GESCHRIFTEN VAN DE VEREENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

VIII

PUBLIEKRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN

PRAE-ADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

Mr. L. J. M. BEEL

EN

Mr. G. J. WIARDA

VOOR DE ALGEMEENE VERGADERING OP 25 SEPTEMBER 1943

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

Wiarda.

GESCHRIFTEN VAN DE VEREENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

VIII

PUBLIEKRECHTELIJKE OVEREENKOMSTEN

PRAE-ADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. L. J. M. BEEL

EN

MR. G. J. WIARDA

VOOR DE ALGEMEENE VERGADERING OP 25 SEPTEMBER 1943

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

PRAE-ADVIES VAN Mr. L. J. M. BEEL

Op wel zeer summiere wijze heeft het Bestuur onzer Vereeniging het voor dit jaar aan de orde gestelde onderwerp omschreven. Aan het vrije goedvinden der prae-adviseurs is geheel overgelaten, hieraan die omlijning te geven, welke hun het meest verantwoord voorkomt. Dat het in te stellen onderzoek voornamelijk naar het *rechtskarakter* en de *rechtskracht* der publiekrechtelijke overeenkomsten dient uit te gaan, is nochtans duidelijk.

Aan de behandeling van het eigenlijke onderwerp moge een beknopte inleiding ter oriënteering zoowel als ter verantwoording der door mij gevolgde methode van onderzoek voorafgaan.

Inleiding.

„De staatsorganen voeren al hunne werkzaamheden in den weg van het recht uit en elk hunner handelingen wordt in het keurslijf der rechtsvormen geregen." Dit aan DONNER [1]) ontleend citaat plaatst ons terstond op het terrein van ons onderzoek, n.l. het uitgestrekte gebied der overheidsbemoeiingen, der overheidsactiviteit. De overheidsorganen, zoekende naar een bepaalde vormgeving voor hun handelingen, beperken zich niet tot de rechtsvormen, welke DONNER samenvat onder het begrip „administratieve beschikkingen", waarvan het meest op den voorgrond tredend element de „eenzijdigheid" uitmaakt. Beteekent dit derhalve, dat telkens, wanneer een administratieve wilsuiting dit element mist, gesproken kan worden van een publiekrechtelijke overeenkomst, zoodat wij op deze wijze reeds een negatieve omlijning van ons begrip hebben verkregen? Het antwoord op deze vraag is uiteraard afhankelijk van hetgeen men als essentialia stelt ten aanzien van het begrip „overeenkomst" in het algemeen. Wordt hierbij teruggegrepen naar de overeenkomst, zooals deze omlijning heeft gevonden in ons burgerlijk recht of aanvaardt men deze slechts als een species van een ruimer „overeenkomst"-begrip? Dit vraagpunt zal allereerst dienen te worden onderzocht.

„Publiekrechtelijke overeenkomsten". Is hier sprake van een abnormale rechtsfiguur, zooals DONNER [2]) haar kwalificeert? Bewegen de overheidsorganen, welke zich van dezen rechtsvorm bedienen, zich in een hun niet passend milieu? Het antwoord hierop wordt beslist door de visie, welke men heeft op het vraagstuk der verhouding tusschen publiek- en privaatrecht. Voor den

---

[1]) Dr. A. M. DONNER. De rechtskracht van administratieve beschikkingen, blz. 1.

[2]) Dr. A. M. DONNER, t.a.p. blz. 6.

prae-adviseur is het mitsdien eisch ook op dit punt klaarheid te verschaffen nopens eigen inzicht.

Zullen de beschouwingen over beide voorgaande vraagpunten goeddeels van rechtstheoretischen aard zijn en zal daarbij moeten worden teruggegrepen naar algemeene rechtsbeginselen, dit neemt niet weg, dat voor het overige niet enkel kan doch moet worden volstaan met een practisch onderzoek naar de vraag, in hoeverre in ons positief recht de publiekrechtelijke overeenkomst wordt aangetroffen, m.a.w. op inductieve wijze dient te worden nagegaan, in hoeverre zij zich een plaats heeft verworven in ons rechtsbestel. Met een globaal overzicht zal hierbij moeten worden volstaan.

Behoort de publiekrechtelijke overeenkomst ook de jure constituendo een plaats in te nemen naast de eenzijdige administratieve beschikking en als volwaardige rechtsfiguur op het terrein der overheidsactiviteit te worden aanvaard? Het is deze vraag, waarop ten slotte een antwoord dient te worden gegeven.

Begrip „overeenkomst".

Iedere rechtshandeling onderstelt een tot uitdrukking gebrachte wilsuiting van een rechtssubject, gericht op de verwerkelijking van eenig rechtsgevolg. Het intreden van het beoogde rechtsgevolg is echter dikwerf afhankelijk van eene overeenstemming tusschen de wilsverklaringen van twee of meer rechtssubjecten. De aanduiding van zoodanige rechtsfiguur — als genus-begrip — met den naam „overeenkomst" is zoowel taalkundig als juridisch verantwoord. De kern van het begrip is n.l. hiermede voldoende aangeduid. Dat dit aan het maatschappelijk verkeer ontleende, dus niet zuiver technisch-juridisch begrip voor een bepaald deel der rechtsstof een nadere determineering heeft gevonden, doet hieraan niets af.

Ten onrechte poneert SYBENGA [1]) de stelling, dat elke wilsovereenstemming, welke de strekking heeft om eenig rechtsgevolg teweeg te brengen, een overeenkomst is in den zin van artikel 1349 B.W., omdat ons recht andere overeenkomsten niet kent, zoodat zonder deze geen in het positieve recht wortelende rechtsband zou zijn te construeeren. Dat nochtans de verbintenisscheppende overeenkomst in het privaatrecht concrete omlijning heeft gevonden, ligt voor de hand. Zij toch is onmisbaar voor de onderlinge afpaling van de belangensferen der rechtsgenooten en voor het zeker stellen van de daarin in onderling overleg gebrachte veranderingen.

Zooals VAN PRAAG [2]) evenwel opmerkt, is de vraag, of er daar-

[1]) Dr. S. SYBENGA. Praeadvies Ned. Juristen Ver. 1927, blz. 11 en 16/17.
[2]) Dr. L. VAN PRAAG. Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, blz. 44/45.

naast publiekrechtelijke overeenkomsten bestaan, geheel afhankelijk van de terminologie die men kiest en waarin ieder vrij is, mits de kenmerken van hetgeen men steeds overeenkomst heeft genoemd, maar aanwezig zijn.

Welke zijn nu deze kenmerken? Allereerst is vereischt een samengaan van twee of meer rechtssubjecten. Op grond hiervan kan niet gesproken worden van een overeenkomst, bijaldien slechts sprake is van een samenwerking van organen van eenzelfde rechtssubject, waarvan voorbeelden door VAN DER GRINTEN [1]) bij zijn bestrijding van SYBENGA's opvatting zijn gegeven (de wilsovereenstemming tusschen Koning en Staten-Generaal bij het tot standkomen eener wet; de wilsovereenstemming tusschen de meerderheid der leden van een gemeenteraad bij de vaststelling van een besluit, enz.).

Deze rechtssubjecten dienen vrijelijk hun wil te verklaren en uit te wisselen. Dat het positieve recht deze vrijheid in mindere of meerdere mate beperkt, is van secundairen aard. De wilsovereenstemming moet vervolgens gericht zijn op het leggen van een bepaalden rechtsband tusschen partijen, als noodzakelijke voorwaarde ter verwerkelijking van het beoogde rechtsgevolg. Tenslotte dient de overeenkomst een geoorloofde strekking (causa) te hebben, waarbij rekening moet worden gehouden met het doel, hetwelk aan deze rechtshandeling als zoodanig eigen is (finis operis). Niet het motief van de handelende partij is derhalve hierbij uiteindelijk doorslaggevend.

Al deze vereischten vinden wij — zij het in andere bewoordingen — uitgedrukt in artikel 1356 B.W., luidende: „Tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten worden vier voorwaarden vereischt:

„1. De toestemming van degenen, die zich verbinden;
„2. de bekwaamheid om een verbintenis aan te gaan;
„3. een bepaald onderwerp;
„4. een geoorloofde oorzaak."

Het is logisch, dat deze wezenskenmerken in ons burgerlijk recht omschrijving vinden naast de uitwendige vereischten (vormvoorschriften e.d.), welke het positieve recht in het belang der rechtsorde aan de vermogensrechtelijke overeenkomst in haar verschillende typeeringen in het bijzonder nog stelt.

Deze wezenskenmerken zullen derhalve ook moeten worden aangetroffen, voor zoover elders, met name op het terrein van het publiekrecht, deze rechtsfiguur toepassing vindt en ook daar zullen wellicht door het stellig recht verdere vereischten worden gestipuleerd.

---

[1]) Prof. Mr. Dr. J. v. d. GRINTEN. „Overeenkomst, vergunning en concessie". Gemeentebestuur 1927, blz. 495.

Verhouding publiek- en privaatrecht.

De titel van dit praeadvies gaat uit van een bestaan der onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht. Dat deze onderscheiding nochtans niet van wezenlijken aard is, wordt thans vrijwel algemeen erkend. Ondanks alle theorieën, welke in den loop der eeuwen zijn opgesteld en ten spijt van de talrijke criteria, welke daarbij naar voren zijn gebracht, is men er nimmer in geslaagd dit probleem afdoende op te lossen. Dat evenwel ons positief recht van deze onderscheiding uitgaat en zij aan onze jurisprudentie mede ten grondslag ligt, is niettemin een feit. Ook zij, die met mij in beginsel uitgaan van de éénheid van het recht, kunnen dit niet alleen niet loochenen, doch komen voorts met DUGUIT [1]) tot de conclusie, dat het wenschelijk, ja, tot zekere hoogte noodzakelijk is, om deze ,,distinction traditionelle et classique", welke op ons stellig recht zoozeer haar stempel heeft gedrukt, vooralsnog te handhaven.

SCHOLTEN [2]) heeft de stelling geponeerd, dat de privaatrechtelijke sfeer die der vrijheid en der individueele werkzaamheid is en de publiekrechtelijke die der gebondenheid en der overheidsinmenging. In groote lijnen zijn hiermede inderdaad de beide sferen afgebakend, doch men vergete niet, dat het recht steeds in meerdere of mindere mate de vrijheid beperkt. Zooals VAN DER HEYDEN [3]) schreef, is niet het opleggen van verplichtingen de primaire taak van het recht, doch het toekennen van rechten, bevoegdheden, vrijheid. De verplichting is van secundairen aard, is hulpmiddel om te komen tot het doel. Het recht is de ,,vorm" der vrijheid. De rechtsordening is niet anders te verstaan dan als de ordening der individuen op hun gemeenschappelijk doel. Het gezag, hetwelk deze rechtsordening handhaaft. m.a.w. de overheid, heeft tot plicht om in te grijpen in de vrijheidssfeer der individuen en deze te begrenzen, telkens wanneer dit gevorderd wordt door het algemeen welzijn, het bonum commune.

Zooals echter het geheel niet te scheiden is van zijn deelen, zoo is ook het algemeen welzijn — doelstelling der Overheid — niet los te maken van het individueel welzijn — oogmerk van het handelen van elk individu —. Anderzijds dient het eigen belang te worden gezien dans la ligne du Bien commun [4]). Daarvoor te waken is de taak der Overheid. Zij heeft te zorgen voor een rangschikking der individuen in hun verhouding tot het geheel. Zij erkent het primaat der zelfwerkzaamheid van het individu als zelf-

[1]) DUGUIT. Traité de droit constitutionel 1927, Tome premier, blz. 702.
[2]) Mr. J. H. SCHOLTEN, De verhouding van administratiefrecht en burgerlijk recht. Praeadv. Ver. v. Adm. Recht 1941, bl. 65.
[3]) Mr. E. J. J. v. D. HEYDEN, Vrijheid en Recht 1935, bl. 55.
[4]) SUZ. MICHEL. La notion thomiste du Bien commun, bl. 61.

standige persoonlijkheid en respecteert deze voor zooverre dat mogelijk is, ook wanneer zij zelf ex necessitate boni communis meent te moeten optreden. Daar waar dit geboden is, grijpt de Overheid eenzijdig in en legt haar wil op; waar dit mogelijk is, werkt zij samen met het individu of associaties van individuen.

„Das Recht ordnet die Bindung und sichert sogleich die Freiheit". Het is vanzelfsprekend, dat nu eens het eene aspect meer op den voorgrond treedt, t.w. de vrijheid, dan weer het andere, de gebondenheid. Wil men derhalve de rechtsstof indeelen in publiek- en privaatrecht al naar gelang het eene, dan wel het andere domineert, dan is hiertegen geen overwegend bezwaar, te minder, waar de rechtsstof uit hoofde harer uitgebreidheid om nadere indeeling vraagt, mits men hieraan geen ander karakter toekent dan zij reëel bezit, t.w. het karakter van doelmatigheid. Men mag derhalve nimmer uit het oog verliezen, dat aan beide deelen der rechtsstof dezelfde beginselen ten grondslag liggen.

WIARDA [1]) heeft in navolging van Prof. SCHOLTEN [2]) in zijn proefschrift naar voren gebracht, dat het vraagstuk der onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht, — zijnde een probleem van theoretischen aard en voor algemeene beantwoording vatbaar — niet vereenzelvigd mag worden met het practische vraagpunt naar de onderlinge verhouding van de regelen van publiek- en privaatrecht, bij de beantwoording waarvan men aan plaats en tijd gebonden is.

Welnu, in ons huidig rechtsleven moeten wij met SCHOLTEN [3]) vaststellen de aanwezigheid van de beide normencomplexen, die „op elkander invloed uitoefenen en door overgangen en tusschenvormen in elkanders gebied doordringen."

Met HAMAKER [4]) pleegt men nu het privaatrecht te beschouwen als het gemeene recht, waarop het publiekrecht inbreuk maakt, telkens wanneer en in zooverre de Overheid zich daartoe ter verwezenlijking harer doelstelling genoodzaakt ziet.

Ook HUART, KRANENBURG, VAN DER POT, SCHELTEMA, e.a. aanvaarden deze formuleering, althans in haar algemeene strekking. Dit sluit evenwel — zooals SCHOLTENS [5]) opmerkt — niet in, dat men bij het zwijgen van het publiekrecht vanzelf een oplossing op privaatrechtelijk terrein zou pogen te vinden; veeleer moet men zeggen, dat zoowel *in* het civiel als *in* het publieke

[1]) Mr. G. J. WIARDA. Overeenkomsten met overheidslichamen 1939, blz. 32 en 33.

[2]) Prof. Mr. PAUL SCHOLTEN. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsche Burgerlijk Recht, alg. deel, blz. 4 e.v.

[3]) Mr. J. H. SCHOLTEN, t.a.p. blz. 55.

[4]) Mr. HAMAKER, Verspreide geschriften VII, blz. 131 e.v.

[5]) Mr. Dr. A. L. SCHOLTENS in De verhouding van administratiefrecht en burgerlijk recht. Gedachtenwisseling. Geschrift V Ver. voor Administratief Recht 1941, blz. 9.

recht gemeen recht voorkomt, d.w.z. gemeenschappelijke rechtsbeginselen worden aangetroffen.

Het maatschappelijk leven wordt inderdaad hoofdzakelijk beheerscht door het private recht, al valt een zeer sterke tendenz daarbij te onderkennen, welke er toe leidt, dat meer en meer de overheidsinvloed zich uitbreidt en zijn stempel drukt op het maatschappelijk leven in die mate zelfs, dat PITLO [1]) bij een doorstuwing dezer sociale strooming een tijdperk voorziet, waarin het privaatrecht uitzonderingsrecht zal zijn en zal komen te rusten op het publiekrecht, terwijl SCHOLTEN [2]) het privaatrecht nog slechts ziet als „een eiland in de wassende wateren van het publiekrecht, die het gestadig afkabbelen en doorbreken met de tendenz het langzaam maar zeker geheel te overweldigen."

Bezien wij evenwel het eigene terrein der Overheid, de eigen sfeer harer werkzaamheid, dan zijn het dezelfde rechtsbeginselen, als welke ten grondslag liggen aan dat privaatrecht, waarvan moet worden uitgegaan, telkens wanneer het publiekrecht tekort schiet. Dit houdt niet in, dat ons positief privaatrecht zonder meer in deze gevallen steeds zou gelden. Waar evenwel voormelde rechtsbeginselen in finesses uitwerking hebben gevonden in ons burgerlijk recht, zal een analogische toepassing dikwerf de oplossing bieden, en zullen zelfs privaatrechtelijke rechtsvormen worden benut. [3]) Dit zal in steeds toenemende mate plaats vinden bij een verderen uitgroei der publiekrechtelijke verhoudingen.

Uit dit alles blijkt voldoende, hoe de begrippen vrijheid en gebondenheid, welke volgens SCHOLTEN de beide gebieden vooral typeeren, tenslotte niet anders zijn dan twee aspecten van het ééne recht, waarvan nu het eene, dan weer het andere sterk op den voorgrond treedt, al naargelang de daaraan ten grondslag liggende rechtsopvattingen het individu dan wel de gemeenschap vooropstellen. Ongeacht echter het standpunt, hetwelk wordt ingenomen, blijven beide facetten steeds aanwezig. Car il n'y a aucune branche, qui ne présente à la fois un côté privé et un côté public. [4])

De publiekrechtelijke overeenkomst.

De overeenkomst hebben wij hiervoren gezien als een rechtsfiguur, welke uit haren aard slechts gebezigd kan worden daar, waar een vrije wilsvorming en uitwisseling van wilsverklaringen door rechtssubjecten mogelijk is. Dat niettemin de Overheid in

---

[1]) Mr. J. D. VEEGENS—Mr. A. PITLO, Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Deel I, blz. 4.

[2]) Mr. J. H. SCHOLTEN, t.a.p. blz. 23.

[3]) Mr. J. L. H. CLUYSENAER. Publiekrechtelijke overeenkomsten. Rechtsg. Mag. Themis 1942, blz. 513 e.v.

[4]) AHRENS, Cours de droit naturel, 6me édition, I 278.

meerdere of mindere mate ingrijpt in de wijze, waarop de overeenkomst, wil zij rechtskracht hebben, tot stand komt, ja zelfs ex necessitate boni communis medezeggenschap eischt bij de bepaling van den inhoud der overeenkomst en begrenzingen stelt aan het beoogde rechtsgevolg, tast het overeenkomstbegrip niet wezenlijk aan. Op welke wijze en in hoeverre de Overheid ingrijpt, of en, zoo ja, binnen welke grenzen zij de overeenkomst in haar verschillende typeeringen als rechtsvorm erkent en toelaat, bepaalt zij naar eigen inzicht.

Uiteraard treedt dus de overeenkomst het meest op den voorgrond op het gebied van het recht, waarin de vrijheid domineert, t.w. het privaatrecht.

Wanneer kunnen wij nu spreken van ,,publiekrechtelijke overeenkomsten?'' Publiekrechtelijke overeenkomsten zijn naar de omschrijving van ROMEYN [1]), die overeenkomsten, waarbij de overeenstemmende wilsverklaringen gericht zijn op een in het leven roepen van eenzelfde rechtsgevolg op het gebied van het administratieve recht.

Hierbij richt deze schrijver dus enkel het oog op het terrein der overheidsactiviteit, voor zoover deze van bestuurlijken aard is. Eenzelfde beperking meen ook ik in dit praeadvies mij te mogen veroorloven, al is bijv. ook de overeenkomst op volkenrechtelijk gebied onder den term ,,publiekrechtelijke overeenkomst'' te verstaan. Indien het beoogde rechtsgevolg beperkt blijft tot het vermogensrecht, en het m.a.w. betreft overeenkomsten, welke door overheidslichamen, zich als rechtspersonen met eigen vermogen bewegend binnen de sfeer van het maatschappelijk verkeer, onderling of met derden worden aangegaan, dan is van een publiekrechtelijke overeenkomst geen sprake. De aanvaarding van de overeenkomst, als rechtsvorm te bezigen bij de behartiging der bestuurstaak, sluit in zich, dat — zoolang een uitwerking van de algemeene rechtsbeginselen voor het administratieve recht blijft ontbreken — teruggegrepen zal moeten worden naar het Burgerlijk Wetboek en de daarin neergelegde concretiseering dier beginselen naar analogie toepassing zal moeten vinden, voor zoover althans deze te vereenigen is met het beoogde rechtsgevolg: de behartiging der overheidstaak. Hier ligt derhalve een taak voor den rechter weggelegd, telkens wanneer hij geroepen wordt recht te spreken op dit terrein ondanks ,,het stilzwijgen, de duisterheid en de onvolledigheid der wet.''

ROMEYN beperkt de publiekrechtelijke overeenkomsten tot het gebied van het administratieve *recht*. Als gevolg hiervan vallen buiten dit begrip die meerzijdige rechtshandelingen op bestuurlijk terrein, welke in het administratieve *recht* hun grond-

[1]) Mr. Dr. H. J. ROMEYN, Administratiefrecht, deel I, blz. 93.

slag niet vinden en als gevolg daarvan in een privaatrechtelijken vorm zijn gegoten. Het werkterrein der administratie toch vindt geen volledige omlijning in het administratieve recht. Deels vormt het een gebied, waarop de bestuursorganen naar vrije goedvinden handelend optreden. Zelfs binnen het raam der administratieve wetgeving is er dikwerf vrijheid, met name ook voor wat betreft de keuze van den te bezigen rechtsvorm. Moet uit dien hoofde in voormelde begrips-omlijning niet instede van „administratief recht" gelezen worden „administratie?" Zóó zien het VAN DER POT [1]), VAN PRAAG [2]) en VAN DER VEN [3]), waar zij het publiekrechtelijk kenmerk gelegen achten in het object der overeenkomst, t.w. de uitoefening der bestuurstaak eener publiekrechtelijke gemeenschap, ongeacht derhalve of deze beheerscht wordt door regelen van publiekrecht.

Het zou, naar het mij wil voorkomen, leiden tot een belangrijke verheldering in deze rechtsmaterie, wanneer wij instede van over „publiekrechtelijke overeenkomsten" zouden spreken over:

a. administratieve overeenkomsten, telkens wanneer bij een meerzijdige rechtshandeling de bestuurlijke taak der Overheid het object vormt, ongeacht of deze rechtshandeling gegoten is in publiekrechtelijken dan wel in privaatrechtelijken rechtsvorm;

b. administratiefrechtelijke overeenkomst, zoodra bij een administratieve overeenkomst een van het privaatrecht afwijkende rechtsfiguur is gebezigd.

De publiekrechtelijke overeenkomsten worden aangetroffen binnen de sfeer van de eigen werkzaamheid der Overheid. Voor het bezigen van deze rechtsfiguur is op dit terrein aanleiding, telkens wanneer de aard der te behartigen taak eene vrijwillige samenwerking met andere overheidslichamen, met uit het maatschappelijk leven ontsproten corporaties dan wel met bijzondere personen wenschelijk maakt, m.a.w. de behoefte aan belangenbehartiging in samenwerking met anderen zich openbaart.

Is zoodanige samenwerking op dit gebied nu een abnormaal verschijnsel? Stelt de Overheid, gebruik makende van de overeenkomst-figuur, zich op een andere dan haar natuurlijke plaats? Volgens DONNER [4]) zouden deze vraagpunten bevestigend moeten worden beantwoord. Daarmede vervalt deze schrijver m.i. in de opvatting, welke ook de aanhangers der staatssouvereiniteit hebben gehuldigd, volgens welke bij het publiekrecht slechts gedacht kan worden aan eene eenzijdig bevelende, heerschende Overheid.

[1]) Mr. C. W. VAN DER POT. De vormen van het besturen, Nederl. Bestuurs-recht, blz. 203.
[2]) Mr. Dr. L. VAN PRAAG, t.a.p. blz. 44 e.v.
[3]) Mr. J. J. M. VAN DER VEN, N. J. B. 1938, blz. 526.
[4]) Dr. A. M. DONNER t.a.p. blz. 6.

In dezen gedachtengang past uiteraard de eenzijdige beschikking als ,,wilsuiting, machtspreuk, der Overheid, immuun voor een directe aantasting door den particulier.'' [1]) De rechtszekerheid, voor de justiciabelen van het grootste gewicht, wordt hierbij geheel opgeofferd aan den eisch, dat de Overheid eenzijdig hare beschikking moet kunnen nemen, herzien en terugnemen. Hierin juist ligt het kenmerkende verschil tusschen overeenkomst en beschikking. ,,Der Vertrag'' — aldus FLEINER [2]) — ,,verpflichtet die Vertragsparteien gegenseitig, den Vertragsinhalt zu erfüllen; die Verfügung ruht allein auf dem Willen des Verfügenden. Von ihm kann sie daher jederzeit zurückgenommen werden''. Dat de behartiging van het algemeen welzijn onder bepaalde omstandigheden eene ruime bewegingsvrijheid voor de Overheid vraagt, moet worden erkend. Betwist wordt evenwel, dat deze eisch zou gelden voor het geheele bestuurlijke terrein. De wetgever zelf levert het bewijs van het tegendeel, waar hij in vele gevallen deze vrijheid beperkt juist ter wille der rechtszekerheid, ter waarborging van de belangen der betrokkenen tegen willekeur. Ook DONNER stelt vast dat de beschikking, wil zij werkelijk van waarde zijn, rechtskracht zoowel in formeelen als in materieelen zin dient te bezitten.

