

# ‘Rechtmatig tegenover den een, onrechtmatig tegenover den ander’

## Relativiteit in privaatrecht- en bestuursrecht

Mr. L. van den Berge\*

*De relativisering van rechtsnormen in privaatrecht- en bestuursrecht roept tal van theoretische vragen op die in de rechtsgeleerde literatuur tot nog toe sterk onderbelicht zijn gebleven. Vertegenwoordigen wettelijke normen en algemene juridische beginselen een zelfstandige, ten opzichte van het gewone maatschappelijk leven geabstraheerde waarde, of dienen zij steeds te worden gezien in het licht van de belangen en sociale verhoudingen waarop zij concreet betrekking hebben? Dient het bestuursrecht zich in ieder geval deels te blijven richten op de abstracte rechtshandhaving erga omnes, of zou het zich moeten omvormen tot een stelsel dat zich – niet anders dan het privaatrecht – in beginsel oriënteert op de vaststelling van rechtsposities inter partes? De introductie van de relativiteitsleer in het bestuursrecht is een belangrijk moment in de verschuiving van ‘toepassings-’ naar ‘belangenjurisdictie’ die voor de ontwikkeling van het huidige bestuursrecht kenmerkend is. Waar het ‘klassieke’ bestuursrecht zich in de eerste plaats richt op objectieve rechtshandhaving, concentreert het ‘moderne’ bestuursrecht zich veeleer op de vaststelling van de onderlinge rechtsposities van concrete partijen. Het privaatrecht maakte die ontwikkeling al eerder door; de opkomst van de privaatrechtelijke relativiteitsleer in het interbellum hangt er direct mee samen. De historische ontwikkeling van de privaatrechtelijke leer laat zien dat toepassing van de relativiteitsleer draait om een precieze balans tussen ‘klassieke’ en ‘moderne’ uitgangspunten die geen van beide veronachtzaamd dienen te worden. Voor het bestuursrecht geldt dat evenzeer als voor het privaatrecht. Desalniettemin is een bestuursrechtelijke relativiteitsleer nodig die zich niet zomaar spiegelt aan zijn privaatrechtelijke pendant, maar recht doet aan de eigen aard van bestuursrechtelijke verhoudingen.*

### 1. Inleiding

Toen Jan Wiarda – rechter in Amsterdam en vader van Gerard en Jan – op een vroege februariochtend in 1919 op de tram stond te wachten, kwam plots, naar men zegt, vanaf de overkant van de straat een onbekende voorbijganger op hem af, ‘holland en met armen zwaaiend’, dol van vreugde over het kort daarvoor gewezen arrest *Lindenbaum/Cohen*: ‘Mijnheer Wiarda, heeft u de krant al gelezen, het arrest van de Hoge Raad over de onrechtmatige daad (...)’.<sup>1</sup> Die anekdote – dat wil zeggen: het verhaal zelf alsmede het feit dat het vaak wordt verteld – is kenmerkend voor het brede enthousiasme waarmee *Lindenbaum/Cohen* al meteen werd ontvangen en zich vervolgens in de collectieve juridische herinnering verankerd heeft. Bedenkingen als zou het in het arrest geïntroduceerde zorgvuldigheidsbeginsel een ‘te uitgebreide, althans een te weinig omschrevene macht’ aan de rechter laten, leken al snel als sneeuw voor de zon verdwenen.<sup>2</sup> Na verloop van tijd vestigde zich het beeld van *Lindenbaum/Cohen* als belangrijke stap op weg naar de bevrijding van een star en achterhaald legisme en groeide het arrest uit tot een gekoesterd symbool van een dynamisch privaatrecht dat niet langer wordt begrepen als een ‘gesloten systeem’ dat berust op algemene wetsbevelen, maar als ‘open’ en ‘contextueel’ stelsel dat ten diepste wordt beheerst door ‘zorgvuldigheid’, ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘goede trouw’ als ‘intersubjectieve’, door ons ‘zedelijk bewustzijn’ gedragen beginselen die aan het geschreven recht voorafgaan en hun definitieve gestalte pas krijgen in het licht van concrete sociale verhoudingen.<sup>3</sup> Kortom: de klassieke oriëntatie van het private proces op het abstracte recht werd ingewisseld voor een contextueel begrip van burgerlijke rechtspraak als een activiteit die zich althans mede dient toe te spitsen op concrete omstandigheden en specifieke relaties.<sup>4</sup>

Voor een ‘intersubjectief’ en ‘contextueel’ publiekrecht bestond intussen beduidend minder enthousiasme. Waar

\* Mr. L. van den Berge is universitair docent aan de Erasmus School of Law, vakgroep Sociologie, Theorie en Methodologie van het Recht. Dit artikel bouwt voort op hoofdstuk 8 van zijn onlangs in Utrecht verdedigde proefschrift *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (Den Haag: Boom juridisch 2016). Hij dankt Jan van Dunné, Ben Schueler en Sanne Taekema en de redactie van *RMThemis* voor hun waardevolle opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel.

1. G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 9, onder verwijzing naar een college van Jan Wiarda ter gelegenheid van het vijftigjarig ‘jubileum’ van *Lindenbaum/Cohen* op 31 januari 1969.  
 2. N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, p. 68.  
 3. Anders dan vaak wordt verondersteld sloeg de Hoge Raad daarmee niet zozeer een nieuwe koers in, maar herstelde hij slechts een jurisprudentiële lijn die in de late negentiende en vroege twintigste eeuw was onderbroken. Zie o.a. G.E. van Maanen, ‘Een dubbel feestje? 50 jaar *Quint/Te Poel* en 90 jaar *Lindenbaum/Cohen*’, *NJB* 2009/185, afl. 4, p. 257-258.  
 4. Zie, onder veel meer, G.J. Wiarda, ‘De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder’, *WPNR* 1961, afl. 4701, p. 572-586; G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*,

het privaatrecht vanaf de vroege twintigste eeuw vrij algemeen werd opgevat als de 'emanatie van het rechtsbewustzijn', bleef het publiekrecht nog lang gelden als een artificiële verzameling van wetsbevelen. In de Nederlandse rechtsontwikkeling valt die visie niet los te zien van de 'gemene rechtsleer', die het privaatrecht begrijpt als het organisch tot stand gekomen, horizontaal georiënteerde 'gemene recht' en de verticale en op het abstracte algemeen belang gerichte orde van het publiekrecht als de kunstmatige uitzondering daarop.<sup>5</sup> In het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming vertaalt die visie zich onder meer in de van oudsher breed gedeelde opvatting dat het bestuursproces niet in de eerste plaats gericht dient te zijn op de beslechting van juridische geschillen *in concreto*, maar veeleer op de handhaving van de algemene publiekrechtelijke orde *in abstracto*. Als prominent 'geestelijk vader' van het Nederlandse bestuursrecht bepleitte J.A. Loeff bijvoorbeeld een stelsel dat waarborgt dat de bevelen van de democratische wetgever steeds stipt worden nageleefd.<sup>6</sup> Met ongrijpbare, moeilijk 'tot een systeem te verknedend' zaken als 'redelijkheid en billijkheid' en ongeschreven intersubjectieve zorgvuldigheidsnormen heeft het publiekrecht volgens hem niets te maken; de 'Staat als Rechtsstaat' zou slechts vereisen dat de bevelen van de wetgever door de overheid steeds worden gehandhaafd. Op grond daarvan pleit hij voor een stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming dat zich niet in de eerste plaats richt op 'een tusschen twee partijen loopend geschil', maar veeleer op de bescherming van de abstracte rechtsorde tegen onwetmatige bevoegdheidsuitoefening.<sup>7</sup> Daarbij ging Loeff aanvankelijk zelfs zo ver dat hij de oprichting van een 'O.M. in administratieve zaken' bepleitte dat ook tegen de zin van een belanghebbende een zaak op touw kan zetten; alleen op die manier zou het mogelijk zijn de rechtsorde zo veel mogelijk te zuiveren van onrechtmatigheden.<sup>8</sup>

Onder verwijzing naar de Franse doctrine spreekt men ter typering van het model van bestuursprocesrecht zoals dat werd voorgestaan door Loeff en anderen wel van het 'recours objectief', dat zich in ideaaltypische vorm uitsluitend oriënteert op de zuiverheid van de algemene rechtsorde. Van oudsher draagt het Nederlandse bestuursproces een uitgesproken 'objectief' karakter, waarbij algemene rechtshandhaving als het hoofddoel van bestuursrechtspraak geldt. In het 'klassieke' Nederlandse model van bestuursrechtspraak is van een 'partijenproces' wel-

beschouwd geen sprake; de rechtzoekende fungeert volgens de objectieve leer slechts als 'onbezoldigd rijksverklikker' in dienst van de 'rationeel-legale orde', zijn grieven richtend tegen 'erga omnes' genomen overheidsbesluiten waaraan mogelijk een onvolkomenheid kleeft.<sup>9</sup> Ook het verwerende bestuursorgaan en eventuele derden gelden naar de traditionele objectieve leer formeel slechts als 'betrokkenen', die evenzeer als andere rechtssubjecten zijn onderworpen aan de 'jegens allen' werkende publieke rechtsorde die 'aan ieder het zijne' toebedeelt. Pas in de laatste decennia is de nadruk steeds meer komen te liggen op de vaststelling van de onderlinge rechtsposities van rechtzoekende burgers en overheden als concrete partijen. In dit verband spreekt men van het 'recours subjectief', dat zich niet zozeer oriënteert op de zuiverheid van de abstracte rechtsorde, maar veeleer op de beoordeling van concrete rechtsaanspraken van burgers 'inter partes'.<sup>10</sup> Waar het traditionele objectieve besluitenprocesrecht gekenmerkt wordt door een 'systeemrationaliteit' die zich vooral richt op de rechtsorde in het algemeen, scheidt het gesubjectieerde model meer ruimte voor een 'communicatieve rationaliteit' die meer is toegesneden op de concrete sociale verhoudingen waarin de procespartijen verweekeld zijn.<sup>11</sup>

In de verschuiving van een overwegend 'objectief' naar een meer 'subjectief' model van bestuursrechtspraak markeert de introductie van het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste een belangrijk moment. In het burgerlijke recht is de relativiteitseis van kracht sinds de Hoge Raad in 1928 in *De Marchant et d'Ansembourg* bepaalde dat een succesvol beroep op een wettelijke norm in een schadeprocedure slechts mogelijk is wanneer die norm ertoe strekt de gelaedeerde voor de geleden schade te behoeden.<sup>12</sup> Op die manier wordt in die uitspraak het principiële uitgangspunt onderschreven dat wettelijke normen niet *in abstracto* gelden, maar steeds moeten worden gezien in het licht van concrete belangen en sociale verhoudingen. Rond de millenniumwisseling ontstond het idee een dergelijke eis ook in het bestuursrecht te introduceren. Dat idee berustte aanvankelijk vooral op de pragmatische overweging dat een bestuursrechtelijke relativiteitseis zou kunnen leiden tot een 'slagvaardiger bestuursprocesrecht', waarin de volgens sommigen overdreven mate waarin 'vanuit individuele of deelbelangen, reëel of vermeend' belemmeringen kunnen worden opgeworpen tegen de doorgang van economisch belang-

Deventer: Kluwer 1986, p. 57 e.v.; J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

5. Vgl. o.a. R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992 (hierna: Foqué 1992), p. 24; J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks, deel 100), Alphen aan den Rijn: Samsom 1989, p. 145 e.v.

