

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/113627>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

3762

CONTRACTEN
MET DE OVERHEID

J.C.E. Ackermans-Wijn

KLUWER

CONTRACTEN MET DE OVERHEID

Een onderzoek naar de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en het toepasselijke materiële recht

CONTRACTEN MET DE OVERHEID

**Een onderzoek naar de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechts-
personen en het toepasselijke materiële recht**

EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE OP HET GEBIED VAN DE RECHTSGELEERDHEID

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR AAN
DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN
OP VRIJDAG 28 APRIL 1989 DES NAMIDDAGS TE 3.30 UUR

DOOR

JOHANNA CATHARINA ELISABETH ACKERMANS-WIJN

geboren op 15 juli 1957 te Eindhoven

Kluwer - Deventer - 1989

PROMOTOR: PROF.MR. W.C.L. VAN DER GRINTEN

Van dit boek verschijnt een handelseditie in de serie Bestuursrecht - theorie en praktijk (nr. 7) onder ISBN 90 268 1902 1

(c) 1989 J.C.E. Ackermans-Wijn, Nijmegen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke andere wijze ook, en evenmin in een retrieval systeem worden opgeslagen, zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Uitgeverij Kluwer BV te Deventer, die daartoe door de auteursrechthebbenden met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

WOORD VOORAF

Bij de voorbereiding van dit proefschrift zijn velen mij tot steun geweest. Met name wil ik danken mr. H.J.M. Beekman, oud-wetenschappelijk hoofdmedewerker staatsrecht, en prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, hoogleraar staatsrecht en algemene staatsleer, voor hun waardevol en stimulerend inhoudelijk commentaar.

Voorts gaat mijn dank uit naar de student-assistenten, van wie ik in het bijzonder wil noemen Monique van Hofwegen. Tineke van der Vhee, secretaresse van de secties staatsrecht en bestuursrecht, verzorgde op voortreffelijke wijze de tekstverwerking.

Het onderzoek werd afgesloten rond Kerstmis 1988.

Nijmegen, februari 1989

Voor Guy en Eveline

Afkortingen		X
Hoofdstuk 1	Inleiding	
1.1	Verantwoording	1
1.2	Terreinafbakening	2
1.3	Probleemstelling	3
1.4	Plan van behandeling	4
Hoofdstuk 2	Publiekrechtelijke rechtspersonen	
2.1	Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen	6
2.2	Publiekrechtelijke rechtspersonen	7
2.3	Art. 1 lid 1 Boek 2 BW	8
2.4	Art. 1 lid 2 Boek 2 BW	13
2.5	Dubbele wettelijke grondslag; categorieën van publiekrechtelijke rechtspersonen	18
2.6	Privaatrechtelijke rechtspersonen mede door publiekrecht beheerst	24
2.7	Oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid	26
2.8	Toekennen van overheidstaken en -bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen	28
2.9	Privaatrechtelijke rechtspersonen als administratief orgaan in de zin van de Wet Arob	29
2.10	Materieelrechtelijke implicaties	33
Hoofdstuk 3	Publiek- en Privaatrecht	
3.1	Publiek- en privaatrecht; onderscheid en onderlinge verhouding	35
3.2	Verdeling van rechtsmacht	37
3.3	Het toepasselijke materiële recht	39
3.3.1	De discussie over de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de literatuur	40
3.3.2	De gemengde rechtsleer	44
3.3.3	Eigen standpunt: synthese van de gemene rechtsleer en de methode van de aard der rechtsverhouding	46
Hoofdstuk 4	Het toepasselijke materiële recht	
4.1	Inleiding	52
4.2	De grenzen van de contractsvrijheid	52
4.2.1	Strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde	52
4.2.2	Misbruik van omstandigheden	55
4.2.3	Strijd met de redelijkheid en billijkheid	56
4.2.4	Het Nieuw BW	58
4.2.4.1	Inleiding	58
4.2.4.2	Afdeling 6.5.2A NBW: Algemene Voorwaarden	58
4.2.4.3	Overige relevante bepalingen in het NBW	59
4.3	De keuzevrijheid tussen de privat- en publiekrechtelijke weg	64
4.3.1	Inleiding	64

4.3.2	De rechtspraak over de keuzevrijheid tussen de privaate- en de publiekrechtelijke weg	65
4.3.2.1	De jurisprudentie van de burgerlijke rechter	65
4.3.2.2	De jurisprudentie van de administratieve rechter	69
4.3.3	De literatuur over de keuzevrijheid tussen de privaate- en de publiekrechtelijke weg	74
4.3.3.1	Overeenkomst nietig als beschikking van gelijke inhoud dat is?	80
4.3.4	Eigen opvatting over de keuzevrijheid tussen de publiek- en de privaatrechtelijke weg	82
4.4	Het toepasselijke materiële recht. Eigen opvatting	84
4.4.1	Inleiding	84
4.4.2	Strijd met de wet, goede zeden of openbare orde	84
4.4.3	Misbruik van omstandigheden	92
4.4.4	Strijd met de redelijkheid en billijkheid	94

Hoofdstuk 5 Overeenkomsten en toezeggingen over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden

5.1	Inleiding	101
5.2	Ontwikkeling en uitgangspunten	101
5.3	Overeenkomsten en toezeggingen	104
5.4	Overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot de aanstelling in de openbare dienst en de rechtspositie van ambtenaren	106
5.5	Overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot uitkeringen	110
5.6	"Overeenkomsten" en toezeggingen met betrekking tot de belastingheffing	117
5.6.1	Inleiding	117
5.6.2	Fiscale overeenkomsten	118
5.7	Tussenbalans met betrekking tot gebondenheid aan overeenkomsten of toezeggingen contra legem	124
5.8	Overeenkomsten en toezeggingen over bevoegdheden uit de Woonruimtetwet	126
5.9	Overeenkomsten en toezeggingen door B en W of door wethouders met betrekking tot door de gemeenteraad te nemen besluiten	131

Hoofdstuk 6 Overeenkomsten in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden als middel van kostenverhaal

6.1	Inleiding	135
6.2	Woningwet en Wet op de Ruimtelijke Ordening	136
6.3	Methoden van kostenverhaal	140
6.4	Kostenverhaal op basis van eigendom	143
6.4.1	Het uitwegvergunningstelsel	143
6.4.2	Uitwegvergunningstelsel definitief van de baan?	151
6.5	Kostenverhaal via de bouwverordening	152
6.5.1	Bouwweg-vereiste	152
6.5.2	Parkeervoorzieningeneis	156
6.5.3	Aansluitverplichting op de riolering	159
6.5.4	Aansluitverplichting ter zake van gas, water en licht	162
6.5.5	Plaagstroken	164
6.6	Kostenverhaal via het bestemmingsplan	164
6.7	Pleidooi voor uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van de exploitatieverordening	169

6.8	Bevoegde rechter en rechtsbescherming	169
6.9	Overeenkomsten in het kader van Woonruimtetwet	171
Hoofdstuk 7	De uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden in het kader van de publieke taakvervulling	
7.1	Inleiding	174
7.2	De toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk optreden los van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden	176
7.3	Ruimtelijke Ordening	179
7.3.1	Inleiding	179
7.3.2	Het voorkómen van antennewouden	179
7.3.3	Het vastleggen van de bestemming of van het gebruik van onroerend goed met openbare bestemming	184
7.3.3.1	Overeenkomsten over het gebruik van zaken met een openbare bestemming	185
7.3.3.2	Tweewegenleer ter discussie	186
7.3.3.3	Conclusies	193
7.3.4	Overeenkomsten over het gebruik of de bestemming van onroerend goed zonder openbare bestemming	194
7.3.4.1	Naleving bestemmingsplan	194
7.3.4.2	Verdergaande eisen	197
7.3.4.3	Conclusie	198
7.3.5	Naleving van de bestemming door de overheid	199
7.3.5.1	Naleving van bijzondere bestemming door overheid	199
7.3.5.2	Impliciete garantie van de aanwezigheid of handhaving van de gewenste bestemming door overheid	200
7.3.5.3	Naleving van openbare bestemming door de overheid	203
7.4	Volkshuisvesting	205
7.4.1	Verkoopregulerende bedingen	205
7.4.2	Woonruimtetwet 1947	206
7.4.3	Jurisprudentie	207
7.4.4	Misbruik van omstandigheden	208
7.4.5	De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	210
7.4.6	De algemene beginselen van behoorlijk bestuur	210
7.5	Milieubescherming	211
7.5.1	Wetgeving	211
7.5.2	Jurisprudentie	212
7.6	Gemeentelijk vestigingsbeleid met betrekking tot het sociale beleid in ondernemingen	216
7.6.1	Sociale vestigingsstatuten	216
7.6.2	De geldigheid van sociale vestigingsstatuten	217
7.6.3	Privaatrechtelijke uitwerking van het beleid	218
7.7	Overige beleidsovereenkomsten	220
7.7.1	Diversiteit en omvang; "open" categorie	220
7.7.2	Inbreuk op grondrechten	221
SAMENVATTING		226
ZUSAMMENFASSUNG		234
JURISPRUDENTIEREGISTER		243
LITERATUURLIJST		248
TREFWOORDENREGISTER		253
CURRICULUM VITAE		256

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABW	Algemene bijstandswet
AR	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
ARV	Algemeen reglement vervoer
AWB	Algemene wet bestuursrecht (voorontwerp)
B.	Beslissingen in Belastingzaken (tot 1953)
B en W	Burgemeester en Wethouders
tB/S	ten Berge/Stroink, Wet Arob jurisprudentie
BBA	Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak (vanaf 1953)
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
ECRM	Europese Conventie tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, Rome 1950
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
gem.wet	gemeentewet
GS	De Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
KNAW	Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen
MBV	Modelbouwverordening
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NG	De Nederlandse Gemeente
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten (bulletin)
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
OB	Officiële Bekendmakingen
Prov.wet	Provinciewet
Rb	Rechtbank
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvB	Raad van Beroep
RvS	Raad van State
RvdW	Rechtspraak van de Week

X

SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
S & J	Schuurman en Jordens
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvO	Tijdschrift voor Openbaar Bestuur (voor 1975: Tijdschrift voor Overheidsadministratie)
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
W.	Weekblad van het Recht
WW	Woningwet
WBO	Wet op de bedrijfsorganisatie
Wet AB	Wet Algemene bepalingen
Wet ARBO	Wet Administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie
Wet AROB	Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
W(et) RvS	Wet op de Raad van State
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WRO	Wet op de ruimtelijke ordening
WRW	Woonruimtetwet
WVO	Wet verontreiniging oppervlaktewateren

INLEIDING

1.1 Verantwoording

Er valt een toenemende belangstelling voor het onderwerp contracten met de overheid te constateren. Was Wiarda een van de eersten die in 1939 met zijn dissertatie *Overeenkomsten met overheidslichamen*¹ ruime aandacht aan dit onderwerp schonk, enige decennia later volgden vele belangwekkende beschouwingen. Te noemen zijn preadviezen van De Goede en Troostwijk², Droogleever Fortuyn en Van der Linde³, Konijnenbelt en Scheltema⁴, Koeman en Konijnenbelt.⁵ Daarnaast kan worden vermeld de *Bouwrechtmonografie van Bloembergen en Slagter van 1976*⁶ en *Overheidsbestuur en privaatrecht van A.Q.C. Tak van 1978*. In 1978 verscheen ook "Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat" van De Haan, Drupsteen en Fernhout, met aandacht voor de zogenaamde beleids-overeenkomsten, en in 1979 verscheen de dissertatie van Meyknecht.⁷ Vervolgens verschenen kort na elkaar in 1981 en 1982 de dissertaties van Spier⁸ en Lubach.⁹ In 1984 verscheen de dissertatie van J. de Jong¹⁰ waarin met name erfpachtovereenkomsten worden behandeld. Vervolgens wijdt in 1987 *Ars Aequi* een bijzonder nummer aan "Osmose tussen publiek- en privaatrecht" en verschijnen preadviezen van J.A.E van der Does en W. van Gerven e.a. voor de Vereniging tot vergelijking van het recht van Nederland en België.¹¹

1 Zwolle 1939.

2. Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, preadvies VAR 1956, Geschriften VAR XXXV

3 Dient de wet regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid, Preadvies NJV 1965, Hand. NJV 1965, deel 1.

4. Resp. rechtsverwerking door het bestuur: het vertrouwensbeginsel in het administratieve recht, en Gebondenheid van de overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtswerwerking), Preadvies VAR 1975, Geschriften VAR LXXIV.

5. Resp Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid en Een pakt met de overheid, Preadvies NJV 1980, Hand. NJV 1980, deel 1.

6. Resp. Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw en Projectontwikkelingscontracten, *Bouwrechtmonografieën* nr 3, 1976.

7. *Planverbintenissen*, Zwolle 1979

8. *Overeenkomsten met de overheid*, diss. Leiden 1981.

9. *Beleidsovereenkomsten*, diss. Groningen, 1982.

10. *Gemeentelijke gronduitgifte*, diss Utrecht, 1984.

11. *Overeenkomsten met de overheid*, 1987 in: TPR 1987, nr. 4, p. 1677.

De naderende invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek alsook de verschijning van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht hebben aanleiding gegeven tot diverse publikaties, zoals de preadviezen van Lubach en Van Schendel voor de VAR¹² en de publikatie Bestuursrecht en Nieuw BW.¹³

Deze op zich nog kleine greep uit de veelomvattende literatuur over dit onderwerp, die als de spreekwoordelijke mer à boire valt te kenschetsen, doet de vraag rijzen wat de relevantie is van deze studie over een onderwerp dat in de literatuur al zo rijkelijk aan de orde is gekomen. Welnu, er zijn zowel algemene als meer specifieke gronden te noemen, waarom dit onderwerp ter hand werd genomen.

In de eerste plaats vereisen verschillende recente ontwikkelingen op het gebied van overheid en privaatrecht de aandacht. Deze ontwikkelingen liggen op het terrein van de wetgeving (Nieuw BW, voorontwerp Algemene wet bestuursrecht) maar ook op het terrein van de jurisprudentie (bijvoorbeeld het Amsterdam/Ikonarrest).¹⁴

In de tweede plaats is het onderwerp contracten met de overheid veelomvattend en complex, hoofdzakelijk omdat men met twee rechtsgebieden, namelijk publiek- en privaatrecht te maken krijgt. Om deze reden kan men dit onderwerp of onderdelen daarvan heel goed uitvoerig bespreken, zonder platgetreden paden te bewandelen.

Ten derde geeft deze studie, zoals nader hieronder in de probleemstelling uiteengezet, uitgaande van de gelijkwaardigheid van publiek- en privaatrecht, een systematische benadering van de beoordeling van de rechtsgeldigheid van contracten met de overheid, op een wijze die niet eerder, althans niet op deze schaal, is uitgewerkt.

Ten vierde worden op basis van de gekozen benadering toepasselijke rechtsregels geformuleerd met behulp van het bestaande wettelijke instrumentarium blijvend binnen het positieve recht. Ook dit laatste punt wordt doorgaans een goede grond gevonden, zeker naar beste Nijmeegse traditie.

1.2 Terreinafbakening

Deze studie betreft privaatrechtelijke overeenkomsten tussen burgers en publiekrechtelijke rechtspersonen, overeenkomsten dus waarop het BW van toepassing is. Publiekrechtelijke overeenkomsten worden niet besproken. Als zodanig worden in het algemeen alleen gemeenschappelijke regelingen aangemerkt, die gesloten worden tussen bestuursorganen van openbare lichamen en eventueel een privaatrechtelijke rechtspersoon die daarvoor een machtiging van de Kroon nodig heeft.¹⁵ Ook wordt geen aandacht besteed aan vormen van publiek-private samenwerking tussen overheid en bedrijfsleven voor de uitvoering van bepaalde projecten in de grond-, water- en wegenbouw.

12. Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, Geschriften VAR XCIV, Alphen a/d Rijn 1986.

13. Onder redactie van J.A.F. Peters en M.H. Kobussen, Zwolle 1988.

14. HR 27 maart 1987, AB 273, m.nt. FHvdB, NJ 727, m.nt. MS.

15. Zie art. 93 en 96 van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Van de privaatrechtelijke contracten tussen overheid en burger wordt hier in hoofdzaak alleen de rechtsgeldigheid van de inhoud besproken. Geen bijzondere aandacht wordt besteed aan de precontractuele fase.¹⁶ Wel wordt aandacht gegeven aan de goede trouw, ofwel de redelijkheid en billijkheid die de uitvoeringsfase van overeenkomsten beheerst, omdat de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden heel dicht bij de inhoudelijke beoordeling van een overeenkomst kan liggen. De onrechtmatige overheidsdaad en bijbehorende jurisprudentie komen alleen aan de orde, voorzover het daarbij gaat om overheidshandelen in het kader van een overeenkomst.

Afgezien werd van rechtsvergelijkende studie. Voor een beschrijving van het recht van Frankrijk en België met betrekking tot ons onderwerp zij verwezen naar het proefschrift van Spier, voor een overzicht van het Duitse recht naar dat van Lubach.

1.3 Probleemstelling

Deze studie betreft de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke contracten tussen overheid en burgers. Onderzocht wordt hoe groot (of hoe klein) de contractsvrijheid van de overheid is en wat de specifieke voor de overheid geldende beperkingen zijn op de contractsvrijheid. Te dien einde dient onderzocht te worden welke materiële rechtsregels het toetsingskader opleveren voor de vaststelling van de contractsvrijheid van de overheid.

Daarbij staat het uitgangspunt voorop dat de positie van de overheid als contractspartij een wezenlijk andere is dan die van een particulier. De overheid heeft als taak de behartiging van het algemeen belang. Voor dat doel dragen wetten bepaalde publieke taken op aan overheidsorganen en verlenen hun bijbehorende publiekrechtelijke bevoegdheden. Deze bijzondere positie wettigt de veronderstelling dat de gewone regels van overeenkomstenrecht verbijzondering en eventueel aanvulling behoeven, wanneer het gaat om de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een door de overheid aangegane overeenkomst, liggend op het terrein van haar publieke taak of bevoegdheid.

Een probleem hierbij is dat we te maken krijgen met twee verschillende compartimenten binnen het Nederlandse recht, namelijk publiek- en privaatrecht. De compartimentering van ons recht houdt in dat begrippen, definities, rechtsgevolgen die gehanteerd worden of die voorkomen in het ene compartiment, niet noodzakelijk (en vaak helemaal niet) hetzelfde inhouden in een ander compartiment van het recht. Dit levert kwesties op als: is subject in het publiekrecht hetzelfde als subject in het privaatrecht? Is onrechtmatigheid in het publiekrecht gelijk aan onrechtmatigheid in de zin van art. 1401 BW? Kan de overheid langs privaatrechtelijke weg verbieden wat volgens het publiekrecht is toegestaan? Kan een rechtshandeling naar burgerlijk recht ook als een publiekrechtelijke beschikking worden opgevat? Het inzicht in de compartimentering van het recht is een noodzakelijk uitgangspunt bij de bestudering van problemen die voortvloeien uit een samenloop van rechtsgebieden, zoals bij contracten met de overheid.

16. Zie hierover vooral Spier, diss., p. 22 t/m 112.

Wanneer de overheid contracteert over een kwestie die ligt op het terrein van een wettelijk geregelde publieke taak of bevoegdheid, is het de vraag of, en zo ja, welke betekenis aan de betreffende publiekrechtelijke regels (zowel de geschreven als de ongeschreven) moet worden gehecht bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Deze vraag valt uiteen in drie onderdelen:

In de eerste plaats zal in algemene zin moeten worden aangegeven hoe de toepasselijkheid van regels van publiekrecht zich verhoudt tot de toepasselijkheid van het privaatrechtelijk contractenrecht. Vervolgens zal per concreet geval moeten worden vastgesteld of, en zo ja, welke regels van publiekrecht van belang zijn voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een bepaalde overeenkomst. Tot slot dient te worden bepaald welk rechtsgevolg moet worden toegekend aan een geconstateerde schending van regels van publiekrecht bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst.

1.4 Plan van behandeling

In grote lijnen komen de volgende onderwerpen aan de orde.

In hoofdstuk 2 wordt besproken wanneer een rechtspersoon gerekend dient te worden tot "de overheid", ten aanzien waarvan een bijzondere positie als contractspartij kan worden aangenomen. Van deze zogenaamde publiekrechtelijke rechtspersonen wordt een overzicht gegeven. Tevens wordt onderzocht in hoeverre privaatrechtelijke rechtspersonen die met een overheidstaak zijn belast voor ons onderwerp relevant zijn.

In hoofdstuk 3 wordt stilgestaan bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, maar vooral bij hun onderlinge verhouding, na een weergave van de opvattingen in de literatuur op dit punt. Er wordt ten aanzien van de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht een eigen standpunt geformuleerd. Dit standpunt, inhoudende een synthese van de gemene rechtsleer en de methode van de aard der rechtsverhouding, dient voor het vervolg als uitgangspunt om te komen tot de vaststelling van toepasselijke regels van publiek- en privaatrecht die de contractsvrijheid van de overheid normeren.

In hoofdstuk 4 wordt het gekozen uitgangspunt systematisch nader uitgewerkt. Eerst wordt een overzicht gegeven van de privaatrechtelijke regels die het leerstuk van de contractsvrijheid beheersen. Vervolgens wordt beschreven welke specifieke normen rechtspraak en literatuur opleveren voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van overeenkomsten met de overheid. Tot slot wordt een eigen invulling van het toepasselijke materiële recht gegeven. Onderzocht wordt welke plaats daarbij toekomt aan geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels.

Vervolgens wordt deze methode in de praktijk gebracht in de hoofdstukken 5, 6 en 7. In deze hoofdstukken worden overeenkomsten met de overheid besproken van verschillend karakter. Met deze drie hoofdstukken correspondeert een indeling van de te bespreken overeenkomsten in drie categorieën, waarbij de normering door het geschreven publiekrecht successievelijk afneemt.

Hoofdstuk 5 bespreekt de rechtsgeldigheid van overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden, overeenkomsten dus waarin de publiekrechtelijke rechtspersoon zich rechtstreeks verbindt ten aanzien van de uitoefening van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid.

Hoofdstuk 6 bespreekt de overeenkomsten gesloten in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (met name de afgifte van bouwvergunningen) als middel van kostenverhaal.

Hoofdstuk 7 bespreekt de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden in het kader van de publieke taakvervulling. Het betreft hier de behartiging van publieke belangen, geheel buiten de wettelijk gegeven publiekrechtelijke bevoegdheden om, vooral op basis van de eigenaarspositie van publiekrechtelijke rechtspersonen. In dit verband wordt ook aandacht besteed aan de betekenis van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen waarin de overheid tot de burger staat.

PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSONEN

2.1 Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen

Voordat een aanvang kan worden gemaakt met de bespreking van de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, dient eerst te worden vastgesteld wat publiekrechtelijke rechtspersonen zijn en welke instellingen tot deze categorie kunnen worden gerekend.

De rechtspersonen in het privaatrecht kan men onderscheiden in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen.¹ De termen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk hebben géén betrekking op de aard der rechtspersoonlijkheid. Het gaat in beide gevallen om rechtspersoonlijkheid in de zin van het BW, rechtspersoonlijkheid derhalve in privaatrechtelijke zin. De term publiekrechtelijk of privaatrechtelijk met betrekking tot rechtspersonen slaat op de aard van het lichaam waaraan de rechtspersoonlijkheid is toegekend.²

Men kan dan in principe het volgende uitgangspunt nemen: publiekrechtelijk is het lichaam waarvan organisatie en inrichting door regels van publiekrecht worden beheerst. Privaatrechtelijk is het lichaam waarvan organisatie en inrichting door het privaatrecht worden beheerst. Daar kan men aan toevoegen dat in het algemeen de publiekrechtelijke rechtspersoon door regels van publiekrecht in het leven wordt geroepen, terwijl de privaatrechtelijke rechtspersoon ten gevolge van een privaatrechtelijke rechtshandeling ontstaat.³

Het criterium is met andere woorden gelegen in het interne rechtsregiem dat voor de rechtspersoon geldt. Op het eerste gezicht is dit een helder en simpel criterium. Het gaat zonder meer op voor het gros der gevallen. De vraag of er indicaties zijn om dit criterium te nuanceren, zal later worden besproken. Voorlopig is met deze onderscheiding goed te werken. Het is immers in de meeste gevallen niet moeilijk te achterhalen door

1. De kerkgenootschappen laat ik buiten beschouwing. Zie art. 2 en 18 boek 2 BW. Asser Van der Grinten II (De rechtspersoon) 6e druk 1986, nr. 174.

2. Asser-Van der Grinten II, nr. 172.

3. Asser-Van der Grinten II, nr. 172 en 173.

regels van welke aard een bepaalde organisatie intern wordt beheerst. Dit blijkt vaak duidelijk uit de wettelijke regeling van het genus waartoe de organisatie behoort. Dat een provincie of gemeente wordt beheerst door regels van publiekrecht, en een nv of stichting door regels van privaatrecht, behoeft geen betoog.

Het onderkennen van privaatrechtelijke rechtspersonen levert de minste problemen op. De diverse soorten privaatrechtelijke rechtspersonen worden in art. 3 Boek 2 BW limitatief opgesomd. Andere dan de daar genoemde, bestaan niet en kunnen ook niet worden opgericht. Voor elk type (nv, bv, vereniging of stichting) geldt een aantal formele vereisten, die bruikbare criteria opleveren om een organisatie te herleiden tot een bepaalde soort privaatrechtelijke rechtspersoon.

Het BW bepaalt ook de rechtspersoonlijkheid van publiekrechtelijke lichamen. De publiekrechtelijke lichamen zijn echter maar tot op zekere hoogte tot bepaalde categorieën te herleiden en zijn niet limitatief bepaald. Ook de gestelde vereisten voor de toekenning van rechtspersoonlijkheid zijn niet erg concreet. Wél staat vast dat de rechtspersoonlijkheid van een publiekrechtelijk lichaam steeds op een formele wet moet berusten. Deze materie is geregeld in art. 1 van Boek 2 BW en zal hieronder worden besproken.

2.2 Publiekrechtelijke rechtspersonen

De strekking van art. 1 Boek 2 BW is aan te geven welke publiekrechtelijke lichamen rechtspersonen zijn in de zin van het BW, rechtspersonen dus in privaatrechtelijke zin. Het artikel luidt:

"1. De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, veenschappen en veenpolders, alsmede alle lichamen aan wie krachtens de Grondwet verordende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid.

2. Andere lichamen, aan wie een deel van de overheidstaak is opgedragen, hebben slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt.

3. De volgende artikelen van deze titel, met uitzondering van art. 4 van dit Boek, gelden niet voor de in de voorgaande leden bedoelde rechtspersonen".

In dit artikel worden de publiekrechtelijke rechtspersonen als groep apart gezet van de privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit blijkt uit lid 3 dat bepaalt dat de eerste titel van Boek 2 BW niet op deze rechtspersonen van toepassing is. Uiteraard zijn de volgende titels, die handelen over bepaalde privaatrechtelijke rechtspersonen, evenmin van toepassing.

Het is noodzakelijk dat lid 3 een uitzondering maakt voor art. 4, dat bepaalt dat een rechtspersoon, wat het vermogensrecht betreft, gelijk staat met een natuurlijk persoon,

tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De vermogensrechtelijke gelijkstelling met natuurlijke personen is immers het specifieke kenmerk waarin de rechtspersoon zich onderscheidt van andere organisatieverbanden.

Alvorens tot een overzicht te komen van publiekrechtelijke lichamen of instellingen die rechtspersoon zijn naar privaatrecht, worden hieronder eerst lid 1 en lid 2 van art. 1 Boek 2 BW aan een nadere beschouwing onderworpen.

2.3 Art. 1 lid 1 Boek 2 BW

Lid 1 begint met een opsomming van openbare lichamen die als publiekrechtelijke rechtspersonen hebben te gelden. In de eerste plaats wordt genoemd de Staat. Hiermee wordt bedoeld het centrale overheidsverband, Nederland⁴, ook wel aangeduid als het Rijk of het Rijk in Europa.⁵

De rechtspersoonlijkheid van de staat wordt algemeen aanvaard⁶ en is ook door de jurisprudentie reeds lang erkend. Hetzelfde geldt voor de in lid 1 genoemde provincies, gemeenten, waterschappen, veenschappen en veenpolders. De rechtspersoonlijkheid van deze lichamen is dus op zichzelf niets nieuws. Wél nieuw is dat door de invoering van art. 1 lid 1 Boek 2 BW die rechtspersoonlijkheid thans op een wettelijke grondslag berust.

Men kan zich afvragen waarom het Koninkrijk der Nederlanden hier niet in het rijtje genoemd staat. De bewering dat een dergelijke bepaling niet in het BW kan worden opgenomen, maar dat bij afzonderlijke rijkswet zou moeten worden bepaald dat het Koninkrijk rechtspersoon is, zoals bij de parlementaire behandeling naar voren werd gebracht⁷, is onjuist. Natuurlijk kan het BW bepalen dat het Koninkrijk rechtspersoon naar Nederlands recht is, het betreft hier immers geen koninkrijksaangelegenheid in de zin van art. 3 Statuut. Het is echter zeer twijfelachtig of het Koninkrijk als rechtspersoon naar privaatrecht dient te worden aangemerkt. Het Koninkrijk heeft geen eigen vermogen en privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met het Koninkrijk zijn moeilijk denkbaar, het is daarom niet aannemelijk dat het Koninkrijk subject kan zijn van privaatrechtelijke rechten of verplichtingen.⁸ Het Hof 's-Gravenhage heeft de vraag ook ontkennend beantwoord, hoofdzakelijk omdat het Koninkrijk geen eigen vermogen bezit.⁹

4. Vgl. het Statuut, Wet van 15 dec. 1954, Stb. 596.

5. Vgl. art. 2 van de oude Grondwet (1972).

6. Zie Van der Pot/Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 11e druk, 1983, p. 143 e.v.

7. Zie Van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 2 rechtspersonen, p. 64 en 65.

8. Asser-Van der Grinten II, nr. 176.

9. 5 febr. 1958, NJ 343. Zie over deze vraag J.R. Stellinga in TvO 1957, p. 253 en p. 467; W.H. van Helsdingen in TvO 1957, p. 474 en H.F. van Panhuijs, NJB 1959, p. 207.

Lid 1 vervolgt dan: "..... alsmede alle lichamen aan wie krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid".

Verschillende elementen uit deze zinsnede verdienen nadere beschouwing.

De eerste vraag is dan wat bedoeld wordt met het woord "lichamen". Gezien de redactie van dit lid, met name de plaatsing van "lichamen" direct achter de opgesomde overheidsverbanden, moet worden aangenomen dat het begrip lichamen hier in staatsrechtelijke zin gebezigd is. De zinsnede stemt ook overeen met het spraakgebruik van hoofdstuk 7 van de Grondwet, zodat men mag aannemen dat lid 1 alle gevallen van grondwettelijke decentralisatie bestrijkt.

In het voetspoor van de Grondwet kan men territoriale en functionele decentralisatie onderscheiden, de eerste tot uitdrukking komend in het bestaan van gebiedscorporaties, de tweede in dat van doelcorporaties.

De instellingen van de territoriaal gedecentraliseerde overheidsverbanden (te weten provincies en gemeenten) zijn bevoegd alle zich binnen dat bepaalde gebied voordoende en openbaar te achten belangen te behartigen als en voorzover zij dat nodig oordelen, mits het hoger gezag het belang al niet tot voorwerp van zijn regelingsmacht gemaakt heeft. De instellingen van de functioneel gedecentraliseerde overheidsverbanden (te weten de waterschappen en de openbare lichamen voor beroep en bedrijf) zijn bevoegd slechts bepaalde openbaar te achten belangen te behartigen, namelijk die, welke in verband staan met het doel waarvoor die overheidsverbanden zijn ingesteld.

De staat, de provincie, de gemeente, het waterschap en de schappen van de bedrijfsorganisaties worden doorgaans aangeduid als openbare of publiekrechtelijke lichamen. Deze lichamen zijn corporaties. Van andere openbare ambten is de corporatie onderscheiden, doordat zij het karakter draagt van een verband, waartoe de justiciabelen, die eronder ressorteren, behoren. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag, dat de eigen belangen van een territoriaal of functioneel bepaalde gemeenschap door de organen van die gemeenschap worden behartigd. Waar het hier tevens om openbare belangen gaat, wordt die gemeenschap doordat een daarmee correlaat openbaar lichaam wordt ingesteld, met haar eigen huishouding en eigen belangen in het staatsbestel opgenomen, teneinde op die wijze de dubbele functie van behartiging van het "algemeen belang" en behartiging van het gemeenschapsbelang (c.q. de belangen van de betrokkenen) op verantwoorde wijze te vervullen.¹⁰ In plaats van de term (openbaar) lichaam zou ik in deze gevallen liever het begrip overheidsverband willen introduceren. Het begrip overheidsverband slaat op het verband tussen een bepaalde personenkring en een overheidsorganisatie. Door dit juridisch verband geldt de overheidsorganisatie als de "eigen" organisatie van overheidsmacht voor deze personenkring. Overigens is de personenkring

10. Donner, Algemeen deel van het Nederlands Bestuursrecht, 4e druk, 1974, p. 126. Aangezien de 4e druk op diverse punten uitvoeriger is dan de 5e druk van 1987, wordt door mij herhaaldelijk naar de 4e druk verwezen.

waarmee de overheidsorganisaties in staatsrechtelijk verband staat in allerlei opzichten tevens een gevoelskwestie, een zaak van juridische mythologie.¹¹

Voor het materiële staatsrecht, met inbegrip van de staatsrechtelijke decentralisatie, heeft het wederzijdse verband tussen overheidsorganisatie en personenkring beslissende betekenis. De wederkerige relatie wordt door de burger onderhouden door middel van bijvoorbeeld het uitoefenen van het kiesrecht, het recht van petitie, het gebruik maken van grondrechten, het vragen van rechtsbescherming en dergelijke. De overheid treedt in relatie tot de burger door het opleggen van belastingen, van militaire dienstplicht, het afkondigen van burgers-bindende regels, het afdwingen van de naleving van die regels, enzovoorts.

Deze staatsrechtelijke uitweiding heb ik nodig geacht voor een goed begrip van het tweede element van lid 1, dat bepaalt dat het moet gaan om lichamen aan wie krachtens de Grondwet *verordenende bevoegdheid is verleend*. Naar aanleiding van deze zinsnede twee opmerkingen.

Lid 1 bepaalt uitdrukkelijk dat de verordenende bevoegdheid verleend moet zijn, wil het lichaam rechtspersoonlijkheid bezitten. Dit sluit in het algemeen aan bij het begrip openbaar lichaam in staatsrechtelijk-grondwettelijke zin als boven omschreven. (Vergelijk het opschrift van het zesde hoofdstuk van de oude Grondwet "Van openbare lichamen met verordenende bevoegdheid."). De redactie van art. 134 lid 2 Gw (en ook van het oude art. 160 en 162 Gw) is echter facultatief: bij of krachtens de wet "kan" aan de besturen van openbare lichamen voor beroep en bedrijf en aan andere openbare lichamen verordenende bevoegdheid worden toegekend. Dit impliceert naar de letter genomen dat de categorie "lichamen" logisch anterior is aan toekenning van verordenende bevoegdheid; dat aan zulke lichamen verordenende bevoegdheid *kàn* worden gegeven, maar dat zij ook zonder deze bevoegdheid kunnen bestaan. Overigens kent de Grondwet aan waterschappen niet rechtstreeks verordenende bevoegdheid toe. Art. 133 lid 2 Gw draagt de regeling van verordenende en andere bevoegdheden op aan de wetgever.

Het begrip openbaar lichaam in grondwettelijke zin is derhalve ruimer dan in art. 1 lid 1 boek 2 BW; het omvat ook die gevallen van grondwettelijke decentralisatie waarin geen verordenende bevoegdheid is verleend.¹² Men kan het grondwettelijk begrip openbaar lichaam het beste in formele zin definiëren als een lichaam waarvan de instellingswet aangeeft dat het krachtens art. 134 Gw wordt ingesteld.

De wordingsgeschiedenis van art. 1 lid 1 Boek 2 BW is duidelijk over de eis van het bezitten van verordenende bevoegdheid. De tekst van het ontwerp Meijers luidde namelijk anders: "De staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en alle andere

11. Vgl. Van der Pot/Donner, a.w., p. 525, waar Donner spreekt van "onze" provincies en "onze" gemeenten.

12. Vgl. Van der Pot/Donner, a.w., p. 526. Donner rekent wanneer hij spreekt over functionele decentralisatie, alleen de lichamen die regelings- en bestuursbevoegdheid bezitten tot de doelcorporaties. Instellingen aan wie geen bevoegdheid tot zelfstandige regeling is toegekend, zoals bijv. de universiteiten en de Kamers van Koophandel laat hij in het hoofdstuk decentralisatie buiten beschouwing.

lichamen die krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid hebben, bezitten rechtspersoonlijkheid". In het regeringsontwerp VW werd echter gekozen voor de geldende tekst. Afgezien van het met zoveel woorden noemen van de veenschappen en de veenpolders¹³, is de zinsnede "die krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid hebben" vervangen door "aan wie krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend". Dit om tot uitdrukking te brengen dat "de lichamen, ten aanzien waarvan de Grondwet in de artikelen 160 en 162 aan de wetgever vergunt hun verordenende bevoegdheid te schenken, rechtspersoonlijkheid moeten hebben, wanneer hun inderdaad verordenende bevoegdheid is toegekend. Van deze lichamen kan men, om misverstand te voorkomen, beter niet zeggen, dat ze krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid hebben; de wet moet hun deze bevoegdheid eerst nog geven en kan hun die bevoegdheid, wanneer zij dat wil, onthouden".¹⁴ Met andere woorden: art. 1 lid 1 slaat op de gevallen van grondwettelijke decentralisatie; het verleent rechtspersoonlijkheid aan lichamen in grondwettelijke zin waaraan daadwerkelijk door de wet verordenende bevoegdheid is verleend.

Mijn tweede opmerking betreft het feit dat het criterium van de verordenende bevoegdheid geen zelfstandige betekenis buiten de categorie lichamen in de hier bedoelde zin heeft. Kijkt men echter uitsluitend naar het criterium van de verordenende bevoegdheid zonder dit in verband te zien met de grondwettelijke betekenis van "lichamen" in dit lid, dan gaat men dit lid snel een zonderlinge bepaling vinden. Zo zet bijvoorbeeld Van Schilfgaarde vraagtekens bij dit criterium: "De bevoegdheid om verordeningen te maken is een publiekrechtelijke bevoegdheid. Met de vraag of het lichaam rechtspersoon is in privaatrechtelijke zin vertoont die kwestie geen inhoudelijk verband".¹⁵ Verder meent Van Schilfgaarde dat het criterium van de verordenende bevoegdheid verwarrend kan werken. "Zo geeft de Grondwet ook de Kroon verordenende bevoegdheid, terwijl krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid kunnen hebben het militair gezag (202 Gw oud) en de andere organen van burgerlijk gezag bedoeld in art. 203 Gw (oud). (Zie het huidige art. 103 Gw, JAW). Weinig aannemelijk is dat deze instanties ("ambten") als rechtspersoon dienen te worden aangemerkt. Wellicht kan daartegen ook worden aangevoerd dat het geen "lichamen" zijn in de zin van lid 2".¹⁶ Natuurlijk zijn de door Van Schilfgaarde genoemde instellingen geen lichamen! Niet omdat ze dat volgens lid 2 niet zouden zijn - lid 2 is hier volstrekt irrelevant - maar omdat ze geen lichamen zijn in de zin van lid 1. Het zijn geen lichamen in grondwettelijke zin, het zijn geen overheidsverbanden. Het is onjuist te menen dat staatsrechtelijke colleges of instellingen

13 Blijkens de Toelichting op het ontwerp-Meijers was het Meijers' bedoeling dat onder lid 1 alleen zouden vallen de lichamen aan wie de Grondwet zelf verordenende bevoegdheid geeft. Dit zou tot de conclusie leiden dat dit uitsluitend de in art. 207 Gw (oud) genoemde veenschappen en veenpolders zijn. Andere lichamen zouden vallen onder lid 2 van art. 1 (Zie Van Zeben p. 60 en 61)

14 Van Zeben, p. 61.

15. Van Schilfgaarde, Rechtspersonen, Algemene Bepalingen, 1-4. Zie ook Asser-Van der Grnten II, a.w., nr. 177, Prins, NJB 1957, p. 44 e.v.

16. Rechtspersonen, Van Schilfgaarde, 1-4, 1-5.

met publiekrechtelijke bevoegdheden deswege lichamen zijn met rechtspersoonlijkheid en dus lichamen in de zin van het BW. Om slechts enige voorbeelden te noemen, de formele wetgever, Provinciale Staten of de gemeenteraad, zij missen rechtspersoonlijkheid in de zin van het BW. Het is een bron van spraakverwarring de term lichaam in het staatsrecht te gebruiken buiten de overheidsverbanden naar de regels van de staatsrechtelijke decentralisatie. Ik kan dan ook niet meegaan met de opvatting van Vegting¹⁷ en Prins¹⁸, dat ook voor het staatsrecht de term openbaar lichaam zou duiden "op elk overheidsorgaan of complex van in hun werkzaamheden nauw samenhangende overheidsorganen, aan hetwelk (privaatrechtelijke) rechtspersoonlijkheid is toegekend". De toekenning van rechtspersoonlijkheid is een voor het staatsrecht en ook voor het bestuursrecht irrelevant criterium.

In de Memorie van Toelichting wordt ook al geen duidelijk standpunt ingenomen over het criterium van de verordenende bevoegdheid: "Theoretisch moge de verordenende bevoegdheid van een overheidslichaam niet de grond vormen voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan het lichaam. Het criterium wordt in het wetsontwerp niettemin behouden uit overweging, dat in de praktijk voor het overgrote deel der overheidslichamen het bezit van verordenende bevoegdheid en het bezit van rechtspersoonlijkheid elkaar dekken; om het anders te zeggen: de overheidslichamen, die verordenende bevoegdheid hebben, moeten als regel rechtspersoonlijkheid bezitten. Mocht intussen in een bepaald geval een andere regeling gewenst zijn, dan kan daarvoor een nadere wettelijke regeling worden getroffen".¹⁹

Wat hier toegelicht had moeten worden is de vraag waarom de openbare lichamen met verordenende bevoegdheid rechtspersoonlijkheid "moeten" hebben. Naar mijn mening "moeten" overheidslichamen rechtspersoonlijkheid bezitten om praktische redenen. Deze lichamen hebben immers een eigen vermogen; eigen gebouwen of grond en eigen bronnen van inkomsten doordat zij bijvoorbeeld belastingen of retributies mogen heffen. Het is dan ook geen toevalligheid dat, zoals in de Memorie van Toelichting staat, "in de praktijk voor het overgrote deel der overheidslichamen het bezit van verordenende bevoegdheid en het bezit van rechtspersoonlijkheid elkaar dekken".

De door decentralisatie teweeg gebrachte mate van verzelfstandiging van overheidslichamen op publiekrechtelijk gebied urgeert dat deze lichamen ook op privaatrechtelijk gebied een zelfstandigheid bezitten. Bovendien kan een goed bestuur van de huishouding van een lichaam impliceren dat het lichaam bepaalde zaken privaatrechtelijk (contractueel) aanpakt. Om met Böhlingk te spreken: "Het is daarbij niet logisch noodzakelijk dat deze gedecentraliseerde eenheid tevens privaatrechtelijke rechtspersoon is, al ligt het wel zeer voor de hand, dat men een gedecentraliseerd lichaam ook vermogens-

17. W.G. Vegting, *Inleiding in het Nederlands Administratiefrecht*, Deel I, p. 331.

18. Prins, *Handelingen NJV 1957*, p. 13 en 14.

19. Van Zeben, p. 60 en 61.

rechtelijke zelfstandigheid, dus burgerrechtelijke persoonlijkheid toekent".²⁰ Naar mijn mening ligt deze gedachte ook ten grondslag aan hetgeen Donner zegt: "De openbare lichamen hebben overeenkomstig hun aard als correlaten van "zelfstandige" en "eigenaardige" gemeenschappen, steeds rechtspersoonlijkheid, eigen begrotingsrecht en in de regel ook eigen inkomsten".²¹ Kortom: om een instelling een lichaam in staatsrechtelijke zin te kunnen noemen is het niet noodzakelijk dat die instelling rechtspersoonlijkheid bezit. Openbare lichamen zijn doorgaans rechtspersonen om praktische, niet om dogmatische redenen.

Tot slot wil ik benadrukken dat het bij de verordenende bevoegdheid in grondwettelijk opzicht gaat om de bevoegdheid om naar buiten werkende (externe) algemene regels tot stand te brengen, dat wil zeggen regels die anderen normeren dan de eigen ambten van het betrokken lichaam of degenen die in een bevelsverhouding tot die ambten staan.²²

2.4 Art. 1 lid 2 Boek 2 BW

"Andere lichamen, aan wie een deel van de overheidstaak is opgedragen, hebben slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt".

Het ontwerp Meijers bevatte een andere redactie:

"Andere lichamen en instellingen, aan wie een deel van de overheidstaak is opgedragen, hebben slechts rechtspersoonlijkheid, indien de wet of een algemene maatregel van bestuur die toekent".

Ook dit lid bevat elementen die nadere beschouwing verdienen.

In de eerste plaats komt hier wederom de vraag aan de orde wat het woord "lichamen" in dit lid betekent. Het ontwerp Meijers bevatte de categorie "andere lichamen en instellingen". De term "instellingen" werd echter in de eerste nota van wijzigingen geschrapt, omdat zij zou leiden tot een onbedoelde vernauwing van het begrip lichamen. In de Memorie van Antwoord werd hierover gezegd: "De term "lichamen of instellingen" roept toch de vraag op, of er "instellingen" zijn die geen "lichamen" zijn: dit zal noodzakelijkerwijze moeten leiden tot een vernauwing van het begrip "lichamen", welke niet in de bedoeling heeft gelegen, en die slechts tot misverstand aanleiding kan geven. Door uitsluitend het woord "lichamen" te gebruiken, is het duidelijk dat hier de met het spraakgebruik overeenstemmende zeer ruime betekenis van deze term is bedoeld".²³

20. F.R. Böhlingk en J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen a/d Rijn 1966, p. 75

21. Donner, a.w. (1974), p. 127.

22. Zie het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage 1985; J.C.E. Ackermans-Wijn, *De betekenis van de term "algemeen verbindende voorschriften"*. Bijdrage voor de staatsrechtconferentie 1984 te Maastricht (stencil); C.A.J.M. Kortmann, *Avanti rijp voor sloop?*, RMTh 1987, p. 369 e.v.

23. Van Zeben, p. 64.

Verder merkt de minister op dat "lichamen" die een privaatrechtelijke rechtsvorm hebben (bijvoorbeeld een naamloze vennootschap of een stichting) buiten deze bepaling vallen, ook dan als daaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen.

Blijkbaar wordt de term lichaam hier in het tweede lid in een veel ruimere zin gebruikt dan in lid 1. Had de term in het eerste lid de grondwettelijke betekenis van overheidsverband, hier wordt "lichaam" gebruikt in de meer algemene met het spraakgebruik overeenstemmende zin: een als eenheid gedachte organisatie, een instelling. Het zijn dus inderdaad heel "andere" lichamen dan in lid 1.

- Het criterium van de overheidstaak.

Volgens lid 2 moet aan het lichaam een deel van de overheidstaak zijn opgedragen. Volgens de Toelichting Meijers²⁴ kan het deel der overheidstaak bestaan in verordenende en besturende bevoegdheid, maar ook in het innen of uitgeven van overheids gelden of in andere zuiver administratieve werkzaamheden bestaan. Meijers noemt openbare instellingen van weldadigheid, pensioenfondsen, de Rijkspostspaarbank (inmiddels opgegaan in de Postbank NV) als voorbeeld van instellingen die met een deel der overheidstaak zijn belast. Meestal wordt aan zulke lichamen en instellingen rechtspersoonlijkheid toegekend door de wet. Aangezien steeds opnieuw de behoefte blijkt om een tak van overheidsdienst rechtspersoonlijkheid te verlenen, maakt de overheid herhaaldelijk gebruik van bestaande privaatrechtelijke vormen, zoals de stichting. Daarmee kan zonder de omslag, die een bijzondere wet met zich brengt, rechtspersoonlijkheid in het leven worden geroepen. Dit acht Meijers ongewenst. "Het is echter niet gewenst om datgene, wat in wezen publiekrecht is, door een gekozen privaatrechtelijke vorm aan het publieke recht en de daarvoor geldende beginselen te onttrekken".²⁵ De gedachte is dus met andere woorden deze, dat het uitvoeren van een bepaalde overheidstaak een zaak is van publiekrecht en dat derhalve, wanneer rechtspersoonlijkheid gewenst is voor het vervullen van die taak, het lichaam ook een publiekrechtelijke rechtspersoon moet zijn.

De vraag rijst hoe "hard" het criterium van de overheidstaak nu is. Stel dat bij of krachtens een formele wet een lichaam wordt ingesteld waaraan niet een deel van de overheidstaak is opgedragen, maar waaraan wèl rechtspersoonlijkheid is toegekend. Naar de letter genomen zou zo'n lichaam noch onder lid 1, noch onder lid 2 vallen. Dit zou dan betekenen, dat boek 2 BW op deze rechtspersonen wèl van toepassing is, gezien art. 1 lid 3, uiteraard voor zover de wet krachtens welke de rechtspersoon bestaat, niet anders bepaalt. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan de orden van advocaten in de arrondissementen; men kan zeker ontkennen dat hun een overheidstaak is opgedragen en verordenende bevoegdheid hebben zij niet. De term "deel van de overheidstaak" geeft ook allerminst een scherp criterium. De overheidstaak is niet een gegeven grootheid; zij

24. Van Zeben, p. 59.

25. Van Zeben, p. 59.

is aan voortdurende ontwikkeling onderhevig.²⁶ De Memorie van Antwoord zegt over deze kwestie het volgende: "Gaat het bij de instelling van een lichaam om iets anders dan het uitoefenen van een deel der overheidstaak, dan zal men dus een van de geijkte vormen van privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen kiezen en zal er in dit geval voor de oprichting ook niet een bijzondere wet of wettelijke machtiging nodig zijn. Dit neemt uiteraard niet weg dat het wenselijk kan zijn die oprichting toch te doen geschieden bij of krachtens een bijzondere wet, en dat het ook mogelijk zal zijn bij die wet een rechtspersoon sui generis in het leven te roepen".²⁷ Art. 1 boek 2 BW is dus niet limitatief; de wet kan rechtspersonen sui generis in het leven roepen buiten de gevallen die het BW bestrijkt. Daartoe is de formele wetgever zonder meer bevoegd. Ik ben echter geneigd te denken dat alleen al uit het feit dat de wetgever rechtspersoonlijkheid toekent aan een instelling, afgeleid kan worden dat er dan ook kennelijk sprake is van een bepaald overheidsbelang, een bepaalde overheidstaak. Het criterium van de overheidstaak heeft in dat geval geen zelfstandige betekenis meer, het mist onderscheidend vermogen. Bovendien zal de wet die een rechtspersoon sui generis in het leven roept, ten opzichte van lid 3 als een *lex specialis* kunnen worden beschouwd, zodat mag worden aangenomen dat boek 2 niet van toepassing is.

Hoe is de situatie in het geval dat de overheid een privaatrechtelijke rechtspersoon opricht en haar een deel van de overheidstaak opdraagt?

Zoals in de hierboven aangehaalde Memorie van Antwoord al gezegd is, is de rechtspersoon die privaatrechtelijk nv, bv, vereniging of stichting is, onderworpen aan de betreffende bepalingen van boek 2, ongeacht of haar nu een overheidstaak opgedragen is of niet. Dit is alleen anders, indien de rechtspersoon ondanks de privaatrechtelijke betiteling, naar structuur en inrichting door regels van publiekrecht wordt beheerst. In 2.6 zal aan de orde komen, wanneer dit mag worden aangenomen.

- Een ander onderwerp van bespreking vormt de zinsnede: "indien het uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt".

De formulering van lid 2 is op dit punt enerzijds enger, anderzijds ruimer dan volgens het ontwerp Meijers. De tekst Meijers behelsde dat toekenning van rechtspersoonlijkheid moet geschieden door de wet of een algemene maatregel van bestuur. In deze opvatting is het mogelijk dat rechtspersoonlijkheid bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur, dus zonder dat een bijzondere wet de Kroon tot zodanige algemene maatregel van bestuur uitdrukkelijk machtiging verleent, wordt toegekend. Op deze wijze beoogde het ontwerp-Meijers te voorkomen dat de overheid voor de uitvoering van haar taken teveel gebruik zou maken van privaatrechtelijke rechtspersonen.²⁸ De mogelijkheid van instelling van rechtspersonen bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur werd

26. Asser-Van der Grinten II, nr. 177.

27. Van Zeben, p. 64.

28. Van Zeben, p. 59.

bovendien gefavoriseerd omdat enerzijds de overheid daardoor kon beschikken over een gemakkelijk door haar te hanteren middel om naar behoefte rechtspersonen in het leven te roepen, zonder daartoe de tamelijk omslachtige procedure van een machtigingwet te hoeven bewandelen en anderzijds zou haar regeling met een zekere waarborg van werkelijke wetgeving zijn omgeven, aangezien over zodanige regeling de Raad van State wordt gehoord. Ook zou zijn vermeden dat door het gebruik van de woorden 'krachtens' de wet delegatie aan andere regelingen dan algemene maatregelen van bestuur mogelijk zou zijn geworden.²⁹

In het regeringsontwerp is echter de machtiging van de wetgever opgenomen; in zoverre is de vastgestelde tekst enger geworden dan die van het ontwerp-Meijers. Het creëren van een rechtspersoon werd beschouwd als een handeling die naar haar aard tot de competentie van de wetgever behoort, mede gezien het systeem van Boek 2 BW waarin besloten ligt dat in beginsel de wet bepaalt welke rechtspersonen het recht zal erkennen.³⁰ Ook werd in de Memorie van Antwoord gewezen op de praktische consequenties in deze: het oprichten van een rechtspersoon voor publiekrechtelijke doeleinden heeft altijd consequenties op staatsrechtelijk terrein, speciaal op dat van de financiën. De rechtspersoon is niet onderworpen aan het gewone regiem van de Comptabiliteitswet.³¹ Uiteraard heeft de oprichting van een rechtspersoon in dergelijke gevallen ten gevolge dat deze rechtspersoon een grotere zelfstandigheid heeft ten opzichte van de Minister, dan het geval zou zijn wanneer dit onderdeel van de overheidstaak door een gewone overheidsdienst zou zijn behartigd. Een en ander heeft tevens consequenties ten aanzien van de bevoegdheden van de Staten-Generaal. "De grote zelfstandigheid, welke aan de status van een rechtspersoon verbonden is, beperkt de Staten-Generaal in hun mogelijkheden om de minister ter verantwoording te roepen. Wanneer het niettemin soms gewenst en zelfs noodzakelijk is, een deel van de overheidstaak te delegeren aan een daarvoor te creëren rechtspersoon, is het naar de mening van de ondergetekende een uit ons staatsrechtelijk bestel voortvloeiende eis, dat dit niet kan geschieden zonder medewerking van de Staten-Generaal".³²

De vastgestelde tekst is in een ander opzicht ruimer dan het ontwerp-Meijers omdat de woorden "bij of krachtens de wet" toelaten dat de bevoegdheid om rechtspersoonlijkheid te verlenen door de wet wordt gedelegeerd aan de Kroon bij gewoon KB of aan de minister bij ministeriële beschikking.³³ Hierbij werd in de Memorie van Antwoord aangetekend dat, óók als de betreffende bepaling de woorden "of krachtens" niet zou bevatten, de wetgever in een voorkomend geval een delegatie zou kunnen verlenen aan

29. Van Zeben, p. 66.

30. Van Zeben, p. 63.

31. Wel bepaalt art. 40 Comptabiliteitswet dat machtiging bij of krachtens de wet is vereist voor oprichting of mede-oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen, dan wel deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen waarbij een geldelijk belang is gemoeid van meer dan f 100.000,--.

32. Van Zeben, p. 68.

33. Van Zeben, p. 59, 63 en 68.

een ander orgaan. Die bevoegdheid wordt niet door de onderhavige bepaling geschapen.³⁴

Een tekstueel punt betreft het "volgen" in de zinsnede: "indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt". De tekst van het ontwerp Meijers sprak van "toekennen" van rechtspersoonlijkheid. Deze wijziging van het ontwerp is louter een redactioneel punt geweest. Uit de Toelichting Meijers blijkt dat de toekenning van rechtspersoonlijkheid in het ontwerp Meijers zowel door een uitdrukkelijke bepaling kan geschieden als besloten kan liggen in de bepalingen, die de organisatie van het lichaam regelen.³⁵ De tekst is dus alleen maar in overeenstemming met de bedoeling van Meijers gebracht.

De kwestie is echter: wanneer kan men zeggen dat rechtspersoonlijkheid uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt?

Van Schilfgaarde noemt als voorbeeld dat op grond van de artikelen 35 en 43 Wet op de Sociale Verzekeringsbank en de Raden van Arbeid³⁶ mag worden aangenomen dat de Raden van Arbeid rechtspersonen zijn.³⁷ Verder noemt hij als voorbeeld art. 254 gemeentewet. Afdelingen of dorpen van gemeenten kunnen zo zijn georganiseerd dat zij een afzonderlijk vermogen, afzonderlijke inkomsten of lasten hebben. Aangenomen moet worden dat deze afdelingen of dorpen rechtspersonen zijn.

Een bepaling analoog aan lid 2 ontbreekt voor privaatrechtelijke rechtspersonen. Uit de terzake gevoerde parlementaire discussie kan echter worden afgeleid dat voor deze figuren hetzelfde geldt.³⁸ Ook onder het oude recht werd algemeen aanvaard dat rechtspersoonlijkheid kan worden aangenomen op grond van de voor een lichaam geldende wettelijke regels. De rechtspersoonlijkheid behoeft niet met zoveel woorden in het geschreven recht te zijn uitgedrukt.³⁹

In deze zin ook Hoge Raad 13 november 1964, NJ 1965, 121 inzake het Algemeen Ziekenfonds 'Arnhem en Omstreken'. In casu ging het om een zich in de statuten als wederkerige verzekerings- of waarborgmaatschappij aandienend lichaam, als ziekenfonds 'erkend' en 'toegelaten' en als zodanig optredend. De Hoge Raad overwoog dienaangaande: "... dat de omstandigheid dat de wetgever de regeling (Het Ziekenfondsbesluit en zijn uitvoeringsbesluit, JAW) aldus heeft opgezet, dat daarbinnen uitsluitend plaats is voor ziekenfondsen die, in verband met de hun door de wetgever toebedachte taak, slechts als zelfstandige dragers van rechten en verplichtingen kunnen worden gedacht, meebrengt dat aan alle overeenkomstig de voorschriften 'erkende' en daarmee voor die taak bestemde ziekenfondsen rechtspersoonlijkheid toekomt, ook al mochten er daaronder zijn in een vorm die op zichzelf nog geen rechtspersoonlijkheid

34. Van Zeben, p. 68. Overigens gaat een dergelijke redenering niet (meer) op met betrekking tot de grondwettelijke delegatieterminologie, zie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzelingen 1983 en 1987*, p. 25 e.v.

35. Van Zeben, p. 59, 65 en 66.

36. Wet van 17 nov. 1933, Stb. 598, gewijzigd bij Wet van 20 juni 1967, Stb. 396.

37. Rechtspersonen, Van Schilfgaarde, 1-5.

38. Rechtspersonen, Van Schilfgaarde, art. 3 aantekening 1.

39. Asser-Van der Grinten II, nr. 184.

meebrengt, dat te dezen de strekking van de wettelijke voorschriften beslissend is, en dus faalt de ter bestrijding van het middel aangevoerde stelling, dat het Nederlandse recht voor de aanvaarding van rechtspersoonlijkheid van een lichaam eist dat daaronder bij de wet met zoveel woorden rechtspersoonlijkheid is verleend".

Het beslissende criterium is dus dat uit de strekking van de wettelijke voorschriften rechtspersoonlijkheid volgt, hetgeen met name het geval is wanneer daaruit blijkt dat het lichaam slechts als zelfstandige drager van rechten en verplichtingen kan worden gedacht.

2.5 Dubbele wettelijke grondslag; categorieën van publiekrechtelijke rechtspersonen

Na de bespreking van lid 1 en lid 2 van art. 1 Boek 2 BW moge duidelijk zijn dat publiekrechtelijke rechtspersonen steeds moeten berusten op de formele wet of op delegatie van de formele wet.

Sinds de invoering van Boek 2 BW in 1976 is art. 1 te beschouwen als de algemene wettelijke basis voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Op basis van art. 1 Boek 2 BW kan men twee categorieën publiekrechtelijke rechtspersonen onderscheiden. De eerste categorie omvat de lichamen die rechtstreeks krachtens lid 1 rechtspersoonlijkheid bezitten; dat zijn de overheidsverbanden in staatsrechtelijke zin met verordenende bevoegdheid.

De tweede categorie omvat de lichamen waarvan uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt, dat zij rechtspersoonlijkheid bezitten (lid 2).

De vraag is hoe de positie van art. 1 Boek 2 BW gezien moet worden tegen het licht van de specifieke wettelijke toekenningen van rechtspersoonlijkheid. Moet art. 1 Boek 2 BW beschouwd worden als een overlapping en dus overbodig, of neemt art. 1 toch een zelfstandige plaats in?

Deze vraag speelt met name bij de toepassing van lid 1, omdat lid 1 rechtstreeks de wettelijke grondslag voor de rechtspersoonlijkheid van lichamen met verordenende bevoegdheid bevat.

Van Schilfgaarde acht lid 1 overbodig in de gevallen waarin de instellingswetten van lichamen reeds rechtspersoonlijkheid toekennen.⁴⁰ Hij noemt bijvoorbeeld de SER, de Nederlandse Orde van Advocaten en de orde 'Nederlands Instituut van Registeraccountants' waaraan de wet rechtspersoonlijkheid heeft verleend in respectievelijk art. 1 lid 3 WBO, art. 17 lid 3 Advocatenwet en art. 1 lid 2 Wet op de Registeraccountants. Volgens Van Schilfgaarde hebben deze lichamen verordenende bevoegdheid krachtens art. 160 Gw (oud, vergelijk art. 134 Gw), maar hij acht voor de vraag of deze lichamen

40. Rechtspersonen, Van Schilfgaarde, 1-4.

rechtspersonen zijn dit criterium niet van belang, omdat de instellingswetten al rechtspersoonlijkheid verlenen aan deze lichamen. Eenzelfde redenering wordt gebruikt bij het openbaar lichaam Rijnmond (inmiddels opgeheven), dat volgens Van Schilfgaarde verordenende bevoegdheid heeft (had) krachtens 162 Grondwet (oud, vergelijk art. 134 Gw).

Het is soms dubieus of aan een instelling als bijvoorbeeld de SER of destijds het openbaar lichaam Rijnmond verordenende bevoegdheid is verleend krachtens de Grondwet. Ten aanzien van de SER bijvoorbeeld kan men zich afvragen of deze wel als een lichaam in grondwettelijke zin kan worden beschouwd. In de eerste plaats is de hiervoor noodzakelijke verbandsgedachte welke de Raad zou binden met een kring van personen tezamen het bedrijfsleven vormende, slechts moeizaam te construeren.⁴¹

Vervolgens is de bevoegdheid tot het uitvaardigen van extern werkende regels niet duidelijk. Het is onzeker of het kunnen bepalen van heffingen voldoende is, om verordenende bevoegdheid aan te nemen, vergelijk art. 55 WBO. Het betreft hier de bevoegdheid om het aantal opcenten vast te stellen op bedragen die krachtens de Handelsregisterwet zijn verschuldigd en om bijdragen van de "schappen" vast te stellen, een en ander onder goedkeuring van de Kroon. Andere verordenende bevoegdheid heeft de SER echter niet, afgezien van verordeningen die zich ter zake van begrotingsinrichting en financieel beheer kunnen richten tot de "schappen" (artt. 122 en 125 lid 1 WBO). Wel opent de wet in art. 32 lid 1 de mogelijkheid om - bij nadere wet - de Raad ook ten aanzien van andere onderwerpen verordenende bevoegdheid toe te kennen. Het is alleen dit artikel, dat correspondeert met art. 134 lid 2 Gw. De SER heeft wel uitvoerende bevoegdheden bijvoorbeeld krachtens de Wet Assurantiebemiddeling van 1953, de Vestigingwet bedrijven van 1954 en de Drank- en horecawet van 1964. Alleen krachtens eerstgenoemde wet kan de SER enige verordeningen maken. Deze verordeningen zijn echter geen verordeningen als bedoeld in het met art. 134 lid 2 Gw corresponderende art. 32 WBO, doch verordeningen in medebewind gegeven overeenkomstig art. 36 van deze wet. Het betreft dus geen autonome verordenende bevoegdheid krachtens de Grondwet. Of men de heffingsverordeningen en de verordeningen van de artt. 122 en 125 lid 1 WBO kan beschouwen als verordeningen steunende op een verordenende bevoegdheid, is dubieus. Al met al is het element van de verordenende bevoegdheid krachtens de Grondwet verleend niet duidelijk te constateren bij de SER. Dubieus is derhalve of de SER krachtens art. 1 lid 1 Boek 2 BW rechtspersoonlijkheid zou hebben, wanneer de Wet op de Bedrijfsorganisatie geen rechtspersoonlijkheid had toegekend.

Ook ten aanzien van de verordenende bevoegdheid van het inmiddels opgeheven openbaar lichaam Rijnmond kan men twijfels hebben. Zo kende het openbaar lichaam Rijnmond⁴² weliswaar een rechtstreeks gekozen raad, maar had deze raad verordenende be-

41. Zie Van Eijkern en Balkestein, De wet op de bedrijfsorganisatie, 2e druk, p. 249 en Prins, Handelingen NJV 1957, p. 11.

42. Ingesteld door de Wet van 5 nov. 1964, Stb. 427.

voegdheid in de zin van art. 162 Gw (oud)? De bevoegdheden op het terrein van ruimtelijke ordening (streekplan) en de bevoegdheid om richtlijnen te geven zijn zeker geen verordenende bevoegdheden. Alleen art. 38 kan in aanmerking komen: gemeentebesturen kunnen bepaalde belangen toevertrouwen aan de Rijnmondraad en in verband hiermee bevoegdheden van regeling en bestuur verlenen. De regering, die dit lichaam primair baseerde op art. 158 Gw (oud), meende dat men in art. 38 van deze wet "mede een toepassing van art. 162 zou kunnen zien". Als de beslissingsmacht omtrent het overgaan van zorg voor enig belang bij de Rijnmondraad zelf, in plaats van bij de gemeentebesturen, zou zijn aanvaard, zou van verordenende bevoegdheid in de zin van art. 162 (oud) gesproken kunnen worden. Alleen dan geschiedt de verlening potentieel door de wet. Dit was bijvoorbeeld wèl het geval bij de (eveneens opgeheven) Agglomeratie Eindhoven.⁴³

Ook bij openbare lichamen ingesteld op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen kan onduidelijk zijn of een bepaald lichaam wel verordenende bevoegdheid heeft. Soms is het zelfs duidelijk dat een dergelijk lichaam dat niet heeft.⁴⁴

Bij een strikte interpretatie van het criterium der verordenende bevoegdheid vallen niet alle genoemde lichamen onder 1 lid 1, zodat er van een dubbele wettelijke grondslag van rechtspersoonlijkheid niet gesproken kan worden. In dat geval berust de rechtspersoonlijkheid op de instellingswet. Neemt men echter het criterium van de verordenende bevoegdheid met een korreltje zout, dan is er inderdaad sprake van een dubbele wettelijke grondslag. Ik zou menen dat dan art. 1 lid 1 Boek 2 BW de specifieke wettelijke toekenning van rechtspersoonlijkheid overbodig gemaakt heeft, en niet andersom. De invoering van art. 1 lid 1 als algemene wettelijke basis voor publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid heeft de specifieke wettelijke toekenning van rechtspersoonlijkheid overbodig gemaakt voorzover een lichaam te brengen is onder de reikwijdte van lid 1. Maar wie niet terecht wil komen in een discussie over de materiële criteria van het begrip openbaar lichaam, neemt waarschijnlijk liever het zekere voor het onzekere.

Waarschijnlijk om genoemde afgrenzingsproblemen te voorkomen vindt men in de literatuur een andere verdeling in categorieën publiekrechtelijke rechtspersonen dan die van lid 1 en die van lid 2. Men kan namelijk ook kijken hoe de wetgever te werk is gegaan. Er zijn gevallen waarin de wetgever aan organisaties van een bepaalde structuur rechtspersoonlijkheid toekent, bijvoorbeeld de Kamers van Koophandel, Raden van Arbeid, bedrijfsverenigingen, rijksuniversiteiten en dergelijke. Men zou in dit verband kunnen spreken van categorale toekenning van rechtspersoonlijkheid. In andere gevallen kent de wetgever rechtspersoonlijkheid toe aan een bepaalde organisatie die dan gewoonlijk ook bij de wet wordt ingesteld. Men kan dan spreken van individuele toekenning van

43. Ingesteld door de Wet van 16 juni 1976, Stb. 344.

44. Vgl. ook Donner, (1974) a.w., p. 127.

rechtspersoonlijkheid.⁴⁵ Hieronder volgt een overzicht van publiekrechtelijke rechtspersonen. Hierbij is volledigheid niet gegarandeerd.

Categoriale rechtspersonen:

- de productschappen, hoofdbedrijfschappen en bedrijfschappen.
- de lichamen ingesteld bij een voorziening ter behartiging van gemeenschappelijke belangen van bedrijfslichamen als bedoeld in art. 110 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie.
- de Kamers van Koophandel en Fabrieken.
- de Nederlandse orde van advocaten en de orden van advocaten in de arrondissementen.
- de bureaus voor rechtshulp (voorheen van consultatie).
- de lichamen ingesteld in het kader van een gemeenschappelijke regeling als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen (havenschap, recreatieschap, en dergelijke).
- de raden van arbeid.
- de bedrijfsverenigingen, de Gemeenschappelijke Medische Dienst en het Gemeenschappelijk Administratiekantoor bedoeld in de Organisatiewet Sociale Verzekering (Wet van 12 juni 1952, Stb. 344).
- de rijksuniversiteiten, de technische universiteiten, de rijkslandbouwuniversiteit, de academische ziekenhuizen bij de rijksuniversiteiten, de interuniversitaire instituten.
- de organisatie van toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO) en de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek (NWO; voor 1 februari 1988 ZWO). Er bestaat echter ook een aantal ZWO-stichtingen die de privaatrechtelijke rechtsvorm hebben.
- de raden voor de kindbescherming.

Individuele rechtspersonen:

- het Nederlands instituut van registeraccountants.
- het Jachtfonds.
- het Havenschap Delfzijl en Havenschap Terneuzen (voorzover niet inmiddels geprivatiseerd en/of opgeheven).
- De Sociaal-Economische Raad.
- het Hoofdproductschap Akkerbouwproducten.
- de Sociale Verzekeringsbank.
- de Sociale Verzekeringsraad.
- het Praeventiefonds.
- het Algemeen Werkloosheidsfonds (AWF), het Algemeen Arbeidsongeschiktheidsfonds (AAF), het Arbeidsongeschiktheidsfonds (AOF).
- de Ziekenfondsraad.

45. Asser-Van der Grinten II, nr. 178.

- de Centrale Raad voor de Volksgezondheid.
- het Fonds Luchtverontreiniging.
- het Algemeen burgerlijk pensioenfonds en het Spoorwegpensioenfonds.
- Organisatie ter verbetering van de Binnenvisserij (OVB).
- Voedselvoorzienings in- en verkoopbureau.
- de Centrale Raad voor de Volksgezondheid en de Provinciale Gezondheidsraden.
- het Emigratiebestuur.
- de Nederlandse Bank NV.
- het Waarborgfonds Motorverkeer te 's-Gravenhage (wordt geprivatiseerd).
- het Schadefonds Geweldsmisdrijven.
- de Orde van Octrooigemachtigden.
- het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening.

Deze opsomming is grotendeels ontleend aan Asser-Van der Grinten II, nr. 178. Zie voor de onderscheiden instellingswetten en een beknopte omschrijving van de genoemde rechtspersonen aldaar.

Voor een totaaloverzicht van rechtspersonen rondom de centrale overheid verwijs ik naar een voorstudie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid betreffende organen en rechtspersonen rondom de centrale overheid uit 1983.⁴⁶

Dit rapport heeft een louter beschrijvend karakter, het is een soort almanak. Uit het rapport blijkt dat de overheid hoogst willekeurig te werk is gegaan bij het gebruik maken van de rechtspersoonsvorm voor de vervulling van overheidstaken.

Een kritische bezinning op de volgende vragen lijkt gewenst:

- Wanneer is het zinvol voor de vervulling van een bepaalde overheidstaak een rechtspersoon op te richten en vervolgens
- indien tot oprichting van een rechtspersoon wordt besloten, wanneer heeft dan de publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm de voorkeur en wanneer de privaatrechtelijke vorm van met name de stichting?

Het verdient aanbeveling dat hiervoor een centraal beleid wordt ontwikkeld, dat zo mogelijk door alle departementen wordt gevolgd. Uit het rapport blijkt bijvoorbeeld een excessief gebruik van de stichtingsvorm door het ministerie van Landbouw en Visserij terwijl overigens over de gehele lijn het aantal overheidsstichtingen beduidend groter is dan het aantal incidentele publiekrechtelijke rechtspersonen.

46. H.F. Munneke c.s., Organen en rechtspersonen rond de centrale overheid, voorstudie WRR nr. 35 (1983).

Ik meen dat voor het onderbrengen van overheidstaken in afzonderlijke rechtspersonen goede gronden aanwezig moeten zijn. Als zodanig kan bijvoorbeeld gelden de noodzaak dan wel dringende wenselijkheid van het beheren van een eigen vermogen.

Het gebruik van de publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm is in principe te prefereren boven die van de privaatrechtelijke stichting. Door de eis van een formeel-wettelijke grondslag bestaat ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen een meer directe mogelijkheid van democratische controle en politieke verantwoordelijkheid voor de besteding van gemeenschapsgelden en de vervulling van overheidstaken, dan ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen gerealiseerd kan worden. Ik ben het dan ook niet eens met de conclusie van Lubberdink⁴⁷ dat men uitvoering van overheidstaken uit het oogpunt van democratische controle en ministeriële verantwoordelijkheid even goed aan privaatrechtelijke rechtspersonen kan opdragen. Lubberdink toont weliswaar aan dat ten aanzien van de stichtingsvorm net zo veel invloed van de minister in de statuten kan worden vastgelegd als men wenselijk vindt. Overigens geeft hij aan dat dit ten aanzien van de nv al moeilijker ligt in verband met de zelfstandige positie die bestuurders van een nv krachtens het vennootschapsrecht hebben. Waar Lubberdink echter aan voorbijgaat, is het feit dat het parlement bij de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon direct is betrokken en actief kan meebeslissen over de organisatie en inrichting ervan, terwijl bij de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon in principe alleen de minister betrokken is. Het parlement kan van de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon zelfs geheel onkundig zijn en slechts via vermelding ervan op de begroting kennis nemen van diens bestaan (een en ander uiteraard voorzover de rechtspersoon niet valt in de categorie waarvoor art. 40 Compt. wet een machtigingswet voorschrijft).

Duidelijk moge zijn dat het uit een oogpunt van democratische controle wel degelijk wat uitmaakt of het parlement direct betrokken is bij de oprichting van de rechtspersoon, danwel alleen achteraf de minister ter verantwoording kan roepen en slechts voorzover hij bevoegdheden heeft ten aanzien van de rechtspersoon.

Uitzonderingen ten gunste van een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheidsvorm zoals de nv, bv of stichting dienen dan ook op specifieke op het doel van de rechtspersoon toegesneden motieven te berusten. Een voorbeeld van dit laatste is bijvoorbeeld de voorkeur voor de nv- of bv-vorm in verband met de wenselijk geachte concurrentiepositie van de rechtspersoon op de vrije markt.

Overigens dient bedacht te worden dat veel van de hier genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen worden beschouwd als administratieve organen in de zin van de Wet Arob en dat hun besluiten genomen ter uitvoering van hun taak kunnen worden beschouwd als beschikkingen in de zin van deze wet, waartegen beroep open staat bij de

47. H.G. Lubberdink, De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur, diss. 1982, p. 109-120. Door Konijnenbelt instemmend aangehaald in Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 6e druk, 1988, p. 153 en 160.

Afdeling rechtspraak. Dit uiteraard voor zover de wet geen andere rechtsgang heeft voorgeschreven.

In de volgende paragraaf komen de privaatrechtelijke rechtspersonen belast met een overheidstaak aan de orde. De vraag is of en wanneer zij, ondanks hun privaatrechtelijke verschijningsvorm, op bepaalde onderdelen toch ook door publiekrecht worden beheerst, bijvoorbeeld doordat zij gedeeltelijk ook als administratieve organen in de zin van de Wet Arob kunnen worden beschouwd.

2.6 Privaatrechtelijke rechtspersonen mede door publiekrecht beheerst

2.6.1 Inleiding

In het begin van dit hoofdstuk hebben wij de publiekrechtelijke rechtspersoon gedefinieerd als een lichaam waarvan organisatie en inrichting door het publiekrecht worden beheerst, de privaatrechtelijke rechtspersoon als een lichaam waarvan organisatie en inrichting door het privaatrecht worden beheerst. Het criterium voor het onderscheid in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen is derhalve gelegen in het rechtsregiem dat intern voor de rechtspersoon geldt. Het rechtsgevolg van deze onderscheidingen is het al of niet van toepassing zijn van de bepalingen van Boek 2 BW op de rechtspersoon. Met uitzondering van art. 4 is Boek 2 niet van toepassing op publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 1 lid 3). Vervolgens zijn we aan de hand van art. 1 Boek 2 BW gekomen tot een formulering van categorieën publiekrechtelijke rechtspersonen: de lichamen in grondwettelijke zin met verordenende bevoegdheid en de lichamen die een deel van de overheidstaak uitvoeren en waarvan de rechtspersoonlijkheid volgt uit het bij of krachtens de wet bepaalde.

Een vraag rijst echter nog ten aanzien van rechtspersonen die een rechtspersoonlijkheidsvorm van het privaatrecht hebben en aan wie tevens een deel van de overheidstaak is opgedragen. Bij de bespreking van het criterium van de overheidstaak in lid 2 is er op gewezen dat op rechtspersonen die civielrechtelijk nv, bv, vereniging of stichting zijn, de bepalingen van Boek 2 van toepassing zijn, of ze een overheidstaak hebben of niet. Dit is alleen anders wanneer de rechtspersoon, ondanks de civielrechtelijke benaming, naar structuur en inrichting toch door publiekrechtelijke voorschriften wordt beheerst. Het bekende voorbeeld is De Nederlandsche Bank NV.⁴⁸ De Bankwet 1948 bepaalt dat de Nederlandsche Bank een naamloze vennootschap is. Aan de Bank is echter een geheel eigen statuut gegeven, dat afwijkt van het statuut van de nv volgens Boek 2.

48. Zie R.J.H. Smits, *Rechtspersonen op het snijpunt van (internationaal) privaatrecht en publiekrecht*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 97, 1988, Deventer, p. 91 e.v.

Zo worden de directeuren van de Bank door de Kroon benoemd (art. 23) en wordt de winst aan de staat uitgekeerd (art. 36).

De Bank heeft sedert de naasting van de aandelen door de staat krachtens de Naastingswet van 23 april 1948, Stb. I 165 geen vennootschappelijk karakter meer. Het ware juist geweest, indien de wet het publiekrechtelijk karakter van de Nederlandsche Bank onomwonden had erkend en haar niet als nv had gekwalificeerd.

Te noemen zijn ook de bedrijfsverenigingen, het Gemeenschappelijk Administratiekantoor en de Gemeenschappelijke Medische Dienst, bedoeld in de Organisatiewet Sociale Verzekering. Zij zijn onderworpen aan een geheel eigen regiem. Sedert de invoering van Boek 2 impliceert echter erkenning van deze lichamen als zodanig dat zij hebben te gelden als een rechtspersoon in de zin van art. 1. Het zijn derhalve geen 'verenigingen'.⁴⁹

Tussen een zuiver privaatrechtelijke rechtspersoon enerzijds en een rechtspersoon waarvan als het ware alleen nog de benaming privaatrechtelijk is anderzijds, komen tal van varianten en gradaties van overheidsinvloed op privaatrechtelijke rechtspersonen voor.

Als voorbeeld van een milde vorm van overheidsinvloed valt te wijzen op de mogelijkheid van een afwijkende regeling waar het overheidsbelang in het geding is in art. 158 lid 12 respectievelijk art. 268 lid 12 Boek 2 BW. De statuten van een grote nv of bv kunnen bepalen dat een of meer commissarissen van overheidswege worden benoemd. Afwijkende regelingen voor structuur-nv's die een bepaalde band met de overheid hebben worden ook wel toegestaan op grond van art. 156 respectievelijk 266. In de hier genoemde gevallen is echter in beginsel de nv aan de gewone nv-bepalingen onderworpen.

Daarnaast komt het voor dat bij financiële steunverlening aan noodlijdende bedrijven door de minister van Economische Zaken aanstelling van een toezichthoudende regeringswaarnemer als voorwaarde wordt gesteld.⁵⁰

De Comptabiliteitswet 1976 biedt indirecte mogelijkheden tot overheidsinvloed op privaatrechtelijke rechtspersonen. Ik noemde al art. 40 dat voor (mede)oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de Staat, waarbij een geldelijke belang is gemoeid van meer dan f 100.000,--, machtiging bij of krachtens de wet eist. Voorts valt te wijzen op art. 80 Comptabiliteitswet dat verre gaande controlemogelijkheden biedt aan de Algemene Rekenkamer ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen, in het kapitaal waarvan de Staat voor ten minste de helft deelneemt.

49. Rechtspersonen, Van Schilfgaarde, 1-7.

50. Zie hierover H.J.M.N. Honée, De regeringswaarnemer en de vennootschappelijke organisatie, oratie, 1984.

2.7 Oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid

Directe invloed is mogelijk wanneer de overheid zelf of samen met particulieren privaatrechtelijke rechtspersonen opricht. Men moet bedenken dat publiekrechtelijke rechtspersonen in principe op gelijke voet als particulieren bevoegd zijn om privaatrechtelijke rechtspersonen op te richten of daaraan deel te nemen, zij het dat er meestal wel preventief toezicht is. Zie bijvoorbeeld art. 228 en 234 gemeentewet en art. 93 Provinciewet krachtens welke gedeputeerde staten respectievelijk de Kroon goedkeuring dienen te verlenen aan een besluit tot oprichting van of deelneming in een stichting of vennootschap; de goedkeuring "wordt niet verleend dan indien deze vorm van behartiging van het openbaar belang daarvoor bijzonder aangewezen moet worden geacht".

Op gemeentelijk niveau bijvoorbeeld zijn talloze stichtingen actief op het gebied van schooltandverzorging, woningbouw, sport, cultureel en maatschappelijk werk, onderwijs, bibliotheken, recreatie, enzovoorts. Gemeentelijke of provinciale gas-, water- en elektriciteitsbedrijven zijn vaak werkzaam in de vorm van een naamloze vennootschap. De gemeentelijke exploitatie van bijvoorbeeld kabeltelevisie geschiedt vaak door een besloten vennootschap.

Hierbij valt te bedenken dat behoudens de mogelijkheid van oprichting van een openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid krachtens de Wet gemeenschappelijke regelingen, de provincies en gemeenten geen andere keus hebben, indien zij een rechtspersoon willen oprichten dan een vorm van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Publiekrechtelijke rechtspersonen dienen immers altijd op de formele wet te berusten.

Indien nu de overheid ten behoeve van de vervulling van een bepaalde overheidstaak een privaatrechtelijke rechtspersoon opricht kan zij in de statuten op diverse punten zich verzekeren van een blijvende invloed. Te denken valt aan invloed op de benoeming en ontslag van bestuur en/of personeel van de rechtspersoon, zeggenschap over inrichting, beheer en voortbestaan, vormen van controle en financiële verantwoording en dergelijke.⁵¹

Stichtingen opgericht door de rijksoverheid zijn bijvoorbeeld de Stichting Beheer Landbouwgronden, die landbouwgronden opkoopt en weer uitgeeft door middel van beheersovereenkomsten, de Stichting Nehem (Nederlandse Herstructureringsmaatschappij) die aan de hand van opdrachten van de minister van Economische zaken of de door hem ingestelde structuurcommissie de structuur van het bedrijfsleven wil verbeteren in sociaal en economisch opzicht en de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor

51. Zie V.A.M. van der Burg, De statutaire kenmerken van een overheidsstichting, TvO 1977, p. 452 e.v.

de Landbouw, die onder meer financiële steun geeft bij het beëindigen van verouderde landbouwbedrijven. Steeds heeft de betrokken minister in deze gevallen invloed op de benoeming van de bestuursleden en de handelwijze van de stichtingsbesturen.⁵²

Ook worden naamloze vennootschappen van overheidswege opgericht om bepaalde overheidsstaken uit te oefenen of omdat hun activiteiten betrekking hebben op een algemeen belang. De aandelen zijn dan volledig of grotendeels in handen van publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij openbare nutsbedrijven, bij de NV Nederlandse Spoorwegen⁵³, de Postbank NV⁵⁴, en de PTT Nederland NV.⁵⁵ Bij deze nv's biedt de instellingswet in meer of mindere mate van het privaatrecht afwijkende publiekrechtelijke regels die de organisatie van de rechtspersoon beheersen.⁵⁶

Vennootschappen worden ook gebruikt voor samenwerking tussen overheid en particulieren; de aandelen zijn dan deels in handen van een publiekrechtelijke rechtspersoon, deels in particuliere handen. Voorbeelden zijn de KLM, Hoogovens, de Nederlandsche Middenstandsbank en de Nationale Investeringsbank.⁵⁷

De mate van overheidsinvloed op privaatrechtelijke rechtspersonen met overheidsstaken kan zeer verschillend zijn. Steeds zal dan per geval bekeken moeten worden hoeveel publiekrecht er in de privaatrechtelijke rechtsvorm verstopt zit. Met andere woorden in hoeverre kan een rechtspersoon die formeel nv, bv of stichting is, toch ten aanzien van bepaalde onderdelen materieel aan het publiekrecht onderworpen zijn.

Het personeel van een privaatrechtelijke rechtspersoon kan bijvoorbeeld onder de Ambtenarenwet⁵⁸ of de Algemene Burgerlijke Pensioenwet vallen. Zo beschouwde de Centrale Raad van Beroep het bestuur van de Stichting Onderwijs-adviesdienst te Amersfoort als administratief orgaan in de zin van art. 3 Ambtenarenwet.⁵⁹ Overigens had hier niet het bestuur van de stichting als administratief orgaan dienen te worden aangemerkt maar de rechtspersoon zelf, dus de stichting.

Ook kan het normale arbeidsrecht zoals neergelegd in het BW, in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen en in de Wet op de Loonvorming niet van toepassing zijn. Zo leert de Hoge Raad dat de term publiekrechtelijk lichaam in art. 2 BBA een eigen betekenis heeft. De strekking van deze bepaling in het BBA dat het besluit niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam,

52. Zie Lubberdink, diss. p. 109 e.v.

53. Zie de wet van 26 mei 1937, Stb. 520, tot reorganisatie van het spoorwegbedrijf.

54. Zie de Postbankwet, Stb. 1985, 510.

55. Zie de wet van 26 okt. 1988, houdende regels met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap PTT Nederland NV (Machtigingswet PTT Nederland NV) Stb. 1988, 521.

56. Zie over staatsdeelnemingen H.J. de Ru, Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen, diss. Utrecht 1981, *Ars Aequi Libri*.

57. Zie de vorige noot.

58. Zie A.H. van Zutphen, Het begrip openbare dienst in de Ambtenarenwet 1929, NTB 1988, p. 119 e.v.

59. 26 feb. 1987, NJ 298, m.nt. HH.

is volgens de Hoge Raad dat een arbeidsverhouding waarvan het kenmerkende is gelegen in de omstandigheid dat het ontslagbeleid volledig in handen van de overheid ligt, buiten het BBA gebracht wordt. Hiervan uitgaande neemt de Hoge Raad aan dat ook een stichting naar privaatrecht een publiekrechtelijk lichaam in de zin van het BBA kan zijn.⁶⁰

2.8 Toekennen van overheidstaken en -bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen

Behalve dat de overheid privaatrechtelijke rechtspersonen met de vervulling van overheidstaken kan belasten door deze zelf ten behoeve van dat doel op te richten, kan de overheid aan reeds bestaande privaatrechtelijke rechtspersonen bij algemeen verbindend voorschrift bepaalde taken en bijbehorende beschikkingsbevoegdheden opdragen. Het gaat hier dan bijvoorbeeld om de keuring van produkten, het afgeven van vergunningen, het vaststellen van tarieven en dergelijke. Zo hebben diverse stamboekverenigingen taken en bevoegdheden krachtens de Paardenwet. De botercontrole-stations, kaascontrole-stations en diverse andere controle-instellingen hebben taken en bevoegdheden krachtens de Landbouwwitvoerwet. Op basis van deze wet zijn ook nog te noemen de stichting Zuivel-Kwaliteitscontrole-Bureau (Z.K.B., aangewezen bij het Uitvoercontrolebesluit 1940 Boter) en de Stichting Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor Boomkwekerijgewassen (N.A.K.B., aangewezen bij het Uitvoercontrolebesluit 1947 Boomkwekerijproducten). De Landbouwkwaliteitswet⁶¹ bouwt op dit systeem voort door onder andere de mogelijkheid te openen privaatrechtelijke instellingen te belasten met keuringen, toezicht en dergelijke. Ook op basis van de Zaaizaad- en Plantgoedwet kunnen privaatrechtelijke keuringsinstellingen bevoegdheden hebben.

Behalve op het gebied van de landbouw vindt men beschikkingsbevoegdheid toegekend aan bijvoorbeeld bijzondere universiteiten (namelijk het afgeven van getuigschriften met effectus civilis, vergelijk art. 32 Wet wetenschappelijk onderwijs); aan als ziekenfonds toegelaten privaatrechtelijke instellingen (onder meer belast met de heffing van de premie, vergelijk art. 34 en 25 van de Ziekenfondswet); en aan het Centraal orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG), belast met de goedkeuring van ziekenhuistarieven (krachtens art. 2 en 3 Wet Ziekenhuistarieven).⁶²

60. Zie Hoge Raad 15 jan. 1971, NJ 305 ten aanzien van St. Catharinae Gasthuis en Hof 's-Gravenhage en 11 dec. 1980, NJ 1982, 106 ten aanzien van Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen.

61. Wet van 8 april 1971, Stb. 371.

62. Zie M. Scheltema, Zelfstandige Bestuursorganen, oratie Groningen 1974; en Rapport-ABAR Hfst. 2.2.4.; H.F. Munneke, Particulieren met openbaar gezag bekleed (I en II), TvO 1981, p. 58 e.v. en 86 e.v.; J.M.M. Polman, Zelfstandige bestuursorganen, actueel fenomeen in politiek en bestuur, Bestuur 1988, p. 203 e.v.

Een iets andere vorm heeft de wetgever gekozen in de Wet Giraal Effectenverkeer met betrekking tot het "centraal instituut". Volgens art. 1 is het centraal instituut een als zodanig door onze minister aangewezen rechtspersoon. Als centraal instituut is vervolgens aangewezen een daartoe opgerichte bv. De minister heeft de bevoegdheid om besluiten van het centraal instituut te vernietigen, waartegen dan beroep open staat bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State op grond van de Wet Arob.⁶³

Over het algemeen is bij de wettelijke toekenning van taken en bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen een zekere vorm van overheidsinvloed verzekerd, variërend van toezicht op en zeggenschap over de rechtspersoon tot het intrekken van de aanwijzing of erkenning van de privaatrechtelijke rechtspersoon door de minister die het aangaat. Op deze wijze blijft een zekere mate van politieke verantwoordelijkheid bestaan ten aanzien van het reilen en zeilen van deze privaatrechtelijke rechtspersonen.⁶⁴

2.9 Privaatrechtelijke rechtspersonen als administratief orgaan in de zin van de Wet Arob

Een belangrijk gevolg van de wettelijke toekenning van zekere beschikkingsbevoegdheden aan een privaatrechtelijke rechtspersoon is dat de rechtspersoon voorzover het de uitoefening van die bevoegdheden betreft, bekleed is met enig openbaar gezag en dus administratief orgaan in de zin van de Wet Arob is. Besluiten genomen in het kader van de uitoefening van de betreffende bevoegdheid zijn dan ook te beschouwen als beschikkingen waartegen krachtens de Wet Arob beroep open staat.

Uit het oogpunt van rechtsbescherming is het dus van belang te beslissen of het door art. 1 Wet Arob gestelde criterium of een persoon of college "met enig openbaar gezag binnen Nederland bekleed is" van toepassing is op diverse privaatrechtelijke rechtspersonen.

Is er een wettelijke bepaling aan te wijzen die aan een privaatrechtelijke rechtspersoon zekere bevoegdheden verleent, dan is hij administratief orgaan. Overigens dient wèl bedacht te worden dat het orgaanbegrip in staatsrechtelijke zin, evenals het hiervoor besproken begrip lichaam in staatsrechtelijke zin, op zich met rechtspersoonlijkheid *niets* te maken heeft.

De rechtspersoon is echter alleen administratief orgaan *voorzover* het de uitoefening van die bevoegdheden betreft. Tegen besluiten die daar geen betrekking op hebben, kan bij de Afdeling niet worden opgekomen. Vergelijk de uitspraak van de AR 15 jan. 1981, AB 1982, 39 betreffende de Nederlandsche Bank NV (weliswaar publiekrechtelijk

63. Rechtspersonen, van Schilfgaard 1-7.

64. Zie noot 47.

rechtspersoon, maar ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen ligt de zaak m.i. eender): "Ook al kan verweerster handelen als een administratief orgaan in de zin van lid 1 Wet Arob, in het onderhavige geval heeft verweerster geweigerd aan voormeld verzoek van appellanten te voldoen in haar hoedanigheid van uitgever van burgerrechtelijke promessen aan toonder".⁶⁵

Tot slot enige aandacht voor subsidiebevoegdheden in handen van privaatrechtelijke rechtspersonen, met name stichtingen. De Afdeling beschouwt een besluit van een administratief orgaan om al of niet een geldelijke bijdrage toe te kennen als een beschikking. In tegenstelling tot andere publiekrechtelijke bevoegdheden berusten subsidiebevoegdheden echter doorgaans niet op een specifieke wettelijke grondslag. Wel dient de subsidiebevoegdheid van de minister te berusten op een goedgekeurde begrotingspost. Het feit echter dat een bepaalde instelling of rechtspersoon die belast is met het verlenen van subsidies en dergelijke voorkomt op de begroting van een bepaald departement wil niet automatisch zeggen dat die organisatie nu ook wettelijke subsidiebevoegdheden bezit. Een stichting wier bevoegdheid niet te herleiden valt tot een formele wet zou best subsidiebevoegdheden kunnen bezitten en administratief orgaan in de zin van art. 1 Wet Arob kunnen zijn.⁶⁶

Het probleem is dan aan de hand waarvan men kan uitmaken of een dergelijke privaatrechtelijke stichting óók beschouwd kan worden als een administratief orgaan in de zin van art. 1 Wet Arob, zodat een besluit afkomstig van die stichting als een Arob-beschikking kan worden beschouwd.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak blijkt dat de Afdeling steeds zoveel mogelijk aansluiting zoekt bij een wettelijke grondslag. Zo werd de Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven aangemerkt als een administratief orgaan van de centrale overheid.⁶⁷ Bij de interpretatie van de term administratief orgaan in art. 1 lid 1 Wet Arob gaat de Afdeling uit van de taak die wordt verricht. Aangezien het toezicht op de totstandkoming van verantwoorde ziekenhuistarieven in de Wet Ziekenhuistarieven wordt bestempeld als een overheidstaak, is het met dit toezicht belaste COZ een administratief orgaan.

Van belang is dat de Afdeling de overheidstaak afleidt uit een wettelijke regeling. Het is nuttig deze uitspraak te stellen tegenover die van de Afdeling betreffende de Stichting Fonds voor de Letteren.⁶⁸ Het bestuur van dit fonds is naar het oordeel van de Afdeling geen administratief orgaan aangezien geen algemeen verbindend voorschrift is aan te wijzen, waaraan het hetzij indirect, hetzij direct enig openbaar gezag kan ontleen.

65. Zie F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking*, diss. Nijmegen 1987, p. 67.

66. Zie H.F. Munneke, a.w., p. 88.

67. AR 3 april 1979, AB 368 m.nt. FHvdB (thans COTG).

68. AR 7 april 1978, AB 474 m.nt. J.A. Borman.

De vraag rijst of het openbaar gezag in de zin van art. 1 lid 1, Wet Arob altijd aan een algemeen verbindend voorschrift moet zijn ontleend, zodat een directe of indirecte wettelijke grondslag moet kunnen worden aangewezen wil de persoon of het college, en dus de beschikking, voor de Wet Arob relevant zijn. Borman bepleit in zijn noot bij laatstgenoemde uitspraak om voor het aannemen van openbaar gezag niet alleen de wet als aanknopingspunt te nemen, maar om per geval naar de feitelijke positie van een stichting te kijken. Op deze manier zoekt hij aansluiting bij de werkelijkheid van de overheidspraktijk. Borman werpt de vraag op of de jurisprudentie van de Afdeling tevens recht doet aan het streven, om, uitgaande van een door de wetgever bedoelde ruime werking van de Wet Arob, constructies door te prikken die formeel wel buiten de sfeer van het publiekrecht liggen, of althans mengvormen zijn, maar materieel een bestuurlijk optreden dekken.

Men kan van de Afdeling niet zeggen dat zij zich door gebruik van de stichtingsfiguur laat suggereren dat niet de overheid maar een particulier aan het woord is. Men zie de uitspraak van 2 nov. 1977, AB 1978, 55 m.nt. In 't V. waarin het bestuur⁶⁹ van de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw impliciet als administratief orgaan werd aanvaard. De bevoegdheden van deze stichting steunden op de (pseudo-wettelijke) Beschikking Uitvoering EEG structuurrichtlijnen van de minister van Landbouw en Visserij.

De Afdeling oordeelde in haar uitspraak van 14 juni 1978, tB/S I, p. 31, de Taxametercentrale bv geen administratief orgaan omdat het verlenen van een machtiging ingevolge de Beschikking installatievoorschriften tachograaf (Stort. 11 maart 1974, nr. 49) geen publiekrechtelijke grondslag heeft, maar zijn grondslag vindt in "overwegingen van particulier bedrijfsbeleid van de desbetreffende importeur of fabrikant" .

De Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelings-samenwerking (NCO) werd wel een administratief orgaan geacht nu zij "uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken en....deze uitvoering....met overheids gelden wordt bekostigd", aldus de Afdeling rechtspraak 27 jan. 1983, tB/S V, 294 en al eerder de Vz.AR 19 maart 1981, AB 1982, 411.

Overigens merk ik op dat in mijn ogen geheel abusievelijk bij de uitspraak van de AR 29 september 1983, NJ 1984, 349, m.nt. I.C. van der Vlies in het kopje en in de noot gesproken wordt over de stichting ZWO die de Afdeling als administratief orgaan zou hebben aangemerkt. Dit moet een vergissing zijn. Uit de uitspraak blijkt dat het hier geen privaatrechtelijke stichting, maar de publiekrechtelijke rechtspersoon de Nederlandse organisatie voor zuiver-wetenschappelijk onderzoek betreft, waarvan de taak geregeld is in art. 2 Wet op het zuiver-wetenschappelijk onderzoek.

69. M.i. onjuist. Ook hier dient de rechtspersoon en niet het bestuur als administratief orgaan te worden aangemerkt.

Bij uitspraak van de Vz.AR 20 juli 1988, AB 554, werd de Stichting Tijdelijke Applicatie-opleiding tot Accountant-Administratieconsulent (STOAA) geen administratief orgaan in de zin van de Wet Arob beschouwd, omdat er geen algemeen verbindend voorschrift valt aan te wijzen waaraan de STOAA enig openbaar gezag kan ontleen. Vervolgens werd door de Voorzitter de taakuitoefening van de STOAA geen overheids-taak geacht, zodat ook uit dien hoofde geen sprake is van het met openbaar gezag bekleed zijn. Daarbij nam de Voorzitter in aanmerking dat de STOAA niet door de overheid is opgericht en dat de overheid volgens de statuten van de STOAA geen directe invloed heeft op de besluitvorming. Het feit dat de overheid wel een toezichthoudende taak heeft op de kwaliteit van het door STOAA gegeven onderwijs biedt geen aanknopingspunt om de STOAA als administratief orgaan aan te kunnen merken, aldus de Voorzitter.

Tot slot valt te wijzen op een recente uitspraak van de Vz.AR 12 okt. 1987, AB 1988, 448 m.nt. H.J. Simon, waarin de Voorzitter overwoog dat gelet op de aard, inhoud en omvang van de aan de Vereniging Centraal Bureau voor Taxi's als uitvloeisel van de Amsterdamse Taxiverordening toegevalen taken, het op zichzelf niet uitgesloten is dat aan de Vereniging in het kader van de door haar ter uitvoering van die taken genomen besluiten, de hoedanigheid van administratief orgaan in de zin van art. 2 lid 1 Wet Arob toekomt. De Voorzitter laat vervolgens uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat wanneer de Vereniging een besluit neemt ter uitvoering van een op haar rustende en tot een administratiefrechtelijk voorschrift te herleiden taak of bevoegdheid, dit als een beschikking dient te worden beschouwd.

De vraag is aan welke publiekrechtelijke eisen, wettelijke of eventueel andere, een stichting moet voldoen om als administratief orgaan te kunnen worden beschouwd. Borman bepleit in zijn eerder genoemde noot dat de Afdeling, bij ontbreken van een wettelijk voorschrift omtrent verlening van openbaar gezag, de feitelijke positie van een stichting zal moeten onderzoeken. Daarbij komen vragen aan de orde als: welke beslissingsmacht heeft de overheid binnen de stichting? In welke mate bepalen de door de overheid aan de stichting gestelde subsidievoorwaarden de beslissingsvrijheid bij het verdelen van het ontvangen overheidsgeld?

Een stichting echter die door particulieren is opgericht maar uitsluitend opereert met uit overheidssubsidie verkregen gelden, is m.i. om dit laatste nog geen administratief orgaan, ook niet wanneer haar activiteit als openbare aangelegenheid wordt beschouwd en juist daarom gesubsidieerd wordt.⁷⁰ Denk bijvoorbeeld aan een bijzondere universiteit als de KUN. Een stichting daarentegen die door de overheid wordt opgericht, en door haar financieel en anderzins volledig in de hand wordt gehouden, om te dienen als instrument voor het verrichten van een publieke taak zal tot het overheidsapparaat moeten worden gerekend. Tussen deze twee voorbeelden zal zich een scala van meng-

70. Vgl. ook Donner, a.w. (1974), p. 6.

vormen bevinden met een minder duidelijk karakter. De Afdeling rechtspraak zal volgens Borman ergens in deze reeks de scheiding tussen particuliere instelling en administratief orgaan moeten situeren; het onderzoek ad hoc zal haar zekerheid moeten verschaffen.

Naar mijn mening is de opvatting van Borman uit het oogpunt van rechtszekerheid bezwaarlijk. Onzekerheid ten aanzien van de competentie van de Afdeling rechtspraak en de burgerlijke rechter moet vermeden worden. Daartoe dienen bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvragen zoveel mogelijk aan de hand van formele criteria beantwoord te worden. De Afdeling heeft ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen met overheidstaken al een materieel criterium binnengelaten (de overheidstaak) maar dat nog enigszins in een formele jas verpakt door de eis dat aan de overheidstaak een algemeen verbindend voorschrift ten grondslag moet liggen. Aan die laatste eis dient m.i. onverkort te worden vastgehouden. Uit een wettelijk voorschrift dient te blijken dat de privaatrechtelijke rechtspersoon met een overheidstaak is belast. De grens met de rechtspersonen zonder openbaar gezag is anders niet te trekken.

