*Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV*

Preadvies

# Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht

door

mr. D.A. Lubach
en
mr. W.A.M. van Schendel

Samsom H.D. Tjeenk Willink
Alphen aan den Rijn

# BESTUURSRECHT EN (NIEUW) BURGERLIJK RECHT

# Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht

## XCIV

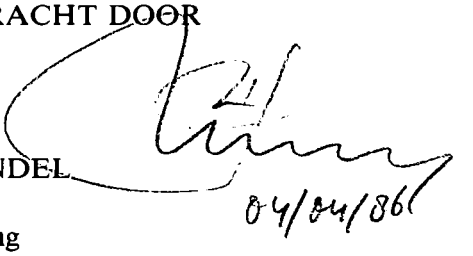
**BESTUURSRECHT EN (NIEUW) BURGERLIJK RECHT**

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. D.A. LUBACH

EN

MR. W.A.M. VAN SCHENDEL




voor de algemene vergadering

op 25 april 1986

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK ALPHEN AAN DEN RIJN 1986

CIP
ISBN 90 6092 204 2

Copyright © 1986 Vereniging voor Administratief Recht, 's-Gravenhage
Auteursrecht voorbehouden.
Gehele of gedeeltelijke overneming of reproduktie van de inhoud van deze uitgave, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteursrechthebbende is verboden, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld. Het verbod betreft ook gehele of gedeeltelijke bewerking.
De uitgever is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in artikel 17, Auteurswet 1912 en in het K.B. van 20 juni 1974 (Stb. 351, 1974) ex artikel 166 Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.
Correspondentie inzake overneming of reproduktie richten aan: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn.

# Inhoud

*Mr. D.A. Lubach*

**De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW** 9

*1* *Aanleiding tot dit preadvies* 10

*2* *De vraagstelling van het preadvies nader bezien; opzet van het preadvies* 10

*3* *Theoretische beschouwingen over de verhouding privaat-publiekrecht* 11
3.1 Twee theoretische concepties 11
3.2 De gemene rechtsleer 12
3.3 Van gemene rechtsleer naar gemengde rechtsleer 13

*4* *De verhouding privaat-publiekrecht in het Deense recht* 16
4.1 Waarom een vergelijking met het Deense recht? 16
4.2 Het systeem van rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen in Denemarken 17
4.3 Toetsingscriteria 19
4.4 De ontwikkeling van de verhouding privaat-publiekrecht in het Deense recht 20
4.5 Conclusie 21

*5* *De verhouding privaat-publiekrecht in het NBW* 23
5.1 Inleiding 23
5.2 De verhouding privaat-publiekrecht in de parlementaire geschiedenis 23
5.3 Het systeem van het NBW en de verhouding privaat-publiekrecht 24
5.4 Het begrip algemeen belang in het NBW 25

| | | |
|---|---|---|
| *6* | *Algemeen toepasselijke bepalingen in het contractenrecht* | 28 |
| 6.1 | Inleiding | 28 |
| 6.2 | Het Duitse recht; welke BGB-bepalingen zijn toepasselijk? | 28 |
| 6.2.1 | Algemeen | 28 |
| 6.2.2 | 'Open' normen | 29 |
| 6.2.3 | Bepalingen betreffende de structuur van de overeenkomst | 29 |
| 6.2.4 | Wanprestatie | 30 |
| 6.2.5 | Schadevergoeding | 30 |
| 6.2.6 | Boetebedingen | 30 |
| 6.2.7 | Conclusie | 31 |
| 6.3 | Is een typologie voor het Nederlandse contractenrecht mogelijk? | 31 |
| 6.3.1 | Inleiding | 31 |
| 6.3.2 | Contractsvrijheid | 32 |
| 6.3.3 | Pacta sunt servanda | 34 |
| 6.4 | Toepasselijke bepalingen van het contractenrecht nader bezien | 40 |
| 6.4.1 | Algemene bepalingen | 40 |
| 6.4.2 | Wilsgebreken | 41 |
| 6.4.3 | Algemene bepalingen met betrekking tot de overeenkomst (Afdeling 6.5.1) | 42 |
| 6.4.4 | Bepalingen omtrent aanbod en aanvaarding (Afdeling 6.5.3) | 43 |
| 6.4.5 | Algemene voorwaarden (Afdeling 6.5.2A) | 44 |
| 6.4.6 | Rechtsgevolgen van overeenkomsten (Afdeling 6.5.3) | 44 |
| | 6.4.6.1 Waartoe bindt de overeenkomst? | 45 |
| | 6.4.6.2 Voor wie bindt de overeenkomst? | 45 |
| | 6.4.6.3 De gevolgen van onvoorziene omstandigheden voor het recht op nakoming | 47 |
| 6.4.7 | Exceptio non adimpleti contractus | 48 |
| *7* | *Algemeen toepasselijke bepalingen in het leerstuk van de onrechtmatige daad* | 49 |
| 7.1 | Inleiding | 49 |
| 7.2 | Art. 6.3.1.1 algemeen toepasselijk | 49 |
| 7.3 | Zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden (art. 6.3.1.5b) | 52 |
| 7.4 | Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding (Afdeling 6.1.9) | 53 |
| *8* | *Varia* | 54 |
| *9* | *Slotbeschouwing* | 56 |
| | *Noten* | 58 |

