

INHOUD

Prae-advies van mr E. Droogleever Fortuijn	blz. 141
I. Inleiding	141
II. Uitgangstellingen	142
III. Wanneer heeft de overheid een praeponderante positie?	144
IV. De middelen der overheid ter behartiging van openbare belangen	147
V. Karaktertrekken van administratief- en privaatrecht	152
VI. Te behandelen aspecten van het gebruik van de privaatrechtelijke overeenkomst door de overheid	154
VII. Regels betreffende het sluiten van overeenkomsten door overheidslichamen	155
VIII. – vervolg	171
IX. Rechtspraak	173
X. – vervolg	184
XI. De Landsmeerarresten	191
XII. Beschouwingen over de Landsmeerarresten	198
XIII. De Franse leer van de imprévision	199
XIV. Contractuele bepalingen waarmee de overheid zich de vrijheid van beleid voorbehoudt.	201
XV. Betekenis van de vrijheid van overheidsbeleid	202
XVI. Wat blijft er over van de overeenkomst die doorkruist is door uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid?	206
XVII. Conclusies.	217

INHOUD

Prae-advies van Mr. D. A. v.d. Linde

1. Inleiding	223
2. Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandeling	225
3. De publiekrechtelijke rechtshandeling	233
4. Privaatrechtelijke overeenkomsten	265
5. Wet beroep administratieve beschikkingen en de tweezijdige rechtshandeling	269

Dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid?

Prae-advies van mr E. Droogleever Fortuijn

I

INLEIDING

Het onderwerp „overeenkomsten met de overheid” is niet nieuw. G. J. Wiarda behandelde het reeds in zijn *Overeenkomsten met Overheidslichamen* (1939), dezelfde en Beel behandelden het onderwerp: *Publiekrechtelijke Overeenkomsten*, in hun praeadviezen voor de Vereniging voor Administratief Recht in 1943 (*Geschriften deel VIII*), de Goede en Troostwijk wijdden beschouwingen aan overeenkomsten met overheidslichamen in hun praeadviezen voor dezelfde vereniging over het onderwerp: *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (1956, *Geschriften XXXIV*) en ook bij andere schrijvers vindt men er het een en ander over. Herhaling van het door hen betoogde zal ik zo veel mogelijk vermijden. Voor mijn beschouwingen zal ik als uitgangspunt nemen sommige conclusies waartoe vorige schrijvers kwamen. Die uitgangspunten zijn bepaald door mijn overtuiging dat daarvoor sterkere argumenten zijn aangevoerd dan voor andere meningen. Voor de verantwoording dezer overtuiging volsta ik echter met te verwijzen naar de argumentatie van de auteurs dier opinies. Voorts wordt mijn keuze in sterke mate bepaald door de jurisprudentie voorzover deze een vaste lijn vertoont. Het komt mij tamelijk nutteloos voor in te gaan tegen een gevestigde jurisprudentie. De kans dat deze een principieel andere koers zal inslaan is gering te achten. Een gevestigde jurisprudentie is een basis voor de gedragingen van overheid en particulieren in hun onderlinge verhoudingen; men bouwt daarop en een principiele verandering in de jurisprudentie zou de grondslag wegtrekken onder velerlei rechtsbetrekkingen die partijen deugdelijk gefundeerd achtten. Dat zou wenselijk zijn en men zou al zeer sterke theoretische argumenten moeten hebben om deze onwenselijke consequenties aanvaardbaar te maken.

II

UITGANGSSTELLINGEN

Wat betreft de verhouding tussen publiek of administratief recht en privaatrecht aanvaard ik als uitgangspunt de mening van G. J. Wiarda: het burgerlijk recht is ook ten opzichte van de overheid toepasselijk in verhoudingen waarop het volgens zijn bewoordingen betrekking heeft, ongeacht de aard dier verhouding, voorzover het publieke recht geen derogerende regeling bevat of de normale functionering van de overheid er niet door wordt belemmerd.¹ Ik verwerp dus het standpunt van diegenen die de overheid niet onderworpen achten aan het burgerlijk recht, of althans niet wanneer zij „als zodanig” optreedt.

Onder publiekrecht versta ik het recht dat betrekking heeft op de organisatie van de verschillende overheidslichamen en hun rechten en plichten jegens de burgers, alsmede hun wetgevende of verordenende bevoegdheden. Ik zal mij niet verdiepen in de onderscheiding tussen staatsrecht en administratief recht, daar deze mij voor het te behandelen onderwerp van geen belang toeschijnt. Administratief recht valt dunkt mij in ieder geval onder de voormelde definitie van publiekrecht; ik zal de termen dan ook wel door elkaar gebruiken.

Ik zal mij beperken tot de verbintenisscheppende overeenkomsten. Dat zijn die onderlinge rechtsverhoudingen waarbij wilsovereenstemming van twee of meer partijen gericht is op het ontstaan van verbintenissen, en waarbij die onderlinge wilsovereenstemming ook noodzakelijk is voor het ontstaan van de rechtsverhouding. Buiten behandeling blijven dus wilsovereenstemmingen die wel gericht zijn op enig rechtsgevolg maar niet op het ontstaan van verbintenissen; buiten behandeling blijven ook de figuren waarin de overheid een rechtshandeling verricht in overeenstemming met de wil van degene op wie zij betrekking heeft, maar waarin het rechtsgevolg der handeling toch een voldoende verklaring vindt in de eenzijdige rechtshandeling van de overheid, zoals b.v. de op verzoek verleende vergunning.

De publiekrechtelijke overeenkomst zal in dit opstel weinig aandacht krijgen. Zij is door Beel en Wiarda uitvoerig

¹ Praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1943 VIII blz 46.

behandeld in hun praeadviezen voor de Vereniging voor Administratief Recht in 1943. Publiekrechtelijke overeenkomsten noem ik die overeenkomsten welke beheerst worden door regels van publiekrecht. Daarop wordt dus in beginsel geen privaatrecht toegepast — al zal dit laatste nog wel eens dienst kunnen doen om lacunes in de publiekrechtelijke regeling van de verhouding op te vullen, door analogische toepassing of als aanvullend recht. Als voorbeelden van publiekrechtelijke overeenkomsten noem ik de vrijwillige ouderdomsverzekering volgens de Ouderdomswet 1919 en de vrijwillige verbintenis bij de landmacht volgens artikel 3 der Dienstplichtwet.

De publiekrechtelijke overeenkomsten zijn een species van het genus „statusovereenkomst” waarvan het kenmerk is dat de wilsovereenstemming van partijen zich richt op het tot stand komen van een in de wet geregelde rechtsverhouding. Is dit doel bereikt, dan speelt de wilsovereenstemming verder geen rol meer: de rechtsverhouding wordt geheel beheerst door de wettelijke bepalingen; bij geschil over de inhoud van de rechtsbetrekking wordt de oplossing gevonden door interpretatie van de wet, niet door na te gaan wat partijen bedoeld hebben.²

Vaker dan de publiekrechtelijke overeenkomst vindt men de overeenkomst met gemengd karakter; zij wordt gedeeltelijk beheerst door publiekrechtelijke regels, gedeeltelijk door privaatrechtelijke. Als voorbeelden daarvan noem ik de arbeidsovereenkomst met overheidslichamen en de gemeenschappelijke regelingen getroffen tussen openbare lichamen, zoals bedoeld in de Wet Gemeenschappelijke Regelingen.

Hoofdonderwerp van dit opstel is de overeenkomst tussen overheid en particulier waarop burgerlijk recht toepasselijk is, maar waarbij het feit dat een der contractspartijen overheid is toch bepaalde problemen schept die men niet aantreft bij overeenkomsten tussen particulieren onderling.

² C. R. v. B. 21 oktober 1937 AB'37 blz. 1117.

III

WANNEER HEEFT DE OVERHEID EEN PRAEPONDERANTE POSITIE?

Die problemen doen zich voor wanneer de overheid een door haar met een particulier gesloten overeenkomst doorkruist door haar wil te doen praevaleren boven die van de wederpartij. De overheid heeft vaak rechtens een praeponderante positie ten opzichte van de particulier, zij kan haar wil opleggen, het door haar gewenste afdwingen, eenzijdig een beslissing nemen die bepalend is voor de rechtspositie van de particulier. Wanneer deze eenzijdige beslissingsmacht wordt uitgeoefend op het terrein dat bestreken wordt door een overeenkomst, gesloten tussen die overheid en een particulier, dan ontstaan problemen.

Nu is deze rechtens praeponderante positie niet een kwaliteit die de overheid steeds en in alle opzichten heeft. Zou men zeggen dat aan de overheid inhaerent is de praeponderante positie, dat zij die heeft omdat zij overheid is, omdat zij boven de particulier gesteld is, dan zou men moeten concluderen dat zij nimmer aan het privaatrecht is onderworpen, dat zij nimmer een privaatrechtelijke overeenkomst kan sluiten. Het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht veronderstelt immers dat de partijen bij een overeenkomst gelijkelijk gebonden zijn aan het overeengekomene. Daarin past niet een partij die uit hoofde van haar wezen zich eenzijdig van haar verplichtingen kan bevrijden of de verplichtingen van haar wederpartij kan wijzigen. Die conclusie wordt niet aanvaard. Niemand ontkent dat overheidslichamen gewone privaatrechtelijke overeenkomsten kunnen sluiten, als b.v. koop en verkoop. Er is dus in ieder geval een zeker gebied waarop de overheid rechtens de gelijke is van de particulier.

Men heeft wel gesteld dat een overheidslichaam op twee wijzen kan optreden, n.l. „als overheid” en „op voet van gelijkheid met een particulier”. In het eerste geval heeft zij dan een rechtens praeponderante positie, in het tweede niet. Deze stelling is naar mijn mening niet aanvaardbaar. Het is niet mogelijk a priori uit te maken wanneer de overheid „als zodanig” optreedt en wanneer niet. Het draait er altijd op uit dat men eerst constateert dat de overheid in

een bepaalde situatie een praeponderante positie heeft, en dan zegt: dus treedt zij als zodanig op. Men verklaart aldus niets.³

De stelling brengt bovendien het nadeel mee, dat men moet zeggen: als de overheid „als zodanig” optreedt, is het privaatrecht ook in het geheel niet toepasselijk, in het tegenovergestelde geval is het onverkort toepasselijk. Daarmee sluit men genuanceerde oplossingen uit.

De praeponderante rechtspositie die de overheid vaak – maar niet altijd – heeft, vindt haar grondslag in de taken die de overheid heeft te vervullen. Onder die taken zijn er van zodanig belang voor de gemeenschap, dat voor een juiste vervulling de overheid de macht moet hebben eenzijdig te beslissen en de particulier te binden. Men kan echter die taken niet opsommen, het gewicht daarvan vaststellen en zo bepalen in welke gevallen de overheid die macht heeft of moet hebben. Men kan voor de taak der overheid slechts de algemene formule geven: behartiging van het algemeen belang. Die formule is tegelijk alomvattend en weinig zeggend. Zij is alomvattend omdat het wezen der overheid is: de organisatievorm waarin een als eenheid beschouwd maatschappelijk verband van mensen zijn uitdrukking vindt, zijn eenheid en saamhorigheid verwezenlijkt vindt. Door middel van deze organisatievorm tracht de maatschappelijke eenheid te verwezenlijken al datgene wat het belang dier eenheid wordt geacht. Met de behartiging van belangen die niet zijn die van de maatschappelijke eenheid waarvan een bepaalde overheid de organisatievorm is, heeft die overheid zich niet te bemoeien. Weinig zeggend is de formule omdat „het algemeen belang” geen begrip is met concrete inhoud. Men kan niet a priori vaststellen wat er wel en wat er niet onder valt. Over bepaalde onderwerpen zal weinig verschil van mening ontstaan. Zo zal ieder het er wel over eens zijn dat de centrale overheid onder meer als taak heeft het handhaven van de rechtsorde, het handhaven van de veiligheid en het voortbestaan van de natie, de zorg voor behoorlijk onderwijs, de zorg voor het

³ Vgl. Wiarda, praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1943 VIII blz. 38; B. de Goede, praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1956 XXXIV blz. 9 e.v.; Cluysenaer RMT 1942 blz. 518; Scheltema RM 1927 blz. 237.

geldwezen. Minder evident is, dat het in stand houden van een opera een algemeen belang is.

Voor de lagere overheden, zoals provincie en gemeente, geldt hetzelfde: zij behartigen ieder het algemeen belang, maar van een kleinere maatschappelijke eenheid dan de staat. Ook daar is weer niet *a priori* vast te stellen wat daar onder valt.

Men kan hierover niet meer zeggen dan dit: al wat de overheid doet is behartiging van het algemeen belang.⁴ Slechts ten dele draagt de wet aan de overheid bepaalde taken op: in zoverre heeft de wet die bepaalde taak tot een algemeen belang der gemeenschap bestempeld. Vaak doet de wet dit door bepaalde bevoegdheden aan de overheid toe te kennen. De overheid is dan vrij om haar taak zelf concrete inhoud te geven. Voor een groot deel van de werkzaamheden der overheid is echter geen rechtstreekse basis in de wet te vinden: de overheid oordeelt dan zelfstandig of zij een bepaalde handeling moet verrichten omdat daarmee het algemeen belang wordt gediend. Handelt zij, dan moet worden aangenomen dat daarmee het algemeen belang wordt gediend, omdat rechtens alleen aan de overheid dat oordeel toekomt. De controle op de juistheid van dat oordeel is geen juridische, maar een politieke controle, welke in laatste instantie langs de democratische procedure door de volksvertegenwoordigingen wordt uitgeoefend.

Een hanteerbaar criterium hebben wij dus in „de behartiging van het algemeen belang” niet gevonden. Het algemeen belang dat de overheid behartigt – en iets anders doet zij niet – blijkt uiteen te vallen in een menigvuldigheid van concrete belangen der gemeenschap van de meest uiteenlopende aard. Toch heeft het dunkt mij nut om steeds in de gedachten te houden dat de rechtvaardiging van de praeponderante positie der overheid – in de gevallen waarin wij die aanvaarden – steeds zijn grond moet vinden in het zware gewicht van het bijzondere algemene belang dat de overheid in de gegeven situatie moet behartigen.

Men kan dus noch uit de kwaliteit „overheid”, noch uit

⁴ B. de Goede, Praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1956 XXXIV blz. 9 en 10. Zie ook Scheltema, RM 1927 blz. 237: de overheid treedt altijd op als overheid, en Meijers, Tractatus Tributuarii blz. 6: bij alles wat de overheid doet moet het algemeen belang en niet een daarnaast staand particulier belang richtsnoer zijn.

een door de wet aan de overheid opgedragen taak concluderen dat in een bepaald opzicht de overheid een rechtens praeponderante positie heeft. Die positie heeft de overheid dan, wanneer ons rechtsbestel haar die met zoveel woorden in concreto geeft, door haar een bepaalde bevoegdheid te verlenen. Slechts daar waar men in het recht een regel vindt die de overheid de bevoegdheid verleent eenzijdig bindend te beslissen, bestaat de rechtens praeponderante positie. Ons rechtssysteem is aldus ingericht, dat, wanneer aan een bepaalde taak van de overheid een zodanig bijzonder gewicht wordt gehecht dat dit een eenzijdige beslissingsmacht rechtvaardigt, de wet aan de overheid de bevoegdheid of de macht tot eenzijdig beslissen in concreto toekent. Men kan dus het gewicht dat aan een bepaalde overheidstaak wordt toegekend afleiden uit de bevoegdheid tot eenzijdig beslissen die aan de overheid die die taak moet vervullen is toegekend. Door de omschrijving en clausulering van die bevoegdheid wordt tevens aangegeven in hoeverre de overheid een praeponderante positie heeft. Die is niet altijd gelijk, maar door het positieve recht telkens ad hoc bepaald. Meestal vindt men die bevoegdheidstoekenning in een concrete wetsbepaling. Soms echter wordt zij afgeleid uit een meer algemene rechtsregel die de positie van een bepaald overheidsorgaan omschrijft.⁵ Men zal dus steeds in de concrete rechtsregel moeten vinden hoever de eenzijdige beslissingsbevoegdheid der overheid strekt en dus in hoeverre het privaatrecht moet wijken.

IV

DE MIDDELEN DER OVERHEID TER BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

Ons rechtssstelsel geeft slechts incidenteel concrete inhoud aan de taak der overheid, voor een groot deel is die niet

⁵ Men denke aan de bevoegdheid van een waterschap tot het versterken van een waterkering, die niet in een concrete wetsbepaling is vervat: H.R. 12 jan. 1923 N.J. '23 blz. 307, Schielands Hoge Zeedijk.

omschreven en wordt zij geconcretiseerd door de overheid zelf. Ons rechtssstelsel stelt echter wel aan de overheid verscheidene middelen tot behartiging van het algemeen belang – beter: de menigvuldigheid van algemene belangen – ten dienste.

Het loont de moeite die op te sommen, want in de samenloop der verscheidenheid van die middelen doen zich de problemen voor waarvoor een oplossing moet worden gevonden.

Van bijzondere orde is de primaire wetgevende bevoegdheid. De gemeenschap behartigt haar algemene belangen door wetten uit te vaardigen waarin bepaalde onderwerpen op bepaalde wijze worden geregeld. Het bijzondere van dit middel is dat daardoor het geldende recht wordt bepaald, een concrete inhoud krijgt. De wet is positief recht, en bindt zowel de particulier als de rechter, als de overheid zelf. Men houde dan ook in het oog dat, wanneer men zegt dat de overheid wetten uitvaardigt, men daarmee een andere verschijningsvorm van de overheid bedoelt dan wanneer men spreekt over de overheid die overeenkomsten sluit. Een wet komt tot stand door samenwerking van Kroon en Staten-Generaal. Overeenkomsten waarbij de Staat partij is worden gesloten door of namens de minister.

Bij de lagere overheden is het onderscheid tussen wetgeving en andere rechtshandelingen minder scherp. Vaak is er geen afzonderlijk wetgevend orgaan. De wetgevende bevoegdheid is beperkt tot een betrekkelijk eng gebied, in tegenstelling tot die van de centrale wetgever. De wetgevingsprodukten van lagere overheden zijn onderworpen aan een zekere rechterlijke toetsing, anders dan de wetten in formele zin. Wij zullen zien dat juist deze wetgevende (verordenende) bevoegdheid van lagere overheden nog wel eens leidt tot moeilijkheden met betrekking tot door die overheden gesloten overeenkomsten.

Zo ligt het ook met de gedegeleerde wetgevende of verordenende bevoegdheid. Wij kennen tegenwoordig een uitgebreid systeem van wetten die aan bepaalde organen nadere uitwerking opdragen, in verschillende trappen. Men denke aan het rijtje Wet, Algemene Maatregel van Bestuur, Ministerieel besluit. Vooral op de laagste trap vervaagt vaak het onderscheid tussen wetgeving en bestuur en valt het orgaan dat een maatregel van wetgevende (verordenende)

aard uitvaardigt samen met het orgaan dat namens een overheidslichaam overeenkomsten sluit (de minister).⁶

Een belangrijk middel ter behartiging van het algemeen belang is de aan een overheidsorgaan gegeven bevoegdheid om door eenzijdige beslissing het door dat orgaan beoogde doel te verwezenlijken. Dat is de typische overheids-bevoegdheid, de als rechtmatig erkende macht van het overheidsorgaan om te beschikken, te besluiten of te handelen naar eigen inzicht, wat dan door particulieren rechtens moet worden aanvaard. Veelal is een dergelijke bevoegdheid uitdrukkelijk toegekend door een wet, maar zij kan ook voortvloeien uit een in algemener termen omschreven functie van een bepaald overheidsorgaan of -lichaam. Men denke b.v. aan het geval van de Schielandse Hoge Zeedijk (H.R. 12 jan. '23 N.J. '23 blz 307) en aan allerlei vormen van optreden van politie of krijgsmacht. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden zien wij de overheid optreden als met gezag bekleed orgaan, wiens wil rechtens praevaleert boven die van de particulier, de „onderdaan”. Wij zien hier dat de gemeenschap (door middel van haar wetgevend orgaan) uitdrukking heeft gegeven aan haar opvatting dat bepaalde soorten algemene belangen van zodanig gewicht zijn dat het overheidslichaam een praeponderante positie moet hebben om die naar behoren te kunnen behartigen. Hoe de belangen in concreto behartigd moeten worden wordt niet vastgelegd, dat wordt aan de overheid ter beslissing overgelaten, maar door het toekennen van bijzondere bevoegdheden wordt te kennen gegeven dat het betrokken algemene belang van zodanig gewicht is, dat de behartiger van dat belang zijn wil moet kunnen laten praevaleren boven die van particulieren, dat de regels van het privaatrecht moeten wijken of niet toepasselijk zijn. De mate van de toegekende bevoegdheden geven een indicatie van het gewicht dat de maatschappij (de wetgever) aan het betrokken algemene belang toekent.

Dit aspect van de overheid, dit toegerust zijn met bijzondere bevoegdheden, dit bekleed zijn met gezag, komt zo veel voor en treedt zo in het licht, dat verschillende schrijvers hierin *het* kenmerk van de overheid menen te moeten

⁶ Vgl. A. M. Donner, Praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1960 XLII blz. 24.

zien: de overheid is volgens hen rechtens de meerdere ten opzichte van de particulier, haar wil praevaleert rechtens boven die van de particulier. Deze zienswijze deel ik niet. Het gezagsaspect is slechts één facet van de overheid, het is één der middelen die de overheid ten dienste staan ter behartiging van algemene belangen, niet altijd en niet voor alle belangen. Aan de overheid is gezag toegekend in die gevallen waarin dat nodig is voor een juiste taakvervulling.⁷ Het gezag wordt ontleend aan een uitdrukkelijke wetsebepaling, of aan een wettelijk geregelde positie van een bepaald overheidsorgaan. In beide gevallen is dat zo omdat het te behartigen belang alleen door de uitoefening van gezag goed kan worden behartigd; in het eerste geval heeft de wetgever dat zo beslist, in het tweede geval baseert men het gezag op de wettelijk geregelde positie van het met een duidelijk aangegeven taak belaste overheidsorgaan.

Uit deze zienswijze vloeit voort dat men de gezagsuitoefening door de overheid steeds als iets relatiefs moet zien. Zij is geen absoluut kenmerk van de overheid, maar elke concrete gezagsuitoefening behoort steeds te worden beschouwd in relatie tot het specifieke algemene belang dat er mee wordt behartigd, zoals dat wordt gewaardeerd blijkens de specifieke toekenning van bevoegdheden, en de mate daarvan. Zo komt men tot een gedifferentieerde waardering van het gezagselement in het overheidsoptreden en zal men in het ene geval de wil van de overheid sterker laten praevaleren boven die van de particulier dan in het andere.

Onder het hier besproken middel waarmee de overheid bepaalde algemene belangen kan behartigen vat ik ook het verlenen van vergunningen, ontheffingen e.d. Weliswaar is hierbij geen sprake van een actief optreden of ingrijpen der overheid, doch meer van een reactie op een activiteit van een particulier, maar het wezenskenmerk van de overheids-handeling is ook hier de eenzijdige beslissingsmacht. De handelingen van de particulier zijn onderworpen aan de beslissing van de overheid, de overheid heeft rechtens een praeponderante positie. Het verlenen van een vergunning op verzoek is geen privaatrechtelijke handeling (overeenkomst) en is niet aan het privaatrecht onderworpen.

Een even belangrijk middel tot behartiging van het alge-

⁷ Vgl. Beel, praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1943 VIII blz. 12-14.

meen belang als de bevoegdheid tot eenzijdig besluiten of handelen is het gebruik dat de overheid kan maken van de vormen van burgerlijk recht. De diverse overheidslichamen doen dat voortdurend en op allerlei wijzen, waaronder het sluiten van een grote verscheidenheid van overeenkomsten. lijkt mij onjuist deze hantering van privaatrechtelijke vormen als voor de overheid oneigenlijk te beschouwen. In talloze gevallen is dat juist een betere methode om een bepaald algemeen belang te behartigen dan het gebruik van een bevoegdheid om eenzijdig de wil van de overheid op te leggen. De Onteigeningswet geeft hier een duidelijk voorbeeld van: de overheid die een bepaald stuk grond nodig heeft voor b.v. wegaanleg is verplicht eerst te trachten het te verkrijgen door middel van het sluiten van een gewone privaatrechtelijke koopovereenkomst; pas als dat niet lukt mag zij onteigenen, d.w.z. haar wil doen praevaleren boven die van de particulier-eigenaar. De wetgever gaf hier dus de voorkeur aan het hanteren van een vorm van privaatrecht. Die voorkeur zal ook in andere gevallen kunnen worden aanvaard, al zegt de wet het niet uitdrukkelijk.

In zeer veel gevallen staat de overheid geen ander middel ter behartiging van een bepaald algemeen belang ten dienste dan een privaatrechtelijke overeenkomst. Zo zal zij nieuwe gebouwen voor administratieve diensten, gevangenissen, kazernes slechts kunnen verkrijgen door met een aannemer een privaatrechtelijke aannemingsovereenkomst te sluiten; zal zij wegen, bruggen en kanalen slechts kunnen aanleggen op dezelfde wijze; zal zij het papier voor haar correspondentie, de olie voor de verwarming van haar gebouwen slechts kunnen krijgen door middel van privaatrechtelijke koopovereenkomsten.⁸

De privaatrechtelijke overeenkomst is dus mijns inziens een volwaardig middel ter behartiging van de taak der overheid, niet een „oneigenlijk” middel, niet een middel dat de overheid alleen hanteert wanneer zij niet bezig is met de uitoefening van haar eigenlijke functie.

Als vierde middel voor de overheid ter vervulling van

⁸ Ook met deze overeenkomsten behartigt de overheid een algemeen belang. De olie dient weliswaar ter verwarming van een eigen gebouw der overheid, maar dit dient tot huisvesting van een dienst die een belang der gemeenschap behartigt. De verwarming maakt het goed functioneren van die dienst mogelijk.

haar taken kan worden beschouwd de eigen werkzaamheid, het met eigen apparaat uitvoeren van werkzaamheden. Ook dit komt in grote verscheidenheid voor. Men denke aan de defensie, de politietaak, een stuk onderwijs en wetenschapsbeoefening, het opstellen van statistieken, het vervaardigen van drukwerk en zo meer. Secundair treden bij de vervulling van deze taken echter weer de beide eerder genoemde vormen naar voren. Voor de defensietaak is personeel en materieel nodig. Het eerste wordt verkregen met publiekrechtelijke middelen, het tweede met privaatrechtelijke, door koop van goederen of grondstoffen daarvoor, of aanbesteding. Bij het openbaar onderwijs wordt het onderwijzend personeel verkregen door publiekrechtelijke aanstelling (ambtenaar), het materieel door privaatrechtelijke. De politie heeft voor haar opsporings- en ordehandhavingstaak weer allerlei specifieke bevoegdheden jegens particulieren, die onder de tweede categorie vallen. In dit opstel kan ik de eigen werkzaamheid van de overheid buiten beschouwing laten en mij bepalen tot de drie eerstgenoemde categorieën.

V

KARAKTERTREKKEN VAN ADMINISTRATIEF- EN PRIVAATRECHT

Met de drie categorieën middelen die de overheid ten dienste staan ter behartiging van de veelheid van algemene belangen – de verordenende bevoegdheid, de bevoegdheid tot eenzijdige beslissing die de particulier bindt en de hantering van vormen van privaatrecht – corresponderen in hoofdzaak twee rechtsstelsels: administratief recht en privaatrecht.

Elk der categorieën is aan eigen rechtsregels onderworpen: de verordenende en de eenzijdig beslissende bevoegdheid vinden hun regeling in het publiek- of administratiefrecht; de hantering van vormen van het privaatrecht is onderworpen aan het privaatrecht. Naar de aard der categorie is het administratieve recht een stelsel dat zich in ruime mate bezig houdt met de tot standkoming van de verordening of beslissing van een overheidsorgaan. Het regelt

bevoegdheden van overheidsorganen, stelt perken aan de vrijheid van een bepaalde bevoegdheid gebruik te maken, regelt de controle op de gestie van het ene overheidsorgaan door het andere, bevat regels betreffende de *wijze* waarop besluiten tot stand komen (de algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Men vindt in het administratief recht enerzijds regels die beogen er voor te zorgen dat de overheid haar bevoegdheid eenzijdig haar wil op te leggen op de juiste wijze gebruikt voor het doel waarvoor die bevoegdheid is gegeven: het behartigen van een bepaald algemeen belang; m.a.w. dat de gezagsuitoefening als middel adequaat wordt gebezigd voor het doel waarvoor het gegeven is; dat de praeponderantie niet te zwaar gaat drukken. Anderzijds kent het administratief recht vele regels die beogen te zorgen dat een bepaald overheidsorgaan werkelijk het algemeen belang dient, geen onjuiste beslissing daaromtrent neemt. Dat zijn de regels betreffende goedkeuring of vernietiging van verordeningen en besluiten van overheidsorganen door andere (hogere).

Het privaatrecht houdt zich veel minder bezig met de totstandkoming van rechtshandelingen. Voor de besluitvorming van rechtspersonen zijn natuurlijk regels gegeven, maar die betreffend toch vrijwel uitsluitend de formele bevoegdheden. Wat betreft de totstandkoming van overeenkomsten geeft het privaatrecht regels betreffende wilsgebreken en strijd met de wet, maar laat overigens partijen een zeer grote mate vrijheid in hun wilsvorming: zij mogen overeenkomen wat zij willen en waarom zij willen.⁹ Het privaatrecht regelt echter wel tot in details de gevolgen van overeenkomsten: de verbintenissen en wat er geldt bij nakoming of niet-nakoming daarvan.

Ik ben mij bewust dat ik hiermee slechts zeer globale en weinig exacte karakterisering van de beide rechtsstelsels heb gegeven. In details valt er wel het een en ander op aan te merken, maar ik meen dat zij in grote trekken wel juist zijn.

Er is verder een groot verschil in rechtspraak, corresponderende met beide rechtsstelsels, en dus ook met categorie-

⁹ Iets anders is, dat de wet vaak die vrijheid beperkt door de inhoud van allerlei overeenkomsten aan dwingende regels te binden. Dan grijpt dus de wetgever in, ter wille van het — beter: een — algemeen belang, in privaatrechtelijke verhoudingen; dan richt de wetgever de wil van partijen.

en middelen ter uitoefening van de taken der overheid. Het privaatrecht is geheel onderworpen aan de rechtspraak van de gewone burgerlijke rechter; dus ook overeenkomsten waarbij een overheidslichaam partij is. Het administratief recht kent nog geen rechter die het hele terrein beheerst. Er zijn administratieve rechters voor bepaalde onderdelen: Raden van Beroep, Ambtenarengerechten, met de Centrale Raad van Beroep als hoogste instantie, verschillende belastingrechters (Belastingkamers der Gerechtshoven met de Hoge Raad als cassatierechter, de Tariefcommissie), het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Verder zijn er beroepsinstanties die gedeeltelijk een rechterlijke functie hebben, gedeeltelijk de functie van beoordeling van het beleid, zoals Gedeputeerde Staten en de Kroon, die besluiten vernietigen zowel wegens strijd met de wet als wegens strijd met het algemeen belang. En voorts kennen wij sedert kort de nog onvolgroeide administratieve rechtspraak van de Kroon ingevolge de Wet Beroep Administratieve Beslissingen. Een nog zeer verbrokkeld beeld dus. Tenslotte worde niet vergeten dat de gewone burgerlijke rechter ook nog een stuk administratieve rechtspraak uitoefent, meestal door hantering van 1401 B.W. of 1395 B.W.

VI

TE BEHANDELEN ASPECTEN VAN HET GEBRUIK VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE OVEREENKOMST DOOR DE OVERHEID

Het is de categorie: privaatrechtelijke middelen, en in het bijzonder: de privaatrechtelijke overeenkomsten, die ons verder bezig zal houden. De publiekrechtelijke overeenkomst is voor de vraagstelling aan het hoofd van dit opstel niet interessant: zij bestaat immers alleen dan wanneer een wet haar geheel regelt, men vindt haar alleen in specifieke wetten.

Bij de privaatrechtelijke overeenkomsten die de overheid sluit met particulieren doen zich twee aspecten voor, die nadere beschouwing verdienen.

Het eerste is: de bijzondere regelingen die er bestaan be-

treffende de totstandkoming, het sluiten, van overeenkomsten door de diverse overheidslichamen. Dat zijn regelingen die in beginsel op een lijn staan met de privaatrechtelijke regelingen betreffende de bevoegdheden van organen van privaatrechtelijke rechtspersonen. Zij onderscheiden zich echter van de privaatrechtelijke bevoegdheidsregelen doordat zij veel ingewikkelder zijn en bovendien doordat zij behoren tot het publiekrecht, het recht betreffende de organisatie en functionering van de overheidsorganen, dat een andere structuur vertoont dan het privaatrecht en dat niet in de eerste plaats geconcipieerd is met het oog op privaatrechtelijke rechtshandelingen.

Het tweede is: de invloed die uitgaat van het administratief recht, in het bijzonder van de verordenende bevoegdheid en van de bevoegdheden tot eenzijdige bindende beslissing door de overheid, op geldig gesloten privaatrechtelijke overeenkomsten waarbij een overheidslichaam partij is en omgekeerd, de invloed die uitgaat van privaatrechtelijke overeenkomsten, door een overheidslichaam gesloten, op de administratiefrechtelijke bevoegdheden der overheid; de interactie van administratief- en privaatrecht.

VII

REGELS BETREFFENDE HET SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN DOOR OVERHEIDSLICHAMEN

Teneinde te verzekeren of te bevorderen dat de overheid steeds algemene belangen zo goed mogelijk behartigt is de bevoegdheid tot het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten in verscheidene rechtsregels aan banden gelegd. Dat is op verschillende wijzen geschied.

1

In de eerste plaats zijn er regels die de beslissing omtrent het sluiten van overeenkomsten in handen van bepaalde organen van overheidslichamen leggen. De beslissing betreffende het sluiten van een overeenkomst wordt gelegd in handen van een orgaan dat politiek verantwoordelijk is voor

de behartiging van de algemene belangen van een bepaalde kring. Zo bepalen de artikelen 170 e.v. Gemeentewet dat de gemeenteraad besluit tot het aangaan van allerlei overeenkomsten, waaronder koop, huur, geldlening, aanbesteding. De overeenkomst komt tot stand door de op elkaar afgestemde wilsuitingen van de wederpartij der gemeente en de burgemeester – in de praktijk zal dat vrijwel altijd zijn door de ondertekening van een schriftelijk contract – maar de burgemeester handelt slechts ter uitvoering van een raadsbesluit, is slechts bevoegd tot tekenen krachtens een raadsbesluit, en brengt geen overeenkomst tussen de gemeente en de wederpartij tot stand wanneer een raadsbesluit ontbreekt. Deze wettelijke regeling vindt dunkt mij haar ratio in de overweging dat de gemeenteraad, krachtens zijn formatie door verkiezing, het overheidsorgaan is dat alle belangen der gemeente – dat zijn dus de belangen die voor de maatschappelijke eenheid, welke haar organisatorische vorm vindt in de gemeente, als algemene belangen gelden – behartigt, tesamen overziet en dat de verantwoordelijkheid (politieke verantwoordelijkheid) daarvoor draagt. De burgemeester is wel in een positie om alle belangen der gemeente te overzien, te kunnen beoordelen en behartigen, maar is niet het orgaan dat de politieke verantwoordelijkheid draagt. Daarom ligt de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het sluiten van een aantal belangrijke overeenkomsten namens de gemeente niet bij hem. Men zou zich kunnen voorstellen dat de wethouders, die door de raad uit zijn midden worden benoemd, wel als geschikt orgaan zouden worden beschouwd om besluiten tot het aangaan van overeenkomsten te nemen (maar dan tesamen als college, en niet ieder voor zijn eigen afdeling), daar zij immers evenzeer als de raad het geheel overzien en ook een politieke verantwoordelijkheid dragen. Vooral voor grote gemeenten zou zulks wellicht een efficiëntere werkwijze kunnen betekenen. Een urgent probleem lijkt mij hier echter niet aanwezig, mede door de mogelijkheid van delegatie, doordat de gemeenteraad ruime besluiten neemt welke door B en W of aangewezen gemeentebambtenaren moeten worden uitgevoerd.

Bij de provincie vinden wij een soortgelijke structuur, zij het dat daar het accent iets meer op gedeputeerde dan op provinciale staten ligt.

De organisatie van waterschappen, veenschappen en polders vertoont verschillen per provincie en naar de omvang en belangrijkheid. De grotere kennen meestal een dagelijks bestuur en een vergadering van hoofdingelanden of gecommiteerde ingelanden; bij kleinere vindt men een dagelijks bestuur en een algemene vergadering van ingelanden. De regeling der beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het sluiten van overeenkomsten vertoont veel gelijkenis met de gemeentelijke regeling.

Het openbaar lichaam Rijnmond is gemodelleerd naar de gemeenten.