6. J.A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1887 (hierna: Loeff 1887), p. 78.

7. Loeff 1887, p. 67.

8. Loeff 1887, p. 138-139; *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 64 e.v. (MvT). Zie over de opvattingen van Loeff verder o.a. L. van den Berge, "Der Staat soll Rechtsstaat seyn". Loeff, Struycken en de Duitse staatsfilosofie', *RMThemis* 2014, afl. 2, p. 80-88.

9. Vgl. N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 136.

10. J. Vincent, *La justice et ses institutions*, Parijs: Dalloz 1982, p. 747: 'On constate en effet que la matière contentieuse se développe autour de deux pôles distincts. Tantôt l'action tend à assurer le respect de la légalité abstraite, tantôt elle vise la protection des droits individuels des particuliers. (...) On parle dans le premier cas de contentieux objectif; (...) dans le second cas, le contentieux est dit subjectif parce qu'il concerne des prérogatives personnelles du sujet de droit, l'individu.'

11. Zie voor het begrip 'communicatieve rationaliteit' o.a. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981, p. 30; vgl. ook A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2011, p. 24-25.

12. HR 25 mei 1928, NJ 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*).

rijke projecten voortaan beperkt zou kunnen worden.<sup>13</sup> Aldus riep de introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitseis veel woedende reacties op, waarbij sommigen teruggrepen op de 'klassieke' gedachte dat burgers onder alle omstandigheden het recht hebben gevrijwaard te blijven van de gevolgen van juridisch 'onvolkomen' overheidsbesluiten. Bovendien beriepen velen zich op allerlei praktische bezwaren tegen de relativiteitsleer. Als nadelige consequentie van bestuursrechtelijke relativiteit werd daarbij veelal gewaarschuwd voor een beklemmende rechtsonzekerheid die niet alleen zou leiden tot allerlei langgerekte juridische procedures, maar ook het vertrouwen van burgers in een rechtmatig opererende overheid zou ondergraven en op die manier een verlamdend effect zou kunnen hebben op het maatschappelijke leven.<sup>14</sup> Inmiddels maakt de relativiteitseis enkele jaren deel uit van het Nederlandse bestuursrecht en is gebleken dat de versnelling van de besluitvorming en de winst aan slagvaardigheid die de wetgever aanvankelijk beoogde niet of nauwelijks is uitgekomen.<sup>15</sup> Anderzijds lijken ook de door sommigen hevig gevreesde negatieve gevolgen van de bestuursrechtelijke relativiteitseis erg mee te vallen. Zo lijkt zich in de jurisprudentie een 'bestuursrechtelijke relativiteitsleer' te hebben gevormd – met de 'correctie-Widdershoven' als jongste ontwikkeling – die zich met een zekere mate van evidentie laat toepassen en in ieder geval nog niet tot massaal gebroken vertrouwen of grootschalige rechtsonzekerheid heeft geleid.<sup>16</sup> 'Noch de hoop, noch de vrees' die de introductie van de eis begeleidde lijkt derhalve bewaarheid.<sup>17</sup> Dat betekent echter niet dat we de discussie over bestuursrechtelijke relativiteit nu achter ons kunnen laten. Sterk onderbelicht is tot nog toe dat de invoering van de relativiteitseis een nogal fundamentele 'contextuele' en 'relationele' wending behelst die vooral ook allerlei theoretische vragen oproept.<sup>18</sup> Vertegenwoordigen wettelijke normen en juridische beginselen een *zelfstandige*, ten opzichte van het gewone maatschappelijk leven enigszins geabstraheerde waarde, of dienen zij steeds volledig te worden gezien in het licht van de concrete belangen en sociale verhoudingen waarop zij betrekking hebben? Dient het bestuursrecht zich in ieder geval deels te blijven richten op de abstracte rechtshandhaving *erga omnes*, of zou het zich moeten omvormen tot een stelsel dat zich in beginsel oriënteert op de vaststelling van rechtsposities *inter partes*? Kan wat *onrechtmatig* is jegens de een ooit met recht voor *recht-*

*matig* worden gehouden jegens een ander? En, zo ja: dient in dit verband onderscheid te worden gemaakt tussen *privaatrechtelijke* verhoudingen enerzijds en *publiekrechtelijke* anderzijds? Dient het bestuursrecht ten opzichte van het privaatrecht een 'eigen' relativiteitsleer te ontwikkelen, of juist niet? En, zo ja: hoe zou die leer er dan uit moeten zien?

## 2. 'Autonoom' en 'relationeel' recht

Het klassieke, sterk op abstracte rechtshandhaving gerichte Nederlandse bestuursrecht valt te beschouwen als een verschijningsvorm van wat Nonet en Selznick wel hebben aangeduid als 'autonomous law'.<sup>19</sup> In reactie op premoderne stelsels van 'repressive law' omarmt 'autonomous law' veelal de idee van het recht als de kunstmatige creatie van vrije individuen. Als zodanig hangt de autonome rechtsopvatting eerder een procedurele dan een inhoudelijke rechtsopvatting aan. Zij gaat uit van een strikte scheiding tussen *recht* en *beleid*, corresponderend met een scherpe grenslijn tussen rechterlijke taken enerzijds en die van de wetgever en het bestuur anderzijds. Ter vestiging van zijn legitimiteit vertelt het autonome recht vaak het retorische 'verhaal' van vrije individuen die slechts zijn gebonden door de wetten die zij zichzelf omwille van hun onderlinge gelijke vrijheid hebben opgelegd.<sup>20</sup> De rol van de rechter blijft daarbij beperkt tot wetstoepassing, waarbij hij zich niet mengt in politieke conflicten en beleidsbeslissingen overlaat aan de democratisch gecontroleerde wetgever. Daarbij past het beeld van rechters als onafhankelijke, enigszins buitenmaatschappelijke 'men learned in the laws', 'passive dispensers of a received, impersonal justice'. In typische zin richt het autonome recht zich eerder op algemene regels en abstracte principes dan op concrete verhoudingen en specifieke omstandigheden. Met opzet abstraheert het daarbij van de gewone sociale werkelijkheid. Door een zekere afstand te bewaren van concrete verhoudingen en particuliere omstandigheden voorkomt het 'autonome recht' dat het zelf ten onder gaat in een maatschappelijke belangenstrijd en kan het zich aan eenieder presenteren als 'neutraal' en 'onpartijdig'.<sup>21</sup>

De idee van 'rule of law, not men' heeft ontegenzeggelijk grote verdiensten. Zij staat evenwel soms op gespannen voet met concrete maatschappelijke behoeften. Een al te grote nadruk op formele regels vermindert het aantal juridisch relevante feiten, zodat het 'systeem' van het recht

13. Van Kemenade e.a., *Bestuur in geding*, Haarlem: Provinciehuis 1997 (hierna: Van Kemenade e.a. 1997), p. 9.

14. Zie o.a. L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 (hierna: Wiggers-Rust 2011), p. 164-174 voor een uitgebreid overzicht van de in de discussie voorafgaand aan de invoering van de bestuursrechtelijke relativiteitseis door voor- en tegenstanders gedebiteerde argumenten.

15. A.T. Marseille, K.J. de Graaf & F. Jansen, 'Het bestuursprocesrecht van de Crisis- en herstelwet: sneller en relatiever?', *NJB* 2012/525, afl. 9, p. 582-589; A.T. Marseille e.a., 'De Crisis- en herstelwet. Veel ambitie, nauwelijks effect', *NJB* 2015/682, afl. 14 (hierna: Marseille e.a. 2015), p. 6-15; A.G.A. Nijmeijer e.a., *Evaluatie artikel 8:69a Awb en artikel 6:22 Awb. Een onderzoek naar het relativiteitsvereiste en het passeren van gebreken in de (rechts)praktijk* (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud Universiteit 2015 (hierna: Nijmeijer e.a. 2015), p. 70 e.v.

16. Vgl. o.a. reeds B.J. Schueler, 'Een relativiteitsleer in wording', *NTB* 2011/38, afl. 9, p. 265-271; zie ook Nijmeijer e.a. 2015, p. 71-72.

17. Marseille e.a. 2015, p. 6.

18. Vgl. o.a. J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 257.

19. Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2001 [1978] (hierna: Nonet & Selznick 2001), p. 53 e.v.

20. Vgl. o.a. W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 404 e.v.

21. Nonet & Selznick 2001, p. 56-60.

soms op gespannen voet komt te staan met de 'leefwereld' van gewone burgers waarop dat systeem betrekking heeft. Het resultaat is 'legalism', begrepen als een rechtsopvatting die primair geënt is op de zuiverheid van de rechtsorde *in abstracto* en niet op maatschappelijke omstandigheden *in concreto*. Dat maakt de autonome rechtsopvatting weinig praktisch van aard. Haar blik is immers in de eerste plaats gericht op de algemene 'rationeel-legale' orde en niet op hetgeen nodig of wenselijk is binnen concrete sociale verhoudingen.<sup>22</sup> In zijn eenzijdige gerichtheid op formele neutraliteit en onafhankelijkheid is het autonome recht verwant aan het Weberiaanse ethos van de moderne bureaucratie. Door sterk de nadruk te leggen op formele zuiverheid en de algemene handhaving van formele regels en beginselen is het 'autonome recht' bij uitstek in staat de uitoefening van overheidsmacht aan duidelijke banden te leggen. Daar staat evenwel tegenover dat het 'autonome recht' soms het risico loopt enigszins vervreemd te raken van de sociale werkelijkheid die het geacht wordt te reguleren. Een medicijn tegen dergelijke vervreemding, zo beschrijven Nonet en Selznick, werd uiteindelijk gevonden in een model van 'responsive law'. 'Responsief recht' houdt rekening met particuliere relaties en de bredere maatschappelijke context van het recht, maar vergeet daarbij niet zelfstandige waarde toe te kennen aan de autonome vrijheid van individuele rechtssubjecten en aan de formele normen en abstracte beginselen die daarop rechtstreeks zijn geënt.<sup>23</sup> Vanwege haar sterke oriëntatie op concrete en maatschappelijke *verhoudingen* zal deze rechtsopvatting in dit artikel verder worden aangeduid als 'relationeel recht'.<sup>24</sup>

