* gaat, speciale aandacht te besteden.
 - o Het was ook het begin voor onze aandacht voor de *ontwikkeling* van het bestuursrecht als apart zelfstandig deelgebied van het recht, vanuit het privaatrecht.
 - Ook dat soort meer *abstracte vragen* had onze belangstelling.
 - o Een *belangstelling* die in ons werkzame leven *nooit is voorbijgegaan*.

- Met de blik van nu – achteraf bezien – was dat een *beslissend moment*, een veel *bepalende keuze*.
 - Natuurlijk kon niemand toen voorzien dat dat initiatief van Ben zo *veel betekenend* zou zijn, ook voor hemzelf.
 - Maar het is bijzonder om dat nu te *constateren*.
- Het themanummer, getiteld ‘*Osmose tussen publiek- en privaatrecht*’, bevat één van Bens eerste publicaties, die hij dus al schreef als student. [Slide 2 AA]
 - Zijn bijdrage gaat over *overheidstoezeggingen* en behandelt de klassieke vragen van de *grondslag* van de gebondenheid van de overheid aan haar toezeggingen en de mate waarin het haar vrijstaat om van haar toezeggingen *af te wijken*.
 - De werking van het *vertrouwensbeginsel* vormt de rode draad in dit artikel.
 - Het is bijzonder om te zien hoe veel van de onderwerpen, die Ben later op zo erudiete wijze heeft uitgediept, hierin al voorkomen.
 - Zo snijdt hij de vraag aan of een *rechtmatige* overheidshandeling die schade veroorzaakt, aanleiding kan geven tot vergoeding van die schade, hoewel er geen sprake van onrechtmatig handelen is.
 - Dit vraagstuk zou Ben nog jaren bezighouden, niet alleen bij *afgebroken onderhandelingen*, maar ook bij (buitenwettelijke) *nadeelcompensatie*, waarover hij onder meer een prachtig VAR-preadvies schreef.
 - In dat preadvies merkt hij onder meer op dat de *speciale last* – het vereiste dat een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar is getroffen – “een nogal schimmig bestaan” leidt.
 - Dit vormt voor Bruno van Ravels aanleiding om in een scherpe, heldere bijdrage in de bundel – die vandaag aan Cees, (Bens partner), wordt aangeboden – te kijken naar de *huidige betekenis* van de speciale last, mede in het licht van de vorige maand in werking getreden *Omgevingswet*.

- Ook gaat Ben in zijn AA-artikel in op de vraag wat een bindende toezegging van het *college van B&W* jegens een burger betekent voor de verhouding met de *gemeenteraad*. Ook dat is een vraagstuk dat nog steeds uiterst actueel is.
 - Ben analyseert die verhouding kort en bondig en geeft daar een analyse die volledig in overeenstemming is met het *huidige recht*, zo kunnen we nu decennia later zeggen. Een toezegging van het college kan de raad niet binden – zo ver strekt het vertrouwensbeginsel niet –, maar het is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel/ als de *raad* de toezegging van het *college* niet in zijn overwegingen betreft.
 - Ben treedt hier al als student in *discussie* met toen al gevestigde auteurs als *Peter Nicolaï* en *Dick Lubach*, die een *sterkere* mate van gebondenheid bepleiten dan destijds door de Hoge Raad, en thans ook door de bestuursrechter, worden geëist.
 - Wat ik zo illustratief vind, is dat hier het genuanceerde, het *voorzichtig wegende* en het altijd zoekende van *Ben* al boven water komt. Hij had weinig met niet onderbouwde, te radicale meningen, hoe sympathiek die op het eerste gezicht ook mogen klinken.
 - Naar geldend recht had Ben het meer dan 30 jaar geleden al bij het rechte eind. Bens fenomenale inzicht in recht en rechtsontwikkeling openbaart zich hier al.
- Het jaar 1986 markeert ook het begin van onze *vriendschap*, die altijd zou voortduren, tot begin vorig jaar.
 - We vierden het verschijnen van het themanummer van *Ars Aequi* met een memorabele skivakantie met z'n tweeën, in het voorjaar van 1987 in het hooggelegen *Zermatt*.
 - En **Cees** weet dat. Want als ik nu op de *Kleine Matterhorn* sta – de hoogste piste van Europa – dan denk ik uiteraard aan Ben, en *laat* ik jou, Cees, dat uiteraard even *weten*...