Ten aanzien van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties bevat de Wet op de bedrijfsorganisatie slechts deze bepalingen: de voorzitter vertegenwoordigt de organisatie in en buiten rechte; het dagelijks bestuur beheert het vermogen en de inkomsten en uitgaven en is daarvoor verantwoording verschuldigd aan het bestuur. De Nederlandse Orde van Advocaten en de plaatselijke orden worden in en buiten rechte vertegenwoordigd door de Algemene Raad, resp. de Raden van Toezicht. De structuur van deze organisaties is dus veel eenvoudiger dan die van de eerder besproken overheidslichamen, hetgeen verklaarbaar is door de beperkte, welomschreven taak dezer lichamen, of door de geringe rol die overeenkomsten spelen bij de uitoefening van de taak dezer organisaties.¹⁰

Bij de centrale overheid, de Staat, is de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het aangaan van overeenkomsten heel anders geregeld. Volgens artikel 32 der Comptabiliteitswet worden overeenkomsten, waaruit uitgaven ten laste van het Rijk voortvloeien, gesloten door of namens de betrokken minister. De ministers treden dus niet collectief op, doch ieder afzonderlijk. Voor overeenkomsten waaruit geen uitgaven ten laste van het rijk voortvloeien, is mij geen overeenkomstige wetsbepaling bekend, maar algemeen wordt aangenomen dat daarvoor hetzelfde geldt. Anders dan b.v. bij de gemeente vinden wij hier dus niet een orgaan, dat alle belangen die het overheidslichaam moet behartigen overziet, belast met de beslissingsbevoegdheid t.a.v. het slui-

¹⁰ Hetzelfde geldt voor andere publiekrechtelijke lichamen, als Raden van Arbeid, Raden van Kinderbescherming, Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds, Universiteiten enz. Zie de opsomming bij Asser - Scholten - v.d. Grinten, Rechtspersoon, blz. 178 e.v.

ten van overeenkomsten, maar een aantal afzonderlijke organen, ieder belast met een deel van de taak van het geheel, elk voor zich bevoegd namens de Staat overeenkomsten te sluiten. Wel dragen deze organen de politieke verantwoordelijkheid voor de wijze waarop zij, ieder voor zich, de algemene belangen van de Staat, van de hele Nederlandse gemeenschap, behartigen. De omvang en verscheidenheid der te vervullen taken maken het praktisch onmogelijk voor de Staat een collectieve besluitvorming — b.v. door de ministerraad — in te voeren. Er zijn echter enige uitzonderingen op de algemene bevoegdheid van iedere minister overeenkomsten namens de Staat te sluiten. Verkoop van roerende en onroerende zaken van de Staat kan alleen geschieden door de minister van financiën en wel in het openbaar tenzij ondershandse verkoop bij bijzonder besluit of — wanneer het onroerend goed ter waarde van meer dan fl. 40.000,- betreft — bij een wet is goedgekeurd (artikel 29 Comptabiliteitswet, artikel 1 Wet van 24 januari 1952 S. 37). Schenking van onroerend goed kan alleen krachtens een wet. (artikel 1 voornoemd). Geschillen over rechten op onroerende zaken, waarbij de Staat betrokken is, kunnen door de minister van financiën door dading of andere overeenkomst ten einde worden gebracht; indien het geldelijk belang meer dan f 40.000,- bedraagt slechts na goedkeuring door de Kroon (artikel 3 Wet van 24 januari 1952 S. 37). Dadingen ter beëindiging van geschillen omtrent roerende zaken kunnen door de Kroon worden getroffen wanneer het voorwerp van geschil geen hogere geldswaarde heeft dan fl. 5.000,-; is het meer dan is goedkeuring bij de wet vereist (artikel 32 Comptabiliteitswet). Voor de staatsbedrijven, bedoeld in artikel 88 Comptabiliteitswet gelden weer afwijkende bepalingen, voor elk bedrijf apart vastgesteld. Deze voorschriften, welke in nauw verband moeten worden gelezen met de hierna te noemen bepalingen omtrent goedkeuring van besluiten door een hoger orgaan, geven een weinig systematisch en ten dele archaïsch beeld.

Belangrijker voor de coördinatie van de aan de verschillende ministers toevertrouwde belangen zijn de voorschriften omtrent de begrotingen, waarop ik hieronder terug kom.

Ik moet echter eerst nog wijzen op een ander verschijnsel: dat van het mandaat der beslissingsbevoegdheid. Geen minister neemt zelf het besluit tot het aangaan van alle

overeenkomsten die onder zijn departement ressorteren. Het aantal alleen reeds maakt dat onmogelijk. In de praktijk worden talloze overeenkomsten die de Staat aangaat gesloten door ambtenaren namens de minister.

Lang niet altijd zijn zij daartoe voor elk geval afzonderlijk uitdrukkelijk gemachtigd door hun minister. Er zijn hele stelsels van „tekeningsbevoegdheid”, van departement tot departement verschillend, die echter zelden of nooit in gepubliceerde besluiten zijn vastgelegd. Het zijn interne departementale regelingen, die een buitenstaander, en met name een contractspartij, niet kent en ook niet kan kennen. Hier ligt dunkt mij een juridisch probleem, dat weliswaar bij mijn weten in de praktijk nog nooit tot moeilijkheden aanleiding heeft gegeven, maar dat het juridisch gevoel onbevredigd laat. De besprekingen die aan het sluiten van een overeenkomst vooraf gaan zullen vrijwel altijd worden gevoerd door een of meer departementsambtenaren met de particulier-wederpartij. Hoe kan deze laatste nu echter weten dat hij onderhandelt met iemand die de Staat kan verbinden? De overeenkomst zal meestal wel op schrift gesteld worden (in vele gevallen moet dat zelfs gebeuren volgens artikel 33 lid 3 Comptabiliteitswet) en er zal dan een handtekening op het stuk verschijnen, voorafgegaan door een zinsnede als: „namens de minister van....., het hoofd van de afdeling.....”, soms nog gevolgd door: „voor deze”, of „loco”. Een voorzichtige wederpartij kan dan nog de Staatsalmanak raadplegen om te zien of de ambtenaar met wie hij gehandeld heeft inderdaad is hoofd van de afdeling....., maar veel verder komt hij toch niet met de controle op de bevoegdheid van de ambtenaar. Bevredigend is dat niet. Dat er in de praktijk blijkbaar geen moeilijkheden ontstaan is dunkt mij te danken aan de discipline der ambtenaren: zij letten nauwkeurig op hun intern geregelde bevoegdheden en zorgen er wel voor in twijfelgevallen de goedkeuring van een hogere functionaris te verkrijgen voor zij definitieve toezeggingen doen. Zou er een geschil ontstaan dan is de oplossing deze, dat de Staat gebonden wordt geacht wanneer de wederpartij redelijkerwijze mocht aannemen dat de handelende ambtenaar daartoe bevoegd was; de toerekenbare schijn bindt de Staat. Afhankelijk van de aard en de importantie der overeenkomst zal een bepaalde ambtenaar van een bepaalde afdeling geacht worden bevoegd

te zijn wanneer hij dat zelf verklaart. Iedere aannemer zal begrijpen dat een 2e luitenant van de genie hem niet de bouw van een kazerne kan opdragen, maar wanneer de eerst-aanwezend ingenieur der genie in het ressort X het aanbestedingscontract tekent, dan mag de aannemer daar op afgaan.

Helemaal zonder regeling is deze bevoegdskwestie niet. Men mag dunkt mij zonder meer aannemen dat de secretaris-generaal van het departement altijd bevoegd is; hij kan de minister in alles vervangen, uit de aard zijner functie. Het nooit ingetrokken K.B. van 4 september 1823, te vinden in het moeilijk te vinden Bijvoegsel van het Staatsblad van 1850 blz 591, geeft hiervoor onvoldoende grondslag: het bepaalt dat de secretaris-generaal de minister bij ziekte of andere verhindering vervangt.¹¹

Voorts ligt het voor de hand wanneer bij wet of besluit bepaalde diensten met bijzondere taken zijn ingesteld, zij het ook ressorterende onder een minister, de directeur van zo'n dienst zonder meer bevoegd te achten namens de minister overeenkomsten te sluiten. Dat vloeit voort uit de instelling van zo'n dienst. Zo zal men mogen aannemen dat de directeur-generaal van de rijkswaterstaat namens de minister aannemings-overeenkomsten mag sluiten, dat de directeur van het rijksinkoopbureau, die volgens het K.B. van 28 maart 1949 Stcrt '49 no 64 „aan het hoofd staat” van het R.I.B., namens de minister alle mogelijke soorten aankopen mag verrichten. Voor de staatsmijnen vindt men in het K.B. van 1 juni 1959 S. 191 dat het bestuur daarvan onder de bevelen van de minister berust bij de hoofddirectie. Dat geeft voldoende steun aan de contractspartij om er gerust op te zijn dat de handtekening van de hoofddirectie de Staat bindt. Iets soortgelijks vindt men in de wet van 22 december 1955 S. 618 voor 's Rijks Munt; onder het opperbestuur van de minister berust de leiding bij 's Rijks Muntmeester. Bij de formulering van deze bepalingen is echter niet privaatrechtelijk gedacht. Men had gaarne duidelijker bepalingen gezien.

¹¹ Volgens Rb Zierikzee 22 februari 1921 W. 10689 heeft dit K.B. zijn geldigheid verloren met het invoeren der ministeriële verantwoordelijkheid. H.R. 7 juni 1927 W. 11732 aanvaardde de algemene tekeningsbevoegdheid van de secretaris-generaal (het ging over een beschikking) maar fundeerde die niet op het K.B. van 1823.

Komen er in de praktijk weinig of geen moeilijkheden voor ter zake van de bevoegdheid van ambtenaren die namens de Staat handelen, merkwaardigerwijze komen die wel voor bij gemeenten, waar de zaak toch veel duidelijker in de wet is geregeld. Dat komt naar mijn gevoelen doordat de gemeenteraden veel met min of meer globale machtigingsbesluiten werken waarbij dan de vraag kan rijzen of burgemeester en wethouders niet buiten hun boekje zijn gegaan, en doordat burgemeesters en wethouders in feite veel meer doen dan raadsbesluiten uitvoeren. Zij entameren de zaken, onderhandelen met wederpartijen, redigeren de overeenkomsten, maken afspraken. Pas als de zaak praktisch beklonken is komt er een voorstel bij de raad om te besluiten de overeenkomst aan te gaan. Intussen wordt er dan vaak alvast gehandeld alsof de overeenkomst al gesloten was.

2.

Behalve de toekenning van de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het sluiten van overeenkomsten kent het administratief recht nog regels betreffende goedkeuring of vernietiging van besluiten. Vooral gemeenten zijn aan een streng toezicht onderworpen. Artikel 228 Gemeentewet eist de goedkeuring van gedeputeerde staten voor de besluiten der gemeenteraden betreffende het aangaan van allerlei overeenkomsten. Eventueel beslist de Kroon in beroep. Voor het aangaan van geldleningen bevat de Wet Kapitaaluitgaven Publiekrechtelijke Lichamen nog bijzondere goedkeuringsvoorschriften.

Voorts kan de Kroon alle besluiten van de raad en van B. en W. vernietigen (artikel 185) en de goedkeuringsbesluiten van gedeputeerde staten om dezelfde redenen (artikel 237). De Provinciewet bevat soortgelijke bepalingen. Ook waterschappen, veenschappen en polders zijn aan soortgelijk toezicht onderworpen (Waterstaatswet 1900, artikel 19), evenals het openbaar lichaam Rijnmond (artikelen 48 en 54 Wet Openbaar Lichaam Rijnmond S 1964 no 427). De Wet op de bedrijfsorganisatie kent alleen de mogelijkheid van vernietiging van besluiten wegens strijd met de wet of het algemeen belang door de Kroon (artt. 58 en 133). Het komt mij voor dat dit preventieve en repressieve toezicht mede ten doel heeft te waarborgen dat een bepaald besluit van een lager overheidsorgaan — in casu dus

tot het sluiten van een overeenkomst — inderdaad het algemeen belang dient. Het is een correctie op onjuist inzicht van het lagere orgaan, onjuist inzicht dat zijn oorzaak van hebben niet alleen in een verkeerde beoordeling van gemeentelijke algemene belangen, maar ook in de beperkte gezichtskring van het lagere orgaan. Een gemeenteraad kan nu eenmaal niet meer overzien dan wat binnen de kring der gemeente valt; gedeputeerde staten en Kroon kunnen beoordeelen of datgene wat misschien wel een algemeen belang van de kleine maatschappelijke eenheid dient, toch invloed heeft buiten die kring, waardoor een algemeen belang van de grotere eenheid wordt geschaad. In artikel 22 van de Waterstaatswet 1900 is zelfs bepaald dat de Kroon een besluit van een waterschap, veenschap of veenpolder niet kan vernietigen wegens strijd met een belang van het waterschap, het veenschap of de veenpolder.

Bij de Staat treft men het vernietigingsrecht achteraf niet aan; de goedkeuring vooraf slechts in enkele gevallen: voor dadingen ter beëindiging van geschillen omtrent roerende zaken is goedkeuring bij de wet vereist, wanneer het voorwerp van geschil een hogere geldswaarde heeft dan fl. 5.000,- (artikel 30 lid 2 Comptabiliteitswet); gaat het geschil over rechten op onroerende zaken, dan is goedkeuring door de Kroon voldoende wanneer het belang fl. 40.000,- overtreft; beneden dat bedrag kan de minister van financiën zonder meer een dading treffen; voor kwijtschelding van burgerrechtelijke vorderingen van het Rijk is een machtigingswet nodig wanneer het bedrag der vordering hoger is dan fl. 5.000,- (artikel 28 lid 2); voorafgaande goedkeuring bij de wet is nodig voor contracten betreffende werken of leveringen voor langer dan vijf jaren (artikel 32 lid 2); hetzelfde geldt voor huurcontracten van langer dan tien jaren (lid 3); aanbestedingen en leveranties voor meer dan fl. 2.500,- kunnen ondershands worden gegund, mits de Kroon daartoe machtiging heeft verleend (artikel 33 lid 2); schenking van roerende zaken behoeft machtiging van de minister van financiën, resp. goedkeuring door de minister-raad (artikel 5 Comptabiliteitsbesluit 1956).

Speelt het preventieve toezicht bij de Staat slechts een ondergeschikte rol, zijn handelingen zijn op andere wijze aan banden gelegd, met het doel te zorgen dat de behartiging van algemene belangen niet in het gedrang komt.

Als zodanig noem ik de bepalingen betreffende de rijksbegroting en de verantwoording van- en controle op de uitgaven in de Comptabiliteitswet, die gedetailleerd uitwerken dat geen uitgave van het Rijk wordt gedaan zonder dat er een begrotingspost voor is en een krediet voor is geopend. De ministers mogen dus geen overeenkomsten sluiten waaruit uitgaven voor het Rijk voortvloeien, tenzij zij er een begrotingspost voor hebben en deze nog ruimte biedt voor de uitgave. Intussen zij opgemerkt, dat, wanneer een minister toch een overeenkomst sluit die tot uitgaven leidt welke niet uit een begrotingspost kunnen worden bestreden, daaruit niet de nietigheid der overeenkomst of de opheffing der verbintenis tot betalen voortvloeit.¹² Op de eenmaal gesloten overeenkomst hebben deze bepalingen der Comptabiliteitswet dus geen invloed.

De Comptabiliteitswet bevat enige bepalingen betreffende de specifieke overeenkomsten. Artikel 33 schrijft dwingend voor openbare aanbesteding van werken en leveringen welke een vermoedelijke uitgaaf van meer dan fl. 2.500,- ten gevolge hebben, tenzij bij K.B. wordt besloten van deze regel af te wijken. Verkoop van roerende goederen moet in het openbaar geschieden, tenzij bij K.B. of Ministerieel besluit anders wordt bepaald. Hetzelfde geldt voor onroerend goed (artikel 1 Wet van 24 januari 1952 S. 37).

Men kan in deze bepalingen, waarvan de opsomming niet volledig is, door de wet gestelde waarborgen zien dat het Rijk zo goedkoop mogelijk verkrijgt en zo duur mogelijk vervreemdt. Of die bepalingen daartoe effectief zijn kan worden betwijfeld. Veel systeem valt in de wet niet te onderkennen. Tevens dienen sommige van deze bepalingen tot voorkoming van bevoordeling van bepaalde particulieren. Door de voorschriften betreffende openbare aanbestedingen en inschrijvingen en openbare verkoop wordt bereikt dat alle in aanmerking komende particulieren gelijke kansen krijgen op een contract met de overheid. Een particulier mag contracteren met wie hij wil, om redenen welke hem goeddunken. De overheid mag dat niet, want het is een openbaar belang, dat alle burgers der gemeenschap gelijkelijk in staat worden gesteld leveranties te verrichten ten bate van de gemeenschap waartoe ook zij behoren.

¹² H.R. 5 nov. 1849 W. 1058, nooit herhaald en nooit achterhaald.

Zonder nadelen is de wettelijke regeling niet. Het komt voor dat de aannemer die voor het laagste bedrag voor een werk inschrijft door de opdracht gevende overheid niet de geschiktste geacht wordt voor het werk. Men kan met de contractsbepalingen in de hand en met deskundig toezicht, nog zo zeer trachten te bereiken dat de aannemer goed werk levert, als de aannemer niet voldoende bekwaam is krijgt men op zijn best een matig uitgevoerd werk, en meestal lijdt de aanbesteder schade door vertraging, extra maatregelen e.d., schade die zelden geheel verhaalbaar is.

Nu de E.E.G. meer tot ontwikkeling komt zullen bepalingen betreffende de mogelijkheid voor ieder om op gelijke voorwaarden in te schrijven de aandacht krijgen en verder uitgewerkt worden, immers de gemeenschappelijke markt eist dat ondernemers uit de hele gemeenschap op gelijke voorwaarden mogen meedingen naar leveranties aan overheidslichamen in de hele gemeenschap. Hieromtrent wachten ons zeker wettelijke- of Gemeenschapsvoorschriften.

De gevolgen van niet-inachtneming van de onder 1 en 2 besproken voorschriften voor overeenkomsten zijn van verschillende aard.

Heeft een onbevoegd orgaan een overeenkomst gesloten, dan moet deze als niet bestaande worden aangemerkt. Wanneer een directeur van een gemeentebedrijf een overeenkomst aangaat zonder daartoe te zijn gemachtigd door een raadsbesluit, komt geen overeenkomst tussen de gemeente en de wederpartij tot stand.

Bij de Staat zal dit anders kunnen zijn. Wanneer de wederpartij de ambtenaar van de Staat op redelijke gronden – waaronder b.v. de functie die de ambtenaar vervult – bevoegd mocht achten namens de minister de overeenkomst aan te gaan, dan moet de Staat gebonden worden geacht. Het ligt op de weg van de Staat om de bevoegdheden der ambtenaren duidelijk kenbaar te maken, dan wel de gestie zijner ambtenaren intern te controleren.

Ontbreekt de wettelijk voorgeschreven goedkeuring, b.v. van gedeputeerde staten voor een gemeenteraadsbesluit tot het kopen van onroerend goed, dan ontstaat een halfslachtige situatie. De heersende mening is, dat in dat geval de overeenkomst relatief nietig is: de gemeente kan zich op de nietigheid beroepen, de wederpartij niet. Aldus Oppenheim

— van der Pot, Gemeenterecht I, blz 777, Oud, Handboek van het Nederlands Gemeenterecht II blz 583 e.v., Rb. Almelo 5 februari 1930, N.J. '30 blz 701 en Rb Assen 18 april 1944 A.B. 1946 blz 229. Ook het arrest H.R. 2 december 1867 W. 2959 lijkt deze gedachte te bevatten. Volgens Oud is artikel 1367 B.W. analogisch toepasselijk op dit geval. Dezelfde schrijver acht artikel 1693 B.W. rechtstreeks toepasselijk. Oppenheim — van der Pot niet. Zolang gedeputeerde staten nog geen besluit hebben genomen, is de toestand zwevende; wordt de overeenkomst goedgekeurd, dan wordt zij geacht partijen te binden vanaf het moment dat zij werd aangegaan (Rb Alkmaar 12 januari 1950 A.B. '50 blz 469); wordt zij niet goedgekeurd, dan blijft de toestand zo, dat de gemeente zich op nietigheid kan beroepen, de wederpartij niet. De zwevende toestand kan lang duren. Weliswaar moeten gedeputeerde staten binnen drie maanden beslissen, maar van een weigering der goedkeuring kan de gemeente bij de Kroon in beroep komen, zodat na geruime tijd de goedkeuring nog kan komen. Een onbevredigende regeling, die men in de eerste plaats zal moeten vermijden door ofwel de overeenkomst niet te sluiten voordat het raadsbesluit is goedgekeurd, ofwel door de overeenkomst onder opschortende voorwaarde te sluiten. Maar wanneer toch een onvoorwaardelijke overeenkomst wordt gesloten voordat het besluit omtrent de goedkeuring is genomen, lijkt het mij niet juist artikel 1367 B.W. analogisch toe te passen wanneer de goedkeuring wordt geweigerd.

Volgens dit artikel heeft de onbekwame of zijn wettelijke vertegenwoordiger de keus de nietigheid der overeenkomst in te roepen of nakoming te vorderen. Nu kan ik mij niet goed voorstellen dat een gemeente, wier besluit tot b.v. aankoop van een onroerend goed door gedeputeerde staten niet is goedgekeurd, toch nakoming zou kunnen vorderen; d.w.z. levering tegen betaling van het overeengekomen bedrag. De gemeente kan dunkt mij niet anders dan haar wederpartij meedelen dat de koop niet doorgaat. Betrof de overeenkomst b.v. de verhuur van een gemeentelijk gymnastieklokaal aan een gymnastiekvereniging, en was het lokaal reeds vooruitlopende op de goedkeuring van gedeputeerde staten in gebruik gegeven, dan zal de gemeente bij weigering der goedkeuring niet anders kunnen doen dan de vereniging het gebruik ontfeggen. Geeft men de gemeente de

keus nakoming der overeenkomst te verlangen, dan betekent dat, dat zij het besluit van gedeputeerden naast zich neer kan leggen. Dat is niet de bedoeling van artikel 228 Gemeentewet. Maar als men met mij aanneemt dat de gemeente die de voorgeschreven goedkeuring niet krijgt zich op de nietigheid der overeenkomst *moet* beroepen, dan heeft het geen zin van relatieve nietigheid te spreken. De wederpartij die de gemeente tot nakoming aanspreekt moet een beroep op nietigheid tegengeworpen krijgen; spreekt de gemeente de wederpartij aan tot nakoming, dan zal laatstgenoemde de gemeente kunnen tegenwerpen: dat moogt gij niet. Men kan dan wel zo eenvoudig zeggen dat ook de wederpartij zich op de nietigheid kan beroepen. Ik zou derhalve de goedkeuring van gedeputeerde staten willen beschouwen als een wettelijke opschortende voorwaarde in de overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de goedkeuringen die vereist zijn voor het sluiten van overeenkomsten door provincies, Rijnmond, waterschappen en de Staat.

Moeilijker wordt de zaak wanneer de Kroon gebruik maakt van haar bevoegdheid tot vernietiging van besluiten van gemeenteraden, provinciale besturen, waterschapsbesturen en besturen van allerlei openbare lichamen. Op grond van artikel 185 Gemeentewet kan de Kroon alle besluiten van gemeentebesturen vernietigen wegens strijd met de wet of het algemeen belang. Hetzelfde geldt t.a.v. de goedkeuringsbesluiten van gedeputeerde staten. Gebeurt dat, dan hebben wij te maken met een overeenkomst die volkomen geldig is gesloten, maar waarbij de wilsverklaring van één der partijen achteraf wordt aangetast. Het bekende voorbeeld is de vernietiging door de Kroon van een besluit van de gemeenteraad van Breda tot aankoop van de Baronie-laan. De Kroon vond het in strijd met het openbare belang dat de gemeente Breda eigenaar zou worden van een openbare verkeersweg met gas- en waterleidingen, riolen en een trambaan, liggende in een andere gemeente. De Kroon vernietigde het besluit dat door gedeputeerden was goedgekeurd, nadat de koopovereenkomst reeds geheel was uitgevoerd; het transport had plaats gevonden, de koopsom was betaald. De gemeenteraad was daarmee in een impasse geraakt. Hij zag geen kans de koop ongedaan te maken en de betaalde koopsom in de gemeentekas terug te krijgen, maar gedeputeerde staten, en in beroep de Kroon, weigerden de

rekening der gemeente goed te keuren en B. en W. voor hun beheer décharge te verlenen zolang de koopsom niet teruggestort was. De impasse werd doorbroken doordat een raadslid toen maar persoonlijk de Baronielaan van de gemeente kocht tegen dezelfde prijs als waarvoor de gemeente had gekocht. Zo kreeg de gemeente het uitgegeven bedrag terug. Bovendien schonk dit raadslid de Baronielaan enige jaren later aan de gemeente, die aldus voor niets eigenaresse werd van de Baronielaan, tegen welke eigendomsverkrijging de Kroon nu juist zo veel bezwaar had dat zij het besluit tot aankoop vernietigde.

Dit voorbeeld, dat reeds van 1910 dateert, doet zien dat met de vernietiging van het raadsbesluit de privaatrechtelijke overeenkomst, die immers geldig tot stand was gekomen en geldig was nagekomen, niet zo maar verdwenen is. De gemeente Brede heeft niet getracht de betaalde koopsom terug te vorderen van de verkoper. Voorzover ik heb kunnen nagaan is ook nooit in een soortgelijk geval een dergelijke vordering geprobeerd. Er is dus geen jurisprudentie over de vraag of nu ook de overeenkomst nietig wordt wanneer het raadsbesluit tot het aangaan daarvan is vernietigd. Wel is in 1931 de Gemeentewet gewijzigd. Volgens het toen ingevoerde artikel 237 kan de Kroon een besluit van gedeputeerde staten waarbij een besluit van een gemeentebeheer als bedoeld in artikel 228 is goedgekeurd niet schorsen of vernietigen indien twee maanden zijn verstreken nadat het is genomen. Het gevaar van vernietiging bestaat dus maar gedurende korte tijd, maar het bestaat. Voor vernietiging van raadsbesluiten die niet aan goedkeuring zijn onderworpen is geen termijn gesteld. Voorts bepaalt artikel 190 dat vernietiging vanwege strijd met de wet meebrengt vernietiging van alle gevolgen der vernietigde bepalingen, voorzover die nog voor vernietiging vatbaar zijn en dat bij vernietiging vanwege strijd met het algemeen belang, de niet met dat belang strijdige gevolgen in stand kunnen blijven. En artikel 191 draagt de gemeenteraad, resp. B en W, op opnieuw te voorzien in hetgeen het vernietigde besluit regelde, en te zorgen dat aan artikel 190 worde voldaan. Men kan moeilijk zeggen dat de wet nu een goede en duidelijke regeling heeft gegeven voor gevallen als dat van de Baronielaan. Artikel 191 doet niet meer dan zeggen dat de gemeenteraad maar moet zorgen de puzzle op te lossen.

Maar niet iedere gemeente heeft een zo liberaal raadslid als Breda destijds. Volgens de regel van artikel 190 lid 2 was de eigendomsverkrijging van de Baronielaan niet een der gevolgen die in stand konden blijven, immers de Kroon oordeelde juist die eigendomsverkrijging in strijd met het algemeen belang. Moet men dus zeggen dat die eigendomsverkrijging ongedaan gemaakt moet worden? Kan de gemeente met succes de verkoper dagvaarden teneinde te horen nietig verklaren, althans vernietigen, de koopovereenkomst en zich te horen veroordelen tot teruggave der kooppenningen, tegen teruglevering van het onroerende goed? Wil men dat een dergelijke vordering zal slagen, dan moet men aan de artikelen 185 en 237 Gemeentewet een werking toekennen die sterk ingrijpt in het privaatrecht. Die werking is dan soortgelijk aan de werking van dwang, dwaling of bedrog in het privaatrecht: de wilsverklaring van een der partijen wordt achteraf ongeldig verklaard. Ik meen dat een dergelijke ingreep van het administratief recht in het privaatrecht niet gerechtvaardigd is, althans wanneer het gaat om vernietiging wegens strijd met het algemeen belang. Bij vernietiging wegens strijd met de wet is nietigheid der overeenkomst eerder aanvaardbaar: de Kroon constateert dat de gemeenteraad een besluit heeft genomen dat hij niet kon of mocht nemen volgens een bestaande regel van objectief recht. De wederpartij kon dat weten. Men stelt echter de wederpartij der gemeente aan te grote onzekerheden bloot, onzekerheden die zij absoluut niet kan beoordelen, wanneer men haar het risico laat lopen dat de overeenkomst achteraf vernietigd wordt omdat de Kroon een ander oordeel heeft over het algemeen belang dan de gemeenteraad.

Ik zou dus de vernietigingsbepalingen zo willen interpreteren dat de vernietiging van het raadsbesluit niet meebrengt de nietigheid van de privaatrechtelijke overeenkomst. Artikel 191 Gemeentewet betekent dan dat de raad maar moet zien de ongewenste gevolgen te elimineren — in het Bredase geval door de Baronielaan weer op de een of andere manier van de hand te doen. Beter is het in de wet duidelijk te stellen dat de vernietiging van het raadsbesluit geen privaatrechtelijke gevolgen heeft. Wil men gemeentebesturen weerhouden van het sluiten van overeenkomsten die in strijd zijn met het openbare belang, dan moet men het sluiten dier overeenkomst voorkomen door pre-

ventief toezicht (als wettelijke voorwaarde voor het in werking treden der overeenkomst), niet de wederpartij met de gevolgen belasten. Ook vernietiging van een raadsbesluit wegens strijd met de wet behoort naar mijn mening niet zonder meer de nietigheid der op het raadsbesluit gebaseerde overeenkomst mee te brengen. De nietigheid der overeenkomst behoort afhankelijk te zijn van de vraag of die overeenkomst op zichzelf in strijd met de wet was. Zo ja, dan is zij daarom nietig, als tenminste overtreding van die wetsbepaling nietigheid meebrengt.

De Provinciewet regelt deze materie beter dan de Gemeentewet: artikel 174 zegt dat vernietiging van het besluit door de Kroon meebrengt vernietiging van alle daarvoor vatbare gevolgen. Ik meen dat men kan volhouden dat een geldig gesloten overeenkomst niet is een voor vernietiging vatbaar gevolg van het provinciaal besluit.

Ook artikel 30 der Waterstaatswet 1900 bepaalt dat vernietiging van een besluit van een waterschap, veenschap of veenpolder medebrengt de vernietiging van al de gevolgen van het vernietigde besluit, voorzover die nog voor vernietiging vatbaar zijn.

Voor Rijnmond is de zaak even slecht geregeld als voor de gemeenten.

De Wet op de Bedrijfsorganisatie regelt de kwestie ook minder goed: volgens artikel 62 brengt vernietiging van een besluit van de S.E.R. of een bedrijfsorganisatie mede vernietiging van alle gevolgen der vernietigde bepaling, voorzover bij het besluit van de Kroon niet anders is bepaald. Men moet er dus maar op vertrouwen dat de Kroon privaatrechtelijke puzzles voorkomt door een uitdrukkelijke bepaling in het vernietigingsbesluit. Ik acht een wettelijke uitsluiting van de vernietiging van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen krachtens het vernietigde besluit preferabel.

Artikel 30 van de Advocatenwet bepaalt dat de Kroon de gevolgen regelt van vernietigde besluiten ten aanzien van hetgeen ingevolge het vernietigde besluit reeds is geschied. Ook hier moet men maar hopen dat de Kroon privaatrechtelijke puzzles voorkomt.

Hoe men moet oordelen over de geldigheid van overeenkomsten, door de Staat gesloten zonder dat een der eerder genoemde bepalingen der Comptabiliteitswet is in acht ge-

nomen, is twijfelachtig. Volgens H.R. 18 april 1947 N.J. '47 no 289 is een overeenkomst tot een bedrag van meer dan fl. 1000,-, door de Staat mondeling gesloten, niet nietig. De strekking van artikel 33 lid 3 der Comptabiliteitswet is dat zoveel mogelijk ter zake van alle door de Staat aangegane overeenkomsten een door de wederpartij ondertekend geschrift vanwege het betrokken onderdeel van de Rijksdienst aan de Algemene Rekenkamer zou kunnen worden overgelegd.

Jurisprudentie over andere voorschriften der Comptabiliteitswet vond ik niet. Wat is rechtens wanneer een minister een dading sluit zonder de voorgeschreven machtiging van de Kroon of wet? Wat wanneer een onderhandse aanbesteding plaats vindt zonder machtiging van de Kroon? Men zou zeer wel kunnen volhouden dat dergelijke overeenkomsten nietig zijn.

De Comptabiliteitswet moet mijns inziens worden verbeterd. Het vereiste van goedkeuring of machtiging bij een wet voor dadingen, kwijtscheldingen en langlopende huren of leveranties dient te verdwijnen. Ik vernag niet in te zien waarom een minister wel zonder enige controle, behalve dat hij er een begrotingspost voor moet hebben, twintig straaljagers mag bestellen, maar geen dading mag sluiten ter beëindiging van een geschil waarmee fl. 5001,- is gemoeid¹³, noch een deel van een burgerrechtelijke vordering van fl. 5001,- mag kwijtschelden. Wil men de minister niet toevertrouwen dergelijke rechtshandelingen zonder controle te verrichten, dan is het voldoende te bepalen dat voorafgaande goedkeuring van de Algemene Rekenkamer nodig is. In de praktijk gebeurt dat toch al, officieus. De bepalingen dat voor sommige overeenkomsten een besluit van de Kroon, of goedkeuring door de Kroon, dan wel door de ministerraad of de minister van financiën nodig is, behoeven mijns inziens een systematische herziening. Voor handhaving van een regel dat afwijking van openbare aanbesteding van werken of leveranties of van openbare verkoop van goederen een bijzondere goedkeuring behoeft, valt wat

¹³ De minister mag wel een dading treffen betreffende een vordering op het Rijk van welk bedrag ook. Art. 30 Comp. wet staat in de paragraaf betreffende de ontvangsten. Zie A. C. de Ruiter in N.J.B. 1958, blz. 494.

te zeggen uit het oogpunt van gelijke kansen voor particuliere ondernemers. Maar dan moeten deze bepalingen vanuit die gezichtshoek worden herzien en gesystematiseerd.

VIII

REGELS BETREFFENDE HET SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN DOOR OVERHEEDSLICHAMEN

(vervolg)

Als derde wijze waarop de bevoegdheid der overheid tot het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten aan banden is gelegd kan genoemd worden de uitsluiting van de mogelijkheid daartoe wanneer het publiekrecht de overheid een bepaalde eenzijdige beslissingsbevoegdheid geeft, maar op zo'n wijze omschreven, dat van die bevoegdheid slechts onder bepaalde voorwaarden of slechts op een bepaalde wijze of met bepaalde oogmerken gebruik mag worden gemaakt; dan mag de overheid geen overeenkomst sluiten waarmee zij iets bereikt wat zij met hantering van de bevoegdheid niet kan bereiken. Het uitdrukkelijk verleende administratiefrechtelijke middel sluit dan het privaatrechtelijke middel uit. Dit is niet uitdrukkelijk zo neergeschreven in de wet, maar volgt uit de administratiefrechtelijke regel. Huart¹⁴ schreef: het gebruik van privaatrechtelijke vormen zal niet geoorloofd zijn, wanneer de wet blijkbaar de bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is. Hij noemde als voorbeelden: artikel 224 oud Gemeentewet, volgens hetwelk gemeentelijke politiefunctionarissen niet bij overeenkomst (arbeidscontract) kunnen worden aangesteld; de regeling der P.T.T. tarieven, die uitsluit dat de P.T.T. een afwijkend tarief overeenkomt. De Goede en Troostwijk¹⁵ zijn het met de door Huart geformuleerde regel eens, doch merken op dat de moeilijkheid zit in de interpretatie van de administratiefrechtelijke wetsbepaling: bedoelt die in-

¹⁴ F. J. A. Huart, *Verspreide Geschriften*, blz. 24.

¹⁵ *Praeadviezen Ver. v. Adm. Recht* 1956, XXXIV blz. 21 e.v.; blz. 58 e.v.

derdaad hantering van privaatrechtelijke vormen uit te sluiten? Dat is vaak moeilijk uit te maken. Deze problematiek heeft tot een vrij uitgebreide jurisprudentie, zowel van de burgerlijke rechter als van de Kroon, aanleiding gegeven, welke uitvoerig is geanalyseerd door de Goede en Troostwijk in hun praeadviezen. Zij hebben aangetoond, dat men niet spoedig mag zeggen: hier heeft de wet de overheid zekere publiekrechtelijke bevoegdheden gegeven, nu zijn privaatrechtelijke overeenkomsten onbestaanbaar, nietig. De Landsmeerarresten van de Hoge Raad, gewezen na die praeadviezen, geven nog weer een verdere ontwikkeling in deze materie te zien.

Ik zal de vraagstukken die zich hier voordoen niet benaderen vanuit de vraagstelling: „kan de overheid in een bepaald geval wel een geldige privaatrechtelijke overeenkomst sluiten”, maar vanuit de praktijk, die nu eenmaal zo is dat de overheid in allerlei situaties naar het privaatrechtelijke middel der overeenkomst grijpt, ook daar waar de administratiefrechtelijk denkende jurist zou verwachten dat zij administratiefrechtelijke middelen zou hanteren. Ik benader de kwesties dus vanuit de privaatrechtelijke hoek: constaterende dat er een bepaalde overeenkomst is gesloten tussen een overheidslichaam en een particulier, welke op het eerste gezicht naar de regels van het privaatrecht rechtsgeldig is, vraag ik mij af: welke invloed heeft het administratief recht op deze overeenkomst?

In de praktijk rijst dit probleem in twee soorten gevallen:

- a. de overeenkomst is gesloten, maar de particuliere partij is niet tevreden en meent toch eigenlijk niet gehouden te zijn tot een bepaalde prestatie, dan wel recht te hebben op een grotere prestatie van de overheid-partij;
- b. de overeenkomst is gesloten, maar de overheid is niet tevreden en meent niet gehouden te zijn tot een bepaalde prestatie, dan wel de particulier-wederpartij tot iets anders te moeten nopen dan was overeengekomen en hanteert daartoe een publiekrechtelijk middel.

Als variant op de gevallen sub b kan men beschouwen de vernietiging van een besluit van een overheidslichaam door een hoger overheidsorgaan omdat dit meent dat de overeenkomst niet gesloten had kunnen of behoren te worden.

Vermoedelijk zal in verreweg de meeste gevallen de vraag

niet rijzen, omdat beide partijen tevreden zijn met de gesloten overeenkomst en die geheel nakomen. Zoals Troostwijk opmerkte¹⁶ dient de gesloten overeenkomst vaak het belang van de overheid en de particulier beiden beter dan de hantering van de administratiefrechtelijke middelen. Men moet dus voorzichtig zijn met onverbindendverklaringen van gesloten overeenkomsten op rechtstheoretische gronden.

IX

RECHTSPRAAK

De particulier blijkt maar zelden onder de overeenkomst uit te kunnen komen. Dat is alleen het geval wanneer een publiekrechtelijke regeling zeer duidelijk uitsluit dat overeenkomsten worden gesloten betreffende de publiekrechtelijk geregelde materie.

Zo oordeelde Hof Arnhem 15 maart 1938 N.J. '38 no 808 nietig een overeenkomst tussen de gemeente Didam en een tijdelijk benoemde onderwijzeres volgens welke zij zich had verbonden haar ambtelijk tractement over zekere periode in de gemeentekas terug te storten. De onderwijzeres had zich daartoe verbonden omdat B en W vreesden, op grond van zekere bepalingen in de L.O.-wet, dat de gemeente van het Rijk geen restitutie zou krijgen van het tractement. De onderwijzeres, die hoopte een vaste aanstelling te zullen krijgen, verklaarde zich tot eventuele terugstorting bereid. Zij verkreeg de vaste aanstelling; de vrees van B en W bleek gegrond: het Rijk vergoedde de gemeente slechts gedeeltelijk het tractement over het tijdperk der tijdelijke aanstelling, en B en W kortten het terug te betalen bedrag op het tractement der vast aangestelde onderwijzeres. De onderwijzeres slaagde in haar vordering tot betaling van het gekorte bedrag. Het Hof overwoog dat de wedden van tijdelijk bij het openbaar onderwijs aangestelde krachten zijn geregeld in een A.M. v. B. berustend op de L.O.-wet en dat elke gemeentelijke regeling betreffende zulk een wedde krachteloos is. De gemeente kon ook niet dit voorschrift ontduiken door een overeenkomst te sluiten.

