

Procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding

Rechtspersoon of bestuursorgaan?

NTB 2017/40

1. Inleiding

Een van de belangrijke onderscheidingen tussen publiekrecht en privaatrecht is gelegen in de benadering van het rechtssubjectiviteitsbegrip. Dit begrip bepaalt welke entiteiten drager kunnen zijn van rechten en verplichtingen. In het bestuursrecht is steeds het bestuursorgaan rechtssubject en niet de rechtspersoon waarvan het deel uitmaakt.² Bevoegdheden worden alleen toebedeeld aan bestuursorganen en zij worden in het bestuursrecht dan ook als rechtssubject gezien. De reden waarom bevoegdheden worden toebedeeld aan bestuursorganen en niet aan de rechtspersonen waartoe die bestuursorganen behoren, houdt verband met de democratisch rechtsstatelijke waarborgen die aan bevoegdheidstoedeling verbonden zijn. Die waarborgen hebben te maken met onder meer machtenscheiding, rechtszekerheid, kiesrecht, openbaarheid en het legaliteitsbeginsel.³ Het gaat hier om *externe* waarborgen. De entiteiten buiten de publiekrechtelijke rechtspersoon hebben er recht op dat de bevoegdheidsverdeling tussen bestuursorganen in acht wordt genomen.⁴ Dat naar bestuursrecht de bestuursorganen rechtssubject zijn, komt ook tot uitdrukking in het bestuursprocesrecht. In een geding bij de bestuursrechter is het betrokken bestuursorgaan procespartij.⁵ Wanneer het gaat om privaatrechtelijke rechtspersonen die zijn bekleed met openbaar gezag in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb, rijst de vraag of hier de private rechtspersoon zelf dan wel een orgaan daarvan (bijvoorbeeld: het bestuur) als bestuursorgaan wordt aangemerkt. Uit haar uitspraken van 17 september 2014,⁶ waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State haar publieke-taakjurisprudentie met betrekking tot het bestuursorgaanbegrip heeft verduide-

lijkt, blijkt dat de Afdeling, in navolging van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven,⁷ (impliciet) heeft gekozen voor de publiekrechtelijke benadering waarbij het orgaan van de private rechtspersoon als bestuursorgaan wordt gekwalificeerd.⁸ Dit orgaan is procespartij in een bestuursrechtelijk geding.

In het privaatrecht zijn alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject.⁹ Anders dan in het bestuursrecht hebben de waarborgen voor de bevoegdheidsverdeling tussen de organen binnen de privaatrechtelijke rechtspersoon primair een *intern* karakter.¹⁰ Besluiten van de organen van een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen worden aangemerkt als 'interne rechtshandelingen'. De besluitvorming is niet primair tot een wederpartij van de rechtspersoon gericht.¹¹ Dat in het privaatrecht alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject zijn, brengt voor de overheid mee dat naar privaatrecht alleen publiekrechtelijke rechtspersonen dragers van rechten en verplichtingen zijn en niet de tot hen behorende bestuursorganen.¹² De privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit weerklinkt ook in het burgerlijk procesrecht. Daar geldt als uitgangspunt dat de bevoegdheid om als partij in een burgerlijk geding op te treden in beginsel alleen toekomt aan natuurlijke personen en rechtspersonen. Voor de overheid betekent dit dat de bevoegdheid om als formele procespartij in een civiele procedure op te treden, anders dan in het bestuurs(proces)recht, niet is voorbehouden aan bestuursorganen, maar aan de rechtspersonen waarvan die bestuursorganen deel uitmaken.¹³ Dat geldt voor de overheid zowel in de hoedanigheid van verwerende als eisende partij.

1 N. Jak is senior professional support lawyer bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Tijn Kortmann is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en is tevens verbonden aan de Universiteit Utrecht en redacteur van NTB.

2 S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 43. Over de samenval van bestuursorgaan en rechtspersoon, zie voetnoot 8.

3 J.B.J.M. ten Berge & S.E. Zijlstra, 'De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (Handelingen NJV 130e jaargang/2000-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 80-81.

4 Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 80-81.

5 PG Awb I, p. 151 r.k. Het gaat hier om de situatie dat het bestuursorgaan verweerder is. Uiteraard kan een publiekrechtelijke rechtspersoon als belanghebbende partij zijn in een bestuursrechtelijke procedure, bijvoorbeeld bij subsidiebesluiten. Zie CBB 18 december 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD8477. Deze situatie valt buiten het onderwerp van dit artikel.

6 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (*Stichting Platform31*).

7 ECLI:NL:RVS:2014:2260, randnr. 3.2.

8 Zie daarover uitgebreid N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt. Over privaatrechtelijke rechtspersonen en het bestuursorgaanbegrip', *JBplus* 2015, p. 92-94. Het komt overigens wel voor dat uit de wet volgt dat de rechtspersoon bestuursorgaan is. Dit is het geval bij de APK-keuringsinstelling, die door de Dienst Wegverkeer is erkend als instelling die gerechtigd is keuringsrapporten af te geven. De erkenning kan op grond van art. 83 Wegenverkeerswet 1994 alleen aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon worden verleend. De APK-keuringsinstelling, de private rechtspersoon, is daarmee zelf met openbaar gezag bekleed en derhalve bestuursorgaan. Nu bestuursorgaan en rechtspersoon in dit voorbeeld samenvallen, speelt de door ons in dit artikel besproken problematiek niet. Wij laten deze situatie daarom buiten beschouwing. Zie nader over de samenval van bestuursorgaan en rechtspersoon J.A.F. Peters, *Commentaar op art. 1:1 Awb*, aant. 8 en 15, in de elektronische uitgave *VIND Bestuursrecht* (SDU, geactualiseerd juli 2017).

9 Voor natuurlijke personen volgt dit uit art. 1:1 lid 1 BW. Op grond van art. 2:5 BW staat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft gelijk met een natuurlijk persoon.

10 Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 80-81.

11 Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/291.

12 Art. 2:1 lid 3 BW in samenhang met art. 2:5 BW.

13 Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3653, *AB* 2015/349, m.nt. F.J. van Ommeren (*Eprom/Politie en Korpschef*).

Hoewel het op het eerste gezicht logisch, of zelfs onvermijdelijk lijkt procesbevoegdheid in een rechtsgebied te beperken tot de entiteiten die binnen dat rechtsgebied rechtssubjectiviteit kennen, zijn rechtssubjectiviteit en procesbevoegdheid niet onlosmakelijk aan elkaar gekoppeld. Drie situaties zijn te onderscheiden. Ten eerste kan de procesbevoegdheid bij een ander berusten dan het rechtssubject krachtens vertegenwoordiging. De ont koppeling is hier relatief, omdat de proceshandelingen aan het vertegenwoordigde rechtssubject (de ‘achterman’) worden toegerekend en deze achterman door de uitspraak van de rechter wordt gebonden. Ten tweede kan er sprake zijn van een rechtssubject dat nog niet of niet meer in staat is om aan een proces deel te nemen. Hierbij kan gedacht worden aan minderjarigen en onder curatele gestelden, maar ook aan de ongebornene, de overledene en de rechtspersoon in oprichting of in liquidatie. Ten derde kan het voorkomen dat er een procesbelang berust bij een entiteit die geen rechtssubject is en dat ook nooit is geweest, noch zal worden. Voorbeelden uit de praktijk zijn de vennootschap onder firma, de ondernemingsraad en het openbaar ministerie.¹⁴

In dit artikel staat de procesbevoegdheid van de overheid in een burgerlijk geding centraal. Op dit terrein houdt de Hoge Raad strikt de hand aan het uitgangspunt dat in het burgerlijk procesrecht alleen publiekrechtelijke rechtspersonen partij kunnen zijn.¹⁵ Wij bezien of de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor deze koppeling tussen procesbevoegdheid en rechtssubjectiviteit vandaag de dag¹⁶ nog wel kan worden volgehouden (§ 3). Het belang van deze vraag voor de ontwikkeling van de dogmatiek en het universitaire onderwijs behoeft geen toelichting.¹⁷ Het praktische belang ervan moet evenmin worden onderschat. Dat blijkt niet alleen uit het feit dat er met enige regelmaat over de procesbevoegdheid van bestuursorganen wordt geprocedeerd. Het uitgangspunt van de Hoge Raad kan ook tot onduidelijkheid leiden over de gevolgen van een uitspraak. Wie wordt gebonden door een uitspraak en hoe krijgt deze binding vorm als de uitspraak door of tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon ten uitvoer moet worden gelegd terwijl het bestuursorgaan de materiële procespartij is?¹⁸ Deze vraag raakt aan

het voor de praktijk belangrijke leerstuk van het gezag van gewijsde.

