

*Handelingen 1981
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, tweede stuk*

‘Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht’

Preadviezen prof. mr. J. A. Borman en mr. B. C. Punt

ISBN 90 271 1814 0

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES PROF. MR. J.A. BORMAN

Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht

(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?) 3

PREADVIES MR. B.C. PUNT

Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht

(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?) 85

INHOUD

PREADVIES PROF. MR. J.A. BORMAN

Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht

(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?)

1. INLEIDING, 5

2. GESCHIEDENIS, 7

- Commissie-De Monchy, 7
- Wet beroep administratieve beschikkingen, 9
- Het ontstaan van artikel 2, tweede lid, onder b, Wet Arob, 10
- Verschuiving van de kijk op artikel 2, 14
- Verschillend gericht beraad, 16

3. ANDERE VRAGEN OVER ARTIKEL 2, 20

- Besluit, 20
- Administratief orgaan, 20
- Gericht op enig rechtsgevolg, 20
- Besluiten van algemene strekking, 23

4. HET BELEID VAN DE AFDELING RECHTSPRAAK, 26

- De hoofdlijn van de Afdeling rechtspraak, 27
- Illustratie van de hoofdlijn, 31
- Effecten van de hantering van de hoofdlijn, 36
- Eist de Afdeling rechtspraak dat de bestuursrechtelijke titel geschreven is?, 38
- Subsidie, 39
- Eenzijdige beslissingen als eigenaar, 41
 - Algemeen, 41
 - Jurisprudentie, 43
- Overeenkomst, 50
 - Algemeen, 50
 - Jurisprudentie, 54
 - a. Voorbeelden van verticale elementen, 54
 - b. Spanning, 56
 - c. Terughoudendheid van de Afdeling rechtspraak, 59
 - d. Wel bestuurlijke taak, geen beschikking, 62
- Subsidie en overeenkomst, 64

5. IS WETSWIJZIGING GEWENST?, 70

- Nodig is wetswijziging niet, 70
- De onvermijdelijke grenskwestie, 71
- Twee vormen van besturen, 72
- Effecten van regeling in het materiële recht, 73
- De nieuwe Grondwet, 74
- Op de korte termijn, 75

BIJLAGE I:

‘Regeling Selectief Gronduitgiftebeleid’ van de gemeente Moergestel, 76

BIJLAGE II:

Een beschikking krachtens de Beeldende Kunstenaars Regeling, 83

*Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht
(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?)*

1. INLEIDING

Gaarne leg ik aanstonds de nadruk op de beperkte strekking van dit preadvies. Over het onderwerp 'overheid en privaatrecht', en meer in het bijzonder over bestuurlijk optreden in burgerrechtelijke vorm, bestaat een brede literatuur. Die richt zich vooral op de vraag of de administratie zich van het privaatrecht mag bedienen, en zo ja aan welke normen het resultaat moet beantwoorden. Voor een groot gedeelte van het relevante terrein, nl. de bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid, is die kwestie in de preadviezen-1980 van Koeman en Konijnenbelt opnieuw aan de orde geweest. De vraagstelling van de N.J.V. voor 1981 richt zich echter niet op de geoorloofdheid noch op de normering van het gebruik van de rechtshandeling naar burgerlijk recht door de overheid, maar op de vraag of het de administratieve rechter is die over zulk optreden zal hebben te oordelen. Die probleemstelling vindt kennelijk haar oorsprong in de ontmoeting van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State met de rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Op deze administratieve rechter spits ik het preadvies toe. Het gaat dan om de vraag of de Afdeling bij haar ontmoeting met het civiele recht de kans krijgt en grijpt om de taak te vervullen waarvoor zij is opgericht: het controleren van bestuurlijk optreden op rechtmatigheid.

In de vraagstelling van de Vereniging proef ik de behoefte die kan worden gevoeld aan een administratiefrechtelijke voorziening daar waar de overheid bij de behartiging van openbare belangen zich in

een burgerrechtelijke, naar het uiterlijk horizontale verhouding tot de burger plaatst, terwijl in feite de voor publiekrechtelijk bestuurlijk optreden typische verticale verhouding aan de orde is. Ik gebruik voor die situatie de aanduiding 'besturen in privaatrechtelijke vormen'. Dat valt niet geheel samen met besturen met behulp van rechtshandelingen naar burgerlijk recht. Als eigenaar van grond bijvoorbeeld kan de overheid besluiten tot feitelijk handelen dat op besturen neerkomt. Heb ik de vraagstelling goed geproefd dan heeft zij dus verbindingen met een ander aspect van de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak. De uitsluiting van het feitelijk handelen — teweegebracht door de wettelijke beperking van de Arobvoorzieningen tot 'besluiten, gericht op enig rechtsgevolg' — zal niet geheel uit het oog mogen worden verloren.

Eerst ga ik na wat de wetgever bij het omschrijven van de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak in Arobzaken heeft overwogen omtrent de rechtshandeling naar burgerlijk recht. Dan noteer ik enkele vragen die zijn gerezen bij de confrontatie van andere elementen van de bevoegdheidsomschrijving met de bestuurspraktijk, om er aan te herinneren dat de rand van de Wet Arob op meer plaatsen gerafeld is. Vervolgens tracht ik een verklaring te geven van het ontvankelijkheidsbeleid dat de Afdeling rechtspraak voert wanneer haar al of niet vermeend burgerrechtelijk optreden van de overheid wordt voorgelegd. Ik begeef mij niet in zelf ontworpen casusposities, in de gedachte dat de vraagstelling van de Vereniging is ontsproten aan de praktijk van de Arobrechtspraak en dat deze praktijk de inventaris van knelpunten moet leveren. Tenslotte ga ik in op de vraag of wij de weg van wetswijziging op moeten.

2. GESCHIEDENIS

De Wet administratieve rechtspraak overheidsbeslissingen stelt voorzieningen open tegen beschikkingen. Art. 2 omschrijft wat de Wet Arob onder beschikking verstaat. Daardoor is het artikel, binnen de grenzen die de aanwezigheid van andere administratiefrechtelijke voorzieningen aan de toepasselijkheid van de Wet Arob stelt, de voornaamste bepaling over de reikwijdte van die wet. Het beslist hoe ver de rechtsmacht van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State zich thans (1) uitstrekt, en hoe ver de bevoegdheid van de bestuursorganen gaat om klachten van burgers aan te merken als Arob-bezwaarschrift. Daartoe wordt art. 2 uitgelegd door de Afdeling rechtspraak. Ook de gewone rechter legt het uit, om de beperkingen vast te stellen, die hij zich zal opleggen in het kennisnemen van zaken tegen de overheid. Op het niveau van de Hoge Raad zijn tot dusver bevoegdheidsconflicten tussen Afdeling rechtspraak en gewone rechter vermeden.

Art. 2 van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen luidt:

1. Onder beschikking verstaat deze wet het schriftelijk besluit van een administratief orgaan, gericht op enig rechtsgevolg.

2. Geen beschikking in de zin van deze wet is:

a. een besluit van algemene strekking;

b. een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Commissie-De Monchy

Art. 2 is een bewerking van de beschikkingsdefinitie, tevens bevoegdheidsbepaling, uit de Wet beroep administratieve beschikkingen (1963 – 1976). Deze definitie was weer aanbevolen door de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming (de commissie-De Monchy, 1950 (2)). De vermoedelijke bron van de

(1) NI. zolang de wetgever niet in andere wetten dan de Wet Arob gebruik heeft gemaakt van de door art. 63 van de Wet op de Raad van State geboden mogelijkheid tot opdracht van de beslissing van geschillen aan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State.

(2) Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, ingesteld bij beschikking van de ministers van Binnenlandse Zaken en van
→

commissie was Van der Pots opstel 'De vormen van het besturen' in 'Nederlandsch Bestuursrecht', eerste druk (1932). Van der Pot ontwierp de definitie niet ten dienste van een stelsel van rechtsbescherming, maar ter omschrijving van een verschijningsvorm van besturen. De commissie-De Monchy legde de koppeling. Zij gebruikte de definitie voor de omschrijving van de bevoegdheid van de algemeen aanvullende rechtsbeschermende instantie. Het gevolg op lange termijn was dat de Wet Arob (1975) zich op deze verschijningsvorm van besturen concentreerde. Dat geschiedde niet zonder discussie maar wel zonder toereikende discussie.

De commissie-De Monchy moest bevoegdheden tot controle toewijzen. Ten behoeve van die toewijzing splitste zij de overheidswerkzaamheid voor zover die niet uit regelen en rechtspreken bestond in beschikkingen en het overige. Dit overige werd aangeduid als 'daden van openbare lichamen'. De controle op de beschikkingen wenste de commissie op te dragen aan de Kroon, de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State gehoord. Daartoe ontwierp zij de Wet beroep administratieve beschikkingen. De controle op de daden liet de commissie aan de gewone rechter. De regeling die zij daarvoor concipieerde, het ontwerp-Wet onrechtmatige daden openbare lichamen, suggereert allerminst dat er onder de daden geen typisch bestuurlijke zouden zijn. De commissie beklemtoont, integendeel, dat de daden op zuiver publiekrechtelijk, op zuiver privaatrechtelijk of op gemengd terrein kunnen liggen (3). Het gaat haar bij de daden om alle 'handelingen, waarbij de Overheid met de middelen die het publiek- en het privaatrecht te harer beschikking stellen, optreedt ter bevordering van het haar toevertrouwde algemeen belang' (4). Doch zij beschouwt het als een van haar vondsten dat haar stelsel niet noopt tot een meer gespecificeerde inventarisatie. Zij verheugt zich er over, dat 'de (bijna) onoplosbare vragen, waartoe somtijds de onderscheiding tussen het terrein van het publieke en dat van het private recht aanleiding geeft, in dit ontwerp generlei rol spelen' (5).

→

Justitie van 10 december 1946, Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1950.

(3) Verslag, blz. 9.

(4) Verslag, blz. 3.

(5) Verslag, blz. 32.

Het rapport van de commissie-De Monchy behoort nu wel tot de historie. Men moet het bij het zoeken naar de oorsprongen van de huidige problematiek niet overvragen. Het rapport blijft echter een onmisbaar voorwerp van studie voor wie de lijnen wil ontwarren waarlangs onze rechtsbescherming tegen de overheid zich heeft ontwikkeld. In het verband van ons onderwerp valt dan te noteren: 1°. Het bestaan van op behartiging van openbare belangen gerichte rechtshandelingen van de overheid anders dan beschikkingen wordt niet afzonderlijk genoemd. Zij worden stilzwijgend tot de boedel van het ontwerp-Wet onrechtmatige daden openbare lichamen gerekend. In het midden blijft of de commissie deze rechtshandelingen als publiekrechtelijk, als privaatrechtelijk of als gemengd optreden ziet.

2°. Het wel op behartiging van openbare belangen maar niet op rechtsgevolg gerichte optreden van de overheid (het bestuurlijk gerichte feitelijke handelen) krijgt evenmin een afzonderlijke plaats in het schema van de commissie.

3°. De regeling in het ontwerp-Wet onrechtmatige daden openbare lichamen komt neer op een aanpassing van art. 1401 e.v. B.W. en van enige 'bescheiden secondanten' als de vordering uit onverschuldigde betaling en die wegens aantasting van een subjectief recht. Andere vorderingen dan de drie genoemde (bijv. die tot nakoming of ontbinding van een overeenkomst) liggen buiten de gezichtskring van de voorstellen tot verhoogde rechtsbescherming.

Wet beroep administratieve beschikkingen

De Wet onrechtmatige daden openbare lichamen kwam niet verder dan het commissoriale ontwerp. In de dertig jaren die na de verschijning ervan zijn verlopen is steeds duidelijker geworden dat dit keurslijf niet zou hebben gesteund maar gekneld. Wij kijken, na een seizoen dat korte gedingen tegen een woonruimteverordening, tegen prijzenbeschikkingen en tegen een loonmatigingsbesluit heeft opgeleverd, vreemd aan tegen een bepaling als 'een regeling van algemene strekking is niet een daad in de zin van deze wet'.

Wel echter verdwenen mét het ontwerp de daden die het bestreek, en de samenstelling van dat pakket daden, voorshands achter de horizon van de departementaal-parlementaire discussie over wettelijke voorzieningen ter verhoging van de rechtsbescherming. Het gesprek richtte zich van 1950 tot 1963 op een Wet beroep admini-

stratieve 'beschikkingen'. Dit laatste begrip werd dan nog gekleurd door de aanduiding die de commissie-De Monchy er in haar verslag van gegeven had: het toepassen van algemeen bindende regelen op concrete gevallen.

Van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken was geen prikkel tot uitbreiding van de gesprekstof tot buiten het chapter 'beschikking' te verwachten. Zij hebben later (6) duidelijk genoeg laten doorschemeren dat zij al blij waren het ontwerp-Wet beroep administratieve beschikkingen langs onwennige ambtgenoten en langs de voor overbelasting vrezende Raad van State te kunnen loodsen. En dan bleven zij nog zorgvuldig uit het vaarwater van de lagere openbare lichamen.

De Wet beroep administratieve beschikkingen was op het hier besproken punt tenslotte vrijwel in overeenstemming met het voorstel van de commissie-De Monchy. Art. 2 van de Wet luidde:

1. Onder beschikking verstaat deze wet de eenzijdige naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan van de centrale overheid, gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen.

2. Een besluit van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet.

Het ontstaan van art. 2, tweede lid, onder b, Wet Arob

De regering ging in 1971 het gesprek met de Kamer over het ontwerp-Wet Arob aan op basis van de beschikkingsdefinitie annex bevoegdheidsbegrenzing uit de Wet beroep administratieve beschikkingen (7). De Tweede Kamer, spoedig gedekt door een gepubliceerd advies van de Raad van State (8) over de memorie van antwoord met nota van wijzigingen, viel de omschrijving aan. Het eindresultaat was het huidige art. 2 van de Wet Arob, en dus het zichtbaar worden van de uitzondering 'geen rechtshandeling naar bur-

(6) Witte stukken Tweede Kamer 1970-1971-11279, nr. 3, blz. 5.

(7) Witte stukken Tweede Kamer 1970-1971-11279, nr. 2, blz. 1.

(8) Witte stukken Tweede Kamer 1973-1974-11279, 11280, nr. 8, blz. 52.

gerlijk recht'. Geeft de beraadslaging antwoord op de vraag wat de wetgever bij de formulering van de uitzondering voor ogen stond?

Voor ons onderwerp belangwekkend lijkt op het eerste gezicht de poging van de Raad van State, de omschrijving van de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak los te maken van het begrip 'beschikking'. Dat voorstel had kunnen uitlopen op een principiële gedachtenwisseling over de vraag wat thans de typische rechtsvormen van besturen zijn. De Raad perkte echter het gesprek aanstonds sterk in, nl. door de voorgestelde openstelling van beroep tegen 'besluiten' te doen volgen door de uitzondering van 'besluiten van algemene strekking' en van 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht'. Daargelaten de vraag of de Raad bij 'besluiten' ook dacht aan besluiten gericht op feitelijk handelen als zakelijk gerechtigde, de uitzondering van de 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht' was geschikt om in één slag de eenzijdige rechtshandelingen ter uitoefening van bijv. het zakelijk eigendomsrecht en de overeenkomsten met burgers buiten de discussie te stellen.

Fnuikend voor een beraadslaging over de ont koppeling van bevoegdheidsomschrijving en beschikkingsdefinitie was ook dat de Raad van State zijn voorstel presenteerde in een vorm die, gemeten aan het belang van het onderwerp, uiterst beknopt was. De Raad voerde als enig argument voor het ont koppelingsvoorstel aan 'het risico dat zoals de praktijk heeft geleerd een aan de administratief-rechtelijke doctrine ontleende begripsomschrijving zal leiden tot beperkingen welke niet zijn bedoeld'. Men zou kunnen opmerken dat dit argument, mits uitgewerkt en daardoor voor discussie vatbaar gemaakt, de vraag die de Nederlandse Juristen-vereniging nu beantwoord wil zien al bij de voorbereiding van de Wet Arob op tafel had kunnen brengen. Dan leest men echter te veel in het voorstel. De Raad was in feite aan de vraag van het bestuurlijke rechtshandelen naar burgerlijk recht niet toe, evenmin trouwens als de andere deelnemers aan de voorbereiding van de wet. Voor wat betreft de Raad wordt dat bewezen èn door zijn vlotte toevoeging van de uitzondering 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht', èn door zijn verwijzing naar 'de gedachten die daaromtrent' (omtrent de ont koppeling) 'in het voorlopig verslag zijn geuit'. Dat verslag (9) volstaat op dit punt nl. met in verschillende gradaties te vragen om be-

roep tegen 'besluiten en handelingen'. Daarbij wordt dan herinnerd aan de stelsels van de Ambtenarenwet 1929 en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie. (Terzijde: de Raad van State, die immers met de aanduiding 'besluiten' was gekomen, overbrugt het verschil tussen zijn voorstel en de gedachten, in het voorlopig verslag geuit, door 'voor de goede orde' duidelijk te maken dat hij bij 'handelingen' denkt aan besluiten gericht op handelingen).

Het weinig geanimeerd gebrachte ontkoppelingsvoorstel van de Raad van State raakte, toen de ministers het afwezen met een beroep op het tijdverlies dat overweging ervan zou meebrengen (10), in het slop. De Kamer liet het daar. Voor ons onderwerp blijkt het tenslotte van geen rechtstreeks belang.

Wel van rechtstreeks belang is de beraadslaging over een subsidiair voorstel van de Raad van State. Ondersteund door de Tweede Kamer leidde het tot verscheidene wijzigingen van het ontwerp-art. 2. Eén daarvan voerde tot het noemen van de 'rechtshandelingen naar burgerlijk recht' in het artikel.

Het regeringsvoorstel voor de beschikkingsdefinitie bevatte de eis dat het te bestrijden besluit moest zijn gegeven 'krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting'. Ik ga nu niet in op de veel beschreven schrapping van het element 'voorschrift' uit deze clausule (overigens: in Van der Pots definitie van 1932 kwam de eis van een voorschrift niet voor). Na de schrapping van het element 'voorschrift' eiste het ontworpen art. 2 nog dat het besluit was 'gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting'. Naar de ministers lieten blijken (11) diende deze clausule om 'privaatrechtelijke besluiten' buiten de werkingssfeer van de Wet Arob te houden. Omgekeerd zou de clausule waarborgen dat het beroep slechts zou openstaan tegen besluiten die staats- of administratiefrechtelijk van aard zijn. Niet werd gesproken over de vraag waar de grens tussen de staats- of administratiefrechtelijke en de privaatrechtelijke besluiten liep, en dus ook niet over de vraag of de schrapping van 'voorschrift' op die loop van invloed was.

Maar nu kwam het vervolgens tot vervanging van de geciteerde positieve eis 'gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijk

(10) Witte stukken Tweede Kamer 1973-1974-11279, 11280, nr. 8, blz. 57.

(11) Witte stukken Tweede Kamer 1973-1974-11279-11280, nr. 8, blz. 6.

ke bevoegdheid of verplichting' door een negatieve, bestaande in uitzondering van de rechtshandeling naar burgerlijk recht. Veel zegen de stukken er niet van. Doel van de vervanging was, aldus het Tweede-Kamerlid Franssen, 'formele hinderpalen' te verwijderen die de rechter zouden kunnen beletten om overheidsoptreden in zijn oordeelsvorming te betrekken. 'In het voorstel van het wetsontwerp', aldus Franssen (12), 'moet nog steeds worden uitgemakt, of een beschikking gegeven is krachtens een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting. In de suggestie van de Raad van State behoeft, dacht ik, alleen te worden vastgesteld, dat er geen sprake is van een rechtshandeling naar burgerlijk recht'.

Franssens toelichting wordt beheerst door een verwijzing naar de kritische inventarisatie die Stellinga in 1971 had gemaakt van de niet-ontvankelijkverklaringen onder de Wet beroep administratieve beschikkingen (13). Stellinga's kritiek betrof niet de door wet en Kroon gestelde eis dat een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting voorhanden was, maar de eis dat deze in een voorschrift moest zijn vervat. Van een verlaten van de eerstgenoemde eis reppen Stellinga noch Franssen (14). Ik concludeer dat het wijzigingsvoorstel was ingegeven door de, inderdaad behoudende, koers die de Kroon had gevaren bij de uitlegging van de woorden 'een in enig () voorschrift vervatte'.

De ministers namen het voorstel zonder commentaar over. Gezien de houding die zij in het debat plachten aan te nemen zodra een wezenlijke uitbreiding aan de orde scheen mag uit hun stilzwijgen worden afgeleid dat zij in de vervanging van de positieve eis door de negatieve geen verruiming van principiële betekenis zagen.

Zo verscheen de term 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' in de Wet Arob. Het materiaal uit de wetsgeschiedenis dat hem kan ver-

(12) Handelingen Tweede Kamer 1973-1974, blz. 4543.

(13) J.R. Stellinga, 'De verhoogde rechtsbescherming van de Wet B.A.B.', *Tijdschrift voor Overheidsadministratie* 1971, blz. 180.

(14) Ook de losbladige uitgave '*Wet beroep administratieve beschikkingen*' van J.M. Kan en H.Th.J.F. van Maarseveen, Alphen aan den Rijn 1964 (naar welk werk in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer werd verwezen) uit scherpe kritiek op dit punt zonder de eis van een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting aan te tasten.

klaren is mager. Het verloop van zaken laat echter de volgende conclusies toe:

1°. Bij de vervanging van de positieve eis van een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting door de negatieve dat het besluit geen rechtshandeling naar burgerlijk recht mag zijn heeft de bedoeling voorgezet, de Wet Arob in de praktijk een zo ruim mogelijke werking te geven.

2°. Er is echter geen aanwijzing dat de wetgever meende, door deze vervanging besluiten die niet krachtens een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting worden gegeven onder de Wet Arob te hebben gebracht.

3°. De wijziging diende om het risico te vermijden dat de Afdeling rechtspraak resp. de beslisser in de bezwaarschriftenprocedure, die echte of vermeende moeilijkheden ondervindt bij het aanwijzen van de staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting, zou besluiten tot een enghartige interpretatie van dat begrip, en louter daardoor besluiten buiten Arob zou houden.

4°. De wetgever veronderstelde dat een rechtshandeling naar burgerlijk recht gemakkelijker te herkennen zou zijn dan een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting.

Verschuiving van de kijk op art. 2

Van de overige ingrepen die art. 2 ter gelegenheid van de overstap op Arob onderging is ongeveer hetzelfde te zeggen als van de zojuist besproken wijziging. Zij zijn uiting van een streven naar brede toepassing van de verhoogde rechtsbescherming, dat echter onbestemd bleef. Zij verruimden het artikel naar de letter, maar hoever zij de reikwijdte ervan vergrootten was niet goed aan te wijzen.

De al aangestipte verwijdering van het element 'voorschrift' wekte nog het meest de indruk een verruiming te zijn. Zij was in feite niet meer dan een redactionele correctie, nodig geworden door de al te voorzichtige opstelling van de Kroon, gehoord de Afdeling voor de geschillen van bestuur; zo is zij ook aangediend. Over de effecten die de verwijdering, vooral in samenhang met de erop gevolgde vervanging van de positieve bevoegdheidseis door de uitzondering van de rechtshandeling naar burgerlijk recht, zou kunnen hebben is niet gesproken. De schrapping van de aanduidingen 'eenzijdig' en 'naar buiten gericht' (15) werd zonder een daarop toegespitste toelich-

ting door de Kamer voorgesteld. De ministers namen het voorstel over zonder de wijziging iets anders dan een 'vereenvoudiging' te noemen. Te vermoeden is dat zij ook hier slechts beoogden om onder vermindering van nader overleg met de ambtgenoten en anderen, en dus zonder wezenlijke wijziging van het ontwerp, met de Kamer tot overeenstemming te geraken. De op het oog meest ingrijpende verandering, de vervanging van de ingewikkelde omschrijving aan het slot van het eerste lid door de clausule 'gericht op enig rechtsgevolg', vormt eveneens meer een intentieverklaring dan een aanwijsbare verruiming. Dit blijkt voldoende uit het advies dat G.J. Wiarda over die vervanging uitbracht (16).

Het zou echter, de kleur van de wetsgeschiedenis in aanmerking genomen, niet juist zijn tot het ontbreken van elke wijziging te besluiten. Nu onduidelijk bleef wat de beslissingen over de bewoordingen inhielden moet aan de richting van de beraadslaging betekenis worden gehecht.

Het kwam niet tot ontkoppeling van de omschrijving van de rechterlijke bevoegdheid en de omschrijving van 'beschikking'. De discussie trok zich echter niet in de eerste plaats de zuiverheid van de beschikkingsdefinitie aan. De kijk op art. 2 verschoof. Het artikel zou voortaan minder behoren te worden gezien als een omschrijving van 'beschikking' die tevens de bevoegdheid van de rechter bepaalde, en meer mogen worden beschouwd als een bevoegdheidsomschrijving die de vorm van een definitie van 'beschikking' had aangenomen. Dat zou ook gelden voor de rechter die het te hantieren kreeg.

Gebleven waren de uitsluiting van het feitelijk handelen (en de besluitvorming daaromtrent) en van de regelgeving (en wat daarop leek). Binnen die grenzen zou de bestuursgestie, de activiteit van de overheid als zodanig, of hoe men het verticaal gerichte optreden van administratieve organen verder wil noemen, onder de controle van de Afdeling rechtspraak moeten vallen. Om het verticale element aan te duiden werd een negatieve term ingevoerd, nl. de uitzondering van de rechtshandeling naar burgerlijk recht. De keus van die term werd slechts bepaald door de wens dat niet goedkoop tot

→ Tweede Kamer 1973-1974, blz. 4576; witte stukken Tweede Kamer 1974-1975-11279, 11280, nr. 30, blz. 1.

(16) Witte stukken Tweede Kamer 1974-1975-11279, 11280, nr. 32, blz. 4 en 5.

het ontbreken van verticaal gericht bestuurlijk optreden zou worden geconcludeerd. Over de betekenis van de woorden 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' werd niet gediscussieerd.

Art. 2 was er daarmee niet duidelijker op geworden. Dat had het voordeel, dat de Afdeling rechtspraak ruimte kreeg om uit te maken wat zij onder verticaal bestuurlijk optreden wenste te verstaan. Tegelijk schiep de onduidelijkheid het risico dat de rechter zou gaan beneden een door de wet bedoeld maar niet omschreven minimum. En de slecht overwogen introductie van de term 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' kon zelfs een nadeel vormen. Verticaal optreden dat de Afdeling rechtspraak wegens de ruime redactie van het eerste lid aan zich zou kunnen trekken zou zij wellicht weer moeten of menen te moeten prijsgeven wegens de privaatrechtelijke vorm van het optreden. Welke keuzen de Afdeling rechtspraak tot dusver maakte zullen wij in hoofdstuk 4 zien. Het voorgaande maakt duidelijk dat zij bij het bepalen van haar houding tegenover het besturen in privaatrechtelijke vormen weinig direct houvast zou hebben aan de wetsgeschiedenis. Aan een in- of uitsluiten van dat besturen is bij het vaststellen van art. 2 niet gedacht. Die kwestie duikt pas op bij de toepassing van de Wet Arob.

Verschillend gericht beraad

Het is, achteraf gezien, een van de merkwaardigheden in de wetsgeschiedenis van Arob dat het besturen in privaatrechtelijke vormen buiten bespreking is gebleven. Eén verklaring is, dat de lagere openbare lichamen niet onder de Wet beroep administratieve beschikkingen waren gebracht. Dat stelde de ontmoeting tussen het gemeentelijk grondbeleid en de algemeen aanvullende administratiefrechtelijke voorziening uit tot na de inwerkingtreding van de Wet Arob. Dit laatste geldt eveneens voor het subsidiebeleid, dat voor alle bestuurslagen buiten de Wet beroep administratieve beschikkingen was gehouden. Op rijksniveau wordt bij subsidiëring nogal eens gebruik gemaakt van de overeenkomst. Dat zijn echter betrekkelijk toevallige omstandigheden. Zij betekenen weinig tegenover het feit dat het onderwerp 'overheid en privaatrecht' al een halve eeuw de aandacht van de doctrine had. In het bekende themanummer van *W.P.N.R.* uit 1970 (17), verschenen midden in de ja-

ren waarin de aanloop tot Arob werd genomen, geeft J.M. Polak (18) een opsomming van publikaties die sinds de eerste wereldoorlog aan het onderwerp waren gewijd. Het themanummer zelf voegt er het nodige aan toe. Op de departementaal-parlementaire lijn vindt men echter niets van die discussie terug, ongeacht of men de kamerstukken over de Wet beroep administratieve beschikkingen dan wel die over de Wet Arob raadpleegt.

De Vereniging voor Administratief Recht besteedde in 1950 en 1972 vergaderingen respectievelijk aan het rapport van de commissie-De Monchy (19) en het ontwerp-Wet Arob (20). Ook daar werd ons onderwerp niet aangeraakt, met één uitzondering. Steenbeek wees in de vergadering van 1972 (21) op het pleidooi van Van Wijk uit 1960 (22) voor uitbreiding van het ontwerp-Wet beroep administratieve beschikkingen. Van Wijks stelling was dat de burger behoefte heeft aan verhoogde rechtsbescherming overal waar de overheid krachtens 'droit fonction' optreedt. Het betoog van Van Wijk is niet uitgeput met zijn kritiek op de eis in de beschikkingsdefinitie dat de bevoegdheid of verplichting is gegrond op een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, en met zijn voorstel tot uitbreiding van het ontwerp tot 'handelingen'. De zenuw van zijn argumentatie is, dat hij toepasselijkheid van de Wet beroep administratieve beschikkingen wil daar waar hij bestuurlijk optreden bespeurt. In dat optreden is voor hem begrepen het 'handelen in vormen des rechts en met beoogd gevolg voor 't recht' dat niet berust op een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift. Of, zoals Steenbeek in 1972 in zijn samenvatting van Van Wijks redenering zei: 'Voor de burger die rechtsbescherming zoekt tegen wat de overheid hem aandoet is het niet relevant of hij door die overheid

(18) J.M. Polak, 'De overheid in het privaatrecht. Inleidende opmerkingen', *W.P.N.R.* 1970 blz. 11.

(19) 'Verhoogde rechtsbescherming', Geschrift XXI van de Vereniging voor Administratief Recht.

(20) 'Rechtsbescherming tegen de overheid', Geschrift LXVII van de Vereniging voor Administratief Recht, blz. 35.

(21) Via een verwijzing naar het advies dat de Vereniging van Nederlandse Gemeenten op 29 december 1971 aan de Tweede Kamercommissie voor het ontwerp-Wet Arob had gericht (*De Nederlandse Gemeente* 1972 blz. 26).

(22) H.D. van Wijk, 'Besluiten en handelingen', in Opstellen, aangeboden aan prof. mr. dr. G. van den Bergh, Alphen aan den Rijn 1960; het opstel is herdrukt in *'Besturen met recht*. Een keuze uit het werk van prof. mr. H.D. van Wijk', 's-Gravenhage 1974.

wordt belaagd met een optreden in de publiekrechtelijke vorm zoals de beschikking of met een optreden, dat als privaatrechtelijk kan worden beschouwd'. Van Wijk werkte vooral met voorbeelden ontleend aan de sectoren energielevering en uitoefening van huisrecht. Dat doet niet af aan de betekenis van zijn betoog als impliciete voorspelling van de vragen die de verhoogde rechtsbescherming zou oproepen bij haar ontmoeting met het besturen in privaatrechtelijke vormen.

Steenbeeks interventie is eveneens belangwekkend wegens zijn advies, niet te proberen Van Wijks woorden in daden om te zetten door wijziging van het ontwerp-Wet Arob. 'Vertraging', 'haalbaarheid' en 'later weer verder komen' zijn in wat Steenbeek zei de sleutelwoorden. Ik zou ze hier niet ten koste van wat hij en anderen verder betoogden beklemtonen als ze niet de in mijn ogen voornaamste verklaring bevatten van het stilzwijgen op de departementaal-parlementaire lijn. Eventuele gedachten aan het besturen in privaatrechtelijke vormen werden daar gemakkelijk verdrongen. 'De voornaamste verklaring'. Ook andere factoren zullen hebben bijgedragen aan de scheiding tussen de doctrinaire discussie over 'overheid en privaatrecht' en het praktisch-wetgevende werk aan de verhoging van de rechtsbescherming. In de doctrinaire discussie ging het, als bekend, vanouds niet om de verdeling van bevoegdheden tussen de gewone en de administratieve rechter, maar om de geoorloofdheid en de normering van het gebruik van privaatrechtelijke vormen door de overheid. En bij dat gebruik dacht de doctrine dan nog meer aan de bevoegdhedenovereenkomst dan aan de stelselmatig als bestuursinstrument gehanteerde beleidsovereenkomst (23), die de discussie eerder in de richting van de beschikking en van de rechtsbescherming door administratiefrechtelijke voorzieningen had kunnen voeren. Anderzijds stond in het praktisch-wetgevende werk, sinds de commissie-De Monchy het waterdichte schot had aangebracht tussen de beschikking en al het overige, de beschikking in de beperkte betekenis die de commissie daaraan had toegekend centraal. Vervolgens geldt dat het verschuiven van gezichtspunten een moeizaam verlopend proces is. Aan wat er uitziet als burgerlijk recht wordt gemakkelijk een privaatrechtelijke

(23) Ik volg hier de terminologie van Koeman in diens preadvies *N.J. V.* 1980 (Handelingen 1980 deel 1, eerste stuk) blz. 10.

aard toegedacht. En tenslotte is er het kwantitatieve argument. De beschikking in de ouderwets-doctrinaire zin nam en neemt zo'n overheersende plaats in de bestuurspraktijk in dat het wijs moest worden geacht daar de wetgevende aandacht op te richten.

3. ANDERE VRAGEN OVER ARTIKEL 2

Niet alleen het element 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' heeft in de praktijk van de Arobrechtspraak vragen opgeroepen. De definitie van 'beschikking', of liever: de omschrijving van de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak, heeft nog andere kwestieuze kanten. Ik duid enige vraagpunten aan. Hun bestaan bewijst opnieuw — het was ook de strekking van het vorige hoofdstuk — dat het bij de vaststelling van de Wet beroep administratieve beschikkingen en de Wet Arob niet tot een toereikende discussie over de vormen van besturen gekomen is.

Besluit

De Wet beroep administratieve beschikkingen zag, net als de commissie-De Monchy, de beschikking als de bestuurshandeling waar bij algemeen bindende regelingen worden toegepast op concrete gevallen (24). Het beeld van eenvoud dat die aanduiding oproept is voor het overgrote deel van het bestuurswerk niet verouderd. Daarom is het gewoonlijk niet moeilijk om de aanwezigheid van een 'besluit' vast te stellen, en te constateren dat althans dat element uit art. 2 van de Wet Arob aanwezig is. Maar het door participatie en planning procesmatiger wordend bestuur is ook ingewikkelder figuren gaan kennen. Het ontwerp-Kaderwet specifiek welzijn (25) hanteert een vierjarenplan, een jaarprogramma en een financiële afrekening. Waar is nu 'het besluit' dat de particuliere welzijnsinstelling de bekostiging van haar voorzieningen waarborgt? In de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak manifesteerde de verschuiving naar gelede besluitvorming zich niet als een discussie rondom het element 'besluit', maar in de vraag of een uitlating in een van de fasen van de besluitvorming geacht kon worden op rechtsgevolg te zijn gericht. De Arobrechter kreeg vragen te beantwoorden als: wat is de functie van de beslissing een nota vast te stellen en die te aanvaarden als uitgangspunt voor het in de eerstvolgende jaren te voeren beleid (26)? Wat is de positie van de aanwijzing van een lokatie,

(24) Witte stukken Tweede Kamer 1958-1959-5363, nr. 3, blz. 10.

(25) Laatstelijk witte stukken Tweede Kamer 1980-1981-14493, nr. 19.

(26) Luchthaven Teuge, AR 26 aug.1977, A.B. 1977, 421, *De Gemeentestem* 9 dec. 1977.

indien die aanwijzing naar verwachting van invloed zal zijn op toekomstige besluiten, waaronder beschikkingen (27)?

Administratief orgaan

Ook het element 'administratief orgaan' uit de bevoegdheidsomschrijving van art. 2 valt minder gemakkelijk af te grenzen dan men met de Grondwet voor zich zou denken. De Afdeling rechtspraak ontmoette stichtingsbesturen waarvan niet zonder wikken en wegen te zeggen was of zij 'met enig openbaar gezag binnen Nederland bekleed' waren (28). Art. 1, eerste lid, van de Wet Arob dwingt de Afdeling, door de geciteerde bewoordingen, tot een blik achter het privaatrechtelijke uiterlijk. Wat zou de Afdeling hebben gedaan als de wetgever, met de bedoeling enge interpretatie te voorkomen, de omschrijving had gewijzigd in 'elke organisatievorm, met uitzondering van organisatievormen naar burgerlijk recht'?

Gericht op enig rechtsgevolg

De grens getrokken door de clause 'gericht op enig rechtsgevolg' kan niet vaag worden genoemd, maar wel weinig logisch. Dat laatste geldt niet voor zover de wetgever met de opneming van dit element beoogd heeft een aantal overheidsbezigheden waarvoor geen verhoogde rechtsbescherming nodig is buiten Arob te houden. Te denken is aan besluiten die eerdere besluiten herhalen zonder dat van nieuwe feiten of omstandigheden sprake is, aan weigeringen om op een verzoek in te gaan omdat het orgaan niet tot beschikken bevoegd is, en aan blote mededelingen. De clause doet hier even nuttig werk als haar breder omschreven voorgangster in de Wet beroep administratieve beschikkingen.

Hét effect van de voorwaarde dat het besluit op rechtsgevolg moet zijn gericht is natuurlijk de uitsluiting van het besluit gericht op feitelijk handelen. Dit effect is even bewust gewild als het zojuist geschetste. De opportuniteit ervan in 1963 en 1975 laat ik nu daar.

(27) Prostitutiecentrum Rotterdam, Vz. AR 14 dec. 1977, *De Gemeentestem* 20 jan. 1978.

(28) Bijv. de Stichting Fonds voor de Letteren, AR 7 april 1978, *A.B.* 1978, 474. Op dit Fonds heeft betrekking het ontwerp-Wet betreffende regels voor de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen op het gebied van de kunst, witte stukken Tweede Kamer 1979-1980-15997.

Gezegd moet echter dat de clause tot een maatschappelijk weinig aanvaardbaar resultaat voert. Er wordt op ruime schaal bestuurd door middel van feitelijk handelen. De wetgever trok hier voor de administratieve rechter een grens die dwars door de bestuurlijke activiteit heen loopt. Naar mag worden aangenomen spreekt dit onderscheid tussen besturen en besturen de burger weinig aan (29). Voor de meeste gevallen van politiedwang heeft de Afdeling er gelukkig iets op gevonden.

Overigens, de clause 'gericht op enig rechtsgevolg' belet in een aantal gevallen het actueel worden van de bevoegdheidsvraag die ons in dit preadvies bezighoudt. Ik denk aan de situatie waarin de overheid ter behartiging van een openbaar belang optreedt met behulp van de uitoefening van eigendomsrecht, en wel in de vorm van feitelijk handelen. Zou de wetgever, gesteld dat hij verhoogde rechtsbescherming tegen feitelijk handelen had willen scheppen, zulk optreden, als gebaseerd op het burgerlijk recht, buiten die rechtsbescherming hebben willen houden? En zou de Afdeling rechtspraak zich dan hebben laten gezeggen door een wettelijke uitzondering van bijv. 'optreden krachtens burgerlijk recht', zoals zij ook thans — wij komen er in het volgende hoofdstuk op — menigmaal de in civiel geklede bestuurder ongemoeid laat? Speculatieve vragen. Wel onderstrepen zij opnieuw het betreffelijk willekeurige van de scheiding die de clause 'gericht op enig rechtsgevolg' maakt. Het Rijk zou (30), om een gemeente te brengen tot de bouw van een zuiveringsinstallatie, met een beroep op zijn eigendomsrecht op een rivier de lozing van ongezuiverd afvalwater door de gemeente kunnen tegengaan door haar de gevraagde toestemming te weigeren of een in gang zijnde lozing te verbieden, maar even goed door de lozing met een dam onmogelijk te maken. Evenzo zouden burgemeester en wethouders met een bestuurlijk oogmerk de toegang tot openbare gemeentegrond kunnen weigeren door paaltjes te slaan. Aan de burger die rechtsbescherming zoekt valt het onderscheid tussen juridisch en feitelijk verticaal optreden evenmin duidelijk te maken als het verschil tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk gedoopt besturen.

(29) Zie bijv. binnenring Amsterdam, AR 20 jan. 1978, *De Gemeentestem* 31 maart 1978; luchthaven Teuge, AR 26 aug. 1977, *A.B.* 1977, 421, *De Gemeentestem* 9 dec. 1977; weigering verlegging tegelpad, AR 12 juli 1978, *A.B.* 1978, 433.

(30) Ik negeer in dit voorbeeld de Wet verontreiniging oppervlaktewateren.

Besluiten van algemene strekking

Niet toereikend in de zin van onvolledig was de wetgevende discussie over de uitzondering van het besluit van algemene strekking. Aan de besluiten omtrent algemeen verbindende regels (goedkeuring, inwerkingtreding, aanwijzing van geldingsgebieden) en omtrent andere projecten waarbij het aantal betrokken personen enz. niet aanwijsbaar is heeft de wetgever blijkens de kamerstukken bewust gedacht (31). De jurisprudentie kreeg overigens reeds op dit punt menige knoop door te hakken (32). Men mist echter in de wetsgeschiedenis een beschouwing over het plan. Hier sluit Arob niet voldoende aan op de bestuurlijke werkelijkheid. Ik noemde al de spreiding in de tijd die de besluitvorming door de introductie van het plan ondergaat. Daarnaast zijn er ook hier de kwesties rondom de onbepaaldheid van het aantal betrokken personen (33), de toepasselijkheid voor een geheel gebied (34) enz. Wat voor de ontvankelijkheid werkelijk moeilijkheden kan gaan geven is echter de voornaamste eigenschap van het plan, de samenhang tussen zijn onderdelen. Al weet de burger nog zo precies aan te wijzen welk onderdeel van het plan speciaal hem in zijn belang treft, de beoordeling van dat onderdeel zal vaak niet mogelijk zijn zonder de overige onderdelen in die beoordeling te betrekken. Ook kan vernietiging van een onderdeel tevens nopen tot wijzigingen elders. De terughoudendheid die de Arobrechtster inzake de ontvankelijkheid van beroepen tegen (onderdelen van) plannen aan de dag legt is verklaarbaar (35). De appellant is met deze constatering echter niet geholpen.

Naast de ongewilde, of in elk geval niet zichtbaar overwogen, uitsluiting van het plan door de Arobwetgever zal de wél gewilde uitsluiting van door bestuursorganen uitgevaardigde algemeen verbindende

(31) Witte stukken Tweede Kamer 1973-1974-11279, 11280, nr. 8, blz. 11.

(32) Bijv. Kamer van Koophandel Gouda inzake Zoetermeer, K.B. (Wet beroep administratieve beschikkingen) 10 dec. 1976, *De Gemeentestem* 28 jan. 1977; natuurgebied Korendijsche Slikken, Vz. AR 20 april 1978, *A.B.* 1978, 405.

(33) Bijv. voorbereidingsbesluit bestemmingsplan Valburg, AR 16 febr. 1978, *A.B.* 1978, 479.

(34) Bijv. ruilverkaveling Everlose Beek, AR 12 jan. 1978, *A.B.* 1978, 406.

(35) Zie bijv. spreidingsplan ambulance-auto's Overijssel, AR 11 maart 1980, *A.B.* 1980, 463.

dende voorschriften in de komende jaren aandacht vragen. Die uitsluiting wordt minder aanvaardbaar indien men zo'n voorschrift niet in de eerste plaats als gedelegeerde wetgeving maar primair als instrument in handen van de administratie moet zien. De opdracht tot deze regelgeving is in een aantal gevallen (Prijzenwet, Wet op de loonvorming) niet zozeer een nolens volens door de formele wetgever afstaan van regelmacht als wel een bewuste bewerktuiging van bestuursorganen. Het verschil met de beschikkingsbevoegdheid vervliegt. Tot uitwerking van inhoudelijke normen uit de formele wet, vanouds een geijkte taak voor de 'uitvoeringsvoorschriften' zijn deze organen nauwelijks meer geroepen, omdat die normen er bijna niet zijn. De strekking van de wet, die dan soms nog enkel in de considerans te vinden is, vormt het voornaamste richtsnoer. Van invloed van het parlement als mede-opdrachtgever, toch meestal het argument om rechterlijke controle minder gewenst te achten, is bij dit soort 'regelgeving' niet méér sprake dan bij de individueel gerichte besluiten, die wél onder de administratiefrechtelijke voorzieningen zijn gebracht. Ook niet minder, maar dat het parlement achter- of vooraf meespreekt over de individueel gerichte besluiten is nooit als belemmering voor het openen van administratiefrechtelijke voorzieningen opgevat. Men kan het procederen tegen besluiten met een algemene strekking betreuren omdat men een politiek forum meer aangewezen acht dan een rechterlijk. Wij staan echter voor het feit dat particuliere collectiviteiten, de regelgeving als bestuur ervarend, zich tot de gewone rechter richten en daar gehoor vinden. De vraag of niet de administratieve rechter deze taak behoort over te nemen moet dan in elk geval gesteld worden (36). Temeer, omdat — maar nu kom ik van de ontvanke-lijkheid op de toetsingsnormen — de administratieve rechter bij uitspek geschikt is om de zorgvuldige voorbereiding van het algemeen verbindende voorschrift te toetsen. Om die voorbereiding zal het vooral gaan, nu de wet die tot de regelgeving machtigde arm is aan materiële normen en daardoor weinig houvast geeft buiten de procedurele bepalingen voor de besluitvorming over de regelgeving. Een enkele maal zal wellicht met een beroep op de strekking van de wet kunnen worden betoogd dat de bestuurder het instrument heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het hem was ge-

(36) Ik laat nu daar dat dit niet altijd de Afdeling rechtspraak zou behoeven te zijn.

geven, of zal kunnen worden gesteld dat hij, gezien de loop van gevoerd overleg, gewekt vertrouwen beschaamt door op dit moment met zijn maatregel te komen.

4. HET BELEID VAN DE AFDELING RECHTSPRAAK

In Wateringen, in een straat die Blauwe Alicante heet, wilde iemand zijn huis verkopen. Hij vroeg burgemeester en wethouders om ontheffing van het anti-speculatiebeding dat ten gunste van de gemeente bij de koop van de woning was overeengekomen. Toen de afwijzing van dit verzoek tenslotte voor de Afdeling rechtspraak kwam, verklaarde deze de appellant niet-ontvankelijk (37). Het besluit van B. en W. was, zo stelde zij, niet gericht op een ander rechtsgevolg dan het weigeren van een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Een routinebeslissing, die hier voorrang krijgt om een extra-overweging van de Afdeling. Zij 'merkt nog op dat de door appellant aangevoerde grief dat er met betrekking tot overheidsbesluiten als het onderhavige geen andere bepaling van publiekrechtelijke rechtsbescherming geldt er niet toe kan leiden dat op die grond zodanige besluiten van privaatrechtelijke aard als beschikking in de zin van de Wet Arob kunnen worden aangemerkt'. Ziedaar een teken van het onbehagen dat ik in de Inleiding aanwees als reden voor de N.J.V.-vraagstelling van 1981. De burger voelt zich niet contractant maar bestuurde. Bij besturen hoort, zo meent hij, een administratiefrechtelijke voorziening; is er geen speciale dan is er Arob. Het denkbeeld dat Arob er niet zou zijn omdat er geen bestuur maar burgerlijk recht aan de orde is spreekt hem, gezien zijn uitgangspunt, per definitie niet aan. Dan moet dat 'privaatrechtelijke' besluit maar beschikking worden genoemd.

De hier gereconstrueerde gedachtengang van appellant veronderstelt keuzevrijheid van de Afdeling: beschikking/geen beschikking, bevoegd of niet bevoegd. Is — ik laat het geval nu verder los — bij de Afdeling van zulk een ontvankelijkheidsbeleid sprake? Dat een rechter de mogelijkheid van een beleid niet pleegt te noemen in zijn uitspraken, en steeds met stelligheid een enkelvoudige betekenis van de bevoegdheidsregeling aanwijst, doet niet ter zake. Daar aan vooraf gaat immers de uitlegging van die bevoegdheidsregeling.

(37) Blauwe Alicante, AR 3 juni 1980, *A.B.* 1980, 537.

De hoofdlijn van de Afdeling rechtspraak

De Afdeling rechtspraak nu kan zich naar de letter van art. 2 een ruime bevoegdheid toemeten. Immers, zij behoeft geen positief bestuurlijk kenmerk van het bestreden besluit aan te wijzen. Pas als evident is dat zich een rechtshandeling naar burgerlijk recht voordoet behoort zij zich, zo suggereert art. 2, terug te trekken.

De Afdeling rechtspraak geeft er echter de voorkeur aan, met behulp van een positief, aan het publieke recht ontleend criterium uit te maken of zich een door haar te controleren bestuurlijk optreden voordoet. Zij laat haar bevoegdheid nl. in de eerste plaats afhangen van de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel (38). Dat is haar hoofdlijn. Illustratie volgt straks. Echter, gedachtig aan de ruimte die art. 2 haar geeft veroorlooft de Afdeling zich wel eens afwijking van deze hoofdlijn; daarover later. De voorkeur van de Afdeling voor de hoofdlijn deel ik. Voor het volgen ervan pleit naar mijn mening het volgende.