2. *Universiteit Utrecht (gezamenlijk vak + boek overheidsschadevergoeding)*
- Ik sla een kleine tien jaar over. Eigenlijk net iets minder. We zijn halverwege de jaren '90. En dus bij mijn tweede blokje.
 - Ben en ik werken beiden als universitair docent (UD) aan de *Universiteit Utrecht*. We zijn collega's.
 - We doceren samen het vak 'Overheid en privaatrecht'.
 - o *Peter van Buuren – die ik hier ook in de zaal zie zitten –* had dat vak oorspronkelijk *opgezet*. Maar hij laat het aan ons over. Hij heeft geen tijd meer, want hij is dan decaan.
 - o Ik weet inmiddels uit eigen ervaring hoe fijn het is als je zaken kunt *overlaten* aan mensen waarin je *vertrouwen* hebt.
 - *Dank daarvoor, Peter.*
 - En Ben schrijft zijn boek 'Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht', dat in 1997 zal verschijnen. [Slide 3 Boek 1^e druk]
 - Dat moment van verschijnen is belangrijk. De kenners van het overheidsschadevergoedingsrecht weten dat 1997 een belangrijk jaar is.
 - o Het is namelijk het jaar waarin de Afdeling bestuursrechtspraak de *Van Vlodrop-uitspraak* doet. De klassieke geworden uitspraak over het *zelfstandig schadebesluit*.
 - Die uitspraak staat echter *niet* in zijn boek. Maar wél heeft Ben de voorloper van die uitspraak, over *Alpha Kledingreinigingsbedrijf*, van eind 1996 (29 november 1996, om precies te zijn) er nog in verwerkt. Dat was een hele prestatie.
 - o We spraken elkaar in die tijd veel over elkaars werk.
 - Ik herinner me dan ook goed dat Ben, toen hij zijn boek *bijna af* had – in de herfst van 1996 – tegen mij zei dat de Afdeling zo'n belangrijke uitspraak had gewezen, dat hij zijn hele boek wilde omgooien.
 - o Ik wist natuurlijk wat dat voor hem zou betekenen – ook in termen van tijd en energie – en probeerde hem in eerste instantie daarvan af te houden.
 - Een manuscript dat bijna af is, helemaal herzien, vraagt nu eenmaal een enorme inspanning.

- Ik koos voor Ben voor de *pragmatische* lijn: doet dat nu *niet*. Zeg gewoon in je *voorwoord* tot waar je gekomen bent. En nieuwe bestuursrechtspraak verwerk je gewoon in de tweede druk.
 - Ik wilde hem de extra inspanning *besparen*.
- Maar Ben volgde mijn advies *niet* op. Hij hield – zeer terecht – vast aan zijn besluit de opzet van zijn boek te wijzigen en het zelfstandig schadebesluit daarin volledig te verwerken.
 - Het tekent het *doorzettingsvermogen* van Ben, zijn grote kwaliteiten en vooral zijn *inzicht* in de rechtsontwikkeling.
 - Ben had oog voor *detail* en ook voor de *grote lijn*. Hij kon die uitstekend met elkaar *combineren*, mede dankzij zijn enorme inzicht in het systeem van het recht als geheel.
- Want Ben had natuurlijk volkomen gelijk.
 - De uitspraak werd een half jaar later gevolgd door een nog duidelijker uitspraak die dezelfde kant opging – de *Van Vlodrop uitspraak* – waarmee het zelfstandig schadebesluit volledig werd erkend.
- Bens boek uit 1997 is dan ook jarenlang dé *leidende gids* geweest voor de aansprakelijkheid van de overheid voor beroep vatbare besluiten in de zin van de Awb.
- Het tekent ook Bens flexibiliteit. Want toen Ben het boekje bewerkte voor een *tweede druk* had hij het opnieuw zozeer omgegooid, dat het met een nieuwe titel – en dus eigenlijk als een zelfstandige eerste druk – verscheen (in 2005).
[Slide 4: 2^e Druk erbij]

Intermezzo: de bundel

- Het zal dan ook niemand verwonderen dat in de mooie *bundel* (van vandaag) een apart deel is gewijd aan de *overheidsaansprakelijkheid*.
- Daarin besteedt Jaap Polak aandacht aan de *voorzichtige* Ben en aan de *radicale* Ben.
 - En aan de *verschillen* tussen Bens opvattingen in zijn preadviezen (ook dat uit 2009 voor de Staatsrechtconferentie) en het zeer recente VAR-rapport ‘*Verbreiding van bestuursrechtspraak*’, dat onder Bens leiding tot stand is gekomen, maar waarvan hij de voltooiing zeer helaas niet meer heeft kunnen meemaken.