Op basis van onze bevindingen van paragraaf 3 bespreken wij bij welke bestuurshandelingen, waarover de burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen, bestuursorganen als procespartij zouden moeten worden aangemerkt in een burgerlijk geding (§ 4). Vooral voor niet-appellabele besluiten ten aanzien waarvan de burgerlijke rechter materieel bevoegd is, ligt het voor de hand om het bevoegde bestuursorgaan als procespartij te beschouwen. Het civiele geschil betreft immers de bevoegdheidsuitoefening van het bestuursorgaan. Ook kan gedacht worden aan publiekrechtelijke overeenkomsten, zoals bevoegdheidsovereenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten. Wij beogen in onze analyse geen volledigheid te betrachten, maar bespreken een aantal in het oog springende situaties waarin de procesbevoegdheid van het bestuursorgaan in het civiele geding zou moeten gelden. De vraag rijst vervolgens hoe dit te bewerkstelligen. Kan worden volstaan met een buitenwettelijke uitzondering in de jurisprudentie of is een wetwijziging de aangewezen weg? Die vraag komt aan de orde in paragraaf 5. Het artikel wordt in paragraaf 6 afgesloten met een conclusie. Voordat wij hieraan toekomen, zetten wij eerst het geldende recht over de procesbevoegdheid in een burgerlijk geding uiteen (§ 2).

2. Procesbevoegdheid in een burgerlijk geding

2.1 *Uitgangspunt: natuurlijke personen en rechtspersonen*

Het is, zoals gezegd, vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de bevoegdheid om als partij in een burgerlijk geding op te treden in beginsel alleen toekomt aan natuurlijke personen en rechtspersonen. Deze hoofdregel laat volgens de Hoge Raad evenwel ruimte voor uitzonderingen.¹⁹ In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen twee typen uitzonderingen, namelijk wettelijke (§ 2.2) en buitenwettelijke uitzonderingen (§ 2.3).²⁰ Soms neemt de burgerlijke rechter geen uitzondering aan, maar stapt hij over een eventuele procedurele ‘fout’ van één van de procespartijen heen. Deze deformaliserende houding van de burgerlijke rechter komt aan de orde in paragraaf 2.4.

2.2 *Wettelijke uitzonderingen*

Een wettelijke uitzondering kan onder meer aan de orde zijn wanneer de wet²¹ aan een orgaan, niet zijnde een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, procesbevoegdheid verleent. Een voorbeeld waarin de wetgever uitdrukkelijk procesbevoegdheid toekent aan een orgaan betreft art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990, waarin is bepaald dat de ontvanger in alle rechtsgedingen voortvloeiende uit de uitoefening

14 Zie voor een overzicht de conclusie van A-G De Bock voor HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2233, AB 2017/10, m.nt. N. Jak, randnr. 3.6 t/m 3.10, onder verwijzing naar A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 25-44.

15 Hij aanvaardt eigenlijk alleen expliciete wettelijke uitzonderingen. Zie hierna paragraaf 2.

16 Gelet op de ontwikkelingen in enerzijds de theorievorming en anderzijds de wetgevings- en rechtspraktijk, zoals de invoering van art. 1:1 lid 4 Awb.

17 Temeer omdat deze vraag in beschouwingen over de overheid in het burgerlijke proces vaak onbehandeld blijft. Zo hebben wij in de fraaie bundel van R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 in geen van de 43 bijdragen een beschouwing over de procesbevoegdheid van bestuursorganen aangetroffen.

18 B.J. Schueler signaleert dit als praktisch probleem op p. 194 van zijn ‘De onberekenbare overheid. Aansprakelijkheid bij bevoegdheidsovereenkomsten’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 183-199.

19 HR 25 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4696, NJ 1984/297, m.nt. W.H. Heemskerk; AB 1984/254, m.nt. F.H. van der Burg (*Van der Peijl/Minister van Onderwijs en Wetenschappen*), r.o. 3.4.

20 Knigge 1998, p. 27 e.v.

21 Of een verdrag.

van zijn taak als zodanig in rechte optreedt.²² De woorden ‘als zodanig’ in deze bepaling maken duidelijk dat het de wetgever erom te doen is de ontvanger zelf procesbevoegdheid toe te kennen en niet louter een procesvolmacht namens de Staat.²³

Uit de jurisprudentie volgt, samengevat, dat voor het aannemen van procesbevoegdheid onvoldoende is dat een wettelijke bepaling aan een orgaan de bevoegdheid toekent om bepaalde *rechtshandelingen* te verrichten²⁴ dan wel om een rechtspersoon te *vertegenwoordigen*.²⁵ Voorts kan de *wetsgeschiedenis* uitsluitsel geven over de vraag naar procesbevoegdheid wanneer niet geheel helder is of de wet al dan niet een uitzondering op de hoofdregel inhoudt. Zo is in art. 52a lid 4 Algemene wet inzake Rijksbelastingen (AWR) bepaald dat de inspecteur de mogelijkheid heeft om een procedure aanhangig te maken bij de burgerlijke rechter. In het arrest *KB-Lux* overweegt de Hoge Raad dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 52a lid 4 AWR niet blijkt dat de wetgever heeft beoogd om met die bepaling – in afwijking van de regel dat in beginsel alleen procesbevoegdheid toekomt aan natuurlijke personen en aan rechtspersonen – een exclusieve procesbevoegdheid van de inspecteur te scheppen.²⁶ Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de conclusie van A-G Wattel waaruit volgt dat blijkens de wetsgeschiedenis met art. 52a lid 4 AWR niet is bedoeld om een uitzondering te maken op de hoofdregel, maar slechts is beoogd zeker te stellen dat de inspecteur als procesvertegenwoordiger namens de Staat een vordering bij de civiele rechter aanhangig kan maken.²⁷ In dit verband wordt er wel op gewezen dat de wetgever de inspecteur, anders dan de ontvanger, geen procesbevoegdheid ‘als zodanig’ geeft.

22 Ook de *vennootschap onder firma* (v.o.f.) kan tot de wettelijke uitzonderingen worden gerekend. De v.o.f. heeft geen rechtspersoonlijkheid, maar op grond van art. 4 aanhef en onder 4 in samenhang met art. 5 lid 1 aanhef en onder 2 Rv (oud) – thans art. 51 Rv – wordt aangenomen dat de v.o.f. ‘als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden’. Zie HR 5 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB7103, NJ 1977/586, m.nt. W.H. Heemskerk (*Moret Gudde Brinkman*). Om zowel het vermogen van de vennootschap als het privévermogen van de vennoten te binden, is het aangewezen in het exploit zowel de vennootschap als de vennoten als partij te vermelden. Een eventuele titel kan dan ook ten laste van beide vermogens ten uitvoer worden gelegd. Voor de *maatschap*, die evenmin rechtspersoonlijkheid bezit, geldt evenwel geen wettelijke uitzondering. De maatschap heeft geen procesbevoegdheid. Wel kan in het exploit worden volstaan met vermelding van de naam van de maatschap indien door of aan de gezamenlijke maten exploit wordt gedaan. Zie het genoemde arrest *Moret Gudde Brinkman* en HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schepen Onderlinge Nederland U.A.*). Zie over de procesbevoegdheid van de v.o.f. en de maatschap verder A. Knigge & M. Zilinsky, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 45 Rv, aant. 9; art. 51 Rv, aant. 2.

23 Zie ook de conclusie van A-G De Bock van 8 juli 2016, ECLI:NL:PHR:2016:837, randnr. 3.9.

24 HR 24 juni 1966, ECLI:NL:HR:1966:AD7995, NJ 1966/406 (*Staat/Diepeveen*).

25 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3653, AB 2015/349, m.nt. F.J. van Ommen (*Eprom/Politie en Korpschef*).

26 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 5.1. Ook in HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2233, AB 2017/10, m.nt. N. Jak (*Vrebel/Staat*) betreft de Hoge Raad de wetsgeschiedenis bij zijn oordeel dat in dit geval de Minister van Economische Zaken geen procesbevoegdheid heeft.

27 Conclusie van A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2014:2347, randnr. 10.9 en 10.10.

2.3 Buitenwettelijke uitzonderingen

Wanneer niet is voorzien in een uitzondering op grond van de wet, kan van procesbevoegdheid sprake zijn op basis van een buitenwettelijke uitzondering. Een dergelijke uitzondering is volgens de Hoge Raad slechts op haar plaats wanneer het niet aannemen van procesbevoegdheid tot een ‘niet aanvaardbaar gebrek aan rechtsbescherming’ leidt. Zo heeft de Hoge Raad op deze grond aangenomen dat de medezeggenschapsraad van het Van Hall Instituut procesbevoegdheid heeft in een geschil met het bevoegd gezag van het Van Hall Instituut over de naleving van de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de medezeggenschapsraad.²⁸ In deze lijn is ook de ondernemingsraad door de rechter in buiten de wet²⁹ geregelde gevallen procesbevoegdheid toegekend.³⁰ Deze uitzondering kan uitkomst bieden in de situatie dat twee organen van dezelfde rechtspersoon tegenover elkaar komen te staan.