*Mr. W.A.M. van Schendel*

**De Boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetkboek en het bestuursrecht** 65

*Inleiding* 66

*1* *De verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht in het algemeen; interne rechtsvergelijking* 66

*2* *Het Nieuw BW en het bestuursrecht in het algemeen* 68

*3* *Boek 3 NBW en Boek 5 en het bestuursrecht in het algemeen* 70
3.1 Congruente formuleringen van begrippen 70
3.2 Ruimte voor de bijzondere positie van de overheid 70
3.3 Rechtsbescherming van de burger 71

*4* *Verzet de aard van de privaatrechtelijke rechtsregel zich tegen toepassing op de overheid?* 71

*5* *De overheid als niet-natuurlijke persoon* 72

*6* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: eigendom en openbare bestemming* 72

*7* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: vermogensrecht(en)* 73

*8* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: de rechtshandeling* 75

*9* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: de vertrouwens-bescherming* 79

*10* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: de rechtshandeling naar burgerlijk recht* 80

*11* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: volmacht* 80

*12* *De overheid en 'typisch' privaatrecht: conclusie* 81

*Noten* 82

**Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR** 89

*Mr. D.A. Lubach*

# De verhouding privaat-publiekrecht in het licht van het NBW

## 1 Aanleiding tot dit preadvies

Het grensgebied van privaat- en publiekrecht is in het afgelopen decennium een onderwerp dat zich in een grote belangstelling mag verheugen. Verschillende publicaties in allerlei vorm, dissertaties, monografieën, preadviezen en artikelen, zijn daaraan gewijd. Waarom dan nog weer een preadvies dat op dit rechtsgebied betrekking heeft?

De gedachte aan het onderwerp van deze preadviezen is ingegeven door de destijds verwachte invoering van belangrijke delen van het NBW in de jaren 1985/1986. De vraag rees in hoeverre vraagstukken op het grensgebied van het privaat- en publiekrecht zouden (kunnen) worden beïnvloed door de hercodificatie van belangrijke delen van het privaatrecht. Zoals bekend heeft de invoering van het NBW inmiddels vertraging opgelopen. In de verwachting dat van uitstel geen afstel zal komen is besloten de preadviezen toch uit te brengen op het geplande tijdstip. Daarbij speelt ook mee dat in het publiekrechtelijk vlak wordt gewerkt aan een codificatie van algemene bepalingen van bestuursrecht. Voor bepaalde onderdelen van deze werkzaamheden, zoals de regeling van de bestuursovereenkomst, maar daarvoor niet alleen, kan een systematische doordenking van de hiervoor globaal aangeduide vraagstelling van belang zijn.

## 2 De vraagstelling van het preadvies nader bezien; opzet van het preadvies

Uit de vraagstelling van het preadvies, zoals hierboven in globale zin aangeduid, kunnen twee subvragen worden afgeleid:

a. Heeft de komende invoering van het NBW invloed op de manier waarop in theoretisch-dogmatische zin tegen het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht wordt aangekeken?
b. Brengt de invoering van het NBW verandering in de veronderstelde toepasselijkheid van bepaalde onderdelen van het privaatrecht op rechtsverhoudingen waarbij overheidsorganen zijn betrokken?

*Ad a.* Al vaker beschreven is de ontwikkeling van de gemene rechtsleer naar de gemengde rechtsleer.[1] Deze ontwikkeling heeft plaatsgevonden onder meer onder invloed van de groei van het bestuursrecht enerzijds en de overbekende vermaatschappelijking van het privaatrecht anderzijds. Het is nu de vraag of, en zo ja in hoeverre, de modernisering van het privaatrecht door de invoering van het NBW kan bijdragen tot een ook door mij gewenste verdere de-dogmatisering van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht. De beantwoording van deze vraag in de volgende paragrafen zal plaatsvinden in het licht van een beperkte behandeling van de rechtsstelsels van de Bondsrepubliek Duitsland en van Denemarken. Het Duitse recht heb ik elders[2] uitvoerig beschreven en hetgeen hierna daarover wordt gezegd is in hoofdzaak daaraan ontleend. Het Deense recht is daarom interessant omdat de ontwikkeling van de toetsingscriteria in het be-

stuursrecht daar in hoofdzaak gebeurt door de algemene rechter. Een algemeen bevoegde administratieve rechter kent men daar niet, terwijl toch het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht wel (materieelrechtelijke) betekenis heeft. Men kan verwachten dat de congruentie[3] tussen privaat- en publiekrechtelijke rechtsbeginselen daardoor wordt vergroot. In hoeverre dat het geval is zal hierna worden bezien.