- Terwijl Ben in zijn preadviezen zich een voorstander voor *exclusieve* rechtsmacht van de bestuursrechter betoonde, heeft het VAR-rapport geen bezwaar tegen *overlappende* competenties met de burgerlijke rechter.
 - Ik *deel* de lezing van Jaap, dat de verklaring is gelegen in de *verschillende rollen* die Ben vervulde. In zijn preadviezen is de wetenschapper aan het woord die een *eindmodel* schetst. In het recente VAR-rapport klinkt de voorzitter door die veel ziet in een *groeimodel*.
 - o Ik kan daar uit eigen ervaring aan toevoegen – ter onderbouwing van waarom ik het zeer met Jaaps duiding eens ben – dat Ben en ik veel hebben gesproken over de keuze voor een eind- of groeimodel. Want Ben was net begonnen als voorzitter van de VAR, toen ik samen met Pim Huisman mijn VAR-preadvies verdedigde, dat tot titel had: ‘*Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel*’.
 - In het verlengde hiervan noem ik uit de bundel meteen de mooie bijdrage van Tijn Kortmann, ook op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Tijn betoogt – m.i. terecht – dat toerekening een alles-of-niets-instrument is: de onrechtmatigheid van het besluit wordt ofwel *volledig* of in het geheel *niet* aan het bestuursorgaan toegerekend. Maar het leerstuk van de *eigen schuld* (van art. 6:101 BW) dat ook door het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de fosfaatrechtspraak wordt toegepast, maakt een veel *genueanceerdere* benadering mogelijk.
 - o Tijn, net als jij weet ik zeker dat Ben heel *tevreden* met die genueanceerde lijn zou zijn geweest!
3. *2004 Ben is hoogleraar aan de UvA (boekbespreking)*
- We gaan weer een kleine 10 jaar verder. Het is 2004. Mijn derde blokje.
 - o Ben is al lang geen UD meer te Utrecht, maar inmiddels *hoogleraar bestuursrecht* aan de Universiteit van Amsterdam.
 - De problematiek van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht en zeker de betekenis van de overheidsaansprakelijkheid hebben hem niet losgelaten. Ben publiceert hier regelmatig over.
 - o Ik haal er één artikel uit, dat ik heel scherp vond, het is een *boekbespreking*.

- Ben recenseert de eerste druk van het net verschenen handboek 'Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht'.
 - o Hij schrijft die recensie in *Overheid & Aansprakelijkheid*, een tijdschrift waarvan hij in de redactie zit en één van de oprichters is. [Slide 5: O&A]
- Dat boek zou een mijlpaal in de juridische literatuur blijken te zijn, niet in de laatste plaats omdat de auteur regeringscommissaris *Michiel Scheltema* is, die – samen met zijn zoon Martijn – in dit boek uitwerking geeft aan zijn opvatting over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, op een wijze die – dat zal niet verwonderen – *aansluit* bij de benadering van die verhouding in de *Awb*.
- Wat ik zo bijzonder aan die bespreking vind – en typerend voor de *denkkracht* en *grote inzichten* van Ben – is dat hij in die bespreking heel precies laat zien wat *geldend* recht is (wat de inhoud van het positieve recht is) en wat nog *niet*.
 - o M.a.w. hij laat heel nauwgezet zien welke opvattingen van de auteurs *overeenstemmen* met het dan geldende recht, en welke wellicht *toekomstmuziek* zullen blijken, maar in elk geval géén weergave zijn van het geldende recht.
- Dat is *razendknop* en vergt een buitengewoon diepgaande kennis van de materie.
 - o Want vergis U niet. De auteurs trekken de grens tussen *geldend* recht en *wenselijk* recht bepaald niet scherp; en die is ook niet steeds evident.
- Ben trekt lijnen door. Hij laat, meer nog dan de auteurs zelf, zien wat de *positiefrechtelijke gevolgen* kunnen zijn van de dan nieuwe leer van de Scheltema's.
 - o Zo nemen deze auteurs *afstand* van de bekende formule van de *onaanvaardbare doorkruising* van de tweewegenleer wanneer deze door de civiele rechter wordt toegepast op rechtsfiguren die naar positieve recht gemengd of (mede) civielrechtelijk van aard zijn, maar volgens deze auteurs als louter publiekrechtelijk moeten worden aangemerkt.
 - o Denk bijvoorbeeld aan de figuur van de *bevoegdhedenovereenkomst*. Die wordt volgens de auteurs primair door regels van publiekrechtelijke herkomst beheerst. Zij achter het BW er *niet rechtstreeks* op van

toepassing, (maar een analoge toepassing waarbij de BW-regels worden gemodificeerd, sluiten zij niet uit).