¹⁶ Praeadvies blz. 70.

Het verweer der gemeente, dat de onderwijzeres geen tijdelijke aanstelling, en ook geen vaste aanstelling, zou hebben gekregen als zij de overeenkomst niet had gesloten, werd als irrelevant verworpen. De aanstellingen waren ambtelijke aanstelling en als zodanig geldig; daaruit vloeide de aanspraak op de publiekrechtelijk geregelde wedde voort; de rechtsverhouding werd geheel beheerst door de publiekrechtelijke voorschriften, waarvan niet bij overeenkomst kon worden afgeweken.

De achtergrond van dit geval was de nalatigheid van de gemeenteraad om in de onderwijzersvacature definitief te voorzien. B en W konden iemand tijdelijk benoemen, in afwachting van het definitieve besluit van de raad, maar blijkbaar kwam een tijdelijk benoemde leerkracht slechts gedurende zekere tijd voor rekening van het Rijk. B en W trachtten het algemene belang van het openbaar onderwijs te dienen door te zorgen dat er een onderwijzeres was, en tegelijk het algemene belang der gemeentefinanciën door die niet te belasten met een uitgave welke in beginsel niet voor rekening der gemeente behoorde te komen. Zij trachtten de financiële last af te wentelen op de sollicitante, die — het speelde in 1930 toen er veel werkeloosheid was — wel een tijdje voor minder geld les wilde geven in de hoop op een vaste aanstelling. Het is B en W mislukt. De materie van ambtelijke aanstellingen en bezoldigingen is zodanig in de wet publiekrechtelijk geregeld, dat er geen ruimte meer is voor overeenkomsten op dit gebied.

Een ander geval van een particulier die er in slaagde onder de door hem met een overheidslichaam gesloten overeenkomst uit te komen, was de Amsterdamse notaris die van de gemeente Amsterdam vergunning vroeg een woonhuis als kantoor te gebruiken. De gemeente wilde die vergunning wel geven als de notaris fl. 3200,- betaalde. Dit bedrag ontleende de gemeente aan een besluit van B en W bevattende richtlijnen betreffende het verlenen van toestemming tot het onttrekken van woonruimte aan haar bestemming, volgens welke richtlijnen voor zo'n toestemming een compensatie in geld werd geëist, welk geld de gemeente zou gebruiken voor het creëren van andere woonruimte. De notaris betaalde en kreeg de toestemming, exacter gezegd: een verklaring dat de woonruimte in het bewuste pand niet meer als woonruimte werd beschouwd en er dan ook geen

vordering krachtens de Woonruimtetwet 1947 op dit perceel zou worden toegepast. Daarop vorderde de notaris het bedrag terug als onverschuldigd betaald. De Amsterdamse Rechtbank (12 jan. 1958 N.J. '58 no 83) wees de vordering toe. Zij verwierp het beroep der gemeente op een overeenkomst met de overweging dat de gemeente geen overeenkomst kan aangaan betreffende het gebruik van haar publiekrechtelijke bevoegdheden (uit de Woonruimtetwet). Die bevoegdheden zijn tevens verplichtingen om te handelen waar de behartiging van de belangen waartoe de bevoegdheden zijn gegeven dat vereist. Die bevoegdheden zijn geen „zaken in de handel”. Een verplichting der gemeente om de onttrekking van de woonruimte aan haar bestemming te handhaven is rehtens onbestaanbaar, aldus de Rechtbank, en dus ontbrak de oorzaak aan de contraprestatie en miste de verplichting tot betaling een oorzaak. Het komt mij voor dat de notaris niet helemaal gelukkig zal zijn geweest met dit gewonnen proces: de uitspraak der rechtbank impliceert dat de gemeente volkomen vrij is zijn kantoor voor woonruimte te vorderen wanneer de Amsterdamse woningnood daartoe aanleiding geeft.

H. Drion wees er in W.P.N.R. 4609 op dat de rechtbank hier een reeds lang verworpen begrip „oorzaak der verbintenis” hanteerde.

Dat deze uitspraak niet zo hecht gefundeerd was, ontvond de Amsterdamse advocaat, die een soortgelijke transactie¹⁷ met de gemeente had aangegaan en zich aan het voorbeeld van de notaris spiegelde. De Rechtbank gaf hem gelijk, het Hof en de Hoge Raad niet, laatstgenoemde bij arrest van 13 april 1962 N.J. '64 no 366 (H.B.). De Hoge Raad oordeelde de storting in het gemeentelijk fonds voor woningonttrekking niet onverschuldigd betaald. Wie ter bereiking van een door hem gewenst en geoorloofd resultaat de medewerking nodig heeft van een ander en ter verkrijging van die medewerking aan die ander enig door deze voor zijn medewerking bedongen goed geeft, presteert niet zonder rechtsgrond en kan, na het gewenste resultaat te hebben verkregen, het gepresteerde niet als onverschuldigd betaald terug vorderen, tenzij aan hetgeen aldus geschiedt een geoorloofde oorzaak ontbreekt, b.v. wanneer de partij die

¹⁷ Een verschil is dat de advocaat een verklaring als bedoeld in artikel 1 lid 6 Woonruimtetwet verkreeg; de notaris niet.

voor haar medewerking dat goed bedong misbruik maakte van de omstandigheden waarin haar wederpartij verkeerde. In beginsel geldt hetzelfde voor wie ter verkrijging van de medewerking der overheid tot enige handeling waartoe deze wettelijk niet verplicht is, een door de overheid daarvoor verlangde prestatie verricht, tenzij tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van die prestatie enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakte van de bevoegdheden of feitelijke machtspositie welke die medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden. Daarbij is het onverschillig of de wilsovereenstemming, welke door de voldoening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verlangt aan de dag treedt, al dan niet kan worden gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst. Enig wettelijk voorschrift dat de gemeente verbodt voor haar medewerking het bedrag te innen zag de Hoge Raad niet. Van misbruik van bevoegdheid of machtspositie was ook geen sprake, immers de van de wederpartij bedongen prestatie strekte enkel ter compensatie van de vermindering van woonruimte in de gemeente welke van de van het gemeentebestuur verlangde medewerking het gevolg zou zijn, en het is aannemelijk dat dit bestuur bij de afgifte van de in artikel 1 lid 6 der Woonruimtetwet bedoelde verklaringen juist met het oog op de bij de instandhouding van de woonruimte betrokken belangen is ingeschakeld.

Het valt op dat de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden liet of er in dit geval wel sprake was van een privaatrechtelijke overeenkomst. Misschien moet de handeling der gemeente beschouwd worden als een administratiefrechtelijke, verricht nadat aan een door haar gestelde voorwaarde was voldaan, een voorwaarde die door de regels van administratief recht niet verboden was. Maar in ieder geval volgt uit het arrest dat een privaatrechtelijke overeenkomst, inhoudende dat de gemeente tegen een bepaalde tegenprestatie ten behoeve van het fonds voor woningonttrekking haar toestemming zou verlenen tot het veranderen van woon- in kantoorruimte, geldig is. Wij zien hier dus een geval waarin de wet en de uitvoeringsbesluiten een gedetailleerde regeling inhouden betreffende de bevoegdheden der overheid ter zake van het doelmatige gebruik van woonruimte in verband met de bestaande ernstige woningschaar-

ste. Die publiekrechtelijke voorschriften bevatten niets omtrent de mogelijkheid een betaling te verlangen voor een toestemming. Toch blijkt dat rechtsgeldig te kunnen, mits de betaalde gelden strekken tot vermindering van de woningnood. Het arrest valt alleszins toe te juichen, want de overheid kreeg op deze wijze de mogelijkheid de behoefte aan kantoorruimte niet verder voor die aan woonruimte te laten wijken dan nodig was. Wel blijft open de vraag of de gemeente alsnog de kantoorruimte kan vorderen op grond van artikel 7 Woonruimtetwet 1947.

Reeds veel eerder had de Hoge Raad de overheid ruime armslag gegeven. Op 56 april 1925 (N.J. '26 blz 649) gaf de Hoge Raad als zijn oordeel te kennen dat het Rijkskantoor voor steen, dat in die tijd de distributie van baksteen en kalkzandsteen verzorgde, door middel van een overeenkomst met de steenfabrikanten kon bereiken dat dezen administratiekosten van het rijkskantoor betaalden, ook al had het openbaar gezag aan de fabrikanten zijn wil tot voldoening door dezen van de administratiekosten kunnen opleggen. De overheid had de keus tussen gebruikmaking van een publiekrechtelijk middel en van een privaatrechtelijk middel. Een andere steenfabrikant, die eveneens meende onverschuldigd administratiekosten te hebben betaald, kreeg ongelijk bij arrest van 1 april 1926 N.J. '26 blz 577. De betalingsplicht was door de Staat afhankelijk gesteld van een vrijwillige handeling van de fabrikant, het toetreden tot een overeenkomst. De fabrikant was toegetreden en had dus verschuldigd betaald, krachtens een burgerrechtelijke toestemming om de gevorderde administratiekosten te betalen, zonder dat de Staat gebruik hoefde te maken van zijn eventueel recht om langs publiekrechtelijke weg eenzijdig tegen hem op te treden.

De beide fabrikanten zullen de vrijwilligheid van hun toetreden tot de overeenkomst maar betrekkelijk hebben gevonden. Het komt echter wel meer voor dat men economisch gedwongen is een overeenkomst te sluiten die de wederpartij dicteert; de overeenkomst is daarom niet ongeldig, of er moet sprake zijn van misbruik van een dwangpositie. Daarvan kan men niet spreken wanneer hetzelfde resultaat langs andere weg ook rechtsgeldig bereikt kon worden.

Enige jaren eerder vond het Rijksdistributiekantoor voor huiden en leder een praktische privaatrechtelijke weg om te

bereiken wat anders langs een omslachtige publiekrechtelijke weg moest gebeuren. In plaats van de looistoffen die de leerlooiers ten tijde van de inschrijving bij het distributiekantoor in voorraad hadden te vorderen en te distribueren, kwam dit kantoor met de looiers overeen dat de voorraden geacht werden te zijn gevorderd en weer ter beschikking te zijn gesteld, en dat de looiers aan het kantoor zouden betalen de bedragen die zij zouden hebben moeten betalen voor de gedistribueerde looistoffen. De looiers stemden met deze regeling in, maar een van hen kwam daarop terug en vorderde het betaalde bedrag terug, stellende dat hij alleen behoefde te betalen voor datgene wat hij van de distributie ontving. Het Hof den Haag, 18 juni 1923 W 11098, vond dat de looier wel en deugdelijk aan zijn vrijwillige aanvaarding der regeling, die ook zijn belang diende, was gebonden. De H.R. 6 juni 1924 N.J. '24 blz 863 bekrachtigde dit arrest, overwegende dat het Hof de betalingsverplichting had gebaseerd op een gesloten overeenkomst.

In 1953 besliste de Hoge Raad (20 februari 1953 N. J. '53 no 313) in een geval waarin de overheid nog iets vrijmoediger naar de overeenkomst had gegrepen. De Directeur-Generaal voor de Prijzen kon op grond van een krachtens artikel 6 van de Calculatiebeschikking verf no 1¹⁸ vastgesteld voorschrift, genaamd Compensatieregeling, een verffabrikant die aan zijn klanten te hoge prijzen had berekend dwingen zijn prijzen voor toekomstige leveringen (niet noodzakelijkerwijze aan dezelfde klanten) met evenveel te verlagen als hij ze eerst te hoog had berekend. De D.G. stelde de fabrikant een alternatief voor: de fabrikant mocht een bedrag in het Fonds voor de prijspolitiek storten en behoefde dan zijn prijzen niet zo veel lager te berekenen als hij te hoog had gedaan. Daarover werd overeenstemming bereikt. De fabrikant stortte het bedrag in het fonds, maar vorderde het daarna terug, als onverschuldigd betaald. Hij betoogde dat de overheid geen overeenkomst kon sluiten betreffende een materie ten aanzien waarvan de overheid krachtens een wettelijke regeling bevoegd is eenzijdig zijn wil op te leggen, althans – hierbij dacht de verffabrikant aan de lotgevallen van de steenfabrikanten en de leerlooier – dat een zodanige overeenkomst slechts dan rechtsgeldig en verbindend zou zijn, indien de verplichtingen welke de

¹⁸ Voor wie het weten wil: Stcrt 15 april 1942 no 72.

onderdaan contractueel op zich neemt niet of niet in belangrijke mate afwijken van die, waartoe hij langs publiekrechtelijke weg kan worden genoopt. Dat laatste was inderdaad een verschil met de gevallen van de twintiger jaren. De Hoge Raad liet in het midden de vraag of te dezen van een overeenkomst kon worden gesproken, en gaf de fabrikant ongelijk, op grond van de overweging dat de Directeur-Generaal voor de Prijzen de Compensatieregeling niet hoefde toe te passen, daar de Calculatiebeschikking ruimte liet voor andere door hem uit te vaardigen regelingen, welke ook een regeling voor één geval kon zijn. De door de Directeur-Generaal gegeven regeling verkreeg rechtskracht toen de daarbij gestelde voorwaarde van aanvaarding door de fabrikant was vervuld.

Zo gaf de Hoge Raad aan het geval een administratief-rechtelijke oplossing, waarbij als bijzonderheid valt op te merken dat de overheid blijkbaar bindende regels kan vaststellen die afhankelijk zijn van de aanvaarding door de betrokken particulier. Of men dan van een overeenkomst kan spreken liet de Hoge Raad in het midden. Het was voldoende een rechtsgrond voor de verrichte betaling vast te stellen.

De Advocaat-Generaal Langemeyer meende dat hier wel sprake was van een privaatrechtelijke overeenkomst en oordeelde deze geldig, omdat de strekking van de Compensatieregeling de toelaatbaarheid van een bepaalde afwijking meebracht, en de met de fabrikant getroffen regeling een resultaat te weeg bracht dat als equivalent kon gelden voor het resultaat van de Compensatieregeling; te weten een vergoeding van de schade toegebracht aan een door de Staat behartigd publiek belang: dat van de consumenten.

De uitvoerige analyse van Langemeyer, die ik hier niet in extenso kan weergeven, doet zien dat de vraag of een publiekrechtelijke rechtsregel de bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen waarvan afwijking niet geoorloofd is, niet eenvoudig is te beantwoorden. Bij zijn beoordeling plaatste hij het specifieke publieke (algemeen) belang dat de overheid moest behartigen op de voorgrond.

Gemeenten voelen nogal eens behoefte aan geld voor bestrijding van de kosten van aanleg van wegen, riolen e.d. en vinden niet altijd publiekrechtelijke voorschriften het meest

geschikte middel om betaling te verkrijgen. Amsterdam had in 1920 een Bouwverordening, volgens welke het oprichten van een gebouw verhoden was, anders dan aan een openbare aan de gemeente in eigendom behorende weg, terwijl het gebouw voorzien moest worden van een afvoer van huis- en bedrijfswater en drekstoffen. Een bouwondernemer wilde op een hem toebehorend terrein bouwen. Hij kreeg geen vergunning omdat ter plaatse een gemeenteweg ontbrak. Hij sloot toen een overeenkomst met de gemeente, waarbij hij zich verbond om aan de gemeente grond om niet over te dragen voor stratenaanleg en aan de gemeente te betalen zekere bedragen ter bestrijding van de kosten van aanleg door de gemeente van straten en riolen. De ondernemer kreeg de bouwvergunning, maar betaalde de toegezegde bedragen niet, stellende dat de gemeente deze alleen bij belastingverordening mocht heffen; en die bestond niet. Als voorwaarde voor het verlenen van de bouwvergunning was de overeenkomst volgens de ondernemer ongeldig. De Hoge Raad oordeelde op 20 maart 1931 (N.J. '31 blz 941, E.M.M.) de overeenkomst wel geldig. De bevoegdheid om de betalingsverplichting eenzijdig op te leggen bij verordening ontnam de gemeente niet de bevoegdheid om door middel van overeenkomst de kosten van straataanleg e.d. geheel of ten dele af te wentelen op hen, die uit hoofde van hun bijzonder belang bij het tot standkomen van het werk tot het sluiten van een zodanige overeenkomst bereid zijn. Het vrij stringent geredigeerde artikel 238 (thans 275) Gemeentewet stond volgens de Hoge Raad aan de geldigheid der overeenkomst niet in de weg, omdat hier geen sprake was van het verstrekken van diensten door de overheid aan een particulier, in de zin van dat artikel. De motivering van dit laatste is moeilijk te volgen, en werd door Meijers becritiseerd.

De gemeente Blaricum stelde het verlenen van een bouwvergunning afhankelijk van betaling van een bedrag in het gemeentelijke wegenbouwfonds. Een vordering van de bouwer wegens onverschuldigde betaling werd afgewezen door H.R. 19 maart 1931 N. J. '31 blz 470. De bouwer had die betaling vrijwillig gedaan omdat hij die in zijn belang achtte; het stond de gemeente vrij om op die voet gelden in ontvangst te nemen, ook ter dekking van publieke behoefte, tenzij de wet in dit opzicht haar een beperking aanlegde.

Dat was niet het geval; artikel 238 Gemeentewet verbood het haar niet, want de gemeente verstrekte geen dienst; artikel 5 der Woningwet verbood het ook niet, aldus legde de Hoge Raad dit artikel uit. Dit geval betrof niet een overeenkomst tussen gemeente en bouwer, er was sprake van een publiekrechtelijke verlening van een vergunning nadat aan een gestelde voorwaarde was voldaan. Ik vermeld het arrest echter, omdat het aantoont dat men niet gauw mag aannemen dat een publiekrechtelijke regeling het stellen van voorwaarden uitsluit – voorwaarden die eventueel in een overeenkomst kunnen worden belichaamd.

Op 4 april 1940 N.J. '41 no 412 E.M.M. wees de Hoge Raad een soortgelijk arrest als het vorige, in een geval waarin het verlenen van een woonvergunning afhankelijk werd gesteld van betaling van een bijdrage in de kosten van rioolaanleg, maar lokte kritiek van Meijers uit ¹⁹.

De Staat pleegt nogal eens een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vergunning tegelijk te verlenen, de laatste dan tegen betaling. De Staat vindt daartoe gelegenheid wanneer hij eigenaar is van een tot openbaar gebruik bestemd goed, b.v. een kanaal. Zo verleende hij eens vergunning aan iemand die met twee schepen handel wilde drijven in stookolie, benzine en scheepsbenodigdheden in het Merwedekanaal. Het was des handelaars bedoeling zijn schepen op een vaste plaats te leggen en daar zijn koopwaar te leveren aan langskomende schippers. Nu verbiedt artikel 56 Algemeen Reglement van Politie voor Rivieren en Rijkskanalen het zich vestigen in een kanaal tot het drijven van handel, behoudens vergunning van de minister van waterstaat. Die minister verleende de – publiekrechtelijke – vergunning, zonder voorwaarde van betaling van een geldsom, maar wel onder voorwaarde dat de handelaar de toestemming zou krijgen van de eigenaar van het kanaal: de Staat, maar dan vertegenwoordigd door het domeinbestuur. De minister van financiën (domeinen) wilde niet zonder meer toestaan dat de handelaar van het rijkseigendom gebruik maakte door daar met zijn handelschepen ligplaats te kiezen. Er werd een overeenkomst gesloten krachtens welke de Staat de handelaar toestond het kanaal voor zijn bedrijf te

¹⁹ Ik ga voorbij aan het probleem of hier niet sprake was van een verboden wijze van belastingheffing. Zie hierover Meijers, *Tractatus Tributarii*.

gebruiken tegen betaling van zeker bedrag per jaar. De handelaar betaalde, kreeg de toestemming, begon zijn handel, en vorderde het betaalde terug van de Staat. Hij stelde onverschuldigd te hebben betaald, omdat de overeenkomst een geoorloofde oorzaak zou missen. Het kanaal was openbaar vaarwater, hij mocht er dus met zijn schepen gebruik van maken, het enige wat hem verhinderde zijn schepen als winkel te gebruiken was artikel 56 van het Algemeen Politiereglement, maar dat beletsel was weggenomen door de vergunning van de minister van Waterstaat. Nu mocht de Staat als eigenaar van het kanaal geen betaling van hem verlangen voor een handeling die hij overeenkomstig de bestemming van het kanaal mocht verrichten. De Hoge Raad achtte bij arrest van 17 januari 1941 N.J. '41 no 644 de overeenkomst wel geldig. Door een blijvende ligplaats te kiezcn gebruikte de handelaar het kanaal niet overeenkomstig zijn openbare bestemming; die bestemming is immers het zijn van *vaarweg*. Het gebruik voor blijvende ligplaats was een verder gebruik dan datgene wat reeds aan een ieder vrijstaat, alleen reeds omdat de vaarweg openbaar is, welk gebruik zich beperkt tot het gewone verkeer door de waterweg met inbegrip van het tijdelijk daarin stilliggen, dat met dit verkeer in zodanig verband staat dat het geacht mag worden daarvan deel uit te maken. Ook indien de Staat het kanaal mede wil doen dienen tot plaats van vestiging voor doeleinden omschreven in artikel 56 Alg. Pol. Regl., dan brengt zulks op zich zelf en zonder meer nog niet mee dat de Staat de bevoegdheid om zijn inrichting tot dat gebruik te bezigen aan een ieder heeft gegeven, zoals *wel* de openbaarheid van de weg zonder meer meebrengt dat een ieder die weg mag bezigen voor het gebruik, waarvoor hij is vrijgegeven, te weten: voor de gewone verkeersdoeleinden.

Het punt waar het over ging is dit: een openbare verkeersweg of – water kan door iedereen gebruikt worden om zich langs te verplaatsen, maar niet om zich blijvend op te vestigen. Dat laatste kan, onder omstandigheden, slechts aan enkelen worden toegestaan, dat is dus niet de eigenlijke bestemming van die weg of dat water. En daarvoor mag dus – privaatrechtelijk – door de eigenaar een vergoeding worden bedongen. H. Bakker (W.P.N.R. 3516), directeur van domeinen, wees er op dat het bedingen van een tegenprestatie door de eigenaar in dergelijke gevallen niet alleen een

financieel staatsbelang dient, maar ook een ideëel belang: de rechtsgelijkheid van de staatsburger. Het aantal particulieren dat in een openbaar kanaal een vaste ligplaats voor winkelschepen kan krijgen is noodzakelijkerwijze gering. Wie de toestemming krijgt is dus bevoorrecht boven degenen die geen plaats meer kan krijgen. Voor dat voorrecht behoort te worden betaald. Dit lijkt mij een juiste gedachtengang.

Gemeenschappelijk kenmerk van de besproken gevallen is dit: telkens betrof het een particulier die van een overheidsorgaan een administratiefrechtelijke handeling verlangde, welke het overheidslichaam niet wenste te verrichten dan tegen betaling van een geldsom. Telkens werd over deze betaling wilsovereenstemming bereikt, soms in de vorm van een overeenkomst, soms in de vorm van een mededeling der overheid dat de verlangde administratiefrechtelijke handeling zou worden verricht, wanneer de verlangde betaling zou zijn geschied, gevolgd door een betaling door de particulier die een instemming met de verlangde prestatie inhield. In geen der gevallen bevatten de publiekrechtelijke voorschriften betreffende het verrichten van de administratiefrechtelijke handelingen een uitdrukkelijke bepaling dat als voorwaarde het betalen van een geldsom mocht worden verlangd. In alle gevallen, behalve dat van de winkelschepen in het Merwedekanaal, stond de eis dat een geldsom zou worden betaald in nauw verband met de vervulling van de taak der betrokken overheid in het kader waarvan de administratiefrechtelijke handeling werd verricht. De particulier voelde zich telkens praktisch gedwongen in te stemmen met de betaling, daar hij anders een vrijwel onoverkomenlijk economisch nadeel zou lijden. Hij meende echter telkens dat de betaling hem ten onrechte werd afgedwongen, dat de verlangde administratiefrechtelijke handeling zonder tegenprestatie had behoren te zijn verricht. Dientengevolge werd de vordering van de particulier steeds opgezet als een vordering wegens onverschuldigde betaling. Daarom bleef vaak in het vage, of in het midden, of er nu werkelijk een privaatrechtelijke overeenkomst was gesloten. Ik meende toch deze gevallen allen te moeten bespreken, omdat het stellen van voorwaarden, zonder dat de publiekrechtelijke voorschriften daaromtrent enige regeling inhouden en het aanvaarden daarvan door de particulier wel zeer dicht bij het sluiten

van een overeenkomst ligt, en omdat in elk der gevallen waarin de vordering wegens onverschuldigde betaling werd ontzegd ook een werkelijke overeenkomst had kunnen zijn gesloten. De overheid heeft dus ruime mogelijkheden privaatrechtelijke overeenkomsten te sluiten die rechtstreeks verband houden met het verrichten van administratiefrechtelijke handeling.

X

RECHTSPRAAK (vervolg)

Een geval waarin de overheid ten onrechte meende niet gebonden te zijn aan gesloten overeenkomsten is het volgende.

De gemeente Gorinchem exploiteerde een electriciteitsbedrijf en had de tarieven vastgesteld bij verordening. Op grond van die tarieven sloot zij overeenkomsten met particulieren tot levering van electriciteit. Op zeker ogenblik bevond de gemeente dat de tarieven te laag waren. Zij verhoogde bij verordening de tarieven met terugwerkende kracht. Een vordering van een particulier tot terugbetaling van datgene wat hij over de periode vóór de tariefwijzigingsverordening had bijbetaald (de particulier zal wel zijn begonnen met bijbetalen omdat hij anders werd afgesloten) slaagde bij de Rechtbank te Dordrecht (26 mei 1954 A.B. '55 blz 24, N.J. '54 no 723). De Rechtbank overwoog dat de gemeente bij de exploitatie van haar electriciteitsbedrijf op gelijke voet als een particulier handelde en de exploitatie op zichzelf ook door een particulier had kunnen geschieden. De gemeente behartigde geen anderssoortige belangen dan ook door een particulier behartigd hadden kunnen worden. De overeenkomst tot het leveren van elektrische stroom, gesloten tussen gemeente en particulier, was een privaatrechtelijke. Ook de wijziging van de tarieven (zoals gezegd: bij verordening vastgesteld) viel binnen het kader van het optreden der gemeente als exploitante van haar electriciteitsbedrijf in bovenvermelde zin, zodat het wijzigingsbesluit niet het publiekrechtelijk karakter verkreeg van een verordening in de zin van artikel 168 Gemeentewet (verordeningen betreffende de huishouding der gemeente). De wijziging met terugwerkende kracht was in strijd met artikel 1374 B.W. en dus niet bindend voor de particulier.

Met de motivering van de Rechtbank kan ik niet instemmen. Het onderscheid tussen handelingen van een overheidslichaam „als overheid” en „op voet van gelijkheid met een particulier” acht ik niet juist. De gemeente oordeelde dat een doeltreffende voorziening van electriciteit een algemeen belang der gemeente was en had die als zodanig geentameerd. Zij vervulde daarmee een eigenlijke overheids-taak. De gemeente had echter verkozen bij het vervullen van die taak gebruik te maken van een privaatrechtelijk middel: het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten met afnemers. De bij verordening vastgestelde tarieven hadden de functie van vastgestelde en gepubliceerde leveringsvoorwaarden; op die condities wilde de gemeente overeenkomsten aangaan. Een gesloten overeenkomst kan echter niet achteraf worden gewijzigd door wijziging met terugwerkende kracht der leveringscondities. Ik ben het dus wel met de slotsom der Rechtbank eens.²⁰

Niet gebonden bleek de overheid in de volgende gevallen.

Als tegenhanger van het geval van de Didamse onderwijzeres noem ik dat van de Rotterdamse boekhoudkundige expert. Het Hof den Haag, 10 nov. 1933 W 12775 N.J. '34 blz 177, oordeelde een overeenkomst tussen een gemeente en een particulier, volgens welke eerstgenoemde zich verbond de particulier een bepaalde ambtelijke aanstelling te verlenen als hij een hem opgedragen taak van modernisering van een deel der gemeenteadministratie goed vervulde, nietig. Het Hof overwoog dat B en W bij de vervulling van de hun door de wetgever opgedragen bestuurstaak handelen als overheid en deze hun in het publiek belang toevertrouwde taak medebrengt, dat zij tot de benoeming van enig gemeentebestuurder slechts mogen overgaan als zij op het ogenblik dat zij daartoe het besluit nemen van oordeel zijn dat deze is in het belang van de gemeentedienst, bij welke de ambtenaar wordt aangesteld, en anders verplicht zijn haar na te laten. In deze laatste zinsnede ligt opgesloten een gedachte die in deze materie een zeer grote rol speelt: de overheid moet op elk moment vrij zijn de beslissing te nemen die op dat ogenblik het openbare belang het beste dient, zulks te harer beoordeeling. Nog iets anders valt in deze uitspraak

²⁰ Zie oo k.H.R. 11 nov. 1960 N.J. 60 no. 599.

op: de gemeente heeft niet als verweer gevoerd dat de wederpartij de opgedragen taak niet goed had vervuld, dat dus de voorwaarde voor de verbintenis niet was vervuld. Waarom de gemeente tenslotte een ander aanstelde blijkt niet uit het arrest. Men moet aannemen dat de gemeente bij het sluiten der overeenkomst meende het belang en de goede gemeenteadministratie het beste te dienen door deze wederpartij aan te trekken; zou al hebben vastgestaan dat deze de moderniseringstaak goed kon vervullen, dan zou hij reeds aanstonds zijn aangesteld tot ambtenaar. Blijkbaar is de gemeente in de loop van de tijd van inzicht veranderd.

Ook hier werd geoordeeld: de materie van aanstelling van ambtenaren is geheel geregeld in het administratief recht; daarover kunnen geen geldige overeenkomsten worden gesloten.

Op 28 april 1941 N.J. '41 no 629 oordeelde het Haagse Hof kortweg dat de overheid geen overeenkomst kan sluiten betreffende de aanstelling van een ambtenaar, omdat dit uitoefening van een publiekrechtelijke functie in het publieke belang is.

Een ernstige teleurstelling ondervond de Roermondse advocaat van wie de gemeente terbeschikkingstelling van woonruimte in zijn huis vorderde, hoewel eerder een overeenkomst was gesloten tussen hem en de gemeente, waarbij de gemeente had toegezegd die woonruimte niet te zullen vorderen. De toezegging was gedaan omdat de bij de advocaat inwonende schoonzoon een z.g. Oostenrijkse woning zou kopen en de advocaat zich bereid had verklaard in plaats van zijn schoonzoon tijdelijk een ander inwoning te verlenen. De gemeente kwam op haar toezegging terug omdat de schoonzoon de Oostenrijkse woning toch niet had gekocht en vorderde woonruimte, nadat de tijdelijke inwoner was vertrokken. De advocaat stelde nog dat het geenszins vast stond dat hij, volgens de in de gemeente geldende regels, inwoning had moeten aanvaarden ten tijde dat hij de overeenkomst met de gemeente sloot, gezien zijn leeftijd en zijn praktijk aan huis. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 20 februari 1953 N.J. '54 no 3, dat in het algemeen een toezegging om van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te maken, niet uitsluit, dat die bevoegdheid wordt uitgeoefend indien juist overheidsbeleid ten aanzien van het belang, met betrekking waartoe de be-

voegdheid is gegeven, zich met de inachtneming van de toezegging niet verdraagt; dat zulks voor het onderhavige geval niet anders ligt, ook niet nu eiser de zijnerzijds gedane bereidverklaring om een bepaald gezin op te nemen was nagekomen. Veegens schreef in zijn noot onder dit arrest: „Overheidsfuncties zijn, overdrachtelijk gesproken, geen „zaken in de handel”, die volgens artikel 1368 B.W. alleen het onderwerp van een overeenkomst kunnen uitmaken”.

En toch worden hierover veelvuldig overeenkomsten gesloten!

Te vermelden valt nog H.R. 6 februari 1931 W. 12258, waarbij nietig werd verklaard een overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en het Rijk (beiden overheid, maar de overeenkomst was geheel privaatrechtelijk), volgens welke het Rijk op bepaalde percelen werken mocht aanleggen en voor het in gebruik nemen van eigendommen der gemeente geen belasting verschuldigd zou zijn. Vrijstelling van belasting kan alleen verleend worden volgens de regels der belastingverordening, aldus de Hoge Raad, nadat het Rijk toch was aangeslagen in de gemeentebelasting.

De materie der belastingen biedt weinig mogelijkheid tot het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten. Dat is begrijpelijk, gezien de stringente structuur van de belastingwetten en -verordeningen. Alleen overeenkomsten tussen inspecteur en belastingplichtige, waarbij omtrent dubieuze feiten, van belang voor de aanslag, iets wordt vastgesteld hebben een kans geldig en verbindend te zijn. H.R. 9 jan. 1957 B.N.B. '57/53 „licet hoc daar”.

En toch: ook op dit gebied worden talloze overeenkomsten gesloten.

Lancée heeft in W.P.N.R. 4749 – 4750 uiteengezet dat de Hoge Raad consequent overeenkomsten betreffende aanslagen in belastingen nietig acht, behalve vaststellingsovereenkomsten betreffende feiten. Maar de schrijver wijst er op dat er dagelijks „compromissen” worden gesloten tussen de inspecteurs en de belastingplichtigen, overeenkomsten die heel wat meer inhouden dan vaststelling van feitelijke gegevens. Al die overeenkomsten zijn rechtens onverbindend, maar ze worden nagekomen: de belastingplichtige heeft wat bereikt en heeft geen reden meer in beroep te komen: de inspecteur heeft een moeilijke aanslag op redelijke wijze geregeld.

Van belang is de jurisprudentie van de Kroon, die vele malen voor de vraag gesteld werd of niet een besluit nietig moest worden verklaard, omdat de besluitnemende overheid inging tegen een eerder door haar gesloten overeenkomst. De materie van stadsuitbreidingen en bebouwingen, waarbij vaak een beroep van belanghebbenden op de Kroon mogelijk is, geeft een rijke oogst aan uitspraken. Meestal doet het geschil zich voor in deze vorm, dat de gemeente met een particulier een overeenkomst heeft gesloten, waarbij de particulier tegen een bepaalde tegenprestatie de toezegging kreeg zijn eigendom op een bepaalde wijze te mogen gebruiken of houden, maar dat de gemeente later door middel van een bebouwingsvoorschrift, uitbreidingsplan of iets dergelijks, dat gebruik onmogelijk maakt. Vrijwel steeds oordeelt de Kroon dat de overeenkomst niet in de weg kan staan aan de tot standkoming van het daarmee strijdige voorschrift, dat op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. Maar vaak overweegt de Kroon daarbij, dat zij in het midden laat welke civiele rechten de particulier nog aan de overeenkomst kan ontlelen.

De secretaris-generaal van Binnenlandse Zaken – in oorlogstijd de functie van de Kroon uitoefende – verwierp op 2 april 1941 A.B. '41 blz 827 de bezwaren tegen een uitbreidingsplan van Groningen, volgens hetwelk percelen van de appellant langs een singel werden bestemd voor arbeiderswoningen. Appellant had betoogd dat hij destijds met de gemeente was overeengekomen dat hij een strook grond om niet afstond aan de gemeente, waartegenover hij de toezegging verkreeg dat hem in eigendom verblijvende percelen zouden worden bestemd en ingericht voor huizenbouw, waaronder hij verstond particuliere huizen, geen arbeiderswoningen. De S.G. overwoog dat de bouw van arbeiderswoningen ook is „huizenbouw”, zodat de gemeente niet in strijd handelde met de toezegging, maar liet daaraan voorafgaan de zinsnede: „afgezien nog hiervan dat deze burgerrechtelijke overeenkomst, daargelaten de civiele rechten welke de appellant daaraan zou kunnen ontlelen, aan de gemeenteraad niet in de weg staat om, bij gelegenheid van de vaststelling van een uitbreidings- of herzieningsplan, ingevolge de Woningwet aan de daarbij betrokken terreinen zodanige bestemming te geven als door het gemeentebelang bij de uitbreiding der bebouwing gevorderd wordt”.

Bij K.B. van 31 januari 1949 A.B. '49 blz 375 overwoog de Kroon dat de (in 1912 gesloten) overeenkomst, gerekend naar het tijdstip waarop zij werd gesloten, en met de sindsdien gewijzigde omstandigheden, voor de gemeente geen belemmering kan vormen besluiten te nemen, welke door het algemeen belang worden gevorderd (een rooijlijnverordening).

Volgens het K.B. van 27 juni 1952 A.B. '53 blz 12 (St) kon een in 1853 gesloten overeenkomst, krachtens welke de gemeente Dantumadeel van een particulier een weg overnam en zich tevens verplichtte de aanwezige wipbrug over een vaart te houden, te onderhouden en ten dienste der schipperij te doen wippen, geen overwegend beletsel zijn voor het besluit de brug te vervangen door een bredere vaste brug, die nodig was voor het toenemend verkeer.

Op 16 juli 1953 (A.B. '53 blz 757. MT) besliste de Kroon dat gedeputeerde staten terecht hadden vernietigd een gemeentelijk besluit waarbij grond langs een laan vlak bij de Grebbeberg – een natuurgebied van nationale betekenis – werd bestemd voor huizenbouw. De gemeente had die bestemming aan die grond willen geven ter nakoming van een overeenkomst uit 1935 met grondeigenaren, die grond voor de aanleg van een laan aan de gemeente hadden overgedragen tegen de toezegging dat zij dan aan die laan zouden mogen bouwen. Gedeputeerde staten en Kroon achtten bebouwing in de nabijheid van het natuurgebied onaanvaardbaar, zodat het uitbreidingsplan niet werd goedgekeurd: de overeenkomst leverde geen grond op voor goedkeuring. De gemeenteraad had tevergeefs gewezen op de moeilijkheden die hij met de eigenaren zou krijgen, en kreeg het advies maar te proberen de grond van de grondeigenaren te kopen. Zelfs werd de gemeente een rijksbijdrage voorgespiegeld, omdat de aankoop zou geschieden ten behoeve van een natuurgebied van nationale betekenis.

Ook bij K.B. van 15 oktober 1964, Bouwrecht 1^o jrg 12, no 301 werd kortweg gesteld dat toezeggingen welke van de zijde van de gemeente zijn gedaan – wat hier overigens van zij – niet van invloed behoren te zijn op de in het geschil te nemen beslissing, doch het door de raad vastgestelde plan op zijn eigen merites moet worden beoordeeld.

Wij zien als vaste jurisprudentie van de Kroon in administratief beroep, dat gesloten overeenkomsten of daaruit

voortvloeiende verplichtingen nimmer een belesel kunnen zijn voor het nemen van een publiekrechtelijk besluit betreffende uitbreidingsplannen e.d., wanneer die op zichzelf de meest doelmatige zijn. Wij zien echter ook dat de Kroon nimmer uitspreekt dat de overeenkomst die de strekking had de vrijheid der overheid om tot het meest doelmatige plan te besluiten te beperken, of althans de verbintenis der overheid, nietig is; integendeel, de geldigheid werd in het K.B. van 16 juli 1953 zelfs in zoverre erkend, dat de overeenkomst naar het oordeel der Kroon toch wel enig rechtsgevolg had.