*Ad b.* In diverse publicaties wordt voor deelgebieden mede aandacht gegeven aan de vraag in hoeverre bepalingen van het NBW van toepassing kunnen zijn op de rechtsverhoudingen waarbij overheden zijn betrokken. Voor het contractenrecht is dat in zekere zin het geval.[4] Een meer omvattend totaalbeeld ontbreekt echter.[5] In het navolgende zal worden gepoogd een overzicht te geven van de meer 'algemeenrechtelijke' bepalingen van het NBW, die van betekenis zijn voor bovengenoemde rechtsverhoudingen. Uiteraard is voor de ruimte die men voor een dergelijke toepassing ziet van betekenis welk standpunt men in abstracto inneemt ten aanzien van de verhouding privaat-publiekrecht. De twee onderscheiden vragen kunnen dan ook niet los van elkaar worden gezien. Voorzover daarvoor aanleiding bestaat zal ook deze tweede vraag in beperkt rechtsvergelijkend perspectief worden behandeld.

Overeenkomstig het bovenstaande bestaat het vervolg van dit betoog dus uit een deel, dat gewijd is aan de theoretisch-dogmatische vragen en een deel, waarin meer specifieke onderdelen van het NBW aan de orde komen. Het geheel wordt afgesloten met een slotbeschouwing waarin de belangrijkste bevindingen worden gerecapituleerd en de vraagstelling wordt beantwoord.

## 3 Theoretische beschouwingen over de verhouding privaat-publiekrecht

### *3.1 Twee theoretische concepties*

De wetenschappelijke discussie over de verhouding privaat-publiekrecht wordt in Nederland al meer dan honderd jaar gevoerd.[6] Deze discussie was lange tijd in hoofdzaak van theoretisch belang. Pas met de ontwikkeling van de administratieve rechtspraak kreeg de kwalificatie van bepaalde rechtsverhoudingen als privaat- of publiekrechtelijk praktische consequenties; zij werd van belang voor de bepaling van de rechterlijke competentie. Daarmee is het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht voor het huidige recht van tweeledig belang. In de eerste plaats voor de bepaling van het op bepaalde rechtsverhoudingen toepasselijke recht en in de tweede plaats voor de bevoegdheid van de tot oordelen bevoegde rechter.

In de discussie hebben twee theoretische concepties van meet af aan een rol gespeeld. De eerste trachtte het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht te maken door uit te gaan van het objectieve recht. Daarbij was de gedachte dat het betrekkelijk eenvoudig is na te gaan of een bepaalde rechtsregel tot het pri-

vaat- of publiekrecht behoort. Men kan dat afleiden uit de plaats waar deze rechtsregel is gecodificeerd. Door interpretatie van regels van objectief recht dient men dan uit te maken of op een bepaalde rechtsverhouding regels van privaat- dan wel publiekrecht van toepassing zijn. Uitgaande van de rechts*regel* wordt op deze manier privaat- c.q. publiekrecht op een bepaalde rechtsverhouding niet van toepassing geacht, omdat deze rechtsverhouding volgens een bepaald (extern) criterium als privaat- of publiekrechtelijk wordt gekwalificeerd, maar wordt omgekeerd de rechtsverhouding als zodanig gekwalificeerd juist *omdat* daarop privaat- of publiekrecht van toepassing is.

In de andere theorie wordt wel uitgegaan van de aard van de rechtsverhouding. Aan de hand van bepaalde criteria wordt nagegaan of een bepaalde rechtsverhouding als privaat- dan wel publiekrechtelijk wordt gekwalificeerd. Deze kwalificatie is vervolgens bepalend voor het toepasselijk zijn van privaat- dan wel publiekrechtelijke regels (of van mengvormen).

Het is duidelijk dat de eerste conceptie in theoretisch opzicht onbevredigend is omdat bij het nemen van een uitgangspunt in het al dan niet toepasselijk zijn van privaat- of publiekrecht, de vraag naar het meest gewenste toepasselijke recht niet goed kan worden beantwoord. In deze theorie wordt uitgegaan van de vraag waarom het juist te doen is. Wanneer men de gegeven situatie als uitgangspunt neemt, wordt het moeilijk te ontdekken dat het toepasselijke geldende recht, gelet op de aard van de rechtsverhouding, manco's vertoont.

In de theorie, die uitgaat van de aard van de rechtsverhouding wordt het probleem daarentegen wel zuiver gesteld, maar blijft het lastig om precies aan te geven, welke elementen, waardoor een rechtsverhouding wordt gekarakteriseerd, doorslaggevend moeten zijn bij de beantwoording van de vraag naar het toepasselijke recht. Geen van beide theorieën is daarom zonder problemen, hoewel in theoretisch opzicht de laatste de meest zuivere is en de laatste tijd ook aan invloed heeft gewonnen.

### *3.2 De gemene rechtsleer*

Lange tijd echter heeft de eerstgenoemde theorie zijn invloed doen gelden. Dat kon het geval zijn, omdat in de zogenaamde gemene rechtsleer een vast punt werd gevonden waardoor de vraag of privaat- dan wel publiekrecht toepasselijk was op een betrekkelijk probleemloze manier kon worden beantwoord. In deze zienswijze, waarin het privaatrecht als het algemeen geldende en het publiekrecht als het daaraan derogerende werd gezien, is het zonder meer vanzelfsprekend dat privaatrechtelijke regels ook gelden voor rechtsverhoudingen waarbij overheden zijn betrokken. Dit is slechts anders wanneer dit uit toepasselijke publiekrechtelijke regels duidelijk blijkt. Hetzij omdat de niet-toepasselijkheid van het privaatrecht expliciet is bepaald (maar dat is vrijwel nooit het geval), hetzij omdat de toepasselijke publiekrechtelijke regels evident strijdig zijn met het privaatrecht. De laatste tijd is deze opvatting vooral bestreden omdat deze in bepaalde gevallen aan de overheid teveel speelruimte zou geven. Minder bekend is dat juist een vergroting van de rechtsbescherming voor de burger een belangrijk