2.10 Materieelrechtelijke implicaties

In de vorige paragraaf is vastgesteld dat ook een privaatrechtelijke rechtspersoon belast met een bestuurstaak of -bevoegdheid, als administratief orgaan in de zin van de Wet Arob kan worden aangemerkt indien en voorzover een wettelijke grondslag voor de betreffende taak of bevoegdheid is aan te wijzen. Het gevolg hiervan is dat besluiten genomen ter uitvoering van die taak of bevoegdheid beschikkingen zijn, waartegen beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling rechtspraak en dat de Afdeling rechtspraak op grond van art. 8 Wet Arob deze beschikkingen kan vernietigen wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift, het verbod van détournement de pouvoir of willekeur of wegens strijd met een ander beginsel van behoorlijk bestuur.

Dit alles is natuurlijk mooi en prachtig, maar de lezer zal zich wellicht afvragen wat dit te maken heeft met de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Welnu, ik meen dat het zijn van administratief orgaan, van orgaan met enig openbaar gezag bekleed, de contractsvrijheid van de privaatrechtelijke rechtspersoon beperkt op vergelijkbare wijze als die van publiekrechtelijke rechtspersonen.

Indien namelijk een privaatrechtelijke rechtspersoon belast met een op de wet gebaseerde overheidstaak of bevoegdheid contracteert over de uitoefening van die bevoegdheid danwel een overeenkomst sluit ter behartiging van het belang waarvoor hij de betreffende taak of bevoegdheid heeft gekregen, wordt de rechtsgeldigheid van de betreffende overeenkomst mede door de toepasselijke regels van geschreven publiekrecht en door de ongeschreven regels, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, genormeerd.

De wettelijke taak- of bevoegdheidsomschrijving alsmede de algemene beginselen zijn met andere woorden van toepassing indien en voorzover de rechtspersoon contracteert ten aanzien van haar overheidstaak of bevoegdheid. In zoverre verschilt dus de contractsvrijheid van een privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens administratief orgaan is in de zin van de Wet Arob, van die van een privaatrechtelijke persoon die dat niet is.

PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT

3.1 Publiek- en privaatrecht; onderscheid en onderlinge verhouding

De vraag naar de contractsvrijheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder wanneer zij contracteren over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden of ter behartiging van bestuurstaken, voert ons naar het grensterrein van publiek- en privaatrecht. De vraag of tussen een publiekrechtelijke rechtspersoon en zijn wederpartij een geldige overeenkomst is tot stand gekomen, is in dat geval niet alleen afhankelijk van hetgeen naar burgerlijk recht voor de rechtsgeldigheid van een overeenkomst is vereist, maar mede ook van het publiekrecht. In dat recht zal men het antwoord moeten vinden op de voor de praktijk belangrijke en nog steeds omstreden vraag naar de grenzen die aan de ook voor de overheid in beginsel bestaande contractsvrijheid moeten worden gesteld.¹

Sinds het einde van de vorige eeuw heeft de wetenschap zich met het onderscheid tussen het publiek- en het privaatrecht beziggehouden en daaruit zijn verschillende leerstellige visies over de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht voortgekomen. Loeff², Hamaker³, Krabbe⁴, Kranenburg⁵, Van Praag⁶, F. G. Scheltema⁷, Paul Scholten⁸ en Wiarda⁹ zijn de auteurs die tot in de eerste helft van deze eeuw de discussie voerden.

Aanvankelijk (eind vorige eeuw, begin deze eeuw) zag men een scherpe tegenstelling tussen beide rechtsgebieden.¹⁰ Later kreeg men meer oog voor de wederzijdse beïnvloeding en doordringing van publiek- en privaatrecht. Dit verschijnsel wordt ook

1. G.J. Wiarda, De overheid als contractante, WPNR 5067, p. 24 en 25.

2. J.A. Loeff, Publiekrecht tegenover privaatrecht, Leiden, 1887.

3. H.J. Hamaker, De tegenstelling van publiek- en privaatrecht, KNAW, 1894. Ook opgenomen in zijn *Verspreide geschriften VII*, p. 134 e.v.

4. H. Krabbe, *Administratieve rechtspraak*, 1901 en *Die Lehre der Rechtssouveränität*, 1916.

5. R. Kranenburg, De tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling van de administratieve rechtspraak, diss. Leiden, 1909.

6. L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, 1923.

7. F.G. Scheltema, Het grensterrein van publiek- en privaatrecht, RMTh 1927, p. 233 e.v. alsmede in *Zaken buiten den handel*, WPNR nrs. 2533 en 2534.

8. P. Scholten, *Algemeen Deel* 1931, 2e druk 1954

9. G.J. Wiarda, *De wetenschap van het bestuursrecht en de spanning tussen gezag en gerechtigheid*, inaugurale rede, Utrecht, 1948.

10. Zie ook E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872)*, *Ars Aequi Libri* 1987.

wel aangeduid met de term "osmose".¹¹ Vandaag de dag wordt het onderscheid tussen beide rechtsgebieden niet als die van een principiële tegenstelling gezien. Veeleer beziet men het publiek- en het privaatrecht als twee verschillende, naast elkaar staande rechtsgebieden, compartimenten met een eigen begrippenapparaat en eigen geschreven en ongeschreven regels en normen, die elkaar over en weer beïnvloeden, verfijnen en nuanceren.

De vraag is wat de relevantie is van dergelijke beschouwingen. De vraag naar het onderscheid op zich betreft een zuiver theoretisch onderwerp: hoe kan men ten dienste van de wetenschappelijke systematiek in de rechtsstof de regels van objectief recht onderscheiden in regels van publiek- en privaatrecht. In beginsel is dit onderscheid vrij eenvoudig: het publiekrecht beheerst de verhoudingen tussen overheid en burger en die tussen overheidsinstanties onderling, privaatrechtelijk zijn alle andere regels.¹² Donner zegt hierover: "Wie die onderscheiding gaat toepassen, komt nog wel voor moeilijkheden te staan, maar deze staan toch in geen verhouding tot de problemen, waarin zich de wetenschap op dit punt heeft verstrikt".¹³ Volgens Donner is het vitium originis hierin gelegen, dat men de traditionele onderscheiding onder invloed van de Duitse literatuur van de 19e eeuw wilde rechtvaardigen en er de diepere zin van wilde opsporen, waardoor een onderscheiding van overwegend formele en praktische aard tot één van de kernproblemen van het recht werd opgevijseld. Men bracht er tal van oude problemen, zoals die van de verhouding tussen dwang en vrijheid, die tussen gelijkheid en ongelijkheid, die tussen algemeen en bijzonder belang en die tussen gerechtigheid en gezag mee in verband. Meermalen is zelfs gepoogd de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht met een of meer van die polariteiten te identificeren.¹⁴

De vraag naar de onderlinge verhouding van publiek- en privaatrecht betreft daarentegen een voor de praktijk veel belangrijker onderwerp: welke regel dient in een bepaalde verhouding te worden toegepast en dient die regel in het privaat- dan wel publiekrecht te worden gezocht. Het probleem waar volgens Donner de Nederlandse praktijk mee worstelt, is niet dat men de regels welke tot het ene, dan wel tot het andere complex behoren niet goed zou kunnen onderscheiden, noch ook dat men moeite zou hebben met de zin van het onderscheid, maar zij is hierin gelegen, dat niet met zekerheid te zeggen valt, welke regel op welke verhouding moet worden toegepast.¹⁵

11. G.A. van Poelje gebruikte deze term hiervoor al in 1959 in: *Osmose, een aantekening over het elkaar doordringen van de beginselen van openbaar bestuur en particulier beheer*, Alphen a/d Rijn.

12. Aldus G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss. 1939, p. 36 en Donner, a.w., (1974), p. 51.

13. Donner, a.w. (1974), p. 51.

14. Zie vorige noot.

15. Donner, a.w. (1974), p. 56.

De relevantie van de vraag naar de onderlinge verhouding is met name gelegen op het gebied van de rechtsbescherming.¹⁶ Het rechtsbeschermingsvraagstuk heeft op het punt van de verhouding publiek- en privaatrecht twee componenten:

- a) de formele, processuele kant van de zaak; dienen publiekrechtelijke geschillen en handelingen van de overheid die verricht worden of hun oorsprong vinden "in het publiek recht" door een aparte administratieve rechter te worden beoordeeld? Aan dit punt wordt in 3.2 enige aandacht besteed.
- b) de materiële kant van de zaak, de vraag naar het toepasselijke recht; welke regels van geschreven en ongeschreven recht zijn van toepassing op een bepaalde rechtsverhouding waarin de overheid tot de burger staat. Deze kwestie die de kernvraag is van deze studie voor wat betreft overeenkomsten, wordt in 3.3 aangesneden.

3.2 Verdeling van rechtsmacht

Het vraagstuk van de rechtsbescherming is in ons land nauw verstrengeld met vragen van rechtsmacht van de gewone en van de administratieve rechter.¹⁷

De invoering van de mogelijkheid van administratieve rechtspraak bij de grondwetsherziening van 1887 en het vervolgens tot ontwikkeling komen van administratieve rechtspraak in deze eeuw, heeft de noodzaak van een bevoegdheidsafbakening tussen burgerlijke rechter en administratieve rechter teweeggebracht en daardoor de discussie over de onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht enigszins verhevigd.¹⁸

De vraag naar de competentie van de burgerlijke rechter heeft lange tijd in het teken gestaan van de vraag of hij wel mocht oordelen over handelingen die hun oorsprong vonden in het publiekrecht (de zogenaamde leer van het fundamentum petendi).¹⁹

Bij het befaamde arrest Noordwijkerhout/Guldemonde²⁰ besliste de Hoge Raad dat niet het publiek- of privaatrechtelijk karakter van het geschil, maar het recht waarin eiser bescherming vraagt de bevoegdheid van de rechterlijke macht bepaalt. Door aanvaarding van deze zogenaamde objectum litis-leer wordt aan de rechtsmachttoedeling van art. 2 RO de meest ruime interpretatie gegeven; vraagt eiser om bescherming van een burgerlijk recht, dan is de rechter bevoegd, ongeacht het verweer van gedaagde en ongeacht of daarmee de werkelijk bestaande rechtsverhouding wordt weergegeven. Gezien de hui-

16. Zie A.Q.C. Tak, Drie magische lijnen?, bijzonder nummer AA (Osmose tussen publiek- en privaatrecht) mei 1987, p. 281 e.v.

17. Zie hierover A.J.H.W.M. Versteeg, Verdeling van rechtsmacht, diss., 1987, p. 37 e.v. en 73 e.v.; J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, Kluwer, 1968; M.C. Burkens, De plaats van de administratieve rechtspraak in het constitutionele bestel en de verhouding tot de rechtspraak van de gewone rechter, Algemeen Commentaar, hoofdstuk 3, Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen onder redactie van Ten Berge/Stroink, Samsom; Th.G.M. Simons, De rechterlijke bevoegdheid ingevolge art. 112 van de Grondwet, in de bundel Gegeven de Grondwet, 1988.

18. Donner, a.w., (1987), p. 62.

19. Dat de burgerlijke rechter ook al in het begin van de vorige eeuw zijn bevoegdheid ruim opvatte blijkt uit de invoering van het Conflictenstelsel in 1822 (Zie hierover Versteeg, diss., p. 20-22). Invoering hiervan zou immers overbodig zijn geweest als de rechter toen al niet gewoon was geschillen met de overheid te beslechten.

20. HR 31 dec. 1915, NJ 1916, p. 407.

dige reikwijdte van art. 1401 BW levert de bevoegdheid van de burgerlijke rechter dan ook niet snel een probleem op.²¹

Hiermee is in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en administratieve rechter het primaat van het privaatrecht gegeven. Immers, aan de hierboven ruim geformuleerde bevoegdheid van de burgerlijke rechter om kennis te nemen van een geschil en om dit vervolgens met behulp van het burgerlijk recht te beslissen (zonder daarbij de mogelijkheid van toepassing van publiekrecht uit te sluiten), wordt pas afbreuk gedaan als er een bijzondere rechtsgang openstaat en dan alleen nog via de constructie van niet-ontvankelijkheid.²²

Men kan met andere woorden de gemene rechtsleer, kort gezegd de opvatting dat het privaatrecht het gemene recht is en het publiekrecht het uitzonderingsrecht²³, terugvinden in de uitleg die de burgerlijke rechter aan zijn competentiebepaling heeft gegeven, mede gezien het feit dat de burgerlijke rechter het privaatrecht van toepassing heeft verklaard op geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan.²⁴ De gewone rechter treedt alleen terug als hij zich gezien de stellingen van de eiser bevoegd kan verklaren, voorzover de bijzondere voorziening openstaat of opengestaan heeft. Hij verklaart dan de eiser niet-ontvankelijk. Maar eventueel na afronding van de bijzondere rechtsgang en overigens terzake van alle aangelegenheden waarin de bijzondere instantie geen of onvoldoende rechtsbescherming kan bieden aan de justitiabele, ontvangt hij de eiser in zijn vordering.²⁵

Wel is het zo, dat de burgerlijke rechter geneigd zal zijn het rechtmatigheidsoordeel van de terzake bevoegde administratieve beroepsinstantie of administratieve rechter als een vrijwel onaantastbaar oordeel te beschouwen, zodat het "vangnet" bij de burgerlijke rechter dan wél bevoegdheid en ontvankelijkheid oplevert, maar verder doorgaans een afwijzing van de vordering tot gevolg heeft.²⁶

De wetgever heeft het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht weer enigszins geaccentueerd door de bepaling van art. 2 lid 2 sub b Wet Arob, inhoudende dat geen beschikking in de zin van de wet is een "rechtshandeling naar burgerlijk recht"²⁷ In dit verband let de Afdeling rechtspraak bij de bepaling van haar rechtsmacht op de aard - publiekrechtelijk of privaatrechtelijk - van het bestreden besluit en volgt daarbij de zogenaamde "keten-theorie", ook wel bekend als de "oplos-theorie", kort gezegd inhoudende, dat alle door publiekrechtelijke voorschriften beheerste voorbereidende of anderszins met een privaatrechtelijke overeenkomst samenhangende besluiten worden doorgeschoven naar de burgerlijke rechter.²⁸

21. Aan partijpolitieke afspraken werd geen recht in de zin van art. 2 RO ontleend, vgl. HR 26 maart 1971, AB 135 (Verkiezingsafpraak Elsloo). Echter wel volgens HR 18 nov. 1988, RvdW 197 (Arubaanse Statenleden).

22. Zie hierover uitvoerig Versteeg, diss., p. 33 en 73 e.v.

23. De gemene rechtsleer komt hieronder nog uitvoerig aan de orde.

24. Sinds HR 10 mei 1901, W. 7606 (Rotterdamse Huizen). Zie Versteeg, diss., p. 73 e.v.

25. Zie Versteeg, diss., p. 99 e.v.

26. Zie voor de hoofdregel en de uitzondering: HR 16 mei 1986 (Heesch/Van de Akker), NJ 723, m.nt. MS.

27. Vgl. ook art. 4 lid 2 sub a Wet ARBO.

28. Zie F.C.M.A. Michiels, De Arob-beschikking, diss., 1987, hoofdstuk 4.

Bedacht dient te worden dat, aangezien het besluit om te contracteren geen Arob-beschikking is, de weigering om zo'n besluit te nemen, dat ook niet is (art 3 Wet Arob). Opmerkelijk is dat de Arob-rechter rechtshandelingen naar burgerlijk recht wél als voor Arob-beroep vatbare beschikkingen ziet, wanneer zij werden verricht om ten nadele van een burger van de publiekrechtelijke weg af te zien en ook, als privaatrechtelijke bevoegdheden worden gebruikt om publiekrechtelijke aanspraken van een particulier te frustreren²⁹

Voor de bepaling van de vraag of in een concreet geval een beschikking of een rechtshandeling naar burgerlijk recht voorligt, zoekt de Afdeling aansluiting bij de bevoegdheidsgrondslag van het bestreden besluit, dat is doorgaans de regeling op grond waarvan het besluit is genomen. Is deze regeling als publiekrechtelijk aan te merken - en de Afdeling doet dat ook al is de bevoegdheidsverlening erg algemeen of twijfelachtig (publieke taakstelling!) te noemen - dan wordt het beschikkingskarakter aangenomen.

Hoewel er zich op dit terrein wel afgrenzingsproblemen voor kunnen doen³⁰, kan men alles bijeengenomen niet zeggen dat de Wet Arob een principiële verandering heeft gebracht in de bevoegdheid van de burgerlijke rechter kennis te nemen van geschillen tussen burger en overheid die privaatrechtelijke rechten en verplichtingen betreffen zoals hierboven omschreven. De bevoegdheid van de burgerlijke rechter wordt met andere woorden niet geraakt door de Wet Arob, de aanwezigheid van deze administratieve rechter speelt vooral een rol bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering.

3.3 Het toepasselijke materiele recht

Dient aan publiekrechtelijk handelen een andere toetsingsmaatstaf te worden aangelegd dan aan privaatrechtelijk optreden? Welke regels van geschreven en ongeschreven recht dienen op een bepaalde rechtsverhouding tussen overheid en burger te worden toegepast? Hoe spoort men de toepasselijke regels op, aan de hand waarvan bepaalt men of bepaalde rechtsregels van toepassing zijn?

In de literatuur zijn over deze kwestie diverse theorieën en varianten daarop ontwikkeld. Uitgebreide literatuuroverzichten op dit punt vindt men bij Donner³¹, Tak³², Lubach³³, de Jong³⁴.

Als men de literatuur ten aanzien van het punt van de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht beziet, kan men grofweg twee benaderingswijzen onderscheiden om te komen tot een antwoord op de vraag naar het toepasselijke recht. De ene benaderingswijze staat bekend als de gemene rechtsleer, de andere als de methode van de

29 Deze jurisprudentie komt in § 4.3.2.2 aan de orde bij de bespreking van de tweewegenleer.

30 Zie Donner, a.w. (1986), p. 271 e.v., J.A. Borman, preadvies NJV 1981, Administratief recht en rechtshandeling naar burgerlijk recht, Michiels, diss., hoofdstuk 4.

31 A.w. (1974), p. 51 e.v.

32 Overheidsbestuur en privaatrecht, Samson 1978, hfst. 2.

33 Beleidsvereenkomsten, diss., 1982, p. 74 e.v.

34 Gemeentelijke gronduitgifte, diss., 1984, p. 28 e.v.

aard der rechtsverhouding. Wat opvalt is dat men deze opvattingen vaak als lijnrecht tegenover elkaar staande zienswijzen voorstelt.

3.3.1 *De discussie over de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de literatuur*

De gemene rechtsleer en de methode van de aard der rechtsverhouding

De Nederlandse literatuur op het punt van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en hun onderlinge verhouding komt op gang naar aanleiding van het proefschrift van Loeff³⁵, dat als steen des aanstoots heeft gefungeerd voor de gehele latere literatuur. De opvatting van Loeff komt neer op een verhouding van ondergeschiktheid tussen staat en burger, geregeld in het publiekrecht, en een verhouding van gelijkheid, nevensgeschiktheid tussen de burgers onderling, geregeld in het privaatrecht. Loeff gaat uit van de leer der staatssovereiniteit; de staat handelt altijd publiekrechtelijk, zelfs wanneer het handelingen betreft die bij burgers onderling onder de regels van het privaatrecht zouden vallen. Vermogensrechtelijke handelingen van de overheid moeten dus als publiekrechtelijke handelingen worden beschouwd.³⁶ De opvattingen van Loeff hebben steeds felle bestrijding ondervonden.³⁷ Van meet af aan werd in Nederland aanvaard, dat de overheid subject van privaatrecht kan zijn, óók bij het uitoefenen van haar bestuurstaak.³⁸

In de literatuur die naar aanleiding van het extreme standpunt van Loeff op gang kwam, zijn ten aanzien van de onderlinge verhouding van publiek- en privaatrecht twee concepten ontwikkeld. In de eerste plaats treft men de opvatting aan, dat de verhouding tussen publiek- en privaatrecht als een tussen bijzonder en gemeen recht valt te kwalificeren. Deze opvatting, die bekend staat als de "gemene rechtsleer", beschouwt het privaatrecht als gemeen recht in die zin, dat het niet alleen de verhouding tussen burgers onderling betreft, maar in beginsel ook geldt voor de overheid, voor zover het privaatrecht zelf geen aanwijzing van het tegendeel bevat, het publiekrecht daaraan niet deroegeert of anderszins de toepassing van het privaatrecht niet met die van het publiekrecht onverenigbaar zou zijn. Deze zienswijze is, naar wordt aangenomen, het eerst door Hamaker³⁹ verwoord, later vooral door Scheltema⁴⁰ en Scholten⁴¹ naar voren gebracht,

35. Zie noot 2.

36. Zie voor een korte bespreking, Donner, a.w. (1974), p. 51.

37. Vooral van Krabbe (H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität, Beitrag zur Staatslehre*, Groningen, 1906). Krabbe's leer der rechtssovereiniteit behelst dat de overheid evenzeer als de burger aan het recht is onderworpen. De conclusie is dan, dat dit hetzelfde recht moet zijn, dat ook tussen burgers onderling geldt. Zie hierover Lubach, a.w. p. 82 en Donner, a.w. (1974), p. 52.

38. Vgl. H.J. Hamaker, *De tegenstelling van publiek- en privaatrecht*, KNAW, 1894, ook opgenomen in zijn *Verspreide Geschriften VII*, m.n. p. 134 e.v.

39. Zie de vorige noot.

40. F.G. Scheltema, *Het grensterrein van publiek- en privaatrecht*, RMTh 1927, p. 233 e.v.; WPNR nrs. 2533 en 2534.

41. P. Scholten, *Algemeen Deel 1931*, 2e druk 1954, p. 40.

maar het is met name Wiarda⁴² geweest die veel tot de verbreiding van deze leer heeft bijgedragen, waardoor deze gemeengoed is geworden in brede kring.

In de tweede plaats treft men in de literatuur de opvatting aan waarin de aard van de rechtsverhouding bepalend wordt geacht voor het op die rechtsverhouding toepasselijke recht. Aan deze opvatting is vooral de naam van Van Praag⁴³ verbonden. Van Praag gaat uit van een criterium dat de verschillende rechtsverhoudingen naar haar innerlijke waarde verdeelt in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsverhoudingen. In beginsel zijn naar zijn oordeel publiekrechtelijk die verhoudingen, waarin de overheid "als zodanig" staat, of, zoals hij het nader uitwerkt, verhoudingen voortspruitende uit rechtshandelingen, waarvan het object is de bestuurstaak van een publiekrechtelijke gemeenschap. Is dit het geval, dan ontstaat er een verhouding, waarin men enkel tegenover een publiekrechtelijk lichaam kan staan. Het onderscheidend criterium ter beantwoording van de vraag of een rechtsverhouding door publiek- dan wel privaatrecht wordt beheerst, is of de overheid als zodanig dan wel op gelijke voet met de particulier handelt, of het object van de overeenkomst al dan niet de bestuurstaak is. Als meer recente volgelingen van deze opvatting zijn te beschouwen Van der Hoeven en Lubach, waarover later meer.

Door de aanhangers van de gemene rechtsleer is deze opvatting steeds fel bekritiseerd. Scheltema heeft principiële bezwaren tegen het "als zodanig" criterium van Van Praag omdat de overheid altijd en overal als overheid optreedt, aangezien zij nu eenmaal niets anders dan overheid is.⁴⁴ De enige redelijke zin die men volgens Scheltema aan het begrip "als zodanig" kan toekennen, is dat men hiermee aangeeft dat in dergelijke gevallen het publiekrecht van toepassing is. Maar dan bevindt men zich in een vicieuze cirkel: voor de vraag of in een verhouding, waarin de overheid is betrokken, het publiekrecht van toepassing is, hanteert men het criterium of de overheid "als zodanig" optreedt; maar de overheid treedt als zodanig op, wanneer de verhouding door publiekrecht wordt beheerst!

Scheltema stelt dat het onjuist is om aan de hand van een bepaald criterium bepaalde rechtsverhoudingen als privaaf- of publiekrechtelijk te kwalificeren, om aldus uit te maken of op die rechtsverhouding regels van publiek- dan wel privaatrecht van toepassing zijn. Hij meent dat men niet moet uitgaan van het onderscheid in publiek- of privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, maar van het onderscheid tussen privaaf- en publiekrechtelijke regels van objectief recht. Een verhouding is dan privaatrechtelijk -en met andere woorden onderworpen aan de regels van het privaatrecht- wanneer het objectieve privaatrecht, min of meer uitdrukkelijk, die verhouding regelt; zij is publiekrechtelijk, wanneer het objectieve publiekrecht die verhouding beheerst.⁴⁵ Door interpretatie van regels van objectief recht dient vervolgens uitgemaakt te worden of op een bepaalde verhouding regels van publiek- dan wel privaatrecht van toepassing zijn. Als leidraad bij de interpretatie van het objectieve recht hanteert Scheltema dan in navolging van Schol-

42. G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, diss., 1939 en WPNR 5067 (1970), p. 24.

43. L. van Praag, *Op de grenzen van publiek- en privaatrecht*, 1923.

44. F.G. Scheltema, *RMTh* 1927, p. 237.

45. *Idem*, p. 238.

ten de gemene rechtsleer; de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht is die van het gemene recht ten opzichte van het bijzondere, aan het gemene recht derogerende recht.

Scheltema benadrukt dat deze leidraad een regel van positief recht is, geen rechtsdogma. Hij acht het dan ook niet onwaarschijnlijk dat de rechtsverhoudingen die op het grensterrein van publiek- en privaatrecht liggen door de wetgever, via een uitbouw van het publiekrecht, of door de rechter, wanneer de wetgever in gebreke zou blijven, in meer of mindere mate aan de werking van het gemene recht zullen worden onttrokken.⁴⁶

Wiarda sluit zich in zijn proefschrift zowel wat betreft de methode als wat betreft de zienswijze op de verhouding tussen regels van publiek- en privaatrecht bij Scholten en Scheltema aan.⁴⁷ Ook hij meent dat voor de vraag naar het op de rechtsverhouding toepasselijke recht moet worden uitgegaan van het objectieve recht en niet van de aard der rechtsverhouding: "Alleen een regel van objectief recht kan een verhouding tot een rechtsverhouding maken, dat wil zeggen aan feitelijke gedragingen rechtsgevolgen verbinden, waardoor het geheel van rechten en plichten ontstaat, dat wij rechtsverhouding noemen. Naar gelang die regel tot het publiek- of tot het privaatrecht behoort, kan van een publiek- of privaatrechtelijke verhouding worden gesproken. Is nog niet bekend door welke regel een bepaalde verhouding wordt beheerst, dan kan van een rechtsverhouding nog in het geheel niet worden gesproken en zeker niet van een publiek- of privaatrechtelijke verhouding".⁴⁸ Voor de vraag wanneer nu het privaatrecht dan wel publiekrecht op een bepaalde verhouding toepasselijk is, neemt Wiarda dezelfde richtsnoer als Scheltema en Scholten: rechtsverhoudingen waarbij de overheid betrokken is worden in principe door het privaatrecht beheerst, voor zover het publiekrecht daaraan niet in de weg staat. Ook Wiarda benadrukt dat er geen reden is om aan deze opvatting uit dogmatisch oogpunt een algemene gelding, onafhankelijk van tijd en plaats, toe te kennen.⁴⁹ De gelding van de gemene rechtsleer hangt af van de wijze waarop de rechtsontwikkeling ten aanzien van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht zich in een bepaald land en een bepaalde tijd heeft voltrokken. Wiarda noemt het Franse recht als voorbeeld van een rechtsstelsel, waarin publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verhoudingen onderscheiden naar de wijze waarop of de hoedanigheid waarin de overheid daarbij optreedt, scherp tegenover elkaar worden gesteld.⁵⁰ De beperking van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in geschillen, waarbij de overheid partij is (namelijk in die zin dat overheidshandelingen die tot de vervulling van de "service public" horen, in principe aan de rechtsmacht van de burgerlijke rechter zijn onttrokken) en de krachtige ontwikkeling van de rechtspraak van de administratieve rechter hebben tot deze ontwikkeling bijgedragen.⁵¹ In een dergelijk rechtsstelsel zou de methode van het "als zodanig"-criterium dienst kunnen doen. Vervolgens toont Wiarda aan de hand van

46. Idem, p. 240 en 265.

47. Wiarda, diss., p. 68.

48. Wiarda, diss., p. 42.

49. Wiarda, diss., p. 44.

50. Wiarda, diss., p. 48 e.v.

51. Zie uitvoerig over het Franse recht op dit punt Versteeg, diss., p. 129 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, Enkele aspecten van de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht in de Ve Franse Republiek, AA 1987, p. 291 e.v.

jurisprudentie aan, dat het tegenovergestelde systeem, waarin de overheid, onafhankelijk van de wijze waarop of de hoedanigheid waarin zij optreedt, aan het privaatrecht is onderworpen indien en voorzover het publiekrecht daaraan niet derogeert, in ons recht gestalte heeft gekregen.⁵² De opvattingen van Wiarda hebben grote invloed gehad op het denken over het overheidsovereenkomstenrecht. Jarenlang hebben vele schrijvers zich op zijn standpunt gesteld ten aanzien van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.⁵³

Donner neemt een genuanceerd standpunt in ten aanzien van de gemene rechtsleer.⁵⁴ Hij waarschuwt ervoor om van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht een volstrekte tegenstelling te maken. Het is niet juist te veronderstellen dat de regels van het publiekrecht per definitie een geheel andere inhoud zouden moeten hebben dan die van het privaatrecht. Er zijn gevallen waarin éénzelfde regel bestaat, onverschillig of men met een verhouding van particulieren onderling, dan wel met een, waarin de overheid partij is, heeft te doen. Omdat het burgerlijk recht technisch veel volmaakter en veel beter gecodificeerd is, zal men zulke gemeenschappelijke regels eerder vinden in het burgerlijk recht. Op deze wijze verklaart Donner de veel voorkomende onderscheiding tussen het burgerlijk recht als het gemene recht en het publiekrecht als uitzonderingsrecht. Hij wil op deze aanduiding wel iets afdingen: wanneer het publiekrecht uitzonderingsrecht zou zijn, dan behoorde het ook eng te worden geïnterpreteerd. Dit nu gebeurt niet altijd: bij analogie wordt dit uitzonderingsrecht ook wel toegepast op andere verhoudingen dan die, waarvoor het oorspronkelijk is gesteld; bepaalde zaken worden "uit den aard der zaak" aan het gemene recht onttrokken geacht. Een en ander acht Donner beter te rijmen met een constructie, welke de aan publiek- en privaatrecht gemene regel meestal in het burgerlijk recht beschreven vindt, dan met de stelling, die het burgerlijk recht tot het gemene recht maakt. Toch heeft de gemene rechtsleer volgens Donner voor Nederland een goede historische zin. Aangezien Nederland tot 1976 geen algemene administratieve rechtspraak kende, was de kwalificatie van rechtsverhoudingen als privaatrechtelijk uit het oogpunt van rechtsbescherming aantrekkelijk.

De laatste jaren is in de literatuur een tendens waar te nemen waarbij de gemene rechtsleer als uitgangspunt voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht wordt afgewezen en in feite wordt teruggегrepen op de methode van Van Praag, inhoudende dat uit de aard van de rechtsverhouding afgeleid kan worden of die verhouding door regels van publiek- dan wel privaatrecht wordt beheerst. Van der Hoeven bijvoorbeeld neemt in zijn bekende artikel in de bundel *Honderd jaar rechtsleven*⁵⁵ zijn uitgangspunt voor de toepassing van publiek- of privaatrecht in de rechtsverhouding. Het criterium moet vol-

52. Wiarda, diss., p. 56 e.v.

53. Lubach, diss., p. 84 vermeldt: De Goede, Geschriften VAR XXXV, p. 40, 1956; Droogleeve Fortuyn en Van der Linde, *Handelingen NJV 1965 I*, p. 142 en 228; J.L.H. Cluysenaar, *Publiekrechtelijke overeenkomsten*, RMTh 1942, p. 513 e.v.; Vegting, *Inleiding Nederlands administratief recht*, Deel I, p. 31.

54. Donner, a.w. (1974), p. 54 e.v.

55. J. van der Hoeven, *De magische lijn, Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht*, in: *Honderd jaar rechtsleven, feestbundel NJV 1970*.

gens hem niet langer worden gezocht in de plaats waar de wettelijke regeling is neergelegd (in of buiten het burgerlijk recht), in de vraag naar de rechtssubjecten die bij de handeling betrokken zijn (overheid of burger) of in de onderscheiding gemeen recht of bijzonder recht, maar in de vraag of de handeling waarom het gaat deel uitmaakt van een publieke taakvervulling. Bepalend is of rechtsverhoudingen die betrekking hebben op de regeling van publieke belangen, daarvan een speciale invloed ondergaan. De omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van publieke taakvervulling heeft dus gevolgen voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd. Tot "publieke taak" rekent Van der Hoeven vervolgens: "alles wat door de rechtsorde in het algemeen belang te verrichten wordt opgedragen".⁵⁶ Volgens Donner schieten we met dit criterium weinig op omdat het de rechtzoekenden, het bestuur net zo goed als de burger, in volstrekte onzekerheid laat ten aanzien van de rechtsregels en rechtsbeginselen die op hun betrekkingen van toepassing zijn. Het criterium is zó vaag, dat de justitiabelen in onzekerheid verkeren totdat de rechter, eventueel in drie instanties, uiteindelijk het verlossende woord heeft uitgesproken. Ondertussen heeft de hele onderscheiding dan wel haar voornaamste functie, namelijk de betrokkene een gang naar de rechter te besparen door uit zichzelf voldoende duidelijkheid te scheppen, verloren.⁵⁷ In de laatste druk van het Algemeen deel formuleert Donner het met iets meer berusting: "Het bezwaar tegen dit uitgaan van de rechtsbetrekking, zoals zij door de rechter wordt gewaardeerd, blijft dat dan de keuze van het toepasselijke recht (publiekrecht of privaatrecht) niet meer vooraf door de wet en evenmin door de betrokkenen geschiedt, maar (achteraf) plaatsvindt door de rechter. Doch dit bezwaar, zo kan men antwoorden, is aan de jurisprudentiële rechtsvorming inherent en wordt op andere dan dit terrein als een voordeel ondervonden (als men de juristen geloven mag)".⁵⁸

3.3.2 *De gemengde rechtsleer*

De grote verdienste van de opvatting van Van der Hoeven is geweest dat hij erop heeft gewezen dat de kernvraag is, in hoeverre het toepasselijke materiële recht invloed ondergaat van de omstandigheid dat in een bepaalde rechtsverhouding de overheid als behartiger van het algemeen belang optreedt, vergeleken met rechtsverhoudingen waarbij de behartiging van het algemeen belang niet speelt.

Daarbij is goed mogelijk dat algemene belangen spelen in rechtsverhoudingen die in de klassieke terminologie als privaatrechtelijk worden geduid. Hiermee heeft Van der Hoeven het belang van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht als twee gescheiden rechtsgebieden waarop verschillende complexen van rechtsregels zouden gelden, gerelativeerd (althans voor wat betreft de vraag naar het op rechtsverhoudingen toepasselijke recht en niet voor wat betreft de competentiekwestie).

Lubach heeft deze lijn doorgetrokken en er op gewezen dat het recht betrekking heeft op maatschappelijke verhoudingen en dat daarmee de rechtsverhouding een weerspie-

56. J. van der Hoeven, a.w., p. 217.

57. Donner, a.w. (1974), p. 59.

58. Donner, a.w. (1986), p. 63.

geling is van de onderliggende maatschappelijke verhouding.⁵⁹ Juist de omstandigheid dat maatschappelijke verhoudingen zich niet laten indelen in categorieën van publiek- of privaatrecht verklaart de wederzijdse doordringing van (in de klassieke terminologie) publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtssferen. Lubach wijst op de betekenis van privaatrechtelijke rechtsregels voor rechtsverhoudingen waarbij overheidsorganen zijn betrokken (bijvoorbeeld privatisering), maar ook van een toenemende invloed van publiekrechtelijke elementen in het privaatrecht, omdat maatschappelijke verhoudingen in de verzorgingsstaat karaktertrekken vertonen die voorheen kenmerkend waren voor het publiekrecht (bijvoorbeeld monopolievorming in het bedrijfsleven).⁶⁰

Lubach acht de ontwikkeling van de gemene rechtsleer naar de "gemengde" rechtsleer inmiddels vrijwel voltooid.⁶¹ Hij wijst op de wijd verspreide gedachte dat op rechtsverhoudingen op het grensgebied van privaatrecht een mengvorm van rechtsregels van privaatrecht c.q. publiekrechtelijke origine van toepassing is.⁶²

In de opvatting van Lubach e.a. heeft de gedachte van eenheid van het recht echter alleen betrekking op het ongeschreven recht. Er bestaat een aantal rechtsbeginselen die wegens hun algemene karakter in zowel privaatrecht als publiekrecht gelding hebben. Het gaat er dan om na te gaan hoe gezien de aard van de rechtsverhouding de algemene rechtsbeginselen moeten worden verbijzonderd tot toepasselijke rechtsregels, aldus Lubach.⁶³

Dat er een zekere vermenging van ongeschreven rechtsregels op het grensterrein van publiek- en privaatrecht optreedt, is in mijn ogen niet echt opzienbarend. Algemene rechtsbeginselen liggen ten grondslag aan het gehele positieve recht, worden door het positieve recht verondersteld. Inherent daaraan is m.i. dat concrete toepassingen van algemene rechtsbeginselen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht een zekere congruentie, osmose, vertonen vergeleken met toepassingen in uitgesproken privaatrechtelijke dan wel uitgesproken publiekrechtelijke verhoudingen.⁶⁴

Voor geschreven rechtsregels echter is het onderscheid tussen regels van publiekrecht en regels van privaatrecht veel scherper te trekken en zal er doorgaans ook minder ruimte zijn voor menging, osmose, van publiek- en privaatrecht dan bij ongeschreven rechtsregels. Die mogelijkheid is vaak wel aanwezig. Indien geschreven rechtsregels naar de wet verwijzen of naar regels van ongeschreven recht, doordat zij open normen bevatten of vage termen waarvan de inhoud slechts per concreet geval kan worden ingevuld (bijvoorbeeld openbare orde, goede zeden), is er ruimte voor menging van publiek- en privaatrecht. Maar ook waar geschreven rechtsregels discretionaire vrijheden en bevoegdheden formuleren, bestaat de mogelijkheid dat bij de beoordeling van een

59. Lubach, diss., 1982, p. 100.

60. Lubach, diss., p. 12.

61. Lubach, Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, preadv. VAR XCIV 1986, p. 14.

62. Met name Bloembergen heeft in dit verband de eenheid van het recht benadrukt in: De eenheid van privaatrecht en administratiefrecht, WPNR 5372-5375.

63. Lubach, diss., p. 101.

64. Zie J.A.E. van der Does, Overeenkomsten met de overheid, TPR, 1987, nr. 4, p. 1677 e.v.

concrete toepassing van de betreffende bevoegdheid mede met geschreven of ongeschreven rechtsregels van een ander compartiment wordt rekening gehouden. Een gemengde toepassing lijkt alleen dan uitgesloten, wanneer ofwel regels van publiekrecht ofwel regels van privaatrecht een bepaalde rechtsverhouding of een bepaald onderwerp uitputtend en in niet voor meerderlei uitleg vatbare bewoordingen regelen.

Als Lubach spreekt over de voltooiing van de ontwikkeling van de gemene rechtsleer naar de gemengde rechtsleer, dan bestaat de "bijmenging" in zijn opvatting louter uit de toepasselijkheid van algemene rechtsbeginselen uit het bestuursrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶⁵

Een volledige integratie, dat wil zeggen het eveneens van toepassing zijn van geschreven regels van publiekrecht op overheidsovereenkomsten, geeft in mijn ogen veel meer rechtsbescherming aan de burger en doet het meeste recht aan de gelijkwaardige positie die het publiek- en het privaatrecht ten opzichte van elkaar innemen.

De vraag of er behalve de ongeschreven regels, ook geschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn, hangt af van het onderwerp van de overeenkomst. Betreft het een onderwerp dat in het publiekrecht een regeling heeft gevonden, dan zijn die publiekrechtelijke regels in principe mede van toepassing bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Het moet daarbij wel gaan om regels die beschouwd kunnen worden als recht in de zin van art. 99 RO, wetten in materiële zin dus.⁶⁶

Op welke wijze men in concreto de toepasselijkheid van geschreven en ongeschreven regels van privaatrecht en publiekrecht in overeenstemming kan brengen met de huidige systematiek van het positieve recht, wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 4. Alvorens dat te doen zal ik eerst mijn eigen uitgangspunt formuleren ten aanzien van de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht.

3.3.3 Eigen standpunt: synthese van de gemene rechtsleer en de methode van de aard der rechtsverhouding

De discussie tussen de aanhangers van de gemene rechtsleer en die van de aard der rechtsverhouding overziende teneinde een eigen standpunt te bepalen, zie ik mij gesteld voor een niet te maken keuze, te vergelijken met de beroemde kip-of-ei-kwestie. Beide uitgangspunten zijn in mijn ogen namelijk juist:

- de gemene rechtsleer, omdat deze de positiefrechtelijke realiteit is (zie hieronder A).
- de methode van de aard der rechtsverhouding, omdat deze rekening houdt met de bijzondere positie die de overheid als behartiger van het algemeen belang als contractspartij inneemt en daarom de weg aangeeft naar het meest gewenste toepasselijke recht (zie hieronder B). Overigens steunt ook deze methode deels op het positieve recht.

65. Zie Lubach, diss., p. 157.

66. Vgl. HR 5 okt. 1849, W. 1058 (Bourbonarrest) en HR 23 nov. 1939, NJ 1940, 242 (Zutphense Zuiderhaven arrest) bezien tegen het licht van de klassieke 99 RO jurisprudentie: HR 10 juni 1919, NJ p. 647 (Rogge-arrest). Zie ook noot 22 van hoofdstuk 2 en § 4.2.1.

- vanuit het uitgangspunt van de aard der rechtsverhouding komt Lubach tot de gemengde rechtsleer. Op zich sta ik, dat is hiervoor al gebleken, een gemengde toepassing van zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke regels voor. Ik meen echter dat deze vanuit het uitgangspunt van de aard der rechtsverhouding alléén, te veel vaagheden en onzekerheden schept en te weinig kaders of mogelijkheden biedt voor nadere uitwerking en concretisering (zie hieronder C).

A. De gemene rechtsleer is positiefrechtelijke realiteit.

Overeenkomsten zijn in het BW geregeld. De wetgever heeft voor overeenkomsten met de overheid niet in algemene zin een aparte regeling getroffen.⁶⁷ Dit betekent dat de regels van het BW in beginsel en in eerste instantie van toepassing zijn op de overeenkomsten met de overheid, voorzover het burgerlijk recht zelf geen aanwijzing van het tegendeel bevat, het publiekrecht daaraan niet derogeert of anderszins de toepassing van het privaatrecht met die van het publiekrecht onverenigbaar zou zijn.⁶⁸ Er is eenvoudig niets anders!

De gemene rechtsleer is door de Hoge Raad sinds 1901 gehanteerd⁶⁹ en is nog steeds geldend recht.⁷⁰

Aanvaarding van de gemene rechtsleer betekent (in tegenstelling tot vroeger) naar mijn mening echter niet, dat *uitsluitend* privaatrecht op de rechtsverhouding van toepassing is en dat de overheidsovereenkomsten aan iedere publiekrechtelijke normering zijn onttrokken. Het komende gemene recht zegt dat zelfs expliciet in art. 3.1.1.15 NBW⁷¹: "Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht". M.i. dient dit ook al naar geldend recht te worden aangenomen krachtens ongeschreven recht. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de overheid bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden gebonden is aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁷² Aanvaarding van de toepasselijkheid van publiekrecht bij het toepassen van het privaatrecht neemt grotendeels de oude bezwaren tegen de gemene rechtsleer weg.

B. Aard der rechtsverhouding: overheid is behartiger van het algemeen belang.

67. Slechts in enkele specifieke gevallen heeft de wetgever voor de overheid een afwijkende regeling getroffen, zoals bijv. in de Spoorwegwet (vervoersplicht voor de NS krachtens art. 10 Algemeen Reglement Vervoer j^o art. 27 en 64 Spoorwegwet (S en J editie, nr. 32), en de Waterleidingwet (leveringsplicht van drinkwaterbedrijven aan de verbruikers, art. 4 Waterleidingwet).

68. G.J. Wiarda, De overheid als contractante, WPNR 5067 (1970), p. 24.

69. HR 10 mei 1901, W 7606 (Rotterdamse Huizen); HR 28 april 1961, NJ 433 (Gorsselse Bomen); HR 19 jan. 1962, NJ 151 m.nt. JHB (Huizen/de Staat); HR 19 febr. 1982, NJ 266 (art. 1915 lid 1 BW).

70. Vgl. vrij recent nog HR 10 april 1987, AB 336 (GCN/Nieuwegein). Zelfs Van der Hoeven meent dat de gemene rechtsleer nog als de heersende leer beschouwd kan worden (zie diens artikel Publiek- en privaatrecht in AA 1987, p. 279 (bijzonder nummer Osmose tussen publiek- en privaatrecht)).

71. Meer over dit artikel in hoofdstuk 4.

72. Vgl. HR 19 jan. 1962, NJ 151 (Huizen/de Staat) en HR 27 maart 1987, NJ 727, m.nt. MS (Amsterdam/Ikon) en HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS (Tolkenarrest). Vgl. ook de jurisprudentie genoemd onder B.

De methode van de aard der rechtsverhouding heeft als uitgangspunt de bijzondere positie van de overheid als contractspartij. Wat houdt die bijzondere positie in, wat maakt de aard van de rechtsverhouding waarbij de overheid partij is tot zo'n andere dan die tussen burgers? Kernpunt is m.i. dat de overheid geen eigen belang heeft, maar altijd gehouden is het algemeen belang te dienen. Deze verplichting vloeit voort uit de aard van het overheidsgezag. Buiten de behartiging van het algemeen belang heeft de overheid geen taak, ja zelfs geen bestaansrecht. Nu is in het publiekrecht de behartiging van het algemeen belang op specifieke en expliciete wijze aan overheidsorganen opgedragen. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn doorgaans gekoppeld aan (en beperkt tot) de behartiging van een bepaald publiek belang. De wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geven normen, toegespitst op de betreffende bevoegdheidsuitoefening.

In het privaatrecht is het anders. In principe mag eenieder binnen de grenzen van het recht zijn privaatrechtelijke bevoegdheden die voortvloeien uit contractsvrijheid en eigendom naar eigen goeddunken gebruiken. In tegenstelling tot het publiekrecht worden privaatrechtelijke bevoegdheden (in het algemeen) niet voor een bepaald doel toegekend en de wijze van uitoefening is (in het algemeen) niet gereguleerd. In beginsel geldt deze vrijheid ook voor de overheid die zich van het gemene recht bedient. In beginsel, want de overheid mag zich nooit ontdoen van haar verplichting te zorgen voor het vervullen van haar publieke taak in het algemeen belang.

De rechter heeft reeds lang erkend dat de zorg voor de behartiging van het algemeen belang de overheid een uitzonderingspositie geeft voor wat betreft de toepasselijkheid van de regels van het privaatrecht. Deze uitzonderingspositie kenmerkt zich doordat bijvoorbeeld:

- regels van privaatrecht buiten toepassing blijven (vergelijk bijvoorbeeld het arrest *Gorssele Bomen*⁷³ en *Huizen/de Staat*⁷⁴, *Landsmeer*⁷⁵, *Rijsenburgse Bos*⁷⁶, *Zevende Voorste Stroom*⁷⁷).
- privaatrechtelijke normen juist strenger worden gehanteerd (vergelijk het *Tolken-arrest*⁷⁸ en het *Smilde-arrest*⁷⁹).
- regels van publiekrecht worden toegepast, met name grondrechten (vergelijk het arrest *Turkse werknemster*⁸⁰ en *Antenneverbod Leeuwarden*⁸¹) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (bijvoorbeeld *Landsmeer*⁸², *Amsterdam/Ikon*⁸³ en verder nog

73. HR 28 april 1961, NJ 433 (*Gorssele Bomen*).

74. HR 19 jan. 1962, NJ 151 (*Huizen/de Staat*).

75. HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204 (*Landsmeerarresten*).

76. HR 17 maart 1967, NJ 213 (*Rijsenburgse Bos*).

77. HR 19 dec. 1952, NJ 1953, 642 (*Zevende Voorste Stroom*). Zie art. 6.3.1.5b NBW; dit artikel beperkt zich niet tot onrechtmatige gedragingen van de overheid.

78. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726, m.nt. MS (*Tolken-arrest*).

79. HR 25 april 1986, NJ 714, m.nt. G (*Van der Meer/Smilde*).

80. HR 30 maart 1984, AB 366 (*Turkse werknemster*).

81. Hof Leeuwarden 23 maart 1984, AB 336.

82. Zie noot 75.

83. HR 27 maart 1987, AB 273, m.nt. FHvdB; NJ 727, m.nt. MS (*Amsterdam/Ikon*).

Dienstplichtige de Boer⁸⁴, Stamboekvaarzen⁸⁵, Loosdrechts Botenhuis⁸⁶, diverse Woonruimtevoorderingsarresten⁸⁷, e.a.⁸⁸).

Het moge duidelijk zijn dat ook bij de vaststelling van de contractsvrijheid van de overheid het algemeen belang een rol speelt. De zorg voor het algemeen belang levert voor de overheid een bijzondere norm op; bijzonder in die zin dat deze norm niet speelt bij de vaststelling van de contractsvrijheid van particulieren.

Overigens speelt de norm van het algemeen belang niet bij alle categorieën van publiekrechtelijke rechtspersonen even sterk en ook niet even frequent. De verplichting om het algemeen belang te behartigen gaat gepaard met de overheidstaak van de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon. Nu varieert de inhoud van de overheidstaak van een bepaalde publiekrechtelijke rechtspersoon van heel ruim en algemeen tot meer beperkt en specifiek. Terwijl in het ene geval het algemeen belang vrijwel ten aanzien van alle onderwerpen waarover gecontracteerd kan worden een rol zal spelen, is in het andere geval het algemeen belang beperkt tot het gebied van de specifieke overheidstaak.

Wat betekent dit voor de diverse categorieën publiekrechtelijke rechtspersonen die we in het vorige hoofdstuk hebben besproken? Ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersonen van art. 1 lid 1 Boek 2 BW (de overheidsverbanden, de gevallen van grondwettelijke decentralisatie) moeten we op dit punt een onderscheid maken tussen de territoriaal gedecentraliseerde lichamen en de functioneel gedecentraliseerde lichamen, de zogenaamde "schappen". Eerstgenoemde lichamen, het Rijk, de provincies en de gemeenten hebben namelijk een algemene bestuurstaak ten aanzien van alle openbare belangen: art. 89 Provinciewet en art. 167 gemeentewet dragen aan Provinciale Staten respectievelijk de Raad de regeling en het bestuur van de huishouding van provincie en gemeente op. Het algemeen belang typeert, wanneer deze publiekrechtelijke rechtspersonen contracteren ter behartiging van openbare belangen, altijd de aard van de rechtsverhouding, zodat ook altijd publiekrecht mede van toepassing is bij de toepassing van privaatrecht.

Ten aanzien van de "schappen" krachtens de WBO is het algemeen belang dat de aard van de rechtsverhouding normeert, alleen dan aanwezig als deze rechtspersonen contracteren in het kader van hun meer specifieke publieke taakvervulling. Art. 71 WBO omschrijft in het algemeen de taak van de produkt-, de hoofdbedrijf- en de bedrijfsschappen als het bevorderen van een het belang van het Nederlandse volk dienende bedrijfsuitoefening door de ondernemingen, waarvoor zij zijn ingesteld, alsmede de behartiging van het gemeenschappelijk belang van die ondernemingen en van de daarbij

84. HR 15 nov. 1936, NJ 1937, 182 (Dienstplichtig Soldaat de Boer).

85. HR 20 dec. 1940, NJ 1941, 365 (Stamboekvaarzen).

86. HR 3 april 1947, NJ 381 (Loosdrechts Botenhuis).

87. HR 14 jan. 1949, NJ 557 en HR 25 febr. 1949, NJ 558 (resp. Zandvoortse en Doetinchemse Woonruimtevoordering) en HR 28 juni 1951, NJ 528 (Hilversumse Kleuterschool).

88. Zie voor de toetsing aan a.b.b.b. door de burgerlijke rechter: Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 6e druk, Culemborg 1988, p. 412 e.v.

betrokken personen. De onderscheiden instellingsbesluiten spitsen deze taakstelling verder toe op het specifieke voorzieningsgebied van een "schap".

Ook de waterschappen hebben een gerichte taakstelling, die zijn grenzen vindt in het begrip "waterschapsbelangen" van een bepaald gebied.

Ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersonen van het tweede lid van art. 1 Boek 2 BW valt het algemeen belang nog precieser aan te duiden. Ook hier correspondeert het algemeen belang met de specifieke overheidstaak die zij bij hun instellingswet of -besluit hebben gekregen, maar deze taak zal doorgaans (vooral ook bij de individuele rechtspersonen) beperkt van omvang zijn en strikter zijn omschreven. Indien zij ter uitvoering van hun specifieke overheidstaak aan het rechtsverkeer deelnemen door het aangaan van contracten, zal steeds in zoverre het betreffende publieke belang de aard van de rechtsverhouding mede bepalen. Het meest precies valt het algemeen belang tot een bepaald specifiek publiek belang te herleiden in geval de wet aan privaatrechtelijke rechtspersonen een overheidstaak toekent. In deze in 2.8 genoemde uitzonderlijke gevallen is de opgedragen taak en daarmee corresponderende bevoegdheid uiterst specieus en beperkt (verrichten van keuringen, contrôles en dergelijke), zodat deelneming aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer alleen dan iets bijzonders oplevert, wanneer zij uitgerend op het gebied van de hun opgedragen overheidstaak contracteren.

Met het bovenstaande heb ik willen aangeven dat de publieke taakvervulling vaak veel precieser is te omschrijven dan als "alles wat door de rechtsorde in het algemeen belang te verrichten wordt opgedragen" zoals Van der Hoeven⁸⁹ doet, zodat bijgevolg het algemeen belang dat de aard van de rechtsverhouding bepaalt ook navenant genormeerd is. Het is daarom m.i. noodzakelijk dat steeds als de overheid contracteert, nagegaan wordt of een en zo ja, wèlk algemeen belang door de overeenkomst geraakt wordt (dit hangt af van het onderwerp en inhoud van de overeenkomst), en om vervolgens te kijken welke regels van publiekrecht het betreffende belang normeren.

C. Ontwikkeling van een gemengde rechtsleer op basis van de gemene rechtsleer.

Op welke wijze leiden bovenstaande beschouwingen nu tot het antwoord op de vraag welk uitgangspunt men moet nemen om te komen tot toepasselijke rechtsregels die de contractsvrijheid van de overheid normeren?

Naar mijn mening ligt het meest voor de hand om op basis van de gemene rechtsleer tot een gemengde toepassing van rechtsregels te komen omdat daardoor zowel tegemoet gekomen wordt aan de huidige systematiek van het recht, als ook recht gedaan wordt aan de roep om rechtsbescherming als de overheid zich bedient van de overeenkomst ter vervulling van haar overheidstaken. "Bijmenging" van regels van publiekrecht treedt dan op steeds wanneer een algemeen belang door de overeenkomst geraakt wordt. In eerste instantie zijn dus de regels van het privaatrechtelijk contractenrecht van toepassing.

89. a.w., p. 217.

Nu bevat het verbintenissenrecht begrippen en normen die geen scherp omliggende inhoud hebben, zoals bijvoorbeeld de begrippen goede trouw (in NBW: redelijkheid en billijkheid) en ongeoorloofde oorzaak. Het NBW bevat zelfs in meerdere mate dan het oude "open normen". Aan deze begrippen zal de rechter steeds in een concreet geval inhoud geven. Het feit dat in principe privaatrecht van toepassing is op overeenkomsten gesloten tussen overheid en burger, neemt niet weg dat óók regels van publiekrecht een rol spelen in deze rechtsverhouding. De open privaatrechtelijke normen bieden hiervoor de ruimte. Men dient bij een overeenkomst tussen overheid en burger steeds na te gaan of en zo ja welke regels van publiekrecht op het onderwerp van de overeenkomst betrekking hebben. Vervolgens dient dan vastgesteld te worden welke betekenis de publiekrechtelijke regels kunnen hebben voor de concrete invulling van de privaatrechtelijke normen die de overeenkomst beheersen. Met name moet worden vastgesteld of een mogelijk afwijken of omzeilen van publiekrechtelijke regels door het sluiten van een contract, rechtsgevolgen heeft naar privaatrecht in die zin dat daardoor een op de overeenkomst toepasselijke privaatrechtelijke norm (bijvoorbeeld dat een overeenkomst niet in strijd met de wet, openbare orde en goede zeden mag zijn) geconcretiseerd wordt. In het kader van de toepassing van privaatrecht op een overeenkomst gesloten tussen overheid en burger kunnen dus naar mijn mening publiekrechtelijke regels betekenis hebben, omdat zij in een concrete rechtsverhouding kunnen dienen als invulling, concretisering van de open privaatrechtelijke normen.

De toepasselijkheid van bepaalde publiekrechtelijke regels hangt af van het onderwerp van de overeenkomst. Betreft het onderwerp van de overeenkomst de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (bijvoorbeeld de gemeente verbindt zich een procedure tot wijziging van het bestemmingsplan te starten), dan ligt het m.i. voor de hand dat bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van die overeenkomst, zowel de op de publiekrechtelijke bevoegdheid betrekking hebbende geschreven als ongeschreven regels van publiekrecht in de beoordeling moeten worden betrokken. Betreft het onderwerp van de overeenkomst louter een beleidskwestie waarvoor het publiekrecht geen geschreven regels bevat, dan is denkbaar dat alleen ongeschreven regels, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van toepassing zijn om recht te doen aan wat de aard van de rechtsverhouding vereist. Met andere woorden: naarmate het publieke belang, dat publiekrechtelijke rechtspersonen beogen te dienen door middel van het sluiten van een overeenkomst, meer of minder stringent door het publiekrecht is genormeerd, zal er een hiermee corresponderende doorwerking van de betreffende regels van publiekrecht plaatsvinden in de overigens door het privaatrecht beheerste rechtsverhouding.

Dit uitgangspunt, waarbij vanuit de gemene rechtsleer gekomen wordt tot een gemengde rechtstoepassing, zal in het volgende hoofdstuk worden uitgewerkt. Uitgaande van de toepasselijke privaatrechtelijke regels zal ingevuld worden, wanneer en op welke wijze tevens regels van publiekrecht in het privaatrechtelijke kader van de contractsvrijheid van toepassing zijn. Beoogd wordt om binnen de systematiek van het thans geldende recht tot een bevredigende oplossing te komen van de vraag aan welke rechtsregels de geldigheid van een door de overheid gesloten overeenkomst moet worden getoetst, gezien haar bijzondere positie als contractspartij.

HET TOEPASSELIJKE MATERIËLE RECHT

4.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk is afgesloten met het voor het vervolg te nemen uitgangspunt dat bij overeenkomsten tussen overheid en burger op basis van het gemene recht regels van gemengd publiek- en privaatrecht van toepassing kunnen zijn.

Men dient bij overeenkomsten tussen overheid en burger na te gaan of en zo ja, welke regels van publiekrecht op het onderwerp van de overeenkomst betrekking hebben en vervolgens dient men vast te stellen welke betekenis de betreffende publiekrechtelijke regels hebben voor de concrete invulling van de normen die de overeenkomst beheersen. Dit standpunt brengt met zich mee dat in eerste instantie uitgegaan moet worden van de regels van privaatrecht met betrekking tot de contractsvrijheid in het algemeen. In tweede instantie kan dan nagegaan worden op welke manier de normen betreffende de contractsvrijheid geconcretiseerd moeten worden aan de hand van publiekrechtelijke normen wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen gaan contracteren. Ik wil nu beginnen met het aangeven van de grenzen die het privaatrecht aan de contractsvrijheid van natuurlijke en rechtspersonen stelt.

4.2 De grenzen van de contractsvrijheid

4.2.1 *Strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde*

Het beginsel van de contractsvrijheid dat aan het contractenrecht ten grondslag ligt, wordt in de eerste plaats begrensd door de algemene beperking, dat overeenkomsten die een geoorloofde oorzaak ontberen, krachteloos zijn (art. 1371 BW). Een oorzaak is ongeoorloofd wanneer die bij de wet verboden is, of wanneer die strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde (art. 1373 BW).

In het NBW is het oorzaakvereiste komen te vervallen, een materiële wijziging heeft men hiermee echter niet beoogd.¹ De materie van de ongeoorloofde oorzaak heeft men in het NBW ondergebracht in art. 3.2.7. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is. Het tweede lid bepaalt dat een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsbepaling nietig is, maar indien de rechtshandeling meerzijdig is en de wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen, is de rechtshandeling slechts vernietigbaar, tenzij uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Het derde lid bepaalt tenslotte dat het tweede lid geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van een daarmee strijdige rechtshandeling aan te tasten.

Volgens de Memorie van Antwoord betekent de term "wetsbepaling" in art. 3.2.7 lid 2 wet in formele zin. Terwijl onder het huidige recht voor art. 1373 BW wordt aangenomen dat "wet" dezelfde betekenis heeft als in art. 99 RO (oud)², vallen onder het begrip wet in art. 3.2.7 lid 2 niet algemene maatregelen van bestuur, verordeningen van provincie, gemeente of waterschap of van andere openbare lichamen met verordenende bevoegdheid, tenzij de bevoegdheid tot het maken van een bepaling aan de lagere wetgever is gedelegeerd.³ Is van een zodanige delegatie geen sprake, dan sluit dit niet uit dat een overeenkomst die met een regeling van een lagere wetgever strijdt nietig is, maar dan op grond van art. 3.2.7 lid 1 (strijd met openbare orde of goede zeden). Onder "wet" in art. 3.2.7 lid 2 vallen dus niet de zelfstandige wettelijke regelingen, maar louter de regelingen die berusten op delegatie van de formele wet. Een mogelijke verklaring voor de hier gevolgde constructie is wellicht het codificatie-artikel, art. 107 lid 1 Grondwet. Uit de parlementaire behandeling van dit artikel bij de grondwetsherziening van 1983 blijkt dat autonome vaststelling van burgerlijk recht die niet op delegatie berust door gedecentraliseerde overheidsverbanden uitgesloten is.⁴ We hebben hier dus te maken met een enger materieel wetsbegrip dan dat van art. 99 RO. Aangenomen wordt dat dit stelsel is gekozen teneinde de nietigheid terug te dringen.⁵

Concluderend kan men zeggen dat zowel naar huidig als naar komend privaatrecht de inhoudelijke criteria ter beoordeling van de contractsvrijheid zijn: strijd met de wet en strijd met de openbare orde of goede zeden.

De wettelijke indeling kan men beschouwen als een richtsnoer bij de beoordeling van de geoorlooftheid van overeenkomsten. Indien een overeenkomst in strijd is met een positieve wetsbepaling, behoeft de rechter zich in de regel niet af te vragen, of zij bovendien

1. Zie C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, p. 190 e.v.

2. Zie Asser-Rutten II, 6e druk, p. 197; en Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 245.

3. Zie C.J. van Zeben, *boek 3*, a.w., p. 192 en *boek 5*, p. 27 e.v.

4. Zie Kortmann, a.w., p. 298.

5. Asser-Rutten-Hartkamp II, nrs. 245, 258 en 467.

nog in strijd zou zijn met een andere norm. Indien geen wetsbepaling zich over de geoorlooftheid uitlaat, kan strijd met de openbare orde dan wel met de goede zeden worden aangenomen naargelang een rechtsregel is geschonden waarbij het algemeen belang ten nauwste betrokken is, dan wel een welke vooral betrekking heeft op de zedelijke orde.⁶

In jurisprudentie en literatuur wordt slechts zelden onderscheid gemaakt tussen de beide begrippen. Het onderscheid tussen strijd met de goede zeden en strijd met de openbare orde heeft immers geen rechtsgevolg. Beide begrippen verwijzen naar het ongeschreven recht, ze zijn moeilijk te definiëren en het houvast dat de tekst van de wet kan bieden, ontbreekt hier. In zijn algemeenheid kan men zeggen dat het begrip goede zeden appelleert aan een ethische waardering. In grote lijnen bestaat er eenstemmigheid over de vraag wat behoorlijk en wat onbehoorlijk is, maar een definitie van wat behoort tot de goede zeden is moeilijk te geven.⁷ Het begrip openbare orde wordt vaak in een adem genoemd met de goede zeden. Hoewel beide begrippen elkaar deels overlappen (men kan verdedigen dat een overeenkomst die in strijd is met de openbare orde, óók in strijd is met de goede zeden), valt toch een zeker onderscheid aan te brengen. Onder openbare orde wordt verstaan het geheel van normen en beginselen, waarvan de inachtneming noodzakelijk is voor het instandhouden van de maatschappij. Een overeenkomst is strijdig met de openbare orde, indien zij in strijd komt met de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie.⁸

Voor wat betreft de beoordeling van de geoorlooftheid van het gebruik van de overeenkomst door de overheid is de categorie "strijd met de openbare orde" van bijzonder belang: overeenkomsten waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon zich verbindt tot een prestatie die in strijd is met zijn publiekrechtelijke plicht of die een belemmering vormen voor een goede vervulling van zijn publiekrechtelijke taak, kunnen onder omstandigheden, als zij al niet in strijd met de wet zijn, in strijd met de openbare orde worden geacht.

Naast de artt. 1371 en 1373 BW bevat ook art. 14 AB een algemene beperking van de contractsvrijheid: "Door gene handelingen of overeenkomsten, kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben hare kracht ontnomen worden". Deze bepaling is enerzijds ruimer dan art. 1371 (betreft namelijk alle rechtshandelingen), anderzijds enger (want beperkt tot wetten die op de openbare orde en goede zeden betrekking hebben; het ongeschreven recht valt er niet onder). Het is echter de vraag wat de juiste betekenis en strekking van dit artikel is.⁹

Opgemerkt dient te worden dat behalve met behulp van het oorzaakbegrip van de artt. 1371 en 1373 BW ook door directe toepassing van de wet op overeenkomsten de gren-

6. Asser-Rutten II, 6e druk, p. 196 en Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 245.

7. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 256 e.v. en de daar vermelde jurisprudentie.

8. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 272.

9. Zie hierover Asser-Van Goudoever, p. 345, Scholten, Algemeen Deel, p. 23 e.v.

zen van de contractsvrijheid gevonden kunnen worden. Door de geweldige toename van wetten, die rechtstreeks ingrijpen in civielrechtelijke verhoudingen, is de behoefte ontstaan aan méér differentiatie in civielrechtelijk optreden tegen ongeoorloofde overeenkomsten dan art. 1371 BW biedt.¹⁰ Soms regelt de wet welke het aangaan van bepaalde overeenkomsten verbiedt, uitdrukkelijk de civielrechtelijke gevolgen van overtreding, bijvoorbeeld door de in strijd met het verbod aangegane overeenkomst nietig te verklaren.¹¹ Het kan ook voorkomen dat een speciale wet uitdrukkelijk verklaart dat ondanks overtreding van het verbod de overeenkomst haar rechtskracht behoudt¹² dan wel een gewijzigde inhoud verkrijgt.¹³ In deze gevallen overtreedt men een wettelijk verbod reeds door het sluiten van de overeenkomst. Vroeger placht men de omweg van de ongeoorloofde oorzaak te bewandelen, echter deze is in het algemeen overbodig, omdat indien op een wettelijk verbod tot het sluiten van een overeenkomst geacht wordt de nietigheidssanctie te staan, de nietigheid direct uit de wet voortvloeit.¹⁴ Men kan dus eenvoudig de betreffende wetsbepaling direct toepassen, waarbij het onverschillig is of beide partijen zich ervan bewust waren dat het contract met de wetsbepaling strijdig was. Sinds het arrest Flora/Van der Kamp¹⁵ wordt dit vrij algemeen aangenomen. In genoemd arrest achtte de Hoge Raad een contract nietig buiten de artt. 1371 en 1373 BW om, op grond van de algemene regel dat "overtreding van een wettelijk voorschrift, waarbij het sluiten van een bepaalde overeenkomst wordt verboden, nietigheid meebrengt". Het uitgangspunt is dus nietigheid van rechtswege, maar uit de tekst of strekking van de wet kan volgen dat een minder zware sanctie voldoende wordt geacht.

4.2.2 Misbruik van omstandigheden

Wanneer de overeenkomst is totstandgekomen onder invloed van misbruik van omstandigheden, is de overeenkomst van rechtswege nietig wegens strijd met de goede zeden. Het betreft hier overeenkomsten waarbij de ene partij, gebruik makend van de omstandigheden waarin de andere partij verkeert, die andere partij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan verbonden nadelen niet, of niet op dezelfde voorwaarden, zou hebben gesloten.¹⁶ Bij gebreke van een ander wettelijk aanknopingspunt leidt de rechtspraak de nietigheid van de onder invloed van misbruik van omstandigheden gesloten

10. Zie hierover Petit, WPNR 3541; Van Brakel, WPNR 3481-3484; Houwing, WPNR 4067-4069; Geschriften van Houwing, Deventer 1972, p. 235 e.v.

11. Bijv. art. 30 van het Deviezenbesluit 1945; art. 42 der Geldschieterswet; art. 400, 2e lid, boek 1 BW en vele bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst.

12. Bijv. art. 352 boek 1 BW en art. 40 Wet op het Afbetalingsstelsel 1961.

13. Zo bepaalde art. 5 van het in 1951 vervallen Huurprijsbesluit 1940 dat, indien een hogere dan de toelaatbare huurprijs is bedongen, de toelaatbare geldt, welke bepaling eveneens voortspruit uit art. 2 Huurwet. Vgl. ook HR 15 mei 1959, NJ 539 m.nt. LEHR en art. 1637 r BW. De in noot 8, 9 en 10 genoemde voorbeelden zijn ontleend aan Asser-Rutten II, 6e druk, p. 200.

14. J. Drion in zijn noot bij de arresten Flora/Van der Kamp en Burgman/Aviolanda, in AA I, p. 29.

15. HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127, AA I, p. 29.

16. Vgl.: HR 29 mei 1964, NJ 104, m.nt. GJS, AA XIV, p. 235, m.nt. G (Van Elmbt/Feierabend) en HR 11 jan. 1957, NJ 1959, 37, m.nt. HB, AA VI, p. 181, m.nt. JHB. (Bovag II).

overeenkomsten af uit artt. 1371 en 1373 BW. Gevolg van deze constructie is dat de wegens misbruik van omstandigheden gesloten overeenkomsten van rechtswege nietig zijn wegens strijd met de goede zeden en dat derhalve ook de wederpartij daarop een beroep kan doen. Dit levert in de praktijk geen bezwaar op aangezien de wederpartij wel nimmer een beroep zal doen op de nietigheid van een voor hem voordelige transactie.

Het NBW regelt misbruik van omstandigheden als een wilsgebrek in art. 3.2.10, dat naast bedreiging en bedrog als grondslag voor de vernietigbaarheid van een rechtshandeling kan worden ingeroepen. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, aldus lid 4, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden. Aan deze bepaling ligt de gedachte ten grondslag dat wie overeenkomsten sluit met een ander een relatie aangaat, die meebrengt dat hij niet uitsluitend op eigen belang en voordeel mag letten, maar tevens tot op zekere hoogte rekening moet houden met de belangen en aanspraken van de wederpartij, met datgene wat de ander van hem mag verwachten. Onnodig te zeggen dat dit in het bijzonder van de met vergaande machtsmiddelen uitgeruste overheid verwacht en geeïst mag worden, ten opzichte van wie de burger vaak in een afhankelijkheidspositie verkeert. Voor de vernietigbaarheid is echter wél vereist dat de overheid misbruik maakt van de omstandigheden waarin de burger verkeert, dat wil zeggen dat het moet gaan om een onjuiste en laakbare gedraging, waarvan de overheid zich naar maatstaven van maatschappelijk behoren had moeten weerhouden.¹⁷

4.2.3 *Strijd met de redelijkheid en billijkheid*

Het beginsel dat partijen zich jegens elkaar moeten gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 1374 lid 3 BW en art. 6.1.1.2 lid 1 NBW), brengt mee dat, hoewel zij in principe strikt gebonden zijn aan hetgeen zij zijn overeengekomen (vgl. art. 1374 lid 1 BW), er zich niettemin zodanige omstandigheden kunnen voordoen dat een beroep op de overeenkomst niet kan worden gehonoreerd.¹⁸

Teneinde deze zogenaamde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten twijfel te stellen, bepaalt art. 6.5.3.1 lid 2 NBW dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vgl. ook art. 6.5.3.11 NBW inzake onvoorziene omstandigheden.

De zogenaamde derogerende werking van de goede trouw is in de jurisprudentie erkend met betrekking tot het beroep op exoneratieclausules.¹⁹ De formule van de Hoge

17. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 209 e.v.

18. Zie hierover Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 312 e.v.

19. Vgl. het arrest Saladin/HBU, HR 19 mei 1967, NJ 261 m.nt. GJS, AA 1967, p. 214 m.nt. PAS en vooral het Pseudo Vogelpest-arrest, HR 20 febr. 1976, NJ 486 m.nt. GJS, AA 1976, p. 476 m.nt. G.

Raad luidt, dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degene die bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen, ook indien deze onrechtmatig zouden zijn, heeft uitgesloten, een beroep op dat beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, waarna een aantal van deze omstandigheden bij wijze van voorbeeld wordt opgesomd, zoals de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen en de wijze waarop het beding is tot stand gekomen.

Uit deze overweging blijkt dat de vraag of met vrucht een beroep kan worden gedaan op een beding, een vraag is die de uitvoering van de overeenkomst betreft en niet ziet op de rechtsgeldigheid van het beding op zichzelf.²⁰ De geldigheid van het beding wordt juist verondersteld; het doen van een beroep op een beding wordt aan de goede trouw getoetst.

Door echter de mogelijkheid van de beperkende werking van de goede trouw aan te nemen bij omstandigheden die betrekking hebben op de aard en inhoud van de overeenkomst of de wijze van totstandkoming, komt men heel dicht bij de criteria die van toepassing zijn bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een beding of overeenkomst volgens art. 1371 en 1373 BW. Toch is dit laatste een principiële andere kwestie dan wanneer er een zich in een bepaalde situatie geldende omstandigheid voordoet die het oordeel rechtvaardigt, dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het is vooral Bloembergen geweest die gewezen heeft op de toepasbaarheid van de Saladin/HBU-formule op het overheidsovereenkomstenrecht²¹, met name op de mogelijkheid de betreffende omstandigheden, die een beroep op een beding niet mogelijk maken, op maat te snijden voor gevallen waarin de overheid als contractspartij optreedt. Spier wijst er overigens op dat Bloembergen het arrest ten onrechte in "oorzaakverband" plaatst, in plaats van in het kader van de goede trouw.²²

Hoewel dus strikt genomen het leerstuk van de beperkende werking van de goede trouw niet de inhoudelijke rechtsgeldigheid van bedingen of overeenkomsten betreft, zal het hier toch worden behandeld en zelfs een grote rol spelen om de volgende redenen.

In de eerste plaats bestaat er tussen beide leerstukken een onderlinge verwevenheid omdat aard en inhoud van de overeenkomst en wijze van totstandkoming bij beide leerstukken een rol kunnen spelen.

In de tweede plaats biedt de regel van art. 6.5.3.1 lid 2 NBW en de Saladin/HBU-formule dermate ruime toepassingsmogelijkheden (het aantal toepassingen is ook snel toegenomen²³), dat de beperkende werking van de goede trouw wel de facto be-

Zie hierover S.C.J.J. Kortmann, "Derden"-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. Nijmegen, 1977.

20. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 313 en de daar vermelde jurisprudentie.

21. Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw, p. 46 e.v.; Van Opstall-bundel, p. 33 en in *Quid iuris*, p. 80-81.

22. Spier, diss, p. 118.

23. Zie noot 20.

schouwd kan worden als een beperking van de contractsvrijheid. Anders gezegd, hoewel art 1374 lid 3 zich naar de letter alleen richtte tegen een onredelijke uitvoering van overeenkomsten, is het de laatste decennia in feite mede gebezigd om een beroep op naar hun inhoud onredelijke bedingen af te snijden.

Het meest duidelijk is dat gebleken, wanneer het gaat over een beding in algemene voorwaarden. Een beroep op een dergelijk beding is volgens de Hoge Raad alleen dan niet in strijd met de goede trouw, indien degene die zich erop beroept omstandigheden stelt en bewijst waaruit volgt dat het beding niet onevenredig bezwarend is.²⁴

Publiekrechtelijke rechtspersonen bedienen zich veelvuldig van algemene voorwaarden; men denke bijvoorbeeld aan de uitgifte van grond in eigendom of erfpacht door gemeenten.²⁵ In het NBW is een specifieke regeling over standaardvoorwaarden opgenomen waarbij voorzien is in een toetsing van de inhoud van een beding. De goede trouw constructie zal dan ten aanzien van bedingen in algemene voorwaarden niet meer nodig zijn.

Tot slot zij opgemerkt dat het uitleggen van een overeenkomst (het vaststellen van de betekenis van de door contractanten afgelegde verklaringen) mede geschiedt aan de hand van de redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6.5.3.1 lid 1 NBW).

4.2.4 Het Nieuw BW

4.2.4.1 Inleiding

Het Nieuw BW bevat diverse bepalingen die voor de overheid als contractspartij van bijzonder belang zijn. Het Nieuw BW is nog niet in werking getreden. Toch zijn enige hieronder geformuleerde regels van het NBW te beschouwen als geldend recht, namelijk krachtens ongeschreven recht. Het NBW codificeert deze ongeschreven rechtsregels. Dit geldt vooral voor de artt. 3.1.1.14 en 3.1.1.15 NBW

4.2.4.2 Afdeling 6.5.2A NBW: Algemene voorwaarden

Deze specifieke regeling over standaardvoorwaarden is in het NBW opgenomen ter bescherming van de wederpartij van een veelal sterke contractspartner, die soms onredelijke bezwarende bedingen in zijn standaardvoorwaarden opneemt, waarvan de wederpartij niet op de hoogte is.²⁶ Blijkens de Memorie van Toelichting is deze regeling ook op de overheid als contractspartner van toepassing.²⁷

Art. 2a van afdeling 6.5.2A verklaart een beding in algemene voorwaarden die deel uitmaken van een overeenkomst vernietigbaar, indien het, gelet op de aard en de overige

24. HR 25 april 1986, NJ 714, m.nt. G.(Van der Meer/Gem. Smilde). Dit arrest wordt in § 7.3.2 besproken.

25. Zie Droogleever Fortuijn, De overheid en de standaardcontracten, WPNR 5067.

26. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 342 e.v.

27. TK 1981, 16 983, nr. 3, p. 20.

inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van de partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij of indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Art. 3 van deze afdeling somt een reeks bedingen op die steeds onredelijk bezwarend zijn (de zogenaamde "zwarte" lijst), en daarom, los van de omstandigheden van het geval, steeds vernietigbaar. Art. 4 geeft een lijst van bedingen die, behoudens tegenbevijs, vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (de zogenaamde "grijze" lijst); deze bedingen zijn vernietigbaar afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Deze lijsten gelden echter alleen voor overeenkomsten met een natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kort gezegd met een consument.

De wederpartij kan de vraag of een beding in een door hem gesloten overeenkomst onredelijk bezwarend is, voorleggen aan de gewone rechter. Daarnaast zijn organisaties van ondernemers of consumenten bevoegd die vraag in abstracto voor te leggen aan het Gerechtshof te Den Haag, die het (verdere) gebruik van een onredelijk bezwarend beding kan verbieden (zie art. 6 t/m 9 van 6.5.2A).

Van de algemene voorwaarden is wél te onderscheiden de standaardregeling, geregeld in art. 6.5.1.2 NBW. Een standaardregeling bevat, anders dan bij algemene voorwaarden, bepalingen van aanvullend recht, die van rechtswege van toepassing zijn op de overeenkomsten waarvoor zij is bestemd te gelden.²⁸ Een standaardregeling is een wet in materiële zin in de zin van art. 99 RO, krachtens delegatie door de formele wetgever tot stand gebracht door een commissie, benoemd door de minister van Justitie, waarin belanghebbenden en onafhankelijke leden zijn vertegenwoordigd. Zij wordt van kracht nadat zij bij Koninklijk Besluit is goedgekeurd en in de Nederlandse Staatscourant is afgekondigd (zie art. 6.5.1.2 leden 2 en 3). Een dergelijke standaardregeling zou ook bij bepaalde overeenkomsten die door de overheid worden gesloten (exploitatie-, koop-, erfpachtovereenkomsten) kunnen worden totstandgebracht. Probleem is dat er van enige uniformering in standaardvoorschriften bij gronduitgifte vooralsnog geen sprake is. Wel is hierover onlangs een rapport verschenen vanwege de Stichting Instituut voor Bouwrecht.²⁹

4.2.4.3 Overige relevante bepalingen in het NBW

Art. 3.1.1.14 Misbruik van bevoegdheid

28. Zie hierover Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 376 en 377.

29. Harmonisatie van gronduitgifte-voorwaarden, Rapport van de Begeleidingscommissie juridisch-bestuurlijke knelpunten in de bouw, nr. 7 in de reeks Bouwrecht Monografieën onder auspiciën van de Stichting Instituut voor Bouwrecht.

Lid 1 van art. 3.1.1.14 luidt: Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen voorzover hij haar misbruikt.

Lid 2 bepaalt dat een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of ingeval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Het derde lid bepaalt tenslotte dat uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Herhaaldelijk wordt het niet te goeder trouw uitoefenen van contractuele rechten als misbruik van recht aangeduid. Echter binnen door de goede trouw beheerste verhoudingen is geen behoefte aan toepassing van dit leerstuk; voor de toepassing van art. 6.5.3.1 lid 2 is dit in het geheel niet nodig. Het verbod van rechtsmisbruik geldt juist ten aanzien van de uitoefening van een bevoegdheid buiten de door de goede trouw beheerste verhoudingen.

Wat betekent hier bevoegdheid? De term bevoegdheid in art. 3.1.1.14 dient ruim te worden opgevat: iedere aan het privaatrecht ontleende macht of bevoegdheid valt hieronder. Het betreft niet alleen subjectieve rechten als het eigendomsrecht of rechtsuitoefening krachtens wet of overeenkomst, maar ook privaatrechtelijke bevoegdheden die géén subjectieve rechten zijn. Bij dit laatste kan men denken aan de algemene bevoegdheid een aanbod te doen tot het aangaan van contractuele verbintenissen maar ook aan het weigeren een contract aan te gaan.³⁰

Art. 3.1.1.15 bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

De aanleiding voor deze bepaling is o.a. het arrest Schielands Hoge Zeedijk geweest.³¹ Meijers meende een dergelijke bepaling in de Inleidende Titel van zijn Ontwerp NBW te moeten opnemen, om een wettelijke grondslag te geven aan de mogelijkheid dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet alleen door wettelijke bepalingen maar ook door ongeschreven regels van publiekrecht kan worden beperkt.

Art. 3.1.1.15 is echter niet in de eerste plaats in de aandacht gekomen vanwege de volgens dit artikel op grond van het ongeschreven publiekrecht gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht. Het is vooral het brengen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder de reikwijdte van deze bepaling geweest, die de belangstelling voor dit artikel heeft gewekt. In zoverre sluit het voorontwerp Algemene wet bestuurs-

30. Zie P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Monografieën Nieuw BW deel A-4; p. 21 e.v.

31. HR 12 jan. 1923, NJ p. 307. Zie over art. 3.1.1.15 het artikel van H.J. Vetter, art. 3.1.1.15 NBW: nieuws onder de zon? AA 1987 p. 297 e.v.

recht hierop goed aan.³² Art. 3.1.1 tweede lid Awb houdt in dat de in hoofdstuk 3 AWB gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, voorzover de aard van die rechtshandelingen zich daartegen niet verzet. Met "andere handelingen dan besluiten" zijn mede privaatrechtelijke rechtshandelingen bedoeld. Besluit heeft in het Voorontwerp de betekenis van publiekrechtelijke rechtshandeling. Een andere handeling dan een besluit is daardoor of een privaatrechtelijke rechtshandeling of een feitelijke handeling. Overigens zijn die "andere handelingen" in dat geval niet afkomstig van bestuursorganen, maar van publiekrechtelijke rechtspersonen!³³

De regering stelde: "Inderdaad stelt dit artikel onder meer buiten twijfel dat de overheid ook bij de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur". In zoverre vormt het, zoals in de memorie van toelichting³⁴ reeds aangestipt, een kapstok voor de huidige rechtspraak op dit punt, die in dezelfde richting gaat.³⁵

In de Memorie van Antwoord wordt vervolgens naar een drietal arresten van de Hoge Raad³⁶ verwezen, waarin de ontwikkeling naar de gebondenheid van de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede de directe toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de burgerlijke rechter te zien zou zijn. Deze jurisprudentie zal verderop aan de orde komen.

De regering vermeldde in de Memorie van Toelichting dat art. 3.1.1.15 ook van belang is waar een privaatrechtelijke bevoegdheid zoals de uitoefening van het eigendomsrecht ten aanzien van onroerend goed, beperkingen ondervindt wegens de publiekrechtelijke bestemming van een belendend perceel.³⁷

Van belang is dat de beide memories ook aangeven wanneer art. 3.1.1.15 in ieder geval niet geldt:

- Het artikel geldt niet voor bevoegdheden die aan de overheid krachtens publiekrecht toekomen. Het spreekt echter vanzelf, aldus de Memorie van Antwoord, dat de overheid ook bij de uitoefening van zodanige bevoegdheden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden, hetgeen voor wat het burgerlijk recht betreft, met name van belang kan zijn voor de vraag of een onrechtmatige overheidsdaad is gepleegd. De rechtspraak op dit punt (de Memorie van Antwoord noemt als voorbeeld Hoge Raad 25 april 1980, NJ 1981, 416) blijkt onder het nieuw BW van belang, echter niet in verband met art. 3.1.1.15, maar omdat art. 6.3.1.1, dat een voortzetting vormt van het huidige art. 1401 BW, op dit punt geen wijziging brengt.

32. Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, eerste deel, Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, 's-Gravenhage 1987, p. 31-32 en 63-64.

33. Zie hoofdstuk 2.

34. MvT, TK 1981-1982, 17 496, nr. 3, p. 12.

35. MvA, TK 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 4.

36. HR 13 maart 1981, NJ 346 (Ockenburgh); HR 24 april 1981, NJ 1982, 84 (Strauss/Amsterdam); HR 23 nov. 1984, NJ 1985, 605 (Belastingontvanger).

37. De MvT noemt HR 28 april 1961, NJ 433 (Gorssele Bomen).

- Evenmin geldt het artikel voor de vraag in hoeverre de overheid terzake van een privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot de uitoefening van een haar toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid, met een beroep op onvoorziene omstandigheden jegens de wederpartij nakoming kan weigeren. In deze situatie geldt art. 6.5.3.11, de imprévisionbepaling. Bij de vraag of de overheid als contractant het artikel kan inroepen zullen eveneens algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol kunnen spelen, met name in het kader van wat de in art. 6.5.3.11 vermelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het gegeven geval meebrengen. Een geslaagd beroep van een publiekrechtelijke rechtspersoon op art. 6.5.3.11 ten aanzien van haar nakomingsverplichting sluit niet uit dat de overheid ter zake van deze niet-nakoming wél schadevergoeding wegens wanprestatie of krachtens een voorwaarde als bedoeld in art. 6.5.3.12 a lid 1 verschuldigd is. Ook naar huidig recht pleegt men aan te nemen dat in een situatie als hierboven bedoeld, weliswaar van de overheid geen nakoming gevorderd kan worden, maar in beginsel wel schadevergoeding wegens wanprestatie.³⁸
- Er zijn rechtsfiguren waarbij niet vaststaat of de betreffende bevoegdheid "iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt" en er zowel een publiekrechtelijke als privaatrechtelijke grondslag is, zonder dat men kan zeggen welke overheerst. Te denken valt aan de onverschuldigde betaling van een belastingsschuld³⁹ of aan verhaalsvorderingen als die van art. 116 Provinciewet.⁴⁰ Art. 15 sluit deze figuur niet uit en bevat daarvoor ook geen regel, aldus de Memorie van Toelichting. Ook zegt het niets over de invloed die het privaatrecht op het publiekrecht kan hebben en over andere invloeden van het publiekrecht op het privaatrecht dan beperking van privaatrechtelijke bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld de aansprakelijkheid die voor de overheid kan voortvloeien uit een onrechtmatige daad, bestaande in overtreding van een regel van publiekrecht⁴¹ en aan een publiekrechtelijke rechtsgrond voor een betaling die anders onverschuldigd zou zijn.⁴²
- De Memorie van Antwoord eindigt met de opmerking dat het artikel op alle geschreven en ongeschreven publiekrecht ziet, waardoor een privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid of van een particulier kan worden beperkt.

Art. 3.1.1.15 biedt als ruim geformuleerde grensbepaling tussen privaatrecht en publiekrecht een weids perspectief om het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid te begrenzen en te normeren. In de literatuur wordt art. 3.1.1.15 dan ook gretig aangegrepen om in het NBW de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te kunnen funderen, "de wens is hier de vader van de interpretatie geweest".⁴³ Ik denk

38. Zie hoofdstuk 5.8 in fine en G.J. Wiarda, WPNR 5067, p. 30.

39. HR 24 april 1957, NJ 523.

40. HR 17 maart 1978, NJ 562. Hetzelfde geldt voor de verhaalsvordering ex art. 152 Gem. wet.

41. HR 20 nov. 1924, NJ 1925, 89 (Osterman); HR 15 april 1977, NJ 400.

42. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 (Kruseman).

43. Aldus H.Ph.J.A.M. Hennekens; De Gemeentelijke wetgever en het privaatrecht, Regelmaat 1987, p. 170, die een dergelijke extensieve interpretatie op basis van de wetsgeschiedenis van dit artikel afwijst. Zie ook diens artikel in Bestuurswetenschappen, 1987, p. 231.

dat we hier niet rouwig om moeten zijn. Snijders (vice-president Hoge Raad en tevens regeringscommissaris voor het NBW) acht een restrictieve uitleg van art. 3.1.1.15 ongewenst. Hij wijst er op dat met "geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht" in art. 3.1.1.15 NBW alle geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht zijn bedoeld die op het tijdstip van inwerkingtreding van dat artikel bestaan of zich daarna nog zullen ontwikkelen. Dat pas in een laat stadium van de parlementaire behandeling van art. 3.1.1.15 NBW aandacht aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is besteed, is voor de uitleg van de bepaling zonder belang.⁴⁴ Snijders ziet het belang van art. 3.1.1.15, naast zijn "kapstok"-functie, vooral in het in dat artikel besloten liggende toevertrouwing aan de burgerlijke rechter van de verdere vorming van ongeschreven publiekrecht en wijst er op dat dit belang geïllustreerd wordt door de wisselwerking tussen de parlementaire geschiedenis van art. 3.1.1.15 NBW en de burgerlijke rechtspraak betreffende de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De verhouding tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke normen zoals bijvoorbeeld de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 NBW), het ongeschreven betamelijkheidsrecht (art. 6.3.1.1 lid 2 NBW) of de in art. 3.1.1.13 NBW vermelde "rechtsbeginselen" is eenvoudig; zij bepalen, waar zij van toepassing zijn, de inhoud van die eisen. Samenlooppunten zijn er niet. Met instemming citeer ik: "Wanneer men maatstaven als redelijkheid en billijkheid of betamelijkheid goed toepast, houdt men rekening met de aard van de rechtsverhouding waarom het gaat. Wanneer die aard mede wordt bepaald door de omstandigheid dat een der partijen de overheid is, dan zal men aldus - als het goed is - tot hetzelfde resultaat komen als met in diezelfde situatie voor toepassing in aanmerking komende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij doet het er niet toe of men deze ziet als een verbijzondering van de algemene privaatrechtelijke maatstaf met het oog op overheidshandelen dan wel als bijzondere publiekrechtelijke regels die als subnorm in de algemene privaatrechtelijke maatstaf moeten worden ingepast. En als men niet tot hetzelfde resultaat komt, dan moet men dat als een boodschap opvatten dat men de betreffende normen dichter bij elkaar moet zien te brengen. Het betekent immers dat de afweging van de betrokken belangen tot dan toe bij de toepassing van tenninste één van deze normen niet juist geweest is. Alles komt dus inderdaad aan op het praktische resultaat".⁴⁵

Na deze beknopte beschouwingen over de privaatrechtelijke grenzen van de contractsvrijheid in het algemeen, zal ik in de volgende paragrafen ingaan op de tweewegenleer en op de in literatuur en rechtspraak levende opvattingen ten aanzien van de geoorlooftheid van overeenkomsten die publiekrechtelijke rechtspersonen sluiten. Vervolgens zal getracht worden aan te geven wanneer en op welke wijze de ongeschreven en geschreven regels van publiekrecht betekenis kunnen hebben als een verbijzondering van de

44. W. Snijders, Art. 3.1.1.15 NBW en de schakelbepalingen nader bezien, in Bestuursrecht en Nieuw BW, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, p. 49 e.v.

45. W. Snijders, a.w., p. 57.

toepasselijke privaatrechtelijke normen gezien de aard van de rechtsverhouding waarin de overheid als contractspartij tot de burger staat.

4.3 De keuzevrijheid tussen de privaot- en publiekrechtelijke weg

4.3.1 Inleiding

De vraag of en wanneer de overheid de privaatrechtelijke overeenkomst en in het algemeen privaatrechtelijke rechtsvormen mag bezigen, niet slechts ter behartiging van haar bijzondere vermogensbelangen, maar ook ter behartiging van haar bestuurstaak, heeft in de literatuur veel aandacht gekregen. Al in 1927 stelde F.J.A. Huart in zijn opstel "Misbruik van burgerlijk recht door de administratie"⁴⁶ naar aanleiding van twee arresten van de Hoge Raad⁴⁷ waarin werd uitgemaakt dat geen enkel wettelijk voorschrift het openbaar gezag belet in plaats van een eenzijdige oplegging van een heffing, terzake met de betrokkene een overeenkomst aan te gaan, de volgende - nog steeds actuele - vragen aan de orde: In hoeverre mag de overheid zich ter bereiking van haar doel van privaatrechtelijke vormen bedienen? Mag zij onder alle omstandigheden, wanneer haar bevoegdheden krachtens publiekrecht niet toereikend zijn, putten uit het reservoir van het privaatrecht? Is zij bevoegd, ook dan wanneer zij in het publiekrecht een grondslag voor haar optreden kan vinden, daarvan af te zien en de privaatrechtelijke weg te bewandelen?

De complicerende factor hierbij is dat de overheid dikwijls in twee hoedanigheden optreedt, te weten als uitvoerder van publiekrechtelijke regelingen én als eigenaar van onroerende goederen. In de ene kwaliteit is zij beperkt omdat het bestuurshandelen moet blijven binnen de grenzen van het geschreven en ongeschreven publiekrecht, maar kan de overheid zich in haar andere kwaliteit gedragen als iedere andere rechtspersoon in het privaatrecht? Het vraagstuk van de keuzevrijheid van de overheid tussen de privaot- en de publiekrechtelijke weg voor de behartiging van bestuurstaken is na Huart in de literatuur veelvuldig aan de orde gesteld. De algemene in de rechtspraak gevolgde en in de literatuur (tot voor kort) overheersende opvatting is deze dat, tenzij het publiekrecht voor het bereiken van een bepaald doel een bepaalde weg exclusief heeft voorgeschreven, de overheid de vrijheid heeft in plaats van de publiekrechtelijke weg de privaatrechtelijke, en in het bijzonder de contractuele weg te bewandelen.⁴⁸

Echter in de literatuur gaan de laatste jaren ook stemmen op om meer grenzen te stellen aan de keuzevrijheid, vooral gezien de bezwaren die de keuzevrijheid met zich meebrengt ten aanzien van de waarborgen van de burger.⁴⁹ Hieronder zal eerst de rechtspraak aan de orde komen, vervolgens zal aandacht worden besteed aan de diverse opvattingen in de literatuur.

46. Verspreide Geschriften, 1949, p. 13-29.

47. HR 16 april 1925, NJ p. 649 (W. 1149) en 1 april 1926, NJ p. 577 (W. 11515).

48. Vgl. G.J. Wiarda, WPNR 5070, p. 26.

49. Vgl. Lubach, diss., p. 142.

4.3.2 De rechtspraak over de keuzevrijheid tussen de *privaat- en de publiekrechtelijke* weg

4.3.2.1 De *jurisprudentie van de burgerlijke rechter*

De vraag of de overheid vrijelijk mag kiezen tussen de *privaat- en de publiekrechtelijke* weg dan wel of daar waar het publiekrecht voor het bereiken van een bepaald doel een bepaalde weg heeft aangegeven, die weg en geen andere door de overheid moet worden gevolgd, is een vraag die vooral voor de burgerlijke rechter herhaaldelijk aan de orde is geweest en die in constante jurisprudentie steeds ten voordele van de keuzevrijheid is beslist.⁵⁰ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat publiekrechtelijke rechtspersonen vrijelijk gebruik mogen maken van *privaatrechtelijke* vormen bij de behartiging van publieke belangen, óók in gevallen waarin voor die behartiging een *publiekrechtelijke* weg openstaat, tenzij de desbetreffende *publiekrechtelijke* regeling dat verbiedt of tenzij er sprake is van misbruik van bevoegdheid of overheidsmacht. Het eigendomsrecht en de *contractsvrijheid* geven de overheid de vrijheid om financiële vergoedingen te bedingen voor het gebruik van haar zaken of voor door haar te verrichten "diensten". De opvatting van de Hoge Raad over de keuzevrijheid van de overheid tussen de *privaat- en publiekrechtelijke* weg, staat bekend als de "tweewegenleer". Als standaardjurisprudentie op dit punt kunnen het *Kruseman-arrest* en het *arrest Eindhoven/Staals* worden beschouwd.

*Het Kruseman-arrest*⁵¹

Kruseman had een pand dat tevoren door hem zelf werd bewoond verkocht aan een verzekeringsmaatschappij onder de contractuele voorwaarde dat de koopster gerechtigd zou zijn het pand gedeeltelijk voor bedrijfsdoeleinden te gebruiken. Voor de verkrijging van een verklaring ex art. 1 lid 6 Woonruimtwet 1947 (zogenaamde *bedrijfsruimteverklaring*) was een gunstig advies nodig van Burgemeester en Wethouders aan de Kamer van Koophandel en Fabrieken met betrekking tot de onttrekking van woonruimte aan haar bestemming. De gemeente stelde haar bereidheid tot medewerking afhankelijk van

50. De jurisprudentie op dit punt neemt een aanvang in 1882, HR 8 juni 1882, W. 4765 (Alkemade/Leiden). Vervolgens HR 1 febr. 1918, NJ p. 325 (H.Y.S.M./Kelsen), zie over dit arrest G.J. Wiarda, diss., p. 128 en 187 en de beide arresten van HR 16 april 1925, NJ, p. 649 en 1 april 1926, NJ p. 577 betreffende een terugvorderingsactie door het Rijkskantoor voor steen. De keuzevrijheid werd ook erkend in de arresten van 19 en 20 maart 1931, NJ, p. 470 en 941, m.nt. EMM. Zie de kritiek op deze uitspraken van E.M. Meijers in de aan Adriani opgedragen bundel *Tractatus Tributarii*. Vgl. ook nog HR 4 april 1940, NJ 1941, 412 m.nt. EMM en HR 17 jan. 1941, NJ 644, m.nt. PS (Parlevinker), HR 20 febr. 1953, NJ 313 (Directeur-Generaal voor de prijzen), HR 2 febr. 1966, NJ 415 (Hoogeloon), HR 19 jan. 1962, NJ 151, m.nt. JHB (Huizens Rioolwater) en de hierna uitvoerig te bespreken standaardarresten.

51. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 (m.nt. HB), AB 1962, 487 (m.nt. St), AA XII, p. 96 (m.nt. HDvW). Zie voor het vonnis: Rb. Amsterdam 12 april 1960, NJ 343, AB 1961, 140 en voor het arrest Hof Amsterdam 7 juni 1961, NJ 337, AB 1962, 238.

de betaling van een bedrag ad f 17.740,- ten behoeve van het "Fonds voor woning-onttrekking", waarmee de gemeente de vervanging van de onttrokken woonruimte door andere mogelijk wilde maken. Nadat het bedrag door Kruseman was betaald en een gunstig advies was gegeven, vorderde Kruseman de geldsom terug wegens onverschuldigde betaling.

De Hoge Raad geeft, na het weergeven van de feiten, allereerst een zeer algemene overweging, die niet speciaal betrokken is op een geval waarin een overheidsinstantie partij is bij een geschil, namelijk 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 die ander enig door deze 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 is geschied een geoorloofde oorzaak ontbreekt, bijvoorbeeld wanneer de partij die voor haar medewerking dat goed bedong, misbruik maakte van de omstandigheden waarin haar wederpartij verkeerde. Vervolgens spitst de Hoge Raad zijn overwegingen meer op het in het geding zijnde geval toe, waarbij opvalt dat de in de vorige overweging gebruikte privaatrechtelijke terminologie (geoorloofde oorzaak, misbruik van omstandigheden) wordt vervangen door meer publiekrechtelijk getinte begrippen. De Hoge Raad overweegt namelijk 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 verlangde prestatie verricht, tenzij tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van de 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. Daarbij is het onverschillig, aldus de Hoge Raad, 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. De Hoge Raad past vervolgens bovenstaande formule op het in geding zijnde geval toe en acht geen onverschuldigde betaling aanwezig.⁵²

Van belang zijn de criteria die de Hoge Raad aangeeft voor de beantwoording van de vraag of de gemeente een financiële tegenprestatie mocht eisen voor haar medewerking, namelijk:

- 1) tegen het bedingen of het in ontvangst nemen van de prestatie mag geen wettelijk beletsel bestaan.
- 2) de overheid mag aldus handelende geen misbruik maken van bevoegdheden of van feitelijke machtspositie.

Voor wat het eerste criterium betreft, geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat de redenering is: het verlangen van een financiële tegenprestatie is geoorloofd, tenzij de wet het verbiedt. En niet, zoals Kruseman stelde, het is ongeoorloofd, wanneer de wet het niet

52. Zie voor de verdere bespreking van dit arrest § 6.9.

toestaat. Dit leid ik af uit de overweging van de Hoge Raad dat "onjuist is de ... 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". Ongetwijfeld wordt met een "bijzondere bevoegdheid" bedoeld een met zoveel woorden in de wet verleende bevoegdheid.⁵³

*Het arrest Eindhoven/Staals*⁵⁴

Garage Staals nv had de gemeente Eindhoven ingevolge art. 20 van de APV vergunning gevraagd voor het oprichten van een benzinepomp-installatie voor haar garage op de voor de openbare dienst bestemde gemeentegrond. Het gemeentebestuur bleek bereid de vergunning te verlenen, mits tussen Staals en de gemeente een huurovereenkomst met betrekking tot het stukje gemeentegrond vóór de garage zou worden gesloten met als huursom 1,4 % van het totale bedrag van de verkochte benzine. Nadat Staals de huurovereenkomst had gesloten, werd de vergunning verleend. De nv Staals dagvaarde vervolgens de gemeente, stellende dat de overeenkomst een geoorloofde oorzaak mist, nu de betaling terzake op grond van art. 275 en 287 (thans art. 277 en 279) gemeentewet bij wege van belasting zou moeten plaatsvinden, en geen voorwerp van een privaatrechtelijke overeenkomst kan zijn. Nadat Staals door de rechtbank in het gelijk was gesteld, kwam de gemeente bij de Hoge Raad met succes in cassatie. De Hoge Raad overwoog dat de artt. 275 en 287 op de door de gemeente van Staals bedongen huursom niet van toepassing zijn, omdat deze voorschriften alleen betalingen betreffen die door de gemeente worden gevorderd van, dat wil zeggen eenzijdig worden opgelegd aan degenen, die van voor openbare dienst bestemde gemeentewerken, bezitting of inrichtingen gebruik maken, of voorwerpen op, onder of boven voor openbare dienst bestemde gemeentewerken hebben. Aangezien de onderhavige door de gemeente bedongen vergoeding op een huurovereenkomst berust, waarbij aan Staals tegenover de daarbij bedongen huursom een gebruiksrecht ten aanzien van het desbetreffende stuk gemeentegrond werd toegekend, zijn de art. 275 en 287 gemeentewet op de bedongen huursom naar hun bewoordingen niet van toepassing. Vervolgens vraagt de Hoge Raad zich af of het aangaan door de gemeente van een dergelijke huurovereenkomst en het bedingen van een dergelijke huursom zich wel met de strekking van die artikelen verdraagt. In vier stappen komt de Hoge Raad tot de conclusie dat ook de strekking van deze artikelen geen hinderpaal vormt. Eerst worden de vooronderstellingen van de wetgever in 1851 bij de totstandkoming van de gemeentewet vastgesteld, namelijk dat in die tijd ten aanzien van voor de openbare dienst bestemde gemeentewerken, bezittingen en inrichtingen, als behorende tot het publiek domein, het burgerlijk recht niet van toepassing was en deze zaken ook geen onderwerp konden uitmaken van privaatrechtelijke overeenkomsten. Vervolgens wordt geconstateerd dat die vooronderstelling niet in

53. Zie de noot van H.D. van Wijk in AA XII, p. 96.

54. HR 19 jan. 1968, NJ 166 m.nt. G.J. Schoften; AB p. 585 m.nt. R. Streng, AA XVII (1968), p. 189, m.nt. MT.

overeenstemming is met de huidige rechtsopvattingen daaromtrent, volgens welke een gemeente als eigenares van dergelijke voor de openbare dienst bestemde zaken alle bevoegdheden toekomen die het burgerlijk recht aan iedere eigenaar toekent en dergelijke zaken ook het onderwerp kunnen zijn van burgerrechtelijke overeenkomsten, voor zover de bestemming tot die openbare dienst daardoor niet wordt aangetast. Daarom meent de Hoge Raad dat de aanvankelijke vooronderstelling van de wetgever voor de bepaling van de strekking van de artt. 275 en 287 gemeentewet buiten beschouwing kan blijven. Tot slot acht de Hoge Raad wél van belang voor de bepaling van die strekking het doel, de ratio, dat de wetgever met die wettelijke voorschriften voor ogen heeft gehad, namelijk dat betalingen ter zake van het gebruik van voor de openbare dienst bestemde zaken dat in beginsel voor ieder openstaat in de vorm van een plaatselijke belasting moesten geschieden, waarbij de wetgever niet heeft gedacht aan - in zijn voorstelling trouwens niet bestaande - bijzondere gebruiksrechten welke aan bepaalde personen bij overeenkomst ten aanzien van zodanige zaken worden toegekend.