1°. De geschiedenis van de tekst

De Afdeling weet, dat art. 2 juist op het punt van de afgrenzing tussen bestuur en niet-bestuur een betrekkelijk toevallige tekst heeft gekregen. Niet centraal stond de wens, rechtshandelingen naar burgerlijk recht uit te sluiten. Centraal stond het verlangen, te voorkomen dat gemakkelijk tot onbevoegdheid zou worden geconcludeerd wegens het ontbreken van een bestuursrechtelijke titel (39). De wetsgeschiedenis laat toe, art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b*, van de Wet Arob terug te vertalen in een positief element binnen het eerste lid: 'gegeven krachtens een bestuursrechtelijke titel, onder onbekrompen uitlegging van deze term'. (Met dit laatste wil ik, dit ten overvloede, niet zeggen dat overheidsbevoegdheden ten opzichte van de burger ruim behoren te worden uitgelegd, maar dat de administratieve rechter, als het om het bepalen

(38) Mijn conclusie op dit hoofdpunt stemt overeen met wat eerder is opgemerkt door F.A.M. Stroink, 'Rechtshandeling naar burgerlijk recht en/of Arob-beschikking?', *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1979, blz. 391-395 en 423-427.

(39) Nu ik tot het heden ben gevorderd vervang ik de aanduiding 'staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting' zoveel mogelijk door 'bestuursrechtelijke titel'.

van de grenzen van de verhoogde rechtsbescherming gaat, niet te gemakkelijk veronderstellen moet dat niet van een verticaal optreden sprake was).

2°. Arob is niet alomvattend

De Arobwetgever is, bij alle verschuiving van de kijk op art. 2, in zoverre in de lijn van de commissie-De Monchy gebleven dat hij geen 'rechter voor de zaken tegen de overheid' heeft willen schep- pen, en zelfs geen 'rechter voor de zaken tegen de bestuurlijke overheid'. Mondelinge bestuurlijke besluiten, besluiten gericht op bestuurlijk feitelijk handelen, bestuurlijke besluiten van algemene strekking zijn bewust buiten de rechtsmacht van de Afdeling recht- spraak gehouden. Art. 2 beoogt, uit de totale overheidswerkzaam- heid een terrein voor Arob af te palen. In die wetenschap mag de Afdeling rechtspraak haar bevoegdheidsomschrijving uitleggen. Met het voeren van een ontvankelijkheidsbeleid daar waar de wet ruimte voor keuzen laat blijft de Afdeling rechtspraak in de stijl van de Arobwetgever. Deze pretendeerde allerm minst de totale be- stuurlijke bezigheid te omschrijven. Hij trok juist grenzen dwars door die bezigheid. De beoordeling van grote stukken bestuur — ik noem nog eens de besluiten gericht op feitelijk handelen — liet hij bewust aan de gewone rechter.

3°. De begrenzing is onduidelijk

De derde overweging die pleit tegen het gebruik van de begrenzing 'geen rechtshandeling naar burgerlijk recht' door de Arobrechter is de onduidelijkheid van die begrenzing. Formeel kan men natuur- lijk de situatie voor duidelijk houden als de uitoefening van een zakelijk recht of het sluiten van een overeenkomst is geconstateerd. Wat echter duidelijk moet worden is, dat niet van bestuur sprake is en dat daarom de administratieve rechter niet aan bod behoort te komen. Met de constatering dat geen bestuursrechtelijke titel aanwezig is en dat dáárom geen administratiefrechtelijke voorzie- ning open staat is de diagnose zuiverder gesteld. Een meer vrucht- baar uitgangspunt voor correcties is gevonden.

4°. De administratieve rechter moet zich profileren

De Hoge Raad toonde zich tot dusver bereid bij zijn ontvankelijkheidsbeleid de claims van de Afdeling te volgen. Hij verklaarde de waarschuwing inzake politiedwang tot beschikking in de zin van de Wet Arob, en oordeelde dat art. 80 van de Wet op de Raad van State rechtmatigheidstoetsing insloot (40). De eisers werden, dienovereenkomstig, naar de Afdeling en haar voorzitter verwezen. Zo zullen ongetwijfeld ook eventuele civiele korte gedingen tot het verkrijgen van informatie krachtens de Wet openbaarheid van bestuur worden afgekappt (41), en zo mag verder worden verwacht dat, als de Afdeling rechtspraak volhardt bij haar afzijdigheid in de meeste zaken over de Beeldende Kunstenaars Regeling(42), de Hoge Raad het negatieve bevoegdheidsgeschil zal oplossen dat voortvloeit uit de eveneens afzijdige houding van het Haagse gerechtshof (43).

Voor dit samenspel is duidelijkheid over de omvang van het taakgebied van de administratieve rechter nodig. Volgens het betrekkelijk weinig geciteerde art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie komt het optreden van de administratieve rechter in mindering op de mogelijkheid, geschillen te doen beslechten door de gewone rechter (44). Het rechtsgebied van de gewone rechter strekt

(40) Plassenschap Loosdrecht, H.R. 25 nov. 1977, *A.B.* 1978, 1, *N.J.* 1978, 255, *De Gemeentestem* 23 dec. 1977, *Bouwrecht* 1978 blz. 112.

(41) Zie voor het standpunt van de Vz. AR Verordening openbaarheid Utrecht, Vz. AR 27 nov. 1979, *A.B.* 1980, 77.

(42) Bijv. Groen schilderij, AR 17 dec. 1979, *A.B.* 1980, 560.

(43) Hof 's-Gravenhage 12 sept. 1979, besproken door W. Sloots in 'Kunstig of gekunsteld?', *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1980 blz. 299-302.

(44) Art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie luidt: 'De rechterlijke macht wordt (onverminderd het rechtsgebied over bepaalde onderwerpen bij de Grondwet of bij andere wettelijke bepalingen aan bijzondere colleges toegekend) uitgeoefend door: 1°. de kantongerechten; 2°. de arrondissementsrechtbanken; 3°. de gerechtshoven; 4°. de Hoge Raad.' De hier gegeven uitlegging vindt geen steun in de historie (J.A.M. van Angeren, 'De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen', 1968, blz. 44-46). Dat bezwaar laat ik wijken voor de overweging dat het artikel de uitlegging naar zijn bewoordingen toelaat en door zijn plaats suggereert. Ik besef dat het inbegrijpen van de administratieve rechters in de 'bijzondere colleges' een principiële stap is wegens de bepaling van art. 88, eerste lid, aanhef en onder 4°, van de Wet op de rechterlijke organisatie. Indien echter de Hoge Raad en de administratieve rechters de beide bepalingen op de aangegeven wijze zou-

zich volgens art. 1 Wet R.O. in beginsel uit tot alle geschillen. Aan die open bevoegdheid tot het uitoefenen van de rechterlijke macht, ook in zaken tegen de overheid, doet volgens de jurisprudentie art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie geen afbreuk. Aan die kant dus geen kans op misverstand. Vervolgens komt art. 2 van de Wet Arob, in overeenstemming met het stelsel van art. 1 van de Wet R.O., omschrijven wat het aan de taak van de gewone rechter wil onttrekken. Een bezwaar is dan dat art. 2 van de Wet Arob door op een cruciaal punt een negatieve omschrijving te geven (geen beschikking is de rechtshandeling naar burgerlijk recht) twijfel zaait over zijn reikwijdte. Nu behoeft natuurlijk niet te worden gevreesd dat de gewone rechter louter aan de hand van deze wetstekst over de omvang van zijn bemoeiing zou oordelen. Hij zal nauwlettend in het oog houden hoe de Arobrechter de term 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' uitlegt. De Afdeling rechtspraak moet dan echter haar jurisprudentie zo voorspelbaar mogelijk maken. Het vertalen van de negatieve begrenzing van art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b* door de positieve eis van een bestuursrechtelijke titel draagt hier-toe bij.

5°. Functie van de administratieve rechter

Het is gemakkelijk de Afdeling rechtspraak in naam van de verhoogde rechtsbescherming aan te sporen om ruim te zijn bij het bepalen van het begrip bestuur en dus van haar rechtsmacht. Dan zal men

→ den uitleggen zou er niet veel verschil intreden met de huidige praktijk, waarin het wordt geacht enkel de civiele en strafgedingen te betreffen. Ook nu beslist de Hoge Raad van geval tot geval, aan de hand van zelfstandige uitlegging van de bevoegdheidsbepalingen waarop de administratieve rechters hun optreden baseren, over zijn al of niet terugtreden. Dat blijkt geen bijzondere moeilijkheden op te leveren. Was dat wel het geval, wegens blijvend verschil van inzicht over de bevoegdheidsomschrijving van de administratieve rechter, dan zou daarvoor geen oplossing bestaan. Ruime uitlegging van art. 88 jo. art. 1 voegt aan deze situatie slechts toe dat de administratieve rechter bakzeil moet halen in het geval dat, door het m.i. slechts in theorie denkbare blijvende verschil van inzicht, de beide rechters naast elkaar in de zelfde zaak zouden willen optreden.

Overigens, wat ik opmerk over de profilering van de administratieve rechter blijft gelden ook als men art. 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie niet op de verhouding van de administratieve tot de gewone rechter van toepassing zou achten.

zelf echter enigszins moeten aangeven wat men in art. 2 leest. Zelfstandigheid bij het uitleggen van de bevoegdheidsbepalingen, en een zekere expansiedrift in het belang van de burger, mogen van de rechter worden verlangd. De Arobwetgever heeft zich echter een bevoegdheidsomschrijving veroorloofd die is opgebouwd uit algemene begrippen van het Nederlandse recht. Voor zijn betekenis moet art. 2 het hebben van wat dat recht over die begrippen heeft uitgedokterd. Wanneer dan het primaire bestuursrecht in gebreke blijft de positie van de rechtshandeling naar burgerlijk recht in het overheidsbestuur op te helderen gaat het ver om door middel van de secundaire bepaling die een omschrijving van de rechterlijke bevoegdheid toch altijd is de rechter met die taak te belasten. De beantwoording van de vraag of een bestuurlijke titel aanwezig is kan men met enig recht aan de administratieve rechter opdragen. De vraag waar burgerlijk recht als het door de overheid gebruikt wordt ophoudt wezenlijk burgerlijk recht te zijn mag de wetgever hem in redelijkheid niet stellen. Dat is een knoop die de wetgever zelf zal moeten ontwarren.

Illustratie van de hoofdlijn

Dat de Afdeling rechtspraak eerder let op de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel dan op de afwezigheid van een rechtshandeling naar burgerlijk recht is niet aan al haar uitspraken te zien. In de grote massa van de gevallen is de bestuursrechtelijke titel voor het bestreden besluit zo duidelijk dat de Afdeling de vraag naar haar bevoegdheid niet afzonderlijk stelt, maar volstaat met op te merken dat de toepassing van die en die wet aan de orde is. Sprak de Afdeling wel afzonderlijk over haar bevoegdheid dan zou zij, veronderstel ik, op de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel wijzen en niet beginnen over de afwezigheid van een door niemand bevoegde rechtshandeling naar burgerlijk recht. En toch is het dat wat de wetgever heet te eisen.

Voor ons doel belangwekkend zijn de gevallen waarin de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel twijfelachtig was. Ik vermeld hieronder enkele uitspraken waarin ik de hang van de Afdeling rechtspraak naar de bestuursrechtelijke titel meen te herkennen.

1°. Waterleiding Haarlem (45).

De gemeente, eigenaar en beheerder van een waterleidingbedrijf, gaat over op buizen van kunststof. Een verzoek van een bewoner om vergoeding van de kosten van heraarding van de elektrische installatie — de Bouwverordening eist veiligheid van die installatie — wijst zij af. De Afdeling constateert nu eerst dat geen aanschrijving in de zin van art. 25 van de Woningwet tot het in orde brengen van de elektrische installatie in het geding is. Uit het geschreven of ongeschreven bestuursrecht kan voorts niet een algemene regel worden afgeleid dat de overheid gehouden is tot het vergoeden van kosten die verbonden zijn aan het nakomen van een publiekrechtelijke verplichting. In de derde plaats is geen bijzondere bepaling aan te wijzen die aanspraak geeft op vergoeding. Vervolgens: er kan in dit geval geen publiekrechtelijke titel voor vergoeding worden aangenomen in verband met een door b. en w. gehanteerde beleidslijn. De Afdeling rechtspraak besluit: 'Nu gezien het vorenstaande een publiekrechtelijke titel voor het verstrekken van een vergoeding () ontbreekt, moet de afwijzing () worden aangemerkt als een weigering een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten'.

2°. Stichting dagverblijven Amersfoort (46).

Een gemeentebestuur heeft zich bereid verklaard een uitkering, verleend op grond van de Algemene Bijstandswet, uit te betalen aan een ander dan de bijstandsgerechtigde, nl. aan de Stichting, en heeft dat ook, ten onrechte, aangeduid als 'voldoening van de aan het verblijf verbonden kosten'. Wanneer op deze uitkering een eigen bijdrage van de bijstandsgerechtigde in mindering wordt gebracht komt de Stichting in het geweer. De Voorzitter van de Afdeling rechtspraak aanvaardt dat een vorderingsrecht van de Stichting op de gemeente, en dus een rechtsverhouding tussen die beide tot stand is gekomen; de wijziging van dat recht is een beslissing, op rechtsgevolg gericht. Maar, constateert de Voorzitter, de Algemene Bijstandswet bevat geen enkele bepaling over uitbetaling aan een ander dan de bijstandsgerechtigde. Die wijze van uitbetaling berust dan ook direct noch indirect op de Algemene Bijstandswet of enige andere publiekrechtelijke grondslag. 'Nu vorenbedoelde rechtsverhouding derhalve dient te worden aangemerkt als burgerrechtelijk van aard ...'.

3°. Volkstuin Rotterdam (47).

Burgemeester en Wethouders geven een volkstuinder toestemming tot

(45) AR 13 maart 1979, *A.B.* 1981, 6.

(46) Vz. AR 25 juni 1980, *A.B.* 1980, 495.

(47) AR 20 juni 1980, *A.B.* 1980, 567.

het handhaven van een extra-huisje op zijn tuin. De bond van volkstuinders, die het tuinencomplex van de gemeente heeft gehuurd en tegenover de volkstuinders als wederverhuurder optreedt, tekent Arob-beroep aan. B. en W. beroepen zich in hun beslissing op het bezwaarschrift op een bevoegdheid die zij uit de huurovereenkomst zouden hebben, maar laten dat argument tijdens de behandeling voor de Afdeling vallen. Echter, zo hebben zij eveneens gesteld in hun beslissing op het bezwaarschrift, de contractuele taakoverdracht en -opdracht ter zake van beheer en exploitatie kan 'naar de letter en naar de geest' niet tot gevolg hebben dat de gemeentelijke bestuursorganen geen andere bevoegdheden meer zouden bezitten dan aan deze bij de overeenkomst zijn voorbehouden. Hier kan men, zo merk ik op, nog aan een beroep op het eigendomsrecht van de gemeente denken, maar b. en w. vervolgen met te ontkennen dat die organen 'derhalve op het stuk van de volkstuinen bij voorbaat verder onbevoegd zouden zijn bij de uitoefening van hun wettelijke taak, zoals bijv. wanneer een burger-volkstuinder die in een bijzondere situatie bij appellant geen genoegdoening kan vinden zich tot de gemeente wendt en na zorgvuldige afweging deze individuele burger-volkstuinder tegemoet gekomen wordt ondanks een afwijzend advies van appellant'.

De Afdeling rechtspraak constateert dat het 'ondoorzichtige bestreden besluit' op het bezwaarschrift niet naar een publiekrechtelijke bevoegdheid kan verwijzen. 'De in het publiekrecht toegekende bevoegdheden zijn immers duidelijk omlijnd of te herleiden. Voor het geven van de onderhavige toestemming () is een dergelijke bevoegdheid niet aan te wijzen'. De bond heeft gezegd: dit is een bouwvergunning, maar de Afdeling verwerpt dat. De verleende toestemming is evenmin — de Afdeling zoekt tot het uiterste — een beslissing om geen waarschuwing tot politiedwang te doen uitgaan. Pas als zij heeft vastgesteld dat deze publiekrechtelijke elementen zich niet voordoen concludeert de Afdeling dat 'de juridische basis van de () toestemming tot het handhaven van zijn (des tuinders, B.) extra-tuin hut op de bij de gemeente in eigendom zijnde volkstuin niet anders dan in het privaatrecht is te vinden'.

4°. Rentevergoeding Wet Werkloosheidsvoorziening (48).

De Raad van beroep heeft appellant met terugwerkende kracht een uitkering op grond van de Wet Werkloosheidsvoorziening toegekend. Appellant verzoekt b. en w. om rente over het bedrag van de achterstallige uitkering; zelf heeft hij, naar hij stelt, ter overbrugging bij een bank geld moeten lenen en daar rente betaald. B. en W. tonen begrip maar antwoorden: 'De Wet Werkloosheidsvoorziening kent een dergelijke rentebetaling niet'. Appellant schrijft aan de Afdeling rechtspraak: 'Ik ervaar

het als onrechtvaardig, dat ik tengevolge van hun beoordelingsfout wel rente moet betalen, terwijl zij, door zich in het kader van het bestuursrecht te plaatsen, dat volgens hun redenering niet hoeven'.

De Afdeling rechtspraak merkt op dat appelland, als hij de rente als een uitkering krachtens de Wet Werkloosheidsvoorziening ziet, ingevolge art. 5, aanhef en onder d, van de Wet Arob is aangewezen op de administratiefrechtelijke voorziening die de Wet Werkloosheidsvoorziening zelf biedt. Voor het overige construeert zij ook hier de aanwezigheid van een rechtshandeling naar burgerlijk recht door het ontbreken van een bestuurstitel aan te tonen:

'Indien appelland zijn aanspraak niet op de WWV baseert ligt aan hetgeen hij aanvoert kennelijk de zienswijze ten grondslag, dat de overheid gehouden is de burger schadeloos te stellen indien deze schade lijdt ten gevolge van een onjuist overheidshandelen en dat een weigering van het betrokken overheidsorgaan zulk een schade te vergoeden is aan te merken als een beschikking in de zin van de Wet Arob.

Appelland heeft niet aangegeven, dat er afgedacht van de WWV, een publiekrechtelijke titel is voor het verstrekken van een vergoeding als door hem verzocht.

De Afdeling is van oordeel dat een zodanige titel ook niet is te vinden. Het enkele feit, dat de schade beweerdelijk het gevolg is van een bepaalde wijze van uitoefening van een publiekrechtelijke taak kan in deze niet beslissend worden geacht.

Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld, dat de weigering van verweerders appelland een schadevergoeding toe te kennen is aan te merken als een weigering te erkennen, dat de gemeente op grond van het burgerlijk recht een schuld heeft jegens appelland. Deze weigering betreft derhalve het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht'.

5°. Kasteeldreef Drunen (49).

Het beroep richt zich tegen het besluit van b. en w. om een bedrijf toestemming te verlenen tot het in eigen gebruik nemen van een weggedeelte. Het vereiste van die toestemming was bij de verkoop van gemeentegrond aan het bedrijf overeengekomen voor die gekochte percelen waarop de bestemming van 'openbare weg' rust.

De wnd. Voorzitter constateert dat het betrokken weggedeelte inmiddels krachtens de Ruilverkavelingswet 1954 aan het openbaar verkeer is onttrokken. 'Het vorenstaande in aanmerking genomen kan het bestreden besluit () niet worden aangemerkt als mede te zijn gebaseerd op de Wegenwet, doch is het uitsluitend genomen op grond van de () overeen-

komst. Het dient derhalve te worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht ()'.

6°. Kopersverklaring Etten-Leur (50).

Betreft het bestreden besluit op enige wijze een overeenkomst inzake gronduitgifte dan trekt de Afdeling rechtspraak, ongeacht wat de appellant aanvoert over het karakter van het beleid dat achter de overeenkomst zit, en gewoonlijk met geen ander argument dan dat een overeenkomst van koop en verkoop enz. aan de orde is, de conclusie dat het besluit een rechtshandeling naar burgerlijk recht is. Over de vermoedelijke achtergrond daarvan straks.

In het geval Etten-Leur liet de Afdeling rechtspraak merken dat zij let op de mogelijkheid, een verband te leggen met een bestuursrechtelijke titel: 'De Afdeling merkt nog op dat de weigering van de kopersverklaring in het onderhavige geval niet kan worden aangemerkt als een weigering op voorhand van de woonvergunning, bedoeld in art. 1 van de Woonruimtetwet 1947. Ingevolge het Besluit liberalisatie woonruimtebeleid III van 4 maart 1970 is genoemde wet niet van toepassing in de gemeente Etten-Leur (). Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat voormeld besluit van verweerders () is aan te merken als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, terwijl van een andersoortig besluit geen sprake is'.

7°. Bestemmingswijziging Leidschendam (51).

Er is gecontracteerd tot medewerking van de gemeente aan wijziging van de bestemming van appellantes percelen, tegen betaling door appellant van f 80 000. 'De Afdeling stelt voorop dat het in dit geval niet gaat om een overeenkomst welke publiekrechtelijk is geregeld'.

8°. Geen gunstiger publiekrechtelijke weg aanwezig.

Aan de constatering dat een overeenkomst aanwezig is voegt de Afdeling rechtspraak als bekend dikwijls toe, dat het bestuursorgaan in casu met zijn besluit niet heeft beoogd een doel te bereiken waartoe een publiekrechtelijke weg was aangewezen, door het begaan van welke weg appellant in een gunstiger positie zou zijn gebracht dan bij het volgen van de privaatrechtelijke weg werd verkregen. Volgt vaak nog de afsluitende opmerking dat het orgaan dus 'noch impliciet noch expliciet heeft geweigerd een voor hem openstaande publiekrechtelijke weg te volgen' (52).

(50) AR 13 mei 1980, *A.B.* 1980, 561.

(51) AR 3 jan. 1979, *A.B.* 1980, 614.

(52) Voorbeelden zijn gronduitgifte Haarlemmermeer, AR 21 nov. 1978,

Aan te nemen valt, dat de Afdeling rechtspraak daar waar zich een privaatrechtelijke vorm presenteert deze controle ook verricht als zij er niet uitdrukkelijk melding van maakt. Ik zie er de hoofdlijn in die de Afdeling bij het afgrenzen van haar bevoegdheid naar de kant van het burgerlijk recht volgt: de Afdeling rechtspraak acht voor haar terugtred niet in de eerste plaats bepalend dat een rechtshandeling naar burgerlijk recht aanwezig is, maar dat geen bestuursrechtelijke titel kan worden aangewezen. Zij het, dat de Afdeling in deze gevallen de grensbepaling compliceert door haar bevoegdheid reeds te doen eindigen op het punt waar de bestuursrechtelijke titel ophoudt de burger meer voordelen, m.i. te lezen als 'waarborgen', te bieden dan de privaatrechtelijke weg. Er is nog geen jurisprudentie die duidelijk maakt welk gevolg deze complicatie heeft.

Effecten van de hantering van de hoofdlijn

Toetssteen voor de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak is, ondanks de bewoordingen van art. 2 van de Wet Arob, eerst en vooral de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel. Bij de hantering van deze hoofdlijn drie kanttekeningen.

a. De kans dat de Afdeling rechtspraak haar bevoegdheid te ver zou uitstrekken door een puur civielrechtelijk optreden ten onrechte niet als rechtshandeling naar burgerlijk recht te kwalificeren is bij deze hoofdlijn gering.

b. De hoofdlijn tendeeft er, integendeel, toe om bestuurlijk, als verticaal ervaren optreden buiten de beoordeling van de Afdeling rechtspraak te houden. De Afdeling is door haar uitgangspunt gedwongen situaties wel niet werktuigelijk maar toch zonder overtuiging burgerrechtelijk te noemen. Het uitgangspunt is veilig (zie a) maar het is voorbestemd om spanning op te roepen. Zie bijv. het Rotterdamse optreden in de volkstuintenzaak, dat zich, zoals de gemeente het zelf juist heeft uitgedrukt, niet richtte op een volkstuinder maar op een burger-volkstuinder. De Afdeling is zich van deze spanning bewust en bezweert haar in een aantal gevallen hetzij door, gebruik makend van de ruimte die de tekst van art. 2 van de Wet Arob haar geeft, haar bevoegdheid aan te nemen zonder dat een bestuursrechtelijke titel duidelijk aanwijsbaar is, hetzij door ge-

→

A.B. 1980, 528 en kettingbeding 's-Hertogenbosch, Vz. AR 27 maart 1980, A.B. 1980, 539.

forceerd een bestuursrechtelijke titel aan te wijzen. Hierover straks, onder 'Subsidie' en 'Eenzijdige beslissingen als eigenaar'.

c. Iets anders is dat de Afdeling rechtspraak bij het hanteren van het positieve criterium kan menen geen bestuursrechtelijke titel te zien waar die toch voorhanden is. Dat is geen kwestie van stelsel maar van appreciatie binnen het stelsel. Men kan lang en zonder vrucht discussiëren over een geval als het volgende:

Kennisgeving van verhaal krachtens de Algemene Bijstandswet (53)

Een gemeente besluit tot het in de artt. 54a e.v. van de Algemene Bijstandswet geregelde verhaal van kosten van bijstand. Aangezien in casu het verhaal de vorm van verhaal in rechte blijkt te moeten aannemen hebben b. en w., als het in art. 61 ABW daartoe aangewezen gemeentelijke orgaan, tot dit laatste besloten, en de rechterlijke beschikking als bedoeld in art. 62 ABW verkregen. Zij wendden zich nu, krachtens art. 67, tweede lid, ABW met een afschrift van de rechterlijke beschikking en een kennisgeving betreffende het verlangde bedrag tot een schuldenaar van degene op wie verhaal wordt uitgeoefend. Deze laatste vraagt tegen de kennisgeving voorziening krachtens de Wet Arob, en verzoekt de Voorzitter om schorsing. De Voorzitter overweegt:

'Het besluit van verweerders tot het doen uitgaan van een kennisgeving als bedoeld in art. 67 tweede lid ABW strekt ertoe verhaal uit te oefenen van een door de kantonrechter aan de gemeente toegewezen rechtsvordering. Naar Ons oordeel is dit besluit aan te merken als een rechtshandeling naar burgerlijk recht ()'.

Ik merk op dat de beslissing van de gemeente om tot terugvordering over te gaan evenzeer bestuursrechtelijk van aard is als de beslissing tot toekenning van uitkering. Voor zover de terugvordering van de gemeente afhangt is zij het resultaat van beleid; de artt. 55 e.v. spreken steeds van 'kunnen'. De rechterlijke beschikking die volgens art. 62 nodig is als het verhaal niet, zoals in de meeste gevallen, in der minne wordt afgewikkeld is niet afkomstig van een bestuursorgaan, maar waarom zou deze schakel ineens burgerrechtelijk zijn? De procedure die tot de beschikking leidt is ingebed in de Algemene Bijstandswet (artt. 62-67). Bovendien, het besluit van b. en w. om met de beschikking in de hand een schuldenaar van hem op wie verhaal wordt uitgeoefend te benaderen is weer een beleidsbeslissing van een bestuursorgaan.

Tot zover de derde kanttekening. Als gezegd betreft zij niet het stel-

sel van de Afdeling rechtspraak maar wil zij slechts illustreren dat er binnen dat stelsel nog wel eens te twisten valt over het bestaan van een bestuursrechtelijke titel.

*Eist de Afdeling rechtspraak dat de bestuursrechtelijke titel
geschreven is?*

In de vorige paragraaf, onder b, signaleerde ik een spanning tussen de behoefte aan verhoogde rechtsbescherming tegen verticaal optreden van de overheid en de hantering van het positieve bevoegdheidscriterium door de Afdeling rechtspraak. Die spanning zal zich vaker voordoen naarmate de Afdeling het begrip 'bestuursrechtelijke titel' (54) krapper opvat.

Nu is in onze Westeuropese rechtsstaat regel, dat een bestuursrechtelijke titel niet wordt aangenomen dan wanneer van die titel openige wijze blijkt uit geschreven, in samenwerking met het parlement tot stand gekomen recht. De schrapping van het element 'voorschrift' uit art. 2 bij de totstandkoming van de Wet Arob getuigde niet van een wens tot het verlaten van die regel. Men hoort de schrapping niet verklaren uit de behoefte om staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheden of verplichtingen te kunnen aannemen los van geschreven recht. Zij werd gemotiveerd met de stelling dat de Kroon, in het tot verslijtens toe aangehaalde geval van de sluiting van de scheepvaartweg (55), het bestaan van een 'speciaal' voorschrift noodzakelijk had geacht. Onbestreden was dat de bevoegdheid tot het sluiten van een waterweg voor het openbaar verkeer begrepen was in de algemene bevoegdheid tot waterstaatsbestuur, 'vervat in de Grondwet en uitgewerkt in de Waterstaatswetgeving' (56). 'Voorschrift' had dan ook niet moeten worden geschrapt, maar moeten worden aangevuld tot 'algemeen of bijzonder voorschrift'. Met de na schrapping van 'voorschrift' overblijvende eis van de 'staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting' bedoelde men in feite 'een in enig, hoe algemeen ook geformuleerd, voorschrift neergelegde staats- of administratiefrechte-

(54) Zelf spreekt zij van 'publiekrechtelijke bevoegdheid' resp. 'verplichting', 'publiekrechtelijke grondslag', 'publiekrechtelijke titel' of 'publiekrechtelijk geregeld zijn'.

(55) K.B. (Wet beroep administratieve beschikkingen) 20 juli 1970, *A.B.* 1971, 169.

(56) Witte stukken Tweede Kamer 1973-1974-11279, 11280, nr. 8, blz. 6.

lijke bevoegdheid of verplichting'. In hoofdstuk 2 is al betoogd dat de inwisseling van 'gegeven krachtens een staats- of administratief-rechtelijke bevoegdheid of verplichting' tegen 'geen rechtshandeling naar burgerlijk recht' geen loslaten van de eis van een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting betekende. Die inwisseling hield, gezien het zojuist gezegde, evenmin in dat men de Afdeling rechtspraak bevoegdheid toeschreef daar waar het bestuurlijk optreden niet op geschreven recht zou zijn terug te voeren.

Het behoeft dan ook geen verwondering te wekken dat de Afdeling rechtspraak de bestuursrechtelijke titel pleegt te zoeken in het geschreven recht, in de betekenis van wet in materiële zin. De spanning die ik aan het begin van deze paragraaf noemde zal dan bestaan overal waar optreden dat als verticaal wordt ervaren is gebaseerd op iets anders dan de wet. In een vergoedingsgeval als 'Waterleiding Haarlem' suggereert de Afdeling rechtspraak een vermindering van de spanning door naast de wet het 'ongeschreven bestuursrecht' en de gevolgen van 'een door b. en w. gehanteerde beleidslijn' te zetten. In de praktijk betekent die uitbreiding, als het om het aanvaarden van een bestuursrechtelijke titel door de Afdeling gaat, niet veel, afgezien van het hieronder in de paragrafen 'Subsidie' en 'Eenzijdige beslissingen als eigenaar' vermelde. De uitbreiding betreft in 'Waterleiding Haarlem' trouwens de vraag of een verplichting van de overheid moet worden aangenomen. Bij een bevoegdheid is de Afdeling rechtspraak blijkens 'Volkstuin Rotterdam' zuiniger: 'de in het publiekrecht toegekende bevoegdheden zijn immers duidelijk omljnd of te herleiden'.

Beslist buiten de duidelijk aanwijsbare bestuursrechtelijke titels gaat de Afdeling echter in de sector subsidiëring.

Subsidie

Subsidiëren is naar algemene opvatting verticaal bestuurlijk optreden. Het berust vaak niet op wettelijke grondslag. De geruiststellende gedachte dat dit niet ernstig is omdat subsidiëren een begunstigende bezigheid is verdwijnt wanneer men zich de intrekking van subsidie en het verbinden van voorschriften aan de toekenning voor ogen stelt. Die beide haalt men tegelijk met de begunstigende toekenning in huis. Bij de afhankelijkheid die subsidiëring de facto schept vormen ze belastende beslissingen. Het bestaan van de ge-

subsidieerde kan er mee gemoeid zijn.

Niet-wetmatig verticaal optreden dus, en een sterke behoefte aan verhoogde rechtsbescherming. De Afdeling rechtspraak nu breekt de hier hoog oplopende spanning door, zonder over de afwezigheid van de bestuursrechtelijke titel een oordeel uit te spreken, besluiten over subsidie beschikking in de zin van de Wet Arob te achten (57). Zij gaat er toe over een terrein dat men naar de maatstaven van de rechtsstaat naar de letter geen bestuur zou mogen noemen, maar dat dit kennelijk wel is, aan zich te trekken, daarmee als het ware bevestigend dat hier van bestuur sprake is. Deze inpoldering wordt haar door haar bevoegdheidsomschrijving formeel niet belet.

Ik aarzel om te zeggen dat de Afdeling rechtspraak hier definitief buiten de wetmatigheid van bestuur is gegaan. Wij zitten met de subsidies in de overgangsfase van huisrecht (58) naar wetmatigheid. Met het ontbreken van wetgeving als grondslag is niemand tevreden, en er wordt druk aan het leggen van die grondslag gewerkt (59). De Afdeling loopt slechts voor op de wetgever. Men kan, zoals ik hierboven deed, constateren dat zij haar bevoegdheid aanneemt zonder dat een bestuursrechtelijke titel duidelijk aanwijsbaar is; men kan ook stellen dat zij het begrip 'bestuursrechtelijke titel' breed uitlegt en er begrotingsposten onder begrijpt. Bij dit laatste valt dan nog in aanmerking te nemen dat dikwijls gedetailleerde pseudo-wetgeving is gegeven.

Het ontvankelijkheidsbeleid van de Afdeling rechtspraak in subsidiezaken is een gelukkig voorbeeld van het stoutmoedige optreden dat de wetgever met de wijziging van art. 2 heeft willen uitlokken. Te betreuren blijft intussen dat de ruimte ervoor werd gemaakt door de introductie van de, voor het bestuursrecht weinig bruikbare, afgrenzing 'geen rechtshandeling naar burgerlijk recht'. Gevolgen van die wijze van afgrenzing zullen wij ontmoeten als in de paragraaf 'Subsidie en overeenkomst' de subsidiëring opnieuw aan de orde komt.

Wij moeten ons verder afvragen of de Afdeling met het verlaten van de formeel-wettelijke basis als criterium voor de aanwezigheid van een bestuursrechtelijke titel niet een nieuw begrenzingsvraagstuk

(57) Een willekeurig gekozen voorbeeld is Bedrijfsbeëindiging betonhandelaar, AR 15 nov. 1977, *A.B.* 1978, 124.

(58) A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, 1974, blz. 80.

(59) Ontwerp-Kaderwet specifiek welzijn, witte stukken Tweede Kamer 14493.

schiep. Waar eindigt naar haar oordeel subsidiëring en begint vergoeding (60)?

Eenzijdige beslissingen als eigenaar

Algemeen

Ik kom nu tot het ontvankelijkheidsbeleid van de Afdeling rechtspraak in de gevallen waarin de overheid verticaal optreedt met gebruikmaking van haar eigendomsrecht. Het maakt hierbij in wezen niet uit of zij van haar positie als eigenaar profiteert door het nemen van eenzijdige beslissingen dan wel door het sluiten van overeenkomsten. Om een louter praktische reden — ik meen een verschil in ontvankelijkheidsbeleid tussen de beide groepen gevallen te zien — ga ik eerst in op de eenzijdige beslissingen.

De zaken die zich hier voordoen betreffen gewoonlijk besluiten van gemeentebesturen. Met behulp van hun eigenaarschap van onroerend goed treden zij besturend op.

Men moet zich niet de voorstelling maken dat de gemeenten de privaatrechtelijke vorm met een kwaad of, erger, een toegeschroeid geweten toepassen. Van boos opzet op het ontduiken van de regel der wetmatigheid van bestuur is geen sprake. De gemeenten vinden simpelweg dat zij ter behartiging van de aan haar zorg toevertrouwde openbare belangen moeten doen wat haar hand vindt om te doen. Dan laat ik nog daar dat het kort geleden voltooide grote hand- en leerboek 'Begrip van de Nederlandse gemeente' (61) een algemene publiekrechtelijke grondslag schuift onder het gebruik van welk middel ter vervulling van de gemeentelijke taak ook (62). Op die

(60) Aan een afzonderlijke paragraaf over het ontvankelijkheidsbeleid van de Afdeling rechtspraak bij beroepen tegen besluiten inzake vergoedingen ben ik niet meer toegekomen.

(61) Door J.C. Schroot, mevr. mr. M. van Vliet en mr. N. Wijma, Alphen aan den Rijn, 4 delen, 1977-1979.

(62) Deel 3, blz. 112 e.v. Het boek laat de omvang van de gemeentelijke bezigheid niet bepalen door enige wettelijke omschrijving, maar door de plaats en taak van de gemeente in de samenleving. Art. 167 van de gemeentewet, ofschoon geschreven om gegeven bevoegdheden van het gemeentebestuur te verdelen over de gemeentelijke organen, bevat wegens de aanduiding 'alle bevoegdheden' de publiekrechtelijke grondslag voor het gebruik van alle denkbare en construeerbare middelen tot regeren en besturen welke rechtens niet ontoelaatbaar zijn.

grondslag kunnen de gemeenten, zo stelt het boek, zowel publiek- als privaatrechtelijke middelen hanteren. De schrijvers bepalen overigens wel degelijk een rangorde van gebruik en eisen, afgezien daarvan, een bijzonder omschreven publiekrechtelijke grondslag voor het gebruik van middelen die vrijheids- en vermogensrechtelijke beperkingen meebrengen. Voor hun stelling dat ook de wetgever een privaatrechtelijk optreden normaal en soms zelfs primair aangewezen acht doen zij een mijns inziens sterk beroep op art. 277 van de gemeentewet en art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

De koers van de Afdeling rechtspraak reconstrueer ik als volgt. De Afdeling ontmoet optreden dat naar de vorm privaatrechtelijk is maar naar haar mening een verticaal gericht, typisch bestuurlijk optreden inhoudt. Een bestuursrechtelijke titel wordt per definitie niet door de gemeente naar voren geschoven; de gemeente beroept zich immers onbevangen op haar eigenaarschap. De Afdeling heeft moeite met het aanwijzen van een bestuursrechtelijke titel maar is veel minder snel dan in de sector subsidiëring geneigd desnoods met een niet duidelijk aangegeven bestuursrechtelijke titel genoegen te nemen of over zo'n titel te zwijgen. Zij kan, net als bij de subsidies, profiteren van het feit dat art. 2 van de Wet Arob de bestuursrechtelijke titel niet meer met zoveel woorden noemt en dus ruimte geeft voor bemoeiing met bestuur dat niet duidelijk op geschreven bestuursrecht is terug te voeren. Daar staat echter tegenover dat de gemeente zich im- of expliciet op eigendomsrecht baseert. Naar de letter genomen stuit de Afdeling daardoor op de benedengrens die art. 2 stelt: er is naar de vorm van een rechtshandeling naar burgerlijk recht sprake. Art. 2, tweede lid, onder *b*, brengt niet tot uitdrukking wat de wetsgeschiedenis wél leert, nl. dat het de wetgever louter om het uitsluiten van puur horizontaal optreden ging. Die onduidelijkheid in de wetstekst maakt dat de Afdeling rechtspraak, indien zij zonder meer optreden in privaatrechtelijke vorm tot beschikking zou verklaren, zich naar haar gevoel blootstelt aan het verwijt van schending van art. 2. De Afdeling kiest nu voor het desnoods krampachtig vasthouden aan het aanwijzen van een bestuursrechtelijke titel. Zij accepteert daarbij liever een omstreden of defecte geschreven titel dan het titelvereiste los te laten. Ten laatste komt zij daarbij tot het construeren van de ijle titel enkel bestaande in 'de uitvoering van een publiekrechtelijke taak'. Door dit geforceerde aanwijzen van een bestuursrechtelijke titel is de Afdeling

rechtspraak in staat het verwijt dat zij rechtshandelingen naar burgerlijk recht aantast af te wijzen. Materieel heeft zij wel degelijk gekozen voor het negeren van de privaatrechtelijke vorm ten behoeve van de bestuursrechtelijke inhoud, en art. 2, tweede lid, onder *b* teruggebracht tot 'rechtshandeling naar burgerlijk recht die niet een verticaal besturend optreden betekent'. Dat durft de Afdeling echter alleen te doen door de gemeente denkbeeldig te splitsen in een bestuurder en een eigenaar, en zich dan uitdrukkelijk alleen met de bestuurder te bemoeien. Het resultaat is niet ongelijk aan het in de sector subsidie bereikte: daar waar de spanning tussen de hantering van het positieve bevoegdheidscriterium door de Afdeling rechtspraak en het verticale karakter van het overheidsoptreden te hoog opliep heeft de Afdeling een weg gevonden om toch verhoogde rechtsbescherming te bieden.

In feite staat de Afdeling rechtspraak hier voor de consequenties van de in hoofdstuk 2 geschetste gescheiden ontwikkeling. Doorwerkend op de in 1950 uitgezette lijn van verhoogde rechtsbescherming tegen beschikkingen kwamen departement, Raad van State en parlement niet tot een toereikende discussie over het gebruik van privaatrecht bij bestuur. Stilzwijgend werd uitgegaan van de geschreven bestuursrechtelijke titel, en zonder bedenken werd de rechtshandeling naar burgerlijk recht uitgesloten. Buiten bespreking bleef dat het gebruik van privaatrechtelijke naast bestuursrechtelijke figuren in de gemeentelijke praktijk vanouds een geaccepteerd gedrag was. De openstelling van het Arobberoep brengt dit gedrag niet zozeer aan het licht als wel ter discussie. Die discussie behoort echter niet rondom art. 2 van de Wet Arob thuis. Zij betreft niet de bevoegdheid van de administratieve rechter maar die van de gemeentebesturen.

Jurisprudentie

Ter illustratie van het over de koers van de Afdeling rechtspraak gezegde nu het volgende.

1°. Toestemming uitweg Laren (63).

B. en W. hebben geweigerd toestemming te geven tot het maken van een uitweg naar een weggedeelte dat eigendom van de gemeente is. (Het betrof hier niet een toestemmingseis die verband hield met het vragen van een bijdrage in de kosten van bouwrijp maken). Dat de gemeente aanvankelijk het niet-openbare karakter van het weggedeelte verdedigde en dat de Afdeling deze stelling verwierp kan hier terzijde worden gelaten. B. en W. betogen subsidiair dat de weigering moet worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht nu zij is gegeven door de gemeente als eigenares.

De Afdeling proeft verticaal besturend optreden en zoekt een aanknopingspunt om een bestuursrechtelijke titel te kunnen aanwijzen:

‘Ofschoon geen voorschrift van publiekrechtelijke aard is aan te wijzen op grond waarvan appellant van het gemeentebestuur toestemming behoeft voor de onderhavige uitweg, is de Afdeling in verband met de omstandigheid dat ’t Zijdveld moet worden aangemerkt als een openbare weg van oordeel dat het besluit van verweerders waarbij de toestemming voor deze uitweg is geweigerd, moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van art. 2, eerste lid, Wet Arob’.

Dit is nog vaag. Alvorens bij een geschreven bepaling uit te komen verontschuldigt de Afdeling rechtspraak, met een beroep op de ruimte die de wetgever bij het redigeren van art. 2 heeft geschapen, het algemene karakter van de te noemen bepaling:

‘Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet Arob is het voor het aanwezig achten van een beschikking in evenbedoelde zin niet vereist dat enig bijzonder staats- of administratiefrechtelijk voorschrift kan worden aangewezen als grondslag voor het bestreden besluit, mits dat besluit is genomen in het kader van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak’.

Dan wordt de bestuurder naast de eigenaar gezet:

‘Weliswaar is, gelijk verweerders hebben gesteld, voornoemde weigering gegeven in verband met de omstandigheid dat de gemeente Laren eigenaresse is van genoemde weg, doch voor de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een beschikking in de zin van de Wet Arob is tevens van belang dat het krachtens art. 209, aanhef en onder h, van de gemeentewet tot de taak van verweerders behoort te zorgen voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen’.

Indien art. 209, aanhef en onder h, van de gemeentewet niet alleen be-

voegdheid verdeelt maar ook bevoegdheid tot optreden schept is hiermee een plausibele, zij het algemeen luidende bestuursrechtelijke titel gevonden. Het weigeren van een uitrit, en dan niet als hefboom om een bijdrage in gemeentelijke kosten los te krijgen, is onder zorg voor de veiligheid van de publieke weg te brengen. De poging van de Afdeling om de titel nog wat te verbijzonderen acht ik minder geslaagd:

‘Naast de algemene bestuurstaak van het gemeentebestuur gelden ten aanzien van openbare wegen zijn verplichtingen voortvloeiend uit de artt. 15 e.v. van de Wegenwet’.

Die artikelen voorzien in een onderhoudsplicht. Een verbod van een uitrit is hier niet rechtstreeks mee in verband te brengen.

In de conclusie wordt het ontzien van de rechtshandeling naar burgerlijk recht volgehouden, maar het bestuurlijk optreden onder Arob getrokken:

‘Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt, dat voornoemde weigering mede inhoudt een rechtshandeling gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen en om die reden dient te worden aangemerkt als een beschikking in de zin van de Wet Arob’.

2°. Waterleidingbuizen Groningen (64).

Het mede door Scheltema's noot onder *A.B.* 1978, 208 alom bekend geworden Groningse geval illustreert goed de onbevangen houding van de gemeenten tegenover het gebruik van privaatrechtelijke middelen. In haar besluiten tot weigering van toestemming om leidingen in gemeentegrond te leggen spreekt de gemeente over ‘vergunning’, over ‘voorwaarden’ die aan deze vergunning kunnen worden verbonden, en over haar ‘publieke beheers- en onderhoudstaak’. Er kan in dit geval bij worden gezegd dat Groningen ook de ontvankelijkheid van appellante in het Arobberoep niet betwistte.

De Afdeling brengt eerst weer haar tribuut aan de uitzondering van de rechtshandeling naar burgerlijk recht:

‘De weigeringen () hebben betrekking op verzoeken () tot het leggen van leidingen, c.q. het maken van huisaansluitingen, in aan de gemeente Groningen in eigendom toebehorende grond. Deze weigeringen steunen in zoverre op de aan de gemeente Groningen toekomende bevoegdheden als eigenares.

Voor zover te dezen van belang worden deze bevoegdheden door verweerders uitgeoefend krachtens art. 209, aanhef en onder *g*, van de ge-

meentewet. In zoverre lost zich de weigering van verweerders op in de uitoefening van een aan de gemeente toekomend burgerlijk recht, terwijl niet is gesteld noch gebleken dat appellante daardoor in een nadeliger positie is gebracht, dan wanneer een publiekrechtelijke weg zou zijn gevolgd, waarvan overigens de mogelijkheid aan de Afdeling niet is gebleken'.

Volgt: de overschakeling op de gemeente als bestuurder; de leidingen zouden immers moeten lopen door

'plaatsen tot gemene dienst van allen bestemd, welke niet slechts eigendom zijn van de gemeente Groningen, doch met betrekking waartoe het bestuur dezer gemeente tevens krachtens haar algemene publieke bestuurszaak is belast met de zorg deze zo goed mogelijk aan hun openbare bestemming te doen beantwoorden'.

Nadat, als later in de zaak-Laren, is verwezen naar het vervallen van de eis van een 'bijzonder voorschrift' worden zo veel mogelijk aanknopingspunten in het geschreven publiekrecht gezocht: art. 209, aanhef en onder *h*, van de gemeentewet, de artt. 15 e.v. van de Wegenwet, en de Algemene Politieverordening van de gemeente Groningen.

Naar mijn gevoel is technisch overbodig, maar voor de bedoeling van de Afdeling typerend de toevoeging:

'De aangevochten besluiten maken voorts in overwegende mate deel uit van het door verweerders gevoerde beleid in het kader van de op hen als overheidsorgaan rustende taak'.

De Afdeling concludeert ook hier zorgvuldig dat de besluiten 'mede inhouden' rechtshandelingen gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen en om die reden beschikking in de zin van de Wet Arob zijn.

3°. Uitwegvergunning De Bilt (65).

De gemeenteraad heeft een 'Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein' vastgesteld. Krachtens die regeling worden 'privaatrechtelijke toestemmingen tot uitwegen' op wegen die gemeentelijk eigendom zijn vereist. Deze toestemmingen worden echter pas gegeven nadat een bijdrage is betaald — de regeling omschrijft grondslagen voor de berekening — in de gemeentelijke kosten voor het bouwrijp maken van de grond. Nadat binnen het kader van een aanvraag om een bouwvergunning deze toestemming ongevraagd aan een bouwer is verleend komt deze, via een voorziening bij de gemeenteraad, in beroep bij de Afdeling

rechtspraak. De appellant gooit het (66) op het bijzonder karakter van het eigendomsrecht van de gemeente om aan te tonen 'hoe zeer men hier in de publieke sfeer handelt'. De Afdeling verwierpt eerst iedere gedachte aan vrijwilligheid (67) met de opmerking

'dat de vordering van de litigieuze bijdrage is geschied niet op grond van een gesloten overeenkomst, doch op grond van éénzijdige oplegging krachtens meergenoemde bijdrageregeling'.

maar wijst vervolgens het dan nog overblijvende civielrechtelijke element, nl. het eenzijdig optreden als eigenaar, zijn plaats:

'Waar het betreft openbare wegen nemen in het totale beeld van rechten en verplichtingen, welke bestaan met betrekking tot die wegen, de rechten die de eigenaar van een weg heeft in zijn hoedanigheid van eigenaar slechts een ondergeschikte plaats in'.