Een zekere invloed op de beslissing van de Kroon (21 juni 1957 A.B. '57 blz 828 M.T.) had een overeenkomst krachtens welke een particulier bouwrijpe grond naast zijn huis verkocht aan een gemeente, die daar een weg wilde aanleggen, onder beding dat hij een 5 meter brede onbebouwde strook naast zijn huis zou behouden. Kort daarna wijzigde de gemeente het plan, verschoof daarin de weg en bestemde een terrein naast het huis van de particulier tot bouwterrein. Het beroep van de particulier tegen dit gemeentelijke plan slaagde: de Kroon oordeelde dat niet was gebleken dat het verplaatsen van de weg uit stedenbouwkundig oogpunt een zodanige verbetering betekende, dat hierdoor de wijziging van het bestaande uitbreidingsplan, met de daar mede samenhangende veronachtzaming van de verwachtingen welke de appellant aan de nog zo kort geleden aangegane overeenkomst kon ontleenen, gerechtvaardigd was te achten. De publiekrechtelijke bevoegdheid der gemeente een uitbreidingsplan vast te stellen of te wijzigen werd dus in principe niet verkort door de overeenkomst, maar deze speelde wel een rol bij de afweging van de betrokken belangen.

Belangwekkend is nog een K.B. van 15 december 1961, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen 1963 blz 259, waarbij werd vernietigd een besluit van de gemeenteraad van Haarlemmermeer tot aankoop van een stuk grond met de toezegging aan de verkoper dat hij op een hem verblijvend perceel een bungalow zou mogen bouwen. De Kroon overwoog dat voor de toestemming tot die bouw wijziging van het uitbreidingsplan, of toepassing van artikel 20 der Wederopbouwwet nodig zou zijn, en dat het bezwaar ontmoette in verband met de eigen aard en het bijzondere karakter

van de daarvoor op grond van de Woningwet, onderscheidelijk de Wederopbouwwet, te volgen rechtsgangen een dergelijke toezegging op te nemen in een raadsbesluit dat op grond van artikel 228 Gemeentewet goedkeuring van gedeputeerde staten behoeft. Kort gezegd: gemeente, gij hebt het niet in de hand de toezegging na te komen want gedeputeerde staten kunnen de bouw t.z.t. verhinderen; gij moet dus zo'n overeenkomst niet sluiten.

Kenmerk van de hier besproken jurisprudentie, zowel van de burgerlijke rechter als in administratief beroep, is dat telkens de betrokken overheid eerst een overeenkomst sloot, doch dat kortere of langere tijd later die overheid – of een hogere overheid die toezicht houdt op de gestie van de lagere – besloot anders te handelen dan was overeengekomen. Met negatie van de overeenkomst werd dan een publiekrechtelijk middel gehanteerd: de cenzijdige bindende beschikking of de verordening. Men moet aannemen dat de overheid het sluiten der overeenkomst aanvankelijk in het algemeen belang achtte, dat zij datgene wat zij door middel van de overeenkomst verkreeg vond opwegen tegen wat zij toezegde, of de toezegging geen inbreuk op enig algemeen belang achtte. Er is dus telkens sprake van verandering van inzicht in datgene wat de behartiging van het algemeen belang eist. Soms is het duidelijk dat die verandering van inzicht haar oorzaak vindt in veranderde omstandigheden, soms is dat niet duidelijk.

Vaste regel is ook, dat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden niet door overeenkomsten belemmerd kan worden: enig richtsnoer daarvoor is de optimale behartiging van het algemeen belang waarvoor de bevoegdheid is gegeven, te beoordeelen op het moment waarop die bevoegdheid gehanteerd wordt.

Op deze laatste regel heeft de Hoge Raad echter, naar het mij toeschijnt, een zekere restrictie toegepast in de Landsmeearresten.

XI

DE LANDSMEEARRESTEN

De gemeente Landsmeer ging ter leniging van de nijpende woningnood met twee bedrijven overeenkomsten aan die

slechts in details verschillen. Met de A.D.M. sloot de gemeente een overeenkomst krachtens welke de A.D.M. aan Landsmeer een lening verstrekke van fl. 37.500 à 1% rente voor de bouw van 50 woningen. A.D.M. huurde de woningen van Landsmeer voor 15 jaar. In de overeenkomst stond dat het gehuurde bestemd was om als dienstwoningen door huurder aan zijn personeel ter beschikking te worden gesteld, en dat A.D.M. zijn werknemers schriftelijk de verplichting zou opleggen om bij beëindiging van de dienstbetrekking de woningen te ontruimen. Met de N.D.S.M. sloot Landsmeer een soortgelijk contract, behalve dat daarin nog uitdrukkelijk werd opgenomen dat Landsmeer als verhuurder er mee accoord ging dat de huurder met zijn werknemers een aanvullende arbeidsovereenkomst aanging, bevattende de bepaling dat die werknemers de woning zouden ontruimen bij ontslag, en dat Landsmeer in voorkomende gevallen zou meewerken aan deze bepaling, zowel in haar hoedanigheid als verhuurder als in haar hoedanigheid als B en W van de gemeente Landsmeer.

Een arbeider van A.D.M., Schonwille, nam ontslag, maar wilde de door hem bewoonde dienstwoning niet ontruimen. Landsmeer zag geen kans hem een andere woning te verschaffen en greep naar haar bevoegdheid tot vorderen. Daartegen kwam A.D.M. in kort geding in het geweer.

Bij N.D.S.M. gebeurde iets dergelijks; ook daar volgde een kort geding. De strijd werd beslecht bij arresten van de Hoge Raad van 4 januari 1963, N.J. '64 no's 202 en 204. De uitkomst was verschillend.

A.D.M. eiste een verbod tot vorderen en tot tenuitvoerlegging der vordering, stellende dat Landsmeer handelde in strijd met de overeenkomst en een onrechtmatige daad pleegde. De Hoge Raad gaf deze overwegingen:

Voorop wordt gesteld dat een overheidsorgaan dat gebruik maakt van een in hoofdzaak discretionaire bevoegdheid als in artikel 7 Woonruimtetwet aan B en W is gegeven, bij de afweging van de daarbij in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig naar eigen inzicht te beslissen. De burgerlijke rechter mag op grond van artikel 1401 B.W. in het algemeen slechts ingrijpen indien het desbetreffende orgaan hetzij van zijn bevoegdheden een ander gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden waartoe

die bevoegdheid is gegeven, hetzij bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen.

De beperking die de burgerlijke rechter zich in zijn beoordeling heeft op te leggen vloeit daarbij in het bijzonder nog voort uit artikel 32 Woonruimtetwet, dat de doelmatigheid van de verdeling van de woongelegenheid in de gemeente uitdrukkelijk aan het oordeel van de rechter onttrekt.

Rechtstreeks toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur valt daarom in het bijzonder t.a.v. de belangenafweging waarop een woonruimtevoordering berust buiten de te dezen aanzien voor de burgerlijke rechter bestaande taak, al is niet uitgesloten dat die beginselen binnen het kader van de beoordeling van de vraag of de vorderende autoriteit in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, onder omstandigheden in het oordeel van de rechter zullen kunnen worden betrokken.

T.a.v. de toetsing op rechtmatigheid overwoog de Hoge Raad: vaststaat dat de gemeente handelde in strijd met de overeenkomst. Al sluit een overeenkomst, als waarvan hier sprake is, een daarvan afwijkend gebruik van de vorderingsbevoegdheid niet uit, zulk een afwijking zal haar rechtvaardiging slechts kunnen vinden in omstandigheden welke door het gemeentebestuur bij de overeenkomst niet waren voorzien en de vorderende autoriteit in redelijkheid hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de bij een doelmatige verdeling van woongelegenheid in de gemeente betrokken belangen zich met inachtneming van de overeenkomst niet langer verdragen en tot afwijking daarvan noodzaken.

De vrijheid van de administratie om te beoordelen of in een bepaald geval, gelet op de rechtspositie van partijen en alle overige in aanmerking komende belangen, de voorwaarden aanwezig zijn voor het gebruikmaken van de vorderingsbevoegdheid gaat niet zover dat de administratie die zichzelf met betrekking tot de uitoefening van haar vorderingsbeleid zekere grenzen heeft gesteld — bijvoorbeeld door, gelijk te dezen, bij overeenkomst door haar in de vervulling van haar taak om een doelmatige verdeling van de woongelegenheid in de gemeente te bevorderen gesloten met een aldaar gevestigd groot bedrijf, haar gedragslijn ten opzichte van de beschikking over de met behulp van deze overeen-

komst verkregen meerdere woonruimte vast te leggen – van de aldus zichzelf gestelde richtlijn naar willekeur mag afwijken, dat wil zeggen zonder dat er aanwezig zijn onvoorziene omstandigheden als bovenbedoeld, die haar tot deze afwijking in redelijkheid noodzaken.

Kan de administratie geen beroep doen op dergelijke omstandigheden dan heeft zij haar bevoegdheid overschreden en is de vordering, die inhoudt een aantasting van burgerlijke rechten, onrechtmatig.

Kan zij dat wel, dan mag de rechter zijn waardering van de omstandigheden niet voor die van de administratie in de plaats stellen, maar het besluit wel toetsen op de vraag of de overheid in redelijkheid tot dat oordeel kon komen.

In casu kon de overheid in redelijkheid tot dat oordeel komen, gezien de door het Hof vastgestelde omstandigheden, te weten een onverwachte drastische inkrimping van de toewijzing voor het bouwen van woningwetwoningen en de tijdelijkheid van de vordering van de woning ten behoeve van Schonewille.

In de zaak door de N.D.S.M. aanhangig gemaakt, waarin de woonruimtevordering een meer definitief karakter had, casseerde de Hoge Raad het arrest van het Hof, omdat dit niet had vastgesteld of er sprake was van onvoorziene omstandigheden van zodanige betekenis dat daarvoor de gebondenheid der administratie aan de betreffende gedragslijn moest wijken.

Belangwekkend is allereerst, dat de kwesties door de Hoge Raad werden behandeld als onrechtmatige daadskwesties. De Hoge Raad kon moeilijk anders doen, aangezien de cassatiemiddelen stelden dat het Hof de vordering door de gemeente ten onrechte niet onrechtmatig had geoordeeld. De cassatiemiddelen stelden niet dat de gemeente wanprestatie had gepleegd en tot nakoming harer verbintenis moest worden veroordeeld. De gesloten overeenkomsten speelden dus slechts een secundaire rol, maar toch een belangrijke. De uitspraken houden in dat een gemeente, die zichzelf met betrekking tot de uitoefening van haar vorderingsbeleid zekere grenzen heeft gesteld, een onrechtmatige daad pleegt wanneer zij daarvan naar willekeur afwijkt. De onrechtmatige daad bestaat uit de, in dat geval niet gerechtvaardigde, aantasting van burgerlijke rechten – in casu de rech-

ten van A.D.M. en N.D.S.M. als huurders van de gevorderde woningen. De Hoge Raad overwoog uitdrukkelijk, dat vast staat dat de gemeente handelde in strijd met de overeenkomsten. Echter, een overeenkomst als waarvan hier sprake is sluit een daarvan afwijkend gebruik van de vorderingsbevoegdheid niet uit. Aan de principiële regel dat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door overeenkomsten niet kan worden belemmerd wordt dus geen afbreuk gedaan. De rol van de overeenkomst is deze, dat de gemeente daardoor zichzelf een richtlijn had gesteld voor de uitoefening van haar vorderingsbevoegdheid. De gemeente had dat ook op andere wijze kunnen doen. De werking van de overeenkomsten wordt dus gezien als een eenzijdige handeling van de overheid-met-vorderingsbevoegdheid, een eenzijdige handeling die onder bepaalde omstandigheden de uitoefening der bevoegdheid onrechtmatig maakt, d.w.z. de bevoegdheid doet wegvallen.

Men lette erop dat de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat de onderhavige overeenkomsten door Landsmeer waren gesloten in de vervulling van haar taak om een doelmattige verdeling van de woongelegenheid in de gemeente te bevorderen. Zij lagen dus in hetzelfde gebied als de vorderingsbevoegdheid op grond van de Woonruimtetwet. De overeenkomsten waren voor de overheid privaatrechtelijke middelen ter behartiging van haar publieke taak. Daarom konden zij ook de invloed hebben die de Hoge Raad er aan toekende. Zouden de overeenkomsten een heel ander belang der gemeente hebben gediend, dan zou de beslissing waarschijnlijk anders hebben geluid.

De arresten hebben niet alleen betekenis voor de civielrechtelijke vraagstukken van onrechtmatige daad, maar ook voor het administratief recht: de door een publiekrechtelijke regeling aan een overheidsorgaan verleende bevoegdheid tot eenzijdig bindend beslissen jegens de particulier, wordt op een bepaalde wijze aan controle onderworpen, en wel door de burgerlijke rechter, die zijn greep op de administratiefrechtelijke materie kreeg door het handzame artikel 1401 B.W. Wel een bewijs hoezeer administratief recht en privaatrecht zijn verweven.

De controle op de bevoegdheid is echter slechts van bescheiden omvang. De overheid is vrij om van haar bevoegdheid tot eenzijdig beslissen gebruik te maken wanneer zij

daardoor het belang, ter behartiging waarvan de bevoegdheid is gegeven, het beste kan dienen. Of dat zo is, is aan haar oordeel voorbehouden, kan de burgerlijke rechter niet beoordelen. De overheid zal doorlopend moeten overwegen of zij de bevoegdheid zal uitoefenen. Het woonruimtebeleid vergt dagelijks beslissingen, iedere keer dat er een gegadigde voor woonruimte bij komt, dat iemand uit een woning trekt, dat er een woning bij komt of verloren gaat, moet de overheid beslissen: vorderen of niet. Natuurlijk wordt een dergelijke reeks beslissingen gesystematiseerd, de overheid stippelt voor zichzelf min of meer gedetailleerde beleidslijnen uit, deelt woningzoekenden en woningen in categorieën en urgentieklassen in, zodat een consequent beleid gevoerd kan worden. Die interne beleidslijnen zijn niet meer dan dat, al krijgen urgentielijsten e.d. bij het publiek bekendheid en zelfs de schijn van rechtsregels. De overheid kan er echter steeds van afwijken of nieuwe beleidslijnen uitstippelen; zij zal ze steeds aanpassen aan veranderende omstandigheden. Komt de overheid op een bepaald moment in een concrete situatie tot het oordeel dat het belang van de optimale verdeling van woonruimte vordering van een bepaalde woning eist, dan vordert zij. Zij heeft daartoe de bevoegdheid en haar besluit bindt de betrokken particulier (behalve in extreme gevallen van misbruik van bevoegdheid of in redelijkheid niet tot het besluit *kunnen* komen). De bevoegdheid wordt in concreto gematerialiseerd, leidt tot een rechtshandeling. Komt echter de overheid op een bepaald moment in een concrete situatie tot het oordeel dat het belang van de optimale verdeling van woonruimte vordering van een bepaalde woonruimte niet eist, dan vordert zij niet. Ook dan wordt er in zekere zin een beleidsbeslissing genomen. Die blijkt echter niet naar buiten, er volgt geen rechtshandeling op. Hoogstens blijkt het besluit indirect, doordat b.v. een huurder in spe vergunning krijgt om een bepaalde vrijgekomen woning te betrekken. Een dergelijk negatief besluit tot niet vorderen impliceert dat de overheid van oordeel is, dat in de concrete situatie de bevoegdheid tot vorderen niet behoort te worden gebruikt: meende zij de bevoegdheid wel behoren te gebruiken, dan had zij die ook *moeten* gebruiken, daar zij anders haar publiekrechtelijke plicht zou verzuimen. Een weloverwogen besluit tot niet vorderen in een concrete situatie is dus in wezen een onver-

anderlijk besluit, behoort dat te zijn; er is maar één manier waarop de verdeling van woonruimte optimaal wordt verwezenlijkt. Pas wanneer de concrete omstandigheden zich wijzigen, kan er aanleiding zijn om de woonruimte waarop het eerste, negatieve, besluit betrekking had, toch te vorderen. Het is dan echter een nieuw besluit, in een andere situatie. Nu zal in het algemeen naar buiten niet blijken of de overheid eerst besloten heeft niet te vorderen, daarna wel, en of die verandering haar oorzaak vindt in nieuwe omstandigheden of eigenlijk alleen maar een verbetering van een eerder besluit over dezelfde situatie is. Maar het blijkt wel, wanneer de overheid haar besluit rechtens kenbaar heeft gemaakt aan belanghebbenden. En dan is er ook aanleiding om tegen de overheid te zeggen: „gij moogt vrij besluiten, het oordeel over welk besluit het juiste is komt U alleen toe, maar gij moogt niet wispelturig zijn; de particulier die door het besluit geraakt wordt heeft er recht op dat gij standvastig besluiten neemt zodat hij weet waar hij aan toe is”. Dit zie ik als het beginsel van de Landsmeer-arresten. Een particulier is in overleg getreden met een overheid en heeft iets geboden ter vermindering van de woningnood in de gemeente (natuurlijk mede ter vermindering van zijn eigen personeelsgebrek). De gemeente heeft overwogen wat haar beleid moest zijn, gegeven de mogelijkheid dat er zoveel woningen bij zouden komen, waarvan een aantal alleen bewoond zou mogen worden door werknemers van de particulier, door deze aan te wijzen. De gemeente oordeelde dat in die situatie de optimale woonruimteverdeling meebracht dat zij niet zou vorderen. Dat heeft de gemeente aan de particulier medegedeeld, en daarop is gebouwd. Nu kan de gemeente niet achteraf zeggen: „Ik heb mij toch eigenlijk in mijn oordeel vergist, ik vorder toch maar”. Hier heeft door de vastlegging van het beleid jegens de belanghebbende particulier het negatieve besluit betreffende het uitoefenen van de publiekrechtelijke bevoegdheid bindende kracht verkregen, de overheid kan het niet meer veranderen. Alleen wanneer de omstandigheden zich na verloop van tijd wijzigen – en wel wezenlijk wijzigen – is een nieuwe overweging van de situatie op dat moment, en een nieuw besluit, mogelijk.

XII

BESCHOUWINGEN OVER DE LANDSMEERARRESTEN

De cassatiemiddelen in de A.D.M. zaak hebben getracht de stelling ingang te doen vinden, dat de burgerlijke rechter in het kader van de onrechtmatige overheidsdaadactie de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal hanteren. De Hoge Raad verklaarde echter dat de burgerlijke rechter deze niet rechtstreeks kan toepassen, doch hoogstens en alleen in het kader van de toetsing op de vraag of de overheid in redelijkheid tot haar besluit had *kunnen* komen. Dit criterium wordt wel beschouwd als een der algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In moderne wetten wordt het echter – naast niet omschreven algemene beginselen – apart genoemd als een beroepsgrond in administratieve rechtspraak. Men zal nu dus moeten zeggen dat het niet valt onder die algemene beginselen. Men lette er echter op dat het in casu ging om toepassing van de vorderingsbevoegdheid uit de Woonruimtetwet 1947, waarvan artikel 32 de beoordeling van de doelmatigheid van de verdeling van woonruimte aan het oordeel van de burgerlijke rechter onttrekt. Het is dus denkbaar dat de „marginale toetsing”, die hier slechts een nauwe marge ter beschikking heeft, in andere gevallen een wijdere heeft.

De administratieve rechter die over handelingen van overheidsorganen heeft te oordelen, hanteert ook het criterium „in redelijkheid niet hebben kunnen besluiten”, maar deze zal daarmee een breder veld kunnen bestrijken dan de burgerlijke rechter. Zo zou men zich kunnen voorstellen, dat een administratieve rechter, wanneer hij over een beroep van de A.D.M. of de N.D.S.M. tegen het vorderingsbesluit zou kunnen oordelen, in zijn beschouwingen zou betrekken de vraag of de woningnood in de gemeente Landsmeer wel zo zeer was gestegen sedert het sluiten der overeenkomsten, en of die stijging wel zo onvoorzienbaar was, dat een vordering in strijd met de gedane toezegging wel kon worden beschouwd als een handeling waartoe B en W in redelijkheid konden besluiten. De burgerlijke rechter kan dat niet of veel minder: zodra Landsmeer maar een zekere onvoorzienne stijging van de nood kan aantonen, laat hij de beslissing in stand.

In het eigenlijke administratieve beroep zal de hogere administratieve instantie nog veel verder kunnen gaan, en haar eigen oordeel omtrent de juistheid van het beleid kunnen stellen in de plaats van dat van B en W.

Ten aanzien van vorderingsbesluiten op grond van de Woonruimtetwet 1947 ontbreekt de mogelijkheid van beroep op een administratieve rechter. Wel is er een beperkte mogelijkheid van administratief beroep: zie artikel 8.

XIII

DE FRANSE LEER VAN DE IMPRÉVISION

De redenering van de Landsmeearresten dat de overheid gebonden is aan een bij overeenkomst vastgelegd beleid, tenzij later opgetreden onvoorziene omstandigheden nopen tot een ander beleid, wekt associaties met de Franse leer van de *imprévision*. Beekhuis gebruikte de term in zijn noot onder de arresten. Er is echter een groot verschil. In het Franse administratief recht, dat zoals bekend vrijwel geheel jurisprudentierecht van de Conseil d'État is, wordt het begrip *imprévision* gebruikt, niet om de overheid los te maken van een overeenkomst, maar de particulier. Naar Frans recht zijn overeenkomsten tussen particulier en overheid, zoals concessies voor tramwegen, openbare gasbedrijven, aannemingen van wegen en bruggen, administratieve contracten die niet zijn onderworpen aan het privaatrecht. Zij worden geheel beheerst door het administratief recht. Door gaans bevatten zij bepalingen volgens welke de overheid eenzijdig kan besluiten de verplichtingen harer wederpartij te wijzigen: bij aannemingscontracten door veranderingen in het te maken werk op te dragen, bij concessies door wijzigingen in de dienstregelingen of tarieven voor te schrijven. Vaak kan de overheid de overeenkomst eenzijdig ontbinden, wanneer het openbaar belang dat vergt.²¹ Door deze contractsbepalingen, die naar Frans recht nietig zouden zijn in privaatrechtelijke overeenkomsten, maar geldig zijn in contrats administratifs, heeft de overheid zich een grote mate van vrijheid voorbehouden haar beleid aan zich wijzigende omstandigheden aan te passen. Maar doet de overheid dat, dan zal zij in het algemeen schadevergoeding moe-

²¹ Waline, Droit Administratif, 8^e éd. 952 e.v.

ten betalen aan haar contractspartij.²² De overheid heeft dus geen behoefte aan een bijzonder begrip „*imprévision*”, zij kan altijd als overheid doen of voorschrijven wat nodig is. De wederpartij is echter strikt gebonden aan de overeenkomst, en kan bij langlopende contracten, zoals b.v. concessies, in onoverkomelijke moeilijkheden raken. Dat overkwam een concessionaris van een gasbedrijf in een gemeente, die volgens de concessie-overeenkomst gas aan particulieren moest leveren volgens bepaalde tarieven. Toen tijdens de eerste wereldoorlog de prijzen van kolen enorm stegen liep de concessionaris financieel vast: de gemeente weigerde verhoging der tarieven toe te staan. In zo'n situatie brengt de leer van de *imprévision* de concessionaris uitkomst. Wanneer de verzwarende van de lasten van de concessionaris door onvoorziene omstandigheden, niet te wijten aan de overheid-contractspartij, zo ernstig is dat de „*économie du contrat est bouleversée*”, dan treedt een toestand in die in de overeenkomst niet was voorzien, komt er een buitencontractuele periode. Als dan de overheid niet toestaat dat de wederpartij door verhoging van tarieven of prijzen de onvoorziene extra lasten opvangt, dan heeft de wederpartij recht op een vergoeding van de overheid voor de extra lasten. Ik verwijs voor de verdere beschrijving van deze leer naar het werk van Waline, en volsta hier met op te merken, dat er geen sprake is van ontbinding of zelfs wijziging van de overeenkomst; naast en buiten de overeenkomst om krijgt de concessionaris soulaas voor de voor hem desastreus gevolgen van onvoorziene omstandigheden. Deze regel van administratief recht biedt dus uitkomst aan de particuliere wederpartij der overheid in het geval dat deze overheid noch wil meewerken aan een herziening van de overeenkomst, door b.v. doorberekening der hogere kosten toe te staan, noch haar wederpartij wil ontslaan van haar verplichtingen, doch deze strikt wil houden aan het overeengekomene. De gedachte is blijkbaar deze: als het openbaar belang dan eist dat de verrichtingen van de particuliere contractspartij op dezelfde voet worden voortgezet, dan moeten de openbare middelen dat mogelijk maken.

Een dergelijke rechtsregel kan bij gebreke van wetsoepaling – en die is er in Frankrijk ook niet – alleen ontstaan, wanneer er één hoogste administratieve rechter is, die com-

²² Waline, 978 e.v.

petent is op het hele gebied van het administratief recht, en die zich vrij voelt zelf recht te scheppen.

Wij zouden een dergelijk leerstuk moeilijk kunnen inpassen in ons rechtssysteem, en ik meen dat er ook geen grote behoefte aan bestaat. Ons privaatrecht biedt door zijn grotere soepelheid meer mogelijkheden tot een privaatrechtelijke oplossing van moeilijke situaties dan het Franse. En voorzover ook ons privaatrecht geen oplossing biedt voor gevallen als hier omschreven, moet mijns inziens het privaatrecht verder worden ontwikkeld, zoals geschiedt in het nieuwe B.W. artikel 6.5.3.11. De „bouleversement de l'économie du contrat" kan zich immers even goed voordoen bij overeenkomsten tussen particulieren als bij overeenkomsten tussen particulier en overheid.

XIV

CONTRACTUELE BEPALINGEN WAARMEE DE OVERHEID ZICH VRIJHEID VAN BELEID VOORBEHOUDT

Het in de vorige paragraaf behandelde geeft mij aanleiding er op te wijzen, dat allerlei bepalingen in overeenkomsten, die naar Frans recht de overeenkomst tot een contrat administratif stempelen omdat zij privaatrechtelijk nietig zouden zijn, naar Nederlands recht volkomen geldig zijn naar het privaatrecht. Evenals in Frankrijk behoudt de Nederlandse overheid zich in aannemingscontracten het recht voor aanwijzigingen te geven en wijzigingen voor te schrijven. Voorzover dat afwijking van het bestek betekent leidt dat tot verrekening met de aannemer. De overheid kan dus privaatrechtelijk de door haar te behartigen belangen steeds behartigen, naar bevind van zaken, langs zuiver privaatrechtelijke weg. Deze kwesties zijn zo zuiver privaatrechtelijk, dat geschillen zelfs stevast door bindend advies worden beslecht. De materie is van overheidswege geregeld door afkondiging van Algemene Voorwaarden voor het sluiten van aannemingsovereenkomsten door de overheid: zie de Algemene Voorschriften voor de uitvoering en het onderhoud van werken onder beheer van het Departement van Waterstaat (die overigens in overleg

met de aannemersorganisaties zijn opgesteld), de Algemene Besteksbepalingen voor de uitvoering van bouwwerken van de Directie voor de Wederopbouw en voor de Bouwnijverheid, en de Algemene Voorwaarden voor de uitvoering van werken voor de Dienst der Genie. Deze voorschriften hebben het karakter van gepubliceerde voorwaarden welke toepasselijk verklaard kunnen worden — en door de Staat steeds worden — op aannemingscontracten. De A.V. van Waterstaat hebben geleid tot een uitgebreide jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven; wel een uiterste tegenstelling tot de Franse rechtspraak van de Conseil d'État. De door de overheid afgekondigde A.V. worden zelfs veelvuldig gebruikt door particulieren in onderling gesloten aannemingsovereenkomsten. Er bestaat dunkt mij geen enkele behoefte aan wijziging in deze toestand, aan een verschuiving in administratiefrechtelijke richting.

Voorts vinden wij in aannemings- en leveringsovereenkomsten van lange duur veelal bepalingen betreffende de doorberekening van toekomstige stijgingen van lonen en materiaalkosten, waardoor de bouleversement de l'économie du contrat voorkomen wordt. In Frankrijk gebeurt dat ook sedert de overheid heeft gemerkt dat zij toch niet aan hogere kosten kan ontkomen.

Wij vinden iets soortgelijks in de overeenkomsten verbonden aan mijnconcessies.

In de artikelen 62 e.v. Pachtwet vinden wij een voorbeeld van een wettelijke regeling betreffende een privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij de overheid beleidsvrijheid wordt gewaarborgd.

XV

BETEKENIS VAN DE VRIJHEID VAN OVERHEIDSBELEID

Uit al het besprokene springt sterk naar voren het overheersende beginsel dat de overheid steeds vrij moet zijn de haar ter behartiging van algemene belangen gegeven publiekrechtelijke middelen te gebruiken teneinde die belangen zo goed mogelijk te behartigen. Die middelen staan bijna altijd te harer beschikking om naar haar inzicht te worden gebruikt. Alleen in extreme gevallen treedt de

rechter corrigerend op en beschermt hij particuliere belangen tegen aantasting door de overheid door middel van de eenzijdige beschikkingsbevoegdheid. De verordenende bevoegdheid der overheid wordt nooit aangetast.

Het blijkt voorts dat de publiekrechtelijke middelen van verordenende bevoegdheid en van eenzijdige beslissingsbevoegdheid sterker zijn dan het privaatrechtelijke middel van behartiging van algemene belangen door overeenkomsten: bijna steeds doorbreekt de hantering van het publiekrechtelijke middel de gesloten overeenkomst.

De moeilijkheden blijken zich voor te doen bij wijziging van het inzicht der overheid in wat het algemeen belang vergt. Zij treden voornamelijk op wanneer er sprake is van een overeenkomst die gedurende enige tijd moet werken. Wanneer de overheid een pand koopt om daar een overheidsdienst in te huisvesten, dan is de overeenkomst snel uitgewerkt. Wij zien bij dat soort overeenkomsten zelden moeilijkheden optreden. Verandert het inzicht der overheid later, blijkt zij het pand toch niet, of niet meer, voor die dienst nodig te hebben, dan kan dat geen invloed meer hebben op de reeds afgewikkelde overeenkomst. Alleen de vernietiging op grond van een ander inzicht in het algemeen belang door een hogere instantie van een reeds perfect geworden besluit tot het aangaan van een koopovereenkomst kan moeilijkheden veroorzaken, zoals in het geval van de Baronielaan. Maar die gevallen zijn zeer zeldzaam.

In overeenkomsten die gedurende enige tijd moeten werken worden vaak contractuele bepalingen opgenomen, die de overheid de bevoegdheid geven noodzakelijk geachte wijzigingen voor te schrijven, tegen verrekening. Aldus geschiedt bij aannemingsovereenkomsten. Daar wordt dus de noodzakelijke vrijheid der overheid om bij gewijzigde omstandigheden of inzichten haar behartiging van het betrokken algemeen belang aan te passen, op privaatrechtelijke wijze geregeld.

Daar waar de overheid in een overeenkomst een bepaald toekomstig gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid vastlegt doet zich het conflict voor, wanneer later gewijzigde omstandigheden tot een ander gebruik van die bevoegdheid nopen, wil het te behartigen belang op de beste wijze worden behartigd. In dat geval praevaleert de publiekrechtelijke bevoegdheid boven de overeenkomst.

Ik acht dit een juist rechtssysteem. Door de publiekrechtelijke bevoegdheden tot eenzijdig beslissen en ingrijpen toe te kennen heeft ons rechtstelsel te kennen gegeven dat de daarmee te behartigen algemene belangen van zo groot gewicht zijn, dat de belangen van particulieren daarvoor moet wijken. De praeponderantie mag niet verloren gaan door een overeenkomst; daardoor zou een particulier belang het overwicht krijgen.

Doordat ons rechtsbestel de door de overheid te behartigen algemene belangen niet concreet omschrijft (dat zou onmogelijk zijn), doch aan de overheid min of meer vergaande bevoegdheden toekent, heeft het het oordeel omtrent het juiste gebruik dier bevoegdheden toegekend aan de overheid en zal de rechter zich van een oordeel daaromtrent moeten onthouden. Men moet de z.g. vrijheid van beleid van de overheid naar mijn mening beschouwen als een attributie van bevoegdheid tot oordelen. De overheid is niet vrij om te doen of laten wat zij wil wanneer het gaat om hanteren van een bevoegdheid tot ingrijpen in particuliere rechten of belangen, op dezelfde manier als een particulier vrij is zijn eigendom te gebruiken zoals hij wil, of om contracten te sluiten naar hem goeddunkt. De overheid heeft steeds en altijd de *plicht* zo te handelen dat de door haar te behartigen algemene belangen op de beste wijze worden behartigd. Echter: het oordeel wat de beste behartiging is, komt haar toe en niemand anders. De oordeelsvorming door de overheid heeft vaak een karakter dat dat van een rechterlijke beoordeling benadert: zij moet allerlei belangen en rechten in aanmerking nemen en afwegen en zo tot een zorgvuldig overwogen oordeel komen. De rechter mag zijn oordeel niet in de plaats van dat der overheid stellen: dat betekent de „vrijheid van beleid” der overheid.

Daarom moet de bevoegdheid van de gewone burgerlijke rechter beperkt blijven tot de bekende marginale toetsing: inbreuk op een particulier recht door een overheid die een publiekrechtelijke bevoegdheid tot eenzijdige beschikking hanteert is alleen dan onrechtmatig, wanneer geen redelijk denkende overheid tot dit gebruik der bevoegdheid had kunnen komen. Ook in de Landsmeerarresten wordt een dergelijke marginale toetsing toegepast. De verordenende bevoegdheid, voorzover gehanteerd binnen het formele wettelijke raam, kan nooit door de rechter

worden gecorrigeerd; op dat gebied is de overheid de enige die tot oordelen bevoegd is.

De administratieve rechter beoordeelt, waar een administratieve rechtsgang bestaat, de besluiten der overheid vanuit een wat andere gezichtshoek dan de burgerlijke rechter (uitoefening van de verordenende bevoegdheid is ook door de administratieve rechter niet toetsbaar). Ook hij beoordeelt of het besluit niet in strijd is met de wet, of de bevoegdheid niet is uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven, of de overheid bij afweging van alle in aanmerking komende belangen wel tot het besluit had kunnen komen. Hij heeft als criterium bovendien nog de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zijn gezichtshoek is meer die van controle op de correctheid van de oordeelsvorming van de overheid, de juiste werkwijze bij de hantering van de overheidsbevoegdheid. De burgerlijke rechter benadert de zaak meer vanuit de gezichtshoek van de door het besluit geraakte particulier, van het effect dat het besluit heeft op de belangen van de particulier. Dit verschil in gezichtshoek heeft tot resultaat dat de administratieve rechter wat verder gaat met zijn controle dan de burgerlijke rechter. De wijze van toetsing door de administratieve rechter is geheel aangepast aan het administratief-rechtelijk systeem; aan de overheid worden allerlei bevoegdheden toegekend om naar eigen inzicht te gebruiken. De administratieve rechter ziet toe op de wijze waarop de overheid haar oordeel vormt, maar raakt niet aan het oordeel zelf.

De praktijk van de verschillende administratieve rechters bewijst dat de controle op de besluitvorming der overheid een zeer scherpe is.

Anders van aard is het administratieve beroep zoals we dat vinden in de Woningwet, en dat geleid heeft tot verscheidene der in paragraaf X besproken Koninklijke Besluiten. Daar kan de hogere administratieve instantie haar oordeel over de juistheid of doelmatigheid van het besluit in de plaats stellen van dat der lagere instantie. De hogere administratieve instantie wordt geacht een beter inzicht te hebben in datgene wat het algemene belang vergt, dan de lagere. De hogere administratieve instantie kan dan ook verordeningen van lagere instanties vernietigen wegens strijd met het algemene belang. Dat kan geen rechter. Door

de kwasi-rechterlijke procedure lijkt het administratieve beroep vaak op administratieve rechtspraak, maar het is mijns inziens iets wezenlijk anders. Het verschil is naar mijn gevoelen wat uit het oog verloren in de Wet Beroep Administratieve Beslissingen. De beroepsgronden zijn die van de administratieve rechtspraak, maar de mogelijkheid dat de Kroon een contrair besluit neemt past in het administratieve beroep. Het lijkt mij overigens een moeilijke taak voor de Raad van State om beurtelings als administratieve rechter en als administratieve beroepsinstantie te fungeren.

XVI

WAT BLIJFT ER OVER VAN DE OVEREENKOMST DIE DOORKRUIST IS DOOR UITOEFENING VAN EEN PUBLIEKRECHTELIJKE BEVOEGDHEID?

De tot dusverre besproken jurisprudentie gaf slechts zelden antwoord op de vraag wat er nog overblijft van een overeenkomst wanneer de overheid die doorkruist door gebruik te maken van een publiekrechtelijke bevoegdheid of door een dergelijke bevoegdheid op andere wijze te gebruiken dan strookt met het overeengekomene.

Heeft de wederpartij recht op schadevergoeding? Blijft zij gebonden aan haar verplichtingen uit de overeenkomst? Dat deze vragen niet aan de orde kwamen vindt zijn oorzaak in de omstandigheid dat de teleurgestelde contractspartijen van de overheid in hoge mate belang hadden bij nakoming van de toezegging der overheid en een geldelijke vergoeding in de plaats daarvan of een ontbinding der overeenkomst nauwelijks interessant vonden. Wij zien dan ook dat zij geen civielrechtelijke procedures begonnen met het doel een veroordeling tot nakoming, althans tot (ontbinding met) schadevergoeding te verkrijgen, maar op meer rechtstreekse manier het met de overeenkomst strijdige gedrag der overheid aanvielen, door hetzij tegen het overheidsbesluit een vernietigingsactie in administratief beroep in te stellen, hetzij in kort geding een verbod te vorderen.²³ In geen van beide procedures komt een schadevergoeding

²³ Zoals zo vaak tegenwoordig worden de belangrijkste rechtsvragen opgelost in kortgedingprocedures.

aan de orde. Toch wekt het verwondering dat wij in de gepubliceerde jurisprudentie geen geval vinden waarin na een mislukte vernietigings- of verbodsactie nog een schadevergoedingsactie werd ingesteld.

Bij de beantwoording van de vraag dient men goed voor ogen te houden, dat de doorkruising door de overheid van overeenkomsten die zij heeft gesloten met particulieren, op zeer verschillende wijzen en met zeer verschillende gradaties voorkomt.