motief is geweest bij de ontwikkeling van de gemene rechtsleer. Omdat in de negentiende eeuw het publiekrecht werd gezien als regeling van de verhouding van het gezag tot de daaraan onderworpenen, was de rechtsbeschermingsfunctie van het publiekrecht niet sterk ontwikkeld. De strikte scheiding die in (de tweede helft van) de negentiende eeuw werd gemaakt tussen privaat- en publiekrecht, in de zin dat op overheidshandelen alleen publiekrecht van toepassing kon zijn, had daarom voor de burger ongewenste gevolgen: hij bleef van de in het privaatrecht ontwikkelde rechtsbescherming verstoken.

In dit licht gezien bood de gemene rechtsleer voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming aantrekkelijke perspectieven. Daarbij dient te worden bedacht dat het alternatief, het ontwikkelen van de rechtsbeschermingsfunctie van het publiekrecht, waartoe wel pogingen werden ondernomen, vooralsnog mislukte. Terecht wezen F.G. Scheltema[7] en Paul Scholten[8] er in de twintiger jaren op dat er minder sprake is van een rechtsdogma, dan van een regel van positief recht. Immers er was in die tijd sprake van een nog slechts fragmentarische ontwikkeling van het publiekrecht, terwijl bovendien een algemene administratieve rechtspraak ontbrak. Zo had, om met Donner te spreken, de gemene rechtsleer dus een goede historische zin.[9]

### *3.3 Van gemene rechtsleer naar gemengde rechtsleer*

Wanneer nu de geldigheid van de gemene rechtsleer te verklaren is uit dergelijke praktische omstandigheden is het goed te begrijpen, dat met het wijzigen van die omstandigheden ook de theorie onder druk komt te staan. Dat is dan ook gebeurd. Met de groei van het bestuursrecht en de ontwikkeling van de administratieve rechtspraak ontviel de feitelijke grondslag aan de gedachte van het primaat van het privaatrecht, en daarmee ook de basis van de theoretische conceptie van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht. Dat heeft geleid tot een hernieuwde bezinning op dit onderscheid, waarbij voor de beantwoording van de vraag naar het toepasselijke materiële recht de aard van de rechtsverhouding mee bepalend wordt geacht.

In dit opzicht hebben de opvattingen van Van der Hoeven[10] een belangrijke rol gespeeld. Hij meent dat voor de vraag naar het toepasselijke recht bepalend is of in casu al dan niet publieke belangen in het geding zijn. Hij verlegt daarbij de traditionele grenzen tussen privaat- en publiekrecht en stelt niet een dogmatisch onderscheid tussen privaat- en publiekrecht voorop. Mijns inziens terecht meent hij dat de kernvraag is in hoeverre het toepasselijke recht de invloed ondergaat van de omstandigheid, dat in een bepaalde rechtsverhouding de overheid als behartiger van het algemeen belang participeert en daardoor verschillen vertoont in vergelijking met situaties waarin de behartiging van dat algemene belang niet speelt. Daarbij kan het goed voorkomen dat algemene belangen spelen in rechtsverhoudingen die in de klassieke terminologie als privaatrechtelijk worden geduid.

Deze opvatting houdt een relativering in van het belang van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht als twee gescheiden rechtsgebieden, waarop ver-

schillende complexen van rechtsregels zouden moeten gelden, waarmee men als het gaat om de beantwoording van de vraag naar het op rechtsverhoudingen toepasselijke recht op zichzelf gelukkig kan zijn. Dat in het huidige recht een duidelijke afbakening van privaat- c.q. publiekrechtelijke rechtsverhoudingen om redenen van competentieverdeling nog wel van belang is, compliceert het vraagstuk van de verhouding privaat-publiekrecht echter in niet onaanzienlijke mate. De competentiekwestie dwingt tot het maken van een onderscheid op een manier die eigenlijk materieelrechtelijk gezien niet verantwoord is. Immers de kwalificatie van een bepaalde rechtsverhouding als privaat- of publiekrechtelijk geeft in het huidige recht geen goede indicatie meer voor de inhoud van de toepasselijke rechtsregels. Zoals ik elders[11] heb betoogd is dat een gevolg van het feit dat het recht betrekking heeft op maatschappelijke verhoudingen en dat daarmee de rechtsverhouding een weerspiegeling is van de onderliggende maatschappelijke verhouding. En juist de omstandigheid dat maatschappelijke verhoudingen zich niet laten indelen in categorieën van privaat- en publiekrecht verklaart de wederzijdse doordringing van (in de klassieke terminologie) privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtssferen. Daarbij is niet alleen sprake van betekenis van privaatrechtelijke rechtsregels voor rechtsverhoudingen waarbij overheidsorganen zijn betrokken, maar ook van een toenemende invloed van publiekrechtelijke elementen in het privaatrecht, omdat maatschappelijke verhoudingen in de verzorgingsstaat karaktertrekken vertonen die voorheen kenmerkend waren voor het publiekrecht. Wanneer het daarbij gaat om directe overheidsinvloed in rechtsverhoudingen waarin voorheen alleen particulieren optraden lijkt de laatste tijd, waarin veelvuldig is gesproken over privatisering, van een kentering sprake te zijn. Maar ook in relaties tussen particulieren is er sprake van karakterwijziging, bijvoorbeeld door monopolievorming in het bedrijfsleven. De vermaatschappelijking van het privaatrecht is een in dat verband overbekend begrip.