Kernwoord in de verdere afwikkeling is weer 'naast'. Het eigenaarschap van de gemeente wordt daargelaten; ernaast staat de omstandigheid dat het gemeentebestuur krachtens zijn algemene publieke bestuurs taak belast is met de zorg de weg zo goed mogelijk aan zijn openbare bestemming te doen beantwoorden. Tegen die achtergrond, zo redeneert de Afdeling, kan de toepassing van de bijdrageregeling niet worden beschouwd als een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

De Afdeling baseert de beschikking hier dus niet op de, ook niet uitdrukkelijk door haar genoemde, artt. 209, aanhef en onder h, gemeentewet en 15 e.v. Wegenwet. Zij verklaart de Bijdrageregeling, door de gemeente beschouwd als vastlegging van de gedragslijn die zij als eigenares van grond zal volgen bij de uitoefening van het eigendomsrecht, tot bestuursrechtelijke titel (68).

4°. Openbaar slachthuis Eindhoven (69).

B. en W. trekken iemands vergunning tot gebruik van het gemeentelijk

(66) Met een impliciete verwijzing naar het Gorsse-bomenarrest, H.R. 28 april 1961, *N.J.* 1961, 433.

(67) Niet duidelijk wordt of de Afdeling hier bedoelt te verwijzen naar art. 274 van de gemeentewet, in die zin dat zij de daar genoemde mogelijkheid om over bijdragen te contracteren onderkent maar tegelijk vaststelt dat hier van die mogelijkheid geen gebruik is gemaakt. Heeft de Afdeling rechtspraak inderdaad een verwijzing naar art. 274 bedoeld dan valt op te merken dat de zaak-De Bilt ook had kunnen worden afgedaan door strijd met art. 274 te constateren. Immers, het artikel laat slechts de keus tussen een echte overeenkomst en een echte belastingverordening.

(68) Zo ook uitwegvergunning Wijlre, AR 22 mei 1980, *A.B.* 1981, 46, *De Gemeentestem* 16 jan. 1981.

(69) Wnd. Vz. AR 3 sept. 1979, *A.B.* 1980, 35, *De Gemeentestem* 1 febr. 1980.

slachthuis in, wegens niet-nakoming van betalingsverplichtingen (slachthuisrechten). Op de achtergrond speelde een door de gemeente gestelde schending van afspraken door de gebruiker waardoor het EEG-certificaat van het slachthuis in gevaar kon komen. De gemeente beroept zich in de Arob-schorsingsprocedure die tegen haar besluit wordt aangespannen op haar eigenaarschap van het slachthuis. De Verordening op het gebruik van het gemeenteslachthuis te Eindhoven, waarop de vergunningseis is gebaseerd, is naar haar mening, anders dan de gebruiker stelt, geen publiekrechtelijke regeling maar een regeling die de gemeente als eigenares van het openbaar slachthuis heeft opgesteld voor de gebruikers ervan.

De wnd. Voorzitter van de Afdeling rechtspraak treft bij het kwalificeren van de situatie een geschreven bestuursrechtelijke titel aan, maar moet constateren dat deze defect is:

‘Ingevolge art. 3 van de ter uitvoering van de Vleeskeuringswet vastgestelde Verordening op de keuringsdienst van slachtdieren en van vlees in de gemeente Eindhoven is het verboden () slachtdieren te slachten of te doen slachten elders dan in de daarvoor bestemde lokaliteiten van het slachthuis, tenzij het betreft gezinsslachtingen. In art. 1, aanhef en onder *f*, van de verordening is bepaald dat onder slachthuis wordt verstaan het openbaar slachthuis van de gemeente Eindhoven. Voormeld art. 3 is gebaseerd op art. 26, eerste lid (oud) van de Vleeskeuringswet, welke bepaling bij invoering op 1 januari 1978 van de wet van 25 november 1977, Stb. 661, houdende wijziging van de Vleeskeuringswet, is verval-
len.

In verband hiermee is het twijfelachtig of art. 3 van laatstgenoemde verordening nog rechtskracht heeft’.

Zonder twijfel op grond van het in casu boven alles uit te proeven verticaal-bestuurlijke karakter van het overheidsoptreden vult de wnd. Voorzitter het eventueel aan de bestuursrechtelijke titel ontbrekende aan met een beroep op de gemeentelijke bestuurstaak:

‘Dit neemt niet weg dat de gemeente, in het kader van de Vleeskeuringswet, zich tot taak is blijven rekenen om een openbaar slachthuis te exploiteren. Bovendien wordt in de gemeente Eindhoven geen ander slachthuis geëxploiteerd’.

Alles bijeen (een wellicht niet geldende verordening, een ‘zich tot taak rekenen’, de afwezigheid van een ander slachthuis) is dit een niet zeer tastbare grondslag voor publiekrechtelijk optreden. De wnd. Voorzitter heeft, zo is mijn interpretatie, deze opsomming echter nodig omdat het beroep van de gemeente op haar eigendomsrecht juncto de tekst van art. 2, tweede lid, onder *b* van de Wet Arob hem verplichten om vast te stellen dat

‘Onder deze omstandigheden () de besluiten van verweerders () houdende administratieve sancties, die gebaseerd zijn op meergenoemde verordening’ (de Verordening op het gebruik van het gemeenteslachthuis te Eindhoven), ‘niet zijn aan te merken als handelingen naar burgerlijk recht’.

5°. Parkeerterrein Rotterdam (70).

B. en W. geven parkeerplaatsen uit op een terrein dat eigendom van de gemeente is. Dit geschiedt onder toepassing van de ‘Verordening tot heffing en invordering in de gemeente Rotterdam van een belasting onder de naam parkeergeld’; het betreft hier toepassing van art. 20, tweede lid, van de Wet op de motorrijtuigenbelasting. B. en W. hebben een deel van het terrein nodig voor plaatsing van sta-caravans die dienen als wisselwoningen ten behoeve van de stadsvernieuwing. Daarom weigeren zij vernieuwing van een aantal parkeerabonnementen. De Afdeling rechtspraak kwalificeert dit als een weigering de betrokkenen langer gebruik te laten maken van het parkeerterrein (71).

De Afdeling rechtspraak ontwaart, naar ik uit het hiernavolgende citaat meen te mogen afleiden, verticaal optreden van het gemeentebestuur, zoekt naar een geschreven bestuursrechtelijke titel, vindt die niet, beseft dat de gemeente eigenares is, ziet in dat zij (de Afdeling) indien enigszins mogelijk uitdrukkelijk een bestuursrechtelijke titel moet aanwijzen om de beschuldiging van bemoeïing met een rechtshandeling naar burgerlijk recht te ontgaan, en stelt zich tevreden met de meest vage aanduiding die ik tot dusver in zaken van deze categorie heb aangetroffen:

‘Daargelaten, dat de verordening’ (de belastingverordening) ‘ter zake van zodanige beschikkingen’ (de weigering appellanten langer gebruik te laten maken van het parkeerterrein) ‘geen voorschriften bevat en ook overigens geen publiekrechtelijk voorschrift is aan te wijzen, waarin een dergelijke beschikking haar grondslag vindt, is het blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen voor het aanwezig achten van een beschikking in de zin van deze wet evenwel niet vereist, dat enig bijzonder staats- of administratiefrechtelijk voorschrift kan worden aangewezen als grondslag voor het aangevochten besluit, mits dat besluit is genomen in het kader

(70) AR 18 sept. 1980, *A.B.* 1981, 148.

(71) De Afdeling rechtspraak laat zich niet afzonderlijk uit over de vraag of zij hier een weigering tot contracteren of een weigering van toestemming in de geest van Waterleidingbuizen Groningen ziet. Het verschil tussen beide soorten weigering is trouwens gering. Nu tegenover het parkeren betaling van belasting staat houd ik het op eenzijdige weigering van eigenaarstoestemming, buiten de contractsfeer.

van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Weliswaar heeft voornoemde beschikking () betrekking op het in gebruik geven als parkeerterrein van grond welke aan de gemeente Rotterdam toebehoort, doch voor de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een beschikking in evenbedoelde zin, is het tevens van belang dat verweerders genoemde beschikking hebben gegeven ten einde grond beschikbaar te krijgen voor het plaatsen van wisselwoningen ten behoeve van een stadsvernieuwingsproject en om voldoende parkeer ruimte te behouden voor bewoners uit de omgeving. Aangezien, zoals uit het vorenstaande blijkt, de beschikking () is gegeven ter uitvoering van publiekrechtelijke taken waarmee verweerders zijn belast, moet worden geoordeeld dat deze beschikking mede inhoudt een rechtshandeling, welke op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen is gericht, en derhalve een beschikking in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen behelst'.

Overeenkomst

Algemeen

De paragrafen 'Eenzijdige beslissingen als eigenaar' en 'Subsidie' lieten zien hoe de Afdeling rechtspraak overheidsoptreden dat als verticaal wordt ervaren onder de verhoogde rechtsbescherming brengt door het, al of niet uitdrukkelijk, tot 'beschikking' te modelleren. Een ont koppeling van bevoegdheidsomschrijving en beschikkingsdefinitie is in de rechtspraak evenmin geschied als in art. 2 zelf. De accentverschuiving van beschikkingsdefinitie naar bevoegdheidsomschrijving die ik in hoofdstuk 2 signaleerde heeft echter in het ontvankelijkheidsbeleid van de Afdeling doorgewerkt. De Afdeling heeft getoond oog te hebben voor het streven van de Arobwetgever om te voorkomen dat zij haar bevoegdheid door eigen toedoen onnodig zou beperken (72). Zij had, omdat zij administratieve rechter is, vast te houden aan de eis dat zij zich slechts met bestuurlijk optreden zou inlaten. Om de aanwezigheid van zulk optreden vast te stellen gebruikt zij in beginsel het centrale criterium uit de Wet beroep administratieve beschikkingen, nl. het bestaan van een bestuursrechtelijke titel, neergelegd in enig voorschrift. Dat uitgangspunt kiest zij in het besef ermee in de

(72) Zie blz. 14, onder 1°.

lijn van de wetgever te blijven (73) en wellicht ook met de gedachte dat zij haar ontvankelijkheidsbeleid, in het belang van een goed samenspel met de gewone rechter, zo voorspelbaar mogelijk moet maken. Tegelijk echter is de Afdeling bereid het begrip 'bestuursrechtelijke titel' ruim uit te leggen als zij meent dat een strikte opvatting zou leiden tot het uitsluiten van kennelijk verticaal gericht overheidsoptreden en daardoor aan de strekking van de gewijzigde bevoegdheidsomschrijving te kort zou doen (74). Met dit stelsel, neerkomend op het hanteren van een duidelijk uitgangspunt met bereidheid tot correctie waar nodig, compenseert de Afdeling rechtspraak ook zo goed mogelijk de grotere onzekerheid die werd geschapen toen de wetgever overstapte van een positief op een negatief omschreven begrenzing van de verticale bestuurlijke activiteit (75); een negatieve omschrijving die dan bovendien nog dubbelzinnig was inzoverre zo'n activiteit een privaatrechtelijke vorm kan vertonen.

Aan de orde komt nu de koers die de Afdeling rechtspraak volgt wanneer haar besluiten worden voorgelegd die de overheid in de hoedanigheid van contractant genomen heeft. Samenvattend valt dan het volgende te stellen (ik hoop dit straks aan de hand van voorbeelden uit te werken). De Afdeling rechtspraak wordt geconfronteerd met contractueel en dus naar de vorm horizontaal gericht optreden dat verticaal-bestuurlijke elementen bevat. Zij kan geen geschreven bestuursrechtelijke titel aanwijzen en moet het daarom houden bij de constatering dat sprake is van een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Dat roept de al meer gesignaleerde spanning op tussen strikte handhaving van haar uitgangspunt en de behoefte van appellant aan verhoogde rechtsbescherming. Echter, anders dan in de sectoren subsidie en eenzijdig optreden als eigenaar zoekt men tevergeefs naar een streven van de Afdeling om, met gebruikmaking van de ruimte die art. 2 naar zijn bewoordingen is gaan bieden, een uitweg te vinden. Noch de bij subsidie gevolgde weg van het stilzwijgend aannemen van een bestuursrechtelijke titel noch de bij eenzijdig optreden als eigenaar aange troffen creatie van een bestuurder naast het civielrechtelijk rechts-

(73) Zie blz. 14, onder 2°.

(74) Zie blz. 14, onder 3°.

(75) Zie blz. 14, onder 4°.

subject treft men hier aan. Het heeft er, integendeel, de schijn van dat zodra maar een overeenkomstvorm in het spel is zonder argumenteren en haast automatisch naar de term 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' wordt gegrepen. Soms zelfs geschiedt het omgekeerde van hetgeen zich in de sector eenzijdig eigenaars-optreden heeft voltrokken. De Afdeling ontkent dan dat iets wat ter uitvoering van de publieke taak wordt verricht om die reden behalve rechtshandeling naar burgerlijk recht ook beschikking zou zijn.

Ik opper twee veronderstellingen om het verschil tussen het ontvankelijkheidsbeleid in de sector overeenkomst en de beide in de vorige paragrafen behandelde sectoren te verklaren.

Mijn eerste en minst belangrijke veronderstelling is dat de afschrikwekkende werking die de term 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' op de Afdeling rechtspraak heeft groter is wanneer zij een overeenkomst aantreft dan wanneer zich eenzijdig optreden als eigenaar aan haar vertoont. Een kwestie van psychologie dus. Eenzijdig eigenaarsoptreden is even civielrechtelijk als het functioneren als contractant maar lijkt meer op een beschikking. Al is het element 'eenzijdig' tegelijk met het element 'staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting' uit het eerste lid van art. 2 van de Wet Arob geschrapt, het doet zich ondergronds nog evenzeer gelden als het laatstgenoemde. De overeenkomst suggereert nu eenmaal een ook wezenlijke tweezijdigheid en een werkelijk horizontale verhouding. Ook is het leerstuk van de eigendom met openbare bestemming (de theorie van het publiek domein dus) ouder dan dat van de overeenkomst met publiekrechtelijke trekken. Bestuur met behulp van zakelijk eigendomsrecht vormt een vertrouwder en daardoor gemakkelijker bij de discussie over verhoogde rechtsbescherming te betrekken figuur dan bestuur door middel van de overeenkomst.

De voornaamste verklaring van de terughoudendheid van de Afdeling rechtspraak op het stuk van overeenkomsten zoek ik echter in de vrees van de Afdeling om de huidige, nog betreffelijk duidelijke taakafbakening tussen haar en de gewone rechter in deze sector te compliceren. Meer dan betreffelijk duidelijk is die afbakening nu al niet te noemen wanneer men denkt aan die overeenkomsten waarbij de overheid zich verbindt om een publiekrechtelijke bevoegdheid op een bepaalde wijze te gebruiken. Met

Koeman (76) ben ik eens dat de Afdeling rechtspraak zich, ongeacht de vraag of over de bevoegdheid is gecontracteerd, niet aan haar verplichting om op te treden zal kunnen onttrekken als de uitoefening van de bevoegdheid bestaat in het nemen van een besluit dat beantwoordt aan de omschrijving van art. 2 van de Wet Arob. In andere geschillen terzake van de publiekrechtelijke-bevoegdhedenovereenkomst zal de gewone rechter bevoegd zijn. Ook indien Hoge Raad en Afdeling rechtspraak in goed samenspel er in slagen positieve en negatieve bevoegdheidsgeschillen te voorkomen is de situatie dan al weinig overzichtelijk. Veel onduidelijker en bijna chaotisch wordt het beeld van de rechterlijke bevoegdheden echter wanneer de Afdeling rechtspraak op meer punten waarop het overheidsoptreden als contractant een verticaal bestuurlijk karakter vertoont een beschikking in de zin van de Wet Arob zou aannemen. Dan komen niet alleen meer elementen uit de sfeer van de publiekrechtelijke-bevoegdhedenovereenkomst (bijv. de weigering van de overheid om deze aan te gaan) in het geding, maar ook de als verticaal bestuurlijk ervaren elementen in privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten. Daarmee komt, aangenomen nog steeds dat Hoge Raad en Afdeling rechtspraak het eens worden over een afbakening, de grens tussen het optreden van de administratieve rechter en dat van de gewone rechter dwars door de sector overeenkomsten heen te lopen. De weigering van ontheffing van een anti-speculatiebeding, opgenomen in het kader van een gemeentelijk woonruimtebeleid (77), zal beschikking in de zin van de Wet Arob kunnen worden geacht nu een onderwerp aan de orde is dat de gemeente zich met recht tot haar publieke taak kon rekenen. Nalatigheid van de gemeente in de levering van de kavel grond waarom het in hetzelfde contract gaat of haar weigering om andere termijnen voor de betaling van de koopsom vast te stellen zou echter voor de gewone rechter kunnen worden gebracht — gesteld dan dat aan die nalatigheid of die weigering geen overwegend aan het openbaar belang ontleende redenen ten grondslag liggen.

(76) Blz. 26 van diens preadvies van 1980 voor de N.J.V.

(77) Ter illustratie is op blz. 76 e.v. als Bijlage I de — inmiddels wegens veruiming van de woningmarkt gewijzigde — 'Regeling Selectief Gronduitgiftebeleid' van de gemeente Moergestel opgenomen, voorafgegaan door een gedeelte van het voorstel van B. en W. aan de gemeenteraad tot vaststelling van die verordening.

De Afdeling rechtspraak houdt zich, zo luidt mijn tweede veronderstelling, op het stuk van de overeenkomst afzijdig niet omdat zij niet zou inzien dat er door middel van overeenkomsten of bepalingen in overeenkomsten bestuurd wordt, maar omdat zij vooral in deze sector vreest voor onduidelijkheid van de grens tussen haar optreden en dat van de gewone rechter. Dan ben ik er nog van uit gegaan, dat het betrokken twistpunt te determineren valt als verticaal of horizontaal en derhalve als materieel privaat- of publiekrechtelijk. Dat zal bij een overeenkomst waarin elementen van duidelijk verschillende aard naast elkaar staan mogelijk zijn. Naast die overeenkomsten, die ik als gemengd zou willen aanduiden, staan echter overeenkomsten die getint moeten worden genoemd omdat men ze in haar geheel tot de ene of de andere wereld zou kunnen rekenen (78). Dan wordt het aanwijzen van de bevoegde rechter pas goed een kwestie van wegen op de hand.

Het voorgaande laat zich als volgt uit de jurisprudentie illustreren.

Jurisprudentie

a. Voorbeelden van verticale elementen

Niet in alle gevallen waarin een overeenkomst voor de Afdeling rechtspraak werd gebracht viel een verticaal element aan te wijzen. Ik noem de weigering van de gemeenteraad van Ouderkerk aan den IJssel om de pachtovereenkomst met betrekking tot een voetveer te verlengen (79), en de mededeling van b. en w. van

(78) Een voorbeeld is AR 10 dec. 1979, *A.B.* 1981, 71, betreffende het besluit van B. en W. van Zwolle om in beroep — ingesteld krachtens de statuten van de Stichting Gemeentelijke Kredietbank te Zwolle e.o. — de weigering van een krediet door de directeur van de Stichting te bevestigen. Soms heeft het besluit slechts in de ogen van appellant een publiekrechtelijke tint; een voorbeeld is AR 20 nov. 1979, *A.B.* 1981, 45, betreffende de weigering van de Inspecteur van de Dienst der Domeinen te Arnhem om appellant het jachtgenot op de complexen van de vliegbasis Deelen te verhuren (de Afdeling oordeelde dat indien overeenkomstig de wens van appellant een openbare inschrijving zou zijn gehouden weliswaar publiekelijk zou zijn gehandeld maar nog geen publiekrechtelijke weg zou zijn bewandeld).

(79) Vz. AR 9 febr. 1978, *A.B.* 1978, 211.

Bemmel aan een gegadigde dat voor hem geen plaats meer zou worden gereserveerd op het gemeentelijke kampeerterrein (80). Ook als het gemeentebestuur enkele regels en voorwaarden voor het gebruik van het kampeerterrein heeft vastgesteld in de vorm van een reglement behoeft dat, zo kan men met de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak in laatstbedoelde zaak eens zijn, niet tot discussie over de niet-ontvankelijkheid van de afgewezen gegadigde te leiden.

Verticaal-bestuurlijk optreden spreekt echter uit de volgende aanhalingen. Ter vermindering van misverstand: in de hier en in de verderop in deze paragraaf Jurisprudentie te noemen zaken komt de Arob-rechter telkens tot niet-ontvankelijkverklaring onder toepassing van art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b* van de Wet Arob.

1°. Kopersverklaring Etten-Leur (81).

In het overzicht van de feiten leest men:

‘Verweerders hebben hun besluit doen steunen op de volgende overwegingen:

dat de gevraagde kopersverklaring is geweigerd, omdat in de nota Huisvestingsbeleid is bepaald dat niet-ingezetenen slechts voor een kopersverklaring in aanmerking komen, als ten minste de man of vrouw een volle dagtaak heeft bij een plaatselijk bedrijf of instelling. . .’

De Voorzitter vat dit in zijn rechtsoverwegingen terecht samen als:

‘In de nota Huisvestingsbeleid van de gemeente Etten-Leur is onder meer het recht op huisvesting van de gegadigden voor koopwoningen in die gemeente geregeld’.

2°. Kettingbeding 's-Hertogenbosch (82).

Aan appellante hebben B. en W. bericht dat zij

‘onder voorbehoud van een schriftelijke acceptatie harerzijds van de bijzondere voorwaarden voor verkoop, een () terrein () te haren behoeve zullen reserveren (). Deze reservering geschiedt onder o.m. de voorwaar-

(80) Vz. AR 18 april 1979, *A.B.* 1980, 563.

(81) AR 13 mei 1980, *A.B.* 1980, 561.

(82) Vz. AR 27 maart 1980, *A.B.* 1980, 539.

de, dat appellante () zich door een kettingbeding zal verplichten aan de koper van haar huidige vestiging () op te leggen de bij besluit van verweerders van 10 januari 1979 vastgestelde vestigingsregels, ten behoeve van de uitgifte van bouwterrein door de gemeente ()'.

Tot verticaal-bestuurlijk optreden reken ik eveneens de oplegging van anti-speculatiebedingen en het daaruit voortvloeiende voeren van een ontheffingenbeleid, zoals dat bijv. wordt aangetroffen in het al eerder genoemde geval-Blauwe Alicante Wateringen (83). Voorts de overeenkomst waarbij de bouwer zich verplicht tot een betaling aan de gemeente van een vergoeding voor de kosten van het bouwrijp maken van de grond en het aanleggen van voorzieningen. Dat zulke overeenkomsten erkend worden door art. 274 van de gemeentewet ontnemt haar niet per se het verticaal bestuurlijk karakter; de bouwer is op de gemeente aangewezen. Ik laat dan nog daar dat de gemeente het aangaan van de overeenkomst materieel tot voorwaarde, verbonden aan de verlening van de bouwvergunning kan maken; zie bijv. het geval-Helmond (84). Eveneens los van de vraag of het gemeentelijk optreden laakbaar is acht ik verticaal-bestuurlijk van karakter het verlangen van de gemeente Leidschendam dat een bouwer zich zou verbinden f 80 000 te betalen voor de gemeentelijke medewerking aan bestemmingswijziging van de te bebouwen percelen, waarbij wederom niet-afgifte van de bouwvergunning als sanctie werd gehanteerd (85).

b. Spanning

De appellant wijst menigmaal op het contrast tussen het feit dat de situatie als privaatrechtelijk wordt gekwalificeerd en de aanwezigheid van verticaal-bestuurlijke elementen.

1°. Gronduitgifte Standdaarbuiten (86).

Geconfronteerd met de door de gemeenteraad vastgestelde gedragslijn

(83) AR 3 juni 1980, *A.B.* 1980, 537.

(84) Wnd. Vz. AR 25 sept. 1979, *De Gemeentestem* 23 mei 1980.

(85) AR 3 jan. 1979, *A.B.* 1980, 614.

(86) Vz. AR 29 dec. 1978, *A.B.* 1980, 558.

voor de uitgifte van bouwgrond, die hem op weigering van de gevraagde kavel kwam te staan, stelt een appellant:

‘... het betreft hier echter de publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente op grond van neergelegde en aanwezige criteria al dan niet tot verkoop van grond aan particulieren over te gaan. Het publiekrechtelijke karakter klemmt des te meer nu bij de te nemen beslissing een belangrijk element het “algemeen belang” is, hetgeen indertijd ook door de raadscommissie op de “hearing” duidelijk is gesteld, waarbij deze commissie ook duidelijk verwees naar het provinciaal beleid (en dit wordt absoluut niet beheerst door het civiele recht). Overigens zou het mijns inziens ook niet met ons bestuursrechtelijk systeem stroken als dergelijke raadsbesluiten’ (waarin de eenzijdigheid van de rechtshandeling kenmerkend is) ‘slechts via de burgerlijke rechter aangetast kunnen worden, ook eventuele en mogelijke besluiten welke stoelen op gemeentelijk (en overheids) beleid. In mijn geval is in het gemeentelijk beleid het centrale criterium de economische binding. . .’

2°. Badhuis Vlaardingen (87).

Het gemeentebestuur heeft besloten dat het gemeentelijk badhuis grotendeels niet meer als badhuis gebruikt zal worden (88), dat het zal worden verbouwd en dat de beschikbaar gekomen ruimte zal worden verhuurd aan een vereniging. Een groep buurtgenoten richt zich tegen het besluit tot verhuur, ziet zich op dit punt in de bezwaarschriftenprocedure niet-ontvankelijk verklaard met verwijzing naar art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b*, en merkt in haar beroepschrift aan de Afdeling op:

‘Een besluit dat men als men het geïsoleerd beschouwt zou kunnen typeren als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, kan door de context waarbinnen het besluit is genomen is een zodanig publiekrechtelijk karakter krijgen, dat men van een beschikking kan spreken. ()

Het besluit het badhuis te verhuren aan de Vereniging Oecumenische Jeugd is een besluit dat mede een plaats vindt in het welzijnsbeleid van de gemeente. Een onderdeel daarvan is het jeugd- en jongerenwerk. Ten einde de V.O.J. aan onderdak te helpen, hetgeen de gemeente Vlaardingen terecht tot haar taak rekent, wordt een huurovereenkomst met hen aangegaan betreffende het badhuis.

Daarbij wordt niet een commerciële huur in rekening gebracht, maar één

(87) AR 11 aug. 1978, *A.B.* 1979, 111.

(88) Het besluit tot wijziging van de bestemming is een voorbeeld van een eenzijdige eigenaarsbeslissing die verticaal-bestuurlijke trekken vertoont, maar die omdat het besluit niet op rechtsgevolg was gericht niet binnen de rechtsmacht van de Afdeling kon worden getrokken.

die afgestemd is op de financiële mogelijkheden van de huurder. Eén en ander geeft duidelijk aan dat de omstreden huurovereenkomst een onderdeel van het publiekrechtelijke beleid van de gemeente vormt.

De gemeente had ten aanzien van de bestemming (en derhalve de verhuur) verschillende mogelijkheden in het kader van haar welzijnsbeleid. De keuze voor één van deze mogelijkheden is een politieke, althans beleidsmatige, keuze en heeft daardoor derhalve het karakter van een beschikking'.

3°. Erfpachtsovereenkomst Kaderbesluit Grondbank (89).

Appellants aanvraag om zijn bedrijf met behulp van de Grondbank te mogen vergroten is door de Stichting Beheer Landbouwgronden (administratief orgaan in de zin van de Wet Arob) afgewezen. Hulpverlening door de Grondbank vindt krachtens art. 16 van het hier toepasselijke Kaderbesluit Grondbank plaats door middel van het sluiten van een erfpachtsovereenkomst. Reden van de afwijzing was, dat de Stichting de verkavelingssituatie na uitgifte in erfpacht van de betrokken grond als ongunstig beschouwt.

De Stichting maakt zich nu voor wat de ontvankelijkheid betreft tot pleitbezorger van appellant:

'Verweerster stelt dat, aangezien het grondbankstelsel één der instrumenten is ter bereiking van de doelstellingen van het landbouwstructuurbeleid en de uitoefening van deze publiekrechtelijke taak niet anders dan door middel van rechtshandelingen naar burgerlijk recht kan geschieden, besluiten als hier in geding wel als beschikkingen in de zin van de Wet Arob moeten worden aangemerkt'.

4°. BeoPost-P.T.T. (90)

De door appellant aangewezen verticaal-bestuurlijke aspecten van de overeenkomst nemen soms een even algemeen karakter aan als de bestuursrechtelijke titel in het geval-Parkeerterrein Rotterdam (zie blz. 49). In de zaak over de mededeling van de P.T.T. aan BeoPost B.V. dat de overeenkomst tot het beschikbaar stellen van ruimte in postkantoren ten behoeve van de verstrekking van enveloppen en de verspreiding van folders zou worden beëindigd relateerde de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak de argumenten van BeoPost als volgt:

'Appellante gaat er in haar beroepschrift van uit, dat het in het schrijven van verweerder () vervatte besluit een beschikking is in de zin van de Wet Arob.

(89) AR 29 aug. 1978, *A.B.* 1979, 116.

(90) Vz. AR 31 okt. 1979, *A.B.* 1980, 624.

Dit zou naar de mening van appellante het geval zijn, omdat het om gebouwen met een publieke bestemming gaat, waarin ook de in het Organiek Besluit P.T.T. 1955 aan het Staatsbedrijf der P.T.T. toebedeelde taken worden verricht door ambtenaren, werkzaam bij dat bedrijf.

Voorts maakt het bestreden besluit naar haar mening in overwegende mate deel uit van het door het staatsbedrijf der P.T.T. gevoerde beleid in het kader van de op hem als overheidsorgaan rustende taak'.

c. Terughoudendheid van de Afdeling rechtspraak

Men kan niet zeggen dat de Afdeling rechtspraak dergelijke betogen steeds negeert, maar bepaald ook niet dat zij blijk geeft van het onder 'Eenzijdige beslissingen als eigenaar' aangeduide streven om waar maar enigszins mogelijk te komen tot het aannemen van een bestuursrechtelijke titel.

1°. Antenne-inrichtingen Maassluis (91).

De gemeente gaat een eigen antenne-inrichting exploiteren. Zij staakt geleidelijk haar steun aan de bestaande particuliere antenne-onderneming (deze steun bestond in het afdwingen van deelneming aan de particuliere antenne-inrichting door middel van kettingbedingen in koopovereenkomsten van woningen op gemeentegrond). Het beroep van de onderneming richt zich tegen de weigering van B. en W., met de particuliere onderneming een overeenkomst aan te gaan tot betaling van een hogere overnamesom dan de gebruikelijke voor de aansluitingen die de onderneming tot stand heeft gebracht. Zonder er in de uitspraak veel woorden aan te wijden ontkent de Afdeling rechtspraak de aanwezigheid van een publiekrechtelijke taak:

'Appellanten hebben echter gesteld dat voormeld artikellid van de Wet Arob op het door hen aangevochten besluit niet van toepassing is, aangezien het, aldus appellanten, daarbij ging om de uitvoering van een overheidstaak en andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen werden beoogd. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is komen vast te staan dat het bestreden besluit niet geacht kan worden deel uit te maken van het door verweerders ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak gevoerde beleid'.

2°. Premiekoopwoningen Leidschendam (92).

Dat de gemeente een beleid voert — al is het dan met behulp van lotin-

(91) AR 15 aug. 1980, *De Gemeentestem* 13 maart 1981.

(92) Vz. AR 6 jan. 1978, *A.B.* 1978, 160.

gen — bij het selecteren van gegadigden voor premiekoopwoningen wordt door de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak niet ontkend, maar hij richt de blik op de privaatrechtelijke positie van de gemeente:

‘De bezwaren van verzoeker richten zich in de eerste plaats tegen het besluit van verweerders tot het volgen van een procedure en het hanteren van bepaalde criteria bij de toewijzing van premiekoopwoningen. Hij vreest, gelet op de stijging van de prijzen van koopwoningen in de afgelopen twee jaar, nimmer meer in staat te zijn een huis te kopen.

Voormelde procedure en criteria zijn, naar uit de stukken blijkt, een uitwerking van de richtlijn, die het gemeentebestuur als eigenares van de te verkopen grond zich heeft gesteld ten aanzien van de koopovereenkomsten, te sluiten tussen de gemeente en een gegadigde. Zij zijn mitsdien aan te merken als gericht op het al dan niet tot stand brengen van rechtshandelingen naar burgerlijk recht’.

3°. Gronduitgifte Standdaarbuiten (93).

Op het hierboven bij ‘Spanning’ onder 1° aangehaalde principiële betoog van appellant antwoordt de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak, niet minder principieel maar zonder op het betoog in te gaan:

‘De bezwaren van appellant richten zich in de eerste plaats tegen het besluit van verveerder tot het hanteren van bepaalde criteria bij de uitgifte van bouwgrond.

Deze criteria heeft verveerder zich, naar uit de stukken blijkt, bij het uitoefenen van de rechten der gemeente als eigenares van de te verkopen grond gesteld ten aanzien van de tussen de gemeente en een gegadigde te sluiten koopovereenkomst. Zij zijn mitsdien aan te merken als gericht op het al dan niet tot stand brengen van rechtshandelingen naar burgerlijk recht’.

4°. Kettingbeding 's-Hertogenbosch (94).

Uit het bij ‘Voorbeelden van verticale elementen’ hierboven, onder 2°, geciteerde blijkt dat B. en W. de naleving van vestigingsregels afdwingen. Er is bij de Arobrecht wel aandacht voor een eventueel publiekrechtelijk aspect van dit optreden, maar deze richt zich enkel op de vraag of B. en W. geen publiekrechtelijke weg hadden moeten volgen:

‘Van een weigering van verweerders om een voor appellanten voordeliger publiekrechtelijke weg te volgen is naar Ons oordeel reeds hierom geen sprake nu verweerders terzake van de grondreservering geen publiekrechtelijke weg openstond’.

(93) Vz. AR 29 dec. 1978, *A.B.* 1980, 558.

(94) Vz. AR 27 maart 1980, *A.B.* 1980, 539.

5°. Jachthaven Volendam (95).

De gemeenteraad van Edam-Volendam wil in de pachtovereenkomst tussen de gemeente en de watersportvereniging 'Volendam' het beding zien opgenomen dat de voor de vereniging te bestemmen ligplaatsen in de haven van Volendam uitsluitend zullen dienen voor leden die in de gemeente wonen. Men kan in deze opstelling een verticaal-bestuurlijk optreden zien. Het is niet onmogelijk dat appellant dit ook heeft aangevoerd; de uitspraak zwijgt daarover. Typerend acht ik in elk geval dat de Afdeling rechtspraak het beroep tegen de opnemings van het beding zeer kort afdoet met:

'Naar ter zitting en uit de stukken is gebleken, heeft voornoemd besluit () betrekking op een beding, op te nemen in een door de gemeente met de watersportvereniging 'Volendam' te sluiten pachtovereenkomst met betrekking tot een gedeelte van de jachthaven van Volendam.

Het betreft hier derhalve een privaatrechtelijke aangelegenheid. De Afdeling is dan ook van oordeel, dat het besluit () dient te worden aange merkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht'.

6°. Demonstratieproject Rijswijk (96).

Van een uiterste korthed is ook de Voorzittersbeslissing over het besluit van de gemeenteraad van Rijswijk om met het Rijk een overeenkomst aan te gaan 'tot realisering van het demonstratieproject herindeling stedelijk gebied':

'Naar Ons oordeel betreft het bestreden besluit de totstandkoming van een overeenkomst naar burgerlijk recht, zodat van een beschikking in de zin van de Wet Arob geen sprake is'.

Wij vernemen niets van de beweegreden van appellant, een particulier. Een besluit over een afspraak tussen twee openbare lichamen op een terrein als hier genoemd lijkt mij echter niet onvatbaar voor een eventueel door de Arobrechter gewenste poging om het tot deel van de publieke bestuurszaak van de gemeente te verklaren. In de korthed van afdoening zie ik een symptoom van de terughoudendheid van die rechter zodra een overeenkomst ter sprake komt.

7°. BeoPost-P.T.T. (97)

Na kennisneming van wat BeoPost B.V. (zie hierboven bij 'Spanning', onder 4°) aan argumenten voor een publiekrechtelijk karakter van het bestreden besluit heeft afgevuurd zegt de Voorzitter, zonder discussie:

(95) AR 30 sept. 1977, *A.B.* 1978, 134.

(96) Vz. AR 20 sept. 1979, *A.B.* 1980, 598.

(97) Vz. AR 31 okt. 1979, *A.B.* 1980, 624.

'Hetgeen appellante aanvoert laat echter onverlet dat het bestreden schrijven uitsluitend gericht is op beëindiging van een tussen appellante en het Staatsbedrijf der P.T.T. gesloten overeenkomst tot het beschikbaar stellen van ruimte in postkantoren ten behoeve van de verstrekking van enveloppen en de verspreiding van folders'.

In het woord 'uitsluitend' kan men wellicht toch een rechtstreeks antwoord, maar dan een uiterst kort antwoord, lezen op de constructie die BeoPost B.V. beproefde.

d. Wel bestuurlijke taak, geen beschikking

De terughoudendheid van de Afdeling rechtspraak als een overeenkomst aan de orde is gaat zover dat de Afdeling soms onder erkenning dat van een publieke taak kan worden gesproken het contractuele overheidsoptreden als het ware losknipt van zijn publieke oorsprong en het op zichzelf beschouwt. Uit zijn context gehaald wordt het contractuele optreden dan tot uitsluitend rechtshandeling naar burgerlijk recht verklaard. Voorbeelden:

1°. Erfpachtsovereenkomst Kaderbesluit Grondbank (98).

Hierboven bij 'Spanning', onder 3°, is gesignaleerd dat de Stichting Beheer Landbouwgronden bij de Afdeling rechtspraak moeite deed om de erfpachtsovereenkomst en het landbouwstructuurbeleid waarvan die overeenkomst instrument is op één, publiekrechtelijke, lijn te krijgen. De Afdeling antwoordt:

'Naar het oordeel van de Afdeling is echter noch in de Wet arob noch in de geschiedenis van haar totstandkoming steun te vinden voor de opvatting dat, wanneer een administratief orgaan in het kader van een stelsel dat door de daartoe bevoegde organen is vastgesteld om bepaalde beleidsdoeleinden te bereiken, zijn bestuurlijke taak slechts kan uitoefenen door middel van het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, en daartoe binnen dat stelsel geen publiekrechtelijke weg openstaat, een voorziening op grond van deze wet mogelijk is tegen voornoemde rechtshandelingen of beslissingen tot het al dan niet verrichten daarvan'.

Na het historisch overzicht in hoofdstuk 2 zou ik over dit argument willen zeggen dat het er maar om gaat wat men onder rechtshandeling naar burgerlijk recht verstaat. Mijn indruk van de wetsgeschiedenis is, als gezegd, dat men bij de term rechtshandeling naar burgerlijk recht gedacht

heeft aan puur horizontaal optreden, waarbij dus privaatrechtelijke vorm en privaatrechtelijke inhoud elkaar dekken. Figuren als die zich hier voordoen zijn niet in de beschouwingen betrokken (99). Het beroep dat de Afdeling rechtspraak op de wetsgeschiedenis doet is niet zozeer onjuist als wel weinig relevant.

2°. Vuilafvoervereenkomst Kennemerland (100).

De raad van het gewest Kennemerland heeft besloten tot het aangaan van een vuilafvoervereenkomst met de VAM. De Voorzitter van de Afdeling rechtspraak acht voor het beschikkingskarakter niet beslissend dat de overeenkomst dient ter uitvoering van de publieke taak:

‘Het () besluit () strekt tot het aangaan van een overeenkomst naar burgerlijk recht. Hieraan kan niet afdoen de omstandigheid, dat, als door appellanten gesteld, verweerder hierbij een belang wenste te behartigen, dat specifiek tot het terrein van de overheid behoort’.

3°. Betonmortelcentrale Delfzijl (101-102)

De gemeenschappelijke regeling tot oprichting van het Havenschap Delfzijl draagt het Havenschap o.a. de aanleg en exploitatie van industrieterreinen op. Het Havenschap heeft een particuliere onderneming een terrein in erfpacht gegeven. De erfpachtovereenkomst bepaalt dat de erfpachter voor ander gebruik van het terrein dan in de overeenkomst omschreven toestemming van het Havenschap nodig heeft. Aan de orde is nu het beroep van een derde tegen zodanige toestemming. Ook hier weigert de Afdeling gelijkschakeling van taak en uitvoeringsbesluit te aanvaarden:

‘De Afdeling is evenwel van oordeel dat uit het feit dat deze taakomschrijving is opgenomen in een publiekrechtelijke regeling niet voortvloeit dat alle ter uitvoering van voormelde taak genomen besluiten een publiekrechtelijk karakter zouden hebben.

Het verlenen van een toestemming, welke is vereist ingevolge een erfpachtovereenkomst, is in dit geval, nu geen publiekrechtelijk voorschrift valt aan te wijzen waarmede dit besluit, naar zijn inhoud, rechtstreeks in verband kan worden gebracht uitsluitend aan te merken als een rechtshandeling naar burgerlijk recht in de zin van art. 2, tweede lid, van de Wet Arob’.

(99) Het krachtens de Wet beroep administratieve beschikkingen genomen K.B. van 6 febr. 1967, *A.B.* 1967 blz. 270, betreffende uitgifte van gronden in erfpacht in Oostelijk Flevoland, had een aanknopingspunt kunnen zijn.

(100) Vz. AR 22 febr. 1979, *A.B.* 1980, 623.

(101-102) AR 1 dec. 1980, *De Gemeentestem* 13 maart 1981.

Subsidie en overeenkomst

Wij zagen dat de Afdeling rechtspraak ondanks het ontbreken van een duidelijk aanwijsbare bestuursrechtelijke titel toeschietelijk is wanneer zich een subsidiekwestie voordoet. Eveneens constateerden wij terughoudendheid zodra een overeenkomst in het spel is. Welk ontvankelijkheidsbeleid voert de Afdeling wanneer deze beide samengaan?

Het antwoord moet luiden dat de afkerigheid van de Afdeling om zich met contractuele aangelegenheden in te laten het wint van haar geneigdheid subsidiezaken aan zich te trekken.

Dit is opmerkelijk, omdat de overeenkomst in de hier bedoelde zaken een ondergeschikte, zo niet bijkomstige rol speelt. Dat spreekt sterk bij de toepassing van de Beeldende Kunstenaars Regeling (103).

De Beeldende Kunstenaars Regeling maakt deel uit van een complex overheidsmaatregelen dat kunstmatig een arbeidsklimaat schept waarin burgers zich kunnen handhaven ondanks bijzondere omstandigheden. Twee ministeriële regelingen op dit terrein, de Gemeentelijke Sociale Werkvoorzieningsregeling en de Regeling Sociale Werkvoorziening Hoofdarbeiders, werden intussen omgezet in de Wet Sociale Werkvoorziening (104). Zij betroffen gehandicapte hand- en hoofdarbeiders. De derde groep, de beeldende kunstenaars, is nog steeds op pseudo-wetgeving aangewezen.

De beeldende kunstenaar kan zijn rechten en verplichtingen vrij nauwkeurig uit de pseudo-wettelijke ministeriële voorschriften aflezen. Het gemeentebestuur is belast met 'de uitvoering van de regeling' (art. 4). Als het gemeentebestuur die verricht 'overeenkomstig haar bepalingen' (nl. die van de regeling) 'en met inachtneming van de door of vanwege de minister terzake gegeven richtlijnen' ontvangt het een 'rijkssubsidie' (art. 38). Wij hebben hier te doen met rijksbekostiging van een door de gemeente uitgevoerde bestuurstaak. De constructie dat de gemeente gesubsidieerd wordt indien zij zich aan bepaalde voorwaarden houdt komt

(103) Besluit van de Minister van Sociale Zaken van 13 dec. 1971, nr. 34536/IIIa (Stcrt. 1971, 250) tot vaststelling van een regeling complementaire arbeidsvoorziening voor beeldende kunstenaars (Beeldende Kunstenaars Regeling). Belangrijke herzieningen werden gepubliceerd in Stcrt. 1974, 198 en 1979, 200.

(104) Wet van 23 nov. 1967 (Stb. 687) houdende vaststelling van regelen inzake het bieden van aangepaste werkgelegenheid, gewijzigd bij de wetten van 22 jan. 1975 (Stb. 41) en van 8 sept. 1976 (Stb. 473).

voort uit het besef dat haar formeel niet bij circulaire medebewind kan worden opgedragen. Op het moment dat de Beeldende Kunstenaars Regeling wordt vervangen door een wet, of een wettelijke basis krijgt, zal zonder twijfel een verplichting tot de gemeentelijke activiteit worden geformuleerd zoals dat ook in art. 7 van de Wet Sociale Werkvoorziening is gedaan. De 'subsidiëring' aan de gemeenten verandert dan in een 'vergoeding van de uitgaven', zoals wij die ook vinden in art. 40 van de Wet Sociale Werkvoorziening en in art. 47b van de Algemene Bijstandswet. Ik vermeld dit om te laten zien dat de gemeente in de Beeldende Kunstenaars Regeling evenmin de eigenlijke gesubsidieerde is als in de Algemene Bijstandswet en de Wet Sociale Werkvoorziening.

'Ten behoeve van de beeldende kunstenaar' wordt de voorziening getroffen (art. 2). Hij dient 'een aanvraag om toepassing van deze regeling' in (art. 13, eerste lid). Er wordt een reeks voorwaarden omtrent zijn persoon en omstandigheden gesteld (art. 1, onder f, en art. 3). Het gemeentebestuur neemt een 'beslissing omtrent elke aanvraag' (art. 13, tweede lid). Wordt een voorziening getroffen, dan rusten op de beeldende kunstenaar verplichtingen (o.a. tot het verstrekken van inlichtingen en tot medewerking, art. 14). Er is een 'voorzieningsperiode' gedurende welke geen herhaalde voorziening zal worden getroffen (art. 28, eerste lid). De voorziening bestaat in het verstrekken van een opdracht tot het vervaardigen van een kunstwerk of tot het verrichten van bepaalde diensten op het gebied van de beeldende kunst, dan wel in het aankopen van reeds vervaardigde kunstwerken (art. 11, tweede lid). Wat de gemeente voor opdrachten en aankopen verschuldigd is kan als zij dat wenselijk acht in termijnen worden uitbetaald (artt. 21 en 26). De kunstenaar moet de voorzieningsperiode doorkomen met de vastgestelde prijs; de lengte van die periode wordt bepaald door de 'weeksom' die voor hem geldt, en die in hoofdzaak georiënteerd is aan de lonen die voor werknemers krachtens de Wet Sociale Werkvoorziening gelden (art. 28, tweede en volgende leden). Wordt het treffen van een voorziening geweigerd, of wordt op bepaalde punten afgeweken van het advies van een plaatselijke commissie dan is er een beroep ('verzoek om revisie') op de minister (art. 37). Deze hoort de Centrale commissie complementaire arbeidsvoorzieningen beeldende kunstenaars. Zijn beslissing is bindend.

Een aan de praktijk ontleende tekst van een besluit op grond van de Beeldende Kunstenaars Regeling voeg ik als bijlage bij (105).

De hieronder weergegeven uitspraak van de Afdeling rechtspraak kan model staan voor de houding die de Afdeling tegenover de Beeldende Kunstenaars Regeling aanneemt.

‘Groen schilderij’ Meerssen (106).

B. en W. hebben appellant medegedeeld, niet tot aankoop van het door hem aangeboden kunstwerk ‘groen schilderij’ over te gaan. Appellant heeft, overeenkomstig art. 37 van de Beeldende Kunstenars Regeling, een revisieverzoek gericht tot de minister van Sociale Zaken. Deze heeft aan B. en W. medegedeeld dat het ‘groen schilderij’ aangemerkt kan worden als een kunstwerk in de zin van art. 1 onder g van de Beeldende Kunstenars Regeling, en het gemeentebestuur verzocht de afwijzende beslissing te herzien in overeenstemming met deze uitspraak. B. en W. hebben hun beslissing echter gehandhaafd.

De Afdeling rechtspraak heeft voor haar standpuntbepaling maar twee zinnen nodig:

‘Het besluit van verweerdere () houdt de weigering in tot aankoop over te gaan van het door appellant aangeboden “groen schilderij”.

Dit besluit behelst derhalve de weigering een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten, namelijk het aangaan van een burgerrechtelijke overeenkomst van koop en verkoop’.

Dank zij een uiting van B. en W., die appellant ontvankelijk hebben geacht in de bezwaarschriftenprocedure en die beslissing nu verdedigen, volgt nog:

‘Verweerdere hebben aangevoerd dat het verzoek van appellant om tot aankoop van het schilderij over te gaan is gedaan in het kader van de Beeldende Kunstenars Regeling. Omdat deze regeling een publiekrechtelijk karakter draagt, kon naar de mening van verweerdere appellant tegen hun afwijzende beslissing voorziening vragen op grond van de Wet Arob.

De Afdeling deelt deze mening niet.

De Beeldende Kunstenars Regeling heeft de strekking aan gemeentebesturen, die handelen overeenkomstig haar bepalingen, onder meer een uitkering te doen toekomen, die hen in staat moet stellen daaruit een deel van de aankoopkosten van een kunstwerk te voldoen. De Beeldende Kunstenars Regeling, die niet steunt op enig wettelijk voorschrift, verplicht de gemeentebesturen echter niet tot aankoop van aangeboden schilderijen over te gaan.

In het besluit van verweerdere () is dan ook, naar het oordeel van de

(106) AR 17 dec. 1979, *A.B.* 1980, 560. Zie voor een iets meer gecompliceerd geval met een naar de strekking gelijke uitspraak AR 8 mei 1980, *A.B.* 1980, 540, betreffende korting van een WAO-uitkering op de weelsom krachtens de BKR, Amsterdam.