Voor het bestuursrecht kan deze benadering relevant zijn in het geval een geschil bestaat tussen twee bestuursorganen die deel uitmaken van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon. Zo is denkbaar dat het college van burgemeester en wethouders bij de burgerlijke rechter wil opkomen tegen de vaststelling van een algemene plaatselijke verordening door de gemeenteraad.³¹ In een al wat ouder vonnis van de president van de Rechtbank Den Haag van 26 januari 1989³² ging het om een geschil tussen de Dienstcommissie van de Raad van State enerzijds en de vice-president van de Raad van State anderzijds. Aanvankelijk werden eerst de vice-president en vervolgens de Raad van State gedagvaard. Uiteindelijk is als partij verschenen de Staat, vertegenwoordigd door de vice-president van de Raad van State. Voor wat betreft de dienstcommissie, die geen rechtspersoonlijkheid bezit, trekt de president een parallel met de eerder genoemde ondernemingsraad en oordeelt dat de dienstcommissie bevoegd is als partij op te treden. Zij moet

28 HR 3 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1163, NJ 1994/375 (*Staat/Medezeggenschapsraad Van Hall Instituut*), r.o. 3.3.

29 Zie art. 26 en art. 36 Wet op de ondernemingsraden.

30 Bijvoorbeeld Hof Arnhem 15 juli 2008, JAR 2008/314. Zie verder C. Nekeman & S.J. Schijff, ‘(Proces)bevoegdheden van de ondernemingsraad’, *ArbeidsRecht* 2010/5.

31 Bij de bestuursrechter is in het verleden wel aanvaard dat het college van burgemeester en wethouders kan opkomen tegen een besluit van de gemeenteraad. Zie ABRvS (vzr.) 1 december 1981, ECLI:NL:RVS:1981:AT0246, BR 1982, p. 439. Vermeldenswaard is ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:306, JG 2017/23, m.nt. T. Barkhuysen & A. Span over de vraag of het college van burgemeester en wethouders jegens de gemeenteraad handhavend kan optreden wegens het niet tijdig actualiseren van een bestemmingsplan. De Afdeling beantwoordt die vraag ontkennend. B&W is in dit geval niet bevoegd tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, aangezien de last feitelijk handelen betreft terwijl het actualiseren van het bestemmingsplan het nemen van een besluit inhoudt waartoe de raad exclusief bevoegd is. Onbeantwoord blijft evenwel de principiële vraag of twee organen van dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon handhavend jegens elkaar kunnen en mogen optreden. Art. 5:1 lid 3 Awb lijkt daaraan in de weg te staan omdat alleen door natuurlijke personen en rechtspersonen overtredingen kunnen worden begaan. Barkhuysen & Span doen de suggestie dat het college handhavend optreedt jegens de rechtspersoon gemeente, aan wie het handelen van de raad wordt toegerekend. De burgemeester komt hier evenwel in de knel, omdat deze zowel deel uitmaakt van het handhavende college als de rechtspersoon gemeente in en buiten rechte vertegenwoordigt (art. 171 Gemeentewet). De materiële overtreder, de gemeenteraad, staat rechtens buitenspel.

32 ECLI:NL:RBSGR:1989:AH2550, AB 1989/184, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

volgens de president namelijk bij de burgerlijke rechter kunnen opkomen tegen inbreuken op haar bevoegdheden. Nu zowel de dienstcommissie als de vice-president uiteindelijk onderdeel uitmaken van de Staat, was voorts denkbaar geweest dat niet de Staat maar de vice-president zelf als procespartij optrad. Als probleem van een procedure tussen twee bestuursorganen van dezelfde rechtspersoon wordt wel genoemd dat zo'n procedure en de rechterlijke uitspraak dwars door politieke verhoudingen heenlopen. Dat heeft volgens Scheltema & Scheltema geen grote bezwaren, omdat de rechter alleen op rechtmatigheid toetst. Daarnaast zou een dergelijke procedure minder zinvol kunnen zijn als het gaat om de financiële afwikkeling van de procedure. Ook dit kan volgens genoemde auteurs worden gerelativeerd omdat de inzet van de procedure tussen de beide bestuursorganen doorgaans geen vermogensrecht betreft.³³

2.4 Deformalisering

Soms neemt de burgerlijke rechter geen uitzondering aan op het uitgangspunt dat alleen natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid hebben, maar stapt hij over een eventuele procedurele 'fout' van één van de procespartijen heen. Te denken valt aan de situatie dat per abuis het bestuursorgaan wordt gedagvaard in plaats van de rechtspersoon waarvan het deel uitmaakt. Vermeldenswaard in dit verband is een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 9 november 2016.³⁴ In deze zaak had de eisende partij het college van burgemeester en wethouders gedagvaard in plaats van de betrokken gemeente als rechtspersoon. Dit leidt in dit geval niet tot niet-ontvankelijkheid. De gemeente is er namelijk van uitgegaan dat de dagvaarding voor haar was bestemd en zij heeft zich als procespartij gesteld. Gelet hierop en het feit dat het college van burgemeester en wethouders geen rechtspersoon is, is ook de rechtbank er van uitgegaan dat de gemeente in plaats van het college van burgemeester en wethouders als formele procespartij moet worden aangemerkt.³⁵ De dagvaarding van het bestuursorgaan wordt hier als het ware geconverteerd in dagvaarding van de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.³⁶ Na volledige inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en digitalisering

procesrecht,³⁷ waarbij de figuur van de dagvaarding verdwijnt, zou eenzelfde conversie kunnen plaatsvinden voor de procesinleiding (art. 30a Rv (nieuw)). Een dergelijke minder formalistische benadering past goed in de nog steeds voortdurende trend van deformalisering in het burgerlijk procesrecht.³⁸

3. Ratio uitgangspunt achterhaald

De vraag rijst wat de gedachte is achter het uitgangspunt dat alleen aan natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid toekomt. In het al wat oudere arrest *Van der Peijl/Minister van Onderwijs en Wetenschappen* heeft de Hoge Raad de ratio van het uitgangspunt uiteengezet.³⁹ Van der Peijl, leerkracht aan een bijzondere school en reeds enige tijd met ziekteverlof, wenst verlenging van dit (volledig betaalde) verlof. Dat is mogelijk als de Minister van Onderwijs en Wetenschappen zijn ziekte als beroepsziekte aanmerkt. Daarom vordert hij voor de burgerlijke rechter dat de minister het schoolbestuur te kennen geeft dat hij inderdaad aan een beroepsziekte lijdt. De Staat verschijnt in het geding en opent de conclusie van antwoord met de veronderstelling dat Van der Peijl wel bedoeld zal hebben de Staat te dagvaarden. Van der Peijl weersprekt dit echter, waarna een niet-ontvankelijkheid in twee instanties volgt. Zijn cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad vindt voor het uitgangspunt dat alleen aan natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid toekomt 'aanknopingspunten' in art. 5 lid 1 onder 1° en 2° Rv (oud). In dit artikel was bepaald aan welke eisen een exploit van dagvaarding moet voldoen. De dagvaarding moet onder meer behelzen de voornaam en de naam van de eiser en de naam van de gedaagde. Indien de eisende of verwerende partij een rechtspersoon of vennootschap is, zal 'deze hare benaming in de plaats van naam en voornaam moeten worden uitgedrukt'. In de literatuur wordt hieruit afgeleid dat art. 5 lid 1 onder 1° en 2° Rv (oud) uitdrukking geeft aan het beginsel dat alleen aan natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid toekomt.⁴⁰ Dit uitgangspunt komt thans tot uitdrukking in art. 45 lid 3 aanhef en onder b en d Rv in samenhang met art. 111 lid 2 Rv en straks, met de invoering van de Wet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, (ook) in art. 30a lid 3 aanhef en onder a en b Rv (nieuw). In de literatuur wordt het uitgangspunt dat alleen natuurlijke personen en rechtspersonen procesbevoegdheid hebben wel gezien als uitvloeisel van de eerder genoemde

33 Zie voor beide problemen M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 47.

34 ECLI:NL:RBMNE:2016:5847.

35 Zie ook HR 3 mei 1934, NJ 1934, p. 1549-1553, m.nt. E.M. Meijers, waarin de Hoge Raad aanvaardde dat het oproepen van een gemeente als partij mogelijk is door de burgemeester als vertegenwoordiger van de gemeente te dagvaarden. Zie ook de overwegingen van de regering in de wetsgeschiedenis van art. 1:1 lid 4 Awb. Zij schrijft dat wanneer 'onverhoopt het bestuursorgaan wordt gedagvaard, (...) deze dagvaarding zal dienen te gelden als gericht aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.' *Kamerstukken II 2003/04, 29702*, 3, p. 27.

36 Niet alle rechtbanken stellen zich zo soepel op. De Rechtbank Overijssel bestrafte het dagvaarden van het college van burgemeester en wethouders van Hellendoorn in een verjaringszaak met een niet-ontvankelijkheid. De stelling van eisers dat beoogd was de gemeente te dagvaarden, honoreerde zij niet. Rb. Overijssel 5 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2890 ("Snippergroen").

37 Wet van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 288. Vanaf 1 september 2017 loopt een pilot met verplicht digitaal procederen bij de Rechtbank Gelderland en Rechtbank Midden-Nederland in vorderingszaken met verplichte procesvertegenwoordiging (Besluit van 24 april 2017, *Stb.* 2017, 174). Bij de Hoge Raad wordt vanaf 1 maart 2017 in civiele vorderingszaken digitaal geprocedeerd (Wet van 13 juli 2016, *Stb.* 2016, 289; Besluit van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 16).