Men kan zeggen dat inmiddels de ontwikkeling van de gemene rechtsleer naar de 'gemengde' rechtsleer vrijwel is voltooid. De gedachte dat op rechtsverhoudingen op het grensgebied van privaatrecht een mengvorm van rechtsregels van privaat- c.q. publiekrechtelijke origine van toepassing is, is wijdverspreid. Het is vooral Bloembergen geweest, die in dat verband de eenheid van het recht heeft benadrukt.[12] Deze gedachte van eenheid van het recht wordt ook door mij onderschreven in zoverre daarmee bedoeld wordt, dat er een aantal rechtsbeginselen bestaat, die wegens hun algemene karakter in zowel privaat- als publiekrecht gelding hebben. Maar dat behoeft nog niet te betekenen, dat de toepassing van die algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht op dezelfde manier kan plaatsvinden als in het privaatrecht. Algemene rechtsbeginselen moeten worden verbijzonderd tot toepasselijke rechtsregels. Daarbij is de aard van de rechtsverhouding bepalend. Zonder een dogmatisch onderscheid tussen privaat- en publiekrecht voorop te stellen, komt het erop aan te beoordelen of verschillen en overeenkomsten in het toepasselijke recht gerechtvaardigd zijn, bezien in het licht van de verschillen in geaardheid van de rechtsverhoudingen, waarop dat recht van toepassing is.

En juist die verschillen in geaardheid kunnen met zich meebrengen dat er van een volledige consequentie van in het privaatrecht respectievelijk het publiekrecht tot ontwikkeling gekomen begrippen geen sprake is. Drooglever Fortuijn[13] heeft betoogd, dat de door de burgerlijke en administratieve rechter ten aanzien van overheidshandelen gebruikte toetsingscriteria in hoge mate congruent zijn. Dat geldt volgens hem in ieder geval voor het criterium strijd met de wet, misbruik van bevoegdheid (daarmee wordt bedoeld détournement de pouvoir) en toetsing op schending van het willekeurbeginsel. In deze gevallen is er sprake van congruentie eerder dan van ontlening van een begrip aan het administratief recht ter toepassing in het privaatrecht. Daarbij wordt détournement de pouvoir teruggevoerd op schending van de wet en schending van het willekeurbeginsel gezien als een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 1401 BW. Deze congruentie impliceert dat schending van deze criteria in alle gevallen zowel 'publiekrechtelijk' als 'privaatrechtelijk' onrechtmatigheid oplevert.

Maar ook tussen de begrippen goede trouw en redelijkheid en billijkheid enerzijds en de door hem genoemde a.b.b.b., te weten het rechtszekerheids-, zorgvuldigheids-, gelijkheids-, motiveringsbeginsel en het beginsel van fair play, bestaat een congruentie, hoewel die volgens Drooglever Fortuijn moeilijker is te constateren. De congruentie wordt daarin gezien dat de genoemde begrippen (met uitzondering van het motiveringsbeginsel) vage normen zijn die pas in het concrete geval een concrete inhoud krijgen. Normen die grondtrekken van ons recht uitdrukten, daarin bestaande, aldus Drooglever Fortuijn, dat het recht niet uitsluitend wordt bepaald door uitsluitend de letter van de wet, contract of beschikking, meer mede een ethisch gehalte heeft. De begrippen stoelen op de gedachte, dat de mens in al zijn relaties met medemensen rekening moet houden met de ander. Hij behoort in zijn handelen een zeker evenwicht in het oog te houden tussen zijn kant van de zaak en die van de andere partij.

In wezen op hetzelfde wijst Schoordijk, wanneer hij betoogt dat zowel de beginselen van behoorlijk bestuur als de goede trouw c.q. de redelijkheid en billijkheid de functie hebben van 'het wettelijk systeem doorkruisende regels'. Zo hebben zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke normen een beperkte spankracht, waarvan de betekenis altijd door interpretatie moet worden gevonden. Voor atypische gevallen kan in dat geval blijken dat een strikte toepassing van de algemene norm tot onbillijke gevolgen leidt. Zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht kan dan met toepassing van de genoemde beginselen een voor het concrete geval billijke maar van de algemene norm afwijkende oplossing worden gevonden.[14] Daarbij tekent Schoordijk aan dat hij bezwaar heeft tegen de vraagstelling of algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet zijn te beschouwen als een subcategorie van de door Van Gerven[15] behandelde beginselen van behoorlijk handelen en of privaatrechtelijke beginselen niet in het bestuursrecht moeten worden toegepast. Hij constateert dat 'de administratieve rechter en bestuursorganen rechtsregels – wellicht meer dan in het privaatrecht – middels de a.b.b.b. op hun betamelijkheidsgehalte in concreto toetsen en dat het bestuursrecht zeker niet ten achter ligt bij het privaatrecht.'