,,Wanneer de Overheid'' — aldus DONNER [3]) — ,,eenmaal een beschikking neemt, dan moet zij zich realiseeren, dat zij daarmede den grondslag legt voor tal van verwachtingen, voor het ontwikkelen van verdere rechtsverhoudingen, voor het aangaan van verplichtingen en dat zij, door de beschikking willekeurig in te trekken, dreigt de fundamenten weg te slaan van onder het gebouw van het huidig rechtsleven.''

Bij de afweging der belangen van Overheid en justiciabelen zal dikwerf blijken, dat tegenover het particulier belang niet steeds staat een domineerend openbaar belang. Steeds meer treedt dit verschijnsel naar voren bij de sterk uitgroeiende overheidsbemoeiingen, waarbij het ingrijpen der Overheid vaak slechts van zeer beperkten aard is, zoodat het bijzonder belang van den enkeling blijft praevaleeren.

Ten aanzien bijv. van de beschikkingen, waarbij de Overheid subsidie verleent, geeft DONNER [4]) toe, dat in dergelijke gevallen tegenover het particuliere belang niet meer staat dan een naar verhouding onaanzienlijk financieel belang der Overheid, en uit dien hoofde beide partijen elkaar veel dichter naderen dan het

---

[1]) Dr. A. M. DONNER, t.ap.. blz. 17.

[2]) FRITZ FLEINER. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts blz. 214.

[3]) Dr. A. M. DONNER, t.a.p. blz. 298.

[4]) Dr. A. M. DONNER, t.a.p. blz. 201. (Zie ook het op blz. 200 aangehaalde K.B. van 20 Mei 1930 S. 206).

geval is bij de beschikkingen, waarmede hoogere openbare belangen zijn gemoeid, terwijl als logisch gevolg hiervan ,,de gebruikelijke rem op ontwikkeling in contractueele richting, welke is gelegen in de Overheid-onderdaan-verhouding, veel minder tot zijn recht komt.''

Welnu, welk principieel bezwaar verzet zich onder dergelijke omstandigheden tegen het bezigen van de overeenkomst-figuur? Uit hoofde van welk beginsel zou de Overheid steeds den rechtsvorm der eenzijdige beschikking dienen te hanteeren, ook in die gevallen, waarin kennelijk overheidscorporaties onderling dan wel zoodanige lichamen met bijzondere personen vrijwillig tot samenwerken geraken?

De taak der Overheid is in het voorafgaande omschreven als de zorg voor de rangschikking van de individuen in hunne verhouding tot het geheel. Telkens, wanneer zij bij haar optreden de zelfwerkzaamheid van het individu kan respecteeren, is zij daartoe gehouden. Een eenzijdig optreden harerzijds m.a.w. een opleggen van haar wil dient beperkt te blijven tot het terrein, waarop de behartiging van het algemeen welzijn daartoe dwingt.

Dat niettemin dit aan elke overheidshandeling ten grondslag liggend oogmerk, t.w. de utilitas publica, bij gebruikmaking van den overeenkomst-vorm dikwerf nopen zal tot zekere afwijkingen in structuur van deze in ons burgerlijk recht omschreven rechtsfiguur en dus de constructie van eene administratiefrechtelijke overeenkomst wenschelijk doet zijn, is voor de hand liggend.

Publiekrechtelijke overeenkomsten de jure constituto.

a. Samenwerking tusschen openbare lichamen onderling.

Artikel 97 der Provinciale wet, evenals de artt. 121 e.v. der Gemeentewet (vóór de wijziging van 1931), dienen te worden gezien in het licht der bij de totstandkoming dezer wettelijke bepalingen geldende drie-kringen-theorie, volgens welke bij een gemeenschappelijke behartiging van belangen door deze corporaties gevreesd werd voor een treden buiten de sfeer hunner eigen huishouding. Van een ,,regeling'' dezer samenwerking of althans van een uitwerking van de algemeene rechtsbeginselen, welke hieraan ten grondslag behooren te liggen, was hierbij geen sprake. De wet erkende nochtans de vrijheid tot samenwerking binnen de daarbij gestelde grenzen. Bij het ontbreken eener zoodanige regeling hebben de corporaties haar toevlucht genomen tot de in ons burgerlijk recht tot in de finesses uitgewerkte samenwerkingsvormen. Met een toepassing naar analogie der in het Burgerlijk Wetboek ten aanzien der overeenkomst omschreven materieele bepalingen kon daarbij evenwel niet worden volstaan, waar in het publieke recht ook elke vormgeving ontbrak. In 1931

is in dit opzicht ten aanzien der intercommunale samenwerking een voorziening getroffen (artt. 129 e.v. Gemeentewet). Een terugvallen in privaatrechtelijke vormen is daarbij slechts toegelaten, voor zoover deze rechtsvormen in verband met den aard van het te regelen belang in het bijzonder aangewezen moet worden geacht. (Zie art. 146 dezer wet en art. CIX der Herzieningswet van 1931).

In meerdere administratieve wetten vinden wij voorts bepalingen nopens de vrijwillige samenwerking van overheidscorporaties. Indien deze samenwerking instede van rechtssubjecten enkel betreft organen van lagere corporaties, welke — naar THORBECKE's woord — als werktuigen ingeschakeld zijn in het bestuursapparaat eener hooger geordende corporatie, is van eene ,,overeenkomst'' geen sprake.

Dat op indirecte wijze door hoogere organen dwang wordt uitgeoefend, teneinde de lager geordende corporaties te brengen tot onderlinge samenwerking, waar dit geacht wordt in haar belang te zijn, tast nog niet de overeenkomst in haar wezen aan. Een verplichting tot samengaan is daarmede nochtans in strijd.

Tenslotte zij nog gewezen op het besluit van den Secretaris-Generaal van het Departement van Binnenlandsche Zaken inzake uitbreiding van de in de artt. 129 e.v. van de Gemeentewet geregelde mogelijkheid tot vorming van doelcorporaties (Verordeningenblad 1941 nr 29), waarin het aangaan van publiekrechtelijke overeenkomsten door de gemeenten mede met andere publiekrechtelijke lichamen alsook met stichtingen, vereenigingen, maatschappijen en natuurlijke personen mogelijk is gemaakt.

De in artikel 2 van dit besluit bedoelde samenwerking draagt nog steeds het karakter eener overeenkomst, welke gezien haar object is aan te merken als een administratiefrechtelijke overeenkomst. Hierbij toch wordt een deel der overheidstaak door overheidslichamen en particulieren in onderlinge samenwerking ter hand genomen.

b. Samenwerking tusschen openbare lichamen en bijzondere personen.

1. *De ambtenaarsverhouding.*

Het valt niet te loochenen, dat de ambtenaarsverhouding als regel uit een overeenkomst tusschen Overheid en particulieren wordt geboren. ,,La nomination de fonctionnaire n'est certainement pas un acte unilatéral, puis qu'elle implique évidemment le concours de deux volontés au moins, celle qui nomme et celle qui est nommé'' [1]). Hieraan doet niet af de omstandigheid, dat

[1]) LÉON DUGUIT, t.a.p., blz. 423.

de status, waarin de ambtenaar door de overeenstemmende wilsverklaring komt te verkeeren, volledig dan wel nagenoeg volledig regeling vindt in wet en reglement, m.a.w. in een eenzijdig vastgestelde regeling. In dit verband zij trouwens verwezen naar de in titel VIIa van Boek III B.W. vervatte regeling van het arbeidscontract en meer speciaal naar de bepalingen, neergelegd in de artt. 1637j—1637m en naar de wetten van 24 December 1927 (S. 415), houdende nadere regeling van de collectieve arbeidsovereenkomst, en van 25 Mei 1937, S. 801, op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Ook hierbij zien wij den status van den arbeider vastgesteld buiten hem om. Een belangrijk deel der arbeidsvoorwaarden is voorts vervat in sociale verzekeringswetten.

Zelfs BUYS [1]) spreekt van het „vrije verdrag", waardoor de ambtelijke dienstbetrekking ontstaat, welke leidt tot een bijzondere publiekrechtelijke machtsverhouding, terwijl ook DE SAVORNIN LOHMAN [2]) de benaming „verdrag" hierbij bezigt.

Zooals KRABBE [3]) dan ook terecht heeft opgemerkt, is het voor het al of niet aanwezig zijn van een verbintenis-scheppende overeenkomst onverschillig, van wie de norm afkomstig is, welke de rechten en plichten der contracteerende partijen regelt. Hij maakt bij de ambtenaarsverhouding onderscheid tusschen het publiekrechtelijk contract en de ambtsopdracht, welke laatste eenzijdig is. Naar mijn meening is het maken van dit onderscheid niet noodig. Wat toch is het geval? Wij zien, dat de wetgever — ofschoon deze rechtsverhouding naar haar wezen tweezijdig is — daaraan het karakter heeft gegeven van een eenzijdige rechtshandeling en aan de eenzijdige beschikking der Overheid (de aanstelling) de rechtsgevolgen verbindt. DUGUIT [4]) merkt dan ook op: „Son caractère unilatéral ou plurilatéral dépend de l'état du droit positif dans le pays et au moment considérés." Ook hier is weder te onderkennen de theorie der staatshoogheid.

Is er bij deze naar stellig recht eenzijdig geconstrueerde rechtsfiguur, waarbij volgens JÈZE [5]) de aanvaarding door den ambtenaar geen andere beteekenis heeft dan „le non refus de l'investiture", nog aanleiding voor toepassing der algemeene rechtsbeginselen, welke aan de overeenkomst ten grondslag liggen? Waar de regelen van publiekrecht uitdrukkelijk van de in het B.W. neergelegde uitwerking dier beginselen afwijken, is van een toepassing — zij het ook naar analogie — geen sprake. Voor

---

[1]) Mr. J. T. BUYS. De Grondwet 1883, deel I, blz. 54.
[2]) A. F. DE SAVORNIN LOHMAN. Onze constitutie, blz. 185.
[3]) Dr. H. KRABBE. De burgerlijke staatsdienst in Nederl., blz. 21.
[4]) LEON DUGUIT. Traité de droit constitutionnel, Tome III, blz. 124.
[5]) GASTON JÈZE. Les principes généraux du droit administratif 1930, blz. 421.

zoover nochtans door deze publiekrechtelijke omlijning de daaraan in wezen ten grondslag liggende rechtsverhouding niet ten volle wordt beheerscht, is er voor een analoge toepassing van bepalingen van het B.W., m.i. zeer zeker aanleiding. De beoordeeling hiervan is thans den gewonen burgerlijken rechter onttrokken; in de rechtspraak van de Ambtenarengerechten en den Centralen Raad van Beroep komt echter meermalen aan het licht, hoe deze colleges naast de wettelijke voorschriften ook de algemeene rechtsbeginselen ten grondslag leggen aan hun uitspraken.

In dit verband zij enkel gewezen op de toepassing van het rechtsbeginsel, dat een ingrijpen in ongunstigen zin met terugwerkende kracht in een rechtmatig vastgestelde positie niet geoorloofd is, ook al is niet uitdrukkelijk in een wettekst neergelegd, dat zoodanig ingrijpen rechtskracht mist [1]).

Naast de eenzijdig geconstrueerde „aanstelling" van den ambtenaar zien wij de „arbeidsovereenkomst" naar burgerlijk recht op het terrein der overheidsadministratie steeds verder naar voren treden. In de Ambtenarenwet 1929 en Pensioenwet 1922, S. 240, wordt van deze figuur zelfs uitdrukkelijk melding gemaakt. Artikel 134 der Ambtenarenwet schrijft zelfs regelen voor nopens de gevallen, waarin en de voorwaarden, waaronder door of vanwege overheidslichamen indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht kan plaats hebben. Bij arrest van 9 April 1931 (W. Gem.bel. 1931, blz. 386) heeft de H.R. voorts beslist, dat, indien een publiekrechtelijk lichaam personen in dienst neemt krachtens overeenkomst naar burgerlijk recht, op grond van art. 1637z, lid 2 (thans lid 1) B.W. partijen bevoegd zijn, om, al brengen zij haar rechtsverhouding onder de heerschappij van het burgerlijk recht, toch te dien aanzien de bepalingen van titel VIIa van Boek III B.W. slechts voor zoover haar goeddunkt van toepassing te verklaren.

Het zou te ver voeren, hierop nader in te gaan. Ik moge volstaan met te constateeren, dat de overeenkomst tusschen werkgever en werknemer op het bestuurlijk terrein der Overheid nimmer is mogen uitgroeien tot een administratiefrechtelijke, zooals het meest juiste zou zijn geweest, doch dat anderzijds de privaatrechtelijke overeenkomst in onze administratieve wetgeving erkenning en zelfs ten deele nadere omlijning heeft gevonden.

Ons ambtenarenrecht bevindt zich — zooals KRANENBURG [2]) opmerkt — in een overgangstoestand. De positieve wetsbepalingen vertoonen inderdaad duidelijk de kenmerken van te zijn ontstaan in verschillende stadia van ontwikkeling der ambte-

[1]) Uitspraak Centr. Raad van Beroep dd. 23 Jan. 1936 — Mr. CALJÉ. Rechtspraak in ambtenarenzaken, deel II, blz. 92.

[2]) Mr. R. KRANENBURG. Ned. Staatrecht 1938, deel I, blz. 394.

naarsverhouding en van de theorie daarvan. In dit verband zij nog gewezen op het groeiend streven naar medezeggenschap bij de vaststelling van den status, hetwelk erkenning heeft gevonden in de ambtenarenwet, waaruit de onvoldoendheid der eenzijdige vaststelling mede naar voren treedt.

2. *De concessie.*

Binnen haar werkterrein roept de Overheid voorts den particulier tot samenwerking in dier voege, dat zij den betrokkene het recht verleent en deze op zich neemt zelfstandig een bepaald onderdeel der bestuurstaak te verzorgen. Hiertoe moet de Overheid uiteraard de voorwaarden scheppen, door n.l. voor zoover naar positief recht bepaalde werkzaamheden, uit de ontvangen en aanvaarde opdracht voortvloeiende, slechts mogelijk zijn na verkregen publiekrechtelijke vergunning, deze te verleenen. Vandaar, dat een concessie naast den materieelen inhoud der overeenkomst meestal ook insluit een eenzijdige beschikking van de Overheid, welke overigens als mede-contractante optreedt, waarbij de voorwaarden geschapen worden voor een juiste vervulling van de aan den particulier toevertrouwde overheidszorg. Hetgeen de „Belemmeringenwet Verordeningen" van 23 Mei 1899, S. 129, voorschrijft ter opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van werken in het openbaar belang bevolen of ondernomen, n.l. het verleenen van vergunning, ontheffing, dispensatie of welke benaming men aan de te geven beschikking toekennen moge, vindt reeds plaats bij de concessie zelve. Zeer juist heeft VAN GELEIN VITRINGA [1]) het rechtskarakter der concessie getypeerd als een bestuursdaad, waarbij de Overheid een deel van haar werkzaamheid overdraagt aan den particulier, om dit op eigen naam en voor eigen rekening uit te oefenen.

Het motief dezer vrijwillige samenwerking kan slechts zijn, dat de behartiging van het algemeen belang in het voorliggende geval niet noopt tot eigen werkzaamheid of eenzijdig opleggen van plicht doch integendeel een vrijwillig op zich nemen door een particulier eene juiste verzorging zal bevorderen. Het bonum commune eischt in een zoodanig geval slechts, dat behartiging plaats vinde, doch vraagt geen verdere rechtstreeksche overheidsbemoeiing, weshalve het subsidiariteitsbeginsel hierbij gaat praevaleeren.

Op dit terrein is derhalve alleszins aanleiding voor een benutten van den rechtsvorm der administratiefrechtelijke overeenkomst. Wij zien nochtans, dat voor zoover de wet zelve de concessie regelt, zij dezen heeft gegoten in den vorm der eenzijdige be-

---

[1]) Mr. VAN GELEIN VITRINGA. De rechterlijke macht tegenover de Amsterdamsche gasconcessie R.M. 1899, blz. 563 e.v.

schikking, terwijl op het terrein van het vrije goedvinden de Overheid haar toevlucht heeft genomen tot de privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij zij tegenover den betrokkene weet te beschikken over die economische waarborgen voor een juiste nakoming der door dezen op zich genomen verplichtingen, welke het burgerlijk recht nu eenmaal verschaft.

In meerdere wetten treffen wij de concessie aan, doch — zooals reeds aangestipt — geconstrueerd als een eenzijdige publiekrechtelijke beschikking, t.w. in den vorm eener voorwaardelijke vergunning. (Zie bijv. art. 7 Spoorwegwet; art. 2 Lokaalspoorweg- en tramwegwet; art. 1 wet 14 Juli 1904, S. 147; art. 2 wet 15 December 1917, S. 703; art. 4 wet autovervoer personen; art. 11 Luchtvaartwet; art. 1 Bankwet).

De wetgever heeft zich ook hierbij niet kunnen onttrekken aan de, ons administratief recht nog te zeer beheerschende, theorie der staatshoogheid.

WIARDA [1]) onderscheidt de eigenlijke en oneigenlijke concessie. Onder concessie in eigenlijken zin verstaat hij een beschikking, waarin de Overheid iets veroorlooft, dat zonder haar veroorloving krachtens publiekrechtelijke verbodsbepaling zou zijn verboden. De concessie is een species van het begrip „beschikking", dat alle eenzijdige rechtshandelingen der Overheid op het terrein harer bestuurlijke taak omvat. Tusschen de concessie en de vergunning is bij deze opvatting mitsdien wezenlijk verschil. De concessie onderscheidt zich volgens WIARDA slechts in zooverre van de vergunning, dat zij met een overeenkomst gepaard gaat. De onderscheiding in de verhouding tusschen concedens en concessionaris (c.q. vergunninggever en vergunninghouder) van een eenzijdige overheidshandeling en een overeenkomst behoeft z.i. geenszins mede te brengen, dat tegen de bedoeling van partijen gesplitst wordt, wat bij elkaar behoort, en dat het verband, dat tusschen beide rechtshandelingen bestaat, wordt verbroken.

Bij een concessie in oneigenlijken zin is z.i. sprake van zuiver contractueele verhoudingen; zij betreft regelen tusschen overheidslichamen en bijzondere personen met betrekking tot ondernemingen van algemeen nut, waarvoor een voorafgaand verlof der Overheid niet noodig is.

Wijkt WIARDA hierbij belangrijk af van de door mij voorgestane zienswijze? Naar mijn meening is dit geenszins het geval.

Voor zoover de concessie in ons administratief recht omschreven is als eenzijdige beschikking der Overheid, waarbij hetgeen de Overheid wenscht te bedingen, gestipuleerd is als voorwaarde der te verleenen vergunning, is — evenzeer als bij de ambtenaarsverhouding, — daarmede gederogeerd aan het burgerlijk recht.

---

[1]) Mr. WIARDA t.a.p., blz. 180 e.v.

De toepasselijkheid van het burgerlijk recht ten opzichte van de concessie, voor zoover deze niet uitdrukkelijk krachtens wettelijk voorschrift als eenzijdige beschikking der Overheid is geconstrueerd, wordt door de meeste schrijvers aanvaard en vindt ook — zij het niet onverdeeld — in de jurisprudentie steun. In de algemeene vergadering der Ned. Juristenvereeniging 1927 werd de vraag, of de rechtshandeling, waarbij de Overheid concessie verleent, beschouwd dient te worden als een overeenkomst, beheerscht door het privaatrecht, voor zoover niet door bijzondere regeling de toepassing van het privaatrecht wordt uitgesloten, met 32 stemmen vóór, 29 tegen en 3 blanco bevestigend beantwoord. Deze zienswijze vindt bestrijding bij VAN DER POT [1]), volgens wien de concessie in het algemeen een eenzijdige overheidsdaad is, evengoed als de vergunning en dispensatie. Slechts als uitzondering aanvaardt deze schrijver de aanwezigheid daarbij van de elementen eener overeenkomst, in welk geval het privaatrecht echter hoogstens voor analogische toepassing in aanmerking komt. DIESCH [2]) daarentegen ziet in de concessie een tusschending, een overgangsvorm van privaat- naar publiekrecht.

Met betrekking tot de jurisprudentie zij de aandacht gevestigd op een tweetal recente uitspraken van rechterlijke colleges.

Gewezen zij in dit verband allereerst op een vonnis der Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage van 4 December 1942 (Ned. Jurispr. 1943 no. 450, blz. 603—606) in een procedure tusschen de N.V. Noord-Willems-Kanaal Maatschappij te Groningen als eischeres en den Staat der Nederlanden als gedaagde.

In de aan genoemde N.V. verleende en door haar blijkens onderteekening mede aanvaarde concessie is o.m. bepaald, dat de concessie wordt verleend voor den tijd van 99 jaren, aanvang nemende met de dagteekening der concessie, met bepaling omtrent stilzwijgende verlenging telkens over een tijdvak van 25 jaren en met toekenning van de bevoegdheid aan de Regeering om na het verstrijken van den termijn van 99 jaren en vervolgens telkens na een tijdsverloop van 25 jaren, de exploitatie over te nemen, en zich daartoe in het bezit te stellen van het kanaal en hetgeen ertoe behoort, en den eigendom van dat alles te verkrijgen tegen uitkeering van in dat artikel aangegeven sommen.

Met betrekking tot het rechtskarakter dezer concessie wordt bij dit vonnis o.m. het volgende overwogen, dat:

> „de bestuurstaak van den Staat omvat de zorg voor het „algemeen belang en daaronder is begrepen het belang van „het publiek bij ondernemingen ten dienste van het publiek; „dat die zorg meebrengt, dat bij het toevertrouwen van

[1]) Mr. C. W. VAN DER POT. Handboek van het Ned. Staatsrecht 1940, blz. 315.

[2]) Dr. C. F. DIESCH. De bedrijfsconcessie blz. 110.

„het stichten en exploiteeren van eene zoodanige onder-
„neming aan particulieren, de grootst mogelijke waarborgen
„aanwezig moeten zijn, met het daaruit voortvloeiende con-
„cessie-stelsel;

„dat mitsdien in de bestuurstaak de rechtsgrond is gelegen
„voor den concessie-eisch, en daarvoor geen afzonderlijk
„rechtsvoorschrift noodig is;

„dat een toevertrouwen als boven aangegeven aan parti-
„culieren eene zuivere overheidsdaad is;

„dat eene dergelijke overheidsdaad niet eene overeenkomst
„schept, al moge die daad aanleiding kunnen geven tot het
„sluiten van eene overeenkomst;

„dat van het laatste ten deze geen sprake is, nu de Staat
„beschikkende op het verzoek, waarmede de rechtsvoor-
„gangers van eischeres zich tot hem hadden gewend, ten-
„einde vergunning — wel te onderscheiden van eene ver-
„gunning ten eigen bate naar politierecht — te verkrijgen
„tot het graven en exploiteeren van een kanaal in de provin-
„cies Groningen en Drenthe, niet anders deed dan die ver-
„gunning te verleenen als overheid, onder bepaalde voor-
„waarden, welke in het belang van het publiek en ter na-
„koming van dit belang, waren gesteld;

„dat de omstandigheid, dat ook de rechtsvoorgangers van
„eischeres die vergunning moesten onderteekenen en onder-
„teekend hebben, den aard van de beschikking niet ver-
„andert, omdat de mede-onderteekening op zich zelf niet
„meer beduidt — gelijk overigens in art. 19 der vergunning
„of concessie, uitdrukkelijk geconstateerd — dan dat de ver-
„zoekers de vergunning, gelijk deze werd verleend, aanna-
„men en daardoor zonder meer geen overeenkomst wordt
„geschapen;

„dat het overheidsbeleid vrij moet zijn en het dan ook niet
„aannemelijk is, dat de overheid zich zou hebben gebonden
„dienaangaande en nog wel zooals ten deze voor een tijdperk
„van 99 jaren, waarin de eischen van den publieken dienst
„radicale veranderingen kunnen ondergaan."

De in deze overwegingen neergelegde gedachtengang sluit volkomen aan bij de hiervoren op blz. 12 en 13 van dit prae-advies bestreden opvatting.