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit arrest de overeenkomst niet alleen aan de woorden van de wet toetst, maar heel nadrukkelijk ook aan de strekking van de wet. Op dit punt gaat de Hoge Raad verder dan in de uitspraak inzake Hoogeloon.⁵⁵

Vrij recent werd de tweewegenleer nog uitdrukkelijk bevestigd in de uitspraak van de Hoge Raad inzake Lelystad⁵⁶, waarin art. 277 gemeentewet inzake de precariorechten na analyse van de betekenis van de wet, voor privaatrechtelijke overeenkomsten terzake geen belemmering werd geoordeeld. Ook het Hof Leeuwarden⁵⁷ verwoordde de tweewegenleer met de overweging, dat het de overheid in het algemeen vrij staat bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten met de onder haar hoede gestelde burgers bij de bescherming van publieke belangen verder te gaan dan de reikwijdte die publiekrechtelijke regelingen bieden; de grens van het toelaatbare ligt evenwel daar, waar het beding ter bescherming van publieke belang, ware het in een publiekrechtelijke regeling vastgelegd, in strijd zou komen met een hogere regeling.

Ook recente arresten van de Hoge Raad als Amsterdam/Ikon⁵⁸ en Van der Meer/Smilde⁵⁹ gaan uit van de tweewegenleer. Sommige schrijvers leiden uit het arrest Heesch/Van de Akker af dat de Hoge Raad de tweewegenleer verlaten heeft⁶⁰, omdat hij het oordeel van de Afdeling rechtspraak volgde over de geoorlooftheid van uitwegvergunningstelsels. Naar mijn mening kan men echter uit dit arrest niets afleiden over de tweewegenleer. Zoals in hoofdstuk 5 nog uitvoerig besproken zal worden, zijn er privaatrechtelijke uitwegvergunningstelsels (de gemeente bedingt dan een vergoeding als

55. HR 2 febr. 1966, NJ 415.

56. HR 15 juli 1987, GS 6854, nr. 4.

57. Hof Leeuwarden 23 maart 1983, NJ 1984, 380 (Antenneverbod Harlingen).

58. HR 27 maart 1987, AB 273, m.nt. FHvdB, NJ 727, m.nt. MS.

59. HR 25 april 1986, NJ 714, m.nt. G.

60. Bijv. MS in zijn noot bij dit arrest HR 16 mei 1986, NJ 723 en D.A. Lubach, RMTh 1987, p. 196 en idem, "Over grenzen in het bouwrecht", rede, 1987, p. 10.

eigenaar van de weg) en publiekrechtelijke (de APV eist een uitwegvergunning). De Hoge Raad maakt in Heesch/Van de Akker geen onderscheid tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg, maar spreekt over uitwegvergunningssystemen in het algemeen. Als de twee verschillende wegen niet eens worden onderscheiden en het bovendien i.c. ging om een publiekrechtelijk vergunningstelsel, kan men m.i. ook niet spreken van het verwerpen van de tweewegenleer.⁶¹

De conclusie is dat het standpunt van de gewone rechter terzake van de tweewegenleer inhoudt, dat de overheid om een bepaald beleidsdoel te bereiken in principe de vrije keus heeft om naast, of in plaats van een bestaande publiekrechtelijke weg, de privaatrechtelijke weg te volgen. Deze vrijheid kan worden beperkt ingeval het volgen van de privaatrechtelijke weg

- 1) strijd met (de strekking van) de wet oplevert
- 2) misbruik van bevoegdheden of feitelijke machtspositie oplevert.

Zoals we in de volgende paragraaf zullen zien gaat ook de Afdeling rechtspraak uit van de vrijheid van de overheid om via privaatrechtelijke middelen beleid te voeren. Wel blijkt uit de jurisprudentie dat de Afdeling eerder dan de Hoge Raad geneigd is beperkingen op de keuzevrijheid volgens de tweewegenleer te aanvaarden op grond van strijd met (de strekking van) de wet.

4.3.2.2 *De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak*

De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak heeft in de literatuur aanleiding gegeven tot de veronderstelling dat de Afdeling niet veel op heeft met de tweewegenleer, aangezien uit deze jurisprudentie blijkt dat er beperkingen zijn gesteld aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Zelfs zou de Afdeling de grenzen van haar bevoegdheid hebben overschreden door de privaatrechtelijke weg in sommige gevallen af te snijden. Deze jurisprudentie zou ook zijn uitwerking op de Hoge Raad niet gemist hebben, waarbij dan vooral op het hiervoor al genoemde arrest Heesch/Van de Akker wordt gewezen om aan te geven dat de tweewegenleer ook bij de Hoge Raad op de tocht staat.

In de vorige paragraaf heb ik er al op gewezen dat uit het arrest Heesch/Van de Akker niets afgeleid kan worden over (het verlaten van) de tweewegenleer. Maar afgezien hiervan, analyse van de jurisprudentie van de Afdeling laat zien dat de tweewegenleer óók door de Afdeling wordt erkend, althans niet fundamenteel wordt aangetast.⁶² Wél is het zo dat de Afdeling de vrijheid van de overheid om met privaatrechtelijke middelen beleid te voeren door een andere bril bekijkt. Deze wat andere houding wordt m.i. door twee punten teweeggebracht.

61. Ook volgens H.Ph. J.A.M. Hennekens, in zijn noot bij dit arrest in AAe 1986, p. 642 e.v., houdt de HR zich op de vlakte. In deze zin ook H.J. Simon, *De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht*, BR 1988, p. 2 e.v.

62. Zie de noot van H.J. Simon bij AR 15 nov. 1986, AB 1987, 475. Zie ook diens noot bij Vz AR 3 nov. 1986, AB 1987, 400 (Standplaatsvergunning Den Dungen).

In de eerste plaats is de Afdeling uitsluitend op het terrein van het publiekrecht werkzaam. Privaatrechtelijke kwesties spelen slechts zijdelings een rol en steeds in het kader van de toetsing van de rechtmatigheid van een beschikking. Binnen het publiekrechtelijk kader brengen wet en de beginselen van behoorlijk bestuur mee dat de overheid in beginsel niet vrij is. Staan er meerdere wegen open om hetzelfde doel te bereiken, dan is de overheid verplicht die weg te volgen, die voor de burger de meeste rechtswaarborgen biedt of anderszins het meest gunstig is.⁶³ Denkbaar is dat deze houding doorwerkt daar waar de keuzevrijheid niet uit diverse publiekrechtelijke wegen bestaat maar uit een publiekrechtelijke weg en een privaatrechtelijke weg.

In de tweede plaats heeft de Afdeling meerdere malen haar rechtsbescherming verlenende taak zó opgevat, dat zij het beroep van een burger ontvankelijk achtte door het onderliggende besluit als een beschikking te beschouwen, terwijl dat lang niet altijd evident was. Door een besluit (mede) als een beschikking te beschouwen en niet (louter) als een rechtshandeling naar burgerlijk recht, buigt zij de privaatrechtelijke weg om in een publiekrechtelijke weg.

De Afdeling is van oordeel dat het bestaan van een publiekrechtelijke regeling kan uitsluiten dat de overheid de privaatrechtelijke weg volgt. Kennelijk is de Afdeling evenals de Hoge Raad⁶⁴ van mening dat uit (de strekking van) de wet kan volgen dat de privaatrechtelijke weg is uitgesloten. Zo oordeelde de Afdeling in haar uitspraak van 4 okt. 1985, AB 1986, 242 (m.nt. D.A. Lubach) dat de gemeente bij het verhalen van exploitatiekosten van een bestemmingsplan niet de vrije keuze heeft tussen de privaatrechtelijke weg van de overeenkomst en de publiekrechtelijke weg van de belastingheffing. Het oordeel van de Afdeling dat de privaatrechtelijke weg niet begaanbaar is, is overigens voor de gewone rechter niet bindend.⁶⁵ Voor zover er echter een beschikking in het spel is, zal de gewone rechter geneigd zijn dit oordeel te respecteren.⁶⁶ De kwalificatie van een rechtshandeling als beschikking sluit overigens niet uit dat de overheid daarnaast nog privaatrechtelijk optreedt, zij heeft met andere woorden geen exclusieve werking.⁶⁷ Of er naast de publiekrechtelijke weg nog plaats is voor een privaatrechtelijk optreden, staat uiteindelijk ter beoordeling van de burgerlijke rechter. Van een afsnijden van de privaatrechtelijke weg kan dan ook geen sprake zijn.⁶⁸

De Afdeling kan op twee manieren beperkingen opleggen aan de keuzevrijheid van de overheid:

63. Zie bijv. AR 30 aug. 1985, AB 1986, 243 (m.nt. D.A. Lubach).

64. Vgl. het al eerder in noot 52 genoemde arrest Eindhoven/Staals.

65. Vgl. HR 11 dec. 1981, AB 1982, 111 (Ameland/De Boer) waar de HR de privaatrechtelijke weg wél openliet naast de weg van art. 274 gem. wet en 42 WRO. Hierover meer in § 6.5.1.

66. Vgl. Heesch/Van de Akker, HR 16 mei 1986, AB 573, m.nt. JRSt.

67. Dit wordt bijv. wel verdedigd door G.H.L. Weesing, Handhaving van het bestuursrecht met privaatrechtelijke middelen, in *Recht op scherp*, Duk-bundel, p. 338.

68. In deze zin ook H.J. Simon in zijn noot bij Vz. AR 3 nov. 1986, AB 1987, 400 (Standplaatsvergunning Den Dungen). Vgl. ook AR 5 aug. 1985, AB 1986, 561, m.nt. HJdR.

- a) Zij kan dat doen door een besluit als een beschikking te beschouwen en vervolgens te toetsen aan de publiekrechtelijke rechtmatigheidscriteria; kortom door een ruim beschikkingsbegrip te hanteren.
- b) Zij kan bij het toetsen van een beschikking het toepasselijke materiële recht zó interpreteren, dat een publiekrechtelijke regeling als exclusief en dwingend wordt opgevat, zodat het volgen van de privaatrechtelijke weg strijd met (de strekking of wellicht het stelsel van) de wet oplevert.

Beide manieren komen naast elkaar, maar ook gecombineerd voor.

Ad a: Een ruim beschikkingsbegrip

Zoals ik in hoofdstuk 3 al opmerkte, is een besluit om te contracteren geen Arob-beschikking en een weigering om zulk een besluit te nemen dus ook niet. De Arob-rechter heeft echter de mogelijkheid geopend dat de keuze voor de privaatrechtelijke weg als een weigeren tot beschikken wordt opgevat en dus Arob-ontvankelijkheid impliceert, in geval de publiekrechtelijke weg die het overheidsorgaan vermeden heeft, de belanghebbende in een gunstiger positie zou hebben gebracht. In vele uitspraken zijn dan de volgende standaardoverwegingen opgenomen: "Verzoeker klaagt niet dat de gemeenteraad zijn besluit heeft genomen om een doel te bereiken waartoe een publiekrechtelijke weg zou hebben opengestaan en dat hij door het volgen van die weg in een gunstiger positie zou zijn gebracht dan door de gevolgde privaatrechtelijke weg. Wij zijn dan ook van oordeel, dat uit hetgeen verzoeker ter zake heeft gesteld, niet volgt dat verweerder impliciet of expliciet zou hebben geweigerd een voor hem openstaande publiekrechtelijke weg te volgen".⁶⁹

Het criterium van de publiekrechtelijke weg heeft slechts één keer positieve toepassing gevonden in de merkwaardige uitspraak inzake het Amersfoortse tentenkamp.⁷⁰ Van belang is dat hierin de gunstigere positie die de belanghebbende bij het volgen van de publiekrechtelijke weg zou hebben gehad, nader wordt aangeduid door de toevoeging "waarbij bovendien verzoekster in een uit oogpunt van rechtsbescherming gunstiger positie verkeert".

Vooralsnog roept deze jurisprudentie meer vragen op dan zij beantwoordt: voor welk orgaan moet de publiekrechtelijke weg openstaan? Wat wordt met het openstaan of volgen van een publiekrechtelijke weg bedoeld, wat dient men te verstaan onder de eis dat met de twee wegen hetzelfde doel moet kunnen worden bereikt? En wat is de situatie als men door middel van de privaatrechtelijke weg juist een ander doel wil bereiken dan volgens de publiekrechtelijke weg mogelijk zou zijn? Wanneer is de publiekrechtelijke weg "gunstiger"; suggereert men hier dat de rechtsgang bij de Afdeling voor de burger "gunstiger" zou zijn dan die bij de burgerlijke rechter?

69. Zie o.a. Vz. AR 13 april 1977, AB 372; AR 1 dec. 1977, AB 1978, 229; Vz. AR 2 febr. 1978, AB 210; AR 21 nov. 1978, AB 1980, 528.

70. Vz. AR 27 mei 1982, AB 1983, 62. Zie de bespreking ervan door Michiels, diss., p. 185 e.v.

Mijn conclusie is dat deze jurisprudentie voornamelijk niet veel betekent en de verwarring op het gebied van de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid alleen maar vergroot. Deze jurisprudentie is wel in zoverre zinvol dat zij aanleiding geeft tot allerlei vragen zoals hierboven vermeld, en daarmee tevens uitnodigt tot verdere gedachtenvorming over de tweewegenleer. Enigszins bedenkelijk is m.i. dat er een principiële voorkeur uit spreekt voor de publiekrechtelijke weg, hetgeen wellicht psychologisch te verklaren valt uit het feit dat de Arob-rechter met het publiekrecht dagelijks bezig is, maar die overigens op geen enkele wijze positiefrechtelijk wordt gestaafd. Kennelijk heeft de Afdeling, zich bewust van de structuur van ons rechtssysteem, haar positie daarin en haar verhouding tot de burgerlijke rechter, wel een ballon willen oplaten, maar aan het publiekrechtelijke weg criterium in ieder geval geen werkelijke inhoud willen geven.⁷¹

De Afdeling rechtspraak maakt meermalen uitzonderingen op het principe dat beschikkingsbevoegdheid pas wordt aangenomen wanneer die bevoegdheid in een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift wordt toegekend. De grondslag voor het aannemen van een beschikking wordt dan gevonden in de publieke taak: van een beschikking kan al sprake zijn omdat het besluit werd genomen ter uitvoering van een overheidstaak.⁷²

Soms is het louter de publieke taak die de vlag is die de lading moet dekken, soms worden er nog wat wetsbepalingen (bijv. art. 168 of 209 aanhef en onder h gemeentewet) bij genoemd die echter als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid wel erg algemeen zijn. Het publieke taak criterium is in de literatuur sterk gekritiseerd.⁷³ Het afleiden van een bevoegdheid uit een taakstelling is m.i. in strijd met de rechtsstaatsgedachte, in het bijzonder het legaliteitsbeginsel.

Zoals gezegd, sluit de kwalificatie van een rechtshandeling als beschikking niet uit dat de overheid daarnaast nog privaatrechtelijk optreedt. Bezit de publiekrechtelijke rechtspersoon privaatrechtelijke bevoegdheden op grond van eigendomsrecht of anderszins, dan dient de Afdeling het hoofd in de schoot te leggen. Zij kan bepalen of een bepaalde rechtshandeling van de overheid een beschikking is en haar komt ook het oordeel toe over de rechtsgeldigheid van die beschikking. De gewone rechter respecteert dat ook. Hoe evenwel de overheid haar privaatrechtelijke bevoegdheden hanteert, staat niet ter beoordeling van de Afdeling. Over de vraag of er in plaats van of naast de publiekrechtelijke weg nog plaats is voor een privaatrechtelijk optreden heeft uiteindelijk de burgerlijke rechter het laatste woord.

Ad b: Wetsuitleg

71. In deze zin Michiels, diss., p. 189.

72. Zie bijv. AR 1 dec. 1977, AB 1978, 208 m.nt. MS (Groningse Waterleidingbuizen); Wnd. Vz. AR 3 sept. 1979, AB 1980, 35 (Eindhovens slachthuis); AR 18 sept. 1980, AB 1981, 148 (Rotterdamse Parkeerverordening).

73. Zie voor een bespreking van de jurisprudentie Michiels, diss., p. 177 e.v.

Meerdere malen heeft de Afdeling rechtspraak wetgeving zodanig geïnterpreteerd dat het vragen van een privaatrechtelijke vergoeding in strijd met de wet werd geacht. Het bekendste voorbeeld levert de uitwegjurisprudentie op. De Afdeling legt art. 14 Wegenwet zó uit, dat deze bepaling een verbod van het vragen van een financiële vergoeding voor een uitweg meebrengt. Omdat de Afdeling het verlangen van de bijdrage als een beschikking beschouwt, is impliciet daarmee de privaatrechtelijke weg afgesloten.⁷⁴

We zien hetzelfde bij het verhaal van kosten verbonden aan herziening van bestemmingsplannen. In de al eerder genoemde uitspraak inzake De Pluimpot bv (AR van 4 okt. 1985, AB 1986, 242 m.nt. D.A. Lubach) werd privaatrechtelijk kostenverhaal niet mogelijk geacht omdat de Afdeling uit de samenhang tussen art. 42 WRO en 274 gemeentewet afleidde dat uitsluitend de weg van de belastingheffing openstond, onverminderd de mogelijkheid van gemeenten om langs de privaatrechtelijke weg van de gronduitgifte die kosten te verhalen.

De vraag is of de burgerlijke rechter dergelijke interpretaties van de wet moet volgen. In principe niet, zou ik menen. In een geval waarin de uitleg van de wet bij de burgerlijke rechter aan de orde komt buiten het kader van een beschikking (dat kader is immers het werkterrein van de Afdeling)⁷⁵ is de burgerlijke rechter geheel vrij om de wet uit te leggen zoals hij meent dat de wet uitgelegd moet worden, ongeacht het oordeel van een administratieve rechter hierover.⁷⁶ Simon suggereert dat ten aanzien van privaatrechtelijke bepalingen als bijvoorbeeld art. 14 Wegenwet de uitleg in laatste instantie bij de burgerlijke rechter berust en dat indien er sprake zou zijn van afwijkende uitleg, de Afdeling zich in een dergelijk geval aan dient te passen. Men zou dan dunkt mij het omgekeerde kunnen verdedigen (de Hoge Raad past zijn wetsuitleg aan, aan die van de Afdeling) wanneer het betreft publiekrechtelijke wetten. Uit het arrest Heesch/Van de Akker⁷⁷ blijkt echter dat de Hoge Raad de gehele uitwegproblematiek als een kwestie ziet waar "typisch" de Afdeling over beslist! Een en ander is wellicht uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid wenselijk, een geschreven rechtsplicht tot conformering op het punt van wetsuitleg is er voor de burgerlijke rechter en administratieve rechter zeker niet. Hooguit kan men een dergelijke rechtsplicht op grond van het ongeschreven recht aannemen.

We zullen in de volgende hoofdstukken bij het bespreken van de jurisprudentie nog meer voorbeelden tegenkomen van een wetsuitleg van de Afdeling, die er op neer komt dat de privaatrechtelijke weg niet mogelijk wordt geacht. Dit is niet te beschouwen als een inbreuk op de tweewegenleer, maar eerder als een begrenzing van het toepassingsgebied ervan. De tweewegenleer van de Hoge Raad gaat immers van een keuzevrijheid uit die zijn begrenzing vindt in de strekking van de wet. Over dat laatste punt blijkt de Afdeling dan wel eens een andere mening te hebben dan de Hoge Raad. Maar dat de

74. Het uitwegvergunningstelsel komt in hoofdstuk 5 nog uitvoerig aan de orde.

75. Zoals blijkt uit HR 24 febr. 1984, NJ 669, m.nt. JAB (St. Oedenrode).

76. In deze zin ook H.J. Simon, in zijn noot bij Vz. AR 3 nov. 1986, AB 1987, 400 (Standplaatsvergunning Den Dungen).

77. Zie noot 64. Zie in dit verband ook HR 24 febr. 1984, NJ 669, m.nt. JAB (St. Oedenrode) en HR 26 sept. 1986, AB 1987, 70, m.nt. FHvdB, NJ 1987, 253, m.nt. MS (Hofmann La Roche/Staat).

keuzevrijheid ook bij de Afdeling en de Voorzitter ten principale uitgangspunt is, blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit Vz. AR 30 juli 1985, AB 1986, 541, m.nt. HJdR waar de Voorzitter stelde dat de vergunninghouder van de hem verleende vergunning niet eerder een rechtmatig gebruik kan maken, dan nadat hem daartoe door de rechthebbende op het betrokken gebied de benodigde privaatrechtelijke toestemming is verleend.⁷⁸

4.3.3 *De literatuur over de keuzevrijheid tussen de privaat- en de publiekrechtelijke weg*

Vanuit de literatuur is gaandeweg steeds meer kritiek gekomen op de tweewegenleer.⁷⁹ Deze kritiek is met name na de arresten Hoogeloon en Eindhoven/Staals op gang gekomen. Zo staat Donner sceptisch tegenover de keuzevrijheid van de overheid tussen de privaat- en publiekrechtelijke weg. Wanneer het bestuur de te behartigen belangen even goed en zuiver kan behartigen door op gelijke voet als iedere particulier aan het rechtsverkeer deel te nemen, dan is tegen een zich stellen onder het "gemene" privaatrecht niets in te brengen, aldus Donner. Echter men zal aan het openbaar gezag de eis moeten stellen dat het die keuze maakt aan de hand van een weloverwogen oordeel over de behoeften van de openbare dienst en de daarmee corresponderende rechten en aanspraken van de burger. "Men krijgt meermalen de indruk, dat het gerief van het bestuur in dezen de enige factor is, welke in de beschouwing wordt betrokken, terwijl de burger van dit telkens overschakelen de dupe wordt, doordat hij cumulatief belast wordt met de kwade kansen, die een publiekrechtelijke rechtsbetrekking en die, welke een burgerrechtelijke rechtsbetrekking voor hem kunnen meebrengen."⁸⁰

Nu zou men de keuzevrijheid van de overheid ten aanzien van privaatrechtelijke rechtsvormen kunnen verdedigen met het argument dat de verplichtingen die over en weer uit tweezijdige rechtshandelingen voortvloeien, berusten op wilsovereenstemming, en niet zoals bij de beschikking, eenzijdig worden opgelegd. De meeste schrijvers vinden echter dat van een werkelijk vrije wilsovereenstemming tussen burger en overheid meestal geen sprake kan zijn.

Donner: "Degene wien door het bestuur een overeenkomst wordt aangeboden, krijgt de indruk dat hier een tweezijdige handeling tot stand komt, waarin hij, zelfs al is het een standaardcontract, op gelijke voet met de partner staat. Die indruk is door het bestuur gewekt en op de koop toe genomen, omdat deze wijze van met de justitiabelen verkeren het bestuur, althans de bestuursambtenaren het meest geriefelijk is (de wel gehoorde bewering, dat het ten gerieve van de justitiabele wordt gedaan, verdient met scepsis te worden bejegend) en zij moet krachtens het beginsel der bescherming van opgewekte verwachtingen zoveel mogelijk worden geëerbiedigd".⁸¹ Ook in de jongste druk waarschuwt Donner ervoor niet onder de indruk te komen van de betogen van vooral de lagere besturen in het bijzonder als grondheren, die suggereren dat zij slechts middels de privaatrechtelijke weg zich nog enigszins kunnen vrijwaren voor de gelijk-

78. Meer hierover in § 7.3.3.2. Vgl. ook AR 5 aug. 1985, AB 1986, 561, m.nt. HJdR.

79. Een goed overzicht van de ontwikkeling in de literatuur biedt Lubach, diss., p. 135 e.v.

80. A.M. Donner, a.w., (1974), p. 57 en 58.

81. Donner, a.w., (1974), p. 307.

making der voorschriften, eigen initiatief kunnen ontwikkelen en in plaatselijke behoeften kunnen voorzien.⁸² Wiarda⁸³ merkt op dat de overheid zich meestal tegenover haar wederpartij in een machtspositie bevindt die het haar mogelijk maakt die wederpartij langs contractuele weg tot meer of andere prestaties te verplichten dan die welke uit het uitsluitend gebruik van haar publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen voortvloeien. Die machtspositie berust dan meestal daarop dat die wederpartij voor enig handelen de medewerking van de overheid nodig heeft, hetzij omdat dit handelen zonder vergunning is verboden, hetzij omdat de overheid als eigenares van grond of water op basis van haar eigenaarsbevoegdheden het recht heeft dat handelen te verbieden, en vaak omdat zowel het een als het ander het geval is. Van wilsovereenstemming tussen gelijkwaardige partijen, in vrijheid verkregen, is daarbij zelden sprake, aldus Wiarda. De totstandkoming en de inhoud van het contract wordt door het "over" van de overheid meestal in overwegende mate bepaald.

Lubach⁸⁴ heeft ook gewezen op het verschil in positie met betrekking tot de rechtswaarborgen die derden-belanghebbenden hebben bij het gebruik van de privaatrechtelijke beleidsovereenkomst vergeleken bij de rechtswaarborgen die zij in het publiekrecht bezitten.

Dit leidt ertoe dat in de literatuur ten aanzien van overeenkomsten met betrekking tot publiekrechtelijke bevoegdheden of met betrekking tot onderwerpen die in meer of mindere mate met de overheidstaak zijn verbonden, bijzondere vereisten aan de geldigheid worden gesteld. In het algemeen zijn de schrijvers het erover eens dat de overheid in principe de vrijheid heeft de privaatrechtelijke en in het bijzonder de contractuele weg te bewandelen, maar de gangbare mening⁸⁵ is dat overeenkomsten niet geldig zijn wanneer:

1. daaraan een wettelijk beletsel in de weg staat;
2. de overheid door te bedingen zoals zij deed, misbruik van bevoegdheden of van feitelijke machtspositie maakt;
3. de overeenkomst in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De eerste twee criteria zijn gelijk aan de door de Hoge Raad gebezigde criteria in het Kruseman-arrest. Vanuit de literatuur is over de bruikbaarheid en invulling hiervan weinig opgemerkt. Anders is het gesteld met het derde criterium: een overeenkomst is niet geldig indien de overeenkomst in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Ik geef hieronder een beknopt overzicht van de standpunten in de literatuur.

Ad 1: Wettelijk beletsel

Hieronder wordt in de literatuur verstaan dat overeenkomsten rechtskracht missen wanneer de wet het sluiten van overeenkomsten verbiedt of wanneer de wet blijkbaar een

82. Donner, a.w., (1987), p. 284.

83. G.J. Wiarda, WPNR 5067, p. 27. Zie over de wilsovereenstemming ook Lubach, diss., p. 148 t/m 157.

84. Lubach, diss., p.166 e.v. en 170 e.v. Vgl. ook J.H.W. de Planque, BR 1980, p. 81.

85. Zie contractenrecht VIII (Spier) nr. 61 en het uitgebreide literatuuroverzicht aldaar.

publiekrechtelijke weg exclusief (dwingend) als te volgen aan overheidsorganen voorschrijft. Hierover zijn alle schrijvers het eens.⁸⁶ Deze regel werd voor het eerst door Huart geformuleerd: "Het gebruik van privaatrechtelijke vormen zal niet geoorloofd zijn, indien een wet of wettelijke verordening de blijkbare bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is".⁸⁷ In de praktijk is deze regel echter niet gemakkelijk te hanteren. Het probleem is namelijk dat uit een wettelijke regeling vaak helemaal niet valt op te maken dat zij uitputtend wil zijn in die zin, dat voor privaatrechtelijke vormen geen plaats overblijft. Er zijn maar weinig regelingen waarin de wetgever met zoveel woorden een expliciet verbod heeft neergelegd. Een verbod kan natuurlijk ook impliciet blijken uit de strekking van de wet, maar vaak is een wet op dit punt moeilijk te interpreteren, temeer daar de wetgever vaak in de verste verte niet aan dit keuzeprobleem heeft gedacht bij het maken van de publiekrechtelijke regeling. Illustratief hiervoor zijn bijvoorbeeld de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Eindhoven/Staals ten aanzien van de artt. 275 en 287 gemeentewet; in de voorstelling van de toenmalige gemeentewetgever werden overeenkomsten met betrekking tot voor de openbare dienst bestemde zaken niet eens bestaanbaar geacht. Een probleem is ook dat dit aanleiding kan geven tot verschillende wetsinterpretaties bij de burgerlijke en de administratieve rechter zoals we in de vorige paragraaf gezien hebben.

Ad 2: Misbruik van bevoegdheid of van feitelijke machtspositie

Dit door de Hoge Raad in het Kruseman-arrest gebezigde criterium wordt in de literatuur algemeen aanvaard als grond voor de ongeldigheid van een door de overheid aangegane overeenkomst.

Wiarda wijst er op - onder verwijzing naar de arresten Eindhoven/Staals en Kruseman - dat niet het gebruik van een monopoliepositie onrechtmatig is, maar slechts het misbruik maken ervan.⁸⁸ Wanneer er van misbruik sprake is, is zijns inziens niet in het algemeen te zeggen. Wanneer het gaat om gevallen waarin de medewerking van de overheid noodzakelijk is op grond van publiekrechtelijke voorschriften, is er sprake van misbruik wanneer de overheid bij het bedingen van de contraprestatie andere belangen op het oog heeft dan die ter behartiging waarvan het publieke recht die medewerking nodig maakt. Dit houdt echter niet in, aldus Wiarda, dat een dergelijke contraprestatie nooit een andere inhoud mag hebben dan de voorwaarden of voorschriften welke de overheid, indien zij uitsluitend de publiekrechtelijke weg had bewandeld, aan de desbetreffende beschikking had kunnen verbinden. Wel betekent dit zijns inziens dat de crite-

86. Zie hierover: A.R. Bloembergen, *Contracten met de overheid*, in het bijzonder in de bouw, *Bouwrechtmonografie*, p. 46 t/m 48 en in de *Van Opstalbundel*, p. 30; G.J. Wiarda, *WPNR 5067*, onder nr. 4 en 5; M. Troostwijk in *Op de grenzen van het komend recht*, p. 259 en 263, voorts diens *preadvies VAR 1956*, p. 59 en 61 t/m 69, in de *Beekhuisbundel* p. 260 e.v. en in *Praktijkboek Administratief Recht XIV 6.4.1.*; C.J.J.M. Stolker, *WPNR 5601/5602*, A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht* p. 299, 300 en 319, noot 113; zie verder de literatuurverwijzingen in *Contractenrecht VIII (Spier)* nr. 61.

87. F.J.A. Huart, *Opstellen voor Krabbe*, 1927, p. 176.

88. *WPNR 5067*.

ria waaraan het al dan niet geoorloofd zijn van een privaatrechtelijk bedongen tegenprestatie behoort te worden getoetst, dezelfde zijn als die welke gelden voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van die voorwaarden en voorschriften die aan een administratieve beschikking mogen worden verbonden.

Ruitinga ziet in het kader van misbruik van economisch overwicht géén grote rol voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur weggelegd, maar bepleit dat het privaatrechtelijk overheidshandelen in beginsel rechtstreeks aan de burgerlijke redelijkheid dient te worden getoetst. "Waar twee partijen elkaar in de private sfeer ontmoeten, gaat het er niet om te onderzoeken of de sterkste van hen uit het oogpunt van haar beleidsvoornemens wel in redelijkheid tot haar besluit kon komen. Men moet zich daarentegen de vraag stellen of de sterkste partij van haar positie een aanvaardbaar gebruik heeft gemaakt, hetgeen men alleen kan nagaan door allereerst het door haar gediceerde contract te houden tegen de achtergrond van de contracten, die door (andere) ondernemingen op hetzelfde marktgebied onder min of meer vergelijkbare omstandigheden worden aangeboden. Als dan blijkt dat deze contracten veel gunstiger zijn voor de wederpartij, dan kan men nog nader bezien of de overheid als contractante bepaalde gronden had om niettemin een eenzijdiger beding in het contract op te nemen. Ook daarbij zal weer met tal van maatschappelijke factoren - dus niet alleen met de belangen van partijen - rekening gehouden moeten worden. In feite bevindt alleen de burgerlijke rechter zich in de positie om het hierbedoelde uitgangspunt te kiezen. Wel kan hij onder bepaalde omstandigheden tot een scherpere beoordeling komen door bij toetsing van overheids-optreden gebruik te maken van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur."⁸⁹

Ad 3: De algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Een overeenkomst waarbij de overheid partij is zou geldigheid kunnen ontberen wegens strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Praktisch alle schrijvers over het overheidsovereenkomstenrecht bepleiten de toetsing van contracten aan beginselen van behoorlijk bestuur.⁹⁰ Sommige schrijvers achten voor een specifiek beginsel van behoorlijk bestuur een speciale rol weggelegd. Spier opteert bijvoorbeeld met name voor het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel als grond voor nietigheid van overeenkomsten, waarbij de overheid een "exorbitante" of een wezenlijk andere tegenprestatie verlangt dan zij in gelijke omstandigheden bij een ander bedong.⁹¹

Konijnenbelt⁹² acht het verbod van "détournement de procédure" van belang inhoudende dat het verboden is een op zichzelf aanvaardbaar doel na te streven via een verkeerde procedure. Bij overeenkomsten die clausules bevatten die niet als voorschrift aan

89. D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten*, diss., Amsterdam 1982, p. 185 e.v.

90. Zie o.a.: M. Troostwijk, *preadvies VAR 1956*, p. 61 t/m 69, en vooral ook A.R. Bloembergen, *Bouwrechtmonografie*, p. 46 en in de *Van Opstallbundel*, p. 28; W.C.L. van der Grinten, *AA XII*, p. 143; J.W.H. de Planque, *BR 1980*, p. 75 e.v.; Spier, *diss.*, no. 60 en 68; M. Scheltema, *BR 1975*, p. 508 en 521, Lubach, *diss.*, p. 104, 145 e.v. en 199 en voorts de literatuurverwijzingen in *contractenrecht VIII*, nr. 61.

91. Spier, *diss.*, p. 116, 117.

92. Konijnenbelt, *preadvies NJV 1980*, *Hand NJV 1980*, I, eerste stuk, p. 115 e.v.

een met de overeenkomst corresponderende beschikking kunnen worden verbonden, zou dit beginsel een rol kunnen spelen. Ook noemt Konijnenbelt nog het hiermee nauw verwante fair play-beginsel, dat een rol zou kunnen spelen wanneer het volgen van de privaatrechtelijke weg tot gevolg zou hebben dat de betrokken burger mogelijkheden worden ontnomen die hij bij de publiekrechtelijke weg wel zou hebben.

Over de vraag of de beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn in die gevallen, waarin de overheid handelt als eigenaar, of anderszins op grond van een privaatrechtelijke bevoegdheid, werd door enkele van de oudere schrijvers zoals Wiarda, gearzeld.⁹³ In de jongere literatuur wordt voor een onverkorte toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gepleit steeds wanneer de overheid de overeenkomst hanteert als beleidsinstrument, dus óók wanneer de overheid contracteert op basis van haar eigendomsbevoegdheden.⁹⁴

Naar aanleiding van het arrest Amsterdam/Ikon⁹⁵ waarin de Hoge Raad overwoog dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen, lijkt men in de literatuur uit te gaan van de directe toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in privaatrechtelijke verhoudingen waar de overheid bij betrokken is. De literatuur over dit arrest spitst zich hoofdzakelijk toe op het vraagstuk van de (directe) toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur.⁹⁶

Behalve dat het Amsterdam/Ikon-arrest de vraag niet beantwoordt of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar huidig recht van toepassing zijn, als de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden hanteert buiten het kader van de uitvoering van overeenkomsten, of nog strikter zelfs buiten het kader van een erfpachtsverhouding, blijven er nog meer vragen onbeantwoord.

Zo kan men zich afvragen of alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur in dit kader een even belangrijke rol kunnen spelen. Zo wordt wel aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur (dat zijn de beginselen die zien op de procedurele kant van een besluit en niet op de inhoud ervan, zoals bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel, het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het formele rechtszekerheidsbeginsel) een bescheiden rol toegedacht dan aan de materiële beginselen.⁹⁷

93. Wiarda, WPNR 5067, p. 28. In deze richting gaan ook Huart, *Verspreide Geschriften*, p. 13 e.v. en eigenlijk ook Troostwijk, die, hoewel hij in theorie de toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur erkent, in zijn uitwerkingen blijk geeft toch nauwelijks een beperking van de contractsvrijheid in de beginselen van behoorlijk bestuur te zien; preadvies VAR 1956, *Geschriften VAR XXXV*, p. 59, 64 en 68.

94. Mariëtte Kobussen, *Het privaatrechtelijk overheidshandelen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, TvO 1986, p. 330 e.v. en p. 355 e.v.; M. Scheltema, BR 1975, p. 507 e.v.; N.S.J. Koeman, *Bestemmingsplan en privaatrecht*, 2e druk, p. 159; Lubach, diss., p. 145 e.v.; G.H.L. Weesing, *Dukbundel*, p. 324; C.J.J.M. Stolker, WPNR 5602.

95. HR 27 maart 1987, AB, 273 m.nt. FHvdB; NJ 727, m.nt. MS; BR p. 533 e.v., m.nt. P. de Haan.

96. Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Bestuur en burgerlijke rechter II*, AA 1988, p. 114 e.v.; A. de Moor-Van Vugt en M. Kobussen, *Hoge Raad verlaat Landsmeerdoctrine*, GS 6840, p. 297 e.v.; Willem Konijnenbelt, *Burgerlijke rechter en beginselen van behoorlijk bestuur*, GS 6841, p. 317 e.v. Zie ook de not van Scheltema bij dit arrest.

97. Vgl. HR 27 febr. 1987, NJ 584 (*Kenemer Avondscholengemeenschap*); K.F. Schuiling, GS 6803; *Van Wijk/Konijnenbelt*, a.w., p. 418; B.M.J. van der Meulen, *De burgerlijke rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur*, GS 6840.

Zoals hierboven aan de hand van enige voorbeelden al werd aangegeven, achten sommige schrijvers bepaalde algemene beginselen in het bijzonder aangewezen. Daarbij bestaat het gevaar dat sommige beginselen in een wat geforceerde toepassing op overeenkomsten oneigenlijk worden geïnterpreteerd of op zijn minst wel erg ruim uitgelegd (zoals bijvoorbeeld Spier doet met het evenredigheidsbeginsel⁹⁸).

Een andere vraag is wat het rechtsgevolg is van de constatering van strijdigheid van een overeenkomst met een beginsel van behoorlijk bestuur. Het rechtsgevolg dat aan een beschikking, die inbreuk maakt op een beginsel van behoorlijk bestuur, gekoppeld is, namelijk schorsing of vernietiging, is niet gelijk aan het rechtsgevolg dat intreedt als het gaat om een overeenkomst die op een dergelijk beginsel inbreuk maakt.

In de literatuur wordt aan de vraag wat dan wél het rechtsgevolg is, vaak voorbijgegaan. Men kijkt vaak niet verder dan de grenzen van het eigen vakgebied. Een groot aantal van de recente schrijvers, die zich met het overheidsovereenkomstenrecht bezig houden, zijn bestuursrechtelijk georiënteerde juristen, die doorgaans voor de gesignaleerde problemen publiekrechtelijke oplossingen aandragen (van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt bijzonder veel verwacht en als men er desondanks niet uitkomt wordt een nieuwe wettelijke regeling bepleit). Hooguit geeft men een suggestie over een mogelijke privaatrechtelijke oplossing. Dit brengt met zich mee dat men uit oogpunt van rechtssystematiek tot niet erg fraaie oplossingen komt, in die zin dat een in mijn ogen overdreven grote plaats wordt toegekend aan de rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het overheidsovereenkomstenrecht en dat verder de rechtsgevolgen van het toepassen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur op overeenkomsten onvoldoende wordt uitgewerkt. Exemplarisch hiervoor is een passage uit de dissertatie van Lubach. Wanneer het gaat om vrije overheidsbevoegdheden komt Lubach, vanuit een kritische houding ten opzichte van de tweewegenleer zoals die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt, tot de volgende conclusie. Ten aanzien van overeenkomsten die voor de medecontractant verdergaande verplichtingen creëren dan via voorschriften bij de beschikking mogelijk is, dienen de bij overeenkomst bedongen tegenprestaties verband te houden met de belangen waarmee rekening mag worden gehouden bij het geven van de corresponderende beschikking. Enige extra ruimte acht hij aanvaardbaar mits er een zeker evenwicht bestaat tussen de prestaties over en weer en de tegenprestatie i.c. het meest geschikt moet worden geacht om het gewenste doel te bereiken, met het minste nadeel voor de burger. Dit zou geëffectueerd kunnen worden door hetzij een wettelijke regeling in het leven te roepen, hetzij door toetsing van de overeenkomst aan het verbod van détournement de pouvoir, c.q. aan het motiveringsbeginsel en het materieel zorgvuldigheidsbeginsel, aldus Lubach, en "in de privaatrechtelijke sfeer kan worden gedacht aan de toepasselijkheid van het leerstuk van misbruik van omstandigheden".⁹⁹

98. Spier, diss., p. 13.

99. Lubach, diss., p. 156 en 157.

Dit laatste is m.i. niet duidelijk. De kwestie of bij overeenkomst bedongen tegenprestaties verband moeten houden met de belangen waarbij rekening mag worden gehouden bij het geven van de corresponderende beschikking, heeft betrekking op de geoorloofdheid van de inhoud van een overeenkomst. Lubach meent dat i.c. daarvoor het verbod van détournement de pouvoir, c.q. het motiveringsbeginsel en het materieel zorgvuldigheidsbeginsel toetsingscriteria zijn. Gesteld dat inderdaad schending van een van deze beginselen geconstateerd kan worden, wat is dan hiervan het rechtsgevolg? Ik zou menen dat indien de inhoud van een overeenkomst in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dit strijd met de openbare orde in de zin van art. 1373 BW oplevert en dus in principe nietigheid van de overeenkomst tot gevolg heeft¹⁰⁰, of de niet verschuldigdheid van de bedongen prestatie. In dit verband is de opmerking dat in de privaatrechtelijke "sfeer" kan worden gedacht aan misbruik van omstandigheden niet begrijpelijk, want het leerstuk van misbruik van omstandigheden heeft betrekking op de wijze van totstandkoming van overeenkomsten. Het ongeoorloofde karakter van de overeenkomst zit in dát geval in de wijze waarop iemand tot het aangaan van een overeenkomst gebracht wordt, en niet in de inhoud zelf van de overeenkomst.

Het is van groot belang de diverse privaatrechtelijke leerstukken zorgvuldig uit elkaar te houden, mede met het oog op de vast te stellen rechtsgevolgen. Zo levert naar NBW misbruik van omstandigheden als wilsgebrek vernietigbaarheid op, terwijl strijd met openbare orde of goede zeden tot nietigheid van rechtswege leidt.

4.3.3.1 *Overeenkomst of beding nietig als beschikking van gelijke inhoud dat is?*

Bij de bespreking van de literatuur over de tweewegenleer wil ik tot slot nog kort stilstaan bij de wel gehoorde bewering dat "een overeenkomst nietig behoort te zijn, wanneer een beschikking van gelijke inhoud dat is", aldus Spier en anderen.¹⁰¹ Zoals ik hiervoor al aangaf, zegt het feit dat een beschikking die wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur door een rechter is vernietigd, nog niets over de vraag welk rechtsgevolg aan een overeenkomst die in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet worden toegekend. Maar afgezien hiervan, is dit standpunt voor mij onbegrijpelijk en onlogisch omdat twee verschillende zaken, namelijk overeenkomsten en beschikkingen, over één kam geschoren worden door de zinsnede "van gelijke inhoud".¹⁰² Dit laatste is m.i. per definitie nooit het geval. Het is weliswaar zo dat een overeenkomst op hetzelfde onderwerp als een beschikking betrekking kan hebben, maar de tweezijdige wilsovereenstemming die aan iedere overeenkomst ten grondslag ligt maakt deze tot een zó andere rechtsfiguur dan de eenzijdige beschikking, dat

100. Merkwaardig is dat Lubach dit wel erkent in § 5.6, p. 199, waar hij de gevolgen van de gebrekkingheid van een beleidsovereenkomst bespreekt.

101. Spier, diss., nr. 66, Konijnenbelt, preadvies, p. 54, M. Scheltema, BR 1975, p. 507 e.v.

102. Vgl. een appel behoort rot te zijn als een peer van dezelfde (!) inhoud dat is. Je kunt rotte appels en rotte peren hebben, maar een appel is toch niet rot wanneer en omdat een peer dat is? Bovendien: de inhoud van een rotte appel blijft toch nog steeds anders dan de inhoud van een rotte peer, ook al zijn beide rot.

men de inhoud van een overeenkomst niet kan vereenzelvigen met die van een beschikking. De inhoud van een overeenkomst bestaat immers uit de met elkaar corresponderende wilsverklaringen van beide partijen, de inhoud van een beschikking bestaat altijd maar uit de wilsverklaring van één partij, de beschikkinggever. Dat ook bij de totstandkoming van beschikkingen er in materiële zin overleg en overeenstemming tussen aanvrager en verlener kan hebben plaatsgevonden, doet hier niet aan af, noch dat de inhoud van een overeenkomst materieel door één partij kan zijn bepaald.

In het verlengde van bovengenoemde bewering ligt het standpunt dat bij overeenkomst geen andere tegenprestatie kan worden bedongen dan bij beschikking mogelijk geweest zou zijn. Lubach stelt bijvoorbeeld dat wanneer het gaat om gebonden bevoegdheden de ruimte voor de overheid voor het creëren van verplichtingen bij overeenkomst niet groter moet worden geacht dan die bij vergunningsvoorschrift.¹⁰³ Spier formuleert het zo: een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij de overheid voordelen bedingt die zij in het publiekrecht niet zou hebben mogen bedingen (ik zou zeggen: opleggen, JAW), is nietig.¹⁰⁴ In zijn algemeenheid kan men dit naar mijn mening niet beweren. Men kan hoogstens zeggen dat voor de overheid bepaalde normen gelden, die vigeren zowel bij publiekrechtelijk als ook bij privaatrechtelijk handelen, bijvoorbeeld wanneer de wet een strikt gebonden publiekrechtelijke bevoegdheid aan een overheidsorgaan toekent. Dit komt overigens zelden voor. Indien in een dergelijk geval met betrekking tot de uitoefening van de betreffende publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gecontracteerd, is het denkbaar dat voor wat betreft de geoorloofdheid van de bedingen de ruimte bij overeenkomst niet groter moet worden geacht dan de voorwaarden die bij beschikking kunnen worden gegeven, omdat de overeenkomst anders in strijd komt met de wet of de strekking ervan. In het geval de wettelijke regeling tevens als exclusief en dwingend moet worden opgevat, acht ik het zelfs goed voorstelbaar dat uit (de strekking van) de wet kan volgen dat de privaatrechtelijke weg niet eens begaanbaar moet worden geacht, dus dat er helemaal niet over gecontracteerd kan worden.

Bijna altijd echter gaat de toekenning van een publiekrechtelijke bevoegdheid gepaard met enige mate van beleidsvrijheid. Deze beleidsruimte die er is, kan in principe worden benut om de privaatrechtelijke weg te bewandelen als de overheid dat wenselijk vindt, zolang zij de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid (wettelijke voorschriften en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) maar niet overschrijdt. Dit is m.i. de essentie van de tweewegenleer. Bovengenoemde opvatting van Spier en Lubach mist dit. Door een te algemene en daardoor ongenueanceerde formulering wordt de tweewegenleer voor een groter gedeelte terzijde geschoven dan gezien de (bepaalde) reikwijdte van hun standpunt gerechtvaardigd zou zijn.

103. Lubach, diss., p. 157.

104. Spier, diss., p. 132.

4.3.4 Eigen opvatting over de keuzevrijheid tussen de publiek- en de privaatrechtelijke weg

De vraag of het privaatrechtelijk optreden van de overheid geoorloofd is dient beantwoord te worden aan de hand van de in § 4.2 aangegeven privaatrechtelijke criteria, strijd met de wet en strijd met de openbare orde of goede zeden, misbruik van omstandigheden, misbruik van bevoegdheid en eventueel strijd met de redelijkheid en billijkheid. In deze kaders dient mede toepassing te worden gegeven aan de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.

Men is in mijn ogen nog niet klaar als men zegt "een overeenkomst die in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is ongeoorloofd", zoals veel bestuursrechtelijk georiënteerde juristen doen. Dat is te simpel en te ongenueanceerd. De inhoudelijke grenzen van de contractsvrijheid worden alleen dan volledig zichtbaar, wanneer men het contractuele handelen van de overheid meer specificceert naar de gevallen waarin het ongeoorloofde karakter precies gelegen is; in de wijze van totstandkoming, de inhoud, de wijze van uitvoering of het anderszins gebruik maken van privaatrechtelijke bevoegdheid. Als men dan mede door toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan vaststellen dat een bepaalde privaatrechtelijke norm is geschonden, volgt daaruit vanzelf het bijbehorende rechtsgevolg. In 4.4 zal ik een en ander adstrueren.

De meeste schrijvers benaderen het probleem van de keuzevrijheid van de overheid op basis van de tweewegenleer als een vrijheid om ófwel de publiekrechtelijke weg te volgen (vooropgesteld dat die er is) ófwel de privaatrechtelijke weg. Echter erkenning ten principale van de keuzevrijheid houdt m.i. niet uitsluitend erkenning in van de twee mogelijkheden: óf de publiekrechtelijke of de privaatrechtelijke weg, maar óók van een derde mogelijkheid. Deze is dat de overheid *zowel* publiekrechtelijk *als* privaatrechtelijk optreedt om een gewenst resultaat te bereiken. Voorbeelden hiervan zijn legio. De burger die denkt met een standplaatsvergunning krachtens de APV een marktkraam op de openbare weg te mogen zetten, blijkt ook nog civielrechtelijke toestemming van de gemeente als eigenaar van de openbare weg nodig te hebben.¹⁰⁵ De visser die vergunning kreeg voor het plaatsen van kweeknetten voor vis in de Waddenzee, kan van de verleende vergunning niet eerder een rechtmatig gebruik maken dan wanneer hem door de rechthebbende ook privaatrechtelijke toestemming is verleend.¹⁰⁶ Behalve dat burgers gehouden zijn bestemmingsplanvoorschriften na te leven krachtens de wet, nemen gemeenten bedingen tot naleving van bestemmingsplanvoorschriften op met flinke boeteclausules in overeenkomsten tot grondverkoop.¹⁰⁷

Erkenning van de tweewegenleer houdt in principe ook erkenning in van de mogelijkheid om èn publiekrechtelijk èn privaatrechtelijk op te treden. Indien de publiekrecht-

105. Meer hierover in § 7.3.3.2.

106. Aldus Vz.AR 30 juli 1985, AB 1986, 541, m.nt. HJdR. Zie de bespreking ervan in § 7.3.3.2.

107. Zie § 7.3.4.1.

telijke weg niet als dwingend en exclusief valt te beschouwen, wil dat zeggen dat niet alleen twee wegen voor de overheid openstaan, maar ook een dubbele rijbaan!

Een andere kwestie die in de literatuur naar voren wordt gebracht bij de bespreking van de tweewegenleer is de positie van derden-belanghebbenden bij contracten die de overheid aangaat. Gesteld wordt dan dat een overeenkomst of bedingen daarvan nietig zijn, indien derden-belanghebbenden minder rechtsbescherming hebben dan het geval zou zijn geweest indien de publiekrechtelijke weg gevolgd was. Zo meent Koeman dat wanneer een beleidsovereenkomst een onderwerp betreft waarvan in redelijkheid mag worden aangenomen dat daarbij belangen van derden betrokken zijn, en dat zij tegen de overeenkomst bezwaar zouden hebben gehad, alsmede indien in het kader van het sluiten van de overeenkomst aan derden geen mogelijkheid tot inspraak is gegeven, terwijl bij toepassing van de publiekrechtelijke regeling wel mogelijkheden van bezwaar en beroep zouden hebben bestaan, alleen al om die reden spoedig kan worden aangenomen dat de overeenkomst of één of meer bedingen daaruit nietig zijn.¹⁰⁸ Lubach bepleit met betrekking tot de positie van derden-belanghebbenden toetsing van de overeenkomst aan het materieel en formeel zorgvuldigheidsbeginsel en staat daarnaast een wettelijke regeling voor, die voor derden-belanghebbenden inspraak bij en bezwaar en beroep tegen overeenkomsten mogelijk maakt.¹⁰⁹

Ik acht het onwenselijk dat als grond voor de nietigheid van de overeenkomst de bescherming van de positie van derden-belanghebbenden kan gelden. Dit nog afgezien van de vraag hoe men vermeende niet-gerechtigde verschillen in de positie van de derden-belanghebbende, al naar gelang de overheid gebruik maakt van de privaatrechtelijke danwel publiekrechtelijke weg, meet en waardeert. Naar mijn mening bindt de overeenkomst alleen partijen, en is het betwisten van de rechtsgeldigheid ervan evenzeer een zaak tussen partijen.

Het is m.i. onaanvaardbaar dat een tussen overheid en wederpartij gesloten overeenkomst opeens nietig blijkt te zijn op grond van bezwaren van derden-belanghebbenden. In zo'n geval worden de rechten van de wederpartij van de overheid niet gerespecteerd. Het zou het contracteren met de overheid tot een riskante zaak maken.

Indien een overeenkomst de belangen van derden schaadt, ligt de weg van de onrechtmatige daadsactie open.¹¹⁰ Zo kan de derde op basis van art. 1401 BW bijvoorbeeld bij de rechter schadevergoeding vragen indien hij als gevolg van de overeenkomst schade lijdt, dan wel, indien hij er op tijd bij is, een verbod tot het geven van uitvoering aan een overeenkomst indien daardoor op onrechtmatige wijze zijn belangen zouden worden geschonden. Het is m.i. wel wenselijk dat derden-belanghebbenden tijdig op de hoogte kunnen zijn van door de overheid nog aan te gane of reeds aangegane overeenkomsten die hun belangen raken. Het verdient dan ook aanbeveling om naar analogie van de regels over bekendmaking van besluiten, zoals geformuleerd in paragraaf 3.5

108. Koeman, preadvies NJV 1980, p. 47.

109. Lubach, diss., p. 166 e.v., m.n. ook p. 170, 179 en 191.

110. Zie Asser-Rutten-hartkamp II, nr. 270.

van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, in de toekomstige Algemene wet bestuursrecht de bepaling op te nemen dat de bekendmaking van het besluit een overeenkomst aan te gaan, geschiedt door kennisgeving van het besluit of de strekking ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze (vgl. art. 3.5.3 voorontwerp). Tevens dient de bepaling te worden opgenomen dat indien de mogelijkheid openstaat tegen (het aangaan van) de overeenkomst bezwaar te maken of beroep in te stellen, daarvan melding wordt gemaakt bij de bekendmaking van het besluit en dat vermeld wordt voor wie, binnen welke termijn en bij welke instantie de mogelijkheid van bezwaar of beroep openstaat (vgl. art. 3.5.5 voorontwerp). Ten aanzien van dit laatste dient bedacht te worden dat onder omstandigheden een besluit behalve als een rechtshandeling naar burgerlijk recht mede als een beschikking wordt beschouwd.

In het laatste geval heeft de derde-belanghebbende de mogelijkheden van bezwaar of beroep zoals voorzien in de Wet Arob. In het eerste geval staat voor de derde-belanghebbende de weg van art. 1401 BW open.

4.4 Het toepasselijke materiële recht. Eigen opvatting.

4.4.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is aangegeven welke de privaatrechtelijke bepalingen zijn die de contractsvrijheid beheersen. Vervolgens hebben we gezien welke normen in jurisprudentie en met name literatuur worden geformuleerd, die in het bijzonder zijn toegesneden op de overheid als contractant.

Zoals in hoofdstuk 3 is uiteengezet, gaat het er bij de vaststelling van de contractsvrijheid van de overheid om, hoe in het kader van de toepassing van de regels van het privaatrecht ook aan de bijzondere normen die voor de overheid gelden, gezien de aard van de rechtsverhouding waarin de overheid tot de burger staat, recht kan worden gedaan.

Zoals in het vorige hoofdstuk is aangegeven bevatten de begrippen en regels uit het privaatrecht genoeg ruimte om tevens toepassing te geven aan voor de overheid ook bij het optreden als contractspartij geldende publiekrechtelijke regels. Het voordeel van deze benadering is dat men uit oogpunt van rechtssystematiek een sluitend geheel krijgt, een "naadloze" integratie van publiek- en privaatrecht. Welke bijzondere regels van publiekrecht in dit kader een rol kunnen spelen, wordt hieronder uiteengezet.

4.4.2 Strijd met de wet, goede zeden of openbare orde

In 4.2.1 is uiteengezet dat de inhoudelijke criteria ter beoordeling van de contractsvrijheid in het algemeen worden gevormd door strijd met de wet en strijd met de openbare orde of goede zeden.

Op welke wijze nu kunnen deze algemene privaatrechtelijke criteria worden geconcretiseerd wanneer de geldigheid van een overeenkomst ter beoordeling staat, die door een publiekrechtelijke rechtspersoon is gesloten teneinde daarmee een bepaald algemeen belang te behartigen? In eerste instantie zal men voor een beoordeling in een concreet geval kennis moeten hebben van de preciese inhoud van de overeenkomst. Met name is van belang of er rechtstreeks over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid gecontracteerd wordt dan wel of de overheid in het kader van een bevoegdheidsuitoefening haar beleidsruimte benut door contracten te sluiten, óf dat er van een publiekrechtelijke bevoegdheid of regeling geen sprake is en de overheid via de privaatrechtelijke weg een geheel vrije beleidsruimte inhoud geeft. Afgezien van deze vragen die in de volgende hoofdstukken aan de orde komen, zijn er toch een aantal algemene regels te formuleren, die steeds als de overheid contracteert van belang zijn en in acht genomen moeten worden.

Strijd met de wet

Voor wat betreft de categorie strijd met de wet is van belang dat het naar huidig recht moet gaan om wettelijke regels in de zin van art. 99 RO, waarborgnormen dus en geen instructienormen.¹¹¹ Naar NBW wordt deze categorie kleiner, het moet dan gaan om wettelijke regels in de zin van art. 99 RO die wetten in formele zin zijn dan wel berusten op delegatie van de wet in formele zin.¹¹² Hoewel op deze verandering wel kritiek te leveren is, heeft zij in ieder geval dit bijkomstige voordeel dat duidelijk wordt dat strijdigheid van een overeenkomst met beleidsregels, pseudowetgeving, in ieder geval niet onder deze categorie valt. Naar huidig recht valt dit niet zo zeker te stellen omdat de Hoge Raad in het Avanti-arrest van 1985 er blijk van geeft dat onder omstandigheden beleidsregels als recht in de zin van art. 99 RO kunnen worden opgevat.¹¹³ Aangezien deze uitspraak nogal omstreden is in de literatuur¹¹⁴ en aangezien het NBW beleidsregels in deze categorie uitsluit, kan handelen in strijd met beleidsregels aanleiding zijn om te komen tot het oordeel dat er gehandeld is in strijd met openbare orde en goede zeden.

Grondrechten

Een in het bijzonder voor de overheid geldende beperking op de contractsvrijheid wordt gevormd door de in Grondwet en verdragen neergelegde grondrechten.

Bij de Grondwetsherziening van 1983 stelde de regering in de Memorie van Toelichting op wetsontwerp 13 872 inzake de klassieke grondrechten¹¹⁵ dat grondrechten gel-

111. Vgl. het Bourbon-arrest, HR 5 okt. 1849, W. 1058; zie in het kader van onrechtmatige daad het Zutphense Zuiderhaven-arrest (HR 23 nov. 1939, NJ 1940, 242), het Pluvier-arrest (HR 25 april 1969, NJ 303, m.nt. DJV) en het Ministeriële Resolutie-arrest (HR 7 jan. 1970, AB p. 131, m.nt. P).

112. Zie 4.2.1.

113. HR 11 okt. 1985, NJ 1986, 322, m.nt. MS en G, AB 1986, 84 m.nt. FHvdB, AA 1986, p. 493, m.nt. Hirsch Ballin.

114. Zie hierover C.A.J.M. Kortmann, Avanti, rijp voor sloop?, in RMTh 1987, p. 369 e.v.

115. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15.

den in elke relatie waarin de overheid tot de burger kan staan. In de relatie tussen de overheid als rechtspersoon naar privaatrecht en de burger gelden de grondrechten onverkort, aldus de regering. Men mag hier dan ook niet spreken van (doorgaans zwakkere) horizontale werking van grondrechten zoals tussen burgers onderling het geval kan zijn. Dit standpunt is in de parlementaire behandeling niet meer aan de orde gekomen, ondanks de ver strekkende consequenties die daaruit kunnen voortvloeien. Het probleem is dat het stringente grondwettelijke beperkingssysteem, maar overigens ook de beperkingsmogelijkheden in verdragen, niet zijn toegesneden op privaatrechtelijke verhoudingen. Het bij de Grondwetsherziening van 1983 ingevoerde nieuwe grondwettelijke systeem van beperking van grondrechten kenmerkt zich namelijk voor wat betreft verticale verhoudingen door een grote precisie door middel van nauwkeurig omschreven beperkingsclausules. Door gelijktijdige verwerping van de mogelijkheid van algemene beperkingen op grondrechten¹¹⁶, ligt in verticale verhoudingen het zwaartepunt van de rechtsbescherming bij beperking op grondrechten bij de formele wetgever.

Anders is het gesteld met de beperkingsmogelijkheden bij de aanvaarding van een mogelijke horizontale werking van grondrechten, dus in relaties tussen burgers onderling. De grondwettelijke beperkingsclausules zijn hiervoor niet speciaal bedoeld, de regering meende dat wetgever en rechter zélf moeten bepalen hoe in concreto inhoud wordt gegeven aan de doorwerking van grondrechten in het private rechtsverkeer.¹¹⁷ De regering stelde een glijdende schaal voor, variërend van een zeer lichte tot een zeer sterke vorm van doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen en merkte daarbij op dat deze vormen van horizontale werking per grondrechtsartikel en artikelonderdeel kunnen verschillen.¹¹⁸ De wetgever heeft de mogelijkheid om een grondrechtelijk belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken.¹¹⁹ Bij afwezigheid van wetgeving op dit punt is de rechter vrij om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de belangenafweging waarvoor hij zich gesteld ziet, in concreto te beslissen welk belang aan een bepaald grondrecht moet worden toegekend indien in een geschil tussen burgers een beroep op grondrechten wordt gedaan.¹²⁰ Het vraagstuk van de horizontale werking van grondrechten is hiermee nagenoeg geheel aan de rechter overgelaten.

Maar zoals gezegd, uit het standpunt van de regering volgt dat het privaatrechtelijk optreden van publiekrechtelijke rechtspersonen de verticale verhouding betreft en dit betekent dat publiekrechtelijke rechtspersonen bij overeenkomsten die een beperking van grondrechten inhouden, gehouden zijn de grondwettelijke beperkingsclausules in acht te nemen. Dit betekent dat contractuele beperkingen die niet een specifieke basis

116. Zie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, 2e druk, p. 52.

117. EK 1981-1982, 16 905-16 938, nr. 47 a, p. 11,12.

118. Zie hierover Kortmann, a.w., p. 43 e.v.

119. Denk bijvoorbeeld aan wetten op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het strafbaarstellen van rassendiscriminatie etc.

120. Voorbeelden hiervan zijn RvB A'dam, 24 dec. 1984, NJCM-bulletin 1985, p. 217 (Closed shop); HR 30 maart 1984, AB 366 (Turkse werknemster) en HR 22 jan. 1988, AB 96 (Maimonides Lyceum).

hebben in de formele wet of in een regeling vastgesteld krachtens delegatie van de formele wet (dit laatste is alleen geoorloofd in geval de Grondwet delegatie toestaat ten aanzien van het beperken van een grondrecht)¹²¹, nietig zijn wegens strijd met de Grondwet.

Ook ten aanzien van grondrechten in verdragen moet m.i. aangenomen worden dat contractuele beperkingen moeten berusten op de verdragsrechtelijke clausules op straffe van nietigheid (meer hierover in § 7.7.2). Dat dit tot wat gewrongen constructies leidt, blijkt uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 1983¹²², waar het privaatrechtelijke antenneverbod in een koopovereenkomst in strijd werd geoordeeld met art. 10 lid 2 ECRM, nadat het Hof ten aanzien van de geldigheid van het beding had overwogen dat de grens van het toelaatbare daar ligt "waar het beding ter bescherming van het publieke belang, ware het in een publiekrechtelijke regeling vastgelegd, in strijd zou komen met een hogere regeling". Het probleem is dat art. 10 lid 2 beperkingen op de vrijheid van meningsuiting toelaat in het belang van de daar genoemde doelcriteria "bij nationale wet". Over beperkingen van het grondrecht bij overeenkomst zegt het artikel niets. Het Hof "redt" zich eruit door eenzelfde toetsing te verrichten als ging het om een publiekrechtelijke regeling. Het is aardig bedacht maar daarmee worden van appels peren gemaakt.¹²³

In het kader van grondrechten en contractuele verhoudingen waarin de overheid staat, lijkt een grote maar ook problematische rol weggelegd voor het gelijkheidsbeginsel. Nu dit beginsel is neergelegd in art. 1 Gw, is voor een afzonderlijk bestaan van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in de relatie van bestuurder tot burger geen reden meer.¹²⁴ Gezien de zeer ruime betekenis en strekking die men bij de opneming van het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet voor ogen had¹²⁵, heeft het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur materieel naast art. 1 Gw geen zelfstandige betekenis meer. Wanneer een overeenkomst het gelijkheidsbeginsel schendt, levert dat sinds de Grondwetsherziening van 1983 strijd met de (grond)wet op.¹²⁶ Waar er een norm is van grondwettelijk niveau, bestaat er geen behoefte aan ongeschreven beginselenrecht.

De hier aan de orde zijnde categorie van art. 1373 BW strijd met de wet (en openbare orde of goede zeden) betreft de inhoud van overeenkomsten. Het gelijkheidsbeginsel van art. 1 Gw speelt in het kader van art 1373 BW dus alléén een rol, indien men kan zeggen dat de inhoud van een overeenkomst inbreuk maakt op het beginsel van een ge-

121. Zie Kortmann, a.w., p. 51 e.v.

122. Hof Leeuwarden 23 maart 1983, AB 336 (Antenneverbod Harlingen).

123. Vgl. 4.3.3.1.

124. Wel nog tussen overheidsinstellingen onderling.

125. Vgl. M.C.B. Burkens, *Gelijke Behandeling*, in de *Jeukensbundel*, 1982, p. 49

126. In deze zin ook F.H. van der Burg in punt 5 van zijn noot bij Amsterdam/Ikon, HR 27 maart 1987, AB, 273. A.G. Franx denkt hier anders over, zie punt 13 van zijn conclusie bij genoemd arrest, evenzo W. Konijnenbelt, *Burgerlijke rechter en beginselen van behoorlijk bestuur*, GS 6841 en A. de Moor-van Vugt en M. Kobussen, *Hoge Raad verlaat Landsmeerdoctrine*, GS 6840.

lijke behandeling in gelijke gevallen. De overheid zou het gelijkheidsbeginsel kunnen schenden in allerlei stadia van het contracteren, zoals bijvoorbeeld in de precontractuele fase ten aanzien van de keuze van contractspartner¹²⁷ of in de uitvoeringsfase zoals aan de orde kwam in Amsterdam/Ikon. In dat geval kan schending van het gelijkheidsbeginsel opleveren dat schending van de privaatrechtelijke goede trouw moet worden geconstateerd met de daaraan verbonden rechtsgevolgen. In de hier aan de orde zijnde categorie dient echter de inhoud van een overeenkomst getoetst te worden.

Wanneer maakt nu de inhoud van een overeenkomst inbreuk op het gelijkheidsbeginsel? In het algemeen kan men zeggen dat het gelijkheidsbeginsel geschonden wordt, indien zonder redelijke gronden wordt afgeweken van het gevoerde beleid. Dit wil niet zeggen dat het beleid niet kan worden veranderd; wel dat het beleid niet plotseling en zonder overgangsregeling kan worden omgegooid.¹²⁸ Maar is er een bepaald beleid vastgesteld, dan dienen gelijke gevallen gelijk behandeld te worden en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin zij verschillen.

Om een voorbeeld te noemen: een gemeente schendt m.i. art. 1 Gw indien zij in een erfpachtovereenkomst zonder goede redenen de ene contractspartij veel zwaardere verplichtingen oplegt dan de andere, terwijl de omstandigheden niet wezenlijk verschillen. Hierover meer in hoofdstuk 7.

Schending van het verbod van détournement de pouvoir wordt ook wel eens geconstitueerd als strijd met de wet. Men kan namelijk zeggen dat indien een bevoegdheid gebruikt wordt voor een doel dat buiten de regeling valt waarop die bevoegdheid berust (dus voor een "buitenwettelijk" doel), de bevoegdheid in strijd met de wet is gebruikt.¹²⁹ Bij buitenwettelijke bevoegdheden (bijvoorbeeld subsidiebevoegdheid op grond van een begrotingspost) is strijd met de wet ondenkbaar, dus dan zal eerder op détournement de pouvoir als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moeten worden teruggegrepen.

Een voorbeeld van een overeenkomst die wegens détournement de pouvoir mogelijk strijd met de wet oplevert, is het geval dat een gemeente de ruimte die een wettelijke discretionaire beschikkingsbevoegdheid geeft, gebruikt om privaatrechtelijke voorwaarden bij burgers te bedingen, die een ander doel behartigen dan de betreffende publiekrechtelijke bevoegdheid.¹³⁰ Te denken valt aan de in hoofdstuk 6 te bespreken overeenkomsten waarbij de mogelijkheid om vrijstelling van bouwverordeningsschriften te geven wordt gebruikt om bestemmingsplan-eisen nader in te vullen.

De conclusie is dat voor wat betreft de categorie strijd met de wet in de zin van art. 1373 BW, de overheid bij de vaststelling van de inhoud van contracten in het bijzonder in acht moet nemen de grondrechten, waaronder met name het gelijkheidsbeginsel, en onder omstandigheden het verbod van détournement de pouvoir.

127. Zie Pres. Rb. 's-Gravenhage, 22 jan. 1986, KG 106.

128. Ook het vertrouwensbeginsel kan dan geschonden zijn.

129. Konijnenbelt, a.w., p. 116 e.v.

130. Zie A.C. Otten, *Détournement de pouvoir in het privaatrecht*, BR 1988, p. 743 e.v. en naschrift van H.J. Simon, p. 746 e.v.

Welke zijn nu de in het bijzonder voor de overheid geldende regels van ongeschreven recht, waarvan schending strijd met de openbare orde of goede zeden in de zin van art. 1373 BW oplevert?¹³¹

Détournement de pouvoir

Zoals gezegd speelt het verbod van détournement de pouvoir als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zowel een rol bij wettelijke als bij buitenwettelijke bevoegdheden. Aangezien de specifieke doeleinden die de wetgever voor ogen zou hebben gehad in het laatste geval ontbreken, is vooral van belang dat overheidsbevoegdheden dienstig moeten zijn aan het algemeen belang en dus niet mogen worden gebruikt ten behoeve van een particulier belang.¹³² Denkbaar is dat het verbod van détournement de pouvoir geschonden wordt door een beding in een subsidieovereenkomst dat niet geacht kan worden een algemeen belang te dienen.

Directe toetsing van de toepassing van wettelijke bevoegdheden aan het verbod van détournement de pouvoir is overigens door de Hoge Raad sinds jaar en dag aanvaard.¹³³

Het vertrouwensbeginsel c.q. het materieel rechtszekerheidsbeginsel

Het vertrouwenbeginsel houdt in dat de overheid gehouden is opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen te honoreren. Het materiële rechtszekerheidsbeginsel, dat als het complement van het vertrouwensbeginsel is te beschouwen, houdt in dat bestaande regels ook worden toegepast en dat besluiten niet met terugwerkende kracht mogen worden gewijzigd ten nadele van de betrokken burgers. Voor het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel zie ik in deze categorie geen grote plaats.¹³⁴ Ik zie niet goed in hoe de inhoud van een overeenkomst inbreuk kan maken op de rechtszekerheid van de contractspartij of het bij hem opgewekte vertrouwen, omdat hij zelf betrokken is bij de vaststelling van de inhoud doordat hij zijn wilstoestemming moet geven. Een beding bijvoorbeeld waarbij de ene partij het overlaat aan de andere partij de inhoud van de rechtsbetrekking vast te stellen is in principe naar privaatrecht volkomen rechtsgeldig (betreft het een beding in algemene voorwaarden, dan is dit mogelijk anders). Voor deze beginselen zie ik hooguit een rol weggelegd bij de uitleg en aanvulling van overeen-

131. Bedacht moet worden dat als het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht wet wordt, strijd met de daarin gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, strijd met de wet oplevert.

132. In deze zin ook J.H.W. de Planque, BR 1980, p. 76.

133. Zie de Landsmeerarresten HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204 en het Zandvoortse woonruimte-vorderingsarrest HR 14 jan. 1949, NJ 557.

134. In tegenstelling tot Lubach, diss., p. 155.

komsten door eisen van redelijkheid en billijkheid¹³⁵; waartoe hebben partijen zich verbonden, wat hebben partijen redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen mogen afleiden en dergelijke.

Daarnaast zal het vertrouwensbeginsel een rol kunnen spelen in het kader van de goede trouw-toetsing. De vraag is echter wel of het publiekrechtelijke vertrouwensbeginsel nog veel kan toevoegen aan het vertrouwensbeginsel zoals dat in het BW is neergelegd en met name in de privaatrechtelijke jurisprudentie is ontwikkeld. Ik kom hier nog op terug.

Het materieel zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van willekeur

De volgende drie beginselen hebben rechtstreeks betrekking op de gevolgen van overheidsmaatregelen voor belangen van individuele burgers. Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat overheidsmaatregelen zo weinig mogelijk schade dienen te veroorzaken. Als belangen worden gekrenkt, dient de schade zo beperkt mogelijk te worden gehouden, eventueel door schadevergoeding toe te kennen of benadeelden een redelijke termijn te gunnen om zich op de nieuwe situatie in te stellen. Het tweede beginsel is het evenredigheidsbeginsel, dat met name bij sancties een evenredigheid eist tussen de sanctie en de aanleiding tot de sanctie. Het derde beginsel is het verbod van willekeur. Dit houdt in dat het besluit moet berusten op een belangenafweging die een toetsing op kennelijke onredelijkheid kan doorstaan. De wettelijke omschrijving van willekeur als beroepsgrond luidt "dat het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen".¹³⁶

Het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vat deze beginselen in art. 3.2.3 lid 2 als volgt samen: "De voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen".

Hoewel in het privaatrecht het iustum pretiumbeginsel wordt afgewezen als partijen op basis van een zuivere wilsvorming een contract aangaan (dus als er bijvoorbeeld geen sprake is van misbruik van omstandigheden), zie ik voor de hier genoemde beginselen wel plaats in het kader van de vraag of de inhoud van een overeenkomst strijd met de openbare orde of goede zeden oplevert. Ik meen dat de contractspartij van de overheid met succes een beroep op deze beginselen kan doen, indien hij meent dat de tegenprestatie waartoe hij zich verbonden heeft in geen verhouding staat tot datgene waartot zich de overheid heeft verbonden.¹³⁷ Men kan m.i. stellen dat de overheid op grond van haar taak het algemeen belang te behartigen, niet mag "overvragen", in deze zin dat zij gehouden is met haar contractanten verplichtingen overeen te komen die niet in een onredelijke verhouding staan tot haar eigen prestatie. Het willekeurcriterium kan hierbij goede dienst doen. Indien de gemeente bijvoorbeeld voor haar bereidheid een bestem-

135. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 279 e.v. en 289 e.v.

136. Zie art. 8 Wet Arob.

137. Zie Spier, diss., nr. 68, p. 135 e.v.

mingsplanwijzingsprocedure in gang te zetten een financiële voorwaarde bedingt dat een bedrag omvat van het tienvoudige van de werkelijke kosten, is dit in mijn ogen een schending van het verbod van willekeur. Ook valt te denken aan schending van dit criterium indien de overheid ongekend hoge boeteclausules opneemt ter naleving van bepaalde bedingen uit de overeenkomst.

De formele beginselen

Tot slot de vraag of strijd met enig formeel beginsel van behoorlijk bestuur een ongeoorloofde oorzaak aan een overeenkomst kan geven. In het administratiefrecht kennen we diverse formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur die met elkaar gemeen hebben dat zij zien op de procedurele kant van een besluit en niet op de inhoud ervan. De formele beginselen worden door de administratieve rechter het meest gebruikt als vernietigingsgrond; in dat geval blijft de mogelijkheid open dat de vernietigde beschikking inhoudelijk overeind kan blijven als de nieuwe beschikking maar procedureel correct tot stand komt. Welke zijn de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur? Het formeel zorgvuldigheidsbeginsel eist dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid en genomen. Het fair play-beginsel houdt in dat de overheid de burger geen mogelijkheden om voor zijn belang op te komen mag ontnemen door een overigens formeel-wettelijk wellicht correcte handelwijze; tevens moet elke schijn van partijdigheid worden vermeden. Het verbod van détournement de procédure is geschonden als een doel via een verkeerde procedure wordt nagestreefd, met name als dat ten koste gaat van rechtswaarborgen van betrokkenen. Het motiveringsbeginsel eist dat een besluit kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering en het formele rechtszekerheidsbeginsel tenslotte eist dat een besluit zodanig is geredigeerd dat het voldoende duidelijkheid biedt qua inhoud, reikwijdte, rechtsgevolgen en tijdstip van ingang.¹³⁸ Aangezien deze beginselen niet zien op de inhoud van besluiten, maar op de procedurele kant ervan, ligt toepasbaarheid bij de toetsing van de inhoud van overeenkomsten aan de openbare orde en goede zeden minder voor de hand.

Mogelijke vragen als: is de overeenkomst wel zorgvuldig voorbereid (formeel zorgvuldigheidsbeginsel), worden door middel van de overeenkomst de burger geen mogelijkheden ontnomen (fair play-beginsel) etc., hebben namelijk niet in eerste instantie betrekking op toetsing van de inhoud van de overeenkomst, maar op de wijze van totstandkoming. Het autonomie-beginsel dat aan het contractenrecht ten grondslag ligt, brengt met zich mee dat overeenkomsten niet hoeven te worden gemotiveerd om rechtsgeldig te zijn. Indien echter ook de inhoud van de overeenkomst een rol speelt bij toetsing aan een formeel beginsel, kunnen ze in dit kader toch relevant zijn. Bijvoorbeeld in geval men zich afvraagt of uit de strekking van een wet volgt dat de privaatrechtelijke weg in een bepaald geval niet mogelijk moet worden geacht, kan toetsing van de overeenkomst aan het verbod van détournement de procédure tot het oordeel leiden dat

138. Zie over deze beginselen Van Wijk/Konijnenbelt, a.w., p. 84 e.v.

de overeenkomst in strijd is met de openbare orde. Denkbaar is ook dat het fair play-beginsel een rol kan spelen wanneer het volgen van de privaatrechtelijke weg tot gevolg zou hebben dat de wederpartij mogelijkheden worden ontnomen die hij bij de publiekrechtelijke weg wel zou hebben.¹³⁹

Meer plaats voor de formele beginselen acht ik aanwezig bij het hieronder te bespreken leerstuk van misbruik van omstandigheden en in het kader van de goede trouwtoetsing.

Conclusie

De conclusie is dat bij de toetsing van de inhoud van overheidsovereenkomsten aan de openbare orde en goede zeden als privaatrechtelijke normen van ongeschreven recht, de ongeschreven publiekrechtelijke beginselen van het verbod van détournement de pouvoir, willekeur cum annexis (namelijk materieel zorgvuldigheids- en het evenredigheidsbeginsel) en eventueel ook nog het (eveneens in het privaatrecht sterk gefundeerde) vertrouwensbeginsel van toepassing zijn. Tevens zijn toepasbaar te achten het verbod van détournement de procédure en het fair play-beginsel. Schending van een van deze beginselen zal rechtstreeks strijd met de openbare orde en goede zeden opleveren.

4.4.3 Misbruik van omstandigheden

Denkbaar is dat publiekrechtelijke rechtspersonen door hun economische en juridische machtspositie als grootgrondbezitter en vergunningverlenende instantie misbruik kunnen maken van de situatie van afhankelijkheid waarin hun burger-contractant verkeert.¹⁴⁰ Zoals gezegd in 4.2.2 is voor de toepassing van misbruik van omstandigheden vereist dat de wederpartij, de benarde positie van het slachtoffer kennende, de overeenkomst sluit, hoewel hij wegens de voor hem kenbare nadelen die voor het slachtoffer uit de overeenkomst voortvloeien van het sluiten van de overeenkomst c.q. van het bedingen van bepaalde condities daarin, had behoren af te zien.¹⁴¹ Bij de vraag wanneer de overheid misbruik maakt, dient uiteraard rekening te worden gehouden met de bijzondere positie die de overheid als behartiger van het algemeen belang heeft. Daarbij kunnen sociaal-economische factoren en beleidsvragen niet buiten beschouwing gelaten worden. Ook allerlei feitelijke factoren zullen in aanmerking genomen en gewogen moeten worden.

Diverse schrijvers achten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van belang in het kader van een toetsing aan misbruik van omstandigheden.¹⁴² Een andere opvatting heeft Ruitinga, die de algemene beginselen niet zaligmakend acht op het vlak van het privaatrecht, waar het gaat om het beoordelen van het overheidsoptreden in de contractuele relatie. Hij bepleit dat voor de vraag of door de overheid in privaatrechtelijk

139. In deze zin Konijnenbelt, zie hiervoor p. 77.

140. Zie B.M.J. van der Meulen, *Geen ruimte voor wilsgebreken bij de overheid?*, TvO 1988, p. 400.

141. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 214.

142. Bijv. Lubach, a.w., p. 157.

verband misbruik van machtspositie is gemaakt, in beginsel dezelfde civielrechtelijke criteria dienen te worden gehanteerd, als waaraan het handelen van de particulier wordt getoetst.¹⁴³

De meeste schrijvers kennen een rol toe aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van een zeer algemeen geformuleerde misbruiktoetsing (zij praten over misbruik van bevoegdheid of feitelijke machtspositie à la Kruseman) zonder dat zij hun beschouwingen inpassen in of relateren aan de privaatrechtelijke leerstukken van misbruik van omstandigheden of misbruik van bevoegdheid. Daardoor hanteren zij een breder misbruik-begrip dan ik in dit kader doe, zodat zij ook eerder op ongeschreven publiekrechtelijke regels stuiten die zij van toepassing achten.

Aangezien ik het misbruik in het veel strakkere kader van misbruik van omstandigheden (art. 3.2.10 lid 4 NBW) plaats, kost het mij meer moeite te illustreren op welke wijze de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de vraag of de overheid misbruik maakt van omstandigheden, iets extra's toevoegt aan de reeds bestaande civielrechtelijke criteria uit het oogpunt van materiële rechtsbescherming van de contractspartij van de overheid. Hieronder volgen enige voorbeelden die aangeven wanneer de overheid, bij het iemand ertoe bewegen een contract met een bepaalde inhoud aan te gaan, een bepaald algemeen beginsel van behoorlijk bestuur schendt waardoor de "delictsomschrijving" van misbruik van omstandigheden kan worden vervuld.

De formele beginselen van behoorlijk bestuur kunnen hier m.i. van waarde zijn, met name het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het fair play beginsel. Nu zal niet iedere schending van genoemde beginselen altijd misbruik van omstandigheden opleveren, maar een geconstateerde schending kan wel een bijdrage leveren tot een dergelijk oordeel. Schending van het fair play-beginsel kan ontstaan wanneer de overheid met een op zich toegestane handelwijze toch belangen van burgers krenkt, maar unfair optreden is niet altijd gelijk te stellen met misbruik van omstandigheden. Mijn indruk is dat unfair handelen wel als onoirbaar wordt beschouwd, maar niet iedere vorm van unfair handelen zal dermate onoirbaar worden geacht dat misbruik van omstandigheden wordt aangenomen. In dat geval levert toepassing van het fair play-beginsel in dit kader ons niets op. Een voorbeeld van schending van het fair play-beginsel in het kader van misbruik van omstandigheden is het geval waarin een gemeente wel een bouwvergunning voor de bouw van een huis afgeeft, terwijl vervolgens rioolaansluiting, waarvan de verlening van een woonvergunning afhankelijk is, geweigerd wordt als niet eerst een overeenkomst wordt gesloten met allerlei bezwarende voorwaarden. Verder valt nog te denken aan het aannemen van misbruik van omstandigheden in geval de overheid het verbod van willekeur schendt, omdat aan de overeenkomst een kennelijk onredelijke belangenafweging ten grondslag ligt. (De overheid had, alle belangen afwegende, wegens de voor haar kenbare nadelen die voor de wederpartij uit de overeenkomst voortvloeien, in redelijkheid van het aangaan van de overeenkomst behoren af te zien). Ik geloof echter dat ook hier een geconstateerde schending van het willekeurverbod niet automatisch,

143. D.P. Ruitinga, diss., a.w., 1982, p. 185-189.

maar wel gemakkelijker tot het oordeel leidt, dat er sprake kan zijn van misbruik van omstandigheden.

De conclusie is dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de formele beginselen en mogelijk het verbod van willekeur, bij het leerstuk van misbruik van omstandigheden van toepassing zijn, maar dat dit niet wil zeggen dat een geconstateerde schending rechtstreeks misbruik oplevert.

4.4.4 Strijd met de redelijkheid en billijkheid

Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de goede trouwtoetsing een rol kunnen spelen, is sinds het arrest Amsterdam/Ikon¹⁴⁴ als een regel van positief recht te beschouwen. Het ging in deze zaak om een vordering van de gemeente ter verkrijging van een verbod aan Ikon om het door haar als kantoor gebruikte perceel - waarvan de gemeente eigenaar is en Ikon erpachter- anders dan als woonhuis te gebruiken. Grondslag van deze vordering was, dat het perceel volgens de erfpachtsvoorwaarden moet worden gebruikt en ingericht als woonhuis en dat het volgens de Algemene Bepalingen van voortdurende erfpacht het de erpachter niet geoorloofd is deze bestemming te veranderen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van B en W. B en W weigerden de toestemming te geven. In het arrest Amsterdam/Ikon zegt de Hoge Raad dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als één van die beginselen (art. 1 Gw 1983 werkte nog niet toen het geschil ontstond, JAW) - in acht moet nemen. Voorzover gesteld wordt dat het gelijkheidsbeginsel slechts aan de orde kan komen in het kader van de toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf en daarom hier een zwakkere werking dan in het bestuursrecht zou hebben, gaat men uit van een onjuiste rechtsopvatting aldus de Hoge Raad. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt vervolgens door de Hoge Raad verworpen omdat er in dit geval geen sprake was van een rechtens relevante strijd met het gelijkheidsbeginsel op grond van de enkele omstandigheid dat de gemeente in een op zichzelf staand geval zonder voldoende grond ten gunste van een ander dan Ikon een uitzondering heeft gemaakt op haar vaste beleid, ook al zou die uitzondering niet zijn terug te voeren op een vergissing van de zijde van de gemeente. In dit verband maakt de Hoge Raad nog de opmerking dat in geval een burger een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel en dit beroep staft met een opsomming van gevallen die naar zijn mening aan het zijne gelijke zijn en door het overheidslichaam anders zijn behandeld, het op de weg van het overheidslichaam ligt zich over een en ander uit te laten en een eventuele ongelijke behandeling te verklaren.

Naar aanleiding van dit arrest wil ik drie punten bespreken: a) de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, b) de reikwijdte van dit arrest en c) de vraag welke algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de goede trouwtoetsing van belang zijn.

144. HR 27 maart 1987, AB 273, m.nt. FHvdB, NJ 727, m.nt. MS.

a) De toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In de literatuur speelt, in het kader van de vraag of de overheid in privaatrechtelijke relaties met burgers gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de kwestie of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur direct dan wel indirect, via het willekeurcriterium, van toepassing zijn een grote rol. De op dit punt niet altijd even duidelijke jurisprudentie was hiervoor een goede voedingsbodem. De indirecte toetsing werd geïntroduceerd in de Landsmeer-arresten¹⁴⁵: de burgerlijke rechter mag het optreden van de overheid rechtstreeks toetsen op détournement de pouvoir en willekeur, maar de (overige) algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen slechts in het kader van de willekeurstoetsing aan de orde komen. Het arrest Zijpe en Hazepolder¹⁴⁶ wekte in de literatuur de indruk dat de Hoge Raad dit standpunt had verlaten en de rechtstreekse toetsing van alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur had aanvaard. Die indruk werd echter weer gelogenstraft in het Sögüt-arrest¹⁴⁷, dat weer de Landsmeerformule volgde. In de lagere rechtspraak werd intussen wel direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur getoetst¹⁴⁸. In het Ontvangersarrest¹⁴⁹ valt over directe toetsing niets af te leiden en ook het Zuiderbad-arrest¹⁵⁰ was geen terugkomen op Landsmeer, zoals de A.G. Frankx opmerkt in punt 5 van zijn conclusie bij Amsterdam/Ikon. In het Tolkentarieven-arrest¹⁵¹ aanvaardde de Hoge Raad het standpunt dat de overheid bij een wijziging van de tarieven die zij hanteert in haar overeenkomsten met burgers, gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. En nu in het Amsterdam/Ikon arrest wordt met zoveel woorden gezegd dat een overheidslichaam bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen en dat die beginselen in zo'n geval geen zwakkere werking dan in het bestuursrecht hebben.

Sommigen menen dat de Hoge Raad hiermee nu definitief de Landsmeerformule heeft verlaten.¹⁵² Deze conclusie is te voorbarig. Het arrest zegt alleen iets over de uitoefening van een bevoegdheid op basis van een overeenkomst, dat wil zeggen over de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst. Het arrest laat nog steeds de mogelijkheid open dat buiten de door de goede trouw beheerste verhoudingen een enkele schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet tot onrechtmatigheid van de rechtsuitoefening leidt. Zoals Van der Burg in zijn noot zegt: de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook gelden bij het aangaan van overeenkomsten en in het bijzonder of het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel ook

145. HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204.

146. HR 2 dec. 1978, NJ 1979, 289.

147. HR 25 april 1980, NJ 1980, 416, AB 482.

148. Vgl. bijv. Pres. Rb Den Haag, 22 febr. 1979, AB 162 (uitzending dienstplichtigen naar Libanon).

149. HR 23 nov. 1984, NJ 1985, 605, m.nt. MS.

150. HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323.

151. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726, m.nt. MS.

152. Zie de in noot 139 genoemde noot van Scheltema bij dit arrest in de NJ en A. de Moor-van Vugt en M. Kobussen, Hoge Raad verlaat Landsmeerdoctrine, GS 6840.

gelden wanneer de overheid een contractspartner moet kiezen uit een aantal gegadigden, blijft wat de Hoge Raad betreft nog open. Hierover dadelijk meer onder b.

De Hoge Raad heeft dus alleen de directe toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanvaard in het kader van de door de goede trouw beheerste uitvoering van overeenkomsten. Met Nicolai kan ik dan ook in zoverre instemmen dat het arrest niet opzienbarend is.¹⁵³ Het ligt immers nogal voor de hand om in een contractuele relatie waarin partijen de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht hebben te nemen, als onderzocht moet worden of de overheid als contractspartij aan die eisen heeft voldaan, daarbij aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen.

Het is ook overigens maar zeer de vraag of aanvaarding van de directe toetsing in dit kader uit het oogpunt van rechtsbescherming veel oplevert. Het valt te betwijfelen of de bewegingsruimte van de overheid minder wordt.¹⁵⁴ Men kan heel goed de gewenste ruimte zoniet uit de breedte dan wel uit de lengte halen. Wat ik hiermee bedoel wordt door het Amsterdam/Ikon-arrest geïllustreerd. A.-G. Frankx meende namelijk in zijn conclusie dat niet iedere schending van het gelijkheidsbeginsel zonder meer strijd met de goede trouw ex art. 1374 lid 3 BW oplevert, maar slechts via toetsing aan het redelijkheidscriterium. In deze redenering kan men snel schending van het gelijkheidsbeginsel aannemen, het heeft echter pas rechtsgevolg als het een kennelijk onredelijke schending van het gelijkheidsbeginsel is. De Hoge Raad volgt niet deze redenering en zegt strijd met het gelijkheidsbeginsel is automatisch wél strijd met de goede trouw, alleen neemt de Hoge Raad pas schending van het gelijkheidsbeginsel aan, als het gaat om een "rechtens relevante" strijd. Voilà, de gewenste ruimte die de A.G. reserveerde door middel van indirecte toetsing, verschuift in de constructie van de Hoge Raad naar de toetsing aan het beginsel zelf. Als men niet zo snel schending van een beginsel aanneemt, heeft men de toetsing via het willekeurcriterium niet meer nodig. Dit betekent dat men de directe toetsing "betaalt" met een restrictieve uitleg van de beginselen, hetgeen per saldo dan niets extra's oplevert.¹⁵⁵

b) De reikwijdte van het Amsterdam/Ikon-arrest

Zoals hierboven vermeld heeft de Hoge Raad de directe toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alléén aanvaard in het kader van de door de goede trouw beheerste uitvoering van overeenkomsten. Het is m.i. goed denkbaar dat in situaties als contractswegering, het selecteren van contractspartners, en het weigeren van eigenaarstoestemming, de Landsmeerformule nog steeds van toepassing is. Zeker zullen

153. P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, NTB 1987, p. 94.

154. In deze zin ook Snijders, a.w., p. 56 en J.A.E. van der Does, *Overeenkomsten met de overheid*, preadvies 1987, Vereniging tot vergelijking van het recht van Nederland en België, p. 25 in TPR 1987, nr. 4, p. 1677.

155. Een dergelijke optische constructie treft men wel vaker aan, bijv. bij het grondwettelijke beperkingssysteem van grondrechten. Men heeft in de Grondwet 1983 een stringent beperkingssysteem ingevoerd maar daarbij wel de kanttekening gemaakt dat indien er beperkingen van grondrechten zouden bestaan die maatschappelijk geaccepteerd waren, maar niet berusten op het beperkingssysteem, de rechter de grondrechten restrictief kan uitleggen! Zie hierover uitvoerig Kortmann, a.w., p. 53.

bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden buiten rechtsverhoudingen waarop de goede trouw van toepassing is, publiekrechtelijke rechtspersonen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen. Dit strookt ook met de ruime toepassingsmogelijkheden die men ten aanzien van art. 3.1.1.15 NBW voor ogen heeft. Een directe toetsing ligt echter niet voor de hand. Wordt namelijk een privaatrechtelijke bevoegdheid uitgeoefend buiten de door de goede trouw beheerste rechtsverhoudingen, dan geldt daarvoor als privaatrechtelijke norm het verbod van misbruik van bevoegdheid neergelegd in art. 3.1.1.14 NBW.¹⁵⁶ Schending hiervan kan een onrechtmatige daad opleveren.¹⁵⁷ Een contractsweigerings, een uitoefening van het eigendomsrecht of iedere andere uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid wordt niet getoetst aan de eisen van de goede trouw en in dat kader eventueel rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar aan de norm zoals neergelegd in art. 3.1.1.14 NBW, namelijk of men naar redelijkheid tot die uitoefening had kunnen komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad. In dit kader zullen dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanzelfsprekend aan de orde komen.¹⁵⁸ Wat is dit anders dan de Landsmeerformule?

Met Nicolai¹⁵⁹ kan ik instemmen als hij zegt dat Amsterdam/Ikon nog steeds de mogelijkheid openlaat dat buiten de door de goede trouw beheerste verhoudingen een enkele schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet tot een onrechtmatige daad leidt. Dit nog afgezien van het feit dat voor de aanvaarding van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 BW nog veel méér nodig is: er moet voldaan zijn aan het schuldvereiste, de relativiteitseis en er moet causaal verband zijn tussen de onrechtmatige handeling en de geleden schade.¹⁶⁰

De conclusie is dat de reikwijdte van dit arrest op het punt van de directe toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperkt is tot door de goede trouw beheerste rechtsverhoudingen; zoals onder a aangegeven betekent aanvaarding van directe toetsing uit het oogpunt van rechtsbescherming echter niet veel als daarmee een restrictieve uitleg van de algemene beginselen gepaard gaat.

c) De algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de goede trouw-toetsing

Welke algemene beginselen van behoorlijk bestuur spelen in het bijzonder een rol in het kader van de goede trouw-toetsing?

156. Zie MvT bij dit art.: TK 1981-1982, 19 496, nr. 3, p. 11 en Aaftink in NJB 1976, p. 753 e.v. en TPR 1980, p. 723 e.v.

157. Als aan alle vereisten voor art. 1401 BW voldaan is. Zie P. Rodenburg, a.w., p. 83 e.v.

158. In deze zin Nicolai, a.w., p. 94.

159. Zie vorige noot.

160. Zie Willem Konijnenbelt, Burgerlijke rechter en beginselen van behoorlijk bestuur, GS 6841, p. 317-319; B.M.J. van der Meulen, De burgerlijke rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, GS 6840, p. 300 e.v.

Verbod van willekeur en détournement de pouvoir.

Over het verbod van willekeur en het daarmee samenhangende materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel zal ik kort zijn. De goede trouw-toetsing is toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Mij dunkt dat het publiekrechtelijke willekeursverbod dus geheel opgaat in de goede trouw-toetsing. Het is op zich overbodig om eerst aan het willekeurcriterium te toetsen omdat dit geheel overlapt wordt door de goede trouw-toetsing zelf, maar kwaad kan het niet. Voor détournement de pouvoir zie ik in het kader van de uitvoering van overeenkomsten geen grote plaats. Privaatrechtelijke bevoegdheden worden doorgaans niet verleend voor een bepaald doel, laat staan dat zij waarborgen zouden bevatten ten aanzien van de wijze waarop dat doel gerealiseerd moet worden.¹⁶¹ Voor de overheid geldt echter in zoverre een uitzondering, dat zij steeds gehouden is het algemeen belang te behartigen. Dit betekent dat men wellicht schending van het détournement de pouvoir-beginsel kan aannemen indien een publiekrechtelijke rechtspersoon uitvoering geeft aan een overeenkomst op dusdanige wijze dat daarmee niet een algemeen belang gediend kan zijn. In dat geval gebruikt zij haar bevoegdheid ten behoeve van een ander doel (namelijk een bijzonder belang) dan waarvoor zij bevoegdheden heeft (namelijk ter behartiging van het algemeen belang). Deze toetsing zal praktisch echter niet veel van een willekeurstoetsing verschillen.

Gelijkheidsbeginsel.

Het Amsterdam/Ikon-arrest illustreert dat het gelijkheidsbeginsel kan doorwerken in de uitvoering van een overeenkomst.

De werking van art. 1 Gw, dat inhoudt dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar gelang de mate van ongelijkheid, is problematisch omdat het veronderstelt dat er objectieve en redelijkerwijs te rechtvaardigen criteria voorhanden zijn, waarop een verschil in behandeling kan worden gebaseerd.¹⁶² Deze criteria zijn echter meestal niet aanwezig en daardoor wordt de rechter die met een beroep op het gelijkheidsbeginsel geconfronteerd wordt wel voor een zeer moeilijke taak gesteld. Voor enkele situaties zal het wetsontwerp van de Algemene wet gelijke behandeling de rechter een houvast geven.¹⁶³ De reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel is moeilijk vast te stellen. Blijkens het Amsterdam/Ikon-arrest vindt de Hoge Raad dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden is als in een op zichzelf staand geval ten opzichte van de een zonder voldoende grond wél een uitzondering op het vaste beleid wordt gemaakt, en ten opzichte van de ander niet. Dit standpunt is niet verwerpelijk, toch lijkt mij de handelwijze van Amsterdam nogal willekeurig. Maar misschien had Ikon beter dát kunnen zeggen en niet moeten aansturen op schending van dat lastige gelijkheidsbeginsel.¹⁶⁴

161. In deze zin H.J. Simon, De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht, BR 1988, p. 2 e.v.

162. Zie over het gelijkheidsbeginsel onder meer: M.C.B. Burkens, Gelijke behandeling, in de Jeukensbundel, p. 49; C.J.N. Versteden, Het falend gelijkheidsbeginsel, preadvies VAR 1985.

163. TK 1987-1988, 20501.

164. Vgl. bijv. AR 6 nov. 1984, AB 1985, 417.

Het vertrouwensbeginsel/materieel rechtszekerheidsbeginsel.

In het privaatrecht speelt vertrouwen een zeer grote rol. In de eerste plaats als kernregel van het overeenkomstenrecht: *pacta sunt servanda*. Verder speelt het vertrouwen een rol bij toestemming (Vgl. art. 3.2.3 NBW), bij vertegenwoordiging, toezeggingen, afgebroken onderhandelingen, uitleg van overeenkomsten, enz. Vranken meent dat men eigenlijk nagenoeg het gehele overeenkomstenrecht in de sleutel van opgewekt vertrouwen kan beschrijven.¹⁶⁵ Vandaar dat diverse schrijvers menen dat voor de burgerlijke rechter een bestuursrechtelijk vertrouwensbeginsel overbodig is.¹⁶⁶ Vooral het leerstuk van de toezeggingen is een voorbeeld van de wijze waarop het vertrouwensbeginsel leidt tot een onderlinge beïnvloeding van publiek- en privaatrecht.¹⁶⁷ In het arrest Patelski/Sittard¹⁶⁸ van 1985 is de gebondenheid van de overheid aan een toezegging dat een ambtelijke aanstelling zou worden verkregen door de burgerlijke rechter erkend. Uit het arrest Plas/Valburg¹⁶⁹ blijkt dat ook door feitelijk gedrag opgewekt vertrouwen tot gebondenheid kan leiden. Het vertrouwensbeginsel is als privaatrechtelijk beginsel m.i. al minstens zo sterk, zo niet sterker ontwikkeld dan het publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel. Een illustratie hiervan levert het arrest Patelski/Sittard: het niet honoreren van het opgewekte vertrouwen is rechtstreeks de grondslag voor de verplichting tot schadevergoeding. Indirecte toetsing via het willekeurcriterium vond hier niet plaats. Ook het feit dat de Hoge Raad in dit arrest geen betekenis hecht aan het al of niet eenzijdige karakter van een toezegging wijst er op dat in het privaatrecht het vertrouwensbeginsel een minstens zo ruim toepassingsbereik heeft als in het publiekrecht. Overigens blijkt uit rechtsoverweging 4.1 van het Amsterdam/Ikon-arrest nog expliciet dat de Hoge Raad ten aanzien van de werking van het vertrouwensbeginsel dezelfde opvatting heeft als ten aanzien van de werking van het gelijkheidsbeginsel, namelijk geen zwakkere werking dan in het bestuursrecht. De toegevoegde waarde van de directe toetsing door de gewone rechter aan het publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel lijkt mij dan ook minimaal.¹⁷⁰

In welk geval kan schending van het vertrouwensbeginsel strijd met de goede trouw opleveren? Stel dat in de Amsterdam/Ikon-casus Ikon aan de bevoegde gemeente-ambtenaren, vóórdat zij het perceel als kantoorpand in gebruik nam, gevraagd had of de gemeente in dit geval toestemming zou verlenen tot verandering van de bestemming als woonhuis en dat zij zouden hebben gezegd dat het wel goed zat met die toestemming, dan kan m.i. in dat geval het rechtmatig opgewekt vertrouwen onder omstandigheden

165. J.B.M. Vranken, *Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht*, in *Bestuursrecht en NBW*, p. 27.

166. Bijv. Simon, a.w., p. 10 en Lubach, AA 1987, p. 348.

167. Zie hierover Vranken, a.w., p. 31 en Ben Schueler, *Overheidstoezeggingen in het privaatrecht*, AA 1987, p. 350 e.v. Meer over toezeggingen in hoofdstuk 5.3 en 5.4.