### 3. Relativiteit als billijkheidsinstrument

In vergelijking tot het autonome model biedt de relationele rechtsopvatting de mogelijkheid het juridische blikveld aanzienlijk te verruimen. In het moderne Nederlandse privaatrecht is daarvan met name vanaf de vroege twintigste eeuw dankbaar gebruik gemaakt. *Lindenbaum/Cohen* is in dit verband natuurlijk een doorbraakarrest.<sup>25</sup> In het laatnegentiende-eeuwse, op grond van een 'autonome' logica vormgegeven model ging men ervan uit dat individuele rechtssubjecten slechts juridische plichten hebben voor zover die uit een voldoende specifieke algemene wetsbepaling voortvloeien. In het vernieuwde on-

rechtmatigedaadsrecht geldt daarentegen dat juridische plichten ook kunnen voortvloeien uit hetgeen de 'maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid' jegens anderen vereisen binnen concrete verhoudingen. In de literatuur wordt de privaatrechtelijke relativiteitseis vaak beschouwd als een noodzakelijk 'tegenwicht' tegen de in *Lindenbaum/Cohen* geïntroduceerde zorgvuldigheidsnorm. Met de verruiming van aansprakelijkheid die de zorgvuldigheidsnorm met zich bracht zou een relativiteitseis nodig zijn om deze verruiming controleerbaar te houden.<sup>26</sup> Meer recente ontwikkelingen in de privaatrechtelijke relativiteitsjurisprudentie (zoals de beruchte uitspraken van de Hoge Raad inzake *Dwbbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen*) en de plaats die de relativiteitseis heeft gekregen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek lijken de indruk van het relativiteitsinstrument als laatste grendel op de 'sluisdeuren van aansprakelijkheid' nog verder te hebben versterkt. Een zorgvuldige analyse van de relevante literatuur en jurisprudentie leert evenwel dat de relativiteitsleer in haar oorspronkelijke vorm met de wens tot indamming van aansprakelijkheid niets te maken heeft. In plaats daarvan kan 'relativiteitsleer oude stijl' beter worden begrepen als een principiële keuze voor de idee van onrechtmatigheid als een intersubjectief, onlosmakelijk aan concrete *verhoudingen* verbonden begrip ter vervanging van een zuiver absolute idee van onrechtmatigheid. In die zin is de relativiteitseis geen *correctie* op *Lindenbaum/Cohen*, maar ligt hij juist in het verlengde ervan.<sup>27</sup>

De ware aard van de oorspronkelijke relativiteitsleer komt onder meer naar voren in een vermaard artikel<sup>28</sup> waarin J. van Gelein Vitringa zich kwaad maakt over het arrest *Raalter weg* uit 1917, waarin de Hoge Raad van relativisering van rechtsnormen nog niets wilde weten en het klassieke standpunt volgde dat men aansprakelijk is voor onrechtmatig gedrag 'ter wille van hare gevolgen, en wel van alle hare gevolgen'. De laedens is niet slechts aansprakelijk voor 'eenige bepaalde gevolgen van de onrechtmatige daad', maar verplicht hem er meer in het algemeen toe 'alle nadeel door eene daad veroorzaakt weg te nemen'.<sup>29</sup> In de taal van het oude BW: elke onrechtmatige daad ('tout fait quelconque') waardoor een ander schade lijdt, levert aan de kant van een toerekenbare laedens de plicht

22. Nonet & Selznick 2001, p. 64-65.

23. Nonet & Selznick 2001, p. 74-75.

24. Vgl. o.a. J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1990; Foqué 1992; zie in meer filosofische zin ook J. Nedelsky, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

25. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

26. Zie o.a. G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992 (hierna: Lankhorst 1992); G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', in: L. van den Berge e.a. (red.), *Historische wortels van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014 (hierna: Van Maanen 2014), p. 138-140; A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015 (hierna: Hartkamp & Sieburgh 2015), nr. 129.

27. Zie ook A.J. Verheij, 'De Hoge Raad en de relativiteit. Voorstel voor een hanteerbare toets', *NTBR* 2014/12, afl. 3 (hierna: Verheij 2014), p. 96 e.v.; P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016 (hierna: Den Hollander 2016), p. 71-77. Vgl. in deze zin ook R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1949, p. 74: 'De relativiteitsleer is niets minder dan "de kern van de gehele onrechtmatigedaadsrecht leer, en theoretisch belangrijker dan de vernieuwing uit 1919, omdat zij in haar consequenties deze laatste in wezen in zich sluit".'

28. J. van Gelein Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *RM* 1919 (hierna: Van Gelein Vitringa 1919), p. 23-50.

29. W. Thorbecke, *Iets over de verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1867, p. 33-34, geciteerd via Lankhorst 1992, p. 14.

op die schade te vergoeden;<sup>30</sup> tussen onrechtmatigheid *in abstracto* en onrechtmatigheid *jegens bepaalde anderen* wordt daarbij geen onderscheid gemaakt. In *Raalteer weg* betoogde koperslager Slegten dat die absolute opvatting tot 'onaanmemelijke resultaten' kan leiden. Ter zake stond vast dat de wegversperring die Slegten ter hoogte van zijn koperslagerij had opgeworpen een overtreding inhield van artikel 427 lid 6 van het Wetboek van Strafrecht. Dat de afsluiting van de weg op zichzelf als onrechtmatig gold, was daarmee onomstreden. Maar diende die versperring ook te gelden als onrechtmatig *jegens* landbouwer Westenenk, die als gevolg van de werkzaamheden bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden af en toe moest omrijden en daardoor schade zou hebben geleden? Slegten redeneerde van niet; een juiste toepassing van het onrechtmatigedaadsrecht zou inhouden 'een recht op schadevergoeding alléén toe te kennen aan den benadeelde tegen wien op eenigerlei wijze de onrechtmatige daad was verricht'.<sup>31</sup> De Hoge Raad overwoog evenwel dat 'de onrechtmatige daad, waaruit de aansprakelijkheid ontstaat' in beginsel 'niet als tegen een bepaald persoon gericht kan worden beschouwd'. Op die manier bekrachtigde de Raad in *Raalteer weg* de leer van de 'absolute onrechtmatigheid', die van de verhouding tussen de geschonden norm en het geschade belang juist nadrukkelijk wenste te abstraheren. De *strekking* van een norm doet volgens die leer niet ter zake; zolang er sprake is van een causaal verband en toerekenbaarheid staat niets een plicht tot vergoeding van geleden schade in de weg.

Op dat absolute uitgangspunt uitte Van Geleijn Vitringa felle kritiek. De schending van *objectief recht* houdt volgens hem niet vanzelfsprekend ook een inbreuk op andermans *subjectiefrecht* in. Op zichzelf acht Van Geleijn Vitringa vergoeding door Slegten van Westenenks schade niet onbillijk. Wel verzet Van Geleijn Vitringa zich tegen de wijze waarop Slegten plicht tot schadevergoeding door de Hoge Raad wordt geconstrueerd. Onrechtmatigheid *jegens anderen* zou namelijk niet direct volgen uit de schending van een wettelijke norm *in abstracto*, maar zou los daarvan moeten worden geconstrueerd op grond van de zorgvuldigheid waaraan rechtssubjecten onderling zijn gebonden in het maatschappelijk verkeer. 'Een vordering tot schadevergoeding op zoodanig verwijt gegrond', verzucht Van Geleijn Vitringa echter in de vooravond van *Lindenbaum/Cohen*, 'past alleen in een ruimer opvatting ten aanzien van art. 1401 BW dan de rechtspraak van de Hoge Raad huldigt'.<sup>32</sup> Pas na de toetreding tot de Hoge Raad van Van Geleijn Vitringa zelf bleken de geesten rijp voor de aanvaarding van de relativiteitsleer.<sup>33</sup> Aanleiding voor die principiële keuze waren (uit-

eindelijk op niets uitlopende) staatsplannen tot gedeeltelijke onteigening van het landgoed van graaf De Marchant et d'Ansembourg. Ter compensatie van de waardedaling van zijn – tijdens de onteigeningsprocedure onverkooptbare – percelen sprak de graaf de staat aan op grond van de schending van een wettelijke norm die terinzagelegging van een onteigeningsbesluit vereist. Bij het hof liep dat streven spaak op een ingewikkelde redenering die voor aansprakelijkheid causaal verband vereist tussen het onrechtmatige element van de gedraging en de veroorzaakte schade. De Hoge Raad overwoog echter dat de wettelijke plicht tot terinzagelegging slechts de bedoeling had 'den eigenaar te beschermen tegen ongerechtvaardigde ontzetting uit zijn eigendom'; de overtreden wettelijke norm zou er niet toe strekken 'den eigenaar te beschermen tegen nadeelen, die mochten voortvloeien uit de aanwijzing van zijn goed ter onteigening'.<sup>34</sup>

Dat de Hoge Raad een recht op schadevergoeding aan de graaf ontzegde op grond van een *relativiteits-* en niet een *causaliteits*gebrek lijkt allesbehalve toevallig. In zijn arrest koos de Raad ervoor de Franse, vaak op het werk van de Franse jurist René Demogue teruggevoerde redenering van het hof – ook gevolgd door advocaat-generaal Besier – met kracht te verwerpen. Daarvoor bestaan goede gronden. De 'leer van Demogue-Besier' gaat uit van de hypothetische afsplitsing van het onrechtmatige element van een anderszins als rechtmatig te beschouwen gedraging en doet daardoor nogal gekunsteld aan.<sup>35</sup> Feit is evenwel dat in het Franse recht op grond van een dergelijke causaliteitsredenering al sinds jaar en dag resultaten worden geboekt die met de Duits-Nederlandse relativiteitsleer vergelijkbaar zijn.<sup>36</sup> In ieder geval was een rechtspolitieke keuze voor indamming van aansprakelijkheid bij de acceptatie van de relativiteitsgedachte op zichzelf niet van doorslaggevende betekenis; in plaats daarvan lijkt het erop dat de Hoge Raad met *De Marchant et d'Ansembourg* de fundamentele betrekkelijkheid van rechtsnormen erkent en een absolute onrechtmatigheidsleer inruilt voor een relatieve.<sup>37</sup> Dat Van Geleijn Vitringa als 'geestelijk vader' van de Nederlandse leer de relativering van rechtsnormen beschouwde als een op het specifieke geval toegesneden instrument van billijkheid en niet als macro-economische rem op ongebreidelde aansprakelijkheid blijkt eens te meer uit zijn klassieke artikel over *Raalteer weg* uit 1919. Met de Eerste Wereldoorlog nog fris in de herinnering betoogt hij dat '[e]en verbod, zeker weelderig artikel in te voeren' onder oorlogsomstandigheden stellig niet de bescherming beoogt van 'het belang van den koopman, die een groote voorraad daarvan binnenslands heeft'. Hoewel het smokkelverbod zijn voorraad in

30. Vgl. artikel 1382 Cc: 'Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.'

31. HR 30 maart 1917, *NJ* 1917, p. 502 (*Raalteer weg*).

32. Van Geleijn Vitringa 1919, p. 37.

33. Zie Van Maanen 2014, p. 140 voor het bewijs dat het eerste concept van *De Marchant et d'Ansembourg* op de typemachine van Van Geleijn Vitringa werd opgesteld, zodat er weinig twijfel meer kan bestaan over de sowieso al algemeen aanvaarde opvatting dat Van Geleijn Vitringa als de 'auctor intellectualis' van dat arrest moet worden beschouwd.

34. HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 (*De Marchant et d'Ansembourg*).

35. Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 143.

36. Vgl. P.W. den Hollander, 'Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatigedaadsrecht en de schending van wettelijke normen', *NTBR* 2011/47, afl. 7, p. 336 e.v.