Bij arrest, gewezen door het Gerechtshof te Amsterdam op 17 Juni 1943 in een procedure tusschen de provincie Noord-Holland als appellant en de gemeente Alkmaar als geintimeerde, wordt nopens den aard eener door den Staat der Nederlanden aan de Kennemer Electriciteits Maatschappij te Bloemendaal tot wederopzegging verleende concessie o.m. overwogen, dat

,,het Hof van oordeel is, dat het publiekrechtelijk karakter ,,dier concessie niet valt te miskennen daar de Staat

,,a. geen voordeelen voor zich bedong;

,,b. zich wijziging der voorwaarden en goedkeuring van — of positieve voorschriften omtrent — de wijze van exploitatie dier concessie voorbehoudend, daarmede eenzijdig de vrijheid van de concessionarisse bij die exploitatie aan banden legde, waaruit volgt, dat de bedoeling van den Staat daarbij geen andere was dan het langs publiekrechtelijken weg vervullen van zijn eigen-aardige overheidstaak." [1])

Resumeerende meen ik te moeten vaststellen, dat het rechtskarakter der concessie, zooals deze op bestuurlijk terrein wordt aangetroffen, niet in het algemeen is te bepalen. Voor zoover hiervan sprake is in wetten en verordeningen, is de concessie gegoten in den vorm eener eenzijdige overheidsbeschikking en zijn de voordeelen, welke de Overheid wenscht te bedingen, als regel omschreven als voorwaarden, waaronder de vergunning wordt verleend. Op het terrein van het vrije goedvinden der administratie vinden wij echter naast de eenzijdige beschikking ook de overeenkomst-figuur, geschoeid op privaatrechtelijke leest, terug.

3. *Andere vormen van samenwerking.*

Voor zoover op bestuurlijk terrein overigens door overheidslichamen met particulieren wordt samengewerkt, geschiedt dit als regel met gebruikmaking van privaatrechtelijke vormen en op den grondslag van het private recht. Gewezen zij in dit verband o.a. op den organisatievorm der z.g. gemengde bedrijven.

Ter aanvulling van publiekrechtelijke regelingen zien wij voorts op administratief terrein de privaatrechtelijke overeenkomst gebezigd bij voorzieningen betrekkelijk de bebouwing.

Ten aanzien van het deelnemen door gemeentebesturen in stichtingen of naamlooze vennootschappen bepaalt artikel 234 der Gemeentewet, dat de goedkeuring van dusdanige besluiten door Gedeputeerde Staten gebonden is aan de voorwaarde, dat deze vorm van behartiging van het gemeentelijk belang daarvoor in verband met den aard van het belang bijzonder aangewezen moet worden geacht.

Bij artikel 3 der Dienstplichtwet is bepaald, dat hij, die voor den dienstplicht is ingeschreven, niettemin, ook al is hij als dienstplichtige ingelijfd, overeenkomstig de daaromtrent bestaande

---

[1]) Dit arrest is tot dusver niet gepubliceerd; de kennisneming daarvan dank ik aan den heer Mr. KOELMA.

voorwaarden kan worden toegelaten tot een vrijwillige verbintenis bij de landmacht, bij de zeemacht of bij de overzeesche weermacht. Hier zien wij derhalve naast de zuiver eenzijdig geconstrueerde dienstverplichting de overeenkomst als rechtsvorm bij de behartiging dezer overheidszorg door de wet erkend.

Dr. DONNER [1]) wijst er voorts op, dat de subsidieverleening meer en meer gaat aanleunen aan de overeenkomst. Hij vindt de verklaring van dit verschijnsel hierin gelegen, dat in dergelijke gevallen tegenover het bijzonder belang van den enkeling staat een naar verhouding onaanzienlijk financieel belang der Overheid, waardoor partijen elkander veel dichter naderen dan het geval is bij de beschikkingen, waarmede hoogere openbare belangen zijn gemoeid.

Met deze voorbeelden moge ik hier volstaan. De voornaamste vormen van samenwerking zijn hiermede aangegeven.

Samenvattend kunnen wij vaststellen, dat de jure constituto met betrekking tot de samenwerking tusschen overheidslichamen onderling en met bijzondere personen of associaties van personen op bestuurlijk terrein de volgende rechtsvormen naar voren treden:

a. de *eenzijdige beschikking*, waarbij derhalve met den aard der onderliggende rechtsverhouding geen rekening is gehouden en alle rechtsgevolgen aan de beschikking zelve zijn verbonden (aanstelling ambtenaar, wettelijk omlijnde concessie);

b. de *publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke) overeenkomst*, waarbij het twee- of meerzijdig karakter der rechtshandeling tot zijn recht komt en waarbij naar vorm en inhoud afgeweken is van de in het B.W. vervatte regeling (vrijwillige samenwerking van gemeenten);

c. de *privaatrechtelijke overeenkomst*, gecombineerd met *eenzijdige beschikking* (de concessie op het terrein van het vrije goedvinden der administratie);

d. de *privaatrechtelijke overeenkomst* met *publiekrechtelijke elementen* (de arbeidsovereenkomst ex art. 134 Ambtenarenwet);

e. de *zuiver privaatrechtelijke overeenkomst en verdere samenwerkingsvormen* — vereeniging, stichting, N.V. (oneigenlijke concessie, Vereeniging van Ned. Gemeenten, Stichting Waterleiding, enz.).

De publiekrechtelijke (administratiefrechtelijke) overeenkomst de jure constituendo.

„Le droit public du régime de l'Etat cherche encore sa voie". Dit woord van HAURIOU [2]) geldt nog onverzwakt. Het bewijs

[1]) Dr. DONNER, t.a.p., blz. 200.
[2]) J. HAURIOU. Principes de droit public, 1910, blz. 330.

hiervan wordt door het voorafgaand overzicht voldoende geleverd. Ons administratief recht draagt daarenboven nog te zeer den stempel van de 19de eeuwsche staatsgedachte, welke tot uitdrukking komt in het nagenoeg volledig domineeren op dit terrein van de eenzijdige overheidsdaad. Het arsenaal der rechtsvormen, hetwelk onze administratieve organen ten dienst staat, is onvoldoende toegerust en beantwoordt niet langer aan de daaraan thans te stellen eischen. De verbreeding der overheidstaak in de laatste decenniën heeft geleid tot een steeds verder doorgevoerde decentralisatie. Inschakeling van uit het maatschappelijk leven voortgekomen corporaties alsmede van bijzondere personen is daarbij eisch. Vrijwillige samenwerking zal dikwerf de voorkeur verdienen boven dwang. Binnen het keurslijf der eenzijdige beschikking is deze evenwel niet te realiseeren.

De publiekrechtelijke gedachte — aldus Struycken [1]) — heeft te veel willekeur en te weinig recht weten voort te brengen. Ons administratief recht biedt inderdaad nog te weinig waarborgen voor rechtszekerheid. De overeenkomst als rechtsvorm is uit dien hoofde niet langer uit te schakelen. Deze rechtsfiguur moet echter aangepast worden aan den specifieken aard der rechtsverhoudingen op dit terrein en de speciale eischen, welke het beoogde rechtsgevolg stelt. Wij moeten derhalve geraken tot hetgeen ANDERSEN [2]) noemt: „eine Umbildung privatrechtlicher Institute zu ihrer Verwendbarkeit im öffentlichem Recht". De jure constituendo dient m.a.w. op het terrein der overheidsadministratie de „administratiefrechtelijke overeenkomst" omlijning te vinden en als volwaardige rechtsfiguur te worden erkend, zooals ook in Frankrijk de contrats administratifs hun eigen structuur hebben gevonden.

Slechts op deze wijze kan de meerzijdige rechtshandeling op dit gebied tot haar recht komen en omringd worden met de waarborgen, welke zij behoeft. De overheidslichamen zijn dan niet langer verplicht om hun toevlucht te nemen tot de eenzijdige beschikking, welke, doordat zij den juisten aard der onderliggende rechtsverhouding miskent, nimmer een volledig bevredigende oplossing geven kan, noch tot de privaatrechtelijke vormen, wanneer deze onvoldoende rekening houden met den typischen aard der beoogde rechtsgevolgen. Een administratieve rechtspraak behoort daarbij het sluitstuk te vormen.

---

[1]) Mr. A. A. H. STRUYCKEN. De tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak, 1909. Verzamelde werken, deel I; blz. 161.

[2]) PAUL ANDERSEN. Om ugyldige Forvaltningsakter. 1924. (Ungültige Verwaltungsakte — 1927).

PRAE-ADVIES VAN Mr. G. J. WIARDA

Inleiding.

De publiekrechtelijke overeenkomst, het door de Vereeniging voor administratief recht voor haar vergadering van 1943 aan de orde gestelde onderwerp, is een begrip, waarvan de inhoud, de omvang, ja zelfs het bestaan voor ons recht betwist is.

Tot een belangrijke ontwikkeling is dit dientengevolge, in tegenstelling tot het Fransche recht, voor ons recht niet gekomen en de taak van hem, die er zich mede gaat bezig houden, zal daarom voorshands in hoofdzaak moeten bestaan in een onderzoek van de vraag, of, en zoo ja, waar deze overeenkomst in ons recht kan worden gevonden. Zoo ergens, zal de publiekrechtelijke overeenkomst haar plaats moeten vinden onder de overeenkomsten, waarbij overheidslichamen partij zijn, en ik heb de mij opgedragen taak dan ook aldus opgevat, dat ik, het terrein van deze overeenkomsten onderzoekende, zal trachten de plaats te bepalen, welke daarop aan de publiekrechtelijke overeenkomst toekomt. Aangezien de overeenkomsten met overheidslichamen het onderwerp uitmaakten van mijn in 1939 verschenen proefschrift [1]), waarin ik wel de aanleiding mag zoeken tot de vereerende opdracht, welke mij van de zijde van de Vereeniging voor administratief recht gewerd, zal het onvermijdelijk zijn, dat ik bij het opnieuw bewerken van een onderdeel van dit onderwerp in herhalingen verval.

De bewerking van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst dwingt ons tot bezinning zoowel op het wezen van het begrip der overeenkomst, als op de verhouding tusschen het privaatrecht, waarin deze haar meest uitvoerige, zoo niet eenige uitwerking vond, en het publiekrecht, waarin het bijzonder specimen der overeenkomst, dat men publiekrechtelijke overeenkomst noemt, zijn grondslag zal moeten vinden.

Begrip overeenkomst.

Wilsovereenstemming gericht op het ontstaan van eenig rechtsgevolg is de omschrijving, welke meestal wordt gegeven van het begrip der overeenkomst, wanneer men dit gebruikt in den ruimen zin, waarin in Frankrijk het begrip „convention" wordt gebezigd.

In engeren, althans bij ons wel meer gebruikelijken zin, beperkt men het doorgaans tot de op het ontstaan van verbintenissen gerichte wilsovereenstemming, de verbintenis scheppende overeenkomst, welke het onderwerp uitmaakt van den tweeden titel van het 3e boek van het B. W. en waarvoor in Frankrijk in

[1]) Overeenkomsten met overheidslichamen, Amsterdam, G.U. 1939.

het bijzonder de term „contrat" gebruikt wordt. Wil men het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst opbouwen in analogie met het bekende burgerrechtelijke begrip en tot een zuiver inzicht komen in de verhouding van beide vormen van overeenkomst, dan doet men het beste ook het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst tot de verbintenisscheppende overeenkomst te beperken en ik zal, voorzoover niet anders blijkt, dan ook in het vervolg het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst in dezen beperkten zin gebruiken.

Juist met betrekking tot de ons hier interesseerende verhoudingen, waarbij tusschen overheidslichamen en bijzondere personen of tusschen overheidslichamen onderling in eenig opzicht van wilsovereenstemming kan worden gesproken, heeft men herhaaldelijk tegen overspanning van het begrip der overeenkomst gewaarschuwd en aan de hand van velerlei voorbeelden trachten aan te toonen, dat niet elke wilsovereenstemming tot het ontstaan van een overeenkomst leidt. De verleening van gratie aan een veroordeelde [1]) of van een drankvergunning aan een caféhouder [1]), de goedkeuring van een besluit van een lager door een hooger orgaan [2]), het besluit van een college bij meerderheid van stemmen genomen [2]), de samenwerking tot het totstandkomen van een wet door den Koning en de beide Kamers der Staten Generaal [2]), de verkiezing van leden van vertegenwoordigende lichamen [2]), het zijn alle rechtshandelingen, waarbij zonder twijfel wilsovereenstemming tusschen de daarbij betrokkenen aanwezig is, doch niettemin van overeenkomsten niet kan worden gesproken. Ook voor verschillende vormen van associatie is, gelijk bekend, zoowel voor het privaat- als voor het publiekrecht niettegenstaande de wilsovereenstemming der daarbij betrokken deelnemers, de toepasselijkheid van het begrip der overeenkomst betwist [3]).

Ter verklaring van de redenen, waarom in bovenstaande met tal van andere voorbeelden aan te vullen gevallen niet van een overeenkomst kan worden gesproken, niettegenstaande het bestaan van wilsovereenstemming tusschen de daarbij betrokken partijen, heeft de hierboven gegeven omschrijving van het begrip der overeenkomst zoowel in ruimeren als in engeren zin nog eenige aanvulling noodig [4]).

Men beperke in de eerste plaats het begrip overeenkomst tot

[1]) Mr. F. G. SCHELTEMA, Handelingen N.J.V. 1927, II, blz. 13 en 14 en W.B.A. 3598.

[2]) Mr. H. VAN DER GRINTEN, Handelingen N.J.V. 1927, II, blz. 26 e.v. en Gemeentebestuur 1927, blz. 493—505.

[3]) Verg. b.v. ASSER-SCHOLTEN, Personenrecht, tweede stuk (Vertegenwoordiging en rechtspersoon) blz. 128 e.v.

[4]) De hieronder volgende beschouwingen zijn uitvoeriger uitgewerkt in mijn proefschrift op de blz. 4—31.

die op eenig rechtsgevolg gerichte wilsovereenstemming, waarbij voor het te weeg brengen van dit gevolg de overeenstemming van beide wilsverklaringen ook werkelijk een onontbeerlijke voorwaarde is, en onderscheide de overeenkomst aldus van de rechtshandeling, welke door hem, van wien zij uitging, — met name van de overheid — weliswaar werd verricht in overeenstemming met den wil van hem, op wien zij betrekking had, doch niettemin reeds als eenzijdige rechtshandeling een voldoende verklaring geeft van het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg. De verleening van gratie aan een veroordeelde, of van een drankvergunning aan een caféhouder worden weliswaar in het algemeen slechts op verzoek van belanghebbenden verleend, doch geven niettemin reeds als eenzijdige beschikkingen een voldoende verklaring voor de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen: de kwijtschelding van straf aan den veroordeelde en het ontstaan van de bevoegdheid tot den verkoop van sterken drank voor den caféhouder. Met overeenkomsten heeft men hier daarom niet te doen.

In de tweede plaats worde opgemerkt, dat van een overeenkomst slechts kan worden gesproken bij een meerzijdige rechtshandeling, welke uitgaat van twee of meer zelfstandige personen of rechtspersonen, zoodat rechtshandelingen uitgaande van meerdere organen van denzelfden rechtspersoon — ook al berusten zij op wilsovereenstemming — niet onder dit begrip zijn te brengen. De samenwerking tot de totstandkoming van een wet door Koning en Staten Generaal is daarom geen overeenkomst.

In de derde plaats is aan het begrip der overeenkomst inhaerent, dat tusschen de onderling overeenstemmende wilsverklaringen ook een onderlinge afhankelijkheid bestaat. In dien zin, dat de een toestemt, omdat, of indien ook de ander zijn toestemming geeft. Rechtsgevolgen teweeg gebracht door onderling overeenstemmende wilsverklaringen, waarbij die onderlinge afhankelijkheid ontbreekt, zooals b.v. de verkiezing van leden van vertegenwoordigende lichamen, berusten dus niet op een overeenkomst.

In de vierde plaats schijnt het mij om van een overeenkomst te kunnen spreken noodzakelijk, dat het rechtsgevolg, waarop de wilsovereenstemming gericht is, althans in beginsel de onderlinge verhouding der betrokkenen zelf, althans niet uitsluitend derden betreft. Het in het burgerlijk overeenkomstenrecht geldende beginsel, dat overeenkomsten, afgezien van de uitzondering van art. 1353 B.W., slechts tusschen partijen werken, wijst eveneens in deze richting. Een voorbeeld van een geval, waarin om deze reden een rechtshandeling, welke overigens aan de vereischten voor het aannemen van een overeenkomst voldoet, niettemin buiten dit begrip valt, levert de straf- of belastingverordening in gemeen overleg door twee of meer gemeenten vastgesteld.

Beperken wij tenslotte de overeenkomst in ruimeren zin tot die

in engeren zin, tot de verbintenis scheppende overeenkomst dus, dan blijve al dadelijk buiten dit aldus beperkte begrip de wilsovereenstemming gericht op andere rechtsgevolgen dan op de vermogensrechtelijke betrekking, welke wij verbintenis noemen, en waarvan het kenmerk is, dat krachtens haar de een jegens den ander tot een op het gebied van het economisch verkeer liggende prestatie gehouden is. [1]) Reeds om bovenstaande reden zou men aan al de hierboven genoemde voorbeelden — afgezien van de andere redenen, welke deze buiten de overeenkomst doen vallen — het contractueel karakter moeten ontzeggen.

Toch is m.i. met het aldus beperkte begrip der overeenkomst nog niet alles gezegd. Het begrip der overeenkomst veronderstelt partijen, welke in de regeling van hun onderlinge verhouding een zekere vrijheid bezitten, krachtens welke haar onderling overeenstemmende wilsverklaringen verbintenissen kunnen „scheppen" [2]). Die vrijheid kan door wettelijke voorschriften in meer of mindere mate worden beperkt; ontbreekt zij echter in die mate, dat de rechtsverhouding, welke door de onderlinge wilsovereenstemming van partijen ontstaat, van te voren in dwingende rechtsvoorschriften reeds in alle opzichten volledig was vastgelegd, dan kan van een „verbintenisscheppende" werkzaamheid der wilsovereenstemming niet meer worden gesproken en wordt haar beteekenis beperkt tot de vervulling van de voorwaarde, waarvan die rechtsvoorschriften haar toepasselijkheid op partijen afhankelijk maakten; wilsovereenstemming gericht op het doen ontstaan van verbintenissen is ook hier aanwezig; tot het ontstaan van een „verbintenisscheppende" overeenkomst geeft die wilsovereenstemming echter geen aanleiding. Gebruikt men het begrip der overeenkomst in ruimen zin, dan kan men deze wilsovereenstemming, welke uitsluitend de strekking heeft een van te voren uitputtend geregelde status op partijen van toepassing te doen worden als statusovereenkomst [3]) betitelen en als zoodanig tot het gebied der overeenkomsten

---

[1]) Verg. ASSER-LOSECAAT VERMEER, Verbintenissenrecht, blz. 3 e.v. en Mr. Dr. G. VAN BRAKEL, Leerboek van het Ned. Verbintenissenrecht, blz. 3 e.v.

[2]) „Het recht laat den individueelen mensch een kring, waarbinnen hijzelf in vrijheid de regeling bepaalt, waaraan hij zich onderwerpt. Niet alleen, dat het hem de vrijheid laat al dan niet een handeling te verrichten, waarvan de gevolgen door de wet worden omschreven, doch in ruimeren zin, doordat hem de vrijheid toebehoort zelf de regeling in het leven te roepen, welke hem het best schijnt". Aldus Prof. SCHOLTEN in de inleiding tot zijn beschouwingen over de gebondenheid van partijen aan de door haar bij overeenkomst geschapen regelingen. ASSER-SCHOLTEN, Algemeen deel, blz. 21.

[3]) Verg. over de status-overeenkomst naast mijn proefschrift, blz. 22 e.v. en de aldaar vermelde vooral Fransche litteratuur, Mr. J. L. H.

blijven rekenen. Aan het beeld, dat de in het B.W. geregelde verbintenis scheppende overeenkomst voor ons oproept — een beeld, dat wij ons ook voor de vorming van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst voor oogen zouden stellen — beantwoorden zij echter in geenendeele. Als overeenkomst zijn zij ook daarom weinig interessant en de behandeling als overeenkomst werkt daarom ook weinig verhelderend, omdat de wilsovereenstemming, waaraan het wettelijk statuut zijn toepasselijkheid op partijen dankt, niet als bij het ons vertrouwde contract in een contractueele verhouding nawerkt, doch onmiddellijk na haar totstandkoming is uitgewerkt en voor de vaststelling van de rechten en verplichtingen, op het ontstaan waarvan zij was gericht, verder geen enkele rol meer speelt.

Het zal in het algemeen niet veel moeite kosten om aan de hand van bovenstaande criteria uit te maken, of we al dan niet met een overeenkomst hebben te doen. Niettemin blijven grensgevallen bestaan, die steeds weer aanleiding geven tot moeilijkheden en nopen tot een zorgvuldige analyse van de betrokken verhouding.

Bezien wij in het licht van bovenstaande beschouwingen thans eenige van deze grensgevallen, welke in de literatuur betreffende het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst een belangrijke plaats innemen, doch die wij in de eerste plaats zullen moeten toetsen op de vraag, of en in hoeverre zij in het geheel wel als overeenkomsten kunnen worden beschouwd.

Eenzijdige rechtshandeling en overeenkomst.

Ik noem hier als voorbeeld de rechtsverhouding ontstaan uit en bij de verleening van vergunningen en concessies [1]). Vindt deze verhouding enkel haar oorsprong in een overheidsbeschikking, waarbij toestemming wordt verleend tot het verrichten van een handeling, welke zonder deze toestemming verboden en strafbaar zou zijn, dan is m.i., hoezeer de belanghebbende daarom ook zal hebben verzocht, van een overeenkomst geen sprake; ook niet, indien aan die beschikking bepaalde voorwaarden worden verbonden, mits deze niet het karakter krijgen van verplichtingen, waarvan de nakoming door de overheid als

---

CLUYSENAER, Publiekrechtelijke overeenkomsten, R. M.-THEMIS, 1942, blz. 503 e.v.

[1]) Verg. betreffende het rechtskarakter van deze verhouding behalve mijn proefschrift blz. 179 e.v. en de aldaar vermelde litteratuur, Mr. C. F. DIESCH, De bedrijfsconcessie, Ac. pr. Leiden, 1939; Mr. R. KRANENBURG, Inleiding in het Ned. Adm. recht, blz. 21 e.v., Mr. J. KRUSEMAN, De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht, in Geschriften van de Ver. v. Adm. recht, IV, blz. 27 e.v.

een haar toekomende zelfstandige prestatie kan worden gevorderd, doch beperkt blijven tot de toestemming der overheid nader bepalende voorschriften, welke bij het gebruik van de vergunning of concessie in acht moeten worden genomen. Immers schijnt mij noch voor de rechtskracht der vergunning zelf, noch voor die het gebruik der vergunning betreffende voorschriften de toestemming van den betrokkene noodzakelijk. Hij krijgt er een mogelijk door bepaalde voorschriften beperkte bevoegdheid door, welke hem zonder de vergunning of concessie niet zou toekomen, doch, al heeft hij deze gewenscht, hij behoudt de vrijheid er al of niet gebruik van te maken. Voor het doen ontstaan van zulk een bevoegdheid geeft, dunkt mij, de als eenzijdig beschouwde overheidsbeschikking een voldoende verklaring.

Vergunningen volgens de Drankwet, de Hinderwet en de Woningwet kunnen als voorbeelden worden genoemd van dergelijke zuiver eenzijdige overheidshandelingen, voor de verklaring waarvan wij het begrip der overeenkomst in geen enkel opzicht noodig hebben. Mijn opvatting, dat het voorafgaand verzoek van den betrokkene hier rechtens irrelevant of hoogstens eisch van procedure is, wordt door Prof. KRANENBURG [1]) een petitio principii genoemd, waarvan de ongerijmdheid door den schrijver wordt toegelicht met de opmerking, dat men een vergunning toch niet kan opleggen. Zou de term „opleggen", welke de gedachte aan verplichtingen oproept, hier op zijn plaats zijn, dan zou mijn opvatting ongetwijfeld ongerijmd zijn. Echter wordt een verplichting, althans een zelfstandige verplichting, door de zuiver en zelfs door de voorwaardelijk verleende vergunning op zich zelf aan den betrokkene niet opgelegd, slechts een bevoegdheid wordt er door geschapen, waarvan hij al dan niet gebruik kan maken, voor wat betreft de voorwaardelijk verleende vergunning, onder het voorbehoud bij de verrichting van hetgeen hem werd vergund bepaalde voorschriften in acht te nemen. Wenscht echter de overheid aan den vergunninghouder of concessionaris tegenover de hem verleende vergunning of concessie wèl bepaalde verplichtingen op te leggen, welke tusschen partijen de verhouding van schuldeischer en schuldenaar in het leven roept, dan hebben wij aan de voorstelling van de vergunning of concessie als eenzijdige overheidshandeling niet meer voldoende; dan komen wij inderdaad op het terrein der overeenkomst, omdat het opleggen van zulk een verplichting, zonder dat de wet daartoe aan de overheid uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft gegeven, zonder toestemming van den vergunninghouder of concessionaris niet kan worden gedacht.