168. HR 25 jan. 1985, NJ 559, m.nt. PAS.

169. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

170. In deze zin ook Simon, a.w., p. 10.

meebrengen dat te goeder trouw niet meer een beroep op de naleving van de erfpachtvoorwaarden kan worden gedaan.

De formele beginselen.

Bij de uitvoering van overeenkomsten zie ik een bescheiden rol weggelegd voor de formele beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel. Bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden uit overeenkomst die voor de wederpartij bezwarend kunnen zijn is motivering op haar plaats. In het Amsterdam/Ikon-arrest zegt de Hoge Raad dit met zoveel woorden. Wil de burger als contractspartij kunnen beoordelen of hij reden heeft bezwaar te maken tegen een bepaalde wijze van uitvoering van de overeenkomst, dan moet hij inzicht hebben in de redenen waarom de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon zo handelt. Dit bevordert de rechtsbescherming van de burger; zowel hijzelf als de rechter kunnen dan beter beoordelen of de handelwijze van de overheid-contractant geoorloofd is. Tevens past dit in de algemene gedachte dat de overheid in beginsel inzicht geeft en verantwoording aflegt over al haar handelen dat ingrijpt in het leven van burgers.¹⁷¹ Overigens wil dit nog niet zeggen dat nu iedere inbreuk op het motiveringsbeginsel in strijd is met de goede trouw. Naar analogie van Amsterdam/Ikon zou ik willen aannemen dat het hierbij moet gaan om een "rechtens relevante" inbreuk op het motiveringsbeginsel. Een dergelijke inbreuk acht ik bijvoorbeeld aanwezig indien bij de uitvoering van de overeenkomst afgeweken wordt van de gebruikelijke gang van zaken of van hetgeen de wederpartij mocht verwachten.

De conclusie is dat in het kader van de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid bijna alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder omstandigheden van directe toepassing kunnen zijn. Vooral aan het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel komt in deze fase veel gewicht toe.

Deze conclusie mag overigens geen verbazing wekken. De uitvoering van overeenkomsten en met name het doen van een beroep door de overheid-contractant op een voor de burger bezwarend beding, is een handeling die zich nog het meest met het eenzijdig optreden van de overheid als beschikkinggever laat vergelijken. Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hun grootste betekenis hebben en hun rechtsbescherming verlenende functie het beste vervullen naarmate de relatie overheid-burger méér eenrichtingsverkeer is, is hier wel gebleken.

171. In deze zin ook Snijders, a.w., p. 59.

OVEREENKOMSTEN EN TOEZEGGINGEN OVER DE UITOEFENING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE BEVOEGDHEDEN

5.1 Inleiding

Het komt voor dat publiekrechtelijke rechtspersonen bij contract disponeren over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en zelfs zo, dat de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden voor de toekomst aan banden wordt gelegd. De vraag is of dit geoorloofd is en aan welke regels dit getoetst moet worden. Men kan zich afvragen of de overheid, wanneer zij contracteert ten aanzien van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, zich niet verbindt op terreinen waar zij vrij dient te zijn. Het doel van het overheidshandelen is immers altijd het behartigen van het algemeen belang. Voor dat doel hebben overheidsorganen taken en bevoegdheden gekregen. Wanneer de overheid toezegt van haar publiekrechtelijke bevoegdheden gedurende enige tijd geen of slechts op een bepaalde manier gebruik te maken, kan dat tot gevolg hebben dat publiekrechtelijke bevoegdheidsverdelingen, waarborgen en procedures worden doorkruist.¹ Zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken, stelt de Hoge Raad zich tegenover deze doorkruising van het publiekrecht door het privaatrecht tot nu toe welwillend op.

Daarnaast rijst bij deze praktijk de vraag of het orgaan, over wiens bevoegdheidsuitoefening contractuele verplichtingen zijn aangegaan door de rechtspersoon, de hem opgedragen taak nog wel naar behoren kan vervullen. Voorstelbaar is namelijk dat op een gegeven moment de verplichtingen uit de overeenkomst in botsing komen met een goede vervulling van de publieke plichten van het overheidsorgaan. Dit raakt de uit de Landsmeer-arresten bekende problematiek van contractuele gebondenheid en onvoorziene omstandigheden.²

5.2 Ontwikkeling en uitgangspunten

Vroeger werd wel verdedigd dat overeenkomsten over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden in het geheel niet bestaanbaar waren. "Overheidsrechten kunnen niet het object zijn van een overeenkomst", aldus luidde de stellige bewering van het

1. Zie Lubach, diss., p. 142 en 146 e.v.

2. Vgl. de "imprévision"-bepaling art. 6.5.3.11 NBW.

kamerlid Visser van IJzendoorn in een in 1915 gehouden debat in de Tweede Kamer, door De Goede aangehaald in zijn preadvies voor de VAR in 1956.³ Deze opvatting is in de praktijk en in de rechtspraak nooit aanvaard, maar sloot wel aan bij een in de vorige eeuw en begin deze eeuw wijd verbreide overtuiging. De vraag in hoeverre een toezegging van de overheid van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te zullen maken, bindend is, is namelijk verwant met het vraagstuk inzake het contracteren over zaken buiten de handel.

Art. 1368 BW bepaalt dat alleen zaken in de handel voorwerp van overeenkomsten kunnen uitmaken. Voor de bepaling van de inhoud van het begrip zaken buiten de handel heeft men in de vorige eeuw aansluiting gezocht bij het door de Franse schrijver Proudhon⁴ ten aanzien van staatsgoederen gemaakte onderscheid in *domaine public* en *domaine privé*. Met zaken buiten de handel werden de staatsgoederen uit het *domaine public* bedoeld: zaken met een bestemming ten algemene nutte, waarop de regels van het privaatrecht niet van toepassing werden geacht.⁵ Dit standpunt is thans vrijwel geheel verlaten.⁶

Volgens de heersende opvatting wordt daar, waar de wet spreekt van zaken buiten de handel (bijv. in de artt. 593, 1210, 1368, 1480, 1770, 1990 BW, 491 Rv), geduid op goederen van (een) publiekrechtelijk rechtspersoon of van een particulier met een publieke bestemming. Op deze zaken is het privaatrecht van toepassing, voorzover de openbare bestemming zich hiertegen niet verzet. Aan een publiekrechtelijke rechtspersoon komen als eigenaar van voor de openbare dienst bestemde zaken alle bevoegdheden toe die het burgerlijk recht aan iedere eigenaar toekent; dergelijke zaken kunnen dan ook het onderwerp van burgerrechtelijke overeenkomsten zijn, voorzover de openbare bestemming daardoor niet wordt aangetast.⁷

Ten aanzien van publiekrechtelijke bevoegdheden zou men een analoge redenering kunnen volgen. Publiekrechtelijke rechtspersonen mogen bij contract disponeren over publiekrechtelijke bevoegdheden voorzover het openbaar belang zich er niet tegen verzet. Op deze lijn zit Van der Grinten die er op wijst dat de vraag of de overheid zich ten aanzien van haar publiekrechtelijke bevoegdheden kan binden, een vraag is betreffende de rechtsgeldigheid van de overeenkomst.⁸ In het algemeen acht Van der Grinten bijvoorbeeld overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden bij contract aan anderen, niet-overheidsinstellingen, niet mogelijk. Doch daarmee is niet gezegd dat de overheid

3. Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, Geschriften VAR 1956, XXXV, p. 20.

4. *Traité du Domaine Public*, 1833.

5. Zie hierover: E.M. Meijers, WPNR 2543 e.v.; *Privaatrechtelijke Opstellen II*, p. 106 e.v.; Vegting, *Publiek domein en zaken buiten de handel*, 1946.

6. Zie H.Ph.J.A.M. Hennekens, *De openbare weg en het privaatrecht*, diss., Nijmegen 1977, p. 13; Van der Hoeven, *De magische lijn*, a.w., p. 207; Donner, a.w. (1974), p. 150.

7. Vgl. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 237; A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, p. 234 e.v.; S. Gerbrandt, *De overheid als eigenares van onroerende zaken*, WPNR 5067. Zie wat de jurisprudentie betreft: *Rioolwaterlozing Huizen*, HR 19 jan. 1962, NJ 151 (m.nt. JHB); AB p. 540 en met name de conclusie van P.-G. Langemeijer; *Gorssele bomen*, HR 28 april 1961, NJ 433; AB p. 955; *Rijnsburgse Bos* 17 maart 1967, NJ 213 (m.nt. GJS); AA 1967, p. 279 en *Vergunningsvoorwaarde Waddinxveen*, KB 7 aug. 1963, nr. 59, AB 1964, p. 98

8. Zie diens noot bij het *Landsmeerarrest*, AA XII 1962-1963, p. 138.

zich niet kan binden in een bepaald geval geen gebruik te maken van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Verdedigbaar is dat bepaalde overeenkomsten waarbij de overheid zich verbindt geen gebruik te maken van een bepaalde bevoegdheid, uit het oogpunt van openbare orde niet aanvaardbaar zijn. Bij andere overeenkomsten hoeft dat niet het geval te zijn. Als criterium zouden dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dienst kunnen doen, aldus Van der Grinten. De overeenkomst is aanvaardbaar, indien zij niet in strijd is met een beginsel van behoorlijk bestuur.

Wiarda stelt voorop dat overeenkomsten die de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden tot onderwerp hebben en zeker overeenkomsten waarbij de uitoefening van die bevoegdheden voor de toekomst aan banden wordt gelegd, gerelateerd dienen te worden aan die bepalingen van het publiekrecht die de betreffende bevoegdheden regelen. Het is daarbij volgens Wiarda van belang of het publiekrecht bij het toekennen van bevoegdheden aan overheidsorganen een zekere mate van vrijheid laat ten aanzien van de wijze waarop deze zullen worden gehanteerd.

Dit uitgangspunt lijkt mij juist. De contractsvrijheid die de overheid toekomt ten aanzien van de overeenkomsten als waarvan hier sprake is, is ten nauwste verbonden aan de mate waarin de bevoegdheden waarop de overeenkomst betrekking heeft, een discretionair karakter dragen. De wet bepaalt of er discretionaire vrijheid is. De uitoefening van een discretionaire bevoegdheid wordt getoetst aan wet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wiarda zegt hierover: "Rechtskracht missen dus overeenkomsten, waarbij de overheid zich verbindt die bevoegdheden te hanteren op een wijze die met een juiste toepassing van deze wettelijke voorschriften of van de algemene beginselen van behoorlijke bestuur welke daarbij een rol kunnen spelen, onverenigbaar zijn. Van onverenigbaarheid kan niet alleen sprake zijn, indien hetgeen de overheid ten aanzien van het gebruik van haar bevoegdheden had toegezegd, afwijkt van het gebruik dat zij naar die voorschriften en beginselen daarvan behoort te maken, maar ook indien de overwegingen die aan de overeenkomst ten grondslag liggen, niet behoren tot die welke naar die voorschriften en beginselen de beslissing, omtrent het gebruik dat van die bevoegdheden moet worden gemaakt, mag beïnvloeden".⁹

Wiarda wijst erop dat de erkenning van overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden op bijzondere moeilijkheden stuit, indien de bevoegdheden die daardoor worden geraakt, door de desbetreffende publiekrechtelijke voorschriften aldus zijn geregeld, dat de wijze waarop die bevoegdheden moeten worden gehanteerd, rechtstreeks voortvloeit uit de wet. Kortom, wanneer het niet gaat om een discretionaire, maar een gebonden bevoegdheid. Immers daar waar de wet gebonden bevoegdheden geeft, klemmt des te meer de vraag of publiekrechtelijke rechtspersonen langs privaatrechtelijke weg mogen bereiken wat buiten het bereik van de bedoelde bevoegdheid lag.¹⁰

Wiarda's uitgangspunt, dat ten aanzien van de geldigheid van overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden de wettelijke regeling van de betreffende publiekrechtelijke bevoegdheid van groot belang is, acht ik juist. Uit de wettelijke regeling zelf of

9. Wiarda, WPNR 5067, p. 25.

10. Vgl. Troostwijk, Preadvies VAR 1956, p. 68.

uit de strekking, de ratio ervan, zal kunnen blijken of het contracteren over de betreffende bevoegdheid al of niet is verboden, of de betreffende bevoegdheid al of niet een discretionair karakter draagt en ter bescherming van welk doel, welke belangen de betreffende bevoegdheid aan een bepaald overheidsorgaan is gegeven. Deze elementen zijn van belang voor de beantwoording van de vraag of een overeenkomst met betrekking tot een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid al dan niet in strijd is met de wet of de openbare orde en goede zeden. Bij de beantwoording van die vraag kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur en détournement de pouvoir een rol spelen.

In dit hoofdstuk zal de rechtsgeldigheid van overeenkomsten en toezeggingen over de uitoefening van diverse soorten publiekrechtelijke bevoegdheden aan de orde komen. Een complicatie hierbij is de ontwikkeling in de jurisprudentie op het terrein van de gebondenheid aan toezeggingen.

5.3 Overeenkomsten en toezeggingen

Ten aanzien van het ontstaan van gebondenheid aan overeenkomsten is het gangbare systeem in het privaatrecht dat men pas binding aanneemt als een overeenkomst is tot stand gekomen. Het is een systeem van alles of niets: ofwel men gaat ervan uit dat een overeenkomst is tot stand gekomen en dan zijn partijen gebonden; ófwel er is geen overeenkomst tot stand gekomen en dan zijn partijen vrij, met dien verstande dat in het laatste geval soms een vordering uit onrechtmatige daad mogelijk is, namelijk wanneer het niet doorgaan van de overeenkomst als een handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kan worden beschouwd.¹¹

De klassieke benadering inhoudende dat pas gebondenheid wordt aangenomen indien een overeenkomst is tot stand gekomen, tenzij er sprake is van een onrechtmatige daad, is ook gehanteerd ten aanzien van toezeggingen. In het verderop te bespreken Bijstandsovereenkomstarrest van 1974¹² is de toezegging van de gemeente tot verlening van bijstand aangemerkt als een overeenkomst, omdat de Vereniging voor kinderbescherming de toezegging had aanvaard. In het arrest Heesch/Reys van 1981¹³ oordeelde de Hoge Raad dat een schriftelijke toezegging van Burgemeester en Wethouders om een voorstel tot het aangaan van een overeenkomst ter beslissing voor te leggen aan de gemeenteraad, nog niet een verbintenis uit overeenkomst tot nakoming van bedoelde toezegging doet ontstaan. Wel werd de zorgvuldigheidsplicht geschonden geacht, waardoor de gemeente aansprakelijk werd geacht uit onrechtmatige daad. Het arrest Patelski/Sittard¹⁴ van 1985 en ook wel het arrest Plas/Valburg¹⁵ wordt door sommigen

11. Zie bijv. HR 14 juni 1968, NJ 331 (Polak/Zwolsman) en HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg). Zie Vranken, a.w., p. 31.

12. HR 22 febr. 1974, NJ 1975, 381, m.nt. ARB.

13. HR 13 febr. 1981, NJ 456, m.nt. CJHB.

14. HR 25 jan. 1985, NJ 559, m.nt. PAS.

15. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, m.nt. CJHB.

gezien als een afwijking op het gangbare systeem: de toezegging of het opgewekt vertrouwen wordt door hen als een zelfstandige bron van verbintenissen gezien. Zonder dat sprake is van een overeenkomst of een onrechtmatige daad zou opgewekt vertrouwen dan tot gebondenheid leiden.¹⁶ Afgezien van het feit dat hier iets geheel nieuws in het privaatrecht wordt geïntroduceerd, is het m.i. onwenselijk is om meer buitenwettelijke gronden voor schadeplichtigheid te creëren dan strikt noodzakelijk is. Aangezien de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW ruim genoeg is om ook schending van opgewekt vertrouwen onderdak te bieden, vraag ik mij af wat het nut is van een dergelijke creatie. Ik ga er dan ook voor het vervolg van uit dat een toezegging ófwel door haar aanvaarding een overeenkomst doet ontstaan waarvan men bij wanprestatie nakoming en/of schadevergoeding kan vorderen ófwel een rechtsplicht medebrengt die bij niet nakoming schadeplichtigheid op grond van art. 1401 BW doet ontstaan.

De vraag die beantwoord moet worden is: wanneer zijn overeenkomsten of toezeggingen over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden geldig te achten en in hoeverre kan nakoming van de overeenkomst of het gestand doen van de toezegging dan wel schadevergoeding worden gevorderd? Zoals gezegd is in principe de ruimte voor publiekrechtelijke rechtspersonen om zich juridisch te binden ten aanzien van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden afhankelijk van de wettelijke regeling van de betreffende bevoegdheid. Wordt de uitoefening van de bevoegdheid contractueel of door een toezegging vastgelegd op een wijze die in strijd is met de wet of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dan is er sprake van strijd met de wet of openbare orde en goede zeden en zal in principe geen nakoming en/of schadevergoeding wegens niet nakoming kunnen worden gevorderd. Nu heeft echter de rechter al diverse malen de gebondenheid aan een toezegging of overeenkomst aangenomen in de vorm van schadevergoedingsverplichtingen, in gevallen waar een met de wet strijdige bevoegdheidsuitoefening was overeengekomen of toegezegd. In deze gevallen wordt de geldigheidsvraag ondergeschikt gemaakt aan de bescherming van het vertrouwen. Dit is een inbreuk op de klassieke benadering die inhoudt dat een niet geldige overeenkomst of toezegging geen binding doet ontstaan.

Uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt, dat onder omstandigheden toch binding van de overheid wordt aangenomen en dus het bij de burger opgewekte vertrouwen wordt beschermd, als de strijdigheid met de wet niet evident is en er geen sprake is van onredelijke bevoordeling. Op deze wijze wordt de contractsvrijheid van de overheid groter. Het ongeschreven recht c.q. het vertrouwensbeginsel breidt onder omstandigheden de contractsvrijheid uit. Welke omstandigheden daarvoor relevant zijn, zal in de loop van dit hoofdstuk nog aan de orde komen.

Het onderscheid tussen overeenkomsten en eenzijdige toezeggingen is vaak niet scherp te trekken. Van belang is daarom dat zoveel mogelijk dezelfde regels inzake totstandkoming, geldigheid en nietigheid van toepassing zijn. Titel 3.2 NBW, die het grootste deel van deze regels omvat, bewerkstelligt dat ook grotendeels, omdat deze titel

16. Zie Vranken, a.w. p. 33 en ook: H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, reeks Handelsrecht nr. 18 (1984).

in beginsel op alle rechtshandelingen van toepassing is.¹⁷ Een belangrijk verschil in rechtsgevolg is wel dat men bij niet-nakoming van een overeenkomst nakoming kan vorderen, terwijl men bij het niet gestand doen van eenzijdige toezeggingen in principe alleen schadevergoeding op grond van art. 1401 BW kan vorderen. Zoals we nog zullen zien wordt een uitzondering op de regel dat bij wanprestatie nakoming kan worden gevorderd, gevormd door het Landsmeercriterium: onvoorziene omstandigheden en de noodzaak van afwijking in het belang van een juist overheidsbeleid kunnen nopen tot afwijken van de overeenkomst. Hierover meer in 5.7.

Wat betreft de onderscheiden schadevergoedingsacties op grond van wanprestatie (art. 1279 e.v. BW) of art. 1401 BW is er echter geen principieel verschil wat betreft de mogelijke hoogte van de vergoeding: uit de te bespreken jurisprudentie blijkt dat onder omstandigheden bij het niet gestand doen van toezeggingen, de schadeplichtigheid niet beperkt blijft tot een vergoeding van het negatief belang (dat wil zeggen dat de eiser in de financiële positie gebracht wordt als ware de toezegging nooit gedaan), maar daarboven uit stijgt. Bij toezeggingen die niet gestand worden gedaan zal het immers doorgaans zo zijn dat de degene die de toezegging kreeg een voordeel mist (positief belang) en niet dat hij op zichzelf schade lijdt (negatief belang). De schadevergoedingsplicht zou in veel gevallen voor de eiser een dode mus zijn als dit alleen beperkt zou zijn tot vergoeding van het negatief belang.¹⁸

5.4 Overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot de aanstelling in de openbare dienst en de rechtspositie van ambtenaren

Overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot de aanstelling en de rechtspositie van ambtenaren werden in het verleden wel eens ongeldig geoordeeld.

Bekend is het geval van de Didamse onderwijzers van 1938.¹⁹ De gemeente Didam en Aalders waren overeengekomen dat laatstgenoemde in tijdelijke dienst als onderwijzeres zou worden aangesteld. Omdat het onzeker was of het Rijk het salaris zou willen vergoeden, tekende Aalders op advies van Burgemeester en Wethouders een verklaring waarin zij zich tegenover de gemeente verplichtte haar salaris over een zekere periode in de gemeentekas terug te storten, wanneer het Rijk niet tot vergoeding zou overgaan. Toen het Rijk slechts met een gedeeltelijke vergoeding over de brug kwam, kortte de gemeente Didam het salaris van de onderwijzeres, waarop deze een vordering instelde tot betaling van het gekorte bedrag. Het Hof overwoog dat de wedde van tijdelijk bij het openbaar onderwijs aangestelde krachten is geregeld in een algemene maatregel van bestuur berustend op art. 30 lid 2 van de Lager Onderwijswet 1920; dat een gemeente onbevoegd is om dat voorschrift te ontduiken door met een sollicitant een overeenkomst te sluiten en dat dus zo'n overeenkomst nietig is wegens strijd met de wet. Verder over-

17. Zie Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 85.

18. Zie Van Delft-Baas, NJB 1984, p. 130; Van Schendel preadvies VAR 1986, p. 75 i.v.m. titel 3.11 NBW.

19. Hof Arnhem 15 maart 1938, NJ 808.

woog het Hof dat "de aard van het ambtenaarschap meebrengt dat de rechten en plichten van de benoemde, juist omdat hij niet is aangesteld op arbeidscontract, geheel worden beheerst door de eenzijdig door de overheid vastgestelde en nader door haar eenzijdig te wijzigen voorschriften, onverschillig wat in de sollicitatiebrief over die rechten en plichten mocht zijn te kennen gegeven".

Het standpunt van het Hof is duidelijk; de materie van de rechten en plichten van ambtenaren is geheel en al exclusief geregeld in het administratief recht, daarover kunnen geen geldige overeenkomsten worden gesloten.

Verder is er nog een uitspraak van het ambtenarengerecht 's-Gravenhage 12 oktober 1953, AB 1955, 577 inzake een korporaal kleermaker op een onderzeeboot, die schadevergoeding van het Rijk vorderde toen enkele aan hem zelf toebehorende kledingstoffen, die hij was gehouden in een kist beschikbaar te hebben, bleken te zijn gestolen. Aan zijn vordering lag de stelling ten grondslag dat er ten aanzien van de kledingstoffen sprake was van een tussen hem en het Rijk gesloten overeenkomst tot bewaargeving. Het ambtenarengerecht stelde dat het uitgesloten was dat door de ambtenaar als zodanig en het Rijk ten aanzien van voormelde goederen overeenkomsten tot bewaargeving werden gesloten, "zijnde toch een kenmerk der ambtenaarsverhouding dat zij wordt beheerst door de daaromtrent vastgestelde algemeen verbindende voorschriften".

De rechtspositie van ambtenaren wordt wel gekarakteriseerd als een 'status', waarmee wordt bedoeld dat deze positie geheel door objectief recht, vervat in de toepasselijke wetten en reglementen wordt beheerst.²⁰ In de Ambtenarenwet 1929 komt deze aparte status tot uitdrukking in art. 1 dat een onderscheid maakt tussen de aangestelde in openbare dienst, die ambtenaar is in de zin van deze wet (lid 1) en degene met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten, die geen ambtenaar in de zin van deze wet is (lid 3). In het voetspoor van deze bepalingen pleegt men twee categorieën te onderscheiden: ambtenaren en arbeidscontractanten. In het ene geval is het Algemeen Rijksambtenarenreglement²¹ respectievelijk het provinciale, gemeentelijke, enzovoorts ambtenarenreglement van toepassing, in het andere geval de overeenkomst.

De vraag naar het karakter van de rechtspositie van de ambtenaar heeft bijzonder in de belangstelling gestaan toen de regering in de twintiger jaren de ambtenarensalarissen verlaagde, ondanks de bepaling van art. 40 Bezoldigingsbesluit die de bestaande salarissen uitdrukkelijk garandeerde. In het arrest Waarborg van genoten wedden²² deelde de Hoge Raad het standpunt van de regering dat zij het Bezoldigingsbesluit net zo goed als elke andere algemene maatregel van bestuur, binnen de grenzen van de wet, naar eigen goedvinden kon wijzigen en bevestigde hiermee dat de ambtenaarsverhouding wordt beheerst door eenzijdig door de overheid vast te stellen regels.

Uit deze wat oudere jurisprudentie van lagere rechters kan men concluderen dat in ieder geval de rechtspositie van ambtenaren - over de aanstelling dadelijk meer - géén voor-

20. Op overeenkomstige wijze als dat het geval is met bijvoorbeeld een onbewoonbaar verklaarde woning of de aanwijzing van een sultegebied.

21. ARAR, KB 12 jan. 1931, Stb. 248.

22. HR 25 maart 1927, NJ p. 385.

werp van overeenkomst kan zijn omdat de ambtenaarsverhouding geheel en al door regels van publiekrecht wordt beheerst. Juist gezien het onderscheid in rechtspositie dat gemaakt wordt tussen ambtenaren en arbeidscontractanten en gezien de tekst en strekking van de toepasselijke reglementen en voorschriften, is het karakter van de ambtenaarsverhouding van exclusief publiekrechtelijke aard. Contracten op dit punt zijn derhalve ongeoorloofd wegens strijd met de wet of de openbare orde. Dit wil echter niet zeggen dat er nooit enige binding voor de overheid kan ontstaan. Zoals bekend huldigt de hoogste ambtenarenrechter de opvatting dat onder omstandigheden het ongeschreven recht zich verzet tegen de toepassing van een wettelijke bepaling.²³ Het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel hebben diverse malen tot beslissingen in deze zin geleid.²⁴ Dit betekent dat de overheid gehouden kan zijn toezeggingen gestand te doen op grond van de bescherming van opgewekt vertrouwen, hoewel die in strijd zijn met een juiste wettoepassing. Dit gaat niet op, indien de strijdigheid evident is of indien de betrokkene van de strijdigheid op de hoogte was of dat had kunnen zijn.²⁵ Op deze wijze ontstaat toch binding aan toezeggingen die in strijd zijn met wettelijke bepalingen.

In tegenstelling tot hetgeen gezegd is over overeenkomsten met betrekking tot de rechtspositie van ambtenaren, zijn m.i. overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot de aanstelling tot ambtenaar heel goed mogelijk en in principe rechtsgeldig. De exclusieve publiekrechtelijke status treedt pas in als men ambtenaar is; over de aanstelling op zich zijn heel goed afspraken in de civielrechtelijke sfeer denkbaar. Dit standpunt werd verworpen in een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 1933²⁶, waarin het te oordelen kreeg over de toezegging van Burgemeester en Wethouders van Den Haag aan Kwint dat het in de bedoeling lag om hem na een goede taakvervulling (i.c. advies uitbrengen over de reorganisatie van de gemeenteboekhouding, waarvoor hij een maandelijks honorarium zou ontvangen) te benoemen tot chef van de afdeling. Toen Burgemeester en Wethouders een ander tot chef benoemden, vorderde Kwint schadevergoeding op grond van wanprestatie. Het Hof overwoog dat de gemeentewet de benoeming van de onderhavige ambtenaar aan Burgemeester en Wethouders opdraagt, dat Burgemeester en Wethouders bij de vervulling van deze bestuurstaak handelen als overheid en dat deze taak meebrengt dat zij slechts mogen benoemen als zij op het ogenblik dat zij daartoe het besluit nemen, van oordeel zijn dat dit in het belang is van de gemeentedienst en dat zij anders verplicht zijn haar na te laten. Daaruit volgt, als dus het Hof, dat de uitleg van de rechtbank juist is (namelijk dat hier geen sprake is van een voorwaardelijke overeenkomst), waaraan bij wijze van obiter dictum wordt toegevoegd dat, ook al was hier inderdaad sprake van een overeenkomst, Kwint hieraan toch nimmer rechten zou kunnen ontnemen. Kennelijk ligt aan deze laatste overweging de gedachte ten grondslag dat een dergelijke overeenkomst niet geldig zou zijn geweest. Een

23. CRvB 24 nov. 1971, AB 1972, 269.

24. Vgl. CRvB 5 maart 1974, AB 1975, 86; CRvB 18 febr. 1975, AB 243; CRvB 25 juni 1976, AB 278 en CRvB 11 febr. 1975, AB 248.

25. Vgl. CRvB 25 juni 1976, AB 278.

26. 10 november 1933, NJ 1934, 177.

vergelijkbaar geval is nog het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 28 april 1941, NJ 629. In dit geval betrof het iemand die op arbeidscontract werkzaam was geweest op het Departement van Defensie en die namens de minister de toezegging had gekregen dat, zou de ambtenarenrechter beslissen dat hij in zijn vorige functie ambtenaar was, hij ook bij Defensie als zodanig zou worden aangemerkt. Toen de minister, nadat de ambtenarenrechter had beslist dat hij in zijn vorige functie inderdaad ambtenaar was, weigerde de toezegging gestand te doen, vorderde S. schadevergoeding. Het Hof wees de vordering af, overwegende dat een ambtelijke aanstelling geen onderwerp van een overeenkomst kan uitmaken en dat het aanstellen van een ambtenaar het uitoefenen van een publiekrechtelijke functie is in het publiek belang, zodat de overheid niet het recht heeft over die uitoefening privaatrechtelijke overeenkomsten aan te gaan.

Anders oordeelde de Hoge Raad echter in het arrest Patelski/Sittard²⁷ van 1985. De Hoge Raad vernietigde het vonnis van de rechtbank, waarin de vordering wegens wanprestatie tegen de gemeente Sittard werd afgewezen, waaraan de stelling ten grondslag lag dat aan eiser een ambtelijke aanstelling zou zijn toegezegd, "omdat omtrent het uitoefenen van een publiekrechtelijke functie in het publiek belang geen bindende toezegging kon worden gedaan". De Hoge Raad oordeelde deze motivering van de rechtbank onjuist, zowel in zijn algemeenheid als in het bijzonder voor wat betreft toezeggingen omtrent het uitoefenen van de bevoegdheid tot aanstellen in de openbare dienst. De Hoge Raad: "Een door de overheid, al dan niet eenzijdig, aan een burger gedane toezegging betreffende diens aanstelling in de openbare dienst is - tenzij op grond van bijzondere omstandigheden, zoals omkoping, moet worden aangenomen, dat zij strijdig is met de wet, de openbare orde of goede zeden - ten minste in die zin bindend, dat de overheid, zo zij niet tot aanstelling overgaat, in beginsel verplicht is tot schadevergoeding". De Hoge Raad geeft te kennen dat er bijzondere omstandigheden kunnen zijn die aan een toezegging van de overheid de bindende kracht kunnen ontnemen wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden, bijvoorbeeld in geval de toezegging met ongeoorloofde middelen, zoals omkoping werd verkregen. Te denken valt ook aan minder exotische gevallen, bijvoorbeeld als de toezegging gedaan wordt aan iemand die onjuiste inlichtingen heeft verschaft of relevante informatie heeft achtergehouden.

De Hoge Raad vermeldt niet wat de grondslag is van de gebondenheid van de gemeente Sittard tot het gestand doen van de toezegging of anders het betalen van schadevergoeding. Met de annotator van dit arrest ben ik het eens dat hier niet aan een overeenkomst hoeft te worden gedacht, omdat uit het arrest met zoveel woorden kan worden afgeleid dat ook een eenzijdige toezegging voldoende kan worden geacht om de vordering te laten slagen. Ongetwijfeld is de grondslag voor de gebondenheid dan art. 1401 BW. Een overheidsinstantie handelt onrechtmatig, wanneer zij het door haar bij een particulier opgewekte rechtmatige vertrouwen niet honoreert.²⁸

27. HR 25 jan. 1985, NJ 559, m.nt. PAS. Zie hierover R.M. Schoonenberg, De privaatrechtelijke gevolgen van door de overheid gedane toezeggingen, WPNR 5765, p. 805 e.v.

28. In deze zin ook annotator PAS.

5.5 Overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot uitkeringen

De jurisprudentie op dit terrein kent een tweetal markante arresten. Het oudste en meest bekende is het Bijstandsovereenkomstarrest²⁹, dat door verschillende schrijvers als voorbeeld wordt aangehaald van een acceptatie door de Hoge Raad van een toezegging in strijd met de wet.

De gemeente Roosendaal en Nispen had zich in een overeenkomst jegens een Vereniging voor de Kinderbescherming verplicht, bijstand voor bepaalde (zogenaamde justitiële) minderjarige voogdijkinderen te verlenen in de vorm van een uitkering aan de Vereniging, er vanuitgaande dat art. 83 Algemene Bijstandswet daartoe voldoende ruimte bood. Toen later bleek dat volgens de Kroon, oordelend in een andere procedure, art. 83 ABW niet zo geïnterpreteerd mag worden dat kosten als die welke de gemeente aan de Vereniging vergoedde in de vorm van een bijstandsuitkering, voor zo'n vergoeding in aanmerking kwamen, werden de uitkeringen aan de Vereniging voor de Kinderbescherming stopgezet. De Vereniging vorderde daarop dat de gemeente haar toezeggingen om bijstand te verlenen zou nakomen. Zij baseerde zich primair op het bestaan van rechtens afdwingbare overeenkomsten tussen haar en de gemeente en subsidiair op onrechtmatige daad.

De Hoge Raad begint zijn beantwoording van de vraag of de gemeente aan de toezeggingen gebonden is met een tweetal belangwekkende vooropstellingen:

- "a) dat die toezeggingen strekten tot het vastleggen van de bijstandsverplichtingen welke in de voorstelling van het College (voor de verlening van Bijstand, JAW) voor de Gemeente bestonden tegenover de uit de Gemeente afkomstige minderjarigen over wie de Vereniging de voogdij had aanvaard of zou aanvaarden en dat het College er daarbij van uitging dat die toezeggingen binnen het kader van de Algemene Bijstandswet konden worden gedaan en dat, ... het bij art. 83 van die wet bepaalde daartoe voldoende ruimte bood;
- b) dat ... indien in gevallen als de onderhavige derden met het oog op door hen ten opzichte van bepaalde bijstandsbehoeftegen aanvaarde of te aanvaarden zorgverplichtingen de garantie behoeven dat de daaruit voortvloeiende kosten of een deel daarvan door de tot bijstand verplichte gemeente zullen worden gedragen, het recht zich er in beginsel niet tegen verzet dat het met de uitvoering van de Algemene Bijstandswet bevoegde orgaan zich namens de desbetreffende gemeente tot de betaling van die kosten verbindt".

Vervolgens concludeert de Hoge Raad dat de gemeente aan de toezeggingen gebonden is:

"dat, indien het College daarbij van een onjuiste opvatting ten aanzien van de juiste uitlegging van art. 83 is uitgegaan, daarin geen grond kan worden gevonden de Ge-

29. Ook wel bekend als Roosendaal/Kinderbescherming, HR 22 febr. 1974, NJ 1975, 381, m.nt. ARB, AB 153, m.nt. St, AA 1976, p. 42, m.nt. MS.

meente aan de toezeggingen van het College niet gebonden te achten, nu de Vereniging die toezeggingen had aanvaard in het door het College zelf opgewekte vertrouwen dat art. 83 voor die toezeggingen de ruimte bood; dat de wijze waarop dit artikel moest worden uitgelegd immers niet zo voor de hand lag dat de Vereniging had moeten begrijpen dat het College bij zijn toezeggingen van een onjuiste opvatting uitging en het onredelijk zou zijn de onzekerheid ten aanzien van de uitlegging van dit artikel voor rekening van de Vereniging te brengen; dat zulks mogelijk anders zou zijn, indien de Vereniging door genoemde toezeggingen zonder redelijke grond zou zijn bevoordeeld, doch daarvan geen sprake is, nu het hier gaat om de vergoeding van kosten, voortvloeiende uit de aanvaarding van voorgedijen, welke de Vereniging juist in vertrouwen op de toezeggingen van de inmiddels door de gemeente opgeheven Instelling en van het College op zich had genomen".

Uit de overweging van de Hoge Raad dat de toezeggingen door de Vereniging waren aanvaard, kan men concluderen dat het hier gaat om een eenzijdige overeenkomst en niet om een eenzijdige toezegging, in dit geval met alleen de verplichting voor de gemeente om bijstand te betalen.³⁰ Van groot belang is dat de Hoge Raad overeenkomsten waarin bijstandsverplichtingen worden vastgelegd, in beginsel rechtsgeldig acht (onder b). De Hoge Raad bevestigt met dit uitgangspunt wederom de tweewegenleer, die volgens de Kruseman-formule inhoudt dat de overheid van de privaatrechtelijke weg en in het bijzonder van de overeenkomst gebruik mag maken óók als er voor haar een publiekrechtelijke weg openstaat, behalve wanneer een wettelijk beletsel in de weg staat of wanneer zij dus doende misbruik maakt van haar bevoegdheden of van een feitelijke machtspositie.³¹ Bloembergen juicht het in zijn noot bij dit arrest in de NJ toe dat de Hoge Raad de berechte overeenkomsten heeft geaccepteerd en legt er de nadruk op dat dat nog helemaal niet wil zeggen dat nu iedere bijstandsverlening in de vorm van een overeenkomst gegoten kan worden. Een dergelijke overeenkomst met een bijstandsgerechtigde zelf zal als regel in strijd zijn met de Bijstandwet, aldus Bloembergen, bij wie ik me aansluit. Immers men doorkruist met zo'n overeenkomst de in de wet gegeven regelingen omtrent de aanvraag van bijstand, de procedure, het bezwaar en het beroep, kortom een exclusief bedoelde publiekrechtelijke regeling.

De overeenkomsten echter waarvan in casu sprake is hebben een andere inhoud. Zij beogen niet individuele bijstandsgerechtigden langs contractuele weg een recht op bijstand te geven, maar om derden met het oog op door hen ten opzichte van bepaalde bijstandsbehoeftegen aanvaarde zorgverplichtingen de garantie te geven dat de kosten daarvan door de tot bijstand verplichte gemeente zullen worden betaald. De Hoge Raad beperkt zijn overweging dat het recht zich er in beginsel niet tegen verzet dan ook nadrukkelijk tot dit geval.

Aangezien de Hoge Raad aannam dat de weg van de overeenkomst in beginsel openstond, moest vervolgens worden beslist of de gemeente aan de overeenkomst ge-

30. Zie de noot van Bloembergen in de NJ en Bloembergen, *Bouwrechtmonografie*, a.w., p. 16-18.

31. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366, m.nt. HB.

bonden was in verband met art. 83 van de ABW. Art. 83 luidt: "Een verplichting tot het verlenen van bijstand bestaat niet ten aanzien van een minderjarige, met betrekking tot wie een maatregel van justitiële kindbescherming is getroffen krachtens welke is voorzien in de noodzakelijke kosten van bestaan". Bloembergen ziet deze vraag vooral als een probleem van bevoegdheidsoverschrijding. Zijn redenering is als volgt: de overeenkomst is gesloten door het College dat belast is met de uitvoering van de Bijstandswet. Krachtens art. 83 bestaat er echter in dit geval geen verplichting tot het verlenen van bijstand. Nu het College overeenkomsten had gesloten buiten het voor hem gereserveerde terrein van bijstandsverlening, is het College zijn bevoegdheid te buiten gegaan. Desalniettemin is de gemeente gebonden omdat het College zelf het vertrouwen had opgewekt dat art. 83 voldoende ruimte bood en art. 83 niet zo duidelijk was dat de Vereniging beter had behoren te weten en omdat de Vereniging niet zonder redelijke grond was beoordeeld.

Het College voor de verlening van Bijstand is publiekrechtelijk het bevoegde orgaan op het gebied van de bijstandsverlening en de uitleg van de Bijstandswet. Dit levert m.i. de indicatie op dat de wederpartij er te goeder trouw van uit mag gaan dat de rechtspersoon de gemeente, in dit speciale geval, bevoegdelijk was vertegenwoordigd. Uitspraken van het College hebben in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente te gelden, zo zou men op basis van latere jurisprudentie kunnen redeneren.³² Aangezien de Hoge Raad de mededelingen van het College zelf over de uitlegging van art. 83 ABW relevant achtte, is het logisch om van de bevoegdheid van het College tot vertegenwoordiging van de rechtspersoon de gemeente uit te gaan en bijgevolg van bescherming van opgewekt vertrouwen.

Scheltema plaatst het arrest in het kader van overeenkomsten in strijd met de wet.³³ In dit licht bezien was de uitspraak van de Hoge Raad toen opmerkelijk vanwege de aanvaarding onder omstandigheden van gebondenheid aan met de wet strijdige overeenkomsten. Hierover zo dadelijk meer.

Spier plaatst voor de zekerheid het arrest zowel in het vertegenwoordigingskader als in het kader van overeenkomsten in strijd met de wet.³⁴

Zelf zie ik als kernpunt van de hele zaak dat de strijdigheid van de overeenkomst met de wet onduidelijk is. Het uitgangspunt van annotators en andere schrijvers over dit arrest is steeds dat de overeenkomsten met de voogdijvereniging in strijd waren met art. 83 ABW en vanuit dit gezichtspunt wordt gepoogd de uitspraak van de Hoge Raad te verklaren. Nu is dat om te beginnen aanvechtbaar. Verdedigbaar is dat art. 83 ABW dergelijke toezeggingen niet verbiedt. In de eerste plaats: waarop wordt de vermeende strijd gebaseerd? Op een uitspraak van de Kroon oordelend in administratief beroep³⁵, waarbij op een aanvraag om bijstand van een Vereniging ten behoeve van individuele

32. HR 6 april 1979 (Knabbel en Babel), NJ 1980, 34, m.nt. CJHB en HR 27 jan. 1984, NJ 545, m.nt. G (WGA/KOMO).

33. In diens noot in AA 1976, p. 42.

34. Spier, diss. p. 146.

35. KB van 7 nov. 1967, nr. 11, gelijklopend aan een KB van 22 nov. 1967, nr. 4, AB 1968, p. 619.

voogdikinderen werd beslist dat aan art. 83 de gedachte ten grondslag ligt, dat bedoelde rijkssubsidies tesamen met de financiële bronnen, welke de voogdij-instellingen overigens ter beschikking staan, toereikend zijn voor de noodzakelijke kosten van het bestaan, welke zich normaliter voordoen en dat dit artikel dan ook aldus is te verstaan dat het geen verplichting tot het verlenen van bijstand in de zin van de Algemene Bijstandswet inhoudt, in die gevallen waarin van Rijkswegen overeenkomstig de bepalingen van de Kinderbeginselenwet subsidie wordt verleend, behoudens het geval waarin zich kosten voordoen die een bijzonder karakter dragen. Aangezien van dit laatste niet was gebleken, oordeelde de Kroon dat op de desbetreffende aanvraag terecht afwijzend was beschikt.

Mijn stelling is deze: wanneer art. 83 zo geïnterpreteerd moet worden dat het geen verplichting oplegt aan gemeenten om justitiële voogdikinderen bijstand te geven, wil dat nog niet zeggen dat de toezegging van een gemeente aan een instelling door art. 83 verboden wordt. Dank zij de uitspraak van de Kroon weten we nu dat een justitieel voogdikind geen recht op bijstand van de gemeente kan afdwingen. Anderzijds sluit naar mijn mening de uitspraak niet uit dat de gemeente uit eigen wil aan een instelling bijstand kan verlenen en is eenmaal bijstand verleend dan kan de gemeente het ook niet als onverschuldigd betaald terugvorderen.

Scheltema daarentegen is van mening dat uit het artikel voortvloeit dat de gemeente niet onverplicht bijstand mag geven. Hij wijst daarbij op de toelichting bij deze bepaling waarin gesteld wordt dat het tot een onnodige wijziging van de organisatie van de kinderbescherming zou kunnen leiden als de taak van de gemeente zich ook tot deze minderjarigen zou uitstrekken. Dit verklaart echter mijns inziens nog helemaal niet waarom een gemeente dan geen bijstand zou mogen geven op vrijwillige basis, vooral daar niet te verwachten is dat een gemeente dat op grote schaal zou gaan doen. Ook zijn beroep op de andere redactie van art. 84 ABW ("aan een vreemdeling ... kan bijstand worden verleend ...") dat facultatief gesteld is, in tegenstelling tot het zijns inziens imperatief bedoelde art. 83 is nogal zwak, gezien de tekst van art. 83 en de interpretatie ervan door de Kroon in bovengenoemde uitspraak.

Tenslotte wijst ook de voorgeschiedenis van de ABW niet in die richting. In zijn conclusie bij het Bijstandsovereenkomstarrest wijst de advocaat-generaal erop, dat ook onder vigeur van de Armenwet regeling bij privaatrechtelijke overeenkomsten van de zogenaamde meerkosten gebruikelijk was geweest en dat ook toen bereids was beslist, dat gemeenten op grond van de Armenwet niet verplicht waren om die zogenaamde meerkosten aan voogdikinderen te betalen³⁶ maar dat zij dat overigens wél mochten doen.³⁷

In de tweede plaats gaat het hier niet om een beroepsprocedure naar aanleiding van een afwijzende beschikking op een bijstandsaanvraag van individuele bijstandsbehoeftegen, zoals het geval was in de aangehaalde Kroonuitspraak, maar om de nakoming van toezeggingen gedaan aan de Vereniging-rechtspersoon in verband met de door de Vere-

36. De A.-G. noemt in NJ 1975, 381, p. 1173 rechterkolom; KB 12 mei 1961, AB p. 561.

37. De A.-G. verwijst naar Kan in NJB 1961, p. 470 en Hagen, TvO 1961, nr. 809.

niging aanvaarde zorgverplichtingen ten opzichte van bepaalde bijstandbehoeftrigen. Kortom, het gaat niet om het verlenen van bijstand aan de Vereniging ingevolge de ABW (dat kan ook niet omdat de ABW geen bijstandsverlening kent anders dan aan een natuurlijk persoon), maar om de garantie van financiële steun aan de Vereniging in de kosten van verzorging van enkele voogdijkinderen. Anders gezegd: niet de rechtmatigheid van de bijstandsuitkering zelf staat ter discussie, maar de rechtmatigheid van een toezegging terzake. Ten aanzien dáárvan zegt de Hoge Raad in rechtsoverweging b dat het recht zich er in beginsel niet tegen verzet. Indien het juist is dat art. 83 ABW zich niet verzet tegen toezeggingen als waarvan hier sprake is, is de gebondenheid aan dergelijke toezeggingen natuurlijk vanzelfsprekend en zouden dergelijke toezeggingen jegens voogdijverenigingen te allen tijde rechtsgeldig kunnen worden gedaan.

Een andere kwestie is dat, als de gemeente Roosendaal geweten had dat art. 83 ABW geen verplichting inhield tot het verlenen van bijstand of dat mogelijk zelfs verbod, zij waarschijnlijk de betreffende toezeggingen niet zou hebben gedaan. Dit is af te leiden uit het feit dat de gemeente zich bij het stopzetten van de betalingen beriep op de uitspraak van de Kroon. Dit betekent dat de gemeente bij het doen van de bewuste toezeggingen gedwaald heeft ten aanzien van het recht, namelijk de uitleg van art. 83 ABW. Zij had dus in principe met een beroep op dwaling (art. 1358 BW) vernietiging van de overeenkomsten kunnen vragen. Dat heeft zij niet gedaan en dat is maar goed ook, aangezien een dergelijk beroep mijns inziens in dit geval toch geen kans van slagen zou hebben gehad. De dwaling moet namelijk, wil zij rechtens relevant zijn, verschoonbaar zijn, dat wil zeggen niet aan eigen schuld te wijten of onder eigen risico te brengen zijn. Of, anders gezegd, degene die onder invloed van dwaling een overeenkomst heeft gesloten kan niet met vrucht een beroep doen op dit gebrek, wanneer hij daardoor zou handelen in strijd met de goede trouw.³⁸

De dwaling van de gemeente over de uitleg van art. 83 Bijstandswet komt m.i. geheel en al voor risico en rekening van de gemeente³⁹, omdat het schuldvereiste hier niet speelt. Uitgangspunt moet in deze gevallen zijn dat de overheid in principe gebonden is aan en aansprakelijk is voor met de wet strijdige overeenkomsten of toezeggingen. Het is niet relevant of de onjuiste rechtsopvatting waarvan zij is uitgegaan verwijtbaar is. Zelfs de onvoorzienbaarheid van de juiste rechtsopvatting rechtvaardigt niet een ander standpunt. Indien de overheid een overeenkomst aangaat die in strijd met de wet blijkt te zijn, is de vraag wie de daardoor veroorzaakte schade moet dragen. Indien niemand van de rechtswaling een verwijt valt te maken, is het redelijk de overheid gebonden te ach-

38. Vgl. HR 15 nov. 1957, NJ 1958, 67, AA VII 1957-1958, p. 103 (Baris/Riezenkamp); HR 21 jan. 1966, NJ 183, m.nt. GJS; AA XVI 1967, p. 16, m.nt. G (Booy/Wisman) en HR 30 nov. 1973, NJ 1974, 97, m.nt. GJS, AA XXIII, p. 344, m.nt. G (Van der Beek/Van Dartel). Zie Asser-Rutten II, nr. 127, 128.

39. Merkwaardig genoeg lijkt Bloembergen er vanuit te gaan dat de Vereniging zou hebben gedwaald, zie in de noot onder het kopje 'Rechtswaling', eerste en laatste alinea. Wellicht is dit ingegeven in door de overweging van de Hoge Raad dat de Vereniging niet had hoeven te begrijpen dat het College bij zijn toezeggingen van een onjuiste opvatting uitging. Dit is echter i.c. niet zo relevant, omdat het hier gaat om een eenzijdige overeenkomst met alleen de verplichting voor de gemeente om bijstand te betalen.

ten en niet de schade of nadelen van de met de wet strijdige overeenkomst of toezegging te laten neerkomen op de burger, die geen reden had om te twijfelen aan de wettigheid ervan.⁴⁰ Zoals de Hoge Raad constateerde, was het het College voor de verlening van Bijstand zélf dat het vertrouwen had opgewekt dat art. 83 ABW voldoende ruimte bood. Dit college is, meer dan andere gemeentelijke instanties, bij uitstek het orgaan dat opheldering kan verschaffen over de uitleg van de Bijstandwet. Mede daarom moet de wederpartij kunnen vertrouwen op de door het College gegeven uitleg van die wet.

Echter ook als men heeft vertrouwd op een wetsinterpretatie van een bij uitstek deskundig overheidsorgaan, wordt men niet altijd beschermd. De Hoge Raad overweegt nog dat de wijze waarop art. 83 ABW moest worden uitgelegd niet zo voor de hand lag dat de Vereniging had moeten begrijpen, dat het College van een onjuiste opvatting uitging. Als het overheidsorgaan de wet evident verkeerd uitlegt, mag de burger daar niet op afgaan.⁴¹ Tot slot verdient aandacht de overweging van de Hoge Raad dat het onredelijk zou zijn de onzekerheid ten aanzien van de wetsuitlegging voor rekening van de Vereniging te brengen en dat dit mogelijk anders zou zijn geweest indien de Vereniging door genoemde toezeggingen zonder redelijke grond zou zijn bevoordeeld. Ook deze overweging past in de benadering, dat de gemeente zich niet te goeder trouw op dwaling had kunnen beroepen.

Meer recent is een vergelijkbaar geval behandeld door het Gerechtshof te Amsterdam.⁴² Een vrouw huwde na van het GAK gehoord te hebben dat dit geen gevolgen zou hebben voor haar uitkering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet. Na het huwelijk trok de Bedrijfsvereniging de uitkering in. De vrouw ging tegen de intrekking van de uitkering in beroep bij de Raad van beroep en vorderde tegelijkertijd bij de burgerlijke rechter schadevergoeding op grond van art. 1401 BW wegens de onrechtmatigheid van de verstrekte inlichtingen. De Bedrijfsvereniging betwistte bij de burgerlijke rechter de ontvankelijkheid van de vordering zolang de administratieve rechter niet had uitgesproken dat de intrekking van de uitkering in strijd met het recht was, aangezien eerst dan van een veroordeling tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad sprake zou kunnen zijn.

Het Hof oordeelde dat deze stelling de aard van de ingestelde vordering miskent, die niet de onrechtmatigheid van de beslissing van de Bedrijfsvereniging aan de orde stelt, maar de onrechtmatigheid van de inlichtingen. De inlichtingen zijn, aldus het Hof, hoe

40. Vgl. de jurisprudentie waarin de Hoge Raad de schuld in de zin van art. 1401 BW van een overheidslichaam gegeven acht, in geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met de hogere regeling strijdig en Mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen dan wel door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, resp. HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (Staat/Grosheide q.q.) en HR 26 sept. 1986, NJ 1987, 253 m.nt. MS (Staat/Hoffmann-La Roche BV). Zie ook S.C.J.J. Kortmann, De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg, oratie Nijmegen, 1985.

41. Bloembergen wijst in zijn noot in dit verband nog naar het Bailey-arrest (HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82, m.nt. JHB). De vergunninghouder op grond van de Rivierenwet heeft vrijheid van handelen, maar dit kan anders zijn als hem "duidelijk moet zijn geweest" dat een onredelijke belangenafweging aan de vergunningverlening ten grondslag heeft gelegen.

42. Gerechtshof A'dam 22 maart 1984, NJ 1985, 297.

dan ook onjuist en onzorgvuldig dus onrechtmatig geweest, nu zij tengevolge gehad hebben dat betrokkene huwde en dat haar uitkering werd ingetrokken. De betrokken medewerkers hadden, als de gestelde vraag moeilijk geweest was en studie vereist had, de beantwoording ervan moeten opschorten totdat verder onderzoek gedaan was of van hogerhand meer zekerheid was verkregen. Door dit niet te doen waren zij onzorgvuldig en handelden zij, ook al waren ze te goeder trouw, onrechtmatig. Mogelijk bonden zij de Bedrijfsvereniging niet in die zin dat deze verplicht was de uitkering voort te zetten, hierover oordeelt de gewone rechter niet, aldus het Hof, maar wel in die zin dat hun gedrag de bedrijfsvereniging aansprakelijk maakt en tot vergoeding van de schade verplicht. Tot slot overwoog het Hof dat betrokkene mocht afgaan op de inlichtingen die zij van het GAK als ter zake kundige instantie verkreeg en dat er voor haar geen aanleiding was aan de juistheid ervan te twijfelen.

Het Hof maakt hier een juiste onderscheiding: de onrechtmatigheid van de inlichtingen staat of valt niet met vernietiging of bekrachtiging van de beslissing van de Bedrijfsvereniging tot intrekking van de uitkering. Net als in het Bijstandsovereenkomstarrest mocht de wederpartij vertrouwen op de uitlatingen van de deskundige instantie en er was geen reden om te twijfelen aan de juistheid van de informatie. Wat de Centrale Raad van beroep ook beslist over de rechtmatigheid van de stopzetting van de uitkering, de mogelijke schade is het gevolg van de onjuiste inlichtingen.

De conclusie is dat publiekrechtelijke rechtspersonen overeenkomsten kunnen sluiten of toezeggingen kunnen doen over de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verlenen van een uitkering. Deze zijn in principe rechtsgeldig. Er ontstaat zelfs gebondenheid als de toezegging een met de wet strijdige handeling betreft, mits die strijdigheid niet evident is, de toezegging van bevoegde en deskundig te achten zijde is gedaan en de wederpartij er niet onredelijk door is bevoordeeld. Onder genoemde omstandigheden is de overheid dus gebonden aan overeenkomsten en toezeggingen die met de wet in strijd zijn, op grond van de bescherming van het opgewekte vertrouwen, het vertrouwensbeginsel. Betreft het een overeenkomst, dan moet een beroep van de overheid op de nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met de wet onder deze omstandigheden in strijd met de goede trouw worden geacht. Betreft het een eenzijdige toezegging dan zal de zorgvuldigheidsplicht ex art. 1401 BW bescherming van het opgewekte vertrouwen meebrengen.

5.6 "Overeenkomsten" en toezeggingen met betrekking tot de belastingheffing

5.6.1 Inleiding

Als enigzins vreemde eend in de bijt wordt hier aandacht besteed aan "overeenkomsten" en afspraken in de fiscale sfeer. Behandeling ervan is in zoverre "vreemd" omdat het privaatrecht hierop niet rechtstreeks van toepassing is. Dergelijke handelingen tussen fiscus en belastingplichtige worden beheerst door publiekrecht, namelijk door geschreven en ongeschreven regels van belastingrecht. Materieel gezien echter is de vraag naar de rechtsgeldigheid van en gebondenheid aan dergelijke afspraken vrijwel identiek te achten met de in dit hoofdstuk aan de orde zijnde problematiek. Materieel gezien loopt ook in de fiscale jurisprudentie het antwoord op deze vragen via de band van het vertrouwensbeginsel. Aangezien de bescherming van het opgewekte vertrouwen ook in de civielrechtelijke jurisprudentie voor de oplossing van deze kwestie een sleutelrol speelt, is het interessant om te weten of de toepassing die de belastingrechter aan het vertrouwensbeginsel geeft, afwijkt van wat we van de burgerlijke rechter gezien hebben. Mogelijk levert de uitkomst hiervan nieuwe gezichtspunten op.

De fiscale rechtspraak laat vele toepassingen van het vertrouwensbeginsel zien.⁴³ Het meest bekend zijn wellicht de arresten van 1978 waarin het ging om de bescherming van vertrouwen ontleend aan ministeriële circulaires en dergelijke die ter kennis van het publiek zijn gekomen. In deze arresten⁴⁴, die identieke overwegingen bevatten, wordt een bijzondere regel gegeven voor gevallen waarin de Inspecteur ten nadele van de belastingplichtige afwijkt van een op bepaalde wijze door de minister gegeven aanwijzing. Uitgesproken werd dat onder omstandigheden strikte toepassing van de wet waaruit de belastingschuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur, dat die toepassing achterwege dient te blijven. Met name kan dat het geval zijn met het beginsel van het opgewekte vertrouwen, indien een belastingplichtige in redelijkheid mocht vertrouwen dat zijn geval zou worden beoordeeld volgens de aanwijzingen van de minister van Financiën aan de belastingdienst, die, ook al werden zij noch in het Staatsblad noch in de Staatscourant opgenomen, op de een of andere wijze zijn gepubliceerd en aldus ter kennis van het publiek zijn gekomen. In dezelfde sfeer liggen uitlatingen in de vorm van ongevraagde inlichtingen van de belastingadministratie zoals persberichten, toelichtingen bij het aangiftebiljet en door de minister bij de totstandkoming van de wet gedane uitspraken. Voor het vervolg laat ik vertrouwen opgewekt door dit soort uitingen die gericht zijn tot grote groepen belastingplichtigen, buiten beschouwing. Het gaat hier om vertrouwen dat de belastingplichtige kan ontlenen aan gedragingen van "zijn" Inspecteur.

43. Zie voor een overzicht de conclusie van A.-G. Mok bij HR 23 juni 1982, AB 1983, 121, m.nt. FHvdB.

44. HR 12 april 1978, BNB nr. 135, 136, 137, m.nt. C.P. Tak; nr. 136 is tevens gepubliceerd in NJ 1979, 533, m.nt. MS, nr. 137 tevens in AB 1979, 262, m.nt. FHvdB.

Veelvuldig komt het voor dat de belastinginspecteur inlichtingen geeft aan belastingplichtigen, dan wel toezeggingen doet of afspraken maakt over de wijze van belastingheffing. Onder omstandigheden wordt door het hierdoor opgewekte vertrouwen bescherming verleend aan de belanghebbende, zelfs met buiten toepassing laten van de wet. Van belang daarvoor is wel dat het om een toezegging gaat. Wanneer het gaat om uitlatingen die niet als een toezegging of goedkeuring zijn op te vatten, doch waarin slechts algemene voorlichting wordt gegeven (bijvoorbeeld vergemakkelijking van het invullen van een aangiftebiljet), dient aan het beginsel dat de wet moet worden toegepast in zoverre meer gewicht te worden toegekend dan aan het vertrouwensbeginsel, dat de belastingadministratie in de regel door onjuistheden in de voorlichting niet wordt gebonden. Dit is slechts anders in geval de belastingplichtige de onjuistheid niet had hoeven te beseffen en tevens niet alleen de wettelijk verschuldigde belasting heeft te betalen, maar daarenboven schade lijdt doordat hij, afgaande op de onjuiste voorlichting, enige handeling heeft verricht of nagelaten.⁴⁵

Indien het gaat om als toezeggingen op te vatten uitlatingen van de fiscus, waaraan de belastingplichtige het vertrouwen heeft mogen ontlenuen dat de fiscus, na kennisneming van alle vereiste bijzonderheden van het de belastingplichtige zelf betreffende geval, aan wettelijke regels, zo omtrent de toepasselijkheid of de toepassing ervan vragen zijn gezeten, in zijn geval een bepaalde toepassing zal geven, zal bij een afweging als voormeld aan het vertrouwensbeginsel doorslaggevende betekenis moeten worden toegekend. Daarbij moet wel het voorbehoud worden gemaakt dat de door de belastingplichtige aan de fiscus verschaft, voor diens toezegging relevante gegevens, juist zijn en dat de gedane toezegging niet zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing dat de belastingplichtige op nakoming van die toezegging in redelijkheid niet mocht rekenen.⁴⁶

Van de inlichtingen en de toezegging is weer te onderscheiden de overeenkomst. Daaraan wordt hieronder aandacht besteed.

5.6.2 Fiscale overeenkomsten

Naar algemeen aanvaarde opvatting vloeit een belastingschuld rechtstreeks voort uit de wet en is de belastingaanslag een in beginsel declaratoire beschikking waarbij de belastingschuld niet in het leven wordt geroepen, doch slechts wordt vastgesteld. Het kan echter zowel voor de belastingplichtige als voor de belastingdienst van belang zijn, dat over de wijze waarop de belastingheffing zal plaatsvinden overeenstemming wordt bereikt, gezien het feit dat de belastingwetgeving niet altijd voor eenduidige uitleg vatbaar is en dat een voor een bepaald jaar ingenomen standpunt ten aanzien van de belastingaanslag ook in latere jaren door kan werken.⁴⁷ In de dagelijkse belastingpraktijk worden dan ook veelvuldig moeilijkheden betreffende de wijze van belastingheffing (bijvoorbeeld op welke wijze en voor welke bedragen moeten bepaalde vermogensbestanddelen

45. Zie HR 26 sept. 1979, AB 1980, 210 m.nt. P.J. Stolk; HR 9 maart 1988, AB 337, m.nt. FHvdB.

46. Aldus de HR in het in de vorige noot genoemde arrest van 1979.

47. Wiarda, WPNR 5067, p. 25.

worden getaxeerd) opgelost door een "overeenkomst" tussen de belastingplichtige en de belastingdienst. Dergelijke overeenkomsten worden ook wel fiscale compromissen genoemd.

Over het rechtskarakter van een fiscaal compromis bestaat verschil van mening. In de fiscale literatuur wordt veelal gesteld dat het hier publiekrechtelijke overeenkomsten betreft. Een uitwerking van deze constatering, te weten een beantwoording van de vraag door welke publiekrechtelijke regels een dergelijke overeenkomst dan wordt beheerst, treft men niet aan. Integendeel, tegelijkertijd wordt aanvaard dat de algemene (privaatrechtelijke) rechtsbeginselen ook gelden voor het compromis⁴⁸, dat het compromis "nogal wat privaatrechtelijke trekken heeft"⁴⁹, of dat het privaatrecht analogisch van toepassing is. Het hybridisch karakter van het fiscaal compromis blijkt ook uit het Rapport van de Commissie "Rechter en belastingadministratie tegenover het belastingrecht"⁵⁰: "In de regel pleegt het fiscale compromis te worden opgevat als een overeenkomst, waarbij belastingadministratie en belastingplichtige over en weer iets van hun standpunten opofferen om tot een oplossing van de gerezen geschilpunten te komen. Aldus komt men ertoe het fiscale compromis op te vatten als een verbintenisscheppende overeenkomst op het terrein van het administratieve vermogensrecht". Bij de verdere uitwerking heeft echter de meerderheid van de Commissie zich uitgesproken voor een ruimere omschrijving namelijk als een publiekrechtelijke vaststellingsovereenkomst, die géén verbintenissen scheidt maar declaratief vaststelt wat tussen partijen geldt. "Partijen zijn uiteraard aan de vaststellingsovereenkomst -zo deze geldig is- gebonden, maar deze gebondenheid kan niet worden beschouwd als een uit een verbintenisscheppende overeenkomst voortvloeiende verbintenis."⁵¹ De voorstelling dat bij het fiscale compromis de fiscus zich verbindt de aanslag naar een bepaald (lager) bedrag vast te stellen en de belastingplichtige om hierin te berusten⁵² wordt minder juist geacht. De aan het fiscale compromis ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomst dient gericht te zijn op het feitenbestand. Na het sluiten van een fiscaal compromis staan de feiten tussen partijen vast.

Wessels definieert: de fiscale overeenkomst is de overeenkomst tussen de fiscus en de belastingplichtige gericht op het voor hen op bindende wijze bepalen van (componenten van) de omvang van de belastingverbintenis.⁵³

De opvatting dat een fiscaal compromis een verbintenisscheppende overeenkomst zou zijn, is naar mijn mening principieel in strijd met de aard van het belastingrecht. Het

48. H.J.W. Klein Wassink, Het fiscale compromis, p. 127.

49. B. Wessels, Fiscale overeenkomst, p. 41 e.v.

50. Geschrift nr. 120 van de Vereniging voor Belastingwetenschappen, Rapport van de Commissie "Rechter en belastingadministratie tegenover het belastingrecht", Commissie-Detiger 1967, p. 68.

51. Rapport Commissie-Detiger, a.w., p. 70.

52. Zie bijvoorbeeld de door L. Lancée gegeven omschrijving in WPNR 4749 en 4750, jrg. 1963, p. 4: "Voor zo niet alle, dan toch voor de overgrote meerderheid der gevallen kan dus gesteld worden dat het fiscale compromis niet is een overeenkomst, waarbij de belastingschuld wordt vastgesteld, doch een overeenkomst, waarbij enerzijds de belastingadministratie zich verbindt om de belastingschuld anders (lager) vast te stellen dan zij dit zonder compromis zou hebben gedaan, anderzijds de belastingplichtige zich verbindt geen gebruik te maken van de hem gegeven rechtsmiddelen daartegen".

53. Wessels a.w., p. 2.

belastingrecht is wettenrecht. Belastingen zijn naar hun aard eenzijdig opgelegde verplichtingen uit de wet jegens de overheid zonder dat daartegenover een rechtstreekse, geïndividualiseerde contraprestatie jegens de belastingplichtige staat. Het feit dat de belastingplichtige (al dan niet vrijwillig) meewerkt aan de vaststelling van de belasting-schuld door de inspecteur, doet aan het eenzijdig karakter van de belastingaanslag niet af.

Tot nu toe bejegt de rechtspraak het fiscale compromis met de nodige reserves. Slechts op een beperkt gebied wordt de bewegingsvrijheid van de fiscus en daarmee de rechtskracht van het fiscale compromis erkend, te weten waar het betreft de vaststelling van feiten en ten aanzien van de wijze waarop de waardering van bepaalde vermogensbestanddelen zal plaatsvinden (zogenaamde schattingsovereenkomst).⁵⁴

De Hoge Raad acht een fiscaal compromis in principe in gelijke mate verbindend voor beide partijen. De Hoge Raad oordeelde ten aanzien van een overeenkomst inhoudende het vaststellen van de omvang van niet geboekte ontvangsten waarvan het bedrag van de op te leggen vorderingsaanslagen afhankelijk was: "dat het Hof, nu het blijkens de bestreden uitspraak heeft betroffen het vaststellen van een feitelijk gegeven, het doen van het alleen bij wijze van compromis te aanvaarden voorstel van de Inspecteur, bij niet akkoord gaan waarmede partijen de vrijheid hebben te handelen zoals hun goedgevindt, terecht heeft beschouwd als geoorloofd hulpmiddel om aan onzekerheden, welke zich bij het regelen van de aanslagen voordoen, een einde te maken en mitsdien evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat zich een overeenkomst, eenmaal gesloten, het rechtskarakter medebrengt, dat de daarin besloten vaststellingen in rechte bindend zijn".⁵⁵ Ook fiscale compromissen betreffende feiten die in de toekomst zullen plaatsvinden zijn m.i. in principe geldig te achten.⁵⁶ De Inspecteur is echter niet gehouden dergelijke afspraken onbeperkt te continuëren. De redelijkheid vordert dan dat de Inspecteur vóór de aanvang van het belastingjaar waarbij hij zich van die afspraak wil losmaken, van zijn gewijzigde zienswijze aan belanghebbende doet blijken en dat, wanneer de Inspecteur dat niet heeft gedaan, hij nog gebonden moet worden geacht aan de gemaakte afspraak.⁵⁷ Terwijl de gebondenheid aan inlichtingen en toezeggingen zijn grondslag vindt in het vertrouwensbeginsel, kan de gebondenheid aan fiscale overeenkomsten gegrond worden op het algemene rechtsbeginsel (*pacta sunt servanda*) dat een overeenkomst ipso jure bindt.⁵⁸

In het algemeen wordt in de literatuur⁵⁹ aangenomen dat fiscale compromissen over rechtskwesties geldigheid missen. Een fiscaal compromis dat enkel de vaststelling en waardering van feiten betreft bedoelt in rechte te binden, in die zin, dat de rechter als vaststaande zal moeten aanmerken hetgeen bij het compromis is vastgesteld. Echter, een

54. Zie voor een bespreking van de relevante jurisprudentie *Contractenrecht VIII* (Spier), nr. 90.

55. HR 31 okt. 1973, BNB 254. Vgl. ook HR 27 febr. 1985, NJ 494 waaruit impliciet de binding van de belastingplichtige aan het fiscaal compromis blijkt.

56. Anders: HR 20 juni 1956, BNB 246 m.nt. Hofstra

57. Zie Hof Leeuwarden 16 maart 1965, BNB 311; Hof Amsterdam 2 juni 1967, BNB 243; zie Klein Wassink, a.w., p. 135.

58. Zie Wessels, a.w., p. 53.

59. Zie voor een overzicht *Contractenrecht VIII* (Spier), nr. 90.

compromis, dat kwesties van rechtstoepassing regelt in andere zin dan de rechter deze via uitleg en toepassing van de wet meent te moeten beslechten (compromis contra legem), is in principe in rechte niet bindend en kan slechts als gentleman's agreement worden bestempeld.⁶⁰

Meermalen heeft de Hoge Raad geconstateerd dat de wettelijke bepalingen nopens het opleggen van aanslagen van openbare orde zijn, waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken.

In de eerste plaats kan worden genoemd het arrest van de Hoge Raad van 1919⁶¹, inzake een overeenkomst betreffende de terugbetaling van over het jaar 1916 geheven oorlogswinstbelasting. In dit arrest beroept de Hoge Raad zich expliciet op art. 14 van de Wet Algemene Bepalingen en op de artt. 1371 en 1373 BW. In latere arresten worden deze artikelen niet meer genoemd. Beslist werd, dat de wettelijke bepalingen nopens de grondslagen van belastingheffing van openbare orde zijn, zodat daarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. De tussen de belastingadministratie en de belastingplichtige gesloten overeenkomst miste dan ook volgens de Hoge Raad rechtens verbindende kracht. Eenzelfde standpunt werd gehuldigd in de arresten van Hoge Raad van 1940 en 1946⁶², namelijk dat de wettelijke bepalingen nopens het opleggen van aanslagen van openbare orde zijn, zodat een tussen belanghebbende en Inspecteur aangegaan compromis daaraan geen afbreuk kan doen en dat dan ook op de overeenkomst geen beroep kan worden gedaan ter afwering van de toepassing van de betreffende wettelijke bepalingen. In 1957 oordeelde de Hoge Raad⁶³ een vaststellingsregeling niet geldig, omdat deze strekte tot regeling van een aanslag overeenkomstig het door de Inspecteur ingenomen standpunt dat in strijd was met de toepasselijke wettelijke voorschriften.

Men kan zeggen dat het tot de 1978-arresten vaste jurisprudentie was, dat een onwettige handeling van de belastingadministratie niet in staat kan zijn een te respecteren vertrouwen op te wekken en dat het compromis contra legem niet bindt. Sinds de doorbraakarresten waarin de Hoge Raad erkende dat de werking van het vertrouwensbeginsel aan een strikte toepassing van de wet in de weg kan staan, wordt er in de literatuur op gewezen dat deze door de Hoge Raad gehuldigde visie ook consequenties kan hebben voor het fiscale compromis contra legem.⁶⁴ In dit verband wordt wel gewezen op het arrest inzake de Verontreinigingsheffing Runderdarmslijmerij.⁶⁵ De Hoge Raad overwoog hier dat de belanghebbende niet gebonden is aan een overeenkomst die zo duidelijk in strijd is met het wettelijk stelsel, dat het Hoofd (i.c. het Heffingsorgaan) op nakoming van die overeenkomst niet mocht rekenen. De annotator Hofstra interpreteert deze overweging zó, dat de achterliggende gedachte van de Hoge Raad is, dat aan een compromis, binnen de door de Hoge Raad gestelde grenzen, voor beide partijen de-

60. Rapport Commissie-Detiger, a.w., p. 59, H.J. Hofstra, De uitvoering van de belastingwetgeving als juridisch probleem, diesrede Leiden, 1967, opgenomen in WFR (1967), 4840, p. 169 e.v.

61. HR 26 nove. 1919, B. 2364.

62. Resp. HR 2 okt. 1940, B. 7237 en HR 24 april 1946, B. 8111.

63. HR 9 jan. 1957, BNB 53 m.nt. Hollander.

64. Bijv. door Lubach, diss., p. 203; Spier, Contractenrecht VIII, nr. 92; Wessels, a.w., p. 24 en 59.

65. HR 3 jan. 1981, BNB 1230 m.nt. Hofstra.

zelfde verbindende kracht toekomt. De formulering dat het Hoofd niet op nakoming van de overeenkomst door belanghebbende mocht rekenen omdat deze notoir in strijd was met de wettelijke bepalingen, houdt volgens de annotator in dat hij dat wél had mogen doen indien het compromis een zodanige kennelijke strijd niet had vertoond en dat in dat geval de belanghebbende wél aan de gesloten overeenkomst gebonden zou zijn geweest. Een zodanige binding kan in dat geval niet steunen op de beginselen van behoorlijk bestuur, aangezien die alleen de administratie normeren en niet de burger, aldus Hofstra. In een ander geval⁶⁶ ging het om hetgeen de belastingplichtige, op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de hem door de fiscus gedane toezeggingen, vastgelegd in een compromis, mocht verwachten. In het Runderdarmslijmerij-arrest gaat het om de vraag in hoeverre de belanghebbende aan het compromis is gebonden; dus om de vraag welke rechten het Heffingsorgaan aan een compromis dat de belastingplichtige achteraf niet wenst te honoreren, kan ontlenen. De binding van de belanghebbende kan dan volgens Hofstra alleen volgen uit de overeenkomst zelf, die de partijen tot wet strekt. De conclusie van Hofstra is dan dat een met de wet strijdig fiscaal compromis voor beide partijen bindend wordt geacht tenzij de strijdigheid overduidelijk is. Hofstra hanteert m.i. een gevaarlijke methode bij het trekken van zijn conclusie. Op basis van een "negatief" arrest (in de zin van: de Hoge Raad neemt géén binding op grond van de overeenkomst aan) wordt als het ware door middel van een spiegelbeeld een "positieve" conclusie getrokken en als regel van geldend recht gepresenteerd.

Is het echter wel juist om een belastingplichtige aan een compromis contra legem gebonden te achten? Als principieel bezwaar kan men aanvoeren, dat indien een belastingplichtige gebonden zou zijn aan een compromis contra legem, dat zou betekenen dat van hem belasting wordt geheven niet krachtens de wet, maar krachtens overeenkomst. Dat zou in flagrante strijd zijn met het in art. 104 van de Grondwet neergelegd beginsel ("Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet"), dat als een fundament van de fiscale rechtsorde kan worden aangemerkt.⁶⁷ Een andere reden voor het afwijzen van het bindende compromis contra legem kan wellicht gezocht worden in een streven tot bescherming van de burger tegen het zich tevoren verbinden tot hogere prestaties dan waartoe de belastingwet hem verplicht. Immers bij een dergelijk compromis leggen beide partijen zich vast ten aanzien van iets, waarvan het op zijn minst onzeker is of dit overeenkomt met de werkelijke rechtstoestand. De belastingplichtige dient dan tegen zichzelf beschermd te worden terwille van het grondwettelijk beginsel. Bij toezeggingen contra legem daarentegen die slechts een eenzijdige binding teweegbrengen, valt de noodzaak van bescherming van de belastingplichtige tegen zichzelf weg. Sterker nog, de rechtsbescherming kan dan met zich meebrengen dat de administratie gehouden is de toezegging gestand te doen.⁶⁸ Tot slot heeft het Runderdarmslijmerij-arrest in het geheel geen aanvulling of zelfs bevestiging gekregen. Integendeel, in een arrest van de Hoge Raad van 1982 wordt een fiscaal compromis terzijde geschoven wegens strijd met

66. HR 26 sept. 1979, BNB 1979, 311.

67. Rapport Commissie-Detiger, a.w., p. 59.

68. Rapport Commissie-Detiger, a.w., p. 59, 60.

de wet zonder dat ook maar gesuggereerd wordt dat die strijdigheid overduidelijk zou zijn geweest.⁶⁹

Op grond van bovenstaande meen ik dat het niet wenselijk is de belastingplichtige aan een compromis contra legem gebonden te achten. De conclusie is dan dat een fiscaal compromis contra legem partijen niet bindt. Mogelijk is wel dat de regeling die in de vorm van een (ongeldig) fiscaal compromis tot stand is gekomen, kan worden opgevat als een toezegging, eventueel onder voorwaarden, van de belastingadministratie.⁷⁰ De werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het vertrouwensbeginsel, kan dan onder omstandigheden met zich meebrengen dat de administratie gehouden is de toezegging contra legem gestand te doen. Dit betekent dus dat een belastingplichtige altijd van een fiscaal compromis contra legem af kan als hij wil, terwijl de fiscus dat niet kan als de belastingplichtige de Inspecteur aan de gemaakte afspraak wil houden. In aansluiting bij wat we in het privaatrecht gezien hebben, ligt het risico voor een met de wet strijdige toezegging daarmee bij de ter zake bij uitstek deskundig geachte belastingadministratie. Toezeggingen die notoir in strijd met de wet zijn, kunnen nooit enige binding veroorzaken.

In het verleden zijn op het gebied van het belastingrecht wel overeenkomsten gesloten die niet het karakter hebben van een fiscaal compromis, maar die juist zelfstandig rechten en plichten voor partijen beoogden te verzekeren geheel los van de concrete uit de wet voortvloeiende fiscale rechtsverhouding. Vaak hadden die overeenkomsten het karakter van een belastingvrijstelling of een privilege. Een voorbeeld hiervan is een privaatrechtelijke overeenkomst van geldlening, door een waterschapsbestuur met de deelnemers in die lening aangegaan, inhoudende dat de coupons van de obligaties tot betaling zullen kunnen dienen tot betaling van een omslag, die in geld moet worden opgebracht. Het Gerechtshof te Amsterdam oordeelde in 1901 deze overeenkomst ongeldig wegens strijd met art. 104 van het Reglement voor de Waterschappen in de provincie Utrecht, als ook met art. 14 Wet AB.⁷¹

Een ander voorbeeld levert een arrest van de Hoge Raad uit 1931, waarbij nietig werd verklaard een overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en het Rijk volgens welke het Rijk op bepaalde percelen werken aan mocht leggen en voor het in gebruik nemen van gemeente-eigendommen geen belasting verschuldigd zou zijn.⁷² De Hoge Raad overwoog, nadat het Rijk toch was aangeslagen in de gemeentebelasting, dat met de regeling van art. 232 e.v. gemeentewet en art. 147 Grondwet onverenigbaar is dat de gemeente bij overeenkomst rechtsgeldig zou kunnen afwijken van de bepalingen van een bestaande belastingverordening. Vrijstelling van belasting kan alleen verleend worden volgens de regels der belastingverordening, aldus de Hoge Raad.

69. HR 7 april 1982, Vakstudie Nieuws 15 mei 1982, noot 21 met redactionele aantekening.

70. Vgl. bovengenoemd Rapport, a.w., p. 66.

71. Hof Amsterdam 28 november 1901, W. 7686.

72. HR 6 febr 1931, W. 12258

Een verwante zaak betreft de geldigheid van overeenkomsten betreffende (heffing en vrijstelling van) polderlasten die wel eens door waterschappen gesloten zijn. In het verleden werden die geldig geacht. In een arrest van de Hoge Raad van 1868 oordeelde de Hoge Raad een overeenkomst kennelijk rechtsgeldig waarbij Nieuwkoopse Droogmakerij enerzijds en de Dijkgraaf en de Hoogheemraden van Rijnland en Amstelland anderzijds waren overeengekomen dat eerstgenoemde de heffing van de omslag der bundergelden van laatstgenoemde zou verzorgen.⁷³ De Rechtbank Alkmaar oordeelde in 1945 een uit 1839 daterende overeenkomst tussen het Rijk en het waterschap De Zijpe en Hazepolder kennelijk rechtsgeldig, inhoudende dat een bepaald perceel door afkoop voor altijd van polderlasten zou zijn ontheven.⁷⁴ Niet geldig echter werd een vergelijkbare overeenkomst geoordeeld, in 1856 gesloten tussen Veenpolder en rechtsvoorgangers van Schaap, volgens welke overeenkomst de gronden van laatstgenoemde nimmer zouden worden belast met de lasten van aanleg en onderhoud van wegen. Een en ander kon, naar ook door de Rechtbank was overwogen, geen voorwerp van overeenkomst zijn, omdat het betreft "de uitoefening van een publiekrechtelijke functie" door de polder.⁷⁵

Naar mijn mening zijn overeenkomsten, die voor partijen vrijstellingen en privileges beogen te scheppen nietig. Ook zijn zij m.i. niet bindend voor de overheid in die zin, dat enige binding ontstaat op grond van het vertrouwensbeginsel. Hier worden immers rechten en verplichtingen geschapen geheel buiten de uit de wet voortvloeiende rechtsverhouding om. Dit is onmiskenbaar in strijd met het in art. 104 Grondwet neergelegde beginsel ("belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet"; vergelijk ook art. 189 oude Grondwet: "Geen privilegiën kunnen in het stuk van belastingen worden verleend") en het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw), zodat aan dergelijke overeenkomsten of toezeggingen geen enkel rechtsgevolg moet worden toegekend.

5.7 Tussenbalans met betrekking tot gebondenheid aan overeenkomsten of toezeggingen contra legem

We hebben gezien in 5.5 en 5.6 dat onder omstandigheden het vertrouwensbeginsel met zich meebrengt dat voor de overheid gebondenheid aan een overeenkomst of toezegging wordt aanvaard die met een juiste wetstoepassing in strijd is. Voorwaarden zijn wel dat:

1. de toezegging van bevoegde zijde gedaan wordt, althans dat de wederpartij dat mocht aannemen,
2. er voor de wederpartij geen reden was om te twijfelen aan de juistheid van de toezegging,
3. de wederpartij bij nakoming van de toezegging of overeenkomst niet onredelijk wordt bevoordeeld.

73. HR 20 maart 1868, W. 2996.

74. Rb Alkmaar 15 november 1945, NJ 1947, 459

75. Hof Leeuwarden 2 mei 1956, NJ 588, AB 1957, 27.

Nu is het m.i. niet zo dat in alle gevallen waarin aan deze voorwaarden wordt voldaan, steeds nakoming van de overeenkomst of het gestand doen van de toezegging kan worden geëist. Ik zou nog als voorwaarde willen toevoegen:

4. bij nakoming van de toezegging of overeenkomst dient niet een met de wet strijdige situatie te ontstaan, waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen worden geschaad.

De in 5.5 en 5.6 besproken gevallen van gebondenheid aan overeenkomsten en toezeggingen contra legem, betroffen steeds geldvorderingen. Het toezeggen in strijd met de wet dat een uitkering zal worden verleend of een belastingaanslag op een bepaalde manier zal worden berekend, levert geen situatie op waar derden direct bij betrokken zijn danwel waar derden mogelijk schade, hinder, verwarring of wat dan ook van ondervinden. In dergelijke gevallen levert de aanvaarding van gebondenheid in strijd met de wet geen direct maatschappelijk probleem op. Anders gezegd: financiële kwesties zijn altijd op te lossen.⁷⁶ Moeilijker ligt het indien een overeenkomst of toezegging betrekking heeft op een met de wet strijdige situatie die wel voor het maatschappelijk verkeer problematisch is. Bijvoorbeeld de toezegging om iets te mogen bouwen, terwijl dat in strijd is met het bestemmingsplan, de toezegging dat een hinderwetvergunning zal worden verkregen, terwijl de fabriek niet aan de eisen van de hinderwet blijkt te voldoen, de toezegging om een gebouw te mogen slopen terwijl het op de monumentenlijst staat. Ik acht het in dergelijke gevallen onaanvaardbaar dat de wet niet zou worden toegepast. Het vertrouwensbeginsel dient naar mijn mening niet zó ver te gaan dat op grond daarvan een met de wet strijdige situatie in het maatschappelijke verkeer geduld zou moeten worden. Het vertrouwensbeginsel beschermt de toezegging-krijger alleen tot dáár, waar de belangen van het rechtsverkeer en van derden in het geding komen. Bevestiging van mijn standpunt vind ik in het Oberman-arrest.⁷⁷

Oberman, meester in de rechten, studeerde jarenlang met goed gevolg dramaturgie aan de Letterenfaculteit van de Universiteit van Amsterdam maar kreeg op de buluitreiking te horen dat haar geen doctoraalbul dramaturgie zou worden uitgereikt omdat zij niet voldeed aan de eisen voor toelating tot de doctoraalstudie dramaturgie, namelijk het bezit van het kandidaatsexamen in een van de vakken van de Faculteit der Letteren. Oberman vorderde onder meer dat de rechter de Universiteit zou bevelen haar in het bezit te stellen van het getuigschrift dat zij het doctoraalexamen in de vrije studierichting dramaturgie met goed gevolg heeft afgelegd. De Hoge Raad overwoog dat onjuist is de stelling dat de artt. 196 en 197 Academisch Statuut de Faculteit der Letteren de vrijheid zouden hebben gelaten aan Oberman vrijstelling van het afleggen van het kandidaatsexamen in de Faculteit der Letteren te verlenen op grond van eerder met goed gevolg afgelegde examens in de rechtsgeleerdheid. Ook indien de Faculteit zich zo heeft gedragen dat Oberman kon en mocht vertrouwen dat die vrijstelling wel was of zou worden

76. Uiteindelijk betaalt weliswaar de gemeenschap, wij allemaal dus.

77. HR 23 maart 1979, NJ 534, m.nt. MS.

verleend en de conclusie gerechtvaardigd was dat de Faculteit door handelen of nalaten van personen hetwelk haar kan worden toegerekend, onrechtmatig tegenover haar zou hebben gehandeld zou die conclusie nimmer hebben kunnen leiden tot toewijzing van de door Oberman gevorderde voorzieningen.

Annotator Scheltema vindt de strakke houding van de burgerlijke kamer bevreemdend gezien de vroegere jurisprudentie van dezelfde kamer, namelijk het Bijstandsovereenkomstarrest, en gezien de koers van de belastingkamer. Toch erkent ook hij dat er goede argumenten zijn om een onderscheid te maken met de belastinguitspraken; hier was een getuigschrift aan de orde waarbij de belangen van derden betrokken kunnen zijn, zoals van hen die uit het bezit van een getuigschrift afleiden dat een bepaalde vooropleiding is gevolgd. Hoe sneu dit geval ook is, ik acht dit een principieel juiste uitspraak. In theorie kan Oberman een art. 1401-actie instellen om schadevergoeding te krijgen. Nodig is dan wel dat aan de overige hiervoor genoemde voorwaarden voor het aanvaarden van gebondenheid aan toezeggingen contra legem is voldaan. Maar daarmee heeft zij nog geen diploma. Meer gebaat zou zij zijn met de volledige medewerking van de letterenfaculteit om zo snel mogelijk alsnog het kandidaatsexamen in de letteren af te leggen.

Tot slot dit: ik kan mij in theorie één geval voorstellen bij toezeggingen contra legem waarin het vertrouwensbeginsel tóch met zich meebrengt dat een met de wet strijdige situatie geduld wordt in het maatschappelijk verkeer, namelijk het geval dat geen enkel concreet belang van derden zich tegen handhaving van de met de wet strijdige situatie verzet, en dat toepassing van de wet louter "pour besoin de la cause" zou zijn. Men moet hier wel voorzichtig mee zijn. Het handhaven van de wet kan als een maatschappelijk belang op zich worden beschouwd. Het belang dat wij allen er op mogen vertrouwen dat wetten worden nageleefd, dient dan te worden afgewogen tegen het belang van een persoon, dat de hem gedane toezegging wordt nagekomen. Dat is geen gemakkelijke afweging. De bescherming van het opgewekte vertrouwen bij de toezeggingkrijger kan m.i. zwaarder wegen, wanneer het maatschappelijk belang van wetshandhaving in een bepaald geval materieel gesproken nauwelijks aanwezig is, bijvoorbeeld wanneer de met de wet strijdige situatie maatschappelijk geaccepteerd is.

5.8 Overeenkomsten en toezeggingen over bevoegdheden uit de Woonruimtetwet

Met betrekking tot het contracteren over de woonruimtevoorderingsbevoegdheid van art. 7 Woonruimtetwet 1947 zijn zeer bekend geworden het arrest Roermondse Woonruimtevoordering⁷⁸ en vooral de Landsmeerarresten.⁷⁹

In het Roermondse geval hadden Burgemeester en Wethouders van Roermond aan Tripels toegezegd dat na de tijdelijke inwoning van een bepaald gezin bij Tripels, van

78. HR 12 juni 1953, NJ 1954, 3, m.nt. DJV.

79. HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204, m.nt. JHB.

hem verder geen verplichte samenwoning met een ander gezin zou worden verlangd. Toen Burgemeester en Wethouders later toch tot vordering van woonruimte ingevolge art. 7 Woonruimtetwet 1947 overgingen, beriep Tripels zich in kort geding op de onrechtmatigheid van de woonruimtevoordering gezien de eerder gedane toezegging. De Hoge Raad oordeelde 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.

De Hoge Raad formuleert hier een regel met betrekking tot de gebondenheid van de overheid aan toezeggingen over publiekrechtelijke bevoegdheden, daarmee de geldigheid van dergelijke toezeggingen impliciet erkennend.⁸⁰ De toezegging belemmert het bevoegde orgaan echter niet in de wijze waarop het zijn taak wenst te vervullen.

Het belang, ter behartiging waarvan de bevoegdheid is gegeven, weegt zwaarder dan het naleven van de toezegging, zo zou men de formule van de Hoge Raad kunnen parafaseren, of, anders gezegd, de overeenkomst wordt klaarblijkelijk geen belemmerende factor gevonden. Of desalniettemin het handelen in strijd met de toezegging dan toch wanprestatie of schadelijktigheid oplevert, kwam helaas in dit arrest niet aan de orde, omdat i.c. Tripels alleen tegen de woonruimtevoordering zelf opkwam en geen schadevergoeding vorderde.

In de Landsmeerarresten wordt de hierboven geformuleerde regel genuanceerd en aangevuld. In het geval van de Landsmeerarresten was tussen de gemeente Landsmeer en twee bedrijven een tweetal overeenkomsten gesloten, waarbij de bedrijven zich verplichtten tot financiële steun voor de bouw van bepaalde gemeentewoningen, terwijl de gemeente daartegenover de verplichting op zich nam om deze woningen aan de bedrijven te verhuren, opdat die ze als dienstwoningen aan hun werknemers in gebruik zouden geven. Indien van de bewoner van zo'n dienstwoning de dienstbetrekking met het bedrijf om welke reden dan ook zou worden beëindigd, zou ten behoeve van een nieuwe werknemer de ontruiming worden bevorderd van die woning. De gemeente verbond zich om hiertoe desnoeds gebruik te zullen maken van haar vorderings- en ontruimingsbevoegdheden ex artt. 7 en 32 Woonruimtetwet.

Op een gegeven moment ging Landsmeer er toe over, in strijd met de door haar bij overeenkomst op zich genomen verplichtingen, niet alleen om geen gebruik meer te maken van haar vorderings- en ontruimingsbevoegdheden tegen ex-werknemers, maar zelfs om deze ten behoeve van hen aan te wenden. Zij vorderde de woningen van deze ex-werknemers namelijk van zichzelf, als eigenares, teneinde ontruiming (op civiele basis) door de bedrijven tegen te gaan, om de woningen vervolgens op grond van de Woonruimtetwet weer aan dezelfde bewoners toe te wijzen.

De bedrijven spanden daarop ieder voor zich een kort geding aan tegen Landsmeer, waarbij op basis van art. 1401 BW een verbod werd geëist om uitvoering te geven aan

80. Zie de conclusie van de A.-G. die de geldigheid van de toezeggingen betwist.

een concrete woonruimtevoordering wegens strijd met de indertijd gesloten overeenkomst.⁸¹

Evenals in het geval Roermond wijdt de Hoge Raad hier geen enkele overweging aan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst, maar komt uitsluitend de vraag naar de gebondenheid ter sprake. De Hoge Raad overweegt dan dat een overeenkomst als waarvan hier sprake is, niet uitsluit dat een daarvan afwijkend gebruik van de voorderingsbevoegdheid wordt gemaakt, namelijk indien zulk een afwijking haar rechtvaardiging vindt in omstandigheden die door het gemeentebestuur bij het afsluiten van de overeenkomst niet waren voorzien en die in redelijkheid hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de bij een doelmatige verdeling van woongelegenheid betrokken belangen zich niet met inachtneming van de overeenkomst verdragen en tot afwijking ervan noodzaken. Terwijl het Roermondse geval de indruk wekt dat de publiekrechtelijke bevoegdheid zal kunnen worden uitgeoefend alsof er geen overeenkomst bestaat, wordt in Landsmeer het bestaan van de overeenkomst als een factor beschouwd waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de woonruimtevoordering. De overeenkomst brengt weliswaar geen strikte gebondenheid met zich mee, doch wel enige: "dat toch de vrijheid van de administratie, welke uit de artt. 7 en 32 Woonruimtetwet in onderling verband valt af te leiden, om te beoordelen of in een bepaald geval, gelet op de rechtspositie van partijen en alle overige in aanmerking te nemen belangen, de voorwaarden aanwezig zijn voor het gebruik maken van de in de Woonruimtetwet gegeven voorderingsbevoegdheid niet zover gaat, dat de administratie die zichzelf met betrekking tot de uitoefening van haar voorderingsbeleid zekere grenzen heeft gesteld - bijvoorbeeld door, gelijke te deze, 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 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".

Bij het gebruiken van de voorderingsbevoegdheid dient de administratie naast alle in aanmerking te nemen belangen óók rekening te houden met de aangegane overeenkomst. Indien de administratie, die bij haar vordering is afgeweken van de gedragslijn waaraan zij zichzelf heeft gebonden, niet op onvoorziene omstandigheden een beroep kan doen, zal de rechter moeten aannemen dat zij haar bevoegdheid heeft overschreden en de vordering onrechtmatig achten. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de rechter in beginsel het oordeel van de overheid dat onvoorziene omstandigheden tot afwijking nopen, moet eerbiedigen. De rechter is echter niet aan dit oordeel gebonden, indien de overheid in redelijkheid niet kan oordelen, dat de aangevoerde onvoorziene omstan-

81. Zie voor een uitvoerige bespreking van de Landsmeerarresten, A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, p. 37 e.v.; Droogleevers Fortuijn, *preadvies, a.w.*, p. 191 e.v.

digheden van zodanige betekenis waren dat daardoor de gebondenheid aan de betreffende gedragslijn moet wijken.⁸²

Een tweede vraag die de Hoge Raad besliste, betreft de normen waaraan de burgerlijke rechter het optreden van de overheid die gebruik maakt van haar woonruimtevoorderingsbevoegdheid ex art. 7 en art. 32 Woonruimtetwet mag toetsen.

Zoals reeds eerder⁸³ oordeelde de Hoge Raad ook nu weer dat de criteria hiervoor zijn: het gebruiken van een bevoegdheid tot andere doeleinden dan waartoe de bevoegdheid is gegeven en het bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit of handelen komen. Van belang is dat de Hoge Raad duidelijk stelt dat althans voor wat de woonruimtevoordering betreft een rechtstreekse toetsing aan andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan détournement de pouvoir en willekeur is uitgesloten: "dat een rechtstreeks toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ... , daarom in het bijzonder ten aanzien van de belangenafweging waarop een woonruimtevoordering berust, buiten de te dezen aanzien van de burgerlijke rechter bestaande taak valt, 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". De beslissing tot verwerping van verdere toetsing luidt niet algemeen. Zij vindt haar grond in de overweging dat uit art. 32 van de Woonruimtetwet voortvloeit, dat de doelmatigheid van de verdeling van de woongelegenheid van de gemeente uitdrukkelijk aan het oordeel van de rechter is onttrokken.

Art. 32 bepaalt namelijk dat de vorderingen, bedoeld in art. 7, worden geacht een doelmatige verdeling van woonruimte in de gemeente te bevorderen. Tegenbewijs is voor de rechter in burgerlijke zaken niet toegelaten. De rechter mag dus niet nagaan of de verschillende belangen juist zijn afgewogen of dat de vordering wel doelmatig was. Uit de woonruimtevoorderingsjurisprudentie blijkt dat de rechter er zich dan ook toe heeft beperkt te onderzoeken, naast de vraag of de vordering overeenkomstig de voorschriften is geschied, of de door de wet verlangde belangenafweging wel heeft plaatsgemaakt. Vandaar de geijkte formule: "dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen niet tot de vordering is kunnen komen en dus afweging van de in aanmerking komende belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgemaakt".⁸⁴

Van belang is de overweging dat de in het rechtsbewustzijn levende beginselen van behoorlijk bestuur wel een rol zouden kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of de vorderende autoriteit in redelijkheid tot haar beslissing heeft kunnen komen. In aanmerking kan dan worden genomen hoe de vorderende autoriteit zich in het verleden heeft gedragen, bijvoorbeeld of zij zich heeft verbonden een bepaalde gedragslijn te

82. Zie de noot van Van der Grinten bij dit arrest in AA XII, p. 138 en Donner, a.w. (1974), p. 314 e.v., (1987), p. 279 en 355.

83. Vgl. Zandvoortse woonruimtevoordering, HR 14 jan. 1949, NJ 557; Doetinchemse woonruimtevoordering, HR 25 febr. 1949, NJ 558 m.nt. Veegens.

84. Zie over de willekeurstoetsing in dit verband ook Donner in zijn noot in AA bij Hilversumse woonruimtevoordering HR 28 juni 1951, NJ 528, AA II, p. 157, m.nt. AMD.

volgen ten aanzien van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Is dat het geval en wijkt de overheid later af van de zichzelf gestelde gedragslijn, dan zou dat in aanmerking moeten worden genomen bij de vraag of de vorderende autoriteit in redelijkheid tot de beslissing had kunnen komen.

Uit deze jurisprudentie blijkt dat overeenkomsten met betrekking tot de woonruimtevoorderingsbevoegdheid rechtsgeldig worden geacht; de Hoge Raad gaat er vanuit dat men in principe aan een dergelijke overeenkomst is gebonden. Dit is geheel conform de tweewegenleer. De Woonruimtetwet of de strekking ervan verbiedt niet dat het gebruik van de woonruimtevoorderingsbevoegdheid in een overeenkomst op een bepaalde wijze wordt vastgelegd. Gezien de zeer grote mate van discretionaire vrijheid die met de bevoegdheid gepaard gaat (art. 32 en 7 Woonruimtetwet) zal de contractuele binding ten aanzien van de uitoefening van de bevoegdheid ook niet snel strijd met de openbare orde of goede zeden opleveren. Dit zal pas het geval zijn, indien een gemeente zich contractueel verbindt de woonruimtevoorderingsbevoegdheid voor een ander doel uit te oefenen dan waartoe de bevoegdheid is gegeven (namelijk het bevorderen van een doelmatige verdeling van woonruimte in een gemeente⁸⁵), óf op een wijze waartoe zij bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen.

Van een overeenkomst in strijd met de Woonruimtetwet is wél sprake, indien een bevoegdheid geheel zou worden afgestaan. Dit gebeurt wel eens ten aanzien van de bevoegdheid om woonruimtevergunningen te verlenen, een bevoegdheid die art. 1 Woonruimtetwet toekent aan Burgemeester en Wethouders. In dit verband kan melding worden gemaakt van het vonnis van de president rechtbank Almelo van 10 maart 1959.⁸⁶ Toen gesteld werd, dat de gemeente zich bij overeenkomst zou hebben verbonden gedurende tien jaren de huurders van bepaalde woningen te laten aanwijzen door een nv, overwoog deze rechter dat niet zonder meer mocht worden aangenomen, dat Burgemeester en Wethouders een overeenkomst zouden hebben willen sluiten, waardoor zij zichzelf in de onmogelijkheid zouden brengen de hun bij Woonruimtetwet 1947 opgedragen taak naar behoren te vervullen. Indien dát echter wel zo zou zijn, zou de nv toch geen nakoming van die overeenkomst kunnen vorderen, omdat de strekking van die overeenkomst dan in strijd met de wet zou zijn geweest. Duidelijker nog is de uitspraak van de Afdeling rechtspraak van 5 januari 1987.⁸⁷ In dat geval was de feitelijke verlening van een woonruimtevergunning op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst door de gemeente Papendrecht toebedeeld aan de woningcommissie van de woningbouwvereniging. De Afdeling oordeelde deze toedeling van de bevoegdheid te beschikken over het verlenen van een woonruimtevergunning als bedoeld in art. 1 Woonruimtetwet aan de woningcommissie, als orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon, in strijd met het bepaalde in dit artikel, dat deze bevoegdheid immers bij uitsluiting toekent aan Burgemeester en Wethouders.

85. Zie Rb Arnhem 19 jan. 1956, NJ 1957, p. 217.

86. OB nr. 9633. Zie J.R. Stellinga, De burgerlijke rechter en de rechtmatigheid van een woonruimtevoordering, TvO 1963, nr. 897, p. 132.

87. AB 1988, 138.

De Landsmeerjurisprudentie gaat uit van gebondenheid aan de overeenkomst. Dit betekent m.i. dat men nakoming kan eisen indien de gemeente in strijd met de overeenkomst handelt en dus wanprestatie pleegt.⁸⁸ Men kan alleen dan geen nakoming vorderen indien op grond van onvoorziene omstandigheden juist overheidsbeleid tot afwijken van de overeenkomst noopt. De gemeente dient dan wel schadevergoeding op grond van wanprestatie te betalen.⁸⁹

Indien de binding van de gemeente niet op een overeenkomst maar op een eenzijdige toezegging berust, is de gemeente bij het niet gestand doen van de toezegging tot schadevergoeding verplicht op grond van art. 1401 BW, mits de toezegging niet evident in strijd met de wet is of de ander onredelijk zou bevoordelen.