Vaak zal het zo zijn, dat de uitoefening van een publiek-rechtelijke bevoegdheid door een overheid slechts toevallig een overeenkomst van die overheid met een particulier doorkruist. Wanneer een gemeente huizen verhuurt aan particulieren en op een gegeven moment woonruimte in een dier verhuurde huizen vordert van haar huurder, dan is dat slechts een toevallige doorkruising van de huurovereenkomst. De vordering zou de huurder op precies dezelfde wijze hebben getroffen wanneer hij dat huis van een particuliere eigenaar had gehuurd. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid der vordering kan geen enkele rol spelen de omstandigheid dat de huurder nu juist van de gemeente heeft gehuurd. De gevolgen voor de verhouding tussen verhuurder en huurder zijn precies dezelfde als de gevolgen van een vordering voor een huurovereenkomst tussen particulieren. Wanneer de Staat met een particulier overeenkomt dat deze een winkelschip mag hebben in een rijkskanaal, en de Staat sluit als beheerder het kanaal voor de scheepvaart omdat dat nodig is voor reparaties aan een sluis, dan is dat een toevallige doorkruising van de overeenkomst. De gevolgen van de sluiting van het kanaal voor de scheepvaart op de overeenkomst zijn geen andere dan zij zouden zijn geweest wanneer het kanaal privaatrechtelijk eigendom van een ander dan de Staat was en de overeenkomst met die ander was gesloten. Wanneer een overheid een aannemingsovereenkomst heeft gesloten en zij publiek-rechtelijke voorschriften uitvaardigt welke de uitvoering van het werk bemoeilijken of zwaardere eisen aan het werk stellen dan de aannemingsovereenkomst deed, dan zijn de aanspraken en verplichtingen van de aannemer geen andere dan wanneer de aanbesteder een particulier was geweest.²⁴ Wanneer de Staat een overeenkomst heeft gesloten met een

²⁴ Men zie hiervoor § 25 A.V. Waterstaat.

particulier en de in de Prijzenwet genoemde ministers vaardigen een prijsmaatregel uit die (ook) deze overeenkomst treft, dan zijn de gevolgen voor die overeenkomst geen andere dan wanneer de overeenkomst tussen particulieren gesloten was. Van deze figuur is een voorbeeld te vinden in de arresten van de Hoge Raad van 8 juni 1962 R. v. d. W. '62 blz 210 en 14 februari 1964 R. v. d. W. '64 blz 61. De Prijzenbeschikking Bouwbedrijf 1960 verbood aannemers het doorberekenen van een loonsverhoging, hoewel in de aannemingsovereenkomsten de gebruikelijke doorberekeningsclausule was opgenomen. Deze maakte de clausule krachteloos, ook voor overeenkomsten tussen de Staat en aannemers; de gevolgen waren dezelfde voor overeenkomsten tussen particulieren en voor overeenkomsten met de Staat. Het zelfde zou dunkt mij gelden, wanneer er sprake was van een individuele prijsmaatregel als bedoeld in artikel 3a der Prijzenwet.

In al dit soort gevallen kunnen moeilijke privaatrechtelijke vragen rijzen, maar het zijn geen vragen die in het bijzonder ten aanzien van overeenkomsten met de overheid rijzen. Bespreking daarvan is in dit opstel niet aan de orde.

Een andere vorm waarin het publiekrecht invloed uitoefent op overeenkomsten van de overheid met particulieren doet zich daar voor, waar de overeenkomst een gemengd publiekrechtelijk – privaatrechtelijk karakter draagt. Als voorbeeld noemde ik de arbeidsovereenkomst volgens het Arbeidsovereenkomstenbesluit. Wanneer dat besluit gewijzigd wordt, verandert daardoor de inhoud van de overeenkomst voor de toekomst. De werknemer die zich met de wijziging niet kan verenigen, kan opzeggen, maar wordt overigens zonder meer gebonden door de nieuwe bepalingen. Het is hiermee als met de arbeidsovereenkomst tussen particulieren volgens het B.W.: worden de bepalingen van het B.W. gewijzigd, dan gelden de nieuwe bepalingen zonder meer voor de rechtsverhouding.

Men onderscheide de overeenkomst van gemengde aard wel van de – veel talrijker – overeenkomsten welke de verschillende overheden alleen sluiten volgens vooraf vastgestelde, meestal bij besluit of beschikking afgekondigde, voorwaarden. Zo b.v. de aannemingsovereenkomsten volgens de A.V.'s, de aankopen door het Rijksinkoopbureau volgens de R.I.B.-voorwaarden, de gas-, electriciteits- en

waterleveringscontracten van gemeenten volgens bij verordening vastgestelde tarieven en verdere voorwaarden. Dat zijn zuiver privaatrechtelijke adhaesiecontracten, welke niet zonder meer gewijzigd worden door wijzigingen in de voorwaarden. Zij onderscheiden zich niet van de talloze ook in het particuliere bedrijfsleven voorkomende standaardcontracten.

De bijzondere problemen doen zich voor, daar waar een bepaald gebruiken of niet gebruiken van een publiekrechtelijke bevoegdheid, hetzij van wetgevende, hetzij van uitvoerende aard, onderwerp der overeenkomst is; waar de overheid zich contractueel tot dat gebruiken of niet gebruiken verbindt.

Dat de wetgevende bevoegdheid van de Staat onderwerp van een overeenkomst wordt komt nooit voor. Geen minister zal contractueel de verplichting op zich nemen een wet wel of niet tot stand te brengen. Daarvoor is er een te duidelijke scheiding tussen wetgevend en besturend orgaan.²⁵ Maar in de sfeer van de lagere overheden, waar wetgevend en uitvoerend orgaan grotendeels samenvallen, doet het verschijnsel zich wel voor. Uit de aangehaalde beslissingen van de Kroon blijkt dat gemeenten zich nogal eens binden ten aanzien van hun verordenende bevoegdheid. Het zijn de gevallen waarin een particulier een transactie sluit met een gemeente waarbij hem voor een tegenprestatie wordt toegezegd dat hij een stuk grond op een bepaalde wijze mag bebouwen, en waarin later een uitbreidingsplan of rooilijnverordening hem dat belet. Het is dan dezelfde gemeenteraad welke eerst het contract sloot, die daarna tot het plan of de verordening besluit. Wij zagen dat de Kroon (in administratief beroep) steevast oordeelde dat de overeenkomst niet in de weg kon staan aan het nemen van de noodzakelijke maatregel van wetgevende aard. M.a.w. de gemeente kan zich door „wetgeving” onttrekken aan haar primaire contractuele verplichting. Maar wij zien ook dat de Kroon regelmatig „daar liet” wat voor gevolgen de overeenkomst dan nog kon hebben.

Dit soort gevallen lijkt veel op de Landsmeer- en Roermondgevallen. Er is echter dit verschil: de gemeentelijke

²⁵ Toen die scheiding er in de bezettingstijd niet was, heeft de figuur zich wel voorgedaan, althans naar de wederpartij stelde, zoals zal blijken uit het straks te noemen geval.

uitbreidingsplannen en rooilijnverordeningen zijn algemene regelingen, de besluiten tot vordering van woonruimte zijn besluiten ten aanzien van individuen, en dus zeker geen maatregelen van wetgevende aard. Men kan zich voorstellen dat dit verschil maakt in de gevolgen voor de overeenkomst. Het is echter niet onmiddellijk evident dat het inderdaad verschil moet maken. Wij komen hier dunkt mij op het gebied waarop de onderscheiding tussen algemeen voorschrift en individuele beschikking veel van haar scherpte verliest, zoals A. M. Donner betoogde in zijn praeadvies voor de Vereniging voor Administratief Recht in 1960.²⁶ Een uitbreidingsplan of rooilijnverordening kan men ook zien als een reeks samenhangende voorschriften ten aanzien van individuele stukjes grond, voor elk stukje grond verschillend en verbijzonderd.

Nu zullen de moeilijkheden betreffende gemeentelijke bebouwingsvoorschriften die daaraan voorafgaande overeenkomsten doorkruisen voor een deel hun oplossing kunnen vinden door middel van de gemeentelijke schadevergoedingsverordeningen die steeds meer worden uitgevaardigd. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het besluit van Ged. Staten van Zuid-Holland van 28 augustus 1956 A.B. '57 blz 157. Een particulier sloot in 1940 een voorlopige koopovereenkomst met een gemeente ten aanzien van grond bestemd voor huizenbouw. Door oorlogs- en na-oorlogsomstandigheden kon de particulier niet tot bouwen overgaan. In 1952 werd de bestemming van de grond gewijzigd door een uitbreidingsplan, dat reeds op 29 oktober 1947 door een raadsbesluit in voorbereiding was verklaard (hetgeen meebracht dat B en W na 29 oktober 1947 een bouwvergunning moesten weigeren). De koper vorderde als schade: terugbetaling van de koopsom, rente en winstderving, hogere kosten van vervangende grond en rentederving van de winst op het bouwproject. Gedeputeerde Staten beslisten op grond van de schadevergoedingsverordening der gemeente, dat aan de grond het karakter van bouwrijpe grond werd ontnomen door het uitbreidingsplan. De koper moest in dezelfde vermogenstoestand worden gebracht welke hij had onmiddellijk vóór de schade aanbrengende stedenbouwkun-

²⁶ Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied? Deel XLII blz. 24.

dige maatregel. Dat moment was 29 oktober 1947, want de stedenbouwkundige maatregel werkte reeds vanaf die datum. De koper kreeg derhalve vergoed de waarde van de grond per 29 oktober 1947 plus 5% rente vanaf die datum, onder voorwaarde dat de voorlopige overeenkomst van 1940 zou worden ontbonden.

Naar mijn mening is dit een richting waarin tot op zekere hoogte de oplossing van dit soort gevallen kan worden gevonden. Alle gemeenten behoren schadevergoedingsverordeningen te hebben, en die behoren mede te voorzien in gevallen waarin de gemeente zich bij overeenkomst heeft verbonden aan een bepaald stuk grond een bepaalde bestemming te geven of deze te laten voortbestaan. Aldus worden de gemeenten niet belemmerd in de toch vaak wel zeer nuttige en wenselijke grondtransacties, en worden de particuliere contractspartijen niet het slachtoffer van – overigens noodzakelijke – wijzigingen in het gemeentelijke bouwbestemmingsbeleid. Het is echter de vraag of de bestaande gemeentelijke schadevergoedingsverordeningen wel de mogelijkheid bieden tot volledige schadeloosstelling, met name tot vergoeding van bedrijfsschade. Wanneer de particulier bij de overeenkomst had bedongen dat hij een stuk grond zou mogen gebruiken voor toekomstige uitbreiding van zijn fabriek en de latere rooilijnverordening belet hem dat, dan is hij niet schadeloos gesteld wanneer hem de waardevermindering van de grond wordt vergoed. Ik betwijfel of de bestaande verordeningen het mogelijk maken ook de bedrijfsschade te vergoeden.

De verordeningen bieden geen uitkomst voor de gevallen waarin de overeenkomst inhoudt dat een bestaande belemmering zal worden weggenomen. Voortvarende gemeentebesturen verkopen nog wel eens grond met de toezegging dat daar iets gebouwd mag worden wat nog niet gebouwd mag worden volgens de bestaande voorschriften, wanneer de voorbereiding van een nieuw uitbreidingsplan al vorm heeft gekregen. Maar gemeentelijke plannen worden niet zelden door Gedeputeerde Staten of de Kroon afgekeurd, en dan zit de koper met de moeilijkheden.²⁷ Daarvoor gelden

²⁷ De Kroon vernietigde dan ook wijselijk een dergelijk besluit van Haarlemmermeer, K.B. 15 december 1961, zie blz. 190. Maar niet alle onberaden besluiten van gemeenteraden worden door de Kroon achterhaald.

de schadevergoedingsverordeningen niet. Dergelijke overeenkomsten behoren niet te worden gesloten.

De incidentele oplossing van de schadevergoedingsverordeningen dekt dus niet alle gevallen, en ik zie ook geen mogelijkheid die algemeen te maken. De vraag blijft dus nog: wat zijn de gevolgen van de doorkruising voor een overeenkomst welke tot inhoud had een bepaald gebruik, of niet gebruiken, van een publiekrechtelijke bevoegdheid? Er zijn verschillende antwoorden op gegeven. De meest radicale oplossing is, dat, doordat de overheid zich niet kan binden ten aanzien van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, overeenkomsten waarbij zij dat toch doet nietig zijn. De wederpartij die de tegenprestatie geleverd heeft, zal dan een vordering wegens onverschuldigde betaling kunnen instellen. De stelling kan niet als algemeen geldend worden aanvaard. Uit de Landsmeerarresten blijkt dat soms wel een overeenkomst betreffende de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheid mogelijk is. De stelling gaat dus alleen op voor die gevallen waarin uit de wettelijke regeling volgt, dat privaatrechtelijke overeenkomsten niet gesloten kunnen worden. Dat is het geval op het gebied der belastingen en op het gebied van de ambtelijke verhoudingen. In het algemeen kan men stellen dat het onmogelijk is waar de wet (in ruime zin) de *inhoud* van een rechtsbetrekking van een overheidslichaam tot een particulier geheel of althans in haar essentiële onderdelen regelt.

Voor de gevallen waarin het sluiten van overeenkomsten niet onmogelijk is, heeft G. J. Wiarda de stelling verdedigd, dat dan de overeenkomst niet de betekenis heeft dat de overheid zich verbindt haar bevoegdheid op de overeengekomen wijze te gebruiken, maar slechts dat zij instaat voor de schade die de wederpartij zal lijden, wanneer de overheid toch anders zal handelen. Slechts schijnbaar wordt over de publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt, daar deze bevoegdheid zelf intact blijft en de overeenkomst hoogstens tot schadevergoeding verplicht.²⁸ Hij noemt als voorbeeld de concessieverhouding, die over het algemeen een samengesteld karakter heeft. Eensdeels bestaat zij uit een privaatrechtelijke overeenkomst, anderdeels uit een publiekrechtelijke vergunning. De delen zijn echter nauw met elkaar verbonden: zonder de vergunning heeft de overeenkomst

²⁸ Praeadvies Ver. v. Adm. Recht 1943 VIII blz 55 e.v.

geen zin; de vergunning kan niet worden verleend wanneer de vergunning-houder zich niet tot allerlei verbindt. Nu zal de overheid publiekrechtelijk bevoegd zijn de vergunning in te trekken; men kan haar die bevoegdheid niet ontzeggen op grond van regels van het burgerlijk contractenrecht. Maar de wederpartij zal wel een recht op schadevergoeding hebben. Zo zal het in het algemeen zijn, wanneer de overheid door gebruikmaking van haar publiekrechtelijke bevoegdheden tot het uitvaardigen van verordeningen of beschikkingen contractuele rechten van haar wederpartij aantast, of de uitoefening daarvan bemoeilijkt of onmogelijk maakt. Er blijft dan hoogstens een recht op schadevergoeding over. Wiarda fundeert dit recht op schadevergoeding op de artikelen 1374 en 1375 B.W.: de regelen van fatsoen, goede trouw en billijkheid kunnen voor overeenkomsten met de overheid een andere inhoud hebben dan voor overeenkomsten tussen particulieren; de bijzondere aard van overeenkomsten met de overheid, waarbij publiekrechtelijke bevoegdheden gemoeid zijn, brengt andere gevolgen mee. Aldus kan het burgerlijke recht met zijn soepele bepalingen ons de oplossing geven.

B. de Goede gaf in zijn praeadvies voor de Vereniging van Administratief Recht van 1956²⁹ een andere oplossing. Volgens hem wordt het gebruik door de overheid van privaatrechtelijke vormen ter behartiging van het algemeen belang als geldig erkend *voor zolang* het openbaar belang dat vordert. Bij gebruik van privaatrechtelijke vormen wordt de ontbindende voorwaarde altijd verondersteld plaats te grijpen als het openbaar belang zulks vordert.

Deze laatste opvatting heeft naar mijn gevoelen het bezwaar dat zij wel ver afstaat van wat partijen, althans de particulier-contractspartij, bij het sluiten der overeenkomst voor ogen stond. Het is in de onderhavige gevallen bepaald nooit de bedoeling van de particulier een ontbindende voorwaarde in het contract op te nemen. Men raakt dus wel ver verwijderd van de wilsovereenstemming tussen partijen. Het is dan ook niet zonder betekenis dat De Goede met nadruk postuleert, dat de overheid vooral duidelijk moet zijn, wanneer zij dit soort overeenkomsten met particulieren sluit. Dat komt er eigenlijk op neer, dat de ontbindende voorwaarde uitdrukkelijk moet worden overeenge-

²⁹ XXXIV blz 39.

komen. Het gebeurt alleen maar niet in de praktijk. Men zou er dan toe moeten komen de basis voor de steeds veronderstelde ontbindende voorwaarde te vinden in een regel van objectief recht. Het gaat mij wat ver die uit het niet te construeren. Bovendien zal deze oplossing niet altijd bevredigen. Aan de Landsmeergevallen kan men zien hoe complex de overeenkomst kan zijn. Is het nu de juiste oplossing dat, wanneer we aannemen dat Landsmeer bevoegdelyk een der woningen vorderde, de hele overeenkomst ontbonden wordt? En voor schadevergoeding lijkt mij in de opvatting van De Goede geen plaats.

De opvatting van Wiarda lijkt mij de mogelijkheid te bieden tot genuanceerder oplossingen en verdient daarom de voorkeur.³⁰ In één geval is zij naar ik meen gevolgd door een rechter. Het Hof den Haag 21 januari 1954 N.J. '54 no 318 besliste in het volgende geval:

de Centrale Onderlinge – een bedrijfsvereniging in de zin van de Ziektewet – was, naar zij stelde, in bezettingstijd met de Secretaris-Generaal van Sociale Zaken, die toen in zich verenigde de functies van minister en wetgever, overeengekomen dat deze een maatregel van wetgevende aard zou uitvaardigen, krachtens welke bepaalde verwachte tekorten zouden worden omgeslagen over alle risicodragers. De tekorten ontstonden, maar de maatregel van wetgevende aard bleef uit. De Centrale Onderlinge dagvaardde de Staat tot betaling van het tekort. Het Hof besliste dat de door de Secretaris-Generaal gedane toezegging geen burgerrechtelijke verbintenis schiep voor de Staat om de beloofde wetgevende maatregelen uit te vaardigen, en nog veel minder om die maatregelen, eenmaal uitgevaardigd, na terugkeer van de wettige regering in stand te laten, maar dat toch wel de vraag rees of niet in bepaalde omstandigheden de toezegging of belofte van zodanige aard was, dat het overheidsorgaan, dat de toezegging of belofte deed, geacht moest worden het risico op zich te hebben genomen van de geldelijke nadelen, welke uit de niet-nakoming der toezegging of belofte voor degeen aan wie zij werd gedaan mochten voortvloeien, en dus voor de nakoming in te staan. Er

³⁰ Nederlands Bestuursrecht I (1962) citeert op blz 300 Wiarda, maar stelt dat niet-nakoming der overeenkomst door de overheid recht geeft op *ontbinding* en schadevergoeding. De ontbinding past m.i. niet in de gedachtengang van Wiarda.

volgde een bewijsopdracht betreffende wat de Secretaris-Generaal nu precies had toegezegd. Deze beslissing lijkt mij geheel conform de opvatting van Wiarda.

Toegepast op de Landsmeergevallen zou zij er mijns inziens toe leiden, dat de overeenkomsten grotendeels intact bleven – aangenomen dat Landsmeer terecht enkele woningen heeft gevorderd – doch dat A.D.M. en N.D.S.M. een schadevergoeding krijgen voor het nadeel dat zij lijden door het vorderen van die woningen.

Toch lijkt mij de opvatting van Wiarda niet geheel bevredigend. Zij leidt er toe dat de wederpartij van de overheid nooit nakoming kan vorderen, ook niet in een Landsmeergeval waarin de overheid niet in veranderde omstandigheden een rechtvaardiging kan vinden voor vorderen in strijd met de overeenkomst. Zoals de Hoge Raad het geval oploste, kan de particuliere contractspartij de overheid toch aan haar toezegging houden door middel van een onrechtmatige daadsactie. Maar dat is toch wel een juridische omweg. De overheid is contractueel slechts gebonden tot schadevergoeding, maar ex lege tot iets waartoe zij zich eigenlijk contractueel niet verbonden had. Die verbintenis resulteert uit haar beleidstoezegging – die men toch weer in het contract moet vinden.

Ik geloof dat men tot een aanvaardbaar resultaat komt wanneer men het geval oplost uitgaande van het begrip wanprestatie. Wanneer de overheid zich contractueel verbindt tot het gebruik, of het niet gebruiken, van een publiekrechtelijke bevoegdheid, dan pleegt zij privaatrechtelijk wanprestatie wanneer zij toch anders handelt. Nu kan volgens de regels van het privaatrecht de wederpartij nakoming (eventueel onder sanctie van een dwangsom) of (ontbinding met) schadevergoeding vorderen. Echter, door de invloed van het publiekrecht op het privaatrecht, wordt de mogelijkheid om nakoming te vorderen uitgesloten in die gevallen waarin de overheid uit hoofde van de behartiging van het algemeen belang waarvoor haar de publiekrechtelijke bevoegdheid is gegeven, anders moet handelen dan was overeengekomen. Het publiekrecht grijpt dus in op de vordering tot nakoming, verlamt die; verder blijven de overeenkomst en haar civielrechtelijke gevolgen intact.³¹ Deze verlamrende werking heeft het publiekrecht echter

³¹ Vgl. de (gedeeltelijk) verlamrende werking die het publiek-

alleen wanneer de overheid volgens de regels van publiekrecht anders mocht handelen dan was overeengekomen, dus wanneer de omstandigheden zich gewijzigd hebben. In het geval N.D.S.M. — Landsmeer zou N.D.S.M. dus nakoming kunnen vorderen, aangenomen dat de woningnood in Landsmeer sedert het sluiten der overeenkomst niet significant toegenomen was. Aldus krijgt men naar mijn mening ook een oplossing voor die gevallen, waarin de wanprestatie van de overheid niet bestaat uit het actief ingrijpen in de rechten of belangen van de contractspartij, maar in het nalaten van een administratiefrechtelijke handeling waartoe zij zich contractueel had verplicht; het verlenen van een vergunning b.v. Immers dan zou de contractspartij via de weg van de onrechtmatige daadsactie moeilijk eenzelfde resultaat kunnen bereiken.

Wordt de vordering tot nakoming door het publiekrecht verlamd, dan blijft de vordering tot schadevergoeding, al of niet gepaard met een vordering tot ontbinding. Ook dit lijkt mij een voordeel boven de opvatting van Wiarda: in zijn leer is er alleen maar een vordering tot schadevergoeding. Men kan zich echter zeer wel voorstellen dat het redelijk is dat de wederpartij van de overheid nu ook ontslagen wordt van haar verbintenis jegens de overheid en niet moet blijven presteren.

Eén moeilijkheid heb ik aldus nog niet opgelost, en dat is de kwestie van de tijdsduur. In Landsmeer volgden overeenkomst en vordering betrekkelijk kort op elkaar. Maar hoe, als er b.v. twintig jaar verloopt tussen contract en vordering? Zou het juist zijn dan nog N.D.S.M. en A.D.M. een schadevergoeding toe te kennen? Ik verwijs naar het besproken geval van het K.B. van 31 januari 1949 A.B. '49 blz 375. In 1912 sloot de gemeente Enschede een overeenkomst met een particulier tot overdracht van grond, waarbij werd bepaald dat de particulier op een bepaald perceel zijn pand zou mogen verbouwen en uitbreiden tot de grens van het perceel. In 1947 stelde Enschede een rooilijnverordening vast. Nu had de particulier al lang geleden zijn pand verbouwd, maar dit was in de oorlog verwoest en hij wilde nu op de oude plaats herbouwen. Volgens de Kroon had de overeenkomst geen betrekking op *herbouwen*. recht kan hebben op de bevoegdheden van de eigenaar van een goed om het te gebruiken zoals hij wil.

Maar stel nu dat de particulier niet dadelijk zijn verbouwing had uitgevoerd maar tot 1947 had gewacht, zou hij dan schadevergoeding moeten krijgen doordat de rooijlinverordening hem dat verbodt? Of het geval van K.B. 27 juni 1952 A.B. '53 blz 12, betreffende de aanleg van een vaste brug in plaats van de beweegbare, die de gemeente Dantumadeel bij contract van 1853 had beloofd steeds te zullen doen wippen? Wij stuiten hier op een probleem dat niet specifiek is voor overeenkomsten met de overheid, maar dat zich daar vermoedelijk vaker zal voordoen dan bij overeenkomsten tussen particulieren onderling; het probleem van de lange tijdsduur en de veranderende omstandigheden bij duurovereenkomsten.³² Ik meen dat dit probleem niet opgelost behoort te worden door in de wet een bepaling op te nemen voor overeenkomsten met de overheid; het moet worden opgelost voor het privaatrecht in het algemeen. Het nieuwe B.W., met name artikel 6.5.3.11 zal hier uitkomst bieden.

XVII

CONCLUSIES

Thans de beantwoording van de vraag die aan het hoofd van dit opstel staat: dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid?

Mijn antwoord luidt: stellig niet in het algemeen. De overeenkomsten die de verschillende overheidslichamen sluiten zijn zo verscheiden, dat er geen algemene wettelijke regel voor te geven is, gesteld dat men dat zou willen. Het is ook niet wenselijk. Verreweg de meeste overeenkomsten zijn doodgewone privaatrechtelijke contracten, waarbij de omstandigheid dat een overheidslichaam partij is – en dus dat dat overheidslichaam ze sluit ter behartiging van een algemeen belang – geen enkele invloed heeft. De overheid blijve kopen, verkopen, huren, verhuren, ruilen, aanbesteden, volgens de regels van het privaatrecht.

Maar ook ten aanzien van de bijzondere categorie van overeenkomsten waarbij een publiekrechtelijke bevoegdheid

³² Zie hierover de praecadviezen N.J.V. 1952. Blijkens H.R. 11 januari 1935 N.J. '35 blz. 518 kon een oude overeenkomst betreffende kosteloze afwatering slechts worden opgeheven door ingrijpen van Prov. Staten in de inrichting van een waterschap.

in het spel is, luidt mijn antwoord ontkennend. Een wettelijke bepaling die de overheid zou belemmeren in het sluiten van dergelijke overeenkomsten acht ik ongewenst. De overeenkomsten vervullen een nuttige rol in het maatschappelijke leven, dienen meestal zowel het belang van de particulier als dat van de overheid-gemeenschap.

De functie van deze overeenkomsten is dat door de prestatie die de particulier toezegt een situatie wordt geschapen waarin de overheid niet hoeft uit te oefenen een bevoegdheid (b.v. tot vorderen van woonruimte) die zij anders wel zou moeten uitoefenen, ofwel een situatie waarin de overheid een vergunning kan verlenen die zij anders zou moeten weigeren, (b.v. de concessie verbonden aan een overeenkomst, zoals de aardolieconcessies op grond van de Mijnwet). Door middel van de overeenkomst wordt het algemeen belang dat de overheid moet behartigen op privaatrechtelijke wijze gediend. Daar is niets tegen en alles voor. Zou het verband tussen de door de particulier toegezegde prestatie en de publiekrechtelijke bevoegdheid van de contracterende overheid zoek zijn, dan is er grote kans dat de overeenkomst nietig is wegens misbruik van de feitelijke machtspositie der overheid. Daarin ligt een waarborg dat de door de overheid bedongen tegenprestatie ook werkelijk het doel dient waarvoor haar de publiekrechtelijke bevoegdheid is gegeven. Wenst men in een bepaald geval niet dat de overheid dit soort overeenkomsten sluit, dan moet de wet dat duidelijk onmogelijk maken. Men vergeet niet na de lezing van mijn relaas over allerlei moeilijkheden: verreweg de meeste overeenkomsten worden trouw door de overheid nagekomen. Verbiedt men terwille van de voorkoming van de schaarse moeilijkheden de overheid dit soort (het is een soort met vele varianten) overeenkomsten te sluiten, dan krimpt men de mogelijkheden voor de overheid om haar taak zo goed mogelijk te vervullen in. Zij zal dan meer moeten grijpen naar haar publiekrechtelijke instrumenten. Dat acht ik een ongewenste ontwikkeling. Publiekrechtelijk optreden wekt over het algemeen meer weerstand dan het in gezamenlijk overleg handelen. En door middel van overeenkomsten kan vaak genuanceerder worden gehandeld dan door publiekrechtelijk optreden.³³ Daarvoor moet men de

³³ Vgl. Troostwijk, *praeadv. Ver. voor Adm. Recht* 1956 XXXIV blz. 61 en 64.

schaarse moeilijkheden op de koop toenemen.

Anderzijds voel ik er ook niet voor iets te veranderen aan de regel dat het gebruik van de verordenende bevoegdheid nooit wordt beperkt door een overeenkomst en het gebruik van de bevoegdheid tot eenzijdig beschikken niet beperkt wordt door een overeenkomst, wanneer gewijzigde omstandigheden tot dat gebruik nopen — naar het oordeel der overheid. Die bevoegdheden zijn gegeven om ter wille van een bepaald algemeen belang de overheid een praeponderante positie te geven; de overheid behoort zich daar niet van te kunnen ontdoen.

Voor de moeilijkheden die ontstaan wanneer de overheid een overeenkomst doorkruist, biedt het privaatrecht naar mijn gevoelen voldoende oplossing. Behoeft aan een specifieke wettelijke bepaling voor dit probleem voel ik niet.

Het voorbeeld van het Franse recht, dat een heel apart en uitgebreid begrip *contrat administratif*, met bijbehorende rechtspraak, kent, vind ik niet navolgenswaard. Zou men die richting uit willen, dan zal men in ieder geval een volledig ontwikkeld competent rechterlijk apparaat, liefst met twee instanties, moeten creëren, zoals dat in Frankrijk bestaat. Men ontkomt dan niet aan de instelling van een conflictenrechter die in geval van twijfel de *préalable* vraag moet beslissen of een bepaald geschil behoort tot de competentie van de burgerlijke of de administratieve rechter. Die rechter bestaat dan ook in Frankrijk. Aldus krijgt men twee gescheiden rechtsstelsels. Ik voel daaraan geen behoefte. Ik ontken geenszins dat publiekrecht en privaatrecht onderscheiden rechtsstelsels zijn, elk met eigen begrippen en problemen. Zij grijpen echter op elkaar in en zijn niet in volledig gescheiden compartimenten onder te brengen. Onze burgerlijke rechter heeft voldoende mogelijkheden om in zijn civiele rechtspraak met deze interactie rekening te houden.

Wel kan ik er voor voelen de administratieve rechtspraak uit te breiden, in die zin dat de wederpartij bij een overeenkomst met een overheidslichaam, welke tot onderwerp heeft het gebruiken of niet gebruiken van een publiekrechtelijke bevoegdheid tot beschikken, zich tot een administratieve rechter kan wenden met een beroep op de gronden genoemd in artikel 5 Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie en artikel 4 Wet Beroep Administratieve

Beschikkingen wanneer de overheid haar bevoegdheid anders gebruikt dan was overeengekomen. Aldus zal beter dan thans geschiedt door de burgerlijke rechter, kunnen worden onderzocht of het besluit wel op deugdelijke wijze tot stand is gekomen. Ik beperk dit echter uitdrukkelijk tot de administratieve beschikkingen. Gaat het om wetgevende bevoegdheid, dan is rechterlijke controle niet op haar plaats, behalve natuurlijk de reeds bestaande controle of de verordening van een lagere wetgever niet strijdt met een hogere wet. Toetsing van b.v. een besluit van een gemeenteraad tot vaststelling van een uitbreidingsplan aan de criteria van artikel 4 Wet B.A.B. is naar mijn gevoelen niet mogelijk en zeker niet wenselijk. Hier past alleen het administratieve beroep, zoals dat in de Woningwet is geregeld. Zoals bekend wordt er gewerkt aan uitbreiding van de werking van de Wet B.A.B.

Herziening behoeven diverse bepalingen, betrekking hebbende op het sluiten van overeenkomsten door overheidslichamen. De Comptabiliteitswet dient systematisch te worden herzien, en dan niet alleen vanuit het oogpunt van het voorkomen van onverantwoorde uitgaven, maar ook vanuit privaatrechtelijk oogpunt. De wetgever dient duidelijk te maken wat de privaatrechtelijke gevolgen zijn van een bepaling, dat een zekere overeenkomst slechts met machtiging van wet of Kroon kan worden gesloten. Naar mijn gevoelen kunnen de meeste bepalingen die ik in paragraaf VII besprak worden gemist. Bepalingen dat voor bepaalde overeenkomsten machtiging van wet of Kroon nodig is, of dat deze slechts door de Kroon kunnen worden gesloten, hebben mijns inziens weinig nut. De wetgever behoort aan het sluiten van overeenkomsten niet te pas te komen, behalve misschien in zeer specifieke gevallen; dan moet de wet dat ad hoc regelen. Machtiging door de Kroon heeft niet veel zin, het is dan toch de minister die beslist. Het enige effect van een dergelijke bepaling is, dat de minister persoonlijk zijn fiat moet geven. Men kan dan eenvoudiger bepalen dat deze overeenkomsten slechts tot stand komen wanneer de minister zelf het contract tekent. Een bepaling als artikel 30 lid 2 Comp. wet dient te vervallen. Een dading is geen overeenkomst waarbij zulke belangen op het spel staan, dat de Staten-Generaal er aan te pas moeten komen. Het wetsontwerp 7760 bevat de meeste der

door mij wenselijk geachte verbeterigen.

Ook de bepalingen betreffende de vernietiging door de Kroon van besluiten van lagere overheden tot het aangaan van overeenkomsten, moeten worden herzien. Een eenmaal gesloten overeenkomst behoort niet op losse schroeven gezet te kunnen worden door een besluit van de Kroon waaruit een ander inzicht in het openbaar belang blijkt dan de lagere overheid had.

Of het uitgebreide stelsel van goedkeuring waaraan besluiten van lagere overheden — vooral gemeenten — zijn onderworpen moet worden gehandhaafd is een vraag ter beantwoording waarvan ik mij niet competent acht. Wel lijkt het mij wenselijk dat de bepalingen der Gemeentewet worden aangepast aan de praktijk dat het niet de gemeenteraad is die overeenkomsten sluit, maar B en W krachtens machtiging bij gemeenteraadsbesluit. Het voorval in Wassenaar waar de gemeenteraad zich verbolgen toonde over een grondtransactie die B en W hadden gesloten met een particulier bewijst wel hoe ver de praktijk zich heeft verwijderd van de Wet.

Mijn desiderata beperken zich dus tot detailverbeteringen. Urgente algemene taken voor de wetgever zie ik niet liggen. Een geleidelijke verdere ontwikkeling van privaatrecht — het nieuwe B.W. — en van het administratief recht — de administratieve rechtspraak — is wenselijk, maar niet in het bijzonder voor overeenkomsten met de overheid. Diverse daarbij rijzende problemen zullen met die verdere algemene ontwikkeling ook beter opgelost kunnen worden.

Mijn conclusie is vrij negatief. Echter, ook een analyse die aantoonde dat wettelijke maatregelen niet nodig zijn kan in een ondoorzichtige materie nuttig zijn. Wanneer mijn analyse aanvaardbaar voorkomt, dan heeft dit opstel toch zin gehad.

INHOUD

	blz.
I. Inleiding	141
II. Uitgangstellingen	142
III. Wanneer heeft de overheid een praeponderante positie?	144
IV. De middelen der overheid ter behartiging van openbare belangen	147
V. Karaktertrekken van administratief- en privaatrecht	152
VI. Te behandelen aspecten van het gebruik van de privaatrechtelijke overeenkomst door de overheid	154
VII. Regels betreffende het sluiten van overeenkomsten door overheidslichamen	155
VIII. – vervolg	171
IX. Rechtspraak	173
X. – vervolg	184
XI. De Landsmeerarresten	191
XII. Beschouwingen over de Landsmeerarresten	198
XIII. De Franse leer van de imprévision	199
XIV. Contractuele bepalingen waarmee de overheid zich de vrijheid van beleid voorbehoudt.	201
XV. Betekenis van de vrijheid van overheidsbeleid	202
XVI. Wat blijft er over van de overeenkomst die doorkruist is door uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid?	206
XVII. Conclusies.	217

Dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid?

Prae-advies van Mr. D. A. v. d. Linde

I

INLEIDING

Bij een beschouwing over overeenkomsten met de overheid – waaronder hier worden verstaan overeenkomsten, waarbij overheidslichamen als partij betrokken zijn, met uitzondering van de tussen staten gesloten en door het volkenrecht beheerste overeenkomsten – moet allereerst bepaald worden welke rechtsbetrekking als overeenkomst wordt aangeduid.

Asser-Rutten,¹ G. J. Wiarda² en Vegting³ zijn van oordeel, dat een tweezijdige (meerzijdige) rechtshandeling – de wilsovereenstemming van twee of meer partijen gericht op het totstandbrengen van een bepaald rechtsgevolg – een overeenkomst is, indien a. de wilsuitingen afkomstig zijn van twee (of meer) zelfstandige rechtssubjecten doch niet van twee of meer organen van hetzelfde rechtssubject, b. de overeenstemmende wilsverklaringen afhankelijk van elkaar zijn afgelegd, en c. het beoogde rechtsgevolg is een rechtsgevolg ten gunste van de ene partij en ten laste van de andere partij of ten gunste en ten laste van partijen over en weer doch niet uitsluitend ten gunste of ten laste van een derde.

Als voorbeelden van overeenstemmende wilsverklaringen, die niet aan de onder a bedoelde eis voldoen, worden dan genoemd de overeenstemming tussen Koning en Staten-Generaal, de door een hoger orgaan van de overheid aan een lager orgaan verleende machtiging of goedkeuring tot het verrichten van een rechtshandeling, en op privaatrechtelijk

¹ Asser-Rutten III, 2, blz. 4 e.v.

² G. J. Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen, ac. pr. Amsterdam 1939, blz. 15-17. Dezelfde schrijver, Publiekrechtelijke overeenkomsten, praeadvies Ver. voor Adm. Recht (V.A.R.) VIII blz. 27-28.