38 Zie daarover Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/1.2.3.

39 HR 25 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4696, NJ 1984/297, m.nt. W.H. Heemskerck; AB 1984/254, m.nt. F.H. van der Burg.

40 Zie met name R.P. Cleveringa, 'Formelee partijen', *RMThemis* 1939, p. 381-398, p. 509-524, *RMThemis* 1940, p. 3-45. In dezelfde zin A-G Franx in zijn conclusie bij het arrest *Van der Peijl/Minister van Onderwijs en Wetenschappen* (ECLI:NL:PHR:1983:AG4696).

privaatrechtelijke benadering van rechtssubjectiviteit, die inhoudt dat alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject, drager van rechten zijn.⁴¹ De motivering die de Hoge Raad voor genoemd uitgangspunt geeft in het arrest *Van der Peijl/Minister van Onderwijs en Wetenschappen* is echter minder dogmatisch van aard; zij wordt ingegeven door overwegingen van burgerlijk procesrecht. De rechtvaardiging voor het uitgangspunt is volgens de Hoge Raad erin gelegen dat bij een ander uitgangspunt – ‘in het bijzonder als zou worden aangenomen dat een ambtelijk orgaan als zodanig in een burgerlijk geding kan optreden’ – zich procesrechtelijke problemen kunnen voordoen. Zo zou (1) ‘onzeker kunnen zijn wie op grond van het aan een uitspraak toekomend gezag van gewijsde door de uitspraak zijn gebonden’; en (2) ‘jegens wie een uitspraak, bijvoorbeeld op het punt van de kostenveroordeling, zou kunnen worden geëxecuteerd’.⁴² Knigge duidt de motivering van de Hoge Raad als een functionele benadering van de vraag naar procesbevoegdheid.⁴³

De door de Hoge Raad genoemde procesrechtelijke problematiek kan vandaag de dag gerelativeerd worden. Sinds 2008 bepaalt art. 1:1 lid 4 Awb namelijk dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon treffen waartoe het bestuursorgaan behoort.⁴⁴ Voor het bestuurs(proces)recht betekent deze bepaling bijvoorbeeld dat wanneer een bestuursorgaan in een uitspraak van de bestuursrechter wordt veroordeeld in de kosten (art. 8:75 Awb) of tot schadevergoeding (art. 8:95 Awb), de vergoeding voor rekening komt van de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Een dergelijke uitspraak levert een executoriale titel op die met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) kan worden tenuitvoergelegd (art. 8:76 Awb). Niet valt in te zien waarom dit voor (een uitspraak van) de burgerlijke rechter anders zou zijn. Het is in het licht van art. 1:1 lid 4 Awb derhalve moeilijk vol te houden dat als een bestuursorgaan procespartij is, het onzeker kan zijn jegens wie de uitspraak op het punt van een kostenveroordeling kan worden geëxecuteerd.⁴⁵ Voorts is het ons niet aanstonds duidelijk waarom het gezag van gewijsde op losse schroeven komt te staan als een uitspraak wordt gewezen jegens een bestuursorgaan. Zoals Van der Burg in zijn korte annotatie terecht aangeeft, de opvatting van de Hoge Raad kan evenzeer (of: veeleer) tot procesrechtelijke problemen leiden.⁴⁶

41 Zie C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten (bew.), *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972, p. 103.

42 Deze twee procesrechtelijke voorbeelden worden ook al beschreven door R.P. Cleveringa, ‘Dagvaarding van ambtelijke organen’, *NJB* 1949, p. 287-288.

43 Knigge 1998, p. 25-27.

44 Zo ook G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Monografieën BW, nr. A26a), Deventer: Kluwer 2011, p. 94. Wij hebben de indruk dat art. 1:1 lid 4 Awb een rustig bezit is binnen het bestuursrecht en dat in rechtspraak en literatuur de werking van die bepaling geen problemen oplevert respectievelijk niet wordt geproblematiseerd. Een verklaring daarvoor is wellicht dat met de introductie van art. 1:1 lid 4 Awb slechts een wetstechnische vereenvoudiging van al geldend recht is beoogd. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 27, p. 71-72. Vergelijk ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:994, *JB* 2013/203, m.nt. Timmermans.

45 Zie ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 48.

46 *AB* 1984/254.

Het zou wellicht overtuigender zijn als de Hoge Raad aan de ratio van het uitgangspunt dat naar privaatrecht alleen aan publiekrechtelijke rechtspersonen procesbevoegdheid toekomt, een meer dogmatische inkleuring geeft. Het ligt daarbij voor de hand dat – in navolging van de literatuur – een verband wordt gelegd met de genoemde privaatrechtelijke benadering van rechtssubjectiviteit, waarbij alleen natuurlijke personen en rechtspersonen drager zijn van rechten en verplichtingen.⁴⁷ Een uitzondering op dat uitgangspunt zou de Hoge Raad dan alleen hoeven te aanvaarden als de effectieve rechtsbescherming in het geding is. Dat is immers het criterium dat de Hoge Raad ook toepast bij het aanvaarden van buitenwettelijke uitzonderingen in privaatrechtelijke verhoudingen. De Hoge Raad zou kunnen beargumenteren dat de verplichting om niet het bestuursorgaan, maar de publiekrechtelijke rechtspersoon in rechte te betrekken, geen onaanvaardbare beperking van de rechtsbescherming oplevert. De vraag is echter of de toepassing van louter dit criterium tot een overtuigend resultaat leidt. Ons inziens zijn er namelijk goede redenen om bestuursorganen, in bepaalde gevallen, als formele procespartijen te beschouwen in het civiele geding, ook als anders de rechtsbescherming niet onaanvaardbaar in het gedrag komt. Hierna wordt daarop dieper ingegaan.

4. Bestuursorgaan als procespartij

Om meteen maar kleur te bekennen, wij zijn van mening dat voor zover een publiekrechtelijke bevoegdheid in een burgerlijk geding voorwerp van geschil is, het bestuursorgaan partij behoort te zijn.⁴⁸ Anders dan het geval is voor privaatrechtelijke rechtspersonen, heeft de toedeling van bevoegdheden aan bestuursorganen externe werking. De ratio van deze externe werking noemden wij al in de inleiding: deze is gelegen in rechtsstatelijke waarborgen. Deze ratio geldt onafhankelijk van de vraag of er rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. Daarom is het volgens ons niet te verdedigen dat bestuursorganen bij de bestuursrechter wel maar bij de burgerlijke rechter niet als procespartij worden aangemerkt, als de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid door het bestuursorgaan in geschil is. Een praktisch argument voor onze opvatting is bovendien, dat het accepteren van het bestuursorgaan als formele procespartij de door de Hoge Raad aangeduide procesrechtelijke problemen juist kan wegnemen. Als de burgerlijke rechter moet oordelen over de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, dan scheidt het duidelijkheid als de uitspraak wordt gewezen ten aanzien van het bevoegde bestuursorgaan, en niet ten aanzien van de (niet bevoegde) publiekrechtelijke rechtspersoon. Zo kan er geen misverstand over bestaan welk (bestuurs)orgaan door de uitspraak

47 Zie A. Knigge & M. Zilinsky, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 45 Rv, aant. 9.

48 Zo ook W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht. Eerste deel*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1954, p. 176 e.v.; Scheltema & Scheltema 2013, p. 23, p. 45-48; Conclusie A-G Langemeijer bij HR 16 juni 1950, *NJ* 1951/653, m.nt. D.J. Veegens (*Haarlemmermeerse woonruimteverordening*).

is gebonden en welk (bestuurs)orgaan tot uitvoering van de uitspraak verplicht is.

Zoals bekend ligt de *proof of the pudding in the eating*. Daarom werken wij ons standpunt, zonder volledigheid te betrachten, hierna voor een aantal categorieën bestuurshandelingen uit.

4.1 **Niet-appellabele besluiten**

Een belangrijke categorie van bestuurshandelingen zijn de besluiten die van beroep bij de bestuursrechter zijn uitgezonderd (art. 8:3 Awb-art. 8:5 Awb) en waarover de burgerlijke rechter als restrechter oordeelt. Te denken valt aan algemeen verbindende voorschriften (art. 8:3 lid 1 aanhef en onder a Awb).⁴⁹ Door het bestuursorgaan voor de niet-appellabele besluiten als procespartij te beschouwen, kunnen ongelukkige constructies bij de burgerlijke rechter worden voorkomen. Ter illustratie kan gewezen worden op het arrest *Eilandgebied Curaçao/Servicio di Vigilancia Otrabanda N.V.*⁵⁰ Dit arrest gaat over het verzoek van een beveiligingsbedrijf aan de Gezaghebber van Curaçao om uitbreiding van de machtiging voor het voorhanden hebben van vuurwapens. De Gezaghebber heeft niet op dit verzoek beslist. Het beveiligingsbedrijf komt hier tegenop bij de burgerlijke rechter. Die is in dit geval de bevoegde rechter, aangezien bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen het (niet tijdig) beslissen op het verzoek om uitbreiding van de machtiging ontbreekt.⁵¹ De uitkomst van de procedure is dat de rechtspersoon het Eilandgebied Curaçao wordt bevolen om een beslissing te doen nemen op het verzoek. Daarmee wordt rechtens niet de beslissingsbevoegde Gezaghebber bereikt.⁵² Het zou consistent zijn in zo'n geval het bestuursorgaan als procespartij te beschouwen.⁵³

De vraag is wat er gebeurt wanneer het bestuursorgaan bij de burgerlijke rechter bijvoorbeeld tot schadevergoeding wordt veroordeeld. Voor dat geval bepaalt art. 1:1 lid 4 Awb dat de vergoeding voor rekening van de achterliggende rechtspersoon komt.