5.9 Overeenkomsten en toezeggingen door B en W of door wethouders met betrekking tot door de gemeenteraad te nemen besluiten

In deze categorie verdienen twee arresten de aandacht, namelijk Gemeente Heesch/Reys⁹⁰ en Van Dalen/Gemeente Aarle-Rixtel.⁹¹ In het eerste geval hadden Burgemeester en Wethouders van Heesch aan Reys toegezegd om een voorstel tot grondruil, waarover met Reys voorlopige overeenstemming was bereikt, op korte termijn aan de gemeenteraad ter behandeling voor te leggen. Op grond van een na de toezegging veranderd inzicht omtrent de mogelijkheden van geldelijk gewin voor de gemeente kwamen Burgemeester en Wethouders de toezegging niet na. De Hoge Raad oordeelde dat een enkele schriftelijke toezegging van een orgaan van een rechtspersoon om een voorstel tot het aangaan van een overeenkomst voor te leggen aan het orgaan van de rechtspersoon dat bevoegd is over het aangaan van die overeenkomst te beslissen, voor die rechtspersoon nog niet een verbintenis uit overeenkomst tot nakoming van bedoelde toezegging doet ontstaan. Het feit dat het orgaan dat de toezegging doet onder meer tot taak heeft - zoals het College van Burgemeester en Wethouders krachtens art. 209, aanhef en onder s gemeentewet - om voor te bereiden wat voor een ander orgaan van de rechtspersoon ter overweging en beslissing moet worden gebracht, brengt daarin geen verandering, aldus de Hoge Raad. Wél bracht de toezegging de zorgvuldigheidsplicht mee het voorstel op de raadsvergadering in te brengen, nu het College van Burgemeester en Wethouders in gebreke was gebleven Reys ervan in kennis te stellen dat

88. Jammer genoeg werd in Landsmeer alleen op grond van art. 1401 BW geageerd, hetgeen als een omweg kan worden beschouwd. In deze zin H.A.M. Aaftink, *Mag de overheid afwijken van wat zij is overeengekomen?*, NJB 1977, p. 733 e.v. en N.S.J. Koeman, *Preadvies NJV 1980*, p. 58.

89. In de lagere jurisprudentie is dit al wel toegewezen, zie Hof Den Bosch 9 jan. 1973, NJ 1974, 26; Rb Rotterdam 17 nov. 1978, BR 1979, 149 en *Contractenrecht VIII* (Spier) nr. 135. In de literatuur is dit reeds lang aanvaard, bijv. door Wiarda, WPNR 5067, p. 3, Droogleever Fortuyn, *Hand. NJV 1965*, p. 215 e.v., Bloembergen, *Contracten met de overheid*, p. 49 e.v. Zie ook art. 6.5.3.11 en 6.5.3.12a lid 1 NBW.

90. HR 13 febr. 1981, NJ 456, m.nt. CJHB.

91. HR 1 mei 1987, AB 370, m.nt. FHvdB; NJ 1988, 949, m.nt. MS.

het van zijn toezegging wenste terug te komen, opdat Reys harerzijds tijdig stappen had kunnen nemen om het voorstel in de raadsvergadering ter sprake te doen brengen. Voor de schade veroorzaakt door de schending van deze zorgvuldigheidsplicht werd de gemeente aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad.

Met de annotator onder dit arrest kan worden ingestemd dat de zorgvuldigheidsplicht i.c. niet erg ver strekt. Uit de overwegingen van de Hoge Raad dat Burgemeester en Wethouders in gebreke waren gebleven Reys ervan in kennis te stellen dat zij van hun toezegging wensten terug te komen, kan men afleiden dat Burgemeester en Wethouders niet onzorgvuldig zouden hebben gehandeld, wanneer zij aan de wederpartij hadden medegedeeld de toezegging niet te zullen nakomen op grond van wijziging van inzicht in de wenselijkheid van het contract. Dit betekent dat het onderhandelende orgaan van een rechtspersoon dat zelf niet bevoegd is te beslissen, geheel vrij is om terug te komen op gedane toezeggingen, mits daarvan tijdig mededeling wordt gedaan.

In het geval Van Dalen/Gemeente Aarle-Rixtel ging het om een toezegging van twee wethouders aan Van Dalen dat zal worden bevorderd dat door de gemeenteraad zal worden besloten de verkoop van een woning voor een bepaalde (lage) prijs te realiseren. Bij de behandeling van dit voorstel op de raadsvergadering werd besloten de koop-prijs te verhogen, waarbij de beide wethouders tegenstemden. Vervolgens besloot de raad tot verkoop tegen de op die wijze verhoogde prijs. Hierbij hoorden de wethouders tot de voorstemmers. De Hoge Raad overwoog dat met betrekking tot vervreemding van gemeente-eigendommen krachtens art. 171 gemeentewet slechts de gemeenteraad bevoegd is besluiten te nemen en wees aansprakelijkheid van de gemeente wegens niet-nakoming van de toezegging "in elk geval" af, indien een wethouder aanvankelijk overeenkomstig de toezegging heeft gehandeld en gestemd en hij, eerst nadat het besluit desondanks in andere zin was uitgevallen, in een volgende vergadering voor dit eenmaal genomen besluit heeft gestemd.

Het arrest van de Hoge Raad gaat over toezeggingen van individuele wethouders. De vraag is of het stemgedrag van de wethouders in strijd is met een te voren aangegane verplichting die rechtens moet gelden als een verplichting van de gemeente. Een wethouder is geen administratief orgaan. Het College van B en W is dat wel. Uit Heesch/Reijs blijkt dat als B en W de toezegging om iets in de raadsvergadering te brengen niet nakomen en hiervan ook niet tijdig bericht geven aan de tegenpartij, zij onzorgvuldig handelen en zij de gemeente hiermee aansprakelijk maken op grond van onrechtmatige daad. Het College van B en W kan als orgaan of vertegenwoordiger van de gemeente optreden. Nu heeft de Hoge Raad in het bekende Knabbel en Babel-arrest⁹² beslist dat de gemeente aansprakelijk is voor gedragingen van een wethouder wanneer die gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden, ook al zou een wethouder geen orgaan van de gemeente zijn. Scheltema meent nu dat gedragingen van een wethouder in het maatschappelijk verkeer welhaast

92. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB.

altijd als gedragingen van de gemeente hebben te gelden en dat derhalve, zoals in dit geval, wanneer een gedraging van een wethouder onrechtmatig is jegens een derde, de gemeente daarvoor aansprakelijk is. Naar zijn mening kan men geen onderscheid maken tussen verschillende handelingen of kwaliteiten waarin de wethouder optreedt; optredend als vertegenwoordiger van de gemeente naar buiten of als stemhebbend lid van de gemeenteraad. Dit onderscheid, dat het Hof had gemaakt, is m.i. wèl van belang. Het criterium of de gedraging van de wethouder in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als gedraging van de gemeente gaat bij de beoordeling van het hier aan de orde zijnde gedrag, namelijk de beoordeling van het stemgedrag van wethouders in de raad niet op. Een wethouder en/of volksvertegenwoordiger spreekt en stemt in de raad voor zichzelf en vertegenwoordigt rechtens niets of niemand! Iedere andere opvatting is in strijd met het verbod van last en ruggespraak (art. 51 gemeentewet). Indien hij jegens een derde onrechtmatig handelt door een toezegging met betrekking tot zijn optreden in de raad niet na te komen, is hij dus zelf aansprakelijk en niet de gemeente.

Kan nu een wethouder zichzelf rechtsgeldig verbinden en kan het College van B en W de gemeente rechtsgeldig verbinden de totstandkoming van een bepaald besluit in de gemeenteraad te bevorderen en zich bijvoorbeeld ook vastleggen op het punt van zijn stemgedrag? Hoe verhoudt zich dat tot het voor volksvertegenwoordigers geldende verbod van last en ruggespraak en mogelijk zelfs de zuiveringseed (artt. 51 en 45 gemeentewet) en met de wettelijke bevoegdheidsbepaling van art. 171 gemeentewet?

Overeenkomsten en toezeggingen kunnen nooit afbreuk doen aan de publiekrechtelijke rechten en verplichtingen van de wethouder/volksvertegenwoordiger als zodanig.⁹³ Zij hebben in ieder geval publiekrechtelijk geen gevolgen, dat wil zeggen dat een privaatrechtelijke overeenkomst van een volksvertegenwoordiger geen publiekrechtelijke gevolgen kan hebben voor de geldigheid van de door de volksvertegenwoordiger uitgebrachte stem.⁹⁴

Concrete toezeggingen met betrekking tot het stemgedrag in de raad (bijvoorbeeld om in geval x voor a te stemmen, in geval y voor b enz.) zijn in strijd met het verbod van last. Dergelijke overeenkomsten en toezeggingen zijn mogelijk niet rechtstreeks in strijd met de wet, namelijk wanneer men aanneemt dat de staatsrechtelijke voorschriften van art. 51 of 45 gemeentewet⁹⁵ slechts interne werking hebben. Deze concrete verplichtingen zijn in dat geval nietig wegens strijd met de openbare orde, omdat het beginsel van het vrije mandaat de publieke orde betreft. Behalve aan strijd met het verbod van last kan hier ook gedacht worden aan strijd met de zuiveringseed alsook met de meer alge-

93. Vgl. bijv. AR 6 sept. 1982, AB 1983, 114, m.nt. J.A.O. Eskes, waar de Afdeling overweegt dat aan bepalingen van de Kieswet niet bij overeenkomst de kracht kan worden ontnomen en HR 18 nov. 1988, RvdW 197 (Arubaanse Statenleden) waarin verkiezingsafspraken nietig werden geacht wegens strijd met het beginsel van vrij mandaat en de van publieke orde zijnde bepalingen van het Kiesreglement.

94. Zie over deze en aanverwante problematiek C.A.J.M. Kortmann, *De vrijheid van interne organisatie van de politieke partij in Het belang van politieke partijen*, R.A. Koole (red.), Groningen, 1984, p. 146 e.v. en D.J. Elzinga, *De politieke partij en het constitutionele recht*, diss. Utrecht, 1982, p. 103 e.v. en p. 191 e.v.

95. Vgl. ook art. 67 lid 3 Gw en add. art. XVIII Gw.

mene strekking van de democratische besluitvorming van een vertegenwoordigend lichaam zoals die aan het staatsrecht ten grondslag ligt. Deze veronderstelt (en heeft ook nodig) een zekere mate van vrijheid van overleg, van kunnen overtuigen en overtuigd worden. Dit zou volkomen gefrustreerd worden, indien volksvertegenwoordigers hun stem civielrechtelijk al zouden hebben vastgelegd en als gevolg met schadevergoedingsverplichtingen verzwaard.

Toezeggingen, zoals gedaan door de wethouders van Aarle-Rixtel, die een bevoororderingsplicht inhouden dat de raad overeenkomstig de toezegging beslist, zijn m.i. in principe niet in strijd met de openbare orde wegens inbreuk op bovengenoemde beginselen. Dergelijke verplichtingen laten nog wel ruimte voor een persoonlijke standpuntbepaling. De vraag is dan in hoeverre van degene die de toezegging deed (de wethouder dan wel het College van B en W) verlangd kan worden dat deze zich zoveel mogelijk inspant dat overeenkomstig de toezegging wordt beslist. Enerzijds moet hij de zorgvuldigheidsplicht ten opzichte van zijn wederpartij in acht nemen. Uit het arrest Heesch/Reijs kan worden afgeleid dat de zorgvuldigheidsplicht niet ver gaat. Anderzijds kan van een wethouder of van het College niet worden verlangd dat hij overeenkomstig zijn toezegging blijft handelen, terwijl in de raad grote bezwaren tegen zijn standpunt naar voren worden gebracht. De wethouder of het College dient naar mijn mening op zijn aanvankelijke standpunt terug te kunnen komen, indien daarvoor goede argumenten aanwezig zijn. Toetsing aan het willekeurcriterium kan hier uitkomst bieden: aan het handelen van de wethouder of van het College dient een redelijke belangenafweging ten grondslag te liggen. Indien dat niet het geval is, is onder omstandigheden de wethouder zelf, respectievelijk de gemeente aansprakelijk uit onrechtmatige daad.

OVEREENKOMSTEN IN HET KADER VAN DE UITOEFENING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE BEVOEGDHEDEN ALS MIDDEL VAN KOSTENVERHAAL

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt de rechtsgeldigheid van overeenkomsten aan de orde, waarvan het sluiten als voorwaarde wordt gesteld voor het uitoefenen van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid, meestal het geven van een vergunning. Ging het in het vorige hoofdstuk om overeenkomsten waarin *rechtstreeks* over de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid zelf werd gecontracteerd, hier is het verband met de bevoegdheidsuitoefening in deze zin *indirect*, dat het uitoefenen van de betreffende bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van het *voorafgaand* sluiten van een overeenkomst: de burger krijgt de verlangde begunstigende beschikking van het bevoegde orgaan eerst nadat hij een overeenkomst met de rechtspersoon, waarvan het betreffende orgaan deel uitmaakt, heeft gesloten. Daarin zijn dan doorgaans verplichtingen opgenomen die niet of niet zo gemakkelijk als vergunningsvoorwaarde zijn te realiseren.

Veelvuldig komen de hier bedoelde overeenkomsten voor in het kader van de afgifte van een bouwvergunning. Omdat de gemeente doorgaans eigenaar is van de openbare wegen en daarnaast door onteigening en aankoop grootgrondbezitter is, kan zij gebruik maken van haar eigendomsrechten door haar privaatrechtelijke rechten als eigenaar mee te laten spelen in de procedure van afgifte van bouwvergunningen. Zo worden bijvoorbeeld privaatrechtelijke betalingsverplichtingen afgedwongen door middel van uitwegvergunningen, bouwvergunningen, exploitatievergunningen, parkeergelegenheidseisen en dergelijke, terwijl niet altijd duidelijk is in welke hoedanigheid de gemeente daarbij handelt of wat het rechtskarakter van zo'n vergunning is. Alvorens de jurisprudentie op dit punt te behandelen, volgt hier eerst een beknopte (en daardoor ook onvolledige) schets van de meest relevante voorschriften op het terrein van de volkshuisvesting en de ruimtelijke ordening.¹ Gezien de verwevenheid van voorschriften en bevoegdheden krachtens de Woningwet en de Wet Ruimtelijke Ordening met de diverse mogelijkheden

1. Een en ander is ontleend aan A.Q.C. Tak, a.w. p. 55 e.v., en de standaardwerken op dit terrein zoals: Crinice le Roy/Kuizinga, Ruimtelijke Ordening incl. Wet op de Stadsvernieuwing, (Kluwer, losbladig) en Renes/Scheffer/Seinstra/Van Zundert, Woningwet/Wet op de Ruimtelijke Ordening (Samsom, losbladig).

van kostenverhaal zal eerst getracht worden inzicht te verschaffen in deze complexe materie.

6.2 Woningwet en Wet op de Ruimtelijke Ordening

Vóór 1901 viel het terrein van de volkshuisvesting en de ruimtelijke ordening vrijwel geheel binnen de autonomie van gemeentebesturen. In 1901 kwam de Woningwet tot stand. Zij geeft zowel voorschriften met betrekking tot de technische eisen waaraan bouwwerken moeten voldoen als met betrekking tot de ordening van de beschikbare ruimte. Na 1931 geschiedt dit met name middels door de gemeenteraad vast te stellen uitbreidingsplannen.

In 1962 wordt de Woningwet 1901 "gesplitst" in de Woningwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening. De huidige Woningwet bevat hoofdzakelijk regels met betrekking tot de technische eisen, te stellen aan bouwwerken. Zij vereist een nadere uitwerking in de gemeentelijke bouwverordening. Op initiatief van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) is als hulpmiddel hiertoe voor de gemeenten en ter waarborging van een zekere eenvormigheid een modelverordening gemaakt, die als voorbeeld gediend heeft voor de bouwverordeningen van thans alle gemeenten in Nederland. Slechts op doorgaans ondergeschikte punten vindt men in de gemeentelijke bouwverordeningen veelal aan de plaatselijke omstandigheden aangepaste aanvullingen op de Modelbouwverordening.

De Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) is een wet ten behoeve van de coördinatie van de ordening van de ruimte, waarbij het planologisch beleid voorop staat. De WRO kent als enige de burgers rechtstreeks bindende planfiguur het door de gemeenteraad vast te stellen bestemmingsplan, dat geacht kan worden in de plaats te zijn gekomen van onder andere het oude uitbreidingsplan. Voor een uitgebreide beschrijving van en commentaar op de procedure van vaststelling en goedkeuring van bestemmingsplannen verwijs ik naar wettekst en daarop betrekking hebbende commentaren.² Kort gezegd komt de procedure hierop neer dat een bestemmingsplan wordt vastgesteld door de gemeenteraad, nadat eenieder de gelegenheid heeft gehad om bezwaren tegen het ontwerp in te dienen. De vereiste goedkeuring door Gedeputeerde Staten van het door de gemeenteraad vastgestelde bestemmingsplan gaat gepaard met een vorm van administratief beroep tegen het plan bij datzelfde college.³ Het beroepsrecht komt dan echter slechts toe aan diegenen, die in eerste instantie bezwaren hebben ingediend. Indien bij de vaststelling is afgeweken van het ontwerp, komt het echter aan eenieder toe. Van de beslissing van Gedeputeerde Staten staat beroep open op de Kroon, die zich bij haar beslissing meestal niet pleegt te beperken tot de aangevochten onderdelen, doch "ambtshalve" oordelend het gehele plan ongedaan kan maken, zelfs met verwerping overigens van het beroep.

2. Zie vorige noot.

3. Vgl. Crinckle Roy/Kuizinga, a.w., onderdeel WRO, aant. 1 bij art. 27 WRO.

Naast het bestemmingsplan kent de WRO nog een aantal andere planfiguren die echter burgers niet binden, namelijk: nationale facetplannen, streekplannen en structuurplannen, en sinds kort, de planologische kernbeslissing. Er is wel enige indirecte invloed van deze plannen te bemerken, namelijk via goedkeuring van bestemmingsplannen en mogelijke hantering van aanwijzingsbevoegdheden van hogerhand.

De Woningwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening kunnen niet geheel los van elkaar worden gezien.⁴ De belangrijkste koppeling van beide wetten wordt gevormd door art. 48 WW. Daarin wordt bepaald dat een bouwvergunning alleen mag (maar dan ook moet) worden geweigerd, als het bouwwerk in strijd is met

- a. hetzij de gemeentelijke bouwverordening en de krachtens die verordening gestelde regelen of eisen.⁵
- b. hetzij het vigerende bestemmingplan of de krachtens zodanig plan gestelde eisen.
- c. of indien vergunning ingevolge een monumentenregeling vereist is en deze niet is verkregen.

Lid 2 van art. 48 bepaalt dat het besluit tot het verlenen van een voorwaardelijke vergunning, tot weigering der vergunning of tot aanhouding der beslissing met redenen is omkleed en dat aan een vergunning slechts voorwaarden mogen worden verbonden ter bescherming van de belangen ten behoeve waarvan de bepalingen strekken krachtens welke de vergunning wordt verleend en waaraan het bouwwerk, waarop de aanvraag betrekking heeft, moet voldoen.

Gezien het grote belang van de bouwvergunning als voorwaarde om een bouwwerk te mogen oprichten, kan de betekenis van art. 48 WW nauwelijks worden overschat. Er is dus reden om hier langer bij stil te staan.

Art. 48 kent een zogenaamd imperatief/limitatief systeem: de vergunning moet worden geweigerd als er een wettelijke weigeringsgrond is, en in alle andere gevallen moet zij worden verleend.⁶ Dit systeem leidt ertoe dat men de bevoegdheid tot afgifte van een bouwvergunning ex art. 48 beschouwt als een gebonden bevoegdheid. Niettemin dient te worden bedacht dat het stelsel van art. 48 bij nadere beschouwing toch wel enige beleidsvrijheid aan Burgemeester en Wethouders laat.

Zo bepaalt art. 48 onder a dat de bouwaanvraag moet worden getoetst aan de bouwverordening en aan de *krachtens* die verordening gestelde regelen of eisen. De bevoegdheid tot het stellen van regelen en eisen krachtens de bouwverordening vindt zijn

4. Overigens ook niet van andere wetten met ruimtelijke implicaties, zoals Natuurbeschermingswet, Boswet, Ontgrondingenwet, de milieuwetgeving.

5. Of - indien en zolang de bouwverordening nog niet daarmee in overeenstemming is gebracht de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in art. 3, zevende lid (inzake geluidshinder) dan wel de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in art. 23 (inzake woonketen).

6. Ingevolge de op 1 jan. 1985 in werking getreden Wet op de Stads- en dorpsvernieuwing geldt op grond van art. 17 van deze wet een bijzonder regime voor het verlenen van een bouwvergunning. Lid 1 luidt: "Onverminderd het bepaalde in art. 48, eerste lid, van de Woningwet moet de bouwvergunning eveneens worden geweigerd, indien het bouwwerk waarop de aanvraag betrekking heeft, in strijd zou zijn met de bepalingen van een leefmilieuverordening". Het effect van deze bepaling is, dat een aanvraag om bouwvergunning thans mede getoetst moet worden aan de leefmilieuverordening van art. 9 van de Wet op de Stads- en dorpsvernieuwing. Zie ook art. 17 lid 2 van de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing.

grondslag in artt. 11 en 12 WW. Deze bepalingen voorzien in delegatie van regelgeving en de toekenning van de bevoegdheid tot het verlenen van vrijstelling en tot het stellen van nadere eisen. De mate van gebondenheid, resp. beleidsvrijheid van Burgemeester en Wethouders wordt dan ook mede bepaald door de wijze waarop van deze artikelen in de bouwverordening is gebruik gemaakt. Raadpleging van de Modelbouwverordening leert dat op zeer ruime schaal van de hierbedoelde mogelijkheden gebruik is gemaakt. Daar komt nog bij dat de bouwverordening, wil zij praktisch hanteerbaar zijn, zich wel moet bedienen van vage termen als "deugdelijk", "aanvaardbaar", "voldoende" om enkele voorbeelden te noemen.⁷ Al met al geeft dit toch meer beleidsvrijheid dan men op het eerste gezicht zou vermoeden.

Hetzelfde geldt voor de tweede weigeringsgrond: strijd met een bestemmingsplan of de krachtens zodanig plan gestelde eisen. Ingevolge artt. 11 en 15 WRO kunnen Burgemeester en Wethouders, indien dat bij het bestemmingsplan is bepaald, het plan nader uitwerken of wijzigen respectievelijk vrijstelling verlenen van bij het plan aan te geven voorschriften of juist nadere eisen stellen. Dit betekent dat deze weigeringsgrond minder hard is dan hij lijkt; ten aanzien van het bestemmingsplan kunnen wijzigingen worden bewerkstelligd.

Bovendien wordt deze weigeringsgrond uitgehold tengevolge van de anticipatieprocedure ex art. 19 WRO. Dit artikel maakt onder bepaalde voorwaarden afwijkingen mogelijk van een bestaand bestemmingsplan, met name wanneer een aangevraagde bouwvergunning past binnen een nieuwe planologische visie van de gemeenteraad. Men dient dan te anticiperen op een nieuw vast te stellen plan, waartoe de raad meestal door middel van een voorbereidingsbesluit verklaart dat een wijziging van het bestemmingsplan in voorbereiding is. Met een verklaring van Gedeputeerde Staten dat er geen bezwaar bestaat tegen afwijking van het vigerende plan (art. 19 WRO) en een verklaring van geen bezwaar van Gedeputeerde Staten dat Burgemeester en Wethouders hun wettelijke aanhoudingsplicht ten aanzien van inkomende bouwaanvragen in casu doorbreken (art. 50 lid 8 j° 50 lid 2 WW) kan dan toch - mits de aanvraag past binnen de nieuwe visie - een bouwvergunning worden afgegeven. Deze als uitzondering bedoelde mogelijkheid is welhaast regel geworden.⁸

Onder een monumentenregeling als bedoeld in weigeringsgrond c zijn behalve de Monumentenwet ook begrepen de provinciale of gemeentelijke monumentenverordening. Dit punt laat ik verder rusten.

Het stelsel van art. 48 WW wijkt niet af van dat van art. 6 van de Woningwet van 1901. Een verzoek om een bouwvergunning mag en moet uitsluitend worden getoetst aan de criteria van de Woningwet; met name zal een bouwvergunning *niet* mogen worden geweigerd omdat het verlenen ervan burgerlijke rechten zou aantasten.⁹

7. Ruimtelijke Ordening, dl. 3, p. 170 b.

8. Zie hierover B.C. Bröcking en H.J.A.M. van Geest, *Anticiperen en ruimtelijk beleid*, 1982, Zwolle.

9. Het vernietigingsbeleid van de Kroon geeft hiervan voorbeelden, waarover later meer.

Evenmin is het niet voldoen aan een exploitatieverordening een weigeringsgrond. Volgens art. 42 WRO is de gemeenteraad verplicht een zogenaamde exploitatieverordening vast te stellen. Art. 42 lid 1 WRO luidt: "De gemeenteraad stelt een verordening vast waarin de voorwaarden worden vastgelegd, waaronder de gemeente medewerking zal verlenen aan de exploitatie van gronden, die in de naaste toekomst voor bebouwing in aanmerking komen (exploitatieverordening)".¹⁰ De Afdeling rechtspraak merkt de exploitatieverordening niet aan als een de burgers rechtstreeks bindende regeling.¹¹ Het betreft *m.i. een intern werkende verordening, inhoudende een verzameling voorwaarden waaronder de gemeente bereid is overeenkomsten met grondeigenaren te sluiten. Zij kunnen worden beschouwd als voorwaarden welke de gemeente stelt bij het sluiten van de privaatrechtelijke overeenkomsten met grondeigenaren die, teneinde hun terreinen te kunnen exploiteren, de medewerking van de gemeente voor straataanleg en dergelijke inroepen. Deze verordeningen worden ook wel vergeleken met algemene leveringsvoorwaarden. Wie van plan is om zelf een terrein bouwrijp te maken weet dan aan welke voorwaarden hij moet voldoen. Wenst iemand zelf te bouwen, maar niet aan de voorwaarden die in de exploitatieverordening staan te voldoen, dan kan (of liever gezegd: kón, hierlater later meer) de gemeente hem vaak beletten zijn doel te bereiken. In die situatie voldoet het te bebouwen terrein doorgaans niet aan de eisen van de bouwverordening, reden waarom de bouwvergunning niet verleend kan worden. Is van een dergelijke strijd echter geen sprake, dan kan de gemeente via de exploitatieverordening niets afdwingen.*

Tijdens de openbare behandeling van het ontwerp Woningwet in de Tweede Kamer in 1961 wees minister Van Aartsen de mogelijkheid van de hand om het niet voldoen aan het gestelde in de lokale exploitatieverordening als weigeringsgrond in art. 48 op te nemen. De bewindsman achtte het niet juist om in art. 48 een weigeringsgrond op te nemen, voor het geval iemand niet bereid zou zijn een overeenkomst met de gemeente, als uitvloeisel van de exploitatieverordening, aan te gaan. De Minister zag dit als het invoeren van een machtsmiddel om een zekere heffing op te leggen op een plaats waar dat niet hoort. Bovendien werd de mogelijkheid om de bouwvergunning te weigeren op basis van de eisen van de bouwverordening voldoende geacht: "Als het nu gaat om een bijdrage, ingevolge zo'n exploitatieverordening, voor het aanleggen van een weg, waaraan men wil bouwen, en die kosten moeten nog gemaakt worden, dan zal de bouwvergunning toch worden geweigerd, omdat, als die weg of straat er niet is, men niet mag bouwen. Wanneer de gemeente niet bereid is een weg aan te leggen, als er niet een zekere bijdrage komt van betrokkenen, moet de bouwvergunning geweigerd worden, omdat men niet mag bouwen zonder dat daar een officiële weg of straat is".¹² Zoals we nog zullen zien, gaat dit betoog ten gevolge van jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak niet meer op.

10. Ruimtelijke Ordening, dl. 2, art. 42 WRO, p. 162c.

11. AR 13 okt. 1983, AB 1984, 30 m.nt. CLR.

12. Zie S en J, 19-I, bij art. 47 Woningwet.

6.3 Methoden van kostenverhaal

Na deze beknopte beschrijving van het wettelijke regime inzake de afgifte van bouwvergunningen zal nu worden besproken op welke manieren de gemeenten proberen hun kosten van voorzieningen van openbaar nut te verhalen op eigenaren en andere rechtshabbers van onroerend goed die door deze voorzieningen gebaat worden.¹³

Gemeenten treffen allerlei voorzieningen van openbaar nut, zoals aanleg van straten, riolering, parkeerplaatsen, straatverlichting, plantsoenen, bruggen en dergelijke, waardoor gronden geschikt of beter geschikt worden voor bebouwing of anderszins leiden tot waardevermeerdering van grond en opstallen. Het wordt in het algemeen als redelijk ervaren dat de gemeenten deze kosten verhalen op degenen die door toedoen van de gemeente in een voordeliger positie zijn gekomen. Hoewel de redelijkheid van het streven naar kostenverhaal principieel wordt erkend, beschikken de gemeenten niet over een adequaat stelsel van juridische middelen om dit doel te bereiken.

Kostenverhaal op de voet van de exploitatieverordening ex art. 42 WRO is slechts mogelijk, indien de betrokken grondeigenaar bereid is met de gemeente een exploitatieovereenkomst te sluiten. In gevallen echter waarin een bouwvergunning niet geweigerd kan worden, zal die bereidheid niet aanwezig zijn.

Daarnaast is het mogelijk dat de gemeente de grond zelf gaat exploiteren en de kosten van het bouwrijp maken van de grond verdisconteert in de huur- of verkoopprijs. Het kostenverhaal is dan niet gegarandeerd want de waarde van de grond is immers afhankelijk van de marktprijs. Het zal duidelijk zijn dat bij stijgende bouwkosten en dalende grondprijzen de gemeente geld zal verliezen op haar exploitatie.

Het enige voor dit doel bestemde specifieke publiekrechtelijke middel is de bouwgrondbelasting, die ingevolge art. 274 van de gemeentewet kan worden geheven.¹⁴ Via de bouwgrondbelasting is het mogelijk de kosten van door of met medewerking van de gemeente getroffen voorzieningen van openbaar nut om te slaan over onroerende goederen die door die voorzieningen geschikt of beter geschikt worden voor bebouwing of in een voordeliger positie komen te verkeren. Van groot belang voor ons onderwerp is dat de bouwgrondbelasting een complementair karakter heeft ten opzichte van verhaal langs privaatrechtelijke weg, via overeenkomst. De belasting kan namelijk alleen dan worden geheven, zo bepaalt art. 274, *voor zover de kosten niet krachtens overeenkomst aan de gemeente zijn of worden voldaan*.

Naast de bouwgrondbelasting kent de gemeentewet in art. 273a nog de baatbelasting, die echter sinds 1970¹⁵ nauwelijks nog zelfstandige betekenis heeft. Met de bouw-

13. Zeer verhelderend is: Bouwrijpe grond, juridische aspecten van het bouwrijp maken van bouwterreinen, preadvies van J.J.M. van Rijkevorsel, F.H.A.M. Thunnissen en J.M.F. Finkensieper, Publicatie nr. 15 van de Vereniging voor Bouwrecht, 1987. Zie ook: C.J.N. Versteden, De sloop van het uitwegvergunningstelsel en de exploitatieverordeningsmethode, GS 6628 en 6629.

14. Deze bepaling is als gevolg van de Overgangswet ruimtelijke ordening en volkshuisvesting, per 1 augustus 1965 in de gemeentewet, opgenomen en is in 1970 nog (op onderdelen) gewijzigd.

15. Zie de uitvoerige vermelding van de wetsgeschiedenis in S en J 4-I, vierendertigste druk, bij art. 274 gemeentewet.

grondbelasting kan steeds hetzelfde worden bereikt als met de baatbelasting. Alleen om mogelijke overgangsproblemen te voorkomen werd art. 273a gemeentewet gehandhaafd.

In het rapport inzake de herziening van het belastinggebied van provincies en gemeenten van de Commissie-Christiaanse¹⁶, wordt dan ook voorgesteld om deze twee belastingen te combineren tot één nieuwe gestroomlijnde belasting. De tekst van het door de Commissie nieuw voorgestelde art. 274 sluit aan bij de tekst van de huidige bouwgrondbelasting. De Commissie noemt de nieuwe belasting echter baatbelasting. Voor het vervolg concentreer ik me op de bouwgrondbelasting. De jurisprudentie die met betrekking tot de baatbelasting is gevormd is vaak ook van belang voor de bouwgrondbelasting.

De bouwgrondbelasting schijnt in de praktijk nauwelijks te functioneren.¹⁷ Het is niet onwaarschijnlijk dat dit vooral te wijten is aan de beperkingen waaraan deze vorm van belastingheffing onderworpen is en aan de praktische problemen waarop men stuit wanneer men langs deze weg tot een bevredigend kostenverhaal wil trachten te komen.¹⁸ Zo moet tot heffing van de belasting worden besloten binnen een jaar nadat de voorzieningen geheel zijn voltooid en kan de gemeente voorzover de kosten krachtens overeenkomst worden voldaan niet óók nog eens belasting heffen. Dit speelt vooral als bij een slechte onroerend goed markt de gemeente op haar eigen verkooppercelen niet al haar kosten kan verhalen; zij kan dan niet opnieuw trachten van de koper een deel van de kosten te innen, ditmaal via de bouwgrondbelasting.

Herhaaldelijk is in de jurisprudentie een beroep gedaan op de nietigheid van een overeenkomst strekkende tot kostenverhaal wegens strijd met de belastingartikelen in de gemeentewet. In constante jurisprudentie heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze artikelen aan buitenwettelijke betalingsverplichtingen niet in de weg staan.

Zo blijkt uit een arrest van 1931 dat de gemeente Blaricum het verlenen van een bouwvergunning afhankelijk stelde van betaling van f 170,- aan het gemeentelijke wegebouwfonds. De Hoge Raad wees de vordering tot teruggave wegens onverschuldigde betaling af omdat het hier een vrijwillig verrichte betaling betrof. Het stond de gemeente vrij aldus gelden in ontvangst te nemen aangezien de wet haar in dit opzicht geen beperkingen oplegde. Met name was er volgens de Hoge Raad geen strijd met art. 238 (oud) gemeentewet (de gemeente verstrekke geen dienst of retributie) en art. 5 Woningwet (vgl. art. 47, JAW) gaf geen steun aan de stelling dat deze bijdrage niet voorwaarde voor het verlenen van de vergunning mocht zijn.¹⁹

Uit diezelfde tijd stamt het geval van de Amsterdamse bouwonderneming Betonbouw, die op een aan haar toebehorend terrein wilde bouwen maar geen bouwvergun-

16. Juni 1983.

17. Zie F.H.A.M. Thunnissen; Privaatrechtelijk kostenverhaal, baatbelasting en bouwgrondbelasting. BR 1984, p. 278 en C.J.N. Versteden, De sloop van het uitwegvergunningstelsel en de exploitatieverordeningmethode, GS 6628 en 6629.

18. Zie het in het vorige noot genoemde artikel van Thunnissen.

19. HR 19 maart 1931, NJ p. 470.

ning kreeg omdat ter plaatse een gemeenteweg ontbrak, hetgeen de Amsterdamse bouwverordening vereiste. De onderneming sloot een overeenkomst met de gemeente, waarbij zij zich verbond om aan de gemeente grond om niet over te dragen voor stratenaanleg en zekere bedragen te betalen ter bestrijding van de kosten van aanleg door de gemeente van straten en riolen, waarna de bouwvergunning werd afgegeven. De toegezegde bedragen weigerde de onderneming echter te betalen, omdat de gemeente deze bedragen alleen bij belastingverordening had mogen heffen en omdat de overeenkomst als voorwaarde voor het verlenen van een bouwvergunning ongeldig was.

De Hoge Raad oordeelde de overeenkomst wél geldig. De bevoegdheid om de betalingsverplichting eenzijdig op te leggen bij belastingverordening staat niet de bevoegdheid in de weg om door middel van overeenkomst de kosten van stratenaanleg en dergelijke geheel of ten dele af te wentelen op hen, die uit hoofde van hun bijzonder belang bij het tot stand komen van het werk tot het sluiten van zodanige overeenkomst bereid zijn. De geldelijke bijdrage die Betonbouw uit hoofde van haar bijzondere belang aan de gemeente had toegezegd, is derhalve niet een beloning van een aan haar door de gemeente in het algemeen belang verstrekte dienst en valt daarom buiten het gebied van art. 238 lid 1 (thans art. 274) gemeentewet²⁰.

Ook in het verderop te bespreken meer recente arrest Ameland/De Boer²¹ oordeelde de Hoge Raad met een uitvoerig beroep op de wetsgeschiedenis dat uit art. 274 lid 1 gemeentewet en art. 42 lid 2 onder b WRO volgt dat de wetgever in beginsel aanvaardbaar heeft geoordeeld dat een gemeente privaatrechtelijke middelen hanteert ter verkrijging van een bijdrage in de kosten van voorzieningen van openbaar nut, waaronder wegen.

Concluderend kan men zeggen dat het de gemeente in principe vrij staat de privaatrechtelijke weg, namelijk in de vorm van een betalingsverplichting krachtens overeenkomst, dan wel de publiekrechtelijke weg, namelijk van de belastingverordening te volgen. Dit betekent dat voor wat betreft de rechtsgeldigheid van buitenwettelijke contractuele betalingsverplichtingen de artt. 273a en 274 betreffende de gemeentelijke belastingen van de gemeentewet geen belemmerende factor vormen, althans wat de burgerlijke rechter betreft. De Afdeling rechtspraak denkt hier anders over.

Gemeenten hebben gezocht naar andere methoden van kostenverhaal. Deze andere methoden zijn voor een deel privaatrechtelijk van aard en zijn, voor zover zij ten gevolge van jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak niet onmogelijk zijn gemaakt, aan veel kritiek onderhevig. Grofweg kan men drie uitgangspunten onderscheiden van waaruit zich de verschillende methoden van kostenverhaal hebben ontwikkeld.

De eerste methode is gebaseerd op de eigenaarspositie van de gemeente. Het oudste en bekendste voorbeeld hiervan wordt gevormd door het uitwegvergunningstelsel. Tengevolge van jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak en de Hoge Raad is voor deze methode het doek gevallen.

20. HR 20 maart 1931, NJ p. 941, m.nt. EMM.

21. HR 11 dec. 1981, AB 1982, 111, m.nt. CLR. Zie 6.5.1.

Een tweede uitgangsmogelijkheid voor kostenverhaal biedt de discretionaire bevoegdheid krachtens de Modelbouwverordening om van bepaalde eisen uit die verordening vrijstelling te verlenen. Zo wordt via het verlenen van vrijstelling van het zgn. "bouwweg"-vereiste of van het parkeergelegenheidsvereiste vergoeding van kosten bereikt. Deze mogelijkheid is eveneens ten gevolge van jurisprudentie voor een belangrijk deel afgesneden.

Tot slot hebben gemeenten de krachtens de Wet op de Ruimtelijke Ordening bestaande mogelijkheid om bestemmingsplanvoorschriften te wijzigen benut als middel van kostenverhaal. Ook voor deze methode heeft de rechter de deur nagenoeg dichtgegooid.

Uit het oogpunt van rechtsbescherming is het van belang te onderscheiden of een betalingsverplichting louter en alleen als een verbintenis uit privaatrechtelijke overeenkomst moet worden beschouwd, dan wel of de betalingsverplichting als bestanddeel, namelijk als voorwaarde, van de beschikking dient te worden beschouwd. In het laatste geval zal men zich in principe voor beroep tegen de voorwaarde tot de Afdeling rechtspraak moeten wenden. Op diverse plaatsen in dit hoofdstuk kom ik op dit aspect terug.

In het navolgende zullen de diverse mogelijkheden aan een nader onderzoek worden onderworpen.

6.4 Kostenverhaal op basis van eigendom

6.4.1 Het uitwegvergunningstelsel

Aangezien het uitwegvergunningstelsel recentelijk heeft afgedaan als middel om kosten te verhalen, zal ik het slechts beknopt behandelen. De gedachte van het uitwegvergunningstelsel was aanvankelijk heel simpel. De gemeente maakte gebruik van haar positie als eigenaar van openbare wegen door het uitwegen vanaf aan de weg grenzende percelen slechts toe te staan indien door haar uitdrukkelijk privaatrechtelijke toestemming was verleend. Deze toestemming (het zogenaamde "recht van uitweg") werd alleen dan verleend, wanneer de belanghebbende een bepaald bedrag als bijdrage in de kosten van openbare voorzieningen had betaald. Zonder toestemming is het feitelijk onmogelijk de grond te bebouwen vanwege de onbereikbaarheid vanaf de openbare weg. In het arrest Hoogeloon²², achtte de Hoge Raad het juist dat bij het bepalen van de waarde van de gronden bij onteigening door de gemeente rekening werd gehouden met het feit, dat nog geen "uitweggeld" betaald was. Er werd met name geen strijd met art. 14 Wegenwet aanwezig geacht. Dit artikel verplicht de rechthebbende en onderhoudsplichtige van een openbare weg om alle verkeer over die weg alsmede de uitvoering van alle werken voor aansluitingen van wegen en uitwegen te dulden. Met de plicht van art. 14 behoeft niet in strijd te zijn, aldus de Hoge Raad, dat de rechthebbende en onderhoudsplichtige ge-

22. HR 2 febr. 1966, NJ 415 (Hoogeloon), m.nt. N.J. Polak, AB p. 579, m.nt. 51, AA 1966/1967 p. 137, m.nt. WFP, BR 1966, p. 266.

meente als eigenaar van de grond, waarop de openbare weg is aangelegd, voor het verlenen van het recht van uitweg een betaling bedingt.

Tevens oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van strijd met of ongeoorloofde ontduiking van de belastingbepalingen van de artt. 275 e.v. (oud) gemeentewet, aangezien art. 282 (thans 274) gemeentewet niet verbood, dat de gemeente bij overeenkomst een bijzondere bijdrage als ten deze bedong. Bovendien kan het uitwegen volgens de Hoge Raad ook niet worden gezien als het genot of gebruik van de voor de openbare dienst bestemde weg, maar slechts als een middel tot dat gebruik of genot. Tot slot werd ook geen ongeoorloofde ontduiking van art. 48 Woningwet aanwezig geacht, aangezien de gemeente de bijdrage niet vroeg in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak voor het verlenen van bouwvergunningen, doch voor het als eigenares verlenen van het recht van uitweg.

Het gevolg van deze uitspraak was, dat zoals Versteden²³ het uitdrukt, de gemeentelijke kassa's konden rinkelen. Aan dit gerinkel kwam een einde toen de Afdeling rechtspraak van de Raad van State uitspraak deed over het uitwegvergunningstelsel in de zaak Kan/Maastricht.²⁴ De gemeente Maastricht vroeg een bijdrage in de kosten voor het bouwrijp maken van gronden voor de privaatrechtelijke toestemming tot uitwegen op aan de gemeente in eigendom toebehorende of bij haar in beheer zijnde wegen krachtens de Bijdrageregeling "ontsluiting particulier bouwterrein". De stelling van Burgemeester en Wethouders van Maastricht dat de vordering van een bijdrage krachtens overeenkomst en dus door middel van een rechtshandeling naar burgerlijk recht geschiedde, zodat de Afdeling niet bevoegd was, werd door deze afgewezen. De Afdeling was van mening dat er sprake was van een beschikking, omdat de bijdrage werd gevorderd krachtens de genoemde bijdrageregeling, welke in haar aanhef een verwijzing bevatte naar art. 168 gemeentewet en welke strekte tot verhaal van kosten, die de gemeente niet als eigenaar, doch als onderhoudsplichtige heeft gemaakt. De Afdeling beschouwde de bijdrageregeling kennelijk als een algemeen verbindend voorschrift; bijgevolg was de vordering een beschikking, zodat de Afdeling bevoegd was het geschil te beoordelen. Vervolgens toetste de Afdeling de bijdrageregeling aan art. 14 Wegenwet, waarbij zij aan dit artikel een interpretatie gaf, tegenovergesteld aan die van de Hoge Raad.²⁵ Uit de tekst en de geschiedenis van de totstandkoming van art. 14 kan volgens de Afdeling worden afgeleid dat op grond van het bepaalde in het eerste lid de rechthebbende op de openbare weg en de berm heeft te dulden dat het publiek deze weg overeenkomstig de bestemming gebruikt. Dit impliceert het ontsluiten van aangrenzende terreinen, waartoe het uitwegen op die weg dient te worden gerekend. Dit ligt volgens de Afdeling te meer voor de hand nu het derde lid van art. 14 een duldplicht kent ten

23. C.J.A. Versteden, De sloop van het uitwegvergunningstelsel en de exploitatieverordeningsmethode, GS nr. 6628 en 6629.

24. AR 1 sept. 1977, AB 336, m.nt. VdV, GS nr. 6472 met aant. JNK, BR 1977, p. 914, m.nt. Crincke Le Roy. Zie ook J. Wessel in AA 27 (1978), p. 574 (inzake De Bilt), H.Ph.J.A.M. Hennekens, NG 1977, p. 565 e.v. en L. Damen, Het recht dat kan verkeren, GS nr. 6509.

25. Zie over geschiedenis, totstandkoming en betekenis van art. 14 Wegenwet: Hennekens, Uitwegen gewogen, in de Bundel Goed en Trouw, aangeboden aan Prof. W.C.L. van der Grinten, Zwolle, 1984, p. 401 e.v.

aanzien het aansluiten van wegen. Naar het oordeel van de Afdeling kan het niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest wel een gedoogplicht te scheppen met betrekking tot de aanleg van wegen, doch niet met betrekking tot het gebruik ervan. Ondanks vele (negatieve) reacties²⁶ heeft de Afdeling inmiddels dit standpunt herhaaldelijk bevestigd.²⁷

De Afdeling kwam tot dezelfde conclusie bij de beoordeling van een gelijksoortige bijdrageregeling van de gemeente De Bilt, zij het dat de motivering van het standpunt dat hier van een beschikking sprake was nog opmerkelijker was. Het argument dat de regeling steunde op art. 168 gemeentewet werd niet meer gebruikt. In plaats daarvan werd het publiekrechtelijk karakter van de bijdrageregeling gebaseerd op de bestuurstaak in deze van de gemeente: "Waar het betreft openbare wegen nemen in het totale beeld van rechten en verplichtingen, welke bestaan met betrekking tot die wegen, de rechten die de eigenaar van een weg heeft in zijn hoedanigheid van eigenaar slechts een ondergeschikte plaats in. Indien de gemeente eigenares is van een openbare weg, staat naast dat feit de omstandigheid dat het gemeentebestuur is belast met de zorg deze weg zo goed mogelijk aan haar openbare bestemming te doen beantwoorden". Tegen de achtergrond van de hieruit voortvloeiende zorgplicht kan de toepassing van de bijdrageregeling volgens de Afdeling niet worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Terwijl de gemeenten bedoelden een regeling vast te stellen die men naar burgerlijk recht kan beschouwen als een openbaar aanbod of als algemene voorwaarden waaronder de gemeente als eigenaar bereid is gronden bouwrijp te maken, beschouwt de Afdeling dergelijke bijdrageregelingen als publiekrechtelijke verordeningen. Immers aangezien de Afdeling de "regeling" onverbindend oordeelde, lijkt het er op dat de Afdeling de "regeling" als een samenstel van algemeen verbindende voorschriften beschouwt, daarbij het beweerde publiekrechtelijke karakter baserend op art. 168 gemeentewet in combinatie met de onderhoudsplicht van de gemeente (Maastricht) dan wel louter op de bestuurstaak van de gemeente ten aanzien van de openbare weg (De Bilt).²⁸

26. Zie L. Damen, GS 6509, C.J.N. Verstedden, GS 6628; H.Ph.J.A.M. Hennekens, NG 1977, p. 565.

27. AR 8 juni 1978, GS 6514. 8; AA 1978, p. 574, met noot J. Wessel (De Bilt I). En verder: 28 febr. 1980, AB 526 m.nt. v.d.V.; NG 1980, S 147 (J.M.H.F. Teunissen (Laren)); 27 juni 1980, AB 586 (Nuth I) 8 mei 1981, AB 391 met nt. JAB (Nuth II). Deze uitspraken komen nog aan de orde. Ook de Kroon heeft "Hoogeloon" niet gevolgd, zoals blijkt uit KB 29 okt.1969, Stb. 488, AB 1970, 43 (spontane vernietiging) en KB 20 jan. 1971, AB 153 (Kroonberoep).

28. Vergelijk ook AR 22 mei 1980, AB 1981, 46 (Frantzen-gem.Wijlre). "De afdeling heeft reeds vaker overwogen dat de verplichting tot betaling van een bijdrage als hiervoor bedoeld is ontstaan niet op grond van een gesloten overeenkomst, doch op grond van eenzijdige oplegging krachtens meergenoemde verordening. Waar het betreft openbare wegen nemen in het totale beeld van rechten en verplichtingen, welke bestaan met betrekking tot die wegen, de rechten die de eigenaar van een weg heeft in zijn hoedanigheid van eigenaar slechts een ondergeschikte plaats in. Indien de gemeente eigenaar is van een openbare weg staat naast dat feit de omstandigheid dat het gemeentebestuur krachtens zijn algemene publieke bestuurstaak is belast met de zorg deze weg zo goed mogelijk aan haar openbare bestemming te doen beantwoorden. Naar het oordeel van de Afdeling kan tegen de achtergrond van deze plicht tot zorg voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen de toepassing van de verordening niet worden beschouwd als een zaak die kan worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht."

De Hoge Raad beschouwt dergelijke bijdrageregelingen niet als recht in de zin van art. 99 RO.²⁹ Dit standpunt is m.i. juist. Het gemeentelijk besluit waarbij een bijdrageregeling wordt vastgesteld kan men weliswaar een verordening noemen, maar geen recht in de zin van art. 99 RO, omdat het geen naar buiten werkende algemene regeling betreft. De bijdrageregeling bevat algemene intern werkende, dat wil zeggen, de gemeente bindende regels, die aangeven onder welke voorwaarden en in welke gevallen de gemeente bereid is gronden bouwrijp te maken. Niet ieder gemeentelijk besluit dat "verordening" genoemd wordt (zelfs al geschiedt dat door de formele wetgever, zoals in art. 42 Wet RO het begrip "exploitatieverordening" of het algemeen gehanteerd begrip "subsidieverordening") kan in materiële zin als een burgers bindend voorschrift worden aangemerkt.³⁰

In de uitspraak Laren³¹ kwam een variant op het uitwegvergunningensysteem aan de orde, waarbij niet eens sprake was van een bijdrageregeling, maar waarbij eenvoudig op individuele basis een bijdrage werd bedongen krachtens het eigendomsrecht van de gemeente. Men zou verwachten dat de Afdeling er dan niet meer uitkomt aangezien de zogenaamde verordeningsconstructie dan niet meer opgaat; er is geen sprake van een publiekrechtelijk op te vatten "regeling" en dus ook niet van een verordening op grond daarvan, een zogenaamde "heffing" die als een beschikking beschouwd zou kunnen worden.³² Echter in dit geval ging de Afdeling zo ver met op te merken dat voor de aanwezigheid van een beschikking in de zin van de wet Arob niet een bijzonder staats- of administratiefrechtelijk voorschrift als grondslag is vereist, mits dat besluit genomen is in het kader van de uitvoering van een publiekrechtelijk taak. De Afdeling achtte zulks het geval onder verwijzing naar art. 209 sub h van de gemeentewet en de artt. 15 e.v. van de Wegenwet. Tevens overwoog de Afdeling dat de weigering *mede* inhield een rechtshandeling gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen en om die reden als een beschikking diende te worden aangemerkt.

Hieruit blijkt opnieuw het al uit de Waprogram-uitspraak³³ bekende standpunt dat een besluit zowel een beschikking als een rechtshandeling naar burgerlijk recht kan zijn. Met dit standpunt kan op zich in abstracto wel ingestemd worden, zij het dat dit uit oogpunt van rechtsbescherming uiterst verwarrend is en dat het in ieder geval *niet* het standpunt van de wetgever is, aangezien art. 2 lid 2 sub b Wet Arob bepaalt dat een rechtshandeling naar burgerlijk recht geen beschikking in de zin van deze wet is.³⁴

In de uitspraken Nuth³⁵ komen we wéér een nieuwe variant van het uitwegvergunningstelsel tegen. Ditmaal is het stelsel wél op een echte publiekrechtelijke regeling ge-

29. Zie het dadelijk te bespreken arrest Heesch/Van de Akker, HR 16 mei 1986, NJ 723, m.nt. MS.

30. Zie E.M.H. Hirsch Bailin, AA 35 (1986), p. 493-501, HR 23 okt. 1962, AA 13 (1963-1964), p. 147 e.v. m.nt. JLHC. Vgl. ook D.J. Veegens, Cassatie in burgerlijke zaken, Zwolle 1971, nr. 74 en HR 20 december 1975, NJ 221 m.nt. GJS (kalkarheffing).

31. AR 28 febr. 1980, AB 526 (Laren).

32. Zie C.J.N. Versteden; Uitwegvergunningstelsels en financiële voorwaarden in soorten, GS 6708-6710, m.n. p. 165.

33. AR 1 dec. 1977, AB 1978, 208, m.nt. MS.

34. Zie over deze problematiek J.A. Borman, Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht, Handelingen NJV 1981, deel 1, tweede stuk, met name p. 50 e.v. en 64 e.v.

35. AR 27 juni 1980, AB 586 (Nuth I) en 8 mei 1981, AB 391 m.nt. JAB (Nuth II).

baseerd, namelijk het uitwegen zonder vergunning wordt verboden in de algemene politieverordening. Daarnaast is er een bijdrageregeling die bepaalt onder welke voorwaarden de gemeente een recht van uitweg verleent als bedoeld in de APV en die tevens de normen voor de berekening van de verschuldigde bijdrage bevat. Dit stelsel komt dus hier op neer dat a) het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst verbonden is aan b) de vergunning tot uitwegen krachtens de APV, waarna c) tenslotte de bouwvergunning verleend kan worden.

De eerder genoemde varianten kwamen er op neer dat het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst werd verbonden aan de privaatrechtelijke toestemming tot uitwegen van de gemeente als eigenaar, waarvoor de gemeente al of niet algemene voorwaarden heeft geformuleerd in een "regeling".

Geheel conform eerdere uitspraken werd door de Afdeling ook hier de "regeling" onverbindend geoordeeld wegens strijd met art. 14 Wegenwet. In dit - andersliggende - geval hoeft het géén verbazing te wekken dat de Afdeling zich competent achtte, aangezien het hier immers wél om een publiekrechtelijke toestemming, namelijk een beschikking krachtens de APV, ging!

Concluderend kan men stellen dat het uitwegvergunningstelsel als methode van kostenverhaal voor de gemeente heeft afgedaan omdat de Afdeling het stelsel in al zijn mogelijke varianten in strijd heeft geoordeeld met art. 14 Wegenwet. De Afdeling heeft dit kunnen doen door de besluiten inzake de toestemming tot uitwegen steeds (ook) als beschikkingen te beschouwen, zonder daarbij acht te slaan op of consequenties te verbinden aan gevallen waarin de toestemming louter op de privaatrechtelijke eigendomspositie van de gemeente berustte, dan wel op een publiekrechtelijke grondslag, te weten de vergunningseis in de APV.

Na deze jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak werd de vraag interessant of de Hoge Raad het (discutabele) bevoegdheidsoordeel en het (evenzeer discutabele) rechtmatigheidsoordeel van de Afdeling zou volgen dan wel zou blijven bij zijn standpunt van Hoogeloon.

Deze vragen hebben een antwoord gevonden in arrest Heesch/Van de Akker³⁶, zij het dat de antwoorden niet op alle punten bevredigend zijn. Het ging hier om een actie uit onverschuldigde betaling (art. 1395 BW) ingesteld door Van de Akker tegen de gemeente Heesch wegens een in rekening gebrachte uitwegheffing, terwijl Van de Akker verzuimd had de heffing via een Arob-procedure aan te vechten. Het uitwegvergunningvereiste van de gemeente Heesch was van publiekrechtelijke aard: de APV eiste de uitwegvergunning terwijl een "Regeling ontsluiting particuliere bouwterreinen" (verder: ROPB) onder meer bepaalde dat een uitwegvergunning ingevolge art. 33 APV eerst verleend wordt nadat tussen de aanvrager en de gemeente een overeenkomst is gesloten tot verkrijging van een vergoeding in door de gemeente gemaakte of nog te maken kosten voor bouwrijp maken van dat terrein. Dit gegeven is in mijn ogen niet zonder belang, hoewel de Hoge Raad er verder geen acht op slaat.

36. HR 16 mei 1986, NJ 723 m.nt. MS, AA 1986, p. 642 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

Zowel rechtbank als Hof waren van oordeel dat er sprake was van een overeenkomst.³⁷ De rechtbank achtte de overeenkomst nietig wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak, omdat de zorg voor de gemeentelijke financiën in ieder geval niet behoort tot de belangen ter bescherming waarvan het betreffende artikel in de APV eisen stelt. Bovendien achtte de rechtbank strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur aanwezig en misbruik van bevoegdheden, nu de gemeente als "monopoliehoudster" bij de vergunningverlening via contractuele weg het aan de uitwegvergunningverlening vreemde belang dient van een financiële vergoeding van door de gemeente te maken kosten. Het Hof achtte de overeenkomst nietig wegens ongeoorloofde oorzaak op grond van strijd met art. 14 Wegenwet, dat de rechthebbende op een weg niet alleen gebiedt alle verkeer op die weg te dulden, maar ook om te dulden dat aan die weg wonenden zich middels een uitweg toegang tot een gebruik van de weg kunnen verschaffen. Een vergunning kan geëist worden met het oog op te stellen voorwaarden voor de verkeersveiligheid, maar het bedingen van een vergoeding voor het verkrijgen van zo'n vergunning is niet in overeenstemming met de wettelijke gedoogplicht. Ook doet daaraan, aldus het Hof, het feit dat de gemeente eigenaar is niet af, omdat art. 14 Wegenwet in volle omvang ook voor de eigenaar van de weg geldt.

Interessant is nog dat het Hof rekening houdt met de mogelijkheid dat men anders kan oordelen over het standpunt dat de regeling is opgezet en uitgewerkt als een privaatrechtelijke overeenkomst. Dit heeft dan volgens het Hof geen ander resultaat: indien de rechtshandeling moet worden aangemerkt als een beschikking in de zin van de Wet Arob, is de betaling eveneens onverschuldigd omdat deze beschikking die is gegeven krachtens een wegens strijd met de wet onverbindende regeling, zelf ook wegens strijd met de wet rechtskracht ontbeert. Het beroep van een gemeente dat de betaling berust op een beschikking met formele rechtskracht zodat zij niet hoeft terug te betalen, wordt door het Hof verworpen; aangezien beide partijen het er over eens zijn dat de ROPB onverbindend is, verzetten alleen de redenen van proceseconomie zich er tegen dat een administratiefrechtelijke en een "gewone" procedure zouden moeten worden gevoerd om terugbetaling van het op grond van die beschikking betaalde te verkrijgen.

De Hoge Raad verwerpt het middel van de gemeente dat klaagt over een onjuiste uitleg van art. 14 Wegenwet door het Hof, echter zonder zelf daarbij een inhoudelijke interpretatie van art. 14 Wegenwet te geven. De Hoge Raad stelt dat de vraag is of met betrekking tot de door de overheid ontwikkelde uitwegvergunningstelsels moet worden vastgehouden aan "Hoogeloon" dan wel de met "Maastricht I" uitgezette, vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak moet worden gevolgd. Daarbij moet voorop worden gesteld dat het oordeel over de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aanvaardbaar zijn, typisch behoort tot die vragen tot het beantwoorden waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is geroepen, aldus de Hoge Raad. Dat reeds pleit ervoor de vaste jurisprudentie van de Afdeling te volgen. Daar komt volgens de Hoge Raad nog bij dat de vraag of dergelijke uitwegvergunningstelsels rechtens aan-

37. Hof Den Bosch 7 maart 1984, BR 1984, p. 834. Zie over het arrest van het Hof: A. Walter de Bruin, Terugvorderingsacties in uitwegvergunningzaken, BR 1984, p. 779 e.v.

vaardbaar zijn, al vóór "Hoogeloon" omstreden was en dat dit arrest over het algemeen is afgekeurd, terwijl de Kroon enige uitspraken heeft gedaan waaruit kan worden afgeleid dat zij dergelijke stelsels afkeurt.³⁸

Door enerzijds over "uitwegvergunningstelsels" te spreken en anderzijds door te verwijzen naar de Afdeling rechtspraak, omzeilt de Hoge Raad de vraag of uit de duldplicht van art. 14 Wegenwet volgt dat het door de gemeente bedingen van een vergoeding voor het verlenen van toestemming tot uitwegen in strijd is met de wet.³⁹ Door op te merken dat de aanvaardbaarheid van de uitwegvergunningstelsels *typisch* tot het beoordelingsterrein van de Afdeling behoort, miskent de Hoge Raad de onderscheidene grondslagen die een dergelijk "stelsel" kan hebben. Bovendien is de Afdeling helemaal niet gehouden "stelsels" te beoordelen, maar louter beschikkingen. De Hoge Raad gooit hier - net als de Afdeling al eerder gedaan had - naar mijn mening alle uitwegvergunningstelsels op een hoop. De Maastrichtse regeling waar de Hoge Raad naar verwijst, hield in dat privaatrechtelijke toestemming tot uitwegen, louter gebaseerd op de eigendom van de weg, als grondslag voor de heffing werd gebruikt. In Maastricht waren daarvoor "algemene voorwaarden" van toepassing, die de gemeente als eigenaar hanteerde.

In het geval Heesch echter is, net zoals in het eerder besproken geval Nuth, het uitwegvergunningstelsel wél op publiekrechtelijke leest geschoeid, namelijk de APV van de gemeente Heesch die verbiedt uit te wegen naar een weg zonder vergunning van Burgemeester en Wethouders. Aan de vergunningverlening is vervolgens gekoppeld het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst onder de algemene voorwaarden vastgesteld in de Regeling ontsluiting particuliere bouwterreinen. Deze overeenkomst is dan een aan een publiekrechtelijke vergunningverlening gekoppeld voorschrift. Een dergelijke voorwaarde, ongeacht van welke aard en via welke regeling dan ook berekend, maakt deel uit van de beschikking, zodat de rechtmatigheid van die voorwaarde ter beoordeling staat van de administratieve rechter. Met Hennekens⁴⁰ kan men concluderen dat hier nu juist géén reden was voor twijfel over de vraag of de Afdeling rechtspraak Van de Akker in zijn beroep tegen zo'n voorwaarde ontvankelijk zou hebben verklaard. Het feit dat een privaatrechtelijke overeenkomst en een daaruit voortvloeiende betaling aan een vergunning verbonden is, maakt deze tot een voorwaarde die onderdeel is van een beschikking. Daarbij is het rechtskarakter van de genoemde bijdrageregeling niet van belang. De Hoge Raad beschouwde deze regeling overigens *niet* als recht in de zin van art. 99 RO, terwijl de Afdeling rechtspraak zoals we reeds zagen, deze "onverbindend" oordeelde, een term die men met name ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften bezigt.

Tot slot meld ik voor de volledigheid nog wat de Hoge Raad oordeelde over het beroep van de gemeente op de formele rechtskracht van de beschikking; de gemeente Heesch meende namelijk dat nu Van de Akker had nagelaten de in de wet Arob neerge-

38. Zie noot 27 in fine.

39. Zie hierover H.Ph. J.A.M. Hennekens in zijn noot onder dit arrest in AA 35 (1986) p. 642 e.v. en diens in noot 25 genoemde artikel in de Van der Grintenbundel.

40. In zijn hierboven genoemde noot in AA.

legde rechtsgang te volgen, de financiële voorwaarde onaantastbaar was geworden en de rechtsgeldigheid van de betaling nu ook voor de burgerlijke rechter vaststond.

De Hoge Raad stelt als regel voorop dat wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, er van uit dient te gaan, dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft, in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.

Deze regel geldt in beginsel ook dan "indien dit de burgerlijke rechter... zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd".⁴¹ Een uitzondering is mogelijk wanneer de bezwaren tegen deze regel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat een uitzondering moet worden aanvaard. De bijzonderheden van het geval zijn daarvoor beslissend. In casu achtte de Hoge Raad zulks het geval aangezien (summier weergegeven):

- a) het niet voor de hand lag dat beroep op de Afdeling rechtspraak mogelijk moest worden geacht,
- b) de gemeente alles gedaan heeft om haar handelen het karakter van een privaatrechtelijke overeenkomst te geven zodat zij nu niet meer mag betogen dat het een beschikking is,
- c) het standpunt van de gemeente tot vermindering van rechtsbescherming zou leiden en
- d) het gevaar niet aanwezig is dat de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komt dan de administratieve rechter daar de burgerlijke rechter zich geconformeerd heeft aan de opvatting van de Afdeling rechtspraak.⁴²

De Hoge Raad volgt de bevoegdheid c.q. ontvankelijkheidsoordelen van de Afdeling rechtspraak klakkeloos zonder daarbij acht te slaan op de verscheidene grondslagen die een uitwegvergunningstelsel kan hebben. Door deze manoeuvre wordt een inhoudelijk rechtmatigheidsoordeel over de vraag waar het eigenlijk om gaat, namelijk is geld vragen krachtens eigendomsrecht of de APV voor de toestemming tot uitwegen nu wel of niet in strijd met art. 14 Wegenwet of anderszins met het recht, door de Hoge Raad onbeantwoord gelaten. De Hoge Raad heeft zich uit rechtspolitieke overwegingen bij de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak neergelegd, wat het onbevredigende resultaat oplevert dat de contractsvrijheid van gemeenten ten aanzien van uitwegvergunningen is beperkt zonder dat we precies weten op grond waarvan. Naar mijn mening zijn de diverse uitwegvergunningstelsels als middel van kostenverhaal in strijd met (de strekking van) art. 48 Woningwet. Uit het imperatief/limitatieve stelsel van dit artikel kan worden afgeleid dat geen andere weigeringsgronden voor de verlening van een bouwvergunning zijn toegestaan, dan de daar genoemde.

41. Vgl. HR 4 febr. 1983, NJ 1985, 21 m.nt. MS (Hei- en Boeicop/Bogerd) en 24 febr. 1984, NJ 669 m.nt. JAB (St. Oedenrode).

42. Zie voor een uitvoerige beschouwing hierover de eerder genoemde noot van Scheltema in de NJ.

6.4.2 *Uitwegvergunningstelsel definitief van de baan?*

Hennekens heeft overtuigend aangetoond dat, in tegenstelling tot wat de Afdeling rechtspraak beweert, een recht op uitweg niet op de tekst en de geschiedenis van de totstandkoming van art. 14 Wegenwet valt te funderen.⁴³

Zowel de Hoge Raad als de Afdeling rechtspraak hebben de mogelijkheid op zich van een gemeentelijke verordnungsbevoegdheid inzake het uitwegen op openbare wegen ten behoeve van de openbare orde, met name de verkeersveiligheid, wel erkend. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Bergeyk⁴⁴ dat art. 14 Wegenwet niet meebrengt dat om eisen van verkeersveiligheid geen uitwegvergunning zal kunnen worden geweigerd op basis van het in de APV van Bergeyk geregelde uitwegvergunningstelsel. De Afdeling overwoog in de uitspraak Wittern⁴⁵ dat de gemeenteraad op grond van art. 168 gemeentewet bevoegd is tot het maken van een verordening die het maken of hebben van uitwegen in het belang der openbare orde of in andere belangen de huishouding der gemeente betreffende, aan een vergunningvereiste onderwerpt.

Maar de vraag die nog steeds open is, is of art. 14 Wegenwet de eigenaar van een openbare weg toestaat het uitwegen op die weg te verbieden of aan bepaalde voorwaarden te verbinden. De Afdeling rechtspraak is deze vraag ontgaan door niet de eigendom, maar de publiekrechtelijke bevoegdheid als uitgangspunt te nemen. De Hoge Raad heeft deze vraag positief beantwoord in Hoogeloon en is hier niet expliciet op teruggekomen. Hoe kan men een antwoord vinden op deze vraag dat recht doet aan de rechtsontwikkeling die zich op dit punt sinds Hoogeloon heeft voltrokken? Hennekens heeft zowel in zijn dissertatie⁴⁶ als in genoemd artikel⁴⁷ een weg gewezen. Hij bepleit dat niet art. 14 Wegenwet, maar de functie van de openbare weg hiervoor bepalend is. Het woord functie dient hier wel te worden onderscheiden van het begrip bestemming tot de openbare weg, dat in de Wegenwet duidt op het aanwenden van eigenaarsbevoegdheden (vergelijk artt. 4, 5, 15 Wegenwet). Naast de openbaarheid van de weg staat zijn functie. Terwijl de openbaarheid van de weg een regeling heeft gevonden in de Wegenwet (waarin het woord bestemming beperkt is tot de openbaarheid van de weg), is de publieke functie bepaald door het gebruik dat door het publiek kan worden gemaakt in gevolge de aard van de weg (molenweg, kerkpad, voetpad, dreef, winkelstraat, etc.; bestemmingsplan of feitelijke situatie zijn hiervoor bepalend), danwel ingevolge de verkeersvoorschriften van de weg (autosnelweg, woonerf, straat). Deze publieke functie dient ten gevolge te hebben dat privaatrechtelijke bevoegdheden daarmee niet in strijd mogen komen. Per geval zal bekeken moeten worden wat die functie vereist. Zo zal de functie van een weg die een autosnelweg is meebrengen, dat vanaf terzijde gelegen ter-

43. Zie zijn in noot 25 genoemde artikel in de Van der Grinten-bundel.

44. HR 30 sept. 1987, GS 1988, 6857, 5 m.nt. HH.

45. AR 3 juli 1987, AB 1988, 496; GS 1988, 6840, 7, m.nt. HH. Zie ook AR 28 okt. 1983, GS 1984, 6774, p. 325 e.v. en AR 26 juli 1984, BR 1984, p. 913 e.v.

46. De openbare weg en het privaatrecht, diss. Nijmegen, 1977, m.n. p. 62-68.

47. Zie noot 25.

reinen geen uitweg is naar die weg, in welk geval de eigenaar ook niet gehouden is deze toe te staan. Omgekeerd zal bij een weg die de functie van een woonstraat heeft, de eigenaar wel moeten dulden dat men vanuit de woning "zijn" straat op kan.

De redenering van Hennekens volgend, is een overeenkomst waarbij de eigenaar van de weg uitwegtoestemming geeft tegen betaling van een bepaald bedrag van de wederpartij, in strijd met de openbare orde te achten, indien de publieke functie van die openbare weg meebrengt dat daarop "uitgeweegd" moet kunnen worden. De eigenaar kan dan geen geld vragen voor de uitwegtoestemming, hij moet dulden dat het publiek de weg volgens de functie die hij vervult kan gebruiken.

Anders ligt dat indien de functie van de weg niet meebrengt dat daarop vrijelijk "uitgeweegd" kan worden. In dat geval heeft de toestemmingvrager geen vrij recht op de uitwegmogelijkheid. Indien de eigenaar van de weg bereid is uitwegtoestemming te geven, is het niet onredelijk dat er voorwaarden gesteld worden. De reden van weigering van toestemming of van het stellen van toestemmingsvoorwaarden is in dit geval gelegen in de functie van de weg. Het eisen van betaling van een redelijke tegemoetkoming voor de verlening van uitwegtoestemming lijkt mij goed mogelijk. Dit betekent echter niet dat het stellen van financiële voorwaarden met het oogmerk van verhaal van de exploitatiekosten hiermee geoorloofd is. Immers een weg zal niet de publieke functie van goudmijn kunnen worden toegedacht. Dàt kan alleen in het Monopoly-spel.

De conclusie is dat een privaatrechtelijk uitwegvergunningstelsel gebaseerd op de eigendom van de weg gehanteerd kan worden in die gevallen, waarin de mogelijkheid van uitwegen niet tot de publieke functie van de weg behoort, maar dan louter in het belang van de betreffende publieke functie van de weg. Als middel van kostenverhaal heeft het uitwegvergunningstelsel afgedaan.

6.5 Kostenverhaal via de bouwverordening

6.5.1 *Bouwweg-vereiste*

Deze methode van kostenverhaal heeft een publiekrechtelijke grondslag; de overeenkomst wordt gekoppeld aan het verlenen van vrijstelling van eisen van de bouwverordening. Zo bepaalde art. 37 lid 1 van de Modelbouwverordening (MBV) dat slechts gebouwd mag worden op een terrein grenzend aan een weg, die voldoet aan de eisen van art. 290 MBV, een zogenaamde "bouwweg". Dit hield in dat de weg aan allerlei technische en juridische voorwaarden moest voldoen. Indien de totstandkoming van een bouwweg onvoldoende was verzekerd kon van art. 37 MBV vrijstelling worden verkregen. De bouwvergunning kon in beginsel slechts worden verkregen indien ofwel aan een bouwweg werd gebouwd ofwel terzake vrijstelling was verkregen. In deze vrijstellingsmogelijkheid lag nu het aanknopingspunt voor het kostenverhaal.⁴⁸ Indien er géén weg was of de weg voldeed niet aan de eisen van art. 290 MBV, kon de gemeente de

48. Zie F.H.A.M. Thunnissen, BR 1984, 278 e.v.

vrijstelling weigeren. De gemeente kon zich dan bereid verklaren de weg conform art. 290 aan te leggen of te verbeteren onder de voorwaarde van betaling van een bijdrage in de kosten, een en ander met toepassing van de exploitatieverordening. In dat geval was de aanleg van een bouwweg voldoende verzekerd zodat de gemeente krachtens art. 37 lid 4 vrijstelling verleende en een bouwvergunning afgaf. Dit middel van kostenverhaal was dus alléén mogelijk wanneer een exploitant wilde bouwen en zijn perceel niet aan een bouwweg lag.

Tengevolge van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak verloor art. 37 MBV vrijwel iedere betekenis. Bij de 22e wijziging van de MBV is art. 37 ingrijpend gewijzigd en is art. 290 vervallen. Toch wil ik deze inmiddels achterhaalde methode van kostenverhaal bespreken omdat het oordeel over de geoorloofdheid van deze methode ook van belang kan zijn bij de oplossing van de vraag naar de geoorloofdheid van andere, nog bestaande methoden van kostenverhaal. Grondgedachte van het "bouwweg-vereiste" was namelijk om de vrijstelling van art. 37 MBV afhankelijk te stellen van het bestaan van een exploitatie-overeenkomst, omdat op die wijze de totstandkoming van een bouwweg voldoende verzekerd was. Dit gegeven kan een rol spelen bij het antwoord op de vraag - die verderop aan de orde komt - of bijvoorbeeld medewerking aan een bestemmingsplanwijziging of een anticipatie afhankelijk mag worden gesteld van het sluiten van een exploitatie-overeenkomst.

De Hoge Raad had dit middel van bouwkostenverhaal in principe geaccepteerd in het arrest Ameland/De Boer.⁴⁹

De Boer betaalde als bijdrage in de kosten van het in bouwexploitatie brengen van zijn percelen een bedrag van f 5.706,90. De Boer vorderde het bedrag terug op grond van onverschuldigde betaling. De Hoge Raad vernietigde het vonnis van de rechtbank dat de vordering van de Boer had toegewezen. De Hoge Raad overwoog ten eerste dat het bedingen van een vergoeding voor de vrijstelling om aan de desbetreffende weg, die niet aan de eisen van art. 290 bouwverordening voldeed, te bouwen de in art. 14 lid 1 Wegenwet omschreven gedoogplicht "om alle verkeer over de weg te dulden" *niet* raakt. Voorts verwierp de Hoge Raad het standpunt, dat de gemeente "krachtens haar algemene bestuurstaak" ervoor zorg diende te dragen, dat die weg zo goed mogelijk beantwoordde aan de openbare bestemming, daar deze opvatting geen steun vindt in het recht, met name niet in de artt. 15 en 16 Wegenwet en art. 268 gemeentewet.

Tot slot verwierp de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank, dat de gemeente een bijdrage als de onderhavige niet "op privaatrechtelijke wijze" mocht bedingen, doch slechts "op publiekrechtelijke wijze" waarbij "de regelen hadden moeten worden gehanteerd, die voor heffing van belastingen zijn voorgeschreven". De Hoge Raad oordeelde dat in art. 274 lid 1 gemeentewet en art. 42 lid 2 onder b WRO volgt dat de wetgever in beginsel aanvaardbaar heeft geoordeeld dat een gemeente privaatrechtelijke

49. HR 11 dec. 1981 (Ameland/De Boer), AB 1982, 111, m.nt. CLR, BR 1982, 334. Als voorlopers van de jurisprudentie inzake het in de bouwverordening neergelegde bouwweg-vereiste zijn te beschouwen de al eerder genoemde arresten HR 19 maart 1931, NJ p. 470 (Lammertse/Blaricum) en HR 20 maart 1931, NJ p. 941, m.nt. EMM, (Betonbouw/Amsterdam), beide besproken in § 6.3.

middelen hanteert ter verkrijging van een bijdrage in de kosten van voorzieningen van openbaar nut, waaronder wegen. In dit kader past dat een gemeente tegenover een door haar te verlenen vrijstelling, zoals bedoeld in art. 37 lid 1 sub a van de onderhavige bouwverordening, een bijdrage bedingt, waardoor de totstandkoming van de desbetreffende weg voldoende is verzekerd.

Uit dit arrest volgt dat de Hoge Raad voor deze methode van kostenverhaal geen enkel wettelijk beletsel aanwezig acht. De zinsnede uit de laatste overweging: "een bijdrage ... waardoor de totstandkoming van de desbetreffende weg *voldoende* is verzekerd" lijkt te impliceren dat de bijdrage niet hoger mag zijn dan nodig is voor het aanleggen of in orde brengen van de weg. Thunnissen wijst er op dat kosten van bijvoorbeeld plantsoenen, andere wegen, speelweiden, parkeerplaatsen, waterpartijen etc. niet bij deze vorm van kostenverhaal meegerekend mogen worden.⁵⁰ Ook art. 12 lid 3 van de Woningwet wijst in deze richting. Daarin is nl. uitdrukkelijk bepaald dat aan een vrijstelling van een bepaling van de bouwverordening slechts voorwaarden mogen worden verbonden ter bescherming van de belangen waarop de bepaling waarvan vrijstelling wordt verleend het oog heeft. Het vragen van exorbitant hoge bedragen bijvoorbeeld kan naar mijn mening niet louter dienen ter bescherming van de belangen waarop art. 37 MBV het oog heeft maar dient andere belangen, in casu een puur financieel belang. De behartiging van belangen van dergelijke aard lijkt mij in strijd te zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name met het verbod van détournement de pouvoir of het verbod van willekeur.

Zo maakte in 1965 de gemeente Nijmegen het te bont, toen zij van de St. Martinus-Stichting een bedrag van f 889.000,- verlangde voor het verkrijgen van vrijstelling van het bouwwegvereiste.⁵¹ De daadwerkelijke kosten voor het verbeteren van de weg bedroegen slechts f 20.000,-. De gemeente baseerde de meerprijs op het ontbreken van een recht van uitweg waardoor het terrein niet met de openbare weg zou zijn verbonden en er dus niet zou worden gebouwd aan een weg. De Kroon overwoog ten aanzien van deze handelwijze van het gemeentebestuur dat aan de onderhavige vrijstelling weliswaar voorwaarden, ook van financiële aard, konden worden verbonden maar dat op grond van art. 9 lid 2 (thans art. 12 lid 3) van de Woningwet 1901, deze voorwaarden slechts mogen strekken ter bescherming van de belangen, beoogd met de bepalingen, waarvan vrijstelling wordt verleend. In casu werd de gestelde voorwaarde niet aanvaardbaar geacht omdat zij, voor zover gebaseerd zijnde op een privaatrechtelijk recht van uitweg, niet strekte ter bescherming van de belangen, waarop de bepalingen, van welke vrijstelling werd verleend, het oog hebben.

Concluderend kan men stellen dat financiële voorwaarden die een gemeente stelt bij het verlenen van de vrijstelling van het bouwwegvereiste kunnen worden beschouwd als vergunningsvoorwaarden bij het verlenen van de bouwvergunning. Bijgevolg moeten deze financiële vergunningsvoorwaarden voldoen aan de eisen die de Woningwet

50. Thunnissen, BR 1984, 278 e.v.

51. KB (Martinusstichting Nijmegen) 29 okt. 1969, S. 488.

stelt aan het verbinden van voorwaarden aan vrijstellingen van vereisten in de bouwverordening, kortom aan de eis van art. 12 lid 3.

De methode van kostenverhaal via het bouwwegvereiste is vrijwel onmogelijk geworden ten gevolge van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak over art. 2 lid 2 Woningwet. Dit artikel bepaalt dat voorschriften van de bouwverordening die niet overeenstemmen met voorschriften van het bestemmingsplan buiten toepassing blijven. Deze jurisprudentie houdt in dat indien er volgens het bestemmingsplan bouwmogelijkheden bestaan, de bouwvergunning niet op grond van art. 37 j• art. 290 MBV mag worden geweigerd.⁵²

Pogingen van gemeenten om de gevolgen van deze jurisprudentie te omzeilen door in bestemmingsplannen bepalingen op te nemen à la art. 37 j• 290 MBV mochten niet baten. De Kroon besliste dat dergelijke bepalingen niet in een bestemmingsplan mogen voorkomen omdat de onderlinge samenhang van bestemmingen en de uitvoerbaarheid ervan vóór de totstandkoming van een bestemmingsplan voldoende dienen te zijn onderzocht. In het bestemmingsplan dient geregeld te zijn of op percelen gebouwd mag worden en dit mag niet ook nog afhankelijk worden gesteld van handelen of toezeggen van derden (lees: de gemeente) om een weg aan te leggen.⁵³ De Afdeling rechtspraak oordeelde in de uitspraak Waalre van 11 december 1986⁵⁴ dat een bouwvergunning niet geweigerd kan worden wegens strijd met een "slotbepaling" in het bestemmingsplan inhoudende dat de bebouwing ingevolge het bestemmingsplan slechts opgericht mag worden, indien het bouwperceel grenst aan een weg, die - als zodanig in het plan bestemd - is aangelegd op een wijze als voorzien in het plan. De Afdeling leidde uit de inhoud en strekking van de artt. 10 en 13 WRO af dat de wetgever heeft beoogd dat de verschillende bestemmingen die na ruimtelijke indeling van een gebied zijn verkregen, tenzij het bestemmingsplan eerst nader zou moeten worden uitgewerkt, alle in beginsel voor directe verwezenlijking in aanmerking komen en dat niet is bedoeld dat een verdere of andere regeling rakende de fasering of uitvoering van de bestemmingen mogelijk kan zijn dan in de wet uitdrukkelijk is voorzien.

Ook de Hoge Raad heeft zich bij het standpunt van de Afdeling over art. 2 lid 2 Woningwet neergelegd, blijkens het arrest Weerselo/Hannink.⁵⁵ De Hoge Raad overwoog in dit geval waarin de grond in kwestie in het bestemmingsplan voor bebouwing was aangewezen, maar niet lag aan een weg, die voldeed aan de eisen van de bouwverordening, dat de gemeente de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak vergeefs bestreed, omdat gegadigden bij de bepaling van de aankoopprijs van de grond ervan mogen uitgaan, dat de vaste rechtspraak van de te dezer zake bevoegde administratieve rechter, tegen wiens uitspraak geen voorziening openstaat, door de gemeenten wordt gevolgd.

52. Zie hierover J.J.M. van Rijckevorsel, BR 1980, p. 823 en de volgende jurisprudentie: AR 21 febr. BR 1979, p. 418 (Tegelen); AR 7 mei 1979, BR 1979, p. 767 (Gemert); AR 5 sept. 1979, BR 1980, p. 14 (De Bilt).

53. KB 15 maart 1983, BR 1983, p. 366.

54. GS 1988, 6851, 10 m.nt. J. Teunissen.

55. HR 8 dec. 1983, BR 1983, p. 150.

6.5.2 Parkeervoorzieningeneis

Een vergelijkbaar vereiste is de in art. 258 MBV voorkomende bepaling dat de aanvrager van een bouwvergunning verplicht is om te zorgen voor voldoende parkeerruimte. Ook van deze verplichting kan ingevolge lid 3 ontheffing worden verleend. Sommige gemeenten sluiten daartoe met de aanvrager van de bouwvergunning een overeenkomst waarbij de gemeente zich verplicht, uiteraard tegen een financiële bijdrage van de aanvrager, te storten in een of ander parkeerfonds, te zorgen voor parkeerruimte in de (directe) omgeving van het te bouwen object.

In antwoord op kamervragen over het hanteren van art. 258 lid 3 door de gemeente Zeist, liet de minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening zich niet onwillend uit over het gebruik van parkeervereenkomsten.⁵⁶ De betrokken bewindsman oordeelde dat de bouwverordening voldoende grondslag biedt voor het eisen van een bijdrage voor parkeervoorzieningen, doch hij ging er van uit dat men niet het onmogelijke zou mogen eisen van de vergunningaanvrager. Indien het technisch onmogelijk zou zijn dat de aanvrager aan art. 258 MBV lid 1 voldoet, dan mag de bouwvergunning niet worden geweigerd, maar moet zonder meer vrijstelling als bedoeld in art. 258 lid 3 onder a van de bouwverordening worden verleend.

Evenals bij het hiervoor besproken bouwwegvereiste (art. 37 j^o 290 MBV) roept ook de parkeervoorzieningeneis in de bouwverordening de vraag op naar de verhouding van deze eis tot het bestemmingsplan, voorzover het bestemmingsplan aanwijzingen voor voorzieningen ten behoeve van stilstaande voertuigen bevat.

Art. 258 schrijft heel concreet voor dat een bepaald bouwvoornemen zo ingericht moet worden dat op eigen terrein in de opgeroepen parkeerbehoefte wordt voorzien. Voor de vraag of art. 258 wel van toepassing is, is het noodzakelijk om de parkeervoorzieningseisen in het bestemmingsplan nauwgezet te bestuderen aangezien ingevolge art. 2 lid 2 Woningwet bepalingen van de bouwverordening buiten toepassing blijven voor zover de voorschriften van een bestemmingsplan hiermee niet overeenstemmen.

Dit betekent in ieder geval dat een bouwvergunning nimmer mag worden geweigerd wegens het niet voldoen aan art. 258 MBV indien een bestemmingsplan in de ogen van de gemeente geen of onvoldoende parkeereisen stelt. In een dergelijk geval zal van gemeentewege te allen tijde gebruik moeten worden gemaakt van de vrijstellingsmogelijkheid ingevolge lid 3 van art. 258.⁵⁷ Ware dit niet zo dan zou immers toepassing van art. 258 er toe leiden dat bebouwing die voorzien is in het bestemmingsplan geheel onmogelijk wordt gemaakt. Ook wanneer een bestemmingsplan wel de concrete parkeerlocat-

56. Aanhangsel Verslag Hand. II, zitting 1969-1970, p. 2563.

57. Zie hierover P. van der Kolk-Nunes, GS 6708, nr. 2; de noot van Crinice le Roy onder AR 21 jan. 1982, AB 164 en H.E. Winkelman, Mogelijkheden tot kostenverhaal bij toepassing van art. 258 modelbouwverordening, TvO 1988, p. 359 e.v.

tie of de parkeernorm aangeeft, blijft art. 258 buiten toepassing op grond van de derogatieregeling van art. 2 lid 2 Woningwet.⁵⁸

Buiten deze gevallen is denkbaar dat art. 258 van toepassing blijft, omdat het als aanvullend kan worden beschouwd.⁵⁹ De vraag is dan wanneer dit het geval is. Uit art. 2 lid 2 WW volgt niet dat de bouwverordening nooit een aanvullende werking ten opzichte van het bestemmingsplan kan hebben. Dit is bijvoorbeeld het geval met in de bouwverordening opgenomen (micro)-stedebouwkundige facetten die in het bestemmingsplan niet zijn geregeld. De Afdeling heeft de aanvullende werking van in de bouwverordening opgenomen bepalingen met betrekking tot rooilijnen, hoogte van bouwwerken, aan- en bijgebouwen wel erkend.⁶⁰

Ook de mogelijkheid van de aanvullende toepasbaarheid van de parkeervoorzieningen van art. 258 lijkt te worden bevestigd door de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. De inmiddels op art. 2 lid 2 WW gevormde maar nog niet afgeronde Arob-jurisprudentie laat zien dat zorgvuldig moet worden nagegaan of toepassing kan worden gegeven aan art. 258 in gebieden waar een bestemmingsplan geldt. Art. 258 mag worden toegepast: wanneer het ter plaatse geldende bestemmingsplan geen regels bevat ten aanzien van de voorziening in de parkeerbehoefte op of onder het terrein waarop zal worden gebouwd, mits bebouwing die voorzien is in het bestemmingsplan, niet geheel onmogelijk wordt gemaakt. Aan dit laatste wordt voldaan indien aan het bepaalde in art. 258 kan worden voldaan door een aanpassing van de omvang en de situering van de te realiseren bebouwing.⁶¹

Art. 258 mag natuurlijk ook worden toegepast wanneer het bestemmingsplan nog niet door de gemeenteraad is vastgesteld. De situatie van art. 2 lid 2 WW doet zich dan niet voor.

Deze jurisprudentie lijkt nog niet voldoende uitgekristalliseerd om definitieve conclusies te trekken. Een ding is in ieder geval duidelijk: indien een gemeente op grond van art. 258 lid 3 vrijstelling geeft van de parkeerruimte-eis, zal deze vrijstelling - onder - financiële - voorwaarde moeten worden beschouwd als een bij de bouwvergunning horende voorwaarde, zodat de inhoud, de geoorlooftheid van een dergelijke voorwaarde wordt bepaald door art. 12 lid 3 WW.

Dit betekent dat, aangezien art. 258 MBV slechts strekt ter bescherming van die belangen welke worden bedreigd door het ontbreken van voldoende parkeerfaciliteiten op een bouwperceel zelf, het verlenen van een vrijstelling onder voorwaarden die niet in

58. Zie Wnd.Vz.AR 17 nov. 1983, GS 6792, nr. 7 (Abcoude). Zie over deze problematiek: H.G.F.M. de Kok, Juridische en bestuurlijke vragen rond de parkeerproblematiek in de bebouwde kom, in het bijzonder in het licht van art. 258 Bouwverordening, BR 1982, p. 605 e.v.

59. Anders: F.A. van Doorn, BR 1980, p. 752 e.v.; Lutters, Stedebouw en Volkshuisvesting 1981, p. 487 en Klaassen, BR 1980, p. 501. Zie ook: P. van der Kolk-Nunes, GS 6708, nr. 2.

60. Zie AR 19 juni 1984, GS 6792, 6 (Laren); Wnd.Vz.AR 17 nov. 1983, GS 6792, 7 (Abcoude) en AR 17 dec. 1984, GS 6792, 8 (Leidschendam) m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

61. Vz.AR 9 maart 1982 (Nijmegen), GS 6708, 3, BR 1982, p. 631-632; Wnd.Vz. AR 17 nov. 1983, GS 6792, 7 (Abcoude); AR 30 aug. 1985, AB 1986, 343 m.nt. Lubach (Zoetermeer).

verband kunnen worden gebracht met die belangen, ongeoorloofd moeten worden gebracht.⁶²

De Afdeling rechtspraak heeft tot op heden geen aanvullende werking toegekend aan het in 6.5.1 besproken bouwweg-vereiste, zoals neergelegd in de artt. 37 en 290 MBV.

Teunissen wijst erop dat de aanvullende werking van de artt. 37 en 290 MBV door de Afdeling zelfs niet lijkt te worden aanvaard ten opzichte van globale bestemmingsplannen waarin geen wegen worden aangegeven of waarin geen eisen worden gesteld aan de wegen waaraan gebouwd mag worden.⁶³ De artt. 37 en 290 zouden dan enkel nog betekenis hebben in gevallen waarin geen bestemmingsplan geldt. Dit kan echter volgens Teunissen nooit de bedoeling zijn geweest van de wetgever die het nodig vond om na art. 2 lid 2 in art. 3 van de Woningwet te bepalen dat de bouwverordening in ieder geval voorschriften moet bevatten omtrent de wegen, aan welke mag worden gebouwd.⁶⁴

Overigens is zelfs in die gevallen waarin art. 37 j° art. 290 MBV nog wél van toepassing is, waarbij dus moet worden gedacht aan de gevallen waarin geen bestemmingsplan geldt, de mogelijkheid van kostenverhaal nog verder beperkt omdat de Afdeling dergelijk kostenverhaal niet toelaatbaar acht indien een uit oogpunt van rechtsbescherming meer aanvaardbare mogelijkheid bestaat een bijdrage te krijgen in de kosten. In de uitspraak Zoeterwoude⁶⁵ overwoog de Afdeling dat de conflictregel van art. 2 lid 2 Woningwet tot gelding dient te komen in de gevallen waarin een bestemmingsplan voorzieningen mogelijk maakt dan wel voorschriften bevat waarmee bepalingen van de bouwverordening in strijd komen. Verder kunnen deze bepalingen volgens de Afdeling ook niet tot gelding worden gebracht indien zij onderwerpen betreffen die in een bestemmingsplan regeling hebben gevonden. Financiële voorwaarden verbonden aan de vrijstelling van art. 258 werden op zich toelaatbaar geoordeeld mits:

- door voldoening aan de voorwaarden een rechtstreekse bijdrage wordt geleverd aan de doelstelling van de bepaling waarop de vergunning of vrijstelling rust
- de verlening van de vergunning of vrijstelling in het algemeen belang tot het heffen van een geldbedrag noopt
- er geen andere, uit hoofde van rechtsbescherming meer aanvaardbare mogelijkheid is om een tegemoetkoming of compensatie te verlangen.

Laatstgenoemde mogelijkheid slaat op het middel van de belastingheffing ex art. 273a en 274 gemeentewet, de baat- of bouwgrondbelasting. Zoals eerder gemeld, kleven een aantal nadelen aan deze verhaalsmogelijkheid. Een dergelijke belasting kan bijvoorbeeld niet meer worden ingevoerd, indien reeds meer dan een jaar is verstreken nadat de

62. AR 21 jan. 1982 (Tilburgse studentensociëteit), AB 164, m. nt. CLR.

63. Zie diens noot bij AR 11 dec. 1986, GS 6851, 10 (Waalre).

64. GS 6851, 10, p. 118, tweede kolom. Zie ook diens noot bij AR 21 juni 1985, GS 6807, 5 (Hengelo).

65. AR 30 aug. 1985, AB 1986, 243 m.nt. D. Lubach; zie ook Vz.AR 10 jan. 1986, GS 6827, 5 m.nt. J. Teunissen.

voorzieningen geheel zijn voltooid. Ook is het vaak moeilijk om voor her en der in het plangebied verspreid liggende percelen een sluitende belastingverordening te maken, mede omdat volgens de jurisprudentie van de belastingrechter een directe relatie moet kunnen worden gelegd tussen de kosten van de voorzieningen en het onroerend goed waarover die kosten krachtens de belastingverordening worden omgeslagen.⁶⁶ Het is moeilijk een aanvaardbare berekeningsmethode te ontwerpen, omdat de kostentoedeling aan de overige "niet-particuliere" percelen (dat zijn die waarvan de gemeente de eigendom heeft en dus zelf exploiteert) via een geheel andere methode, namelijk de exploitatie-opzet bij het bestemmingsplan, plaatsvindt.⁶⁷ Bij die laatste percelen zal de gemeente de kosten van de voorzieningen in de verkoopprijs trachten te verdisconteren. Tevens is het verhalen van de kosten van bovenwijkse voorzieningen en van de bestemmingsplankosten sec (niet zijnde exploitatiekosten, zoals tekenwerk, kosten van stedenbouwkundig adviesbureau en dergelijke) via een belastingverordening problematisch. Verdedigbaar is dat kosten met betrekking tot de voorbereiding en vaststelling van het bestemmingsplan tot de algemene bestuurskosten gerekend moeten worden, waardoor zij volgens de wetsgeschiedenis van de bouwgrondbelasting niet verhaald kunnen worden.⁶⁸ Deze zijn bij de eigen percelen van de gemeente via de verkoopprijs wél te verhalen, althans voorzover de onroerend goedmarkt in de tussentijd niet is ingestort. In 6.6 wordt dieper ingegaan op de mogelijkheden van kostenverhaal bij bestemmingsplanwijzigingen.

6.5.3 Aansluitverplichting op de riolering

Art. 240 MBV bevat een verplichting om de afvoerleidingen van een bouwwerk op een riool aan te sluiten indien dat aanwezig is. Kan de gemeente nu toestemming om op het gemeentelijk riool aan te sluiten, afhankelijk stellen van het sluiten van een exploitatieovereenkomst? Ofwel, zoals Thunnissen het uitdrukt⁶⁹, de terugkeer van Hoogeloon in de onderaardse wereld van de riolen?

In een arrest van 1940⁷⁰ bijvoorbeeld speelde het geval waarin Vogé nv van de gemeente Arnhem de bij Woningwet vereiste bouwvergunning had gekregen. Nadat de percelen gebouwd waren, wenste de bouwer aansluiting op het gemeenteriool, omdat zonder deze aansluiting volgens de Arnhemse bouwverordening geen bewoonbaarverklaring te verkrijgen was. De gemeente weigerde deze aansluiting tenzij haar behalve de kosten van aansluiting nog een bedrag van ruim f 5.000,- betaald werd. Vogé nv betaalde een deel van dit bedrag onder protest en vorderde dit daarna als onverschuldigd betaald terug.

66. Zie hierover F.H.A.M. Thunnissen, *Privaatrechtelijk Kostenverhaal, baatbelasting en bouwgrondbelasting*, BR 1984, p. 278 e.v., met name p. 282.

67. Zie de in noot 60 aangehaalde noot van Teunissen. Zie uitvoerig hiervoor F.H.A.M. Thunnissen in het in noot 13 aangehaalde preadvies p. 95 e.v.

68. Thunnissen, a.w., p. 284, preadvies, p. 79.

69. Preadvies, p. 85.

70. HR 4 april 1940, NJ 1941, 412, m.nt. EMM).

In navolging van het Hof oordeelde de Hoge Raad art. 275 gemeentewet (thans art. 277, JAW) niet van toepassing, aangezien in het wezen der zaak Vogé de betalingen niet gedaan heeft om ten behoeve van haar woningen aansluiting op het gemeenteriool te verkrijgen, doch die betalingen de voorwaarden waren voor het opheffen van het uit de verordening voortvloeiende beletsel tegen het verlenen van de woonvergunning (bedoeld wordt de bewoonbaarverklaring krachtens de bouwverordening, JAW). Uit de bouwverordening volgde geenszins dat de gemeente voor het verrichten van de rioolaansluiting niet als voorwaarde mocht stellen het betalen van de hier bedoelde bedragen. Het verbinden van de onderhavige voorwaarde aan de medewerking van de gemeente leverde evenmin een aantasting van het eigendomsrecht als strijdig met de goede trouw, openbare orde of goede zeden op. Ook de grief dat volgens de bouwverordening de woonvergunning niet had mogen worden geweigerd, faalde omdat, aldus de Hoge Raad, de woonvergunning ten deze is geweigerd omdat de voorgeschreven aansluitingen niet worden aangebracht, terwijl de redenen voor dat niet aansluiten er niet toe doen.

Ik denk (en hoop) dat een dergelijk arrest, gezien ook de jurisprudentie besproken in de voorgaande paragrafen, heden ten dage niet meer zo gewezen zou worden.

Het standpunt van de Hoge Raad komt erop neer dat er geen voorschrift is dat de gemeente verplicht aansluiting op het gemeenteriool te geven en dat dus de gemeente voor het toestaan van de aansluiting geheel vrij is alle voorwaarden te stellen die zij in het gemeentebelang wenselijk vindt. Meijers wijst in zijn noot op de overeenkomst van dit arrest met dat van 8 februari 1929, NJ p. 378 m.nt. EMM, waarin de Hoge Raad de Leeuwarder verordening sanctioneerde die levering van gas en electriciteit onthield aan percelen gelegen aan particuliere straten, indien de rechthebbende op zodanige straat haar niet kosteloos onder bijbetaling van een bepaald bedrag aan de gemeente overdroeg. Meijers tekent daarbij nog aan dat de onderhavige beslissing nóg minder het rechtsgevoel bevredigt dan die inzake de Leeuwarder verordening, omdat zonder gas en stroom een huis nog wel te bewonen is maar zonder aansluiting op het gemeentelijk riool de woningen niet alleen feitelijk maar ook rechtens onbewoonbaar zijn.

Naar mijn mening kan een weigering van de gemeente tot aansluiting onrechtmatig zijn ook al bestaat er geen wettelijke verplichting voor de gemeente om gebouwen op het gemeentelijk riool aan te sluiten. Evenmin mag de gemeente onbepert voorwaarden stellen voor het verlenen van haar toestemming tot aansluiting. De grenzen worden gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Indien, zoals in dit geval, een vergunning tot het bouwen van een woonhuis is voorafgegaan, kan het vervolgens weigeren van de rioolaansluiting, waarvan de verlening van een woonvergunning afhankelijk is, als niet eerst aan te stellen voorwaarden wordt voldaan, in strijd worden geacht met het vertrouwensbeginsel en het fair play-beginsel. Zoals Meijers opmerkt, wordt de waarde van een bouwvergunning wel erg klein als men niet erop mag vertrouwen dat of en zo ja, tot welke prijs, de gemeente haar verder noodzakelijke medewerking tot de bewoonbaarstelling van het gebouw zal verlenen. Als dan, ook weer in dit geval, die voorwaarden inhouden het betalen van een bedrag van ruim f 5.000,-- náást het bedrag van de werkelijke kosten, terwijl ook niet duidelijk wordt voor welk

doel het extra bedrag betaald moet worden, gaat dit te ver. De Arnhemse gemeente laadt zo toch licht de verdenking op zich voor geen enkel ander doel dan het spekken van de gemeentekas, het extra bedrag gevraagd te hebben, reden waarom misbruik van overheidsmacht moet worden aangenomen. Hier komt nog bij, dat als men er van uit gaat dat het bedrag ook gevorderd is om de aansluiting op het gemeenteriool te krijgen, art. 277 gemeentewet van toepassing is, omdat het hier gaat om gebruik overeenkomstig de bestemming van voor de openbare dienst bestemde gemeentebezittingen. De Hoge Raad oordeelt dit echter onjuist omdat *Vogé* niet heeft betaald om tot gebruik van het riool overeenkomstig de bestemming te komen, maar om een beletsel tegen het verlenen van de woonvergunning op te heffen.⁷¹

Indien echter het bedrag door de gemeente is gevorderd als een voorwaarde om een woonvergunning te krijgen⁷² en dit moet m.i. hier uitgangspunt zijn, dan zijn de toetsingscriteria van de bouwverordening voor de woonvergunningverlening van toepassing en dient de financiële voorwaarde daaraan ook te voldoen. Indien de financiële voorwaarde ongeveer het bedrag belooft van de werkelijke kosten van rioolaansluiting (plus wellicht iets extra's om een matige winst te verzekeren), kan dat in overeenstemming geacht worden met Woningwet en bouwverordening. Indien de financiële voorwaarde een bedrag behelst dat veel hoger is, moet men aannemen dat dat louter een puur financieel-economisch belang van de gemeente dient, dat los staat van de belangen waarmee rekening mag worden gehouden bij de verlening van een woonvergunning. Wil een gemeente meer geld binnen krijgen dan de werkelijke kosten, dan is de weg van belastingen m.i. de enige mogelijkheid.

De president van de rechtbank te Utrecht⁷³ oordeelde het geoorloofd dat de gemeente als voorwaarde voor de aansluiting op het riool een bijdrage in de kosten van de aanleg van de riolering vroeg. Het betrof hier dus niet de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan, maar om een proportionele bijdrage in de kosten van de aanleg van de riolering. De president oordeelde dat uit de artt. 274 lid 1 gemeentewet en 42 lid 2 WRO volgt dat de wetgever in beginsel aanvaardbaar heeft geacht dat een gemeente privaatrechtelijke middelen hanteert ter verkrijging van een bijdrage in de kosten van voorzieningen van openbaar nut, zoals de aanleg van riolering en dat het bepaalde in art. 240 bouwverordening daar niet aan af doet. "Zo deze bepaling al een eigen verplichting van de gemeente impliceert om een aansluiting op de riolering aan te brengen voor de woningen wier eigenaren op grond van dit artikel tot aansluiting op een openbaar riool gehouden zijn, laat bedoelde verplichting de mogelijkheid onverlet om enig deel van de kosten van de aanleg van de riolering op die grondeigenaren te verhalen." Ik acht dit een juiste uitspraak omdat een mogelijke aansluitverplichting voor de gemeente m.i. niet impliceert dat alle benodigde werkzaamheden voor het aanbrengen van de riolering ook gratis moeten worden uitgevoerd.