Onbetwist is zelfs in deze gevallen het naar mijn mee-

[1]) T.a.p. blz. 28, noot 1.

ning hier op zijn plaats zijnde gebruik van het begrip der overeenkomst niet. Immers erkennen verscheidene schrijvers [1]) tusschen de beschikkingen, die alleen reeds door de eenzijdige wilsverklaring van de overheid het beoogde rechtsgevolg te weeg kunnen brengen en de overeenkomsten, waarbij dat rechtsgevolg op onderlinge wilsovereenstemming berust, de mede als eenzijdig beschouwde beschikkingen, wier rechtskracht of inwerkingtreding van de aanvaarding door hen, op wie deze betrekking hebben, afhankelijk is.

Houden wij echter vast aan de opvatting, dat, zoodra voor het intreden der daarbij beoogde rechtsgevolgen de toestemming van de wederpartij der overheid noodzakelijk is — en dit is, gelijk wij zagen, het geval, wanneer aan den vergunninghouder of concessionaris zelfstandige het kader van zuivere voorwaarden te buiten gaande verplichtingen worden opgelegd, — een overeenkomst moet zijn gesloten, dan wil dit nog niet zeggen, dat in die gevallen de verhouding tusschen overheid en vergunninghouder of concessionaris nu ook in haar geheel als contractueel moet worden gezien. Vergunning en concessie blijven eenzijdige rechtshandelingen; zij gaan in de hier bedoelde gevallen slechts gepaard met een overeenkomst, welke de rechten en verplichtingen bevat, die uit de eenzijdige beschikking op zich zelf niet kunnen voortvloeien.

Zijn t.a.v. de vergunning, waarbij de aanleiding tot de overeenkomst meestal hierin bestaat, dat de overheid van den vergunninghouder een bepaalde prestatie wenscht, waarvan de verbinding aan de vergunning als voorwaarde niet mogelijk of onvoldoende is, omdat zij de nakoming ervan als van een zelfstandige verplichting wenscht te kunnen vorderen [2]), die overeenkomsten

---

[1]) Verg. in dit verband vooral OTTO MAYER, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, opgenomen in den derden jaargang van het Archiv für öffentliches Recht; Dr. KARL KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, blz. 37; FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verw. rechtes 8e Auflage 1928 blz. 193 en de litteratuur vermeld door Diesch bij de bespreking van de Duitsche opvattingen betreffende het rechtskarakter der concessie op blz. 111 e.v. van zijn proefschrift.
Voor ons recht wordt het hier bedoelde begrip o.m. gebezigd door Mr. Dr. J. H. ROMEIJN in zijn Leerboek over het administratief recht op blz. 47 en door Mr. Dr. C. W. VAN DER POT in „De vormen van het besturen", opgenomen in Ned. bestuursrecht, blz. 218 e.v. Het begrip der „bedingte Verfügung", zooals de Duitsche schrijvers deze figuur betitelen, werd door mij bestreden op de blz. 12 e.v. van mijn proefschrift en in het bijzonder t.a.v. de ambtenaarsverhouding, waarvoor deze evenals voor de concessie meermalen werd gebezigd, op de blz. 231 e.v.

[2]) Verg. b.v. het arrest van den H.R. van 1 Febr. 1918, N.J. 1918 blz. 325, betreffende een vergunning van een gemeente tot het verrichten van graafwerken in den openbaren gemeentegrond, waarbij t.a.v. een der daarbij gestelde voorwaarden de uitdrukkelijke aanvaarding door den vergunninghouder werd gevorderd.

meestal van ondergeschikte beteekenis, t.a.v. de concessie[1]) zijn deze veelal van overwegend belang; hier toch wordt veelal hetgeen de overheid aan den concessionaris toestaat in zijn geheel door den concessionaris als verplichting tegenover de overheid of het door haar vertegenwoordigde publiek aanvaard.

T.a.v. verschillende concessies vindt zulk een verplichting in de desbetreffende wettelijke regeling zelf haar grondslag. Ik noem art. 22 van de Wet Autovervoer personen van 24 Juni 1939, S. 527, volgens hetwelk een autobusdienst in meer dan een gemeente ten behoeve van het publiek moet worden uitgeoefend volgens dienstregeling, terwijl het ten behoeve van de overheid nog de verplichting bevat tot het vervoeren van brievenmalen en onder buitengewone omstandigheden ook van militairen; en voorts art. 4 sub. 1 van de Electriciteitswet van 22 October 1938, S. 523, volgens hetwelk in de concessie niet mogen ontbreken bepalingen betreffende de verplichting van den concessionaris tot stroomlevering en tot aanleg of uitbreiding van het electriciteitsnet in het gebied, dat door de concessie wordt bestreken.

Het ontstaan van dergelijke verplichtingen is, zonder dat de concessie door den concessionaris wordt aanvaard, niet denkbaar. In de Wet Autovervoer personen is die aanvaarding dan ook in art. 12 sub 10 E (uitgewerkt in art. 40 van het Uitvoeringsbesluit Autovervoer personen 1939) uitdrukkelijk geregeld.

Ook t.a.v. deze noodzakelijk met overeenkomsten gepaardgaande concessie zou ik de concessieverleening zelve met de vaststelling van de bij het gebruik ervan in acht te nemen voorschriften als eenzijdige overheidsbeschikking willen blijven onderscheiden van de daaraan verbonden overeenkomst, welke de verplichting bevat van den concessionaris om hetgeen hem werd toegestaan ten behoeve van overheid of publiek ook werkelijk te verrichten en bovendien ook van de interne verhouding tusschen partijen — b.v. over en weer bestaande financieele verplichtingen — een regeling kan geven [2]).

Opmerking verdient slechts, dat, waar in het algemeen de wet of de verordening, welke voor het verrichten van een bepaalde handeling een concessie of vergunning eischt, zich slechts met de verleening dier concessie of vergunning als eenzijdige overheidshandeling bezig houdt, in de hierboven genoemde gevallen in de wet zelf ook het contractueele element een, zij het summiere, regeling, althans grondslag heeft gevonden.

---

[1]) Op de vraag naar de bijzondere kenmerken, welke de concessie van de vergunning onderscheidt, ga ik hier niet in. Verg. hierover VAN DER POT, Ned. bestuursrecht blz. 217 e.v.; DIESCH, De bedrijfsconcessie blz. 73 e.v. en KRANENBURG, Inl. in het Ned. adm. recht, blz. 24 e.v.

[2]) Aldus ook DIESCH t.a.p. blz. 153 e.v.; anders KRANENBURG t.a.p. blz. 35.

Aanleiding om voor die gevallen de geheele onderscheiding tusschen de eenzijdige beschikking en de overeenkomst te laten vervallen, zie ik daarin niet; wel is er, zooals wij later zullen zien, reden om aan deze in de wet zelf haar grondslag vindende overeenkomsten een ander karakter toe te kennen dan aan de overeenkomsten, welke buiten de wet om aan concessie of vergunning verbonden kunnen worden.

Overeenkomsten en meerzijdige rechtshandelingen van anderen aard.

Bracht de concessie en de vergunning ons op het grensterrein tusschen overeenkomst en eenzijdige rechtshandeling, bij de overeenkomsten tusschen overheidslichamen onderling raken wij de onderscheiding tusschen overeenkomsten en meerzijdige rechtshandelingen, welke niet het karakter van een overeenkomst dragen. In het bijzonder aan de intercommunale samenwerwerking op den voet van art. 121 (oud) der Gemeentewet, d.w.z. aan de regeling van gemeenschappelijke belangen — een wijze van samenwerking, welke sinds de wet van 22 April 1937, St. 311, ook thans weer in de artikelen 135 en 137 van den algemeenen vorm van samenwerking, in art. 129, als regeling ,,ter gemeenschappelijke behartiging van belangen'' omschreven, wordt onderscheiden — heeft men veelal het contractueel karakter ontzegd [1]). Anders dan bij de overeenkomst het geval zou zijn, ziet men als grondslag voor de regeling van een gemeenschappelijk belang niet het eigen belang van elk der gemeenten afzonderlijk, doch ,,het gemeenschappelijk belang van allen tezamen, waarin de afzonderlijke gemeenten voor dit doel haar zelfstandigheid verliezende, zich oplossen'' [2]).

In haar algemeenheid kan ik deze opvatting, welke haar grondslag vindt in de ook voor verschillende burgerrechtelijke vormen van associatie verdedigde leer der ,,Vereinbarung'' niet deelen. Van een verliezen der eigen zelfstandigheid, een zich oplossen in een hoogere eenheid, kan naar mijn meening slechts worden gesproken, wanneer de strekking der onderlinge regeling uitsluitend bestaat in de oprichting van een nieuwe rechtspersoon als bedoeld in art. 130 der Gemeentewet. In dat geval zou ook ik het begrip der overeenkomst buiten toepassing willen laten, daar het mij, zooals wij hierboven reeds zagen, om van een overeenkomst te spreken noodzakelijk toeschijnt, dat het rechtsgevolg, waarop de wilsovereenstemming is gericht, althans in beginsel de onderlinge verhouding der betrokkenen zelf betreft. Om dezelfde redenen ontken ik het contractueel karakter van

[1]) Zie hieromtrent mijn proefschrift op blz. 212 e.v. en de aldaar genoemde litteratuur.

[2]) Mr. Dr. H. Vos in W.B.A. 3610.

regelingen, welke uitsluitend beoogen de gemeenschappelijke vaststelling van een straf- of belastingverordening. In andere gevallen kan ik echter in de enkele omstandigheid, dat de regeling betrekking heeft op een gemeenschappelijk belang, geen aanleiding vinden om deze buiten het gebied der overeenkomsten te stellen. De voorstanders van de leer der „Vereinbarung" zijn bij hun omschrijving van het begrip der overeenkomst m.i. te zeer van de wederkeerige overeenkomst vervuld. Ons B.W. beschouwt echter ook de maatschap — eveneens een regeling ter behartiging van een gemeenschappelijk, althans gemeenschappelijk gemaakt belang — als overeenkomst en ik zie niet in, waarom men voor het publiekrecht van een andere opvatting zou moeten uitgaan. Regelingen tusschen overheidslichamen onderling, voorzoover daaruit voor de betrokken partijen onderlinge verbintenissen in het leven worden geroepen, beschouw ik dus als overeenkomsten, onverschillig, of deze op gemeenschappelijke behartiging van wederzijdsche belangen, dan wel op de behartiging van gemeenschappelijke belangen betrekking hebben.

Overeenkomsten in ruimeren en in engeren zin.

Teneinde het beeld der publiekrechtelijke overeenkomst aan dat van het burgerrechtelijk contract te conformeeren beperkten wij hierboven het begrip der overeenkomst tot de verbintenisscheppende overeenkomst, het contract. Wilsovereenstemming gericht op andere rechtsgevolgen dan het ontstaan van verbintenissen vallen daarom buiten het contractueel terrein. Wil men, anders dan ik deed, met Prof. KRANENBURG [1]) alle vergunningen en concessies als tweezijdige rechtshandelingen construeeren, dan zal men daaraan in het algemeen toch het contractueel karakter moeten ontzeggen, omdat verbintenissen — rechtsbetrekkingen, krachtens welke de een tot den ander tot een prestatie van vermogensrechtelijken aard gehouden is — er doorgaans toch niet uit worden geboren.

Buiten het begrip der verbintenisscheppende overeenkomst stelde ik daarnaast ook de gevallen, waarin de wilsovereenstemming weliswaar was gericht op het ontstaan van eenige verbintenis, doch de inhoud dier verbintenis geheel was bepaald door het objectieve recht. Als voorbeeld van een dergelijke op het van toepassing worden van een bepaalden wettelijken status gerichte tweezijdige rechtshandeling, of status-overeenkomst, noem ik de aanstelling tot ambtenaar. Hoewel naar mijn meening de rechten en verplichtingen, aan eenig ambt gebonden, uit aanstelling tot en aanvaarding van het ambt gezamenlijk voortvloeien en de leer

[1]) Zie hierboven blz. 30.

der „bedingte Verfügung" door mij wordt verworpen [1]), kan ik de ambtenaarsverhouding niettemin niet beschouwen als berustende op een verbintenisscheppende overeenkomst, omdat haar inhoud niet zoozeer bepaald wordt door den wil van de aanstellende overheid en dien van den de aanstelling aanvaardenden ambtenaar, als wel door het objectieve recht, Ambtenarenwet, Rijksambtenarenreglement en dienovereenkomstige verordeningen.

De onafhankelijkheid van den inhoud der ambtenaarsverhouding van de in aanstelling en aanvaarding tot uiting komende wilsovereenstemming heeft verschillende zeer belangrijke practische gevolgen. Het belangrijkste is wel dit, dat de overheid als wetgever den wettelijken status te allen tijde kan veranderen, zonder dat haar wederpartij met een beroep op de overeenkomst, waarbij de status in het leven werd geroepen, daartegen kan opkomen. Reeds vóór de totstandkoming der Ambtenarenwet 1919 was dit beginsel in de jurisprudentie aanvaard, getuige de arresten van den H.R. van 29 Januari 1926, N.J. 1926, blz. 234 (tusschentijdsche wijziging in de salarisregeling van een reserve officier, die zich voor bepaalden tijd ter beschikking van het legerbestuur had gesteld) en 25 Maart 1927, N.J. 1927, blz. 385 (intrekking art. 40 van het bezoldigingsbesluit).

Op een ander kenmerk van de status-overeenkomst — de uitlegging van den inhoud der statusverhouding niet naar de bedoeling der partijen, doch uitsluitend naar die van den wetgever — werd de aandacht gevestigd door Mr. J. J. M. VAN DER VEN in zijn artikel in het N.J.B. 1938, blz. 149 e.v., naar aanleiding van de uitspraak van den Centralen Raad van Beroep van 21 October 1937 A.B. 1937, 1117. Het betrof hier niet de ambtenaarsverhouding, doch de vrijwillige verzekering krachtens de Ouderdomswet, evenzeer een status-overeenkomst in den hierboven bedoelden zin. Ten onrechte beschouwt VAN DER VEN deze bijzonderheid als een kenmerk van het publiek contractenrecht inplaats van als een gevolg van de omstandigheid, dat wij hier niet met een verbintenisscheppende overeenkomst, doch met een status-overeenkomst hebben te maken [2]).

Als berustende op een status-overeenkomst en mitsdien vallende buiten mijn eigenlijk onderwerp beschouw ik evenzeer de veelal als voorbeeld van de publiekrechtelijke overeenkomst bij uitstek aangehaalde vrijwillige verbintenis bij de landmacht [3]), welke anders dan bij de aanstelling tot ambtenaar geheel in den vorm eener overeenkomst wordt aangegaan, doch niettemin, als

[1]) Zie hierboven blz. 31.
[2]) Aldus ook CLUYSENAER t.a.p., blz. 526.
[3]) Zie hieromtrent CLUYSENAER, t.a.p., blz. 526.

volkomen door de wet bepaald, geen contractueel karakter draagt.

Ik onderscheidde in mijn proefschrift van de status-overeenkomst het veel daarop gelijkende, doch m.i. wel tot het terrein der verbintenisscheppende overeenkomst behoorende ,,contrat d'adhésion'', de overeenkomst, waarvan de bijzonderheid hierin bestaat, dat een der partijen op grond van haar machtspositie den inhoud daarvan eenzijdig bepaalt en de andere partij deze slechts heeft te aanvaarden of van de geheele overeenkomst heeft af te zien. Deze ook bij overeenkomsten tusschen particulieren veelvuldig voorkomende figuur is, ingeval de overheid daarbij de op grond van haar machtspositie haar wederpartij eenzijdig de wet stellende partij is, dáárom zoo moeilijk te onderscheiden van de status-overeenkomst, omdat ook in dit geval de inhoud der overeenkomst veelal van te voren bij de wet is bepaald. Die wet heeft hier echter een andere strekking; zij houdt immers geen algemeen verbindende voorschriften in, welke als gevolg van de op het van toepassing worden daarvan gerichte wilsovereenstemming op partijen toepasselijk worden, doch bedoelt slechts de aanwijzing van de voorwaarden, waarop de desbetreffende overheidsorganen bevoegd zijn bepaalde overeenkomsten af te sluiten.

Als voorbeeld van een ,,contrat d'adhésion'', waarbij de overheid partij is, noem ik het burgerrechtelijk arbeidscontract ingevolge art. 1, lid 3 van de Ambtenarenwet 1929. In den tekst van de Ambtenarenwet is het verschil tusschen status-overeenkomst en ,,contrat d'adhésion'' op deze wijze tot uitdrukking gebracht, dat, terwijl volgens art. 125 met betrekking tot bepaalde onderwerpen der ambtenaarsverhouding door een Algemeene maatregel van bestuur ,,voorschriften'' worden gegeven, in art. 134 dier wet wordt bepaald dat een Algemeene maatregel van bestuur de ,,voorwaarden'' zal vaststellen, waaronder door of vanwege het Rijk indienstneming op arbeidscontract naar burgerlijk recht kan plaats hebben. Ik geef toe dat de onderscheiding specieus is, maar meen haar toch, ook na de bedenkingen door CLUYSENAER daartegen in zijn meergenoemd artikel [1]) aangevoerd, staande te kunnen houden. Ook voor de praktijk is zij m.i. niet zonder belang, daar de bevoegdheid den door de status-overeenkomst van toepassing geworden wettelijke status te allen tijde te veranderen voor het ,,contrat d'adhésion'' niet in de zelfde mate kan worden aangenomen. Weliswaar is de overheid uiteraard eenzijdig bevoegd de voorwaarden, waarop zij bereid is bepaalde overeenkomsten aan te gaan, te wijzigen, doch op reeds bestaande overeenkomsten kunnen dergelijke wijzigingen

[1]) T.a.p., blz. 504 en 505.

alleen binnen het kader, waarin in de mogelijkheid daarvan reeds tevoren werd voorzien, haar invloed doen gelden.

De onderscheiding tusschen status-overeenkomst en ,,contrat d'adhésion'' kan m.i. behalve in de tegenstelling ambtenaarsverhouding-burgerlijk arbeidscontract worden belicht door de verschillende wijzen, waarop door gemeentebesturen bepaalde diensten kunnen worden verstrekt: worden overeenkomstig art. 275 van de Gemeentewet de deswege gevorderde vergoedingen door retributies geheven en vloeien ook overigens de verplichtingen van den gebruiker onmiddellijk voort uit de desbetreffende gemeenteverordening, dan kan men met een status-overeenkomst te doen hebben; treedt de gemeente op als exploitante van een bedrijf als bedoeld in het tweede lid van art. 275, dan zullen de voorwaarden, waarop de desbetreffende prestaties worden verricht, weliswaar in het algemeen eveneens in een gemeenteverordening zijn neergelegd, doch de overeenkomst tusschen gemeente en gebruiker, zij het ,,contrat d'adhésion'', niettemin een verbintenisscheppende overeenkomst zijn.

Onderscheiding tusschen — en verhouding van publiek- en privaatrecht.

Na hierboven de grenzen van het begrip der overeenkomst met name van de verbintenis scheppende overeenkomst te hebben bepaald, zullen wij thans hebben te onderzoeken, of binnen deze grenzen naast de ons vertrouwde privaatrechtelijke overeenkomst mede voor de alsnog twijfelachtige figuur van de publiekrechtelijke overeenkomst plaats is. Dit onderzoek dwingt ons tot een bepaling van ons standpunt met betrekking tot het probleem van de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht in het algemeen, van welk probleem de vraag, of en in hoever het bestaan van publiekrechtelijke overeenkomsten moet worden aangenomen, een onderdeel is. Het is hier uiteraard niet de plaats om al te diep op dit probleem, dat wel nimmer een allen bevredigende oplossing zal vinden, in te gaan, doch een gemotiveerde verantwoording van de opvatting, welke mij bij mijn onderzoek van de publiekrechtelijke overeenkomst tot uitgangspunt zal dienen, mag hier toch niet onbreken.

Bestaat er inderdaad voldoende aanleiding om het geheel van regelen van objectief recht te verdeelen in twee onderscheiden soorten van rechtsregelen, t.w. in publiek- en privaatrechtelijke regelen en zoo ja, waar loopt de scheidslijn tusschen beide groepen

---

[1]) De hieronder volgende beschouwingen zijn uitvoeriger uitgewerkt in mijn proefschrift op blz. 32—75.

van regelen? Slechts terloops kan ik deze vragen hier behandelen [1]).

Ons geldend recht kent de onderscheiding en de competentie regeling van de rechtelijke macht, welke haar bestaan veronderstelt, maakt haar ook in verschillende opzichten van practische beteekenis.

Als publiekrecht beschouw ik het geheel van regelen, dat betrekking heeft op de organisatie van den staat en zijn onderdeelen en diens rechten en verplichtingen tegenover zijn onderdanen; privaatrecht zou ik in het algemeen willen omschrijven als het recht, dat de verhouding tusschen de leden der staatsgemeenschap onderling normeert. Er blijven bij deze omschrijving vele vragen open, doch voor ons onderwerp hebben wij er, geloof ik, voldoende aan.

Meer nog dan de onderscheiding tusschen deze beide groepen van objectieve rechtsregelen heeft haar onderlinge verhouding in vele opzichten aanleiding gegeven tot vragen en moeilijkheden; ons interesseert van die vragen op het oogenblik in het bijzonder deze: hoe is het gesteld met de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht met betrekking tot de onderwerpen, welke in privaatrecht een algemeene regeling hebben gevonden, als eigendom, zakelijke rechten, verbintenissen uit overeenkomst en uit de wet, betaling, verjaring enz.? Een vraag, welke zich in de praktijk toespitst op deze: kunnen ten opzichte van deze onderwerpen de regelen van het privaatrecht ook toepassing vinden in rechtsbetrekkingen, waarbij overheidslichamen partij zijn, en zoo ja, hoever gaat deze toepasselijkheid dan, is zij algemeen, kent zij uitzonderingen en welke zijn deze?

Een principieel afwijzend standpunt ten opzichte van de toepasselijkheid van privaatrecht in verhoudingen, waarbij overheidslichamen partij zijn, is, zooals bekend, in ons land ingenomen door LOEFF, volgens wien „zonder aan den natuurlijken aard der dingen geweld te doen" [2]) noch de onderdaan subject van publiekrecht, noch de staat subject van privaatrecht kan zijn. Het staat echter wel vast, dat noch naar Nederlandsch, noch naar eenig ander mij bekend rechtssysteem LOEFF's opvatting aan de werkelijkheid beantwoordt. Het is niet wel voor betwisting vatbaar, dat de overheid kan worden betrokken in verhoudingen, waarop het burgerlijk recht toepasselijk is, en het blijft alleen de vraag, wanneer dat het geval is. Sommigen hebben die vraag trachten te beantwoorden door met betrekking tot de in het burgerlijk recht geregelde onderwerpen de toepasselijkheid van

---

[1]) Een uitvoerige bespreking van deze onderscheiding geeft Mr. W. G. VEGTING in De gemeentelijke verordeningsbevoegdheid en het burgerlijk recht, ac. pr., Amsterdam, G. U. 1941 op blz. 59 e.v.

[2]) Mr. J. A. LOEFF, Publiekrecht tegenover privaatrecht, Ac. pr., Leiden, 1887, blz. 50.

dat recht t.a.v. overheidslichamen aan te nemen of uit te sluiten, naar gelang de verhouding, waarom het gaat, naar haar aard van privaatrechtelijk of publiekrechtelijk karakter is, waarbij dan het publiek- of privaatrechtelijk karakter dier verhouding nader afhankelijk wordt gesteld van het criterium, of de overheid daarbij al dan niet „als zoodanig" is betrokken. Afgezien echter van het bezwaar, dat laatstgenoemd criterium niet heel gemakkelijk is te hanteeren — hetgeen het overigens met vele andere criteria, waarmede wij in het recht moeten werken, gemeen heeft — hebben anderen tegen de op de hierboven omschreven wijze gemaakte onderscheiding tusschen de publiek- en de privaatrechtelijke verhouding aangevoerd, dat van publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen eerst kan worden gesproken, nadat bekend is geworden, of de verhouding door publiek- dan wel door privaatrecht wordt beheerscht en het geen zin heeft die onderscheiding te maken, indien men de vraag, of op die verhouding publiekdan wel privaatrecht van toepassing is, juist nog moet zoeken te beantwoorden.