4.2 **Publiekrechtelijke feitelijke handelingen**

Eenzelfde probleem als geschetst bij de niet-appellabele besluiten, doet zich voor wanneer het publiekrechtelijk feitelijk handelen betreft. Te denken valt aan de onmiddellijke handhaving van de openbare orde door de burgemeester (art. 172 Gemeentewet). In een geding daarover bij de burgerlijke rechter is de publiekrechtelijke rechts-

persoon gemeente procespartij.⁵⁴ Ook hier geldt dat een eventueel bevel van de burgerlijke rechter aan de gemeente formeel niet de burgemeester raakt, terwijl het om zijn bevoegdheidsuitoefening gaat.⁵⁵ Nu wordt dat resultaat hier toch wel bereikt omdat de burgemeester als materiële partij optreedt en hij ook de gemeente in het burgerlijke geding vertegenwoordigt.⁵⁶ Over het algemeen zal het in de praktijk zo zijn dat het bevoegde bestuursorgaan materieel partij is en de civiele procedure begeleidt. Dat geeft eigenlijk al aan dat er weinig reden is om deze praktijk niet te formaliseren en het bestuursorgaan als procespartij te beschouwen.⁵⁷ Tegen deze achtergrond is interessant dat de burgerlijke rechter, in geschillen over feitelijk bestuurshandelen, soms toch het bevoegde bestuursorgaan als formele procespartij beschouwt. Dit gebeurt bijvoorbeeld in geschillen over de uitoefening door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) – thans de Autoriteit Consument en Markt (ACM) – van de toezichtsbevoegdheden op grond van hoofdstuk 5 van de Awb. Illustratief is een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 23 april 2013.⁵⁸ Het geschil in dit arrest betreft een verzoek van de NMa aan Difotrust om een overzicht van bepaalde gegevens te verstrekken en deze te bewaren.⁵⁹ Difotrust, die van mening is dat zij niet gehouden is het overzicht te verstrekken respectievelijk de gegevens te bewaren, vordert bij de burgerlijke rechter onder meer de NMa te gebieden het verzoek in te trekken. In dit geding is de Staat partij en niet de NMa. De NMa is namelijk een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid en in zulke situaties treedt de Staat op als achterliggende rechtspersoon. De vordering van Difotrust over het verstrekken van gegevens wordt afgewezen. Vervolgens gelast het hof de NMa het verzoek tot het bewaren van de gegevens in te trekken, doch uitsluitend voor zover die bewaring langer zou moeten duren dan zes maanden nadat het onderhavige arrest op dit onderdeel in kracht van gewijsde is gegaan. Het hof laat zich hier opmerkelijk genoeg niet weerhouden om zijn bevel tot het bevoegde bestuursorgaan, de NMa, te richten terwijl de Staat procespartij is.⁶⁰ Met andere woorden, het hof beschouwt de NMa, die materieel als partij optreedt, als formele procespartij. Los van de vraag of deze handelwijze naar geldend recht door de beugel kan, is deze handelwijze

49 In de doctrine is een debat gaande over de vraag of algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter appellabel moeten zijn. Zie de VAR-preadviezen 2017: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels in het bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.
 50 HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2325, NJ 1998/418, m.nt. J.B.J.M. ten Berge.
 51 Zie ook randnr. 1 van de noot van Ten Berge.
 52 Zie ook Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 20; Scheltema & Scheltema 2013, p. 46.
 53 Zo werd in HR 9 mei 1958, NJ 1960/475, m.nt. D.J. Veegens aanvaard dat de Commissaris van de Koningin in de Provincie Zuid-Holland werd gedagvaard. In kort geding werd geëist dat de beslissingsbevoegde Commissaris werd veroordeeld om een nieuw rijbewijs af te geven dan wel niet langer de afgifte daarvan te weigeren.

54 Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721.
 55 Dit vormt wellicht de verklaring waarom in het *Lucky Luyck arrest* (HR 21 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4526, AB 1983/159, m.nt. F.H. van der Burg) werd aanvaard dat de burgemeester werd gedagvaard. Inzet van de procedure was onder meer dat de burgemeester door de rechter zou worden bevolen de politie onverwijld opdracht te geven een einde te maken aan de bezetting van een pand. Zie C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het bevoegdhedenvraagstuk in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 145-146.
 56 Art. 171 Gemeentewet.
 57 Scheltema & Scheltema 2013, p. 46.
 58 ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041.
 59 Een inlichtingenvordering is geen besluit maar een feitelijke handeling waarover de burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen. Zie CbB 21 juli 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595, AB 1998/437, m.nt. J.H. van der Veen (*Bosque Teca Verde II*).
 60 Zie ook Rb. Den Haag (vzr.) 13 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH2647.

wel bevredigend, omdat het bevel van de rechter op deze manier het bevoegde bestuursorgaan treft.

Verder geldt ook hier dat een eventuele veroordeling tot schadevergoeding van het bestuursorgaan door de burgerlijke rechter voor rekening komt van de achterliggende rechtspersoon (art. 1:1 lid 4 Awb).

4.3 Publiekrechtelijke overeenkomsten

Een categorie van handelingen die bijzondere aandacht verdient, zijn de zogenaamde publiekrechtelijke overeenkomsten. Dit zijn overeenkomsten die verband houden met de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Er zijn enerzijds overeenkomsten die vooruitlopen op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (de bevoegdhedenovereenkomst) en anderzijds zijn er overeenkomsten die daaraan nadere uitvoering geven (de uitvoeringsovereenkomst).⁶¹ Ook hiervoor zou moeten gelden dat in een geding over deze overeenkomsten bij de burgerlijke rechter, het bestuursorgaan aan wiens bevoegdheid de overeenkomst accessoir is, procespartij is.

In een *bevoegdhedenovereenkomst* spreekt de overheid af hoe zij in de toekomst haar publiekrechtelijke bevoegdheden zal gebruiken. Naar positief recht wordt het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst als privaatrechtelijke rechtshandeling gezien.⁶² De Hoge Raad is er steeds van uitgegaan dat de publiekrechtelijke rechtspersoon contractspartij is.⁶³ De burgerlijke rechter is bevoegd over dergelijke overeenkomsten te oordelen, bijvoorbeeld over geschillen inzake de geldigheid en schadevergoeding wegens wanprestatie.⁶⁴ De publiekrechtelijke rechtspersoon is

in deze geschillen procespartij.⁶⁵ Het probleem hier is dat de contractspartij en de procesbevoegde partij – de rechtspersoon – enerzijds en de partij die materieel bevoegd is en uitvoering moet geven aan het contract – het bestuursorgaan – anderzijds uit elkaar gaan lopen. Het gaat vooral knellen wanneer het bestuursorgaan dat bestuursrechtelijk bevoegd is formeel geen rol toekomt bij de totstandkoming van de overeenkomst. Te denken valt aan de situatie waarin de gemeente contracteert over het herzien van een bestemmingsplan. Dit is een bevoegdheid die berust bij de gemeenteraad.⁶⁶ De overeenkomst wordt evenwel gesloten door de gemeente, waarbij het college van burgemeester en wethouders beslist tot het aangaan van de overeenkomst (art. 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet) en de burgemeester de gemeente vertegenwoordigt bij het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst (art. 171 Gemeentewet).⁶⁷ Evenals bij de procesbevoegdheid inzake niet-appelleerbare besluiten en publiekrechtelijke feitelijke handelingen rijst ook hier het probleem dat de achterliggende rechtspersoon geen zeggenschap heeft over de bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan. De uitspraak van de burgerlijke rechter raakt hier rechtens slechts de gemeente als rechtspersoon en niet de bevoegde gemeenteraad. Gelet hierop is het dan ook aangewezen om het bestuursorgaan wiens bevoegdheid object van de overeenkomst is als contractspartij⁶⁸ alsook als procespartij⁶⁹ bij de burgerlijke rechter te beschouwen. In dit licht is het belangwekkend dat de Hoge Raad in een recent arrest van 24 maart 2017⁷⁰ heeft overwogen dat '(e)en bevoegdhedenovereenkomst (...) een overeenkomst [is] waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden'.⁷¹ Deze overweging geeft aanknopingspunten voor de gedachte dat (ook) het bestuursorgaan volgens de Hoge Raad contractspartij kan zijn. Wanneer het bestuursorgaan contractspartij en procespartij zou zijn, dringt zich nog de vraag op voor wiens rekening de eventuele vermogensrechtelijke gevolgen van de overeenkomst zijn. Op grond van art. 1:1 lid 4 Awb worden die gevolgen toegerekend aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Wanneer het bestuursorgaan

61 P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidssovereïgenheidsrecht', in: S. Lierman e.a., *Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Bju 2015, p. 110 e.v.