Afdeling, niet anders te zien dan de weigering om een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten'.

Het feit dat de subsidiëring van de beeldende kunstenaar — want op die bestuursrechtelijke figuur komt de constructie toch neer — na voltooiing van de besluitvorming het uiterlijk van een koop-verkoopovereenkomst krijgt is voldoende om de Afdeling rechtspraak te doen afdeinzen. De Afdeling neemt hier bepaald de vorm voor de materie. Wat is het civiel gehalte van de transactie? Ik zou hier van een louter mechanisch gebruik van de overeenkomst willen spreken. Is dit nu een uitsluiting die de wetgever voor ogen heeft gehad bij het formuleren van art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b* van de Wet Arob?

Een andere uitspraak in de subsidiesector roept de zelfde vragen op:

Rentesubsidie Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw (107).

Het bestuur van de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw heeft aan appellant een bijdrage, in de vorm van een rentesubsidie, toegekend op grond van het Kaderbesluit landbouwbedrijven met ontwikkelingsmogelijkheden (108) en het Toepassingsbesluit glastuinbouwbedrijven met ontwikkelingsmogelijkheden. Het naar de mening van de Afdeling rechtspraak pseudo-wettelijk Kaderbesluit bepaalt dat indien een aanvraag door het bestuur is goedgekeurd tussen de aanvrager en de Stichting een schriftelijke overeenkomst wordt gesloten waarbij door het bestuur nadere voorwaarden kunnen worden gesteld. Art. 13, tweede lid, van het Kaderbesluit bepaalt dat in geval van overtreding van de in de overeenkomst vervatte ge- of verbodsbepalingen het recht op vergoeding (hier is de subsidie bedoeld) vervalt. Uitgekeerde bedragen moeten dan, aldus het Kaderbesluit, worden terugbetaald, vermeerderd met een boete. De overeenkomst nu dient mede ter uitwerking van deze bepaling. Overeengekomen is in casu dat indien de betrokkene, behoudens ten gevolge van naar het oordeel van het bestuur bijzondere omstandigheden, binnen 5 jaar het bedrijf verkoopt, zijn recht op rentesubsidie vervalt en hij verplicht is op eerste vordering, met boete, terug te betalen.

(107) AR 17 okt. 1978, *A.B.* 1979, 196.

(108) Stcrt. 1972, 221. De beide in de tekst genoemde besluiten zijn inmiddels vervangen door het Besluit landbouwbedrijven met ontwikkelingsmogelijkheden, Stcrt. 1974, 83 en 89; laatste wijziging in Stcrt. 1980, 45.

Bij het bestreden besluit heeft het bestuur de subsidie teruggevorderd omdat appelland binnen 5 jaar heeft verkocht.

Weer koerst de Afdeling rechtstreeks op de rechtshandeling naar burgerlijk recht af:

‘Dit besluit betreft naar het oordeel van de Afdeling de uitvoering van de tussen appelland en de Stichting gesloten overeenkomst en is derhalve aan te merken als een rechtshandeling naar burgerlijk recht’.

Appelland voelt zich geen gewone contractant:

‘Namens appelland is ter zitting gesteld dat het stellen van nadere voorwaarden bij deze overeenkomst zijn enige legitimatie vindt in het Kaderbesluit en niet het gevolg is van een tussen partijen bestaande contractsvrijheid zoals deze in het burgerlijk recht bekend is’.

Doch de Afdeling brengt de overeenkomst niet met het Kaderbesluit op één publiekrechtelijke lijn:

‘Naar het oordeel van de Afdeling ontnemt echter de omstandigheid dat appelland slechts onder de door verweerder gestelde voorwaarden, welke deels hun grondslag vinden in het Kaderbesluit, met verweerder voornoemde overeenkomst kon aangaan, aan deze overeenkomst noch aan het ter uitvoering daarvan genomen bestreden besluit het karakter van een rechtshandeling naar burgerlijk recht’.

Naar mijn inzicht kan men de overeenkomst even goed typeren als vaststelling van de voorschriften die aan de toekenning van een subsidie worden verbonden. Zij is, in elk geval op het omstreden punt (het terugbetalings- en boetebeding) niet tweezijdiger dan een rechtstreeks in een subsidiebeschikking opgenomen voorschrift. Ook zulke voorschriften zijn vaak het voorwerp van overleg en wilsovereenstemming tussen overheid en burger. Toch zou, als zij in een naar de vorm eenzijdige beschikking zouden zijn neergelegd, niemand er aan denken de burger een beroepsrecht tegen de voorschriften te ontzeggen. De terugvordering wegens overtreding van de overeenkomst kán men als uitvoering van de overeenkomst duiden. Men kan haar echter ook op art. 13, tweede lid, van het Kaderbesluit gebaseerd achten. Dan zijn wij dicht bij een intrekking van subsidie wegens overtreding van de eraan verbonden voorschriften.

Net als bij de Beeldende Kunstenaars Regeling rijst de vraag of de kwalificatie die de Afdeling rechtspraak geeft nog wel in de geest van art. 2 van de Wet Arob is.

Vergelijkt men de beide hier weergegeven uitspraken met de elders door de Afdeling gedane moeite om een basis voor ontvankelijk-

heid te vinden dan is de conclusie dat de Afdeling rechtspraak zich wel vast moet hebben voorgenomen zich niet op terreinen te be-
geven waar overeenkomsten enige rol spelen.

Stel eens dat het criterium 'gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid' in art. 2 van de Wet Arob zou zijn gehandhaafd, een criterium dat vervangen werd door 'geen rechtshandeling naar burgerlijk recht' om de Afdeling rechtspraak tot ruimhartige opvatting van haar bevoegdheid aan te sporen. Zou dan, bij dat zogenaamd belemmerende criterium, de Afdeling het gesprek over haar bevoegdheid in deze beide zaken even snel hebben kunnen beëindigen als zij nu deed?

5. IS WETSWIJZIGING GEWENST?

Nodig is wetswijziging niet

De Afdeling rechtspraak heeft een geringe marge bij het beantwoorden van de vraag of het besluit van een administratief orgaan beoogt de juridische situatie te wijzigen. Over meer speelruimte beschikt zij als zij moet beslissen of het besluit een bijzondere dan wel algemene strekking heeft. Het grootst is haar vrijheid als het er om gaat uit te maken of de haar voorgelegde rechtshandeling van niet-algemene strekking moet worden gerekend tot het publiek- dan wel tot het privaatrecht. Men zou het standpunt kunnen innemen dat de Afdeling zich hier behoort te laten leiden door de aanwezigheid van een geschreven bestuursrechtelijke titel. Feit is echter dat die eis niet met zoveel woorden in art. 2 van de Wet Arob is neergelegd. Te constateren is dat de Afdeling rechtspraak de eis wel als uitgangspunt neemt, maar bereid is er onder omstandigheden van af te wijken. Met dat laatste zet de Afdeling een voorzichtige stap in de richting van het aanvaarden van een niet formeel begrensd, door materiële noties als 'behartiging van het openbaar belang' en 'vervulling van de algemene bestuurszaak' bepaald begrip bestuur. Doch dan is er in beginsel geen reden om niet ook de aanduiding 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' materieel te gaan uitleggen. Van de privaatrechtelijke vorm waarin het overheidsoptreden zich aandient wordt afgezien, en het bestuurlijk oogmerk dat bij de rechtshandeling voorzit wordt als criterium voor het publiekrechtelijk gehalte aanvaard. Ik beveel dat niet aan, maar stel vast dat de Afdeling door een niet zozeer ruime als wel materiële uitlegging van art. 2 tot dit resultaat zou kunnen komen. Zo'n interpretatie van art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b* is niet veel drierster dan de publiekrechtelijke uitlegging van het begrip 'onrechtmatig' uit het Burgerlijk Wetboek die men van de Hoge Raad verlangt.

Het formuleren van overwegingen die het privaatrechtelijke element doen ineenschrompelen tot vormkwestie kan de Afdeling rechtspraak niet moeilijk vallen in zaken betreffende de Beeldende Kunstenaars Regeling, de kaderbesluitregelingen over het landbouwstructuurbeleid e.d. Ook elders zal de Afdeling het bestuurlijk karakter van overheidsoptreden met een privaatrechtelijk uiterlijk kunnen beredeneren. Een punt van herkenning zou kunnen

zijn het bestaan van een verordening waarin met het doel een specifiek openbaar belang te dienen standaardvoorwaarden voor overeenkomsten (bijv. anti-speculatiebedingen bij gronduitgifte) of vaste gedragslijnen voor eenzijdig optreden als eigenaar (bijv. het toestaan van gebruik van terreinen) zijn neergelegd. Dat het openbaar lichaam de moeite heeft genomen zijn beleid in deze aangelegenheden behoorlijk te regelen zou kunnen worden opgevat als teken dat het meent ter vervulling van een publieke bestuurstaak te handelen. De Afdeling rechtspraak zou zich dan kunnen richten op besluiten tot weigeren, aangaan, uitvoeren en opzeggen van overeenkomsten die met de betrokken standaardvoorwaarde in verband te brengen zijn resp. op besluiten die als toepassing van de richtlijn voor optreden als eigenaar zijn te beschouwen.

De vraag is dus niet zozeer of de Afdeling kan maar of zij wil, en verder of wij vinden dat zij moet willen.

Dat de Afdeling rechtspraak maar in heel beperkte mate bereid is het door privaatrechtelijke vormen gekenmerkte terrein te betreden meen ik in het voorgaande te hebben laten zien. Bij het beoordelen van eenzijdige beslissingen als eigenaar zegt de Afdeling dat zij niet de eigenaar maar zijn bestuurlijke dubbelganger controleert. Bij de overeenkomsten wijkt zij steeds, zelfs als het gaat om het zo gaarne door haar onder art. 2 begrepen gebied van de subsidiebesluiten.

Het motief dat ik achter die terughoudendheid zie, de vrees voor een chaos op het stuk van de verdeling der rechterlijke bevoegdheid, is naar mijn mening een geldige reden voor de reserves van de Afdeling. Hier raken wij een kwetsbaar punt van de Wet Arob, nl. de algemeenheid van de bewoordingen waarin de reikwijdte van de wet en dus van de bevoegdheid van de Afdeling rechtspraak is omschreven.

De onvermijdelijke grenskwestie

In een rechtsbeschermingsstelsel als het onze, met zijn algemeen bevoegde gewone rechter en zijn administratiefrechtelijke competenties die op diens optreden in mindering komen, is de duidelijkheid het meest gediend met een zorgvuldige enumeratie van de gevallen waarin de bijzondere colleges — in dit verband is ook de Afdeling rechtspraak daartoe te rekenen — bevoegd zijn. De Amb-

tenarenwet 1929 en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie veroorzaakten hier geen ernstige schade omdat zij nog enigszins overzienbare terreinen bestreken. De keus van de commissie-De Monchy voor een blanco aanvullende opdracht die vervolgens nog gecompliceerd werd door de uitsluiting van het feitelijk en algemeen handelen was tevens een keus voor een grensbepaling van geval tot geval, te verrichten door de gewone rechter en de Afdeling rechtspraak (109). Al onder de Wet beroep administratieve beschikkingen riep de algemene omschrijving vragen op; onder de Wet Arob heeft dit zich voortgezet. Ook al zou de betekenis van art. 2 in 1963 en 1975 duidelijk zijn geweest, de omschrijving staat in elk geval bloot aan veroudering door veranderingen in de bestuursrechtspraak.

Met ons rechtsbeschermingsstelsel valt te leven zolang wij de werkteerren enigszins duidelijk weten af te bakenen. De complicaties die de algemene omschrijving van de wetten beroep administratieve beschikkingen en Arob mogelijk heeft gemaakt, vallen niet meer volledig te voorkomen. Alsnog kiezen voor enumeratie van de besluiten waarover de Afdeling rechtspraak mag oordelen heeft praktische nadelen maar ook principiële. Bij die laatste is te denken aan het verdwijnen van de onmogelijkheid voor de openbare lichamen om zich aan de algemene aanvullende rechtsbescherming te onttrekken. De blanco omschrijving van art. 2 heeft op heuglijke wijze bijgedragen aan het krijgen van zicht op en het in kaart brengen van bestuursvormen.

Bij deze stand van zaken en bij het ontbreken van uitzicht op een enigszins spoedige algemene herziening van de rechterlijke organisatie is het, zo luidt mijn conclusie, aan te bevelen de toepassing van de Wet Arob zo overzichtelijk mogelijk te houden.

Twee vormen van besturen

De achter de Wet beroep administratieve beschikkingen en ook nog wel achter de Wet Arob zittende gedachte dat met de beschikking het reguliere besturen, afgezien dan van de feitelijke handeling en het besluit van algemene strekking, wel gevangen was, wordt

(109) Aanvankelijk, onder de werking van de Wet beroep administratieve beschikkingen, door de Kroon en de gewone rechter.

door de bestuurspraktijk doorkruist. Aan de Arobrechtter presenteren zich privaatrechtelijke vormen van besturen. Zij beantwoorden niet aan het officiële bestuurssysteem van regeling/beschikking waarop ook het stelsel der administratiefrechtelijke voorzieningen is afgesteld.

Ontkennen van het bestaan van het tweede circuit baat niet. Het is in omvang waarschijnlijk gering in verhouding tot het gebruik van de beschikkingsfiguur. Het functioneert echter wel degelijk, en het wordt door de rechters grotendeels getolereerd.

Men trekt echter aan het verkeerde eind als men een integratie van de beide systemen wil voltrekken via de rechtsbescherming. Dat geeft al gewrongenheid omdat de bevoegdheidsomschrijving in art. 2 op één van de twee is afgestemd. Maar afgezien daarvan, de kwestie is te gewichtig om haar langs die omweg aan te pakken.

De verhouding tussen overheidsbestuur en privaatrecht zal in het materiële, primaire recht moeten worden geregeld. De opheldering van de relatie zal niet aan de procedurele, secundaire wetgeving over de rechterlijke organisatie en het administratief procesrecht, en de uitlegging daarvan door de rechter, mogen worden overgelaten.

Hoe de verhouding moet worden geregeld behoef ik hier niet duidelijk te maken. Wel zou ik twee methoden willen onderscheiden. De eerste houdt in dat publiekrechtelijk de bevoegdheid tot het besturen in privaatrechtelijke vormen wordt geregeld, d.w.z. dat de wet gaat aangeven wie het tweede circuit mogen gebruiken en wanneer. De tweede methode, die naast maar ook los van de eerste kan worden gevolgd, bestaat in het normeren van het gebruik van de privaatrechtelijke vormen naar de inhoud, d.w.z. dat een publiek eigendomsrecht en een publiek contractenrecht worden ontwikkeld. (Ik overzie niet hoe breed dat recht moet worden opgezet; wellicht kan met aanvullingen in het Burgerlijk Wetboek worden volstaan. De plaats van de regeling doet er weinig toe; ook dat het wetboek burgerlijk blijft heten kan onverschillig zijn).

Effecten van regeling in het materiële recht

Wordt de zojuist genoemde eerste weg gevolgd dan zal de Afdeling rechtspraak minder vrees behoeven te koesteren voor een chaos op het gebied van de rechterlijke competentie. Haar optreden heeft dan duidelijke aanknopingspunten in publiekrechtelijke be-

voegdheden van het bestuur gekregen.

De tweede weg, het formuleren van wettelijke normen waaraan de inhoud van het bestuurlijk optreden in privaatrechtelijke vorm moet voldoen, voert echter tot grotere voordelen. Langs die weg komen algemeen verbindende voorschriften tot stand die de rechter, wie dat ook is, toetsingsnormen in handen geven die hem, maar ook de eiser of appellant, onafhankelijk maken van ongeschreven bestuursrecht.

Ik ben geneigd, aan de tweede methode voorrang toe te kennen. Daarbij overweeg ik, dat van inhoudelijke normering van het optreden van de overheid als eigenaar en de gewone rechter en de Afdeling rechtspraak zullen profiteren. Feitelijk handelen krachtens eigenaarsbevoegdheid blijft immers, tenzij het systeem van Arob grondig wordt gewijzigd, bij de gewone rechter.

Een groot voordeel van het ontwikkelen van materiële normen voor besturen in privaatrechtelijke vorm acht ik daarnaast dat de discussie over de rechterlijke organisatie ten dele wordt bevrijd van een probleem dat er in wezen vreemd aan is, nl. de kwestie van de omvang van de rechterlijke toetsing. Door een wettelijke inhoudelijke normering te ontwikkelen helpen wij de vraag welke rechter de meest brede rechtsbescherming biedt de wereld uit. Dat draagt bij tot het ontstaan van een meer zuiver beeld van de behoefte aan en de voordelen van afzonderlijke administratieve rechtspraak.

De nieuwe Grondwet

Er is een novum: de nieuwe Grondwet zal de wetgever opdragen algemene bepalingen van bestuursrecht te stellen. Ergens zal begonnen moeten worden. Ik stel voor, voorrang te geven aan het onderwerp 'overheid en privaatrecht', en binnen dat onderwerp aan het ontwikkelen niet van bevoegdheids- maar van inhoudelijke normen. Grote woorden, maar de Wet Arob heeft ons nu eenmaal opnieuw gezet voor het doordenken van grote begrippen uit ons recht: openbaar gezag, rechtsgevolg, burgerlijk recht. De tijd die in het ontwikkelen van materiële normen wordt gestoken zal in elk geval beter besteed zijn dan tijd die zou heengaan met moeizame pogingen om art. 2 van de Wet Arob bij te stellen.

Op de korte termijn

Voor de Afdeling rechtspraak zou intussen aandacht voor de overzichtelijkheid van de rechterlijke taakverdeling het parool moeten zijn. Het besef dat, hoe stoutmoedig ook ten opzichte van art. 2, tweede lid, aanhef en onder *b* zou worden opgetreden, toch altijd hele stukken bestuur — besluiten gericht op feitelijk handelen, besluiten van algemene strekking — bij de gewone rechter zullen blijven kan tot enige relativering leiden. In de sector overeenkomsten legt de Afdeling trouwens, naar wij zagen, laconisme aan de dag. Overigens kan juist voor die sector van belang zijn dat de positie van pseudo-wetgeving thans de bijzondere aandacht heeft van de Commissie van externe deskundigen die zich met wetgevingsvraagstukken bezig houdt (110). Worden wegen gevonden om de pseudo-wetgeving dichter bij de ware wetgeving te brengen bijv. door het parlement bij de totstandkoming in te schakelen dan kan zij een bestuursrechtelijke titel worden die eventuele contractuele elementen overschaduwet. Besluiten krachtens de Beeldende Kunstenaars Regeling e.d. zouden dan door de Afdeling rechtspraak binnen Arob kunnen worden getrokken.

(110) Zie over deze Commissie voor Wetgevingsvraagstukken: witte stukken Tweede Kamer 1979-1980-15454, en Elsbeth Polak, 'Drieluik-voorstel tot verbetering van wetgeving: kijkje achter de deuren', *Ars Aequi* 1980 blz. 563-565.

BIJLAGEN

BIJLAGE I:

REGELING SELECTIEF GRONDUITGIFTEBELEID VAN DE GEMEENTE MOERGESTEL

GEMEENTE MOERGESTEL

Vergadering van de Raad van 25 augustus 1978, agendapunt nr. 11

Afd. Algemene Zaken

Voorstel nr. 78-71

Voorstel tot vaststelling van de 'Regeling Selectief Gronduitgifte-
beleid'.

(FRAGMENT)

AAN:

de leden van de RAAD

In Uw vergadering van 30 juni j.l. is ons voorstel inzake vaststelling van de regeling selectief gronduitgifte-beleid door Uw raad niet aangenomen. De totale nota selectief gronduitgiftebeleid treft U nogmaals bij de stukken aan. Uit genoemde bespreking alsmede uit de informele raadsvergadering van 14 april 1978 kwam naar voren de noodzakelijkheid in verband met het te voeren planologisch beleid, voorschriften vast te stellen, teneinde alsnog uit te geven bouwterreinen bij voortduring ten goede te laten komen aan hen, die een

binding met de gemeente Moergestel bezitten. Vooralnog werd een zogenaamde vestigingsregeling voor nieuw te bouwen woningen en de bestaande woningvoorraad prematuur geacht, gezien o.a. het feit dat deze problematiek ook op provinciaal- en rijksniveau nog volop in ontwikkeling is. Alom wordt gepleit voor een landelijke regeling in de vorm van een kaderwet. Mocht deze wet op langere termijn uitblijven en de maatschappelijke ontwikkelingen noodzaken tot een stringenter beleid voor deze gemeente, dan zullen wij overwegen Uw raad voor te stellen alsnog een dergelijke vestigingsregeling vast te stellen.

De voorliggende regeling — hanteren van verkoopvoorwaarden bij de uitgifte van bouwterreinen — grendelt de woningmarkt niet hermetisch af, maar legt slechts drempels om de grootste druk van migranten te keren t.w.:

1. verkoop van bouwterreinen uitsluitend aan hen, die een binding met de gemeente Moergestel bezitten met daaraan gekoppeld een puntentelling ter bepaling van de urgentie van toewijzing;
2. beperkingen voor ingezetenen met een eigen woning, die bouwgrond van de gemeente willen kopen;
3. beperkingen voor inwoners, die reeds eerder bouwgrond hebben gekocht van de gemeente;
4. opnemen van een kettingbeding als vervolg op genoemd boetebeding.

Alhoewel het hanteren van verkoopvoorwaarden bij de uitgifte van bouwterreinen een privaatrechtelijke aangelegenheid is, hebben wij gemeend zulks — vanwege het te dienen openbaar belang — in een verordening te moeten regelen. In het kader van de rechtszekerheid is in de regeling een beroepsrecht op Uw raad opgenomen.

.....

GEMEENTE MOERGESTEL

Nummer: 55.

De Raad der gemeente Moergestel;

gelezen het voorstel van burgemeester en wethouders van 16 augustus 1978, nummer 78-71;

overwegende, dat het in verband met het te voeren planologisch beleid in deze gemeente noodzakelijk is voorschriften vast te stellen teneinde alsnog uit te geven bouwterreinen bij voortduring (vigerende en toekomstige bestemmingsplannen) ten goede te laten komen aan hen, die een binding met de gemeente Moergestel bezitten; gelet op de bepalingen van de gemeentewet;

BESLUIT:

vast te stellen de volgende

'REGELING SELECTIEF GRONDUITGIFTE-BELEID'

Artikel 1.

Begripsbepalingen:

- I. *de eis van economische gebondenheid* wordt gebaseerd op de binding die iemand bezit doordat hij voor de uitoefening van zijn dagtaak is aangewezen op het grondgebied van de gemeente Moergestel;
- II. *gemeentelijke huurwoning*:
een woning die bij voortduring bestemd is om te worden verhuurd.

Artikel 2.

Voor de toewijzing van een bouwperceel komen in principe slechts in aanmerking zij die geen woning of bouwperceel in eigendom of zakelijk genotsrecht hebben of gedurende de laatste 3 jaren gehad hebben.

Bij de toewijzing worden de volgende toetsingscriteria gehanteerd:

1. zij, die geboren zijn in Moergestel en er nog steeds woonachtig zijn;
2. zij, die economisch gebonden zijn aan Moergestel;
3. zij, die niet in Moergestel zijn geboren, maar er reeds meer dan 10 jaren aaneengesloten wonen;
4. zij, die in Moergestel tenminste 10 jaren hebben gewoond, maar er thans niet meer woonachtig zijn, doch niet langer dan 5 jaren uit de gemeente zijn vertrokken.

Artikel 3.

Ter bepaling van de urgentie van toewijzing van een bouwperceel

zal de hieronderstaande puntentelling worden gehanteerd:

- | | |
|---|-------------|
| 1. Economische gebondenheid
degenen, die aan Moergestel economisch zijn
gebonden | 5 punten |
| 2. Aanvrager inwoner is van de gemeente (per tijds-
duur van 2 volle jaren 1 punt) | 0-15 punten |
| 3. Aanvrager oud-inwoner is van de gemeente en
kan aantonen de gemeente te hebben moeten
verlaten vanwege het ontbreken van een huur-
woning/bouwperceel | 5 punten |
| 4. Aanvrager heeft als inwoner van Moergestel nog
geen eigen woonruimte in de gemeente | 5 punten |
| 5. Aanvrager beschikt over een huurwoning in de
gemeente | |
| a. gemeentelijke huurwoning | 15 punten |
| b. partikuliere huurwoning | 5 punten |
| c. partikuliere huurwoning, die na ontruiming
wordt verhuurd aan iemand die op de lijst van
woningzoekenden staat | 10 punten |
| 6. Aanvrager beschikt over en bewoont een eigen
woning in de gemeente, welke woning in eigen-
dom wordt overgedragen aan een persoon ge-
noemd in art. 6 | 5 punten |
| 7. Aanvrager staat op de lijst van woningzoeken-
den (voor elk vol jaar van inschrijving 2 punten) | 0-10 punten |

Artikel 4.

Bij de uitgifte van een bouwterrein zullen naast de algemene verkoopvoorwaarden de volgende bepalingen in de akte van grondverkoop worden opgenomen:

1. Het is verboden binnen 7 jaar na de datum van de notariële akte van eigendomsoverdracht van het bouwterrein, dit te vervreemden, in gebruik af te geven of te verhuren, behoudens ontheffing van burgemeester en wethouders onder de door dit kollege te stellen voorwaarden. Gemeld verbod is niet van toepassing ingeval van een verkoop ex art. 1223, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede ingeval de verkoop plaatsvindt op grond van een bevel van de rechter tot verkoop ingevolge art. 1122, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek.
2. Bij niet nakoming of overtreding van de voorwaarde, genoemd

- onder sub 1 wordt een boete opgelegd gelijk aan de koopsom van het bouwterrein, vermeerderd overeenkomstig de stijging die het jaartotaal prijsindexcijfer van de gezinskonsumptie van het CBS in de alsdan verstreken jaren zal blijken te hebben ondergaan.
3. De boete is dadelijk opeisbaar en wordt verbeurd door het enkele feit der niet nakoming of overtreding zelve, zonder dat enige ingebrekestelling zal zijn vereist.
 4. Onverminderd het recht om een boete op te leggen als genoemd in lid 3, zal de gemeente nakoming kunnen vorderen van de gesloten overeenkomst van koop en verkoop.

Artikel 5.

Burgemeester en wethouders kunnen ten aanzien van het bepaalde in art. 2 ontheffing verlenen:

1. indien strikte toepassing van de regeling zou leiden tot een klaarblijkelijke hardheid, welke niet door dringende redenen wordt gerechtvaardigd;
2. indien het een inwoner betreft die een woning in Moergestel bezit en bewoont en deze woning onder nader door burgemeester en wethouders te stellen voorwaarden terzake van voortdurende bewoning verkoopt aan een persoon, genoemd in art. 6, waarbij in de transportakte een kettingbeding zal moeten worden opgenomen van zakelijk de navolgende inhoud:
'bij elke eigendomsoverdracht gedurende een periode van 5 jaren na de eigendomsoverdracht door de gemeente van het bewuste perceel bouwgrond, moet de bepaling dat de woning niet anders dan aan personen genoemd in art. 6 in eigendom mag worden overgedragen en door hen zelf worden bewoond door de eigenaar aan de nieuwe eigenaar worden opgelegd, zulks onder verbeurte van een dadelijk opeisbare boete van f 50 000 ten behoeve van de gemeente Moergestel. In bijzondere gevallen kunnen burgemeester en wethouders hiervan ontheffing verlenen'.

of

3. indien het een inwoner betreft die een woning in Moergestel bezit en bewoont en deze de woning vruchteloos heeft aangeboden aan de categorie van personen genoemd onder art. 6.

Er is sprake van een vruchteloze aanbieding indien:

- a. aanvrager kan aantonen dat de woning binnen een periode van 4 maanden tenminste tweemaal te koop is aangeboden in een of meer dag- of nieuwsbladen die in de gemeente verspreid

worden, onder vermelding van

— de tevoren overeenkomstig sub c geschatte waarde van de woning;

— de termijn waarbinnen serieuze gegadigden, als bedoeld in art. 6 zich bij het kollege van burgemeester en wethouders kunnen aanmelden;

- b. bij burgemeester en wethouders gedurende 4 maanden na het verschijnen van de eerste advertentie overeenkomstig sub a zich geen serieuze gegadigde voor de woning heeft aangemeld die voldoet aan het gestelde in art. 6;

c. *de schatting*

de schatting van de waarde van de woning geschiedt naar keuze van de eigenaar in overleg met het kollege van burgemeester en wethouders door één deskundige (erkend makelaar/taxateur) met dien verstande dat de makelaar die als zodanig voor de eigenaar optreedt of is opgetreden, nooit als deskundige zal mogen optreden.

De schatting van de waarde van de woning vindt plaats als ware sprake van een taxatie op grond van de Ontheffingswet.

De kosten van schatting komen voor rekening van de eigenaar.

Het onder art. 5, lid 2 genoemde kettingbeding blijft onverminderd op dit lid van toepassing.

Artikel 6.

Personen bedoeld in art. 5, lid 2 en 3 zijn:

- a. zij, die geboren zijn in Moergestel en er nog steeds woonachtig zijn;
- b. zij, die economisch gebonden zijn aan Moergestel;
- c. zij, die niet in Moergestel zijn geboren, maar er reeds meer dan 3 jaren aaneengesloten wonen;
- d. zij, die in Moergestel zijn geboren, maar er thans niet meer woonachtig zijn.

Artikel 7.

Burgemeester en wethouders zijn bevoegd in bijzondere omstandigheden ontheffing te verlenen van de uit deze regeling voortvloeiende voorwaarden en verplichtingen. Hieraan kunnen zij voorwaarden verbinden.

Artikel 8.

Burgemeester en wethouders zijn bevoegd minder bouwpercelen op basis van deze regeling toe te wijzen, indien de verdeling van het totale aantal beschikbare percelen naar categorie — gezien de ingediende verzoeken om een bouwterrein — onderling onevenredig zal blijken te zijn.

Artikel 9.

Tegen de beschikkingen die op grond van de artt. 2, 3, 4, 5 en 7 zijn genomen, kan belanghebbende binnen één maand na verzending der beslissing bij aangetekend schrijven beroep aantekenen bij de gemeenteraad.

De gemeenteraad beslist binnen twee maanden na ontvangst van het beroepschrift. Van de beslissing van de gemeenteraad zal aan belanghebbende een afschrift worden toegezonden.

Artikel 10.

In de gevallen waarin deze regeling niet voorziet, beslissen burgemeester en wethouders.

Artikel 11.

Deze regeling kan worden aangehaald als 'Regeling Selectief Grond-uitgifte-beleid'. Zij treedt in werking op de derde dag na afkondiging.

Aldus besloten in de openbare vergadering van 25 augustus 1978.

De Raad voornoemd,
J.B.S. ter Veer
voorzitter.
A.P.A. de Rouw
sekretaris.

BIJLAGE II:
EEN BESCHIKKING KRACHTENS DE BEELDENDE KUNSTENAARSRE-
GELING

GEMEENTE X

Burgemeester en wethouders van X

Voorgenomen het verzoek van ... van de heer Y wonende ... om in aanmerking te komen voor een opdracht voor de vervaardiging van een bronzen beeld, met een hoogte van ca. 2 meter incl. sokkel met als lokatie ... te X.

Overwegende dat hij niet meer in eigen onderhoud kan voorzien wegens gebrek aan opdrachten; zijn neveninkomsten van dien aard zijn, dat bij de vaststelling van de voorzieningsperiode hier geen rekening mee hoeft worden gehouden; dat de commissie voor complementaire arbeidsvoorziening Beeldende Kunstenaars in haar vergadering van ... geadviseerd heeft tot aankoop over te gaan van

Het schetsontwerp ...

(tekening/afm. ± 300 cm/ ± 180 cm) voor een bedrag van f 8 000. Materiaalkosten $1/5$ van f 8 000 = f 1 600.

Dat de commissie voor complementaire arbeidsvoorziening beeldende kunstenaars de mening is toegedaan, dat het schetsontwerp ... niet in uitvoering in brons geschikt wordt geacht;
Gelet op artt. 28 en 29 van de Beeldende Kunstenaarsregeling,

BESLUITEN:

1. Over te gaan tot aankoop van het schetsontwerp van het werkstuk ... voor een totaal bedrag van f 8 000 incl. materiaalkosten.
2. De voorzieningsperiode te bepalen op 72 dagen en deze te doen ingaan op ...
3. Ingevolge art. 28 van de Beeldende Kunstenaarsregeling te bepalen, dat de heer Y over de periode ... tot en met ... geen aanspraak kan maken op een herhaalde voorziening ingevolge deze

regeling en dat hij de premie ziekenfonds, de premie AOW/AWW, belastingen etc. voor eigen rekening dient te nemen.

X,

Burgemeester en wethouders van X,
de secretaris, de burgemeester,

INHOUD

PREADVIES MR. B.C. PUNT

Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht.

(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?)

I. INLEIDING, 87

I.1 Praktische betekenis van het onderwerp, 87

I.2 Het waarom en waarover van de administratieve rechtspraak, 90

II. PLAATS EN INHOUD VAN HET CRITERIUM RECHTSHANDELING NAAR BURGERLIJK RECHT, 98

II.1 De rechtshandeling naar burgerlijk recht als middel en een werkbare verdeling van jurisdictie als doel, 98

II.2 Bevoegdheden ingevolge publiek- of privaatrecht: een nadere grensverkenning, 103

II.3 Enkele toepassingen van het instrument-criterium, 116

III. INTERMEZZO: IN HOEVERRE AANVRAAG, BEZWAARSCHRIFT OF PETITUM IN BEROEP DE BEVOEGDHEID VAN DE ADMINISTRATIEVE RECHTER MEDE BEPALEN, 128

III.1 Inleiding, 128

III.2 Uitleg c.q. conversie van het gevraagde (petitum), 129

III.3 Uitleg of conversie van het voorwerp van bezwaar of beroep, 134

IV. ENKELE GEMENGDE VERHOUDINGEN, 138

IV.1 Inleiding: beschikking *en/of* burgerrechtelijke rechtshandeling, 138

IV.2 De vraag 'beschikking *en/of* rechtshandeling naar burgerlijk recht?' en het uitweg-vergunningstelsel, 141

IV.3 Enkele overeenkomsten die verband houden met het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden, 146

IV.4 Subsidies, 154

IV.5 Weigeringen om schadevergoeding toe te kennen, 160

V. DE VRAAGSTELLING VAN HET PREADVIES, 166

BIJLAGE:

Uitspraken CBB m.b.t. het begrip rechtshandeling naar burgerlijk recht, 167

*Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht
(Dient in de wet een regeling te worden getroffen omtrent kennisneming door de administratieve rechter van geschillen inzake besluiten, die rechtshandelingen naar burgerlijk recht betreffen?)*

I. INLEIDING

I.1. Praktische betekenis van het onderwerp

De vraagstelling die de titel van dit preadvies uitmaakt, betreft een procesrechtelijk onderwerp: het kunnen kennismaken van bepaalde geschillen.

Het is duidelijk dat die vraagstelling slechts van belang is voor die administratieve rechters voor wier rechtsmacht (hierna ook wel 'formele bevoegdheid' of eenvoudig 'bevoegdheid' te noemen) het verschil maakt of een besluit al dan niet een rechtshandeling naar burgerlijk recht betreft. Dat zijn de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (AR) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB).

Ingevolge art. 2, lid 2 aanhef en sub b, van de Wet arob is geen beschikking in de zin van die wet: een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Met deze wat kort geformuleerde uitzondering op de rechtsmacht van de AR zijn bedoeld besluiten tot het al dan niet verrichten van een dergelijke rechtshandeling (1). In een daartegen gericht beroep kan de appellant niet worden ontvangen. Genoemde bepaling is geïnspireerd op art. 4, lid 2, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (2). Volgens deze laatste bepaling oordeelt het CBB 'bij uitsluiting' over

(1) Dat dit zo is, volgt naar mijn mening reeds uit het feit dat art. 4, lid 2, Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, in de tekst aangehaald, model heeft gestaan. In andere zin Stellinga noot *A.B.* 1979 nr. 111 en De Haan in zijn bijdrage aan de Van Wijnbergenbundel, Regel en Praktijk, blz. 50.

(2) Zie van Kreveld *N.J.B.* 1974, 1094.

'het beroep door natuurlijke personen of rechtspersonen ingesteld tegen:

- a. besluiten, door een lichaam genomen, waardoor zij rechtstreeks in hun belang getroffen zijn, met uitzondering van besluiten, strekkende tot het verrichten door het lichaam van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, en van besluiten tot invordering bij dwangbevel;
- b. handelingen, door een lichaam te hunnen aanzien ter uitvoering van zijn bestuurszaak verricht, met uitzondering van rechtshandelingen naar burgerlijk recht'.

Art.2 R.O. geeft aan de burgerlijke rechter de navolgende rechtsmacht:

'De kennisneming en beslissing van alle geschillen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvorderingen of *burgerlijke rechten*, ... zijn *bij uitsluiting* opgedragen aan de rechterlijke macht, volgens de verdelingen van rechtsgebied, de rechterlijke bevoegdheid en de werkzaamheden bij de wet geregeld'. (mijn cursivering, P).

De jurisprudentie van het CBB bevat een relatief klein aantal uitspraken omtrent de vraag of in concreto van een rechtshandeling naar burgerlijk recht sprake is. De verklaring van dit betrekkelijk kleine aantal moet waarschijnlijk hierin worden gezocht dat de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie als zodanig niet erg van de grond is gekomen. Het aantal zaken waarin het gaat om autonome bestuursbevoegdheden van de schappen — in welk geval het gebruikmaken van privaatrechtelijk getinte vormen denkbaar zou zijn — is zeer beperkt. De overgrote meerderheid van de ingestelde beroepen naar aanleiding van het optreden van de SER en de overige schappen betreft echter wetsuitvoering door deze lichamen in medebewind. Daarbij ligt het gebruikmaken van het privaatrecht of van 'tussenfiguren' minder voor de hand.

Met name in de autonome sfeer van de gemeenten worden veelvuldig privaatrechtelijke overeenkomsten aangegaan, in het bijzonder t.a.v. onroerend goed. Daarbij komt men al gauw het grensgebied tussen publiek- en privaatrecht binnen (3). Het onderwerp van dit preadvies is dan ook vooral van belang voor het beroep bij de AR. Gelet op de hierboven vermelde wetsbepalingen fungeert het begrip 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' als één van de grensste-

(3) Een goed overzicht daarvan, toegespitst op het 'bouwrecht' vindt men in het artikel van De Planque in *B.R.* 1980, 73 e.v. ('Privaatrechtelijke overheids-toestemming als bestuursinstrument').

nen voor de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke en de administratieve rechter(s).

De hantering van dit begrip is in de daarbij opdoemende grensgeval- len moeilijk in al zijn samenstellende elementen: is nog van een rechtshandeling sprake? Zo ja, is dan sprake van een burgerrechtelijke of van een publiekrechtelijke rechtshandeling of van beide? Schrijver dezes heeft gemeend zich tot de laatste (dubbele) vraagstelling te moeten beperken, omdat een bevredigende behandeling van beide elementen te veel tijd en te veel bladzijden zou opeisen. In dit preadvies wordt dus vrijwel alleen ingegaan op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, in verband met de vraag of de burgerlijke dan wel de administratieve rechter bevoegd is. Daarbij is alles wat niet privaatrechtelijk is, publiekrechtelijk en omgekeerd (4), met dien verstande dat t.a.v. 'gemengde' rechtsverhoudingen een keuze zal moeten worden gemaakt of evt. een combinatie van beide zal moeten worden aanvaard.

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is berucht moeilijk ('steen der wijzen', 'a distinction without a difference' (5)) en heeft tot zeer vele beschouwingen in de literatuur aanleiding gegeven. Het was onbegonnen werk om alles wat hierover alleen reeds in Nederland is verschenen (6) in dit preadvies te verwerken. Dit

(4) Onder publiekrecht zijn hier behalve het staats- en administratief recht ook het straf- en het strafprocesrecht begrepen. Dit blijkt bijv. uit het feit dat beschikkingen op grond van bepalingen van strafrechtelijke aard, al dan niet opgenomen in het WvS of het WvSv, voor zover zij niet betrekking hebben op een verdachte of een gevonnist persoon, onder het bereik van de Wet Arob vallen (art. 5, aanhef en sub g). Zie AR 20-12-1976 *A.B.* 1979 nr. 70. Ook beschikkingen op grond van regels van internationaal recht kunnen m.i. appellabel zijn. Zie Kan-Van Maarseveen, commentaar op de Wet bab 2-6, 7. Zie voorts voor het tuchtrecht jegens bedrijven noot 33.

(5) Deze citaten van anderen vindt men bij H. Vos, *Administratieve Rechtspraak*, 1902, blz. 31 resp. 20.

(6) Zie voor de stand van zaken tot 1970 de diverse beschouwingen in *W.P.N.R.* nr. 5067 en nadien onder meer Van der Hoeven, *De magische lijn, Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht*, in *Honderd jaar rechtsleven, N.J.V.-bundel 1970*, A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, 1974 blz. 51 e.v., de preadviezen van Zonderland en van Hazendonk, *Overheidsinvloed in het privaatrecht* (1975), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* van De Haan, Drupsteen en Fernhout (1978), A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en Privaatrecht* (1978), Bloembergen in *Contracten met de overheid* (in het bijzonder in de bouw), 1976, en in *B.R.* 1979, 369 e.v. (bespreking van het zojuist genoemde werk van De Haan c.s.), H.A. Drielsma, *De strijd over de*

preadvies heeft dan ook geen andere pretentie dan die van een ambachtelijke benadering: hoe kunnen met behulp van dat onderscheid bevredigende resultaten worden bereikt? Dit t.a.v. een verdeling van jurisdictie die historisch is gegroeid, maar die geenszins als vanzelfsprekend of voor de hand liggend kan worden aangemerkt. Burkens schrijft in zijn bijdrage aan het Algemeen commentaar in het losbladige Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (tB/S) in hoofdstuk 3 blz. 27:

'Deze bijdrage begon met de uitspraak: administratieve rechtspraak behoort tot het watermerk van de rechtsstaat. Daarmee werd een gedachte goed weergegeven, dat in de tweede helft van de vorige eeuw in ons land ingang vond. Terugziende moet echter worden geconcludeerd, dat deze gedachte toch in te sterke mate was toegespitst op een specifiek voor de overheidsinterventie geldend publiekrecht. Gaandeweg is echter gebleken, dat deze idee van specificiteit van het publiekrecht wormstekig is. Publiekrecht en privaatrecht vloeien dooreen. Het is een eis van constitutioneel recht, dat opzet van de rechtsbescherming hierop wordt afgestemd'.

Deze beschouwing is ook de mijne. Ik moge eraan toevoegen dat de hoofdreden op grond waarvan destijds op de invoering van administratieve rechtspraak werd aangedrongen, inmiddels is vervallen. Deze stelling wordt in de navolgende paragraaf uitgewerkt.

I.2. Het waarom en waarover van de administratieve rechtspraak

De geschiedenis van de administratieve rechtspraak hier te lande is verschillende malen beschreven (7). Deze is in hoofdzaak opgedragen aan andere colleges dan de burgerlijke rechter. Dit geschiedde stap voor stap en met grote behoedzaamheid. De redenen op grond waarvan bijzondere colleges zijn ingesteld, zijn voor een belangrijk deel gelegen in de wens om

- a) een niet-omslachtige en voor de burger niet te kostbare procedure in het leven te roepen (naar huidige begrippen zou men zeg-

toepassing van privaatrecht op publiekrechtelijke verhoudingen in *W.P.N.R.* 1980, nrs. 5527/8 en Konijnenbelt, preadvies N.J.V. 1980, blz. 115 e.v.

(7) J. Kruseman, Het vraagstuk der administratieve rechtspraak, 2e druk 1938, en Donner a.w. blz. 334 e.v.

gen een contentieuze rekestprocedure zonder verplichte rechtsbijstand) en

b) op deelgebieden van het recht een zekere specialisatie door te voeren.

Die factoren, althans de eerste, moet men echter zien als secundair, want in de tweede helft van de 19e eeuw, toen het streven naar administratieve rechtspraak opkwam, werd het denkbeeld om deze aan de gewone rechter op te dragen, zeker niet op voorhand verworpen. Er zijn steeds schrijvers geweest die dit hebben verdedigd en ook de wetsontwerpen tot regeling van de administratieve rechtspraak in 1905 ingediend door minister Loeff steunden op deze gedachte.

Het streven naar administratieve rechtspraak werd destijds echter primair ingegeven door de wens dat het bestuurlijk optreden een van de overheid aan toetsing door een *rechterlijk* college zou worden onderworpen. Secundair was of dat de gewone dan wel — op de voet van het in 1887 in de Grondwet geplaatste art. 168 — een college met administratieve rechtspraak belast, diende te zijn.

Naar de gangbare mening van destijds was er nl. bij tal van vormen van overheidsoptreden in het geheel geen rechterlijk forum voor de 'burger' beschikbaar (8). Dit was er slechts wanneer deze zijn eigendomsrecht inriep of enige schuldvordering geldend maakte of overigens enig burgerlijk recht inriep. In die gevallen kon hij zich ingevolge art. 2 R.O. tot de burgerlijke rechter wenden.

Echter, ook wanneer dat gebeurde was de bevoegdheid van de burgerlijke rechter nog niet altijd zeker. Zo kreeg de eigenaar van een vaart die de rechter vroeg bij declaratoire uitspraak te verstaan dat zijn eigendom vrij was van de publieke last van mede-onderhoud van een openbare vaart, van de H.R. te horen:

'dat die vordering virtualiter strekt tot buiten-effectstelling, voor zoveel hem eischer betreft, van een administratief opgemaakte legger, waarin hij als onderhoudspligtige jegens het algemeen ter zake zijner landerijen is gebragt'.

Daaruit werd geconcludeerd dat geen geschil voorlag over eigendom of over een daaruit voortspruitend recht, een schuldvordering of

(8) M.i. valt dit moeilijk los te zien van het feit dat het administratieve recht eerst in 1876 in het universitaire studieprogramma voor de rechtsgeleerdheid werd opgenomen. Donner a.w., 66.

enig ander burgerlijk recht (H.R. 24-12-1852 *W* 1397).

Ook in andere gevallen hanteerde de H.R. in de vorige eeuw, onder meer bij vorderingen uit onrechtmatige daad — nu niet meer — als criterium het fundamentum petendi (9). Aldus werd de burgerlijke rechter onbevoegd geacht bij vorderingen ex art. 1401 B.W. naar aanleiding van iemands inlijving bij de militie (H.R. 18-12-1857 *W* 1917) en naar aanleiding van het ontslag van een ambtenaar (H.R. 4-7-1875 *W* 3863) (10). Naar het toenmalige inzicht was het ook niet mogelijk om op grond van die bepaling voor de burgerlijke rechter een bevel tot afgifte van een publiekrechtelijke vergunning te vorderen (11).

Pas sinds het bekende arrest van 31-12-1915 inzake Noordwijkerhout/Guldemond (12) is het vaste rechtspraak dat de bevoegdheid van de rechter wordt bepaald door het recht waarin de aanlegger vraagt te worden beschermd, en niet: op de aard van het recht/de bevoegdheid waarop de verweerder zijn verweer grondt. Daarmee is in wezen een formeel criterium voor de *bevoegdheid* van de burgerlijke rechter bepalend. Met name is dáárvoor sinds dat arrest niet meer van belang om na te gaan welk geschilpunt partijen in wezen verdeeld houdt.

Ik keer terug naar de situatie in de tweede helft van de vorige eeuw. Toen was er wel reeds in een aantal gevallen beroep opengesteld op Gedeputeerde Staten en/of op de Kroon, waarbij de Kroon besliste na advies van de Afdeling Contentieux van de Raad van State. Bij gegrondbevinding van een dergelijk beroep kon en kan bijv. de vergunning alsnog door de beroepsinstantie worden verleend. Niet-

(9) Vgl. het overzicht van Meijers, in zijn noot onder het aanstonds te vermelden Guldemond-arrest uit 1915, in *W.P.N.R.* 2439.

(10) In dezelfde zin en zeer onomwonden de bekende arresten Vrouw Elske en Rhedense koe, vindplaatsen in noot 14. Zie ook de conclusies bij deze arresten.

(11) Zie H.R. 2-5-1890 *W* 5872, vermeld door Meijers in zijn noot onder H.R. 12-4-1912 *W* 9370 (Bell Telefoon). S. van Houten vraagt zich in zijn preadvies N.J.V. 1891 'Op welke grondslag moet de regeling der administratieve rechtspraak berusten?' af (blz. 61) waarom de rechter de overheid geen bevelen zou kunnen geven om iets te doen. Wordt aan een dergelijk bevel niet voldaan, dan leidt dit z.i. altijd, ook bij de overheid, tot een schadevergoeding. Zie over dit laatste G.J. Scholten, De invloed van wijzigingen in het procesrecht op het burgerlijk recht, *W.P.N.R.* 1980 nr. 5517, blz. 318. Van Houten stelt het petitum centraal en bestrijdt impliciet o.m. het arrest van 1852.

(12) *W* 9947/N.J. 1916, 407/*W.P.N.R.* 2439 m.n. E.M.M. Zie hierover verder H. Drion c.s. (De Planque) Onrechtmatige Daad VII nr. 1a.

temin was en is dan het eindoordeel aan de administratie voorbehouden en dit was zeker het geval wanneer een dergelijk administratief beroep geheel ontbrak. Hierin wilde men verandering brengen: het eindoordeel diende door een rechter te worden gegeven. De voorstanders van administratieve rechtspraak (in verband met het controversiële karakter naderhand omgedoopt in: verhoogde rechtsbescherming tegen de overheid) (13) wensten aanvullende rechtsbescherming te bieden, nl. in situaties waarin tot dan toe een rechterlijk forum had ontbroken.