Op zichzelf heb ik er geen moeite mee een congruentie in de hierbovenbedoel-

de zin te onderschrijven. Dat de begrippen stoelen op gemeenschappelijke rechtsbeginselen en in hun toepassing dezelfde functie vervullen is waar. Maar dat betekent nog niet dat de toepassing in concreto tot dezelfde resultaten behoeft en zelfs behoort te leiden. De conclusie van Drooglever Fortuyn dat toetsing aan de a.b.b.b. door de burgerlijke rechter overbodig zou zijn gaat mij dan ook te ver. Terecht wijst Van Buuren[16] er op, dat de eisen die aan de besluitvorming door de overheid worden gesteld met behulp van de toetsing aan (vooral de meer formele) beginselen van behoorlijk bestuur strenger zijn dan de eisen, die de burgerlijke rechter in het kader van art. 1401 BW aan die besluitvorming stelt.

Daarmee is niet gezegd dat toetsing aan de 'privaatrechtelijke' begrippen niet hetzelfde resultaat zou kunnen opleveren als toetsing aan de beginselen van behoorlijk bestuur, maar dat het de facto niet gebeurt. Althans voor de Nederlandse verhoudingen – in een ander rechtssysteem kan dat anders zijn[17] – bestaan er wezenlijke verschillen in de wijze waarop de aan de inderdaad aan beide categorieën ten grondslag liggende algemene rechtsbeginselen zijn uitgewerkt. Bij alle relativering van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht, meen ik dat er toch meer is dan – zoals Dommering[18] zegt – verschillende 'taalspelen'. Dat neemt niet weg dat het van groot belang is dat de feitelijk bestaande verschillende rechtssystemen geen *ongerechtvaardigde* verschillen vertonen en niet onnodig uit elkaar groeien. Interne rechtsvergelijking op het grensgebied van privaat- en publiekrecht is daarom nuttig en nodig. Maar voordat ik daartoe overga wil ik eerst een externe rechtsvergelijking maken en wel met een rechtsstelsel dat in dit verband bij mijn weten nog niet eerder in de Nederlandse rechtsliteratuur aan de orde is geweest.

## 4 De verhouding privaat-publiekrecht in het Deense recht

### *4.1 Waarom een vergelijking met het Deense recht?*

Een vergelijking met het Deense recht ligt op het eerste gezicht niet zo voor de hand. Het is een rechtsstelsel dat (zoals het Nederlandse) slechts geldt voor een klein rechtsgebied en de rechtstreekse onderlinge beïnvloeding van het Nederlandse en Deense recht is gering. Toch is het mijns inziens interessant om deze vergelijking te maken. Het Deense recht – hetzelfde geldt overigens ook voor het Noorse recht[19] – kent anders dan de andere continentale rechtsstelsels geen algemene administratieve rechtspraak. Rechtsbescherming tegen de overheid is, voorzover het een rechterlijke controle betreft, een taak van de 'algemene' rechter, die ook burgerrechtelijke en strafzaken beoordeelt. Deze karakteristiek nu enerzijds, die overeenkomt met het Angelsaksische recht, en anderzijds de sterke beïnvloeding door het Duitse, en voor wat betreft het administratief recht ook het Franse recht, maakt het Deense recht voor ons onderwerp interessant.

Men zou immers kunnen veronderstellen dat bij de bestaande toestand van geïntegreerde vormen van rechtspraak in Denemarken de gedachte van de eenheid van het recht een duidelijke bevestiging zou krijgen. De gedachte zou kun-

nen zijn dat de neiging om het administratieve en burgerlijke recht als gescheiden rechtssystemen te ontwikkelen in die situatie minder groot zou zijn dan in een situatie met een of meer administratieve rechters. Mijn beperkte onderzoek van het Deense recht is er dan ook op gericht, die vooronderstelling te toetsen.

### *4.2 Het systeem van rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen in Denemarken*

Voor een goed begrip van de Deense situatie is het noodzakelijk het beeld van de op het gebied van de rechtsbescherming tegen de overheid werkzame instanties in grote lijnen te schetsen. Naast de 'algemene' rechter zijn er nog andere instanties betrokken bij de rechtsbescherming. Bekend is dat de ombudsman in het Scandinavische recht een belangrijke positie heeft, zo ook in het Deense.[20] De Deense ombudsman kan in principe alle overheidshandelen beoordelen. Hoewel hij, evenmin als in Nederland, juridisch bindende uitspraken kan doen, hebben zijn rapporten een duidelijke invloed op de jurisprudentie van de 'algemene' rechter. Vooral waar het de meer formele eisen aan de besluitvorming door de overheid betreft is de rechter geneigd de ombudsman te volgen.[21]