62 P.J. Huisman, 'De rechterlijke competentieverdeling van geschillen over bevoegdhedenovereenkomsten', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 235 onder verwijzing naar HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, AB 1998/241, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Alkemade/Hornkamp*) en HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2848, AB 2003/354, m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen (*Nunspeet/Mulder*). Het arrest *Etam/Zoetermeer* (HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen) heeft daar volgens Huisman geen verandering in gebracht. Ofschon in dat arrest in rechtsoverweging 3.6.2 wordt overwogen dat een bevoegdhedenovereenkomst een gemengd privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk karakter heeft, volgt uit de daarop volgende rechtsoverwegingen dat de overeenkomst zelf privaatrechtelijk en de uitvoering daarvan publiekrechtelijk van aard is.

63 P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju 2012, p. 98 onder verwijzing naar HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:AN5655, AB 1998/241, m.nt. Th.G. Drupsteen (*Alkemade/Hornkamp*) en HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, AB 2004/233 (*Polyproject/Warmond II*). Zie ook HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Etam/Zoetermeer*).

64 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Etam/Zoetermeer*). Voor fiscale bevoegdhedenovereenkomsten is de rol van de burgerlijke rechter overigens veel beperkter. Zie recent HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1103 (*Rederij Volendam-Marken Express/Staat*).

65 Zie bijvoorbeeld HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2848, AB 2003/354, m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen (*Nunspeet/Mulder*); HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8443, AB 2004/233 (*Polyproject/Warmond II*). HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (*Etam/Zoetermeer*).

66 Art. 3.1 lid 2 Wet ruimtelijke ordening in samenhang met art. 1.1 lid 2 aanhef en onder b Wet ruimtelijke ordening.

67 Huisman 2012, p. 99.

68 Zie onder anderen Huisman 2012, p. 609-610, p. 644-645; Scheltema & Scheltema 2013, p. 44-45; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 715; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 247; F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 721.

69 Zo ook Sanderink & Timmermans in hun annotatie onder HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849, JB 2013/236.

70 ECLI:NL:HR:2017:483, AB 2017/339, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen; BR 2017/47, m.nt. E.W.J. de Groot.

71 R.o. 3.5.2.

door de burgerlijke rechter bijvoorbeeld wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens wanprestatie, komt deze schadevergoeding voor rekening van de achterliggende rechtspersoon.⁷²

Naast bevoegdheidsvereenkomsten zijn er ook overeenkomsten die uitvoering geven aan een publiekrechtelijke bevoegdheid, de zogenaamde *uitvoeringsovereenkomsten*. Een bekend voorbeeld is de overeenkomst ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening. Dikwijls wordt deze overeenkomst gesloten om te verzekeren dat de gesubsidieerde activiteit ook daadwerkelijk wordt uitgevoerd. In de overeenkomst kan worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend (art. 4:36 Awb). De burgerlijke rechter is bevoegd te oordelen over zo'n uitvoeringsovereenkomst.⁷³ Nu het bestuursorgaan beslissingsbevoegd is inzake de subsidiëring, ligt het voor de hand dat het ook als contractspartij wordt aangemerkt bij de uitvoeringsovereenkomst en niet de achterliggende publiekrechtelijke rechtspersoon.⁷⁴ Het bestuursorgaan zou in het verlengde hiervan dan ook bij de burgerlijke rechter een vordering tot nakoming moeten kunnen instellen. Daarnaast geldt ook hier dat eventuele vermogensrechtelijke gevolgen van de overeenkomst op grond van art. 1:1 lid 4 Awb worden toegerekend aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.

4.4 *Privaatrechtelijke overeenkomsten*

Een en ander ligt anders wanneer het object van het contract het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden inhoudt. In dat geval heeft te gelden dat de publiekrechtelijke rechtspersoon als civiele procespartij wordt aangemerkt. Toch is het nuttig om even bij deze figuur stil te staan. Zoals hierboven al even werd aangestipt, wordt het sluiten van een contract door de overheid voorafgegaan door een beslissing van een bestuursorgaan tot het aangaan van de overeenkomst (de zogenaamde *contracteerbeslissing*). Op gemeentelijk niveau wordt die beslissing genomen door het college van burgemeester en wethouders.⁷⁵ Dergelijke beslissingen zijn, voor zover zij als besluit zouden kunnen worden aangemerkt, op grond van art. 8:3 lid 2 Awb niet-appellabel bij de bestuursrechter. Nu het hier om een niet-appellabele beslissing gaat, dringt zich tegen de achtergrond van wat hiervoor in paragraaf 4.1 is opgemerkt wellicht de vraag op of deze contracteerbeslissing een ander licht doet schijnen op de procesbevoegdheid in een procedure bij de burgerlijke rechter. Wij beantwoorden die vraag negatief. De beslissing tot het aangaan van de overeenkomst heeft een louter *intern*

karakter⁷⁶ en is in die zin vergelijkbaar met een besluit van een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon.⁷⁷ Er is in dit verband geen reden om de overheidsrechtspersoon niet als procespartij aan te merken. Het gaat hier extern gezien namelijk om het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling, waartoe juridisch de overheidsrechtspersoon bevoegd is,⁷⁸ en niet om de (externe) uitoefening van een bestuursbevoegdheid door een bestuursorgaan. De contracteerbeslissing activeert de bevoegdheid van de burgemeester om namens de gemeente de overeenkomst te sluiten. Hierbij handelt de burgemeester niet als bestuursorgaan, maar als vertegenwoordiger van de gemeente als rechtspersoon (art. 171 Gemeentewet). Er is dan ook geen grond om de burgemeester als procespartij te beschouwen in plaats van de gemeente. Daarbij komt dat eventuele geschillen over de contracteerbeslissing en daarmee over de geldigheid van de privaatrechtelijke overeenkomst in de praktijk hoofdzakelijk worden beoordeeld aan de hand van de regels in het Burgerlijk Wetboek (BW) over vertegenwoordiging en volmacht.⁷⁹

4.5 *Invordering van bestuursrechtelijke geldschulden*

In de voorgaande paragrafen ging het voornamelijk om gedingen bij de burgerlijke rechter waarbij de publiekrechtelijke rechtspersoon als gedaagde partij optreedt, of (in ons voorstel) het bestuursorgaan als verwerende partij.⁸⁰ Die constellatie is vergelijkbaar met die van een geding bij de bestuursrechter en die gelijkenis was een van de argumenten voor onze opvatting.⁸¹ Een interessante categorie is daarom de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden. Op grond van art. 4:124 Awb kan deze invordering namelijk leiden tot twee typen geschillen, met de overheid als gedaagde respectievelijk als eisende partij. In beide typen geschillen is de burgerlijke rechter bevoegd. Brengt bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders een dwangbevel⁸² uit tot terugvordering van teveel betaalde bijstand, dan kan de burger dat aanvechten in een civielrecht-

72 Zie ook Huisman 2012, p. 609-610, p. 644-645.

73 Zie Cbb 18 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ7224, AB 2007/66, m.nt. I. Sewandono.

74 Vergelijk M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten. Een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 1999, p. 242-243.

75 Art. 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet. Binnen de provincie komt de bevoegdheid toe aan gedeputeerde staten ex art. 158 lid 1 aanhef en onder e Provinciewet en binnen het Rijk aan de minister die het aangaat (art. 32 lid 1 Comptabiliteitswet 2001 en per 1 januari 2018 art. 4.6 lid 1 Comptabiliteitswet 2016 (Wet van 22 maart 2017, Stb. 2017, 139)).

76 Zie over het interne respectievelijk externe karakter van de bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon in het privaatrecht respectievelijk het bestuursrecht reeds paragraaf 1 van deze bijdrage.

77 C.N.J. Kortmann, 'II. Niet alle besluiten zijn Awb-besluiten', *RMThemis* 2013, p. 257. Vergelijk ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 173, die betogen dat de Gemeentewet als de statuten van de rechtspersoon 'gemeente' kan worden gezien.

78 Art. 2:1 lid 3 BW in samenhang met art. 2:5 BW.

79 P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingen ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid', *JBplus* 2008, p. 162 e.v. en aldaar genoemde rechtspraak. Zie ook S.E. Zijlstra, 'Het lijkt wel of jullie van een andere planéet komen! Bevoegdheid tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen door privaatrechtelijke rechtspersonen en overheidslichamen vergeleken', in: C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken* (Van der Ploeg-bundel), Deventer: Kluwer 2012, p. 486 e.v.

80 Bij de publiekrechtelijke overeenkomsten kan de overheid ook als eisende partij optreden, maar in de gepubliceerde rechtspraak zijn daar maar weinig voorbeelden van.

81 Zie het begin van deze paragraaf 4.

82 Onder dwangbevel wordt krachtens art. 4:114 Awb verstaan een schriftelijk bevel van een bestuursorgaan dat ertoe strekt de betaling van een bestuursrechtelijke geldschuld af te dwingen. Een krachtens de wet (art. 4:115 Awb) uitgebracht dwangbevel levert een executoriale titel op, die met toepassing van de voorschriften van Rv kan worden ten uitvoer gelegd.

telijk executiegeschil.⁸³ B&W moet zich dan verweren. B&W kan de schuld ook innen door de burger rechtstreeks voor de burgerlijke rechter te dagen. Dan bekleedt de overheid de eisende positie.