37. Vgl. Den Hollander 2016, p. 33 e.v.; Verheij 2014.

waarde doet stijgen, dient hij toch geen verhaal te hebben op de smokkelaar die deze waardestijging ondergraaft.<sup>38</sup> Met andere woorden: de woekerende koopman profiteert eigenlijk al op onheuse wijze van goederenschaarste; het zou onbillijk zijn wanneer hij daarbovenop nog zou kunnen profiteren door de smokkelaar aan te spreken. De aanname in de literatuur dat het 'doel' van de relativiteitsleer oorspronkelijk reeds was gelegen in de indaming van aansprakelijkheid, berust naar het zich laat aanzien op een anachronistisch begrip van de totstandkoming van de leer. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek is gekozen voor de afzonderlijke codificatie van een relatief onrechtmatigheidsbegrip in artikel 6:162 lid 1 enerzijds (hij die *jegens een ander* een onrechtmatige daad pleegt) en een relativiteitseis ter inperking van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad anderzijds (artikel 6:163). Die dubbele codificatie roept natuurlijk de vraag op hoe de ene bepaling zich nu tot de andere verhoudt. Valt artikel 6:163 BW te zien als een nadere *uitwerking* van het relatieve onrechtmatigheidsbegrip van artikel 6:162 lid 1 BW? Of heeft de laatste bepaling ten opzichte van de eerste zelfstandige waarde? De meningen in dezen zijn verdeeld; waar, onder meer, Van Maanen in de beide bepalingen één geheel ziet,<sup>39</sup> benadrukken Hartkamp en Sieburgh juist de zelfstandige waarde van de artikelen.<sup>40</sup> Een recente analyse van deze kwestie door P.W. den Hollander laat zien dat de wetstekst, de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad ruimte laten aan beide opvattingen, zodat de verhouding tussen de artikelen naar positief recht vooralsnog niet vaststaat.<sup>41</sup> Desalniettemin is het in de literatuur gebruikelijk de relativiteitseis te beschrijven als een zelfstandige voorwaarde voor aansprakelijkheid en niet slechts als het logische gevolg van een relatieve onrechtmatigheidsopvatting.<sup>42</sup> Daarom is het niet verbazingwekkend dat de relativiteitsleer heden ten dage vooral wordt gezien als een grond tot beperking van aansprakelijkheid, terwijl de fundamentele notie van het relatieve onrechtmatigheidsbegrip enigszins op de achtergrond is geraakt. Waar de relativiteitsgedachte oorspronkelijk in het licht stond van een billijke vaststelling van aansprakelijkheid die recht doet aan concrete omstandigheden en sociale verhoudingen, verwierf de relativiteitseis in zijn moderne gedaante

steeds meer het imago van 'akademische voetzoeker',<sup>43</sup> 'speeltje van de Hoge Raad'<sup>44</sup> of 'hoge hoed'<sup>45</sup> die de rechter in staat stelt een ingewikkeld dogmatisch rookgordijn op te werpen en op die manier te verhullen dat hij er in feite voor terugdeinst de 'sluisdeuren van aansprakelijkheid' te openen.<sup>46</sup>

#### 4. Op zoek naar evenwicht

Anders dan heden ten dage vaak het geval is, stonden in het debat over relativiteit zoals dat volgde op de introductie ervan door de Hoge Raad juist de theoretische en principiële dimensies van de relativiteitsgedachte sterk op de voorgrond. In een kritische annotatie bij een relativiteitsarrest uit 1930 schrijft Meijers bijvoorbeeld dat de relativering van rechtsnormen betrekking heeft op een van de kernproblemen van de rechtsfilosofie. Van relativering van rechtsregels op grond van op de maatschappij betrokken *bedoelingen*, zo legt hij uit, kan volgens de klassieke, sterk op filosofen als Kant geënte traditie van deductieve rechtsvinding helemaal geen sprake zijn. Slechts wie meent dat het recht zich niet in de eerste plaats op abstracte normen, maar op concrete verhoudingen en belangen dient te richten, kan volgens hem accepteren dat rechtsgeboden geen 'absolute regels' zijn, maar slechts 'voorschriften tot bescherming van bepaalde personen'.<sup>47</sup> Met de relativering van voorheen als onwrikbaar beschouwde normen ontstaat volgens Meijers een riskante situatie. 'De Hoge Raad', schrijft hij kritisch, wenst 'het gij zult eens anders goed niet beschadigen' te vervangen door een 'gij zijt jegens den eigenaar, den vruchtgebruiker, den huurder (...) verplicht een zaak niet te beschadigen'.<sup>48</sup> Dat er 'rechtsregels zijn, die aanvaard worden, onverschillig of zij het een of andere belang dienen' zou worden ontkend.<sup>49</sup> In Meijers' ogen betekent de relativiteitsgedachte op die manier dat de idee van een 'geheimzinnig overwicht' van *rechten op belangen* wordt ingeleverd ten bate van een radicaal pragmatisme dat het belang met Jhering beschouwt als de 'Schöpfer des ganzen Rechts'.<sup>50</sup>

Aldus plaatst Meijers de discussie over relativiteit nadrukkelijk in het spanningsveld tussen 'autonome' *Begriffsjurisprudenz* enerzijds en 'radicaal-relatieve' *Interessen-*

38. Van Geleijn Vitranga 1919, p. 29-30.

39. G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', in: J. ten Kate (red.), *Miscellanea jurisconsulto vero dedicata*, Deventer: Kluwer 1997, p. 271-272; vgl. o.a. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 65.

40. Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 129; vgl. ook L. di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014 (hierna: Di Bella 2014), p. 123.

41. Den Hollander 2016, p. 40 e.v.

42. Zie o.a. Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 125 e.v.

43. J.M. van Dunné, 'Benckiser', *AA* 1990, afl. 7, p. 469-480; zie meer recent J.M. van Dunné, 'De bijdragen van een slapende gemeente, een hangmat, een souteneur en een subsidiejager aan een verkalkt leerstuk', *TGMA* 2016, afl. 1 over relativiteit als een 'verkalkt leerstuk'.

44. C.E. Drion, 'Op de grenzen van het recht', *NJB* 2007/1201, afl. 23, p. 1395.

45. G.E. van Maanen, noot bij HR 13 april 2007, *JA* 2007/93 (*Iraanse vluchtelingen*), punt 6.

46. I. Giesen, 'Aansprakelijkheid na de schietpartij in Alphen aan den Rijn: hoe onbegrijpelijk kan rechtspraak – en het relativiteitsvereiste – zijn?', *WPNR* 2015, afl. 7055, p. 277-279.

47. E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

48. E.M. Meijers, noot bij HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, p. 299 (*Brandstichting*).

49. E.M. Meijers, noot bij HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, p. 899 (*Holdisco*).

50. E.M. Meijers, noot bij HR 11 maart 1937, *NJ* 1937, p. 899 (*Holdisco*): '[Door de aanvaarding van de relativiteitsleer] heeft de Hoge Raad, – bewust of onbewust? – in een van de meest principiële vragen der rechtsphilosophie partij gekozen. Door bij iedere rechtsnorm een strekking aan te nemen om bepaalde personen en bepaalde belangen te beschermen heeft de Hoge Raad Jhering's stelling onderschreven: Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.'

*jurisprudenz* anderzijds.<sup>51</sup> In de late negentiende en de vroege twintigste eeuw heerste het beeld van rechtspraak als een logisch-deductieve activiteit, waarbij de subsumptie van een bepaald geval onder een abstracte norm vanzelfsprekend tot een bepaalde uitkomst leidt. Critici spraken in dat verband wel van 'Begriffsjurisprudenz' en stelden er 'Interessenjurisprudenz' als een op onderlinge belangenafweging geënt model tegenover. De idee van juridische relativiteit berust op een teleologische interpretatie van rechtsregels waarbij deze slechts hun definitieve betekenis krijgen in het licht van specifieke omstandigheden en onderlinge verhoudingen. Dergelijke interpretatiemethoden – waarbij wat 'onrechtmatig [is] tegenover den een' gehouden kan worden voor 'rechtmatig tegenover den ander'<sup>52</sup> – zijn in het 'autonome' positivisme van de klassieke 'Begriffsjurisprudenz' ondenkbaar. In een formalistisch georiënteerd jeugdwerk wijst niemand minder dan Savigny een dergelijke omgang met rechtsregels af als 'lächerlich'; het autonome subject dient wat hem betreft steeds te kunnen handelen in het gerechtvaardigde vertrouwen dat hij slechts juridische plichten heeft voor zover die op ondubbelzinnige en voldoende specifieke wijze door de wet zelf worden opgelegd. Een 'wahre Interpretation' van rechtsregels houdt zich in zijn ogen verre van achterliggende bedoelingen of rechs te beschermen belangen en beperkt zich tot de 'autonome', zo sterk mogelijk geobjectiveerde interpretatie 'von den Worten, vom Ausspruch des Gesetzes'.<sup>53</sup> De 'Interessenjurisprudenz' stelt daar het diametraal tegengestelde standpunt tegenover en stelt dat het 'keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, das ist einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt'.<sup>54</sup> Teleologische interpretatie van rechtsnormen is daarbij niet minder dan vanzelfsprekend. Wie met Jhering het doel beschouwt als schepper van het gehele recht laat immers de gedachte los dat rechtsregels ook *op zichzelf* een bepaalde waarde vertegenwoordigen en vindt een juridische toetssteen nog slechts in de onderlinge afweging van de belangen waarop rechtsregels betrekking hebben.<sup>55</sup>

Waar de bezwaren van Meijers goed te begrijpen zijn vanuit de 'autonome' traditie die voorschrijft dat rechtsregels een zelfstandige, in meer of mindere mate van de maatschappelijke werkelijkheid geabstraheerde waarde vertegenwoordigen, valt de kritiek van anderen eerder te situeren tegen de achtergrond van de in het interbellum sterk opkomende gedachte dat niet de regels op zichzelf, maar de door die regels beschermde belangen en de werking van die regels binnen concrete sociale verhoudingen in het recht centraal dienen te staan. De bezwaren van P.H. Smits tegen de relativiteitsleer zijn in dit verband illustratief. In scherp contrast tot Meijers betoogde Smits dat een zelfstandige positie van abstracte rechtsregels in het onrechtmatigedaadsrecht overbodig is. '[D]e aanspra-

kelijkheid van den wetsovertreder', schrijft Smits, dient niet af te hangen van de wetmatigheid van zijn gedrag *in abstracto*, maar slechts van het antwoord op de vraag 'of hij, onder de gegeven omstandigheden, met het oog op de voorzienbare gevolgen (rechtsinbreuk, schade voor anderen) deze wetsovertreding had moeten nalaten'.<sup>56</sup> Met andere woorden: de onrechtmatigheid van een handeling heeft met wetsovertreding welbeschouwd niets te maken; uiteindelijk is slechts doorslaggevend of een ongeschreven en meer fundamentele eis van intersubjectieve zorgvuldigheid al dan niet geschonden is. Op die manier beoogt de 'leer-Smits' de vervolmaking van een 'relationele wending' die met *Lindenbaum/Cohen* werd ingezet; waar de vernieuwing uit 1919 het zorgvuldigheidsbeginsel erkent als grondslag voor onrechtmatigheid *naast* onwetmatigheid en rechtsinbreuk, gaat de 'leer-Smits' uit van een fundamenteel intersubjectief onrechtmatigheidsbegrip dat voor abstracte onwetmatigheid en rechtsinbreuk geen zelfstandige dogmatische plaats inruimt. In een dergelijk gerelativeerd onrechtmatigedaadsrecht is de relativiteitsleer helemaal niet meer nodig. Door gedrag principieel te waarden aan de hand van de zorgvuldigheidstoets – op zichzelf reeds een 'relationeel' instrument – kunnen volgens Smits op eenvoudiger en dogmatisch zuiverder wijze de resultaten worden verkregen die door Van Geleijn Vitringa en anderen met behulp van de relativiteitsleer worden nagestreefd.<sup>57</sup>