Vervolgens bestaan er voor verschillende rechtsgebieden mogelijkheden van beroep (administrativ rekurs) op zgn. ankenaevne. Dit zijn klachtencommissies die niet geacht worden te behoren tot de rechterlijke macht, maar deel uitmaken van het bestuur. De samenstelling van deze commissies verschilt van geval tot geval. In het algemeen is er een rechtsgeleerde voorzitter, soms zijn dit ook leden van de rechterlijke macht, en daarnaast vertegenwoordigers van de overheid en belangengroeperingen. Ook de procedurevoorschriften voor de verschillende commissies zijn niet gelijkluidend. Bepaalde commissies, zoals die voor belastingzaken, hebben een procedure met meer judiciële trekken dan andere. Behalve het landsskatteret[22] zijn bekende commissies die betreffende milieuzaken (miljøankenaevnet) en sociale zaken (sociale ankestyrelse). De expropriationskommissioner zijn competent wat betreft vaststelling van schadevergoeding inzake onteigening, iets dat, zoals bekend, bij ons een zaak is van de rechter.

Van groot belang is dat van beslissingen van deze commissies altijd beroep openstaat op de rechter. In de meeste gevallen is dat de rechter in tweede instantie, het Landsret, met de mogelijkheid van hoger beroep op het Hooggerechtshof (Højesteret). Deze mogelijkheid van beroep vloeit rechtstreeks voort uit de Grondwet en bestaat ook voor beslissingen van commissies met een sterk rechterlijke inslag. Dat levert soms een ingewikkelde procedure op.[23]

Dat brengt ons op de positie van de rechterlijke macht[24] bij de beoordeling van overheidshandelen. De grondslag voor de rechterlijke competentie met betrekking tot overheidshandelen is te vinden in § 63 van de Grondwet van 1953, waarin staat dat 'de rechtbanken gerechtigd zijn kennis te nemen van elke vraag betreffende de door de overheid in acht te nemen grenzen'.[25] In lid 2 van diezelfde paragraaf wordt de mogelijkheid gegeven een of meerdere administratieve rechtbanken te stichten. Maar ook van deze rechtbanken moet altijd beroep open-

staan op het Hooggerechtshof. Dat voorschrift heeft volgens sommige schrijvers een echte discussie over de totstandkoming van een algemene administratiefrechtelijke macht gefrustreerd. De vorming van een administratieve rechtspraak naar Duits en Frans model was daarmee onmogelijk.[26] Overigens is in het algemeen de opvatting dat een vorming van speciale administratieve rechtbanken ongewenst is. In dat opzicht werkt de Duitse situatie met zijn veelheid aan rechterlijke instanties afschrikwekkend.[27] In ieder geval is het zo dat momenteel de discussie over de invoering van een algemene administratieve rechtspraak in Denemarken niet erg groot is. Men heeft het idee dat de combinatie van ombudsman, ankenaevne en algemene rechter goed werkt. Daarbij is mij uit gesprekken met enkele leden van de rechterlijke macht gebleken dat zij de huidige situatie waar zij alle soorten zaken door elkaar moeten beoordelen aantrekkelijk vinden.[28]

De rechter kan op basis van § 63 Grondwet zowel feitelijke handelingen als rechtshandelingen beoordelen. Onder de laatste categorie vallen niet alleen beschikkingen, ofschoon wel het grootste deel van de zaken, maar ook besluiten van algemene strekking en overeenkomsten met de overheid (die zowel van privaatrechtelijke als publiekrechtelijke aard kunnen zijn).[29]

Anders dan de burgerlijke rechter bij ons kan de Deense rechter onrechtmatige beschikkingen vernietigen. In bepaalde gevallen gaat de rechter verder en stelt een nieuwe beschikking in de plaats van de vernietigde. Dat gebeurt vooral waar het financiële aangelegenheden betreft. Zo verlaagde het Hooggerechtshof in een bepaald geval een gemeentelijke belasting, in andere gevallen een door een ambtenaar vastgestelde huurwaarde. Ook in ambtenarenzaken, waar het gaat om financiële vergoedingen, stelde de rechter soms de hoogte van een vergoeding vast. In geen van de genoemde gevallen bestaat voor deze verdergaande beslissing enige expliciete wettelijke grondslag. Bepalend wordt geacht of het al dan niet gaat om vrije of gebonden beschikkingsbevoegdheden.[30] Bij ons is de situatie in dit opzicht per rechter verschillend.[31] De belastingrechtspraak is in dit opzicht het meest consistent en verplicht de belastingrechter een nieuwe beslissing te nemen.

Alle zaken behalve strafzaken worden beschouwd als civiele zaken, die bij de rechter worden aangebracht volgens de algemene regels van het (burgerlijk) procesrecht. Dit geldt niet alleen voor geschillen tussen overheid en burger maar ook tussen overheden onderling. Een apart administratief procesrecht bestaat dus niet. In dit verband wordt soms wel een gemis gevoeld aan de mogelijkheid voor de rechter om in zaken met betrekking tot overheidshandelen een actievere rol te spelen. Het procesrecht dwingt de rechter tot een te grote lijdelijkheid, bijvoorbeeld ten aanzien van de mogelijkheid om zelf inlichtingen in te winnen. Een recent en nog niet gepubliceerd geval waarin een gemeente aansprakelijk werd gesteld voor een fout gemaakt in een gemeentelijk ziekenhuis was daarvan, aldus mijn zegsman een voorbeeld.