71. Vgl. ook HR 20 maart 1931, NJ p. 941.

72. In welk geval overigens de voorwaarde thans vatbaar voor Arob-beroep zou zijn.

73. 13 aug. 1985, BR 1986, p. 140.

Zoals we straks nog zullen zien interpreteert de burgerlijke rechter de artikelen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening ruimer dan de Afdeling rechtspraak. Daardoor wordt de gemeente meer mogelijkheid geboden tot privaatrechtelijk kostenverhaal dan de Afdeling zou doen.

In sommige gemeenten zijn verordeningen vastgesteld met betrekking tot aansluiting op het riool, waarin is vastgelegd onder welke voorwaarden en tegen welke tarieven aansluitingen op het gemeentelijk riool tot stand worden gebracht. De vrijheid van de gemeente om aansluiting te weigeren om andere redenen dan het niet voldoen aan in de verordening neergelegde voorwaarden is hierdoor wel beperkt. De weigering zal niet in strijd mogen zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁷⁴ Met name het verbod van willekeur zal hierbij een rol kunnen spelen; aan de weigering dient een correcte belangenafweging ten grondslag te liggen. Ook wanneer er geen rioolaansluitrechtverordening is, is de gemeente gehouden bij haar beleid met betrekking tot de verplichting op het riool aan te sluiten de algemene beginselen in acht te nemen. Zo kan het gelijkheidsbeginsel er toe leiden dat niet de ene keer wel en de andere keer niet de eis van een bijdrage in de totale rioolaanleg c.q. het sluiten van een exploitatie-overeenkomst kan worden gesteld.

Thunnissen merkt terecht op dat ook wanneer er geen verordening terzake bestaat, het goed denkbaar is dat het verlenen of weigeren van de toestemming voor aansluiting op de in de weg liggende rioolbuis en het maken en houden van de naar het hoofdriool leidende aansluiting in de aan de gemeente toebehorende openbare weg, zal worden beschouwd als een beschikking. Zulks dan naar analogie van de Groningse waterleidingzaak waarin weigeren van toestemming voor het leggen van waterleidingen als een beschikking werd aangemerkt.⁷⁵ In dat geval zullen ook bezwaren tegen de voorgelegde exploitatie-overeenkomst, van het sluiten waarvan het nemen van de beschikking afhankelijk wordt gesteld, door de Afdeling rechtspraak beoordeeld dienen te worden. In de slotparagraaf kom ik hier op terug.

6.5.4 Aansluitverplichting ter zake van gas, water en licht

Art. 136 MBV kent een aansluitverplichting terzake van drinkwater. De MBV kent geen aansluitverplichting op distributienetten van gas en electriciteit. Impliciet wordt wel van aansluiting uitgegaan aangezien gebouwen wel gas- en electriciteitsinstallaties moeten hebben die geschikt zijn om op de distributienetten aangesloten te worden. De vraag is weer of een gemeente, indien zij de distributie in handen heeft, aansluiting afhankelijk kan stellen van het sluiten een exploitatie-overeenkomst. Evenals in de vorige paragraaf wordt hiermee niet bedoeld op de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan maar op de exploitatiekosten van het aanbrengen van de betreffende specifieke voorziening van openbaar nut.

74. In deze zin Thunnissen, *preadvies*, p. 86.

75. AR 1 dec. 1978, AB 208; vgl. ook AR 28 feb. 1980, AB 526 (Laren); AR 13 dec. 1979, BR 1980, p. 451.

Thunnissen meent deze vraag voor wat betreft de levering van water al direct ontkennend te kunnen beantwoorden: art. 4 lid 1 Waterleidingwet bevat een leveringsplicht.⁷⁶ Tevens wordt gewezen op het Fluorideringsarrest waaruit blijkt dat buiten de drinkwatervoorziening zelf gelegen doeleinden bij de levering geen rol mogen spelen.⁷⁷ Rechtens zou volgens Thunnissen hetzelfde moeten gelden met betrekking tot gas en electriciteit. In verband met het feit dat de betreffende bedrijven een monopolie hebben tot de levering van deze primaire levensbehoeften mogen alleen zaken die direkt betrekking hebben op de levering en de aansluit- en leveringsmogelijkheden alsmede de naleving van de verplichtingen door de aangeslotene een rol spelen bij aansluiting en levering. Tevens volgt uit de door veel nutsbedrijven gehanteerde algemene voorwaarden een zelfbinding in die zin dat in beginsel een ieder die aan die voorwaarden voldoet, aansluiting zal verkrijgen.⁷⁸ Op grond hiervan concludeert Thunnissen dat het leveren van water, gas of electriciteit niet afhankelijk mag worden gesteld van de bereidheid van de aspirant-aangeslotene om een exploitatie-overeenkomst aan te gaan.

Toch zijn er m.i. omstandigheden denkbaar, waarin een exploitatie-overeenkomst mogelijk moet worden geacht. Naar mijn mening dient men te onderscheiden of er sprake is van een situatie waarin de leidingen al aangelegd zijn en men voor de levering alleen nog maar de kraan hoeft open te draaien respectievelijk de knop hoeft om te zetten dan wel van een situatie waarin de leidingen nog aangelegd moeten worden. In het laatste geval zie ik, evenals in de vorige paragraaf met betrekking tot de rioolaansluiting, niet in waarom een geschreven of ongeschreven leveringsplicht met zich mee zou brengen dat de kosten voor het aanbrengen van de betreffende specifieke voorziening van openbaar nut niet kunnen worden verhaald. Natuurlijk mag een monopolist terzake van voorzieningen van openbaar nut geen exorbitante bedragen vragen, maar hij mag wel en behoort zelfs kostendekkend te werken.

Het komt bijvoorbeeld nog steeds voor dat ver van de bewoonde wereld gelegen huizen geen aansluiting hebben op het waterleidingnet (zij hebben bijvoorbeeld een eigen waterput) of niet op het gasnet (campinggas, haardvuur en allesbranders) of op het electriciteitsnet (gaslampen, kaarsen en vroeg naar bed). In dergelijke gevallen zou aansluiting volstrekt onrendabel zijn omdat het tonnen kan kosten om een huis van gas, water en/of licht te voorzien. Wanneer dan toch een aansluiting verlangd wordt is het gebruikelijk dat de afnemer voor een behoorlijk deel bijdraagt in de kosten van aanleg. Ik kan hier niets onoorbaar in ontdekken. Het is redelijk dat wie in "the middle of nowhere" woont en toch graag gas, stromend water en licht wil hebben daarvoor een hogere prijs moet betalen dan degene die zonder extra kosten op het bestaande distributienet kan worden aangesloten. Ik acht het althans redelijk dat voor deze extra kosten niet alleen de consumenten in het voorzieningengebied van het betreffende openbaar nutsbedrijf opdraaien (via doorberekening van de verliezen in de prijs van gas, water of licht), maar ook voor een behoorlijk deel die consument die zo nodig in een hutje op de

76. Preadvies, p. 86.

77. HR 22 juni 1973, NJ 386.

78. Zie over de aansluitplicht Spier, diss., p. 94 e.v.

hei comfortabel wil wonen. In deze situatie is het afhankelijk stellen van de levering van gas, water of electriciteit van de bereidheid van de aansluiting-vrager om een overeenkomst aan te gaan terzake van de vergoeding van een evenredig deel van de te maken kosten niet in strijd met enig beginsel van behoorlijk bestuur.

6.5.5 Plaagstroken

Het komt voor dat een gemeente enkele stukjes grond in eigendom heeft die op zichzelf niet voor exploitatie in aanmerking komen, maar die zo gelegen zijn dat een particuliere exploitant ze graag zou willen gebruiken.⁷⁹ Het kan dan bijvoorbeeld gaan om smalle stroken grond gelegen langs de openbare weg, die men graag tot de voortuinen van de geplande huizen zou willen rekenen. De Modelexploitatieverordening bevat over de verkoop van dergelijke kaveltjes geen bepaling. Het weigeren te verkopen of het slechts onder bepaalde voorwaarden verkopen dan wel het weigeren om een erfdienstbaarheid te verlenen of anderszins toestemming tot gebruik te geven, dient dan ook getoetst te worden aan de criteria voor misbruik van bevoegdheid (vergelijk art. 3.1.1.14 lid 2 NBW) in het bijzonder het criterium dat men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid om te weigeren te verkopen etc., en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die weigering had kunnen komen. Het belang van de gemeente om een paar kleine stukjes niet exploitabele grond te behouden dient op grond hiervan afgewogen te worden tegen het belang van de exploitant om de grond aan zijn exploitatieplan te kunnen toevoegen. In veel gevallen zal op grond van deze afweging de verkoop of het in gebruik geven in redelijkheid niet geweigerd kunnen worden. In het geval de gemeente in de betreffende overeenkomst een exorbitante prijs vraagt dan wel allerlei vergaande en ongebruikelijke bedingen opneemt, is de stap naar misbruik van omstandigheden door de gemeente m.i. niet erg groot.

6.6 Kostenverhaal via het bestemmingsplan

Niet alleen kunnen financiële voorwaarden worden gesteld bij de verkrijging van vrijstelling van eisen die de bouwverordening stelt, zoals we in de voorgaande paragrafen gezien hebben, ook ten aanzien van eisen gesteld in of krachtens het bestemmingsplan kan de gemeente gelegenheid vinden betalingsverplichtingen te creëren. Dit gebeurt dan doordat zij tegen betaling vrijstelling verleent van eisen van het bestemmingsplan, of bereid is tegen betaling een procedure tot wijzigen van het bestemmingsplan in te zetten dan wel de anticipatieprocedure van art. 19 WRO toe te passen.

⁷⁹. Strikt genomen speelt de verkoop van plaagstroken niet in het kader van kostenverhaal via de bouwverordening, zodat formeel gesproken behandeling in hoofdstuk 7 aangewezen zou zijn. Gezien echter de materiële samenhang met de in dit hoofdstuk aan de orde zijnde problematiek, namelijk de mogelijkheid dat plaagstroken als middel van kostenverhaal gebruikt kunnen worden, wordt het op deze plaats besproken.

Ingevolge art. 11 en 15 WRO kunnen Burgemeester en Wethouders onder omstandigheden een bestemmingsplan nader uitwerken of wijzigen resp. vrijstelling verlenen van bij het plan aan te geven voorschriften of juist nadere eisen stellen.

Art. 15 lid 3 WRO bepaalt dat aan vrijstelling van voorschriften van het bestemmingsplan slechts voorwaarden mogen worden verbonden ter bescherming van de belangen, ten behoeve waarvoor de bepalingen, waarvan vrijstelling wordt verleend, in het plan zijn opgenomen.

Het contracteren over het tegen betaling verlenen van medewerking aan bestemmingsplanwijzigingen teneinde de afgifte van een bouwvergunning mogelijk te maken wordt niet geoorloofd geacht in de jurisprudentie.

In een uitspraak van de Haagse rechtbank van 1980⁸⁰ ging het om een overeenkomst gesloten tussen de gemeente Leidschendam en bouwgegadigde Remmerswaal, waarbij de gemeente zich verplichtte mee te werken aan een zodanige bestemmingswijziging (ex art. 19 WRO en 50 lid 8 WW) van de percelen van Remmerswaal dat hij kon bouwen, zulks tegen betaling van f 80.000,--. Nadat Remmerswaal f 8.000,-- had aanbetaald en de gemeente de bouwvergunning had afgegeven, vorderde hij het betaalde als onverschuldigd terug omdat de overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak zou hebben. De rechtbank oordeelde dat de kosten voortvloeiend uit en verband houdend met de medewerking van de gemeente aan de bestemmingswijziging slechts een gering deel hebben bedragen van f 80.000,--. Door niettemin die f 80.000,-- te vorderen onder het voorwendsel dat het hier ging om bovengenoemde kosten en door haar medewerking aan de voor een bouwvergunning noodzakelijke bestemmingswijziging daarvan afhankelijk te stellen, maakt de gemeente misbruik van omstandigheden. De rechtbank oordeelde derhalve de overeenkomst inderdaad nietig wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak.

Een vergelijkbaar geval levert een arrest van het Arnhemse Hof.⁸¹ Ook hier ging het om een overeenkomst waarbij een gemeente slechts bereid was een bouwvergunning te verlenen wanneer Perik, voor door de gemeente gemaakte kosten, verbonden aan het versnellen van de wijziging van het bestemmingsplan (art. 19 WRO en 50 lid 8 WW) f 22.000,-- betaalde.

Het Hof overwoog dat voor de vraag of medewerking aan een anticipatieprocedure in een concreet geval behoort te worden verleend, beslissend is of de belangen die door de voortijdige uitvoering van het bouwplan zouden worden geschaad ondergeschikt zijn te achten aan de belangen die daardoor worden gediend. Andere belangen dan die welke liggen op het terrein van de ruimtelijke ordening, behoren bij de beslissing over het verlenen van de medewerking in beginsel geen rol te spelen.

Het Hof wees de vordering uit onverschuldigde betaling van Perik toe, omdat de gemeente de verlangde bijdrage nooit had kunnen vorderen indien hij de medewerking

80. Rb 's-Gravenhage 19 nov. 1980, BR 1981, p. 504, m.nt. CLR. Zie ook BR 1982, p. 890.

81. Hof Arnhem 7 okt. 1981, BR 1982, p. 149 (Exploitatiebijdrage Tubbergen).

van Burgemeester en Wethouders - die hij nodig had om zijn bouwplan op korte termijn te kunnen realiseren - niet had gevraagd of verkregen en met het realiseren van zijn bouwplan had moeten wachten op een onherroepelijke hem passende wijziging van het bestemmingsplan. In deze omstandigheden heeft de gemeente door haar, voor Perik noodzakelijke, medewerking afhankelijk te stellen van de betaling van een exploitatiebijdrage, haar bevoegdheid misbruikt en heeft Perik zonder rechtsgrond gepresteerd, aldus het Hof.

Het lijkt me echter dat er in dit geval wel degelijk een rechtsgrond voor de prestatie is aan te wijzen; als Perik haast heeft met het realiseren van de bouwplannen en bereid is te betalen voor een versnelde behandeling door de gemeente zodat het door hem gewenste resultaat inderdaad kan worden bereikt, dan kan naar mijn mening het gepresteerde niet als onverschuldigd betaald worden beschouwd (vgl. het in 6.9 te bespreken Krusemanarrest). Ook vind ik het niet juist om in dit geval misbruik van bevoegdheid aan te nemen. Het Hof overweegt dat alleen belangen die bij de ruimtelijke ordening betrokken zijn, bij de beslissing over het verlenen van medewerking een rol spelen. Het zeker stellen van de financiering is m.i. een belang dat óók tot de belangen van de ruimtelijke ordening gerekend mag worden.⁸² Indien het voor de medewerking te betalen bedrag een reële tegenprestatie oplevert voor de werkelijke kosten lijkt mij van misbruik geen sprake.

De Kroon oordeelt een dergelijke overeenkomst niet zonder meer ongeoorloofd maar past een redelijkheidstoetsing toe. In het KB van 11 sept. 1981, nr. 41, AB 1982, 9, m.nt. JRSt oordeelde de Kroon in een geschil tussen de gemeente Kapelle en het Waterschap Noord- en Zuid-Beveland, waarin eerstgenoemde alleen bereid was het bestemmingsplan te wijzigen ten behoeve van de bouw van een rioolwaterzuiveringsinstallatie door het waterschap, als dit waterschap zich vooraf bereid verklaarde tot het betalen aan de gemeente van een algemene bijdrage bestemd voor de rioolwaterzuivering, dat aangezien het waterschap de kosten van het wijzigen van het bestemmingsplan en andere kosten al voor zijn rekening wilde nemen, van het waterschap de toekenning van een algemene bijdrage als bovenbedoeld in redelijkheid niet kon worden verlangd.

De Afdeling rechtspraak heeft de mogelijkheid van kostenverhaal bij bestemmingsplanherziening rigoreus van de hand gewezen, althans voor wat betreft het verhalen van de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan op de burger. In de uitspraak van 1983 inzake Deurne⁸³, van 1984 inzake Raamsdonkveer⁸⁴ en van 1985 inzake Tholen⁸⁵ wordt een duidelijke lijn getrokken. Naar het oordeel van de Afdeling moet uit de uit de wetsgeschiedenis blijkende samenhang tussen art. 42 WRO en art. 274 gemeentewet worden afgeleid "dat de wetgever heeft beoogd, mede gezien de daaraan verbou-

82. In deze zin ook Thunnissen, preadvies, p. 82.

83. AR 13 okt. 1983, AB 1984, 30, m.nt. CLR.

84. AR 2 maart 1984, AB 540, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode.

85. AR 4 okt. 1985, AB 1986, 242, m.nt. Lubach.

den waarborgen, slechts op de wijze als in genoemde artikelen omschreven het gemeenten mogelijk te maken de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan op de burger te verhalen, onverminderd de mogelijkheid van gemeenten om langs de privaatrechtelijke weg van de gronduitgifte, die kosten te verhalen".

Het afhankelijk stellen van de verlangde planherziening van het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot het storten van een bijdrage in een fonds dorpsuitleg, zoals in het geval Tholen, is niet geoorloofd wanneer daarmee beoogd wordt volledig verhaal te doen plaatsvinden van de kosten die zijn verbonden aan het treffen van voorzieningen ten behoeve van de gronden die in de herziening van het integraal bestemmingsplan zijn begrepen. (Het oogmerk van volledig verhaal kan overigens worden afgeleid uit de wijze waarop de bijdrage is berekend.)

Gemeenten worden steeds inventiever om toch tot kostenverhaal te komen, echter zonder resultaat. De gemeente Leersum beproefde de constructie van verhaal van exploitatiekosten via de legesverordening, namelijk door het verschuldigde legesbedrag van bouw- en aanlegvergunningen te verhogen, indien niet reeds op privaatrechtelijke wijze is bijgedragen of zal worden bijgedragen in de kosten van bouwgrondexploitatie. De Kroon oordeelde dit in strijd met de artt. 273a, 274 en 277 gemeentewet.⁸⁶ Doel en strekking van de artt. 273a en 274 gemeentewet zouden worden miskend, indien op andere wijze dan in deze bepalingen is aangegeven, en anders dan via privaatrechtelijke overeenkomsten, de kosten van door de gemeente tot stand te brengen of tot stand gebrachte voorzieningen zouden kunnen worden verhaald. Voorts oordeelde de Kroon dat de strekking van art. 277 gemeentewet er zich tegen verzet dat voor dezelfde dienst verschillende tarieven worden gehanteerd en niet toelaat dat kosten van gemeentelijke grondexploitatie in de legesheffing worden begrepen.

De Afdeling rechtspraak maakt duidelijk dat wanneer het gaat om het verhaal van de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan er slechts drie mogelijkheden zijn, namelijk bouwgrondbelasting, exploitatie-overeenkomst en gronduitgifte. Dit roept de vraag op wat de mogelijkheden zijn indien niet de volledige kosten worden verhaald, maar slechts een op zichzelf staande voorziening van openbaar nut bijvoorbeeld een ontsluitingsweg of een riolering ten behoeve van een afgebakend aantal percelen. Afgezien van de mogelijkheid van baat- of bouwgrondbelasting, is de vraag of de gemeente hiervoor wél in alle vrijheid een privaatrechtelijke overeenkomst kan sluiten dan wel wellicht toch vastzit aan de exploitatieverordening.

Thunnissen merkt op dat niet valt in te zien waarom in dat geval de exploitant geen aanspraak zou hebben op de rechtszekerheid die de exploitatieverordening beoogt te bieden.⁸⁷ Terecht wijst hij er m.i. op dat ook in zo'n geval geldt dat het alternatief de bouwgrondbelasting is en dat beide systemen op nagenoeg hetzelfde bedrag zouden moeten uitkomen voor de betalingsplichtige. "Het zou toch niet erg bevredigend zijn indien verhaal van de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan (mede gezien

86. KB 11 aug. 1986, AB 1987, 459 m.nt. JHvdV.

87. Preadvies, p. 76.

de daaraan verbonden waarborgen) beperkt zou zijn tot een aantal wijzen van kostenverhaal, doch dat die waarborgen plotseling niet meer zouden gelden indien het zou gaan om kosten van voorzieningen van openbaar nut die niet de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan uitmaken."⁸⁸

Uit de uitspraak Tholen kan niet worden afgeleid dat planherziening in het geheel niet van een bijdrage afhankelijk zou mogen worden gesteld. De bijdrage i.c. (te storten in een fonds dorpsuitleg) was niet gebaseerd op de exploitatieverordening. Denkbaar is dat indien de bijdrage wel op de exploitatieverordening zou zijn gebaseerd de Afdeling dit wél in overeenstemming met het systeem van de wet zou achten. Thunnissen geeft hiervoor goede gronden aan⁸⁹:

- Op zichzelf is het redelijk te achten dat de gemeente de aanwijsbare extra kosten die zij voor een planherziening moet maken van tevoren gedekt wil hebben, zelfs als de door een grondeigenaar gevraagde planwijziging planologisch aanvaardbaar of zelfs gewenst is;
- Het stellen als voorwaarde van het sluiten van een exploitatie-overeenkomst past in het kader van het wettelijk systeem. Vroeger was het aangrijpingspunt voor de toepassing van de exploitatieverordening de medewerking die van de gemeente nodig was om tot een juridisch bouwrijp terrein te komen (zeker stellen van de aanleg van wegen en daarmee het verkrijgen van vrijstelling van art. 37 MBV). Op vergelijkbare wijze kan de gemeente een planherziening aanvaardbaar achten indien de totstandkoming van de in die herziening opgenomen werken van openbaar nut is verzekerd. Zoals vroeger tegenover het sluiten van een exploitatie-overeenkomst vrijstelling van art. 37 MBV werd gegeven omdat op die manier het totstandkomen van een bouwweg was verzekerd, kan tegenover het sluiten van een exploitatie-overeenkomst tot planherziening worden besloten omdat op die manier de totstandkoming van de infrastructuur van de planherziening is verzekerd;
- Een standpunt van de gemeente dat zij alleen aan herziening meewerkt indien een exploitatie-overeenkomst is gesloten, strookt ook met de gedachte van art. 9 van het Besluit op de Ruimtelijke Ordening 1985 dat een bestemmingsplan economisch en financieel uitvoerbaar moet zijn;
- Tot slot is dit in overeenstemming met het in 6.5.1 besproken arrest van de Hoge Raad Ameland/De Boer, waarin het sluiten van een exploitatie-overeenkomst ter verkrijging van vrijstelling van het bouwwegvereiste van art. 37 MBV niet in strijd met art. 274 gemeentewet en art. 42 WRO werd geoordeeld.

88. Zie vorige noot.

89. In deze zin Thunnissen, *preadvies*, p. 81 en 82.

6.7 Pleidooi voor uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van de exploitatieverordening

De conclusie is dat de privaatrechtelijke mogelijkheden voor gemeenten om in geval van particuliere grondexploitatie te komen tot kostenverhaal, vooral gezocht moeten worden in toepassingen van de exploitatieverordening. Te dien einde dienen de toepassingsmogelijkheden van de exploitatieverordening te worden uitgebreid. Ook voor kostenverhaal van partiële exploitatiekosten, bijvoorbeeld in geval van planherziening of bij het aanbrengen van een afzonderlijke voorziening van openbaar nut, dienen regels te worden gegeven voor een aanvaardbare wijze van kostenberekening.⁹⁰ Zo kan men op basis van het huidige wettelijke systeem tot een oplossing van het probleem van het kostenverhaal komen, met behoud van rechtswaarborgen voor de burger. Voorwaarde is wel dat de Modelexploitatieverordening (ver)volmaakt wordt⁹¹ en dat alle gewenste aangrijpingspunten van kostenverhaal hierin een zorgvuldige regeling vinden. Hier ligt een niet eenvoudige taak voor de VNG om een dergelijke super Modelexploitatieverordening te ontwerpen.

Daarnaast is het noodzakelijk om, zoals door de VNG al eerder gesuggereerd, in art. 48 Woningwet een extra weigeringsgrond voor de bouwvergunning op te nemen. De bouwvergunning dient ook geweigerd te worden wanneer de bouwaanvrager weigert volgens de exploitatieverordening een exploitatie-overeenkomst met de gemeente aan te gaan. De achterliggende gedachte hierbij is dat een bestemmingsplan ook economisch uitvoerbaar moet zijn. Het hier opnieuw gedane voorstel is in 1961 bij de behandeling van het ontwerp Woningwet van de hand gewezen onder meer vanwege de toen bestaande mogelijkheid om de bouwvergunning op basis van de eisen van de bouwverordening te weigeren. Zoals blijkt uit de besproken jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak is deze mogelijkheid echter vrijwel niet meer aanwezig. Invoering van de weigeringsgrond dat de bouwvergunning niet wordt verleend wanneer de bouwaanvrager weigert volgens de exploitatieverordening een exploitatieovereenkomst aan te gaan, biedt dan een instrument voor de gemeente om de particulier te dwingen om te betalen. Het is m.i. niet onredelijk dat voor gemeenten een geschikt middel van kostenverhaal verzekerd is. Ook voor burgers/grondeigenaren is dit niet zonder belang in verband met de rechtswaarborgen en rechtszekerheid die de exploitatieverordening dan biedt.

6.8 Bevoegde rechter en rechtsbescherming

Bij de bespreking van de geoorloofdheid van het hanteren van privaatrechtelijke overeenkomsten in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden als middel van kostenverhaal hebben we gezien dat zowel de Hoge Raad als de Afdeling rechtspraak terzake rechtsmacht uitoefenen. De ene keer is het de privaatrechtelijke

90. Zie noot 87.

91. Zie de kritiek op de Modelexploitatieverordening van Thunissen, preadvies p. 76 e.v.

overeenkomst op grond waarvan men ageert bij de burgerlijke rechter, de andere keer wordt de beschikking of de voorwaarden ervan als uitgangspunt gekozen zodat men zich spoedt naar de Afdeling rechtspraak. Hoe nu enige orde te scheppen in deze jungle?

Ik zou als uitgangspunt willen nemen dat indien het aangaan van een bepaalde overeenkomst als voorwaarde wordt gesteld voor het geven van een begunstigende beschikking, deze overeenkomst fungeert als beschikkingsvoorwaarde. Heeft men bezwaar tegen het voorafgaand aangaan van een overeenkomst, dan moet men deze niet aangaan, de (als gevolg daarvan) afwijzende beschikking afwachten, daartegen vervolgens Arob-beroep instellen, waarbij dan de Afdeling rechtspraak heeft te oordelen over de vraag of het aangaan van de voorgelegde overeenkomst als eis mag worden gesteld.

Indien de overeenkomst wél wordt gesloten, dienen partijen voor acties ter zake van onverschuldigde betaling, onrechtmatige daad, misbruik van omstandigheden, nakoming, wanprestatie, enzovoorts zich te wenden tot de burgerlijke rechter. De in het arrest Heesch/Van de Akker⁹² geformuleerde algemene regel dat wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, er van uit dient te gaan dat de beschikking zowel wat haar wijze van totstandkomen als wat haar inhoud betreft, in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen, zou hier van toepassing geacht kunnen worden. Men zou kunnen zeggen dat ingevolge deze regel de burgerlijke rechter de inhoud van een voorgelegde overeenkomst die aan de Arob-rechter is voorgelegd of had kunnen worden voorgelegd, niet meer mag toetsen en van de rechtsgeldigheid uit moet gaan.⁹³ Vooralsnog voel ik meer voor het van toepassing laten zijn van de uitzondering op deze regel die de Hoge Raad ook in het arrest Heesch/Van de Akker formuleerde: een uitzondering is mogelijk wanneer bezwaren tegen deze regel door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat een uitzondering moet worden aanvaard. Op dit moment is de in dit hoofdstuk besproken materie nog zo in ontwikkeling en aan verandering onderhevig en is de materie ook dermate complex en ondoorzichtig⁹⁴ door de verstrengeling van publiek- en privaatrecht, dat ik zou menen dat uit het oogpunt van rechtsbescherming de burgerlijke rechter tóch zelfstandig nog de rechtsgeldigheid van de overeenkomst mag onderzoeken. Indien de vragen van rechtsmacht in de verdere toekomst door vaste jurisprudentie zullen zijn uitgekristalliseerd, kan wellicht de uitzondering op de regel niet meer van toepassing worden geacht. Voor de huidige stand van zaken echter is enige coulance van de burgerlijke rechter beslist geen overbodige luxe.

Tot slot zij opgemerkt dat daar waar de overeenkomst niet als beschikkingsvoorwaarde fungeert, maar op zichzelf staat omdat de gemeente louter privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent, de Arob-weg in principe niet openstaat en de burgerlijke rechter bevoegd is. Ik maak hierbij dan wel de kanttekening dat we in dit hoofdstuk gezien

92. HR 16 mei 1986, NJ 723, m.nt. MS. Zie 6.2.1.

93. In deze zin ook Thunnissen, preadvies p. 91.

94. Vgl. voor een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht HR 11 nov. 1988, RvdW 193 (Ekro BV/Staat). Zie ook HR 16 dec. 1988, RvdW 1989, 1 (Waterschap Noord- en Zuid-Beveland/Lentink).

hebben dat de Afdeling rechtspraak een zekere bedrevenheid in het "ontwaren" van beschikkingen niet kan worden ontzegd.

6.9 Overeenkomsten in het kader van de Woonruimtetwet.

Enigszins verwant met de in de vorige paragrafen besproken problematiek van de overeenkomsten in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden krachtens de Woningwet, Wet Ruimtelijke Ordening en de bouwverordening, is de problematiek van overeenkomsten gesloten in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden krachtens de Woonruimtetwet 1947.

In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat overeenkomsten waarbij wordt overeengekomen dat een gemeente ten aanzien van bepaalde woningen geen gebruik zal maken van haar woonruimtevoorderingsbevoegdheid krachtens de Woonruimtetwet 1947, geldig werden geacht (vergelijk Tripels/Roermond en NSDM/Landsmeer).

Hetzelfde geldt voor de nu te bespreken overeenkomsten waarbij een woonvergunning pas wordt verleend, als men bepaalde bijdragen betaald heeft.

Als voorloper van het Kruseman-arrest wordt wel beschouwd het arrest van het Hof Amsterdam van 25 nov. 1959⁹⁵, zij het dat de aan de orde zijnde rechtsvraag heel verschillend was. De casus is vergelijkbaar; notaris K. en de gemeente Amsterdam kwamen overeen dat K. f 3.200,- in de gemeentekas zou storten als compensatie voor de gedeeltelijke onttrekking van woonruimte aan haar bestemming, waartegenover Burgemeester en Wethouders verklaarden tegen die onttrekking geen bezwaar te maken.

Het Hof oordeelde deze overeenkomst nietig; Burgemeester en Wethouders hebben hun bevoegdheid overschreden, daar zij slechts mochten beoordelen en beslissen of aan de notaris die woongelegenheid als kantoor in gebruik wilde nemen, een vergunning als bedoeld in art. 1 onder 1 Woonruimtetwet 1947 zou worden uitgereikt en niet bevoegd waren toe te stemmen in een onttrekking van woonruimte aan haar bestemming die de wet niet kent en die inhield, dat de notaris zonder de in art. 1 onder 1 bedoelde vergunning, woongelegenheid in gebruik zou nemen, hetgeen in dit artikel uitdrukkelijk wordt verboden. Het verlenen van de toestemming tot onttrekken werd dus gezien als een beslissing in strijd met art. 1 Woonruimtetwet 1947.

In het al vaker genoemde Kruseman-arrest⁹⁶ ging het om een bedrag van ruim f 17.000,- door Kruseman aan de gemeente betaald ter voldoening aan de voorwaarde die Burgemeester en Wethouders hadden gesteld voor hun medewerking aan de verkrijging door Kruseman van een verklaring als bedoeld in art. 1 lid 6 van de Woonruimtetwet (zgn. bedrijfsruimteverklaring). Anders dan in het vorige geval gaat het hier om een

95. NJ 1960, 280, AB 1961, 780, m.nt. St. Zie Stellinga, TvO 1960 nr. 758, p. 202.

96. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 (HB), AB 1962, 487 m.nt. St. Zie voor vonnis Rb. Amsterdam 12 april 1960, NJ 343, AB 1961, 140 en voor arrest Hof Amsterdam 7 juni 1961, NJ 337, AB 1962, 238. Zie § 4.3.2.1.

wijze van onttrekken van woonruimte die de wet wèl kent. Kruseman had deze verklaring nodig omdat hij zijn woonhuis had verkocht aan een verzekeringsmaatschappij die de verkrijging van de bedoelde verklaring als voorwaarde voor de koop had gesteld. Teneinde de bezwaren van Burgemeester en Wethouders tegen het afgeven van die verklaring weg te nemen heeft Kruseman voornoemd bedrag gestort in een Fonds voor Woningonttrekking, waaruit de gemeente woningbouwprojecten financierde, zodat dit bedrag er toe heeft gediend om de vervanging van de onttrokken woonruimte in de gemeente door andere mogelijk te maken.

De Hoge Raad wijst de vordering uit onverschuldigde betaling van Kruseman af, omdat wie ter bereiking van een door hem gewenst en geoorloofd resultaat de medewerking van een ander nodig heeft en ter verkrijging van die medewerking aan die ander enig door deze 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, bijvoorbeeld wanneer de partij die voor haar medewerking dat goed bedong misbruik maakte van de omstandigheden waarin haar wederpartij verkeerde. Hetzelfde geldt in beginsel 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 enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakte van de bevoegdheden of de feitelijke machtspositie, welke de medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden.

Daarbij is irrelevant of de wilsovereenstemming, die 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.

Uit bovenstaande overweging volgt dan, aldus de Hoge Raad, dat onjuist is de opvatting dat het besluit van Burgemeester en Wethouders, waarbij van Kruseman voor de door hem van Burgemeester en Wethouders gewenste medewerking een betaling ten gunste van het genoemde Fonds voor Woningonttrekking werd verlangd, op een bijzondere aan Burgemeester en Wethouders toekomende bevoegdheid zou moeten berusten. Een grond voor terugvordering kan alleen worden gevonden in de stelling dat Burgemeester en Wethouders in strijd met enig wettelijk voorschrift handelden, dan wel zich schuldig maakten aan misbruik van bevoegdheden of machtspositie, zoals hierboven omschreven, door voor hun medewerking dit bedrag te bedingen.

De Hoge Raad meent dat van misbruik van overheidsmacht of bevoegdheden niet kan worden gesproken nu de van Kruseman bedongen betaling enkel strekte ter compensatie van de vermindering van woonruimte in de gemeente welke het gevolg zou zijn van de van het bestuur verlangde medewerking en het aannemelijk is dat het bestuur bij de afgifte van de in art. 1 lid 6 bedoelde verklaringen juist met het oog op de bij de instandhouding van de woonruimte betrokken belangen is ingeschakeld. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat de van het gemeentebestuur verlangde medewerking niet behoort tot de diensten waarop art. 275 (thans oud 277) gemeentewet betrekking heeft, zodat evenmin in strijd met dit artikel is gehandeld.

De overwegingen van de Hoge Raad in dit standaardarrest hebben m.i. nog niets aan waarde ingeboet.⁹⁷ Zij leveren nog steeds de criteria op waaraan men de geoorlooftheid van die overeenkomsten kan toetsen, die betrekking hebben op het tegen betaling verkrijgen van medewerking van de overheid tot handelingen waartoe zij niet of niet op een bepaalde manier verplicht is, in gevallen waarin de wet daarvoor geen exclusief op te vatten regeling geeft.

Van belang is de overweging van de Hoge Raad dat de betaling strekte ter compensatie van de vermindering van woonruimte in de gemeente welke het gevolg zou zijn van de van het bestuur verlangde medewerking en het aannemelijk is dat het bestuur bij de afgifte van de bedrijfsruimteverklaringen, juist met het oog op de bij de instandhouding van de woonruimte betrokken belangen is ingeschakeld. Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad relevant acht dat de betaling de belangen dient die bij de afgifte van de bedrijfsruimteverklaringen behartigd moeten worden en dat daarom de betaling geen misbruik oplevert.

Deze uitspraak past dan ook goed in de hier gehanteerde terminologie: het bedingen van een betaling zoals in het Kruseman-arrest mag niet in strijd zijn met de Woonruimtetwet noch met enig beginsel van behoorlijk bestuur, met name het verbod van détournement de pouvoir en willekeur. Positief geformuleerd: het bedingen van de betaling i.c. is geoorloofd omdat het geen strijd met de wet oplevert, gebruikt wordt voor het doel waarvoor men de publiekrechtelijke bevoegdheid - in het kader waarvan men de overeenkomst hanteert - heeft, er tevens een redelijke belangenafweging aan ten grondslag ligt en er overigens ook geen strijd is met andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Tot slot wijs ik erop dat ook hier de voor de bedrijfsruimteverklaring gewenste overeenkomst als een beschikking in de zin van de Wet Arob kan worden beschouwd. Voor een vordering uit onverschuldigde betaling (art. 1395 BW) maakt dat niets uit: het is irrelevant of de wilsovereenstemming, die door de voldoening aan hetgeen de overheid voor haar medewerking verleent aan de dag treedt, al dan niet kan worden gekwalificeerd als een privaatrechtelijke overeenkomst, zoals de Hoge Raad zelf zegt. Dit gaat nu nog op voor het punt van de rechtsmacht: voor de beoordeling van een vordering uit onverschuldigde betaling is niet relevant of de vermeende rechtsgrond van privaatrechtelijke of publiekrechtelijke aard is; de burgerlijke rechter is hiervoor de enige bevoegde rechter. Het probleem is echter ook hier weer dat het de vraag is of de burgerlijke rechter nog wel zelfstandig de rechtsgeldigheid van de overeenkomst zal onderzoeken indien men tegen het stellen van de financiële voorwaarde in beroep had kunnen gaan bij de Afdeling rechtspraak. Wil men een rechtmatigheidsoordeel over de verlangde financiële bijdrage van de administratieve rechter hebben, dan moet men weigeren de overeenkomst aan te gaan, de afwijzende beschikking afwachten en vervolgens daartegen beroep instellen.

97. Zie § 4.3.2.1.

DE UITOEFENING VAN PRIVAATRECHTELIJKE BEVOEGDHEDEN IN HET KADER VAN DE PUBLIEKE TAAKVERVULLING

7.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam de rechtsgeldigheid van overeenkomsten aan de orde, in gevallen waarin het uitoefenen door de overheid van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid afhankelijk is gesteld van de bereidheid van de burger tot het aangaan van een overeenkomst. In deze gevallen trachten gemeentebesturen publieke taken te vervullen door gebruik te maken van discretionaire publiekrechtelijke bevoegdheden. In veel gevallen kwam dit hierop neer: zonder overeenkomst geen (begunstigende) beschikking.

We hebben gezien dat in die gevallen de overeenkomst steeds getoetst dient te worden aan de wettelijke regels en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de uitoefening van de betreffende publiekrechtelijke bevoegdheden normeren.

In dit hoofdstuk komen de overeenkomsten aan de orde waarmee de overheid publieke taken beoogt te vervullen geheel *buiten* de wettelijk gegeven publiekrechtelijke bevoegdheden om.

In sommige gevallen maakt de overheid als eigenaar, als subject van privaatrecht gebruik van haar privaatrechtelijke bevoegdheden bij de behartiging van publieke belangen op een wijze die verder gaat dan in het publiekrecht mogelijk is. Er kunnen bijvoorbeeld met behulp van privaatrechtelijke bevoegdheden zwaardere of andere eisen worden gesteld dan publiekrechtelijk door middel van vergunningsvoorwaarden mogelijk zou zijn. Ook kan de privaatrechtelijke weg vaak in plaats van de publiekrechtelijke weg gevolgd worden.

Tenslotte kan de privaatrechtelijke weg een oplossing zijn voor het vervullen van publieke taken, wanneer er op het betreffende gebied helemaal geen publiekrechtelijke regeling is.

Op zich betekent het bestaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid op een bepaald terrein of de uitoefening ervan geenszins dat de overheid-eigenaar haar privaatrechtelijke bevoegdheden niet mag aanwenden.

Het eigendomsrecht of de contractsvrijheid ten aanzien van de openbare weg van de gemeente-rechtspersoon ondergaat wel enige invloed van, doch wordt niet geheel ingeperkt, door bijvoorbeeld het verlenen van een standplaatsvergunning door Burge-meester en Wethouders aan een kraamhouder krachtens de APV.¹

Volgens de klassieke "twee-wegen"-jurisprudentie van de burgerlijke rechter heeft de overheid als eigenaar dezelfde bevoegdheden als iedere particuliere eigenaar² en kan de overheid ter aanvulling op of in plaats van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden privaatrechtelijke wegen bewandelen ter behartiging van publieke belangen, tenzij dat onverenigbaar is met de wet of er aanwijzingen bestaan dat het publiekrecht voor het bereiken van een bepaald doel de publiekrechtelijke weg exclusief heeft voorgeschreven.³ Zoals we al eerder gezien hebben wordt dit laatste door de burgerlijke rechter behoudens uitdrukkelijke bepaling niet snel aangenomen.⁴

Ten aanzien van zaken met een openbare bestemming geldt nog dat de contractsvrijheid van de overheid in deze zin is beperkt dat het normale gebruik ingevolge de openbare bestemming niet mag worden verhinderd. In 7.3.3.1 komt deze problematiek uitvoerig aan de orde.

De bijzondere positie van de overheid als eigenaar of contractant waarop naast privaatrechtelijke ook publiekrechtelijke normen van toepassing zijn, blijkt door de burgerlijke rechter volgens de klassieke tweewegentraditie tot voor kort vooral te worden erkend bij overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.⁵ Ten aanzien van overeenkomsten die louter gericht zijn op publieke belangenbehartiging (dus zonder dat zij de overheid vastleggen ten aanzien van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden) leek de rechter tot voor kort weinig geneigd om het geschreven of ongeschreven publiekrecht toepasselijk te achten.⁶ Op zich is dit wel te begrijpen. Bij overeenkomsten met betrekking tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (hoofdstuk 5 en 6) kan de rechter uit de betreffende publiekrechtelijke regeling van de bevoegdheid of uit de strekking ervan altijd wel enige publiekrechtelijke normering halen. In dat kader is de toepassing van de ongeschreven regels van publiekrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan ook vanzelfsprekend.

Dit is anders bij overeenkomsten met betrekking tot het gebruik of overdracht van onroerend goed bij voorbeeld. Daarbij ontbreken aanknopingspunten in het geschreven publiekrecht. De toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur lijkt dan minder voor de hand liggend. Uitgangspunten voor de geoorloofdheid van

1. Hierover later meer in 7.3.3.2.

2. Huizen/Staat 19 jan. 1962, NJ 151, m.nt. JHB.

3. Zie de bespreking van de tweewegenleer in § 4.3 e.v.

4. Zie bijv. Eindhoven/Staats, HR 19 jan. 1968, NJ 166 (GJS).

5. Vgl. de eerder besproken arresten Landsmeer en Kruseman, resp. HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 204 (JHB) en HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 (HB).

6. Het arrest Huizen/Staat (zie noot 2) waarin de HR een willekeurstoetsing mogelijk achtte op de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden door de staat, kon lange tijd als een witte raaf worden beschouwd. Zie hierover 7.3.3.

dergelijke overeenkomsten zijn dan al haast vanzelf de privaatrechtelijke zeggenschap over de zaak en de vrije wilsovereenstemming tussen gelijkwaardige partijen.⁷

7.2 De toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijk optreden los van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden

Dat de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht dogmatisch gezien geen probleem hoeft op te leveren, hebben we gezien in hoofdstuk 3. De open privaatrechtelijke begrippen laten de mede-toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de privaatrechtelijke kaders zeer goed toe. Ook het NBW en het ontwerp AWB sluiten hierbij aan. In hoofdstuk 4 is meer concreet gezien op welke wijze de onderscheiden algemene beginselen van behoorlijk bestuur inpasbaar zijn in de privaatrechtelijke begrippen om zo te komen tot het op "overheidsovereenkomsten" toepasselijke recht. Hier wil ik stilstaan bij de vraag of toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij een louter privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening (dus zonder dat de overeenkomst betrekking heeft op een publiekrechtelijke bevoegdheid dan wel als voorwaarde voor de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gesloten) moet worden aangenomen. Alleen al het gegeven dat de overheid te allen tijde gehouden is het algemeen belang te behartigen, is naar mijn mening op zichzelf de hoofdreden om de uitoefening van de contractsvrijheid en van eigenaarsbevoegdheden door de overheid niet op een lijn te stellen met die door een particulier. Daarnaast zijn er ook wel eens feitelijke omstandigheden in een dergelijke privaatrechtelijke relatie die ertoe leiden dat toepassing van algemene beginselen inderdaad noodzakelijk moet worden geacht. Zoals gezegd zijn uitgangspunten voor de beoordeling van de geoorloofdheid van puur privaatrechtelijk optreden de privaatrechtelijke zeggenschap over een zaak en de vrije wilsovereenstemming tussen gelijkwaardige partijen. In feite echter kan de verhouding tussen overheid en burger in een contractuele relatie ongelijkwaardig en de veronderstelde vrije wilsovereenstemming ten gevolge van de feitelijke machtspositie van de overheid weinig reëel zijn. Men kan een nieuw evenwicht realiseren dat de bestaande ongelijkwaardigheid compenseert, door voor de burger tegen de overheid als contractspartij een uit het oogpunt van rechtsbescherming relevante waarborg toe te voegen, namelijk de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Welke zijn nu de omstandigheden die de feitelijke ongelijkwaardigheid tussen burger en overheid kunnen bewerkstelligen en die de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wenselijk maken? Op vele publiekrechtelijke en privaatrechtelijke terreinen heeft de burger de medewerking van de overheid nodig. De monopoliepositie van de overheid speelt hierbij een grote rol. We hebben in hoofdstuk 5 en 6

7. Zie G.H.L. Weesing, *Handhaving van bestuursrecht met privaatrechtelijke middelen*, p. 317 e.v. in de Duk-bundel "Recht op scherp" 1984.

gezien dat, indien de verlangde prestatie het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling is, de overheid rechtens het monopolie bezit. Door het aanwenden van publiekrechtelijke bevoegdheden (bijvoorbeeld onteigening van grond) kan de overheid zich ook feitelijk een monopolie over zaken verschaffen. Naast deze feitelijke en juridische monopolie- en machtspositie bezit de overheid gedeeltelijk ook een rechtsmonopolie: zij kan zelf rechtsnormen scheppen en zich daarmee een gunstige uitgangspositie verschaffen. Ik denk hierbij aan de vaststelling van bestemmingsplannen en plaatselijke verordeningen.

Wanneer de overheid *weigert* om te contracteren of weigert eigenaarstoestemming te geven gaat het in feite om *eenzijdige* overheidsbesluiten, die zich vaak zowel wat de behartigde belangen als voor wat de onderlinge verhouding van partijen betreft, niet wezenlijk onderscheidt van de in het publiekrecht geregelde verhouding tussen overheid onderdaan.

Het gegeven dat de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid ter aanvulling of zelfs in plaats van publiekrechtelijke beleidsinstrumenten wordt aangewend is vanuit bestuursrechtelijk oogpunt vaak een argument om de overheid als contractant niet op een lijn te stellen met een particuliere contractant. Het niet op dezelfde wijze normeren van handelingen van het bestuur die naar hun vorm wél, maar naar hun aard geen verschillen vertonen, veroorzaakt in het kader van de rechtsbescherming van de burger een discrepantie.⁸

Bovenstaande punten geven aan, dat de positie van de overheid als contractant niet op een lijn te stellen is met die van een particuliere contractant. De overheid is altijd, óók wanneer zij gebruik maakt van het privaatrecht, met publieke belangenbehartiging bezig of behoort daar althans mee bezig te zijn. De zorg voor het algemeen belang heeft een normerende invloed, óók op de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden. Vanuit de invalshoek van de publieke belangenbehartiging zal zij anders dan een particulier alle bij een bepaalde overheidshandeling betrokken algemene en bijzondere belangen dienen af te wegen. Dit geldt m.i. onverkort of het nu om publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtshandelingen, of om feitelijke handelingen gaat.

Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat aan besluiten om niet of juist wél te contracteren of om al dan niet eigenaarstoestemming te geven op zijn minst een redelijke afweging van de betrokken algemene en bijzondere belangen ten grondslag zal dienen te liggen; zaken waarover particulieren zich in het algemeen niet hoeven te bekommeren. Dit maakt m.i. toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in alle gevallen en onder alle omstandigheden wenselijk.

Het klassieke onderscheid tussen overheid als zodanig en overheid op gelijke voet als ieder ander, is m.i. hier niet relevant. Dit nogal arbitraire onderscheid, met name ont-

8. In deze zin ook Weesing, a.w., p. 328 e.v.

wikkeld naar aanleiding van de onrechtmatige overheidsdaadjurisprudentie⁹, is er steeds op gericht geweest de overheid als zodanig een uitzonderingspositie te geven voor wat betreft de toepassing van de regels van het privaatrecht. Juist omwille van de behartiging van het algemeen belang, heeft de overheid als zodanig meer vrijheid dan de burger.¹⁰

Tegelijkertijd echter - en dat is het punt wat hier benadrukt wordt - brengt de plicht tot behartiging van het algemeen belang ook beperkingen met zich mee en is er reden aan te nemen dat aan de overheid optredend als privaatrechtelijk subject juist *minder* vrijheid toekomt dan aan een willekeurige particulier.

Aangezien de maatschappelijk positie van de overheid en de onderlinge verhouding tussen burger en overheid principieel afwijken van die welke zich tussen particulieren kunnen voordoen - het is hierboven aangegeven - en aangezien eigendoms- en contractsbevoegdheden door de overheid in plaats van of ter aanvulling op publiekrechtelijk geregelde bevoegdheden worden aangewend, is er voldoende reden om mede de gelding van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan te nemen, ongeacht of het betreft handelen van de overheid "als zodanig" of handelen van de overheid op "gelijke voet".

Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in ieder geval in acht genomen moeten worden bij het uitoefenen van bevoegdheden uit een erfpachtovereenkomst is door de Hoge Raad erkend in het in § 4.4.4 besproken arrest Amsterdam/Ikon.¹¹

In de navolgende paragrafen zal gepoogd worden de grenzen van de contractsvrijheid vast te stellen wanneer de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden hanteert bij het vervullen van publieke taken. De laatste jaren hebben gemeentelijke overheden ten aanzien van bepaalde onderwerpen van zorg een beleid ontwikkeld dat mede door het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten gestalte krijgt waardoor deze overeenkomsten als instrument, als middel gehanteerd worden om beleid te verwezenlijken. Het betreft in hoofdzaak de volgende beleidsterreinen: ruimtelijke ordening, volkshuisvesting, milieubescherming, en het vestigingsbeleid met betrekking tot het sociale beleid in ondernemingen.

Naast echter de genoemde min of meer "gevestigde" beleidsterreinen komt het voor dat gemeenten ad hoc een beleidslijn vaststellen die soms zeer politiek gekleurd kan zijn, bijvoorbeeld het als beleid aannemen dat de gemeente bij de aanbesteding van werken aannemers uitsluit die meewerken aan de bouw van een kerncentrale of aan de bouw van de basis voor kruisraketten te Woensdrecht. Ook valt te denken aan bijvoorbeeld het

9. Vgl. bijv. HR 29 juni 1928, NJ p. 1138 (Strooppot), HR 5 mei 1933, NJ p. 875 (Meerboei), HR 31 dec. 1915, W. 9944 (Telefoonpalen), HR 9 nov. 1917, W. 10197 (Soldaat van Bommel). Zie Donner, a.w. (1974), p. 377-382, (1987), p. 348 e.v.

10. Vgl. bijv. HR 19 dec. 1952, NJ 1953, 642 (Zevende Voorste Stroom) en HR 4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204 (Landsmeer).

11. HR 27 maart 1987, AB 273, m.nt. FHvdB, NJ 727, m.nt. MS.

weigeren zaken te doen met bedrijven die handelen met Zuid-Afrika, het besluit om uitsluitend Nicaraguaanse koffie of Cubaanse sinaasappels in te kopen, enzovoorts.

De vraag is of dergelijke beleidskeuzes, die door een particulier persoon of bedrijf in het algemeen vrijelijk gedaan kunnen worden, als zij door overheden worden gedaan niet onrechtmatig moeten worden geacht in het kader van art. 1401 BW dan wel onder omstandigheden in strijd met de wet of de goede zeden en de openbare orde in kader van art. 1373 BW wegens schending van grondrechten of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In de navolgende paragrafen zullen eerst de beleidsovereenkomsten die passen binnen de traditionele beleidsterreinen besproken worden.

Vervolgens zal de contractsvrijheid van de overheid besproken worden ten aanzien van de overeenkomsten "hors catégorie", de bonte rest, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan de betekenis van grondrechten bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van bedingen in overeenkomsten.

7.3 Ruimtelijke Ordening

7.3.1 Inleiding

Op het terrein van de ruimtelijke ordening treft men een breed scala van beleidsovereenkomsten aan. Uit de jurisprudentie komen met name twee concrete beleidsdoeleinden naar voren: het bij contract verbieden van het plaatsen van buiten-antennes en het bij contract opleggen van een bepaalde bestemming van een perceel.

Dit laatste gebeurt vooral in het kader van de gronduitgifte in koop- en erfpachtscontracten, maar op zichzelf staande garantieovereenkomsten komen ook voor.

7.3.2 *Het voorkómen van antennewouden*

Veel gemeenten zijn ertoe overgegaan om uit een oogpunt van stadsschoon (milieu, zo men wil) de zogenaamde t.v.-antennewouden tegen te gaan. Een veelgebruikte mogelijkheid is dan om in de bouwverordening een antenneverbod op te nemen in geval aansluiting op een centrale antenne inrichting mogelijk is. Zie artt. 264, 265 en 358a van de Modelbouwverordening en de jurisprudentie hierover.¹²

Naast deze publiekrechtelijke mogelijkheid bestaat ook een privaatrechtelijke mogelijkheid voor een gemeente, namelijk om een antenneverbod als beding in een privaatrechtelijk overeenkomst bij de verkoop van woningen of grond op te nemen. Zomin als bij regeling in de bouwverordening, is het bij overeenkomst verbieden van plaatsing van

12. Antenneverbod Leerdam (AR 10 okt. 1978, AA 1979, p. 477, m.nt. Crijns); vgl. ook: AR 3 okt. 1979, AB 1980, 247 (m.nt. Crince Le Roy); Vz.AR 7 mei 1981 (Gorssel), GS 6680, nr. 7, gevolgd door AR 7 mei 1982, GS 6725, nr. 6; AR 12 maart 1982 (Haaksbergen), GS 6725, nr. 4; AR 29 april 1982 (Harderwijk), GS 6725, nr. 5, (met noten J.M. Kan).

een buitenantenne zonder meer geoorloofd. Twee arresten zijn voor deze kwestie van bijzonder belang; namelijk betreffende het antenneverbod van de gemeente Harlingen¹³ en van de gemeente Smilde.¹⁴

In het arrest inzake het antenneverbod van de gemeente Harlingen werd een privaatrechtelijk antenneverbod getoetst aan het in art. 10 ECRM gegeven grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, dat mede omvat de vrijheid om meningen te ontvangen. Het Hof beschouwde het milieubelang, het belang van stadsschoon als een belang van openbare orde in de zin van het tweede lid van art. 10 ECRM, zodat een zekere beperking van de vrijheid van informatie-ontvangst ten gevolge van het antenneverbod gerechtvaardigd kon zijn. Een dergelijke beperking is echter alleen dan aanvaardbaar, aldus het Hof, indien de overheid zich het belang van de door zo'n beperkende maatregel getroffen burgers aantrekt en door het aanbieden van een redelijk alternatief het nadeel zoveel mogelijk wegneemt. In het algemeen is een antenneverbod slechts toelaatbaar wanneer een voorziening ter beschikking staat, waardoor alle ter plaatse goed ontvangbare radio- en televisiesignalen kunnen worden doorgegeven. In casu was echter van een zowel in technisch als in economisch opzicht aanvaardbaar alternatief niet gebleken.

Voorts bevestigde het Hof de tweewegenleer - naar aanleiding van de klacht dat het contractuele antenneverbod niet verder mag gaan dan de beperkingen, die de gemeente bij haar bouwverordening heeft opgelegd - door te oordelen dat het de overheid in het algemeen vrij staat bij de uitoefening van haar publieke taak door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten met de onder haar hoede gestelde burgers bij de bescherming van publieke belangen *verder* te gaan dan de reikwijdte die publiekrechtelijke regelingen bieden en dat niet valt in te zien waarom de gemeente - blijvende binnen de marges van art. 10 lid 2 van het Verdrag - niet haar publieke taak als hoedster van het algemeen (milieu) belang door middel van de onderhavige overeenkomst zou mogen behartigen. De grens van het toelaatbare ligt evenwel daar, aldus het Hof, waar het beding ter bescherming van het publiek belang, ware het in een publieke regeling vastgelegd, in strijd zou komen met een hogere regeling.

Vervolgens werd i.c. het antenneverbod nietig geacht wegens strijd met art. 10 lid 2 Verdrag, omdat het beding aan Huisman verbood radio en tv-signalen te ontvangen door middel van een buitenantenne, ook indien deze niet op een andere wijze en tegen aanvaardbaar te achten kosten radio en tv-signalen van vergelijkbare kwaliteit en aantal kan ontvangen. Het Hof beperkte de nietigheid van het beding echter tot het verbod om een buitenantenne te plaatsen van voldoende en gangbare afmetingen en oordeelde het geldig voor zover het verbod een antenne te plaatsen van ongewone afmetingen.

Conclusie: het aan "normale" tv-kijkers contractueel verbieden van het plaatsen van gangbare antennes is alleen dan niet in strijd met art. 10 ECRM als er een in technisch en economisch opzicht aanvaardbaar alternatief wordt geboden.

13. Zie ook 4.4.2: Antenneverbod Harlingen, Hof Leeuwarden 23 maart 1983, NJ 1984, 380, BR 1983, 629, m.nt. J. Wessel, AB 1983, 336, NJCM-bulletin 1983, p. 234, m.nt. A.Kors.

14. Van der Meer/Gem. Smilde, HR 25 april 1986, NJ 714, m.nt. G, AA 1986, p. 618, m.nt. vS, BR 1986, nr. 694, m.nt. W.M. Kleyn.

In het arrest Van der Meer/Gemeente Smilde kwam toetsing van een contractueel antenneverbod aan het grondrecht van de vrijheid van informatieontvangst niet aan de orde, maar werd de aansluitverplichting op de C.A.I. getoetst aan de goede trouw, waarbij het feit dat het verbod in algemene voorwaarden was opgenomen een belangrijke rol speelde.

De gemeente Smilde had in een aantal overeenkomsten met kopers van bouwgrond in de algemene voorwaarden een beding opgenomen dat de wederpartij verplichtte tot het aansluiten en het aangesloten houden van de te bouwen woning op de Centrale Antenne Inrichting Recai, een particuliere onderneming waarmee de gemeente zaken deed. De hier opgelegde verplichting was in beginsel onopzegbaar en niet naleving ervan leverde tegenover de gemeente wanprestatie op op verbeurte van een boete van f 25,- per dag. Tevens was voorzien in een ketsingbeding voor de opvolgende eigenaren.

De Hoge Raad oordeelde dat het antwoord op de vraag of het beroep op een beding in een overeenkomst in strijd is met de goede trouw afhangt van de waardering van tal van omstandigheden zoals de omstandigheid dat het betreft een beding in algemene voorwaarden, de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wederzijds kenbare belangen van partijen en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding. Ons hoogste rechtscollege meende dat de gebruiker van algemene voorwaarden - en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers - handelt in strijd met de goede trouw, wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, tenzij hij omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst waaruit volgt dat het beding niet onredelijk bezwarend is en het beroep derhalve niet in strijd is met de goede trouw.

Een dergelijk beding kan volgens de Hoge Raad met name geen rechtvaardiging vinden in de omstandigheden dat de gemeente daarmee een te respecteren (algemeen) belang - het voorkomen van antennewouden - nastreeft, dat de wederpartij de vrijheid heeft het beding al dan niet te aanvaarden of dat de wederpartij geen valabele reden voor de beëindiging van zijn aansluitverplichting opgeeft.

De Hoge Raad lijkt zich in deze zaak te hebben laten inspireren door afdeling 6.5.2A NBW betreffende Algemene voorwaarden. De Hoge Raad gebruikt bijvoorbeeld de term "onredelijk bezwarend". Dit is ook de term van art. 6.5.2A 2a. Verder legt de Hoge Raad nadruk op het feit dat het beding geldt voor een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

De omkering van de bewijslast die de Hoge Raad voorstaat komen we ook tegen in art. 6.5.2A 4 (het beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn, de gebruiker van het beding dient dit vermoeden te weerleggen¹⁵). De Hoge Raad geeft niet aan waarom het beding onredelijk bezwarend zou zijn. Van der Grinten wijst in zijn noot onder dit arrest op de mogelijkheid dat de Hoge Raad zich heeft laten leiden door de opsomming

15. In het arrest Hooyen/De Tilburgse Hypotheekbank, HR 16 jan. 1987, NJ 553, wordt dit "vermoeden" enigszins verzwakt, daar de tegenargumenten van de gebruiker op hun beurt weerlegd moeten worden.

in art. 6.5.2A 4, met name het genoemde onder j, k en l betrekking hebbende op het beding dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst, redelijkerwijs van de wederpartij kan worden geveerd en voorts bedingen dat zulk een overeenkomst een duur heeft van meer van een jaar of de opzegtermijn van de wederpartij langer is dan drie maanden. Het beding in kwestie zou als een dergelijk beding aangemerkt kunnen worden. Dit blijft echter gissen.

Een ander opmerkelijk punt is dat de Hoge Raad de reikwijdte van de derogerende werking van de goede trouw erg oprekt. In de traditionale leer is de toetsing aan de goede trouw namelijk alleen gericht op de *uitvoering* van de overeenkomst. De Hoge Raad rekent in dit arrest ook het beroep doen op het beding tot de uitvoering. Het is de vraag of bij de toetsing aan de goede trouw het ontstaan, de aard en de overige inhoud van de overeenkomst moet worden betrokken zoals de Hoge Raad reeds min of meer deed in het arrest van 19 mei 1967.¹⁶ Als omstandigheden waarvan toetsing aan de goede trouw afhankelijk is werden toen onder andere aangemerkt: "de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, enzovoorts".¹⁷

De toetsing die de Hoge Raad verricht in het kader van art. 1374 lid 3 BW is enigszins gekunsteld en is niet ver verwijderd van een toetsing aan de geldigheid van het beding (art. 1371 en 1373 BW). Van Schilfgaarde¹⁸ wijst op het belang om het onderscheid tussen de beperkende werking van de goede trouw en de gronden voor nietigheid of vernietigbaarheid voor ogen te houden. Omstandigheden die betrekking hebben op de aard en de inhoud van de overeenkomst of de wijze van totstandkoming kunnen samen of afzonderlijk voldoende zijn om te oordelen dat er geen geldige overeenkomst *is* (bijvoorbeeld geen wilsovereenstemming of strijd met de wet) of dat zij voor gehele of gedeeltelijke vernietiging vatbaar is (wilsgebrek, misbruik van omstandigheden, algemene voorwaarden in het NBW). Het betreft hier dus ongeldigheids- of vernietigingsgronden *ab initio*. Dit is een principiële andere kwestie dan wanneer er een zich in *déze* situatie geldende omstandigheid voordoet die het oordeel rechtvaardigt dat alles bijeengenomen de overeenkomst of het beding in deze situatie niet geldt. Men kan echter betogen dat dit naar het NBW anders is. Art. 6.5.3.1 lid 2 bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹⁹ Volgens Hartkamp betekent dit, dat in het stelsel van het NBW de toetsing van een beding niet meer hoeft te worden verhuld in een toetsing van een gedraging van een partij bij de uitvoering van een overeenkomst.²⁰

16. NJ 261, m.nt. GJS (Saladin/HBU).

17. Zie 4.2.3 over de verhouding tussen art. 1374 lid 3 BW en art. 1371 BW. Vgl. ook: HR 20 febr. 1976, NJ 486 en 18 dec. 1981, NJ 1982, 71.

18. In zijn noot onder dit arrest in AA, zie noot 14.

19. Zie Van der Grinten in zijn noot in de NJ.

20. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 358.

In dit arrest komt de Hoge Raad met de toepassing van de beperkende werking van de goede trouw materieel heel dicht tot een ab initio ongeldigheidsgrond. Heel dicht maar net niet helemaal: tenzij de gebruiker omstandigheden stelt en zo nodig bewijst etc.

Met andere woorden: de beperkende werking van de goede trouw brengt voor de gebruiker van algemene voorwaarden en zeker wanneer dat een gemeente is, met zich mee dat hij een burger niet aan het contractuele antenneverbod kan houden, tenzij de gebruiker aantoont dat het beding in de gegeven omstandigheid niet onredelijk bezwarend is.

Tot slot nog dit: Van der Grinten²¹ oordeelt het beding bedenkelijk omdat het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel: kopers van gemeenteterrein worden belast met een verplichting die niet geldt voor kopers en bouwers op een andere plaats. De hier bedoelde ongelijkheid valt naar mijn mening nogal mee omdat aangenomen mag worden dat in ieder geval voor *alle* kopers/bouwers krachtens art. 358 van de bouwverordening een antenneverbod geldt. Het is dus niet zo dat "gemeentegrond-kopers" haast niets mogen en "particuliere grond-kopers" enorme masten op hun dak mogen zetten. Iedere normale tv-kijker moet in principe een C.A.I.-aansluiting hebben als dat technisch en economisch gezien mogelijk is, alleen voor kopers/bouwers van gemeenteterrein geldt daarbij dan nog de verplichting dat ze met Recai in zee moeten. Me dunkt dat een dergelijke ongelijkheid toch gerechtvaardigd kan worden door de belangen die de gemeente door middel van het betreffende beding beoogt te dienen.

Met Van der Grinten ben ik het eens dat het wat ver gaat om dit beding in zijn algemeenheid nu onredelijk bezwarend te vinden; ook als Van der Meer geen televisie zou wensen (quod non) is het enige gevolg van dit beding dat hij een in verhouding tot de koop prijs van de grond en de bouw van de woning luttel bedrag moet betalen voor de aansluiting op de centrale antenne.

Naar mijn mening zit het onredelijke van het beding echter slechts in één aspect, namelijk in de verplichting tot aansluiting in combinatie met de *onopzegbaarheid* van het abonnement.

Ten aanzien van alle gangbare voorzieningen voor woningen zoals de levering van gas, water, licht maar bijvoorbeeld ook telefoon, wordt het "abonnement" contractueel geregeld en kan ook door de burger worden opgezegd.

Het behoort tot de contractsvrijheid van de burger om iets *niet* te willen. Wil de gemeente desondanks iets opleggen dan zal zij haar overheidsmacht moeten gebruiken en het publiekrechtelijk moeten regelen. Men kan dan de aansluiting op de C.A.I. beter gaan vergelijken met de aansluiting van woningen op de riolering.²² De aansluitverplichting ligt vast in de bouwverordening, het "abonnement" daarop wordt via een gemeentelijke belasting aan de burgers opgelegd, onafhankelijk van het gebruik dat men er al of niet van wil maken.

21. Zie noot 14.

22. Een mogelijk komisch effect van deze vergelijking is niet beoogd.

Indien de gemeente een aansluitingsplicht met een onopzegbaar abonnement op de centrale antenne wil realiseren, zal zij dat m.i. bij gemeentelijke verordening moeten regelen en het abonnementsgeld vervolgens als belasting dienen te innen.

7.3.3 Het vastleggen van de bestemming of van het gebruik van onroerend goed met openbare bestemming.

Contractuele bedingen over de bestemming of een bepaald gebruik van onroerend goed komen in allerlei vormen en varianten voor.

In hoofdstuk 6.6 zagen we dat overeenkomsten als voorwaarde voor bestemmingsplanherziening ingevolge jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak niet (meer) geoorloofd zijn. In deze gevallen ging het steeds om kostenverhaal. Steeds betrof het hier overeenkomsten als voorwaarde voor de uitoefening van een in de wet geregelde publiekrechtelijke bevoegdheid: het wijzigen van het bestemmingsplan. Deze overeenkomsten stonden rechtstreeks in verband met de publiekrechtelijk geregelde bevoegdheid; ze zouden zonder dat laatste geen zelfstandige grond, geen oorzaak hebben.

De hier te bespreken categorie betreft de overeenkomsten waarbij de gemeente niet door middel van het bestemmingsplan maar door middel van de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden haar ruimtelijk beleid wil realiseren. Het is van belang voor de straks te bespreken jurisprudentie om in het oog te houden dat het hierbij verschil maakt voor de positie van de overheid of zij haar privaatrechtelijke bevoegdheden uitoefent ten aanzien van een zaak die met een openbare bestemming is belast of niet. De openbare bestemming van een zaak geeft namelijk steeds het kader aan waarbinnen de overeenkomsten moeten blijven: er mag nimmer zodanig gecontracteerd worden dat daardoor het normale gebruik van de zaak overeenkomstig de openbare bestemming wordt aangetast, verhinderd of bemoeilijkt. Het normale gebruik ingevolge de openbare bestemming moet door de eigenaar steeds worden gedoogd en mag niet afhankelijk worden gesteld van diens toestemming. Alleen enig bijzonder gebruik kan dus voorwerp van overeenkomst zijn. Als bijzonder gebruik van openbare wateren heeft de rechter bijvoorbeeld aangemerkt: het lozen van ongezuiverd rioolwater in het IJsselmeer²³, het parlevinken in het Merwedekanaal²⁴, het plaatsen van kweeknetten voor vis.²⁵

Ten aanzien van openbare wegen valt als bijzonder gebruik te noemen: het aanleggen van een benzinepompstation²⁶, en in de Hoge Raad-jurisprudentie: het uitwegen op de openbare weg.²⁷

Ook is de uitoefening van bevoegdheden uit het burenenrecht beperkt indien de openbare bestemming van een weg daardoor wordt aangetast.²⁸

23. Huizen/Staat, HR 19 jan. 1962, NJ 151.

24. Parlevinker-arrest, HR 17 jan. 1941, NJ 644.

25. Vz. AR, 30 juli 1985, AB 1986, 541 (HfdR).

26. Eindhoven/Staals, HR 19 jan. 1968, NJ 166, m.nt. GJS.

27. Hoogeloon, HR 2 febr. 1966 AB p. 579.

28. Vgl. Gorsselse Bomen, HR 28 april 1961, NJ 433. Zie H.Ph.J.A.M. Hennekens, Recente ontwikkelingen ten aanzien van het burenenrecht die voor de publiekrechtelijke regeling van het bouwen van belang zijn, BR 1978, p. 380 e.v.

De uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden vindt haar begrenzing in het antwoord op de vraag of het gebruik ervan valt te verenigen met de verwezenlijking en handhaving van de openbare bestemming van de zaak, ten aanzien waarvan de overheid een privaatrechtelijk bevoegdheid heeft. Zoals uit de hieronder te bespreken jurisprudentie zal blijken levert de openbare bestemming van een zaak dus een *extra* beperking van de contractsvrijheid van de overheid op, die er niet is bij zaken zonder openbare bestemming.

7.3.3.1 *Overeenkomsten over het gebruik van zaken met een openbare bestemming*

De vraag is of de overheid-eigenaar ter zake van een bepaald gebruik van een zaak met een openbare bestemming langs privaatrechtelijke weg financiële of andere eisen mag stellen.

Deze vraag wordt gecompliceerder, indien een bepaald gebruik van een zaak met openbare bestemming in het publiekrecht een regeling heeft gevonden, bijvoorbeeld in de APV is een standplaatsvergunningstelsel opgenomen ter regulering van de handel gedreven vanuit een kraam op of aan de openbare weg. Kan de gemeente nu ook iemand die in het bezit is van een standplaatsvergunning beletten een feitelijk gebruik daarvan te maken door, als eigenaar van de openbare weg, geen privaatrechtelijke toestemming te geven voor een dergelijk gebruik van de openbare weg? Voor de burger is het erg frustrerend en moeilijk te bevatten dat hij, ondanks de nodige vergunningen tóch belemmerd wordt in het feitelijk gebruikmaken ervan, omdat de gemeente dat langs privaatrechtelijke weg verbiedt of met extra voorwaarden bemoeilijkt.

Hoewel ik mij de verontwaardiging van een burger hierover goed kan voorstellen, ligt de zaak m.i. niet zo simpel dat een overheidslichaam zoiets a priori niet zou mogen doen. Hieronder zal aan de orde komen op welke wijze of onder welke voorwaarden de overheid haar privaatrechtelijke bevoegdheden over zaken met een openbare bestemming mag hanteren.

Omdat er doorgaans geen publiekrechtelijke regeling over de openbare bestemming van een zaak aanwezig is of, zo al aanwezig, over de aanspraken van de gebruiker ervan niet altijd licht verschaft, is de vraag of terzake van een bepaald gebruik van een zaak met een openbare bestemming door de eigenaar financiële tegenprestaties of andere voorwaarden bedongen kunnen worden, niet altijd eenvoudig te beantwoorden. De burgerlijke rechter blijkt zich op het punt van de uitleg van wettelijke gebruiksaanspraken terughoudend op te stellen. Zo werd in het arrest Hoogeloon het uitwegen naar een openbare weg niet als gebruik of genot van die weg aangemerkt, zodat voor de uitwegtoestemming een financiële tegenprestatie mocht worden bedongen; en in het arrest Eindhoven/Staals werd geoordeeld dat de wetgever bij de artt. 275 en 287 (oud) gemeentewet inzake de heffing van gelden voor het gebruik of genot van voor de openbare dienst bestemde gemeentewerken bepaaldelijk het oog heeft gehad op betalingen ter zake van het gebruik van voor de openbare dienst bestemde zaken dat in beginsel voor ieder openstaat en niet heeft gedacht aan bijzondere gebruiksrechten welke aan bepaalde personen bij overeenkomst ten aanzien van zodanige zaken worden toegekend, zodat de

genoemde artikelen voor de geldigheid van een huurovereenkomst als door de gemeente met Staals aangegaan geen beletsel vormden.²⁹

Bij het ontbreken van een wettelijke regeling zoals in het arrest Huizen/Staat verichte de burgerlijke rechter een marginale toetsing van de door de staat als eigenaar/beheerder voltrokken afweging van de bij de openbare bestemming betrokken belangen en oordeelde dat voor tussenkomen van de rechter alleen dan plaats zou zijn, indien onder omstandigheden zou moeten worden aangenomen dat de Staat na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen dat de gemeente Huizen voor de zuivering van het rioolwater had zorg te dragen. De uitoefening van eigendomsrechten ten aanzien van zaken met een openbare bestemming is hiermee onderworpen aan een willekeurstoetsing.

Als men hierbij uitgaat van de tweewegenleer, betekent dit, dat als bijvoorbeeld door de beheerder van het Merwedekanaal publiekrechtelijke ontheffing van het verbod om te parlevinken wordt verleend, dit nog niet de privaatrechtelijke plicht tot het dulden ervan meebrengt, omdat het normale gebruik dat aan een ieder vrijstaat alleen reeds omdat de vaarweg openbaar is, zich volgens de burgerlijke rechter beperkte tot het gewone verkeer met inbegrip van het tijdelijk stilliggen daarin.³⁰

Uit de hierboven genoemde "klassieke" jurisprudentie valt met andere woorden af te leiden dat de overheid vrij is om voor het bijzonder gebruik van zaken met een openbare bestemming langs privaatrechtelijke weg tegenprestaties te verlangen, óók dan als er een publiekrechtelijke regeling over bestaat en de burger al publiekrechtelijke toestemming heeft gekregen.

Dat de burger publiekrechtelijk toestemming heeft is dus niet genoeg, hij moet óók privaatrechtelijk van de overheid/eigenaar toestemming hebben om een bijzonder gebruik te mogen maken van de zaak met een openbare bestemming. Dit laatste geldt niet als het beoogde gebruik tot het normale gebruik gerekend kan worden, vandaar dat de definitie van "normaal" gebruik van groot belang is.

7.3.3.2 *Tweewegenleer ter discussie*

Nu is er op deze houding van de rechter veel kritiek en er zijn van meer recente datum zowel uitspraken te noemen, die hier tegenin lijken te gaan als die welke deze traditionele benadering bevestigen.

Een bevestiging van het Parlevinkerarrest levert het arrest van Hoge Raad van 1987³¹ inzake provinciale precariorechten. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland hadden in 1966 de gemeente Schipluiden niet alleen ontheffing krachtens het Zuid-Hollands Wegenreglement verleend, maar ook een privaatrechtelijke vergunning³² tot het gebruik van voor de openbare dienst bestemde bij de provincie in eigendom, beheer

29. Zie resp. noot 26 en 25.

30. HR 17 jan. 1941, NJ 644.

31. HR 21 jan. 1987, AB 255 m.nt. FHvdB.

32. Het woord toestemming zou hier duidelijker zijn, maar in het arrest wordt gesproken over privaatrechtelijke vergunning.

en onderhoud zijnde wegen, etc., ten behoeve van de gemeentelijke riolering alsmede de water-, gas- en electriciteitsvoorziening. De ontheffing was verleend in hun kwaliteit van administratief orgaan, de vergunning als privaatrechtelijke vertegenwoordigers van de eigenaar, de provincie Zuid-Holland (ex art. 105 Provinciewet).

De publiekrechtelijke ontheffing was dus verbonden met de privaatrechtelijke vergunning, maar de vergoeding ter zake van de privaatrechtelijke vergunning was niet verschuldigd krachtens een privaatrechtelijke overeenkomst (zoals in het Parlevinkarrest), maar werd geheven als een publiekrechtelijk precarierecht. Schipluiden weigerde deze te betalen omdat zij meende dat de bijdrage alleen dan geheven kon worden wanneer de Provincie iets toeliet wat zij gerechtigd was te verbieden, hetgeen in dit geval betwist werd.

De Hoge Raad oordeelde dat een provincie als eigenaar van wegen en de grond waarop ze zijn aangelegd, in beginsel niet hoeft te dulden dat een ander daarvan gebruik maakt door daarin werken aan te leggen of te hebben. Zij kan toestemming aan een ander verlenen tot zodanig gebruik, welk gebruik zij dan gedooft.

Met het oordeel dat de vergunning was verstrekt op grond van het eigendomsrecht van de wegen, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat Gedeputeerde Staten aan belanghebbende het recht hebben verleend tot het hebben van voorwerpen onder provinciale grond in de zin van art. 148 lid 1 aanhef letter b onder 3^o Provinciewet, aldus de Hoge Raad. Aan de bevoegdheid om op grond van art. 148 Prov.wet precarierechten te heffen staat volgens de Hoge Raad ook niet in de weg dat de provincie ingevolge art. 22 Wegenverordening Zuid-Holland gehouden was ontheffing te verlenen van het in art. 17 lid 1 aanhef en onder h Verordening vervatte verbod van wegen gebruik te maken tot onder meer het leggen en laten liggen van buizen en kabels, "al daarom niet omdat het in laatstgenoemd artikel vervatte verbod niet strekt tot bescherming van de eigendom van aan de provincie toebehorende grond en ontheffing van dat verbod dan ook van andere aard is dan het verlenen van vergunning die grond te gebruiken door daarin werken te hebben als hiervoor bedoeld".

In dit laatste zit de crux. De overheid is vrij om langs privaatrechtelijke weg publieke belangen te behartigen voorzover de publiekrechtelijke regeling van een belang niet dwingend is voorgeschreven of uitputtend is bedoeld. De uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid verdraagt zich niet met de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid door een overheidsorgaan (door de rechtspersoon waarvan dat orgaan deel uitmaakt) waarbij lettend op hetzelfde belang tot een ander oordeel gekomen wordt. Een andersluidende privaatrechtelijke beslissing is wél mogelijk indien die gegeven wordt ter regeling van belangen die in het kader van de publiekrechtelijke beoordeling niet aan de orde konden komen. Bovenstaand arrest is hiervan een voorbeeld.

Men kan ook denken aan de situatie waarin Gedeputeerde Staten in beroep beslissen, na de weigering van Burgemeester en Wethouders toestemming ex art. 56 Woningwet te verlenen tot woningonttrekking, terwijl het gemeentebestuur weigert toestemming tot

wijziging van de bestemming te geven krachtens een erfpachtscontract, hetgeen het geval was in het arrest Amsterdam/Ikon.³³ Bij een verzoek om woningonttrekking ex art. 56 Woningwet staat het volkshuisvestingsbelang centraal. Indien Gedeputeerde Staten nu toestemming verlenen, mag de gemeente niet met het oog op hetzelfde belang toestemming weigeren. Indien echter de gemeente andere belangen op het oog heeft, bijvoorbeeld zoals in Amsterdam/Ikon planologische bezwaren heeft tegen het gemaakte gebruik van het perceel, dan is weigering van de bestemmingswijziging krachtens het erfpachtscontract wél mogelijk. Opvallend is dat in Amsterdam/Ikon de door Gedeputeerde Staten verleende toestemming tot woningonttrekking ex art. 56 Woningwet in het geheel niet relevant lijkt te zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de weigering om toestemming tot wijziging van de bestemming te verlenen.

De publiekrechtelijke toestemming levert naar mijn mening nooit een plicht tot het verlenen van privaatrechtelijke toestemming op of een plicht tot contracteren, wanneer men langs privaatrechtelijke weg andere belangen wil behartigen dan die waarvoor het publiekrecht een regeling heeft getroffen. Het spreekt voor zich dat het daarbij wél om algemene belangen moet gaan, die zwaar genoeg wegen om bestemmingswijziging van een pand te weigeren *ondanks* de toestemming ex art. 56 Woningwet. De rechter zal bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de handelwijze van de gemeente de door de gemeente verrichte belangenafweging (marginaal) dienen te toetsen. Weigering van privaatrechtelijke toestemming kan onrechtmatig zijn wegens strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur.

Een ander voorbeeld levert een arrest van het Hof 's-Gravenhage inzake Staat/UKF.³⁴

In de aan de Staat toebehorende Nieuwe Maas loosde de Unie van Kunstmestfabrieken BV gips in slurryvorm. UKF bezat de nodige vergunningen krachtens de Rivierenwet en de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren. In 1959 is haar door de Staat een privaatrechtelijke vergunning voor het lozen van gips verleend (tegen betaling van een bepaalde vergoeding per kubieke meter gips), die in 1969 weer is opgezegd. Sederdient vorderde de Staat een aanmerkelijk hoger bedrag dan aanvankelijk was overeengekomen, dat UKF weigerde te betalen.

Het Hof overwoog dat een overheidslichaam zijn eigendomsrechten in beginsel mede kan aanwenden ter behartiging van een publiek belang, zelfs als dat een zuiver budgettair belang is, zoals hier, maar dat tevens in aanmerking dient te worden genomen dat het eigendomsrecht hier een openbaar vaarwater betreft, een zaak met een publieke bestemming. Deze publieke bestemming brengt volgens het Hof met zich mee dat de eigenaar zal moeten dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd. Minder vanzelfsprekend werd dit geacht indien het betreft chemische afvalstoffen. Nu echter deze stoffen reeds vele jaren op grote schaal in openbare wateren worden geloosd, zal de Staat in

33. Zie § 4.4.4.

34. 21 jan. 1988, M en R 1988/9, p. 354 e.v., m.nt. P.W.A. Gerritzen-rodé. Zie voor de Rechtbankuitspraak van 22 nov. 1985, M en R, 1986/7, p. 53 m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rodé en mijn bespreking daarvan in de Beekman-bundel, Nijmeegs staatsrecht, Overeenkomsten over het gebruik van zaken met een openbare bestemming, p. 6 e.v..

beginsel moeten dulden dat UKF afvalgips in de Nieuwe Maas loost, aldus het Hof. De Staat zal daarbij als eigenaar wel alle hierbij betrokken belangen tegen andere betrokken belangen (als de drinkwatervoorziening en de visserij) moeten afwegen en in verband daarmee zal de Staat, gebruik makend van zijn bevoegdheden als eigenaar, mogen bepalen op welke wijze het afvalgips moet worden geloosd en onder omstandigheden zelfs een verbod tot lozing mogen instellen. Ook kan naar het oordeel van het Hof een vergoeding worden bedongen, mits de beginselen van behoorlijk bestuur daarbij in acht worden genomen.

Een dergelijk optreden met zuiver privaatrechtelijke middelen acht het Hof uitgesloten, indien de wettelijke bepalingen op het onderhavige terrein op een louter publiekrechtelijke aanpak wijzen. Vervolgens beantwoordt het Hof de vraag of uit de Wet verontreiniging oppervlaktewateren moet worden afgeleid dat naast de in die wet neergelegde publiekrechtelijke regeling, de privaatrechtelijke weg is afgesloten. Na een uitvoerige analyse van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren concludeert het Hof dat deze publiekrechtelijke regeling een privaatrechtelijke benadering, zoals door de Staat verlangd, uitsluit. Het Hof lette daarbij vooral op inhoud en strekking van de wet. Daaruit blijkt volgens het Hof dat de wetgever een gecoördineerd beleid voor ogen heeft gestaan, in het bijzonder voor wat betreft de heffingen en bijdragen die aan de vervuilers kunnen worden opgelegd. Tevens werd daarbij gewezen op de ruime mate van rechtsbescherming, onder meer bij het totstandkomen van beschikkingen, die het systeem van de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne biedt, welke rechtsbescherming verder gaat dan de - praktisch gesproken tot misbruik beperkte - toetsing die in het kader van de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden mogelijk is. Aan een en ander doet volgens het Hof niet af dat de op grond van art. 17 WVO vast te stellen heffingsvoorschriften, wat de niet-zuurstofdoorlatende afvalstoffen betreft, nog steeds niet zijn uitgevaardigd, zodat de onderhavige lozingen van publiekrechtelijke heffingen zijn gevrijwaard.

Dit arrest bevestigt wederom het principe van de tweewegenleer, dat de overheid de vrijheid heeft om gebruik te maken van het privaatrecht voor de behartiging van publieke belangen, ook in gevallen waarin voor die behartiging een publiekrechtelijke weg openstaat, *tenzij die publiekrechtelijke weg uitputtend en exclusief bedoeld is*. Laatstgenoemde uitzondering op de keuzevrijheid achtte het Hof, na een uitvoerig onderzoek naar de wetsgeschiedenis van de WVO, in casu van toepassing.

Een andere gedachtengang is overigens ook nog mogelijk. De aannahme van de rechter dat de Nieuwe Maas mede is bestemd voor het lozen van afvalstoffen en dat het lozen dus geen bijzonder gebruik oplevert maar normaal gebruik dat volgens de openbare bestemming in principe geduld moet worden, betekent naar mijn mening dat de Staat in principe geen eigenaarsbevoegdheden mag hanteren. Omdat het normale gebruik niet afhankelijk mag zijn van de wilstoestemming van de eigenaar, dient de procedure van de WVO gevolgd te worden. Ik ben het dan ook niet eens met de overweging van het Hof dat het bedingen van een vergoeding voor het lozen van het gips door de Staat als eigenaar mogelijk is, omdat nu eenmaal het lozen tot normaal gebruik gerekend is.

Mijn visie sluit aan bij in de in hoofdstuk 6 besproken uitwegjurisprudentie van de Afdeling rechtspraak.³⁵ De Afdeling leidde uit art. 14 Wegenwet een gedoogplicht af van de rechthebbende op de openbare weg dat het publiek deze weg overeenkomstig de bestemming gebruikt, waartoe de Afdeling óók het uitwegen rekent. Van een privaatrechtelijke uitwegtoestemming tegen betaling bij wijze van kostenverhaal kan dan geen sprake meer zijn.

Tot een andere uitspraak kwam de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak in de uitspraak Weigering Standplaats Emmen.³⁶

Burgemeester en Wethouders van Emmen verleenden op grond van de APV een standplaatsvergunning aan iemand die op een gemeentelijk openbaar parkeerterrein onder andere brood wilde gaan verkopen, maar deelden tegelijkertijd mede dat Emmen, als eigenaar van de grond, privaatrechtelijke toestemming om de standplaats in te nemen, zou weigeren. Dit ter bescherming van winkeliers en ter verzekering van het plaatselijk verzorgingsniveau van de inwoners.

De Voorzitter was van oordeel dat de publiekrechtelijke toestemming en de privaatrechtelijke weigering tesamen bekeken dienden te worden en dat er slechts sprake was van één besluit, namelijk een publiekrechtelijke weigering van de vergunning. De reden hiervoor was dat het parkeren op grond van de openbare bestemming niet verhinderd kon worden en het motief dat aan de weigering ten grondslag lag, namelijk het verhinderen dat daar waren werden verkocht, gericht was op een belang ter behartiging waarvan in de APV aan Burgemeester en Wethouders een publiekrechtelijke bevoegdheid was gegeven. Aangezien bij die bevoegdheid slechts openbare ordebelangen mochten worden meegewogen, konden concurrentiemotieven geen draagkrachtige motivering voor de weigering van de vergunning opleveren en deze zou dan ook niet in stand kunnen blijven.

Afgezien van het feit dat de Voorzitter m.i. hier niet ontvankelijk had moeten verklaren omdat de gemeente als eigenaar weigerde en het dus een rechtshandeling naar burgerlijk recht betreft³⁷, gaat de Voorzitter er kennelijk van uit dat het innemen van een standplaats ten behoeve van ambulante handel onder de publieke bestemming van een weg te brengen valt, zodat de gemeente civielrechtelijk haar toestemming voor het innemen van een standplaats niet meer zou mogen weigeren. Dit lijkt mij onjuist. Weliswaar is volgens de Wegenwet het rijden en parkeren op de weg aan een ieder toegestaan, maar het parkeren om op de weg handel te drijven is een wezenlijk andere kwestie en valt m.i. niet onder de publieke bestemming van een weg. Men vergelijk ook het oor-

35. AR. 1 sept. 1977, AB 336 m.nt. vdV (Kan/Maastricht). Vgl. ook: AR 8 juni 1978, GS 6514, nr. 8, AA 1978, p. 574, m.nt. J. Wessel (De Bilt I); AR 28 febr. 1980, AB 526 m.nt. vdV (Laren); AR 27 juni 1980, AB 586 (Nuth I) en 8 mei 1981, AB 391 m.nt. JAB (Nuth II).

36. Vz.AR 3 nov. 1983, AB 1985, 65. GS 6760. Zie ook Vz.AR 29 mei 1984, AB 1985, 66 (Zoetermeer). Zie ook Weesing, t.a.p., p. 337; J.J. Driessen, Gemeentelijke regulering van standplaats- en ventvergunning, TvO 1987, p. 33 e.v.

37. Ten aanzien van het punt van de ontvankelijkheid wijst echter de uitwegjurisprudentie van de Afdeling - zie noot 32 -, helaas niet in deze richting. Zie over de ontvankelijkheidskwestie in deze uitspraak vooral: B.W. de Waard, Standplaatsvergunningen en privaatrecht, TvO 1984, p. 177-180.

deel van de Hoge Raad in het Parlevinkerarrest³⁸, waar het tijdelijk stilliggen in openbaar vaarwater wél, maar het stilliggen om handel te drijven niet tot het gebruik volgens de openbare bestemming werd gerekend.

Als men mij hierin wil volgen betekent dit dat het de gemeente Emmen vrij staat civielrechtelijke toestemming te weigeren, echter niet ter bescherming van het belang van de openbare orde, want dat is publiekrechtelijk in de APV geregeld, maar wél ter bescherming van andere belangen, zoals i.c. het tegengaan van scheve concurrentieverhoudingen met het oog op consumentenbelangen. De rechter dient de grens dan daar te leggen, waar weigering van de toestemming misbruik van bevoegdheid zou opleveren in de zin van art. 3.1.1.14 lid 2 NBW: het geval waarin de gemeente bij de uitoefening van haar eigendomsrechten ter zake van zaken met een openbare bestemming - i.c. de openbare weg - bij afweging van alle betrokken belangen - i.c. het belang van de standplaatshouder om op de openbare weg handel te drijven - tegenover het belang van de gemeente om geen scheve concurrentieverhoudingen te krijgen - in redelijkheid niet tot het weigeren van de toestemming heeft kunnen komen.

De Voorzitter heeft er kennelijk geen oog voor dat als een gemeente iets om een bepaalde reden niet kan weigeren omdat het publiekrecht daarvoor geen mogelijkheden biedt, zij nog wel diverse andere legitieme redenen of behartenswaardige belangen kan hebben om desalniettemin te weigeren.

Denkbaar is dat zij het i.c. te behartigen belang van een evenwichtige brancheverdeling ter bescherming van de middenstand, niet bij gemeentelijke verordening kán regelen, omdat dat strijd met een hogere regeling zoals de Vestigingwet Bedrijven 1954 oplevert.³⁹ Dan is de gemeente wel gedwongen het belang te behartigen op een privaatrechtelijke manier.

De Voorzitter lijkt echter de mogelijkheid van privaatrechtelijke behartiging van andere publieke belangen dan dat ene dat wel publiekrechtelijk geregeld is, uit te sluiten.⁴⁰

Het standpunt van de Voorzitter betekent overigens tevens dat als er geen standplaatsregeling in de APV zou zijn opgenomen, de gemeente ook dan geen privaatrechtelijke toestemming zou mogen weigeren, omdat het volgens de Voorzitter om normaal gebruik gaat.

38. Zie noot 24.

39. Dit is inderdaad het standpunt van de Afdeling rechtspraak, zie bijv. AR 6 jan. 1986, AB 230. Een vergunning mag om reden van evenwichtige brancheverdeling alleen dan geweigerd worden, als door de vergunning de plaatselijke middenstand zodanig in gevaar komt dat sluiting van een winkel dreigt en daardoor de leefbaarheid van een dorp achteruit gaat, Vz. AR 21 jan. 1985, GS 6793. Zie voor een bespreking van deze jurisprudentie: J.J. Driessen, Gemeentelijke regulering van standplaats- en ventvergunningen, TvO 1987, p. 33.

40. Zie G.H.L. Weesing, a.w., p. 338.

In mijn visie zou in dat geval de gemeente echter wel privaatrechtelijke toestemming mogen weigeren en zelfs ook om reden van bescherming van de openbare orde, omdat er dan geen publiekrechtelijke regeling is die dit belang al exclusief heeft geregeld.⁴¹

Tot slot wil ik wijzen op een uitspraak van de Voorzitter Afdeling rechtspraak die weer wel in de tweewegenleer past.⁴²

De Hoofdingenieur-directeur van de Rijkswaterstaat in de directie Noord-Holland had aan Slik op grond van het Baggerreglement vergunning verleend voor het plaatsen van kweeknetten voor vis in een bepaald gedeelte van de Waddenzee. De staatssecretaris van Defensie ging hier tegen in beroep bij de Afdeling rechtspraak en verzocht gelijktijdig de Voorzitter om schorsing van het besluit (art. 80 Wet RvS) aangezien het betreffende gebied tevens schietgebied was. De staatssecretaris achtte het met het oog op het aanwezige gevaar nodig dat aan deze vergunning voorschriften werden verbonden naar het voorbeeld van de bepalingen die waren opgenomen in het concept van de "privaatrechtelijke vergunning" zoals de Inspecteur der Domeinen die aan de vergunninghouder had toegezonden. De staatssecretaris meende namelijk dat rekening moest worden gehouden met de situatie waarin de bij het bestreden besluit verleende vergunning van kracht is indien geen "privaatrechtelijke vergunning" aanwezig is.

De Voorzitter verwierp deze opvatting en oordeelde dat de vergunninghouder van de hem verleende vergunning niet eerder een rechtmatig gebruik kan maken dan nadat hem daartoe door de rechthebbende op het betrokken gebied de benodigde privaatrechtelijke toestemming is verleend. Dit nog daargelaten de vraag, aldus de Voorzitter, of voorschriften als door de staatssecretaris verlangd, aan de verleende vergunningen zouden kunnen worden verbonden, nu het vereiste van deze vergunning geheel andere belangen dient dan die met het oog waarop de staatssecretaris het stellen van deze voorschriften verlangt.

Tot slot merkte de Voorzitter nog op dat, indien en voorzover de vergunninghouder van de hem verleende vergunning gebruik maakte zonder de benodigde toestemming van de rechthebbende, zulks weliswaar een inbreuk op de rechten van die laatste oplevert, doch dit niet ertoe kan leiden dit door het verbinden van voorschriften aan de verleende vergunning te keren.

In mijn ogen geeft de Voorzitter hier de verhoudingen zuiver weer. Duidelijk wordt hier toepassing gegeven aan de tweewegenleer. Het gebruik van een gedeelte van de Waddenzee voor het plaatsen van kweeknetten ten behoeve van het kweken van vis, is te beschouwen als een bijzonder gebruik van openbare viswateren waarvoor een afzonderlijke privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar/beheerder nodig is.

41. In AR 4 jan. 1985, AB 564 (m.nt. P.J.J. van Buuren) inzake Standplaatsvergunning Bolsward, werd de vraag naar een contracteerplicht van de gemeente na vergunningverlening in het midden gelaten.

42. Vz. AR 30 juli 1985, AB 1986, 541, m.nt. HJdR.

Eventueel kunnen, als dat gewenst is, aan de privaatrechtelijke toestemming voorwaarden worden verbonden. Uit de casus blijkt dat de Inspecteur der Domeinen dat ook juist vanwege de aanwezigheid van het schietgebied, placht te doen.

De staatssecretaris wilde echter in de vergunning krachtens het Baggerreglement de door de aanwezigheid van een schietgebied noodzakelijke veiligheidsvoorwaarden opgenomen zien. Dergelijke voorwaarden hebben met de belangen die het Baggerreglement beoogt te behartigen niets te maken en kunnen daarom dus ook niet in de daarop gebaseerde vergunning worden opgenomen. De Voorzitter geeft duidelijk aan dat dit niet kan maar geeft ook de weg aan hoe het wél kan, namelijk de privaatrechtelijke weg via de eigenaarstoestemming.

Het legitieme belang dat de staatssecretaris van Defensie behartigd wil zien, kennelijk het garanderen van de veiligheid in het bewuste gebied, kan uitsluitend gerealiseerd worden door bij het verlenen van de eigenaarstoestemming de vereiste veiligheidseisen als voorwaarden in te bouwen.

7.3.3.3 Conclusies

Uit het voorafgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

1. Ten aanzien van zaken met een openbare bestemming kan *niet* gecontracteerd worden voorzover het een gebruik betreft dat tot het "normale gebruik" dient te worden gerekend. Uitsluitend de publiekrechtelijke weg staat dan open.
2. Gaat het om bijzonder gebruik van een zaak met een openbare bestemming, dan is in principe de privaatrechtelijke weg mogelijk ter behartiging van een bepaald publiek belang, tenzij dat bepaalde belang al in een publiekrechtelijke regeling expliciet en uitputtend is behartigd.
Voorzover dat laatste niet het geval is, of voorzover de overheid andere dan de publiekrechtelijk geregelde publieke belangen wil behartigen, staat het de overheid vrij om haar eigenaarsbevoegdheden daarvoor te gebruiken en overeenkomsten met betrekking tot het bijzonder gebruik aan te gaan.
En bestaat in principe geen plicht voor de overheid om eigenaarstoestemming te geven of om te contracteren.
3. Ten aanzien van de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden dienen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht genomen te worden, voorzover schending daarvan misbruik van bevoegdheid zou kunnen opleveren. Met name dient de overheid daarbij een correcte belangenafweging toe te passen (willekeurstoetsing). Ook voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel (als zij aan de een enig bijzonder gebruik toestaat, kan zij het aan de ander zonder geldige reden niet weigeren) lijkt een belangrijke rol weggelegd. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen dus onder omstandigheden met zich meebrengen, dat de overheid gehouden is te

contracteren of om toestemming te verlenen. Een rechterlijk bevel hiertoe lijkt mij niet uitgesloten.

Bij de uitoefening van bevoegdheden uit een privaatrechtelijke overeenkomst ten aanzien van zaken met een openbare bestemming dient de overheid de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen, waaraan naar analogie van Amsterdam/Ikon rechtstreeks getoetst kan worden.

7.3.4 Overeenkomsten over het gebruik of de bestemming van onroerend goed (zonder openbare bestemming)

7.3.4.1 Naleving bestemmingsplan

Ook ten aanzien van zaken zonder openbare bestemming wordt veelvuldig gecontracteerd met betrekking tot de bestemming. Vooral bij de uitgifte van grond worden in koop- of erfpachtscontracten door de gemeente voorwaarden opgenomen die haar contractspartij dwingen tot het handhaven van een bepaalde bestemming, doorgaans de bestemming die ook al ingevolge het bestemmingsplan vereist is.

Ook gebeurt dit wel bij gelegenheid van de feitelijke afgifte van een bouwvergunning. Dit laatste speelde in het geval Velsen.⁴³

Burgemeester en Wethouders van Velsen hadden Luiding Beheer vergunning verleend voor de bouw van een bedrijfspand. Zij wilden echter deze vergunning pas feitelijk afgeven nadat Luiding met de gemeente een privaatrechtelijke overeenkomst zou hebben gesloten met betrekking tot het gebruik van het te bouwen pand. In de daarop volgende art. 80 WRvS-procedure oordeelde de Voorzitter, dat noch de Woningwet noch de gemeentelijke bouwverordening de bevoegdheid geven om de afgifte van een bouwvergunning afhankelijk te stellen van het voldoen aan een voorwaarde omtrent het toekomstig gebruik.

Het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst mag niet als voorwaarde aan de afgifte van een bouwvergunning worden verbonden, aldus de Voorzitter. De voorwaarden die aan een bouwvergunning kunnen worden gesteld staan limitatief bepaald in art. 48 tweede lid Woningwet en art. 20 gemeentelijke bouwverordening en hiertoe hoort niet het bepalen van het eventuele toekomstige gebruik van een opstal. De Voorzitter meende dat de overeenkomst voor het betreffende bedrijfspand gebruiksbepalingen in het leven beoogt te roepen buiten het bestemmingsplan om en een dergelijke handelwijze werd in strijd geacht met de doelstellingen en bepalingen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Overigens was ten aanzien van de ontvankelijkheid in dit geval nog iets bijzonders aan de hand. Burgemeester en Wethouders van Velsen hadden immers wel de bouwvergunning verleend maar zij weigerden de feitelijke afgifte ervan zolang de overeenkomst over het toekomstige gebruik niet zou zijn gesloten. De Voorzitter meende dat aangezien de Woningwet en de bouwverordening verschil maken tussen verlenen en afgeven van een bouwvergunning het afgeven van een bouwvergunning een

43. Vz.AR 31 mei 1979, p. 833, GS 6586 m.nt. vZ, AB 1980, 26, m.nt. JRSt.

zelfstandig rechtsgevolg heeft (art. 374 1 sub 5 van de gemeentelijke bouwverordening eist namelijk dat de houder van de bouwvergunning er voor zorg draagt dat de bouwvergunning te allen tijde op het werk aanwezig is). De afgifte van een verleende bouwvergunning moet derhalve worden aangemerkt als een zelfstandige rechtshandeling gericht op rechtsgevolg, zodat het betreft het uitreiken van een schriftelijk besluit, tegen het weigeren waarvan voorziening op grond van de Wet Arob open staat. Intussen heeft de Afdeling rechtspraak bij haar uitspraak van 8 nov. 1986 (Bleiswijk) bevestigd dat de weigering een besluit tot verlening van een bouwvergunning uit te voeren, een beschikking is.⁴⁴

De Hoge Raad oordeelt dergelijke overeenkomsten over het gebruik overeenkomstig de bestemming van het uitbreidingsplan wel geldig indien zij eenmaal gesloten zijn. In het arrest Bo'mobiel/Rhoon⁴⁵ was tussen de gemeente Rhoon en Bo'mobiel overeengekomen dat laatstgenoemde zich er toe verbond dat een te bouwen woning als bedrijfswoning zou worden gebruikt door een persoon die in een wezenlijk agrarische functie werkzaam zou zijn ten behoeve van een agrarische onderneming in het betreffende gebied van het uitbreidingsplan. Naar aanleiding van deze toezegging verklaarde de gemeente zich bereid de intrekking van de bouwvergunning ongedaan te maken. Toen bleek dat de woning toch in strijd met de overeenkomst werd gebruikt, vroeg de gemeente nakoming.