Waar Meijers de relativiteitsleer aldus vanuit 'autonoom' perspectief bekritiseert, neemt Smits juist een zuiver 'relationeel' standpunt in dat de relativiteitsleer overbodig maakt. De befaamde 'correctie-Langemeijer' laat zich analyseren als een poging tussen het 'klassiek-autonome' perspectief van Meijers en het radicaal-relationale uitgangspunt van Smits een precaire balans te vinden. In zijn conclusie bij het geruchtmakende arrest *Tandartsen* – over een tandarts die onbevoegd de tandheelkunst uitoefende en door een nabij gevestigde tandarts werd aangesproken voor beweerdelijk geleden vermogensschade – betoogt Langemeijer dat 'het gesteld zijn van een regel' in het maatschappelijk leven dikwijls een belangrijke coördinerende functie heeft. Wie beschikt over een 'behoorlijk maatschappelijk gevoel' zal zich volgens hem doorgaans geroepen voelen aan die regels te gehoorzamen, erop vertrouwend dat zijn medeburgers dat ook zullen doen. Na een negatief uitgevallen relativiteitstoets verdwijnt de overschreden norm daarom niet geheel uit beeld; bij de beoordeling van de vraag of de laedens jegens de gelaedeerde een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden speelt de onwettigheid van zijn optreden wat Langemeijer betreft een zelfstandige rol. Daarbij vraagt Langemeijer aandacht voor wat heden ten dage wel als de 'coördinerende functie' van rechtsregels wordt aangeduid.<sup>58</sup> Deelnemers aan het maatschappelijk verkeer koesteren veelal de gerechtvaardigde verwachting dat

51. Zie in het bijzonder K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer 1983 (hierna: Larenz 1983), p. 13 e.v.

52. P. Scholten, noot bij HR 28 februari 1929, NJ 1929, p. 905 (*Intercueros*).

53. F.K. von Savigny, *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart: Köhler 1951 [1803], p. 40.

54. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig: Breitkopf 1923 [1877], p. viii.

55. Vgl. o.a. Larenz 1983, p. 48-49.

56. P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen', *WPNR* 1938, afl. 3586-3591, p. 491.

57. Zie verder o.a. Den Hollander 2016, p. 86-92.

58. Zie o.a. P.C. Westerman, 'Ruimte door regels', *AA* 2012, afl. 10, p. 720 e.v.

anderen zich aan geobjectiveerde regels houden; op die verwachting zullen zij volgens Langemeijer, 'uitgaande van berekeningen van economische en andere aard', over het algemeen hun handelen baseren. Wie kiest voor het beroep van tandarts zal bij die keuze bijvoorbeeld rekening houden met de 'economische betekenis van een lange, kostbare en bepaalde gaven eisende studie' enerzijds en anderzijds met 'de kans op inkomsten', die mede wordt bepaald door een wettelijk verbod op onbevoegde uitoefening van de tandheelkunst.<sup>59</sup>

In zijn arrest stemde de Hoge Raad met deze redenering van Langemeijer in. Op zichzelf strekt de ingeroepen wettelijke bepaling niet tot bescherming van het vermogensbelang van bevoegde tandartsen; in 'het gesteld zijn van die regel' ziet de Raad evenwel een zelfstandige aanwijzing voor de schending van een ongeschreven eis van zorgvuldigheid die inhoudt dat men zich in het maatschappelijk verkeer rekenschap dient te geven van elkaars aan de wet ontleende gerechtvaardigde verwachtingen. Daarmee neemt de Raad in navolging van Langemeijer een middenpositie in tussen *Begriffs-* en *Interessenjurisprudenz*. Wetten, zo redeneert Langemeijer, zijn niet alleen vaak een reflectie van maatschappelijke betamelijkheid, maar geven daaraan ook mede gestalte. 'Het wettelijke verbod', schrijft Langemeijer, 'is een factor, die van belang is voor de gevoelens, die inbreuk op dat verbod begeleiden bij hem die de inbreuk pleegt en bij anderen'. Met de *intrinsieke* normatieve waarde van geschreven rechtsregels hoeft dat niet per se iets te maken te hebben. Evenzo schrijft Fuller dat 'to interact meaningfully, men require a social setting in which the moves of the participating players will fall generally within some predictable pattern'.<sup>60</sup> Wie zich begeeft in het maatschappelijk verkeer moet zijn gedrag kunnen afstemmen op de gerechtvaardigde verwachting dat ook anderen hun gedragingen tot op zekere hoogte laten leiden door algemene, door de verkeersgenoten onderling gedeelde regels. In moderne samenlevingen spelen geschreven rechtsnormen bij de stabilisering van een dergelijk verwachtingspatroon vaak een belangrijke rol; in die zin vervullen zij een actieve rol in de ordening van het maatschappelijke verkeer.<sup>61</sup> Aan die actieve rol tracht de Hoge Raad in *Tandartsen* in navolging van Langemeijer voldoende recht te doen.

## 5. Overschatting van rechtsnormen?

Wat betekenen deze bespiegelingen over de ontwikkeling van de relativiteitsleer in het privaatrecht nu voor de plaats van relativisering van rechtsnormen in het steeds meer volgens 'relationele' beginselen vormgegeven bestuursrecht? Opvallend genoeg loopt de roep om bestuurs-

rechtelijke relativiteit zo goed als parallel aan de hernieuwde aandacht voor de privaatrechtelijke relativiteitsleer met arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen*, die de relativiteitsgedachte vooral in het teken lijken te stellen van de macro-economische belangen die gediend zijn met de beperking van overheidsaansprakelijkheid.<sup>62</sup>

Ook in de bestuursrechtelijke discussie over relativiteit – die al langer werd gevoerd, maar pas echt losbarstte met het verschijnen van het rapport van de commissie-Boukema in 2001 – stonden aanvankelijk mogelijke algemene effecten centraal.<sup>63</sup> Een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste deed in 2010 in een deel van het Nederlandse omgevingsrecht zijn intrede met de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet (Chw), waarmee het kabinet-Balkenende IV beoogde 'voorzieningen te treffen voor een versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten'; op die manier beoogde de wet 'bij te dragen aan de bestrijding van de [destijds heersende] economische crisis'.<sup>64</sup> Daarbij was de gedachte dat bestuursrechtelijke relativiteit zou kunnen bijdragen aan de bestrijding van de 'juridische risico's' die in de weg zouden staan aan de voortvarende uitvoering van enkele 'urgente projecten' met een aanzienlijke economische betekenis; daarnaast beoogt de nieuwe wet de 'economische structuur' van het bestuursrecht in het algemeen te versterken.<sup>65</sup> De memorie van toelichting bij de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab), op grond waarvan de relativiteitsleer inmiddels in het gehele algemene bestuursrecht van kracht is, onderschrijft dat oogmerk en stelt onder meer dat bestuursrechtelijke relativiteit 'past in het streven naar een slagvaardiger bestuursprocesrecht'.<sup>66</sup>

Het lijkt er aldus op dat de wetgever zich bij de invoering van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer sterk heeft laten leiden door de gaandeweg door het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste verkregen identiteit van rechtseconomische 'rem' op ongebreidelde aansprakelijkheid. Dat met de relativiteitsgedachte oorspronkelijk iets heel anders werd beoogd, lijkt grotendeels uit beeld verdwenen. Bovendien laat de opkomst van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer zich begrijpen tegen de achtergrond van de bevindingen van de werkgroep-Van Kemenade, die in 1997 een rapport uitbracht waarin zij onder andere een 'wanverhouding' veronderstelt tussen de rechtsbeschermende functie van het bestuursrecht enerzijds en de 'behartiging van het algemeen belang door het bestuur' anderzijds.<sup>67</sup> Mede als gevolg van een 'toename van vaak gedetailleerde regelgeving' zou onder de Awb een 'overdaad aan rechtsbescherming' zijn ontstaan die een ernstig

59. HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, p. 568 (concl. P-G Langemeijer; *Tandartsen*).

60. L.L. Fuller, 'Human Interaction and the Law', *American Journal of Jurisprudence* 1969, p. 2.

61. Vgl. o.a. H.S. Taekema, 'Private law as an open legal order. Understanding contract and tort as interactional law', *NJLP* 2014, afl. 2, p. 141.

62. HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*); HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*). Zie voor een kritische bespreking o.a. Di Bella 2014, p. 119 e.v.

63. Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 13 december 2001, beschikbaar via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

64. Crisis- en herstelwet, aanhef.

65. *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 3, p. 1-2.

66. *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 20. Desalniettemin speelden bij de totstandkoming van artikel 8:69a Awb ook meer principiële en rechtssystematische motieven een voorname rol. Zie verder o.a. Nijmeijer e.a. 2015, p. 11-19.