Wij raken hier de vraag, of de aard van de rechtsverhouding dien van den rechtsregel, dan wel de aard van den rechtsregel dien van de rechtsverhouding bepaalt, een vraag, welke een onderwerp van discussie heeft uitgemaakt tusschen VAN PRAAG [1]), die het eerste en SCHELTEMA [2]), die het tweede standpunt verdedigd heeft. Ik heb mij in mijn proefschrift [3]) aangesloten bij het laatste standpunt en kan niet inzien, dat ik daarmede, zooals VAN DER VEN [4]) betoogt, de logisch geboden volgorde zou hebben aangetast. Het is natuurlijk waar, dat publiek- en privaatrecht hun benaming en aard ontleenen aan de omstandigheid, dat de verhoudingen, welke zij normeeren, van publiek- dan wel alleen van privaat belang zijn, en in zooverre kan worden toegegeven, dat benaming en aard van den rechtsregel door den aard van de daarbij genormeerde verhouding worden bepaald. Het is anderzijds echter evenzeer waar, dat een verhouding eerst het karakter van een rechtsverhouding krijgt, wanneer het recht er zich mee gaat inlaten, zoodat een verhouding, waarbij de overheid en haar belangen betrokken zijn, eerst publiekrechtelijk wordt, wanneer een haar normeerende regel van publiekrecht kan worden aangewezen, en van een privaatrechtelijke verhouding eerst kan worden gesproken, wanneer deze in het burgerlijk recht een regeling heeft gevonden [5]). Het blijft mij in ieder geval on-

[1]) Publiek- en privaatrecht, rechtsregel of rechtsverhouding uitgangspunt, THEMIS, 1925, blz. 132.
[2]) R.M. 1924, blz. 246, en R.M. 1927, blz. 236.
[3]) T.a.p., blz. 42.
[4]) R.M. THEMIS, 1940, blz. 101, 102.
[5]) Verg. omtrent dit punt nog VEGTING t.a.p. 85 e.v. en CLUYSENAER t.a.p. 509 e.v.

juist voorkomen om uitgaande van de stelling, dat een rechtsregel tot het publiekrecht behoort, omdat zij verhoudingen normeert, waarbij de overheid ,,als zoodanig'' is betrokken, te concludeeren, dat daarmede alle verhoudingen, waarbij de overheid geacht moet worden ,,als zoodanig'' te zijn betrokken, publiekrechtelijk moeten worden genoemd; en zelfs kan ik in haar algemeenheid niet onderschrijven de stelling van VAN DER VEN [1]), dat, waar dergelijke verhoudingen niet door publiekrecht geregeld zijn en door regelen van privaatrecht kunnen worden beïnvloed, die verhoudingen per se verkeerd geregeld zijn. Waar is, dat in vele gevallen het privaatrecht tot de regeling van dergelijke verhoudingen onvoldoende is, en evenzeer, dat in het bijzonder ons recht bij de publiekrechtelijke regeling van vele dier verhoudingen ten achter is gebleven, maar dat *al* die verhoudingen naast de algemeene regeling van het privaatrecht nog een bijzondere regeling in het publiekrecht van noode hebben, kan ik niet toegeven.

Voert nu mijn opvatting, dat ook waar de overheid ,,als zoodanig'' optreedt als publiekrechtelijk alleen kunnen worden beschouwd verhoudingen, welke in het positieve publiekrecht zijn geregeld, rechtstreeks tot de conclusie, dat, wanneer het publiekrecht daarvan geen regeling bevat, die verhoudingen, voorzoover het privaatrecht daaromtrent een algemeene regeling bevat, aan dit recht zijn onderworpen? Op zichzelf nog niet; het blijft immers mogelijk, dat dergelijke verhoudingen geheel en al aan de regeling van het recht onttrokken zijn en de overheid ,,als zoodanig'' daarin derhalve, evenals de princeps in de leer van het vorstenabsolutisme ,,legibus solutus'' is. Voor het moderne rechtsbewustzijn is deze mogelijkheid echter niet wel te aanvaarden en vooral in ons recht, in welks traditie het ,,princeps legibus solutus'' nauwelijks een rol heeft gespeeld, is dit adagium ook in zijn verzwakten vorm, beperkt tot de overheid optredende ,,als zoodanig'', weinig aannemelijk. Het moderne rechtsbewustzijn verzet zich tegen een opvatting, welke tot gevolg zou hebben, dat de overheid op belangrijke gebieden harer werkzaamheid buiten het recht zou zijn gesteld en kan zich bij de conclusie, dat zij, optredende ,,als zoodanig'', aan het burgerlijk recht niet onderworpen is, alleen dan neerleggen, indien t.a.v. de aldaar in het algemeen geregelde onderwerpen het publiekrecht een bijzondere regeling bevat. Een publiekrechtelijke regeling van den eigendom, van zakelijke rechten op ten publieken dienst bestemde zaken, van overeenkomsten door de overheid bij de uitoefening van haar taak gesloten, van onrechtmatige daden door haar begaan en van onverschuldigde betaling en van andere in het burgerlijk recht geregelde onder-

---

[1]) T.a.p., blz. 101.

werpen kunnen wij aanvaarden en zelfs bijzonder wenschelijk achten; ontbreekt deze echter, dan kunnen wij ook voor de overheid, in welke hoedanigheid, of op welke wijze zij ook optreedt, t.a.v. deze onderwerpen van een zij het voorzichtig gehanteerd privaatrecht geen afstand doen, te minder, indien bij het ontbreken van een behoorlijk geregelde administratieve rechtspraak de niet toepasselijkheid van dat recht ook tot het ontbreken van een bevoegden rechter zou moeten leiden. Het bovenstaande leidt tot de conclusie, dat het voor de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen veelal gebezigde „als zoodanig" criterium slechts bruikbaar is in gevallen, waarin men t.a.v. eenig onderwerp tusschen een publieken privaatrechtelijke regeling, mogelijk ook tusschen een administratieven en een burgerlijken rechter in zekeren zin de keuze heeft, doch dat het ons geen diensten kan bewijzen, indien zoodanige keuze ontbreekt.

De historische ontwikkeling bepaalt, of t.a.v. de onderwerpen, welke ons hier bezig houden, die keuze al dan niet aanwezig is, of m.a.w. ten opzichte van deze onderwerpen een publiek- en een privaatrechtelijke regeling naast elkaar bestaan, welker onderlinge verhouding dan aldus moet worden gezien, dat in den aard van de betrokken rechtsverhouding en de wijze, waarop de overheid daarbij optrad, het criterium moet worden gezocht voor de vraag, of publiek- dan wel privaatrecht moet worden toegepast, dan wel onafhankelijk daarvan in beginsel de toepasselijkheid van het privaatrecht als gemeen recht moet worden aangenomen, behoudens incidenteele uitzonderingen van daaraan derogeerend publiekrecht.

In het Fransche recht heeft zich de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht in hoofdzaak in eerstgenoemden zin ontwikkeld. De competentie-regeling tusschen den administratieven en den burgerlijken rechter dwong daar tot een scherpe onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen — een onderscheiding, waarvoor het criterium steeds meer wordt gezocht in de vraag, of de overheid daarbij al dan niet is betrokken in de uitoefening van de service public — en de administratieve rechter zelf schiep voor de aan zijn rechtspraak onderworpen verhoudingen vrijwel over het geheele gebied der ook door het burgerlijk recht bestreken onderwerpen een geheel van ongeschreven publiekrechtelijke regelen, waarbij aan het in beginsel buiten toepassing gelaten privaatrecht slechts wordt ontleend, wat bruikbaar is, doch overigens geheel eigen aan de eischen van de „service public" ontleende beginselen worden gevolgd.

De rechtspraak betreffende de onverschuldigde betaling aan overheidslichamen gedaan en door haar bij de vervulling van de

service public aangenomen en de onrechtmatige overheidsdaad diende mij in mijn proefschrift [1]), waar ik deze ontwikkeling uitvoeriger besprak, tot voorbeelden van de wijze, waarop in Frankrijk de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht met betrekking tot de onderhavige onderwerpen moet worden gezien. Zij diende mij tevens als tegenstelling tot de opvatting, welke in onze jurisprudentie ten opzichte van de zelfde onderwerpen meer en meer tot uiting is gekomen; tegenstelling, welke verklaarbaar is door de geheel andere omstandigheden, waaronder ons recht zich in dit opzicht heeft ontwikkeld, door het ontbreken van een algemeen geregelde administratieve rechtspraak, wellicht ook, doordat ons recht het stadium, waarin elders het vorsten-absolutisme het adagium „princeps legibus solutus" ingang deed vinden, niet heeft doorgemaakt en dientengevolge de in het Middeleeuwsche recht wortelende gebondenheid der overheid aan het gemeene recht hier steeds sterker bleef gehandhaafd dan elders het geval was.

Het heeft overigens in de rechtsgeleerde litteratuur ook ten onzent nooit ontbroken en ontbreekt ook thans nog niet aan schrijvers, die ook voor ons recht volhouden, dat het burgerlijk recht t.o.v. de overheid niet kan worden toegepast in verhoudingen van zoodanigen aard, dat deze geacht moet worden daarbij „als zoodanig" te zijn betrokken.

Ik noem hier slechts Mr. L. VAN PRAAG, wiens baanbrekend en in volledigheid wel nooit te evenaren studie over de grenzen tusschen publiek- en privaatrecht voor ieder, die zich op dit gebied beweegt, steeds weer een onuitputtelijke bron van materiaal is en grondslag voor verdere studie, al verschilt men ook met hem ten opzichte van de grondslagen, waarop zijn opvattingen uiteindelijk berusten.

De feitelijke rechtstoepassing, zooals deze in de rechtspraak tot uiting komt, is door opvattingen van deze schrijvers echter slechts in geringe mate beïnvloed. Het sterkste nog is die invloed merkbaar geweest op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad; daar heeft inderdaad aan het einde van de vorige eeuw gedurende eenigen tijd gegolden, dat de overheid aan art. 1401 B.W. slechts onderworpen was, indien en voorzoover de schade brengende handeling door haar niet „als zoodanig" was verricht[2]). In zijn arrest van 10 Mei 1901, W. 7606 (Rotterdamsch pothuis), kwam de H.R. op deze jurisprudentie terug en oordeelde de overheid bij inbreuk op eens anders eigendom schadeplichtig, ook indien zij „formeel een publiekrechtelijke handeling verrichtte";

---

[1]) T.a.p., blz. 53 e.v.

[2]) Verg. Mr. J. R. H. VAN SCHAIK, De Overheid tegenover de artikelen 1401 e.v. Ac. pr., Utrecht 1906, blz. 216.

en het bekende arrest van 20 April 1924, W. 11293, stelde zelfs de overtreding van de publiekrechtelijke normen onder de sanctie van het burgerrechtelijk voorschrift, dat den pleger van een onrechtmatige daad tot schadevergoeding verplicht.

Dat de door het arrest van 29 Juni 1928, N.J. 1928 blz. 1138 (Strooppot), ingeleide jurisprudentie de verkeersnormen van voorzichtigheid en fatsoen — door het bekende arrest van 31 Januari 1919 in het algemeen onder de sanctie van art. 1401 B.W. gebracht — voor de overheid slechts wil doen gelden, indien en voorzoover deze op gelijken voet met bijzondere personen optreedt, stelt weliswaar in het licht, dat wat onrechtmatig is voor den burger, dit niet steeds is voor de overheid, maar doet niet af aan den algemeenen regel, dat, wanneer eenmaal een onrechtmatige daad begaan is, de overheid, onafhankelijk van de vraag, of haar optreden al dan niet als een optreden ,,als zoodanig'' moet worden aangemerkt, evenals ieder ander aan art. 1401 B.W. is onderworpen. Evenals thans t.a.v. art. 1401 B.W., wordt t.a.v. art. 1395 B.W. betreffende de onverschuldigde betaling door een reeds lang gevestigde jurisprudentie aangenomen, dat, zooals de H.R. het in zijn arrest van 14 November 1931, N. J. 1931, blz. 222 overwoog, ,,dit voorschrift van het gemeene recht ook van toepassing is op betalingen van publiekrechtelijken aard voor zooveel niet uit de wet het tegendeel volgt''.

VAN PRAAG, die als publiekrechtelijk beschouwt verhoudingen, waarbij de publiekrechtelijke gemeenschappen ,,als zoodanig'' zijn betrokken [1]) — hetgeen volgens hem het geval is, wanneer die verhoudingen voortspruiten uit rechtshandelingen ,,waarvan het object is de bestuurstaak der genoemde gemeenschappen, onder bestuurstaak hier te verstaan datgene, wat zij zelf daaronder rangschikken'', [2]) — en voorts de toepasselijkheid van het B.W. t.a.v. die verhoudingen in het algemeen verwerpt, immers beperkt tot de publiekrechtelijke verhoudingen, welke bij het ontstaan van onze wetgeving voor privaatrechtelijk werden gehouden [3]), ziet de jurisprudentie betreffende de artikelen 1395 en 1401 B.W. — door mij beschouwd als een aanwijzing voor het bestaan van een daaraan tegengestelde opvatting in ons recht — niet als in strijd met zijn systeem; ik heb hierin een inconsequentie meenen te moeten zien en kan deze meening, ook na hetgeen deze schrijver hieromtrent in W.P.N.R. 3668 ter toelichting heeft aangevoerd, niet van mij afzetten. Ook al beoogt de overheid, aldus VAN PRAAG, in bepaalde gevallen ,,als zoodanig'' op te treden, wanneer zij zich in de uitlegging van een of ander

---

[1]) Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, blz. 8.
[2]) T.a.p., blz. 10.
[3]) T.a.p., blz. 35.

wettelijk voorschrift vergist en dientengevolge zich een bevoegdheid heeft toegekend, die later de rechter haar ontzegt, dan is het resultaat gelijk aan dat, veroorzaakt door particulieren, die onrechtmatig optreden, of een hun niet verschuldigde geldsom innen, zoodat tegen de toepasselijkheid van de art. 1401 en 1395 B.W. geen bezwaar bestaat. Men kan hier niet anders uit concludeeren, dan dat publiekrechtelijk alleen kunnen zijn en publiekrechtelijke verhoudingen alleen in het leven kunnen roepen handelingen, welke — en dit niet alleen volgens de bedoeling der overheid, maar ook in werkelijkheid — steunen op een regel van positief publiekrecht. Ik kan het met deze conclusie eens zijn, maar begrijp niet, dat men daarnaast dan nog het ,,als zoodanig'' criterium noodig heeft.

Toont de jurisprudentie betreffende de onverschuldigde betaling en de onrechtmatige overheidsdaad m.i. aan, dat de toepasselijkheid van de artikelen 1395 en 1401 B.W. en het dientengevolge ontstaan van burgerrechtelijke verhoudingen tusschen overheid en onderdaan onafhankelijk is van de vraag, of de overheid bij de verrichting van een handeling, welke de toepasselijkheid dier artikelen ten gevolge had, al dan niet ,,als zoodanig'' was opgetreden, ook op andere rechtsgebieden — met name op dat van het zakenrecht, in het bijzonder met betrekking tot voor den openbaren dienst bestemde zaken — kan men constateeren dat t.a.v. bepaalde in het burgerlijk recht geregelde onderwerpen dit recht ook voor de overheid algemeen gelding heeft, behoudens de mogelijkheid van derogatie door het publiekrecht.

Merkwaardig is, dat zelfs t.a.v. verhoudingen, welke een onbetwistbaar publiekrechtelijk karakter vertoonen, niet omdat de overheid er ,,als zoodanig'' bij betrokken was, doch, omdat zij berusten op positief publiekrecht — zooals de verhouding tusschen overheid en belastingschuldige — de toepasselijkheid van het burgerlijkrecht ter aanvulling van de lacunes van publiekrecht geenszins is uitgesloten. Ik wijs als voorbeeld op de jurisprudentie betreffende de verjaring van uit het publiekrecht geboren vorderingen, waaromtrent de H.R. in zijn arrest van 1 Februari 1928, N.J. 1928 blz. 782, overwoog, ,,dat zoodanige verjaring wordt beheerscht door het voorschrift van het gemeene recht, ten deze het B.W., voorzoover althans niet de publiekrechtelijke bepalingen een afwijkende regeling inhouden'', terwijl de Advocaat-Generaal in zijn conclusie voor het arrest het standpunt van ons hoogste rechtscollege t.a.v. de vraag, in hoever op publiekrechtelijke verhoudingen bepalingen van het privaatrecht mogen worden toegepast, nog ruimer formuleerde door geheel in het algemeen te stellen: ,,De regel, die in Uw rechtspraak op dit onderwerp is te onderkennen, is wel deze, dat op publiekrechtelijke verhoudingen de regelen van het privaatrecht zijn toe te

passen, tenzij speciale regelen van publiekrecht zijn gegeven". Nu gaat de laatste formuleering m.i. wel wat te ver. Immers heeft de H.R., ondanks het ontbreken van een bijzondere regeling van publiekrecht dienaangaande, de compensatie van een belastingschuld bij arrest van 14 April 1924, W. 11285, voor uitgesloten gehouden om redenen ontleend aan de geschiedenis van art. 1461 B.W., met name aan de dienaangaande in het oud Fransche en oud vaderlandsche recht geldende opvattingen en eveneens werd ten behoeve van den betaler van eens anders vermogensbelasting de subrogatie in de rechten van den Staat voor uitgesloten gehouden, niet omdat de Wet op de invordering der directe belastingen t.a.v. de subrogatie een bijzondere regeling bevat, doch omdat de wijze van executie van een dergelijke belastingschuld met de overdraagbaarheid van de rechten van den Staat op particulieren onvereenigbaar is [1]).

Men kan t.a.v. de toepasselijkheid van het burgerlijkrecht op deze in het publiekrecht verankerde verhoudingen, dunkt mij, niet verder gaan dan die toepasselijkheid voor mogelijk te houden, indien het burgerlijk rechtsvoorschrift binnen het kader der publiekrechtelijke verhouding een voor de lacunes der publiekrechtelijke regeling passende aanvulling geeft. Het bij verschillende gelegenheden door Prof. KRANENBURG [2]) verdedigde standpunt, dat men los van dogmatische vooroordeelen voor elk geval zal dienen te onderzoeken, of de publiekrechtelijke verhouding zich voor de toepassing van de normen van het burgerlijkrecht leent, dan wel tot onaannemelijke gevolgen zou leiden, kan ik voor deze werkelijk in het publiekrecht gewortelde verhoudingen onderschrijven.

Voor de daarbuiten liggende verhoudingen, verhoudingen dus, die niet bepaaldelijk in het positieve publiekrecht zijn gegrond, blijf ik echter vasthouden aan de met de namen van HAMAKER en SCHOLTEN verbonden leer [3]), welke het burgerlijk recht beschouwt als het gemeene, de overheid, onafhankelijk van de wijze van haar optreden, op gelijken voet als de onderdanen bindende recht. Een uitvoerig overzicht van de jurisprudentie op dit gebied geeft Mr. J. L. H. CLUYSENAER in zijn reeds eerder genoemd artikel over publiekrechtelijke overeenkomsten [4]). Hij concludeert daaruit, dat de rechter nu eens, overeenkomstig HAMAKER's regel, komt tot directe toepassing van burgerlijk recht op de overheid, dan weer overeenkomstig

[1]) H.R. 23 Dec. 1926 N.J. 1927, blz. 213.

[2]) Verg. Ned. Staatsrecht, 5e druk, blz. 391; Staatsrechtelijke opstellen voor Prof. KRABBE, blz. 60 e.v.; Inleiding in het Ned. Adm. recht, blz. 31 e.v.

[3]) Verspreide geschriften VII, blz. 31 e.v.; ASSER-SCHOLTEN, Algemeen deel, blz. 34 e.v.

[4]) T.a.p., blz. 513.

KRANENBURG's opvatting tot een analoge toepasselijkheid, een toepasselijkheid op grond van de algemeene rechtsbeginselen, en in niet weinig gevallen ook tot de niet-toepasselijkheid van het burgerlijk recht; het antwoord op de vraag, wanneer de overheid door gemeen en wanneer door eigen recht beheerscht wordt, is volgens dezen schrijver dus niet in een algemeenen regel te geven, doch in ieder concreet geval een zaak van rechtsvinding. Mij schijnt deze conclusie juist voor de werkelijk publiekrechtelijke verhoudingen, waarin de toepasselijkheid van het burgerlijk recht mij nooit geboden, doch, voorzoover het de lacunes van de publiekrechtelijke regeling kan aanvullen, slechts toegelaten voorkomt. Voor de daarbuiten liggende, dus niet in het positief publiekrecht gegronde verhoudingen, schijnt mij echter de jurisprudentie — en naar mij voorkomt terecht — gevestigd in den zin van de leer van HAMAKER en SCHOLTEN.

Overigens zal ook voor laatstbedoelde verhoudingen, waarvoor ook naar mijn meening voor ons recht aan de geldigheid van het burgerlijk recht in zijn vollen omvang ook tegenover overheidslichamen, in welke hoedanigheid en op welke wijze ook optredende, in beginsel moet worden vastgehouden, de toepasselijkheid van dat gemeene recht toch veelal op eigenaardige wijze wordt beïnvloed, beperkt en soms zelfs uitgesloten als gevolg van de omstandigheid, dat men ook in als zuiver privaatrechtelijk te beschouwen verhoudingen tot de overheid op allerlei wijze in aanraking en soms in botsing kan komen met het publiekrecht. In haar algemeenheid gaat mij de door sommigen verdedigde stelling, dat het in beginsel ook tegenover de overheid toepasselijke burgerlijke recht steeds dan buiten toepassing zal moeten blijven, wanneer het algemeen belang dit eischt, te ver [1]); wel echter vindt de toepasselijkheid van dit recht ook naar mijn opvatting haar grens, waar deze met de normale werking van het publiekrecht en de normale functionneering van de in dat recht geregelde instituten in strijd zou komen. Zoo kunnen volgens algemeene rechtspraak burgerlijke rechten van bijzondere personen op zaken voor den publieken dienst bestemd slechts in overeenstemming met de bestemming dier zaken, zooals deze in het geschreven en ongeschreven publiekrecht zijn neergelegd, worden uitgeoefend. Zoo zullen, om een ander voorbeeld te noemen, bijzondere personen, die op overheidslichamen in het burgerlijk recht gegronde vorderingen hebben, deze vorderingen nooit kunnen doen gelden op een wijze, welke het functionneeren van het betrokken overheidslichaam volgens de haar inrichting en bevoegdheden bepalende regelen van publiekrecht in gevaar kan

[1]) Aldus b.v. Prof. MEIJERS in W.P.N.R. 2544; verg. op dit punt ook mijn proefschrift, blz. 69 e.v.

brengen; de mogelijkheid van een faillissement van overheidslichamen is daarom uitgesloten, ook al behelst het publiekrecht nergens een uitdrukkelijk voorschrift, dat ten deze aan het gemeene recht derogeert. Ook in burgerrechtelijke verhoudingen blijft de overheid steeds overheid, behoudt zij alle bevoegdheden, welke haar in het publiekrecht als zoodanig zijn toegekend en blijft zij functionneeren op de wijze, als in het publiekrecht in het algemeen geregeld is; ook afgezien van de uitdrukkelijk aan het burgerlijk recht derogeerende bepalingen, heeft de toepasselijkheid van dat recht voor het richtig functionneeren van het overheidsapparaat overeenkomstig het publiekrecht en voor de vrije uitoefening van de in het publiekrecht aan de overheid toegekende bevoegdheden te wijken.

Ik stel mij in geen enkel opzicht voor, in het bovenstaande een aantal recepten te hebben gegeven, welke op de vragen, die de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht doet rijzen, een voor alle gevallen bruikbare oplossing geven. Het blijft op dit terrein een zoeken en tasten.

Door zonder algemeene richtlijnen voor elk bijzonder geval de meest geëigende oplossing te willen zoeken, loopt men echter het gevaar op dit onoverzichtelijk terrein te verdwalen en het is daarom, dat ik het noodig achtte, alvorens mijn eigenlijk onderwerp aan te snijden, van de richtlijnen, welke mij daarbij leiding zullen geven, een overzicht en verantwoording te geven.

Verhouding publiek- en privaatrecht met betrekking tot overeenkomsten met overheidslichamen.

De conclusie tot dewelke de hierboven staande beschouwingen ons leidde, was in het kort gezegd deze, dat — in tegenstelling tot het Fransche recht, waarin publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen kunnen worden onderscheiden naar de wijze, waarop de overheid daarbij is betrokken en tusschen deze verhoudingen, zoowel wat het daarop toepasselijke recht, als wat den bevoegden rechter betreft, een scherp en wezenlijk verschil bestaat — voor ons recht de wijze, waarop de overheid bij eenige verhouding is betrokken, met name het optreden ,,als zoodanig'', of op gelijken voet met bijzondere personen, voor het publiek- of privaatrechtelijk karakter van de desbetreffende verhoudingen in het algemeen niet van beteekenis is; dat buiten de in het positief publiekrecht gegronde verhoudingen het burgerlijk recht t.a.v. de door dit recht beheerschte onderwerpen voor overheidslichamen en bijzondere personen gelijkelijk van toepassing is, behoudens wat eerstbedoelde lichamen betreft de werking van het publiekrecht, dat in alle verhoudingen, waarbij de overheid is betrokken, zijn invloed kan doen gelden; en dat zelfs binnen de in het positieve

publiekrecht gewortelde verhoudingen de toepasselijkheid van het burgerlijk recht niet behoeft te worden uitgesloten, immers, voorzoover het daartoe de geschiktheid bezit, ter aanvulling van de publiekrechtelijke regeling kan dienen. Wat nu, uitgaande van deze richtlijnen, te denken van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst?