Naar positief recht is in beide typen geschillen de publiekrechtelijke rechtspersoon de procespartij, ook al omschrijft de wet de geldschuld als een schuld van of aan het bestuursorgaan.⁸⁴ De vraag is of dit wenselijk is. Nemen wij weer de terugvordering van bijstand als voorbeeld. Leidt dit tot een executiegeschil tegen een door B&W op eigen titel uitgebracht dwangbevel dan is het logisch dat B&W, 'als zodanig' de auteur van het dwangbevel, als procespartij kan optreden. Die situatie is vergelijkbaar met de in paragraaf 4.1 besproken rechtsbescherming tegen niet-appellabele besluiten. De uitkomst van het executiegeschil is relevant voor B&W, dat de executie van het dwangbevel mogelijk moet staken, en niet zozeer voor de gemeente als rechtspersoon.⁸⁵ Als B&W echter op grond van art. 4:124 Awb besluit gebruik te maken van de bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft, namelijk het instellen van een incassogeding tegen de burger, is het dan ook logisch dat het college als procespartij optreedt? Naar ons oordeel is dat het geval. Bij de invoering van titel 4.4 Awb heeft de wetgever ervoor gekozen om het bestuursorgaan aan te wijzen als crediteur of debiteur van een bestuursrechtelijke geldschuld. Het bestuursorgaan is dat niet als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, maar 'als zodanig'. Daarmee heeft het een positie verkregen die vergelijkbaar is met die van de ontvanger uit de Invorderingswet 1990. Voor de ontvanger geldt dat hij zelfstandig in rechte kan optreden, terwijl de door hem geïncasseerde belastingen in de staatskas vloeien.⁸⁶ Lezen wij art. 4:85 lid 1 Awb in samenhang met art. 1:1 lid 4 Awb, dan zou dit hetzelfde resultaat moeten opleveren. B&W treedt zelfstandig in rechte op, terwijl de door hem geïncasseerde bijstandsgelden in de gemeentekas vloeien. Positief recht is dit, zoals gezegd, nog niet.

Opmerking verdient, dat het optreden van B&W als procespartij geen wijziging brengt in de huidige gemeentelijke bevoegdheidsverdeling. B&W is immers thans al op grond van art. 160 lid 1 aanhef en onder f Gemeentewet bevoegd om namens de gemeente te besluiten tot het voeren van rechtsgedingen.⁸⁷ Het optreden van het bestuursorgaan als procespartij brengt wel wijziging in die bevoegdheidsverdeling als de burgemeester de crediteur is van een bestuurs-

rechtelijke geldschuld.⁸⁸ Immers, een dwangbevel in de zin van art. 4:114 Awb kan de burgemeester naar positief recht uitvaardigen zonder medewerking van het college van burgemeester en wethouders, maar voor een civielrechtelijk incassogeding behoeft hij de medewerking van het college van burgemeester en wethouders. Dat volgt uit art. 160 lid 1 aanhef en onder f Gemeentewet, omdat naar positief recht dan de (rechtspersoon) gemeente als eiser optreedt.⁸⁹ Dit roept een vraag op. Waarom mag de burgemeester zich zelfstandig een executoriale titel verschaffen door middel van een dwangbevel, terwijl hij voor het verkrijgen van die titel via een incassogeding de medewerking van het college van burgemeester en wethouders nodig heeft? Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Hij lost zichzelf op als de burgerlijke rechter de burgemeester als procespartij accepteert.

5. Operationalisering en knelpunten

De vorige paragraaf heeft laten zien dat het voor belangrijke categorieën bestuurshandelingen mogelijk en wenselijk is om niet de publiekrechtelijke rechtspersoon maar het bestuursorgaan als procespartij in het civiele geding toe te laten. Dat roept de vraag op hoe dit inzicht tot positief recht kan worden. Volstaat een bijstelling van de lijn die is uitgezet in het arrest *Van der Peijl/Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, of ligt hier een taak voor de wetgever? In paragraaf 5.1 zullen wij beargumenteren dat een wetswijziging de meest aangewezen weg is en verkennen hoe deze wijziging vorm kan krijgen. Deze 'operationalisering' van ons standpunt vestigt *en passant* de aandacht op een tweetal knelpunten, die in paragraaf 4 al kort zijn aangestipt. Deze bespreken wij in paragraaf 5.2. In de slotparagraaf 6 maken wij de balans op.

5.1 De wetgever is aan zet

In paragraaf 2 is gebleken dat de Hoge Raad als uitgangspunt neemt dat alleen rechtssubjecten naar privaatrecht procesbevoegdheid voor de burgerlijke rechter hebben. Dit uitgangspunt is in het privaatrecht onomstreden. Voor bestuursorganen zal dus een uitzondering aanvaard moeten worden, als men deze procesbevoegdheid wil toekennen. De Hoge Raad heeft dat tot nu toe niet gewild. Wij hebben daar begrip voor. De Hoge Raad baseert zijn uitgangspunt op de tekst en het systeem van de wet en dan past een grote terughoudendheid bij het aannemen van buitenwettelijke uitzonderingen. De door de Hoge Raad wel aanvaarde uitzonderingsgrond (de noodzaak van effectieve rechtsbescherming) kan beschouwd worden als een toepassing van internationaal recht⁹⁰ dat doorbreking van het nationale

83 Op grond van art. 8:4 lid 1 aanhef en onder b Awb kan geen beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen een besluit inhoudende een dwangbevel.

84 Art. 4:85 lid 1 Awb definieert bestuursrechtelijke geldschulden als geldschulden die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt. Daaronder zijn mede te verstaan betalingsverplichtingen op grond van een buitenwettelijk appellabel besluit, zoals een zelfstandig schadebesluit.

85 In de optiek van titel 4.4 Awb is de gemeente immers geen crediteur.

86 Dit laatste staat niet expliciet in de Invorderingswet 1990, maar is wel af te leiden uit de verrekeningsbevoegdheid van art. 24 Invorderingswet 1990.

87 Hooguit zou als verschil genoemd kunnen worden dat de medewerking van de burgemeester ex art. 171 Gemeentewet niet meer nodig is als het college zelfstandig als procespartij optreedt. Zie over de bevoegdheid om te besluiten tot het voeren van rechtsgedingen P.E.M. Franssen, 'Procederen door publiekrechtelijke rechtspersonen en bestuursorganen. Wie is aan zet en wat komt erbij kijken?', *PB* 2017/34.

88 Bijvoorbeeld de inning van een dwangsom na een door de burgemeester opgelegde last, of het verhaal van kosten van een door de burgemeester uitgevoerde bestuursdwang.

89 Daarbij op grond van art. 171 Gemeentewet vertegenwoordigd door de burgemeester. Dit is van oudsher zo, zoals fraai wordt geïllustreerd door de kافت van de hiervoor genoemde bundel *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* waarop de aanhef van het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout* in facsimile is afgedrukt.

90 Art. 6 en art. 13 EVRM; art. 47 EU-Grondrechtenhandvest.

wettelijke systeem rechtvaardigt. Onze argumenten voor het toelaten van bestuursorganen in het burgerlijke proces zijn niet primair gelegen in een gebrek aan effectieve rechtsbescherming. Wij zijn dan ook van mening dat de Hoge Raad een punt heeft, als hij vasthoudt aan de onbevoegdheid van bestuursorganen in het burgerlijke proces zolang de wetgever geen tegengesteld signaal afgeeft.

In paragraaf 3 bleek dat de Hoge Raad voor zijn uitgangspunt ten aanzien van de proces(on)bevoegdheid van bestuursorganen aanknopingspunten vindt in de tekst van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Wijziging van deze tekst, opdat bestuursorganen procesbevoegdheid verkrijgen, bepleiten wij echter niet. Zoals gezegd, het uitgangspunt van de Hoge Raad staat in het privaatrecht niet ter discussie en dan is het juist goed dat voor dat uitgangspunt aanknopingspunten zijn te vinden in het wetboek.⁹¹ Wij concluderen dat de procesbevoegdheid van bestuursorganen een specifieke wettelijke basis heeft. Bij de vraag hoe zo een specifieke wettelijke bepaling eruit zou moeten zien, ligt het voor de hand te kijken naar de reeds bestaande wettelijke uitzonderingen. Met name de Invorderingswet 1990 is een goede inspiratiebron. Deze wet verleent immers in art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990⁹² procesbevoegdheid aan een door de minister aangewezen functionaris⁹³ die is belast met de invordering van rijksbelastingen,⁹⁴ een exclusieve bestuurstaak.⁹⁵ Een aan art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990 analoge bepaling zou luiden: 'In alle rechtsgedingen voortvloeiende uit de uitoefening van zijn taak treedt het bestuursorgaan als zodanig in rechte op.'