67. Van Kemenade e.a. 1997, p. 9.



gevaar zou vormen voor de slagkracht van het bestuur.<sup>68</sup> Aanvankelijk werd het rapport alom met hoon en kritiek overladen, maar uiteindelijk brak bij sommigen het inzicht door dat de werkgroep in al haar gebrekkigheid toch ook bepaalde 'autonome pathologieën' van het bestuursrecht had blootgelegd die zich niet blijvend laten negeren; met name de door Van Kemenade geconstateerde 'juridisering van het openbaar bestuur' verwierf in toenemende mate erkenning als knellend probleem.<sup>69</sup> Het ideaal van een 'absoluut rechtmatig' overheidsoptreden – waarbij burgers nooit de gevolgen zouden hoeven dulden van een 'juridisch onvolkomen besluit' – verloor op die manier terrein ten opzichte van een minder abstracte zienswijze die erop gericht is voortaan te voorkomen dat de rechtzoekende burger 'zand in de machine' kan gooien door op oneigenlijke wijze gebruik te maken van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De discussie over het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste richtte zich aldus al snel op de vraag of de relativiteitseis het bestuursrecht wèrkelijk efficiënter zou kunnen maken. Daarbij leek de oorspronkelijke relativiteitsgedachte zoals opgevat door Van Geleïn Vitringa en anderen – namelijk dat relativering van rechtsnormen een fundamentele 'relationele' wending inhoudt die het recht nog afgezien van allerlei maatschappelijke effecten vooral ook *rechtvaardiger* zou kunnen maken – sterk naar de achtergrond gedrongen. De discussie over relativiteit in het bestuursrecht werd niet altijd langs overwegend pragmatische en rechtseconomische lijnen gevoerd. In het strikt op de formele zuiverheid van de abstracte rechtsorde gerichte model van Loeff kon van relativiteit nog geen enkele sprake zijn; in het 'autonome' stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zoals hij dat voor zich zag hebben rechtssubjecten steeds het recht gevrijwaard te blijven van de gevolgen van onrechtmatige overheidshandelingen.<sup>70</sup> Een subjectiever model werd daarentegen aangehangen door M.W. Scheltema, die in zijn proefschrift uit 1908 uitvoerig betoogt dat het wezenlijke kenmerk van rechtspraak niet schuilt in de handhaving van het objectieve recht, maar in de juridische duiding van een bepaalde verhouding tussen verschillende rechtssubjecten; het administratieve recht is daarop in zijn ogen geen uitzondering. In weerwil van dat objectieve model stond Scheltema een stelsel voor waarin de kring van belanghebbenden wordt beperkt tot degenen op wier belang een in het geding zijnde rechtsregel betrekking heeft.<sup>71</sup> Daarmee kan Scheltema worden beschouwd als de eerste pleitbezorger van een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste, zij het dat de door hem voorgestelde eis de toegankelijkheid van bestuursrechtelijke rechtsbescherming beperkt en geen betrekking heeft op de rechterlijke toetsing ten gronde.<sup>72</sup> Voor een derge-

lijke bestuursrechtelijke betrekkingssleer waren de geesten in de vroege twintigste eeuw nog lang niet rijp. Zo hield de regering in de discussie over het door Loeff bepleite model liever vast aan de idee dat administratieve rechtspraak '[t]egen ieder administratief onrecht (...) aan iedereen rechtstreeks belanghebbende' bescherming verschuldigd is.<sup>73</sup> Met andere woorden: voor zover hij belanghebbende is heeft elk afzonderlijk rechtssubject aanspraak op een 'juridisch volkomen besluit'; met minder hoeft hij het om principiële redenen niet te doen.

Vanaf de jaren zeventig groeide het inzicht dat een dergelijk 'objectief' en nogal eenzijdig op de zuiverheid van de abstracte rechtsorde gericht model van bestuursrecht er op papier wellicht heel mooi uitziet, maar in de praktijk in bepaalde gevallen tot onbillijke resultaten kan leiden. Van Buuren stelt in zijn proefschrift uit 1978 bijvoorbeeld dat een al te objectief model tot onbillijke resultaten kan leiden als gevolg van 'incongruente bezwaren'. Hiermee doelt hij op in rechte ingebrachte argumenten die niet in overeenstemming zijn met de kwaliteit op grond waarvan een bepaalde procespartij als belanghebbende is aangemerkt. Zo beroept een aannemer die opkomt tegen een aan een van zijn concurrenten verleende bouwvergunning en zich daarbij beroept op eisen van welstand zich op 'incongruente' argumenten omdat deze er slechts toe zouden strekken de belangen van omwonenden te beschermen. De objectieve vorm van het bestuursrechtelijk geding heeft in Van Buurens ogen het perverse effect dat de aannemer zich toch op dergelijke argumenten kan beroepen. In zijn proefschrift stelt hij daarom een 'congruentie-regel' voor die dergelijke uitwassen zou moeten voorkomen.<sup>74</sup> Naar Van Buuren betoogt zou een belanghebbende zich niet succesvol moeten kunnen beroepen op argumenten die geheel niet passen bij hun werkelijke belangen. Alleen op die manier zou kunnen worden voorkomen dat sommigen op onheuse wijze van 'het gesteld zijn van een regel' profiteren, terwijl anderen jammerlijk achter het net vissen en hun projecten gefnuikt zien door oneigenlijk gebruik van objectieve normen door anderen. Dergelijk gebruik zou vooral 'tenenkrommend voor het rechtsgevoel' zijn wanneer de appellatant zijn bezwaren ontleent aan normen die strekken tot bescherming van een belang dat tegengesteld is aan het eigen belang van de appellatant. In de bestuursrechtelijke literatuur wordt ter illustratie van dergelijke 'contraire belangen' wel het voorbeeld genoemd van de bewoners van een villawijk die opkomen tegen een gepland woonwagencamp met als argument dat de bewoners van dat kamp

68. Van Kemenade e.a. 1997, p. 18.

69. Vgl. o.a. M. Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht: Lemma 2002 (hierna: Hertogh 2002), p. 19.

70. Zie o.a. Loeff 1887, p. 67; *Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 96 (MvT).

71. M.W. Scheltema, *De ontvankelijkheid der administratieve rechtsvordering* (diss. Leiden), Leiden: Ijdo 1908, p. 137. Vgl. P.J.J. van Buuren, *Kringen van belanghebbenden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1978 (hierna: Van Buuren 1978), p. 40 en Wiggers-Rust 2011, p. 160.

72. Van Buuren 1978, p. 40, wijst erop dat Van Geleïn Vitringa Scheltema's werk goed kende en suggereert op dit punt directe beïnvloeding. Als Van Buuren daarin gelijk heeft liggen de wortels van de privaatrechtelijke relativiteitsleer ironisch genoeg niet alleen in het Duitse BGB, maar ook in de ideeënvorming over het Nederlandse bestuursrecht, waarin de relativiteitsgedachte pas vele decennia later zou terugkeren.

73. *Ontwerp voor een Wetboek van Administratieve Rechtsvordering*, Den Haag: Belinfante 1915, p. 64 (MvA), p. 19, geciteerd via Van Buuren 1978, p. 48-49.

74. Van Buuren 1978, p. 88-90.

te lijden zullen hebben van de geluidsoverlast van een nabij gelegen zwembad of spoorbaan.<sup>75</sup>

Een soortgelijk geluid is afkomstig van B.J. Schueler, die erop wijst dat een al te abstracte handhaving van objectieve normen soms ten koste kan gaan van het maatschappelijk draagvlak voor bestuursrechtspraak.<sup>76</sup> Daarbij keert hij zich sterk tegen de traditionele 'autonome' bestuursrechtelijke tendens tot algemene rechtshandhaving en categorische waarborging van individuele rechtsposities. Maar al te vaak zouden bestuursrechtjuristen te werk gaan als moderne architecten die op de werkelijke behoeften van de bewoners van hun creaties weinig acht slaan.<sup>77</sup> Eerder dan op ingewikkelde dogmatische bouwsels zouden burgers volgens hem zitten te wachten op een stelsel van bestuursrecht dat hen niet alleen beschermt tegen de overheid, maar ook de middelen levert tot doelmatig en krachtadig optreden door de overheid, waarbij procedures niet tot onnodige vertraging en voor de burger onbegrijpelijke resultaten leiden.<sup>78</sup> Juist tot behoud van maatschappelijk draagvlak voor rechtsbescherming die 'werkelijk nodig en zinvol' is pleit Schueler voor een bestuursrechtelijke relativiteitseis als instrument waarmee oneigenlijk gebruik van juridische argumenten kan worden teruggedrongen.<sup>79</sup> De klassieke 'autonome' gedachte 'dat juridische fouten van bestuursorganen, zeker als zij de inhoud van besluiten raken, zoveel mogelijk moeten worden hersteld (...), zelfs als niemand last van de fout heeft en ook als mensen, die er last van zouden kunnen hebben, zich daaroverheen hebben gezet', berust volgens hem op 'een overschatting van rechtsnormen'.<sup>80</sup> Als gevolg van de onstuitbare toename van wettelijke regels – die maar al te vaak deels ontoepasbaar of in hun toepassing onbegrijpelijk zouden zijn – is dit probleem volgens hem in onze huidige rechtsorde groter dan ooit. Nu we te maken hebben met een explosie aan regels die uitnodigt tot 'overbodig, onzinnig, kleinzielig en oneigenlijk gebruik van rechtsbescherming', wordt het volgens Schueler hoog tijd aan dergelijk gebruik enkele voorzichtige grenzen te stellen.<sup>81</sup> Anders dan het kabinet-Balkenende IV baseert hij die opvatting niet zozeer op macro-economische overwegingen, maar op de 'relationele' gedachte dat rechtsnormen niet (of niet alleen) op zichzelf in ogenschouw moeten worden genomen, maar hun werkelijke betekenis pas dienen te krijgen in het licht van bepaalde sociale verhoudingen en concreet te beschermen belangen.

## 6. Een 'eigen koers'

Pas met de jurisprudentiële ontwikkeling van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer kwam de hoedanigheid van de relativiteitseis als 'relationeel' instrument van op het

specifieke geval toegesneden billijkheid opnieuw in beeld. Ten opzichte van de privaatrechtelijke leer 'nieuwe stijl', zoals gehanteerd in *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen*, ontwikkelde de bestuursrechtelijke relativiteitsleer al snel een eigen identiteit, zodat de rechtsstatelijke ramp waarvoor sommigen aanvankelijk vreesden zich niet voltrok of althans erg meeviel. De 'eigen aard' van de bestuursrechtelijke relativiteitseis hangt sowieso samen met het eigen karakter van het bestuursrechtelijke ten opzichte van het civiele proces. Waar de rechter in het burgerlijk recht onderzoekt wat de strekking van een rechtsnorm betekent voor de rechtsverhouding tussen concrete partijen, buigt de bestuursrechter zich – althans in dogmatische zin – over de vraag of een bepaald argument dat door een rechtzoekende wordt ingebracht een valide grondslag vormt voor de vernietiging van een *erga omnes* genomen bestuursbesluit. De ook in het 'gesubjectieerde' bestuursprocesrecht nog immer gehandhaafde objectieve grondstructuur van het besluitenprocesrecht dwingt hem er aldus toe zich niet alleen te buigen over de vraag of een bepaald besluit jegens een bepaalde rechtzoekende genomen had mogen worden, maar althans mede in ogenschouw te nemen of het ten opzichte van de rechtsgemeenschap in haar geheel te verantwoorden valt. Aldus is het niet vreemd dat aan de bestuursrechtelijke relativiteitseis (zoals geformuleerd in artikel 1.9 Chw en het middels de Wab aan de Awb toegevoegde artikel 8:69a Awb) uiteindelijk een vereiste van 'kennelijkheid' werd toegevoegd, inhoudende dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt wegens strijdigheid met een geschreven of ongeschreven rechtsnorm wanneer deze norm 'kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich [erop] beroept'. Middels de kennelijkheidseis beoogde de wetgever te komen tot een bestuursrechtelijke relativiteitsleer die zich met een zekere mate van evidentie laat toepassen en zich beperkt tot de meest 'tenenkrommende' situaties.<sup>82</sup>

In de rechtspraak beleefde het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste zijn primeur in het arrest *Brummen*, waarin de Afdeling zich boog over een door de gemeenteraad van Brummen vastgesteld bestemmingsplan waarin was voorzien in een nieuwe woonwijk nabij een industrieterrein. In beroep werd de rechtmatigheid van dit plan bestreden door een omwonende die als gevolg van de nieuwe woonwijk zijn vrije uitzicht over de weilanden dreigde te verliezen. Daarbij voerde de appellante aan dat de afstand tussen de nieuw te bouwen wijk en het industrieterrein 185 meter bedroeg, terwijl in een brochure van de VNG een afstand wordt aangeraden van minimaal 200 meter; aldus zou het bestemmingsplan niet voldoen aan de eisen van een 'goede ruimtelijke ordening' zoals bedoeld in artikel 3.1 lid 1 Wet ruimtelijke ordening (Wro). In haar uitspraak erkent de Afdeling dat de inge-

75. Zie o.a. J.C.A. de Poorter e.a., *Herijking van het belanghebbendebeleg. Een relativiteitsvereiste in het Awb-procesrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 15. Het voorbeeld – dat circuleert in verschillende varianten – gaat terug op ABRvS 19 maart 2003, AB 2003/191.