- Wie het *recente* VAR-rapport over ‘*Verbreiding van bestuursrechtspraak*’ leest en ook het iets eerdere VAR-rapport ‘*Europa en het algemeen bestuursrecht*’, ziet dat [in beide rapporten] met de figuur van de *bevoegdhedenovereenkomst* nog steeds zeer wordt *geworsteld*.

4. 2012 Terug in Utrecht (commentaar op AA-artikel)

- We zijn weer een kleine 10 jaar verder en Ben is inmiddels terug in Utrecht, maar dan als hoogleraar omgevingsrecht.
 - Het vierde en laatste deeltje van deze voordracht.
- Om de *cirkel rond* te maken, sluit ik af met het commentaar dat Ben gaf op een *concept-artikel* van mijn hand. Een commentaar dat me altijd scherp is bijgebleven. Het gaat, hoe kan het ook anders, over de hedendaagse, moderne, kijk op de *verhouding tussen publiek- en privaatrecht*.
 - Het artikel was voor het tijdschrift *Ars Aequi* bestemd.
 - (Eerlijk gezegd, de eerste en enige keer dat ik na mijn studietijd nog wat in dat mooie tijdschrift heb gepubliceerd). [Slide 6: plaatje van AA 2012]
 - En zo *beginnen en eindigen* we hier met *Ars Aequi*.
- (Zeker in zo’n voor studenten geschreven artikel moet je keuzes maken.) Het trof mij zo dat Ben mij aanspoorde om met name het *vertrouwensbeginsel* te gebruiken als illustratie van een zeer algemeen rechtsbeginsel dat in publiek- en privaatrecht een *verschillende uitwerking* kan krijgen; en waarvan we ons dan uiteraard moeten afvragen in hoeverre die verschillen te rechtvaardigen zijn.
 - Dat advies heb ik toen meteen gevolgd. Ik kon ook aanknopen bij een toen net recent arrest van de Hoge Raad (het arrest *Etam/Zoetermeer*).
- Dat juist de werking van het vertrouwensbeginsel in het privaatrecht en het bestuursrecht *verschillend* kan zijn – en dat we ons moeten afvragen in hoeverre die verschillen *zinnig* zijn – blijkt ook mooi uit de prachtige bijdrage van Nikky van Triet & Michiel Tjepkema in de bundel.

- Zij wijden hun bijdrage aan de bekende 3^e *stap* van de toepassing van het vertrouwensbeginsel, op grond van de *Amsterdamse dakopbouw uitspraak*; de stap die betrekking heeft op de *belangenafweging* om te bepalen of de aan het bestuursorgaan toerekenbare toezegging moet worden nagekomen.
- Zij gaan daarbij ook in op de rechtspraak van de burgerlijke rechter – ik noem de bekende *Vitesse-arresten* – en constateren terecht dat de rechtspraak van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter niet, althans nog niet, parallel lopen. (Zij stellen zelfs een wijziging van de Awb voor om de bestuursrechter een prominentere rol te gaan geven.)
- Ik was *aangenaam verrast* te ontdekken dat zij – net als ik hier vanmiddag – beginnen met de bijdrage die Ben in 1987 in *Ars Aequi* schreef over het *vertrouwensbeginsel*.
- Nu ik weer eens - speciaal voor deze middag - zijn *oude werk* heb *herlezen*, besef ik meer dan ooit hoezeer zijn gedachtegang en redeneringen daarbij een *fundament* vonden in zijn eigen weg, die reeds in zijn *studententijd* was begonnen.
- Daarmee ben ik aan het *eind* gekomen van mijn bijdrage voor vanmiddag.
 - Ik denk dat het een *heel goed idee* is om “Voort te bouwen op het wetenschappelijke werk van Ben Schueler”.
 - Zoals de *ondertitel* van de aan te bieden bundel dan ook terecht luidt.
 - Alleen al omdat hij *zo ontzettend veel* heeft *aangereikt om op voort te bouwen*.
 - *Veel dank aan degenen* die daarvoor het *initiatief* hebben genomen.
 - *Zelf* kan ik alleen maar zeggen, dat het me blijft *aangrijpen* dat zo’n *goede vriend* – een vriend voor *binnen* en *buiten* de juridische kring – zo vroeg is heengegaan.
 - Dank u wel.