5.2 Knelpunten?

The proof of the pudding is in the eating, zo stelden wij al, en dat blijkt bij het formuleren van een concrete wetsbepaling. Want hoever strekt de taak van een bestuursorgaan? En wanneer gaat de taak van het bestuursorgaan over in de taak van de overheidsrechtspersoon? Is dat onderscheid eigenlijk wel goed te maken? Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

De dienst stedelijk beheer van de gemeente besluit dat een aantal kuilen in de weg gerepareerd moet worden. Het hoofd van de dienst contracteert namens de gemeente een aannemer om deze klus uit te voeren en stelt het college van burgemeester en wethouders voor een verkeersbesluit te nemen tot tijdelijke afsluiting van de weg ten behoeve van onderhoud. Het college beslist conform. De aannemer plaatst een hek om de weg fysiek af te sluiten. Een bewoner die 's nachts terugkeert van vakantie rijdt tegen dit hek zijn nieuwe Tesla *total loss*. De aannemer verweert zich, stellende dat de gemeente hem niet had opgedragen het hek

's nachts te verlichten. Als de gedupeerde bewoner de gemeente wil aanspreken, moet hij dan de rechtspersoon of het college van burgemeester en wethouders dagvaarden?⁹⁶ Het behoeft, denken wij, weinig toelichting dat voor beide keuzes goede argumenten zijn. Zonder uitpuittend te willen zijn: voor de gemeente als procespartij pleit dat het de rechtspersoon is die de aannemer heeft gecontracteerd en aansprakelijk is voor fouten in de opdrachtverstrekking. Voor het college als procespartij pleit dat het hek is geplaatst ter uitvoering van het verkeersbesluit. Vele andere voorbeelden zijn denkbaar. De conclusie ervan kan kort zijn: als de procesbevoegdheid van het bestuursorgaan wordt begrensd, bijvoorbeeld door het criterium 'in de uitoefening van zijn taak' ontstaan er grensgevallen die tot processuele complicaties kunnen leiden.⁹⁷ Het positieve recht is op dit punt zeker voor kritiek vatbaar, maar het heeft het praktische voordeel dat er minder twijfel is over de procesbevoegde entiteit: dit is nu steeds de overheidsrechtspersoon.

Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de grensvlakproblematiek die samenhangt met de interpretatie van het begrip 'taak' of 'publieke taak' vereenvoudigd kan worden door niet, zoals in art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990, de procesbevoegdheid van het bestuursorgaan te koppelen aan de uitoefening van zijn taak, maar aan de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid.⁹⁸ Voor de procesbevoegdheid van de ontvanger is een dergelijke beperking niet nodig gebleken, omdat de begrenzing van diens taak tot weinig discussie leidt.⁹⁹ Voor bestuursorganen van territoriale overheidslichamen ligt dat anders, zo bleek uit het voorbeeld van zojuist. Voor deze bestuursorganen zou de procesbevoegdheid aldus kunnen worden begrensd: 'In alle rechtsgedingen voortvloeiende uit de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid treedt het bestuursorgaan als zodanig in rechte op.' Dat ondervangt zeker niet elke discussie, maar gelet op het legaliteitsbeginsel zal het doorgaans eenvoudiger zijn om vast te stellen of een publiekrechtelijke bevoegdheid is uitgeoefend dan een (publieke) taak. Bovendien, zo bleek al in paragraaf 4, zijn de argumenten vóór procesbevoegdheid van bestuursorganen

91 Men zou zelfs kunnen betogen dat het goed zou zijn als Rv op dit punt wat explicieter wordt geredigeerd. De wetgever zou dan echter ook de thans aanvaarde buitenwettelijke uitzonderingen moeten codificeren. De flexibiliteit van het systeem neemt daarmee wel af.

92 Dit artikel lid luidt: 'In alle rechtsgedingen voortvloeiende uit de uitoefening van zijn taak treedt de ontvanger als zodanig in rechte op.' Deze bepaling passeerde in paragraaf 2.2 al kort de revue.

93 Art. 2 lid 1 Invorderingswet 1990.

94 Art. 3 lid 1 Invorderingswet 1990.

95 Vergelijk art. 104 Grondwet.

96 Het praktische antwoord is natuurlijk: allebei, maar de ervaring leert dat niet elke advocaat deze vuistregel voor de praktijk paraat heeft. Zie reeds de noot van Heemskerk onder het besproken arrest *Van der Peijl*.

97 Een vergelijkbaar probleem schept het criterium 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' van het nog niet in werking getreden art. 4:126 lid 1 Awb inzake nadeelcompensatie (Wet van 31 januari 2013, *Stb.* 2013, 50). In de literatuur loopt momenteel een discussie over de vraag of de bevoegdheid van de bestuursrechter moet worden uitgebreid naar (sommige) handelingen die geen besluit zijn, maar wel door bestuursorganen worden verricht in het kader van de uitoefening van hun publiekrechtelijke taken en/of bevoegdheden. Het sociaal domein wordt geopperd als proeftuin. Zie voor de stand van zaken B.J. van Ettehoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure?* (Handelingen NJV 147e jaargang/2017-I), Wolters Kluwer 2017, p. 151-154, p. 164-165, p. 171-174. Zie ook het advies van 30 mei 2017 over integrale geschilbeslechting in het sociaal domein van regeringscommissaris M. Scheltema, waarover een internetconsultatie heeft plaatsgevonden. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

98 Vergelijk het eerste criterium van art. 4:126 lid 1 Awb, besproken in de vorige voetnoot.

99 Art. 3 lid 1 Invorderingswet 1990 bepaalt: 'De ontvanger is belast met de invordering van de rijksbelastingen.'

met name gekoppeld aan de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.

Een ander punt ter overdenking is de wettelijke toedeling van de bevoegdheid om te besluiten over het voeren van rechtsgedingen. Wordt deze toedeling niet ondergraven als bestuursorganen zelf in rechte kunnen optreden? Dit punt kwam al kort aan de orde in paragraaf 4.5, bij de bespreking van de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden. De vraag rijst of het optreden in rechte van een gemeentelijk bestuursorgaan niet op gespannen voet staat met art. 160 lid 1 aanhef en onder f Gemeentewet, dat aan het college van burgemeester en wethouders opdraagt om te besluiten over het voeren van rechtsgedingen namens de gemeente, het college of de raad. De bepaling boet in aan helderheid als aan bestuursorganen een zelfstandige procesbevoegdheid wordt toegekend. Immers, dan is niet duidelijk meer of desondanks een procesbesluit van het college van burgemeester en wethouders nodig is. Ons inziens zal een wettelijke bepaling zoals genoemd aan het slot van paragraaf 5.1 dan ook niet zonder aanpassingswetgeving kunnen, in het bijzonder waar het betreft de organieke bepalingen omtrent de bevoegdheid tot het voeren van rechtsgedingen.

6. Conclusie

De koppeling tussen rechtssubjectiviteit en procesbevoegdheid, die Cleveringa in 1949 nog zo vanzelfsprekend vond, is geen wet van meden en perzen gebleken. De Hoge Raad heeft uitzonderingen op dit uitgangspunt aanvaard en ook de wetgever heeft in specifieke gevallen procesbevoegdheid toegekend aan andere entiteiten dan natuurlijke en rechtspersonen. De motivering van de Hoge Raad om bestuursorganen procesbevoegdheid te onthouden, is dan ook niet dogmatisch maar functioneel van aard. Uit het oogpunt van effectieve rechtsbescherming kan deze procesbevoegdheid worden gemist, terwijl er volgens de Hoge Raad procesrechtelijke problemen kunnen ontstaan ten aanzien van de binding en de tenuitvoerlegging van een uitspraak waarbij een bestuursorgaan partij is.

Deze motivering is anno 2017 achterhaald. Art. 1:1 lid 4 Awb ondervangt het bezwaar dat een bestuursorgaan geen drager is van vermogensrechtelijke rechten en plichten. De (vermogensrechtelijke) tenuitvoerlegging van een tegen een bestuursorgaan gewezen uitspraak is aldus geregeld. De binding van een uitspraak wordt juist duidelijker als bestuursorganen partij zijn: de uitspraak richt zich dan niet langer tot de overheidsrechtspersoon, die zelf niet bevoegd is tot bestuursrechtelijk (rechts)handelen, maar tot het bevoegde orgaan zelf.

De tijd lijkt dus rijp om de procesbevoegdheid die de ontvanger in fiscalibus heeft, uit te breiden tot bestuursorganen in algemene zin. Helemaal zonder bezwaren is dit overigens niet. Als de procesbevoegdheid van een bestuursorgaan wordt beperkt tot geschillen die de uitoefening van zijn taak betreffen, ontstaat er een nieuwe grenslijn, waarover discussie kan ontstaan. Een ontvankelijkheidsdiscussie, waarmee ons recht in het algemeen niet is gediend. Anderzijds moet de omvang van dit bezwaar worden gerelativeerd, nu

de bestuursrechter al flink wat piketpalen over deze materie heeft geslagen. Een alternatief is om de procesbevoegdheid van bestuursorganen niet aan de uitoefening van hun (publieke) taak maar aan hun publiekrechtelijke bevoegdheid te relateren. Dat creëert een nog wat scherper grenslijn.