Naast alle controverses waartoe het instellen van administratieve rechtspraak in Nederland aanleiding heeft gegeven, is men het daarbij toch over één uitgangspunt steeds eens geweest: dat de aan de administratieve rechtspraak te onderwerpen geschillen betrekking zouden hebben op overheidsdaden die hun grond (fundamentum) vinden in het publieke recht. Bij zijn uitbouw van de administratieve rechtspraak heeft de Nederlandse wetgever dat uitgangspunt steeds gevolgd (14).

Dit uitgangspunt is ook in de rechtspraak gehonoreerd onder meer ten aanzien van de jurisdictie van het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening, dat tot op zekere hoogte kan worden gezien als de 'rechtsvoorganger' van het CBB. Deze jurisdictie steunde op art. 13, lid 1, van het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941, luidend:

'Geschillen tusschen een organisatie en één of meer ondernemers . . . waaronder mede zijn begrepen geschillen tusschen een organisatie en één of meer ondernemers omtrent . . . worden bij uitsluiting in eerste instantie beslist door een Scheidsgerecht'.

Omtrent deze, ruim geformuleerde bepaling oordeelde genoemd Scheidsgerecht in 1943 dat 'de kennisneming van privaatrechte-

(13) Donner a.w. blz. 347.

(14) Dit gebeurde op het voetspoor van de Staatscommissie-Kappeyne van de Coppello, ingesteld in 1891 tot voorbereiding der uitvoering van de voorschriften der Grondwet, aangaande de regeling van de Administratieve Rechtspraak. Zie ook Burkens in het losbladige Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, verder aan te halen als tB/S (Ten Berge/Stroink), Algemeen commentaar, hoofdstuk 3. De H.R. stelde zich kort na het verschijnen van het Verslag van genoemde Staatscommissie, in 1894, mogelijk in de verwachting van een op handen zijnde invoering van de administratieve rechtspraak, zeer nadrukkelijk op hetzelfde standpunt: H.R. 29-5-1896 *W* 6817 (Vrouw Elske) en 21-4-1898 *W* 7116 (Rhedense koe).

lijke geschillen valt buiten zijn bevoegdheid, hoewel ook van die beperking niet blijkt uit de woorden van het artikel' (15). In 1950 oordeelde de H.R. (16) eveneens dat genoemd art. 13

'slechts dezen uitleg toelaat, dat alle geschillen, welke hun oorsprong vinden in de publiekrechtelijke verhouding tussen een organisatie en een ondernemer als in het artikel bedoeld, met onttrekking aan beoordeling door den gewonen rechter in eerste instantie door een Scheids-gerecht worden beslist'.

Ook bij de sinds 1950 nieuw ingevoerde vormen van administratieve rechtspraak heeft voorop gestaan dat rechtsbescherming werd verleend tegen *publiekrechtelijk* optreden: dit was t.a.v. de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (17), de Wet bab (18) en ook t.a.v. de Wet arob (19) het geval. Dat dit aspect in de Wet arob anders dan in de Wet bab negatief is omschreven — de aan te vechten rechtshandeling mag geen rechtshandeling naar burgerlijk recht zijn, terwijl de Wet bab positief deed uitkomen dat het, afgezien van andere eisen, om een wilsverklaring krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting diende te gaan — is m.i. niet relevant, omdat in dezen — als gezegd — rechtshandelingen voor zover zij niet staats- of administratiefrechtelijk zijn, burgerrechtelijk zijn. Het gaat verder v.w.b. de regeling van bezwaar en beroep ingevolge de Wet arob inderdaad om rechtshandelingen. Dat veronderstelt

(15) Uitspraak van 14-4-1943 Voedselvoorzieningsblad 5 mei 1943 nr. 34.

(16) H.R. 24-3-1950 *N.J.* nr. 662.

(17) Zie de MvT bij de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, in het bijzonder de passage vermeld op blz. 8 van de Editie Schuurman en Jordens nr. 135a (4e druk).

(18) Kan en Van Maarseveen, aangehaald commentaar 2-6.

(19) Reeds omdat de tekst van art. 2 Wet Arob aansluit op art. 4, lid 2, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, is dit het geval. Reeds daarom kan geen beslissende betekenis toekomen aan de woorden van het lid van de Tweede Kamer Franssen, die opmerkte: 'Wel heb ik een voorkeur voor de definitie welke de Raad van State als second best, na geen definitie, voorstelt, een voorkeur, die zich het best negatief laat omschrijven. In het voorstel van het wetsontwerp moet nog steeds worden uitgemaakt, of een beschikking gegeven is krachtens een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting. In de suggestie van de Raad van State behoeft, dacht ik, alleen te worden vastgesteld, dat er geen sprake is van een rechtshandeling naar burgerlijk recht'. Zie Editie Schuurman en Jordens nr. 154 (2e druk) blz. 99/100

een juridische bevoegdheid (20) c.q. een verplichting (gebonden bevoegdheid) om de betreffende handeling te verrichten met het oog op het daaraan door het recht toegekende (rechts)gevolg. Is er in de loop der jaren geen verandering opgetreden in de (publiekrechtelijke) aard van het overheidsoptreden waartegen binnen het kader van de administratieve rechtspraak kan worden opgetreden, er is de laatste 100 jaar wel een wijziging ingetreden in de belangrijkste factor die tot het streven naar administratieve rechtspraak heeft geleid. Ik meen nl. te mogen stellen dat de reden die in de 19e eeuw tot invoering van de administratieve rechtspraak werd aangevoerd, te weten dat er voor bepaalde vormen van overheidsoptreden geen rechter was, bij het tot stand brengen van de Wet bab misschien al niet meer gold. Zij gold m.i. zeker niet meer ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wet arob: de burgerlijke rechter had inmiddels verschillende technieken ontwikkeld waarmee onrechtmatig overheidsoptreden in zijn diverse verschijningsvormen kan worden gekeerd, onverschillig of het een feitelijk optreden of een rechtshandeling, waaronder ook te begrijpen een — in de administratieve rechtspraak als zodanig niet-appellabele — daad van wetgeving, van de overheid betreft (21). Daarbij zijn de toetsingsnormen, die de burgerlijke rechter bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden aanlegt, ondanks de huiver van de H.R. om *rechtstreeks* de beginselen van behoorlijk bestuur (22) te hanteren, in feite dezelfde als die van de administratieve rechter (23) en is het procesrecht in burgerlijke

(20) Vgl. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht*, blz. 14-20; het waardevolle artikel van Stroink in *T.v.O.* 1979, 391 e.v. en 423 e.v. (*Rechtshandeling naar burgerlijk recht en/of AROB-beschikking?*) in het bijzonder blz. 392. Zie ook Arob rechtspraak, door Dommering, Meijer en F.H.A.M. Thunnissen, *B.R.* 1980 blz. 174 e.v. Zie ook B.K. Olivier, *Gemeentestem* 6630 (1980, blz. 528 r.k.).

(21) H. Drion c.s. a.w. VII, nrs. 4 e.v.

(22) Recentelijk H.R. 25-4-1980 *A.B.* nr. 482 met noot F.H. van der Burg. Enige nadere motivering van dit juridische standpunt van de H.R. tegenover de beschouwingen in de literatuur en afwijkende uitspraken van lagere rechters, zou overigens welkom zijn geweest.

(23) H. Drion c.s. a.w. VII nr. 93. Zie voor wat betreft contractswegering door de overheid hetzelfde werk nr. 283c. Uit eigen ervaring sprekend als lid van het CBB en als rechter-plv. in de Haagse rechtbank zie ik ook moeilijk in dat ik de rechtmatigheid van het overheidsoptreden in die beide hoedanigheden verschillend zou kunnen beoordelen.

zaken de laatste tijd gedeformaliseerd (24), nog afgezien van het informele karakter van het kort geding dat zich — met name tegen de overheid — in een populariteit heeft mogen verheugen die in de vorige eeuw ondenkbaar was.

Waar echter reeds met de Wet bab nadrukkelijk een stap volgens de eerder uitgezette koers was gedaan, valt wel te begrijpen dat de wetgever v.w.b. de Wet arob die koers — administratieve rechtspraak bij colleges buiten de gewone rechterlijke macht — verder heeft gevolgd en in zekere zin tot een einde heeft gebracht. Daarbij hebben op de achtergrond de in het begin van deze paragraaf onder a) en b) genoemde factoren, die in de vorige eeuw secundair waren, ongetwijfeld een rol gespeeld. In de administratieve rechtsbedeling zijn de zaken over het algemeen in feitelijk opzicht minder onduidelijk dan in civiele zaken, zodat in het algemeen met een meer summiere procedure kan worden volstaan, waar bijkomt dat het financiële belang van de zaken dikwijls niet bijzonder groot is; om die reden is er ook aanleiding om de kosten voor de belanghebbenden laag te houden (vraag: hoe hoog zijn ze voor de gemeenschap?). Daarnaast zal het specialisatie-element ook niet onbelangrijk zijn geweest, al is de AR meer een generalist dan de andere administratiefrechterlijke colleges inclusief de belastingrechter: het geschreven administratieve recht is zelfs voor hen die in de betreffende sector van dat recht zijn ingewijd, vaak moeilijk te kennen; over het pseudo-recht spreek ik dan nog niet. Voor zover de administratieve rechter thans de overheid strenger bejegt dan de burgerlijke rechter (25), vloeit dit m.i. ook voort uit bedoelde specialisatie/concentratie; dat die strengere bejegening zou voortvloeien uit de omstandigheid dat de administratieve rechter over meer juridisch gereedschap om in te grijpen zou beschikken, in het bijzonder de beginselen van behoorlijk bestuur, acht ik niet bewezen.

Het consequent doortrekken van vorenbedoelde koers heeft wel tot gevolg gekregen dat de administratieve rechtspraak in Neder-

(24) Zie het recente overzicht over de periode 1970-1980 van Wijckerheld Bisdom in het Belgisch *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1980 426 e.v.

(25) F.H. van der Burg, noot in *A.B.* 1980 nr. 482: 'De Nederlandse ervaring is dat de administratieve rechters de overheid veel minder ontzien dan de gewone rechter'. Zelf zou ik dit voor het heden niet zo durven stellen. Mijn indruk is wel dat hier voor de rechterlijke colleges wel iets van waar is. Ik betwijfel echter sterk of het ook opgaat t.a.v. de Rechtbank-Presidenten, die in kort geding het optreden van de overheid regelmatig te beoordelen kregen/krijgen.

land, die voor wat de AR betreft mede onder het Ministerie van Binnenlandse Zaken valt, thans — evenals de administratie zelve — uiterst verbrokkeld is en dat daarbinnen op tal van punten overlappings en doublures aan het licht treden (26), welke voor de belanghebbenden en voor de overheid tot niet-onaanzienlijke extra-kosten kunnen leiden. Op den duur lijkt een integratie van de administratieve rechtspraak binnen de gewone rechterlijke macht mij moeilijk ontkoombaar. Er is immers alle kans op dat de maatschappij nog ingewikkelder zal worden en dan gaat een onoverzichtelijk systeem van geschilbeslechting, dat tot onevenredige kosten aanleiding kan geven, wellicht nog meer klemmen.

Die integratie stelt echter tal van moeilijke problemen van rechterlijke organisatie, onder meer m.b.t. de kwaliteit van de rechtspraak, de onderverdeling van specialisaties, regionale spreiding, het carrièreverloop, het al of niet van toepassing verklaren van de verzoekschriftprocedure, het al of niet facultatief stellen van de bezwaarschriftprocedure, de mogelijkheid van prorogatie (overslaan eerste rechterlijke instantie) enz. enz.

Wellicht wordt op korte termijn de energie van de wetgever t.a.v. de rechtsbescherming tegen de overheid het meest efficiënt gebruikt, wanneer alle overlappings en doublures zoveel mogelijk worden verwijderd en in ieder geval niet verder in het leven worden geroepen (27). Dat zou aan een eventuele integratie te zijner tijd zeker ten goede komen.

Die integratie is evenwel niet het onderwerp van dit preadvies. Daarom zal ik er verder nauwelijks meer op ingaan. Daarentegen is er alle aanleiding om nu wel in te gaan op de plaats en de inhoud (invulling) van het criterium 'rechtshandeling naar burgerlijk recht'.

(26) Trema"-special '80-2, Bevoegdheidsverdeling administratieve rechtspraak, rapport van de werkgroep Inventarisatie Bevoegdheden Administratieve Rechters van de afdeling Administratieve Rechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.

(27) In het in de vorige noot genoemde rapport worden daartoe 18 aanbevelingen gedaan.

II. PLAATS EN INHOUD VAN HET CRITERIUM RECHTS- HANDELING NAAR BURGERLIJK RECHT

II.1. De rechtshandeling naar burgerlijk recht als middel en een werkbare verdeling van jurisdictie als doel

Zowel art. 2 R.O. als art. 2 Wet arob en art. 4, lid 2, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie bevatten zeer algemeen gehouden formules. Het abstracte karakter van die bepalingen heeft tot noodzakelijk gevolg dat, afgezien van bijzondere rechtsgangen en uitgezonderde beschikkingen, de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele en de administratieve rechter — een uiterst pragmatisch onderwerp — eveneens moet worden bepaald aan de hand van een betrekkelijk abstract begrip, dat in casu is omschreven als: rechtshandeling naar burgerlijk recht, een materieelrechtelijk begrip voor een formeelrechtelijke onderscheiding. Dit is op zich zelf echter niets bijzonders; onderscheidingen binnen het materiële recht vinden dikwijls hun grond in formeelrechtelijke verschillen; zo is het verschil tussen de species- en genuskooop in feite vooral van belang voor de vervaltermijn bij de verborgen gebreken-regeling ten aanzien van specieskoop (28). Soortgelijke onderscheidingen kunnen ook hun grond vinden in een eenvoudiger wijze van executie, soms een afwijkende competentie van de rechter enz. (29)

Die formeelrechtelijke context kan ertoe leiden dat formeelrechtelijke overwegingen, in casu betreffende een goede verdeling van jurisdictie, bepalend kunnen zijn voor de inhoud van het betrokken materiële rechtsbegrip. Ook dit is echter geenszins zo uitzonderlijk (30).

Het begrip 'rechtshandeling naar burgerlijk recht' is — in zijn beide bestanddelen — niet het enige afbakeningsmechanisme tussen burgerlijke en administratieve rechter. De andere liggen v.w.b. de Wet

(28) H.R. 13-6-1980 *N.J.* 1980 nr. 474 m.n. G.J.S.

(29) Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, blz. 20, 21 en 104.

(30) Vgl. Europese Hof voor de rechten van de mens 28-6-1978 *N.J.* 1980 nr. 54 (König).

arob, in de eis dat een beschikking van een administratief orgaan voorligt, in de negatieve lijst ex art. 6 en in de uitgezonderde beschikkingen van art. 5. In het bijzonder moet hier de uitzondering van art. 5 onder d worden genoemd: 'beschikkingen, waartegen krachtens wettelijk voorschrift een ander administratiefrechtelijke voorziening openstaat of voor de klager opengestaan heeft'. Deze bepaling ziet op *leges speciales* die t.a.v. bepaalde beschikkingen een afwijkende rechtsgang hebben gecreëerd, bijv. in administratief beroep. Die rechtsgang moet dan (eerst) worden gevolgd. Een andere voorziening als in die bepaling bedoeld, kan ook zijn een bijzondere rechtsgang bij de *burgerlijke rechter* (31), bijv. ex art. 4, lid 1, van de Belemmeringenwet Privaatrecht (32). Parallel aan art. 5 sub d van de Wet arob loopt art. 4, lid 3, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, dat in aansluiting op het in I.1. aangehaalde art. 4, lid 2, van die Wet bepaalt:

'Het voorgaande lid is niet van toepassing, voor zover de wet het beroep tegen bepaalde besluiten of handelingen anders regelt' (33).

Opmerking verdient dat het beroep op de AR en op het CBB op hun beurt weer een bijzondere rechtsgang opleveren t.a.v. art. 2 R.O.: m.b.t. op die bepaling steunende vorderingen jegens de overheid, waarvan de burgerlijke rechter op zichzelf bevoegd is kennis te nemen, treedt hij niet in een zelfstandige beoordeling van de vraag of het betrokken overheidsoptreden rechtmatig is, wanneer een klacht daaromtrent had kunnen worden voorgelegd of nog kan worden voorgelegd aan de administratieve rechter (34). Op grond

(31) Zie voor gevallen van aan de burgerlijke rechter opgedragen 'administratieve rechtspraak' van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 10e druk, 1977, blz. 302/3.

(32) K.B. 9-3-1968 *A.B.* nr. 495 (Wet bab) en Vz. AR 26-5-1977 tB/S VIII, 32.

(33) Deze bepaling is van belang voor de behandeling van tuchtzaken: doorgaans kan de voorzitter of het bestuur van een bedrijfslichaam besluiten om een zaak bij een voor datzelfde lichaam ingesteld Tuchtgerecht aan te brengen. Die besluiten vallen blijkens de MvT onder het aangehaalde art. 4, lid 3, omdat het beroep dienaangaande anders is geregeld: deze besluiten leiden ingevolge de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie tot een behandeling voor het Tuchtgerecht, tegen welks uitspraak bij het CBB op grond van die wet beroep openstaat. Vgl. noot 4.

(34) Zie van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, 1968, nr. 28 e.v. H. Drion c.s. a.w. VII nr. 13 e.v.

van het beginsel *lex specialis derogat lege generali*, valt dus het volgende beeld te ontwikkelen: de algemene bevoegdheid van de burgerlijke rechter ex art. 2 R.O. wijkt in feite (rechter formeel wel bevoegd, maar vordering niet-ontvankelijk) voor de rechtsmacht van de administratieve rechter en diens rechtsmacht, voor zover in een algemene clausule vervat (35), wijkt op haar beurt wanneer er een bijzondere rechtsgang voor de burgerlijke rechter beschikbaar is.

De zojuist bedoelde rangorde brengt m.i. mee, onder meer, dat wanneer voldaan is aan de voorwaarden waaronder de administratieve rechter bevoegd is, deze zich ook daadwerkelijk bevoegd dient te achten. Dit is met name van belang voor zogenaamde gemengde rechtsverhoudingen: indien bij die rechter wordt opgekomen tegen een besluit waarbij een gemengd privaat- en publiekrechtelijke rechtsverhouding in het leven wordt geroepen, gewijzigd of beëindigd, dient deze rechter zich t.a.v het publiekrechtelijke gedeelte bevoegd te verklaren, indien dit kan worden gezien als een appellabel besluit. De *lex specialis* dient naar mijn mening alsdan daadwerkelijk te worden toegepast. Vgl. hierna hoofdstuk III.

Het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht is als gezegd berucht om zijn moeilijkheid. De grens tussen de beide gebieden is vloeiend en ook dynamisch: zij kan na verloop van tijd anders komen te liggen. Aan hetgeen hierover recentelijk is geschreven door Bloembergen (*B.R.* 1979, 369 e.v.) naar aanleiding van het in 1978 verschenen Bestuursrecht in de sociale rechtstaat van De Haan, Drupsteen en Fernhout, heb ik weinig (36) toe te voegen. Overi-

(35) T.a.v. het CBB is dit alleen het geval ingevolge art. 4, lid 2, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie en art. 31 van de Wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken. De overige wetten, welke aan het CBB rechtsmacht verlenen, geven meestal een enumeratie van appellabele besluiten. Een enkele keer is er deze mengvorm dat alle besluiten c.q. handelingen die op grond van de betreffende wet worden genomen of verricht met uitzondering van — kort gezegd — rechtshandelingen naar burgerlijk recht, bij het CBB appellabel zijn. Dit laatste systeem, dat de voorkeur verdient boven een enumeratie als zoëven bedoeld, vindt men in de Wet Assurantiebemiddeling en ook, voor wat betreft besluiten, in de Wet toezicht kredietwezen en de eertlang in werking tredende Wet financiële betrekkingen buitenland (Stb. 1980, 321). Zie over de nadelen van de enumeratie-methode het in noot 26 genoemde rapport.

(36) Hooguit zou ik nog, ter adstructie van de stelling dat rechtsdeelnemers

gens betreffen de beschouwingen van deze auteurs in hoofdzaak het privaatrecht en het publiekrecht in het algemeen. Het onderwerp van dit preadvies staat echter lager bij de grond, betreft meer de uitwerking in concreto: geëist wordt dat allerlei onduidelijke rechtsverhoudingen worden geclassificeerd als zijnde privaatrechtelijk of publiekrechtelijk c.q. privaatrechtelijk én publiekrechtelijk.

Het betreft hier een onderwerp dat in het concrete geval tot grote moeilijkheden aanleiding kan geven. Men kan dat, zoals Bloembergen t.a.p., voor ons juristen beschamend vinden, maar het is moeilijk anders te regelen. Iedere verdeling of concentratie van jurisdictie steunt op een classificatie van bepaalde rechtsverhoudingen en die classificatie is dáárom ook moeilijk omdat zij wordt gedicteerd door traditionele of 'technische' overwegingen van rechterlijke organisatie; overwegingen van billijkheid zijn in ieder geval niet in het geding.

Voor alles gaat het er daarbij om dat een werkbare classificatiemethode wordt gevonden. Men kan natuurlijk aanbevelen dat een conflictenrechter wordt ingesteld, maar dat is eigenlijk geen oplossing (37). Uit de hiervoor gegeven rangorde (rechtsgang voor de administratieve rechter is bijzondere rechtsgang ten opzichte van het burgerlijk geding ex art. 2 R.O.) vloeit bovendien voort dat de burgerlijke rechter een achtervangersfunctie vervult: deze zal slechts treden in een beoordeling van rechtshandelingen van de overheid die niet bij de administratieve rechter blijken te kunnen worden aangevochten. Daarom lijkt de behoefte aan een conflictenrechter mij ook niet groot.

Naar mijn mening zijn de hoofdlijnen van de jurisprudentie van de AR alsook de dubia waartoe deze jurisprudentie aanleiding geeft, bekwaam weergegeven door Steenbeek in de tweede druk van diens commentaar op de Wet arob (blz. 74 e.v.). Het streven van de AR is er — aldus Staatsraad Mr. J.M. Polak — op gericht om zoveel mogelijk duidelijkheid te scheppen (38). Daarnaast wel-

→ die in het algemeen belang handelen ook in het privaatrecht een bijzondere positie kunnen innemen, kunnen wijzen op H.R. 19-4-1968 *N.J.* nr. 263 m.n. G.J.S. Volgens annotator Scholten mogen consumenten-organisaties die mededelingen doen over bepaalde verkoopmethoden 'iets meer' dan anderen die uit eigen particulier belang optreden.

(37) Ook Crinice Le Roy acht dit *niet* aantrekkelijk *B.R.* 1977, 401. Konijnenbelt doet in *B.R.* 1979, 179 het tegendeel vermoeden.

(38) Zie *N.J.B.* 1980, 528.

licht ook om niet meer zaken dan nodig in huis te halen (39). Dit laatste is een intern 'beleid van de rechter' waarover discussie niet goed mogelijk is. Met het streven van de AR naar zoveel mogelijk duidelijkheid ben ik het gaarne eens. Naar de woorden van Mr. J.M. Polak t.a.p. dient de ontvankelijkheid (ook op het onderhavige punt) zoveel mogelijk naar uiterlijke kenmerken te worden beoordeeld en hanteert de AR veelal een formeel criterium. Die benadering spreekt mij in zoverre aan dat ik, vooruitlopend op de volgende paragraaf, reeds wil uitspreken dat bevoegdheden (hier gaat het inderdaad om, als gezegd, nu we over rechtshandelingen spreken) van de overheid die alleen op een privaatrechtelijke overeenkomst steunen — behoudens een duidelijke tegenindicatie — ook naar mijn mening inderdaad privaatrechtelijk zijn, ook al is zo'n overeenkomst gesloten ter behartiging van een 'typische overheids-taak' (service public). Het komt m.i. inderdaad — wederom: behoudens tegenindicatie — aan op de juridische *aard van de bevoegdheid* (het instrument) die door de overheid wordt gebruikt (40). Het criterium, gelegen in de aard van de bevoegdheid, is inderdaad al meer geformaliseerd dan het criterium dat rechtstreeks aansluiting zoekt bij de taak van de overheid, maar ook bij de hantering van eerstbedoeld criterium ontkomt men er toch niet aan om in bepaalde gevallen betrekkelijk diep op de zaken in te gaan, met voorbijgaan van uiterlijkheden. Immers, iedere jurisdictieverdeling, die de wetgever om een bepaalde reden zinvol heeft geacht, berust op een zekere ordening van rechtsverhoudingen en impliceert uit haar aard een zekere specialisatie. Dat brengt mee dat die rechtsverhoudingen naar hun aard en strekking worden geclassificeerd, opdat aldus voor een bepaalde rechter bijeen wordt gebracht wat naar het wezen van de zaak ook bijeen hoort (41). Het criterium dat bij de classificatie ten behoeve van de onderhavige jurisdictieverdeling voor hantering in aanmerking komt, dient zo goed mogelijk te zijn toegesneden op de complexe rechtsver-

(39) In deze richting M. Scheltema, noot in *N.J.* 1980 nr. 531.

(40) Aldus ook Stroink in zijn reeds genoemde artikel in *T.v.O.* 1979, 393 en in diverse annotaties in *tB/S*, deel V, o.m. blz. 381 en 510. Zie ook het commentaar op de Wet arob in dit werk blz. 18 e.v. en de in noot 20 genoemde auteurs.

(41) Een duidelijk en bevredigend voorbeeld m.b.t. de bevoegdheid in eerste instantie in zaken betreffende een huurkoopovereenkomst geeft Rb. Dordrecht 23-11-1977 *Praktijkids* 1978, 196 met noot P.A. Stein.

houdingen, waarbij de overheid menigmaal betrokken is. Een criterium dat in 100% van de gevallen tot een bevredigende uitkomst leidt, zal echter niet snel te vinden zijn. Daarom zal licht met meer criteria moeten worden gewerkt. In de navolgende paragraaf wordt getracht een eerstelijns criterium te formuleren (een eerste test), dat niet altijd tot bevredigende uitkomsten zal kunnen leiden. Voor laatstbedoelde gevallen zouden dan nadere criteria moeten worden gehanteerd. Dienaangaande wordt een poging gewaagd in Hoofdstuk IV.

II.2. Bevoegdheden ingevolge publiek- of privaatrecht: een nadere grensverkenning

Door enige schrijvers (42) is bepleit dat rechtshandelingen van de overheid die deel uitmaken van het bestuursbeleid in het kader van de overheidstaak, als publiekrechtelijk moeten worden aange merkt. Deze redenering is niet nieuw. In feite is het een vervolg op het destijds door L. van Praag bezongen thema (43) dat wanneer de overheid 'als zodanig' optreedt, dit optreden publiekrechtelijk is. Destijds is dit criterium door F.G. Scheltema (44) en ook door Meijers (45) en nadien o.m. door De Goede (46) bestreden, die hebben opgemerkt dat de overheid altijd als zodanig optreedt alsook dat zij steeds optreedt in het algemeen belang. M.a.w. volgens deze schrijvers en ook m.i. heeft het 'als zodanig'-criterium geen onderscheidend vermogen.

Terecht heeft F.G. Scheltema t.a.p. opgemerkt dat de vraag of een zekere rechtsverhouding publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk is, een vraag betreft van interpretatie van objectief recht, een rechtsvraag dus die met juridische argumenten moet worden

(42) M. Scheltema in het bijzonder in zijn noot onder de uitspraak van de AR inzake de Groninger waterleidingbuizen, *A.B.* 1978 nr. 208, eerder reeds in Voorlichting over Arob (1976). Evenzo De Haan, in zijn bijdrage aan de Van Wijnbergen-bundel (Regel en Praktijk) in het bijzonder blz. 48/49.

(43) Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, 1923.

(44) In het bijzonder in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1927 blz. 238. Zie over het debat tussen deze auteur en L. van Praag ook J.M. Polak in *W.P.N.R.* 5067 (1970).

(45) Zijn reeds vermelde noot in *W* 9370.

(46) Zie zijn preadvies voor de VAR van 1956 (geschrift XXXIV) blz. 9, 10. Hij verwijst in dit verband naar Wiarda en Vegting.

beantwoord. Nu kan de aanwezigheid van een *publiekrechtelijke* bevoegdheid van de overheid, die niet in een wettelijke bepaling is vervat, soms worden gesteund op de omstandigheid dat de wet of de Grondwet een algemene opdracht tot bestuur aan het desbetreffende overheidslichaam of -orgaan richt. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet arob is bij de MvA II in dezen genoemd de algemene bevoegdheid tot waterstaatsbestuur (art. 205 Grondwet) die in de waterstaatswetgeving is uitgewerkt, doch niet zo zeer in finesses dat speciale regels zijn gegeven betreffende het sluiten van een waterweg voor het openbare scheepvaartverkeer. Niettemin, zo volgt uit die MvA, moet in het licht van die grondwettelijke opdracht worden geconcludeerd tot een *publiekrechtelijke* bevoegdheid tot afsluiting van openbare waterwegen. Die opdracht (taak) is aldus een *interpretatiegegeven* om tot die bevoegdheid te kunnen concluderen. M.i. dient de taak van de overheid in dezen inderdaad alleen in aanmerking te worden genomen voor zover zij een argument kan opleveren dat tot het aannemen van een *publiekrechtelijke* bevoegdheid kan leiden (47). *Op zichzelf* dient de taak van de overheid naar mijn mening niet bepalend te zijn voor het publiek- of privaatrechtelijk karakter van enig overheidsbesluit: een beheersdaad omtrent gemeente-eigendom, waartoe de gemeente als eigenares bevoegd is, lijkt niet zonder meer (tevens) *publiekrechtelijk* wanneer de overheid daarbij handelt ter uitvoering van enige op haar rustende taak. Bovendien zal de overheid een dergelijke beheersdaad *altijd* verrichten omdat zij van mening is dat deze in verband met haar taakvervulling noodzakelijk is. M.a.w. het bestuursbeleid en de taak van de overheid zijn wellicht bestuurskundig voldoende duidelijk omlinnde begrippen, voor een rechter is het bijzonder moeilijk om anders dan met de natte vinger vast te stellen of deze of gene taak (in voldoende mate) specifiek des overheids is, in dier voege dat enkel op grond van een dergelijke taak tot de aanwezigheid van een *publiekrechtelijk* besluit kan worden geconcludeerd. Daar komt nog bij dat de gedachten over wat specifiek tot de taak van de overheid moet worden gerekend, na verloop van reeds 2 of 3 decennia aanzienlijk geëvolueerd kunnen zijn. Voorts mag men er zeker van uitgaan dat de overheid ter vermindering van willekeur en ter bevordering van haar efficiëntie steeds zoveel mogelijk volgens een bepaald beleid

(47) Enzo B.K. Olivier in *Gemeentestem* 6630. Zie noot 20.

zal handelen, doch het is m.i. voor een rechter een bijkans onmogelijke taak om te gaan differentiëren of de overheid in het ene geval met meer beleid en in het andere geval minder beleidsmatig optreedt, zulks ter bepaling van de vraag of de overheid nu al dan niet *publiekrechtelijk* handelt.

Gesteld dat de overheid om budgettaire redenen het beleid voert dat zij alleen kantoren huurt en niet koopt: stellig in het algemeen belang, maar de huurovereenkomsten die zij afsluit, zijn even stellig *privaatrechtelijk*. Maakt het voor het onderscheid tussen publiek- of privaatrecht nu verschil of een gemeente haar woningbezit uit zakelijke motieven verhuurt — en de opbrengst aan de algemene middelen toevoegt — resp. in haar huur- of erfpachtcontracten opneemt dat behoudens toestemming van B. en W. geen koffiehuisen, fabrieken en trafieken mogen worden opgericht dan wel haar woningbezit verhuurt uit overwegingen van een goed volkshuisvestingsbeleid, met het oog op de doorstroming van de bewoners? Ik meen dat het recht aan *dit* verschil in motieven geen gevolgen verbindt.

Het arbitraire en onduidelijke karakter van het 'als zodanig'-criterium c.q. het criterium dat aansluit bij de taak of het beleid van de overheid, kan m.i. duidelijk worden geïllustreerd aan de rechtsontwikkeling in Frankrijk (48). Aldaar hanteerde de Conseil d'Etat, na zich in het begin van de 19e eeuw steeds bevoegd te hebben geacht wanneer tegen de overheid werd geprocedeerd (vgl. bij ons de toepassing van het Conflictenbesluit), vervolgens het criterium van de *puissance publique*. In de jaren na 1850 werd dat criterium weer uitgebreid en in 1873 vastgelegd op de vraag of de betrokken activiteit van de overheid tot de *service public* behoorde. Vindt enig optreden van de overheid plaats in het kader van de *service public*, dan kan men — afgezien van specifieke wettelijke bepalingen van die strekking — dat optreden aanvechten voor de *juridiction administrative*, terwijl men de overheid ook voor een dergelijk optreden aldaar tot schadevergoeding aansprakelijk kan stellen. Er is een conflictenrechter die zonodig in hoogste instantie uitmaakt of het betrokken overheidsoptreden al dan niet tot de uitoefening van de *service public* moet worden gerekend. Dat criterium wordt nu in de rechtspraak nog steeds gehanteerd, maar of het nog enig houvast geeft, is op grond van de navolgen-

(48) Hiervoor raadpleegde ik A. de Laubadère, *Traité de droit administratif* (8e druk, 1980) blz. 399 e.v.

de citaten zeer twijfelachtig. Overigens moet wel bedacht worden dat de Conseil d'Etat, voor zover hij — *anders dan de AR* — tevens oordeelt over feitelijk optreden of niet-optreden van de overheid en in het bijzonder over schadeclaims ter zake, aan het criterium van de *puissance publique* alleen niet genoeg zal hebben en bijgevolg gezocht heeft naar een verdergaand criterium (49).

Over het criterium van de *service public* schreef Waline in 1969 in zijn *Précis de Droit Administratif* (blz. 67) dat de Conseil d'Etat daarvan heeft gemaakt 'un simple mot dépouillé de toute substance'. De Laubadère (50) schrijft in dit verband in 1980:

'il est certain que la dualité de juridictions présente l'inconvénient grave d'entraîner des incertitudes de compétence très fâcheuses pour le plaideur. Il est souvent difficile pour celui-ci de savoir avec certitude devant quel juge il doit porter son procès parce que, comme on le verra, le partage des compétences entre les deux ordres de juridictions est devenu aujourd'hui très compliqué et très confus'

en iets verderop over de jurisprudentie in verband met de *service public* en enkele sub-criteria schrijft hij op blz. 465 van zijn zojuist aangehaalde *Traité*:

L'interprétation de cette jurisprudence est elle-même difficile et l'on ne peut qu'être frappé à cet égard de constater les divergences qui divisent la doctrine, non seulement naturellement sur la question du critère souhaitable, mais aussi sur celle — qui nous intéresse ici essentiellement — de la description du droit positif.'

Tot zover deze Franse jurisprudentie. Ik acht het niet uitgesloten dat het criterium van de *service public* de AR in bepaalde gevallen heeft geïnspireerd. Daarbij denk ik met name aan de zaak van de Groningse waterleidingen (51). In die zaak heeft de AR uit de taak van de overheid voor wat betreft de zorg voor de instandhouding van de openbare wegen, wateren enz. (art. 209, aanhef en sub h,

(49) Daarvoor heeft men uiteraard niet voldoende aan een bevoegdheid om rechtshandelingen aan te gaan. Het is dan ook begrijpelijk dat art. 4, lid 2, Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie ten aanzien van *handelingen* eveneens eist onder meer dat deze ter uitvoering van de bestuurszaak van het lichaam zijn verricht. Zie de tekst van de bepaling in I.1. In volkenrechtelijk verband is het optreden van de overheid al of niet 'als zodanig' ook van belang in verband met de bevoegdheid van de rechter jegens een buitenlandse staat. Daarmee is het echter bepaald nog geen criterium dat houvast geeft. Vgl. H.R. 26-10-1973 *N.J.* 1974 nr. 361 m.n. H.F. van Panhuys.

(50) Aangehaald werk blz. 409.

(51) AR 1-12-1977 *A.B.* 1978 nr. 208 m.n. M. Scheltema.

Gemeentewet) m.i. terecht geconcludeerd dat die opdracht meebracht om jegens derden beslissingen te nemen omtrent het hebben van buizen in (onder) een openbare weg, conform het hierboven besproken voorbeeld uit de MvA II: bedoelde bepaling (zorg) wordt aldus uitgelegd dat zij de bevoegdheid om dergelijke beslissingen te nemen impliceert. Voor het aannemen van publiekrechtelijk besluit heeft de AR echter nog een andere dragende overweging (52) gebezigd:

‘De aangevochten besluiten maken voorts in overwegende mate deel uit van het door verweerders gevoerde beleid in het kader van de op hen als overheidsorgaan rustende taak’.

Deze volzin is zo algemeen gehouden dat volgens de AR uit deze taakvervulling (vermoedelijk is bedoeld: de zorg voor de drinkwatervoorziening) voortvloeit dat ook de weigering om leidingen te gedogen in gemeenteground, waarop *geen* openbare wegen of wateren enz. zijn gelegd, een publiekrechtelijk besluit is.

Als ik goed zie (53), acht de AR vooral wanneer (de weigering van) een eenzijdige toestemming van de overheid als eigenaar aan de orde is, de taak van de overheid de doorslaggevende maatstaf voor het al of niet publiekrechtelijk karakter van die weigering. Zo bijv. ook in een uitspraak van 18 september 1980 (weekoverzicht 3.1131) betreffende een beroep tegen de weigering om appellanten langer gebruik te laten maken van een parkeerterrein, eigendom van de gemeente Rotterdam. Volgens het weekoverzicht wordt in die uitspraak het volgende overwogen (53a):

‘. . ., is het blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet arob voor het aanwezig achten van een beschikking in de zin van deze wet evenwel niet vereist, dat enig bijzonder staats- of administratief-

(52) Aldus m.i. terecht M. Scheltema in zijn noot onder de uitspraak en De Haan in genoemde bijdrage aan de Van Wijnbergenbundel blz. 48. Anders Stroink *T.v.O.* 1979, 393. De overweging moet dragend zijn, omdat ook gemeenteground buiten de openbare wegen/wateren was betrokken.

(53) Evenzo De Haan t.a.p. Het gebeurt echter niet consistent, zoals hij stelt. Zie in dit verband ook nog Vz. AR 3-9-1979 *A.B.* 1980 nr. 35; tB/S V, 504 (Eindhovens slachthuis) en in het bijzonder de noot van tB/S. Zie nader over de grens tussen het beschikken als eigenaar en het contracteren iets verderop in de tekst.

(53a) De uitspraak is inmiddels gepubliceerd in *A.B.* 1981 no. 148. Het gegeven citaat uit het weekoverzicht stemt behoudens enkele onbelangrijke woorden overeen met de tekst van de gepubliceerde uitspraak.

rechtelijk voorschrift kan worden aangewezen als grondslag voor het aangevochten besluit, *mits dat besluit is genomen in het kader van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak* (mijn cursivering, P). Weliswaar heeft voornoemde beschikking betrekking op het ingebruik geven als parkeerterrein van grond welke aan de gemeente toebehoort, doch voor de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een beschikking in evenbedoelde zin, is het tevens van belang dat burgemeester en wethouders genoemde beschikking hebben gegeven ten einde grond beschikbaar te krijgen voor het plaatsen van wisselwoningen ten behoeve van een stadsvernieuwingsproject en om voldoende parkeerruimte te behouden voor bewoners uit de omgeving. Aangezien, zoals uit het vorenstaande blijkt, de beschikking is gegeven ter uitvoering van publiekrechtelijke taken waarmee burgemeester en wethouders zijn belast, moet worden geoordeeld dat deze beschikking mede inhoudt een rechtshandeling, welke op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen is gericht, en derhalve een beschikking is in de zin van de Wet arob.'

Het komt mij voor dat de AR hier een te extensieve interpretatie geeft van de hierboven gereleveerde wetsgeschiedenis: wanneer een bepaalde in Grondwet of wet omschreven taak van de overheid niet zo zeer in finesses is uitgewerkt, kan daaruit niettemin tot een bepaalde bevoegdheid worden geconcludeerd. De AR gaat echter in het geheel niet na welke bevoegdheid uit welke overheidstaak in het onderhavige geval kan worden afgeleid. Voor het geval een openbaar parkeerterrein aan de orde was, zou een publiekrechtelijke bevoegdheid in verband met de instandhouding van het parkeerterrein hebben kunnen worden afgeleid uit art. 209 sub h Gemeentewet. Ik betwijfel echter of die bepaling mede de bevoegdheid impliceert om te bepalen wie wel en wie niet van een openbaar parkeerterrein gebruik mogen maken. Evenmin is zonder meer duidelijk of die bepaling de bevoegdheid insluit om een openbare parkeerterrein als zodanig gedeeltelijk op te heffen. Ook kan nog de vraag rijzen of een zelfde beslissing door de AR zou zijn genomen wanneer het parkeerterrein niet nodig zou zijn geoordeeld voor de bouw van wisselwoningen doch voor de bouw van een buurthuis of een dépendance van het stadhuis.

Hoe weinig houvast deze taak-benadering geeft, moge tenslotte nog blijken uit een andere uitspraak van de AR (54), waarin naar aanleiding van de stelling van appellanten dat het ging om de uitvoering van een overheidstaak en andere dan burgerrechtelijke

rechtsgevolgen werden beoogd, uitsluitend werd overwogen:

‘Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is komen vast te staan dat het bestreden besluit niet geacht kan worden deel uit te maken van het door verweerders ter uitvoering van hun publiekrechtelijke taak gevoerde beleid.

Onder deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat met het bestreden besluit door verweerders geen andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen werden beoogd.

Verweerders hebben derhalve terecht met toepassing van art. 2, tweede lid, onder b . . . appellanten in hun bezwaren niet-ontvankelijk verklaard.’

Mogelijk moet de motivering worden gezocht in het tweede gedeelte van de rechtsoverwegingen, waar wordt ingegaan op de klacht dat B. en W. het bezwaarschrift niet ingevolge de betreffende verordening aan de gemeenteraad hebben voorgelegd. Dienaangaande wordt in de uitspraak overwogen dat deze verordening strekt tot vaststelling van de voorwaarden waaronder, en de tarieven waartegen, vanwege de gemeente Maassluis overeenkomsten tot aansluiting op de gemeentelijke antenne-inrichting en tot signalering worden gesloten, zodat ook deze klacht zich richt tegen een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Overigens is de uitspraak daarmee wellicht ook in ander opzicht uitzonderlijk, nu het hier ging om de weigering van burgemeester en wethouders van Maassluis om voor de overname van de door appellanten beheerde gemeenschappelijke antenne-inrichting meer te betalen dan een bedrag van f 240,59 per woning. Het betrof derhalve de weigering om een bepaalde overeenkomst aan te gaan; als ik goed zie, was dat echter ook t.a.v. het Rotterdamse parkeerterrein het geval: B. en W. hadden geweigerd de parkeerabonnementen van appellanten te verlengen. Ten aanzien van besluiten waarbij wordt geweigerd om een bepaalde overeenkomst of een erfpacht met de belanghebbende aan te gaan, wordt door de AR doorgaans overwogen dat de publiekrechtelijke taak van de overheid daarbij kort gezegd zonder belang is (55). Dit laatste lijkt mij op zich geheel juist en het komt mij voor dat een zelfde benadering ook ten aanzien van het beheer van overheidseigendom te verkiezen valt.

(55) AR 1-12-1980 Weekoverzicht 3.1389; 29-8-1978 *A.B.* 1979 nr. 116; Vz. AR 31-10-1979 *A.B.* 1980 nr. 624; AR 11-8-1978 *A.B.* 1979 nr. 111 m.n. J.R. Stellinga; 22-2-1979 *A.B.* 1980 nr. 623 en 20-9-1979 *A.B.* 1980 nr. 598.

Men bedenke hierbij nog dat de weigering van de overheid (al dan niet ten aanzien van enig haar toebehorend onroerend goed) een contract aan te gaan evenzeer een eenzijdige rechtshandeling is als de weigering van burgemeester en wethouders van Groningen om goed te vinden dat in de gemeentegrond door derden buizen werden gelegd. M.i. is noch bij besluiten die kunnen worden aangemerkt als beheersdaden ten aanzien van overheidseigendom noch bij besluiten omtrent het aangaan van een overeenkomst, de taak die de overheid daarbij behartigt zonder meer doorslaggevend voor het al dan niet publiekrechtelijk karakter van zo'n besluit. Voor beide typen gevallen zou ik de benadering willen aanbevelen die spreekt uit de uitspraak van AR inzake de Rotterdamse Bond van Volkstuinders (56). Deze Bond, huurder van een volkstuinencomplex die volkstuinen onderverhuurt aan particulieren, kwam op tegen een besluit van burgemeester en wethouders van Rotterdam waarbij aan een onderhuurder uit sociale overwegingen toestemming was gegeven, onder voorwaarden, om een 2e huisje op zijn volkstuin te houden. De Bond zag in dit besluit een precedent dat zijn positie als onderverhuurder ongunstig beïnvloedde. De AR overwoog omtrent dat besluit:

'Het is de Afdeling ook ter zitting niet duidelijk kunnen worden waaraan verweerders hun bevoegdheid tot het verlenen van de onderhavige toestemming ontleenen.

De huurovereenkomst tussen de gemeente en appellant laat, . . . gezien de bepalingen daar op zichzelf geen ruimte toe.

Evenmin zijn echter publiekrechtelijke bevoegdheden aan te wijzen welke verweerders bij het nemen van hun besluit van 13 juni 1978 hebben gehanteerd.

Hoewel ook het ondoorzichtige bestreden besluit van verweerders van 13 oktober 1978 geen duidelijkheid verschaft over de vraag op grond waarvan verweerders zich bevoegd achtten tot het verlenen van de toestemming aan D.M. Menkveld, kan dit naar het oordeel van de Afdeling in dit geval geen publiekrechtelijke bevoegdheid geweest zijn. De in het publiekrecht toegekende bevoegdheden zijn immers duidelijk omlinjd of te herleiden. Voor het geven van de onderhavige toestemming, zoals deze tot stand is gekomen, is een dergelijke bevoegdheid niet aan te wijzen.'

Dit lijkt mij de juiste benadering, al is zij wat categorisch geformu-

leerd: publiekrechtelijke rechtshandelingen (bevoegdheden) vloeien *in het algemeen* uit de wet in materiële zin voort of zijn daaruit te herleiden: vgl. de hiervoor genoemde afsluiting van openbaar vaarwater; in bepaalde omstandigheden kan de overheid ook een bevoegdheid aan het ongeschreven publiekrecht ontlelen. Het komt mij voor dat deze benadering aanzienlijk meer houvast geeft om te komen tot een antwoord op de vraag of een publiek- dan wel een privaatrechtelijke rechtshandeling voorligt.

In zijn bespreking van het door de Commissie-de Monchy voorgestelde Wetsontwerp Onrechtmatige Daden Openbare Lichamen, ODOL (*N.J.B.* 1951, 885 e.v., 909 e.v./Verz. Geschr. 177) gaat J. Drion in op de vraag op welke grond de Commissie van mening is dat de onrechtmatige overheidsdaad geheel anders moet worden aangepakt, wanneer er een beschikking in het spel is, dan wanneer zulks niet het geval is. Na te hebben geconstateerd dat de Commissie op die vraag tijdens de vergaderingen van de N.J.V. en de V.A.R. niet heeft geantwoord, schrijft J. Drion:

‘Een bevredigende motivering laat zich, geloof ik, ook moeilijk denken. Heb ik het wel, dan heeft bij de Commissie een rol gespeeld de gedachte, dat het criterium eigenlijk moest zijn het al dan niet “als overheid” optreden, maar aangezien die termen bezwaarlijk in een wettekst gebruikt kunnen worden, koos zij maar de beschikking als grenslijn. Aldus kwam de grens echter geheel anders te liggen dan bij toepassing van het “als overheid”-criterium, immers de Commissie zegt zelf bij de bespreking van de categorie “daden” (= niet-beschikkingen) dat in haar stelsel daar wegvalt “de in wezen niet te beantwoorden vraag, of het openbare lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnam op de zelfde voet als particulieren” en dat in die categorie direct de gewone rechter kan worden geadieerd zelfs waar het geval zich op “zuiver publiekrechtelijk terrein” beweegt.’

Het komt mij voor dat J. Drion het inderdaad bij het goede eind had. De Commissie de Monchy heeft de afgrenzing tussen de burgerlijke en de administratieve jurisdictie gezocht in het geformaliseerde beschikking-begrip en de wetgever heeft de Commissie daarin v.w.b. de Wet bab gevolgd. Het Franse stelsel is bewust niet gevolgd. Nu verschilt de beschikking, omschreven in art. 2 van de Wet Arob wel van het beschikking-begrip van de Wet bab, o.m. hierin dat de arob-beschikking niet meer op een administratiefrechtelijk voorschrift behoeft te berusten, er is echter geen enkel aanknopingspunt dat de wetgever met de Wet Arob in de richting van

het Franse stelsel heeft willen koersen. Het gaat nog steeds om een publiekrechtelijke *rechtshandeling*: aan de hand van het publieke recht moet worden beoordeeld of er een bevoegdheid voorhanden is om een rechtshandeling te verrichten als de overheid heeft ver-richt.