76. B.J. Schueler, *Zand in de machine* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003 (hierna: Schueler 2003), p. 17-20.

77. Vgl. ook Hertogh 2002, p. 19.

78. Schueler 2003, p. 25.

79. Schueler 2003, p. 36.

80. Schueler 2003, p. 9.

81. Schueler 2003, p. 16.

82. *Kamerstukken II* 2009/10, 32127, 6.

roepen norm niet alleen strekt tot bescherming van een abstract of algemeen abstract belang, maar daarnaast ook betrekking heeft op meer concrete belangen van individuen. In het concrete geval staat de relativiteitseis aantasting van het bestreden bestemmingsplan echter toch in de weg. Daarbij overweegt de Afdeling dat de ter nadere invulling van het open en abstracte begrip van een 'goede ruimtelijke ordening' ingeroepen afstandsnorm met name beoogt de belangen van de toekomstige bewoners van de woonwijk te beschermen en er niet mede toe strekt omwonenden te vrijwaren van de aantasting van hun uitzicht of ander nadeel als gevolg van de nieuw te bouwen wijk.<sup>83</sup> Daarbij lijkt een rol te spelen dat de rechtzoekende zich *in casu* niet beroept op een grond die *parallel* loopt aan zijn werkelijke reden om het besluit aan te vechten, maar juist een belang heeft dat ten opzichte van de door de norm beschermde belangen als 'contrair' of althans als onvoldoende 'congruent' zou kunnen worden beschouwd.<sup>84</sup>

Waar de privaatrechtelijke relativiteitsleer 'nieuwe stijl' veeleer lijkt uit te gaan van een gespletenheid tussen algemene en bijzondere belangen (zodat wettelijke normen waaraan slechts een algemeen beschermingsdoel wordt toegeschreven in beginsel niet strekken tot de bescherming van de belangen van individuele rechtssubjecten), gaat de Afdeling in haar jurisprudentie juist uit van de onderlinge verwevenheid van algemene en bijzondere belangen. Uit het algemeen belang kunnen in beginsel deelbelangen worden gedestilleerd, tenzij deze ten opzichte van dat algemene belang dusdanig 'incongruent' zijn dat zulks tot een tenenkrommend resultaat zou leiden. Na *Brummen* heeft de notie van 'verwevenheid' tussen algemene en bijzondere belangen zich in de jurisprudentie verder uitgekristalliseerd. Voor wie 'in de directe nabijheid' van een Natura 2000-gebied woont, is het individuele belang van het behoud van een goede leefomgeving bijvoorbeeld dusdanig verweven met de algemene belangen die de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998) beoogt te beschermen dat niet kan worden geoordeeld dat de bepalingen in die wet niet strekken tot de bescherming van zijn belang. Anders dan in de privaatrechtelijke relativiteitsleer 'nieuwe stijl' dient niet het *bestaan* van relativiteit, maar het *ontbreken* ervan in rechte te worden aangetoond. Dat het criterium van verwevenheid een bepaalde vaagheid met zich brengt, lijkt moeilijk te vermijden. Natuurlijk zou het in milieuzaken bijvoorbeeld mogelijk zijn het vage begrip van 'directe nabijheid' te vervangen door een precies gedefinieerd afstandscriterium waaraan vervolgens op strikte wijze vast zou kunnen worden gehouden. Een dergelijke gang van zaken zou de essentie van de relativiteitseis als op het specifieke geval toegesneden en daarmee bij uitstek 'relationeel' instru-

ment echter om zeep helpen. In dat geval zou immers in feite een nieuwe 'absolute norm' worden geschapen en blijft er van de relativisering van normen in het licht van specifieke omstandigheden niets over. Met andere woorden: relativiteit en een zekere mate van rechtsonzekerheid zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden; slechts wie het recht liever beschouwt als een verzameling van categorisch te handhaven formele regels kan aan die onzekerheid ontkomen.<sup>85</sup>

## 7. Correctie-Widdershoven

Ook in de figuur van de 'correctie-Widdershoven' komt de eeuwige spanning tussen algemene rechtszekerheid enerzijds en de wens om recht te doen aan concrete verhoudingen en omstandigheden anderzijds tot uitdrukking. Waar met de 'correctie-Langemeijer' in het privaatrecht al meer dan vijftig jaar wordt erkend dat rechtsnormen in het maatschappelijk leven rechtens te respecteren gerechtvaardigde verwachtingen oproepen, was van een dergelijke correctie in het bestuursrecht tot voor kort geen sprake. Naar sommigen betogen behoort de 'betekenis die wettelijke voorschriften in de maatschappelijke werkelijkheid krijgen doordat burgers daaraan verwachtingen gaan ontlenen en hun gedrag daarop gaan afstemmen' juist binnen publiekrechtelijke verhoudingen zwaar te wegen.<sup>86</sup> Zou men niet juist van de overheid mogen verwachten dat zij rechtmatig handelt? Houdt schending van een norm door het bestuur niet reeds om die reden in dat jegens een rechtzoekende belanghebbende onrechtmatig is gehandeld, zelfs wanneer aan het vereiste van relativiteit niet is voldaan? 'In een rechtsstaat', schrijft Dorhout, is 'het bestuur gebonden (...) aan de wet' en moet 'daaraan gehouden' kunnen worden, 'hoe onbevredigend onder omstandigheden ook'; wanneer aan dat uitgangspunt zou worden getornd zou de 'schade aan de rechtsstaat' enorm zijn.<sup>87</sup> Volgens een soortgelijke logica meent Jurgens dat het rechtszekerheidsargument in het bestuursrecht 'nagenoeg altijd kan worden gehanteerd', zodat per saldo elke betekenis aan de relativiteitseis zou moeten worden ontnomen.<sup>88</sup>

De onlangs in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen 'correctie-Widdershoven' gaat minder ver. In de zaak die tot de totstandkoming van die figuur aanleiding gaf komt Praxis op tegen een beweerdelijk op enkele punten onrechtmatig bestemmingsplan dat de vestiging mogelijk maakt van een door concurrent Hornbach te exploiteren bouwmarkt. De door Praxis ingeroepen voorschriften strekken volgens de Afdeling tot de bescherming van het milieu en het woon- en leefklimaat van de omwonenden en niet tot bescherming van Praxis tegen

83. ABRvS 19 januari 2011, AB 2011/47, r.o. 2.4.4, m.nt. A.A.J. de Gier (*Brummen*).

84. Vgl. o.a. G.T.M. Jurgens, 'Remedies tegen de ondraaglijke lichtheid van een succesvol beroep op de schending van rechtsnormen', *NTB* 2011/28, afl. 7, p. 202 e.v.; zie ook de uitgebreide noot van De Poorter in *AB Klassiek* 2016/37, met verdere verwijzingen.

85. Zie voor deze problematiek o.a. A.G.A. Nijmeijer, 'Dynamiek in relativiteit', *Trema* 2014, afl. 7, p. 226-233; P.M.J.J. Swagemakers, 'Het relativiteitsvereiste bezien vanuit vier groepen belanghebbenden', *Bb* 2015/3, afl. 1, p. 9-13.

86. G.T.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitsleer', in: *Toegang tot de bestuursrechter beperkt?* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010 (hierna: Jurgens 2010), p. 88; zie meer in het bijzonder ook G.T.M. Jurgens, 'Rechtsbescherming voor aan de wet ontleende verwachtingen', *NTB* 2006/13, afl. 3 (hierna: Jurgens 2006), p. 85-86.

87. L. Dorhout, 'Relativiteit van de onrechtmatigheid. Ook iets voor de administratieve rechter?', in: P.G.J. Kapteyn e.a., *Non ex regula*, Deventer: Kluwer 1985, p. 40.

88. Jurgens 2006, p. 85-86; Jurgens 2010, p. 139.

vermogensschade als gevolg van oneerlijke concurrentie.<sup>89</sup> Mocht Praxis er desalniettemin op vertrouwen dat de raad de voorschriften in kwestie in acht zou nemen? Houdt schending ervan daarom wellicht in dat het bestuur onbehoorlijk jegens Praxis heeft gehandeld, ook al is aan het vereiste van relativiteit niet voldaan? Gekweld door die vraag verzocht de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak advocaat-generaal Widdershoven in de Praxiszaak om een conclusie. Naar Widdershoven meent is een 'Langemeijerachtige correctie' bij toepassing van de relativiteitseis in het bestuursrecht inderdaad geboden. Voor een 'generieke rechtszekerheidscorrectie' die het relativiteitsvereiste goeddeels van zijn werking zou beroven ziet hij echter geen ruimte. Op grond van het vertrouwensbeginsel zullen bestuursorganen gerechtvaardigde verwachtingen op grond waarvan een rechts-subject concrete handelingen heeft verricht in beginsel moeten honoreren; voor zover geschonden normen aan die verwachtingen ten grondslag liggen zou een correctie op de relativiteitseis daarom op haar plaats kunnen zijn. Iets soortgelijks geldt voor het gelijkheidsbeginsel. In principe dient een correctie van de relativiteitseis op grond van dat beginsel mogelijk te zijn. Daarbij moet dan wel sprake zijn van een concrete situatie waarin de een in vergelijkbare omstandigheden wordt benadeeld ten opzichte van een ander; de bewijslast en de adstructieplicht komen nadrukkelijk toe aan de benadeelde, waarbij de lat vrij hoog ligt.<sup>90</sup>