³ Vegting, Administratief recht I, blz. 210 e.v. Evenzo Beel, Publiekrechtelijke overeenkomsten, praeadvies V.A.R. VIII, blz. 7 en Steenbeek, Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratiefrecht blz. 132. Anders Sybenga, Praeadvies Ned. Jur. Ver. 1927, blz. 11 en 16-17.

terrein de overeenstemming van meerdere bestuurders van een naamloze vennootschap, vereniging of stichting ten aanzien van het voor die rechtspersoon te voeren beleid, en als voorbeeld van overeenstemmende wilsverklaringen, die niet aan de onder b vermelde eis beantwoorden, de meerderheidsbesluiten van een vergadering, waarbij de onderlinge afhankelijkheid van de wilsverklaringen van degenen, die hun stem in dezelfde zin uitbrengen, ontbreekt. Deze onderlinge afhankelijkheid van wilsverklaringen ligt in het begrip overeenkomst opgesloten,⁴ al heerst er omtrent het bestaan van deze afhankelijkheid ten aanzien van de wilsovereenstemming tot oprichting van een rechtspersoon, de oprichtingshandeling, strijd.⁵

De onder c bedoelde eis volgt voor het privaatrecht uit de artikelen 1351, 1353 en 1376 B.W.,⁶ zij het dat de aanwezigheid van enig rechtsgevolg ten gunste van één der partijen al zeer spoedig wordt aangenomen: zo was ingeval van een derde-beding blijkens het Kruger-arrest⁷ een alternatief recht van de ene partij en de derde tot opzegging van een overeenkomst van bruikleen en tot terugvordering van de in bruikleen gegeven goederen reeds zulk een rechtsgevolg ten gunste van één der partijen bij de overeenkomst en zo is blijkens de artikelen 15 en 16 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst zulk een rechtsgevolg ten gunste van de vereniging van werknemers of werkgevers, die partij is bij de collectieve arbeidsovereenkomst, reeds gelegen in het recht van die vereniging om nakoming of schadevergoeding van de nalatige wederpartij te vorderen, hoewel de overeenkomst uitsluitend de belangen van de individuele werknemers of werkgevers dient.

In het Ontwerp-B.W. is de hierbedoelde eis zo ruim omschreven, dat daar naar mijn mening voor het bestaan van een overeenkomst slechts vereist is enig rechtsgevolg ten laste van één der partijen zonder dat meer sprake behoeft te zijn van de aanwezigheid van enig rechtsgevolg ten gunste van één der partijen.⁸

⁴ Vegting, a.w. I, blz. 211.

⁵ Zie Asser-Van der Grinten blz. 217 e.v. en de aldaar aangehaalde literatuur.

⁶ Asser-Rutten, a.w. blz. 7 e.v.

⁷ Asser-Rutten, a.w. blz. 302 e.v.; H.R. 26 juni 1914 W. 9713 (ann. E.M.M.) N.J. 1914 blz. 1028.

⁸ Artt. 6, 1, 1, 2 en 6, 3, 3, 5 en 7 Ontw. B.W.

Wiarda⁹ noemt als voorbeeld van een wilsovereenstemming tussen twee overheidslichamen, die wegens niet-voldoening aan de onder c bedoelde eis niet als overeenkomst kan worden aangemerkt, een regeling tussen twee gemeenten tot het in het leven roepen van een gemeenschappelijke politie- of belastingverordening. Een vergelijking met de hierboven genoemde collectieve arbeidsovereenkomst ligt voor de hand: ook hier kan, indien één der gemeenten met medewerking ingebreke blijft, de andere gemeente krachtens artikel 7 Wet gemeenschappelijke regeling nakoming vorderen, zij het dat volgens deze bepaling in verband met artikel 2 R.O. veelal de Kroon en niet de burgerlijke rechter over dit geschil zal moeten oordelen.¹⁰ Ik zou op deze grond toch van een overeenkomst willen spreken, daar de gemeenten krachtens zulk een regeling gerechtigd zijn van de wederpartij medewerking tot het in het leven roepen van een gemeenschappelijke verordening te eisen onderscheidenlijk jegens de wederpartij tot zulk een medewerking verplicht zijn.

Tenslotte doet zich de vraag voor of nog als vierde eis gesteld moet worden, dat het voorwerp van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis, de prestatie, op geld waardebaar moet zijn althans economische waarde moet hebben. Ten aanzien van vele overeenkomsten, waarbij een overheidslichaam partij is, zoals bij laatstgenoemde regeling tot het scheppen van een gemeenschappelijke politie- of belastingverordening, zou het betwijfeld kunnen worden of aan deze eis zou zijn voldaan. Met Van Opstall¹¹ ben ik van mening, dat voor het stellen van deze eis elke rechtsgrond ontbreekt.

II

PRIVAATRECHTELIJKE EN PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSHANDELING

Het bestuur wordt door de overheid uitgeoefend doordat zij materiële handelingen verricht, zoals het bouwen van een

⁹ Wiarda, a. praeadv. blz. 27.

¹⁰ Vgl. Oud, Handboek voor het Nederlands gemeenterecht III blz. 521 e.v.

¹¹ Hofmann-Van Opstall blz. 6-7; in deze richting Asser-Rutten I, 1 blz. 15-16. Anders Wiarda, a. praeadv. blz. 27-28.

brug, het herstellen van een openbare weg, het verstrekken van inlichtingen, bebakening van openbare wegen en openbare wateren, en rechtshandelingen tot stand brengt, zoals de vaststelling van een aanslag in de directe belastingen, de aanstelling van ambtenaren, de naturalisatie van vreemdelingen, de verlening van een bouwvergunning, de inlijving van een dienstplichtige, de verlening van een subsidie, het kopen van grond, het sluiten van arbeidsovereenkomsten, de uitbesteding van werk, het lenen van geld.¹² De rechtshandelingen, wilsuitingen van bepaalde overheidsorganen tot het scheppen van enigerlei rechtsgevolg voor een concreet geval en als zodanig te onderscheiden van de algemene regeling, kunnen worden verdeeld in die welke hun grondslag in het publiek recht en die welke hun grondslag in het privaatrecht hebben, terwijl zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke rechtshandeling eenzijdig en tweezijdig (meerzijdig) kan zijn al naarmate de handeling van één rechtssubject of de gezamenlijke handeling van twee (meerdere) rechtssubjecten het rechtsgevolg schept.¹³

Eerstbedoelde onderscheiding brengt ons in het zozeer omstreden grensgebied van privaatrecht en publiek recht. Het is hier niet de plaats uitvoerig in te gaan op het vele dat hieromtrent is gepubliceerd, doch het volgende wordt ter inleiding van ons onderwerp vermeld.

De leer van Locff,¹⁴ dat elke rechtsverhouding waarbij de overheid betrokken is publiekrechtelijk is en dat de overheid geen subject van privaatrecht kan zijn, was zozeer in strijd met de in Nederland vóór en sedert de codificatie heersende opvattingen, dat deze leer geen enkele aanhang heeft gevonden. Nimmer is betwijfeld, dat de overheid subject van privaatrecht kan zijn bij het sluiten van de overeenkomsten van verkoop en koop, uitbesteding en aanneming van werk, geldlening en andere in het Burgerlijk Wetboek

¹² Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* blz. 380 e.v.; Van der Pot, *Nederlandsch bestuursrecht* 1932 blz. 210-230; Donner, *Nederlands bestuursrecht* 1953, I blz. 213 e.v.; Vegting, a.w. I. blz. 222 e.v.

¹³ Rapport van de Commissie inzake Algemene bepalingen van administratief recht, V.A.R. XXVIII blz. 10; Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands administratief recht* blz. 159.

¹⁴ J. A. Locff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, ac. pr. Leiden 1887 blz. 50; zie hierover Wiarda, ac. pr. blz. 38-39; Cluysenaar, R. M. Themis 1942 blz. 508-509; Donner, a.w. blz. 58-59.

en Wetboek van Koophandel geregelde benoemde overeenkomsten. Zelfs ten aanzien van onderwerpen, die een zeer nauw verband hielden met de uitoefening van de bestuurstaaft, is reeds spoedig na de codificatie beslist, dat ook dan de overheid subject van privaatrecht kan zijn: zo besliste de Hoge Raad reeds in 1844, dat de wettelijke vertegenwoordigers van een minderjarige, die een vrijwillige verbintenis als militair bij de Nationale Militie had aangegaan, krachtens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek vernietiging van deze verbintenis konden vorderen.¹⁵ De Redactie van het Weekblad voor het Recht zei zelfs hiervan: „Wij voor ons gelooven wel niet, dat een ernstige twijfel kan bestaan omtrent de zoogenaamde regtsquaestio”.¹⁶

Bij de bepaling van het toepassingsgebied van het privaatrecht en dat van het publiek recht – dit laatste voornamelijk voor wat betreft het administratief recht, daar afbakening van het staatsrecht tegenover het privaatrecht geen moeilijkheden oplevert¹⁷ – staan twee opvattingen tegenover elkaar:

a. de leer van Hamaker,¹⁸ Scholten,¹⁹ Scheltema,²⁰ Wiarda,²¹ Vegting,²² Kruseman,²³ Cluysenaar²⁴ en vele anderen: een rechtsverhouding is privaatrechtelijk, indien deze haar regeling in het privaatrecht, en publiekrechtelijk, indien deze haar regeling in het publiek recht heeft gevonden, waarbij het privaatrecht als het gemene

¹⁵ H.R. 20 december 1844 W 561; anders H.M.G. 17 december 1844 W 560. Prof. C. H. F. Polak was zo vriendelijk op deze uitspraken en nog enige andere beslissingen te wijzen.

¹⁶ W 558.

¹⁷ Vegting, De gemeentelijke verordnungsbevoegdheid en het burgerlijk recht, ac. pr. Amsterdam 1941 blz. 66-67; Asser-Scholten, Algemeen deel blz. 34 e.v.

¹⁸ Hamaker, Verhandeling Kon. Akademie van Wetenschappen, afd. Letterkunde, 1894 en Verspreide Geschriften VII blz. 134.

¹⁹ Asser-Scholten, Algemeen deel blz. 40 e.v.

²⁰ Scheltema, R.M. 1924 blz. 246, R.M. 1927 blz. 236, Verzamelde Geschriften blz. 623 e.v.

²¹ Wiarda, ac. pr. blz. 41-48; dezelfde schrijver a. praeadv. blz. 39 e.v.

²² Vegting, ac. pr. blz. 75 e.v. en blz. 85-94; dezelfde schrijver, Adm. recht I blz. 25 e.v.

²³ Kruseman, De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht, praeadvies V.A.R. IV, die zonder zich duidelijk uit te laten kennelijk met instemming de opvatting van Scholten vermeldt.

²⁴ Cluysenaar, a.w. blz. 509.

recht en het publiek recht als bijzondere op het privaatrecht inbreuk makende regeling is aan te merken;

b. de leer van Van Praag²⁵: de aard van de rechtsverhouding beslist of privaatrecht dan wel publiek recht, toepasselijk is; de rechtsverhouding is publiekrechtelijk, indien de overheid daarbij als zodanig optreedt, hetgeen het geval is, als de overheid optreedt „zóó als alleen een publiekrechtelijk lichaam wegens zijn overheidsgezag doen kan”.²⁶

Theoretisch juist is de opmerking van Van der Ven,²⁷ dat de objectieve rechtsregels „worden gegeven ter normering van maatschappelijk verhoudingen en wel in dezen zin, dat zij als het ware geboren worden uit reeds bestaande verhoudingen of geschapen worden met het oog op verhoudingen, welke de wetgever het gewenscht oordeelt in het leven te roepen”; met andere woorden dat de onderscheiding tussen privaatrecht en publiek recht is gegrond op die tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke verhouding, dat het privaatrecht het geheel van regelen betreffende de privaatrechtelijke verhoudingen en het publiek recht het geheel van regelen betreffende de publiekrechtelijke verhoudingen is. Hieruit behoeft echter niet de door Van der Ven gemaakte gevolgtrekking gedaan te worden, dat de leer van Van Praag de juiste is. De wetgever heeft door de codificatie van rechtsregels in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel en de daarmee samenhangende wetten de verhoudingen die hij tot onderwerp van die regels maakte, tot privaatrechtelijke gestempeld; dit privaatrecht regelt de rechtsverhoudingen tussen bijzondere personen onderling, doch geeft behoudens een enkele uitzondering²⁸ niet aan of en in hoever dit privaatrecht van toepassing is, indien de overheid (mede) rechtssubject ten aanzien van een bepaalde rechtsbetrekking is; bij gebreke van een publiekrechtelijke regeling geeft dan tenminste de toepassing van privaatrecht aan de rechter een richtsnoer,²⁹ waardoor tevens de bevoegdheid van de burgerlijke rechter als bedoeld in ar-

²⁵ L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*; dezelfde schrijver, *Themis* 1925 blz. 132 e.v. en *W.P.N.R.* 3668 en 3669.

²⁶ L. van Praag, *W.P.N.R.* 3668 blz. 177 noot 8.

²⁷ Van der Ven, *R.M.* 1940 blz. 101.

²⁸ Zie de artt. 576 e.v. en 1991 B.W.

²⁹ Zie Vegting, *De gemeentelijke verordnungsbevoegdheid* blz. 90 e.v.

tikel 2 R.O. wordt verruimd in gevallen waar anders een administratieve rechter zou ontbreken. De doelmatigheid doet kiezen voor de leer van Hamaker-Scholten.³⁰

Erkent men bij laatstbedoelde leer slechts dan een inbreuk op het privaatrecht, indien een positieve publiekrechtelijke bepaling een afwijkende regeling van een rechtsbetrekking, waarbij de overheid (mede) als rechtssubject is betrokken, geeft gelijk Scheltema heeft verdedigd, dan heeft men een vrij vast richtsnoer, doch te betwijfelen valt of de aldus bereikte resultaten aanvaardbaar zijn. Het duidelijkst wordt dit aangetoond ten aanzien van de bekende vraag of een waterschap of een gemeente failliet verklaard kan worden; volgens de aanhangers van de leer van Scheltema is zulk een faillissement mogelijk, omdat een wettelijke bepaling waaruit het tegendeel blijkt niet aanwezig is.³¹ De meeste schrijvers willen daarentegen de mogelijkheid van een uitzondering op het gemene privaatrecht ook aanvaarden, indien een positieve publiekrechtelijke regeling ontbreekt. Kranenburg³² acht de toepassing van privaatrecht uitgesloten ook dan wanneer de bijzondere omstandigheden van de verhouding een gewijzigde toepassing van privaatrecht nodig maken en als toepassing van privaatrecht „de publiekrechtelijke kwaliteit van het overheidslichaam in enigerlei opzicht zou aantasten”; bovendien is ingeval het administratief recht speciale rechtsvormen heeft geschapen, het privaatrecht

³⁰ Donner, a.w. blz. 62; „Nederland kent geen algemene administratieve rechtspraak; vandaar dat men hier veelal alle moeite doet een constructie te vinden, met behulp waarvan de interventie van de burgerlijke rechter kan worden gerechtvaardigd. Waar deze zich in beginsel heeft te beperken tot kennisneming van burgerrechtelijke geschillen, komt dat er op neer, dat men zal moeten trachten zijn geschil met de Overheid in een burgerrechtelijk pak te steken. Daarbij heeft nu juist het verschijnsel van het „gemene” recht veel geholpen..... Om dus de rechtsbescherming, welke bij de rechterlijke macht tegen het bestuur wordt gevonden, niet te verliezen, is het dikwijls het best vol te houden: het burgerlijk recht is het gemene recht en de anomalieën, welke zich zouden voordoen, wanneer men het publiek recht serieus als uitzonderingsrecht ging toepassen, maar met de mantel der liefde te bedekken.”

³¹ Scheltema, R.M. 1927 blz. 255. H.R. 23 juni 1922 W 10933 (ann. Molengraaff) liet de vraag onopgelost. Zie Polak Handboek I, 2 blz. 39-40 en Heyning, *Ars Aequi* 1952-53 blz. 69, alwaar opgave van literatuur.

³² Kranenburg-Vegting a.w. blz. 31 e.v., in bijz. blz. 34, die faillissement van een publieke corporatie uitgesloten acht.

recht nimmer dwingend van toepassing; dit recht is dan slechts van toepassing, indien de administratiefrechtelijke verhouding leentmen laat en het privaatrecht voor deze leentmen de passende oplossing geeft. Meyers³³ sluit toepassing van privaatrecht uit, indien het algemeen belang dit vordert.³⁴ Het Ontwerp-B.W. art. 9 heeft in navolging van het hieronder te vermelden Schieland-arrest bepaald: „Een bevoegdheid, die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publieke recht”.³⁵ Gezien de lapidaire regeling van het administratief recht komt het mij noodzakelijk voor een afwijking van het privaatrecht aan te nemen ook dan wanneer een ongeschreven regel van publiek recht daarop inbreuk maakt. Geenszins gemakkelijk zal zulk een ongeschreven regel vast te stellen zijn, maar verscheidene voorkomende rechtsverhoudingen kunnen alleen gegrond worden op ongeschreven publiek recht. Zo kunnen de niet-toepassing van de regels van schenking op door de overheid in het algemeen belang aan bijzondere personen toegezegde subsidies³⁶ en de — gedeeltelijke — onttrekking van de zaken met publieke bestemming aan het privaatrecht slechts hun grondslag vinden in ongeschreven publiekrechtelijke regels.

De Hoge Raad heeft de leer, dat het privaatrecht het gemeene recht is, aanvaard:

³³ W.P.N.R. 2544.

³⁴ Hoe vaag en onbruikbaar het algemeen belang als criterium is, heeft C. H. F. Polak, Het begrip „algemeen belang” in de verschillende onderdelen van het administratieve recht, praeadvies V.A.R. XIX blz. 39 aangetoond.

³⁵ Toelichting Ontwerp-B.W., 1e gedeelte (Boek 1-4) blz. 32. Zie critiek op bedoeld artikel van C. H. F. Polak, Beraadslaging V.A.R. XXXV blz. 13 e.v.

³⁶ Zie de vrijstelling van het recht van schenking in art. 33 lid 1 onder nrs. 2, 3 en 4 Successiewet; hieruit kan niet afgeleid worden, dat subsidieverlening een burgerrechtelijke schenking is, daar art. 1 lid 2 dier wet onder schenking begrijpt elke bevoordeling uit vrijgevigheid, zelfs een nietige schenking waaraan uitvoering is gegeven. Al is dus de vraag of subsidieverlening een schenking is zonder praktisch belang voor heffing van schenkingsrecht, de niet-toepassing van burgerlijk recht is wel van belang met het oog op de nimmer bij notariële acte gedane toezegging van subsidie. Zie omtrent overheidssubsidie de praeadviezen van Baron van Haersolte, Brasz en Steenbeek, De overheidssubsidie, V.A.R. XLIV, in het bijzonder de laatste schrijver op blz. 82 e.v.

H.R. 1 januari 1928 N.J. 28-782 besliste, dat de stuiting van verjaring als bedoeld in artikel 2019 B.W. toepasselijk is ten aanzien van verjaring van een schuld terzake van gemeentebelasting, omdat „zoodanige verjaring wordt beheerscht door het voorschrift van het gemeene recht, ten deze het Burgerlijk Wetboek, voorzover althans niet de publiekrechtelijke bepalingen een afwijkende regeling inhouden” (welke afwijkende regeling de Hoge Raad noch in de Gemeentewet noch elders aantrof).³⁷

H.R. 13 maart 1959 N.J. 62-338 oordeelde, dat de rechtsbetrekking tussen een ziekenfonds en de krachtens het Ziekenfondsenbesluit verplicht verzekerde is een overeenkomst van verzekering in de zin van art. 246 W.v.K. waarop art. 284 van dat wetboek toepasselijk is;

H.R. 28 april 1961 N.J. 61-433 aanvaardde in aansluiting op vroegere arresten, dat de in het Burgerlijk Wetboek vervatte bepalingen betreffende de rechten en verplichtingen van de eigenaren van naburige erven naar bewoordingen, aard en strekking toepasselijkheid met betrekking tot het ten openbare nutte bestemde onroerend goed in beginsel niet uitsluiten (waarbij echter de toepassing van art. 713 B.W. op een openbare weg als onverenigbaar met de bestemming daarvan of met de voorzieningen welke met het oog op de verwezenlijking van die bestemming vereist zijn wel uitgesloten werd geoordeeld).³⁸

H.R. 19 januari 1962 N.J. 62-151 (lozing van ongezuiverd rioolwater in IJsselmeer door Huizen) grondde de bevoegdheden van de Staat om bij zijn zorg over het IJsselmeer te bepalen hoever de „bijzondere” bestemming om rioolwater op te nemen in verband met de andere belangen welke bij dit meer betrokken zijn, behoort te gaan en op welke wijze daarvan door de belanghebbenden kan worden gebruik gemaakt, op de aan de Staat toekomende eigendom van dit meer in de zin van de art. 625 e.v. B.W.^{39 40}

³⁷ Evenzo werd de burgerrechtelijke verjaring toegepast op publiekrechtelijke schuldvorderingen door H.R. 13 april 1894 W 6488 en H.R. 19 juni 1908 W 8722.

³⁸ Zie Asser-Beekhuis II, 1 blz. 77 e.v. en II, 2 blz. 76 en 179; H. van der Linden, praadvisies N.J.V. 1963, in bijzonder blz. 165 e.v.

³⁹ Zie H. van der Linden, a.w. blz. 200 e.v.

⁴⁰ De Hoge Raad heeft ook de vordering terzake van onverschuldigde betaling, ook al was deze gedaan op grond van een

Van belang is nog H.R. 12 januari 1923 N.J. 23-307 (Schielandarrest), bij welk arrest ten aanzien van de verzwaring en verhoging van een deel van Schielands Hoge Zeedijk door het waterschap Schieland zonder toestemming van de eigenaar werd beslist, dat de eigenaar van de dijk deze beperking van zijn eigendomsrecht als uitvloeisel van de op de dijk rustende publieke last moet gedogen, al moge in reglement en keur van Schieland en evenmin in enige andere bepaling van geschreven recht voor deze plicht van de eigenaar van de dijk enige grondslag zijn te vinden. Dat publiekrechtelijk gewoonterecht inbreuk op privaatrecht kan maken, werd hier dus aanvaard.⁴¹

De Centrale Raad van Beroep bleek evenmin afkerig van vergaande toepassing van privaatrecht: in zijn uitspraak van 26 juli 1955 A.B. 56-78 ten aanzien van de verbintenis, door een militaire officier en de Minister van Oorlog aangegaan en inhoudend, dat de officier als beroepsofficier nog tenminste zes jaar ter beschikking zou blijven en dat de Staat hem dan in de gelegenheid zou stellen de studie voor ingenieur aan de Technische Hogeschool te Delft te volgen, besliste de Raad, dat de verbintenis betreffende deze studie is aan te merken als te berusten op een burgerrechtelijke overeenkomst tussen de Staat en die officier.

Nevens de gevallen, dat de Hoge Raad een rechtsverhouding waarbij de overheid betrokken was niet door het privaatrecht beheerst oordeelde, omdat het privaatrecht zelf blijkens de geschiedenis zijn toepassing uitsluit (H.R. 11 april 1924 N.J. 24-646 voor beroep van belastingplichtige op tenietgaan van een belastingschuld door compensatie met tegenvordering) of het positieve publiek recht een uitdrukkelijke inbreuk op het privaatrecht maakt (H.R. 1 februari 1928 N.J. 28-782 hierboven genoemd waarbij tevens werd beslist, dat art. 262, thans art. 295, Gemeentewet voor stuiting van de verjaring een „acte van vervolging” eist, zodat de

beweerde of vermeende publiekrechtelijke schuld, door artikel 1395 B.W. beheerst geacht (H.R. 14 november 1930 N.J. 31-222). Zie Wiarda, ac. pr. blz. 60 en 61. Verder zij verwezen naar de bekende jurisprudentie van de Hoge Raad betreffende de onrechtmatige overheidsdaad, die de toepassing van art. 1401 B.W. op daden van de overheid zeer heeft verruimd.

⁴¹ Zie H. van der Linden, a.w. blz. 166 e.v.

aanmaning van art. 2016 B.W. niet voldoende is) dan wel blijkens het systeem van de publiekrechtelijke regeling dit van het privaatrecht afwijkt (H.R. 23 december 1926 N.J. 27-213 waarbij subrogatie in een belastingvordering van de Staat ten behoeve van een bijzonder persoon niet mogelijk werd geacht), heeft de Hoge Raad vanzelfsprekend toepassing van privaatrecht van de hand gewezen, indien hij de rechtsbetrekking, die onderwerp van het geschil was, niet in het privaatrecht geregeld vond: zo vóór de inwerkingtreding van de Ambtenarenwet ten aanzien van de ambtenaarsverhouding H.R. 29 januari 1926 N.J. 26-231, 25 juni 1926 N.J. 26-1231 en 25 maart 1927 N.J. 27-385.⁴² Evenzo H.R. 27 juni 1927 W 11713 voor een tussen een verdachte en de belastingadministratie naar aanleiding van een overtreding van de Tabakswet aangegane transactie, waarvoor geen geschrift vereist geacht werd, omdat „inzonderheid art. 1888 B.W. toepassing mist, daar de transactie niet is een overeenkomst van dading in burgerrechtelijken zin”.

III

DE PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSHANDELING

De eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling, de administratieve beschikking, wordt in het Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht in navolging van Van der Pot⁴³ omschreven als „de eenzijdige wilsverklaring van een administratief orgaan, gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, door de kracht van welke verklaring voor een concreet geval of voor concrete gevallen een bestaande rechtsverhouding bindend wordt vastgesteld, wordt gewijzigd of opgeheven, dan wel een nieuwe rechtsverhouding in het leven wordt oproepen, of waarbij zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen wordt geweigerd”.⁴⁴

⁴² Zie de annotaties van Meyers onder deze arresten.

⁴³ Van der Pot, Nederlands Bestuursrecht 1932 blz. 205.

⁴⁴ Geschrift XXVIII V.A.R. blz. 10.

Zie omtrent de administratieve beschikking Vegting, Adm. recht I blz. 222 e.v. en Donner, a.w. blz. 213 e.v. Vegting, a.w. blz. 227 en 228 omschrijft de administratieve beschikking als volgt: „de van een overheidsorgaan uitgaande eenzijdige rechtshandeling,

In deze omschrijving zijn de zes groepen van beschikkingen, die Van der Pot heeft opgesteld,⁴⁵ samengevat, te weten: beschikkingen die een verplichting om iets te doen of te laten opleggen, dus een bevel bevatten gelijk het in artikel 27 Woningwet bedoelde bevel van Burgemeester en Wethouders tot onverwijlde ontruiming van een onbewoonbaar verklaarde woning, beschikkingen die aan een persoon een bepaalde status verlenen zoals de benoeming tot rijksambtenaar, beschikkingen die een bepaalde status doen ontstaan, bijvoorbeeld de verklaring van de Kroon dat het grondgebied van Nederland geheel of gedeeltelijk zich in staat van oorlog of in staat van beleg bevindt, beschikkingen die een prestatie door de overheid in uitzicht stellen gelijk toekening van subsidie of van een beurs, beschikkingen die iets toestaan dat tevoren niet geoorloofd was, namelijk de dispensatie, de vergunning en de concessie, en beschikkingen, waarbij een regeling of een beschikking van een lager orgaan wordt goedgekeurd of geweigerd.

Wat betreft de voorlaatste groep wil Van der Pot⁴⁶ deze beschikkingen aldus onderverdelen, dat de dispensatie ziet op een uitzonderingsgeval, de vergunning dient om in concreto te kunnen vaststellen wat bij het verrichten van de in de beschikking bedoelde handelingen behoort te geschieden, en de concessie het oog heeft op een complex van samenhangende handelingen in het publiek belang. Bij gebreke van een wettelijke grondslag komt het mij wenselijk voor onder vergunning de dispensatie en de concessie te begrijpen.

De Wet beroep administratieve beschikkingen heeft in art. 2 een definitie van de beschikking, waartegen het in die wet geregelde administratieve beroep openstaat, gegeven, die ge-

welke beoogt voor een concreet geval (t.a.v. subject of object) bepaald geval door administratiefrecht beheerste rechtsgevolgen in het leven te roepen" en Donner, a.w. blz. 217-218, die onder beschikking mede begrijpt de uitdrukkelijke of stilzwijgende weigering om een beschikking te geven: „de ambtelijke bestuurshandeling, waardoor eenzijdig en opzettelijk in een bepaald geval een bestaande rechtsverhouding of rechtstoestand wordt vastgesteld of een nieuwe rechtsverhouding of rechtstoestand in het leven wordt geroepen dan wel het één of het ander wordt geweigerd”.

⁴⁵ Van der Pot-Donner, a.w. blz. 382 e.v.

⁴⁶ Van der Pot-Donner, a.w. blz. 384 e.v. en Vegting, Ad. recht I blz. 334 e.v.

heel aansluit op voormelde in de literatuur gebruikelijke terminologie: ⁴⁷

Art. 2: „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.”

Alleen is als eis gesteld de schriftelijke vorm van de beschikking, omdat de wetgever het beroep van mondelinge beschikkingen niet wenste. ⁴⁸

Deze korte beschouwing over de administratieve beschikking is in de eerste plaats gegeven, omdat de Wet B.A.B. in navolging van de literatuur ter kenmerking van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking niet uitgaat van de aard van de rechtsverhouding maar van de aard van het recht waarin die rechtsbetrekking haar grondslag vindt: ⁴⁹ men heeft dus enerzijds de eenzijdige privaatrechtelijke rechtsbetrekking, de in het privaatrecht haar ontstaan vindende rechtsbetrekking, en anderzijds de eenzijdige publiekrechtelijke rechtsbetrekking, de in het publiekrecht gewortelde administratieve beschikking. Daar op het gebied van het vermogensrecht de eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen op de vingers van één hand zijn te tellen (afstand van eigendom en andere zakelijke rechten, soms de oprichting van een stichting), ⁵⁰ zal de beoordeling van de ontvankelijkheid van het

⁴⁷ M. v. T. zitting 1958-1959 - 5363 blz. 8 onder 3.

⁴⁸ Kan en Van Maarseveen - Wet beroep administratieve beschikkingen, Commentaar blz. 2-3. Het is de vraag of het ongeschreven publiek recht, waarop een administratieve beschikking zou kunnen berusten, niet tussen schip en wal is gevallen, zie Kan en Van Maarseveen blz. 6-7. Te wijzen valt nog op art. 3, dat met een beschikking, inhoudende een weigering, gelijk wordt gesteld een weigering om een beschikking te geven.

⁴⁹ Kan en Van Maarseveen blz. 6.

⁵⁰ De Wet van 10 juli 1963 S 297 hief de uitzonderingspositie voor stichtingen, opgericht of mede opgericht door de Staat, een provincie, een gemeente of een lichaam, als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, dan wel ingevolge wettelijk voor-

beroep op de in de Wet B.A.B. bedoelde administratieve rechter – en de daarmee gepaard gaande uitsluiting van de toegang tot de burgerlijke rechter⁵¹ – wel niet veel moeilijkheden opleveren. Evenmin als de toepassing van het materiële recht door de administratieve rechter: krachtens artikel 4 van de wet kan bij de Kroon een voorziening gevraagd worden terzake dat a. de beschikking met een algemeen verbindend voorschrift strijdt, b. het administratieve orgaan bij het geven van de beschikking van zijn bevoegdheid kennelijk tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waartoe die bevoegdheid gegeven is, c. het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen, en d. het administratieve orgaan anderszins heeft beschikt in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.⁵² Allereerst zal dus de beschikking getoetst moeten worden aan publiekrechtelijke normen, al kan daarbij zijdelings het privaatrecht

schrift met een taak belast, op. Zie J. M. Polak, *De Wet op stichtingen* blz. 36 en 150-151; dezelfde schrijver, *Ervaringen met de Wet op stichtingen*, praeadvies Broederschap der notarissen 1963 blz. 36-38.

⁵¹ Vegting, *Adm. recht II* blz. 477. H.R. 1 februari 1934 N.J. 34-1667 en H.R. 9 maart 1938 N.J. 38-1000, beide met annotatie Meyers waarin opgave van verdere jurisprudentie. Zie ook Meyjes, *Fiscaal procesrecht* blz. 18.

⁵² De gronden van beroep stemmen overeen met die, waarop beroep kan worden ingesteld tegen besluiten, genomen door de Sociaal Economische Raad, de product-, de hoofdbedrijf- en de bedrijfsschappen, bedoeld in art. 66 Wet op de Bedrijfsorganisatie, en de lichamen, ingesteld ter gemeenschappelijke behartiging van belangen, bedoeld in art. 110 van die wet, en handelingen, verricht door voorschreven organen. De Hoge Raad oordeelde bij aanwezigheid van de sub b bedoelde grond (zie H.R. 14 januari 1949 N.J. 49-557 arrest-Zandvoort) en van de sub c bedoelde grond (H.R. 25 februari 1949 N.J. 49-558 arrest-Doetinchem) een onrechtmatige daad aanwezig. Zie Van der Horst en Van de Poel, *Administratieve dagen* blz. 50 e.v. Bij aanwezigheid van de sub a bedoelde grond oordeelde de Hoge Raad reeds bij het Osterman-arrest (H.R. 20 november 1924 N.J. 25-89 W 11293) een onrechtmatige daad van de overheid aanwezig; schending van een publiekrechtelijke rechtsplicht was ook de grondslag in de zaak, die leidde tot H.R. 9 mei 1958 N.J. 60-475, waarbij werd aanvaard, dat terzake van deze onrechtmatige daad – het niet-afgeven van een rijbewijs door de Commissaris der Koningin – een rechterlijk bevel tot het verrichten van een bestuurshandeling mogelijk is, namelijk tot afgifte van een rijbewijs.

ter sprake komen, bijvoorbeeld indien de beschikking is gegeven in verband met een tussen het administratieve orgaan en de betrokkene gesloten overeenkomst, waarop hieronder zal worden teruggekomen, of indien de Kroon overeenkomstig art. 14 lid 3 van de wet aan betrokkene een vergoeding toekent.

De tweede grond, waarom hier de administratieve beschikking ter sprake is gebracht, is dat de literatuur wel tweezijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen heeft gezien in de „administratieve beschikking op verzoek” en de „door betrokkene aanvaarde administratieve beschikking”.

In de gevallen, waarin het verzoek, zij het gebruikelijk, niet vereist is voor de rechtsgeldigheid van de beschikking, kan uiteraard niet van een tweezijdige rechtshandeling gesproken worden. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij gratieverlening: blijkens art. 16 Gratiebesluit kan ook gratie verleend worden zonder dat daartoe een verzoek is ingediend: evenzo is dit het geval bij de verlening van bijstand aan de Nederlander, die hier te lande in zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te geraken, dat hij niet over de middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te voorzien: art. 22 i.v.m. art. 1 Algemene Bijstandswet bepaalt, dat deze bijstand ook ambtshalve kan worden verleend.

Moelijker wordt de vraag te beantwoorden, indien het verzoek, dus de wil van de betrokkene, voorwaarde voor de geldigheid van de beschikking is. Zo bepaalt art. 3 Drankwet 1931 S 476, dat hij, die sterke drank in het klein verkopen wil, daartoe vooraf een vergunning aan burgemeester en wethouders der gemeente binnen welke hij dat bedrijf wenst uit te oefenen, vraagt, en zo schrijft art. 5 Hinderwet voor, dat het verzoek om vergunning (onder meer tot het oprichten van een inrichting, welke daarbuiten gevaar, schade of hinder kan veroorzaken) onder overlegging van de voorgescreven bescheiden moet worden ingediend bij het gezag dat bevoegd is om de vergunning te verlenen. Het voert inderdaad, gelijk Donner⁵³ heeft betoogd, te ver in die gevallen een overeenkomst te construeren; hij wijst er op, dat bijvoorbeeld de Drankwet aan het verzoek om een vergunning grote aandacht besteedt met het oog op de verdeling van het

⁵³ Donner, a.w. blz. 222-223 en blz. 264; anders Kranenburg-Vegting, a.w. blz. 15.

meestal geringe aantal te verdelen vergunningen, waarbij door slechts acht te geven op de volgorde van binnenkomst een billijke maatstaf is te vinden. Er kunnen nog vele andere motieven voor het eisen van een voorafgaand verzoek tot verkrijging van een vergunning (administratieve beschikking) zijn, terwijl uiteraard veelal reeds daarom een voorafgaand verzoek nodig is om de overheid ermede in kennis te stellen, dat een bijzonder persoon in de omstandigheden verkeert, dat hij in aanmerking komt en wil komen voor een door een administratieve beschikking te zijnen aanzien in het leven te roepen rechtsgevolg. Bovendien zal in vele gevallen het tegen de wil van de bijzondere persoon scheppen van bedoeld rechtsgevolg in strijd zijn met de burgerlijke vrijheid, men denke slechts aan naturalisatie, benoeming in een commissie en – indien men de ambtenaarsverhouding op de eenzijdige aanstelling grondt – benoeming tot rijksambtenaar.

Belangrijker en meer omstreden is de vraag ten aanzien van de vergunning, die moet worden aanvaard. Deze aanvaarding wordt door de wet verlangd, indien aan de beschikking voorwaarden zijn verbonden, waarvan de naleving door de betrokkene gewenst is in verband met het door die wet behartigde openbaar belang. Fortuin⁵⁴ en Vegting⁵⁵ noemen verscheidene wetten, waarin de bevoegdheid van de overheid om een beschikking onder voorwaarde te geven wordt erkend. Ten aanzien van sommige wettelijke bepalingen kan betwijfeld worden of niet in de ogenschijnlijke vorm van voorwaarden aan de vergunninghouders bij die wet omschreven plichten worden opgelegd. De Bioscoopwet bepaalt bijvoorbeeld in art. 7, dat de houder der vergunning verplicht is te zorgen, 1. dat de bepalingen, bij of krachtens deze wet vastgesteld, voorzover hem betreft, worden nagekomen, 2. dat de exploitatie van zijn bedrijf niet geschiedt in strijd met de goede zeden of de openbare orde, enz. Hier worden duidelijk rechtsplichten geschapen en kan men niet meer spreken van aan de vergunning verbonden voorwaarden.⁵⁶ Daarentegen bevatten bijvoorbeeld de Keurenwet, de Rivie-

⁵⁴ Zie Fortuin en Hagen, De voorwaardelijke beschikking, Praeadvies V.A.R. XXII.

⁵⁵ Vegting, Adm. recht I blz. 364 e.v.

⁵⁶ Vegting, Adm. recht I blz. 366.

renwet en de Woningwet niet mis te verstane bepalingen omtrent het verbinden van voorwaarden aan een te verlenen vergunning.