Gaan wij eerst in het kort de meeningen van eenige schrijvers na, die zich met dit probleem hebben bezig gehouden. Onder hen moet in de eerste plaats worden genoemd Mr. L. VAN PRAAG, wiens opvattingen betreffende de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht in het algemeen hierboven reeds ter sprake kwamen. In overeenstemming hiermede omschrijft deze schrijver als publiekrechtelijke overeenkomst de overeenkomst, gericht op het ontstaan van publiekrechtelijke verhoudingen, d.w.z. verhoudingen, waarin men enkel tegenover een publiekrechtelijk lichaam kan staan, of wel verhoudingen, waarvan de bestuurstaak eener publiekrechtelijke gemeenschap het object uitmaakt [1]). Bij zijn standpunt sluiten zich aan Prof. VAN DER POT [2]), Mr. Ir. M. M. VAN PRAAG [3]) en Mr. J. J. M. VAN DER VEN [4]). Tegenover deze opvattingen, welke het criterium tusschen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overeenkomst zoeken te vinden in de vraag, of de overheid in de desbetreffende verhouding al dan niet ,,als zoodanig'' is betrokken, staan de schrijvers, die het ,,als zoodanig'' criterium in beginsel verwerpen en voor overeenkomsten evenals voor andere verhoudingen, met name voor het ontstaan van verbintenissen uit de wet, de toepasselijkheid van het burgerlijk recht aanvaarden, sommigen onvoorwaardelijk, anderen onder voorbehoud van de mogelijkheid van het bestaan van derogeerende bepalingen in het publiekrecht. Aldus b.v. Mr. S. SYBENGA, die in het bijzonder voor overeenkomsten tot regeling van openbare belangen tusschen overheidslichamen onderling [5]) en de concessie [6]) meermalen de toepasselijkheid van het burgerlijk recht met kracht heeft verdedigd en zelfs van meening is, dat andere overeenkomsten dan die zijn bedoeld in art. 1349 B.W. in ons recht niet bekend zijn. Ik meen te kunnen zeggen, dat althans wat betreft het vooropstellen van de toepasselijkheid van het burgerlijke recht, het meerendeel der latere schrijvers, waaronder ook ik mij in mijn proefschrift schaarde, aan zijn zijde staat. Ik noem onder hen slechts

---

[1]) T.a.p., blz. 46 en 48 i.v.m. 9 en 10.
[2]) Aldus in ,,De vormen van het besturen'', opgenomen in Ned. Bestuursrecht, blz. 201 e.v.
[3]) Iets over bestuurshandelingen, Gemeenbestuur 1934, blz. 1 e.v.
[4]) N.J.B. 1938, blz. 526 en R. M. — THEMIS 1940, blz. 102.
[5]) THEMIS 1918, blz. 32 e.v. en W.B.A. 3616.
[6]) Prae-advies voor de vergadering der Ned. Jur. Ver. 1927.

SCHELTEMA, die in zijn bekend artikel over het grensterrein van publiek- en privaatrecht [1]) ook voor overeenkomsten het door VAN PRAAG verdedigde „als zoodanig" criterium op de principieele gronden, welke wij hierboven reeds bespraken, heeft bestreden, doch anders dan SYBENGA wel de mogelijkheid van het bestaan van publiekrechtelijke overeenkomsten erkent, mits deze in het positieve publiekrecht een eigen regeling hebben gevonden; verder HUART [2]) en VAN DER GRINTEN [3]). Ook de jongste schrijver over dit onderwerp, Mr. CLUYSENAER [4]), sluit zich erbij aan, erkent daarbij de mogelijkheid van het bestaan van publiekrechtelijke overeenkomsten, voorzoover de overheid de bevoegdheid tot het aangaan ervan ontleent aan het positieve publiekrecht, doch meent, dat deze mogelijkheid in ons recht niet is verwerkelijkt. Afzonderlijke vermelding verdient de opvatting van Prof. VAN BRAKEL [5]), welke slechts gedeeltelijk binnen het kader der beide hierboven besproken en tegenover elkaar gestelde opvattingen kan worden geplaatst. Ook deze schrijver erkent, dat voor een onderscheiding van publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten noch de kwaliteit van de handelende personen, noch de strekking van de overeenkomst om al dan niet te voorzien in een deel der overheidstaak beslissend is. Volgens hem moet het criterium worden gezocht in de vragen: *a*) of de afspraak een beschikking inhoudt over rechten, die der overheid als zoodanig toekomen, dan wel rechten, welke ook particulieren kunnen hebben, *b*) of de overeenkomst wellicht gegoten is in een vorm, die aan het publiekrecht eigen is. Van veel van haar belang ontbloot wordt tenslotte de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten in de opvatting van Prof. KRANENBURG, volgens wien ik elk concreet geval, waarin de overheid tegenover burgers komt te staan, ook bij het ontbreken van een aan het burgerlijk recht derogeerende regeling van publiekrecht, het burgerlijk recht toch nooit automatisch kan worden toegepast, doch steeds moet worden onderzocht, of de aard der verhouding niet meebrengt, dat zij door specifieke normen beheerscht behoort te worden. Dit standpunt wordt door KRANENBURG met name uitgewerkt voor de door hem als contractueel beschouwde verhouding tusschen overheid en concessie- of vergunninghouder, een verhouding, die volgens hem zoozeer afwijkt van de verhoudingen, voortvloeiende uit de gewone burgerrechtelijke overeenkomst, dat

---

[1]) R.M. 1937, blz. 233 e.v.
[2]) Staatsrechtelijke opstellen voor Prof. KRABBE II, blz. 109 e.v.
[3]) Gemeentebestuur 1929, blz. 493 e.v.
[4]) Publiekrechtelijke overeenkomsten in R.M. — THEMIS 1942, blz. 501 e.v.
[5]) Leerboek van het Ned. Verbintenissenrecht, blz. 9.

b.v. het beginsel, dat de inhoud der overeenkomst niet dan met toestemming van alle betrokken partijen kan worden gewijzigd, voor deze bijzondere verhouding niet behoeft te worden aanvaard [1]).

Hoe hebben wij voor het ten onzent geldende recht over deze verschillende opvattingen te denken? Men kan er dunkt mij in ieder geval dit van zeggen, dat overeenkomstig hetgeen wij met betrekking tot het onderscheid tusschen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen in het algemeen bevonden, ook op het gebied der overeenkomsten met overheidslichamen een onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten, naar gelang de overheid daarbij al dan niet „als zoodanig" optreedt, in ons geldend recht, zooals dat in de jurisprudentie wordt toegepast, vooralsnog geen enkelen steun vindt. Die onderscheiding past geheel in het Fransche stelsel, met zijn scherpe en in het algemeen van den aard der verhouding uitgaande onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen; zooals t.a.v. de beide voornaamste verbintenissen uit de wet, die in het burgerlijk recht zijn geregeld, de verbintenis uit onverschuldigde betaling en die uit de onrechtmatige daad, naast de privaatrechtelijke regeling, geldende voor bijzondere personen en voor overheidslichamen, voorzoover zij op gelijken voet met deze omgaan, een ongeschreven publiekrechtelijke regeling bestaat, geldende voor de overheid, optredende als zoodanig, d.w.z. bij de vervulling van de service public, kent men daar, naast het algemeene burgerlijke contractenrecht, een daarvan in menig opzicht afwijkend publiek contractenrecht; staat daar naast de burgerrechtelijke de publiekrechtelijke overeenkomst, en dit niet als een uitzonderlijke figuur, doch voor de gevallen, waarin de overheid zich bij de vervulling van de service public in contractueele verhoudingen begeeft, als de, zij het niet bij uitsluiting mogelijke, dan toch normale vorm van overeenkomst [2]).

In ons, zooals wij reeds zagen, van het Fransche recht in dit

---

[1]) Inl. in het Ned. Adm. recht, blz. 33.

[2]) Ik zeg „zij het niet bij uitsluiting mogelijke", omdat anders dan voor de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke verhoudingen in het algemeen, voor de overeenkomst het gewone criterium, bestaande in het optreden der overheid bij de vervulling van de service public, eenige aanvulling behoeft; in de jurisprudentie wordt n.l. daarnaast steeds meer de eisch gesteld, dat de overeenkomst om als contrat administratif te kunnen worden aangemerkt, ook wat vorm en inhoud betreft, door de omstandigheid, dat zij ter vervulling van de service public werd gesloten, in meer of mindere mate wordt beïnvloed. Ik verwijs voor de voor ons onderwerp zoo bijzonder interessante vergelijking met het Fransche recht, waarop ik hier niet verder kan ingaan, naar hoofdstuk III van mijn proefschrift en, voor wat de criteria van de onderscheiding van de burg. overeenkomst en het contrat administratif betreft, met name naar de blz. 76—85.

opzicht principieel afwijkende rechtsstelsel past de op bovenstaande wijze toegepaste onderscheiding echter niet. Kan met betrekking tot de toepasselijkheid van het burgerlijk recht in werkelijk in het positieve publiekrecht verankerde rechtsverhoudingen verschil van meening bestaan, zeker schijnt het mij, dat buiten deze verhoudingen ook overheidslichamen, onverschillig, of zij naar den aard van hun optreden of den inhoud van de betreffende rechtsverhouding al dan niet geacht kunnen worden ,,als zoodanig'' te zijn opgetreden, aan het burgerlijkrecht zijn onderworpen; toetssteen was voor mij hierbij de in dit opzicht in haar tegenstelling tot het Fransche standpunt duidelijke jurisprudentie betreffende artikelen 1395 en 1401 B.W. Er schijnt mij geen reden en de rechtspraak geeft dunkt mij ook geen enkele aanleiding om ten aanzien van de verbintenissen, die uit overeenkomst werden geboren, in beginsel anders te oordeelen dan ten aanzien van de verbintenissen, welke uit kracht der wet ontstaan.

Voor wat het optreden in het algemeen belang en de vervulling van de bestuurstaak betreft, besliste de H.R. reeds bij zijn arrest van 8 Juni 1882, W. 4765, dat aan het ontstaan van een privaatrechtelijke overeenkomst tusschen twee overheidslichamen niet in den weg behoeft te staan, dat zij handelden ,,in het algemeen belang hare wederzijdsche ingezetenen en dus in de uitoefening van regeeringsbestuur'', daar ,,niets belet dat een regeeringscollege ter bevordering van de aan zijn zorg toevertrouwde belangen volgens het B.W. verbindende overeenkomsten sluit''.

Meer en meer is sindsdien van de overeenkomst gebruik gemaakt door overheidslichamen, niet alleen bij de behartiging van vermogensbelangen op de wijze, zooals ook particulieren dat doen, maar vooral ook ter bereiking van doeleinden, die liggen op het gebied van de eigenlijke bestuurstaak, — en nimmer is bij mijn weten door de rechtspraak in die gevallen het privaatrechtelijk karakter van dergelijke overeenkomsten ontkend. Zelfs waar tot de bereiking van bepaalde doeleinden het publiekrecht der overheid bijzondere bevoegdheden tot eenzijdig verordenen of beschikken verleent, schijnt deze toch in vele gevallen aan contractueele regelingen de voorkeur te geven [1]); en zoo weinig heeft men er in deze gevallen aan gedacht, dat deze toch steeds op het gebied van de eigenlijke bestuurstaak liggende contractueele regelingen mogelijk van publiekrechtelijken aard zouden kunnen zijn, dat men de vraag, of het der overheid vrij staat om inplaats van overeenkomstig de bijzondere publiekrechtelijke regelen eenzijdig te verordenen of te beschikken, met de betrokkenen over-

[1]) Zie over deze neiging de onder den naam ,,Osmose, een aanteekening over het elkaar doordringen van openbaar bestuur en particulier beheer'' uitgegeven studie van Mr. G. A. VAN POELJE.

eenkomsten aan te gaan, steeds in dezen vorm heeft gesteld, dat men zich afvroeg, of en in hoeverre de overheid ter bereiking van doeleinden, waarvoor het publiekrecht een bepaalden weg aanwijst, inplaats van den publiekrechtelijken ook den privaatrechtelijken weg mag bewandelen. Deze vraag en het standpunt te dien opzichte ingenomen door de Commissie vanwege den Stedebouwkundigen Raad van het Instituut van Volkshuisvesting en Stedenbouw, ingesteld tot het onderzoek van de vraag, in hoeverre privaatrechtelijke regeling van bebouwing geoorloofd moet worden geacht, werden reeds uitvoerig besproken door Mr. J. KRUSEMAN in diens prae-advies over de verhouding van administratief en burgerlijk recht in het jaar 1941 aan de Vereeniging voor administratief recht uitgebracht. Opmerking verdient, dat de opvatting der Commissie, dat de overheid voor de vervulling van haar taak ook privaatrechtelijke overeenkomsten kan sluiten, tenzij de betreffende publiekrechtelijke regeling kennelijk bedoelt het daarin behandelde onderwerp geheel aan de heerschappij van het privaatrecht te onttrekken, door haar wordt verbonden en afgeleid uit het ook hier verdedigde standpunt, dat het privaatrecht voor de overheid algemeene gelding heeft tenzij het publiek recht daaraan derogeert. Inderdaad blijft het mij, ook na de beschouwing van VAN PRAAG, in W.P.N.R. 3668 en 3669, voorkomen, dat het een met het ander onverbrekelijk is verbonden. Houdt men immers vast aan de opvatting, dat overeenkomsten, waarbij het betreffende overheidslichaam „als overheid" is betrokken, omdat zij betreft de bestuurstaak van dat lichaam of wel, omdat de desbetreffende verhouding van zoodanigen aard is, dat men daarin alleen tegenover de overheid kan staan, reeds om die reden als publiekrechtelijk moet worden beschouwd, dan is het in het geheel niet mogelijk, dat met betrekking tot dergelijke verhoudingen privaatrechtelijke overeenkomsten tot stand komen.

In zijn hierboven bedoelde beschouwingen, waarin VAN PRAAG het door mij aan de jurisprudentie ontleende argument bestrijdt, wordt door hem in zijn omschrijving van het begrip der publiekrechtelijke verhouding en der publiekrechtelijke overeenkomst echter m.i. een geheel nieuw element gebracht. Had ik uit hetgeen VAN PRAAG over dit onderwerp tot dusver had gepubliceerd, steeds den indruk gekregen, dat verhoudingen van zoodanigen aard, dat men daarin enkel tegenover een publiekrechtelijk lichaam kan staan, zonder meer als publiekrechtelijk moeten worden aangemerkt, in W.P.N.R. 3668 en 3669 verdedigt VAN PRAAG de opvatting, dat in dergelijke gevallen alleen het vermoeden bestaat, dat het overheidslichaam „als overheid" is opgetreden en de desbetreffende verhouding derhalve een publiekrechtelijk karakter heeft, doch geenszins is uitgesloten, dat

zij ook hier van haar hooge standpunt afdaalt en dienaangaande een privaatrechtelijke overeenkomst aangaat. De vraag, of aan bepaalde overeenkomsten met overheidslichamen een publiek- of privaatrechtelijk karakter moet worden toegekend, wordt aldus, behalve van den aard der onderlinge verhouding, van den wil van partijen afhankelijk gesteld, met dien verstande, dat, waar op grond van den aard der verhouding het vermoeden bestaat, dat het betrokken overheidslichaam ,,als overheid'' is opgetreden en de betreffende overeenkomst derhalve als publiekrechtelijk moet worden beschouwd, op grond van de bedoeling van partijen niettemin kan worden aangenomen, dat zij een privaatrechtelijke overeenkomst hebben willen aangaan. Waaruit zou die bedoeling echter kunnen blijken?

M.i. alleen uit een uitdrukkelijke wilsverklaring of het gebruik van een vorm of type van overeenkomst, welke in het bijzonder aan het privaatrecht is ontleend. Gaat men nu de jurisprudentie na, omtrent de beoordeeling waarvan VAN PRAAG en ik van meening verschillen, dan blijkt deze steeds betrekking te hebben op gevallen, waarin de aard der onderlinge verhouding zoodanig was, dat men, uitgaande van het standpunt van VAN PRAAG, althans tot het vermoeden van een optreden ,,als zoodanig'' der overheid en mitsdien tot het publiekrechtelijk karakter van de betreffende overeenkomst zou moeten besluiten. De omstandigheid, dat niettemin door de rechtspraak deze overeenkomsten als privaatrechtelijk zijn aangemerkt, zou derhalve haar verklaring enkel kunnen vinden in een duidelijke aanwijzing, dat partijen, niettegenstaande den op een publiekrechtelijk karakter wijzenden aard der verhouding, een gewone privaatrechtelijke overeenkomst hebben willen aangaan. Zulk een aanwijzing heb ik echter in geen dier gevallen kunnen vinden. Ik verwijs voor de bespreking van bedoelde jurisprudentie naar de blz. 128 e.v. van mijn proefschrift en noem hier slechts de bekende arresten van den H.R. van 16 April 1925, N.J. 1925, blz. 649 en 1 April 1926, W. 1515, beide betrekking hebbende op de heffing van administratiekosten van het zoogenaamde Rijksbureau voor steen, ingesteld bij de Distributiewet 1916, ten behoeve van een behoorlijke distributie van baksteen en kalkzandsteen, tot de betaling waarvan de fabrikanten zich hadden verbonden, als onderdeel van een regeling, volgens welke voor het vervoer van de na een bepaalden datum verkochte steenen de toestemming van dat kantoor moest worden gevraagd. Anders dan het Amsterdamsche Hof, dat de vordering tot terugbetaling van deze kosten had toegewezen, als berustende op een eenzijdig opgelegde, doch niet op de wet gegronde heffing en in het enkele feit van de toetreding der fabrikanten tot meergenoemde regeling niet had hunnen zien ,,zoodanige wilsovereenstemming als de grondslag van een burger-

rechtelijke overeenkomst uitmaakt'', overwoog de H.R. in het laatstgenoemde van beide arresten dat ,,de door het Hof onder gemelde omstandigheden aangenomen wilsovereenstemming, onvereenigbaar is met het aannemen van het eenzijdig opleggen van een betalingsplicht, doch in zich sluit de burgerrechtelijke toestemming van WOLFF & Co. om de gevorderde administratiekosten te betalen, zonder dat de staat behoeft gebruik te maken van zijn eventueel recht om langs publiekrechtelijken weg eenzijdig tegen hem op te treden''. Een burgerrechtelijke overeenkomst dus, niettegenstaande het onderwerp, waarop de met de fabrikanten getroffen regeling betrekking had, — de distributie van baksteen en kalksteen — in de leer van VAN PRAAG zonder twijfel grond zou hebben gegeven voor de opvatting, dat de Staat hier als ,,overheid'' zou zijn opgetreden en de overeenkomst mitsdien als van publiekrechtelijken aard zou moeten worden beschouwd, — niettegenstaande voorts partijen van de bedoeling om, anders dan volgens vorenbedoelde leer het onderwerp der overeenkomst zou doen verwachten, een privaatrechtelijke overeenkomst aan te gaan, zoo weinig hadden doen blijken, dat het Hof in hetgeen tusschen haar was voorgevallen in het geheel geen overeenkomst had kunnen ontdekken.

In dezelfde richting wijst de jurisprudentie betreffende de vergunning en concessie; voorzoover de verhouding tusschen overheid en vergunninghouder als van geheel of gedeeltelijk contractueelen aard werd gezien, heeft men de desbetreffende overeenkomsten steeds als van burgerrechtelijken aard beschouwd, zulks hoewel ook deze overeenkomsten ten nauwste met de bestuurstaak der overheid zijn verbonden, gedeeltelijk zelfs zuiver publiekrechtelijke bevoegdheden raken, en van de bedoeling van partijen om zich bepaaldelijk aan het burgerlijk overeenkomstenrecht te onderwerpen nergens iets blijkt. Ik volsta hier [1]) met de vermelding van het arrest van het Amsterdamsche Gerechtshof van 9 Februari 1917, W. 10167, bevestigd door den H.R. bij arrest van 1 Februari 1918, W. 10246, betrekking hebbende op een geval, waarin een gemeente een der voorwaarden, waaronder zij een overigens zuiver publiekrechtelijke vergunning had verleend, door den vergunninghouder uitdrukkelijk had laten aanvaarden. Hof en H.R. beslisten, dat, hoezeer de vergunning zelve publiekrechtelijk was, niets de gemeente belette om de verplichting, waartoe zij den vergunninghouder bij de hier bedoelde voorwaarde wilde verbinden, in den vorm van een contractueel beding te verzekeren en de burgerrechtelijke aard van dit beding werd, niettegenstaande zijn onverbrekelijk verband met de

---

[1]) Zie omtrent deze jurisprudentie verder mijn proefschrift op blz. 185—197 en 199—201.

publiekrechtelijke vergunning en de afwezigheid van eenige aanwijzing nopens de bedoeling van partijen zich hieromtrent al dan niet aan het burgerlijk contractenrecht te willen onderwerpen, als vanzelfsprekend aanvaard. Zelfs de veelvuldig voorkomende omstandigheid, dat de concessie of vergunning gegoten was in den bij uitstek publiekrechtelijken vorm der eenzijdige beschikking, weerhield den rechter niet om, voorzoover de verhouding niettemin als van contractueelen aard moest worden beschouwd, de desbetreffende overeenkomst als een zuiver burgerrechtelijke te beschouwen, getuige het arrest van het Amsterdamsche Gerechtshof van 29 April 1918, W. 10275, betrekking hebbende op een concessie van de gemeente Amersfoort aan een Waterleidingmaatschappij. Ook het criterium van Prof. VAN BRAKEL, die als van publiekrechtelijken aard beschouwt overeenkomsten, gegoten in den vorm, welke eigen is aan publiekrecht, vindt derhalve in de jurisprudentie geen steun.

Hoe voorts te denken over het andere door den zelfden schrijver voor de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten verdedigde criterium t.w. of de overeenkomst een beschikking inhoudt over rechten, welke der overheid als zoodanig toekomen dan wel rechten, die ook particulieren kunnen hebben? Een zuivere beschikking betreffende rechten, welke der overheid als zoodanig toekomen, d.w.z. een beschikking, die met betrekking dier rechten zelf eenig rechtsgevolg heeft, is m.i. slechts mogelijk, voorzoover haar de bevoegdheid om over die rechten bij wijze van overeenkomst te beschikken in het publiekrecht uitdrukkelijk is verleend; is dit het geval, dan hebben wij dus te doen met een in het publiekrecht zelf haar grondslag vindende overeenkomst, welke, zooals later zal blijken, ook door mij als publiekrechtelijk kan worden aanvaard. Buiten die gevallen echter kunnen overeenkomsten met betrekking tot zoodanige rechten m.i. slechts tot gevolg hebben, dat, voorzoover de overheid van die rechten een gebruik maakt, dat met de strekking der overeenkomst in strijd is, zij voor de schade, die dit voor haar wederpartij tengevolge kan hebben, moet instaan [1]). Slechts schijnbaar wordt in die gevallen over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt, daar deze bevoegdheden immers zelf intact blijven en de overeenkomst, indien de overheid van die bevoegdheden een ander gebruik maakt dan zij had toegezegd of de strekking van de desbetreffende overeenkomst meebracht, hoogstens tot schadevergoeding verplicht. Zulk een schijnbare beschikking over overheidsbevoegdheden zie ik in de overeenkomsten met betrekking tot concessies en vergunningen, waarbij de eenzijdige overheids-

[1]) Zie omtrent dit onderwerp mijn proefschrift op blz. 172 e.v.

beschikking het onderwerp uitmaakt van een op den grondslag daarvan tusschen overheid en concessionaris of vergunninghouder getroffen contractueele regeling, welke, zonder de overheid tot de instandhouding van haar beschikking te binden, niettemin meebrengt, dat zij deze voor den tijd, waarvoor de overeenkomst werd gesloten, in stand houdt, althans de verplichting bevat bij intrekking of wijziging in strijd met de strekking der overeenkomst den concessionaris of vergunninghouder schadeloos te stellen [1]). Voor de betwisting van het privaatrechtelijk karakter van dergelijke overeenkomsten, welke, hoezeer zij op de publiekrechtelijke bevoegdheden der overheid betrekking hebben, toch geen beschikking over deze bevoegdheden inhouden — deze laatste is slechts mogelijk, indien het publiekrecht haar de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk toekent — kan ik geen aanleiding vinden.