Ik zou nu willen ingaan op de 'omlijnde' bevoegdheden terzake, op het geval dus dat de rechtsverhouding waarbij de overheid is betrokken, in een bepaalde wet (in materiële zin) is geregeld. Is dan de plaats van die regeling bepalend voor de vraag of de betrokken rechtshandeling, waarmee de overheid die rechtsverhouding in het leven roept, al dan niet publiekrechtelijk is? Die plaatsing levert m.i. daarvoor wel een indicatie op, maar zij is niet beslissend. Een in het B.W. getroffen regeling waarbij aan de overheid een bevoegdheid wordt toegekend, kan dus publiekrechtelijk zijn, zoals hierna zal blijken, terwijl een in een publiekrechtelijke wet neergelegde overheidsbevoegdheid op haar beurt privaatrechtelijk kan zijn.

De vraag waar het hier in de eerste instantie op aan komt is — zo meen ik op het voetspoor van Meijers — wat voor soort bevoegdheid de betrokken regeling aan de overheid toekent. In zijn Algemene Inleiding op de Toelichting op Boek 1-4 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (blz. 12) wijst Meijers op beperkingen, aangebracht in administratieve wetten, op de uitoefening van het eigendomsrecht alsook ten aanzien van het verkeersrecht en overeenkomsten (maximprijzen, verbod van uitvoer enz.). Hij stelt dan de vraag aan de orde waar de grens ligt tussen zodanige *publiekrechtelijke* beperkingen enerzijds en voorschriften van dwingend recht, die vanouds in het *privaatrecht* zijn erkend, anderzijds. Het verschil is dan z.i. hierin gelegen:

'dat privaatrechtelijke normen niet alleen in de eerste plaats belangen dienen, maar dat ook de handhaving van deze regels in de handen van de belanghebbenden zelf is gelegd en wel met rechtsmiddelen, die voor het privaatrecht typerend zijn: civiele acties tot nakoming, tot schadevergoeding, ofwel tot ontbinding of vernietiging van rechtsverhoudingen of verklaring van recht.

Publiekrechtelijke normen hebben in de eerste plaats het algemeen belang op het oog; ook staan zij onder contrôle van overheidsorganen, die tegen overtreding met strafvervolgingen of politiedwang optreden'.

Hoewel kan worden opgemerkt dat Meijers hier voor wat het publiekrecht betreft nog alleen de z.g. Eingriffsverwaltung op het

oog heeft, terwijl bovendien deze passage *voor ons onderwerp* iets heeft van een cirkelredenering, meen ik toch dat de hier door Meijers ontvouwde gedachtengang in dezen waardevol is. Die gedachtengang kan nl. leiden tot het aannemen van dit criterium: of een bevoegdheid (57) van de overheid aan de orde is die het burgerlijk recht niet aan particulieren toekent. Daarbij ga ik van het axioma uit dat een alleen tussen particulieren geldende rechtsverhouding, die in het B.W. is geregeld, burgerrechtelijk is.

In het B.W. worden echter ook aan de overheid exclusieve en daardoor publiekrechtelijke bevoegdheden toegekend — eveneens (uiteraard) in het algemeen belang — bijv. tot wijziging van iemands geslachtsnaam (Boek 1, art. 7) of tot het al dan niet geven van een verklaring van geen bezwaar op de (ontwerp-) statuten van een naamloze of besloten vennootschap (Boek 2, artt. 68 en 179). Dit zijn exclusieve bevoegdheden die aan de overheid zijn toegekend, opdat zij ervoor kan waken dat er geen wanorde in de geslachtsnamen ontstaat en dat er van naamloze en besloten vennootschappen geen misbruik wordt gemaakt. Terecht is dan ook onder de gelding van de Wet bab aangenomen dat het hier om administratiefrechtelijke bevoegdheden van de overheid gaat (58). Zoëven bleek ook al dat het niets bijzonders is dat de overheid met haar administratiefrechtelijke bevoegdheden ingrijpt in de eigendom of in andere burgerrechtelijke verhoudingen.

Naast deze in het B.W. geregelde administratiefrechtelijke bevoegdheden van de overheid waarbij ook nog kan worden gedacht aan de brieven van wettiging (Boek 1, art. 215), staat de eveneens in het B.W. aan het O.M. in het algemeen belang toegekende bevoegdheid om stuiting resp. nietigverklaring van een huwelijk te vorderen (Boek 1, art. 53 resp. 69, lid 1 aanhef en sub d). Het B.W. kent dit rechtsmiddel ook toe aan een aantal particuliere betrokkenen. Om die reden betreft het hier een privaatrechtelijke bevoegdheid van het O.M. (59). Evenzo lijkt de verplichting van het Waarborgfonds Motorverkeer om in voorkomend geval een schade op grond van art. 25, lid 1, van de Wet aansprakelijkheidsverzeke-

(57) Dat kan ook een door de wet gebonden bevoegdheid zijn, waardoor het in wezen een verplichting is.

(58) Voor wat betreft de geslachtsnamen: vaste jurisprudentie en voor wat betreft de ontwerp-statuten voor een naamloze vennootschap: K.B. 7-9-1970 A.B. 1971 nr. 154.

(59) Zie de Toelichting op het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Boek 1-4) blz. 13.

ring motorrijtuigen te vergoeden, mij burgerrechtelijk (60).

Overigens kan men erover aarzelen of laatstgenoemde wet tot de burgerrechtelijke dan wel de administratieve wetgeving moet worden gerekend. Wat daarvan zij, ook administratieve wetten (in formele zin) zoals die inzake de sociale zekerheid, kennen burgerrechtelijke bepalingen (61) waarbij aan de betreffende organen privaatrechtelijke bevoegdheden worden toegekend, zoals tot verhaal van schade jegens degene die deze aan een 'verzekerde' heeft toegebracht en die daarvoor op grond van het burgerlijk recht aansprakelijk is: aanspraken die eveneens aan een particulier c.q. aan een particuliere verzekeringsmaatschappij op grond van het privaatrecht toekomen. Ook andere wettelijke vormen van 'verhaal' of regres zullen al snel als burgerrechtelijk moeten worden aangemerkt (62). Het burgerlijk recht zal daarbij aanvullend van toepassing zijn.

Ook de Postwet lijkt mij een wet die dwingendrechtelijke regels inhoudt voor de (privaatrechtelijke) overeenkomst van postvervoer, ook al heeft de P.T.T. ter zake in Nederland een monopoliepositie krachtens die wet (63). T.a.v. dat vervoer is het B.W. c.q. het W.v.K. aanvullend van toepassing (64); in het algemeen worden vervoersovereenkomsten door relatief veel dwingend recht beheerst (65). Verder zal ook de enkele omstandigheid dat de voorwaarden waaronder de gemeentelijke overheid bereid is te contracteren, zijn bekendgemaakt in de vorm van een verordening ex art. 168 Gemeentewet, bijv. op de levering van electriciteit, aan een besluit om ter zake al dan niet een overeenkomst aan te gaan, geen publiekrechtelijk karakter geven (66). De gemeenteraad is in verband met art. 164 van de Grondwet ook niet in staat om ten aanzien van de levering van electriciteit een verordening te maken evenmin als t.a.v.

(60) AR 14-4-1980 *A.B.* 1981 nr. 57; tB/S V, 673.

(61) Vgl. art. 52a van de Ziektewet en overeenkomstige bepalingen in andere sociale verzekeringswetten.

(62) Vz. AR 31-3-1978 tB/S V, 248a (art. 2 Verhaalswet ongevallen ambtenaren) en 18-6-1979 *A.B.* 1980 nr. 581 (toepassing van art. 67, lid 2, Algemene Bijstandswet).

(63) AR 25-11-1980, weekoverzicht 1.397.

(64) Molengraaff, Leidraad IV, 1010. Zie ook A. Korthals Altes en J.J. Wiarda, *Vervoerrecht* (1980) blz. 303-305.

(65) Korthals Altes en Wiarda a.w. blz. 13 e.v.

(66) Vgl. Vz. AR 15-11-1977 *A.B.* 1978 nr. 80 m.n. J.R. Stellinga, 19-9-1979 tB/S V, 517 en AR 6-5-1980 *A.B.* nr. 603; tB/S V, 675.

het gebruik (huur) van de gemeentewoningen waaruit voor de gemeente en de gebruiker *rechtstreeks* rechten en verplichtingen voortvloeien (67). Een electriciteitstarieven-verordening kan dan ook niet meer inhouden dan dat de gemeentelijke overheid zich bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot contracteren — die evenzeer aan een gewone burger toekomt — op voorhand heeft beperkt en ter zake een openbaar (publiek maar niet publiekrechtelijk) aanbod heeft gedaan.

In het voorgaande werd ten aanzien van het geschreven recht het criterium voorgesteld dat van een publiekrechtelijke rechtshandeling sprake is wanneer het *juridische instrument* (bevoegdheid) waarvan de overheid zich bedient of dat haar ten dienste staat, niet op grond van het burgerlijk recht aan een particulier toekomt. Dit criterium is overigens een eerstelijns-criterium, dat in een aantal gevallen nadere uitwerking behoeft, omdat er rechtsregels en bevoegdheden zijn die zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht voorkomen. Men denke slechts aan de bevoegdheid tot terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald, welke ook in de administratieve wetgeving voorkomt (vgl. II.3.).

Denkbaar is verder dat, als gezegd, aan de overheid ook op grond van ongeschreven recht bevoegdheden toekomen die als zodanig niet aan een particulier op grond van het burgerlijk recht toekomen. Gelet op het legaliteitsbeginsel (68), zal er niet licht sprake zijn van ongeschreven publiekrechtelijke bevoegdheden waarbij aan burgers verplichtingen worden opgelegd: beperkingen van hun vrijheid en/of van hun eigendom of andere burgerlijke rechten. Niettemin kan in dit opzicht worden gedacht aan zogenaamde 'implied powers' als tot het intrekken van een begunstigende beschikking (bijv. vergunning) wanneer wel het verlenen maar niet het intrekken van die beschikking is geregeld (69). Voorts aan bevoegdheden op grond van staats-noodrecht (70) en aan de gedeeltelijk reeds be-

(67) Zie Oud, Handboek voor het Nederlands Gemeenterecht, II, blz. 245.

(68) Hierover o.m. Donner a.w. blz. 31 en 150, Stroink in *T.v.O.* 1979 blz. 392, Oostenbrink, Kanttekeningen bij de wetmatigheid van het bestuur (1978) en de schrijvers die ik vermeldde in *W.P.N.R.* 1971 (nr. 5150 blz. 485 r.k.).

(69) Rapport van de commissie-ABAR blz. 104. Natuurlijk kan wel worden onderzocht of het gebruik dat van die bevoegdheid is gemaakt, beantwoordt aan de beroepsgronden b, c en d van art. 8 van de Wet arob.

(70) H.R. 15-2-1952 *N.J.* 1953 nr. 52 m.n. Ph.A.N.H. (burgemeester van Maurik). Zie ook H.R. 3-5-1934 *N.J.* 1549 m.n. E.M.M.

spoken bevoegdheden met het oog op een goed beheer van dijken, openbare wegen en andere waterstaatswerken en -wegen die vanouds (op grond van gewoonterecht) aan diverse overheden toekomen (71), en niet aan particulieren. Op grond daarvan kunnen juist maatregelen worden geëist van c.q. genomen jegens eigenaren van grond waarop een dijklichaam of de 'last van openbare weg' rust. Voor zover het overheidslichaam zelf eigenaar is van de betrokken grond, is een samenvallend denkbaar tussen publiekrechtelijke en eigenaarsbevoegdheden (vgl. IV.1.).

Ook in deze gevallen, waarin overheidsbevoegdheden op grond van ongeschreven recht aan de orde komen, lijkt het zoëven aanbevolen instrument-criterium bruikbaar, wederom: als eerstelijns-criterium. Met name t.a.v. subsidies is een nader criterium vereist, aangezien daarbij dikwijls privaatrechtelijke vormen, die ook aan een burger op grond van het burgerlijk recht ter beschikking staan, worden gebruikt. Bedoelde tweedelijns-criteria, t.a.v. bevoegdheden die niet of niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld, komen in hoofdstuk IV aan de orde. In de volgende paragraaf II.3. wordt eerst nog enige uitwerking gegeven aan het hierboven voorgestelde eerstelijns-criterium. Die uitwerking betreft enkele overheidsbevoegdheden op grond van geschreven recht.

II.3. Enkele toepassingen van het instrument-criterium

T.a.v. twee categorieën gevallen moge hieronder enige uitwerking volgen van het hierboven voorgestelde instrument-criterium:

- a) voor in publiekrechtelijke wetten omschreven rechtsfiguren die ook in het burgerlijk recht bekend zijn en
- b) voor op de wet steunende overheidsbevoegdheden die (voorts) bepalend zijn voor de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke transacties.

Voor beide categorieën, met name die onder a), lijkt van belang of de rechtsregel waarop de betrokken overheidsbevoegdheid steunt, een *lex specialis* is t.o.v. de overeenkomstige privaatrechtelijke regel. Voor wat betreft a): stel dat bij een administratieve wet aan de

(71) Donner a.w. blz. 150 en het in noot 68 bedoelde *W.P.N.R.*-artikel, Een rechtmatige overheidsdaad volgens ongeschreven recht, geschreven naar aanleiding van het arrest inzake de zogenaamde Gorsselse bomen (*N.J.* 1961 nr. 433).

overheid de bevoegdheid wordt toegekend, die ook aan de burger op grond van het B.W. toekomt, om gedane betalingen terug te vorderen dan wel te restitueren of om kwijtschelding van door een belanghebbende verschuldigde betalingen te verlenen. Wanneer daarbij is aangegeven in welke gevallen die betalingen kunnen worden teruggevorderd dan wel gerestitueerd of waarin de overheid kwijtschelding kan verlenen (72), zal m.i. sprake zijn van een, op die gevallen toegespitste, publiekrechtelijke *lex specialis* ten opzichte van de artt. 1395 en 1474 e.v. B.W.: een afzonderlijk instrument van de overheid voor speciale gevallen, ook al komt in het algemeen aan de burger (en ook aan de overheid) op grond van genoemde B.W.-bepalingen een soortgelijke bevoegdheid toe (73).

M.i. zal men een publiekrechtelijke *lex specialis* ook aanwezig mogen achten indien een krachtens een organieke wet vastgestelde regeling aan het bestuur van een overheidslichaam bevoegdheden toekent, terwijl dezelfde activiteiten, vóór het ontstaan van dat lichaam, werden uitgeoefend in de rechtsvorm van een privaatrechtelijke vereniging, waarvan het bestuur besluiten nam op basis van op het verenigingsrecht steunende reglementen. In dit verband moge ik hieronder stilstaan bij de Civob-uitspraak: AR 21-9-1979 *A.B.* 1980 nr. 17 met (kritische) noot J.R. Stellinga/*Gemeentestem* 6596 met noot J.M. Kan. Een nog minder gemotiveerde reprise is AR 12-2-1980 tB/S V, 615.

De directeur van het Centraal instituut vorming en opleiding bestuursdienst (Civob) had afwijzend beslist op een verzoek van een belanghebbende om vrijstelling van de vakken algemeen en bijzonder bestuursrecht, deelexamen 5 Gemeente-administratie II. Na tijdig doch zonder succes een bezwaarschrift te hebben ingediend, kwam appellant tijdig in beroep bij de AR. De Afdeling besteedde 2 zittingen aan de vraag of deze afwijzing als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moest worden aangemerkt. Hieromtrent houdt de uitspraak slechts de navolgende overweging in:

In een nadere memorie heeft verweerder de vraag naar appellants ontvankelijkheid in negatieve zin beantwoord, zulks op grond van zijn oordeel dat het bestreden besluit als een rechtshandeling naar burgerlijk recht is aan te merken. De Afdeling deelt deze zienswijze. Naar het oordeel van de Afdeling zijn er geen aanknopingspunten voor de opvatting

(72) Aldus in de belastingwetgeving, bijv. artt. 18, lid 2, 25, lid 5 en 27 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, alsook in p.b.o.-heffingsverordeningen.

(73) Donner, a.w. blz. 55.

dat het bestreden besluit een besluit is van publiekrechtelijke aard.'

Bedoelde zienswijze van het Civob is niet in de uitspraak terug te vinden, maar wel in de aflevering van april 1980 van het Civob-blad. Daaraan moge het volgende worden ontleend:

'Het CIVOB is tot stand gekomen door het treffen van een gemeenschappelijke regeling door gemeenten, provincies en bestuursscholen, waarbij een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam genaamd Centraal instituut vorming en opleiding bestuursdienst is gevormd.

Deze gemeenschappelijke regeling is goedgekeurd door de Kroon bij koninklijk besluit, nr. 41, d.d. 6 oktober 1977 en gepubliceerd in de Staatscourant d.d. 25 oktober 1977, nr. 208.

Naar de mening van verweerder zijn de organen van het CIVOB, waaronder het dagelijks bestuur, administratieve organen in de zin van art. 1 van de Wet arob .

...

Art. 30 van de gemeenschappelijke regeling CIVOB bepaalt in het eerste lid:

"Het algemeen bestuur besluit tot het instellen, wijzigen of afschaffen van examens. Het algemeen bestuur stelt daartoe examenreglementen vast en wijzigt deze".

Op basis van dit artikel heeft het algemeen bestuur van het CIVOB een aantal examenreglementen vastgesteld.

...

Besluiten van organen van het CIVOB zijn in beginsel beschikkingen in de zin van art. 2 van de Wet arob en derhalve is deze wet hierop van toepassing.

De vraag is of ook een besluit van één der organen van het CIVOB op grond van het examenreglement een beschikking is in de zin van art. 2 van de Wet arob. Het antwoord hierop is afhankelijk van het karakter van het examenreglement: Kan dit reglement worden aangemerkt als een wet in materiële zin, met andere woorden, als een publiekrechtelijke regeling?

Voor de totstandkoming van het CIVOB werden de examenreglementen vastgesteld door de Nederlandse vereniging voor gemeentebelangen. De vaststelling van het examenreglement door organen van het CIVOB maakt dit reglement echter nog niet tot een wet in materiële zin. Dit reglement omschrijft onder meer het karakter en de omvang van de examens en de eisen om tot het examen te worden toegelaten.

Voorts bepaalt het reglement in art. 5 derde lid dat het algemeen bestuur jaarlijks de bedragen van de verschuldigde examengelden vaststelt. De examengelden kunnen beschouwd worden als een vergoeding aan een overheidsorgaan ter dekking van de kosten van examens, met andere woorden: als een vergoeding voor een overheidsdienst.

Uit het bovenstaande blijkt dat het examenreglement de eisen en voorwaarden bevat waarop de kandidaten tot de examens worden toegelaten. Niet gesteld kan worden dat de verhouding CIVOB-examenkandidaat, geregeld in het examenreglement, een gezagsverhouding is.

Naar de mening van verweerder dienen besluiten op grond van het examenreglement te worden gekenschetst als rechtshandelingen naar burgerlijk recht.'

Is een gezagsverhouding heden ten dage nog een beslissend element voor een bestuursrechtelijke rechtsverhouding? De tijden zijn toch wel veranderd sinds Minister Loeff in de MvT (74) voor zijn ontwerp-Wetboek van Administratieve Rechtsvordering liet neerschrijven:

'De Overheid is binnen haren kring de hoogste macht in den Staat. Elken tegenstand, haar geboden, vermag zij neer te werpen; elken dwang, haar aangedaan, desnoods met geweld, te breken.'

Wat nu de aard van het examenreglement betreft: dit geeft uiteraard onder meer het karakter en de omvang van de examens aan alsmede de eisen om tot de examens te worden toegelaten alsook een regeling voor de betaling van het examengeld. Maar het is in zoverre wel degelijk een algemeen *verbindend* voorschrift en kan geenszins worden aangemerkt als een openbaar aanbod, houdende de voorwaarden waaronder het Civob overeenkomsten afsluit met examenkandidaten (75), waarop het Civob in zijn uiteenzetting blijkbaar

(74) De betreffende parlementaire stukken zijn vanaf 1905 uitgegeven door Boekhandel v/h Gebr. Belinfante. Zie deel I blz. 64.

(75) 'Art. 5

Regeling examens

1. De examens worden eenmaal per jaar afgenomen. Het dagelijks bestuur kan, indien zich bijzondere omstandigheden — ter beoordeling van het dagelijks bestuur — mochten voordoen, besluiten in enig jaar een examen tweemaal af te nemen.

2. Het dagelijks bestuur regelt, met inachtneming van het bepaalde in dit reglement, nader de omvang van de examens.

...

'Art. 22

Vrijstelling voor bepaalde vakken

1. Het dagelijks bestuur kan vrijstelling verlenen van het afleggen van examen in één of meer van de tot enig examen behorende vakken of delen van vakken op grond van door een kandidaat overgelegde getuigschriften, diploma's en/of cijferlijsten, afgegeven vanwege inrichtingen voor wetenschappelijk onderwijs, scholen voor voortgezet onderwijs, door het instituut, door het instituut erkende instellingen, of uitgereikt na het afleggen van staatsexamens.

2. ...'

doelt, naar analogie met de in II.2. besproken gemeentelijke verordening op de levering van electriciteit enz. Het examenreglement brengt daarentegen krachtens de Wet gemeenschappelijke regelingen *rechtstreeks* rechten en verplichtingen mee voor degenen die zich aan de examens onderwerpen en bepaalt wie tot de examens worden toegelaten. Dit examenreglement geeft derhalve een statusverhouding, te vergelijken met die van een rechtspositiereglement. Dit aspect komt ook ter sprake in de vervolgens nog te behandelen casus-World Flour.

Beschikkingen, houdende een beoordeling van het kennen of kunnen van iemand, die te dier zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst, zijn ingevolge art. 5, aanhef en sub 1, van de Wet arob van bezwaar en beroep ingevolge die wet uitgezonderd. Het komt mij voor dat de wetgever er daarbij — terecht — van is uitgegaan dat besluiten van administratieve organen van de overheid, die verband houden met het examineren, welke doorgaans op vergelijkbare examenreglementen berusten, als regel als publiekrechtelijk zullen moeten worden aangemerkt. Ook daaruit volgt naar mijn mening dat door zo'n orgaan genomen besluiten inzake vrijstelling van examen in beginsel als onder de Wet arob vallende beschikkingen moeten worden gerekend.

Verder zou ik, als gezegd, menen dat geen gewicht toekomt aan het feit dat de organisatie voorheen haar activiteiten in een privaatrechtelijke kleeid verrichtte. De organisatie heeft dat kleeid nu eenmaal afgeworpen en heeft, zoals trouwens ook door Civob in feite wel wordt gesteld, daarmee een publiekrechtelijke status gekregen. Die status voorziet in op een organieke wet steunende reglementen, die m.i. moeten worden aangemerkt als publiekrechtelijke leges speciales welke specifieke overheidsbevoegdheden toekennen.

Tenslotte zou ik, voor wat betreft de onder a) genoemde categorie, willen stilstaan bij de vraag of ook het Europese recht een publiekrechtelijke *lex specialis* kan inhouden ten opzichte van in het bur-

→
'Art. 23

Ontheffing toelatingseis

1. Het dagelijks bestuur kan ontheffing verlenen van een voor de toelating tot enig examen gestelde eis op grond van door een kandidaat overgelegde getuigschriften, diploma's en/of cijferlijsten, afgegeven vanwege inrichtingen voor wetenschappelijk onderwijs, scholen voor voortgezet onderwijs, door het instituut, door het instituut erkende instellingen, of uitgereikt na het afleggen van staatsexamens.

2. ...'

gerlijk recht geregelde verhoudingen, in het bijzonder koop en verkoop. Ook de hierna volgende bespreking van de zaak World Flour is wellicht qua omvang wat buiten proportie, maar daarvoor moge als excuus dienen vooreerst dat met name de rechtstreeks werkende Europese verordeningen steeds meer hun stempel gaan drukken op de inhoud van ons sociaal-economisch recht alsook het feit dat bedoelde uitspraak niet is gepubliceerd (76).

In de zaak-World Flour had de AR te oordelen over een besluit van het Voedselvoorzienings- In- en -Verkoopbureau (VIB). De casus was in het kort als volgt. Bij Verordening (EEG) nr. 1244/77 (Pb. L 144/11) van de Commissie waren regels gegeven voor een te openen inschrijving voor de levering aan Somalië van een hoeveelheid meel van zachte tarwe (voedselhulp). Deze inschrijving werd georganiseerd door het Italiaanse interventiebureau (zusterorganisatie van het VIB). Ter uitvoering van genoemde verordening werd in het Publikatieblad van de EEG van 14 juni 1977 ter zake een bericht van inschrijving opgenomen (C 140/7). Appellante (World Flour) nam aan die inschrijving deel en haar werd de levering van 6934 ton meel van zachte tarwe gegund tegen haar offerteprijs van 247 003 lires per ton. Voor zover bekend, voldeed zij aan haar uit de verordening voortvloeiende verplichtingen. Ingevolge art. 7, lid 3, van de Verordening moest genoemd bedrag door het VIB (het interventiebureau van de Lid-Staat waar de douane-formaliteiten bij uitvoer waren vervuld) aan appellante worden uitbetaald. Tussen het VIB en appellante ontstond verschil van mening omtrent de vraag tegen welke koers van de lire (al dan niet de 'groene koers') het VIB het aan appellante toekomende bedrag in guldens diende uit te betalen. Dit meningsverschil kon ontstaan omdat in art. 7, lid 3, van de Verordening een andere koers werd omschreven dan in het in het Publikatieblad opgenomen bericht van inschrijving. Het VIB weigerde de in dat bericht genoemde koers, die voor appellante gunstiger was, te hanteren. Omtrent dit besluit overwoog de AR bij uitspraak van 17-10-1978:

'De Afdeling is van mening dat de levering en betaling strekken tot uitvoering van een koopovereenkomst, zodat het bestreden besluit moet worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Daaraan doet niet af dat het onderwerp van de overeenkomst, de koopsom,

(76) AR 17-10-1978 nr. A-1.0481 (1978), verkort weergegeven in *T.v.O.* 1979, blz. 35/36 en blz. 395 alsook in *tB/S V*, blz. 345.

de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt, de plaats van levering en de betaling van het geleverde tevens zijn aangegeven in de genoemde EEG-verordening.'

Deze overweging lijkt op het eerste gezicht wel plausibel, doch ik meen dat de zaak gecompliceerder en ook anders ligt.

In de eerste plaats moge ik wijzen op een op 1 september 1978 bij de Tweede Kamer ingediende Memorie van Toelichting op een ontwerp tot wijziging van de Landbouwwet, welke is gerealiseerd bij wet van 23 mei 1979 Stb. 323 (hierover H.J. Bronkhorst in *S.E.W.* 1980, blz. 267 e.v.). Bij die wet zijn besluiten van het VIB, niet zijnde een rechtshandeling naar burgerlijk recht, genomen ter uitvoering van krachtens art. 32 van de Landbouwwet opgedragen werkzaamheden, onderworpen aan de rechtsmacht van het CBB. In die zin werd art. 46, eerste lid, aangevuld. Deze aanvulling werd bij de MvT aldus toegelicht:

'...

Beide hierboven bedoelde categorieën regelen (krachtens de Landbouwwet en de In- en Uitvoerwet, P.) vormen voor de landbouwgoederen het belangrijkste wettelijk instrumentarium, waarmee op nationaal niveau uitvoering wordt gegeven aan het EEG-markt- en prijsbeleid, zoals dat voor de diverse produktensectoren is neergelegd in de desbetreffende Europese marktorganisaties. Daarnaast bestaat evenwel ook nog het middel van het uit de markt nemen van produkten ter ondersteuning van de prijsvorming. Diverse verordeningen schrijven daartoe voor, dat de interventiebureaus van de lid-staten verplicht zijn de hun aangeboden produkten te kopen of aangekochte produkten te koop aan te bieden, mits aan bepaalde voorwaarden ten aanzien van bijv. kwaliteit en hoeveelheid wordt voldaan.

Aangezien de Europese verordeningen waarin deze interventieregelingen zijn neergelegd ingevolge art. 189 van het EEG-Verdrag in alle onderdelen verbindend en rechtstreeks toepasselijk zijn in alle lid-staten van de EEG, kunnen de justitiabelen daaraan rechtstreeks rechten ontlelen. Het VIB, dat ingevolge art. 32 van de wet belast is met de in- en verkoop van landbouwprodukten kan met de aspirant-verkoper of -koper verwikkeld raken in een geschil over de vraag, of het VIB terecht het sluiten van een koop/koopovereenkomst heeft geweigerd, met andere woorden of het VIB de interventieregelingen uit de EEG-marktorganisaties juist heeft toegepast. Volgens het huidige art. 46 is het voor de belanghebbende niet mogelijk deze vraag ter toetsing voor te leggen aan het College.

Met de thans voorgestelde aanvulling van dat artikel willen de ondergetekenden in deze situatie, die zij niet bevredigend achten, wijziging brengen. Zij beogen hiermee te bereiken, dat tegen besluiten van het VIB

als hogerbedoeld beroep kan worden ingesteld op de voet van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie bij het College, evenals zulks het geval is met de besluiten van de overige lichamen die belast zijn met de uitvoering van de bedoelde marktorganisaties (Minister van Landbouw en Visserij en produktschappen). Op deze wijze kan worden bereikt dat alle besluiten van alle bevoegde lichamen op het onderhavige terrein onderworpen zijn aan het oordeel van één en dezelfde administratieve rechter. Overigens moet worden aangenomen, dat zolang een wettelijke voorziening als boven uiteengezet niet tot stand is gekomen de besluiten van het VIB als bovenbedoeld onder de werkingssfeer vallen van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Stb. 1975, 284). Om de zojuist genoemde redenen menen de ondergetekenden evenwel dat voor de rechtspraak ten dezen het College van Beroep voor het bedrijfsleven het meest geëigend is te achten.

Opgemerkt zij nog, dat rechtshandelingen naar burgerlijk recht volgens de voorgestelde aanvulling van art. 46 niet behoren tot de besluiten van het VIB waarvan thans beroep bij het College mogelijk wordt gemaakt. De beoordeling van dergelijke rechtshandelingen blijft tot de uitsluiten-de competentie behoren van de burgerlijke rechter'.

Wanneer het VIB, *de betrokken EEG-verordeningen toepassende*, besluit om geen koop- of verkoopovereenkomst aan te gaan, kan een dergelijk besluit — gelet op de laatste alinea van de aangehaalde passage — níet worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Dit standpunt moest m.i. ook reeds worden gevolgd voordat de betreffende wetswijziging tot stand was gekomen, hetgeen ik als volgt moge toelichten.

Weliswaar lijken ook de betrokken Europese verordeningen op gemeentelijke verordeningen waarbij de (standaard)voorwaarden tot levering van electriciteit worden bekend gemaakt, doch zij verschillen daar in juridisch opzicht toch op een wezenlijk punt van: zij creëren en kunnen ook creëren een rechtsverhouding met rechten en verplichtingen over en weer, die in de plaats treedt van een burgerrechtelijke koopovereenkomst, zoals ook in Nederland de rechtspositieregelingen krachtens art. 125 van de Ambtenarenwet 1929 voor ambtenaren een (publiekrechtelijk) rechtsregiem creëren als een *lex specialis* ten opzichte van burgerrechtelijke arbeidsverhoudingen.

De uitleg van de betrokken Europese verordeningbepalingen alsmede het oordeel over hun geldigheid is ex art. 177 van het EEG-Verdrag voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen. Bij stilzwijgen van de verordeningen is m.i. níet het — in de (meest) betrokken Lid-Staat geldende — burgerlijk recht aanvullend van toepassing doch het ongeschreven gemeenschapsrecht. Deze verordeningen beogen naar mijn mening ook geen dwingendrechtelijke regels te stel-

len met betrekking tot de koop: er wordt een specifiek regiem in het leven geroepen, dat onder meer inhoudt dat de ondernemer gehouden is om een waarborg te stellen, die als boete jegens het interventiebureau wordt verbeurd bij niet naleving zijnerzijds van de betreffende verplichtingen. Dit is ook de mening van de Europese Commissie (77). Deze specifieke Europese bepalingen creëren, evenals bedoelde ambtelijke rechtspositieregelingen, specifieke bevoegdheden voor overheidsorganen, in casu de nationale interventiebureau's.

De zojuist voor de betrokken Europese verordeningen genoemde karaktertrekken vindt men ook terug in Verordening (EEG) Nr. 1244/77. Terugkerend naar de zoëven aangehaalde overwegingen van de AR meen ik dat er geen sprake was van een burgerrechtelijke koopovereenkomst. Het komt mij verder voor dat het bestreden besluit geen betrekking had op de uitvoering van enige 'overeenkomst' doch op de vraag welke inhoud een onderdeel van de betrokken rechtsverhouding had. De EEG-verordening was m.i. inderdaad van doorslaggevend belang: hier was in het geding een op een *lex specialis* berustende — niet aan het burgerlijk recht te ontleenen — bevoegdheid van het VIB, dat behoudens de uitbetaling met de gehele leverantie niets te maken had. Deze bevoegdheid werd, dunkt mij, ten onrechte 'geciviliseerd'.

Al deze woorden betroffen de hierboven onder a) genoemde categorie van gevallen. Thans moge ik nog wat minder uitvoerig stilstaan bij de onder b) genoemde categorie: daarbij gaat het om op de wet steunende overheidsbevoegdheden die bepalend zijn voor de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke transacties. Mede ten aanzien van deze categorie gevallen is van belang dat M. Scheltema in zijn noot onder de uitspraak van de AR inzake de Groningse waterleidingen (*A.B.* 1978 nr. 208) als vuistregel stelt dat men moet 'aannemen dat besluiten over het verrichten van rechtshandelingen in hun karakterisering als privaatrechtelijk of publiekrechtelijk de kwalificatie volgen van de rechtshandeling waarop zij gericht zijn'. Erkend moet worden dat deze vuistregel, waarmee Scheltema onder meer doelt op de goedkeuring *ex art.* 228 Gemeentewet, steun vindt in de jurisprudentie van de AR. Ik meen echter dat er geen (min of meer) algemene gelding aan deze vuistregel kan worden toegekend. Zij gaat in ieder geval niet op voor

(77) In de zaak 240/78 (*Atlanta*, HvJ EG 21-6-1979, Jur. 2137) stelde de Commissie zich op het standpunt dat de communautaire bepalingen betr. het sluiten van in dat geding aan de orde zijnde opslagovereenkomsten van dwingend recht zijn en het normale verbintenissenrecht terzijde schuiven of dit nu van privaaf- of publiekrechtelijke aard is (Jur. blz. 2145 r.k.). Vgl. noot 4.

de ministeriële bevoegdheid of het afgeven van een verklaring van geen bezwaar op de ontwerp-statuten van een N.V. of B.V. (een noodzakelijk fiat voor de werking daarvan) welke bevoegdheid — naar buiten kijf is, vgl. II.2. — als publiekrechtelijk moet worden aangemerkt. Men zal verder toch ook de deviezenvergunningen ingevolge het ingetrokken (78) Deviezenbesluit 1945 van de Nederlandsche Bank N.V. (79) niet als privaatrechtelijk aanmerken? Bedoelde vergunningen hadden meestal betrekking op puur privaatrechtelijke transacties tussen particulieren en zijn eveneens noodzakelijk voor de geldigheid van die transacties (80).

In een beroep gericht tegen een besluit van G.S. van Gelderland waarbij goedkeuring werd onthouden aan een gemeenteraadsbesluit tot koop en verkoop van percelen grond, overwoog de AR (81):

1. 'Bedoeld raadsbesluit is gericht op het aangaan van een overeenkomst van koop en verkoop en moet dan ook worden geacht te vallen onder het begrip rechtshandeling naar burgerlijk recht als genoemd in art. 2, tweede lid, onder b van meergenoemde wet.
 2. Blijkens uitspraken van de Afdeling rechtspraak is een besluit inzake het al dan niet verlenen van goedkeuring aan een raadsbesluit strekkende tot het aangaan van een rechtshandeling naar burgerlijk recht met dat raadsbesluit onlosmakelijk verbonden en moet dit derhalve voor wat de mogelijkheid van beroep betreft geacht worden met dat raadsbesluit op één lijn te staan.
 3. De aan het desbetreffende besluit van Gedeputeerde Staten ten grondslag liggende beweegredenen, welke in geval van onthouding van goedkeuring te herleiden moeten zijn tot de in art. 228a van de gemeentewet genoemde gronden, kunnen daaraan niet afdoen.'
- (mijn nummering, P.)

Ik vraag mij af of het niet veeleer zo is dat de in rechtsoverweging 2. bedoelde onlosmakelijke verbondenheid uitsluitend berusten

(78) Bij art. 22 van de sinds 1 mei 1981 geldende Wet financiële betrekkingen buitenland (Stb. 1980, 321), die het CBB als administratieve rechter aanwijst, evenals de Wet toezicht kredietwezen ten aanzien van besluiten op grond van die wetten van de Nederlandsche Bank en van de Minister van Financiën.

(79) Administratief orgaan in de zin van de Wet bab, K.B. 18-1-1974 nr. 154 (Kan en Van Maarseveen a.w., jurisprudentie ad administratief orgaan blz. 43) en van de Wet arob, zie genoemde Schuurman en Jordens Editie nr. 154 blz. 88.

(80) H.R. 17-12-1954 N.J. 1959 nr. 116.

(81) AR 19-4-1979 A-3.1572 (1978) VE 907.

kan op art. 9, lid 2, van de Wet arob ('zo nodig na goedkeuring'). M.i. houdt die bepaling niet alleen in dat een aan goedkeuring onderworpen beschikking pas kan worden aangevochten nadat zij is goedgekeurd, maar ook dat, wanneer de goedkeuring er eenmaal is, alleen het *goedgekeurde* besluit appellabel is en niet tevens het *goedkeurings*besluit (82). Alsdan lijkt inderdaad het goedkeuringsbesluit, voor wat het beroep betreft, onlosmakelijk verbonden met het goedgekeurde besluit, zodat — wanneer tegen het goedgekeurde besluit geen beroep openstaat — er geen reden bestaat om een beroep tegen uitsluitend het goedkeuringsbesluit wel in behandeling te nemen. Het onderhavige geval betrof evenwel de weigering om goedkeuring te verlenen en dan lijkt de onder 2. weergegeven redenering niet op zijn plaats. Er is dan zeker een samenhang tussen de weigering van de goedkeuring en de transactie waarop deze is gevraagd, doch die samenhang onderscheidt zich niet van de samenhang tussen genoemde verklaring van geen bezwaar en de betrokken statuten of die tussen de deviezenvergunning en de desbetreffende geldelijke transactie. Daarmee is naar mijn mening de basis aan overweging 3. ontvallen, zodat de vraag naar het rechtskarakter van de goedkeuring nog open ligt.

Vóór de stelling dat de vereiste goedkeuring van privaatrechtelijke aard is, pleit — in het licht van het hierboven ontwikkelde criterium — de omstandigheid dat het in het privaatrecht een normale figuur is wanneer iemand voor het aangaan van een rechtshandeling of overeenkomst de goedkeuring (toestemming) van een ander nodig heeft, hetzij ter bescherming van zijn eigen belangen/rechten hetzij ter bescherming van de belangen of rechten van degene wiens toestemming is vereist of ter bescherming van derden. Dit mag zo zijn, hier lijkt mij toch wel van een *lex specialis* sprake, met name in dit opzicht dat de goedkeuring niet slechts kan worden onthouden op gronden ontleend aan het financiële belang van de gemeente of (anderszins) wegens strijd met het algemeen belang, maar ook op de grond dat de rechtshandeling/overeenkomst van de gemeente in strijd is met de wet (art. 228a). Aldus is m.i. aan G.S. een specifieke, niet in het burgerlijk recht gelegen bevoegdheid toegekend waaraan bijgevolg een publiekrechtelijk karakter toekomt. Dit publiekrechtelijke karakter wordt nog aangescherpt door de

(82) Aldus ook (voorzichtig) Kan en Van Maarseveen in hun genoemd commentaar op de Wet bab, ad art. 6.

omstandigheid dat tegen de weigering van goedkeuring voor het *gemeentebestuur* ex art. 235 van de Gemeentewet beroep openstaat bij de Kroon. Indien dit Kroonberoep gehandhaafd blijft, zou er overigens iets voor te zeggen zijn om het ook open te stellen voor anderen die door zo'n weigering rechtstreeks in hun belang worden getroffen.

III. INTERMEZZO: IN HOEVERRE AANVRAAG, BEZWAAR-SCHRIFT OF PETITUM IN BEROEP DE BEVOEGDHEID VAN DE ADMINISTRATIEVE RECHTER MEDE BEPALEN

III.1. Inleiding

De publiekrechtelijke rechtshandelingen, waarover het hier gaat, worden zo niet alle, dan toch in grote meerderheid eenzijdig genomen. Dat neemt niet weg dat er vooraf dikwijls contact is geweest tussen overheidsorgaan en belanghebbende: veel beschikkingen worden op aanvraag genomen; daarnaast worden in het kader van privaatrechtelijke overeenkomsten door de overheid beschikkingen genomen en worden ook omgekeerd met het oog op bepaalde beschikkingen privaatrechtelijke overeenkomsten gesloten en/of andere beschikkingen genomen. Kort en goed, de belanghebbende staat, alvorens de beschikking wordt genomen, en ook daarna bij bezwaar en beroep, niet geheel blanco ten opzichte van de overheid, doch heeft bepaalde wensen die hij naar voren zal brengen.

Het ligt voor de hand dat die wensen, met name voor zover zij jegens de administratie naar voren zijn gebracht, in twijfelgeval len factoren zijn die mede bepalen wat de overheid nu precies heeft beslist, m.a.w. die van belang zijn voor de vaststelling c.q. uitleg van het bestreden besluit. De vraag is dan: in hoeverre kan ter bepaling of een al dan niet in het publiekrecht gegrond overheidsbesluit voorligt, betekenis toekomen aan de wijze waarop de belanghebbende zijn aanvraag of bezwaar en eventueel ook zijn beroep heeft ingekleed? Deze probleemstelling doet enigszins denken aan die welke destijds werd weergegeven in het onderscheid – met het oog op de bevoegdheid van de burgerlijke rechter – tussen de leer van het petitum enerzijds en die van het fundamentum petendi anderzijds. Hierop werd in I.2. al ingegaan. Daarin kwam ook de bepaling aan de orde, waarbij destijds rechtsmacht was verleend aan het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening. Die bepaling, art. 13, lid 1, van het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 ('Geschillen tusschen een organisatie en één of meer ondernemers ...') was voor de competentie binnen de Nederlandse administratieve *rechtspraak* uitzonderlijk te noemen. In de

andere regelingen dienaangaande is nl. als voorwaarde voor het bestaan van rechtsmacht steeds de eis gesteld (eveneens een formeel criterium vergeleken met 'geschillen' over bepaalde onderwerpen) dat een nader omschreven vorm van overheidsoptreden, zoals middels een besluit, beslissing, uitspraak, beschikking enz. of middels een handeling 'sec' aanwezig dient te zijn. Slechts de aanwezigheid van aldus omschreven overheids-handelingen of het nalaten daarvan creëert rechtsmacht van de administratieve rechter. Wanneer derhalve de administratieve rechter een beroep niet-ontvankelijk verklaart omdat hij geen (formele) bevoegdheid bezit, dan moet hij vaststellen dat het aangevochten optreden of niet-optreden van de overheid niet als een besluit, beschikking enz. als evenbedoeld kan worden aangemerkt. Wanneer bijv. een gemeente zich bij een privaatrechtelijke overeenkomst met een projektontwikkelaar, waarbij tal van zaken zijn geregeld, heeft verbonden om een bouwvergunning te verlenen, doch burgemeester en wethouders vervolgens weigeren die vergunning te verlenen, kan de administratieve rechter *niet* overwegen dat het *geschil* hier in wezen ('virtualiter') van burgerrechtelijke aard is en hij derhalve niet bevoegd is: er ligt de weigering van een bouwvergunning voor, waartegen wordt opgekomen.

Zoals thans de bevoegdheid van de burgerlijke rechter ex art. 2 R.O. wordt afgemeten aan het petitum — het recht dat de eiser inroept, ongeacht de vraag waarover het geschil in wezen loopt — zo is ook voor de bevoegdheid van de administratieve rechter uitsluitend van belang of wordt opgekomen tegen een overheidsbeschikking of -handeling die als zodanig bij de wet appellabel is verklaard. In het zoëven bedoelde geval moet de administratieve rechter nagaan of de bouwvergunning mocht worden geweigerd.

III.2. Uitleg c.q. conversie van het gevraagde (petitum)

Noch met de aan het slot van de vorige paragraaf ontwikkelde gezichtspunten noch met de 'achtervangersfunctie' van de burgerlijke rechter ex art. 2 R.O., vermeld in II.1. valt te rijmen de motivering van het nog onder vigeur van de Wet bab gewezen K.B. van 21-2-1975 A.B. nr. 282 m.n. v.d.V. Daarbij werd overwogen:

'dat de klager zich bij brief van 6 mei 1974 heeft gewend tot de ontvanger, voornoemd, en genoemd bedrag daarbij heeft teruggevorderd als zijnde onverschuldigd betaald, aangezien, naar de klager in deze brief

aanvoert, het bedoeld successierecht verschuldigd is geworden op een tijdstip, waarop zijn volmachtgevers nog geen erfenamen waren; dat de Staatssecretaris van Financiën bij zijn in hoofde dezes vermelde brief van 4 oktober 1974 aan de klager heeft bericht, dat zijn verzoek om restitutie niet voor inwilliging in aanmerking komt; dat het geschil, dat partijen verdeeld houdt, derhalve is een geschil betreffende een schuldvordering, waarvan de beslissing bij uitsluiting behoort tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter; dat de klager mitsdien in zijn verzoek om voorziening niet kan worden ontvangen.'

Een aldus opgezette motivering vindt men ook nog wel in uitspraak van de AR (83). Het dictum van het K.B. kán overigens juist zijn, indien de beslissing van de Minister steunde op een algemeen verbindend voorschrift inzake 's Rijks belastingen (art. 5, aanhef en sub m, van de Wet bab).

M.i. had de Kroon echter moeten onderzoeken of de weigering van de Minister een appellabele beschikking was. Zo ja, dan is irrelevant wat de appellant bewoog. Er zijn tal van beroepen tegen besluiten waarbij restitutie van aan de administratie gedane betalingen door haar wordt geweigerd en het staat zeker niet op voorhand vast dat die weigeringen geen appellabele besluiten of beschikkingen zijn. Als moet worden aangenomen dat dit wél het geval is, dan is daarmee de bevoegdheid van de administratieve rechter gegeven: de belanghebbende beoogt de weigering ongedaan te maken. Dat hij daarmee tevens en voor alles beoogt om zijn geld terug te krijgen, doet daaraan niets af.

Degene die in beroep gaat tegen welk besluit dan ook, is het daarmee niet eens en wenst door middel van het beroep te bereiken dat het betrokken besluit overeenkomstig zijn wensen zal worden herzien. De hoofd-'vordering' in het beroep tegen administratieve beschikkingen strekt dan ook tot ongedaanmaking van de beschikking.

Bedoelde hoofdvordering is in zoverre bijzonder ruim dat tal van formuleringen, die door een belanghebbende kunnen worden gebruikt, binnen de strekking van die vordering passen, hoewel deze formuleringen op het eerste gezicht in een civielrechtelijke richting

(83) Aldus bijv. in een m.i. niet bijzonder overtuigende uitspraak inzake de BKR: AR 8-5-1980 A.B. nr. 540 alsook in de in II.3. besproken zaken- Civob en -World Flour. Zie ook nog AR 21-6-1979 A-3.1535 (1978), vermeld in noot 86.

wijzen (bijv. wanneer om restitutie of kwijtschelding wordt gevraagd). Gelet op die strekking komt bij de beoordeling van de bevoegdheid van de administratieve rechter het accent vooral te liggen op de vraag of er een appellabele overheidsbeschikking voorligt. Zo ja, dan ware behoudens een zeer duidelijke tegenindicatie reeds uit het enkele feit dat het beroep daartegen is ingesteld — hoe het petitum ook is verwoord — te worden afgeleid dat de appellant met zijn beroep beoogt dat die beschikking geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt, zeker ingeval de rechter — zoals de AR — niet veel meer kan doen dan vernietigen. M.a.w. op het *voorwerp* van beroep (beschikking, besluit, handeling enz.) dient dan de focus te zijn gericht en veel minder op het petitum. Er is dan immers — duidelijk anders dan in de civiele rechtspraak — maar één hoofdpetitum, vernietiging, dat in feite door de aangevallen beschikking geheel wordt gedictieerd. Daarmee samenhangende vorderingen en/of nevenvorderingen die evt. voor de administratieve rechter kunnen worden geldend gemaakt, zoals bijv. tot schadevergoeding, blijven hier buiten beschouwing: vgl. IV.5.

Mutatis mutandis geldt het voorgaande m.i. evenzeer wanneer iemand bij de administratie bezwaar maakt of anderszins de administratie verzoekt om een eerder genomen beschikking in heroverweging te nemen (84). Ten aanzien van deze laatste verzoeken ga ik er verder, om het verhaal niet te compliceren, van uit dat daarbij *nova* zijn aangevoerd (85).

Wanneer een belanghebbende, die zich wel binnen de termijn van bezwaar of beroep tot de administratie c.q. tot de administratieve rechter wendt, daarbij verzoekt c.q. verzoekt te bepalen dat hetgeen hij ingevolge die beschikking heeft betaald, aan hem wordt gerestitueerd, zal hij — aangenomen dat die beschikking voor bezwaar vatbaar is — in dat bezwaar of beroep moeten worden ontvangen. Daartoe kan, behalve het bovenstaande, ook nog worden aangevoerd dat het anders van een toevallige omstandigheid — of

(84) Vgl. AR 15-12-1977 *A.B.* 1978 nr. 316 (afwijzing van een verzoek om een eerder aan de zijde van belanghebbende afgelegde verklaring als van nul en gener waarde te verklaren). Zoals in IV.2 sub c uitgewerkt, werd in feite intrekking van een aan een bouwvergunning verbonden voorwaarde verzocht.