Toch wordt op goede gronden betwijfeld of in gevallen als in laatstbedoelde wetten omschreven de door de overheid aan de beschikking verbonden voorwaarden, gelijk Wiarda⁵⁷ leert, wel als voorwaarden zijn aan te merken. Neemt men aan, dat hier wel degelijk van voorwaarden moet worden gesproken, dan mag de betrokkene (vergunninghouder of concessionaris) slechts gebruik maken van de vergunning onder naleving van de gestelde voorwaarden, bijvoorbeeld het betalen van recognitiegelden; leeft hij de voorwaarden niet na, dan vervalt de vergunning of heeft de overheid de bevoegdheid de vergunning in te trekken en staat de betrokkene bloot, indien hij de in de vergunning bedoelde handeling verricht, aan dezelfde publiekrechtelijke sancties als iemand die deze handeling zonder vergunning verricht.⁵⁸ Vegting⁵⁹ neemt daarentegen het standpunt in, dat een voorwaardelijke beschikking geen rechtsgevolg heeft zolang de betrokkene daarvan geen gebruik maakt, omdat – in het algemeen – voor de betrokkene geen plicht bestaat om de beschikking te aanvaarden, maar zodra hij gebruik gaat maken van de beschikking (vergunning), komt een tweezijdige rechtshandeling, meestal als overeenkomst aan te merken, tussen overheid en betrokkene tot stand. Hier zou dus van een publiekrechtelijke overeenkomst gesproken kunnen worden, voorzover inderdaad deze door Vegting bedoelde tweezijdige rechtshandeling in concreto als overeenkomst zou kunnen worden aangemerkt. Het praktisch verschil met de opvatting van Wiarda is, dat bij niet-nakoming van de voorwaarden door de betrokkene de overheid ook nakoming van de voorwaarden jegens de betrokkene kan vorderen. Veelal zal de overheid weinig behoefte hebben om nakoming van de voorwaarden te vorderen, omdat verval of intrekking van de beschikking, die de weg opent voor politiedwang en strafrechtelijke vervolging, voor haar een alleszins voldoende rechtsmiddel is. In een enkel geval is de mogelijkheid om nakoming te kunnen vorderen van belang, namelijk indien in-

⁵⁷ Wiarda, ac. pr. blz. 131.

⁵⁸ Zie Vegting Adm. recht I blz. 381 e.v. H.R. 15 juni 1948 N.J. 49-75; 3 april 1951 N.J. 51-466.

⁵⁹ Vegting, a.w. I blz. 364 e.v.

trekking of verval van de beschikking geen herstel in de oude toestand tengevolge heeft.⁶⁰

Schrijft de wet de aanvaarding van de beschikking voor zoals art. 12 lid 10 Wet Autovervoer Personen ten aanzien van de voor dat vervoer vereiste vergunning, dan heeft dit bij de opvatting van Wiarda tot gevolg, dat dan wel de overheid de nakoming van de voorwaarden kan vorderen; bij zulk een uitdrukkelijke door de wet vereiste aanvaarding is ook volgens Wiarda een publiekrechtelijke overeenkomst aanwezig.⁶¹

Kan de overheid voorwaarden aan een beschikking verbinden ook wanneer de wet het stellen van voorwaarden niet voorschrijft of de gelegenheid daartoe niet openstelt? In een constante jurisprudentie heeft de Hoge Raad deze vraag bevestigend beantwoord,⁶² laatstelijk bij het arrest van 13 april 1962 N.J. 64-366 A.B. 62-487 inzake Mr. Kruseman-Gemeente Amsterdam.

Bij de laatstbedoelde voorwaarden kan geen sprake zijn van een door de wet voorgeschreven aanvaarding door betrokkene. Verlangt de overheid aanvaarding door de betrokkene, dan zal dit – indien ik het goed begrijp – volgens de opvatting van Vegting geen verschil opleveren met de figuur, die wij reeds ontmoetten bij de door de wet voorgeschreven aanvaarding van door of krachtens die wet aan de beschikking verbonden voorwaarden;⁶³ er zal dan ook hier een publiekrechtelijke overeenkomst zijn (waarbij echter niet wordt uitgesloten, dat de inhoud der voorwaarden, voorzover deze hun regeling niet in het publieke recht vinden, door privaatrecht wordt beheerst). Wiarda onderscheidt bij de beschikking onder de hier bedoelde voorwaarden de publiekrechtelijke vergunning (concessie) en de tussen overheid en be-

⁶⁰ Van Wijk, V.A.R. XXIII blz. 26; Vegting, a.w. I blz. 370-371.

⁶¹ Wiarda, aangehaald *pracadv.* blz. 32-33 en blz. 64.

⁶² H.R. 5 december 1904 W 8152 (voorwaardelijke vergunning voor openbare vermakelijkheid pier Scheveningen); 1 februari 1918 N.J. 18-325 (H.I.J.S.M.); 25 januari 1924 N.J. 24-593 (mijnconcessie onder voorwaarde); 16 april 1925 N.J. 25-649 (heffing Rijkskantoor voor steen); 1 april 1926 N.J. 26-577 (*idem*); 19 maart 1931 N.J. 31-470 (financiële bijdrage in gemeentelijk wegefonds als voorwaarde voor bouwvergunning); 20 maart 1931 N.J. 31-941 (*idem*); 4 januari 1935 N.J. 35-758 (boetebetaling voorwaarde voor toelating abattoir).

⁶³ Vegting, a.w. I blz. 380 e.v. Anders Wiarda, zie noot 61.

trokkene gesloten privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij de betrokkene zich jegens de overheid tot naleving van de voorwaarden verbindt.

Ten aanzien van de door Vegting gehuldigde leer kan opgemerkt worden, dat hiermede niets is beslist omtrent de bevoegdheid van de overheid om de gegeven beschikking in te trekken en omtrent de invloed van zulk een intrekking op de eventueel door de betrokkene verrichte prestaties, die hem bij de voorwaarden opgelegd waren. Anderzijds geeft de leer van Wiarda een splitsing, die kunstmatig is.

Is de gegeven beschikking naar haar aard niet voor intrekking vatbaar, bijvoorbeeld omdat de handeling, waartoe bij de beschikking vergunning werd verleend, reeds is uitgevoerd en herstel in de oude toestand – redelijkerwijs – niet meer mogelijk is, dan is het belang van voormeld verschil in opvatting niet groot.

Zeer belangrijk echter wordt dit verschil, indien de beschikking een rechtstoestand voor zekere duur in het leven roept, waaraan intrekking van de beschikking dus een einde maakt; vooral indien bovendien de overheid zich jegens de betrokkene heeft verbonden ten gunste van anderen dan betrokkene niet zulk een beschikking (vergunning) te geven (de overheid aan betrokkene, de concessionaris, een monopoliepositie heeft verschaft) en zij ter uitvoering van de in die beschikking omschreven handelingen, werken en dergelijke haar medewerking heeft verleend of zal verlenen door ter beschikkingstelling van haar goederen met publieke bestemming (de overheid bijvoorbeeld zoals bij een tramconcessie vergunning verleent rails in de openbare weg te leggen) of door verschaffing van diensten (zoals aansluiting op electrisch net) of door een bepaald gebruik of niet-gebruik van haar overheidsbevoegdheden.

De opvatting, dat tussen de overheid en bijzondere personen gesloten overeenkomsten – waarvan een door de overheid gegeven of te geven beschikking ten gunste van haar wederpartij mede voorwerp is – gesplitst moeten worden in een eenzijdige administratieve beschikking en in een privaatrechtelijke overeenkomst voor het overige, heeft tot gevolg dat de overheid niet en haar wederpartij wel gebonden is. Wiarda⁶⁴ grondt immers zijn leer op de stelling, dat de

⁶⁴ Wiarda, ac. pr. in het bijzonder blz. 203 e.v. en dezelfde schrijver, aangeh. praeadv. blz. 60 e.v.

overheid van haar bevoegdheid om algemene regelingen (verordeningen) en beschikkingen te geven geen zodanig gebruik kan maken dat hetgeen zij verordend of beschikt heeft voor intrekking langs dezelfde weg niet vatbaar is; de overheid kan geen onaantastbaar recht tegenover zichzelf bij verordening of beschikking in het leven roepen; een uitdrukkelijk voor een bepaalde tijd verleende vergunning (concessie) heeft dan geen enkele andere betekenis dan dat bij verloop van de termijn de vergunning ambtshalve vervalt, doch deze overceengekomen termijn staat de bevoegdheid van de overheid om vóór het verstrijken van die termijn de vergunning (concessie) in te trekken niet in de weg.⁶⁵

Terecht is deze leer onbevredigend genoemd; er ware zeker veel voor te zeggen geweest om als regel van openbare orde te aanvaarden, dat de overheid zich jegens bijzondere personen op geen enkele wijze kan vastleggen omtrent het door haar in de toekomst door middel van verordeningen en beschikkingen uit te oefenen bestuursbeleid en dat de overheid niet bevoegd is andere prestaties jegens een bijzonder persoon te bedingen dan de nauwkeurig in de wet omschrevene. Gevolg van zulk een regel zou zijn, dat de overeenkomst in strijd met zulk een regel wegens strijd met de openbare orde nietig was. Dit zou echter de concessieverlening zonder wettelijke grondslag onmogelijk gemaakt hebben. De practijk had echter behoefte aan de instelling van de concessie, toen in het einde van de vorige eeuw een aanvang werd gemaakt met de aanleg van spoor- en tramwegen en de overheid nog niet over de middelen beschikte deze aanleg altijd in eigen beheer te verrichten. Nu eenmaal de overheid sinds de tweede helft van de vorige eeuw in niet geringen getale concessies verleent en bovendien in steeds ruimere mate aan haar administratieve beschikkingen voorwaarden verbindt, zou nietigheid van al deze overeenkomsten tot ongewenst resultaat leiden, een resultaat overigens waarvan de betrokken vergunninghouder of concessionaris evenzeer het slachtoffer zou worden. Er is daarom omgezien naar rechtsconstructies, die de rechtsbelangen van de vergunninghouder of concessionaris dienen, constructies waarvan de hechtheid veel te wenschen overlaat, omdat de geldigheid van de overeenkomst, waarbij de overheid een zeker bestuursbeleid voor de toekomst aan een bijzonder persoon toezegt,

⁶⁵ Wiarda, *ac.* pr. blz. 210.

verenigd moet worden met de vrijheid van de overheid ten aanzien van dit beleid!

Van wanprestatie van de overheid, indien zij een beschikking, in een dergelijke overeenkomst omschreven, intrekt, kan niet gesproken worden, omdat de overheid in bedoelde opvatting het recht had aldus te handelen.

Wiarda ziet de oplossing in de constructie van de rechtmatige daad, die door het niet daarmee gepaard gaan van het vergoeden van de daardoor voor de betrokkene ontstane schade tot onrechtmatige daad wordt.⁶⁶

De Hoge Raad heeft deze „splittingsleer” bij arrest van 20 februari 1953 N.J. 54-3 ondubbelzinnig tot de zijne gemaakt: Mr. Tripels vorderde jegens de Burgemeester van Roermond, dat Burgemeester en Wethouders dezer gemeente geen uitvoering zouden geven aan een tegen hem gericht vordering van woonruimte krachtens de Woonruimtwet 1947, wijl deze vordering in strijd was met een toezegging van Burgemeester en Wethouders in een bepaald geval – dat zich had voorgedaan – niet tot vordering te zullen overgaan, en daarom als onrechtmatig moest worden aangemerkt; de Hoge Raad overwoog „dat in het algemeen een toezegging om van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te maken, niet uitsluit, dat die bevoegdheid wordt uitgeoefend, indien juist overheidsbeleid ten aanzien van het belang, met betrekking waartoe de bevoegdheid is gegeven, zich met de inachtneming van de toezegging niet langer verdraagt”.⁶⁷

Het genoemde arrest van de Hoge Raad inzake Mr. Krušman-gemeente Amsterdam is ook hier van belang. Mr. Krušman had een perceel, dat hij als woonhuis en, als advocaat en procureur, als kantoor in gebruik had, verkocht aan een verzekeringsmaatschappij onder de opschortende voorwaarde dat koopster gerechtigd zou zijn een deel van het perceel tot bedrijfsruimte in te richten; teneinde de volgens artikel 1 lid 6 Woonruimtwet 1947 vereiste verklaring van de Minister van Economische Zaken te verkrijgen, dat

⁶⁶ Wiarda, ac. pr. blz. 211-212. Vgl. H.R. 19 december 1952 N.J. 53-642.

⁶⁷ In deze zin ook reeds H.R. 6 februari 1931 W 12258; 19 oktober 1936 N.J. 37-154; n.m.m. is het niet zeker of H.R. 8 januari 1875 W 3812 nog een andere mening huldigde; zie over dit arrest Troostwijk, *Privaatrechtelijke overeenkomst-publiekrechtelijke bevoegdheid*, inaug. rede Groningen 1964 blz. 5 e.v.

bedoelde ruimte als bedrijfsruimte benodigd was, waartoe volgens de uitvoeringsvoorschriften onder meer een gunstig advies van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam aan de Kamer van Koophandel ten aanzien van deze onttrekking van woonruimte noodzakelijk was, wendde Mr. Kruseman zich tot Burgemeester en Wethouders; dit College was tot medewerking bereid, mits daarvoor een „compensatie” ten bedrage van f 17.440,— werd gegeven; Mr. Kruseman stortte dit bedrag in de gemeentekas, welk bedrag de gemeente bestemde voor een fonds voor woningonttrekking, ingesteld voor het financieren van bouwprojecten; nadat bedoeld perceel door Mr. Kruseman aan voormelde verzekeringsmaatschappij was getransporteerd, vorderde hij het door hem gestorte bedrag als onverschuldigd terug. Uit de weergave der feiten in het arrest valt op te maken, dat de gemeente Amsterdam slechts een voorwaarde voor haar medewerking stelde zonder dat Mr. Kruseman die voorwaarde als verplichting had aanvaard. Het Hof te Amsterdam deed — anders dan de Rechtbank — de vordering stranden en de Hoge Raad overwoog omtrent de stelling in het cassatiemiddel, dat het besluit van B. en W. van Amsterdam ter voldoening waarvan voormeld bedrag is betaald elke civielrechtelijke grondslag mist en evenmin steunt op een publiekrechtelijke bevoegdheid van B. en W.:

„O. dat wie ter bereiking van een door hem gewenst en geoorloofd resultaat de medewerking nodig heeft van een ander en ter verkrijging van die medewerking aan dien ander enig door dezen voor zijn medewerking bedongen goed geeft, niet zonder rechtsgrond presteert en, na het gewenste resultaat te hebben verkregen, het gepresteerde niet als onverschuldigd betaald terug kan vorderen, tenzij aan hetgeen aldus geschiedt een geoorloofde oorzaak ontbreekt, bij voorbeeld wanneer de partij die voor haar medewerking het goed bedong misbruik maakte van de omstandigheden waarin haar wederpartij verkeerde;

O., dat in beginsel hetzelfde geldt voor wie ter verkrijging van de medewerking van de overheid tot enige handeling waartoe deze wettelijk niet verplicht is, een door de overheid daarvoor verlangde prestatie verricht, tenzij tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van die prestatie enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakte van de bevoegdheden of de

feitelijke machtspositie welke die medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden;

dat het daarbij onverschillig is of de wilsovereenstemming, welke door de voldoening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verlangt aan den dag treedt, al dan niet kan worden gequalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst;

O. dat uit het bovenstaande volgt, enerzijds dat onjuist is de aan het middel zowel onder a als b ten grondslag liggende opvatting als zoude het besluit van B. en W., waarbij van Kruseman voor de door hem van dit College gewenste medewerking een betaling ten gunste van het genoemde Fonds voor Woningonttrekking werd verlangd, op een bijzondere aan dit College toekomende bevoegdheid moeten berusten, en anderzijds dat een grond voor de terugvordering van het betaalde bedrag alleen zou kunnen worden gevonden in de stelling dat het College in strijd met enig wettelijk voorschrift handelde door voor haar medewerking dit bedrag te bedingen of in ontvangst te nemen, dan wel zich hierdoor schuldig maakte aan misbruik van bevoegdheid of machtspositie, als hierboven omschreven",

waarop – na beslist te hebben dat geen der genoemde wettelijke voorschriften een beletsel inhoudt tegen de handelwijze van het Gemeentebestuur ten opzichte van Kruseman, dat in voorschreven omstandigheden van misbruik van overheidsbevoegdheid of van overheidsmacht hier niet gesproken kan worden, en dat art. 275 Gemeentewet niet het oog heeft op de te dezen van het Gemeentebestuur verlangde medewerking – de Hoge Raad het beroep verwierp.⁶⁸

Aangenomen moet worden, dat de beslissing hetzelfde geluid zou hebben, indien Kruseman vóór de betaling van het bedrag de gestelde voorwaarde als verplichting had aanvaard en indien de voorwaarde niet verbonden zou zijn geweest aan het geven van een advies doch aan het nemen van een beschikking.

Er is dus dit verband tussen de medewerking van de overheid en de prestatie van de betrokkene, dat de medewerking de rechtsgrond voor de prestatie is. Indien nu eens

⁶⁸ H.R. 13 april 1962 N.J. 63-366 (ann. H.B.), A.A. 62/63-96 (ann. Van Wijk), A.B. 62-487 (ann. St.).

de prestatie door Mr. Kruseman was verricht doch het advies was uitgebleven of ongunstig geweest, kan dan gezegd worden, dat hij een prestatie wel zonder rechtsgrond zou hebben vervuld en een vordering terzake van onverschuldigde betaling gehad zou hebben? En weer een stap verder gaand, zou Mr. Kruseman deze vordering ook gehad hebben, indien na de vervulling van de prestatie en vóór de verkrijging van de ministeriële verklaring Burgemeester en Wethouders het gunstig advies zouden hebben ingetrokken en door een afwijzend advies zouden hebben vervangen? En ook indien de administratieve weg zonder hindernissen door hem zou zijn afgelegd, zoals in bedoeld geval ook blijkbaar is gebeurd, doch daarna de tussen hem en de verzekeringsmaatschappij gesloten overeenkomst zou zijn afgesprongen en Mr. Kruseman in zijn woning en kantoor was gebleven? De Hoge Raad heeft zozeker de nadruk gelegd op de rechtsgrond van de door betrokkene verrichte betaling, dat ik gencigd ben deze vragen bevestigend te beantwoorden. Toch is deze bevestigende beantwoording niet geheel zeker: de koper, die betaalt doch door wanprestatie van de verkoper de gekochte waar niet verkrijgt, heeft — indien nietigheid of van rechtswege ontbinding van de overeenkomst zich niet voordoet — niet zonder rechtsgrond betaald; hem komt eerst de vordering terzake van onverschuldigde betaling toe, indien op grond van artikel 1302 B.W. de overeenkomst is ontbonden. Is sprake van een „aanvaarde beschikking”, dan vindt dit artikel geen toepassing bij intrekking van de beschikking door de overheid, omdat deze intrekking, het is reeds gezegd, geen wanprestatie van de overheid is. In de gevallen, in voormelde vragen bedoeld, kan de betrokkene zijn prestatie niet anders terugverkrijgen dan door het instellen van de in artikel 1395 lid 1 B.W. omschreven vordering. Te bedenken valt nog, dat de exceptio non adimpleti contractus aan de betrokkene geen uitkomst biedt, indien hij reeds heeft gepresteerd, en dat de vordering tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling uitgesloten is, omdat ook van de door de rechtspraak gecreëerde regel, dat de overheid geen afstand van haar recht kan doen om de toegezegde medewerking of beschikking niet te geven onderscheidenlijk een gegeven medewerking ongedaan te maken of een gegeven beschikking in te trekken, uiteraard voorzover zulks nog effect heeft, zal gelden, dat betrokkene

geacht wordt deze regel te kennen althans hij deze regel behoorde te kennen. Dan blijft de gedupeerde niet veel anders over dan een vordering terzake van onverschuldigde betaling of – waarover hieronder meer – een vordering tot schadevergoeding.

Bij de vordering terzake van onverschuldigde betaling rijst vanzelf de vraag of hier niet gesproken moet worden van een nietige, althans vervallen overeenkomst: heeft de betrokkene voldaan zonder rechtsgrond, dan is de overeenkomst niet meer aanwezig. Hier moet de aandacht gevestigd worden op het arrest van de Hoge Raad van 12 april 1912 betreffende de concessie van de Bell Telefoon Mij: ⁶⁹ de gemeente Utrecht had bij raadsbesluit aan genoemde maatschappij een uitsluitend recht verleend tot aanleg en exploitatie van voor het publiek bestemde telefonische aansluitingen in de gemeente Utrecht, alsmede het recht tot bevestiging der daarvoor nodige verbindingen aan de eigendommen der gemeente, tot het plaatsen en hebben van palen in gemeentegrond en gemeentewater met de bepaling onder meer dat, wanneer in het belang van gemeentewerken of – eigendommen of in het algemeen belang wijziging moet worden gebracht in de werken der maatschappij, deze geschiedt op aanschrijving van Burgemeester en Wethouders en dat de kosten daarvan ten laste van de maatschappij komen. Ten behoeve van de door de gemeente aan te leggen elektrische tram moesten bevestigingen van telefonische leidingen aangelegd worden; tussen de gemeente en de maatschappij ontstond geschil omtrent de vraag wie van beiden deze kosten moest dragen; de maatschappij oordeelde, dat voormeld raadsbesluit en daarmee de concessie was vervallen, omdat tijdens het bestaan van de concessie de Telegraaf- en Telefoonwet 1904, die in het onderwerp van het raadsbesluit voorzag, in werking was getreden. Zonder in te gaan op de thans niet meer van belang zijnde vraag van gemeenterecht of een wet ook een dergelijk raadsbesluit krachteloos kan maken, wat de Hoge Raad in navolging van het Hof te Amsterdam bevestigend beantwoordde, vermeld ik dat het Hof op deze grond van oordeel was dat de kosten niet ten laste van de maatschappij kwamen; de Hoge Raad verwierp

⁶⁹ H.R. 12 april 1912 W 9370 (ann. E.M.M.). Dit arrest besproken bij Wiarda, ac. pr. blz. 171 e.v. en Kruseman, a.w. blz. 41-43.

het cassatieberoep mede op deze grond: dat „door het Hof te recht is overwogen „dat dit contract door het vervallen der door de gemeente Utrecht verleende vergunning zijn rechtsgrond (causa) heeft verloren”; immers de tegenover die vergunning staande verplichting der Maatschappij zin en beteekenis daardoor zoude missen”.

In latere arresten betreffende geschillen bij de uitvoering van tussen bijzondere personen gesloten overeenkomsten heeft de Hoge Raad beslist, dat de aanwezigheid van een oorzaak een vereiste is voor het geldig ontstaan van de overeenkomst, zodat het onmogelijk worden van een prestatie tijdens het bestaan van de overeenkomst niet tot gevolg heeft dat de overeenkomst vervalt.⁷⁰ Meyers had reeds in zijn annotatie van het arrest van 12 april 1912 opgemerkt, dat het hem juister leek de vraag of bij een wederkerige overeenkomst de verplichting der ene partij blijft bestaan wanneer de prestatie van de andere partij na het aangaan der overeenkomst onmogelijk wordt, buiten het leerstuk der causa te houden. Wat hiervan zij, in ieder geval is het hier juist de vraag of van (zuiver) wederkerige overeenkomsten gesproken kan worden: is een overeenkomst als de onderhavige, indien men de administratieve beschikking of medewerking of de toezegging tot zulk een beschikking of medewerking er van afsplitst, nog wederkerig? Ik meen van niet; in het algemeen gesproken, want het is mogelijk, dat tussen een overheidslichaam en een bijzonder persoon een overeenkomst is gesloten, waarbij naast wederzijdse privaatrechtelijke verplichtingen een toegezegde administratieve beschikking of medewerking slechts een ondergeschikt punt betreft en het wegvallen van deze beschikking of medewerking het bestaan van de overeenkomst niet behoeft aan te tasten. Is echter, gelijk meestal het geval is, bedoelde beschikking of medewerking essentieel voor partijen bij het aangaan van de overeenkomst, dan vervalt de overeenkomst, omdat de rechtsgrond aan de prestatie van betrokkene is komen te ontbreken.

Met Wiarda⁷¹ moet aangenomen worden, dat het risico van het intrekken van de beschikking of medewerking op de overheid gelegd moet worden (mits dit intrekken niet is ge-

⁷⁰ Asser-Rutten III, 2 blz. 196; H.R. 6 januari 1922 W 10855 N.J. 22-265; 3 juni 1938 N.J. 39-303.

⁷¹ Wiarda, ac. pr. blz. 171; zie daartegen Van Praag W.P.N.R. 3669 blz. 191 sub VI.

schied wegens niet-nakoming van het overeengekomene door betrokkene), maar ik moet hieraan toevoegen, dat – nu van wanprestatie van de overheid in zulk een geval van intrekking op grond van niet-onredelijk overheidsbeleid niet kan worden gesproken – dit toch een moeilijk te aanvaarden grond voor schadeplichtigheid van de overheid jegens de betrokkene is.

Naar mijn mening zou wellicht nog de beste oplossing zijn dat ten aanzien van een overeenkomst, waarbij de administratieve beschikking of medewerking van de overheid onderscheidenlijk de toezegging door de overheid tot het geven van zulk een beschikking of medewerking voor partijen bij het aangaan van de overeenkomst essentieel is geweest, het wegvallen van die beschikking, medewerking of toezegging op een vroeger tijdstip dan bij de overeenkomst voorzien de nietigheid of het verval daarvan tot gevolg heeft en deze nietige of vervallen overeenkomst zal worden geconverteerd in een overeenkomst, die partijen zouden hebben gewild als zij deze nietigheid of dit verval zouden hebben geweten. De overeenkomst waarin de oorspronkelijke is geconverteerd, zal dan de grondslag voor het instandlaten van een gewijzigde rechtsbetrekking zijn, welke rechtsbetrekking de overheid zal kunnen nopen het door haar wederpartij gepresteerde geheel of gedeeltelijk terug te geven of de door die wederpartij geleden schade te vergoeden.

Toegegeven, dat deze redenering wat kunstmatig voorkomt en het toepassingsgebied van de conversie wordt verruimd,⁷² maar ter verdediging daarvan kan gezegd worden, dat dit een gevolg is van de nu eenmaal door de Hoge Raad en ook door de administratie⁷³ aanvaarde splitsing van bedoelde overeenkomsten in twee delen, die volgens de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst als onverbreekelijk met elkander verbonden werden beschouwd.

⁷² Zie voor ruimere toepassing van de conversie G. J. Scholten, *Pracadv.* N.J.V. 1954 blz. 197.

⁷³ Zie K.B. 20 juni 1963 no. 50 A.B. 64-19 betreffende de Haagse verordening tot vaststelling van de rooilijn en tot regeling van de bebouwingsvoorschriften en het gebruik van gronden: „dat echter de eventueel uit de privaatrechtelijke overeenkomst verkregen rechten niet in de weg kunnen staan om bij de vaststelling van stedenbouwkundige maatregelen, als de onderhavige, zodanige voorzieningen te treffen als door voormelde belangen wordt gevorderd”.

De leer dat overeenkomsten als de onderhavige als publiekrechtelijke zijn te beschouwen, brengt echter evenmin een goede uitkomst, omdat deze overeenkomst geen wettelijke regeling heeft. ⁷⁴ Van Praag ⁷⁵ leert, dat hier ook het beginsel „pacta sunt servanda” geldt, anderen ontkennen dit. ⁷⁶ Donner ⁷⁷ deed dit de ontboezeming slaken: „Zodat men met de publiekrechtelijke overeenkomst blijft zitten, luid roepend, dat het burgerlijk contractenrecht niet, maar onmachtig om te zeggen welke regels wél van toepassing zouden moeten zijn”.

Donner ⁷⁸ zelf volgt – zij het met een voorbehoud – de leer van Wiarda: Donner ziet geen overeenkomst in de „aanvaarde beschikking”, indien de wet zoals de reeds genoemde Wet Autovervoer Personen de aanvaarding van de vergunning eist, omdat deze aanvaarding een wettelijke eis is voor de rechtsgeldigheid van de beschikking; maar kan een scheiding worden aangebracht „in de verschijnselen van wils-overeenstemming en gezagsuitoefening”, dan zal nevens de (privaatrechtelijke) overeenkomst de administratieve beschikking een afzonderlijk bestaan leiden; evenzo indien de overeenkomst als te vervullen voorwaarde vóór de administratieve beschikking moet worden aangegaan; de overheid is dan bevoegd de beschikking in te trekken doch pleegt ten aanzien van de overeenkomst dan contractbreuk; is echter „de verstrengeling” tussen „eenzijdige gezagsuitoefening en tweezijdige wilsovereenstemming” zodanig, dat de ene rechtsbetrekking niet te splitsen valt, dan wil Donner deze onderbrengen of bij de beschikking of bij de overeenkomst naar mate de rechtsbetrekking het meest beantwoordt aan het ene of andere type.

Ik kan het eens zijn met het betoog, dat een door de wet verlangde aanvaarding van de daarbij omschreven vergunning op zichzelf de rechtsbetrekking tussen overheid en betrokkene niet tot overeenkomst maakt: de aanvaarding is een door de wet gestelde formele eis om vast te doen stellen, dat de door de wet aan de vergunning verbonden plichten voor de vergunninghouder zijn ontstaan, en in sommige ge-

⁷⁴ Voorzover men in de ambtenaarsverhouding een overeenkomst ziet, houdt de regeling van de Ambtenarenwet niets in omtrent het karakter van publiekrechtelijke overeenkomsten.

⁷⁵ Van Praag, zie noot 71.

⁷⁶ Zie b.v. in Beraadslaging V.A.R. IX Kramer blz. 5.

⁷⁷ Donner, a.w. blz. 268.

⁷⁸ Donner, a.w. blz. 273-275.

vallen opdat met het oog op het limitatief stelsel van vergunningen bij niet-gebruik de vergunning kan worden ingetrokken.

Voor wat betreft de door Donner bedoelde rechtsbetrekkingen, waarbij een splitsing als voormeld niet te maken valt, ben ik van mening, dat in gevallen waar de beschikking niet slechts een bijkomstig onderdeel van de rechtsbetrekking uitmaakt zulk een keuze niet gedaan kan worden; in ieder geval zal bij die rechtsbetrekkingen naar een vrij willekeurige maatstaf beslist moeten worden welke de aard van de rechtsbetrekking is. De strenge doorvoering van de scheiding tussen beschikking en privaatrechtelijke overeenkomst verdient dan toch altijd nog de voorkeur; behoudens in het hierna te bespreken geval zal de beschikking door de overheid wel ingetrokken kunnen worden, doch dan zal de vordering terzake van onverschuldigde betaling en tot vergoeding van schade – niet op grond van contractbreuk gelijk Donner betoogt doch wegens verval van de overeenkomst en zo mogelijk conversie van die overeenkomst – de betrokkene zo goed mogelijk aan zijn recht helpen.

De lagere rechter heeft zijn keuze wel eens laten vallen op de privaatrechtelijke overeenkomst na eerst de aanwezigheid van de administratieve beschikking te hebben „weggeredeneerd”: zo besliste het Hof te 's-Hertogenbosch,⁷⁹ dat de door de gemeente Princenhage verleende waterleidingconcessie niet een publiekrechtelijke vergunning tot het hebben van waterleidingbuizen onder het wegdek en brandkranen op de weg tot grondslag had, omdat de buizen op geen wijze ten goede of ten nadele koren aan het openbaar verkeer, hetwelk tot het wegdek beperkt is, terwijl brandkranen evenmin die bestemming benadelen, en alzo door het verlenen van het verlof tot de aanleg van die buizen en kranen de gemeente niet de openbare bestemming van haar eigendommen heeft aangetast.⁸⁰

Het Hof te 's-Gravenhage⁸¹ achtte ten aanzien van een Antillaanse electriciteitsconcessie het contractuele element zo zeer overheersend, „dat de onderhavige concessies, ook al zijn er publiekrechtelijke kenmerken, als overeenkomsten

⁷⁹ Hof Bosch 16 mei 1933 N.J. 34-1355.

⁸⁰ Evenzo Vonck, Gasconcessies naar Nederlandsch recht, rechtskundige opstellen Prof. Meyers blz. 106 e.v.

⁸¹ Hof Haag 5 februari 1958 N.J. 58-343.

naar burgerlijk recht zijn te beschouwen". Wel moet hierbij aangetekend worden, dat de kernvraag in dit geding was of de concessie op rechtverkrijgenden van de concessionaris was overgegaan.

Het verschil in opvatting voor wat betreft de bevoegdheid van de overheid om de beschikking (vergunning, concessie) te allen tijde in te trekken of te doen vervallen, komt dus hierop neer, dat in de leer van Wiarda en de Hoge Raad die bevoegdheid bestaat (behoudens willekeur) en dat in de leer, die afkerig is van splitsing der rechtsbetrekking als hierboven besproken en deze rechtsbetrekking als één publiek-rechtelijke tweezijdige rechtshandeling (overeenkomst) ziet, de opvattingen wisselen van ongebondenheid, gebondenheid in sommige gevallen en gebondenheid in alle gevallen aan de overeenkomst voor de overheid.

Wat betreft de toepassing van het privaatrecht of het publiek recht op zulke overeenkomsten, „verstrengeld” met een administratieve beschikking bestaat minder verschil in opvatting: splitst men de rechtsbetrekking in beschikking en privaatrechtelijke overeenkomst, dan geldt voor de beschikking het publiek recht, vervat in de wet waarop de beschikking berust, zo nodig – waar die wet leemten laat – aangevuld met regels van privaatrecht,⁸² omdat dit het gemene recht is dan wel omdat analogische toepassing daarvan in het algemeen belang gewenst is, en geldt uiteraard voor de van de beschikking afgescheiden overeenkomst het privaatrecht, waarbij noodzakelijkerwijs de toepassing van de privaatrechtelijke beginselen van goede trouw, gebruik en billijkheid de invloed ondergaat van het feit, dat de ene partij bij die rechtsbetrekking geen bijzonder persoon doch een overheidslichaam is.⁸³ Vegting komt tot hetzelfde resultaat voor de publiekrechtelijke overeenkomst, kennelijk omdat op die rechtsbetrekking het privaatrecht als het gemene recht wordt toegepast met als daarop inbreuk makend publiek recht de wet waarop de beschikking (vergunning, concessie) berustte.

Een beperking van de onaantastbare bevoegdheid van de overheid om te allen tijde de door haar gegeven beschik-

⁸² Indien publiekrechtelijk gewoonterecht geldt, gaat de toepassing van dit recht aan die van het privaatrecht vooraf. Zie voor bovenbedoeld onderwerp Vegting, Adm. recht I blz. 381.

⁸³ Wiarda, aangeh. praeadvies blz. 57, 60-61 en 72.

kingen in te trekken of te doen vervallen, brachten de arresten van de Hoge Raad, die leerden dat de overheid van haar bevoegdheden niet een ander gebruik kan maken dan tot de doeleinden waarvoor die bevoegdheden haar gegeven zijn (verbod van „détournement de pouvoir”) ⁸⁴ en dat de overheid zich aan willekeur schuldig maakt, indien zij bij de afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot haar handeling had kunnen komen (verbod van „abus de pouvoir”). ⁸⁵ De beide „Landsmeer”-arresten van de Hoge Raad ⁸⁶ hebben hierop voortgebouwd voor het geval de overheid een bestuurshandeling ten opzichte van een bijzonder persoon heeft verricht, die in strijd is met een tussen de overheid en die bijzonder persoon gesloten overeenkomst.

De gemeente Landsmeer had van een tweetal scheepswerven, A.D.M. en N.D.S.M., een financiële bijdrage voor de bouw van woningen aanvaard, waartegenover Landsmeer zich verplichtte die woningen, zodra deze waren afgebouwd, voor onbepaalde tijd aan die werven te verhuren, opdat die werven deze woningen ter beschikking van leden van hun personeel zouden stellen; volgens de bedingen van het contract, opgemaakt tussen de werf en Landsmeer, ⁸⁷ zegde Landsmeer – vertegenwoordigd door Burgemeester en Wethouders – aan de werf toe, dat zij „zowel in hare hoedanigheid als verhuurder als in hare hoedanigheid als B. en W. van de gemeente Landsmeer” haar medewerking eraan zou verlenen om bedoelde woningen te doen ontruimen door degenen die zulk een woning als werknemer ter beschikking hadden verkregen en na beëindiging van hun dienstbetrekking bij de werf in strijd met hun bij arbeids-overeenkomst aanvaarde plicht om alsdan de woning te ontruimen daarmede ingebreke bleven. Toen zich twee gevallen voordeden, dat een in zulk een woning met zijn gezin wonende voormalige werknemer van de werf ondanks

⁸⁴ H.R. 14 januari 1949 N.J. 49-557 (Zandvoort-arrest).

⁸⁵ H.R. 25 februari 1949 N.J. 49-558 (Doetinchem-arrest); zie ook H.R. 24 juni 1949 N.J. 49-559 (Groninger kweldergronden).

⁸⁶ H.R. 4 januari 1963 N.J. 64-202 (A.D.M.-Landsmeer) en H.R. 4 januari 1963 N.J. 64-204 (ann. J.H.B.), A.A. 62/63-138 (ann. Van der Grinten). Zie ook omtrent deze arresten Troostwijk, aangeh. inaug. rede blz. 9 e.v.

⁸⁷ In het arrest N.D.S.M.-Landsmeer zijn de bedingen woordelijk weergegeven.

de beëindiging van de dienstbetrekking ingebreke bleef met die ontruiming en de werf krachtens een door de President in kort geding aan de werknemer gegeven bevel tot ontruiming tot executie van dit vonnis wilde overgaan, vorderden B. en W. deze woonruimte ten behoeve van genoemde voormalige werknemer en zijn gezin; de werven vorderden hierop in kort geding jegens Landsmeer een verbod om uitvoering aan die vordering te geven.

De Hoge Raad stelde wederom voorop, dat een overeenkomst, als waarvan hier sprake is, een daarvan afwijkend gebruik van de vorderingsbevoegdheid niet uitsluit, doch dat:

„zulk een afwijking haar rechtvaardiging slechts zal kunnen vinden in omstandigheden welke door het gemeentebestuur bij de overeenkomst niet waren voorzien en de vorderende autoriteit in redelijkheid hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de bij een doelmatige verdeling van woongelegenheden in de Gemeente betrokken belangen zich met inachtneming van de overeenkomst niet langer verdragen en tot afwijking daarvan noodzaken;

dat toch de vrijheid van de administratie, welke uit de art. 7 en 32 der Woonruimtetwet in onderling verband valt af te leiden, om te beoordelen of in een bepaald geval, getoet op de rechtspositie van partijen en alle overige in aanmerking te nemen belangen, de voorwaarden aanwezig zijn voor het gebruikmaken van de in de Woonruimtetwet gegeven vorderingsbevoegdheid niet zover gaat, dat de administratie die zichzelf met betrekking tot de uitoefening van haar vorderingsbevoegdheid zekere grenzen heeft gesteld – bijvoorbeeld door, gelijk te dezen, bij overeenkomst door haar in de vervulling van haar taak om een doelmatige verdeling van de woongelegenheden in de Gemeente te bevorderen gesloten met een aldaar gevestigd groot bedrijf, haar gedragslijn ten opzichte van de beschikking over de met behulp van deze overeenkomst verkregen meerdere woonruimte vast te leggen – van de aldus zichzelf gestelde richtlijn naar willekeur mag afwijken, dat wil zeggen zonder dat er aanwezig zijn onvoorziene omstandigheden als bovenbedoeld die haar tot deze afwijking in redelijkheid noodzaken;

dat de rechter die geroepen wordt in zodanig geval de rechtmatigheid van de woonruimtevordering te beoordelen, indien de administratie, die bij haar vordering is af-

geweken van de gedragslijn waaraan zij zichzelf heeft gebonden, niet op onvoorziene omstandigheden als bedoeld beroep kan doen zal moeten aannemen dat zij haar bevoegdheid heeft overschreden en derhalve de vordering die inhoudt een aantasting van burgerlijke rechten, is onrechtmatig;

dat indien de administratie op omstandigheden, als bovenbedoeld, die naar haar oordeel in redelijkheid een afwijking van datgene waartoe zij zich gebonden had wel een beroep doet, de rechter voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de vordering niet zijn waardering van deze omstandigheden voor die van de administratie in de plaats mag stellen;

dat voor tussenkomst van den rechter in zodanig geval echter weer wel reden is indien moet worden aangenomen, gelet op alle in aanmerking komende belangen, dat de vorderende autoriteit in redelijkheid niet kon oordelen dat er sprake was van onvoorziene omstandigheden van zodanige betekenis dat daarvoor de gebondenheid der administratie aan de betreffende gedragslijn moet wijken”;

Voorzover wordt geëist, dat een bestuurshandeling niet een daad van willekeur zij en dat de omstandigheden de overheid in redelijkheid hebben kunnen leiden tot het oordeel dat die handeling noodzakelijk is, is het arrest een herhaling van vroegere arresten (Zandvoort- en Doetinchem-arrest).