Mijn conclusie uit al het voorgaande blijft dus deze, dat een onderscheiding van de overeenkomsten met overheidslichamen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overeenkomsten naar gelang van de hoedanigheid, waarin de overheid daarbij optrad, den inhoud van de desbetreffende overeenkomst, of den vorm, waarin zij werd gegoten in ons Nederlandsche rechtsstelsel in het stadium, waarin dit zich thans bevindt, niet op haar plaats is. Het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst, waarover straks nader, blijve derhalve beperkt tot de gevallen, waarin het positieve publiekrecht voor zulk een overeenkomst den grondslag en een, zij het summiere, regeling bevat; is dit niet het geval, dan houd ik overeenkomsten met overheidslichamen, onafhankelijk van de vraag, of deze daarbij al dan niet ,,als overheid'' zijn betrokken, voor privaatrechtelijk. Anders dan Prof. KRANENBURG, die voor elk bijzonder geval wil nagaan, of het burgerlijk contractenrecht het voor de desbetreffende verhouding geschikte recht is, dan wel deze een daarvan afwijkende regeling behoeft, welke dan bij gebreke aan een regeling in het positieve publiekrecht door rechtspraak en wetenschap gevormd zou moeten worden, behoort naar mijn meening voor de door mij als privaatrechtelijk beschouwde overeenkomsten met overheidslichamen de toepasselijkheid van het burgerlijk contractrecht in beginsel voorop te worden gesteld. Dit neemt echter niet weg, dat deze overeenkomsten niettegenstaande haar privaatrechtelijk karakter toch

[1]) Een voorbeeld uit de jurisprudentie levert het geval, beslist bij het arrest van het Hof den Bosch van 13 Mei 1902, W. 7776, dat in de als contractueel beschouwde verhouding tusschen een gemeente en een exploitante van een gasfabriek de vergunning tot het hebben van buizen in den openbaren gemeentegrond zag als een prestatie van de gemeente door den fabrikant ,,bij een burgerrechtelijke wederkeerige overeenkomst bedongen'', doch daaruit m.i. ten onrechte afleidde, dat de intrekking van een dergelijke vergunning nu ook onmogelijk was.

steeds als gevolg van de omstandigheid, dat de overheid daarbij partij is, een bijzonder karakter zullen dragen, hetgeen in meer of mindere mate tot uiting zal komen, naar gelang de bestuurstaak der overheid en haar publiekrechtelijke bevoegdheden bij die overeenkomst in meerdere of mindere mate zijn betrokken.

De uiterst soepele bepalingen van het burgerlijk contractenrecht bieden binnen haar eigen kader reeds mogelijkheden te over om dit bijzondere karakter tot zijn recht te laten komen. Men denke aan bepalingen, als die van art. 1374 en 1375 B.W., volgens welke overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, niet slechts verbinden tot datgene, hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve is bepaald, maar ook tot al hetgeen, dat naar den aard daarvan door de billijkheid en het gebruik wordt gevorderd — en overwege, dat de in het maatschappelijk verkeer geldende ongeschreven regelen van fatsoen, waarnaar met name de begrippen der goede trouw en de billijkheid verwijzen, mogelijk voor de overheid een anderen inhoud zullen blijken te hebben dan voor bijzondere personen; een gedachte, welke een steeds belangrijker rol is gaan spelen in de ontwikkeling van de jurisprudentie betreffende de onrechtmatige overheidsdaad, doch ook op het hier behandelde gebied van beteekenis kan zijn.

Daarnaast moet worden gewezen op den invloed, welke het publiekrecht, waarmede elke rechtsverhouding tot de overheid, hoezeer ook van burgerrechtelijken aard, ons in meerdere of mindere mate in aanraking brengt, op het verloop van overeenkomsten met overheidslichamen kan hebben. Deze invloed kan van zeer verschillenden aard zijn.

Ik denk hier in de eerste, zij het niet belangrijkste plaats, aan de mogelijkheid dat het publiekrecht een aan het burgerlijk overeenkomstenrecht uitdrukkelijk derogeerende bepaling inhoudt. Als voorbeeld diene de bijzondere regeling, welke de Algemeene wet over de heffing der rechten van in-, uit- en doorvoer en van de accijnzen van 26 Augustus 1822, S. 38, in haar artikelen 275*a*, 275*b* en 290 6e lid inhoudt met betrekking tot den borgtocht [1]).

Van veel meer gewicht is echter m.i., dat ook buiten de gevallen, waarin het publiekrecht een uitdrukkelijk aan het privaatrecht derogeerende regeling inhoudt, de toepasselijkheid van het burgerlijk contractenrecht — zooals die van het burgerlijk recht in rechtsverhoudingen, waarbij overheidslichamen zijn betrokken, in het algemeen — met de publiekrechtelijke regeling, welke de inrichting en de bevoegdheden van dat lichaam bepalen, in strijd kan komen, en ook dan voor die

---

[1]) Zie hieromtrent Mr. Dr. J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ, Inl. tot het Ned. belastingrecht, blz. 106.

regeling zal hebben te wijken. De uitoefening van burgerlijke, zakelijke rechten op voor den openbaren dienst bestemde zaken vindt, naar algemeen wordt aangenomen, in die bestemming, zooals deze in de geschreven en ongeschreven regelen van publiekrecht is neergelegd, haar beperking. Zoo is het ook met burgerlijke contractueele rechten, en dit niet alleen met betrekking tot de voor den openbaren dienst bestemde zaken, maar ten aanzien van alle onderwerpen, welke de bestuurstaak van de overheid en haar in het publiekrecht geregelde bevoegdheden betreffen. Over die bevoegdheden kan, zooals wij reeds zagen, de overheid in het algemeen bij overeenkomst niet beschikken en de uitoefening van die bevoegdheden kan daarom ook door geen overeenkomst worden beperkt. Dit beginsel brengt b.v. mede, dat het aan de wederpartij der overheid niet kan vrij staan om ter nakoming eener overeenkomst in rechten te vorderen, dat eenige handeling, welke behoort tot haar in het publiekrecht geregelde bevoegdheden, door het desbetreffende overheidslichaam wordt verricht of nagelaten, hetgeen ten gevolge heeft, dat in zulke gevallen de verbintenissen van dit lichaam uitsluitend worden opgelost in de vergoeding van kosten, schaden en interessen en de artikelen 1276 en 1277 B.W. buiten toepassing blijven; dit laatste dus niet, omdat eenige regeling van publiekrecht die toepasselijkheid uitdrukkelijk uitsluit, doch omdat de wèl toepasselijkheid daarvan met het functioneeren van het desbetreffende overheidslichaam overeenkomstig de haar inrichting en bevoegdheden bepalende publiekrechtelijke voorschriften niet te rijmen valt.

En ten slotte dient er in dit verband op te worden gewezen, dat een overheidslichaam — partij bij een overeenkomst — juist door gebruik te maken van de bevoegdheden, welke het door het publiekrecht worden toegekend, niet zelden bij machte zal zijn het verloop der contractueele verhouding eenzijdig te beinvloeden, niet in dien zin, dat de van zulk een lichaam uitgaande verordeningen of beschikkingen de contractueele rechten zijner wederpartij als zoodanig zouden kunnen aantasten, doch wel zóó, dat de uitoefening daarvan bemoeilijkt, eventueel zelfs onmogelijk kan worden gemaakt. Het beginsel, volgens hetwelk over publiekrechtelijke bevoegdheden bij overeenkomst niet kan worden beschikt en de uitoefening daarvan ook bij overeenkomst niet kan worden beperkt, verhindert in deze gevallen de aantasting van de rechtsgeldigheid van de desbetreffende verordening of beschikking door daartegenover een beroep te doen op de overeenkomst, met welker strekking zij in strijd is [1]).

[1]) Anders VAN PRAAG in Grenzen, blz. 118 ev. en W.P.N.R. 3669, blz. 191.

Hoogstens bestaat voor het betreffende overheidslichaam op grond van die overeenkomst in zulk een geval de verplichting de door zijn optreden aan de wederpartij berokkende schade te vergoeden. Vooral in de Fransche jurisprudentie van den Conseil d'état vindt men talrijke voorbeelden van zulk een eenzijdig ingrijpen door de overheid in contractueele verhoudingen, waarbij zij partij is, door het gebruik van buiten die verhouding gelegen publiekrechtelijke bevoegdheden; met name op het gebied van de concession de service public, hetgeen begrijpelijk is, omdat aldaar in de verhouding tusschen overheid en concessionaris algemeen wordt onderscheiden in een wettelijk statuut, de organisatie van den geconcessioneerden publieken dienst bepalende, dat door de overheid als elk ander statuut door eenzijdige verordening of beschikking kan worden gewijzigd, en een overeenkomst, regelende de interne verhouding tusschen overheid en concessionaris, welke uiteraard met dat statuut in nauw, zelfs onverbrekelijk verband staat, doch de vrijheid van de overheid de organisatie van den dienst eenzijdig te herzien in geen enkel opzicht beperkt, zij het dat, wanneer dientengevolge de verplichtingen van den concessionaris buiten bepaalde perken worden verzwaard, de concessionaris de herziening van de overeenkomst, welke zijn interne verhouding tot het desbetreffende overheidslichaam beheerscht, kan vorderen [1]).

Er heerscht in Frankrijk een vrij sterke strooming onder de schrijvers om t.a.v. de contrats administratifs — waartoe ook de concession de service public, voorzoover van contractueelen aard, behoort — in het algemeen aan de overheid de bevoegdheid toe te kennen de contractueele verhouding op gronden aan het algemeen belang ontleend eenzijdig te wijzigen of te beëindigen, zij het dat daarnaast het beginsel, dat de schade, welke hiervan voor haar wederpartij het gevolg is, moet worden vergoed, in ruime mate erkenning vindt [2]). Een schrijver als DUGUIT, die voor de tegenstelling tusschen publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten niet gevoelt, — „c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles, par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris" [3]) — en, voor wat de overeenkomst zelve betreft, van een eenzijdig wijzigen of beëindigen daarvan door de overheid derhalve niet wil weten, erkent daartegenover zonder eenig voorbehoud haar bevoegdheid tot het „modifier par voie unilaterale et par mesure législative les règles relatives à l'exploitation d'un service public" [4]) ook al is de uitoefening van dien

[1]) Zie hieromtrent mijn proefschrift op blz. 102, ev.
[2]) Zie hieromtrent mijn proefschrift op blz. 96 e.v.
[3]) Traité de droit constitutionnel III 2e éd. 1923, blz. 402 e.v.
[4]) Les transformations du droit public, blz. 244, 245.

dienst bij overeenkomst opgedragen aan een concessionaris. Nog minder dan DUGUIT kan ik voor het Nederlandsche recht aanvaarden, dat de overheid in het algemeen de bevoegdheid zou hebben om contractueele verhoudingen van burgerrechtelijken aard, waarbij zij is betrokken, met een beroep op het algemeen belang eenzijdig te wijzigen of te beëindigen, doch de mogelijkheid om buiten die overeenkomst om met gebruikmaking van de haar met betrekking tot het onderwerp der overeenkomst toekomende verordenings- en beschikkingsbevoegdheid in de verhouding tot haar wederpartij in te grijpen, moet ook voor ons recht worden erkend; in het bijzonder ook bij ons op het gebied der concessie en vergunning, verhouding, waarvan het rechtskarakter niet in het algemeen kan worden omschreven, doch welke naar mijn meening ook naar ons recht veelal in een eenzijdige overheidsbeschikking, beheerscht door de publiekrechtelijke regeling, op grond waarvan deze werd genomen, en een op den grondslag daarvan gesloten overeenkomst kan worden onderscheiden. Door erkenning van de bevoegdheid der overheid de eenzijdig genomen beschikking met de daaraan verbonden voorwaarden eenzijdig te wijzigen of terug te nemen — zulks uiteraard binnen de perken, waarin het publiekrecht dit toelaat — bereikt men, zonder in strijd te komen met de beginselen van het burgerlijk contractenrecht, hetzelfde als Prof. KRANENBURG, die de concessie in haar geheel als van contractueelen aard beschouwt, doch voor deze overeenkomst het algemeen geldende burgerrechtelijk beginsel „dat de inhoud van een overeenkomst niet dan met toestemming van alle betrokken partijen kan worden gewijzigd" uitsluit[1]). Ik kan, wat dit onderwerp betreft, verder verwijzen naar mijn proefschrift, waarin ik op de blz. 158/177 in het algemeen en op de blz. 203/212 in het bijzonder voor de concessies en vergunningen den invloed van de verordenings- en andere in het publiekrecht gewortelde bijzondere bevoegdheden van overheidslichamen op overigens door het privaatrecht beheerschte overeenkomsten aan de hand van de voor ons recht niet zeer talrijke gevallen, in de jurisprudentie behandeld, heb uitgewerkt.

Terecht heeft men er menigmaal op gewezen, dat de toepassing van het meer op individueele dan op collectieve belangen toegesneden burgerlijk recht met betrekking tot verhoudingen, waarbij overheidslichamen partij zijn, niet steeds tot de met het oog op de algemeene belangen, bij zoodanige verhoudingen betrokken, gewenschte resultaten voert. Vandaar de behoefte de toepasselijkheid van dat recht voor deze verhoudingen zooveel mogelijk terug te dringen, een behoefte, waaraan sommigen voldoen door de verhoudingen, waarbij de overheid volgens een der

[1]) Zie hierboven blz. 49 en 50.

daartoe gebezigde criteria geacht moet worden ,,als zoodanig'' te zijn betrokken, als publiekrechtelijke verhoudingen zonder meer aan de toepasselijkheid van dat recht te onttrekken, — en anderen door met het oog op het bijzondere karakter van dergelijke verhoudingen de toepasselijkheid van dat recht te beperken tot waar men dit voor elk bijzonder geval gewenscht acht.

Mij kunnen voor ons recht in het stadium van rechtsontwikkeling, waarin dit thans verkeert, geen van beide oplossingen bevredigen.

Door erkenning van het bijzondere karakter van overeenkomsten met overheidslichamen, dat ook binnen het kader van het burgerlijk recht met zijn verwijzing naar de goede trouw, de billijkheid en het gebruik tot zijn recht kan komen, — door de uitsluiting van de toepasselijkheid van dat recht, waar het publiekrecht daaraan uitdrukkelijk derogeert, of zich anderszins tegen de toepasselijkheid van het burgerlijk recht verzet, — door aanvaarding tenslotte van de mogelijkheid, dat de overheid, door gebruik te maken van de bijzondere bevoegdheden, haar door het publiekrecht toegekend, het verloop der contractueele verhouding eenzijdig vermag te beïnvloeden, — komt men op het hier behandelde gebied naar mijn meening aan genoemde bezwaren op genoegzame en met den eigen aard van ons rechtstelsel meest overeenkomstige wijze tegemoet.

Publiekrechtelijke overeenkomst.

Blijft er voor ons recht naast de privaatrechtelijke overeenkomsten met overheidslichamen nog voor de publiekrechtelijke overeenkomsten een plaats over? Het wordt veelal ontkend en zeker is wel, dat van een vruchtbare ontwikkeling van dit begrip in rechtspraak en literatuur tot dusver nog geen sprake is geweest. Indien men, zooals de meeste schrijvers en ook ik, van een onderscheiding van publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten naar gelang de overheid daarbij al dan niet ,,als zoodanig'' was betrokken, niet wil weten, komen voor de toepassing van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst alleen die overeenkomsten met overheidslichamen in aanmerking, welke in het positieve publiekrecht zelf haar grondslag vinden.

Het is echter volstrekt niet zeker, dat overal, waar in het publiekrecht van overeenkomsten wordt gesproken, die overeenkomsten als aan het burgerlijkrecht onttrokken moeten worden beschouwd, en door sommigen, — zooals b.v. door SYBENGA en CLUYSENAER [1]) — wordt zelfs ontkend dat dit ooit het geval zou zijn. Zeker is wel, dat ook in zuiver publiekrechtelijke wetten de privaatrechtelijke overeenkomst kan worden genoemd en ge-

[1]) Zie hierboven blz. 48 en 49.

bezigd als middel ter bereiking van de doeleinden, op de verwezenlijking waarvan deze wetten zijn gericht. Men denke b.v. aan de Onteigeningswet, welke in art. 17 bepaalt, dat de onteigenende partij tracht hetgeen moet worden onteigend bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen; dat t.a.v. deze minnelijke overeenkomst van toepassing is hetgeen in het bijzonder in het B.W. omtrent overeenkomsten wordt bepaald, wordt in de Memorie van toelichting op het ontwerp der wet van 5 Juli 1920, St. 329 uitdrukkelijk gezegd. Men denke voorts aan de Ambtenarenwet 1929, welke in de regeling van twee vormen van overheidsdienst voorziet; de publiekrechtelijke ambtenaarsverhouding en de arbeidsovereenkomst, waarvan het burgerrechtelijk karakter in art. 1 lid 3 der wet uitdrukkelijk wordt erkend.

Aanleiding tot twijfel geven de overeenkomsten, waarbij belastingschuldenaren tegenover de belastingadministratie voor de betaling van de belastingschuld persoonlijke of zakelijke zekerheid stellen. Bedingt de belastingadministratie een dergelijke zekerheid, zonder dat de wet daaraan een bepaalden grondslag geeft — b.v. als voorwaarde voor het verleenen van uitstel van betaling — dan moet de desbetreffende overeenkomst volgens de beide schrijvers, die zich hieromtrent in het bijzonder hebben geuit, Mr. J. H. R. SINNINGHE DAMSTÉ en Mr. H. A. TEN HOLDER [1]) zonder twijfel als van privaatrechtelijken aard worden beschouwd. Handelt echter de belastingadministratie hierbij overeenkomstig de haar daartoe bij de wet uitdrukkelijk gegeven bevoegdheid — zooals b.v. het geval is bij de heffing der in- en uitvoerrechten en accijnzen overeenkomstig de bepalingen van het 23e hoofdstuk van de Algemeene wet van 1822 — dan ontstaat volgens genoemde schrijvers tusschen Staat en belastingschuldige een verhouding van publiekrechtelijken aard en zou de desbetreffende overeenkomst derhalve als publiekrechtelijk moeten worden beschouwd; dat de wetgever bij de regeling dier zekerstellingen heeft gerefereerd aan de vormen en voorschriften van het burgerlijk recht met name aan die van den borgtocht, is daarbij volgens SINNINGHE DAMSTÉ onverschillig. Publiekrechtelijk is volgens dezen schrijver zelfs de stelling van zekerheid op den voet van art. 732 Wetboek v. B. Rv. ingeval van conservatoir beslag ingevolge art. 26 der Successiewet, dat op dit beslag de bepalingen van het W. v. B. Rv. — waaronder art. 732 voornoemd — van toepassing verklaart. In het laatstgenoemde geval, waarbij de mogelijkheid van het stellen van zekerheid voortvloeit uit een door het desbetreffende publiekrechtelijke voorschrift toepasselijk verklaarde regeling van het gemeene recht, schijnt mij voor het aannemen van een publiekrechtelijke

[1]) Inleiding tot het Ned. belastingrecht, blz. 106; De Verbintenis in het fiscale recht, ac. pr. Amsterdam G.U. 1931, blz. 71.

overeenkomst niet de minste reden. Men heeft hier typisch te doen met het geval, waarin het publiekrecht van de reeds in het gemeene recht gegeven vormen gebruik maakt, op overeenkomstige wijze als dit b.v. ook bij het hierboven genoemde art. 17 van de Onteigeningswet geschiedt. Maar ook in de bij de desbetreffende belastingwetten zelf geregelde vormen van zekerheid zie ik, zeker voorzoover de wetgever zich daarbij aan de vormen en de voorschriften van het burgerlijk recht refereerde, geen aanleiding van een publiekrechtelijke overeenkomst te spreken; ook hier wordt het burgerlijk contractenrecht en daarmede de burgerlijke overeenkomst ingeschakeld in het publiekrecht; dat dit recht daarbij weer in bepaalde opzichten aan de desbetreffende burgerrechtelijke regeling derogeert — zooals dit in de Algemeene wet van 1822 het geval is met de regeling van den borgtocht — doet aan het privaatrechtelijk karakter van deze zekerheidsstelling evenmin af als de uitsluiting van de toepasselijkheid van titel VII A van Boek III van het B.W. afdoet aan het burgerrechtelijk karakter van de op den voet van art. 1 lid 3 van de Ambtenarenwet gesloten arbeidsovereenkomst.

Meermalen wordt het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst te pas gebracht bij de bespreking van de verhouding tusschen overheid en vergunninghouder of concessionaris. Zooals hierboven reeds is uiteen gezet, beschouw ik de concessie, evenals de vergunning, in het algemeen als een eenzijdige beschikking, waarbij de overheid veroorlooft hetgeen zonder haar toestemming krachtens publiekrechtelijke verbodsbepaling zou zijn verboden en breng ik het begrip der overeenkomst met deze beschikkingen slechts in verband, voorzoover tusschen overheid en vergunninghouder of concessionaris rechten en verplichtingen ontstaan, welke in de eenzijdige overheidsbeschikking geen verklaring kunnen vinden, doch de wilsovereenstemming van beide partijen, met name de aanvaarding door den concessionaris, noodzakelijk maken. Aanleiding om aan overeenkomsten, welke ter regeling van rechten en verplichtingen als bovenbedoeld met de concessie en vergunning gepaard kunnen gaan, een publiekrechtelijk karakter toe te kennen bestaat er, zooals wij reeds zagen, in het algemeen niet, en ik meen dan ook juist aan het voorbeeld o.m. van deze overeenkomsten te hebben kunnen aantoonen, dat voor ons recht het criterium van het al dan niet ,,als zoodanig'' optreden der overheid voor de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten niet opgaat. Echter kan ook hier de vraag worden gesteld, of er onder deze overeenkomsten niet zijn, die op grond van de daaromtrent in het positieve publiekrecht voorkomende regeling als publiekrechtelijk moeten worden aanvaard. In zijn bekende artikel over het grensterrein tusschen publiek- en privaatrecht in het

R.M. van 1927 schijnt Prof. SCHELTEMA geneigd om aan te nemen dat, waar een wet of verordening het aanvragen van een concessie voorschrijft, de geheele verhouding binnen de sfeer van het publiekrecht getrokken en dus aan het privaatrecht onttrokken is. In haar algemeenheid gaat deze stelling m.i. te ver. In vele, zoo niet de meeste der wettelijke regelingen, welke voor het verrichten van bepaalde handelingen een vergunning of concessie voorschrijven, worden deze uitsluitend als eenzijdige beschikkingen behandeld; dit verhindert weliswaar in geen enkel opzicht, dat dergelijke concessies met overeenkomsten gepaard kunnen gaan, doch in de wettelijke regeling zelf vinden deze overeenkomsten dan haar grondslag niet; zij staan daarnaast en voor de beschouwing daarvan als publiekrechtelijke overeenkomsten bestaat geen reden. Wij zagen evenwel, dat er ook concessiewetten bestaan, waarin aan de concessie verplichtingen worden verbonden, welke zonder aanvaarding van de zijde van den concessionaris niet kunnen worden gedacht, waarin soms zelfs, zooals in de wet Autovervoer personen, van die aanvaarding een zij het summiere regeling wordt gegeven [1]). Is dit het geval, dan kan inderdaad worden gezegd, dat het publiekrecht aan dergelijke overeenkomsten een eigen grondslag geeft en ik ben geneigd om het begrip der publiekrechtelijke overeenkomsten hier toepasselijk te verklaren, daar, anders dan in de tot dusver behandelde gevallen, de onderhavige overeenkomsten een geheel eigen karakter hebben en niet behooren tot een der in het B.W. geregelde typen van overeenkomst. Van een verwijzing naar het burgerlijk recht of van een publiekrechtelijke regeling van de bevoegdheid burgerrechtelijke overeenkomsten te sluiten is hier geen sprake. Steunt t.a.v. wellicht de meeste vergunningen en concessies de verhouding tusschen overheid en vergunninghouder of concessionaris, alleen voorzoover de eenzijdige beschikking van de overheid betreft, op het publiekrecht, hier kan inderdaad worden gezegd, dat de geheele verhouding binnen de sfeer van het publiekrecht getrokken en dus aan het privaatrecht onttrokken is.

Tot veel verschil van gevoelen heeft voorts aanleiding gegeven het rechtskarakter van de samenwerking tusschen overheidslichamen onderling, meer in het bijzonder de intercommunale samenwerking, zooals deze vroeger in de artikelen 121 e.v. en thans in de artikelen 129 e.v. der Gemeentewet is geregeld. De vraag, of en in hoeverre aan deze samenwerking een contractueel karakter kan worden toegekend, werd reeds hierboven [2]) behandeld. Ik merkte op, dat het mij niet juist toeschijnt om aan de „regeling van gemeenschappelijke belangen" — bijzondere vorm

[1]) Zie hierboven blz. 32.
[2]) Zie hierboven blz. 33, 34.

van samenwerking bedoeld in de oude artikelen 121 e.v. der Gemeentewet en sinds de wet van 22 April 1937 S. 311 weer uitdrukkelijk onderscheiden van de in art. 129 als „gemeenschappelijke regeling van belangen" aangeduide algemeene vorm van samenwerking — het contractueel karakter onder alle omstandigheden te ontzeggen. Het komt mij integendeel voor, dat ook regelingen ter behartiging van gemeenschappelijke belangen in het algemeen als overeenkomsten kunnen worden beschouwd, tenzij het beoogde rechtsgevolg niet op de onderlinge rechtsverhouding van de betrokken gemeenten zelf betrekking heeft, doch uitsluitend voor de inwoners dier gemeente bindende voorschriften bevat — b.v. het gemeenschappelijk vaststellen van een strafverordening — of de strekking dier regeling uitsluitend bestaat in het in het leven roepen van een nieuwe rechtspersoon als bedoeld in art. 130 sub. *b* der Gemeentewet.