(85) De AR neemt niet gauw een nieuwe, afzonderlijke beschikking aan. Vgl. over het niet geheel bevredigende van deze jurisprudentie M. Scheltema, noot in *N.J.* 1978 nr. 690. Zie ook de noten van J.A. Borman in *A.B.* 1980 nr. 95 en *A.B.* 1981 nr. 26.

de belanghebbende al dan niet prompt heeft betaald — zou afhangen of de rechtsmiddelen van de Wet arob c.q. van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie zouden kunnen worden aangewend. M.i. ware in een dergelijk geval het bezwaar- of beroepsschrift aldus uit te leggen dat de belanghebbende wenst dat de aan gevallen beschikking ongedaan wordt gemaakt.

Volgt men die uitleg niet en verwijst men hem conform het hiervoor aangehaalde K.B. naar de burgerlijke rechter (86), dan zendt men hem naar een instantie die nu juist in beginsel geen beslissing zal kunnen geven over de vraag of hij onverschuldigd betaalde, wanneer de overheid het laatste betwist (87). De burgerlijke rechter zal dan immers moeten overwegen dat hij van de verschuldigdheid van het betaalde moet uitgaan, nu de beschikking waarop de betalingsplicht van eiser steunt niet (op de juiste wijze) voor de bevoegde administratieve rechter is aangevochten, hoewel dat wel mogelijk was geweest. Vgl. II.2.

Voor de zoëven bedoelde welwillende uitleg in bezwaar en beroep lijkt temeer aanleiding, nu rechtsbijstand daarbij niet verplicht is (88), al is zij m.i. veelal wenselijk (89).

Naar mijn mening moet evenzo worden geredeneerd wanneer een belanghebbende, die een besluit heeft ontvangen waarbij hem een betalingsplicht wordt opgelegd, daarvan binnen 30 dagen aan de administratie kwietschelding vraagt. Stel de overheid heeft een subsidie verleend doch is na verloop van tijd tot het inzicht gekomen dat zij zulks ten onrechte heeft gedaan, bijv. omdat bij de aanvraag onjuiste gegevens zijn verstrekt. Daarop bericht zij dan aan de belanghebbende dat zij haar subsidie intrekt en dat de belanghebbende het hem reeds uitgekeerde subsidiebedrag dient terug te betalen. Er van uitgaande dat een besluit (beschikking) tot intrekking van de subsidie voor bezwaar en/of beroep vatbaar is, zou ik willen be-

(86) Aldus nog AR 21-6-1979 nr. A-3.1535 (1978) betreffende de gemeente Nuth (afwijzende beslissing op een verzoek om restitutie van betaalde ontsluitingskosten, die onverschuldigd zouden zijn betaald). Deze aanpak is echter geruisloos overruled in de soortgelijke zaak-Wijlre: AR 22-5-1980 *A.B.* 1981 nr. 46.

(87) Anders, wanneer zij het *niet* betwist: H.R. 24-12-1976 *N.J.* 1977 nr. 380.

(88) H.R. 17-10-1980 *R.v.d.W.* nr. 118.

(89) Vgl. J.J.R. Bakker, Verplichte rechtshulp bij administratieve rechtspraak, *Advocatenblad* 1980, 478 e.v. alsmede K.J. Huisman, noot in *A.B.* 1979 nr. 179 en de door hem genoemde schrijvers.

pleiten dat de overheid een dergelijk verzoek van de belanghebbende als een bezwaarschrift moet opvatten ofwel — als de weg van het bezwaarschrift niet openstaat omdat het de centrale overheid betreft — als een verzoek om bedoelde intrekking op nader aangevoerde gronden in heroverweging te nemen. In beide gevallen beoogt de belanghebbende dat de beschikking ongedaan wordt gemaakt en zal het overheidsorgaan een nadere beslissing moeten nemen, waartegen naar mijn mening beroep openstaat. M.i. kan niet aldus worden geredeneerd: de man heeft kwijtschelding gevraagd *en dus* betreft de nadere beslissing een rechtshandeling naar burgerlijk recht (90). Vgl. ook II.3.

Een andere zaak is het wanneer de belanghebbende wel aan de hem bij beschikking opgelegde betalingsplicht voldoet, zonder dat hij tijdig van zijn rechtsmiddelen met betrekking tot die beschikking gebruik maakt of heeft gemaakt, en pas na afloop van de betrokken termijn een verzoek tot terugbetaling bij de administratie indient of — wanneer hij nog niet heeft voldaan — pas na die termijn kwijtschelding van die verplichting vraagt. Alsdan is het denkbaar dat de administratie uitgaat van de onaantastbaarheid van de eerdere beschikking, die niet tijdig is aangevallen, en weigert om alsnog ten gronde op zodanig verzoek in te gaan. In een dergelijk geval zijn de kansen op een ontvankelijk (91) of succesvol beroep tegen die *weigering* wellicht niet altijd even groot, maar dit punt staat los van het onderwerp dat ons hier bezighoudt: de rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Voorgaande beschouwingen kunnen m.i. ook aan de orde komen ingeval een belanghebbende naar aanleiding van een (voor bezwaar en/of beroep vatbare) beschikking vraagt om hem schadevergoeding toe te kennen. Een dergelijk verzoek kan, indien tijdig gedaan worden opgevat als een bezwaar tegen zo'n beschikking. Het kan immers zijn dat de beschikking, die de belanghebbende onjuist

(90) Wel aldus AR 11-6-1978 tB/S V, 292: 'rechtshandeling naar burgerlijk recht, immers weigering van kwijtschelding'. Deze kwijtschelding was vrijwel aanstonds na ontvangst van het intrekkingsbesluit gevraagd.

(91) Zij had m.i. voor de hand gelegen in de zaak betreffende de kleur van de molen van Grijskerk: AR 19-2-1980 A.B. nr. 583. Zij is wel gevolgd door AR 5-5-1978 tB/S V, 264: afwijzing verzoek tot schadevergoeding ter zake van intrekking vergunning waartegen destijds bab-beroep open heeft gestaan. Zie ook AR 6-6-1979 tB/S V, 462: weigering om aan bouwvergunning verbonden voorwaarde *alsnog* te schrappen.

acht, niet meer op andere wijze dan door middel van schadevergoeding ongedaan kan worden gemaakt of dat de belanghebbende, die zich bij de beschikking als zodanig wel neerlegt — inziende dat de overheid moeilijk anders kon besluiten dan zij deed —, vindt dat de financiële gevolgen daarvan niet voor *zijn* rekening dienen te komen (92). Voor zover mij bekend, heeft de AR deze 'DOA-constructie' die tijdens de gelding van de Wet bab werd aanvaard, nog niet aan haar arsenaal toegevoegd. Zie omtrent de wenselijkheid hiervan IV.5., slot.

III.3. Uitleg of conversie van het voorwerp van bezwaar of beroep

Zoals in de vorige paragraaf werd bepleit, is er — wanneer er een appellabel besluit voorligt — aanleiding om het zwaartepunt dáár — op te leggen, dus op het *voorwerp* van bezwaar of beroep, en om de bewoordingen van hetgeen dienaangaande wordt verzocht (het petitum) niet te zeer op een goudschaaltje te wegen. Daarnaast is het echter allerm minst ondenkbaar dat, hoewel er een appellabel besluit voorligt, de belanghebbende een ander, daarmee samenhangend doch niet-appellabel besluit aanvecht, dus het verkeerde voorwerp. De rechtsverhoudingen tot de overheid, met name op het tot veel procedures aanleiding gevende gebied van de ruimtelijke ordening kunnen danig gecompliceerd zijn: om een bouwvergunning te kunnen verlenen zijn vaak andere beschikkingen nodig zoals vrijstellingen, die vaak gelijktijdig met de bouwvergunning (dikwijls stilzwijgend) worden verleend. Het verlenen van vrijstellingen wordt dan nogal eens afhankelijk gesteld van de bereidheid van de particulier om een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente aan te gaan. Kortom, in die situaties kan men van de belanghebbende zelf niet verlangen — en m.i. ook nauwelijks van die advocaten welke in de materie niet gespecialiseerd zijn — dat zij aan de hand van lang niet altijd duidelijke besluiten of brieven van de overheid binnen de korte termijn van bezwaar of beroep precies kunnen voorzien hoe de vork formeel aan de steel zit. Naar mijn mening verstaat de administratie in de bezwaarfase en de administratieve rechter in beroep haar resp. zijn taak dan op de juiste wijze door zich niet formeel op te stellen doch zo nodig het wel voor bezwaar

(92) K.B. 11-1-1973 *A.B.* 1974 nr. 173 m.n. v.d. Veen/*Ars Aequi* 1973, 353 m.n. J. Wessel. Het betrof een beroep op grond van de Wet bab.

of beroep vatbare voorwerp als aangevochten aan te merken. Een dergelijke handelwijze zal steeds conform de wensen van de belanghebbende zijn, aangezien diens verzoek of beroep conform de strekking daarvan wordt geconverteerd tot een bezwaar of beroep dat binnen de procedure, die de belanghebbende in gang heeft gezet, op zijn inhoudelijke merites kan worden beoordeeld, terwijl de administratie zich aldus moeilijk benadeeld kan achten.

Dikwijls zal daartoe de óók aanwezige appellabele beschikking moeten worden losgepeld uit een rechtsverhouding die op het eerste gezicht (voornamelijk) privaatrechtelijke trekken vertoont. De (voorzitter van de) AR heeft dit een aantal malen terecht gedaan (weigering koopwoning is impliciet weigering om woonvergunning te verlenen/afrastering deels op de openbare weg (93)). In het navolgende geval is de AR aan die benadering niet toegekomen. Dit geval illustreert m.i. hoe gecompliceerd ogenschijnlijk eenvoudige zaken kunnen zijn.

Het heeft betrekking op de ingevolge de bouwverordening (art. 37, lid 1) ten aanzien van gebouwen gestelde eis dat wordt gebouwd aan een weg die aan bepaalde eisen voldoet (94), onder meer t.a.v. verharding, riolering en verlichting. Van die eis kan door burgemeester en wethouders vrijstelling worden verleend, indien de totstandkoming van zo'n weg 'voldoende is verzekerd' (lid 4). Een dergelijke vrijstelling pleegt te worden verleend wanneer de aanvrager van de bouwvergunning met de gemeente een privaatrechtelijke overeenkomst sluit die leidt tot het aanleggen van de desbetreffende weg en/of de noodzakelijke voorzieningen. Bij een dergelijke overeenkomst, die dikwijls wordt gesloten met inachtneming van de voorwaarden die de gemeenten in hun zgn. exploitatieverordening ex art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening hebben kenbaar gemaakt – onder meer betreffende het doen van afstand van grond

(93) AR 8-7-1977 *B.R.* 857; tB/S V, 82h resp. Vz. AR 16-8-1977 *B.R.* 837; tB/S V, 116.

(94) De AR acht deze eis (verordeningsbepaling) niet altijd verbindend: vgl. o.m. De bouwverordening en het bestemmingsplan, door Mr. F.A. van Doorn in *B.R.* 1980, 752 en De sloop van het uitwegvergunningstelsel en de exploitatieverordeningmethode, door Drs. C.J.N. Versteden in de *Gemeentestem* nrs. 6628/9 (1980). Zie ook het preadvies van Mr. N. Schox voor de Vereniging voor Bouwrecht over Rechtsvormen voor uitgifte en beheer van bouwgrond en gebouwen ten behoeve van overheid en particulieren (1979) blz. 129-131.

aan de gemeente in verband met voorzieningen van algemeen nut en de omslag van door de gemeente ter zake gemaakte kosten — plegen de gemeenten o.m. een financiële bijdrage te bedingen in de kosten die zij t.a.v. de diverse voorzieningen, zoals bijv. riolering, hebben gemaakt of zullen moeten maken. Deze kosten kunnen overigens ook via een gemeentelijke belasting worden verhaald: art. 274 Gemeentewet 'voor zover de aan deze voorzieningen verbonden kosten niet krachtens overeenkomst aan de gemeente zijn of worden voldaan'.

In de zaak Van Onzenoort-Dekkers tegen de gemeenteraad van Helmond (AR 25-9-1979 *Gemeentestem* 6609 nr. 6, tB/S V, 521) was, zo is mij van de zijde van die gemeente medegedeeld, aan de appellante een bouwvergunning verleend met vrijstelling van genoemd art. 37, lid 1. Burgemeester en wethouders hadden zich tot het verlenen van die vrijstelling slechts bereid verklaard, indien de appellante met de gemeente een overeenkomst zou aangaan, welke zij ook *is* aangegaan, waarbij zij — aldus de uitspraak van de AR — 'onder meer een strook grond van ongeveer 255 m² aan de gemeente heeft verkocht en zich heeft verplicht tot betaling aan de gemeente van f 96 730, zijnde een vergoeding voor de kosten van het bouwrijp maken van de grond en het aanleggen van de ontbrekende voorziening(en)'. Nadat deze overeenkomst (95) tussen appellante en de gemeente was gesloten, werd de bouwvergunning (met bedoelde vrijstelling) verleend. Vervolgens stelde appellante tijdig bij de gemeenteraad beroep in tegen de bouwvergunning, zich op het onjuiste standpunt stellende dat *deze* voorwaardelijk was verleend nl. onder de voor haar nadelige voorwaarde dat zij genoemde overeenkomst met de gemeente zou aangaan.

Art. 51, lid 1, van de Woningwet geeft een recht van beroep op de gemeenteraad tegen onder meer een voorwaardelijke bouwvergunning en art. 15 bepaalt hetzelfde t.a.v. onder meer het besluit tot het verlenen van een voorwaardelijke vrijstelling (van een voorschrift van de bouwverordening). De gemeenteraad besliste niet binnen de bij art. 51, lid 3, voorgeschreven termijn en verdaagde ook zijn beslissing niet. Appellante stelde bijgevolg bij de AR beroep in tegen de fictieve weigering van de gemeenteraad. Dit be-

(95) Een exploitatie-overeenkomst, zij het niet met toepassing van de in een exploitatie-verordening ex art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening neergelegde voorwaarden, omdat de gemeente Helmond zo'n verordening niet heeft.

roep werd ingevolge art. 78, lid 1, van de Wet op de Raad van State *kennelijk* ongegrond verklaard. Daartoe werd overwogen, na weergave voormeld standpunt van appellante:

‘De onderhavige overeenkomst maakt echter geen deel uit van de op 5 juli 1978 verleende bouwvergunning, doch is een zelfstandige, aan de verlening van de bouwvergunning voorafgaande overeenkomst tussen de gemeente en appellante, waarbij partijen zich hebben verplicht tot bepaalde prestaties.

De omstandigheid, dat burgemeester en wethouders van Helmond de bouwvergunning uitsluitend hebben willen verlenen, nadat appellante de onderhavige overeenkomst met de gemeente was aangegaan, kan hieraan niet afdoen.

De door appellante op grond van de Woningwet gevraagde voorziening stond derhalve niet voor haar open.

Indien verweerder tijdig op dit verzoek om voorziening zou hebben beslist, had hij appellante in haar verzoek niet-ontvankelijk dienen te verklaren.’

Het uitsluitend uitspraak doen op een verzoekschrift is altijd gevaarlijk. Zou verweer zijn gevraagd en zou de gemeente de nodige stukken hebben overgelegd, dan had kunnen blijken dat weliswaar niet juist was dat de bouwvergunning voorwaardelijk was verleend, doch tevens dat de in verband met die vergunning (gelijktijdig) verleende vrijstelling ex art. 37, lid 4, van de Bouwverordening wél voorwaardelijk was verleend, alsook dat het bezwaar van de appellante zich in de grond van de zaak richtte tegen het feit dat burgemeester en wethouders bedoelde voorwaarde — het aangaan van de overeenkomst — aan die *vrijstelling* hadden verbonden. Dit had dan tot de conclusie kunnen en m.i. moeten leiden dat het niet een beroep bij de gemeenteraad betrof ex. art. 51, tegen een voorwaardelijke bouwvergunning, zoals gesteld, doch in feite tegen een voorwaardelijke vrijstelling, welk beroep is geregeld in art. 15 van de Woningwet. Daarbij kan wel worden opgemerkt dat dit art. 15 anders dan art. 51, lid 3, geen termijn stelt waarbinnen de gemeenteraad op het ingestelde beroep moet beslissen.

Een ander geval waarin een dergelijke conversie m.i. in de rede zou hebben gelegen, is het geval-Leidschendam, besproken in IV.3. sub c.

IV. ENKELE GEMENGDE VERHOUDINGEN

IV.1. Inleiding: beschikking en/of burgerrechtelijke rechtshandeling?

Zoals bekend is er vanouds een omvangrijk grensgebied waar privaats- en publiekrecht elkaar ontmoeten. Die ontmoeting vindt met name plaats wanneer de overheid in aanvulling op of in de plaats van haar publiekrechtelijke bevoegdheden gebruik maakt van burgerrechtelijke instrumenten. Art. 2, lid 2 aanhef en sub b, van de Wet arob maakt het noodzakelijk om op dat gebied *in ieder concreet geval* na te gaan in hoeverre sprake is van een appellabele beschikking naast of in de plaats van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, dit laatste bijv. in de vorm van het al dan niet aangaan van een overeenkomst of het al dan niet geven van toestemming als eigenaar enz.

Men zal daartoe de rechtsverhouding alsook de rechtshandeling(en) die haar in het leven riepen dienen te classificeren. Door Koe-man (96) en De Haan (97) is er op gewezen dat men voor die classificatie wellicht gebruik zou kunnen maken van de technieken die worden gebruikt ter classificatie van de zogenaamde gemengde contracten. Daarbij onderscheidt men (98) absorptie: contract a slurpt contract b op, anders gezegd, contract b lost zich op in contract a; men onderscheidt voorts cumulatie: contract a en contract b staan naast elkaar en kunnen elk voor zich aanleiding geven tot rechtsvorderingen; tenslotte onderscheidt men ook een contract sui generis: beide contracten smelten samen tot een contract met een eigen identiteit. Voor ons onderwerp lijkt deze laatste categorie van minder belang omdat er in dezen van wordt uitgegaan dat een rechtshandeling ofwel publiekrechtelijk ofwel privaatrechtelijk, of beide is, doch niet iets anders. Overigens kunnen in sommige gevallen wellicht ook criteria die in het internationaal privaatrecht worden gebruikt, inspiratie opleveren, waarbij ik denk aan een criterium als

(96) Preadvies N.J.V. 1980 blz. 66.

(97) Zie zijn reeds aangehaalde bijdrage van de Van Wijnbergenbundel blz. 47.

(98) Zie Asser-Kamphuisen, Bijzondere overeenkomsten (1960) blz. 3 e.v. en Van Wijngaarden-Van Zeben Compendium bijzondere overeenkomsten, 2e druk, blz. 2 e.v.

dat van de meest karakteristieke prestatie.

Echter, abstracte interpretatieregels zijn hier moeilijk te hanteren, zoals in het algemeen het succes van interpretatieregels beperkt is. Wel zal m.i. een teleologische aanpak veelal de voorkeur verdienen d.w.z. een classificatie welke is gericht op een doelmatige verdeling van jurisdictie (II.1.).

Hiervóór (II.3.) werd de door M. Scheltema gepresenteerde interpretatieregel volgens welke besluiten over het verrichten van rechtshandelingen in hun karakterisering als privaatrechtelijk of publiekrechtelijk de kwalificatie volgen van de rechtshandeling waarop zij gericht zijn, als *algemeen* geldende interpretatieregel bestreden. Niettemin zou men in bepaalde gevallen de 'onderliggende rechtsverhouding' wel degelijk naar boven kunnen halen, nl. wanneer de rechtshandeling die daarop inhaakt — waarvan niet op voorhand te zeggen valt of deze op een privaat- dan wel publiekrechtelijke bevoegdheid steunt — een enigszins onzelfstandig karakter heeft, hetgeen het geval kan zijn wanneer de onderliggende rechtsverhouding duidelijk meer karakteristiek is voor het privaat- of het publiekrecht.

Deze benadering zou dienst kunnen doen bij beslissingen van de overheid, die *niet* op een specifieke wettelijke bevoegdheid (*lex specialis*) steunen of daarvan kunnen worden afgeleid, waarbij de overheid door haar gedane betalingen terugvraagt of restitutie van door een belanghebbende betaalde gelden weigert (met excuus voor het langzamerhand afgezaagde voorbeeld). In zoverre kan ook worden teruggevallen op de in art. 14 van het ontwerp-Loeff (1905) tot regeling van de administratieve rechtspraak, met het oog op de bevoegdheid van de administratieve rechter geformuleerde regel, welke in de behandeling van dat wetsontwerp geen inhoudelijke kritiek heeft ondervonden (99), luidende

'Naar publiekrecht onverschuldigd betaalde gelden moeten worden teruggegeven'.

Een dergelijke regel dient in sterke mate een doelmatige verdeling van jurisdictie. Zij draagt er immers toe bij dat zaken die inhoudelijk gelijk van aard zijn voor hetzelfde rechterlijke college worden

(99) Zie de voormelde uitgave van Boekhandel v/h Gebrs. Belinfante (1915: VV en MvA). Slechts werd bij de artikelsgewijze behandeling door de Tweede Kamer een redactieverbetering voorgesteld: 'Krachtens publiekrecht geïnde, onverschuldigd betaalde gelden moeten worden teruggegeven' (blz. 127).

gebracht: aan de betrekkelijk kleurloze beslissing omtrent de terugvordering wordt hetzelfde (privaat- of publiekrechtelijke) karakter toegekend als aan de bevoegdheid op grond waarvan de eerdere betaling door de overheid werd gedaan of geëist. Het rechtskarakter van de onderliggende rechtsverhouding absorbeert hier dat van het overheidsbesluit waarbij terugvordering wordt gevraagd of geweigerd. Vgl. III.2. en II.3.

Evenzo naar mijn mening indien kwijtschelding wordt gevraagd, zonder dat dit wettelijk is geregeld. In II.3. werden enkele gevallen genoemd waarin in publiekrechtelijke bepalingen wel een kwijtscheldingsregeling is opgenomen. De benadering van de AR 'een rechtshandeling naar burgerlijk recht, immers weigering van kwijtschelding' is mij dan ook te simpel (AR 11-6-1978 tB/S V, 292; vgl. III.2.).

Tenslotte nog dit. In de navolgende paragrafen komen onder meer gevallen aan de orde waarin een overheidsoptreden in privaatrechtelijk kleed als publiekrechtelijk of mede als publiekrechtelijk wordt gekwalificeerd. Een dergelijke kwalificatie zal moeilijk zijn wanneer het privaatrechtelijke optreden vormvrij kon gebeuren, terwijl er publiekrechtelijk bepaalde vormen in acht zouden hebben moeten zijn genomen, in het bijzonder ten behoeve van derden. Vgl. AR 30-9-1977 tB/S V, 164.

Uit deze inleidende beschouwingen van meer algemene aard over gemengde verhoudingen vloeit van zelf voort dat nader wordt ingegaan op enkele concrete situaties. Het daarin kiezen tussen privaats- of publiekrechtelijk dan wel het delen van privaats- én publiekrechtelijk, is in die gevallen nogal eens een moeizame operatie, waarbij het naar mijn mening soms noodzakelijk is dat vrij detailistisch op de zaken wordt ingegaan. Gepoogd wordt op een aantal omstreken terreinen een pad uit te zetten. De lezer is dus gewaarschuwd. Verder wordt — ook al is dat vgl. II.1., als gezegd, onvermijdelijk — een maatstaf van academisch niveau gebruikt om een alledaags onderwerp als een bevoegdheidsverdeling tussen 2 rechters te effectueren. Dat heeft iets van het loslaten van een porseleinkast op een olifant om deze in het rechte spoor te houden; daarbij gaat het in mijn ogen zo dat telkens wanneer een botsing dreigt, de olifant voorgaat. Dit niet zo zeer omdat hij de sterkste is, maar omdat het nu eenmaal om hem begonnen is.

IV.2. De vraag 'beschikking en/of rechtshandeling naar burgerlijk recht?' en het uitweg-vergunningstelsel

In de uitspraken met betrekking tot het uitweg-vergunningstelsel inzake Maastricht (100), De Bilt (101) en ook Wijlre (102) heeft de AR aangenomen dat de betreffende beslissing als een publiekrechtelijke beschikking en niet als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moest worden aangemerkt. In de zaak-Laren (103) daarentegen concludeert de AR dat de betrokken weigering 'mede inhoudt een rechtshandeling gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen en om die reden dient te worden aangemerkt als een beschikking in de zin van de Wet Arob'.

Voorts zijn deze uitspraken interessant omdat zij betrekking hebben op een vorm van overheidsoptreden waarvoor bewust de privaatrechtelijke weg was gekozen, terwijl de AR toch in alle gevallen concludeert tot een publiekrechtelijk besluit c.q. mede een publiekrechtelijk besluit (in de zaak-Laren). De motivering waarmee de AR deze conversie heeft voltrokken, is niet geweest dat de colleges van burgemeester en wethouders aldus ten nadele van de belanghebbende de privaatrechtelijke weg zouden hebben gekozen, om een doel te bereiken waartoe een publiekrechtelijke weg zou hebben opengestaan bij het volgen waarvan de belanghebbende in een gunstiger positie zouden zijn gebracht (104). De AR heeft dit laatste criterium een aantal keren in negatieve zin gebezigd d.w.z. geoordeeld dat van een dergelijk ontduiken geen sprake was en dat daarom niet tot een publiekrechtelijk besluit kon worden geconcludeerd. Daargelaten of dit criterium niet méér ziet op de *toelaatbaarheid* van het volgen van de privaatrechtelijke weg (kwestie van beoordeling ten gronde) dan op de ontvankelijkheid van het beroep, kón deze redenering in ieder geval niet worden gevolgd in de zaken betreffende het uitweg-vergunningstelsel, omdat het daarbij gaat

(100) AR 1-9-1977 *A.B.* nr. 366; *B.R.* 914; *Gemeentestem* 6472; tB/S V, 140; diverse annotaties.

(101) AR 8-6-1978 *Gemeentestem* 6514; *Ars Aequi* 574 m.n. J. Wessel.

(102) AR 22-5-1980 *A.B.* 1981 nr. 46.

(103) AR 28-2-1980 *A.B.* nr. 526 m.n. Van der Veen; *Gemeentestem* nr. 6625 m.n. J.M. Kan.

(104) AR 11-8-1978 *A.B.* 1979 nr. 111 en 27-3-1980 *A.B.* nr. 539.

om een vorm van kostenverhaal bij overeenkomst (105) die ex art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en art. 274 Gemeentewet uitdrukkelijk als mogelijk is voorzien.

Is nu in deze gevallen waarin de overheid bewust als eigenaar is opgetreden, toch van een appellabele beschikking, dus van een publiekrechtelijk besluit sprake? De AR heeft voor haar bevestigende beantwoording van deze vraag 3 verschillende motiveringen gegeven. Die in de zaak-Wijlre sluit aan op die in de zaak-De Bilt. In de zaak-Maastricht wordt in de eerste plaats het accent gelegd op de omstandigheid dat de Bijdrageregeling, waarin slechts de maatstaven voor het kostenverhaal waren neergelegd, was vastgesteld ingevolge art. 168 Gemeentewet. Op grond daarvan zou de betalingsverplichting eenzijdig zijn opgelegd en niet krachtens overeenkomst. Op dit laatste punt komik hieronder terug. V.w.b. art. 168 Gemeentewet is er op gewezen (106) dat ook de gemeenteverordening inzake de elektriciteitsstarieven enz. op die bepaling steunt. In de tweede plaats wijst de AR er in de zaak Maastricht op dat de gemeente de kosten waarvoor zij verhaal zoekt, niet als eigenares doch als onderhoudsplichtige van de openbare weg heeft gemaakt. Dit laatste zegt echter ook niet veel over het rechtskarakter van de methode waarmee zij die kosten verhaalt. Dat verhaal kan immers ook plaatsvinden bij de gronduitgifte in zoverre het is verdisconteerd in de verkoopprijs wanneer de gemeente de door haar bouwrijp gemaakte grond verkoopt (107).

(105) Gelet op de in dezen vanouds bestaande praktijk behoeft dit m.i. geen wederkerige overeenkomst te zijn en is het voor niet-belastingheffing voldoende wanneer de belanghebbende de betaling van (een deel van) de kosten uit welken hoofde dan ook vrijwillig voor zijn rekening heeft genomen. Immers, zoals Oud in zijn Handboek voor het Nederlands Gemeenterecht III, 300-303, schetst, is het sinds het ontstaan van de Woningwet in 1901 gebruikelijk dat het verlenen van de bouwvergunning/vrijstelling wordt gebruikt als hefboom voor het doen incasseren van de onderhavige kosten. Voordien was het waarschijnlijk niet anders, vgl. Buijs, preadvies N.J.V. 1891, blz. 93.

(106) L. Damen in *Gemeentestem* nr. 6509. Zie ook drs. C.J.N. Versteden in *Gemeentestem* nr. 6628.

(107) Vgl. in dit verband Vz. AR 2-1-1977 A.B. nr. 242: koop van een stuk grond van de gemeente Goirle op het industrieterrein aldaar. De overeenkomst hield in dat de koper bij de bouw van een dienstwoning naast de koopsom nog f 10 000 verschuldigd zou worden, te betalen binnen 14 dagen na verzending van het bericht dat daarvoor bouwvergunning was verleend. Het kort na die verzending eveneens verzonden betalingsverzoek van burgemeester en wethouders aan belanghebbende werd aangemerkt als een rechtshandeling naar bur-

In de zaak-De Bilt merkt de Afdeling in de eerste plaats op 'dat de vordering van de litigieuze bijdrage is geschied niet op grond van een gesloten overeenkomst, doch op grond van éézijdige op-legging krachtens meergenoemde bijdrageregeling'. Het komt mij echter voor dat de gemeente hier ook als eigenares van de grond eenzijdig toestemming verleent tot het uitwegen naar de openbare weg, aan welke eenzijdige toestemming zij de voorwaarde verbindt dat een bepaalde geldsom wordt betaald (108).

In de tweede plaats overweegt de AR in de zaak-De Bilt het volgende:

'Waar het betreft openbare wegen nemen in het totale beeld van rechten en verplichtingen, welke bestaan met betrekking tot die wegen, de rechten die de eigenaar van een weg heeft, in zijn hoedanigheid van eigenaar slechts een ondergeschikte plaats in.

Indien de gemeente eigenares is van een openbare weg staat naast dat feit de omstandigheid dat het gemeentebestuur krachtens zijn algemene publieke bestuurstaak is belast met de zorg deze weg zo goed mogelijk aan haar openbare bestemming te doen beantwoorden.

Naar het oordeel van de Afdeling kan tegen de achtergrond van deze plicht tot zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen de toepassing van een bijdrageregeling niet worden beschouwd als een zaak die kan worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht.'

De redenering is dus: weliswaar is de gemeente als eigenaar opgetreden, doch dit optreden is ten opzichte van het publiekrechtelijke optreden van zo bijkomstige aard dat het als het ware door dit publiekrechtelijke optreden wordt geabsorbeerd. Tegen deze redenering kan men echter het bezwaar maken dat de positie van eigenaar van een openbare weg op het eerste gezicht ten opzichte van de publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente minder onbelangrijk is dan de AR doet voorkomen, nu art. 42 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening voorschrijft dat de gemeentelijke ex-

→
gerlijk recht. Ik vermoed dat deze f 10 000 eveneens moet worden gezien als een ontsluitingsbijdrage.

(108) Zie over de eenzijdige privaatrechtelijke toestemming al dan niet onder voorwaarden: Bloembergen, Toestemming; een eenzijdige rechtshandeling (Geschrift nr. 2 van de Studiekring Drion) in het bijzonder blz. 18 e.v. en diens bijdrage aan de Van Opstall-bundel blz. 25 e.v., getiteld Privaatrechtelijke overheidstoestemming en publiekrechtelijke vergunning, in het bijzonder blz. 34.

exploitatie-verordeningen onder meer bepalingen moeten inhouden betreffende het doen van afstand van grond aan de gemeente in verband met voorzieningen van algemeen nut, hetgeen in de eerste plaats geldt voor openbare wegen.

In de uitspraak inzake Laren vindt men de tournure omtrent het ondergeschikte karakter van de hoedanigheid van eigenaar van een openbare weg niet terug en daarin wordt, nadat een publiekrechtelijke bevoegdheid is afgeleid uit de zorg voor de instandhouding enz. van de publieke wegen enz., geoordeeld, als gezegd, dat *mede* van een appellabele beschikking sprake is. Ook in die uitspraak wordt derhalve niet gemotiveerd waarom burgemeester en wethouders, hoewel zij bewust een privaatrechtelijke bevoegdheid hadden gebruikt, nochtans geacht moesten worden tevens een publiekrechtelijke rechtshandeling te hebben verricht.

Ondanks dit alles lijkt de uitkomst waartoe de AR in deze zaken voor wat de ontvankelijkheid betreft is gekomen, juist. Daartoe moge ik de volgende motivering beproeven.

Ik zou onder verwijzing naar II.2. voorop willen stellen dat de zorg voor de openbare wegen ook m.i. de bevoegdheid impliceert om beslissingen te nemen omtrent het al of niet toelaten van verkeer van aanliggende erven. Die bevoegdheid komt de overheid eveneens toe, wanneer zij ook eigenares van de betrokken weg is, en wel dan mede op grond van haar eigendomsrecht.

M.i. kan er van worden uitgegaan dat in voorkomend geval de uitkomst van de belangenafweging waartoe de overheid als eigenares van een openbare weg (zaak met publieke bestemming) gehouden is (109), in wezen niet verschilt van die op grond van de belangenafweging uit hoofde van haar zorg voor de instandhouding enz. van de openbare weg: in wezen zullen daarbij dezelfde maatstaven gelden, gericht op de bestemming van openbare weg. Wanneer het nu aldus één aangelegenheid betreft, waarin de overheid zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk tot een zelfde beslissing komt, is zij m.i. gehouden om deze beide wegen gelijktijdig te bewandelen. Ware het anders, dan zou de belanghebbende die met succes bij de burgerlijke rechter zou zijn opgekomen tegen een op het privaatrecht steunende beslissing van de overheid, vervolgens moeten ervaren dat de overheid ook nog een publiekrechtelijk wapen achter de hand zou hebben, dat hij dan vervolgens bij de admini-

(109) H.R. 19-1-1962 *N.J.* nr. 151 (Huizen/Staat).

stratieve rechter zou dienen te bestrijden. Dit lijkt mij moeilijk te aanvaarden (110). M.i. mag worden geëist dat de overheid beide beslissingen met betrekking tot een en dezelfde aangelegenheid gelijktijdig neemt. Deze eis is in zekere zin het spiegelbeeld van de uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel in zoverre dit kan meebrengen dat de administratie bij het beoordelen van een aanvraag geen der bepalingen krachtens welke inwilliging van die aanvraag mogelijk ware, buiten beschouwing mag laten (111). Zegt nu de overheid: 'ik beslis thans alleen als eigenaar; publiekrechtelijk laat ik me niet uit', dan zou m.i. in zoverre van een weigering om te beschikken in de zin van art. 3 van de Wet Arob kunnen worden gesproken, die appellabel is. Aldus zou de volgende conclusie kunnen worden getrokken: wanneer de overheid uitsluitend langs privaatrechtelijke weg een beslissing neemt met een zelfde resultaat als wanneer zij tevens gebruik zou hebben gemaakt van haar corresponderende publiekrechtelijke bevoegdheden, zulks omdat daarbij in wezen dezelfde maatstaven worden gehanteerd (112), kan de administratieve rechter het er voor houden dat mede een weigering om zodanig publiekrechtelijke beschikking te nemen voorligt.

Wordt nu een dergelijk publiekrechtelijk besluit vernietigd, dan behoeft dat m.i. op zichzelf nog niet te betekenen dat de overheid nu ook als eigenares gehouden is in dezelfde zin te beslissen (113). Dit zal m.i. kunnen afhangen van de door de administratieve rechter gebezigde vernietigingsgronden. Vindt die vernietiging plaats op grond van een kennelijk onredelijke belangenafweging, dan zal de burgerlijke rechter waarschijnlijk al snel op soortgelijke gronden oordelen dat de overheid ook als eigenaar ten gunste van de belanghebbende zal moeten beslissen. In dit soort situaties is een zekere mate van onderlinge afstemming tussen beide rechters zeker niet ongewenst. Het zou in bepaalde gevallen praktisch kunnen zijn wanneer bijv. de burgerlijke rechter de zaak zou aanhouden totdat door de AR zou zijn beslist of vice versa.

(110) Aldus maakt de overheid de burger procesmoe, een goede benadering van Rechtbank 's-Gravenhage 5-2-1952 *N.J.* nr. 742.

(111) Rapport van de Commissie-ABAR blz. 177.

(112) Zie ook de zaken-Valkenburg en -Simpelveld, vindplaatsen in noot 93.

(113) Drs. C.J.N. Versteden werkt dit punt uit in zijn artikel in de *Gemeentestem* nr. 6628, met name voor de uitleg van art. 14, lid 3, van de Wegenwet.

IV.3. Enkele overeenkomsten die verband houden met het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden

Voor elk van de navolgende 3 situaties (a tot en met c) zou ik willen ingaan op de vraag of van een administratieve beschikking *en* een privaatrechtelijke overeenkomst dan wel slechts van één van beide sprake is.

- a. een (grote (114)) gemeente wil een stuk grond verwerven van burger X, die tot verkoop tegen een bepaalde prijs genegen is mits de gemeente zich verder verbindt tot wijziging van het geldende bestemmingsplan voor wat betreft het aan X overblijvende gedeelte van zijn grond (postzegel-herzieningsplan (115)) hetgeen aldus wordt overeengekomen.

In deze situatie is het vrij duidelijk dat er in ieder geval sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst; dit reeds op deze grond dat anders de eigendom moeilijk kan worden overgedragen. Het ligt m.i. minder voor de hand om de toezegging omtrent planwijziging van de overheid aan te merken als een onderdeel van die overeenkomst dat daarin geheel opgaat: geen absorptie dus. Stel immers dat de buurman van X van deze overeenkomst hoort of de transportakte onder ogen krijgt. Heeft hij tegen de betrokken planwijziging bezwaren en is een regeling in der minne niet mogelijk, dan is het voor hem wel een zaak dat hij zo spoedig mogelijk rechterlijke stappen onderneemt, omdat de overeenkomst het voor de gemeente natuurlijk bemoeilijkt om het plan niet te wijzigen of anders te wijzigen dan aan X is toegezegd. Op grond van soortgelijke overwegingen acht in ieder geval de Voorzitter van de AR een 'voorlopige bouwvergunning' (vooruit-akkoord) een appellabele beschikking (115); eveneens is een voor bezwaar c.q. beroep vatbare beschikking de weigering op voorhand van een woonvergunning, zoals in het geval Valkenburg (117), zodat het geenszins is uitgesloten dat de buurman tegen de toezegging aan X voor wat betreft de postzegelplan-wijziging kan opkomen. Het zal ook uit

(114) Gemeenten van meer dan 100 000 inwoners behoeven voor grondtransacties geen goedkeuring ex art. 228 Gemeentewet. Die complicerende factor wilde ik eenvoudig buiten de deur houden.

(115) AR 2-10-1978 tB/S V, 369.

(116) Vz. AR 17-11-1977 B.R. 1980, 272.

(117) AR 8-7-1977 B.R. 857; tB/S V, 82h.

een oogpunt van bevoegdheidsverdeling weinig in de rede liggen wanneer hij tegen die wijziging bij de burgerlijke rechter zou moeten opkomen. Op grond van een en ander kan derhalve worden verdedigd dat de in geval a) gesloten overeenkomst uiteen valt in een publiekrechtelijke rechtshandeling (de toezegging omtrent de planwijziging) en voor het overige moet worden aangemerkt als een privaatrechtelijke overeenkomst (118).

b. de overheid verklaart zich bereid om op bepaalde wijze van een haar toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid (vergunning, vrijstelling, planwijziging) gebruik te maken, mits de belanghebbende met de overheid een bepaalde, wederkerige privaatrechtelijke overeenkomst aangaat.

Voorbeelden uit de jurisprudentie van deze casuspositie zijn de zaak Eindhoven/Staals (H.R. 19-1-1968, *N.J.* no. 166 m.n. G.J.S.), waarin Staals vrijstelling van de bepalingen van de gemeentelijke politieverordening kon krijgen indien hij bereid was met de gemeente een bepaalde huurovereenkomst aan te gaan alsmede het hierboven in III.3. besproken geval-Helmond.

In deze gevallen wordt de overeenkomst weliswaar aangegaan opdat vrijstelling zal worden verleend, dit neemt niet weg dat de betreffende overeenkomst privaatrechtelijk is: huur in de zaak Eindhoven/Staals; grondtransactie in de zaak-Helmond. De vraag of de overheid het aangaan van zo'n overeenkomst als voorwaarde aan de vrijstelling mag verbinden, moet na bezwaar worden voorgelegd aan de AR. Daarentegen zullen geschillen betreffende de uitvoering van de privaatrechtelijke overeenkomst door de burgerlijke rechter dienen te worden berecht. Kan nu in een dergelijk geschil voor de burgerlijke rechter de belanghebbende de nietigheid van de privaatrechtelijke overeenkomst inroepen op grond van de stelling dat het aangaan van de overeenkomst niet als voorwaarde had

(118) Het kan zijn dat de hier voorgestane aanpak niet die van de AR is: vgl. Vz. AR 21-3-1978 tB/S V, 246 en AR 13-5-1980, weekoverzicht 3.608, beide betreffende dezelfde zaak-Goes (overeenkomst tussen de gemeente en NS). Ook P.A.M. Meijknecht, *Planverbintenissen* (1979) blz. 193 e.v. is van mening dat de burgerlijke rechter dit soort overeenkomsten integraal moet beoordelen. Hij nuanceert vervolgens in zoverre dat hij naar komend recht de mogelijkheid van het vragen van een prejudiciële uitspraak aan de AR wil creëren. Ik ben echter bang dat een dergelijk instituut de unificatie van de rechterlijke macht, die hij en ik voorstaan, feitelijk niet zal bevorderen. Bovendien wil hij de AR wél laten oordelen over de weigering om dit soort overeenkomsten aan te gaan. Zie ook nog d'Ancona in *B.R.* 1979, 757 e.v.

mogen worden gesteld voor het verlenen van de vrijstelling? Langs deze omweg van een beroep op de nietigheid van de overeenkomst voor de burgerlijke rechter, wordt hem tevens de vraag voorgelegd die nu juist aan de AR zou dienen te worden voorgelegd. Aangezien dubbelsporigheid in dezen zo veel mogelijk dient te worden voorkomen (vgl. II.1) ware de gestelde vraag bij de thans bestaande competentieverdeling m.i. ontkenkend te beantwoorden (119). Dit brengt mee dat de belanghebbende gehouden is om, indien het verlenen van een door hem gevraagde vrijstelling enz. afhankelijk wordt gesteld van het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst, een dergelijk besluit binnen 30 dagen op grond van de Wet arob aan te vechten. Laat hij dit na, dan kan hij grote risico's lopen. Wel bestaat er dan voor hem nog de mogelijkheid om aan de administratie te verzoeken de eerdergestelde voorwaarde in te trekken. Wanneer er sprake is van nieuwe omstandigheden, zal de overheid een dergelijk verzoek volgens de AR in heroverweging moeten nemen (120). Wijst zij het dan af, dan lijkt bezwaar en/of beroep ingevolge de Wet arob mij niet onmogelijk (121).

c. de overheid verklaart zich bereid op bepaalde wijze van een haar toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid (vergunning, vrijstelling of planwijziging) gebruik te maken, mits de belanghebbende haar een bepaald geldsbedrag zal betalen en zich daartoe — of tot enige andere prestatie — schriftelijk verbindt.

In dit geval lijkt er, op dezelfde gronden als onder a. naar voren gebracht, aanleiding te bestaan om de toezegging omtrent de te verlenen vergunning of vrijstelling c.q. de te realiseren planwijziging als een publiekrechtelijke rechtshandeling aan te merken. Dan blijft over de vraag of de verplichting tot betaling of anderszins, die de belanghebbende op zich heeft genomen, moet worden geclassificeerd als een eenzijdige privaatrechtelijke overeenkomst — staande naast de publiekrechtelijke rechtshandeling — dan wel als een publiekrechtelijke voorwaarde, in de zin van verplichting, welke aan de publiekrechtelijke rechtshandeling is verbonden en daarvan deel uitmaakt.

(119) In dezelfde richting ook Koeman, preadvies N.J.V. 1980, blz. 62 e.v.

(120) Vgl. noot 85.

(121) Dit intrekken ten gunste van de belanghebbende lijkt zeker mogelijk, al kan het onder omstandigheden natuurlijk strijd met de beroepsgronden b, c of d jegens derden opleveren. Vgl. noot 69.

Er is ten aanzien van die verplichting tussen overheid en belanghebbende stellig wilsovereenstemming ontstaan, maar die is er dikwijls — ook al is zij *rechtens* niet noodzakelijk — wanneer bijv. een vergunning wordt verleend onder voorwaarden. Over dergelijke voorwaarden wordt nl. dikwijls uitvoerig onderhandeld. Reeds uit dien hoofde is er niet zoveel aanleiding om enkel op grond van die wilsovereenstemming te concluderen tot het bestaan van een (eenzijdige) privaatrechtelijke overeenkomst.

Een 2e punt is dat het afsluiten van een dergelijke overeenkomst in het algemeen ook niet nodig lijkt. De overheid verlangde en verlangt echter menigmaal dat de belanghebbende zich schriftelijk verbindt dat hij de aan een beschikking verbonden voorwaarden (lees in dit verband: verplichtingen) zal naleven. Er is wel verdedigd (122) dat de overheid een dergelijke 'overeenkomst' nodig zou hebben omdat zij anders geen middelen zou bezitten om de belanghebbende tot nakoming van die verplichting te dwingen, doch dat lijkt mij niet juist: een dergelijke verplichting — rechtsgevolg — wordt m.i. reeds teweeg gebracht door het onaantastbaar worden van de desbetreffende beschikking. Aangenomen dat de bevoegdheid om voorwaarden aan de beschikking te verbinden op de wet steunt of daaruit valt af te leiden, kan worden geconcludeerd dat wanneer de voorwaardelijke beschikking onaantastbaar is geworden (en de vergunningplichtige handeling wordt verricht), de opgelegde voorwaarden (verplichting) rechtens vast ligt: een verbintenis 'uit de wet' door rechtmatig toedoen van, en jegens de overheid — vgl. art. 1389 B.W. —; een rechtsplicht voorts waarvan de naleving in voorkomende gevallen mede voor de burgerlijke rechter kan worden afgedwongen door die burgers ter bescherming van wier belangen de voorwaarde is gesteld. Die burgers kunnen in dat verband een beroep doen op art. 1401 B.W. en kunnen zich daarbij op het standpunt stellen dat aan zo'n voorwaarde 'een soortgelijke betekenis (moet) worden toegekend als aan door de

(122) Zie de schrijvers vermeld bij Donner, a.w. (blz. 261) die daar zelf anders over denkt evenals Korf, aldaar aangehaald. De noodzaak van een overeenkomst is ook aangenomen door Wiarda, Overeenkomsten met de overheid, 1939, blz. 183 en de daar aangehaalde schrijvers. Van die noodzaak lijken ook art. 12, lid 9, van de Wet autovervoer personen (1939) en het K.B. van 27-4-1938 Stb. 684 (nieuwe algemene regelen voor het verlenen van bijdragen ex art. 12 van de Boschwet 1922) te getuigen.

centrale of lokale wetgever vastgestelde gedragsnormen' (H.R. 9-1-1981 *R.v.d.W.* nr. 12).

Daarnaast staan bij niet naleving van één of meer voorwaarden ook aan de overheid diverse publiekrechtelijke bevoegdheden ten dienste zoals intrekking van de vergunning enz. — tenzij het een onbelangrijke voorwaarde betreft — alsook politiedwang, zoals Donner schrijft (123).

Naar mijn mening is geenszins op voorhand uit te sluiten dat de overheid ook naleving van een — onaantastbaar geworden — voorwaarde d.w.z. nakoming van de betreffende verbintenis uit de wet kan afdwingen middels tussenkomst van de burgerlijke rechter (124). Deze heeft daarbij niet meer te treden in een onderzoek naar de vraag of die voorwaarde terecht aan de beschikking was verbonden. Een dergelijke vordering voor de burgerlijke rechter heeft m.i. geen andere betekenis dan dat de overheid met diens vonnis een voor executie vatbare titel verkrijgt. Vgl. IV.4. en IV.5. Op grond van een en ander meen ik dat het voor de overheid niet noodzakelijk is om van een belanghebbende te verlangen dat hij zich bij eenzijdige schriftelijke verklaring of overeenkomst tot naleving van de hem bij beschikking opgelegde voorwaarde(n) verbindt, kort gezegd omdat een dergelijke 'versterking' — anders dan bij de versterking van een natuurlijke verbintenis — aan de bestaande rechtssituatie niets toevoegt. Om die reden zou ik menen dat een dergelijke eenzijdige schriftelijke verklaring of overeenkomst samenvalt met de opgelegde voorwaarde en derhalve door de reeds aanwezige publiekrechtelijke rechtshandeling wordt geabsorbeerd. Een dergelijke aanpak zou m.i. ook mogelijk zijn geweest in de inmiddels bekend geworden zaak-Leidschendam (125). Ook in dit geval voel ik mij genooddaakt enigszins uitvoerig op de feiten van deze casus in te gaan, zij het gedeeltelijk gissenderwijs, dus met enig voorbehoud, omdat ook uit deze uitspraak van de AR niet, althans niet voldoende nauwkeurig te achterhalen is wat nu precies

(123) Blz. 261.