De Hoge Raad oordeelde dat er geen strijd was met art. 48 Woningwet en dat de door Bo'mobiel aangegane verbintenissen van privaatrechtelijke aard en geldig waren.

Waar in de vorige uitspraak de Voorzitter van de Afdeling het eisen van het aangaan van een privaatrechtelijke overeenkomst in strijd achtte met art. 48 lid 2 Woningwet en art. 20 gemeentelijke bouwverordening, acht de Hoge Raad een dergelijke overeenkomst, eenmaal tot stand gekomen, rechtsgeldig. De Voorzitter beoordeelde met andere woorden of het aangaan van een overeenkomst geëist kon worden, de Hoge Raad onderzocht de rechtsgeldigheid van de tot stand gekomen overeenkomst. De rechters onderzochten dus ieder een verschillende vraag en met beide uitkomsten ben ik het eens.

Wederom blijkt hier dat men geen overeenkomst moet aangaan als men daartegen bezwaar heeft, de als gevolg daarvan afwijzende beschikking moet afwachten en vervolgens beroep moet instellen bij de Afdeling rechtspraak. Gaat men de overeenkomst wèl aan, dan kan men daartegen bij de Afdeling niet meer opkomen. De Afdeling verklaart het beroep tegen een dergelijke voorwaarde, als de overeenkomst eenmaal aangegaan is, niet-ontvankelijk, omdat deze wordt beschouwd als een rechtshandeling naar

44. AR 8 nov. 1986, AB 1987, 303 m.nt. PvB, NG 1987, p. 227, m.nt. F.F.W. Brouwer.

45. HR, Bo'mobiel/Rhoon, 6 dec. 1974, NJ 1975, 325; BR 1975, p. 524 (J. Wessel).

burgerlijk recht.⁴⁶ Het feit dat dat de voorwaarde wordt gesteld in directe relatie tot een beschikking doet aan haar privaatrechtelijk karakter niets af.⁴⁷

De Hoge Raad oordeelde de overeenkomst met betrekking tot het gebruik overeenkomstig de bestemming rechtsgeldig en m.i. terecht.

Een dergelijke overeenkomst heeft immers ook los van de vergunning een zelfstandige rechtsgrond. De overeenkomst is te beschouwen als een garantie voor de gemeente ten behoeve van een publiek belang: de naleving van de voorschriften van het vigerend bestemmingsplan. Bedacht dient te worden dat een gemeente buiten de toepassing van bestuursdwang geen andere middelen heeft. In het arrest Limmen/Houtkoop⁴⁸ werd immers de weg van art. 1401 BW afgesneden: het algemene belang dat voor elk overheidsschaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften behoort op zichzelf niet tot de belangen welke art. 1401 BW beoogt te beschermen, aldus de Hoge Raad. Preventief optreden bij dreigende schending van bestemmingsplanvoorschriften door op basis van art. 1401 BW een verbod te vragen aan de rechter is dus onmogelijk. Het enige middel dat voor een gemeente dan overblijft om anderen te weerhouden van het gebruik maken van percelen in strijd met de bestemming, is om in een contract gepeperde boetebedingen ten aanzien van dit punt op te nemen. Hierin kan ik op zich niets onoirbaars ontdekken. Dit kan anders worden, indien de gemeente een dergelijk contract af zou dwingen in een situatie waarin zij misbruik maakt van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeert, bijvoorbeeld wanneer zij misbruik maakt van de toestand van afhankelijkheid waarin iemand verkeert die graag een bouwvergunning wil hebben. In de praktijk zal mijns inziens niet snel misbruik van omstandigheden aangenomen kunnen worden, omdat het beding van gebruik overeenkomstig de bestemming alleen maar nog eens extra beoogt te verzekeren wat zonder beding toch al geldt.

Dergelijke gebruiksovereenkomsten worden wel vaker gesloten, terwijl ze dan niet aan het verlenen of afgeven van een bouwvergunning gekoppeld zijn. Een recent voorbeeld hiervan is het arrest van Hoge Raad van 1986⁴⁹ inzake Gemeente De Lier/gebroeders Vijverberg. De gemeente vorderde in dit geval nakoming van een boetebeding vervat in een overeenkomst tussen haar en de gebroeders Vijverberg, waarbij laatstgenoemden zich hadden verbonden hun bungalow, in gebruik zijnde als agrarische bedrijfswoning, niet te verkopen anders dan aan personen die deze wonig als agrarische bedrijfswoning zouden blijven gebruiken, in overeenstemming met het bestemmingsplan.

De Hoge Raad oordeelde dit een geldige overeenkomst en geen overeenkomst zonder oorzaak, ook al had de gemeente harerzijds jegens de gebroeders geen tegenprestatie op zich genomen.

46. AR 3 januari 1979, AB 1980, 614 en 6 juni 1979, Ten Berge/Stroink, De Wet Arob, jur. V 127, met aantekening tB/S.

47. Zie hierover C.J.N. Versteden; Uitwegvergunningstelsels en financiële voorwaarden in soorten. GS 6708 t/m 6710

48. HR 9 nov. 1973, NJ 1974, 91, m.nt. WFP.

49. HR 23 mei 1986, NJ 625, m.nt. G.

De Hoge Raad overwoog daarbij dat de gebroeders Vijverberg kennelijk belang hadden bij het sluiten van de overeenkomst in verband met het verkrijgen van de medewerking van de gemeente met het oog op de voorwaarde in hun overeenkomst met de koper van hun grond dat de nodige vergunningen zouden worden gegeven.

Dit laatste lijkt mij niet zozeer relevant voor de vraag of de overeenkomst een oorzaak heeft, als wel voor de vraag of de overeenkomst een *geoorloofde* oorzaak heeft. Volgens het Kruseman-arrest⁵⁰ presteert men niet zonder rechtsgrond als men 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 een geoorloofde oorzaak ontbreekt, bijvoorbeeld wanneer tegen het bedrijven of het in ontvangst nemen van de verlangde prestatie enig wettelijk beletsel bestaat, dan wel de overheid aldus handelende misbruik maakt van de bevoegdheden of de feitelijke machtspositie, welke de medewerking voor haar wederpartij noodzakelijk deden zijn en haar tot die medewerking in staat stelden.

Denkbaar is dat de overeenkomst geldigheid ontbeert wegens misbruik van omstandigheden; de gebroeders Vijverberg zouden de overeenkomst nooit hebben gesloten wegens de daaraan voor hen verbonden nadelen, als zij geen enkel belang bij de overeenkomst hadden gehad. Het element van misbruik en benadeling, als vereisten voor nietigheid wegens misbruik van omstandigheden, zijn bij afwezigheid van ieder belang bij het sluiten van een overeenkomst eerder vervuld, dan wanneer men wel een belang heeft. Ook in dit geval lijkt mij echter van misbruik van omstandigheden geen sprake; de gebroeders hebben de overeenkomst zelf gewild en een gebruik afdwingen volgens de bestemming kan moeilijk als misbruik worden bestempeld.

Een dergelijke overeenkomst als de onderhavige noemt men ook wel een *garantieovereenkomst*. De overeenkomst verplichtte de gebroeders Vijverberg niet rechtstreeks tot het betalen van een geldsom of een andere financiële tegenprestatie, maar beoogde slechts te waarborgen, door middel van een privaatrechtelijk boeteclausule, dat de gebroeders en hun rechtsopvolgers zich hielden aan hun publiekrechtelijke verplichting het bestemmingsplan na te leven. Afgezien van de mogelijkheid van misbruik van omstandigheden zijn dergelijke overeenkomsten dus *op zichzelf* rechtsgeldig; of ze bij gelegenheid van de afgifte van een bouwvergunning worden gesloten of bij een andere gelegenheid⁵¹ is voor de geldigheid niet relevant.

7.3.4.2 *Verdergaande eisen*

Het komt ook voor, met name in erfpachtscontracten, dat ten aanzien van gebruik van grond en gebouwen verdergaande eisen worden gesteld dan uit het bestemmingsplan voortvloeien.

50. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366.

51. Bijv. het beding in een koopcontract, dat het terrein is bestemd voor het daarop vestigen van een scheepswerf, werd rechtsgeldig geoordeeld: Pres. Rb. A'dam, 5 april 1984, KG 124.

Het Hof Amsterdam oordeelde in 1974⁵² dat: "Niet valt in te zien waarom gemeente geen vrijheid zou hebben gehad om bij de uitgifte van grond in erfpacht aan het gebruik van een daarop te stichten gebouw verdergaande beperkingen te stellen, dan die welke in overeenstemming zijn met de tot het bestemmingsplan behorende gebruiksvoorschriften". In principe kan hiermee worden ingestemd maar de gemeente dient daarbij wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Beperkingen of voorwaarden ten aanzien van het gebruik van gebouwen echter die onverenigbaar zijn met vigerende bestemmingsplanvoorschriften, moeten ongeldig worden geoordeeld wegens strijd met de wet.

Ook staat het de overheid in beginsel vrij voorwaarden te stellen bij het verlenen van toestemming tot wijziging van de bestemming uit hoofde van het erfpachtscontract.⁵³

Een voorbeeld hiervan geeft J. de Jong in haar dissertatie.⁵⁴ De gemeente Schiedam stelde als voorwaarde voor haar toestemming tot wijziging van de bestemming, dat de canon zou worden verhoogd. De rechtbank overwoog dat, indien gelijk i.c. de toestemming of vergunning van een overheidsorgaan is vereist voor een zekere handeling en het geven of weigeren van die toestemming of vergunning aan het inzicht van dat overheidsorgaan is overgelaten, dan aan die toestemming of vergunning uit beleids-overwegingen ook voorwaarden kunnen worden gesteld en dat de wet noch de i.c. toepasselijke erfpachtsvoorwaarden verbieden dat aan de vereiste toestemming tot wijziging van de bestemming voorwaarden worden verbonden. Ik zou hierbij willen opmerken dat de weigering van toestemming of de voorwaarden verbonden aan de toestemming getoetst moeten worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Overigens zal bij het stellen van eisen die verder gaan dan het bestemmingsplan er wellicht eerder sprake zijn van misbruik van omstandigheden.

7.3.4.3 *Conclusie*

Overeenkomsten en bedingen over de handhaving van het gebruik of de bestemming van onroerend goed conform het bestemmingsplan zijn in principe rechtsgeldig. Ook mogen aanvullende of zwaardere voorwaarden bedongen worden, mits deze niet in strijd komen met bestemmingsplanvoorschriften of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Tevens dient de overheid, zoals ook blijkt uit het arrest Amsterdam/Ikon, bij het uitoefenen van bevoegdheden uit een overeenkomst, zoals het al of niet verlenen van toestemming om de bestemming te veranderen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Ten aanzien van eisen die verder gaan dan uit het bestemmingsplan voortvloeit dient men bedacht te zijn op misbruik van omstandigheden.

52. Hof A'dam 30 mei 1974, NJ 1975, 138.

53. Vgl. art. 5.7.1.3 lid 2 NBW.

54. J. de Jong, diss. p. 255.

7.3.5 *Naleving van de bestemming door de overheid*

7.3.5.1 *Naleving van bijzondere bestemming door de overheid*

Tot slot wordt nog enige aandacht besteed aan de omgekeerde situatie waarin niet de overheid een verplichting oplegt aan de burger, maar de overheid krachtens overeenkomst is gehouden een bepaalde bestemming te handhaven.

Zowel de burgerlijke rechter als de Kroon hebben dergelijke overeenkomsten ten aanzien van de bestemming van percelen steeds rechtsgeldig geacht. Of het daarbij nu ging om de garantie van een gemeente aan een houtzaagmolenaar dat hij het voortdurend gebruik van de paden en van het water van een sloot mocht hebben⁵⁵ of om de garantie aan grondeigenaren dat zij hun grond als bouwgrond zullen mogen gebruiken of verkopen.⁵⁶

Dergelijke overeenkomsten worden geldig geoordeeld, zij het dat de door de gemeente aangegane contractuele verplichtingen nimmer aan een juiste uitoefening van publiek-rechtelijke taken en bevoegdheden in de weg mochten staan. Wel werd steeds in zoverre betekenis aan de overeenkomsten gehecht, dat de overheid in gevallen waarin de overeenkomst niet werd nagekomen, steeds gehouden werd de schade te vergoeden dan wel de overeenkomst bij de belangenafweging te betrekken.

Van dit laatste biedt het KB Haaksbergen⁵⁷ een voorbeeld. Morsinkhof had aan de gemeente Haaksbergen grond verkocht, gelegen direct naast zijn woonhuis, omdat de gemeente die nodig had voor de aanleg van een weg. Toen echter het bestemmingsplan gewijzigd werd en de weg daar niet meer nodig was, wilde de gemeente de grond verkopen als bouwgrond. Hiertegen kwam Morsinkhof op en vroeg om herziening van de wijziging dan wel de mogelijkheid om de grond terug te kopen of een passende schadevergoeding.

De Kroon onthield goedkeuring aan de wijziging omdat niet gebleken was dat het verplaatsen van de weg uit stedenbouwkundig oogpunt een zodanige verbetering betekende, dat hierdoor de wijziging van het bestaande uitbreidingsplan met daarmee samenhangende veronachtzaming van de verwachtingen die Morsinkhof aan de nog zo kort geleden aangegane overeenkomst kon ontleen, gerechtvaardigd was te achten.⁵⁸

55. Hof A'dam 31 jan.1896, W. 6777 en Rb. A'dam 14 juni 1898, W. 7279.

56. Rb. Assen, 24 mei 1966, NJ 1967, 204 (Erven Eleveld). S.G. Binnenlandse Zaken, 2 sept. 1941, nr. 5 M, AB 827 (Ingevolge § 1 Verordening 23/1940 van de Rijkscommissaris voor het bezette Nederlandse gebied nam de S.G. te dezen de bevoegdheden van de Kroon waar); KB (Rhenen), 16 juli 1953, AB 757, m.nt. MT.

57. KB Haaksbergen, 21 juni 1957, nr. 39, AB 828, m.nt. MT.

58. Zie ook KB 5 sept. 1983, nr. 18, AB 1984, 158, m.nt. AWK.

7.3.5.2 *Impliciete garantie van de aanwezigheid of handhaving van de gewenste bestemming door overheid*

Het komt ook voor dat de gemeente niet uitdrukkelijk toezegt dat een bepaalde bestemming door haar gehandhaafd zal worden, maar dat de handhaving van een bepaalde bestemming door partijen stilzwijgend verondersteld wordt bij het aangaan van een overeenkomst, doorgaans het kopen van grond van de gemeente. Indien dan op een gegeven moment het bestemmingsplan door de gemeente wordt gewijzigd, waardoor de wederpartij van de gemeente geen toepassing kan geven aan het door hem gewenste gebruik van de grond, ontstaat de vraag in hoeverre de gemeente gebonden is aan haar impliciete garantie gegeven aan de koper. Er zijn twee gevallen te vinden in de jurisprudentie die aangeven dat het niet nakomen van de impliciete garantie wanprestatie oplevert en de gemeente verplicht tot schadevergoeding. Het eerste geval betreft een uitspraak van de Rechtbank Arnhem inzake Van Poppel/Wijchen⁵⁹, en het tweede geval betreft het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 1988 inzake Brabant Vastgoed/s-Hertogenbosch.⁶⁰

In eerstgenoemde zaak ging het om een overeenkomst van de verkoop van grond door de gemeente Wijchen aan Van Poppel die er een apotheek op wilde vestigen en waaraan de gemeente alle medewerking wenste te verlenen. Toen echter de overeenkomst was gesloten en Van Poppel een bouwvergunning aanvraag, bleek een niet voorziene wijziging van het bestemmingsplan noodzakelijk. Vervolgens ontstond er grote vertraging, omdat er bezwaarschriften tegen de wijziging van het bestemmingsplan werden ingediend. De rechtbank wees de vordering uit wanprestatie aan Van Poppel toe, omdat in de litigieuze overeenkomst besloten lag, dat de gemeente ervoor instond dat op de door haar aan Van Poppel verkochte en geleverde grond een woning met apotheek zou kunnen worden gevestigd zonder dat daartoe een planologische aanpassing nodig zou zijn. Nu een niet voorziene wijziging van het bestemmingsplan nodig bleek, heeft de gemeente doordat zij die garantieplicht niet is nagekomen, wanprestatie gepleegd, aldus de rechtbank. De gemeente kan zich ook niet op de algemene voorwaarden in de transportakte beroepen, omdat die garantie als een bijzonder beding is te beschouwen. Bovendien oordeelde de rechtbank dat Van Poppel was ontslagen van een eigen onderzoeksplicht, gelet op de onderlinge verhouding van partijen.

In de geruchtmakende en langdurige juridische strijd tussen Brabant Vastgoed BV (BVG) en de gemeente Den Bosch werd zelfs wanprestatie met arglist in de zin van art. 1283 en 1284 BW van de kant van de gemeente Den Bosch aangenomen vanwege de door de gemeente aangebrachte wijzigingen in het bestemmingsplan waardoor BVG haar bouwplannen niet kon realiseren. Hoe was dit geschil ontstaan?⁶¹

59. Rb. Arnhem 8 okt. 1981, NJ 1983, 205.

60. HR 10 aug. 1988, NJ 1989, 1 m.nt. FHvdB.

61. Zie voor een uitvoerige bespreking van dit geschil en van de uitspraken van rechtbank en Hof in deze; J.A.M. van Heijningen en J.H.M. van Erp, Beleidsgarantieovereenkomst en onvoorziene omstandigheden, BR 1987, p. 405 e.v.

In 1971 werd door partijen een obligatoire overeenkomst gesloten van verkoop van diverse terreinen (te weten terreinen bestemd voor voorzieningen ten algemene nutte en bijzondere doeleinden, verder te noemen de VAB-terreinen en een aantal industrieterreinen) aan BVG waarin een binnen 5 jaar te realiseren bouwplicht voor BVG was opgenomen en een verbod om de terreinen te gebruiken voor detailhandel, de verkoop van zogenaamde volumineuze artikelen uitgezonderd. Na sluiting van het contract werd echter het op enkele ondergeschikte punten na goedgekeurde bestemmingsplan van 1966 gewijzigd. De reden daarvan was gelegen in de slechts gedeeltelijke goedkeuring van het plan door de Kroon, waarna ex art. 30 Wet op de Ruimtelijke Ordening een nieuw plan moest worden vastgesteld. De gemeente beperkte zich echter bij de vaststelling van het nieuwe plan niet tot invulling van de leemtes, doch bracht verregaande wijzigingen aan, waardoor de overeenkomst niet meer kon worden uitgevoerd. De wijzigingen leidden ertoe dat de VAB-terreinen de bestemming natuurgebied kregen en dat met betrekking tot de industrieterreinen een verbod voor detailhandel in volumineuze goederen, zij het met een beperkte vrijstellingsmogelijkheid, werd vastgesteld. Tevens werd de overeenkomst de facto opgezegd (mededelingen door de gemeente dat zij zich vrij achtte de terreinen aan derden te verkopen, verbod aan BVG om de gekochte terreinen nog in gebruik te nemen en dergelijke).

Toen BVG haar bouwplicht niet nakwam, vorderde Den Bosch ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding en subsidiair, in geval de vordering tot ontbinding zou worden afgewezen, een verklaring voor recht dat vanaf de datum waarop de contractuele bebouwingstermijn zou zijn verstreken, de gemeente geen verplichting zou hebben om BVG de terreinen te leveren. In reconventie eiste BVG ook ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie van de gemeente en subsidiair: schadevergoeding ten aanzien van de VAB-terreinen tengevolge van het feit dat de gemeente zich in de onmogelijkheid had geplaatst na te komen en voorts volledige nakoming door met name toe te staan dat BVG de verkochte terreinen in bezit neemt en bebouwt en dat de gemeente zich ervan onthoudt om de verkochte terreinen aan derden uit te geven.

Het Hof wees de vorderingen van de gemeente in conventie af en wees de vorderingen in reconventie tot ontbinding en schadevergoeding van BVG toe.⁶² Vooropgesteld kan worden dat het Hof de rechtsoverweging van de rechtbank onderschrijft, dat de gemeente binnen de civielrechtelijke gebondenheid niet de vrijheid had naar eigen inzicht en met verwaarlozing van de belangen van BVG terug te komen op het oorspronkelijk aan de overeenkomst ten grondslag gelegde uitgangspunt, dat de overeenkomst diende ter realisering van de in het plan 1966 neergelegde bestemmingen. In r.o. 4.4.4 vat het Hof de strekking van de overeenkomst als volgt samen: "Aangenomen moet dan ook worden dat in het litigieuze contract besloten ligt dat de gemeente er voor instond, dat BVG de gekochte gronden zou kunnen bebouwen overeenkomstig de vaststaande bestemming VAB en dat voor de realisering daarvan de nodige planologische voorwaarden zouden worden gecreëerd". Vervolgens concludeert het Hof (in r.o. 4.4.5) dat nu de gemeenteraad voor deze VAB-terreinen het bestemmingsplan "De Heinis Natuur-

62. Zie voor een bespreking van het rechtbankvonnis bovengenoemd artikel.

gebied" heeft vastgesteld, waardoor iedere relevante bebouwing op deze terreinen onmogelijk werd, de gemeente ten aanzien van dit onderdeel van de overeenkomst wanprestatie heeft gepleegd zodat zij verplicht is tot schadevergoeding. Ook wat betreft de industrieterreinen neemt het Hof wanprestatie aan. Na een aantal overwegingen wordt in r.o. 4.8.6 de conclusie getrokken "dat dit bestemmingsplan 1979 voornamelijk was bedoeld om de bouwactiviteiten van BVG te reguleren in de door de gemeente gewenste zin. Nu de gemeente daarbij de beslissing omtrent de mogelijkheid voor de bouw ten behoeve van detailhandel in volumineuze goederen etc. door de nieuwe bestemmingsplanconstructie uitsluitend aan zichzelf hield, ja zelfs in beginsel verbod, is zulks in strijd te achten met der partijen overeenkomst van 1971, waarbij omtrent de detailhandel in volumineuze artikelen etc. geen beperkingen aan BVG waren opgelegd".

Het Hof vat vervolgens de wanprestatie niet louter op als het toerekenbaar niet-nakomen van een overeenkomst, maar als het arglistig (vgl. art. 1283 en 1284 BW) toerekenbaar niet-nakomen daarvan (r.o. 12.3), waardoor de gemeente alle schade dient te vergoeden die is aan te merken als "onmiddellijk en dadelijk gevolg van de wanprestatie".

Bij zijn eindarrest verklaart het Hof de overeenkomst tussen partijen ontbonden en veroordeelt de gemeente om aan BVG op grond van de door haar gepleegde wanprestatie schadevergoeding te betalen op te maken bij staat en als voorschot wijst het Hof BVG de gevorderde f 10 miljoen toe.

De gemeente gaat dan op twee punten in cassatie bij de Hoge Raad; zij verzet zich tegen het oordeel van de wanprestatie met arglist (niet tegen de wanprestatie op zich) en tegen de toewijzing van het voorschot en de berekening van de wettelijk verschuldigde rente. De Hoge Raad verwerpt het middel gericht tegen de arglistige wanprestatie omdat in de overwegingen van het Hof besloten ligt dat de gemeente zich er naar 's Hof's oordeel van bewust moet zijn geweest dat haar gedragingen en de daarmee door haar beoogde gevolgen terzake van de ten processe bedoelde terreinen aan BVG goede grond zouden geven voor een beroep op wanprestatie en dat de gemeente derhalve het risico dat zij op grond van deze gedragingen en gevolgen schadeplichtig zou blijken, bewust heeft genomen. In een zodanig geval is er geen reden de omvang van de te vergoeden schade te beperken tot hetgeen de tekortschietende partij bij het aangaan van de overeenkomst als te verwachten schade heeft kunnen voorzien als gevolg van haar eventuele tekortkomingen.

Indien een gemeente al dan niet impliciet een garantie geeft met betrekking tot het handhaven van het ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geldende bestemmingsplan, neemt zij bewust een risico voor haar rekening op het punt van zich in de toekomst mogelijk aandienende veranderde omstandigheden in de vorm van gewijzigde beleidsinzichten. Deze risico's zijn als het ware in de overeenkomst verdisconteerd; hoever ze zich uitstrekken is een vraag van uitleg van de overeenkomst. Op dit punt was het oordeel van het Hof duidelijk: veranderd planologisch inzicht betreffende het behoud van natuurterreinen respectievelijk de detailhandel in volumineuze goederen op een industrieterrein werd in de garantie begrepen geacht. De op zichzelf rechtsgeldige wijzi-

ging van het bestemmingsplan waardoor de overeenkomst niet meer kan worden uitgevoerd, leverde de gemeente de schadevergoedingsverplichting op. Wellicht dat een gemeente in een dergelijk geval de financiële strop kan beperken door in een eerder stadium met haar contractspartij opnieuw te onderhandelen om de gerezen problemen tot een oplossing te brengen.

In de situatie waarin een gemeente heronderhandeling voorstelt, tezamen met het aanbieden van een passende schadevergoeding, kan haar wederpartij niet te goeder trouw weigeren op dit voorstel in te gaan en heronderhandelingen te openen.⁶³

Al met al blijkt wel dat wanneer een gemeente garanties geeft ten aanzien van de handhaving van een bestemming, zij zichzelf een molensteen om de nek hangt.

7.3.5.3 Naleving van openbare bestemming door overheid

Een aparte categorie vormt nog het bij schenkingsvoorwaarde vastleggen van een min of meer openbare bestemming.

Beroemd is het geval van de schenking in 1901 van het Rijsenburgse bos aan de gemeente Driebergen onder de voorwaarde dat het te eeuwigen dage voor het publiek als wandelpark moest worden opengesteld en nimmer mocht worden bebouwd. In 1956 wilde de gemeente een deel van het bos bestemmen voor woningbouw en besloot de gemeente tot onteigening van haarzelf teneinde de vrije beschikking over de grond te verkrijgen.

De Kroon vernietigde echter dit besluit⁶⁴, omdat de gemeente zich met de onderhavige onteigening beoogde te bevrijden van de aan de schenking verbonden voorwaarden, terwijl de rechtsopvolgers van de schenkster in dit geding van onteigening, dat de gemeente als eigenaresse tegen zichzelf voerde, niet kunnen tussenkomen en ook van een aanvaardbare regeling met deze rechtsopvolgers waarbij hun belangen voldoende zijn gewaarborgd niet was gebleken.

Om te voorkomen dat bij realisering van de bestemming de erfgenamen de schenking zouden herroepen wegens het niet-nakomen van de schenkingsvoorwaarde (art. 1725 BW), vroeg de gemeente de burgerlijke rechter om een declaratoire uitspraak, dat dit recht i.c. niet zou mogen worden uitgeoefend. Zij beriep zich daartoe op het algemeen belang en onvoorziene omstandigheden

De Hoge Raad overwoog in cassatie dat het feit dat de gemeente haar publieke plicht behartigt, op zichzelf de toepasselijkheid van art. 1725 BW niet uitsluit. Als de erfgenamen echter de schenking zouden herroepen, zou de gemeente vervolgens het bos kunnen onteigenen. Hetzelfde effect zou kunnen worden bereikt als de gemeente aan de erfgenamen een vergoeding zou aanbieden, die gelijk zou zijn aan wat zij bij onteigening zouden ontvangen. Als de gemeente zo'n aanbod doet, aldus de Hoge Raad, hebben de

63. Zie het in noot 62 genoemde artikel.

64. KB van 30 jan. 1961, nr. 60.

erfgenamen geen belang meer bij hun herroepingsrecht en dan mogen zij er geen gebruik van maken.⁶⁵

Ook in dit geval werd zowel door de Kroon als door de Hoge Raad de overeenkomst geldig geacht en beschermen beiden de contractuele aanspraken van de erfgenamen. Via bovenstaande constructie van de Hoge Raad wordt bereikt dat de gemeente haar publieke taken kan uitvoeren zij het dat aan de tegenpartij een passende financiële schade-loosstelling moet worden geboden.

Ten aanzien van de rechtsgeldigheid van de onderhavige schenkingsovereenkomst merkt Van der Grinten⁶⁶ op dat het toch enigszins zonderling is, dat de gemeente als begiftigde na meer dan 60 jaar gehouden is de waarde van het geschonkene te vergoeden. Men kan de vraag stellen of een schenkingsvoorwaarde inhoudende dat het geschonkene "te eeuwigden dage" als wandelplaats voor het publiek beschikbaar moet blijven, niet in strijd is met de openbare orde. Eeuwig is per slot van rekening wel héél erg lang. Dergelijke bedingen brengen mee, dat het geschonkene aan het normale rechtsverkeer wordt onttrokken. Een dermate vergaande rechtsmacht van de schenker is maatschappelijk gezien onaanvaardbaar.

Een redelijke oplossing is om dergelijke bedingen slechts voor een bepaalde duur geldig te achten, bijvoorbeeld voor een termijn van 30 jaar. Dit kan intussen beter door de wetgever worden geregeld dan door de rechter.⁶⁷

Een vergelijkbaar geval betrof het Brakels gemeentehuis, in 1862 (!) aan de gemeente Brakel geschonken onder de voorwaarde dat de gemeente het gebouw steeds behoorlijk zou onderhouden en dat het nimmer tot enige andere bestemming dan van raadhuis zou worden gebezigd.

Toen in 1975, ruim 100 jaar later dus, het Polderdistrict Bommelerwaard, in het kader van dijkverzwaringswerkzaamheden het huis wilde slopen (voor welk doel het huis van de gemeente Brakel gekocht was) stelde de erfgenaam een vordering in tot staking van de sloop. De Arnhemse president wees de vordering toe en overwoog daarbij dat een beroep op het algemeen belang en het aanbod van betaling van een schadeloosstelling gelijk aan die bij onteigening (m.a.w. constructie Rijsenburgse Bos) falen, nu aan het overheidsoptreden geen besluitvorming ten grondslag ligt vergelijkbaar met die van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, terwijl evenmin vaststond dat de Kroon onteigening zou goedkeuren.⁶⁸

Kennelijk achtte de president, nu niet duidelijk vaststond dat de gemeente handelde ter uitvoering van haar publieke taak, in het algemeen belang, geen grond aanwezig om de gemeente niet net als ieder bijzonder persoon in het rechtsverkeer gebonden te achten aan haar contractuele verplichtingen, ook al waren die meer dan een eeuw oud. Anders gezegd: handelt de overheid wel duidelijk ter uitvoering van haar publieke taak dan leidt

65. HR 17 maart 1967, NJ 213, m.nt. GJS, AA 1967 p. 279, m.nt.G.

66. Zie diens noot in AA zoals in de vorige noot aangegeven.

67. In deze zin ook Van der Grinten.

68. Pres. Rb. Arnhem, 20 maart 1975, NJ 217.

schending van een overeenkomst niet tot de verplichting tot nakoming maar hooguit tot schadevergoeding.

Tot slot nog een geval van het vastleggen van de bestemming bij schenkingsvoorwaarde waar de Kroon over kreeg te oordelen. Het betreft het KB inzake het Maarschalkse bos te Baarn.⁶⁹ Het betrof hier een soortgelijke schenking als in de kwestie van het Rijenburgse bos. De gemeente had echter een overeenkomst gesloten met de erfgenamen, waarbij de laatsten afstand hadden gedaan van hun herroepingsrecht. Toen de gemeente echter een deel van het bos wilde bestemmen voor ziekenhuisbouw, kwamen omwonenden in bezwaar en beroep, waarbij zij ook de schenkingsvoorwaarde als argument naar voren brachten. De Kroon overwoog dat een privaatrechtelijke overeenkomst als de onderhavige schenkingsovereenkomst in beginsel aan de gemeenteraad niet in de weg staat om met gebruikmaking van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden daarvan afwijkende bestemmingen vast te stellen indien door het gemeentebelang een dergelijke bestemming gevorderd wordt. Van een gemeentebestuur dat een terrein onder dergelijke voorwaarde heeft aanvaard, mag evenwel worden verwacht, dat het zoveel mogelijk rekening houdt met de wens van de schenkster, aldus de Kroon, zelfs al hebben de nabestaanden van hun herroepingsrecht afstand gedaan. Het staat de gemeenteraad slechts vrij om een afwijkende bestemming te verlenen, indien duidelijk is gebleken, dat zwaarwegende belangen van de gemeente aantasting van de bestaande situatie noodzakelijk maken - hetgeen i.c. volgens de Kroon het geval was.

Zoals we al eerder hebben gezien past de Kroon een belangenafweging toe die er in dit geval toe leidt dat alleen zwaarwegende belangen van de gemeente het belang van naleving van de schenkingsvoorwaarde opzij kunnen zetten, zelfs al hebben rechtsopvolgers afstand gedaan van hun herroepingsrecht. Het is op zijn zachtst gezegd merkwaardig dat de Kroon méér belang hecht aan naleving van de schenkingsvoorwaarden van de erflater, dan de nabestaanden zelf!

7.4 Volkshuisvesting

7.4.1 Verkoopregulerende bedingen

Op het terrein van het gemeentelijk beleid van de volkshuisvesting kennen we sinds de jaren zeventig de zogenaamde verkoopregulerende bepalingen. Dit is een verzamelnaam voor allerlei bedingen die qua doel en inhoud kunnen verschillen, maar die er toe strekken om de overdracht van direct of indirect van de gemeente in eigendom of erfpacht verkregen percelen aan door de gemeente te stellen voorwaarden te verbinden.

Gemeenten beogen door middel van verkoopregulerende bepalingen bij de gronduitgifte langs privaatrechtelijke weg te bereiken dat:

69. KB van 25 juli 1969, nr. 18, AB 724.

- a) nieuw gebouwde woningen bij verkoop binnen een bepaalde termijn ter beschikking blijven van inwoners van de gemeente, dan wel van economisch of sociaal aan de gemeente gebondenen;
- b) speculatieve handel in woonruimte wordt voorkomen (men spreekt dan ook wel van anti-speculatiebedingen);
- c) gesubsidieerde woningbouw, ook na de eerste ingebruikname, beschikbaar blijft voor minder draagkrachtigen waarvoor zij bestemd is.

Met het oog hierop hebben de bedingen in het algemeen een vervreemdingsbeperkende, een woonruimteverdelende en/of een prijsregulerende functie.⁷⁰

In concreto komen de volgende bedingen veelvuldig voor⁷¹, voorzien van de nodige ketting- en boetebedingen:

- de koper is verplicht de woning gedurende een bepaalde tijd (meestal vijf à tien jaar) zelf te bewonen.
- bij verkoop dient de woning eerst aan de gemeente te worden aangeboden.
- de koper mag zonder toestemming van de gemeente geen zakelijke of andere rechten met betrekking tot de woning vestigen.
- de woning mag niet voor een hogere prijs worden verkocht dan de som van verwerings- en verbeteringskosten.
- de koper/bouwer is verplicht te verkopen aan een "gekwalificeerde" koper; deze moet aan de gemeente economisch gebonden zijn.

Tegen deze bedingen is vooral bezwaar gerezen vanuit beleggerskringen. Overigens is de discussie over het gebruik van deze bedingen ongeveer gelijktijdig met het inzakken van de onroerend goedmarkt begin jaren tachtig goeddeels verstomd.

7.4.2 Woonruimtetwet 1947

De eerste vraag die aan de orde komt is of verkoopregulerende bepalingen rechtsgeldig kunnen worden geacht in het licht van de Woonruimtetwet 1947 en de krachtens art. 3 en 4 van deze wet tot stand gekomen algemene regelingen, zoals de Woonruimtebeschikking 1974 en de gemeentelijke woonruimteverordeningen.

Daarbij gaat het allereerst om de vraag of de WRW (uiteraard alleen in gebieden waar zij van toepassing is) al dan niet een exclusieve regeling voor het terrein van de woonruimteverdeling inhoudt. Indien exclusiviteit zou moeten worden aangenomen zijn immers volgens de tweewegenleer privaatrechtelijke overeenkomsten ten aanzien van het terrein van de woonruimteverdeling niet toegestaan.

In een uitvoerige beschouwing over dit onderwerp komt Stolker tot de conclusie dat de WRW in zoverre exclusief is, dat zij een dwingende regeling geeft ter zake van woonruimteverdeling voor die woningen waarop de wet van toepassing is of kan wor-

70. Zie J. de Jong, diss. p. 266 e.v.

71. Zie C.J.J.M. Stolker, "Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijke verkoopregulerende bepalingen", WPNR 5601-5602.

den verklaard.⁷² Alleen bij woonruimte waarvoor de WRW niet geldt, omdat de huur- en koopprijsgrens boven de vastgestelde grenzen valt, zou van een exclusieve publiekrechtelijke regeling geen sprake zijn en zou het de overheid vrij staan, privaatrechtelijke regelingen te treffen.

Deze opvatting baseert Stolker op de tekst en de strekking van de wet, mede in het licht gezien van de parlementaire geschiedenis van de wet en de werkbaarheid van de regeling in de praktijk.

Met J. de Jong⁷³ ben ik van mening dat aan de WRW géén exclusief karakter kan worden toegekend, zodat het de overheid in principe vrij staat ter zake van de woonruimteverdeling privaatrechtelijke voorzieningen te treffen.

Het beroep van Stolker overtuigt niet. Diens argument dat de WRW een regeling bevat die kennelijk de voorkeur van de wetgever heeft genoten, geldt voor iedere wet en in deze zin draagt iedere wet een zekere mate van exclusiviteit in zich, zoals De Jong opmerkt. Gezien ook het feit dat in 1974 de WRW nog vrij ingrijpend werd herzien, had het voor de hand gelegen - indien exclusiviteit beoogd zou zijn - dat met zoveel woorden duidelijk te maken door bijvoorbeeld een verbod op het aangaan van contracten op het terrein van de woonruimteverdeling op de nemen.

Daarbij komt ook nog dat de jurisprudentie -die hieronder aan de orde komt- tot nu toe steevast is uitgegaan van de rechtsgeldigheid van verkoopregulerende bepalingen.

7.4.3 *Jurisprudentie*

De jurisprudentie met betrekking tot verkoopregulerende bedingen is uitsluitend afkomstig van de (lagere) burgerlijke rechter. De Afdeling rechtspraak oordeelt in gevallen waarin zij met een dergelijk beding wordt geconfronteerd steeds dat er geen sprake is van een beschikking in de zin van art. 2 Wet Arob, maar van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.⁷⁴

Het meest bekend is het arrest van het Hof Den Haag uit 1973, betreffende een door de gemeente Katwijk gehanteerd beding inhoudende dat de op de kavels bouwgrond te bouwen woningen bestemd dienen te worden voor de huisvesting van Katwijkse ingezetenen, dan wel voor diegenen die naar het oordeel van Burgemeester en Wethouders economisch aan de gemeente gebonden zijn. In een procedure tot nakoming werd door een koper beroep gedaan op de strijdigheid van het beding met de Richtlijnen inzake de toepassing van de WRW.⁷⁵

72. Zie vorige noot.

73. J. de Jong, diss, p. 270.

74. Zo bijv. Vz.AR 9 febr. 1979, BR 1979, p. 435; AR 3 juni 1980, AB 537, m nt. JAB; KB 8 jan 1982, Stb. 84, AB 237, m.nt. vdN.

75. Met name art. 1 f van de Ministeriële richtlijnen inzake de toepassing van de WRW 1947 van 23 dec. 1969, nr. 1218319, luidend: "De eis van economische gebondenheid aan de gemeenten mag niet als weigeringsgrond worden gehanteerd". Slechts bepaalde gemeenten - waartoe Katwijk niet behoorde - mochten de eis van economische gebondenheid stellen (bij het hanteren van de bevoegdheden uit de WRW).

Het Hof overwoog echter "dat bovenbedoelde richtlijnen niet aantasten het aan de gemeente Katwijk als eigenares van de litigieuze grond toekomende recht de grond te verkopen met een door haar wenselijk geacht beding betreffende de bestemming van de op die grond te bouwen woningen".⁷⁶

Bekend is ook het arrest van het Amsterdamse Hof betreffende een door de gemeente Doorn bij de koopovereenkomst van bouwgrond gehanteerd beding inhoudende dat het gekochte niet zonder toestemming van de gemeente binnen 5 jaar vervreemd mag worden en dat het te bouwen huis gedurende deze tijd door de koper zelf bewoond moet worden op straffe van een boete van f 23.000,--.

De geldigheid van dit beding werd op allerlei gronden aangevochten, onder meer op strijd met art. 14 Wet AB en met de WRW. Het Hof stelde hierop simpelweg: "niets belet evenwel de gemeente een overeenkomst te sluiten welke zakelijk (mede) tot gevolg heeft dat een doelmatige verdeling van de woonruimte wordt bevorderd".⁷⁷

Ook is de rechtsgeldigheid van een beding, inhoudende een verbod van vervreemding van de woning zonder toestemming van de gemeente gedurende 10 jaar weleens aangevochten met een beroep op strijd met de goede zeden. De rechter oordeelde dat de gemeente ten deze in civilibus optredend, doch het publiek belang behartigend, niet heeft gehandeld in strijd met de goede zeden omdat de gemeente het betreffende perceel heeft bebouwd en verkocht ten behoeve van kopers, aan wie bij de koop overheids-subsidie werd verleend en dat de gemeente voornoemde handelingen verricht ten behoeve van haar woningzoekende ingezetenen of economisch aan haar gebondenen.⁷⁸

Uit deze jurisprudentie blijkt dat op het terrein van de volkshuisvesting de WRW met haar uitvoeringsregelingen geen belemmeringen vormen voor het langs privaatrechtelijke weg behartigen van het belang van een doelmatige woonruimteverdeling. Bedacht moet worden dat de rechter deze bedingen a fortiori rechtsgeldig zal achten indien het gaat om zogenaamde geliberaliseerde gemeenten, waar de WRW niet van toepassing is. Daar is immers in tegenstelling tot de hiervoor genoemde gevallen geen sprake van een concurrerende publiekrechtelijke regeling, zodat daarin geen grond kan worden gevonden om de rechtsgeldigheid van dergelijke bedingen te betwisten.

7.4.4 Misbruik van omstandigheden

Denkbaar is dat verkoopregulerende bedingen een geoorloofde oorzaak ontberen, omdat zij door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen. Aannemelijk is dat de

76. Hof 's-Gravenhage 15 maart 1973, NJ 316.

77. Hof A'dam 24 juni 1976, NJ 1977, 302 BR 1977, p. 851. In dezelfde lijn Pres. Rb. Zwolle 3 jan. 1980, NJ 1981, 329, over de rechtsgeldigheid van een beding van economische binding: "In de privaatrechtelijke sfeer blijft voor partijen voor een overeenkomst als de onderhavige de vrijheid bestaan bedingen te maken die hetzelfde doel als de WRW 1947 dienen, dan wel stringentere bepalingen inhouden". Zie hierover J. de Jong, t.a.p., p. 272 e.v.

78. Pres. Rb. Den Haag 31 maart 1977, BR 1977, p. 855.

burger in een afhankelijkheidspositie verkeert, omdat de gemeente ten aanzien van de uitgifte van grond doorgaans monopolist is en dus een machtspositie heeft.

De feitelijke situatie kan natuurlijk in iedere gemeente anders liggen, maar in het algemeen zal de gemeente wel als grootgrondbezitter/monopolist kunnen worden aangemerkt, mede omdat door onteigening steeds grond kan worden verkregen. Het zal de gemeente zijn die de (standaard)voorwaarden stelt, het is voor de burger à prendre ou à laisser.

Maar ook als we aannemen dat de gemeente als monopolist dergelijke voorwaarden oplegt, dan is dat op zichzelf niet voldoende; van belang is of de gemeente bij het sluiten van de overeenkomst *misbruik* maakte van de omstandigheid dat haar wederpartij in een afhankelijkheidspositie verkeerde.

Stolker is van mening dat van misbruik van omstandigheden door de gemeente niet snel sprake zal zijn, enerzijds omdat de gemeente geen monopolist zal zijn terzake van de verkoop van woningen (maar m.i. wel van de grond bestemd voor woningbouw) en daarvan dus ook geen misbruik kan maken en anderzijds omdat de burger niet in een voldoende afhankelijkheidspositie zal verkeren.⁷⁹ In mijn ogen zijn dit niet de redenen waarom niet snel sprake zal zijn van misbruik van omstandigheden en is de burger wèl afhankelijk van een monopolistische gemeentelijke grondeigenaar. De reden is eerder hierin gelegen, dat het opnemen van verkoopregulerende bepalingen niet als misbruik valt te beschouwen, omdat de gemeente de bedingen maakt ter behartiging van een bepaald publiek belang. Als dat een legitiem, gerechtvaardigd algemeen belang is, kan misbruik m.i. niet snel worden aangenomen.

In het al eerder genoemde arrest Gemeente Doorn/Van der Struik werd door laatstgenoemde óók een beroep op misbruik van omstandigheden gedaan, omdat hij de medewerking van de gemeente nodig had om te verkopen en te verhuizen. Het Hof wees dit van de hand, overwegende dat van misbruik van omstandigheden geen sprake was omdat Burgemeester en Wethouders aan Van der Struik toestemming hadden verleend tot verkoop van zijn huis - welke toestemming zij niet gehouden waren te geven - en voorts omdat met diens belangen rekening is gehouden doordat het verschuldigde boetebedrag op een redelijke wijze was verlaagd en aldus was aangepast aan de omstandigheden van het geval.

Opmerkelijk is dat het Hof de misbruik van omstandigheden-kwestie niet betreft op de totstandkoming van de onderhavige overeenkomst, maar eerder op de naleving, de uitvoering van de overeenkomst. Met Stolker kan ik instemmen als hij zegt dat het Hof hier in feite een "goede trouw" oordeel geeft.

Immers het Hof beoordeelt hier de vraag of de gemeente al dan niet een beroep op het beding mag doen en een gedeelte van het boetebedrag in redelijkheid mag opeisen in het licht van de omstandigheden. In de volgende paragraaf zal ik nader op de beperkende werking van de goede trouw ingaan.

79. Zie Stolker, a.w., p. 199.

7.4.5 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Zoals we gezien hebben zullen verkoopregulerende bepalingen doorgaans rechtsgeldig zijn te achten; op grond van ongeoorloofde oorzaak (misbruik van omstandigheden inclusief) valt hier tegen niet veel te beginnen. Mijns inziens is dat anders gesteld bij de vraag of de gemeentelijke overheid zich wel onder alle omstandigheden in redelijkheid en billijkheid op dergelijke bedingen kan beroepen.

Onder welke omstandigheden nu zou men een beroep op een dergelijk beding in strijd met de goede trouw kunnen achten? Men denke aan het geval waarin opgenomen is een verplichting tot bewoning gedurende een aantal jaren, terwijl betrokkene vóór het verstrijken van die tijd elders (ver weg) een andere betrekking wil aanvaarden.⁸⁰ Indien nu een boete zó hoog is dat deze een belemmering vormt om te verhuizen, zodat men alleen om deze reden weerhouden wordt om de nieuwe functie aan te nemen, lijkt het mij denkbaar dat de goede trouw onder deze omstandigheden met zich meebrengt dat de boete gematigd wordt. Men kan ook denken aan het geval waarin de gemeente heeft bedongen dat de woning alleen mag worden vervreemd aan een "gekwalficeerde" gegadigde, terwijl zo iemand zich niet meldt. Wellicht ook het geval waarin de eigenaar-bewoner het zich financieel niet meer kan permitteren het huis te bewonen (bijvoorbeeld door stijging hypotheeklasten, alimentatieverplichtingen, faillissement of iets dergelijks), terwijl hij krachtens een beding nog jaren moet blijven zitten. Of stel dat het huis op door gif vervuilde grond blijkt te staan, ook dan is het onwaarschijnlijk dat de gemeente haar wederpartij aan de overeenkomst mag houden. Steeds zal van geval tot geval moeten worden gezien of en in hoeverre te goeder trouw nakoming van een beding kan worden gevraagd. Afhankelijk van de omstandigheden zullen de bedingen ten dele buiten toepassing gelaten moeten worden. Bij boetes valt te denken aan vermindering; bij langlopende verplichtingen zoals de zelfbewoningsplicht of korter lopende verplichtingen zoals de eis dat aan een gekwalficeerde gegadigde verkocht wordt, is wellicht een aanpassing ten aanzien van de duur mogelijk. In het geval van de gemeente Doorn werd een aardige "goede trouwoplossing" gevonden doordat de gemeente slechts 1/5 deel van de boete opeiste, omdat Van der Struik 4/5 deel van de termijn die het beding bestreek was nagekomen.

7.4.6 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Welke rol kunnen in de uitvoeringsfase de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nog spelen? Naar aanleiding van het arrest Amsterdam/Ikon kan de regel worden geformuleerd dat een gemeente bij de uitoefening van haar bevoegdheden uit de overeenkomst de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. In de uitvoeringsfase is met name een rol weggelegd voor het gelijkheidsbeginsel, zoals de Ikon-casus al illustreerde. Men kan ten aanzien van de hier besproken bedingen met

80. Vgl. ook Stolker, *l.a.p.*, p. 200 en J. de Jong, *diss.*, p. 274 en 275.

name denken aan het geval waarin de gemeente tegenover de een wel en tegenover de ander niet naleving vraagt van een beding, of de een wel en de ander geen ontheffing verleent van een verplichting krachtens een beding, terwijl de gevallen niet wezenlijk verschillen.

Ook het vertrouwensbeginsel zal onder omstandigheden een rol kunnen spelen. Te denken valt aan de situatie waarin door ambtenaren mededelingen worden gedaan en uitleg wordt gegeven over de reikwijdte van bepaalde bedingen (bijvoorbeeld over de wijze van toepassing van bepaalde clausules)⁸¹, terwijl dat dan in werkelijkheid heel anders loopt.

Tot slot nog een opmerking over het beginsel van het verbod van willekeur. Toetsing aan dit beginsel is als het ware al geïncorporeerd in het goede trouwoordeel. Zoals in hoofdstuk 4.4.4 onder c is uiteengezet, zit de redelijke afweging, die volgens het willekeursbeginsel dan aan het beroep op het beding ten grondslag zou moeten liggen, al in het goede trouw-oordeel opgesloten. Anders gezegd: toetsing aan de civielrechtelijke redelijkheid (goede trouw) overlapt de toetsing aan de publiekrechtelijke redelijkheid (verbod van willekeur). Wel krijgt de goede trouwtoetsing van overheidshandelen door toetsing aan de publiekrechtelijke redelijkheid een eigen kleur.

7.5 Milieubescherming

7.5.1 Wetgeving

Op het terrein van de milieubescherming komt het voor dat in gemeentelijke gronduitgiftecontracten naast de publiekrechtelijke vergunningen tevens privaatrechtelijke toestemming wordt geëist voor handelingen die het milieu kunnen bedreigen of anderszins gevaar of hinder kunnen veroorzaken. Terwijl de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden op het terrein van de milieubescherming vaak in handen van provinciale organen is gelegd zoals in de Wet inzake Luchtverontreiniging (1970) en de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren (1969), is de gemeente als grondeigenaar in de positie om (eventueel aanvullende) privaatrechtelijke eisen te stellen. Deze positie van de gemeente-grondeigenaar heeft onder andere ook geleid tot de wat onduidelijke figuur van de zogenaamde convenanten gesloten tussen gemeente, provincie (eventueel ook Rijk) en soms de vergunningaanvrager, aangaande de wijze waarop in concreto aan het totale vergunningenbeleid met betrekking tot een inrichting gestalte zal worden gegeven en de over en weer in acht te nemen handelwijze.⁸² Het is dus een besluit tot samenwerking, waarbij in gemeenschappelijk overleg voorwaarden opgesteld worden die nodig zijn uit oogpunt van milieubescherming.⁸³

81. Vgl. Hof A'dam, 24 juni 1976, NJ 1977, 302.

82. Vgl. H.J.M. Desain, Milieubescherming door middel van overeenkomst, NJB 1975, p. 709 e.v.

83. Zie ook A.R. Bloembergen, Convenanten op bestuurlijk terrein, BR 1974, p. 189 e.v.; H.J. Aquina, Beleidsvereenkomsten in de praktijk, Bestuur 1982, p. 22 e.v.

Van veel convenanten zijn de buitenwettelijke verplichtingen inmiddels wettelijke verplichtingen geworden. De Hinderwet (1952), hoewel talrijke malen gewijzigd, was tot in de jaren zestig de belangrijkste wetgeving op het gebied van de bescherming van natuur en milieu. Daarnaast (maar van later datum) kunnen worden genoemd de Ontgrondingenwet (1965), de Boswet (1967), de Natuurbeschermingswet (1967), de Wet inzake Luchtverontreiniging (1970), de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren (1969), de Wet Geluidhinder (1979), de Interimwet Bodemsanering (1983) en de Wet Bodembescherming, grotendeels in werking getreden op 1 januari 1987.

Voor ons onderwerp zijn met name de twee laatst genoemde wetten van belang. De Wet Bodembescherming opent de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur voorschriften ten aanzien van een aantal in de wet genoemde bodembedreigende handelingen te geven.

De Interimwet Bodemsanering biedt een organisatorisch en financieel kader om de bodem van Nederland te saneren. Onderzoek en sanering van de locaties worden uitgevoerd door de provincie en gefinancierd door het Rijk, met een bijdrage van de gemeente. De Staat kan op grond van art. 21 van de Interimwet Bodemsanering zijn kosten verhalen op degene door wiens onrechtmatige daad de verontreiniging is veroorzaakt ("De vervuiler betaalt").

Schade als gevolg van sanering van vervuilde grond wordt ingevolge die wet slechts vergoed, als die ontstaan is als gevolg van werkzaamheden ter uitvoering van op die wet gebaseerde onderzoeken of saneringen zoals schade als gevolg van het betreden van het terrein of omdat eigendom of gebruik van onroerend goed moet worden afgestaan. Voor de hierboven uit gaande schade bestaat de mogelijkheid om "mee te liften" met de verhaalsactie van de Staat tegen de vervuiler.⁸⁴

Noch de Interimwet noch enige andere wet houden een verbod in om op verontreinigde grond te bouwen. Overigens is in het wetsvoorstel tot herziening van de Woningwet⁸⁵ de bepaling opgenomen, dat de bouwverordening voorschriften dient te bevatten omtrent het tegengaan van bouwen op verontreinigde bodem, zodat een bouwvergunning die niet aan de milieu-eisen in de bouwverordening voldoet, geweigerd moet worden.

7.5.2 *Jurisprudentie*

Van de wat oudere jurisprudentie is, hoewel het geen overeenkomst betrof, is het al eerder besproken arrest Huizen/Staat relevant te achten. De Hoge Raad aanvaardde dat de Staat zijn eigenaarsbevoegdheden kan gebruiken om de lozing van rioolwater op het IJsselmeer te verbieden, voor zover daar een redelijke belangenafweging aan ten grondslag ligt.⁸⁶ Ook kan men denken aan het Gorsselse Bomen-arrest⁸⁷ waarbij de

84. Zie de notitie van de minister bij brief van 3 april 1986 aan de Tweede Kamer aangebracht, TK 1985-1986, 19 200, nr. 70.

85. TK 1986-1987, 20 066, nrs. 1-2.

86. HR 19 jan. 1962, NJ 151, m.nt. JHB. Zie § 7.3.3 van dit hoofdstuk.

87. HR 28 april 1961, NJ 433.

Hoge Raad sanctioneerde dat de zorg voor de openbare weg - eigendom van de gemeente - mede omvatte de zorg voor het landschapsschoon, met terzijdestelling van het burennrecht. Bedacht moet worden dat in die jaren nauwelijks sprake was van enige publiekrechtelijke regeling van milieubelangen.

Het eveneens al aan de orde geweest zijnde geschil tussen de Staat en UKF inzake gipsslurrylozingen in de Nieuwe Maas⁸⁸ wijst op de mogelijkheid dat de meer recente milieuwetgeving een exclusieve regeling kan bevatten, die de privaatrechtelijke weg afsnijdt. Ik denk echter dat dat niet te snel moet worden aangenomen en dat er veelal genoeg wettelijke ruimte is voor aanvullende privaatrechtelijke milieueisen.

Bevestiging van het standpunt dat milieuwetgeving geen exclusief karakter heeft, is te vinden in het opmerkelijke arrest Staat/Benckiser GmbH.⁸⁹ In dit geschil vorderde de Staat op grond van art. 1401 BW in kort geding een rechterlijk bevel tot verwijdering van afvalgips onder verbeurte van een dwangsom. Benckiser verweerde zich onder andere met de stelling dat het algemeen belang betrokken bij de naleving van de milieuwetgeving, op zichzelf niet behoort tot de belangen die art. 1401 BW beschermt. Volgens haar is het stelsel van de Wet chemische afvalstoffen "alomvattend" en heeft de Staat, naast de in deze wet gegeven mogelijkheden zoals de bestuursdwang van art. 49, niet ook nog de mogelijkheid om bij de burgerlijke rechter aan te kloppen. Het Hof verwerpt dit verweer en stelt voorop dat art. 21 Gw onder meer bepaalt dat de zorg van de overheid gericht is op "de bescherming en verbetering van het leefmilieu". Hiervan uitgaande, valt volgens het Hof niet goed in te zien, waarom milieuverenigingen de weg naar de rechter wel zouden mogen bewandelen⁹⁰ en de Staat niet. Art. 21 Interimwet Bodemsanering doet in zijn eerste lid dan ook duidelijk uitkomen dat de overheid zich bij een bodemverontreiniging met een beroep op "onrechtmatige daad" tot de rechter kan wenden, hetgeen door de regering onder meer werd toegelicht met de opmerking "dat een verontreiniging van de bodem in het algemeen onrechtmatig is mede jegens het Rijk, omdat het Rijk zich terecht het belang van de bodemsanering aantrekt en uit dien hoofde (een gedeelte van) de kosten daarvan voor zijn rekening neemt. Vervolgens stelde het Hof vast dat het hier zeker niet om een vaag en algemeen belang bij de naleving van de milieuwetgeving gaat, omdat immers volgens de stellingen van de Staat, reëel en concreet, op acht plaatsen in Nederland de bodem ernstig werd vervuild door afvalgips afkomstig van Benckiser. Tot slot concludeerde het Hof: "Dat de Wet chemische afvalstoffen ook nog andere wegen openstelt, kan aan het recht van de Staat om bij de burgerlijke rechter aan te kloppen, geen afbreuk doen. Uit die wet valt immers niet af te leiden dat zij, wat dit betreft, een exclusief karakter zou hebben. Het komt wel vaker voor dat meerdere rechtsmogelijkheden openstaan".

Niet goed begrijpelijk aan dit arrest is naar mijn mening waarom niet eenvoudig het eigendomsrecht van de staat, voor zover dat hier in het geding is, ten grondslag is gelegd aan de vordering van de staat. Tegen onrechtmatige inbreuken op haar eigendoms-

88. Hof 's-Gravenhage 21 jan 1988, M en R 1988 (9), p. 354, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode. Zie 7.3.3.2.

89. Hof 's-Gravenhage 25 juni 1987, AB 1988, 97.

90. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 743.

recht kan de overheid m.i. altijd opkomen bij de burgerlijke rechter op grond van art. 1401 BW. Indien het echter niet om handhaving van het eigendomsrecht gaat, is de weg van art. 1401 BW afgesloten ingevolge de Limmen-Houtkoopformule waarmee Benckiser zich verweerde: het algemeen belang betrokken bij de naleving van (milieu)wetgeving behoort op zichzelf niet tot de belangen die art. 1401 BW beschermt. Het Hof ziet kennelijk naleving van het sociale grondrecht van art. 21 Gw als een bepaling die uitzondering op deze regel rechtvaardigt. Afgezien van het feit dat sociale grondrechten ten behoeve van burgers en niet ten behoeve van overheidsinstellingen worden geformuleerd, is het bevreemdend dat, terwijl de naleving van concrete wettelijke voorschriften niet als een door art. 1401 BW beschermd belang wordt beschouwd, de naleving van vage algemene taakstellingen kennelijk wél als zodanig wordt beschouwd.

Gezien de zwaarte van het belang van overheid en ook burger bij een schoon milieu lijkt mij dat bij het bedingen van milieuvorwaarden de overheid niet snel een verwijt van misbruik van omstandigheden kan worden gemaakt. Wellicht zou bij ongekend zware verplichtingen, die veel verder gaan dan de milieu-wetgeving vereist, of bij extreem hoge boeteclausules aan misbruik van omstandigheden gedacht kunnen worden.

Eerder zie ik onder omstandigheden een rol weggelegd voor de beperkende werking van de goede trouw. Als voorbeeld kan de casus van de zogenaamde Oxirane-affaire uit 1975 dienen. Het ging in dit geval om de toepassing in Rotterdam van een privaatrechtelijk boetebeding gekoppeld aan de overtreding van milieuvorwaarden die aan een bedrijf waren opgelegd in het kader van een erfpachtsovereenkomst, waarbij Burgemeester en Wethouders in eerste instantie een exorbitant hoge boete oplegden, die echter later door de raad werd gematigd. Men zou kunnen zeggen dat de goede trouw matiging van extreem hoge boetes met zich mee kan brengen.⁹¹

Het probleem in de praktijk is echter niet zozeer de milieuvorwaarden die de gemeente bij overeenkomst stelt, maar eerder of zij zelf bij de levering van bouwrijpe grond wel aan alle daaraan te stellen eisen voldoet. Nu heeft het begrip "bouwrijp" geen vaststaande betekenis. Men onderscheidt in de eerste plaats tussen juridisch bouwrijp en technisch bouwrijp. Juridisch bouwrijp betekent dat er gebouwd mag worden, dat de voor de bouw benodigde vergunningen kunnen worden verkregen. Het begrip technisch bouwrijp duidt in het algemeen op activiteiten als het opruimen van terreinen, egaliseren van de grond, aanleg van drainage, rioleringsystemen, bouwstraten en dergelijke. Echter wat allemaal onder de term technisch bouwrijp inbegrepen moet worden geacht staat geenszins vast. Indien men de term bouwrijp in een contract gebruikt, zonder dit gedetailleerd te definiëren, kunnen gemakkelijk problemen rijzen.⁹² Enige malen is in de lagere jurisprudentie al wanprestatie aangenomen in geval van levering van "bouwrijpe" grond, die verontreinigd bleek te zijn. "Bouwrijpe" grond impliceert volgens de Rotterdamse rechtbank, dat niet een ingrijpende bodemsanering nodig is voor-

91. HR 27 april 1984, NJ 679 (NVB/Helder).

92. Zie Thunnissen preadvies, p. 67 e.v. over het begrip bouwrijp.

dat daarop gebouwd kan worden.⁹³ De Bossche rechtbank oordeelde dat van de gemeente als professionele verkoper van bouw kavels verwacht mag worden dat zij voor de verkoop een onderzoek verricht om zeker te stellen dat de grond niet verontreinigd is.⁹⁴ Aan de gemeente komt bij de verkoop van verontreinigde grond zelfs geen beroep op uitsluiting van aansprakelijkheid terzake van verborgen gebreken toe, althans volgens een uitspraak van de Rotterdamse Rechtbank.⁹⁵ Dit laatste gaat m.i. wel erg ver. Ook jegens derden kan de gemeente bij de levering van verontreinigde grond aansprakelijk worden gesteld. Dit overkwam de gemeente Den Haag, die een perceel grond had verkocht aan De Bruijn, dat, zoals naderhand bleek, ernstig verontreinigd was ten gevolge van de exploitatie van een gemeentelijke gasfabriek. In de transportakte had de gemeente haar aansprakelijkheid voor schade van welke aard ook uitgesloten en bovendien een kettingbeding houdende een bouwplicht opgenomen. Het Hof oordeelde de gemeente aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, bestaande in het zonder voorafgaande waarschuwing in het verkeer brengen van een perceel ernstig verontreinigde grond, terwijl die verontreiniging zelf door de gemeente was veroorzaakt en haar dus bekend had moeten zijn. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het Hof dat de gemeente zich jegens haar contractuele wederpartij De Bruijn niet had kunnen beroepen op de exoneratieclausule gezien de mate van de ernst van het verwijt dat de gemeente te dezen treft en dat hierin besloten ligt dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens die rechtsopvolgers van De Bruijn aan wie via het met De Bruijn overeengekomen kettingbeding een bouwplicht is opgelegd en dat de gemeente te dier zake schuld treft. De Hoge Raad voegde hieraan toe dat niet is in te zien op grond waarvan de onderhavige exoneratieclausule, waarvan moet worden aangenomen dat daarop jegens De Bruijn inderdaad geen beroep kan worden gedaan, wèl tegen diens rechtsopvolgers zou kunnen worden opgeroepen en dat de omstandigheid dat de exoneratieclausule in de transportakte was opgenomen niet een zodanige grond oplevert, nu het hier om een beding van obligatoire aard gaat.⁹⁶

Dit betekent dat een gemeente zich niet op een exoneratieclausule kan beroepen, indien zij zonder waarschuwing verontreinigde grond verkoopt en daarbij door middel van een kettingbeding een bouwplicht opneemt, terwijl zij wist of had moeten weten dat de grond verontreinigd was. Een beroep op de exoneratieclausule lijkt mij echter niet uitgesloten tegenover de wederpartij, respectievelijk rechtsopvolgers, indien er geen sprake is van een bouwplicht.

93. Rb. Rotterdam 1 juni 1984, BR 1985, 393.

94. Rb. Den Bosch 4 juli 1986, BR 1986, 767 en 759 (Boxtel I en II).

95. Rb. Rotterdam, 6 nov. 1985, BR 1986, 132.

96. HR 13 nov. 1987 (Den Haag/Bensal BV), AB 1988, 338, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij.

7.6 Gemeentelijk vestigingsbeleid met betrekking tot het sociale beleid in ondernemingen

7.6.1 *Sociale vestigingsstatuten*

Een tweetal gemeenten, Rotterdam en Utrecht, hebben begin zeventiger jaren bij gemeenteraadsbesluit zogenaamd sociale vestigingsstatuten vastgesteld.⁹⁷

Deze besluiten beogen om bij de uitgifte van grond, met name in huur of erfpacht, aan ondernemingen bepaalde voorwaarden op te leggen die verband houden met het sociale beleid in de onderneming. Het sociaal vestigingsstatuut bevat daartoe een procedure, welke beoogt te verzekeren dat bij de besluitvorming ten aanzien van de gronduitgifte mede sociale criteria worden aangelegd.⁹⁸

Volgens het Rotterdamse statuut bijvoorbeeld moeten ondernemingen die een aanvraag tot gronduitgifte indienen ten behoeve van de vestiging van bedrijven waar vijftig of meer arbeidsplaatsen mee zijn gemoeid, aan Burgemeester en Wethouders gegevens verstrekken ter zake van het aantal te scheppen arbeidsplaatsen ingedeeld naar beroepsgroepen, het opleidingsniveau van het benodigde personeel, het loonniveau, de werving van arbeidskrachten, de hygiënische voorzieningen en dergelijke.

Voorts dienen zij een verklaring over te leggen, dat zij bereid zijn met de vakorganisaties overleg te plegen en Burgemeester en Wethouders in voorkomende gevallen te informeren over reorganisatieplannen. Tevens dient uit een verklaring van de aanvrager te blijken dat overleg met de vakorganisaties heeft plaatsgevonden over het al of niet afsluiten van een cao. Ook overigens moet daaruit de bereidheid blijken overleg te plegen met de vakorganisaties over het sociale beleid in de onderneming, respectievelijk de bereidheid tot overleg met de ondernemingsraad over milieuvraagstukken binnen de onderneming, de bereidheid tot informatie van de ondernemingsraad, de vakorganisaties en van Burgemeester en Wethouders over reorganisaties, alsmede de bereidheid tot overleg met de vakorganisaties over faciliteiten voor vakbondswerk.

In deze verklaring, die met een advies van Burgemeester en Wethouders aan de gemeenteraad wordt overlegd, moet ook nog worden aangegeven over welke onderwerpen overeenstemming is verkregen, met vermelding van de standpunten over onderwerpen waarover geen overeenstemming zou zijn verkregen.

Ten slotte dient in het raadsbesluit inzake gronduitgifte naar de inhoud van bovengenoemde verklaring te worden verwezen en dienen in het besluit bepalingen te worden opgenomen, op grond waarvan het niet naleven door de huurder/erfpachter van met name genoemde punten van de in de verklaring vermelde overeenkomsten de gemeente de bevoegdheid geeft de huur/erfpacht te beëindigen met inachtneming van bepaalde termijnen.

97. Eveneens het Havenschap Delfzijl. Overigens leverde navraag bij de gemeenten Rotterdam en Utrecht op dat het sociaal vestigingsstatuut in de praktijk niet meer wordt toegepast.

98. De teksten van deze besluiten zijn als bijlage opgenomen bij het SER-advies inzake de functie van gemeenten ten aanzien van het sociale beleid in de onderneming, van 16 dec. 1977, Publicatie SER, 1978, nr. 2.

Met opzet heb ik het statuut zo gedetailleerd weergegeven om te laten zien hoe ver de bemoeienis van de gemeente hier gaat. Het wekt dan ook geen verbazing dat de sociale vestigingsstatuten de nodige aandacht hebben getrokken.⁹⁹

Op verzoek van de minister van Sociale Zaken bracht de SER eind 1977 een advies uit inzake de functie van gemeenten ten aanzien van het sociale beleid in de onderneming. Een meerderheid van de SER achtte het ongewenst dat gemeenten criteria, die op het sociale beleid van ondernemingen betrekking hebben, bij de uitgifte van grond in erfpacht laten meewegen. Het SER-advies is echter nogal voorzichtig geformuleerd. Een meer krachtige bestrijding van sociale vestigingsstatuten volgt hieronder.

7.6.2 De geldigheid van sociale vestigingsstatuten

Bij de bespreking van de geldigheid van een sociaal vestigingsstatuut dient vooropgesteld te worden dat het daarbij m.i. gaat om een publiekrechtelijke verordening in de zin van art. 168 gemeentewet, met algemene interne werking, bevattende algemene voorwaarden met betrekking tot de sociale criteria op grond waarvan de gemeente als eigenaar bereid is grond in erfpacht uit te geven. De vraag is of sommige bepalingen uit een dergelijk statuut niet in strijd zijn met de wet of het ongeschreven recht.

De bepalingen die een informatieverplichting opleggen ten behoeve van het door de gemeente te voeren vestigingsbeleid, dienen er toe de gemeenteraad in staat te stellen de voor- en nadelen van de voorgenomen vestiging vast te stellen en tegen elkaar af te wegen. Hiertegen bestaat op zich geen bezwaar, mits de informatieverplichtingen dan ook niet verder gaan dan nodig is voor dit afwegingsproces.

Anders is het gesteld met de overlegverplichtingen. De gemeente verplicht in feite vanuit haar positie als grondeigenaar ondernemingen tot overleg met vakbonden over het al of niet sluiten van c.a.o.'s en andere kwesties het sociale beleid van een bedrijf betreffende.

Deze verplichting is in strijd met de in Nederland geldende arbeidsverhoudingen, met name het beginsel van overleg- en contractsvrijheid in de sociale sfeer, zoals dat ook aan de Wet op de CAO ten grondslag ligt; het staat werkgevers- en werknemersorganisaties geheel vrij om al dan niet over het sluiten van een c.a.o. in overleg te treden. Overheidsinterventie is slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk en dient dan uit te gaan van de minister van Sociale Zaken.¹⁰⁰ Andere overlegverplichtingen uit het sociaal vestigingsstatuut worden weer bestreken door de wet op de Ondernemingsraden, de Arbeidsomstandighedenwet en dergelijke. Op grond van bovenstaande kunnen de overlegverplichtingen nietig worden geacht, wegens strijd met de openbare orde.

99. Zie hierover vooral: L. Timmerman, *Sociale vestigingsstatuten van gemeenten*, SMA 1979, p. 163 e.v.

100. Zie de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van c.a.o.'s en de Wet op de loonvorming.

Ook echter voor zover de wetgever niet is opgetreden, is er reden het besluit ongeldig te achten. Indien namelijk een besluit van de gemeente het door het Rijk gevoerde beleid op onaanvaardbare wijze doorkruist, kan dat door de Kroon worden vernietigd wegens strijd met het algemeen belang op grond van art. 185 gemeentewet. In dit verband kan worden gewezen op de mogelijke doorkruising van nationale (bijvoorbeeld in de SER) en bedrijfstakgewijze overlegprocedures en op de totaal ondoorzichtelijke situatie die zou ontstaan als alle \pm 850 gemeenten zonder enige coördinatie een eigen sociaal beleid zouden gaan voeren.

Men kan hieruit concluderen dat voor zover de overheid hier een beleidstaak heeft, dit een taak van de centrale overheid is (vgl. ook het codificatieartikel, art. 107 lid 1 Gw), en dat een gemeentelijk sociaal vestigingsbeleid daarom al snel in strijd kan worden geacht met de openbare orde.

Zelfs vraag ik mij af of een dergelijk statuut op sommige punten niet in strijd is met de strekking van art. 168 gemeentewet, omdat sommige verplichtingen treden in de bijzondere belangen van de particuliere ondernemingen/rechtspersonen en niet tot de huishouding van de gemeente behoren. De verplichting bijvoorbeeld uit het Rotterdamse statuut, dat de onderneming zich bereid moet verklaren tot overleg met de vakorganisaties over het beschikbaar stellen van publicatieborden in de bedrijfsruimten voor het aankondigen van vakbonds- en/of personeelsactiviteiten, kan toch moeilijk tot huishoudelijk belang van de gemeente gerekend worden.

Ik zou menen dat een ondernemer/werkgever binnen de door de wet gestelde grenzen vrij is om het personeelsbeleid en de organisatiestructuur van de onderneming vorm te geven en dat de gemeente op dit terrein geen bevoegdheid heeft.

7.6.3 Privaatrechtelijke uitwerking van het beleid

Uit het bovenstaande blijkt dat een sociaal vestigingsstatuut onverbindend is.

Het punt is echter dat de gemeente bij de gronduitgifte belangrijke consequenties verbindt aan het naleven van de verplichtingen uit het statuut.

Indien namelijk een bedrijf niet de gewenste bereidverklaring overlegt, kan de gemeenteraad besluiten gronduitgifte te weigeren. Indien wél tot gronduitgifte wordt besloten, wordt ingevolge het statuut in het huur- c.q. erfpachtcontract naar de inhoud van de verklaring verwezen.

Voorts schrijft het statuut voor dat uit de verklaring blijkende punten van overeenstemming tussen onderneming en werknemersorganisaties als voorwaarden in het contract kunnen worden opgenomen, in welk geval zulks aldus moet geschieden, dat bij niet naleving daarvan de gemeente de bevoegdheid heeft de huur of erfpacht vervallen te verklaren. Ter uitvoering van het sociaal vestigingsstatuut worden dus ook gedurende de hele loop van het huur- of erfpachtcontract de informatie- en overlegverplichtingen opgelegd, op straffe van beëindiging van de huur of erfpacht.

In het geval van weigering van gronduitgifte kan men een parallel trekken met het aan het begin van dit hoofdstuk genoemde geval van de boycot van "Woensdrecht-bou-

wers". De raad van Arnhem had besloten geen nieuwe opdrachten meer te verstrekken aan bedrijven die rechtstreeks betrokken waren bij de aanleg en bouw van de basis Woensdrecht om deze geschikt te maken voor de plaatsing van 48 kruisraketten. Door dit besluit werden bedrijven bij voorbaat van nieuwe opdrachten uitgesloten louter op grond van de overweging dat ze betrokken waren bij een project dat de raad niet welgevallig is. De Kroon¹⁰¹ vernietigde dit besluit omdat deze uitsluiting in strijd is met het in art. 1 Gw neergelegde beginsel van gelijke behandeling en oordeelde dat dit beginsel inhoudt, dat de overheid gehouden is onder meer bij de aanbesteding van werken alleen ter zake dienende en gerechtvaardigde verschillen in acht te nemen. Derhalve mocht de gemeente Arnhem geen acht slaan op een voor een goede uitvoering van een opdracht niet relevante omstandigheid als deelname aan een door het gemeentebestuur onwelgevallig geacht project.

Men kan bij de beoordeling van de in het erfpachtscontract opgenomen "sociale" voorwaarden een zelfde redenering volgen. Men zou met name kunnen zeggen: de raad van Rotterdam mag geen erfpachtscontracten weigeren aan bedrijven die naar de maatstaven van Burgemeester en Wethouders geen sociaal beleid in hun onderneming voeren, omdat hiermee bedrijven bij voorbaat worden uitgesloten om grond in erfpacht te verwerven louter op grond van de overweging dat ze naar de smaak van Burgemeester en Wethouders niet "sociaal" genoeg zijn tegenover hun werknemers. Bij de uitgifte van grond is dit geen terzake dienend en gerechtvaardigd onderscheid en derhalve mag de gemeente geen acht slaan op een dergelijke niet relevante omstandigheid.

Mijn conclusie is dan ook dat een in sociaal opzicht selecterend beleid van de gemeente bij gronduitgifte aan ondernemingen in strijd is met art. 1 Gw. Bevestiging van dit standpunt is te vinden in een uitspraak van de Rotterdamse rechtbankpresident van 1984 waarbij toepassing van het sociaal statuut ontoelaatbaar werd geoordeeld.¹⁰² Het Rotterdamse Statuut voldoet niet aan de eis van algemene gelding, aldus de rechtbankpresident. Het verbindt langs privaatrechtelijke weg normen aan het gebruik van bepaalde terreinen/gebouwen zonder dat dit samenhangt met het gebruik zelf, bijvoorbeeld in verband met bepaalde lokale omstandigheden of met het gemeentelijk grondbeheer. Het gevolg van de toepassing van het statuut kan zijn dat bij de vestiging van bedrijven en instellingen binnen de gemeente verschillende normen gelden al naar gelang een bedrijf of instelling daaraan gebonden is via een gebouw, aan het gebruik waarvan de toepasselijkheid van het sociaal statuut is gekoppeld, of niet. Derhalve oordeelde de President de regeling in strijd met het algemene rechtsbeginsel van gelijke behandeling in gelijke gevallen.

Indien de huur- c.q. erfpachtovereenkomst wel tot stand komt met de bedingen betreffende de sociale voorwaarden ingevolge het sociale vestigingsstatuut, moeten deze bedingen nietig worden geacht wegens strijd met de strekking van de in de vorige paragraaf genoemde wettelijke regelingen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur,

101. KB 9 jan. 1987, Stb. 11.

102. Pres. Rb. Rotterdam, 12 okt. 1984, BR 1985, p. 239.

met name het verbod van détournement de procedure en eventueel ook het fair play-beginsel.

Indien men niet zover wil gaan om ongeldigheid ab initio aan te nemen, zal men daar toch heel dicht bij komen door de toepasselijkheid hier van het Smilde-criterium¹⁰³: de gebruiker van algemene voorwaarden - en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers - handelt in strijd met de goede trouw, wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, tenzij hij omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst waaruit volgt dat het beding niet onredelijk bezwarend is en het beroep derhalve niet in strijd is met de goede trouw. Afgezien hiervan is denkbaar dat een huurder of erfpachter de nietigheid van de aan zijn huur- of erfpachtovereenkomst verbonden sociale voorwaarden ook inroept op grond van misbruik van omstandigheden. Een gemeente maakt de monopolist op het gebied van gronduitgifte in een grote (haven)stad m.i. al snel misbruik indien zij een bedrijf via het huur- of erfpachtscontract opzadelt met dergelijke "sociale" verplichtingen.

7.7 Overige beleidsovereenkomsten

7.7.1 Diversiteit en omvang; "open" categorie

Na de bespreking van de rechtsgeldigheid van overeenkomsten op enige min of meer gevestigde beleidsterreinen, wil ik tot slot enige aandacht besteden aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid voor meer politiek getinte doeleinden. Hiermee doel ik op de privaatrechtelijke uitwerking van een beleid dat het gevolg is of de neerslag vormt van een op een bepaald moment ingenomen standpunt ten aanzien van een politiek punt, zoals bijvoorbeeld voorkeursbehandeling van vrouwen, emancipatie van culturele en etnische minderheden, bestrijding van racisme en fascisme en dergelijke. Men kan een dergelijk beleid privaatrechtelijk gestalte geven door middel van contractswegering en door in overeenkomsten bepaalde voorwaarden op te nemen.

Ik noemde al het Arnhemse raadsbesluit inzake de boycot van "Woensdrechtbouwers" bij het verstrekken van bouwopdrachten door de gemeente. Men kan ook denken aan een boycot van bedrijven die met of in Zuid-Afrika handeldrijven tot uiting komend bij voorbeeld in een weigering van gronduitgifte, of de weigering om aan een bepaalde religieuze sekte, politieke partij (Centrumpartij bijvoorbeeld), of bepaalde groep (krakers, voetbalsupporters, respectievelijk -clubs, neo-nazi's, junkies, enzovoorts) iets te verhuren, verkopen of om daar anderszins mee te contracteren. Een dergelijk optreden kan een onrechtmatige daad opleveren wegens inbreuk op het gelijkheidsbeginsel van art. 1 Gw of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een contracteerplicht voor de overheid lijkt mij onder omstandigheden dan niet uitgesloten.

103. Zie 7.3.2.

Men kan ook denken aan het subsidieverlenings- en subsidievoorwaardenbeleid voor zover op privaatrechtelijke leest geschoeid, waarmee bepaalde beleidsbeslissingen worden uitgevoerd en vormgegeven (het al of niet en zo ja, onder bepaalde voorwaarden steun verlenen aan etnische, culturele en andere minderheden, sportclubs, stichtingen op het gebied van de maatschappelijke dienstverlening). Dergelijke contractuele subsidievoorwaarden kunnen bijvoorbeeld inhouden dat de te subsidiëren instelling aan iedereen zijn diensten moet aanbieden of geen banden met Zuid-Afrika mag onderhouden, danwel vrouwen of een minderheidsgroep een voorkeursbehandeling moet geven.

Deze voorbeelden geven aan dat de hier bedoelde groep overeenkomsten van alles kunnen inhouden, afhankelijk van de wensen en noden van het moment of, zo men wil, de waan van de dag.

Indien men een ruime plaats wil toekennen aan de hier bedoelde overeenkomsten, dient wel de materiële rechtsbescherming van de burger tegen deze wijze van publieke taakvervulling navenant te zijn. Hiermee bedoel ik: gelijkwaardig aan de in het publiekrecht gebruikelijke rechtsbescherming. Of de overheid nu langs de publiekrechtelijke of de privaatrechtelijke weg publieke taken behartigt, zij dient altijd, dus ook bij het aangaan en het uitvoeren van de hier bedoelde contracten, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen en de grondrechten te respecteren. Op dit laatste aspect zal hieronder worden ingegaan.

7.7.2 Inbreuk op grondrechten

In hoofdstuk 4.4.2 is besproken dat naar de zienswijze van de regering bij de Grondwetsherziening van 1983 de klassieke grondrechten onverkort gelden in privaatrechtelijke verhoudingen waarin de burger tot de overheid staat en dat bij gevolg ook in die verhouding het stringente grondwettelijke beperkingssysteem van grondrechten van toepassing moet worden geacht.¹⁰⁴ In deze verhouding is dus géén sprake van horizontale werking van grondrechten, waarbij de mate van doorwerking van grondrechten sterk kan variëren per grondrechtsartikel en artikelonderdeel en waarbij de rechter vrij is om afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de belangenafweging waarvoor hij zich gesteld ziet in concreto te beslissen welk belang aan een bepaald grondrecht moet worden toegekend. De regering heeft haar standpunt later nog bevestigd.¹⁰⁵

Het is prijzenswaardig dat de regering zo onomwonden voor het uit oogpunt van waarborgen en rechtsbescherming voor de burger meest vergaande standpunt heeft gekozen. Het probleem is wel dat de regering niet heeft aangegeven hoe een contractuele beperking van grondrechten door de overheid beoordeeld moet worden tegen het licht van het grondwettelijk beperkingssysteem. Het grondwettelijke systeem voorziet uitsluitend in publiekrechtelijke beperkingsmogelijkheden, namelijk bij wet in formele zin

104. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15.

105. Zie p. 21 en 22 van de MvT bij WO 19 427.

dan wel krachtens delegatie van de wet in formele zin.¹⁰⁶ De regering heeft gekozen voor dit systeem van competentiebepalingen, al dan niet gekoppeld aan doelcriteria en procedurevoorschriften, om uitholling van grondrechten te voorkomen.¹⁰⁷ Met name de uitdrukkelijke verwerping door de regering van de mogelijkheid van algemene beperkingen van grondrechten¹⁰⁸, maakt duidelijk dat alle beperkingen van grondrechten, die niet tot een grondwettelijke clausulering herleidbaar zijn, ongrondwettig zijn. Het grondwettelijk beperkingssysteem is derhalve als dwingend en exclusief te beschouwen. Dit betekent dat voor wat betreft de vraag naar de geoorloofdheid van contractuele beperkingen de uitzondering die de regel van de tweewegenleer bevestigt, van toepassing is. De privaatrechtelijke weg van het beperken van grondrechten is onbegaanbaar, omdat de publiekrechtelijke weg als uitputtend en exclusief is te beschouwen, tenzij de wet met zoveel woorden privaatrechtelijke beperkingen toestaat. Dit betekent dat grondrechtenbeperkende bedingen in overeenkomsten in principe als nietig wegens strijd met de Grondwet dienen te worden beschouwd. Uitsluitend op de publiekrechtelijke wijze, binnen het kader van de grondwettelijke beperkingsclausules, kan een overheidsorgaan op rechtmatige wijze grondrechten beperken op basis van algemene regels gegeven bij of in sommige gevallen, krachtens de wet. Dit geldt ook ten aanzien van het niet in de Grondwet geregelde maar in de jurisprudentie erkende recht om gedrukte stukken te verspreiden, dat als een connex recht behorend bij het kernrecht van de drukpersvrijheid van art. 7 lid 1 Gw wordt beschouwd. In het arrest Tilburg van 1950¹⁰⁹ worden onder bepaalde voorwaarden beperkingen van het verspreidingsrecht, opgenomen in autonome gemeentelijke verordeningen, toelaatbaar geacht. Gezien de zorgvuldigheid waarmee de rechter hier de publiekrechtelijke beperkingsmogelijkheden formuleert, is duidelijk dat de door de rechter gegeven regeling van het verspreidingsrecht exclusief bedoeld is. Exclusiviteit moet ook worden aangenomen van de bevoegdheid van centrale én decentrale wetgevers om de uitingvrijheid van art. 7 lid 3 Gw te beperken op grond van hun eigen autonome wetgevende bevoegdheid; hoewel de publiekrechtelijke beperkingsmogelijkheden hier ruimer zijn is nergens uit af te leiden dat hier aan privaatrechtelijke beperkingsmogelijkheden is gedacht.

Ook de doorgaans ruime beperkingsmogelijkheden van grondrechten in verdragen dienen als een exclusieve publiekrechtelijk regeling te worden opgevat, in verband met het waarborgkarakter van klassieke grondrechten. Weliswaar wordt volgens de verdragsjurisprudentie ook ongeschreven recht onder "voorzien bij de wet" begrepen, maar dan moet voldaan zijn aan twee voorwaarden. Het recht waarop de beperking berust dient voldoende kenbaar te zijn en een norm kan slechts dan beschouwd worden als "wet", wanneer deze met voldoende precisie is geformuleerd, zodat de justitiabele er

106. Tot uitdrukking komend in de formulering van de Grondwetsbepaling. Zie over de gehanteerde terminologie Kortmann, a.w., p. 25 e.v.

107. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 21.

108. Zie Kortmann, a.w., p. 52 e.v.

109. HR 28 november 1950, NJ 1952, 144, m.nt. DJV.

zich naar kan richten.¹¹⁰ Alleen in geval men een contractuele beperking van een grondrecht op een ongeschreven rechtsregel in hierboven aangegeven zin kan funderen, zou die beperking geoorloofd zijn. Dit kan naar mijn mening niet snel worden aangenomen. Bovendien moet worden bedacht dat wanneer het gaat om de beoordeling van de rechtmatigheid van een beperking van een grondrecht dat óók in de Grondwet wordt gegeven, de eisen van het nationale recht en het internationale recht cumulatief van toepassing zijn.

Naar mijn mening is de "oplossing" van het al eerder genoemde arrest van het Hof Leeuwarden inzake het privaatrechtelijke antenneverbod van de gemeente Harlingen¹¹¹, voor het hier gesignaleerde probleem verwerpelijk, omdat het dogmatisch niet zuiver is. Ten aanzien van de geldigheid van het privaatrechtelijke antenneverbod in verband met art. 10 lid 2 van het ECRM oordeelde het Hof dat de grens daar ligt "waar het beding ter bescherming van het publieke belang, ware het in een publiekrechtelijke regeling vastgelegd, in strijd zou komen met een hogere regeling". Zoals in hoofdstuk 4.4.2 al aangegeven, verricht het Hof hier eenzelfde toetsing als ging het om een publiekrechtelijke regeling in plaats van een contractueel beding. Het waarborgkarakter van de regeling van grondrechten en hun beperkingsmogelijkheden in Grondwet en verdragen brengt echter juist met zich mee dat een contractuele beperking niet kan. Het Hof Leeuwarden draait nu de zaak om door uit te gaan van de mogelijkheid van privaatrechtelijke beperking van grondrechten door de overheid en deze dan bij wijze van fictie te toetsen als ware die neergelegd in een publiekrechtelijke regeling. Hoewel deze constructie van het Hof waarschijnlijk bedoeld is als een poging om privaatrechtelijke beperkingen van grondrechten aan de publiekrechtelijke toetsingscriteria voor beperking van grondrechten te onderwerpen ten behoeve van de rechtsbescherming van de burger, wordt de kern van de zaak over het hoofd gezien, namelijk dat een contractuele beperking helemaal niet kan en dat men dus aan een toetsing aan de publiekrechtelijke toetsingscriteria niet toekomt. Het verwerpen van de mogelijkheden van privaatrechtelijke beperking van grondrechten door de overheid, doet ook recht aan de rechtsstaatgedachte omdat in het door mij voorgestane systeem de beperking altijd op een (publiekrechtelijke) algemene regel berust, zodat willekeur wordt voorkomen.

Ik voorzie met mijn standpunt ook geen onoverkomelijke praktische problemen.¹¹² De Wet Openbare Manifestaties delegeert aan de gemeenteraad de bevoegdheid regels te stellen met betrekking tot de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en van het recht tot vergadering en betoging op openbare plaatsen. In deze wet wordt onder openbare plaats verstaan: plaats die krachtens gebruik of bestemming openstaat voor het publiek. Daaronder wordt niet begrepen een gebouw of besloten

110. Eur. Hof RvdM 26 april 1979, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times); vgl. AR 10 jan. 1983, AB 306, m.nt. P.J. Boon (Paspoortinstructie) waarin de Afdeling oordeelde dat aan de eis van "bij de wet voorzien" is voldaan, nu de beperking was neergelegd in een voor ieder duidelijke en toegankelijke regeling. Zie ook HR 9 jan. 1987, AB 231, m.nt. FHvdB (Bespiede bijstandsmoeder). Zie B.F. de Jong, De burger klikt, de rechter wikt, NJB 1987, p. 758.

111. Hof Leeuwarden 23 maart 1983, AB 336. Zie § 7.3.2.

112. Vgl. Kortmann, a.w., p. 44.

plaats bedoeld in art. 6 lid 2 Gw. Tevens is de raad bevoegd op grond van art. 168 gemeentewet het verspreidingsrecht en de meningsuitingen in de zin van art. 7 lid 3 Gw onder bepaalde voorwaarden te beperken. Deze publiekrechtelijke mogelijkheden zijn ruim genoeg om de noodzakelijk te achten beperkingen op grondrechten te maken. Het is daarom m.i. niet meer toegestaan dat de overheid als beheerder of eigenaar van een gebouw grondrechtenbeperkend optreedt als hiervoor geen basis is te vinden in een, algemene publiekrechtelijke regeling.

Zo zijn bijvoorbeeld diverse bepalingen uit het Algemeen Reglement Vervoer, een AMvB houdende vaststelling van een algemeen reglement voor het vervoer op de spoorwegen, onverbindend wegens strijd met de Grondwet. Dit reglement verbiedt in art. 4 o.a. het zonder toestemming van de spoorweg verspreiden van drukwerken, het maken van propaganda, het maken van geluid door middel van een toestel en het maken van rumoer of het op andere wijze verstoren van de rust in de hal, in de wachtkamers, op de perrons in of op andere gedeelten van de stations, dan wel in de treinen. Art. 7 ARV geeft aan het spoorwegpersoneel de bevoegdheid aanwijzingen te geven in het belang van de veiligheid, orde, rust of ter verzekering van een goede bedrijfsgang, die eenieder verplicht is op te volgen. Overtreding van dit Reglement is met straf bedreigd in art. 64 van de Spoorwegwet. Op basis van deze bepalingen kan niet grondrechtenbeperkend worden opgetreden omdat grondwettelijke beperkingen van grondrechten moeten berusten op de formele wet. Deze bepalingen zijn dus onder omstandigheden in strijd met art. 6 Gw (godsdienstvrijheid), art. 7 Gw (vrijheid van drukpers en meningsuiting) en art. 9 Gw (vrijheid van vergadering en betoging). Indien de wetgever deze bepalingen overhevelt naar de Spoorwegwet, het censuurverbod van art. 7 Gw in acht neemt, en de doelcriteria aanpast ten behoeve waarvan spoorwegpersoneel mag optreden, staat de zaak weer op het goede spoor.

In een enkel extreem geval zal misschien een publiekrechtelijke regeling niet voorhanden zijn terwijl toch voor de overheid de dringende noodzaak moet worden erkend om grondrechtenbeperkend op te treden. In een dergelijk geval kan de rechter altijd nog zijn toevlucht nemen tot een redelijke uitleg van grondrechten en een redelijke afweging van belangen. Een dergelijke "noodoplossing" verdedigde de regering in geval bepaalde beperkingen van grondrechten die niet tot een beperkingsclausule herleidbaar zijn, toch algemeen aanvaard werden.¹¹³ Het spreekt voor zich dat deze oplossing slechts met de grootste terughoudendheid kan worden gebezigd.

Art. 1 Gw verdient nog enige bijzonder aandacht omdat het geen beperkingsclausule bevat en dus een absoluut verbod van discriminatie inhoudt. Dit doet de vraag rijzen wanneer er sprake is van discriminatie door de overheid. De regel van gelijke behandeling in gelijke gevallen staat in principe op gespannen voet met het beginsel van de contractsvrijheid. De burger is vrij om overeenkomstig zijn persoonlijke voorkeur te handelen. Als men uitgaat van een rechtstreekse werking van art. 1 Gw in particuliere (horizontale) verhoudingen, zal art. 1 zo moeten worden geïnterpreteerd dat er in het in-

113. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 21, 22. Zie hierover Kortmann, a.w., p. 53 e.v.

dividuele geval een belangenafweging plaatsvindt tussen het belang om niet gediscrimineerd te worden enerzijds en het belang van de contractsvrijheid en - andere - grondrechten anderzijds.¹¹⁴ Indien men van een rechtstreekse werking van grondrechten in horizontale verhoudingen niet wil weten, kan aan art. 1 Gw desalniettemin betekenis worden gehecht in particuliere verhoudingen, via de weg dat een overeenkomst in strijd kan zijn met de openbare orde en goede zeden¹¹⁵ of dat een handelen in strijd wordt geoordeeld met de maatschappelijke betamelijkheid.

Mijns inziens is de vrijheid voor de overheid om onderscheid te maken kleiner dan voor burgers. In het algemeen is de overheid vrij in de keuze van haar leveranciers/contractspartners. De overheid mag echter niet bij voorbaat bepaalde personen of groepen uitsluiten. De overheid behoort in deze zin neutraal te zijn dat niet op basis van persoonlijke of politieke voorkeur een beleid wordt vastgesteld dat a priori mannen, 'Woensdrechtbouwers' of handelaars met Zuid-Afrika uitsluit. Een negatieve keuze is met andere woorden niet toegestaan. Hoe de positieve keuze tot stand komt, staat nog te bezien. Een verschil in behandeling behoort steeds te steunen op de aanwezigheid van verschillende omstandigheden die relevant en gerechtvaardigd kunnen worden geacht om in aanmerking te worden genomen. Tevens dient een dergelijk verschil in behandeling genoegzaam gemotiveerd te worden.¹¹⁶

114. Zie W.C.L. van der Grinten, *Discriminatie en Burgerlijk recht*, Afscheidscollège, p. 6.

115. Vgl. *Mensendieck-arrest*, HR 13 okt. 1969, NJ 1970, 57.

116. Vgl. het eerder genoemde KB Arnhem, van 9 jan, 1987, Stb. 11 en over de motiveringseis Ikon/Amsterdam, HR 27 maart 1987, NJ 273.

Deze studie betreft de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke contracten tussen overheid en burgers. Onderzocht is hoe groot (of hoe klein) de contractsvrijheid van de overheid is en welke de specifiek voor de overheid geldende beperkingen zijn op de contractsvrijheid. Om dat vast te stellen is onderzocht welke materiële rechtsregels het toetsingskader opleveren voor de vaststelling van de contractsvrijheid van de overheid.

Daarbij is als uitgangspunt voorop gezet dat de positie van de overheid als contractspartij een wezenlijk andere is dan die van een particulier, omdat de overheid de behartiging van het algemeen belang tot taak heeft. Deze bijzondere positie wettigt de veronderstelling dat de gewone regels van overeenkomstenrecht verbijzondering en eventueel aanvulling behoeven, wanneer het gaat om de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een door de overheid aangegane overeenkomst, liggend op het terrein van haar publieke taak of bevoegdheid.

Een probleem hierbij is dat men te maken krijgt met twee verschillende compartimenten binnen het Nederlandse recht, namelijk publiek- en privaatrecht. Wanneer de overheid contracteert over een kwestie die ligt op het terrein van een wettelijk geregelde publieke taak of bevoegdheid, is het de vraag of, en zo ja welke, betekenis aan de betreffende geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels moet worden gehecht bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Deze vraag valt uiteen in drie onderdelen. In de eerste plaats zal in algemene zin moeten worden aangegeven hoe de toepasselijkheid van regels van publiekrecht zich verhoudt tot de toepasselijkheid van het privaatrechtelijk contractenrecht. Vervolgens zal per concreet geval moeten worden vastgesteld welke regels van publiekrecht van belang zijn voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een bepaalde overeenkomst. Tot slot dient te worden bepaald welk rechtsgevolg moet worden toegekend aan een geconstateerde schending van regels van publiekrecht bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst.

In hoofdstuk 2 is beschreven wanneer een rechtspersoon gerekend dient te worden tot "de overheid", ten aanzien waarvan een bijzondere positie als contractspartij kan worden aangenomen. Het betreft hier de zgn. publiekrechtelijke rechtspersonen; dit zijn rechtspersonen waarvan organisatie en inrichting door regels van publiekrecht worden beheerst. Art. 1 boek 2 BW bepaalt welke overheidslichamen rechtspersonen zijn in de zin van het BW. Op grond van lid 1 van dit artikel bezitten rechtspersoonlijkheid de staat, provincies, gemeenten, waterschappen, veenschappen, veenpolders en alle overige lichamen waaraan daadwerkelijk verordenende bevoegdheid krachtens de Grond-

wet is verleend. Op grond van het tweede lid hebben andere lichamen aan wie een deel van de overheidstaak is opgedragen slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt. Lichaam heeft hier de met het spraakgebruik overeenstemmende betekenis van organisatie of instelling. Het criterium van de overheidstaak heeft geen zelfstandige betekenis. Voor de verlening van rechtspersoonlijkheid is steeds een beslissing van de wetgever vereist. De wetgever kan de bevoegdheid tot toekenning van rechtspersoonlijkheid delegeren. De rechtspersoonlijkheid hoeft niet met zoveel woorden toegekend te worden; zij kan ook uit de strekking van een wettelijke regeling volgen, met name wanneer daaruit blijkt dat het lichaam slechts als zelfstandige drager van rechten en verplichtingen kan worden gedacht. Van de bestaande publiekrechtelijke rechtspersonen is een opsomming gegeven.

Vervolgens is onderzocht in hoeverre privaatrechtelijke rechtspersonen die met een overheidstaak zijn belast voor ons onderwerp relevant zijn. De overheid richt ter behartiging van overheidstaken privaatrechtelijke rechtspersonen op of neemt daarin deel. Daarnaast komt het voor dat aan privaatrechtelijke rechtspersonen wettelijke taken en bijbehorende beschikkingsbevoegdheden worden opgedragen. Indien een wettelijke bepaling is aan te wijzen die aan een privaatrechtelijke rechtspersoon zekere publiekrechtelijke bevoegdheden geeft, is de rechtspersoon voorzover het de uitoefening van die bevoegdheden betreft, bekleed met enig openbaar gezag en dus administratief orgaan in de zin van de Wet Arob. Besluiten genomen door de privaatrechtelijke rechtspersoon in het kader van de uitoefening van de betreffende bevoegdheid zijn dan ook te beschouwen als beschikkingen waartegen krachtens de Wet Arob beroep open staat. Ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen (met name stichtingen) die, doorgaans niet op een specifieke wettelijke grondslag berustende, subsidiebevoegdheden bezitten, dient de eis te worden gesteld dat uit een algemeen verbindend voorschrift blijkt, dat de betreffende privaatrechtelijke rechtspersoon met een overheidstaak is belast. De grens met rechtspersonen zonder openbaar gezag is anders niet te trekken.

Indien een privaatrechtelijk rechtspersoon tevens administratief orgaan is, beperkt dit de contractsvrijheid van de privaatrechtelijke rechtspersoon op vergelijkbare wijze als die van publiekrechtelijke rechtspersonen. De wettelijke taak- of bevoegdheidsomschrijving alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing indien en voorzover de rechtspersoon contracteert ten aanzien van zijn overheidstaak of bevoegdheid. In zoverre verschilt dus de contractsvrijheid van een privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens administratief orgaan is in de zin van de Wet Arob, van die van een privaatrechtelijk rechtspersoon die dat niet is.

In hoofdstuk 3 wordt, na kort te hebben stil gestaan bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, ingegaan op de vraag naar de onderlinge verhouding van publiek- en privaatrecht. De relevantie van deze vraag is gelegen op het gebied van de rechtsbescherming. Het rechtsbeschermingsvraagstuk heeft op dit punt twee componenten: a) de formele, processuele kant van de zaak; dienen publiekrechtelijke geschillen en handelingen van de overheid die verricht worden krachtens publiekrecht door een aparte administratieve rechter te worden beoordeeld? b) de materiële kant van de zaak; de vraag

naar het toepasselijke recht; welke regels van geschreven en ongeschreven recht zijn van toepassing op een bepaalde rechtsverhouding waarin de overheid tot de burger staat. Deze kwestie is de kernvraag van deze studie voor wat betreft overeenkomsten.

In de literatuur kan men twee benaderingswijzen onderscheiden om te komen tot een antwoord op de vraag naar het toepasselijke recht. De ene benaderingswijze staat bekend als de gemene rechtsleer, de andere als de methode van de aard der rechtsverhouding. In de gemene rechtsleer beschouwt men het privaatrecht als gemeen recht in die zin, dat het niet alleen de verhouding tussen burgers onderling betreft, maar in beginsel ook geldt voor de overheid, voor zover het privaatrecht zelf geen aanwijzing van het tegendeel bevat, het publiekrecht daaraan niet derogeert of anderszins de toepassing van het privaatrecht niet met die van het publiekrecht onverenigbaar zou zijn. Volgens de andere methode is de aard van de rechtsverhouding bepalend voor het op die rechtsverhouding toepasselijke recht. Het onderscheidend criterium ter beantwoording van de vraag of een rechtsverhouding door publiek- dan wel privaatrecht wordt beheerst is dan, of de overheid als zodanig dan wel op gelijke voet met de particulier handelt, of het object van de overeenkomst al dan niet de bestuurstaak is. Als meer recente volgelingen van deze opvatting zijn Van der Hoeven en Lubach te beschouwen. Van der Hoeven heeft erop gewezen dat de kernvraag is, in hoeverre het toepasselijke materiële recht invloed ondergaat van de omstandigheid dat in een bepaalde rechtsverhouding de overheid als behartiger van het algemeen belang optreedt, vergeleken met rechtsverhoudingen waarbij de behartiging van het algemeen belang niet speelt. Lubach bepleit in dit kader toepassing van een mengvorm van ongeschreven rechtsregels van privaat- en publiekrechtelijke herkomst. Het gaat er in diens opvatting om, na te gaan hoe - gezien de aard der rechtsverhouding - de algemene rechtsbeginselen moeten worden verbijzonderd tot toepasselijke rechtsregels. Naar mijn mening is ook een gemengde toepassing van geschreven regels mogelijk, in het bijzonder wanneer geschreven rechtsregels naar de wet verwijzen of algemene, open normen bevatten, zoals openbare orde en goede zeden dan wel discretionaire bevoegdheden formuleren.