Evenals de 'correctie-Langemeijer' is de – door de Afdeling onveranderd overgenomen – 'correctie-Widdershoven' een mooi voorbeeld van de wijze waarop 'autonome' en 'relationele' uitgangspunten in het recht interacteren. Zoals de Afdeling met de correctie-Widdershoven heeft aanvaard verdwijnt een geschonden regel bij een gebrek aan relativiteit niet per definitie buiten beeld; het 'gesteld zijn' van die regel kan immers een zelfstandig argument opleveren om een besluit jegens een bepaalde rechtzoekende onbehoorlijk te achten en derhalve alsnog te vernietigen. Een 'autonoom' recht om gevrijwaard te blijven van 'onvolkomen besluiten' is met de 'relationele' idee van relativiteit onverenigbaar. Dat betekent niet dat de abstracte normschending geen rol kan spelen, maar wel dat steeds van geval tot geval moet worden onderzocht wat die abstracte normschending jegens een bepaalde rechtzoekende betekent.<sup>91</sup> Het vertrouwensbeginsel bepaalt dat de overheid concreet door haar gewekt vertrouwen aan de kant van de burger in beginsel dient te honoreren. In tegenstelling tot het generieke rechtszekerheidsbeginsel is het aldus bij uitstek een 'relationeel' beginsel waarvan het gewicht sterk afhankelijk is van concrete omstandigheden binnen concrete verhoudingen. Iets soortgelijks geldt voor de correctie op grond van het gelijkheidsbeginsel, waarvan naar Widdershoven concludeert alleen sprake kan zijn wanneer een rechtzoekende

voldoende aannemelijk maakt dat hij concreet nadeel ondervindt doordat hem verplichtingen zijn opgelegd waarvan een concurrent in een vergelijkbare positie is ontheven. Steeds opnieuw zal moeten worden bekeken welk gewicht dat argument in de schaal legt. Van een algemene correctie op de relativiteitseis op grond van algemene toepassing van het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel, zoals geclaimd door Praxis, kan geen sprake zijn. Naar de Afdeling op advies van Widdershoven aanneemt is 'de schending van [een wettelijke] norm een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde (...) voor toepassing van de correctie', omdat steeds *in concreto* dient te worden onderzocht of aan de vereisten is voldaan die voor beide beginselen gelden.<sup>92</sup> Wie daartoe 'autonome' maatstaven introduceert creëert in feite een nieuwe abstracte norm en ondergraaft zo de waarde van de relativiteitseis als 'relationeel' billijkheidsinstrument, zodat er niets anders opzit dan van geval tot geval op zoek te gaan naar het juiste evenwicht tussen de abstracte norm enerzijds en hetgeen geboden is in het licht van specifieke omstandigheden en concrete verhoudingen anderzijds.<sup>93</sup>

## 8. Conclusie

Het huidige Nederlandse bestuursrecht maakt een ingrijpend veranderingsproces door. Waar het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming van oudsher gericht is op abstracte rechtshandhaving *erga omnes* komt het de laatste jaren steeds meer in het teken te staan van de vaststelling van de rechtsposities van concrete burgers en overheden *inter partes*. De introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitseis markeert in die ontwikkeling een belangrijk moment. Waar het bestuursrecht voorheen uitging van het recht gevrijwaard te blijven van de gevolgen van onrechtmatige overheidshandelingen, hanteert het heden ten dage een opvatting volgens welke bepaalde omstandigheden en concrete verhoudingen soms aan een succesvol beroep op dat recht in de weg kunnen staan. Waar het belang van de rechtzoekende voorheen slechts relevant werd geacht voor diens toegang tot de rechter, speelt het in het gerelativeerde bestuursrecht soms een beslissende rol bij de rechterlijke beoordeling ten gronde. In het objectieve bestuursrecht bleef de taak van de rechter beperkt tot de toepassing van algemene regels op specifieke gevallen; in het vernieuwde bestuursrecht krijgen die algemene regels pas hun definitieve betekenis in het licht van de materiële belangenstrijd waarop zij concreet betrekking hebben. De verschuiving van 'toepassings-' naar 'belangenjurisdicte' is kenmerkend voor een veranderingsproces dat ook meer in het algemeen in het publiekrecht plaatsgrijpt. Het klassieke, sterk op 'autonome' beginselen georiënteerde publiekrecht neigde er voorheen sterk toe van de sociale realiteit te abstraheren en zich nogal eenzijdig te richten op de systeemlogica

89. ABRvS 16 maart 2016, *JB* 2016/88, r.o. 9-13, m.nt. R.J.N. Schlössels.

90. Conclusie A-G Widdershoven 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680, punt 4.11 en 4.12.

91. Vgl. o.a. B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'Ben ik mijn broeders hoeder? Over relativiteit in het bestuursrecht', *NTB* 2007/34, afl. 7, p. 248-250.

92. Conclusie A-G Widdershoven 2 december 2015, ECLI:RVS:2015:3680, punt 4.6; zie ook ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 18.

93. Zie voor de 'correctie-Widdershoven' verder o.a. K.J. de Graaf & G.A. van der Veen, 'De correctie Widdershoven gewogen', *NTB* 2016/23, afl. 6, p. 169-176; L.F. Wiggers-Rust, "Ius ét iustitia" en de correctie Langemeijer. Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht', *NJB* 2016/1755, afl. 34, p. 2447-2454.

van de algemene 'rationeel-legale orde'. Het moderne publiekrecht berust veeleer op de gedachte dat het niet alleen tegemoet dient te komen aan abstracte regels en beginselen, maar ook aan de bepaaldheid van de sociale verhoudingen in de leefwereld waarop het concreet betrekking heeft.

Het privaatrecht maakte die relationele wending al eerder door. De introductie van de privaatrechtelijke relativiteits-eis in *De Marchant et d'Ansembourg* was van die ontwikkeling een cruciaal onderdeel. Anders dan vaak in de literatuur wordt verondersteld dient de opkomst van de privaatrechtelijke relativiteitsleer in het interbellum niet te worden gezien als een correctie op *Lindenbaum/Cohen*, maar ligt die leer in haar oorspronkelijke gedaante juist in het verlengde van dat arrest. Met vrees voor ongebreidelde aansprakelijkheid had de relativiteitsleer 'oude stijl' niets te maken; in plaats daarvan beoogden vroege voorvechters als Van Geleijn Vitringa met de relativiteitsleer slechts een einde te maken aan de idee van 'absolute onrechtmatigheid' zoals die daarvoor werd aangehangen. De klassieke privaatrechtelijke discussie over de relativiteitsleer ging niet zozeer over mogelijke macro-economische gevolgen, maar stond veeleer in het teken van een fundamenteel verschil van inzicht tussen meer of minder 'autonoom' georiënteerde privatisten enerzijds en meer 'relationeel' geïnspireerde denkers anderzijds. Waar sommigen – zoals Meijers – bleven wijzen op de zelfstandige, van maatschappelijke belangen geabstraheerde juridische waarde die door geschreven en ongeschreven normen zou worden vertegenwoordigd, volgden anderen Jhering in de opvatting dat niet abstracte normen, maar door die normen concreet te beschermen belangen in het recht centraal zouden moeten staan. De befaamde 'correctie-Langemeijer' valt te beschouwen als een precaire balans tussen die uitgangspunten. Die correctie onderschrijft het relatieve karakter van onrechtmatigheid maar onderkent tegelijkertijd dat rechtsnormen in het maatschappelijk verkeer veelal een coördinerende functie vervullen die rechtvaardigt dat de overtreding ervan als zelfstandige factor meeweegt bij de beantwoording van de vraag of het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden. Op die manier vertegenwoordigt de correctie-Langemeijer een 'midden' tussen 'autonoom' en zuiver 'relationeel' recht dat mooi illustreert hoe die uitersten voortdurend interacteren en uiteindelijk niet zonder elkaar kunnen.

Waar de privaatrechtelijke relativiteitsleer 'oude stijl' valt te beschouwen als 'relationeel' billijkheidsinstrument waarmee men beoogde voortaan te voorkomen dat de een ten koste van de ander op oneigenlijke wijze van het abstracte recht zou kunnen profiteren, laat de relativiteitsleer 'nieuwe stijl' – zoals geconcipieerd in arresten als *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchtelingen* – zich eerder begrijpen als rechtseconomisch instrument ter voorkoming van ongebreidelde aansprakelijkheid. Ook de recente geboorte van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer staat sterk in het teken van de algemene maatschappelijke functionaliteit van het recht. Met de invoering van de bestuursrechtelijke leer beoogde de wetgever aanvankelijk nadrukkelijk de slagkracht van het bestuur te vergroten en de doelmatigheid van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te versterken. Inmiddels worden de contouren zichtbaar van een bestuursrechtelijke relativiteitsleer waarin de algemene functionaliteit van het recht

minder op de voorgrond staat. Sowieso voegde de wetgever aan het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste uiteindelijk een kennelijkheidseis toe die toepassing van het vereiste reserveert voor 'evidente gevallen'. Bij het hantieren van die kennelijkheidseis legt de bestuursrechter de lat over het algemeen vrij hoog, zodat toepassing van het vereiste veelal beperkt lijkt te blijven tot gevallen waarin vernietiging van een *erga omnes* genomen bestuursbesluit op grond van de door de rechtzoekende aangedragen argumenten door velen als 'tenenkrommend' zou worden ervaren. Bovendien aanvaardde de bestuursrechter recent de 'correctie-Widdershoven', die erkent dat abstracte normschending door het bestuur op zichzelf een aanwijzing kan zijn dat jegens een rechtzoekende het vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel is geschonden.

In ieder geval is duidelijk dat de introductie van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer een belangrijke stap markeert in de overgang van een 'autonoom', primair op de zuiverheid van de objectieve rechtsorde gericht bestuursrecht naar een meer 'relationeel' bestuursrecht dat niet primair georiënteerd is op de abstracte handhaving van normen, maar juist een intersubjectieve rechtsopvatting hanteert waarbij primair wordt gezocht naar rechtvaardigheid binnen concrete verhoudingen. Daarmee volgt het bestuursrecht een ontwikkeling die het privaatrecht al eerder doormaakte. Dat wil niet zeggen dat de relativering van bestuursrechtelijke normen per definitie ook een privatisering van het bestuursrecht inhoudt. Voor het oude 'autonome' ideaal dat eenieder het recht geeft in absolute zin gevrijwaard te blijven van de gevolgen van 'onvolkomen' overheidsbesluiten is in het gesubjectieerde, meer dan voorheen op 'relationele' beginselen toegesneden bestuursrecht geen plaats meer. Toch lijkt datzelfde ideaal bij de ontwikkeling van de bestuursrechtelijke relativiteitsleer op de achtergrond nog steeds mee te spelen. Sowieso hanteert de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter nog immer een eigen toetsingssystematiek, waarbij hij niet alleen onderzoekt of een bepaald besluit *inter partes* als rechtmatig kan worden beschouwd, maar mede beoordeelt of het voorliggende besluit *erga omnes* gehandhaafd kan blijven. Dat verschil in systematiek rechtvaardigt dat de bestuursrechtelijke relativiteitsleer een meer 'autonome', op abstracte rechtshandhaving gerichte koers vaart dan de privaatrechtelijke. Dat neemt niet weg dat de moderne gedaante van het bestuursrecht als intersubjectief beginselenrecht fundamenteel in de weg staat aan de gedachte dat burgers steeds aanspraak kunnen maken op de absolute rechtshandhaving; naar is gebleken leidt een dergelijke eenzijdige benadering immers tot hardnekkige 'autonome pathologieën' die de leefwereld waarop het bestuursrecht concreet betrekking heeft ernstig kunnen verstoren. Bij de zoektocht naar een 'relationeel' medicijn tegen die pathologieën is evenwel grote voorzichtigheid vereist; daarom is het maar goed dat de bestuursrechtelijke relativiteitsleer uiteindelijk meer weg lijkt te hebben van de privaatrechtelijke leer 'oude stijl' dan van haar nieuwe gedaante.