(124) M.i. kan de overheid hier stellen dat zij nakoming vordert van een verbintenis uit de wet, door haar rechtmatig toedoen ontstaan. Vgl. art. 1389 B.W. Ook al heeft deze bepaling een beperkte betekenis — H.R. 19-12-1946 *N.J.* 1947 nr. 139 m.n. E.M.M. — verdedigbaar is dat degene die deze bepaling inroept, daarmee een burgerlijk recht geldend maakt, hetgeen voor de toepasselijkheid van art. 2 R.O. voldoende is.

(125) AR 3-1-1979 *B.R.* 433; *A.B.* 1980 nr. 614 en tB/S V, 420.

de casus was. Dit is een gevolg van de omstandigheid dat de AR in de (*rechts*)overwegingen van haar uitspraken niet de feiten pleegt vast te stellen waarop zij het recht toepast — waartoe de feitelijke rechters in burgerlijke en belastingzaken verplicht zijn op gevaar van cassatie wegens een motiveringsgebrek (126) en zoals ook het CBB pleegt te doen. Uit de in de uitspraak opgenomen weergave van het standpunt van de appellante meen ik ongeveer de volgende casus te kunnen reconstrueren.

Appellante wenste te bouwen op een terrein dat bestond uit 4 kadastrale percelen, doch de gewenste bouw werd door het geldende bestemmingsplan niet toegelaten. Op 30 september 1974 'besloten' burgemeester en wethouders van Leidschendam — aldus de uitspraak — 'een overeenkomst aan te gaan met appellante, welke overeenkomst de gemeente Leidschendam verplicht mede te werken aan een zodanige bestemmingswijziging van de in eigendom aan appellante toebehorende percelen . . . dat ter plaatse door appellante zou kunnen worden gebouwd, zulks tegen betaling door appellante van f 80 000.' Op 8 oktober 1974 werd een akte opgemaakt, waaruit bedoelde verplichtingen van partijen blijken, maar blijkbaar werd de overeenkomst als zodanig vooralsnog niet ondertekend. Die gemeente realiseerde vervolgens inderdaad een planwijziging, die kennelijk door G.S. werd goedgekeurd. Vervolgens kwam het, op enig tijdstip vóór 29 december 1976 aan op het verlenen van de bouwvergunning. Burgemeester en wethouders waren slechts bereid om de bouwvergunning af te geven wanneer aanvrager alsnog de overeenkomst zou tekenen. Zij heeft dit toen, gelet op de reeds door haar gemaakte kosten, gedaan, zij het onder protest, en zij heeft ook f 8 000 (10% van het overeengekomen bedrag) betaald. Bij brief van 29 december 1976 verzocht haar raadsman om terugbetaling van dit bedrag, stellende dat de gesloten overeenkomst nietig was wegens gemis van een geoorloofde oorzaak. Vervolgens werd het besluit van burgemeester en wethouders van 30 september 1974 door de gemeenteraad bij besluit van 10 januari 1977 'bekrachtigd'. Dit besluit van de gemeenteraad werd eerst op 21 juli 1977 schriftelijk aan belanghebbende medegedeeld, die *daartegen* op 28 juli 1977 beroep instelde bij de AR (127).

In beroep werkte appellante haar stelling dat de betrokken overeenkomst nietig was uit door onder meer te stellen — aldus de uitspraak —: 'dat de gemeente aan de afgifte van een bouwvergunning immers geen

(126) H.R. 31-8-1976 *N.J.* 1977 nr. 173, Veegens, Cassatie nr. 118 en H.R. 19-10-1966 *B.N.B.* 1967/4.

(127) Niet duidelijk is waarom geen bezwaar is gemaakt of behoefde te worden gemaakt.

financiële voorwaarden mag verbinden;
dat het de gemeente ook niet geoorloofd is zich te verbinden haar publiekrechtelijke taak tot het vaststellen en wijzigen van bestemmingsplannen tegen betaling uit te oefenen, gelijk in casu is geschied;
dat de gestelde voorwaarde tot betaling niet berust op enig wettelijk voorschrift;
en ook
'dat die overeenkomst tevens is gericht op rechtsgevolgen welke in het publiekrecht zijn geregeld en als zodanig is aan te merken als een beschikking in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.'

Hieromtrent overwoog de Afdeling het volgende:

'De Afdeling stelt voorop dat het in dit geval niet gaat om een overeenkomst welke publiekrechtelijk is geregeld. De omstandigheid dat de gemeente zich bij een overeenkomst verplicht tot een prestatie welke bestaat in het op een bepaalde wijze gebruik maken van een aan een orgaan van de gemeente toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid, ontnemt aan die overeenkomst niet het karakter van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

Naar het oordeel van de Afdeling zijn er in het onderhavige geval geen aanknopingspunten om te oordelen dat het bestreden besluit niettemin een beschikking inhoudt in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.

Het door appellante aangevochten besluit behelst naar de mening van de Afdeling evenmin een weigering om een beschikking in de zin van genoemde wet te geven.'

In plaats van deze overwegingen van de AR zou m.i. ook, op grond van het hiervóór in deze paragraaf en in paragraaf III.3. gestelde, de volgende redenering mogelijk zijn geweest.

Belanghebbende verzocht middels haar raadsman aan de gemeente terugbetaling van de betaalde f 8 000. Deze betaling is niet verricht ter uitvoering van een aan de bouwvergunning verbonden voorwaarde, doch wél ter uitvoering van een achteraf door de gemeenteraad alsnog aan het eerder besluit tot planwijziging verbonden voorwaarde. Een planwijziging met betrekking tot een geïndividualiseerd terrein kán een beschikking zijn in de zin van de Wet arob. Aangenomen dat het aangevochten besluit van de gemeenteraad een reactie is op het daaraan voorafgaande verzoek om terugbetaling dd. 29 december 1976, had dit besluit derhalve kunnen worden geïnterpreteerd als een besluit waarbij 1) alsnog aan de eveneens door de gemeenteraad vastgestelde en blijkbaar ook door G.S. goedgekeurde planwijziging de voorwaarde werd

verbonden dat belanghebbende f 80 000 zou betalen en waarbij 2) ken-
nelijk werd afgewezen het verzoek om de reeds betaalde f 8 000 te
restitueren (evt. op te vatten als een weigering om te beschikken ex art.
3 Wet arob, niet te verwarren met een afwijzend besluit).

Wanneer de herziening van het onderhavige bestemmingsplan nu inder-
daad zou zijn aan te merken als een 'postzegelplan', is m.i. op grond van
het voorgaande zeker verdedigbaar dat de onder 1) en 2) genoemde be-
slissingen publiekrechtelijke rechtshandelingen opleverden en derhalve
op de voet van de Wet arob aan (bezwaar en) beroep waren onderwor-
pen. Dat resultaat zou naar mijn mening ook ten zeerste hebben bijge-
dragen tot een doelmatige verdeling van jurisdictie, want het behoeft
nauwelijks betoog dat de vraag of een gemeentebestuur in gevallen als
het onderhavige geldsbedragen mag eisen, een vraag is welke dient te
worden voorgelegd aan de rechter bij wie de zaken van ruimtelijke orde-
ning en bouwvergunningen zijn geconcentreerd.

Naar mijn mening zou ook een dergelijke benadering mogelijk zijn ge-
weest in het geval dat heeft geleid tot de uitspraak van de AR van 15
december 1977 (A.B. 1978 nr. 316). In die zaak kwam de belanghebbende op tegen de weigering van burgemeester en wethouders van Breda om een bepaalde schriftelijke verklaring, afgelegd door de zoon van appellante, van nul en gener waarde te verklaren, zoals hun was gevraagd. De zoon van appellante had deze verklaring moeten ondertekenen om in aanmerking te komen voor een bouwvergunning voor een houten woning op een bepaald perceel. Die verklaring hield onder meer in dat hij of zijn rechtsverkrijgenden de gemeente Breda onherroepelijk machtigden om de eigenaar c.q. de bewoner van de noodwoning, welke ingevolge die bouwvergunning was gebouwd, aan te zeggen de opstal binnen 3 maanden na die aanzegging te (doen) slopen of om het pand van gemeentewege zelf te doen slopen, zonder betaling door de gemeente Breda van een vergoeding voor de opstal, onder welke benaming ook, op het tijdstip, dat de gemeente Breda schriftelijk te kennen zou hebben gegeven de ondergrond van de noodwoning te willen verwerven in het kader van een bepaald bestemmingsplan. Naar mijn mening had ook die weigering kunnen worden aangemerkt als een weigering om een eerder aan een bouwvergunning (of vrijstelling?) verbonden voorwaarde in te trekken en bijgevolg als een publiekrechtelijke rechtshandeling (128).

(128) Wel zou natuurlijk aan de orde kunnen zijn gekomen de vraag of in feite niet werd opgekomen tegen een reeds lang geleden opgelegde voorwaarde, die reeds onaantastbaar was. Vgl. noot 120. Dat ligt in deze zaak-Breda wellicht wat gecompliceerder in verband met een gemeentegrenswijziging die inmiddels was gerealiseerd: de voorwaarde was destijds gesteld door burgemeester en wethouders van Prinsenbeek.

IV.4. Subsidies

Nadere interpretatie zal dikwijls nodig zijn ten aanzien van subsidies. Ingevolge art. 5, aanhef en sub k, van de Wet bab waren van het beroep ingevolge die wet uitgezonderd:

‘beschikkingen tot het toekennen of weigeren van geldelijke uitkeringen onder de naam tegemoetkoming, subsidie, garantie, crediet of hoe dan ook, tenzij zowel de verschuldigheid als de hoogte van het verschuldigde bedrag bij of krachtens een algemeen verbindend voorschrift zijn bepaald’.

Het slot van die bepaling stelde buiten twijfel dat het ook bij privaatrechtelijk getinte figuren als garanties en kredieten toch om administratieve en appellabele beschikkingen ging, die op een *lex specialis* berustten. Door de aanvaarding van het amendement-Scholten (129) zijn besluiten inzake overheidssubsidiëring, -garanties, -kredieten enz. ook bij de AR appellabel wanneer zij qua verschuldigheid en hoogte niet op enig algemeen verbindend voorschrift steunen.

Een niet op de wet steunend overheidskrediet kan moeilijk anders worden verleend dat in privaatrechtelijke vorm; evenzo ten aanzien van een overheidsgarantie. Nochtans zijn besluiten daaromtrent thans appellabel bij de AR. Dit kan slechts tot de conclusie leiden dat in dergelijke gevallen — en ook in andere gevallen van subsidiëring — de privaatrechtelijke *vorm* als het ware wordt geabsorbeerd door de *aard* van het subsidiebesluit. Iets dergelijks vloeit ook voort uit de regeling van het administratief beroep op grond van de Lagere Onderwijswet tegen besluiten inzake het verlenen van subsidie in natura (130), zoals valt te lezen in het belangwekkende preadvies van Steenbeek voor de VAR uit 1961 over de overheidssubsidie (met als ondertitel *De Rechtsvorm*, geschrift XLIV, blz. 97/98).

(129) Zie hierover de parlementaire geschiedenis bij Van Kreveld-Scheltema blz. 170 e.v.

(130) Zie de artt. 77, lid 2, en 83 leden 2bis en 3. Het schoolbestuur en het gemeentebestuur kunnen overeenkomen — aldus letterlijk art. 83, lid 2bis, eerste volzin — dat de instandhouding, met uitzondering van de geringe en dagelijkse reparaties, bedoeld in art. 1619 van het Burgerlijk Wetboek, van de aan de rechtspersoon toebehorende schoolgebouwen door de gemeente geschiedt. Geschillen hierover dienen te worden onderworpen aan G.S. (lid 3). De beslissing van G.S. is ex art. 17 onderworpen aan Kroonberoep.

In dat preadvies vindt men ook een zeer bruikbare definitie van subsidie: daarvan is volgens Steenbeek sprake bij financiële of financieel waardeerbare steun die de ontvanger in staat moet stellen om bepaalde activiteiten te verrichten, die de overheid interesseren omdat zij deze in het algemeen belang acht (131). Die interesse van de overheid, welke overigens ook op een stopzetten van activiteiten of op een gevolg van de te subsidiëren activiteiten (arbeidsplaatsen) kan zijn gericht, is iets anders dan de voor een schenking essentiële vrijgevigheid (*animus donandi*). Voorts onderscheiden de hier bedoelde overheidskredieten en -garanties zich van normale kredieten en garanties in dit opzicht dat zij renteloos of tegen een ongebruikelijk lage rente of vergoeding worden verleend (financieel *waardeerbare* steun).

Hoewel aan een subsidie voorwaarden kunnen worden verbonden, die voor de belanghebbende verplichtingen meebrengen, waardoor een zeker element van wederkerigheid ontstaat, is die wederkerigheid toch een andere dan bij de wederkerige privaatrechtelijke overeenkomst. Dáárbij zal er veelal in economisch opzicht min of meer een equivalent bestaan tussen de prestaties over en weer (132). Dit is echter ten aanzien van de subsidievoorwaarden niet het geval: deze zijn niet min of meer het economisch equivalent van het aan de gesubsidieerde uitgekeerde bedrag. Het oogmerk waarmee de overheid subsidievoorwaarden stelt, ligt hierin dat zij met behulp daarvan kan controleren of de door haar verstrekte gelden ook daadwerkelijk worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gegeven en/of om te bereiken dat de desbetreffende activiteit op een door de overheid optimaal geachte wijze wordt ontplooid.

De afgrenzing van het subsidiebegrip is verre van eenvoudig en het is heel wel mogelijk dat er andere of betere afgrenzingscriteria te vinden zijn. Op grond van het wél aanwezig zijn van bedoelde equivalentie meen ik echter dat niet als subsidie kunnen worden aangemerkt:

— de contributie aan een vereniging, die naar het oordeel van de

(131) Vgl. ook de N.J.V.-preadviezen van Van der Burg en Van Kreveld van 1977, blz. 10 e.v. resp. blz. 67 e.v.

(132) Zo bespreekt Steenbeek de zojuist genoemde subsidies in natura op grond van de Lager Onderwijswet in het kader van zijn (5e) categorie: het verstrekken van goederen of diensten om niet of tegen ongewoon weinig bezwarende voorwaarden.

- overheid werkzaam is in het algemeen belang, waartegenover (een vertegenwoordiger van) de overheid lid is van die vereniging;
- het tegen betaling nemen van een groot aantal abonnementen op een nieuw tijdschrift, opdat dit tijdschrift van de grond kan komen (133);
 - de uitgifte in erfpacht tegen een canon van 2½% over de aankoopprijs of de actuele waarde van de grond (geïndexeerd) door de Stichting Beheer Landbouwgronden, zulks op basis van haar Kaderbesluit Grondbank, waarvan art. 2 bepaalt dat de uitgifte geschiedt ‘ter verlichting van de financieringsproblematiek van agrarische bedrijven’, en met inachtneming van erfpachtsvoorwaarden die in de Nederlandse Staatscourant worden gepubliceerd, onder meer inhoudende dat de duur van de uitgifte minimaal 26 en maximaal 40 jaar belooft, met dien verstande dat de erfpacht eindigt wanneer de erfpachter de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt (134).

Een besluit van de overheid tot het verlenen, weigeren of intrekken van een geldelijke uitkering welke moet worden opgevat als een subsidie, dus een steunmaatregel in bovenbedoelde zin, is bij de AR appellabel. De AR oordeelde ook in die zin ten aanzien van de (goedkeuring van de) weigering van een bedrijfskrediet op grond van de pseudo-wettelijke Kredietbeschikking Midden- en Kleinbedrijf 1965 (135) en een (krediet)garantie op grond van de dito Beschikking garantie olie-aankoop gastuinbouw (136).

(133) Crasborn, in tB/S V, blz. 695 (noot onder AR 8-5-1980 inzake BKR) stelt zonder expliciet een keuze te maken aan de orde het geval dat het Rijk een grote partij ballpoints koopt van een fabriek die anders zou moeten sluiten; het Rijk heeft het schrijfgerei wel nodig, maar ten bate van de werkgelegenheid heeft het een hogere prijs betaald dan bij een fabriek in Thailand had gehoeven. Is de beslissing tot aankoop — zo vraagt hij — een subsidie? De omstandigheid dat men elders goedkoper kan inkopen, doch niettemin in eigen land koopt om werkgelegenheid te redden, is in mijn ogen nog geen (verkapte) subsidie. Dit zou m.i. pas het geval worden wanneer het Rijk de ballpoints zou kopen voor een prijs die naar de Nederlandse marktverhoudingen duidelijk te hoog zou zijn. Zie ook Van der Burg t.a.p.

(134) Zie de brochure Wat doet de Stichting Beheer Landbouwgronden? alsmede AR 29-8-1978 *A.B.* 1979 nr. 116; tB/S V, 343 en nadien herhaald: de weigering tot uitgifte van grond ingevolge art. 11 Kaderbesluit Grondbank is een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

(135) AR 29-6-1977 *Gemeentestem* nr. 6475; tB/S V, 73.

(136) AR 30-11-1977 *A.B.* 1978 nr. 54.

In beide zaken gebruikte de AR als 2e argument (Eén en ander klemte te meer . . .) de hierboven gereleveerde wetsgeschiedenis inzake het schrappen van de met art. 5, aanhef en sub k, van de Wet bab overeenstemmende bepaling van de Wet arob. M.i. is dit zelfs het 'eerst aanwezig' argument. Van der Burgs kritiek (137) dat men art. 2 van de Wet arob op zich zelf moet interpreteren, eventueel in samenhang met de overige *wel* in die wet opgenomen bepalingen, maar niet in samenhang met art. 5, onder k, Wet bab, kan ik niet delen: waarom kunnen uit het stilzwijgen van de wetgever op een punt waar hij voordien sprak — en aanvankelijk, voor wat arob betreft, ook opnieuw wilde spreken — geen interpretatieve conclusies worden getrokken?

Het ten aanzien van de garantie olie-aankoop door de AR in de 1e lijn gehanteerde argument

'Het bestreden besluit is gebaseerd op de overweging dat appellanten niet zijn ondernemers van een glastuinbouwbedrijf en moet derhalve worden gezien als de uitoefening van een in de genoemde beschikkingen (bedoelde pseudo-wetgeving, P) vervatte publiekrechtelijke bevoegdheid'.

lijkt mij daarentegen zonder meer niet erg sterk. Ook de Stichting Beheer Landbouwgronden wijst aanvragen om uitgifte in erfpacht af of toe op basis van de eisen die zijn opgenomen in het Kaderbesluit Grondbank, zoals onder meer de eis dat de uitgifte leidt tot een verantwoorde financieringsstructuur van het betrokken agrarische bedrijf, hetgeen ten genoegen van het bestuur van de stichting dient te worden aangetoond (art. 10, lid 1 aanhef en sub b). Toch neemt de AR (138) dienaangaande — m.i. terecht — geen publiekrechtelijke bevoegdheid aan. Vgl. II.2.

Ontstaat nu door het verlenen van overheidskredieten en -garanties één publiekrechtelijke rechtsbetrekking die de privaatrechtelijke vorm absorbeert, of ontstaan er twee rechtsbetrekkingen naast elkaar (cumulatie)? De AR lijkt in de zaak betreffende de kredietbeschikking van het laatste uit te gaan ('de omstandigheid dat het besluit van verweerder ... tevens bepalend is voor de vraag of en zo ja welke privaatrechtelijke rechtsbetrekking tot stand zal komen, doet daaraan niet af'). Naar mijn idee hangt het hiervan af of aan een *kredietovereenkomst* nog behoefte is na de verlening van het

(137) AROB-aspecten, bundel Jonge Balie Congres 1978 blz. 103.

(138) Zie noot 134.

krediet door de overheid met de daaraan verbonden voorwaarden. Door het onaantastbaar worden van de desbetreffende beschikking staat het recht op krediet rechtens vast en daarmee tevens de m.i. 'uit de wet' voortvloeiende verbintenis van de overheid om het uit te betalen (139). Wordt het krediet niet uitbetaald, dan kan de belanghebbende zich tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering tot voldoening aan een verbintenis uit de wet. Een afzonderlijke rechtstitel in de vorm van een overeenkomst is daarvoor naar mijn indruk ook hier niet noodzakelijk (vgl. IV.3. sub c). Bovendien kan de AR, wanneer zij naar aanleiding van een weigering van een krediet tot de slotsom komt dat dit voor een bepaald bedrag ten onrechte is geweigerd, dit laatste in haar uitspraak opnemen. Daarmee wordt haar uitspraak op grond van art. 73, lid 2, jo art. 58c van de Wet op de Raad van State een voor tenuitvoerlegging vatbare titel.

Is de overheid harerzijds van oordeel dat de belanghebbende de voorwaarden van de kredietverlening niet naleeft, dan kan zij, aangenomen dat het betrekkelijk essentiële voorwaarden zijn, de faciliteiten intrekken. Is ook die beschikking rechtens onaantastbaar geworden, dan rust daarmee op de belanghebbende de verbintenis — eveneens 'uit de wet' — om het krediet terug te betalen. Doet hij dat niet, dan zal de overheid zich tot de burgerlijke rechter kunnen en moeten wenden om daartoe een executoriale titel te verkrijgen, doch ook in de aldus aan te spannen procedure zal de vraag of de belanghebbende het krediet moet terugbetalen, niet meer aan de orde kunnen komen (vgl. II.1. en IV.3. sub c).

Ook tijdens de looptijd van een krediet of subsidie kan er onenigheid ontstaan tussen partijen, in het bijzonder over de uitleg van de daaraan verbonden voorwaarden. Naar mijn indruk zullen serieuze meningsverschillen daarover vroeger of later leiden tot een beslissing van de overheid ter zake, die dan weer aan bezwaar en/of beroep ingevolge de Wet arob onderworpen is. Ik vermoed dan ook dat er voor het optreden van de burgerlijke rechter ten aanzien van subsidies niet veel aanleiding meer zal behoeven te bestaan.

Overigens hangt dit laatste af van de koers die de AR de komende jaren zal gaan volgen in gevallen waarin de belanghebbende zich bij 'overeenkomst' heeft verbonden om de voorwaarden waaronder

(139) Aldus ook Crasborn, in tB/S V, blz. 620/621 (noot onder AR 19-2-1980 inzake de molen van Grijskerk).

hem subsidie is verleend, na te komen. Naar mijn mening is het ook bij subsidieverlening voor de overheid niet nodig om te verlangen dat de belanghebbende zich daartoe contractueel verbindt: de verplichting om de voorwaarden na te komen vloeit reeds uit de subsidiebeschikking met voorwaarden voort, zodra deze onaantastbaar is geworden. Ook hier gaat het om een verbintenis uit de wet (140). Bindt de belanghebbende zich niettemin bij overeenkomst om in het kader van de subsidieverlening bepaalde voorwaarden (verplichtingen) na te komen, dan is er naar mijn mening evenzo goed sprake van subsidievoorwaarden. De omstandigheid dat de belanghebbende deze expliciet heeft aanvaard en dat dit schriftelijk is gebeurd bij een document waarboven het woord 'overeenkomst' prijkt, verandert daaraan naar mijn mening niets. Zoals reeds in het begin van deze paragraaf werd gesteld, moet uit de parlementaire geschiedenis van de Wet arob ten aanzien van subsidies, kredieten, garanties enz. worden afgeleid dat de aard van het besluit prevaleert boven de vorm waarin dit is gekleed. De uitspraak van de AR, waarbij een overeenkomst houdende nadere regeling van de subsidievoorwaarden wel werd aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht (141), lijkt mij dan ook niet juist. Zij lijkt ook moeilijk te rijmen met de hierboven besproken uitspraken van de AR inzake de Kredietbeschikking Midden- en Kleinbedrijf 1965 en de Beschikking garantie olie-aankoop glastuinbouw. Het is ook uit een oogpunt van jurisdictieverdeling uiterst ondoelmatig dat geschillen over dit soort door de administratie opgelegde overeenkomsten moeten worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter d.w.z. om deze geschillen te isoleren van die over de subsidieverlening als zodanig. Voor de gevolgde overeenkomst-constructie kon een valabele reden aanwezig zijn tijdens de gelding van de Wet bab voor zover het ging om niet op enig algemeen verbindend voorschrift steunende subsidies enz.: de toegang tot de burgerlijke rechter was hiermee zeker gesteld. Men had de burgerlijke rechter voor die besluiten nodig, want dienaangaande waren immers ook de besluiten met betrekking tot de subsidieverlening zelf niet aan bab-beroep onderworpen (142). Thans is dit anders en dient de AR zich behou-

(140) Zie hetgeen in dit verband reeds in IV.3 sub c werd betoogd alsmede de daar aangehaalde literatuur.

(141) AR 17-10-1978 *A.B.* 1979 nr. 196.

(142) Vgl. de overeenkomst, zelfs met forumclausule (Rechtbank Amsterdam), regelende de subsidievoorwaarden bij een subsidie ingevolge het Besluit be-

dens anders luidend wettelijk voorschrift m.i. als een subsidierechter in volle omvang op te stellen.

IV.5. Weigeringen om schadevergoeding toe te kennen

Indien iemand schade lijdt door een beschikking die bij de AR appellabel is, kan hij in beroep op 2 manieren proberen een schadevergoeding te verkrijgen. In de eerste plaats kan hij aanvoeren, met name wanneer de beschikking als zodanig wel gerechtvaardigd is, dat de financiële gevolgen daarvan niet voor zijn rekening dienen te komen, zodat de beschikking voor vernietiging in aanmerking komt nu hem gelijktijdig daarmee geen schadevergoeding is aangeboden (vgl. III.2.). In de tweede plaats kan hij wanneer de beschikking rechtens niet houdbaar is, naast vernietiging tevens vorderen dat de AR hem een schadevergoeding zal toekennen. In het laatste geval berust de bevoegdheid van de AR om een schadevergoeding toe te kennen (naar uit de parlementaire behandeling blijkt: alleen in geval de aangevochten beschikking wordt vernietigd) op het eveneens voor haar geldende art. 58b, lid 4, van de Wet op de Raad van State. Op grond van die bepaling kan dus schadevergoeding als nevenvordering naast vernietiging van de betrokken beschikking worden gevorderd. Bedoelde bevoegdheid is de AR echter toegekend 'onverminderd het recht van de belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen'. Dit kan met name worden gevraagd bij de burgerlijke rechter.

Dit voorbehoud heeft de wetgever niet gemaakt ten aanzien van art. 60 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, waarbij is bepaald:

'Het College kan het lichaam veroordelen tot vergoeding van of tot betaling van een tegemoetkoming in de schade, die de verzoeker door het besluit of de handeling geleden heeft'.

Deze bepaling kent in ieder geval een recht op schadevergoeding toe wegens onrechtmatige besluiten of handelingen van de schappen, terwijl het CBB bovendien enige malen impliciet te verstaan heeft gegeven dat een schadevergoeding wegens rechtmatige besluiten of handelingen op grond van deze bepaling niet uitgesloten is te ach-

→
drijfsbeëindigingshulp 1967. Deze was aan de orde in AR 16-6-1978 tB/S V, 279. Ook in deze zaak deed de AR naar mijn inzicht ten onrechte een knieval voor de gekozen overeenkomstvorm.

ten (143). Het komt mij voor dat vorderingen tot schadevergoeding ter zake van enig besluit of enige handeling van een schap, gelet op dit art. 60, niet door de burgerlijke rechter kunnen worden ontvangen (144). Overigens moeten t.a.v. dat art. 60 de begrippen 'besluit' en 'handeling' worden begrepen in de zin van art. 4, lid 2, van genoemde wet (kort gezegd: geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht), terwijl voorts ingevolge art. 2 onder besluit niet mag worden verstaan: het besluit tot het nemen of niet nemen van een verordening of een ander algemeen verbindend voorschrift (145). Schadevergoedingsvorderingen enkel gegrond op het uitvaardigen of niet-uitvaardigen van zodanige voorschriften, zullen dus eventueel wel door de burgerlijke rechter ten gronde kunnen en moeten worden beoordeeld.

Tot nu toe ging het om een schadevergoeding naar aanleiding van een beschikking (vgl. III.2.) resp. om voor het CBB appellabele besluiten of handelingen. In het hiernavolgende gaat het om schade als gevolg van feitelijk overheidsoptreden, dat als zodanig *niet* bij de AR appellabel is. Stel bijv. het geval dat een grondeigenaar wateroverlast krijgt als gevolg van de ophoging van een openbare weg. Hij vraagt nu aan de overheid om hem daarvoor in financieel opzicht schadeloos te stellen, hetgeen wordt geweigerd. De vraag is nu bij welke rechter hij eventueel moet procederen.

Aangezien het feitelijk handelen als zodanig bij de AR niet appellabel is, ligt het ook weinig voor de hand dat de belanghebbende via het indienen van een verzoek tot schadevergoeding ter zake niettemin een entree bij de AR zou kunnen creëren. De AR zal toch ook niet bevoegd zijn t.a.v. een afwijzende beslissing van de overheid op een verzoek om de betreffende ophoging niet uit te voeren of uit te stellen? Dergelijke verzoeken en de beslissing daarop veranderen niets aan het feit dat de belanghebbende opkomt tegen een feite-

(143) CBB 21-2-1968 nr. 81/08/10 ('O. dat deze vordering niet toewijsbaar is, nu verweerders besluit, waarvan de ... schade het gevolg zou zijn, niet voor vernietiging in aanmerking komt en nu ... niet kan worden gezegd, dat er nochtans gronden zijn, waarop verweerder tot vergoeding van, of tot het betalen van een tegemoetkoming in, de gestelde schade ware te veroordelen') en CBB 10-11-1972 *S.E.W.* 1973, 54/*A.B.* 1973 nr. 51. Bij uitspraak van 18 januari 1980 *S.E.W.* 820 m.n. J.H. van Kreveld, werd dit in het midden gelaten.

(144) Vgl. van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, nr. 28.

(145) CBB 22-4-1975 *A.B.* nr. 149/*S.E.W.* 449, in beide gevallen m.n. J. Peters.

lijke handeling. Vgl. III.2. Reeds om die reden zou ik menen dat de zojuist bedoelde afwijzende beslissingen niet als appellabele beschikking zijn aan te merken, onverschillig of de belanghebbende de wegverhoging nu rechtmatig of onrechtmatig acht. In deze visie komt men niet meer toe aan de vraag of bedoelde beslissingen al dan niet als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moeten worden beschouwd: de inzet van de zaak is een feitelijke handeling; dáártegen wordt opgekomen.

Naar het mij voorkomt, zal de AR eveneens een afwijzende beslissing op een verzoek tot schadevergoeding ter zake van een besluit van algemene strekking niet-ontvankelijk dienen te verklaren. Ook hier is — evenals in IV.1. werd aangenomen ten aanzien van de beslissing inzake restitutie — de weigering om schadevergoeding toe te kennen qua rechtskarakter te vereenzelvigen met de aard van het overheidsoptreden naar aanleiding waarvan schadevergoeding wordt gevraagd.

De zoëven voorgestane benadering ten aanzien van afwijzende beslissingen op verzoeken om schadevergoeding ter zake van feitelijk handelen, verdient m.i. de voorkeur boven die welke door de AR wordt toegepast. Bij uitspraak van 2 januari 1979 overwoog de Afdeling (146):

‘Het enkele feit, dat de schade beweerdelijk het gevolg is van een bepaalde wijze van uitoefening van een publiekrechtelijke taak kan in dezen niet beslissend worden geacht. Het gaat hier immers om vergoeding van schade, naar appellant stelt, veroorzaakt door feitelijk handelen van verweerder, terwijl geen wettelijk voorschrift verweerder bevoegdheid biedt tot het toebrengen van zodanige schade. Naar het oordeel van de Afdeling kan schade toebrengend handelen van verweerder zoals door appellant gesteld, niet anders worden opgevat dan als een door verweerder ten opzichte van appellant gepleegde onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 van het Burgerlijk Wetboek (147).

(146) AR 2-1-1979 *A.B.* 1980 nr. 638, ook samengevat bij tB/S V, 410.

(147) Of rechtmatige daad: de AR overweegt eerder in deze uitspraak dat de Minister van Verkeer en Waterstaat op grond van § 6 van de Waterstaatswet 1900 bevoegd is bepaalde voorzieningen te treffen ten behoeve van de aanleg, onderhoud en verbetering van waterstaatswerken alsook dat het niet uitgesloten is dat de betrokken handelingen moeten worden aangemerkt als in die paragraaf voorzien, hetgeen meebrengt dat verweerder de daaruit voortvloeiende schade moet vergoeden ingevolge art. 12b van die Wet, waaromtrent de Kantonnier bevoegd is.

Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld, dat de weigering van verweerder appellant een schadevergoeding toe te kennen, is aan te merken als een weigering te erkennen dat hij op grond van het burgerlijk recht een schuld heeft jegens appellant. Deze weigering betreft derhalve het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.'

Afgezien van de vraag of hier nu al dan niet sprake kan zijn van een rechtshandeling, kan nog worden opgemerkt dat art. 1401 B.W. ook kan worden ingeroepen ingeval er sprake is van publiekrechtelijk onrecht (148). Zoals echter uit het voorgaande volgt, ben ik het met de conclusie van de AR (niet-ontvankelijk) eens. Vorderingen tot schadevergoeding wegens feitelijk handelen van de overheid dienen — zo lang art. 47, lid 3, van de Ambtenarenwet 1929 en art. 60 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie niet van toepassing zijn — voor de burgerlijke rechter te worden geldend gemaakt.

Kan naar aanleiding van enig feitelijk optreden van de overheid schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter worden gevorderd? M. Scheltema (149) beantwoordt die vraag ontkennend met een beroep op het 7e Voorste Stroom-arrest (H.R. 19-12-1952 *N.J.* 1953, 642 m.n. Ph.A.N.H.). Naar mijn mening is dat arrest echter sinds H.R. 30-1-1959 *N.J.* 548 m.n. D.J.V. (Quint/te Poel) niet meer bepalend.

Iedere jurist weet het: alle verbintenissen ontstaan uit overeenkomst of uit de wet (art. 1269 B.W.), waarvan laatstbedoelde worden onderverdeeld naar mate zij al dan niet ten gevolge van 's mensen toedoen uit de wet voortvloeien (art. 1388). Is van een verbintenis uit de wet op grond van 's mensen toedoen sprake, dan wordt weer verder onderscheiden of deze voortvloeit uit een rechtmatige of uit een onrechtmatige daad (art. 1389). Volgens laatstgenoemd arrest nu kan een 'verbintenis uit de wet' ook ontstaan op grond van ongeschreven recht, mits zij 'in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen'. Naar mijn mening is hier een opening gegeven voor de rechtmatige (overheids)daad: het arrest brengt m.i. mee dat indien voor enig geval de wet geen recht op schadevergoeding wegens een op zich zelf rechtmatig overheidsoptreden toekent, zodanige vergoeding niettemin bij de bur-

(148) Vgl. het Ostermann-arrest H.R. 20-11-1924 *N.J.* 1925, 89. Zie verder Donner, a.w. blz. 55.

(149) Genoemde bundel AROB-aspecten blz. 15 e.v. en noot in *N.J.* nr. 216.

gerlijke rechter kan worden geldend gemaakt, nl. indien de verbintenis om zodanige schadevergoeding te betalen past in het stelsel van de wet(geving) en aansluit bij wel in de wet(geving) geregelde gevallen (150). Een ontwikkeling van de jurisprudentie ten aanzien van de, overigens moeilijke rechtsfiguur van de rechtmatige overheidsdaad (151) zou op die basis m.i. met vertrouwen aan de jurisprudentie van de (gewone) rechterlijke macht onder leiding van de H.R. kunnen worden overgelaten (152).

Schadevergoedingsrecht is m.i. bijkans op zichzelf een specialisme, waarin de burgerlijke rechter, mede optredend als onteigeningsrechter, zijn sporen heeft verdiend. Daarbij komt nog dat de betrekkelijk summiere arob-procedure zich minder goed leent voor de behandeling van schadevergoedingsvorderingen dan de civiele procedure, zoals ook Beekhuis (153) heeft opgemerkt. Men denke daarbij in het bijzonder aan de dikwijls zeer lastige en zeer feitelijke causaliteitsvragen.

Overigens kunnen in vorenstaande optiek nog wel degelijk complicaties ontstaan, in het bijzonder in gevallen van het type DOA: moet degene die de beschikking op zich zelf juist acht, maar die vindt dat de daaruit voor hem voortvloeiende schade niet voor zijn rekening dient te komen, doch ten laste van de overheid, voor de AR of voor de burgerlijke rechter procederen?

Er bestaat bij mij een lichte voorkeur om deze vraag reeds naar geldend recht in laatste zin te beantwoorden: de AR krijgt weinig zaken, waarin de schadevergoedingsproblematiek aan de orde komt,

(150) Ik verdedig dit in *W.P.N.R.* 5152 (1971). Evenzo P.J. Swart in *VAR-Geschrift LXIII*. Zie in dit verband voorts J.A.C. van der Gouwe, *Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad alsmede de preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht van 1980 van De Groot, Hamaker en De Vries Robbé*.

(151) Zie voor de overige literatuur over dit onderwerp: H. Drion c.s. (*De Planque*) *Onrechtmatige Daad VII* nr. 222 alsmede nog Chr. Kooij 'Rechtsbescherming van de onderneming tegen de overheid' in *Jurist in Bedrijf*, lustrumbundel van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, zie blz. 60-62.

(152) Meijers heeft in diverse annotaties (*N.J.* 1929, 378; 1934, 313 en 1941 nr 412) op uitbouw van de administratieve rechtspraak aangedrongen, omdat de H.R. in zijn ogen te lankmoedig was. Bloembergen is in zijn bijdrage in de bundel *Quid Juris* (Tijd en Vlijt-bundel 1977) blz. 80 e.v. aanmerkelijk positiever. Wel ziet hij nog een lichte allergie indien het overheidsbeleid (freies Ermessen) in het geding is.

(153) *Gemeentestem* nr. 6623 (1980) noot 2.

de procedure is er minder geschikt voor en de DOA-constructie is nogal gewrongen: een op zichzelf rechtmatige beschikking wordt rechtens onjuist geacht omdat daarbij niet tegelijkertijd schadevergoeding is aangeboden, terwijl de betrokken, hierna te noemen bepalingen van de Wet op de RvSt het de AR alleen maar mogelijk maken om een schadevergoeding toe te kennen in geval van vernietiging van een beschikking.

Bij de door mij voorgestane integratie van de rechterlijke macht is dit keuzevraagstuk vanzelf de wereld uit. In een eventuele tussenfase (vgl. I.2., slot) zou nog kunnen worden overwogen of art. 58b, lid 4, en/of art. 73, lid 2, van de Wet op de RvSt niet aldus zouden kunnen worden gewijzigd dat de AR bevoegd zou zijn een vergoeding toe te kennen ook in geval de aangevochten beschikking niet wordt vernietigd met dien verstande dat ook dan de belanghebbende desgewenst over de schadevergoeding nog voor de burgerlijke rechter zou kunnen procederen. Wat van dit alles ook zij, met Scheltema ben ik het gaarne eens dat de rechtsontwikkeling (in het bijzonder) hier van de rechter zal moeten komen.

Al met al zijn dit betrekkelijk speculatieve beschouwingen over een aangelegenheid die door de AR wel in verband wordt gebracht met het begrip rechtshandeling naar burgerlijk recht. Mijn benadering zou meer zijn om aansluiting te zoeken bij de vorm van overheids-optreden waartegen de claim is gericht: of het daarbij al dan niet om een Arob-beschikking gaat. Ook bij die benadering zal het beroep veelal niet-ontvankelijk zijn. Voor het geval het wel om een voor vernietiging in aanmerking komende beschikking gaat, zou ik mij kunnen voorstellen dat de AR zich, t.a.v. het toekennen van een schadevergoeding beperkt tot betrekkelijk duidelijke gevallen. Wanneer het duidelijk gaat om schades van niet meer dan enkele duizenden guldens kan er voor de AR wellicht nog iets meer aanleiding bestaan om mede over de schadevergoeding een uitspraak te doen, in welk geval partijen wel niet meer bij de burgerlijke rechter over de schadevergoeding zullen gaan procederen: daar is het bedrag niet naar. Overigens lijkt de betekenis die hier aan het begrip rechtshandeling naar burgerlijk recht toekomt, uiterst klein.

V. DE VRAAGSTELLING VAN HET PREADVIES

Aan de hand van het criterium of al dan niet van een publiekrechtelijke bevoegdheid sprake is, is in de praktijk wel tot een enigszins werkbare verdeling van jurisdictie te komen, maar het blijft in grensgevallen een zeer moeilijke aangelegenheid. Het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht is wormstekig geworden (vgl. I.1.), als het dat niet reeds van de aanvang af geweest is.

Nu wij vooralsnog echter een op dat onderscheid terugvallende rechterlijke bevoegdheidsverdeling hebben, lijkt mij voor de wetgever geen aanleiding voorhanden om dat criterium met het oog op die verdeling inhoudelijk te gaan veranderen. Met name zie ik geen aanleiding om dat onderscheid nader aldus uit te werken dat aansluiting wordt gezocht bij de taak en/of het beleid van de overheid, met alle toenemende onzekerheid van dien. De Commissie-de Monchy achtte dat criterium al, naar ik met J. Drion aanneem (vgl. II.2.), onwerkbaar en dat is het ook in feite, zie de ontwikkeling in Frankrijk en — zo moge ik er hier aan toevoegen — de betrekkelijk ongrijpbare jurisprudentie van de H.R. vóór 1915.

Mocht de wetgever van oordeel zijn dat bepaalde overheidsbesluiten thans ten onrechte buiten de werking van de Wet arob vallen, bijv. uit een oogpunt van concentratie/specialisatie, dan verklare hij deze wet, met uitzondering van art. 2, lid 2 aanhef en sub b, op die besluiten van overeenkomstige toepassing.

BIJLAGE

BIJLAGE

UITSPRAKEN CBB M.B.T. HET BEGRIIP RECHTSHANDELING NAAR BURGERLIJK RECHT

De navolgende samenvattingen van uitspraken van het CBB is met toestemming van de uitgever overgenomen uit Administratieve Rechtspraak, Editie Cremers, behoudens de laatste hieronder vermelde samenvatting, welke is overgenomen uit de *A.B.*

Het besluit van het Produktschap voor Zuivel, houdende weigering om aan het In- en Verkoopbureau voor Zuivel opdracht te geven tot het alsnog aan verzoeker verstrekken van een restitutie, is niet aan te merken als een besluit tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

CBB 26 augustus 1957, nr. 61/11/36.

Verzoeker ging in 1956/1957, tezamen met een twintigtal andere exporteurs van aardappelen, met het Produktschap voor Aardappelen overeenkomsten aan, waarbij hij geld leende van het Produktschap, omdat de exporthandel in ernstige moeilijkheden was geraakt. Verzoeker bleef met terugbetaling en rentebetaling in gebreke. Op 20 november 1959 liet het Produktschap conservatoir beslag leggen en dagvaardde verzoeker tot vanwaarde-verklaring en betaling. Op 16 november 1960 deed verzoekers raadsman een schikkingsvoorstel. Dit werd op 27 november 1960 door het Produktschap verworpen. Tegen die verwerping richt zich het beroep.

College: Wat er ook zij van de aard van het besluit om tot het verstrekken van geldleningen als de onderhavige over te gaan, en zelfs nog wat er ook zij van het besluit om tot terugvordering door middel van een civielrechtelijk geding met de daaraan verbonden tenuitvoerlegging over te gaan, is het besluit, waartegen beroep, een besluit tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, zodat het College niet bevoegd is van het beroep kennis te nemen.

CBB 14 april 1961, *S.E.W.* 1961, blz. 164, m.n. A.M.

Het Produktschap voor Granen, Zaden en Peulvruchten heeft in 1957 aan verzoekster een uitvoerpremie toegekend terzake van de uitvoer van haver naar W. Duitsland. Op 30 juni 1960 bericht dit Produktschap aan verzoekster, dat die premie alsnog wordt verlaagd met f 30 000. Tegen dit besluit komt verzoekster in beroep. Hangende dit beroep gaat het Produktschap over tot compensatie van de gevorderde f 30 000 met een tegenvordering van verzoekster op dat Produktschap. Bij uitspraak van 31 augustus 1962 vernietigt het College het besluit tot terugvordering van f 30 000. Verzoekster vraagt het Produktschap om over de f 30 000 rente te betalen over het tijdvak van 22 februari 1961 (datum effectuering compensatie door het Produktschap) tot de datum van terugbetaling. Het Produktschap weigert dit bij brief van 21 september 1962. Tegen die weigering wordt beroep ingesteld.

College: Verzoekster is door het beroepen besluit rechtstreeks in haar belang getroffen. Dit besluit is genomen in het kader van een verrekening als het Produktschap ten aanzien van verzoekster en de overige ondernemingen pleegt toe te passen met betrekking tot over en weer verschuldigde premiën, toelagen, restituties e.d., door het Produktschap ter uitvoering van zijn bestuurs-taak volgens bij en krachtens de wet gestelde regelen opgelegd of toegekend. Hetgeen het Produktschap binnen het kader van zodanige verrekening verricht, is niet een rechtshandeling naar burgerlijk recht, noch het nemen van een besluit tot het verrichten van een dergelijke handeling. Ook ligt geen niet-ontvankelijkheidsgrond in het feit, dat het onderwerp van dit geding niet door verzoekster reeds in de loop van het vorige geding ter sprake is gebracht, nu het beroepen besluit een zelfstandig besluit is, dat ook op zichzelf vatbaar is voor beroep.

CBB 17 mei 1963, S.E.W. 1963, blz. 531, m.n. J.P.

Beroep tegen besluit tot vaststelling van het bedrag, dat verzoekster ingevolge de artt. 22, lid 1, en 25 Handelsregisterwet verschuldigd is terzake van de inschrijving van haar onderneming in het Handelsregister en voor opcenten.

College: Het beroepen besluit is niet een besluit, strekkende tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.

CBB 2 augustus 1968, nr. 101/01/9.

Beroep tegen besluit van Produktschap voor Siergewassen tot weigering van vergoeding van de schade, die verzoeker, een bloembollenteler, zou hebben geleden tengevolge van een massale verkoop van spruithyacintebollen, nader aan te duiden als het 'project', die door dat Produktschap was georganiseerd.

Als primair verweer betoogt verweerder, dat verzoeker niet-ontvankelijk is omdat de verkoop van de bollen niet is verricht door verzoeker, maar door particulieren, nl. degenen, die aan het 'project' deelnamen.

College: Met betrekking tot het organiseren van het 'project' heeft verweerder een aantal besluiten genomen, niet strekkende tot het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, en een aantal handelingen verricht, niet zijn-

de rechtshandelingen als evenbedoeld. Aangezien verzoeker zich als nagenoeg de enige bloembollenteler in Nederland al vóór de aanvang van het 'project' had gespecialiseerd op de teelt van hyacintebollen en op de afzet daarvan aan grootwinkelbedrijven, supermarkets e.d. — op welke categorie van afnemers ook de 'project' verkoop gericht was — leverde het organiseren van het 'project' de mogelijkheid op van een benadeling van verzoekers belangen in zijn kwaliteit van gespecialiseerde teler van, en handelaar in hyacintebollen. Ergo was verzoeker door bedoelde besluiten van verweerder rechtstreeks in zijn belang getroffen, c.q. waren de betreffende handelingen van verweerder te zijnen aanzien verricht, zodat hij ook door het beroepen besluit tot weigering van schadevergoeding rechtstreeks in zijn belang is getroffen.

Ten aanzien van het organiseren van het 'project' is niet de bijstandscmissie gehoord, bedoeld in art. 4 (1)a Instellingswet Produktschap voor Siergewassen. Nu verweerder niet in redelijkheid van oordeel kon zijn, dat het organiseren van het 'project' niet was een belangrijke aangelegenheid op het werkgebied van die commissie, heeft verweerder besloten en/of gehandeld in strijd met het algemeen verbindend voorschrift van dat art. 4, welke strijdigheid mede is gepleegd ten aanzien van verzoeker.

Ook overigens heeft verweerder onrechtmatig jegens verzoeker gehandeld, door in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel verzoeker niet te zelfder tijd als 3 andere bollenkweker — die aan het 'project' zouden meewerken — in kennis te stellen van het massale karakter van het 'project'.

Schade in goede justitie begroot op f 5 000.

CBB 19 juli 1973, *A.B.* 1973, blz. 563, m.n. J.P.

De weigering van de Kamer om verzoekster — na opzegging harerzijds van de tussen hen gesloten arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht — een wachtgelduitkering toe te kennen betreft een besluit strekkende tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Dit wordt niet anders ten gevolge van de toepasselijkheid van de door de Kamer vastgestelde wachtgeldregeling — een regeling als bedoeld in art. 14, derde lid, Wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken 1963. Deze toepasselijkheid vloeit i.c. uitsluitend voort uit de omstandigheid, dat de regeling geacht moet worden deel uit te maken van de arbeidsovereenkomst Verzoekster niet-ontvankelijk in haar beroep wegens onbevoegdheid van het College ingevolge het bepaalde in art. 31, eerste lid, van de Wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken 1963.

CBB 7-11-1978 *A.B.* 1979 nr. 179, m.n. K.J. Huisman/*S.E.W.* 1979, 290 m.n. J.J. Oostenbrink.