De vraag of er behalve ongeschreven regels ook geschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn, hangt af van het onderwerp van de overeenkomst. Betreft het een onderwerp dat in het publiekrecht een regeling heeft gevonden, dan zijn die publiekrechtelijke regels mede van toepassing bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Mijn uitgangspunt om te komen tot de vaststelling van toepasselijke regels van publiek- en privaatrecht die de contractsvrijheid van de overheid normeren, houdt een synthese in van de gemene rechtsleer en de methode van de aard der rechtsverhouding. Op basis van de gemene rechtsleer wordt een gemengde toepassing van rechtsregels voorgeschreven. "Bijmenging" van regels van publiekrecht treedt op steeds wanneer een algemeen belang door de overeenkomst geraakt wordt. Naarmate het publieke belang, dat publiekrechtelijke rechtspersonen beogen te dienen d.m.v. het aangaan van een overeenkomst, meer of minder stringent door het publiekrecht is genormeerd, zal er een hiermee corresponderende doorwerking van de betreffende regels van publiekrecht plaatsvinden in de overigens door het privaatrecht beheerste rechtsverhouding.

In hoofdstuk 4 is bovenomschreven uitgangspunt nader uitgewerkt. Eerst wordt een overzicht gegeven van de privaatrechtelijke grenzen van de contractsvrijheid in het algemeen; strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 1371, 1373 BW en art. 3.2.7. NBW); misbruik van omstandigheden; strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 1374 lid 3 BW en art. 6.1.1.2. lid 1 NBW). Van het Nieuw BW worden genoemd Afdeling 6.5.2A (Algemene voorwaarden), art. 3.1.1.14 (misbruik van bevoegdheid) en art. 3.1.1.15 (verbod van bevoegdheidsuitoefening in strijd met regels van publiekrecht). Vervolgens is beschreven welke specifieke normen rechtspraak en literatuur opleveren voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van overeenkomsten met de overheid. Hierbij staat de zgn. tweewegenleer centraal, inhoudende dat de overheid ter behartiging van haar publieke taken in principe de vrijheid heeft om naast, of in plaats van een bestaande publiekrechtelijke weg de privaatrechtelijke weg te volgen, tenzij de publiekrechtelijke weg dwingend en exclusief bedoeld is.

De bescherming van derden-belanghebbenden dient geen grond voor de nietigheid van een tussen overheid en wederpartij gesloten overeenkomst te zijn. Ter bescherming van hun positie wordt voorgesteld om, naar analogie van de regels over bekendmaking van besluiten zoals geformuleerd in het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, in de wet te bepalen dat besluiten tot het aangaan van een overeenkomst door de overheid moeten worden gepubliceerd in een van overheidswege uitgegeven blad of in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.

Vervolgens is een invulling van het toepasselijke materiële recht gegeven. Daarbij is in het kader van de toepassing van de regels van het privaatrecht aangegeven welke plaats en betekenis geschreven en ongeschreven publiekrechtelijke regels kunnen hebben. Zo zal de overheid bij de vaststelling van de inhoud van contracten in het bijzonder in acht moeten nemen de grondrechten, waaronder met name het gelijkheidsbeginsel, en onder omstandigheden het verbod van détournement de pouvoir om strijd met de wet te voorkomen. Bij de toetsing van de inhoud van overheidsovereenkomsten aan de openbare orde en goede zeden als privaatrechtelijke normen van ongeschreven recht, zijn de ongeschreven publiekrechtelijke beginselen van het verbod van détournement de pouvoir, willekeur cum annexis (namelijk materieel zorgvuldigheids- en het evenredigheidsbeginsel), en eventueel het vertrouwensbeginsel van toepassing. Tevens zijn enige formele beginselen toepasbaar te achten, namelijk het verbod van détournement de procédure en het fair play-beginsel. Schending van een van deze beginselen zal rechtstreeks strijd met de openbare orde en goede zeden opleveren. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de formele beginselen en het verbod van willekeur, zijn ook van toepassing bij het leerstuk van misbruik van omstandigheden. Een geconstateerde schending van een van deze beginselen leidt niet automatisch, maar wel gemakkelijker tot het oordeel dat de overheid een overeenkomst is aangegaan onder misbruik van omstandigheden.

Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de goede trouwtoetsing een rol kunnen spelen, is sinds het arrest Amsterdam/Ikon als een regel van positief recht te beschouwen. De in dit arrest aanvaarde directe toetsing aan de algemene

beginselen van behoorlijk bestuur is beperkt tot door de goede trouw (ofwel redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsverhoudingen. Uit het oogpunt van rechtsbescherming is de betekenis van rechtstreekse toetsing beperkt, als daarmee een restrictieve uitleg van de algemene beginselen gepaard gaat. Bijna alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen onder omstandigheden van directe toepassing zijn in het kader van de toetsing van de overeenkomst aan de redelijkheid en billijkheid. Vooral aan het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het motiveringsbeginsel komt in deze fase gewicht toe.

Het in hoofdstuk 3 geformuleerde en in hoofdstuk 4 nader uitgewerkte uitgangspunt wordt in de hoofdstukken 5, 6 en 7 in de praktijk gebracht. In deze hoofdstukken zijn overeenkomsten en bedingen besproken van verschillend karakter. Met deze drie hoofdstukken correspondeert een indeling van de te bespreken overeenkomsten in drie categorieën, waarbij de normering van het geschreven publiekrecht successievelijk afneemt.

In hoofdstuk 5 is de rechtsgeldigheid van overeenkomsten en toezeggingen met betrekking tot de uitoefening van verschillende publiekrechtelijke bevoegdheden besproken, overeenkomsten en toezeggingen dus waarin de publiekrechtelijke rechtspersoon zich rechtstreeks verbindt ten aanzien van de uitoefening van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid. Achtereenvolgens komen overeenkomsten en toezeggingen aan de orde met betrekking tot de aanstelling in de openbare dienst en de rechtspositie van ambtenaren, met betrekking tot uitkeringen en met betrekking tot belastingheffing, in het bijzonder het fiscale compromis contra legem. Steeds is daarbij in concreto aangegeven welke betekenis de betreffende publiekrechtelijke regels en algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van en de gebondenheid aan de overeenkomst. Het vertrouwensbeginsel brengt onder omstandigheden met zich mee dat gebondenheid aan overeenkomsten of toezeggingen die met een juiste wettoepassing in strijd zijn, wordt aanvaard in de vorm van schadevergoedingsverplichtingen. Voorwaarden hiervoor zijn dat: 1) de toezegging van bevoegde zijde gedaan wordt, althans dat de wederpartij dat mocht aannemen; 2) er voor de wederpartij geen reden was om te twifelen aan de juistheid ervan; 3) de wederpartij bij nakoming van de toezegging of overeenkomst niet onredelijk wordt bevoordeeld. Nakoming van de met de wet strijdige overeenkomst of toezegging kan worden geëist ingeval voldaan wordt aan een extra voorwaarde: 4) bij nakoming van de toezegging of overeenkomst dient niet een met de wet strijdige situatie te ontstaan, waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen worden geschaad.

Ook worden overeenkomsten met betrekking tot het gebruik van de woonruimtevoorzorderingsbevoegdheid besproken. Deze zijn in principe niet in strijd met de (strekking van) de Woonruimtetwet. Gezien de grote mate van discretionaire vrijheid die met de bevoegdheid gepaard gaat (art. 32 en 7 WRW) zal een contractuele binding ten aanzien van deze bevoegdheid ook niet snel strijd met de openbare orde of goede zeden opleveren. Dit zal pas het geval zijn, indien een gemeente zich contractueel verbindt de woonruimtevoorzorderingsbevoegdheid voor een ander doel uit te oefenen dan waartoe de

bevoegdheid is gegeven, of op een wijze waartoe zij bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen. Het op basis van een overeenkomst toedelen van de bevoegdheid woonruimtevergunningen te verlenen aan een woningbouwvereniging of andere privaatrechtelijke rechtspersoon is in strijd met art. 1 WRW.

Tot slot worden overeenkomsten en toezeggingen van het college van B en W of van wethouders besproken met betrekking tot door de gemeenteraad te nemen besluiten. Toezeggingen van wethouders met betrekking tot hun stemgedrag in de raad kunnen nooit enige binding voor de gemeente doen ontstaan, hooguit voor wethouders persoonlijk. Concrete toezeggingen zijn nietig wegens strijd met het verbod van last. Toezeggingen die een bevorderingsplicht inhouden met betrekking tot door de raad te nemen besluiten zijn wel rechtsgeldig te achten, maar de zorgvuldigheidsplicht die in acht genomen moet worden bij de naleving van de toezegging reikt niet erg ver.

Hoofdstuk 6 bespreekt de overeenkomsten door gemeenten aangegaan in het kader van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, als middel van kostenverhaal bij de particuliere grondexploitatie. De verlening van de bouwvergunning is de publiekrechtelijke achtergrond van verschillende privaatrechtelijke methoden van kostenverhaal. Het uitwegvergunningstelsel, waarbij door een gemeente doorgaans op basis van eigendom van de openbare weg tegen betaling van een bijdrage in de kosten van openbare voorzieningen een "recht van uitweg" werd verleend, is in al zijn varianten door de Afdeling rechtspraak in strijd met artikel 14 van de Wegenwet geoordeeld. Naar mijn mening zijn de uitwegvergunningstelsels als middel van kostenverhaal in strijd met het imperatieve/limitatieve stelsel van artikel 48 Woningwet. Een middel van kostenverhaal is ook gevonden door het verlenen van vrijstellingen van eisen die de gemeentelijke bouwverordening stelt, zoals het "bouwweg"-vereiste en de parkeervoorzieningeneis. De gemeente verklaart zich dan bereid vrijstelling van de eisen van de bouwverordening te verlenen, onder de voorwaarde van betaling van een bijdrage in de kosten. Dergelijke financiële voorwaarden gesteld bij het verlenen van vrijstelling van eisen van de bouwverordening kunnen worden beschouwd als vergunningsvoorwaarden bij het verlenen van een bouwvergunning. Bijgevolg moeten deze voldoen aan de eisen die de Woningwet stelt aan het verbinden van voorwaarden aan vrijstellingen van vereisten in de bouwverordening, in het bijzonder art. 12 lid 3 WW. Kostenverhaal via het bouwwegvereiste is vrijwel geheel onmogelijk geworden en verhaal via de parkeervoorzieningeneis is beperkt, tengevolge van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak met betrekking tot art. 2 lid 2 Woningwet, inhoudende dat, indien er volgens het bestemmingsplan bouw mogelijkheden bestaan, de bouwvergunning niet op grond van eisen van de bouwverordening mag worden geweigerd. Het hanteren van privaatrechtelijke middelen ter verkrijging van een bijdrage in de kosten van voorzieningen van openbaar nut, zoals de aanleg van riolering, gas, water en licht, als voorwaarde voor de aansluiting op deze voorzieningen, is m.i. geoorloofd, mits daarbij niet gehandeld wordt in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel. Kostenverhaal bij bestemmingsplanherziening of bij toepassing van de anticipatieprocedure van art. 19 WRO is door de Afdeling rechtspraak van de hand

gewezen, althans voor wat betreft het verhalen van de volledige exploitatiekosten van een bestemmingsplan op de burger. Hiervoor zijn volgens de Afdeling slechts drie mogelijkheden, namelijk door middel van bouwgrondbelasting, exploitatieovereenkomst en gronduitgifte. Naar aanleiding van de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak wordt voorgesteld om de privaatrechtelijke mogelijkheden voor kostenverhaal vooral te zoeken in toepassing van de exploitatieverordening. Deze dient voor dat doel zodanig uitgebreid te worden dat ook regels worden gegeven voor kostenverhaal van partiële exploitatiekosten, zoals in geval van planherziening of bij het aanbrengen van een afzonderlijke voorziening van openbaar nut. Daarnaast dient in art. 48 Woningwet de bepaling opgenomen te worden dat de bouwvergunning ook geweigerd dient te worden wanneer de bouwaanvrager weigert volgens de exploitatieverordening een exploitatie-overeenkomst met de gemeente aan te gaan.

Daar waar de overeenkomst als beschikkingsvoorwaarde fungeert, kan tegen het stellen van deze voorwaarde beroep worden ingesteld bij de Afdeling rechtspraak. Vanwege de ondoorzichtige verstengeling van publiek- en privaatrecht op het punt van de hier besproken middelen van kostenverhaal dient in deze gevallen echter een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht van beschikkingen te worden aangevaard, in die zin dat de burgerlijke rechter toch zelfstandig nog de rechtsgeldigheid van de overeenkomst mag onderzoeken.

Tot slot van dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan het bedingen van een financiële bijdrage door een gemeente voor het verlenen van toestemming tot woonruimte-onttrekking krachtens de Woonruimtetwet. Dit is geoorloofd indien het een onttrekking betreft die de wet kent (zoals ter verkrijging van een bedrijfsruimteverklaring als bedoeld in art. 1 lid 6 WW) en de beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen.

In hoofdstuk 7 zijn overeenkomsten besproken waarmee de overheid publieke taken beoogt te vervullen geheel buiten de wettelijk gegeven publiekrechtelijke bevoegdheden om, vooral op basis van haar eigenaarspositie. Ook op deze overeenkomsten zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, omdat alleen al het gegeven dat de overheid te allen tijde gehouden is het algemeen belang te behartigen, voldoende reden is om de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden door de overheid niet op een lijn te stellen met die door een particulier. Besproken worden de op het terrein van de ruimtelijke ordening liggende contractuele antenneverboden. Deze dienen te voldoen aan de eisen van de vrijheid van meningsuiting, zoals neergelegd in art. 10 ECRM.

De in algemene voorwaarden neergelegde onopzegbare verplichtingen tot aansluiting op centrale antenne-inrichtingen zijn volgens de Hoge Raad onredelijk bezwarend, zodat een beroep daarop in beginsel in strijd met de goede trouw is.

Vervolgens komt de rechtsgeldigheid van contractuele bedingen aan de orde over het gebruik van onroerend goed met een openbare bestemming. Ten aanzien van zaken met een openbare bestemming kan niet gecontracteerd worden voorzover het een gebruik betreft dat tot het "normale gebruik" dient te worden gerekend. Uitsluitend de publiekrechtelijke weg staat dan open. Gaat het om bijzonder gebruik van een zaak met een

openbare bestemming, dan staat het de overheid vrij om haar eigenaarsbevoegdheden te gebruiken ter behartiging van een bepaald publiek belang en overeenkomsten met betrekking tot het bijzonder gebruik aan te gaan, tenzij dat bepaalde belang al in een publiekrechtelijke regeling expliciet en uitputtend is behartigd. Wel dient de overheid daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur en het gelijkheidsbeginsel, in acht te nemen. Deze beginselen kunnen ook meebrengen dat de overheid onder omstandigheden gehouden is te contracteren of om eigenaarstoestemming te geven.

Ook ten aanzien van zaken zonder openbare bestemming worden in contracten voorwaarden opgenomen over het gebruik of de bestemming, met name tot naleving van het bestemmingsplan. Deze zijn in principe rechtsgeldig. Ook mogen aanvullende of zwaardere voorwaarden bedongen worden, mits deze niet in strijd komen met bestemmingsplanvoorschriften of algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan wel tot stand gekomen zijn door misbruik van omstandigheden. Ook worden overeenkomsten besproken waarin de overheid zich verplicht tot handhaving van een bijzondere of openbare bestemming. Afwijking hiervan door de overheid ter uitvoering van haar publieke taak leidt tot wanprestatie en schadevergoeding.

Op het terrein van het gemeentelijk beleid van de volkshuisvesting worden de zgn. verkoopregulerende bedingen bij de gronduitgifte besproken, die ten aanzien van de te bouwen woningen een vervreemdingsbeperkende, woonruimteverdelende en/of prijsregulerende functie hebben. Vervolgens wordt het privaatrechtelijk optreden van de overheid besproken op het gebied van de milieubescherming. Ook komt aan de orde de rechtsgeldigheid van bedingen, die betrekking hebben op het sociale beleid in ondernemingen, door gemeenten in erfpachtsvoorwaarden opgenomen ter uitvoering van een sociaal vestigingsbeleid. Deze bedingen worden nietig geacht. Tot slot wordt in algemene zin aandacht besteed aan overige beleidsovereenkomsten. Verdedigd wordt dat de overheid ook in privaatrechtelijke verhoudingen de grondrechten moet respecteren en dat deze alleen dan rechtmatig kunnen worden beperkt indien de privaatrechtelijke beperking berust op de grondwettelijke en verdragsrechtelijke beperkingsclausules.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Rechtswirksamkeit privatrechtlicher Verträge zwischen Behörden und Bürgern. Untersucht wurde, wie groß (oder wie klein) die Vertragsfreiheit einer Behörde ist und welche die insbesondere für Behörden geltenden Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind. Um das festzustellen, wurde untersucht, an welchen materiellen Rechtsregeln die Feststellung der Vertragsfreiheit einer Behörde geprüft wird.

Dabei wurde als Ausgangspunkt vorausgesetzt, daß die Position einer Behörde als Vertragspartei eine wesentlich andere ist, als die einer Privatperson, weil einer Behörde die Wahrnehmung öffentlicher Interessen obliegt. Diese besondere Position berechtigt zu der Annahme, daß die normalen Regeln des Vertragsrechtes einer Präzisierung und eventuell einer Ergänzung bedürfen, wenn es die Beurteilung der Rechtswirksamkeit eines von einer Behörde im Bereich ihrer öffentlichen Aufgabe oder Zuständigkeit abgeschlossenen Vertrages betrifft.

Ein Problem dabei ist, daß da zwei verschiedene Abteilungen innerhalb des niederländischen Rechts, nämlich öffentliches und Privatrecht, eine Rolle spielen. Wenn eine Behörde über eine Angelegenheit, die in den Bereich einer gesetzlich geregelten öffentlichen Aufgabe oder Zuständigkeit fällt, einen Vertrag abschließt, fragt sich, ob, und wenn ja, welche Bedeutung den betreffenden geschriebenen und ungeschriebenen öffentlich-rechtlichen Regeln bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages beizumessen ist. Diese Frage läßt sich in drei Teile gliedern. Zunächst wird in allgemeinem Sinne zu erörtern sein, wie die Anwendbarkeit von Regeln des öffentlichen Rechts sich zu der Anwendbarkeit des privatrechtlichen Vertragsrechts verhält. Anschließend wird für jeden einzelnen Fall festgestellt werden müssen, welche Regeln des öffentlichen Rechts für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit eines bestimmten Vertrages von Belang sind. Schließlich muß entschieden werden, welche Rechtsfolge einer festgestellten Verletzung der Regeln des öffentlichen Rechts bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages zuzumessen ist.

Im 2. Kapitel wird die Frage erörtert, wann eine Rechtsperson als "Behörde", angesichts derer eine besondere Position als Vertragspartei vorausgesetzt werden kann, zu betrachten ist. Es handelt sich dabei um die sogenannten öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen; dies sind Rechtspersonen, deren Organisation und Einrichtung von Regeln des öffentlichen Rechts beherrscht werden. Im § 1 des 2. Bandes des niederländischen

1. Übersetzung aus dem Niederländischen: R.E. ter Doest.

Bürgerlichen Gesetzbuches (BW) ist festgelegt worden, welche Verwaltungsbehörden im Sinne des BW Rechtspersonen sind. Auf Grund des 1. Absatzes dieses Paragraphen haben Rechtspersönlichkeit: der Staat, die Provinzen, Gemeinden, Deichgenossenschaften, "veenschappen" und "veenpolders" (Polderaufsichtsbehörden) und alle sonstigen Beispiele grundgesetzlicher Dezentralisation, sofern es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt, die auf Grund des Grundgesetzes eigens Verordnungsbefugnis erhalten haben. Auf Grund des zweiten Absatzes haben andere Körperschaften, auf die ein Teil des Aufgabenbereiches des Staates übertragen worden ist, nur Rechtspersönlichkeit, wenn dies aus den gesetzlichen, oder durch das Gesetz begründeten Bestimmungen hervorgeht. Das Wort Körperschaft (niederl. "lichaam") hat hier die mit dem Sprachgebrauch übereinstimmende Bedeutung: Organisation oder Institution. Das Kriterium der "öffentlichen Aufgabe" hat keine selbständige Bedeutung. Für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit ist immer eine Ermächtigung des Gesetzgebers erforderlich. Der Gesetzgeber kann diese Befugnis delegieren. Die Rechtspersönlichkeit braucht nicht unbedingt explizit zuerkannt zu werden; sie kann auch aus dem Tenor einer gesetzlichen Regelung hervorgehen, insbesondere, wenn daraus hervorgeht, daß die Körperschaft nur als selbständige Trägerin von Rechten und Verpflichtungen gedacht werden kann. Von den jetzigen öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen ist eine Auflistung hinzugefügt worden.

Anschließend wurde untersucht, inwieweit privatrechtliche Rechtspersonen, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut wurden, für unser Thema interessant sind. Behörden gründen zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben privatrechtliche Rechtspersonen oder beteiligen sich daran. Daneben werden privatrechtliche Rechtspersonen mit gesetzlichen Aufgaben beauftragt und erhalten zugehörige Verfügungsbefugnisse. Wenn sich eine gesetzliche Bestimmung finden läßt, die einer privatrechtlichen Rechtsperson bestimmte öffentlich-rechtliche Befugnisse erteilt, ist die Rechtsperson, insoweit es die Ausübung dieser Befugnisse betrifft, mit einer gewissen öffentlichen Autorität ausgestattet und somit verwaltungsrechtliche Behörde im Sinne des niederländischen Arob-Gesetzes (Verwaltungsgerichtsbarkeit in bezug auf Verfügungen von Amtsbehörden). Beschlüsse, die von der privatrechtlichen Rechtsperson im Rahmen der Ausübung der betreffenden Befugnis gefaßt worden sind, sind somit als Verfügungen zu betrachten, wogegen auf Grund des Arob-Gesetzes Berufung eingelegt werden kann. An privatrechtliche Rechtspersonen (insbesondere Stiftungen), die in der Regel über nicht durch eine spezifische gesetzliche Grundlage begründete Subventionierungsbefugnisse verfügen, ist die Anforderung zu stellen, daß aus einer allgemein verbindlichen Vorschrift hervorgehen muß, daß die betreffende privatrechtliche Rechtsperson mit einer öffentlichen Aufgabe beauftragt worden ist. Die Grenze mit Rechtspersonen ohne öffentliche Autorität läßt sich sonst nicht ziehen.

Wenn eine privatrechtliche Rechtsperson ebenfalls verwaltungsrechtliche Behörde ist, schränkt dies die Vertragsfreiheit privatrechtlicher Rechtspersonen auf ähnliche Weise ein, wie die öffentlich-rechtlicher Rechtspersonen. Die gesetzliche Beschreibung des Aufgaben- und Befugnisbereichs sowie die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sind anwendbar, wenn und insoweit die Rechtsperson im Hinblick auf ihre

öffentliche Aufgabe oder Befugnis einen Vertrag abschließt. Insoweit unterscheidet sich also die Vertragsfreiheit einer privatrechtlichen Rechtsperson, die ebenfalls verwaltungsrechtliche Behörde im Sinne des AroB-Gesetzes ist, von der einer privatrechtlichen Rechtsperson, die das nicht ist.

Im Kapitel 3 wird, nach kurzer Beschäftigung mit dem Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht, die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis von öffentlichem und Privatrecht erörtert. Die Relevanz dieser Frage liegt auf dem Gebiet des Rechtsschutzes. Die Rechtsschutzfrage hat in dieser Hinsicht zwei Seiten:

- a) die formale, prozessuale Seite; müssen öffentlich-rechtliche Streitigkeiten und Handlungen einer Behörde, die auf Grund des öffentlichen Rechtes durchgeführt werden, von einem separaten Verwaltungsgericht beurteilt werden?
- b) die materielle Seite, die Frage nach dem anwendbaren Recht; welche Regeln des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts sind auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, in dem die Behörde zum Bürger steht, anwendbar? Diese Frage ist die zentrale Frage dieser Arbeit, insoweit es Verträge betrifft.

In der Literatur lassen sich zwei Betrachtungsweisen, die versuchen, eine Antwort auf die Frage nach dem anwendbaren Recht zu geben, unterscheiden. Die eine Betrachtungsweise ist als die Gemeinrechtslehre bekannt, die andere als die Methode der Art des Rechtsverhältnisses. In der Gemeinrechtslehre betrachtet man das Privatrecht als allgemeines Recht in dem Sinne, daß es nicht nur das Verhältnis zwischen den Bürgern untereinander betrifft, sondern grundsätzlich auch für Behörden gilt, sofern das Privatrecht selbst keinen Hinweis auf das Gegenteil enthält, das öffentliche Recht dies nicht derogiert, oder auf andere Art und Weise die Anwendung des Privatrechts nicht mit der des öffentlichen Rechts unvereinbar wäre. Laut der anderen Methode bestimmt die Art des Rechtsverhältnisses das auf das Rechtsverhältnis anwendbare Recht. Das unterscheidende Kriterium zur Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsverhältnis von öffentlichem, oder aber vom Privatrecht beherrscht wird, ist somit, ob die Behörde als solche auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit der Privatperson handelt, ob das Vertragsobjekt die Verwaltungsaufgabe ist oder nicht. Als rezentere Nachfolger dieser Auffassung sind Van der Hoeven und Lubach zu betrachten. Van der Hoeven hat darauf hingewiesen, daß die zentrale Frage ist, inwieweit das anwendbare materielle Recht von dem Umstand beeinflußt wird, daß in einem bestimmten Rechtsverhältnis die Behörde das öffentliche Interesse zu vertreten hat, im Vergleich zu Rechtsverhältnissen, wobei dieser Umstand keine Rolle spielt. Lubach befürwortet in diesem Rahmen die Anwendung einer Mischform ungeschriebener Rechtsregeln privat- und öffentlich-rechtlicher Herkunft. In seiner Auffassung geht es darum, zu untersuchen, wie - im Hinblick auf die Art des Rechtsverhältnisses - die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu anwendbaren Rechtsregeln spezifiziert werden müssen. Meiner Meinung nach ist auch eine Anwendung einer Mischform geschriebener Regeln möglich, insbesondere, wenn geschriebene Rechtsregeln auf das Gesetz verweisen, oder allgemeine, offene Normen enthalten, wie z.B. die öffentliche Ordnung und die guten Sitten, oder aber Ermessensbefugnisse formulieren.

Die Frage, ob außer ungeschriebene Regeln auch geschriebene Regeln des öffentlichen Rechts anwendbar sind, hängt von dem Gegenstand des Vertrages ab. Betrifft es einen Gegenstand, der im öffentlichen Recht geregelt worden ist, so sind die öffentlich-rechtlichen Regeln bei der Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages ebenfalls anwendbar. Mein Ausgangspunkt bei der Feststellung anwendbarer Regeln des öffentlichen und Privatrechts, die die Vertragsfreiheit der Behörden normieren, beinhaltet eine Synthese der Gemeinrechtslehre und der Methode der Art des Rechtsverhältnisses. Auf Grund der Gemeinrechtslehre wird bei der Anwendung von Rechtsregeln eine Mischform vorgeschrieben. "Zumischung" von Regeln des öffentlichen Rechts gibt es immer, wenn ein öffentliches Interesse von dem Vertrag betroffen wird. Nachdem das öffentliche Interesse, das öffentlich-rechtliche Rechtspersonen durch das Abschließen eines Vertrages zu vertreten beabsichtigen, mehr oder weniger stringent vom öffentlichen Recht normiert worden ist, wird es eine damit korrespondierende Fortwirkung der betreffenden Regeln des öffentlichen Rechts in das im übrigen vom Privatrecht beherrschte Rechtsverhältnis geben.

Im Kapitel 4 ist vorerwählter Ausgangspunkt weiter ausgearbeitet worden. Zunächst wird eine Übersicht der privatrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit im allgemeinen gegeben; Gesetzwidrigkeit, Verstöße gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung (§ 1371, 1373 BW und § 3.2.7. NBW); Ausbeutung einer Notlage; Verstöße gegen die Billigkeit (§ 1374, Abs. 3 BW und § 6.1.1.2., Abs.1 NBW). Vom Neuen Bürgerlichen Gesetzbuch (NBW) wird die Abteilung 6.5.2A (Allgemeine Geschäftsbedingungen), § 3.1.1.14 (Ermessensmißbrauch) und § 3.1.1.15 (Verbot der Ausübung von Befugnissen, die gegen die Regeln des öffentlichen Rechts verstoßen), behandelt.

Anschließend wurde erörtert, welche spezifischen Normen die Rechtsprechung und die Literatur für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit von Verträgen mit Behörden ergeben. Dabei steht die sogenannte "Zwei-Wege-Lehre" zentral, die beinhaltet, daß Behörden zur Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben grundsätzlich die Freiheit haben, neben oder anstatt eines bestehenden öffentlich-rechtlichen Weges den privatrechtlichen Weg zu gehen, es sei denn, daß der öffentlich-rechtliche Weg zwingend und exklusiv gemeint ist.

Der Schutz von mittelbar Betroffenen sollte kein Grund zur Nichtigkeit eines zwischen einer Behörde und einer Gegenpartei geschlossenen Vertrages sein. Zum Schutz ihrer Position wird wohl vorgeschlagen, in Analogie zu den Regeln bezüglich der Veröffentlichung von Beschlüssen, wie im Vorentwurf des Allgemeinen Gesetzes für Verwaltungsrecht formuliert worden ist, im Gesetz festzulegen, daß Beschlüsse zum Abschließen eines Vertrages von einer Behörde in einem von der Behörde herausgegebenen Blatt oder in einem Tages-, Nachrichten- oder Anzeigenblatt veröffentlicht werden müssen.

Anschließend gibt es eine Auslegung des anwendbaren materiellen Rechts. Dabei ist im Rahmen der Anwendung der Regeln des Privatrechts berücksichtigt worden, welchen Standort und welche Bedeutung geschriebene und ungeschriebene öffentlich-rechtliche Regeln haben können. So werden Behörden bei der Festlegung von Ver-

tragsinhalten insbesondere die Grundrechte, darunter vor allem das Gleichheitsprinzip, und unter Umständen das Verbot des Ermessensmißbrauchs berücksichtigen müssen, um Verstöße gegen das Gesetz zu vermeiden. Bei der Prüfung des Inhaltes von Verträgen mit Behörden an der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten als privatrechtlichen Normen ungeschriebenen Rechtes sind die ungeschriebenen öffentlich-rechtlichen Grundsätze vom Verbot des Ermessensmißbrauchs, die damit verbundene Willkür u.ä. (nämlich das materielle Sorgfältigkeits- und Proportionalitätsprinzip) und eventuell der Vertrauensgrundsatz anwendbar. Ebenfalls sind einige formelle Grundsätze für anwendbar zu halten, nämlich das Verbot des Verfahrensmißbrauchs und das Fair-play-Prinzip. Verletzung eines dieser Grundsätze wird ein direkter Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten ergeben. Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, insbesondere die formellen Grundsätze und das Verbot der Willkür, sind auch auf die Ausbeutung einer Notlage anwendbar. Eine festgestellte Verletzung eines dieser Grundsätze führt nicht automatisch, wohl aber leicht zu dem Urteil, daß die Behörde einen Vertrag unter Ausbeutung der Notlage abgeschlossen hat.

Daß die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts im Rahmen der Prüfung an dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Rolle spielen können, ist seit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes der Niederlande im Falle Amsterdam/Icon als eine Regel positiven Rechts zu bewerten. Die in dieser Entscheidung akzeptierte direkte Prüfung an den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist auf von dem Grundsatz von Treu und Glauben (oder aber von der Billigkeit) beherrschte Rechtsverhältnisse beschränkt. Im Hinblick auf den Rechtsschutz nützt übrigens eine direkte Prüfung nicht viel, wenn damit eine restriktive Erläuterung der allgemeinen Grundsätze verbunden ist. Fast alle allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts können unter Umständen im Rahmen der Prüfung des Vertrages an der Billigkeit direkt anwendbar sein. Insbesondere dem Gleichheitsprinzip, dem Vertrauensprinzip und dem Begründungsprinzip kommen in dieser Phase eine große Bedeutung zu.

Der im Kapitel 3 formulierte und im Kapitel 4 näher ausgearbeitete Ausgangspunkt wird in den Kapiteln 5, 6 und 7 in die Praxis umgesetzt. In diesen Kapiteln sind Verträge und Klauseln unterschiedlichen Charakters erörtert worden. Diesen drei Kapiteln entspricht eine Einteilung der zu erörternden Verträge in drei Kategorien, wobei die Normierung des geschriebenen öffentlichen Rechtes allmählich abnimmt.

Im Kapitel 5 ist die Rechtswirksamkeit von Verträgen und Zusagen in bezug auf die Ausübung verschiedener öffentlich-rechtlicher Befugnisse erörtert worden, Verträge und Zusagen also, in denen sich die öffentlich-rechtliche Rechtsperson in bezug auf die Ausübung einer bestimmten öffentlich-rechtlichen Befugnis direkt verpflichtet. Zur Sprache kommen der Reihe nach Verträge und Zusagen in bezug auf die Einstellung in den öffentliche Dienst und die Rechtsstellung von Beamten, in bezug auf Unterstützungsgelder und die Besteuerung, insbesondere den steuerlichen Kompromiß contra legem. Immer wurde dabei konkret angegeben, welche Bedeutung die betreffenden öffentlich-rechtlichen Regeln und allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages und der Bindung an den Vertrag haben. Das Vertrauensprinzip bringt unter diesen Umständen mit sich, daß die Bindung an

Verträge oder Zusagen, die gegen eine richtige Gesetzesanwendung verstoßen, in der Form von Schadenersatzverpflichtungen akzeptiert wird. Voraussetzungen dafür sind, daß:

- 1) die Zusage von zuständiger Seite gemacht wird, zumindest, daß die Gegenpartei dies annehmen durfte;
- 2) es für die Gegenpartei keinen Grund zum Zweifel an deren Richtigkeit gibt;
- 3) die Gegenpartei bei Erfüllung der Zusage oder des Vertrages nicht auf unbillige Weise bevorzugt wird.

Die Erfüllung des gegen das Gesetz verstoßenden Vertrages, oder einer entsprechenden Zusage, kann verlangt werden, sofern einer zusätzlichen Voraussetzung entsprochen wird:

- 4) bei Erfüllung der Zusage oder des Vertrages soll nicht eine gegen das Gesetz verstoßende Situation, wobei schwerwiegenden gesellschaftlichen Interessen geschadet werden, entstehen.

Auch werden Verträge in bezug auf die Ausübung der Wohnraumeinzugsbefugnis erörtert. Diese verstoßen grundsätzlich nicht gegen (den Tenor des) das Wohnraumgesetz(es). Im Hinblick auf das hohe Maß an Ermessensfreiheit, das mit der Befugnis verbunden ist (§ 32 und 7 des Wohnraumgesetzes (WRW)), wird eine vertragliche Bindung in bezug auf diese Befugnis auch nicht leicht gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen. Dies wird erst der Fall sein, wenn sich eine Gemeinde vertragsmäßig verpflichtet, die Wohnraumeinzugsbefugnis für einen anderen Zweck auszuüben, als den, wofür die Befugnis erteilt wurde, oder auf eine Art und Weise, wozu sie sich nach Abwägung aller beteiligten Belange nicht hätte entscheiden können. Die auf Grund eines Vertrages an eine Wohnungsbaugesellschaft oder an eine andere privatrechtliche Rechtsperson erfolgte Zuerteilung der Befugnis, Wohnberechtigungen auszugeben, verstößt gegen § 1 des WRW.

Schließlich werden Verträge und Zusagen des Magistrats oder der Beigeordneten in bezug auf vom Gemeinderat zu fassende Beschlüsse behandelt. Zusagen von Beigeordneten in bezug auf ihr Wahlverhalten im Gemeinderat können nie irgendeine Bindung für die Gemeinde entstehen lassen, höchstens für die Beigeordneten persönlich. Konkrete Zusagen sind nichtig, weil sie gegen das Verbot der Einschränkung des freien Mandats verstoßen. Zusagen, wodurch sich ein Beigeordneter verpflichtet, bestimmte vom Gemeinderat zu fassende Beschlüsse zu fördern, sind wohl als rechtswirksam zu betrachten, doch die bei der Erfüllung der Zusage zu berücksichtigende Sorgfaltspflicht reicht nicht sehr weit.

Kapitel 6 behandelt die von Gemeinden im Rahmen der Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse als Mittel zur Kostenrückerstattung bei der Erschließung von Grundstücken für die Privatnutzung abgeschlossenen Verträge. Die Erteilung der Baugenehmigung ist der öffentlich-rechtliche Hintergrund verschiedener privatrechtlicher Methoden der Kostenrückerstattung. Das Ausfahrtgenehmigungssystem, wobei von einer Gemeinde in der Regel auf Grund des Eigentums der öffentlichen Verkehrswege gegen Leistung eines Beitrages an den Kosten öffentlicher Einrichtungen ein "Ausfahrtrecht" genehmigt wurde, wurde in all seinen Varianten von der Abteilung Recht-

sprechung als ein Verstoß gegen § 14 der Straßenverkehrsordnung verurteilt. Meiner Meinung nach verstoßen die Ausfahrtgenehmigungssysteme als Mittel der Kostenrückerstattung gegen das imperative/limitative System des § 48 des Wohnungsgesetzes. Ein Mittel zur Kostenrückerstattung wurde auch in der Bewilligung von Befreiungen der in der kommunalen Bauordnung enthaltenen Anforderungen, wie z.B. die "Baustraßen"- und Parkflächenverordnung gefunden. Die Gemeinde erklärt sich dann dazu bereit, die Befreiung der Anforderungen der Bauordnung unter Voraussetzung der Leistung eines Kostenbeitrages zu bewilligen. Solche bei der Bewilligung der Befreiung von Anforderungen der Bauordnung gestellten finanziellen Bedingungen können als Bedingungen für eine Genehmigung bei der Erteilung einer Bauerlaubnis betrachtet werden. Folglich müssen diese den Anforderungen gerecht werden, die das Wohnungsgesetz, insbesondere § 12, Abs. 3 des Wohnungsgesetzes (WW), an das Knüpfen von Verpflichtungen an Befreiungen von Anforderungen im Wohnungsgesetz stellt. Kostenrückerstattung über die Baustraßenverordnung ist nahezu ganz unmöglich geworden und Kostenrückerstattung über die Parkflächenverordnung ist nur noch begrenzt möglich, und zwar infolge der Jurisprudenz der Abteilung Rechtsprechung in bezug auf § 2, Abs. 2 WW, der beinhaltet, daß, wenn es auf Grund des Flächennutzungsplans Baumöglichkeiten gibt, die Baugenehmigung nicht auf Grund der Anforderungen der Bauordnung zurückgewiesen werden darf. Das Hantieren privatrechtlicher Mittel zum Erwerben eines Beitrages an den Kosten gemeinnützlicher Einrichtungen, wie z.B. der Bau einer Kanalisation und das Legen von Gas, Wasser und Licht, als Voraussetzung für das Anschließen an diese Einrichtungen, ist m.E. erlaubt, sofern dabei nicht gegen die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, und zwar insbesondere das Verbot der Willkür und das Gleichheitsprinzip verstoßen wird. Kostenrückerstattung bei einer Revision des Flächennutzungsplans oder bei Anwendung des Vorgehmungsverfahrens im Sinne von § 19 des Raumordnungsgesetzes (WRO) ist von der Abteilung Rechtsprechung abgelehnt worden, zumindest, insoweit es die Rückerstattung der gesamten Erschließungskosten eines Flächennutzungsplans durch das Rechtssubjekt betrifft. Dafür gibt es nach Ansicht der Abteilung Rechtsprechung nur drei Möglichkeiten, nämlich durch Grundstücksgebühren, Erschließungsvertrag und Grundstücksvergabe. Anlässlich der Jurisprudenz der Abteilung Rechtsprechung wird vorgeschlagen, die privatrechtlichen Möglichkeiten für Kostenrückerstattung insbesondere im Rahmen der Erschließungsverordnungen zu suchen. Diese sind zu diesem Zweck in dem Sinne zu erweitern, daß auch Regeln für die Kostenrückerstattung partieller Erschließungskosten gegeben werden, wie im Falle einer Revision des Planes oder beim Anbringen einer einzelnen, gemeinnützigen Einrichtung. Außerdem muß in den § 48 des Wohnungsgesetzes die Bestimmung aufgenommen werden, daß die Baugenehmigung auch abgelehnt werden muß, wenn der Antragsteller sich weigert, gemäß den Erschließungsverordnungen einen Erschließungsvertrag mit der Gemeinde abzuschließen.

Da, wo der Vertrag als Voraussetzung für eine Verfügung zu betrachten ist, kann gegen diese Voraussetzung bei der Abteilung Rechtsprechung Berufung eingelegt werden. Wegen der undurchsichtigen Verflechtung von öffentlichem und Privatrecht in bezug auf die hier erörterten Mittel der Kostenrückerstattung ist in diesen Fällen jedoch

eine Ausnahme des Prinzips der formellen Rechtskraft von Verfügungen zu akzeptieren, in dem Sinne, daß der Zivilrichter dennoch selbständig die Rechtswirksamkeit des Vertrages untersuchen darf.

Zum Schluß dieses Kapitels wird der Forderung eines finanziellen Beitrages durch eine Gemeinde, für das Erteilen einer Genehmigung zur Wohnraumentziehung, auf Grund des Wohnraumgesetzes Aufmerksamkeit gewidmet. Dies ist erlaubt, wenn es eine Entziehung betrifft, die im Gesetz vorgesehen ist (wie z.B. zum Erwerben einer Geschäftsraumbescheinigung, wie geregelt im § 1, Abs. 6 WW) und die Grundsätze des Verwaltungsrechts berücksichtigt werden.

Im Kapitel 7 sind Verträge erörtert worden, womit eine Behörde versucht, öffentliche Aufgaben ganz außerhalb der gesetzlich vorgegebenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse, insbesondere auf Grund ihrer Position als Eigentümerin zu erfüllen. Auch auf diese Verträge sind die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts anwendbar, weil allein schon die Tatsache, daß eine Behörde jederzeit dazu verpflichtet ist, dem Allgemeinwohl zu dienen, ein ausreichender Grund dafür ist, die Ausübung der Eigentümerbefugnisse durch eine Behörde nicht mit der einer Privatperson gleichzusetzen. Behandelt werden die auf dem Gebiet der Raumordnung liegenden vertragsmäßigen Antennenverbote. Diese müssen den Anforderungen des Rechtes der freien Meinungsäußerung, wie festgelegt im § 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention, gerecht werden. Die in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten unkündbaren Verpflichtungen zum Anschluß an die Gemeinschaftsantenneneinrichtungen sind laut Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Niederlande auf unzumutbare Weise belastend, so daß deren Inanspruchnahme grundsätzlich gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Anschließend kommt die Rechtswirksamkeit vertragsmäßiger Absprachen über die Bestimmung oder der Gebrauch von Immobilien mit gemeinnützigem Zweck zur Sprache. In bezug darauf kann kein Vertrag abgeschlossen werden, sofern es einen Gebrauch betrifft, der zum "Normalgebrauch" zu rechnen ist. Nur der öffentlich-rechtliche Weg ist dann offen. Betrifft es den besonderen Gebrauch einer Sache mit einem gemeinnützigen Zweck, so hat die Behörde die Freiheit, ihre Eigentümerbefugnisse zur Wahrnehmung eines bestimmten öffentlichen Interesses anzuwenden und Verträge in bezug auf den besonderen Gebrauch abzuschließen, es sei denn, daß dieses öffentliche Interesse bereits in einer öffentlich-rechtlichen Regelung explizit und erschöpfend festgelegt worden ist. Allerdings hat die Behörde dabei die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, insbesondere das Verbot der Willkür und das Gleichheitsprinzip, zu berücksichtigen. Diese Grundsätze können auch zur Folge haben, daß eine Behörde unter Umständen dazu verpflichtet ist, einen Vertrag abzuschließen, oder als Eigentümer ihre Genehmigung zu geben.

Auch in bezug auf Sachen ohne gemeinnützigen Zweck werden in Verträge Bedingungen über den Gebrauch oder die Bestimmung, insbesondere zur Erfüllung des Flächennutzungsplans, aufgenommen. Diese sind im Prinzip rechtswirksam. Auch dürfen ergänzende oder schwerere Bedingungen ausbedungen werden, sofern diese nicht gegen Flächennutzungsplanvorschriften oder gegen allgemeine Grundsätze des

Verwaltungsrechts verstoßen, oder aber durch Ausbeutung einer Notlage zustande gekommen sind. Auch werden Verträge behandelt, in denen die Behörde sich zur Beibehaltung eines besonderen oder gemeinnützigen Zweckes verpflichtet. Weicht die Behörde bei der Ausübung ihrer öffentlichen Aufgabe davon ab, so führt dies zu Nichterfüllung und Schadenersatz.

Auf dem Gebiet der kommunalen Politik des Wohnungswesens werden die sogenannten verkaufsregulierenden Bedingungen bei der Grundstücksvergabe, die in bezug auf die zu bauenden Wohnungen eine veräußerungsbeschränkende, wohnraumverteilende und/oder preisregulierende Funktion haben, erörtert. Anschließend wird das privatrechtliche Vorgehen einer Behörde auf dem Gebiet des Umweltschutzes behandelt. Auch kommt die Rechtswirksamkeit von Bestimmungen bezüglich der Sozialpolitik in Unternehmen, die von Gemeinden zur Ausführung einer sozialen Niederlassungspolitik in Erbpachtklauseln aufgenommen werden, zur Sprache. Diese Bestimmungen sind als nichtig zu betrachten. Schließlich wird im allgemeinen Sinne den übrigen Verwaltungsverträgen Aufmerksamkeit gewidmet. Es wird befürwortet, daß Behörden auch in privatrechtlichen Verhältnissen die Grundrechte achten müssen, und daß diese nur dann rechtmäßig beschränkt werden können, wenn die privatrechtliche Einschränkung auf den verfassungsmäßigen und vertragsrechtlichen Einschränkungsklauseln beruht.

HOGE RAAD

5 okt. 1849, W. 1058	Bourbon	46, 85
20 maart 1868, W. 2996	Nieuwkoopse Droogmakerij	124
8 juni 1882, W. 4765	Alkemade/Leiden	65
10 mei 1901, W. 7606	Rotterdamse Huizen	38, 47
31 dec. 1915, W. 9944	Telefoonpalen	178
31 dec. 1915, NJ 1916, p. 407	Noordwijkerhout/Guldemon	37
9 nov. 1917, W. 10197	Soldaat van Bommel	178
1 febr. 1918, NJ p. 325	H.Y.S.M./Kelsen	65
10 juni 1919, NJ p. 647	Rogge	46
26 nov. 1919, B. 2364	Oorlogswinstbelasting	121
12 jan. 1923, NJ p. 307	Schielands Hoge Zeedijk	60
20 nov. 1924, NJ 1925, p. 89	Osterman	62
16 april 1925, NJ p. 649, W. 1149	Van Löben Sels/Staat	64, 65
1 april 1926, NJ p. 577, W. 11515	Staat/nv Steenfabrieken	64, 65
25 maart 1927, NJ p. 385	Waarborg van genoten wedden	107
29 juni 1928, NJ p. 1138	Strooppot	178
8 febr. 1929, NJ p. 378	Leeuwarden/De Groot	160
6 febr. 1931, W. 12258	Belastingverordening Amsterdam	123
19 maart 1931, NJ p. 470	Lammertse/Blaricum	65, 141, 153
20 maart 1931, NJ p. 941	Betonbouw/Amsterdam	65, 142, 153, 161
5 mei 1933, NJ p. 875	Meerboei	178
15 nov. 1936, NJ 1937, 182	Dienstplichtige de Boer	49
23 nov. 1939, NJ 1940, 242	Zuthphense Zuiderhaven	46, 85
4 april 1940, NJ 1941, 412	Vogé nv	65, 159
2 okt. 1940, B. 7237	Fiscaal compromis	121
20 dec. 1940, NJ 1941, 365	Stamboekvaarzen	49
17 jan. 1941, NJ 644	Parlevinker	65, 184, 186
24 april 1946, B. 8111	Fiscaal compromis	121
3 april 1947, NJ 381	Loosdrechts Botenhuis	49
14 jan. 1949, NJ 557	Zandvoortse Woonruimtevoordering	49, 89, 129
25 febr. 1949, NJ 558	Doetinchemse Woonruimtevoordering	49, 129
28 nov. 1950, NJ 1952, 144	Tilburg	222
11 mei 1959, NJ 1952, 127; AA I, p. 29	Flora/Van der Kamp	55
28 juni 1951, NJ 528; AA II, p. 157	Hilversumse Kleuterschool	49, 129
19 dec. 1952, NJ 1953, 642	Zevende Voorste Stroom	48, 178
20 febr. 1953, NJ 313	Directeur-Generaal v.d. prijzen	65
12 juni 1953, NJ 1954, 3	Roermondse Woonruimtevoordering	126 e.v.
20 juni 1956, BNB 246	Fiscaal compromis	120
9 jan. 1957, BNB 53	Fiscaal compromis	121
11 jan. 1957, NJ 1959, 37; AA VI, p. 181	Bovag II	55
24 april 1957, NJ 523	Staat/Van Veen	62
15 nov. 1957, NJ 1958, 67;	Baris/Riezenkamp	114
AA VII 1957-1958, 103		
15 mei 1959, NJ 539	Ammerlaan/Oudshoorn	55
28 april 1961, NJ 433; AB p. 955	Gorselse Bomen	47, 48, 61, 102, 184, 212
19 jan. 1962, NJ 151; AB p. 540	Huizen/de Staat	47, 48, 65, 102, 175, 184, 186, 212
13 april 1962, NJ 1964, 366;	Kruseman	62, 65 e.v., 75 e.v., 111, 171 e.v., 175, 197
AB 1962, 487; AA XII, p. 96		
23 okt. 1962, AA nr. 8 (1963-1964),	Uitvoeringsbesluit 1961 Inventarisatie-	146
p. 147 e.v.; NJ 1963, 20	verordening landbouwschap	
4 jan. 1963, NJ 1964, 202-204;	Landsmeearresten	48, 89, 95, 96, 126 e.v., 171, 175, 178
AA XII 1962-1963, p. 138		
14 juni 1963, NJ 1965, 82	Bailey	115
29 mei 1964, NJ 104;	Van Elmbt/Feierabend	55
AA XIV, p. 235		
13 nov. 1964, NJ 1965, 121	Algemeen Ziekenfonds 'Arnhem en Omstreken'	17
21 jan. 1966, NJ 183; AA XVI 1967, p. 16	Booy/Wisman	114
2 febr. 1966, NJ 415; AB 579;	Hoogeloon	65, 68, 143,, 184, 185
AA 1966-1967, p. 137;		
BR 1966, p. 266		
17 maart 1967, NJ 213; AA 1967, p. 279	Rijnsburgse Bos	48, 102, 204

19 mei 1967, NJ 261, AA, p 214	Saladin/HBU	56, 182
19 januari 1968, NJ 166, AB p 585, AA XVII, p. 189	Eindhoven/Staals 65, 67 e v., 70, 76 e v., 175, 184, 185	
14 juni 1968, NJ 331	Polak/Zwoolsman	104
25 april 1969, NJ 303	Pluvier	85
13 okt 1969, NJ 1970, 57	Mensendieck	225
7 jan. 1970, AB p. 131	Ministeriële Resolutie	85
15 jan. 1971, NJ 305	St. Catharinae Gasthuis	28
26 maart 1971, AB 135	Verkiezingsafpraak Elsloo	38
22 juni 1973, NJ 386	Fluondering	163
31 okt 1973, BNB 254	Fiscaal compromis	120
9 nov 1973, NJ 1974, 91	Limmen/Houtkoop	196
30 nov. 1973, NJ 1974, 97; AA XXIII, 344	Van der Beek/Van Dartel	114
22 febr. 1974, NJ 1975, 381; AB 153, AA 1976 p 42	Bijstandsovereenkomst	104, 110 e.v
6 dec. 1974, NJ 1975, 325, BR 1975, p 524	Bo'mobiel/Rhoon	195
20 dec 1975, NJ 221	Kalkarheffing	146
20 febr. 1976, NJ 486, AA, p 476	Pseudo Vogelpest	56, 182
15 april 1977, NJ 400	Wognum	62
17 maart 1978, NJ 562	bv Graan- en Fouragehandel/Zuid-Holland	62
12 april 1978, BNB 1978, 135	Vertrouwensbeginsel/pseudowetgeving	117
12 april 1978, BNB 1978, 136; NJ 1979, 533	Vertrouwensbeginsel/pseudowetgeving	117
12 april 1978, BNB 1978, 137; AB 1979, 262	Vertrouwensbeginsel/pseudowetgeving	117
2 dec. 1978, NJ 1979, 289	De Zijpe en Hazepolder	95
23 maart 1979, NJ 534	Oberman	125, 126
6 april 1979, NJ 1980, 34	Knabbel en Babbel	112, 132
26 sept. 1979, BNB 1979, 311	Vertrouwensbeginsel	122
26 sept. 1979, AB 1980, 210	Vertrouwensbeginsel	118
25 april 1980, NJ 1981, 416, AB 482	Sölgüt	61, 95
3 jan 1981, BNB 230	Runderdarmslijmerij	121
13 febr 1981, NJ 456	Heesch/Reys	104, 131 e v
13 maart 1981, NJ 346	Ockenburgh	61
24 april 1981, NJ 1982, 84	Strauss/Amsterdam	61
11 dec 1981, AB 1982, 111; BR 1982, 334	Ameland/De Boer	70, 142, 153 e v., 168
18 dec. 1981, NJ 1982, 71	Van Kleef bv/Monster Vreeswijk bv	182
19 febr. 1982, NJ 266	Art. 1915 lid 1 BW	47
7 april 1982, VN 15 mei 1982; BNB 1982, 183	Sauna en massage-inrichting	123
18 juni 1982, NJ 1983, 723	Plas/Valburg	99, 104
23 juni 1982, AB 1983, 121	Vertrouwensbeginsel	117
8 dec 1982, BR 1983, p 150	Weerselo/Hannink	155
4 febr 1983, NJ 1985, 21	Hei- en Boerjop/Bogerd	150
27 jan 1984, NJ 545	WGA/KOMO	112
24 febr. 1984, NJ 669	St. Oedenrode	73, 150
30 maart 1984, AB 366	Turkse werkneemster	48, 86
27 april 1984, NJ 679	NVB/Helder	214
23 nov. 1984, NJ 1985, 605	Belastingontvanger	61, 95
25 jan 1985, NJ 559	Patelski/Sittard	99, 104, 109
27 febr 1985, NJ 494	Fiscaal compromis	120
3 mei 1985, NJ 1986, 323	Zuiderbad	95
11 okt. 1985, NJ 1986, 322, AB 1986, 84; AA 1986, p. 493	Avanti	85
25 april 1986, NJ 714; AA, p 618; BR, p. 694	Van der Meer/Smulde	48, 58, 68, 180 e.v.
9 mei 1986, NJ 1987, 252	Staat/Grosheide q q.	115
16 mei 1986, NJ 723; AB 573; AA 35, p. 642	Heesch/Van de Akker	38, 68, 69, 146, 147 e.v., 170
23 mei 1986, NJ 625	De Lier/Gebroeders Vijverberg	196
27 juni 1986, NJ 1987, 726	Tolkentarieven	47, 48, 95
27 juni 1986, NJ 1987, 743	Milieuverenigingen/Amsterdam	213
26 sept. 1986, AB 1987, 70, NJ 1987, 253	Hofmann-La Roche BV/de Staat	73, 115
9 jan. 1987, AB 231	Bespede bijstandsmoeder	223
16 jan. 1987, NJ 553	Hooyen/De Tilburgse Hypotheekbank	181

21 jan. 1987, AB 255	Zuid-Holland/Schipluiden	186
27 febr. 1987, NJ 584	Kennemer Avondscholengemeenschap	78
27 maart 1987, AB 273; NJ 727	Amsterdam/IKON	2, 47, 48, 68, 78, 87, 94 e.v., 178, 188, 198, 225
1 mei 1987, AB 370	Van Dalen/Aarle-Rixtel	131 e.v.
10 april 1987, AB 336	GCN/Nieuwegein	47
15 juli 1987, GS 6854, 4	Lelystad	68
30 sept. 1987, GS 1988, 6857, 5	Bergeyk	151
13 nov. 1987, AB 1988, 338	's-Gravenhage/Bensal bv en Bohemen Holding bv	215
22 jan. 1988, AB 96	Maimonides Lyceum	86
9 maart 1988, AB 337	Vertrouwensbeginsel	118
10 aug. 1988, AB 1989, 1	Brabant Vastgoed BV/'s-Hertogenbosch	200
11 nov. 1988, RvdW 193	Ekro BV/Staat	170
18 nov. 1988, RvdW 197	Arubaanse Statenleden	38
16 dec. 1988, RvdW 1989, 1	Waterschap Noord- en Zuid-Beveland/Lentink	170

GERECHTSHOVEN

Amsterdam 31 jan. 1896, W. 6777	Amsterdam/Mathas	199
Amsterdam 8 nov. 1901, W. 7686	Penningmeester waterschap/Erven Kruimel	123
's-Gravenhage 10 nov. 1933, NJ 1934, 177	Den Haag/Kwint	108
Arnhem 15 maart 1938, NJ 808	Didamse onderwijzers	106
's-Gravenhage 28 april 1941, NJ 629	Arbeidscontract ambtenaar-staat	109
Leeuwarden 2 mei 1956, NJ 588; AB 1957, 27	Schaap/De Grote Veenpolder in Weststellingwerf	124
's-Gravenhage 5 febr. 1958, NJ 343	Onteigening electriciteitsconcessies in Curaçao	8
Amsterdam 25 nov. 1959, NJ 1960, 280; AB 1961, 780	Amsterdamse notaris	171
Amsterdam 7 juni 1961, NJ 337, AB 1962, 238	Kruseman	65 e.v., 171 e.v.
Leeuwarden 16 maart 1965, BNB 311	Fiscaal compromis	120
Leeuwarden 2 juni 1967, BNB 243	Fiscaal compromis	120
Den Bosch 9 jan. 1973, NJ 1974, 26	Versleeuwen/Eindhoven	131
Amsterdam 30 mei 1974, NJ 1975, 138	bv APG/Amsterdam	198
Amsterdam 24 juni 1976, NJ 1977, 302; BR 1977, p. 851	Doom/Van der Struik	208, 209, 211
's-Gravenhage 11 dec. 1980, NJ 1982, 106	Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen	8
Arnhem 7 okt. 1981, BR 1982 p. 149	Exploitatiebijdrage Tubbergen	165
Leeuwarden 23 maart 1983, NJ 1984, 380 AB 336; BR, p. 629; NJCM, p. 234	Antenneverbod Harlingen	68, 87, 180 e.v., 223
Den Bosch 7 maart 1984, BR 1984 p. 834	Heesch/Van de Akker	148
Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985, 297	NAB/Spierings	115
Leeuwarden 23 maart 1984, AB 336	Antenneverbod Leeuwarden	48
's-Gravenhage 25 juni 1987, AB 1988, 97	Staat/Benckiser GmbH	213
's-Gravenhage 21 jan. 1988, M en R nr. 9, p. 354	Staat/UKF of Nieuwe Maas	188 e.v., 213

RECHTBANKEN

Amsterdam 14 juni 1898, W. 7279	Demping van de zaagmolensloot te Amsterdam	199
Alkmaar 15 nov. 1945, NJ 1947, 459	Kooy/Waterschap De Zijpe en Hazepolder	124
Arnhem 19 jan. 1956, NJ 1957, 83	Klinker Isolatie/Brakel	130
Almelo 10 maart 1959, OB nr. 9633	art. 1 Woonruimtetwet	130
Amsterdam 12 april 1960, NJ 343; AB 1961, 140	Kruseman	65 e.v., 171 e.v.
Assen 24 mei 1966, NJ 1967, 204	Erven Eleveld	199
's-Gravenhage 15 maart 1973, NJ 316	Katwijk	207 e.v.
Pres. Rb. Arnhem, 20 maart 1975, NJ 217	Brakels gemeentehuis	204
Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1977, BR p. 855	Alkemade/Wesselijs	208
Rotterdam 17 nov. 1978, BR 1979, p. 149	Projectontwikkelingscontract met Dordrecht	131
Pres. Rb. 's-Gravenhage	Uitzending dienstplichtigen naar Libanon	95

22 febr 1979, AB 162		
Pres Rb Zwolle 3 jan 1980, NJ 1981, 329	Oldenbroek	208
's-Gravenhage 19 nov 1980, BR 1981 p 504	Leidschendam/Remmerswaal	165
Arnhem 8 okt 1981, NJ 1983, 205	Van Poppel/Wychen	200
Pres Rb Amsterdam 5 april 1984, KG 124	Westhaven Amsterdam nv/Amsterdam	197
Rotterdam 1 juni 1984, BR 1985, p 393	Verontreinigde bouwgrond Gouda	215
Pres Rb. Rotterdam 12 okt 1984, BR 1985, p. 239	Sociaal statuut Rotterdam	219
Pres Rb Utrecht 13 aug 1985, BR 1986, p 140	Riolering Bunschoten	161
Rotterdam 6 nov 1985, BR 1986, 132	AGO/Dordrecht	215
Rotterdam 22 nov. 1985, M en R 1986 nr. 7, p 53	UKF/Staat of Nieuwe Maas	188
Pres Rb. 's-Gravenhage 22 jan. 1986, KG 106	Stassen/Delft	88
Den Bosch 4 juli 1986, BR 759	Boxtel I	215
Den Bosch 4 juli 1986, BR 767	Boxtel II	215

KROON

S G BrZa 12 sept. 1941 nr 5 M, AB p 827	Franeker/Schaap	199
KB 16 juli 1953, AB 757	Rhenen	199
KB 21 juni 1957 nr. 39, AB 828	Haaksbergen	199
KB 12 mei 1961, AB p. 561	Armenzorg 's-Gravenhage	113
KB 30 jan. 1961 nr 60	Rijsenburgse bos	203
KB 7 aug. 1963, nr 59, AB 1964 p. 98	Vergunningsvoorwaarde Waddinxveen	102
KB 22 nov. 1967, nr 4, AB 1968 p 619	College voor Verlening Bijstand/Noord-Brabant	112
KB 25 juli 1969, nr 18, AB 724	Maarschalkse bos te Baarn	205
KB 29 okt 1969, AB 1970, 43, Stb 488	Martinusstichting Nijmegen	145, 154
KB 20 jan. 1971, AB 153	Kroonberoep	145
KB 11 sept. 1981 nr 41, AB 1982, 9	Gem Kapelle/Waterschap N en Z -Beveland	166
KB 8 jan 1982, Stb. 84, AB 237	Heiloo/Noord-Holland	207
KB 15 maart 1983, BR p 366	Bestemmingsplan "Empe 1979", Brummen	155
KB 5 sept. 1983 nr 18, AB 1984, 158	Brunnk en Bollen/Gelderland	199
KB 11 aug. 1986, AB 1987, 459	Wijziging legesverordening Leersum	167
KB 9 jan 1987, Stb 11	Boycot van "Woensdrecht-bouwers"	219, 220, 225

AFDELING RECHTSPRAAK

Vz AR 13 april 1977, AB 372	Uithuizen	71
AR 1 sept. 1977, AB 336; GS 6472; BR p. 914	Kan/Maastricht	144,190
AR 2 nov 1977, AB 1978, 55	Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds v d Landb	31
AR 1 dec 1977, AB 1978, 208	Groningse Waterleidingsbuzen of Waprog	71, 146
AR 1 dec. 1977, AB 1978, 229	Van Kempen/Zuid-Holland	71
Vz. AR 2 febr. 1978, AB 210	Kornet/Zuid-Holland	71
AR 7 april 1978, AB 474	Stichting Fonds voor de Letteren	30
AR 8 juni 1978, GS 6514, 8, AA p. 574	De Bilt I	144, 145, 190
AR 14 juni 1978, tB/S I, p. 31	Taxametercentrale bv	31
AR 10 okt 1978, AA 1979, p 477	Antenneverbod Leerdam	179
AR 21 nov. 1978, AB 1980, 528	Kromhout/Haarlemmermeer	71
AR 3 jan 1979, AB 1980, 614	Remmerswaal/Leidschendam	196
Vz AR 9 febr. 1979, BR 1979, p 435	Nederweert	207
AR 21 febr 1979, BR p. 418	Tegelen	155
AR 3 april 1979, AB 368	Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven	30
AR 7 mei 1979, BR p 767	Gemert	155
Vz. AR 31 mei 1979, AB 1980, 26, GS 6586	Velsen	194 e v.
AR 6 juni 1979, tB/S V 127	Van Meel/Oosterhout	196
Wvd. Vz. AR 3 sept. 1979, AB 1980, 35	Eindhovenens slachthuis	72
AR 5 sept. 1979, BR 1980 p 14	De Bilt	155
AR 3 okt 1979, AB 1980, 247	Van Berlo/Beek en Donk	179
AR 13 dec. 1979, BR 1980, p 451	Shedrecht	162
AR 28 febr. 1980, AB 526	Laren	145, 146, 162, 190

AR 22 mei 1980, AB 1981, 46	Frantzen/Wijlre	145
AR 3 juni 1980, AB 537	Weinberg/Wateringen	207
AR 27 juni 1980, AB 586	Nuth I	145, 146, 190
AR 18 sept. 1980, AB 1981, 148	Rotterdamse Parkeerverordening	72
AR 15 jan. 1981, AB 1982, 39	Nederlandsche Bank NV	29
Vz. AR 19 maart 1981, AB 1982, 411	Stichting NCO	31
Vz. AR 7 mei 1981, GS 6680, 7	Gorssel	179
AR 8 mei 1981, AB 391	Nuth II	145, 146, 190
AR 21 jan. 1982, AB 164	Tilburgse studentensociëteit	156, 158
Vz. AR 9 maart 1982, GS 6708, 3; BR p. 631-632	Nijmegen	157
AR 12 maart 1982, GS 6725, 4	Haaksbergen	179
AR 29 april 1982, GS 6725, 5	Harderwijk	179
AR 7 mei 1982, GS 6725, 6; AB 573	Gorssel	179
Vz. AR 27 mei 1982, AB 1983, 62	Amersfoortse tentenkamp	71
AR 6 sept. 1982, AB 1983, 114	Joosten/Beesel	133
AR 10 jan. 1983, AB 306	Paspoortinstructie	223
AR 27 jan. 1983, tB/S V, 294	Stichting NCO	31
AR 29 sep. 1983, NJ 1984, 349	Stichting ZWO	31
AR 13 okt. 1983, AB 1984, 30	Deurne	139, 166
AR 28 okt. 1983, GS 1984, 6774, 12, p. 325 e.v.	Vlijmen	151
Vz. AR 3 nov. 1983, AB 1985, 65; GS 6760	Kroesen/Emmen	190
Wvd. Vz. AR 17 nov. 1983, GS 6792, 7	Abcoude	157
AR 2 maart 1984, AB 540	Raamsdonkveer	166
Vz. AR 29 mei 1984, AB 1985, 66	Zoetermeer	190
AR 19 juni 1984, GS 6792, 6	Laren	157
AR 26 juli 1984, BR p. 913	Uitwegvergunning Denekamp	151
AR 6 nov. 1984, AB 1985, 417	's-Gravenhage/v. Uffelen	98
AR 17 dec. 1984, GS 6792, 8	Leidschendam	157
AR 4 jan. 1985, AB 564	Standplaatsvergunning Bolsward	192
Vz. AR 21 jan. 1985, GS 6793, 6	Zeewolde	191
AR 21 juni 1985, GS 6807, 5	Hengelo	158
Vz. AR 30 juli 1985, AB 1986, 541	Sts. van Defensie/Rijkswaterstaat	82, 184, 192
AR 5 aug. 1985, AB 1986, 561	V.d. Kooi/Minister L&V	70, 74
AR 30 aug. 1985, AB 1986, 243	Zoeterwoude	70, 157, 158
AR 4 okt. 1985, AB 1986, 242	De Pluimpot bv of: Tholen	70, 73, 166, 168
AR 6 jan. 1986, AB 230	Klein/Arnhem	191
Vz. AR 10 jan. 1986, GS 6827, 5	Gennep	158
Vz. AR 3 nov. 1986, AB 1987, 400	Standplaatsvergunning Den Dungen	69, 70, 73
AR 8 nov. 1986, AB 1987, 303; NJ 1987, p. 227	Bleiswijk	195
AR 15 nov. 1986, AB 1987, 475	Linkers/Zuid-Holland	69
AR 11 dec. 1986, GS 1988, 6851, 10	Waalre	155, 158
AR 5 jan. 1987, AB 1988, 138	Papendrecht	130
Vz. AR 12 okt. 1987, AB 1988, 448	Vereniging Centraal Bureau voor Taxi's	32
AR 3 juli 1987, GS 1988, 6840, 7; AB 1988, 496	Wittem	151
Vz. AR 20 juli 1988, AB 554	STOAA	32

OVERIGE BESLISSINGEN

Ambenarengerecht 's-Graven- hage 12 okt. 1953, AB 1955, p. 577	Korporaal kleermaker	107
CRvB 24 nov. 1971, AB 1972, 269	Redelijke wetsuitleg	108
CRvB 5 maart 1974, AB 1975, 86	Art. L14 Algemene Burgerlijke Pensioenwet	108
CRvB 11 febr. 1975, AB 248	Raad van Toezicht ABP en willekeur	108
CRvB 18 febr. 1975, AB 243	Grafische Bedrijfsvereniging	108
CRvB 25 juni 1976, AB 278	Verplaatsingskostenverordening gemeentepersoneel	108
RvB Amsterdam 24 dec. 1984, NJCM 1985 p. 217	Closed shop	86
CRvB 26 febr. 1987, NJ 298	Stichting Onderwijs-adviesdienst	27
EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146	Sunday Times	223

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- Aaftink, H.A.M.*, Misbruik van recht en rechtsverwerking, NJB 1976, p. 753 e.v.
- Aaftink, H.A.M.*, Mag de overheid afwijken van wat zij is overeengekomen?, NJB 1977, p. 733 e.v.
- Aaftink, H.A.M.*, Rechtsverwerking en afstand van recht, TPR 1980, p. 793 e.v.
- Ackermans-Wijn, J.C.E.*, De betekenis van de term "algemeen verbindende voorschriften". Bijdrage voor de staatsrechtconferentie 1984 te Maastricht (stencil)
- Ackermans-Wijn, J.C.E.*, Overeenkomsten over het gebruik van zaken met een openbare bestemming, in: B.F. de Jong, C.A.J.M. Kortmann, H.R.B.M. Kummeling (red.), Nijmeegs staatsrecht (Beekman-bundel), Nijmegen 1987
- Angeren, J.A.M. van*, De gewone rechter en de administratieve rechtsgangen, Deventer, 1968
- Aquina, H.J.*, Beleidsovereenkomsten in de praktijk, Bestuur 1982, p. 22 e.v.
- Asser-Van der Grinten II*, De rechtspersoon, 6e druk, Zwolle 1986
- Asser-Rutten-Harikamp II*, Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuw burgerlijk wetboek, 7e druk, Zwolle 1985
- Asser-Rutten 4 II*, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, 6e druk, Zwolle 1982
- Bloembergen, A.R.*, Privaatrechtelijke overheidstoestemming en publiekrechtelijke vergunning, Van Opstall-bundel, p. 23 e.v.
- Bloembergen, A.R.*, Convenanten op bestuurlijk terrein, BR 1974, p. 189 e.v.
- Bloembergen, A.R.*, Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw, in: Bloembergen/Slagter, Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw/Projektontwikkelingscontracten, Bouwrecht-monografieën nr. 3, 1976
- Bloembergen, A.R.*, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, WPNR 5372-5375
- Bloembergen, A.R.*, Interne rechtsvergelijking, een comparatieve kijk op privaatrecht, administratiefrecht en bouwrecht, BR 1977
- Bloembergen, A.R.*, De Burgerlijke Kamer en het administratieve recht, in: Quid iuris, Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap 'Door tijd en vlijt', Deventer 1977
- Bloembergen, A.R.*, Bestuursovereenkomsten; een visie vanuit het privaatrecht, Bestuurswetenschappen 1978, p. 260 e.v.
- Bod, H.H.*, Ondergraving van het publiekrecht door het privaatrechtelijke uitwegvergunningstelsel, BR 1975, p. 779 e.v.
- Böhtlingk, F.R.J.H.A. Logemann*, Het wetsbegrip in Nederland, Alphen a/d Rijn 1966
- Borman, J.A.*, Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht, preadvies NJV 1981, Handelingen NJV 1981 I, Zwolle
- Brakel, S. van*, Een paar causa-vragen (Overeenkomsten met een door de wet verboden oorzaak), WPNR 3481-3484
- Bröcking, B.C./Geest, H.J.A.M. van*, Anticiperen en ruimtelijk beleid, 1982, Zwolle
- Burg, V.A.M. van der*, De statutaire kenmerken van een overheidsstichting, TvO 1977, p. 452 e.v.
- Burkens, M.C.B.*, De plaats van de administratieve rechtspraak in het constitutionele bestel en de verhouding tot de rechtspraak van de gewone rechter, Algemeen Commentaar, hoofdstuk 3, Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen onder red. van Ten Berge/Stroink, Samsom
- Burkens, M.C.B.*, Gelijke behandeling, Jeukensbundel, 1982
- Cluysenaer, J.L.H.*, Publiekrechtelijke overeenkomsten, RMTh 1942, p. 513 e.v.
- Commissie Detiger 1967*, Rapport van de Commissie "Rechter en belastingadministratie tegenover het belastingrecht", Geschrift nr. 120 van de Vereniging voor Belastingwetenschappen
- Commissie Wetgevingsvraagstukken*, Orde in de regelgeving, Eindrapport, 's-Gravenhage 1985
- Crinice le Roy; Kuizinga* Ruimtelijke Ordening incl. Wet op de Stadsvernieuwing (Kluwer, losbladig)
- Damen, L.*, Het recht dat kan verkeren, GS 6509
- Delft-Baas, M. van*, Ontwikkelingen in het verbintenissenrecht, NJB 1984, p. 129
- Desain, H.J.M.*, Milieubescherming door middel van overeenkomst, NJB 1975, p. 709 e.v.
- Does, J.A.E. van der*, Gebruik van het privaatrecht door de overheid, NJB 1981
- Does, J.A.E. van der/Gerven, W. van; e.a.*, Overeenkomsten met de overheid, preadvies 1987, Vereniging tot vergelijking van het recht van Nederland en België, TPR 1987 nr. 4, p. 1677
- Donner, A.M.*, Algemeen deel van het Nederlands Bestuursrecht, Alphen a/d Rijn, uitgaven 1974 en 1987
- Doorn, F.A. van*, De bouwverordening en het bestemmingsplan, BR 1980, p. 752 e.v.
- Driessen, J.J.*, Gemeentelijke regulering van standplaats- en ventvergunning, TvO 1987, p. 33 e.v.
- Droogleever Fortuijn, E.*, Dient de wet regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid, Preadvies NJV 1965, Handelingen NJV 1965 deel 1, p. 141 e.v.
- Droogleever Fortuijn, E.*, Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen, in: Non sine causa, Scholten-bundel, Zwolle 1979
- Droogleever Fortuijn, E.*, De overheid en de standaardcontracten, WPNR 5067

- Elzinga D.J.*, De politieke partij en het constitutionele recht, diss Utrecht, Nijmegen 1982
- Eijkern, van Balkestein*, De wet op de bedrijfsorganisatie, 2e druk
- Gerbrandy, S* De overheid als eigenares van onroerende zaken, WPNR 5067
- Goede, B de*, Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, preadvises VAR 1956, Geschriften VAR XXXV
- Grinten, W.C.L van der* Discriminatie en Burgerlijk recht, Afscheidscollege, 1984
- Haan, P de, Drupsteen Th G, Fernhout, R*, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Instrument en waarborg, Deventer 1986
- Haan, P de*, Over de vervlechting van publiek- en privaatrecht, in Regel en Praktijk Opstellen aangeboden aan Prof Mr S.F.L. baron van Wijnbergen ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar staats- en administratiefrecht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, Zwolle 1979
- Hagen, A.J.*, Verzorging van voogdijkinderen en de Armenwet, TvO 1961, nr 809
- Hamaker, H.J.*, De tegenstelling van publiek- en privaatrecht, KNAW 1894, tevens gepubliceerd in Verspreide geschriften VII, p 134 e v
- Heyningen, J.A.M van, Erp, J.H.M van* Beleidsgarantieovereenkomst en onvoorziene omstandigheden, BR 1987, p 405 e v
- Helsdingen, W.H van*, Is het overkoepelend Koninkrijk een privaatrechtelijke rechtspersoon?, TvO 1957, p 474
- Hennekens, H.Ph.J.A.M*, Zijn de uitwegvergunningstelsels in strijd met de Wegenwet of niet?, NG 1977, p 565 e v
- Hennekens H.Ph.J.A.M*, De openbare weg en het privaatrecht, diss Nijmegen, 1977
- Hennekens H.Ph.J.A.M*, Recente ontwikkelingen ten aanzien van het burencrecht die voor de publiekrechtelijke regeling van het bouwen van belang zijn, BR 1978, p 380 e v
- Hennekens, H.Ph.J.A.M*, Uitwegen gewogen, in de Bundel Goed en Trouw, aangeboden aan Prof W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1984
- Hennekens, H.Ph.J.A.M*, De gemeentelijke wetgever en het privaatrecht, Regelmaat 1987, p 170
- Hennekens, H.Ph.J.A.M*, Op weg naar een Algemene wet bestuursrecht, Bestuurswetenschappen 1987, p 229
- Hirsch Ballin, E.M.H.*, Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, AA 35, 1986, p 493-501
- Hirsch Ballin E.M.H* Bestuur en burgerlijke rechter II, AA 1988, p 114 e v
- Hoeven, J van der* De magische lijn, Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in Bundel Honderd jaar rechtsleven, Zwolle 1970
- Hoeven, J van der*, Publiek- en privaatrecht, AA 1987, p 279, bijzonder nummer Osmose tussen publiek- en privaatrecht
- Hofstra H.J.*, De uitvoering van de belastingwetgeving als juridisch probleem, diesrede Leiden 1967, opgenomen in WFR 4840, 1967, p 169 e v
- Honée, H.J.M.N.*, De regeringswaarnemer en de vennootschappelijke organisatie, oratie Nijmegen 1984
- Houwing, A.N* Verboden overeenkomsten, WPNR 4067-4069
- Houwing* Geschriften, Deventer 1972
- Huart, F.J.A.*, Misbruik van burgerlijk recht door de administratie, in Staatsrechtelijke opstellen, aangeboden aan Prof H. Krabbe, Den Haag 1927, ook gepubliceerd in Verspreide Geschriften, p 13, Alphen a/d Rijn 1949
- Jeukens, H.J.M.*, Dient de wet regelen te bevatten inzake het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan overheidsinstellingen, diensten en -bedrijven, en, zo ja, welke?, Preadvises NJV 1957
- Jong, B.F de*, De burger kijkt, de rechter wikt, NJB 1987, p 758
- Jong J de*, Gemeentelijke gronduitgifte, diss Utrecht, Deventer 1984
- Kan, J.M.*, Verplichting tot vergoeding van zg meerkosten" t b v voogdijkinderen, NJB 1961, p 470
- Klaassen, A.W* Artikel 258 van de bouwverordening ("Parkeerartikel), BR 1980, p 440
- Klein Wassink H.J.W.*, Het fiscale compromis, Deventer 1964
- Kobussen, M.*, Het privaatrechtelijk overheidshandelen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, TvO 1986, p 330 e v en p 355 e v
- Koeman, N.S.J.*, Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen van publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid? Preadvises NJV 1980, Hand NJV 1980, deel 1, Zwolle
- Koeman, N.S.J.*, Bestemmingsplan en privaatrecht, Deventer, 1974
- Kok, H.G.F.M de*, Juridische en bestuurlijke vragen rond de parkeerproblematiek in de bebouwde kom, in het bijzonder in het licht van art 258 Bouwverordening, BR 1982, p 605 e v
- Kolk-Nunes, P van der*, Art. 258 der bouwverordening door de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak geparkeerd, GS 6708, 2

- Konijnenbelt, W.*, Rechtsverwerking door het bestuur: het vertrouwensbeginsel in het administratieve recht, Preadvies VAR 1975, Geschriften VAR LXXIV, Groningen 1975
- Konijnenbelt, W.*, Een pakt met de overheid (Dient de wet regelen te stellen ten aanzien van bepalingen publiekrechtelijke aard in privaatrechtelijke overeenkomsten met de overheid?), Preadvies NJV 1980, Hand. NJV 1980, deel 1, Zwolle
- Konijnenbelt, W.*, Burgerlijke rechter en beginselen van behoorlijk bestuur, GS. 6841, p. 317-319
- Kortmann, C.A.J.M.*, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, 2e druk, Deventer 1987
- Kortmann, C.A.J.M.*, Avanti, rijp voor sloop?, RMTh 1987, p. 369 e.v.
- Kortmann, C.A.J.M.*, De vrijheid van interne organisatie van de politieke partij in: Het belang van politieke partijen, R.A. Koole (red.), Groningen, 1984
- Kortmann, C.A.J.M.*, Enkele aspecten van de verhouding tussen het publiekrecht en het privaatrecht in de Ve Franse Republiek AA 1987, p. 291 e.v.
- Kortmann, S.C.J.J.*, "Derden"-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. Nijmegen 1977
- Kortmann, S.C.J.J.*, De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg, oratie, 1985
- Krabbe, H.*, Administratieve rechtspraak, 1901
- Krabbe, H.*, Die Lehre der Rechtssouveränität, Beitrag zur Staatslehre, Groningen 1906
- Kranenburg, R.*, De tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling van de administratieve rechtspraak, diss. Leiden 1909
- Lancée, L.*, Het fiscale compromis, WPNR 4749 en 4750, jrg. 1963, p. 4
- Linde, D.A. van der*, Dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid, Preadvies NJV 1965, Hand. NJV 1965, deel I, p. 223 e.v.
- Loeff, J.A.*, Publiekrecht tegenover privaatrecht, Proeve van theoretisch-kritisch onderzoek naar het karakter van het publieke recht, diss. Leiden 1887
- Lubach, D.A.*, Beleidsovereenkomsten, diss. Groningen, Deventer 1982
- Lubach, D.A.*, Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, preadv. VAR 1986, Geschriften VAR XCIV
- Lubach, D.A.*, Overeenkomsten met de overheid en de abbb, AA 1987, p. 343
- Lubach, D.A.*, Over grenzen in het bouwrecht, rede 1987, Deventer 1987
- Lubberdink, H.G.*, De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur, diss. Groningen, 1982
- Lutters, Stedebouw en Volkshuisvesting* 1981, p. 487
- Meijers, E.M.*, In de aan Adriani opgedragen bundel Tractatus Tributarii, Haarlem 1949
- Meijers, E.M.*, Publiek domein en zaken buiten den handel, WPNR 2543
- Meyknecht, P.A.M.*, Planverbintenissen, Vormgeving aan privaatrechtelijke verbintenissen in het bijzonder ten dienste van het economisch beleid, mede gezien tegen de achtergrond van het Poolse recht, diss. VU, Zwolle 1979.
- Meulen, B.M.J. van der*, De burgerlijke rechter en de formele beginselen van behoorlijk bestuur, GS 6840, p. 300 e.v.
- Meulen, B.M.J. van der*, Geen ruimte voor wilsgebreken bij de overheid?, TvO 1988, p. 400
- Michiels, F.C.M.A.*, De Arob-beschikking, diss. Nijmegen, 1987
- Moor-Van Vugt, A. de; Kobussen, M.*, Hoge Raad verlaat Landsmeerdoctrine, GS 6840, p. 297 e.v.
- Mulder, A.*, Economische macht van gemeenten, de Oxirane-zaak, SEW 1975
- Munneke, H.F.*, Particulieren met openbaar gezag bekleed (I en II), TvO 1981, p. 58 e.v. en 86 e.v.
- Munneke, H.F.; c.s.*, Organen en rechtspersonen rond de centrale overheid, voorstudie WRR nr. 35 (1983)
- Nicolaï, P.*, Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 1987, p. 94.
- Otten, A.C.*, Détournement de pouvoir in het privaatrecht, BR 1988, p. 746 e.v.
- Pankhuijs, H.F. van*, De rechtspersoonlijkheid van het Koninkrijk volgens het Statuut, NJB 1959, p. 207
- Peters, J.A.F./Kobussen, M.H. (red.)*, Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988
- Petit, Ch.J.J.M.*, Reflexwerking der Strafwet, WPNR 3541
- Planque, J.H.W. de*, Privaatrechtelijke overheidstoestemming als bestuursinstrument, BR 1980, p. 75 e.v.
- Poelje, G.A. van*, Osmose, een aantekening over het elkaar doordringen van de beginselen van openbaar bestuur en particulier beheer, Alphen a/d Rijn, 1959
- Polman, J.M.M.*, Zelfstandige bestuursorganen, actueel fenomeen in politiek en bestuur, Bestuur, p. 203 e.v.
- Poortinga, E.*, De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872), Nijmegen 1987
- Pot C.W. van der; Donner, A.M.*, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 11e druk, Zwolle 1983.
- Praag, L. van*, Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, 1923

- Prins W.F.*, Dient de wet regelen te bevatten inzake het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan overheidsinstellingen, -diensten en -bedrijven, en zo ja, welke?, Preadvies NJV 1957
- Proudhon*, *Traité du Domaine Public*, 1833
- Punt, B.C.*, Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht, Preadvies NJV 1981, Hand NJV 1981, Deel 1
- Renes, Scheffer, Seinstra Zundert, van*, Woningwet/Wet op de Ruimtelijke Ordening (Samsom, losbladig)
- Rijckevorsel, J.J.M.M. van*, Art 37 bouwverordening in relatie tot bestemmingsplan en bouwexploitatieverordening, BR 1980, p 823
- Rodenburg, P.*, Misbruik van bevoegdheid, Mon NBW, deel A4
- Ru, H.J.* Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen, diss Utrecht, Nijmegen 1981
- Ruttinga, D.P.*, Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten, diss Amsterdam, Deventer 1982
- Schellema, F.G.*, Het grensterrein van publiek- en privaatrecht, RMTh 1927, p 233 e v
- Schellema F.G.*, Zaken buiten den handel, WPNR nrs 2533 en 2534
- Schellema, M.*, Zelfstandige Bestuursorganen, oratie Groningen 1974
- Schellema, M.*, Gebondenheid van de overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking), Preadvies VAR 1975, Geschriften VAR LXXIV
- Schellema, M.*, Inleidende over bestuurlijke vragen bij de gemeentelijke erfpachtscontracten, BR 1975, p 507 e v
- Schellema M.*, Overheidsinvloed in het privaatrecht, WPNR 5315
- Schellema, M.*, Contracten met de overheid/projectontwikkeling, BR 1977
- Schedel W.A.M. van*, Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, Preadvies VAR 1986, Geschriften VAR XCIV
- Schuyfgarde, van*, Kluwer, Rechtspersonen, Algemene Bepalingen
- Scholten, P.*, Algemeen Deel 1931, 2e druk 1954
- Schoonenberg, R.M.*, De privaatrechtelijke gevolgen van door de overheid gedane toezeggingen, WPNR 5765, p 805 e v
- Schoordijk, H.C.F.*, Onderhandelen te goeder trouw, reeks Handelsrecht nr 18, 1984
- Schueler B.* Overheidstoezeggingen in het privaatrecht, AA 1987, p 350 e v
- Schulung, K.F.*, De burgerlijke rechter en de abbb, GS 6803
- SER-advies* inzake de functie van gemeenten ten aanzien van het sociale beleid in de onderneming, van 16 december 1977, Publicatie SER, 1978 nr 2
- Simon H.J.*, De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht, BR 1988, p 2 e v
- Simon H.J.*, naschrift van A.C. Otten, Détournement de pouvoir in het privaatrecht, BR 1988, p 746 e v
- Simons, Th.G.M.*, De rechterlijke bevoegdheid ingevolge art 112 van de Grondwet, in de bundel Gegeven de Grondwet, 1988
- Slagter, W.J.*, Projectontwikkelingscontracten, in Bloembergen/Slagter, Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw/Projectontwikkelingscontracten, Bouwrechtmonografieën nr 3, 1976
- Snyders W.L.*, Art. 3 1 1 15 NBW en de schakelbepalingen nader bezien, Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988
- Spier, J.*, Overeenkomsten met de overheid, diss Leiden, Deventer 1981
- Spier, J.*, Kluwer Contractenrecht VIII, losbladige uitgave
- Spier, J. Stolker, C.J.J.M.*, De rol van het gelijkheidsbeginsel bij het aangaan van rechtshandelingen door de overheid met betrekking tot onroerend goed, BR 1981
- Stellinga J.R.*, Rechtspersoonlijkheid van het Koninkrijk?, TvO 1957, p 253 en 467
- Stellinga, J.R.*, Onttrekking woonruimte aan haar bestemming krachtens toestemming B en W is in strijd met de wet, TvO 1960, p 202
- Stellinga, J.R.*, De burgerlijke rechter en de rechtmatigheid van een woonruimtevoordering, TvO 1963, p 132
- Stolker C.J.J.M.*, Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijke verkoopregulerende bepalingen, WPNR 5601-5602
- Tak, A.Q.C.*, Overheidsbestuur en privaatrecht, Alphen a/d Rijn 1978
- Tak, A.Q.C.*, Drie magische lijnen?, bijzonder nummer AA 1987, p 281 e v
- Thunnissen, F.H.A.M.*, Privaatrechtelijk kostenverhaal, baatbelasting en bouwgrondbelasting, BR 1984, p 278 e v
- Thunnissen, F.H.A.M.*, Bouwrijpe grond, juridische aspecten van het bouwrijp maken van bouwterreinen, preadvies, Publicatie nr 15 van de Vereniging voor Bouwrecht, Deventer 1987
- Timmerman L.* Sociale vestigingsstatuten van gemeenten, SMA 1979, p 163 e v
- Troostwijk, M.*, Recente ontwikkelingen in de verhouding publiekrecht - privaatrecht, in Op de grenzen van het komend recht, Beekhuisbundel, 1969

- Troostwijk, M* , Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, Preadvies VAR 1956, Geschriften VAR XXXV, Haarlem
- Troostwijk, M* , Praktijkboek Administratief Recht (Kluwer losbladig), XIV 6 4 1
- Veegens, D.J.* , Cassatie in burgerlijke zaken, Zwolle 1971
- Vegting, W.G.* , Publiek domein en zaken buiten de handel, 1946
- Vegting, W.G.* , Inleiding in het Nederlands administratief recht, Deel 1, Alphen a/d Rijn 1954
- Versteden, C.J.N.* , Het falend gelijkheidsbeginsel, preadvies VAR 1985
- Versteden, C.J.N.* De sloop van het uitwegvergunningstelsel en de exploitatieverordeningmethode, GS 6628 en 6629
- Versteden, C.J.N.* , Uitwegvergunningstelsels en financiële voorwaarden in soorten, GS 6708-6710
- Versteeg, A.J.H.W.M.* , Verdeling van rechtsmacht, diss Nijmegen, Deventer 1987
- Vetter, H.J.* , Art 3 1 1 15 NBW nieuws onder de zon? AA 1987, p 297 e v
- Vranken J.B.M.* , Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht, in Bestuursrecht en NBW, p 27
- Waard, B.W.N. de* , Standplaatsvergunningen en privaatrecht, TvO 1984, p 177-180
- Walter de Bruin, A.* , Terugvorderingsacties in uitwegvergunningzaken, BR 1984, p 779 e v
- Weesing, G.H.L.* , Handhaving van het bestuursrecht met privaatrechtelijke middelen, in Recht op scherp, Duk-bundel, 1984, p 324 e v
- Wessels, B.* , Fiscale overeenkomst, Arnhem 1982
- Wiarda, G.J.* , Overeenkomsten met overheidslichamen, diss Zwolle 1939
- Wiarda, G.J.* , De wetenschap van het bestuursrecht en de spanning tussen gezag en gerechtigheid, inaugurale rede, Utrecht, 1948
- Wiarda G.J.* , De overheid als contractante, WPNR 5067, 1970
- Winkelman, H.E.* , Mogelijkheden tot kostenverhaal bij toepassing van art. 258 modelbouwverordening, TvO 1988, p 359 e v
- Wijk, H.D. van, Konijnenbelt, W.* , Hoofdstukken van administratief recht, 6e druk, Culemborg 1988
- Zeben, C.J. van* , Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2 Rechtspersonen en Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen
- Zutphen, A.H. van* , Het begrip openbare dienst in de Ambtenarenwet 1929, NTB 1988

TREFWOORDENREGISTER

- aansluitverplichting (zie ook riool-aansluiting) 159, 162
aard der rechtsverhouding (methode van) 40 e.v., 46 e.v.
administratief orgaan 23, 29 e.v., 33
algemeen belang 44, 47, 48, 49 e.v., 51, 84, 98, 176 e.v., 209
algemeen verbindend voorschrift 22, 30, 144
algemene beginselen van behoorlijk bestuur 46, 51, 60 e.v., 77, 80, 92, 94, 95 e.v., 103, 148, 160, 162, 164, 173, 175 e.v., 188, 193, 198, 210, 219, 220 e.v.
Algemene Bijstandswet 104, 110 e.v.
algemene voorwaarden 58, 139, 163, 181, 217
algemene wet bestuursrecht (voorontwerp) 21, 60, 84, 90
ambtenaar 106 e.v.
Ambtenarenwet 27, 107
antenneverbod 87, 179, 223
antispeculatiebeding 206 e.v.
- belastingen 117 e.v.
beleidsregels 85, 117
beperkende werking van de goede trouw 56 e.v., 210
beschikking 23, 30, 38, 70, 71 e.v., 74, 80, 144, 162, 170
bestemming 61, 144, 179, 184 e.v., 194 e.v., 200 e.v., 223
- openbare/publieke 102, 144, 151, 153, 175, 184 e.v., 193, 203
bestemmingsplan 136, 143, 155, 156, 164, 165, 169, 184, 194, 200
bevoegdheid (zie ook publiekrechtelijke -)
- gebonden 81, 103
- discretionaire 81, 88, 103
boetebeding 82, 91, 196, 214
bouwgrondbelasting 140 e.v., 158
bouwrijp 214
bouwvergunning 93, 135 e.v., 150, 156, 165 e.v., 169, 194, 195, 200
bouwverordening 136, 143, 152 e.v., 156 e.v., 161
- College van B en W 131, 165
Comptabiliteitswet 23, 25
contracteerplicht 188, 194, 220
contractsvrijheid 33, 49
contractswegering 96, 188
- delegatie 16, 53, 87, 222
derde-belanghebbende 75, 83 e.v.
- détournement de pouvoir 79, 88, 89, 92, 95, 98, 104, 129, 154, 173
détournement de procédure 77, 91, 92, 220
dwaling 114
- eigenaar 64, 96, 135, 142, 152, 174, 185
eigendom 61, 78, 143, 206, 213
ECRM 87, 223
erfpacht 78, 88, 94, 188, 198, 216
exclusiviteit 64, 71, 81, 213, 222
exoneratieclausule 56, 215
exploitatie
- kosten 161, 162, 166 e.v.
- overeenkomst 153, 168
- verordening 139, 140, 146, 153, 167, 169
evenredigheidsbeginsel 77, 79, 90
- fair play-beginsel 78, 91 e.v., 160, 220
fiscaal compromis 118 e.v.
- contra legem 121
formele beginselen 78, 91, 93, 100
formele rechtskracht beschikking 149, 173
formeel rechtszekerheidsbeginsel 78, 91, 170
formeel zorgvuldigheidsbeginsel 78, 83, 91
- garantie 197, 200
gebondenheid 104 e.v., 109, 127, 131, 201
gebruik
- normaal 186, 189, 193
- bijzonder 184, 186, 192
geldigheid (rechts-) 33, 51, 52 e.v., 57, 75, 102, 105, 130, 182, 197
gelijkheidsbeginsel 77, 87, 94, 95, 98, 100, 124, 183, 210, 219, 220, 224 e.v.
gemeenschappelijke regelingen 2
gemene rechtsleer 38, 39, 40 e.v., 46 e.v.
gemengde rechtsleer 44, 45, 46 e.v.
goede trouw 51, 56 e.v., 60, 94, 95 e.v., 181, 210, 220
goedkeuring 26
grondrechten 85 e.v., 179, 180, 213, 214, 221 e.v.
- horizontale werking van 85, 221, 224

- imprévision (zie onvoorziene omstandigheden)
iustum pretium-beginsel 90
- Koninkrijk 8
kostenverhaal 135, 140
- lichaam 7, 8 e.v., 13 e.v., 18 e.v., 27
legaliteitsbeginsel 72
- materieel rechtszekerheidsbeginsel 89, 99
materieel zorgvuldigheidsbeginsel 79, 83, 90
milieubescherming 188, 211
- convenant 211
ministeriële verantwoordelijkheid 16, 23, 29
misbruik van bevoegdheid 59, 65, 76, 97, 172
misbruik van macht 65, 76, 93, 172
misbruik van omstandigheden 55, 79, 92 e.v., 164, 208, 220
monopolie 76, 148, 163, 209, 220
motiveringsbeginsel 78, 79, 91, 100
- nietigheid (zie ook vernietigbaarheid)
56, 80, 83, 87, 124, 182
- ongeoorloofde oorzaak 51, 52 e.v., 66, 67, 197
onrechtmatige daad 61, 83, 104, 109, 115, 126, 178, 196, 213, 215
onvoorziene omstandigheden 56, 62, 101, 106, 128
openbaar lichaam (zie lichaam)
openbare nutsvoorzieningen 162
openbare orde en goede zeden 45, 51, 52, 80, 89, 91, 103
orgaan (zie ook adm. orgaan) 133
overheid als zodanig 41, 177
overheidstaak (of publieke -) 14, 24, 28, 32, 33, 49, 72, 146, 174 e.v.
- plaagstroken 164
precontractuele fase 3, 88
publiek domein 67, 102
publiek- en privaatrecht
- onderscheid 35
- onderlinge verhouding 35, 40 e.v.
publiekrechtelijke bevoegdheid 62, 75, 101 e.v., 105
- rechtsbescherming
- processueel 37, 70 e.v., 83, 150, 169, 173
- materieel 37, 96, 221
- rechtshandeling naar burgerlijk recht 38, 70
rechtsmacht 37
rechtspersoon
- publiekrechtelijk 7, 8 e.v., 13 e.v., 18 e.v., 33
- privaatrechtelijk 15, 23, 24 e.v., 26 e.v., 28, 33
rechtsstaategedachte 72, 223
redelijkheid en billijkheid (zie goede trouw)
relativiteitsvereiste 97
riolaansluiting 93, 159, 183
- schadevergoeding 62, 105, 106, 131, 205
schenking 203 e.v.
sociaal vestigingsstatuut 216
standplaatsvergunning 175, 185, 190
stichtingen 22, 26, 30 e.v.
subsidie 30, 88, 221
- toetsing directe/indirecte 95 e.v., 128
toezegging 104 e.v., 108, 123, 125, 131 e.v.
tweewegenleer 64, 65, 68 e.v., 74 e.v., 81, 82, 111, 175, 180, 186, 192
- uitbreidingsplan 195
uitkeringen 104, 110 e.v., 115
uitvoering overeenkomst 56 e.v., 94 e.v., 182
uitwegvergunning 68, 73, 143 e.v., 151 e.v., 154
- vennootschappen 26, 27
verbod van last 133
vergunning (zie ook bouwvergunning)
81, 82, 135, 192
verkoopregulerende bepalingen 205
vernietigbaarheid 56, 58, 86
verordenende bevoegdheid 9, 10 e.v., 18 e.v., 53
vertrouwensbeginsel 89, 82, 88, 100, 105, 108, 116, 117, 124, 125, 160, 211
- wanprestatie 105, 106, 108, 214
Wegenwet 143 e.v., 151 e.v., 153, 190
Wet bodemsanering, Interimwet - 212
wet in materiële zin 22, 30, 46, 53, 59, 85, 139, 146, 150
wethouder 131 e.v.
Wet openbare manifestaties 223
Wet op de ruimtelijke ordening 136 e.v., 143, 162, 166, 194

Wet verontreiniging oppervlaktewateren 189
willekeur 90, 92, 93, 95, 98, 104,
129, 154, 162, 173, 188, 211
wilsgebreken 56, 114
Woningwet 136 e.v., 154 e.v., 157,
161, 187, 195, 212
Woonruimtetwet 65, 126, 171, 206

zorgvuldigheid (van art. 1401 BW)
131
zorgvuldigheidsbeginsel (zie bij mate-
rieel - of formeel -)

CURRICULUM VITAE

J.C.E. Ackermans-Wijn werd op 15 juli 1957 geboren te Eindhoven. Zij behaalde in 1975 het Gymnasium A-diploma aan het Van Maerlantlyceum te Eindhoven. Vervolgens studeerde zij Nederlands Recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, waar zij op 24 september 1980 het doctoraal examen behaalde.

Sinds 1 augustus 1980 is zij werkzaam bij de sectie staatsrecht van de Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid, aanvankelijk in de functie van junior wetenschappelijk medewerkster, thans als universitair docente.

STELLINGEN

1. Privaatrechtelijke beperkingen van grondrechten door de overheid die niet berusten op de grondwettelijke beperkingsclausules, zijn ongrondwettig.
2. Uit het oogpunt van rechtsbescherming van de burger tegen handelen van de overheid is de betekenis van rechtstreekse toetsing door de burgerlijke rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperkt als daarmee een restrictieve uitleg van die beginselen gepaard gaat. Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 727, m.nt. MS (Amsterdam/Ikon).
3. Het stemgedrag van een wethouder in de gemeenteraad is geen gedraging die in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de gemeente heeft te gelden.
4. Art. 5 van het Algemeen Reglement Vervoer zoals laatstelijk gewijzigd bij KB van 29 september 1988, Stb. 485, dat een ieder verbiedt behoudens toestemming van de spoorweg, zich in of op een station dan wel in een trein zodanig te gedragen dat orde, rust, veiligheid of een goede bedrijfsgang wordt of kan worden verstoord en dat als zodanig o.a. aanmerkt het maken van rumoer of geluid waarvan anderen hinder ondervinden, het maken van propaganda en het verspreiden van drukwerken, en art. 7 van datzelfde reglement dat een ieder verplicht onder strafbedreiging (art. 64 Spoorwegwet) de aanwijzingen van de spoorweg betreffende de orde, rust, veiligheid of een goede bedrijfsgang op te volgen, zijn onverbindend wegens strijd met art. 6 Gw (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging), art. 7 Gw (vrijheid van meningsuiting) en art. 9 Gw (vrijheid van vergadering en betoging).
5. Ingestemd kan worden met het oordeel van de Raad van State in zijn advies bij wetsontwerp 20 501 betreffende de Algemene wet gelijke behandeling dat niet aannemelijk is gemaakt dat de bescherming die dit wetsvoorstel biedt iets toevoegt aan de reeds bestaande bescherming.
6. Indien art. 1 van de Grondwet (het gelijkheidsbeginsel) bij conflict met andere, klassieke grondrechten voorrang zou krijgen, leidt dat tot uitholling en zelfs tot een feitelijk tenietgaan van de klassieke grondrechten.

7. Het gebruik van DNA-onderzoek in het strafproces tegen de wil van de verdachte dient slechts mogelijk te zijn in gevallen bij de wet bepaald en met toestemming van de rechter.
8. Ministeriële beleidsregels die instructies bevatten voor ambtenaren zijn voor hen algemeen verbindende voorschriften.
9. Ten onrechte heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 9 september 1988, RvdW 147 beslist dat een in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoot voor de helft gerechtigd is tot elk goed van de gemeenschap in plaats van tot het geheel.
10. In zijn arrest van 18 nov. 1988, RvdW 197 (Arubaanse Statenleden) heeft de Hoge Raad ten onrechte mede het verbod van last ten grondslag gelegd aan de nietigheid van een verkiezingsafspraken, inhoudende dat een in de Staten te bezetten zetel geldt als partijzetel, omdat het verbod van last louter het stemgedrag van de Statenleden betreft en niet het zitting hebben in de Staten.
11. Het nieuwe paspoort is rood van schaamte.

Stellingen behorende bij het proefschrift van J.C.E. Ackermans-Wijn, "Contracten met de overheid".