Dat de overheid niet met willekeur van een door haar gesloten overeenkomst kan afwijken en dat zij bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot zulk een afwijking moet kunnen komen, is een toepassing van de bij die vorige arresten gegeven regels; doch het nieuwe element, dat de Hoge Raad invoert, is dat de omstandigheid, die zwaarwichtig genoeg is om in redelijkheid zulk een afwijking te rechtvaardigen, voor de overheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst onvoorzienbaar moet zijn geweest.⁸⁸

Men vraagt zich af of hiermede niet zo'n belangrijke uitzondering op de regel, dat de overheid ten aanzien van haar

⁸⁸ Vgl. het leerstuk van „l'imprévision” van het franse administratief recht, zie Waline, *Droit administratif* 1959 blz. 578 e.v. no. 979 e.v.

bestuurshandelingen niet beperkt wordt door overeenkomsten waarbij zij zich tot het verrichten of nalaten van bepaalde bestuurshandelingen verbond, is gevestigd, dat van de regel niet veel over is gebleven.

Het arrest geeft geen aanleiding om aan te nemen dat de gevolgde redenering alleen zou gelden voor vorderingen krachtens de Woonruimtwet; het ligt voor de hand, dat dezelfde maatstaf zal worden aangelegd, indien het betreft beschikkingen in strijd met een concessieovereenkomst of een andere overeenkomst, waarbij de overheid zich terzake van bepaalde bestuurshandelingen verbond als voormeld.

Gaat men aan de eis van niet-voorzienbaarheid strenge maatstaven aanleggen, dan zal – ondanks de daarvoor voorgeschreven marginale toetsing waarop hieronder wordt teruggekomen – de regel, dat de overheid gelijk ieder ander aan haar woord gebonden is, bijkans gezegevierd hebben.

Toch ziet men wel eens over het hoofd, dat de gebondenheid van de overheid aan de overeenkomst tot grote moeilijkheden en strijd met het algemeen belang kan leiden bij wijziging van omstandigheden, ook al waren deze ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar.

Nemen wij als voorbeeld een concessie gelijk die betreffende de Noord-Willemsvaart, waarover de rechtbank en het hof te 's-Gravenhage kregen te oordelen:⁸⁹ in 1855 verleende de Staat aan enkele personen een concessie voor de duur van 99 jaren tot het graven, het onderhoud en de exploitatie van een kanaal, dat genoemde naam zou dragen, tegen het recht van concessionarissen de tolgelden te innen; er ontstond een geschil tussen de Staat en de naamloze vennootschap, die in 1856 de concessionarissen was opgevolgd, omtrent de vraag of de Minister van Waterstaat in 1939 bevoegdelijk het maximumtarief voor sluis- en vaartgelden voor dit kanaal opnieuw had vastgesteld en wel had verlaagd. Zowel rechtbank als hof oordeelde de Minister daartoe bevoegd op grond van uitlegging der concessievoorwaarden, waarbij het arrest van het Hof, dat ervan uitging dat aan het algemeen belang bij de uitleg van de concessie een belangrijke plaats behoort te worden ingeruimd en dat wijziging van het tarief – mits binnen redelijke grenzen – mogelijk is, toch wel sterk de indruk vestigt, dat het beroep

⁸⁹ Rb. Haag 4 december 1942 N.J. 43-450, bev. door Hof Haag 22 oktober 1945 N.J. 46-113.

op het algemeen belang toch in wezen doorslaggevend was. Stel men eens, dat de concessievoorwaarden van 1855 zo duidelijk hadden bepaald dat het eens vastgestelde tarief niet dan met toestemming van de concessionaris mocht worden gewijzigd, had de Minister dan toch het tarief kunnen wijzigen, omdat de omstandigheden in 1939 zozeer verschilden van die van 1855 – grotere schepen, drukker scheepvaartverkeer, en dergelijke – dat deze omstandigheden in 1855 niet voorzienbaar waren geweest? Kan men niet zeggen, dat wie voor zulk een lange tijd zich bond het risico heeft aanvaard van het plaatsvinden van tal van omstandigheden, welke van invloed zijn op de last waarmede de contractuele verplichting op de schuldenaar drukt? Evenals bij het leerstuk van overmacht in het privaatrecht zal de eis van onvoorzienbaarheid leiden tot de eis, dat er (ook) objectieve onvoorzienbaarheid moet zijn en dat deze onvoorzienbaarheid geen betrekking heeft op omstandigheden waarvan één der partijen het risico uitdrukkelijk of stilzwijgend op zich nam. Doch zelfs al is sprake van voorziene omstandigheden, blijven dan latere generaties aan een overeenkomst van zo lange duur gebonden, ook al botst de gebondenheid van de overheid met het algemeen belang? Naar mijn oordeel zal een gebondenheid van de overheid aan overeenkomsten, waarbij zij aan een bijzonder persoon toezegde een bepaalde beschikking te geven of niet te geven of op enige andere wijze zich tot het nemen of nalaten van bepaalde bestuurs-handelingen bond, moeten worden aangevuld met een regeling, dat de overheid van zulk een overeenkomst ontheven kan worden onder toekenning van een schadevergoeding aan de wederpartij, te bepalen door de burgerlijke of administratieve rechter.

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de beoordeling van de vraag of bedoelde onvoorziene omstandigheden, waarop de overheid beroep moet doen, aanwezig zijn een marginale toetsing door de rechter verlangd:⁹⁰ de rechter zal, indien de overheid beroep doet op onvoorziene omstandigheden, dit beroep slechts kunnen verwerpen, indien de overheid in redelijkheid niet kon oordelen dat er sprake was van onvoorziene omstandigheden van zodanige betekenis dat daarvoor

⁹⁰ Zie voor het vraagstuk der marginale toetsing Borst, W.P.N.R. 4735-4737.

de gebondenheid der administratie aan de betreffende gedragslijn moet wijken.

Bij de beoordeling of de overheid onredelijk handelde, spelen tal van factoren een rol: één dezer factoren kan zijn de bij het overeenkomen reeds voorziene omstandigheid, waarop de overheid later beroep doet ter rechtvaardiging van haar beleid; dit complex van factoren wordt „marginaal” getoetst. Met Van der Grinten⁹¹ acht ik het een te ver gaande beperking dat één dezer factoren afzonderlijk op bedoelde wijze moet worden getoetst.

Nevens de overeenkomsten, die verweven zijn met een administratieve beschikking, wordt door de literatuur een tweede groep van publiekrechtelijke overeenkomsten genoemd, te weten die overeenkomsten, welke niet met een administratieve beschikking samenhangen en waarbij partijen tegenover elkander staan gelijk bij elke andere overeenkomst doch met dit verschil dat de overeenkomst haar grondslag in het publiek recht vindt.

Tussen beide groepen bestaan dan enige overgangsvormen, de ambtenaarsverhouding, de vrijwillige ouderdomsverzekering en de vrijwillige verbintenis krachtens de Dienstplichtwet.⁹²

De gemeenschappelijke regelingen tussen overheidsorganen (met inbegrip van door de Kroon aangewezen rechtspersonen, die enig openbaar belang behartigen) ter behartiging van een bepaald belang van partijen of van één of enkelen van hen, zijn wellicht de enige overeenkomsten, omtrent welker publiekrechtelijke aard men het eens is, al moet hieraan dadelijk toegevoegd worden dat sommige regelingen zoals een gemeenschappelijke strafverordening niet voldoen aan de beperkte eisen, die de schrijvers wel menen te moeten stellen aan de tweezijdige rechtshandeling om deze als overeenkomst te kunnen aanmerken. Verscheidene wetten hebben incidenteel de bevoegdheid van bepaalde overheidsorganen in het leven geroepen om voor daarin omschreven gevallen zulke regelingen te treffen;⁹³ de Wet gemeenschap-

⁹¹ Van der Grinten in zijn annotatie van het arrest A.A. 1962/63 blz. 144.

⁹² Vegting, Adm. recht I blz. 401-402.

⁹³ Zie de opsomming bij Vegting t.a.p.

pelijke regelingen van 1 april 1950 heeft een algemene regeling van de materie gegeven.

Het is hier niet de plaats op deze overeenkomsten, die bij verscheidene schrijvers een voortreffelijke behandeling vonden,⁹⁴ in te gaan, doch het volgende zij aangestipt.

Men noemt de onderhavige regelingen (met inbegrip van die gesloten tussen overheidsorganen en bovengenoemde rechtspersonen) publiekrechtelijk, omdat zij hun bron in het publiek recht vinden.⁹⁵ In beginsel zou dan de inhoud van de gemeenschappelijke regeling voor dit karakter niet beslissend zijn: de regeling, waarbij twee gemeenten een gemeenschappelijke vleeskeuring regelen, en die, waarbij de ene gemeente aan de andere autobussen verhuurt, zouden dan beide publiekrechtelijk zijn. Dit wordt echter betwijfeld. Oud leert, dat de gemeenschappelijke regeling alleen bestemd is voor samenwerking op publiekrechtelijke grondslag, waaronder kennelijk wordt verstaan een samenwerking bij het vervullen van de bestuurstaak.⁹⁶ Hiertoe moet de Wet gemeenschappelijke regelingen met grote vrijmoedigheid worden gehanteerd; volgens art. 11 kan een regeling tussen twee of meer gemeenten door de Provinciale Staten onderscheidenlijk de Kroon aan andere gemeenten worden opgelegd, waarop dan het vijfde lid van dit artikel bepaalt, dat geen regeling kan worden opgelegd „waarbij een stichting, naamloze vennootschap of burgerrechtelijke verbintenis in het leven wordt geroepen”; vervolgens bepaalt art. 30 lid 1 laatste zin, dat van regelingen, waarbij de in dat artikel bedoelde lichamen en rechtspersonen partij zijn, mede burgerlijke rechten een onderwerp kunnen uitmaken. De bewoordingen dezer bepalingen zijn zo duidelijk, dat bijkans geen twijfel mogelijk is, dat bij gemeenschappelijke regelingen partijen burgerrechtelijke verbintenissen jegens elkander kunnen doen ontstaan. Oud neemt echter op grond van de oude bepalingen van de Gemeentewet omtrent gemeenschappelijke regelingen, de artikelen 129 tot en met 146, aan, dat art. 11 lid 5 en art.

⁹⁴ Zie voor dit onderwerp Oud, Handboek Gemeenterecht III hoofdstuk 9 Samenwerking blz. 452 e.v.; voor het oudere recht Wiarda, ac. pr. blz. 212 e.v.

⁹⁵ Vegting, Adm. recht I blz. 402. Zie voor de genoemde oude artikelen van de Gemeentewet Wiarda, ac. pr. blz. 221-225; enigszins afwijkend dezelfde schrijver, aangeh. praeadv. blz. 66-68.

⁹⁶ Oud, a.w. III blz. 473 e.v. Als Oud blijkbaar Donner, a.w. blz. 271.

30 lid 1 laatste zin als niet geschreven moeten worden beschouwd. Donner⁹⁷ acht het probleem van geen practisch belang, omdat art. 7 van de wet bepaalt, dat geschillen betreffende de uitvoering of de toepassing van een regeling als hier bedoeld door de Kroon worden beslist, „voorzover zij niet behoren tot die, vermeld in art. 160 (thans 167) der Grondwet of tot die, waarvan de beslissing krachtens artikel 161 (thans 168) der Grondwet is opgedragen hetzij aan de gewone rechter, hetzij aan een College met administratieve rechtspraak belast”. De burgerlijke rechter beslist dus in genoemde geschillen voorzover hij krachtens art. 2 R.O. of krachtens opdracht bij een administratieve wet daartoe bevoegd is. Om de klip te omzeilen, dat voormelde bepalingen van de Wet gemeenschappelijke regelingen zouden noodzakken, dat toch het zo becritiseerde onderscheid tussen het optreden van de overheid als zodanig en dat van de overheid als bijzonder persoon moet worden gemaakt, geeft Donner⁹⁸ aan de publiekrechtelijke overeenkomst een andere inhoud: dit is „in beginsel” een overeenkomst, ten aanzien waarvan is bepaald, dat de administratieve rechter of een beroepsinstantie is belast met de oplossing van de geschillen, die bij de uitvoering rijzen. Gewezen kan worden op art. 4 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, waarbij het beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven is uitgesloten voorzover gericht tegen besluiten van de in die wet aangeduide lichamen, die strekken tot het verrichten door dat lichaam van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, of tegen handelingen van die lichamen, die rechtshandelingen zijn. Deze bepaling zou dus mede een argument kunnen zijn om als kenmerk van de publiekrechtelijke overeenkomst de aanwijzing van een administratieve rechter ingeval van geschil bij de uitvoering van de overeenkomst te aanvaarden, doch bij nadere beschouwing is dit verwerpelijk, daar in de eerste plaats de Kroon toch genoodzaakt zal zijn om te beslissen of een gemeenschappelijke regeling een onderwerp van burgerlijk recht inhoudt, zodra de Kroon de regeling aan andere gemeenten wil opleggen (waardoor het becritiseerde criterium van de overheid als zodanig toch ten tonele wordt gevoerd)⁹⁹ en in de tweede

⁹⁷ Donner, t.a.p.

⁹⁸ Donner, a.w. blz. 269-270.

⁹⁹ Men denke slechts aan de regeling, waarbij de ene gemeente

plaats één gemeenschappelijke regeling kan leiden en tot een bij de Kroon aanhangig te maken geschil en tot een bij de burgerlijke rechter aan te brengen geschil. Van dit laatste geeft K.B. 22 april 1960 no. 25¹⁰⁰ een voorbeeld.

De gemeenten Goes, Baarland, Borssele, 's-Heerenhoek en Oudelande hadden een gemeenschappelijke regeling betreffende de keuringsdienst voor vee en vlees aangegaan; volgens die regeling zouden de gemeenten eenzelfde keurloon, vast te stellen door een in die regeling ingestelde commissie, in rekening brengen; nadat deze commissie een uniform keurloon had vastgesteld, wensten behalve Goes de gemeenten dit keurloon niet in rekening te brengen; Goes komt daartegen bij de Kroon op, vraagt nakoming van de vastgestelde tarieven voor keurloon met terugwerkende kracht en voor het geval terugwerkende kracht niet mogelijk mocht zijn bepaling dat die andere gemeenten aansprakelijk zijn voor de financiële gevolgen voor de keuringsdienst, voortvloeiende uit een afwijzing van het verzoek om terugwerkende kracht te verlenen aan de verplichting tot nakoming van de regeling. De Kroon wijst het verzoek in zoverre toe, dat beslist wordt dat die andere gemeenten verplicht zijn mede te werken tot vaststelling van de keurlonen overeenkomstig het door de commissie vastgestelde tarief, doch wijst het verzoek om terugwerkende kracht aan deze beslissing te verlenen van de hand. Ten aanzien van de hierop aan de orde komende vraag of dan Goes schadeloos gesteld moet worden, overweegt de Kroon, dat de kennisneming en beslissing van enigerlei geschil over de vraag, of de nalatige gemeenten terzake verplicht zijn de keuringskring schadeloos te stellen en zo ja, in hoeverre in verband met het bepaalde in art. 167 der Grondwet en in art. 2 R.O. zijn opgedragen aan de rechterlijke macht, zodat ook dit verzoek wordt afgewezen.

Mede in verband met het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 1958,¹⁰¹ waarbij werd beslist dat de burgerlijke rechter een verbod kan geven aan een bestuursorgaan om handelingen te verrichten, die strijdig zijn met hetgeen de wet aan dat bestuursorgaan als bepaalde gedragslijn heeft voor-

„bedden in een ziekenhuis” of brandweerauto's en brandweerpersoneel ter beschikking stelt aan de andere gemeente tegen betaling.

¹⁰⁰ K.B. 22 april 1960 no. 25 A.B. 60-425.

¹⁰¹ H.R. 9 mei 1958 N.J. 60-475 (rijbewijsarrest).

geschreven, is zelfs een „jurisdictionsgeschil” tussen Kroon en burgerlijke rechter niet uitgesloten.

Het criterium, dat de bevoegdheid van de administratieve rechter bij de oplossing van geschillen omtrent de uitvoering van een overeenkomst, die overeenkomst tot een publiekrechtelijke stempelt, is daarom als te onvast verwerpelijk.

Gaan wij ervan uit, dat de gemeenschappelijke regeling burgerrechtelijke verbintenissen in het leven kan roepen – gelijk Vegting aanneemt, die aan de overheidslichamen de keus vrij acht om die verbintenissen bij gemeenschappelijke regeling en bij privaatrechtelijke overeenkomst te doen ontstaan ¹⁰² – dan is de inhoud van de regeling niet beslissend om deze als publiekrechtelijk te kenmerken. Dan blijft niet veel anders over dan om de gemeenschappelijke regeling, de publiekrechtelijke overeenkomst bij uitnemendheid, als enige onderscheiding toe te kennen haar afkomst, een publiekrechtelijke wet. Maar daarmee is niet veel gezegd, nu het publiekrecht geen eigen regels voor deze overeenkomsten kent: de bevoegdheid van Provinciale Staten of van de Kroon om deze regelingen buiten medewerking van alle partijen te wijzigen of op te heffen (art. 11) is geen bijzonder kenmerk van deze overeenkomsten; ook bij privaatrechtelijke overeenkomsten is soms de gebondenheid van partijen aan de overeenkomst in belangrijke mate aangetast: ik breng slechts in herinnering de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 1639 w B.W.), artikel 6 Pachtwet, de invloed van een door de overheid vastgestelde prijs op een bestaande overeenkomst. ¹⁰³

Houden wij er nu nog rekening mede, dat – voorzover het publiek recht de overeenkomst niet regelt – het privaatrecht als gemeen recht of analogisch toepasselijk is, dan is de verhouding van de publiekrechtelijke overeenkomst van de hierbedoelde groep tot het privaatrecht geen andere dan die van de bij een afzonderlijke wet geregelde overeenkomst zoals de pachtovereenkomst tot het algemene in het Burgerlijk Wetboek vervatte privaatrecht.

De hieruit volgende consequenties zijn volkomen aanvaardbaar: in beginsel zijn partijen aan de overeenkomst ge-

¹⁰² Vegting, Adm. recht I blz 405 e.v.; uiteraard een vrijheid van keuze behoudens toezicht van een hoger orgaan.

¹⁰³ H.R. 8 juni 1962 N.J. 65-93, A.A. 61/62-271.

bonden; mocht zich bij het aangaan van de regeling het geval hebben voorgedaan, dat één der partijen onder invloed van dwaling of bedrog tot het sluiten van de regeling is gebracht – welk geval zich hier toch welhaast nooit zal voordoen – dan zou ik de artt. 1482 e.v. B.W. op de grond, hieronder vermeld bij de behandeling van de vraag of art. 1302 B.W. ten aanzien van de gemeenschappelijke regeling toepasselijk is, van toepassing oordelen, indien de regeling krachtens het in art. 11 lid 5 jo. lid 1 Wet gemeenschappelijke regelingen door de Kroon niet opgeheven of gewijzigd kan worden. Wat betreft de vraag of wanprestatie van één der partijen bij de uitvoering van de regeling krachtens art. 1302 B.W. tot ontbinding van de overeenkomst door de burgerlijke rechter kan leiden, zal onderscheid gemaakt moeten worden tussen regelingen, waarbij een stichting, naamloze vennootschap of burgerrechtelijke verbintenis in het leven wordt geroepen, en die waarbij zulks niet het geval is. Daar de eerstgenoemde regelingen krachtens voornoemde bepaling van de Wet gemeenschappelijke regelingen niet door de Kroon kunnen worden gewijzigd of opgeheven, zou ik art. 1302 B.W. voorzover in concreto mogelijk van toepassing oordelen; bij laatstbedoelde regelingen zou ik art. 11 voormeld als derogatie aan art. 1302 B.W. willen zien, zodat dan de gedupeerde partij zich tot de Kroon moet wenden om opheffing of wijziging van de regeling te verkrijgen.

De gemeenschappelijke regeling zal door partijen te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, waarbij uiteraard rekening moet worden gehouden met het feit, dat alle partijen of enkelen van hen overheidslichamen zijn met n.m.m. het gevolg dat het niet veel verschil maakt of deze overeenkomst nu te goeder trouw of volgens regels van behoorlijk bestuur moet worden uitgevoerd.

Gaat men naar andere publiekrechtelijke overeenkomsten, die niet samenhangen met een administratieve beschikking, dan de hierboven ter sprake gebrachte gemeenschappelijke regeling zoeken, dan is de oogst maar gering. De vrijwillige verbintenis, bedoeld in art. 3 Dienstplichtwet, wordt aangegaan op de wijze waarop een privaatrechtelijke overeenkomst tot stand komt, doch daarmee houdt elke vergelijking op; de hierdoor ontstane rechtsbetrekking lijkt geheel op de verhouding tussen de Staat en zijn ambtenaren.

De overeenkomst tot vrijwillige ouderdomsverzekering heeft het karakter van een zogenaamde status-overeenkomst: de wilsovereenstemming tussen Staat en bijzonder persoon doet een rechtsbetrekking ontstaan, die geheel wordt beheerst door een voor die rechtsbetrekking bestaande wettelijke regeling en daardoor beheerst zal blijven, ook al wordt deze wettelijke regeling later gewijzigd. Vrijwel alle problemen, die hier kunnen rijzen, zijn kwesties van wetsuitlegging.¹⁰⁴ Het privaatrecht zal als het gemene recht hier alleen toepasselijk kunnen zijn, voorzover de wettelijke regeling een leemte mocht tonen en voorzover de bijzondere persoon (of zijn vertegenwoordiger) de geldigheid van de wilsverklaring aantast, bijvoorbeeld ingeval de verklaring door betrokkene is gedaan in een tijdvak dat hij handelingsonbekwaam was of hij die verklaring onder invloed van dwaling heeft afgelegd. Dit beroep op handelingsonbekwaamheid zal zeker mogelijk zijn, nu de Hoge Raad dit beroep mogelijk achtte, toen een optie voor het staatsburgerschap van Indonesië door een onder curatele gestelde was gedaan.¹⁰⁵

De ambtenaarsverhouding berust volgens sommigen op een éézijdige beschikking, de aanstelling,¹⁰⁶ volgens anderen op een overeenkomst;¹⁰⁷ indien echter sprake is van een overeenkomst, dan is dit een status-overeenkomst, zodat Mannoury terecht opmerkte:¹⁰⁸ „... of men nu spreekt van eenzijdige aanstelling of van overeenkomst, van statutaire vaststelling van arbeidsvoorwaarden of van contrat d'adhésion, van bescherming van de rechtszekerheid van de ambtenaar of van contractuele gebondenheid, het blijft naar het mij voorkomt, een strijd om woorden, woorden die natuurlijk een te respecteren gevoelswaarde kunnen vertegenwoordigen, maar die geen enkel verschil in tastbare rechtsgevolgen aanduiden”.

Het zoeken naar publiekrechtelijke overeenkomsten, die niet samenhangen met een administratieve beschikking, le-

¹⁰⁴ Vegting, Adm. recht I blz. 373-374, II blz. 110 e.v., Wiarda, ac. pr. blz. 28-29, dezelfde schrijver, aangeh. praeadv. blz. 71.

¹⁰⁵ H.R. 18 oktober 1951 N.J. 51-660.

¹⁰⁶ Donner, a.w. blz. 170.

¹⁰⁷ Vegting, Adm. recht II blz. 112 e.v., Wiarda, ac. pr. blz. 236; zie ook Wiarda, aangeh. praeadv. blz. 35 en Van der Ven, N.J. bl. 1938 blz. 149.

¹⁰⁸ Jeukens en Mannoury, De status der ambtenaren blz. 12.

vert dus weinig op: het belangwekkendste voorbeeld is de hierboven genoemde gemeenschappelijke regeling tussen overheidslichamen (en andere rechtspersonen), doch juist deze figuur deed ons zien, dat geen algemene beginselen voor publiekrechtelijke overeenkomsten voor toepassing gereed liggen. Teneinde niet de neiging te doen ontstaan voor deze overeenkomsten koste wat het kost afzonderlijke regels te scheppen, bijvoorbeeld in navolging van de niet-gebondenheid van de overheid aan de toezegging om een bepaalde beschikking te geven of te handhaven de niet-gebondenheid van de overheid aan de hier bedoelde publiekrechtelijke overeenkomst, zou uitbanning van de naam publiekrechtelijke overeenkomst voor de hier bedoelde „groep” van overeenkomsten de voorkeur verdienen.

Wat betreft de overeenkomsten, die samenhangen met een administratieve beschikking, heeft de leer van de splitsing in een administratieve beschikking en een privaatrechtelijke overeenkomst het begrip zinloos gemaakt. Slechts zal dit begrip voor deze overeenkomsten zin krijgen, indien een wettelijke regeling of de rechtspraak de gebondenheid van de overheid aan het toegezegde bestuursbeleid aanvaardt en de tussen overheid en bijzondere persoon gesloten overeenkomst als bron van één niet te splitsen rechtsbetrekking kan worden gezien.

IV

PRIVAATRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN

De overheid oefent haar taak mede uit door het sluiten van tal van (privaatrechtelijke) overeenkomsten. In steeds grotere mate maakt de overheid daarvan gebruik, ook in gevallen dat zij daarmee een bestuurstaak beoogt te vervullen, voor welke behartiging een publiekrechtelijke regeling voor de hand had gelegen. Huart heeft de vraag opgeworpen of de overheid daartoe wel altijd bevoegd is en of de administratie in sommige gevallen geen „misbruik van burgerlijk recht” maakt;¹⁰⁹ hij kwam tot de conclusie, dat het gebruik van privaatrechtelijke bedingen aan de overheid

¹⁰⁹ Huart, *Misbruik van burgerlijk recht door de administratie*, Verspreide geschriften blz. 13 (ook in *Opstellen Krabbe*).

niet vrij staat bij strijd met de openbare orde en goede zeden, welke strijd aanwezig werd geacht, indien de contractuele bedingen aan een overheidsverrichting worden vastgeknoopt of alleen zijn tot stand gekomen tengevolge van de wetenschap dat anders de gevraagde overheidsverrichting zou worden geweigerd.¹¹⁰

De Goede en Troostwijk hebben een belangwekkende studie aan het onderwerp gewijd:¹¹¹ hun resultaat was, dat slechts bij hoge uitzondering de burgerlijke of administratieve rechter de privaatrechtelijke overeenkomst nietig oordeelde, omdat het onderwerp van die overeenkomst op grond van de openbare orde slechts publiekrechtelijk mocht worden geregeld.

De Hoge Raad heeft bij verscheidene arresten beslist, dat de overheid aan het geven van een beschikking of het verrichten van een andere bestuurshandeling voorwaarden kan verbinden, ook al rept de wet, waarop die beschikking of bestuurshandeling berust, daar niet van. Hierboven is dit reeds besproken.¹¹² Daar deze niet in de wet vermelde voorwaarden veelal door de betrokken bijzondere personen worden aanvaard, komen door aanvaarding van die niet in de wet genoemde voorwaarden privaatrechtelijke overeenkomsten tussen overheid en bijzondere persoon tot stand, welke niet anders dan als rechtsgeldige overeenkomsten kunnen worden beschouwd. In het hierboven aangehaalde arrest van de Hoge Raad inzake Mr. Kruseman-gemeente Amsterdam werd dan ook de totstandkoming van een wilsovereenstemming tussen beide partijen door stilzwijgende aanvaarding van de voorwaarde door Mr. Kruseman aangenomen, waarbij de Hoge Raad in het midden liet of deze overeenstemming als een privaatrechtelijke overeenkomst kon worden gequalificeerd. De administratieve rechter is niet achter gebleven: om mij te beperken tot een recente beslissing: bij K.B. 7 augustus 1963 no. 59¹¹³ werd ten aanzien van de verlening van een vergunning door het waterschapsbestuur tot het dichten van een sloot, waaraan de voorwaarde werd

¹¹⁰ Huart, a.w. blz. 28.

¹¹¹ De Goede en Troostwijk, Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, praeadviezen V.A.R. XXXIV.

¹¹² Zie de arresten, aangehaald in noot 62, waaraan nog toe te voegen H.R. 20 februari 1953 N.J. 53-313.

¹¹³ K.B. 7 augustus 1963 no. 59 A.B. 64-98.

verbonden dat betrokkene een bedrag in het bemalingsfonds van de polder moest storten, beslist, dat door het stellen van deze voorwaarde er geen strijd met het algemeen belang en er geen reden voor vernietiging (toepassing van art. 22 Waterstaatswet 1900) was.

De aan een vergunning verbonden voorwaarden en dus ook de op grondslag van die voorwaarden tot stand gekomen privaatrechtelijke overeenkomsten zijn slechts in een spaarzaam aantal gevallen als strijdig met de wet beschouwd. Zo oordeelde de Hoge Raad bij arrest van 29 december 1905¹¹⁴ een voorwaarde, verbonden aan een vergunning van een burgemeester tot het geven van publieke gemakkelikheden, dat de exploitant de kosten van bewaking zou betalen, in strijd met art. 238 (thans 275) Gemeentewet, omdat volgens dit artikel een vergoeding voor dergelijke door het gemeentebestuur te verstrekken diensten alleen in de vorm van plaatselijke belasting door de gemeente kan worden verkregen. Doch dit struikelblok werd in de zaak Mr. Kruseman-gemeente Amsterdam tevergeefs aan de gemeente voor de voeten geworpen: de hierboven omschreven medewerking, die van het gemeentebestuur werd verlangd, behoorde volgens de Hoge Raad niet tot de diensten, waarop gemeld artikel het oog heeft.

Stond de Hoge Raad vóór de wijziging van de Woningwet bij de wet van 9 juli 1931 toe, dat ook aan het verstrekken van een bouwvergunning in de Woningwet niet genoemde financiële voorwaarden (bijdrage in de kosten van wegaanleg) werden gesteld,¹¹⁵ thans is zulks krachtens art. 6 lid 6 Woningwet slechts mogelijk voorzover de verordening, krachtens welke de vergunning wordt verleend, dit bepaalt, waarmee een publiekrechtelijke waarborg voor misbruik is geschapen. De Kroon ziet in de praktijk er scherp op toe, dat ook zelfstandige privaatrechtelijke overeenkomsten niet in strijd komen met een bestaand uitbreidingsplan of geldende bebouwingsvoorschriften.¹¹⁶

Een sprekend geval van „misbruik van burgerlijk recht” of, in de thans gebruikelijke formulering, van misbruik van overheidsmacht behandelde het hof Arnhem bij arrest van

¹¹⁴ H.R. 29 december 1905 W 8317.

¹¹⁵ H.R. 19 maart 1931 N.J. 31-470.

¹¹⁶ K.B. 28 januari 1964 no. 21 A.B. 64-424, K.B. 3 maart 1964 no. 32 A.B. 64-482.

15 maart 1938:¹¹⁷ de gemeente Didam was met een onderwijzeres overeengekomen, dat haar benoeming als tijdelijk onderwijzeres zou worden verlengd, doch dat zij dan een deel van haar, door het Rijk vastgestelde, wedde zou terugstorten; terecht achtte het hof deze overeenkomst tot terugbetaling van een deel der wedde in strijd met de wet.

Toezeggingen van overheidsorganen tot het geven van een beschikking aan de betrokkene of tot het verrichten van bestuurshandelingen in de ruimste zin zonder dat de betrokkene hiervoor verplichtingen aanvaardt of prestaties verricht, leveren naar mijn mening geen overeenkomsten op. Een overeenkomst, die *uitsluitend* tot onderwerp heeft een toezegging om van een publickrechtelijke bevoegdheid gebruik (of geen gebruik) te maken, aan welke toezegging de overheid niet is gebonden, indien juist overheidsbeleid dat vordert, is onbestaanbaar. Volgens de hierboven besproken arresten betreffende de marginale toetsing van het overheidsbeleid door de burgerlijke rechter zal – indien niet-nakoming van zulk een toezegging misbruik van overheidsbevoegdheid of overheidsmacht oplevert, de overheid in redelijkheid niet tot het besluit om de toezegging niet gestand te doen is kunnen komen – deze niet-nakoming een onrechtmatige daad van de overheid zijn of de overheid zich niet op haar besluit tot niet-nakoming kunnen beroepen (haar rechten op dit beroep hebben verwerkt). Blijkens het arrest Mr. Kruseman-gemeente Amsterdam heeft de burgerlijke rechter zelfs niet de bevoegdheid deze niet-nakoming aan de normen van behoorlijk bestuur te toetsen (voorzover die normen niet een rol spelen bij de bepaling of er misbruik van overheidsbevoegdheid of -macht is).

H. J. W. Klein Wassink heeft in zijn proefschrift „Het fiscale compromis”¹¹⁸ een onderzoek ingesteld naar de vraag of de belastingrechtspraak de overeenkomst tussen belasting-administratie en belastingplichtige omtrent het vaststellen van de verschuldigde belasting of omtrent de wijze van vaststelling van die belasting erkent. Zijn belangwekkende studie leert wel, dat de belastingrechtspraak geneigd is, hoewel wettelijke grondslag ontbreekt, de normen van behoorlijk bestuur ten aanzien van het optreden van de belastingad-

¹¹⁷ Hof Arnhem 15 maart 1938 N.J. 38-808.

¹¹⁸ H. J. W. Klein Wassink, *Het fiscale compromis*, diss. V.U. Amsterdam 1964

ministratie aan te leggen,¹¹⁹ doch daarmee is het fiscale compromis als „publiekrechtelijke” overeenkomst nog niet gehoren. Wel brengt elk proces, dus ook dat ten overstaan van de belastingrechter, mede, dat afspraken worden gemaakt, die men – als men wil – processuele overeenkomsten kan noemen, zoals die omtrent te benoemen deskundigen, een te volgen methode van schatting¹²⁰ en dergelijke, maar deze afspraken vinden hun grondslag in het volgen van een goede procesorde.

Dat de niet-gebondenheid van de overheid aan het gegeven woord ook hier strijdig met het rechtsbewustzijn kan zijn, toont Hof Haag 10 november 1933 W 12775: ook al zouden B. en W. een toezegging hebben gedaan aan de wederpartij om hem als administrateur in gemeentedienst aan te stellen, dan kan die wederpartij daaraan toch geen aanspraak ontlenen om te worden benoemd en evenmin een vordering terzake van onrechtmatige daad, nu B. en W. meenden in het gemeentebelang te hebben gehandeld. Dit laatste zou thans geen voldoende grond tot afwijzing van de vordering terzake van onrechtmatige daad zijn, daar het optreden van B. en W. getoetst zou moeten worden aan de normen van redelijkheid gelijk hierboven aangeduid.

V

DE WET BEROEP ADMINISTRATIEVE BESCHIKKINGEN EN DE TWEEZIJDIGE RECHTSHANDELING

Het reeds besproken art. 2 Wet B.A.B. stelt tegen de beschikking als eenzijdig naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring beroep open: dit sluit beroep uit terzake van geschillen, voortvloeiende uit tweezijdige rechtshandelingen. Daar echter de administratieve beschikking op verzoek en de „aanvaarde beschikking” niet als tweezijdige rechtshandeling moeten worden gezien, zullen ook deze beschikkingen voor beroep vatbaar zijn (aangenomen, dat de beschikking niet valt onder de in de artikelen 1, 2, 4, 5, 21 en 22 gegeven

¹¹⁹ Hof Amsterdam 1 juli 1963 B.N.B. 64-74; Hof Arnhem 27 mei 1964 B.N.B. 64-191; Klein Wassink, a.w. blz. 112 e.v.

¹²⁰ H.R. 2 februari 1944 N.J. 44-419.

bepkeringen voor beroep); wat betreft geschillen, gerezen bij de uitvoering van overeenkomsten, waarbij een beschikking en een privaatrechtelijke overeenkomst samengaan, zal in verband met de splitsing tussen beschikking en overeenkomst beroep tegen de beschikking op zichzelf openstaan.¹²¹ Aannemelijk is, dat de administratieve rechter bij de toetsing van die beschikking rekening zal houden met de samenhang van die beschikking met de privaatrechtelijke overeenkomst: de mogelijkheid, dat de Kroon overeenkomstig art. 14 lid 3 vergoeding aan de klager toekent, heeft dan wellicht hier betekenis, al zal de klager blijkens dezelfde bepaling ook schadevergoeding bij de burgerlijke rechter kunnen vorderen, indien ook na het beroep de beschikking aan de overeenkomst ontvallen blijft.

Dat hier problemen betreffende de competentie van de burgerlijke rechter zullen rijzen, is duidelijk: indien de overheid een beschikking intrekt, hoewel zij in redelijkheid niet tot dat besluit had kunnen komen, is dan de bevoegdheid van de administratieve rechter een reden om de toegang tot de burgerlijke rechter af te snijden voorzover nakoming van de beschikking wordt gevraagd of een andere vordering, gegrond op het bestaan van die beschikking, wordt ingesteld? En is in zulk een geval de President niet bevoegd in kort geding zich uit te laten over het onrechtmatig gedrag van de overheid, omdat art. 15 een administratief kort geding regelt of omdat er ten principale geen bevoegde rechter is?

Het zijn alle vragen, die de administratieve en burgerlijke rechter nog zullen moeten oplossen.

¹²¹ Kan en Van Maarseveen, a.w. blz. 2 e.v.

INHOUD

1. Inleiding	223
2. Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandeling	225
3. De publiekrechtelijke rechtshandeling	233
4. Privaatrechtelijke overeenkomsten	265
5. Wet beroep administratieve beschikkingen en de tweezijdige rechtshandeling	269