Terwijl nu, zooals blijkt uit het hierboven reeds aangehaalde arrest van den H.R. van 8 Juni 1882, W. 4765, betreffende een overeenkomst tusschen de gemeenten Leiden en Alkemade, waarbij eerstgenoemde gemeente aan laatstgenoemde een bijdrage toekende voor het aanleggen van een weg, overeenkomsten tusschen gemeentebesturen in het algemeen als gewone burgerrechtelijke overeenkomsten werden beschouwd, onverschillig „of zij handelden in het algemeen belang van haar wederzijdsche ingezetenen en dus in de uitoefening van regeeringsbestuur", is aan het publiekrechtelijk karakter van de destijds in de oude art. 121 e.v. der Gemeentewet in het bijzonder geregelden vorm van samenwerking — de regeling van gemeenschappelijke belangen — afgezien van de in dit opzicht alleen staande meening van SYBENGA [1]), eigenlijk nooit getwijfeld. Geschillen betreffende zoodanige regelingen werden regelmatig als geschillen van bestuur door de Kroon berecht en de burgerlijke rechter verklaarde zich tot de beoordeeling ervan onbevoegd [2]).

De jurisprudentie van de Kroon met betrekking tot deze geschillen is — afgezien van de uitdrukkelijke erkenning daarin van het publiekrechtelijk karakter van de hier bedoelde regelingen — vooral daarom zoo merkwaardig, omdat in verschillende gevallen daaromtrent beslissingen zijn gegeven, welke berusten op van het burgerlijk overeenkomstenrecht aanmerkelijk af-

---

[1]) Overeenkomsten tot regeling van openbare belangen, THEMIS 1918, blz. 32 e.v.

[2]) Zie b.v. het K.B. van 13 Juli 1917 No. 65, W.B.A. 3557, waarin t.o.v. het opgeworpen middel, dat het hier zou betreffen een twistgeding over een burgerlijk recht, werd overwogen, „dat het geschil betreft de uitvoering van een publiekrechtelijke regeling, als bedoeld in art. 121 der Gemeentewet, en mitsdien aan onze beslissing is onderworpen"; en voorts het vonnis van de Rb. Groningen van 1 Maart 1895, W.B.A. 2387.

wijkende beginselen. Ik heb hier het oog op de gevallen, waarin regelingen als bedoeld in art. 121 oud der Gemeentewet op grond van de wijziging der omstandigheden, welke het ongewijzigd voortbestaan der regeling met het belang van een of meer der daarbij betrokken partijen in strijd deed komen, door de Kroon ten verzoeke der daarbij belanghebbende partijen tegen den zin der anderen werden opgeheven of gewijzigd [1]). Dat de erkenning van de clausula rebus sic stantibus niet als het kenmerk van *de* publiekrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd en ook het privaatrecht in een enkel geval de bevoegdheid van den rechter om bij veranderde omstandigheden een overeenkomst te wijzigen kent, kan ik aan Mr. CLUYSENAER, die de toepasselijkheid van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst t.a.v. de onderhavige regelingen bestrijdt [2]), toegeven; dit neemt echter niet weg, dat een jurisprudentie, als die van de Kroon t.a.v. regelingen als hier bedoeld, naar ons geldend recht bij den burgerlijken rechter t.a.v. gewone privaatrechtelijke overeenkomsten niet wel denkbaar zou zijn en dat, al moge de clausula rebus sic stantibus niet als kenmerk van *de* publiekrechtelijke overeenkomst worden beschouwd, evenmin als het ontbreken daarvan als het kenmerk van *het* privaatrechtelijk contract, in het publiekrecht aan de erkenning van dezen regel toch wel een veel verder gaande behoefte schijnt te bestaan, getuige de in de rechtspraak van den Conseil d'état — eveneens in afwijking van het Fransche burgerlijk recht — voor het contrat administratif ontwikkelde leer der imprévision [3]). Onaannemelijk schijnt mij voorts de opvatting, die aan de Kroon de exorbitante bevoegdheid zou willen geven om geschillen, welke tusschen besturen van overheidslichamen kunnen rijzen, onverschillig of de desbetreffende verhouding van publiekrechtelijken dan wel van privaatrechtelijken aard is, en ongeacht de rechtsregeling, die deze verhoudingen beheerscht, uitsluitend door afweging der wederzijdsche belangen te beslechten [4]), en ik kan de jurisprudentie van de Kroon in deze materie dan ook slechts zien als berustende op het publiekrechtelijk karakter van de verhoudingen, waarop zij betrekking had, en mitsdien als een der weinige voorbeelden in ons recht, waarin de rechtspraak tot erkenning van de publiekrechtelijke overeenkomst en — zulks ter aanvulling van de uiterst summiere regeling, welke het geschreven publiekrecht te dezer zake inhield —

---

[1]) Men vergelijke de in mijn dissertatie op blz. 223, 224 uitvoeriger besproken Koninklijke Besluiten van 28 Oct. 1915 No. 443, 4 Mei 1918 No. 60, W.B.A. 3598, 3 September 1920 No. 42 en 8 Oct. 1921 No. 63, A.B. 1921, blz. 140.

[2]) T.a.p., blz. 524, 525, 527, 528.

[3]) Zie hieromtrent mijn proefschrift op blz. 88 e.v.

[4]) Aldus VAN DER POT in OPPENHEIM—VAN DER POT Gemeenterecht I, blz. 700, noot 2 en CLUYSENAER t.a.p., blz. 528.

tot ontwikkeling van ongeschreven publiek contractenrecht is gekomen.

Het publiekrechtelijk karakter van de intercommunale samenwerking, — waarvan de wettelijke regeling door de omschrijving van art. 129 der Gemeentewet thans niet meer uitsluitend betrekking heeft op de regeling van gemeenschappelijke belangen, maar tot alle regelingen ter gemeenschappelijke behartiging van belangen is uitgebreid — is thans in art. 146 der wet uitdrukkelijk erkend. Dit artikel schrijft immers voor, dat een gemeenschappelijke regeling niet mag geschieden in den vorm van een stichting, naamlooze vennootschap of andere burgerrechtelijke overeenkomst dan indien deze vorm in verband met den aard van het te regelen belang daarvoor in het bijzonder aangewezen moet worden geacht, en laat daarmede m.i. geen andere conclusie toe, dan dat aan deze regelingen het karakter van een burgerlijke overeenkomst in het algemeen niet kan worden toegekend. Mr. CLUYSENAER, die het door mij ook reeds in mijn proefschrift aan art. 146 ontleende argument bestrijdt, wil de strekking van dit artikel beperken tot de in art. 130 genoemde vormen van samenwerking ,,dus voor de gevallen, waarin de belangen parallel loopen, gemeenschappelijk zijn, zoodat de z.g. eenvoudige overeenkomsten juist wel burgerrechtelijk zijn'' [1]). Ik kan niet inzien, waaruit men deze beperkte strekking zou moeten opmaken, te minder, waar art. 146 niet is begrepen onder de artikelen, waarvan men bij de wet van 22 April 1937, S. 311, de toepasselijkheid heeft beperkt tot de regelingen van gemeenschappelijke belangen; het moet m.i. dus geacht worden te gelden en ook te zijn blijven gelden voor alle regelingen, welke vallen onder art. 129 der wet, ook dus voor de z.g. eenvoudige overeenkomsten. Overigens zal juist voor die eenvoudige overeenkomsten in verband met den aard van het te regelen belang de burgerrechtelijke vorm veelal aangewezen en daarom ook toegelaten zijn.

Volgens CLUYSENAER [2]), die in dit opzicht met instemming aanhaalt hetgeen VAN HAREN in zijn proefschrift [3]) met betrekking tot art. 146 opmerkt, kan aan dit artikel evenmin een argument voor het bestaan van publiekrechtelijke overeenkomsten worden ontleend als aan art. 23 sub 12 der Zegelwet 1917, waarbij stukken, opgemaakt tot bewijs van privaatrechtelijke overeenkomsten, aan een zegelrecht naar de oppervlakte van het papier worden onderworpen. Wat de Zegelwet betreft, kan ik dit toegeven; het bestaan van publiekrechtelijke overeenkomsten vloeit daaruit inderdaad niet voort, al heeft de wetgever door van

[1]) T.a.p., blz. 525.
[2]) T.a.p., blz. 527.
[3]) Mr. C. CH. A. VAN HAREN, Samenwerking van gemeenten, ac. pr. Nijmegen 1926, blz. 90.

privaatrechtelijke overeenkomsten te spreken mogelijk wel aan het bestaan ervan gedacht. Voor art. 146 der Gemeentewet ligt de zaak echter geheel anders. Door een gemeenschappelijke regeling in den vorm van een burgerrechtelijke overeenkomst te verbieden, tenzij deze vorm in verband met den aard van het te regelen belang daarvoor in het bijzonder is aangewezen, kent dit artikel aan de niet in den vorm van een burgerrechtelijke overeenkomst getroffen gemeenschappelijke regelingen een publiekrechtelijk karakter toe, waaruit volgt, dat die regelingen, voorzoover van contractueelen aard, als publiekrechtelijke overeenkomsten moeten worden beschouwd. Nieuw recht is hiermede naar mijn meening slechts geschapen, voorzoover het begrip der gemeenschappelijke regeling, als hierboven bedoeld, een ruimeren omvang heeft dan de in art. 121 oud genoemde regelingen tot behartiging van gemeenschappelijke belangen; het publiekrechtelijk karakter van laatstgenoemde regelingen — volgens mij grootendeels ook van contractueel karakter — werd immers, zooals wij vroeger zagen, ook vroeger reeds nagenoeg algemeen erkend.

Mijn conclusie t.a.v. de overeenkomsten tusschen gemeentebesturen is dus deze, dat, tenzij deze de kenmerken dragen van een der in het burgerlijk recht geregelde vormen van overeenkomst, of partijen door verwijzing naar het burgerlijk recht of anderszins uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven een burgerrechtelijke overeenkomst te willen aangaan — hetgeen overigens ingevolge art. 146 alleen dàn is toegelaten, indien de burgerrechtelijke overeenkomst in verband met den aard van het te regelen belang in het bijzonder is aangewezen — genoemde overeenkomsten als publiekrechtelijk moeten worden beschouwd.

Ook de regelingen van de gemeenschappelijke belangen tusschen twee of meer provinciën vinden in het publiekrecht haar eigen grondslag, nml. in art. 97 der Provinciale wet; kennelijk heeft deze bepaling het oog op dezelfde regelingen als waren bedoeld in art. 121 oud der Gemeentewet; ook haar zou ik, voorzoover van contractueelen aard, als publiekrechtelijke overeenkomsten willen beschouwen.

Ik kan er hier niet aan denken om in alle gevallen, waarbij in het publiekrecht van overeenkomsten gewag wordt gemaakt, de desbetreffende overeenkomst op haar publiek- of privaatrechtelijk karakter te onderzoeken. Met de hierboven genoemde voorbeelden hoop ik echter eenig inzicht te hebben gegeven in de wijze, waarop de vraag, of wij in deze gevallen met publiek- of privaatrechtelijke overeenkomsten hebben te doen, m.i. moet worden beantwoord. Het door Mr. CLUYSENAER [1]) toegepaste

[1]) T.a.p., blz. 529.

criterium, dat onderscheidt, of het wettelijk voorschrift aan de overheid de bevoegdheid de overeenkomst te sluiten werkelijk *toekent* (publiekrechtelijke grondslag) dan wel die bevoegdheid regelend of beperkend *erkent* (privaatrechtelijke grondslag) komt mij zeer bepaaldelijk te eng voor. Terecht komt deze schrijver op grond van dit criterium tot de conclusie, dat alle door de overheid gesloten overeenkomsten privaatrechtelijk zijn, daar de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten der overheid in beginsel op elk gebied harer werkzaamheid moet worden toegekend, zoodat, waar deze bevoegdheid in eenig publiekrechtelijk voorschrift is genoemd, slechts aan een regelende of beperkende erkenning kan worden gedacht. Een bevoegdheid, welke zonder speciale publiekrechtelijke regeling voor de overheid ook naar gemeenrecht zou bestaan, kan echter door het publiekrecht op zoodanige wijze zijn geregeld, dat die bevoegdheid binnen de sfeer van het publiekrecht wordt betrokken en derhalve aan het privaatrecht onttrokken wordt. T.a.v. overeenkomsten schijnt mij dit het geval, indien de in het publiekrecht geregelde overeenkomst een eigen niet door het burgerlijk recht geregeld type vertegenwoordigt (voorbeeld: de in het publiekrecht geregelde concessie-overeenkomst en de onderlinge regeling van gemeenschappelijke belangen van twee of meer gemeenten) of wel anderszins uit de publiekrechtelijke regeling kan worden afgeleid, dat de wetgever de desbetreffende overeenkomst niet als burgerrechtelijk heeft willen erkennen (voorbeeld: overeenkomsten tusschen gemeentebesturen — ook andere dan ter regeling van gemeenschappelijke belangen — waarvoor de vorm der burgerrechtelijke overeenkomst in verband met den aard van het geregelde belang niet in het bijzonder als aangewezen kan worden beschouwd).

Tot welke practische gevolgen leidt nu de beschouwing van eenige overeenkomst als een publiekrechtelijke? M.i. tot deze, dat wij voor de beoordeeling harer rechtsgevolgen niet aan burgerlijk contractenrecht zijn gebonden. Ik zeg met opzet niet, dat de toepasselijkheid van dit recht t.o.v. deze overeenkomsten voor uitgesloten moet worden gehouden. Wij zagen immers bij de algemeene beschouwing over de verhouding tusschen publiek- en privaatrecht, dat ook op werkelijk in het publiekrecht gewortelde verhoudingen het burgerlijkrecht ter aanvulling van de in de publiekrechtelijke regeling gelaten lacunes niet zelden kan worden toegepast. Het kan t.a.v. die verhoudingen deze aanvullende rol echter alleen spelen, voorzoover het daartoe met het oog op den aard dier verhouding en de daarbij betrokken belangen werkelijk geschikt is. Is t.a.v. verhoudingen, waarbij de overheid partij is, deze in het algemeen met betrekking tot de in het burgerlijkrecht geregelde onderwerpen aan dat recht op den-

zelfden voet als anderen gebonden, — voor verhoudingen, welke in het publiekrecht haar grondslag vinden, ook al is de desbetreffende regeling slechts summier gegeven, staan wij t.a.v. het burgerlijkrecht veel vrijer. Het door Prof. KRANENBURG voor verhoudingen, waarbij overheidslichamen partij zijn t.o.v. dat recht in het algemeen ingenomen vrije ondogmatische standpunt — door mij in zijn algemeenheid niet aanvaard — acht ook ik voor werkelijk publiekrechtelijke verhoudingen en in het bijzonder ook voor publiekrechtelijke overeenkomsten het juiste.

Naast de veelal summiere regeling, welke het publiekrecht t.a.v. deze overeenkomsten bevat, naast het, indien geschikt, als aanvulling daarvan toe te passen burgerlijkrecht, moet de publiekrechtelijke overeenkomst zich naar eigen aan de daarbij betrokken belangen aangepaste beginselen ontwikkelen. Van uitwerking daarvan is in ons recht tot dusverre slechts weinig sprake geweest. Als symptoom ervan blijf ik beschouwen de rechtspraak van de Kroon met betrekking tot de beëindiging en wijziging van overeenkomsten tusschen gemeenten bij zoodanige verandering der omstandigheden, dat door het ongewijzigd voortbestaan de belangen van een of meer daarbij betrokken partijen onredelijk zouden worden benadeeld.

Slotopmerking en samenvatting.

De juiste opmerking van Mr. CLUYSENAER [1]) bij den aanvang van zijn recente studie over ons onderwerp, dat het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst in verschillenden zin kan worden gebezigd en dat men, alvorens omtrent het bestaan en den omvang van dit begrip voor ons recht tot een bepaalde conclusie te komen, goed moet weten, wat men er eigenlijk onder wil verstaan, wil ik aan het slot van mijn beschouwingen herhalen. Met name zal men er zich bij het gebruiken van dit begrip terdege rekenschap van moeten geven, in welken zin men de termen „overeenkomst" en „publiekrechtelijk" opvat.

Voor de omschrijving van het begrip overeenkomst kwam het mij gewenscht voor om aansluiting te zoeken aan de beteekenis, waarin het begrip wordt gebezigd in het B.W., dat door zijn algemeene regeling van dit onderwerp op de bepaling van het juridische spraakgebruik in dit opzicht wel eenige aanspraak kan maken. Ik beperkte daarom het begrip der overeenkomst tot de verbintenisscheppende overeenkomst, zoodat ik de vormen van wilsovereenstemming, gericht op andere rechtsgevolgen dan het scheppen van verbintenissen, buiten behandeling liet. Vat men het begrip der overeenkomst op in ruimeren zin dan ik het deed,

[1]) T.a.p., blz. 501.

dan krijgt het gebied der publiekrechtelijke overeenkomsten een uitbreiding van m.i. twijfelachtige waarde, daar men dusdoende onder één begrip figuren van wel geheel verschillenden aard en rechtsgevolgen tezamen brengt. Hoogstens zou ik er nog voor kunnen voelen de vormen van wilsovereenstemming, gericht op het doen ontstaan van in het publiekrecht geregelde statusverhoudingen, als publiekrechtelijke status-overeenkomsten binnen het terrein der publiekrechtelijke overeenkomst te betrekken. Bijzonder verhelderend voor het begrijpen van de onderlinge verhouding der bij zulk een overeenkomst betrokken partijen werkt het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst hier echter niet; immers is, wat hier overeenkomst wordt genoemd, met het tot standkomen der wilsovereenstemming reeds weder uitgewerkt en draagt de verhouding, op het ontstaan waarvan zij was gericht, geen contractueel, doch zuiver statutair karakter, daar haar inhoud niet zoozeer door den wil van partijen, als wel door het objectieve recht wordt bepaald.

De naast het begrip der overeenkomst de omschrijving van het onderwerp van dit prae-advies bepalende term „publiekrechtelijk" bezigde ik voorts in bewuste tegenstelling tot hen, die daaraan een onafhankelijk van het positieve recht staande beteekenis willen toekennen, in den zin van door het positieve publiekrecht geregeld, althans in het positieve publiekrecht gegrond, terwijl als positief publiekrecht door mij werd beschouwd het recht, dat de organisatie van den Staat en zijn onderdeelen en diens bevoegdheden en verplichtingen tegenover zijn onderdanen bepaalt. Deze opvatting bracht mede, dat ik mij bij mijn onderzoek beperkte tot overeenkomsten met overheidslichamen en tot de conclusie kwam, dat als publiekrechtelijke overeenkomsten alleen die overeenkomsten met overheidslichamen kunnen worden beschouwd, welke in het positieve publiekrecht op zoodanige wijze zijn geregeld, dat zij geacht kunnen worden daarin haar grondslag te hebben.

Mr. CLUYSENAER wijst er op, dat men de tegenstelling tusschen publiek- en privaatrecht nog in andere en ruimere beteekenis kan opvatten, namelijk in die, welke wordt voorgestaan in het in 1941 voor de Vereeniging voor administratief recht uitgebracht praeadvies van Mr. J. H. SCHOLTEN. Omschrijft men, zooals deze, het privaatrecht als „de sfeer der vrijheid en der zelfbepaling", het publiekrecht als die „der gebondenheid en ondergeschiktheid aan het algemeen belang", dan spreekt het wel vanzelf, dat ook deze opvatting een aanmerkelijke verruiming van het begrip der publiekrechtelijke overeenkomst moet meebrengen. Niet alleen overeenkomsten met overheidslichamen, doch ook overeenkomsten met bijzondere personen kunnen daaronder vallen, indien in de wettelijke regeling dier overeenkomsten de gebondenheid en onder-

geschiktheid van partijen aan het algemeen belang het van de sfeer der vrijheid en zelfbepaling winnen. Arbeidsovereenkomst en zeker collectief arbeidscontract, ondernemersovereenkomst en pachtovereenkomst dragen naar deze opvatting publiekrechtelijke kenmerken, welke mogelijk reeds thans, wellicht ook eerst bij nog verder gaande ontwikkeling, tot de conclusie zouden kunnen leiden, dat ook deze overeenkomsten als publiekrechtelijk moeten worden beschouwd.

De publiekrechtelijke overeenkomst in den zin, waarin ik deze heb behandeld, komt ongeveer overeen met hetgeen in Frankrijk een contrat administratif wordt genoemd. Naar wij zagen is de plaats, welke deze overeenkomst in ons recht inneemt, echter van veel geringer omvang dan die welke door het contrat administratif in het Fransche recht wordt ingenomen.

Verworpen werd voor ons recht de leer, welke voor de onderscheiding van overeenkomsten, waarbij overheidslichamen partij zijn, in publiek- en privaatrechtelijke overeenkomsten, het criterium zoekt in de vraag, of de overheid in de desbetreffende verhouding „als zoodanig" is betrokken. Voorzoover het publiekrecht aan deze overeenkomsten geen eigen grondslag geeft, moeten deze met het oog op welke belangen zij ook werden aangegaan, en in welke hoedanigheid de overheid daarbij ook optrad, als burgerrechtelijk en in beginsel onderworpen aan de artikelen 1349 e.v. B.W. worden beschouwd.

Dit neemt niet weg, dat zij als gevolg van de omstandigheid, dat de overheid er partij bij is, in verschillende opzichten een bijzonder van dat van overeenkomsten tusschen particuliere personen afwijkend karakter hebben. Voor de erkenning en de uitwerking van dit bijzondere karakter bestaat echter ook binnen het kader van het burgerlijke contractenrecht ruimschoots gelegenheid, doordien dat recht op verscheidene plaatsen naar den aard der overeenkomst, de billijkheid en de gewoonte verwijst, begrippen, welke voor verhoudingen, waarbij de overheid is betrokken, een anderen inhoud kunnen hebben dan voor verhoudingen tusschen bijzondere personen.

Daarnaast verdient het opmerking, dat ook het publiekrecht op de afwikkeling van zuiver burgerrechtelijke contracten met overheidslichamen, ook waar het niet bepaaldelijk de strekking heeft aan het burgerlijk recht te derogeeren, van grooten invloed kan zijn; immers behoort evenals voor burgerlijke zakelijke rechten op voor den openbaren dienst bestemde zaken, voor burgerlijke contractueele rechten tegenover overheidslichamen in het algemeen te gelden, dat de uitoefening van deze rechten slechts plaats vindt op zoodanige wijze, als met het richtig functioneeren van het desbetreffende overheidslichaam overeenkomstig de regelen van publiekrecht, welke haar inrichting en bevoegdheden be-

palen, te rijmen valt; verder kan de overheid van deze door haar aan het publiekrecht ontleende bevoegdheden onder omstandigheden een gebruik maken, dat de uitoefening van de contractueele rechten harer wederpartij bemoeilijkt of soms zelfs onmogelijk maakt; de rechtmatigheid van zoodanig optreden der overheid kan in zulk een geval met een beroep op de overeenkomst niet worden aangetast; was het met de strekking van deze in strijd, dan is slechts mogelijk, dat er een aanspraak op schadevergoeding bestaat.

Publiekrechtelijke overeenkomsten zijn naar mijn opvatting alleen overeenkomsten, die in het publiekrecht een eigen grondslag en een, zij het slechts summiere, regeling hebben, welke haar op zoodanige wijze binnen de sfeer van dit recht betrekken, dat zij geacht moeten worden aan het privaatrecht te zijn onttrokken. Niet in elk geval, waarin het publiekrecht de overeenkomst noemt, kan dit worden aangenomen. Mogelijk bedoelt dit recht dan immers slechts om van den vorm der privaatrechtelijke overeenkomst gebruik te maken en de bevoegdheid van bepaalde overheidsorganen tot het aangaan daarvan te regelen. Slechts waar de in het publiekrecht genoemde en daarin, zij het summier, geregelde overeenkomsten een van de in het burgerlijk contractenrecht geregelde overeenkomsten afwijkend type vertegenwoordigen, of op andere wijze uit de publiekrechtelijke regeling de conclusie kan worden getrokken, dat de wetgever de desbetreffende overeenkomst als niet van burgerrechtelijken aard heeft beschouwd, zou ik van een publiekrechtelijke overeenkomst willen spreken.

De beschouwing van een overeenkomst als publiekrechtelijk behoeft op zichzelf de toepassing van het burgerlijk contractenrecht niet uit te sluiten. Aan dit recht ontbreekt t.o.v. dergelijke overeenkomsten echter de bindende kracht, welke het t.o.v. de als burgerrechtelijk te beschouwen overeenkomsten toekomt. Het mag ter aanvulling van de lacunes, welke het publiekrecht bij zijn regeling heeft gelaten, worden toegepast, echter alleen, wanneer het met den eigen aard van de desbetreffende overeenkomst in overeenstemming is; is het dit niet, dan zullen rechtspraak en literatuur tot taak hebben het voor dergelijke overeenkomsten passende recht te vinden en aldus mede te werken aan de schepping van een ongeschreven publiek contractenrecht.