De karakterisering van een actie tot vernietiging van een onregelmatige beschikking als een civiele actie betekent echter niet dat de toetsingscriteria, die de rechter hanteert, ook dezelfde zijn als in het privaatrecht. Integendeel, zowel in de theorie als in de jurisprudentie wordt er van uitgegaan, dat de rechter in dergelijke zaken in het bestuursrecht ontwikkelde criteria moet toepassen.

Een aantal onderwerpen kan daarbij worden genoemd. Dat de rechter toetst op strijd met de wet is vanzelfsprekend. Daarbij speelt ook in Denemarken de rechtsstaatsgedachte, die impliceert dat de overheid alleen op grond van een wettelijke bevoegdheid mag optreden, een rol.[32] Meer specifieke bestuursrechtelijke toetsingscriteria zijn détournement de pouvoir (magtfordrejning) en strijd met het gelijkheidsbeginsel (lighetgrundsaetningerne), waarin meer wordt ondergebracht dan bij ons. Tenslotte toetst de rechter op het in acht nemen van meer formele procedurevoorschriften, die deels uit het ongeschreven recht worden afgeleid.[33]

Daarnaast spelen ook ontvankelijkheidsvragen. Een actio popularis wordt niet erkend en de criteria voor ontvankelijkheid zijn ongeveer dezelfde als die bij ons, men moet een wezenlijk en individueel belang hebben.[34]

Op de criteria 'magtfordrejning' en strijd met het gelijkheidsbeginsel ga ik iets nader in.

### *4.3 Toetsingscriteria*

De leer van de magtfordrejning is in de twintiger jaren in het Deense recht geïntroduceerd door Poul Andersen, geïnspireerd door de jurisprudentie van de conseil d'état in Frankrijk. Anders dan in ons land, waar het criterium van détournement de pouvoir weinig wordt toegepast is het in Denemarken geworden tot het kernbegrip bij de rechterlijke toetsing van overheidshandelen. Dat is als volgt te verklaren.

Bij ons worden gevallen van 'oneigenlijk oogmerk' wanneer daartoe aanleiding is vernietigd wegens strijd met (de strekking van) de wet. Donner[35] wijst er op dat wij eigenlijk alleen voor die gevallen waarin bevoegdheden weliswaar conform de wet zijn uitgeoefend, maar er onzakelijke nevenmotieven een rol spelen, behoefte hebben aan het criterium. Het gaat dus bij ons om subjectieve nevenbedoelingen. In Denemarken is het criterium geobjectiveerd. Bij bestudering van enige jurisprudentie blijkt dat het in gevallen van magtfordrejning daar ook gaat om gevallen die bij ons zouden vallen onder schending van het willekeurbeginsel het (inhoudelijke) motiveringsbeginsel, dat wil zeggen dat de gegeven motivering het besluit niet kan dragen, dan wel het gelijkheidsbeginsel.

Van situaties waarin wij zouden toetsen aan het gelijkheidsbeginsel is sprake in de gevallen van wat in Denemarken heet fagforeningsmagtfordrejning. In die gevallen gaat het om de vraag of discriminatie tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers van overheidsdienst is toegestaan (quod non). Een ander voorbeeld van magtfordrejning in strijd met het gelijkheidsbeginsel/motiveringsbeginsel is het volgende geval: aan een tuinder, die niet in de gemeente woonde waar zijn bedrijf was gevestigd, werd om die reden geen vrijstelling van 'onroerend goedbelasting' voor zijn tuinderij verleend. De eis dat men in de gemeente woonachtig moest zijn was hier volgens de rechter niet relevant en kon geen reden voor weigering opleveren.

Een voorbeeld waarin op grond van de leer van de magtfordrejning wordt geëist dat de overheid alle relevante overwegingen in de beschouwing betrekt – dus de eis van een materiaal zorgvuldige voorbereiding – is het volgende: de

ombudsman oordeelde dat bij een afwijzing van een verzoek om op een bepaald plein een politieke samenkomst te mogen houden, niet alleen de verkeersbelangen de doorslag hadden mogen geven. Ook de mogelijkheid voor de burger om – door gebruik te maken van de openbare weg – zijn opvattingen kenbaar te maken had moeten meewegen.[36]

In bepaalde gevallen is het gelijkheidsbeginsel in het Deense recht gecodificeerd. Voorbeelden zijn behalve in de Grondwet (verbod van discriminatie op grond van geloof of ras) ook te vinden in een wet van 4 maart 1921 waarin de gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen in openbare dienstbetrekkingen wordt gegarandeerd. Voorzover het gaat om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het ongeschreven recht is er een sterke verwevenheid, zoals ook bleek, met het magtfordrejningsprincipe. Sommige schrijvers kennen aan het gelijkheidsbeginsel dan ook geen zelfstandige betekenis toe.[37]

Een ander beginsel dat in Denemarken evenals in Duitsland wordt onderscheiden is het proportionaliteitsbeginsel. Dat wil zeggen dat de belastende ingreep ten aanzien van de burger niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is.

### *4.4 De ontwikkeling van de verhouding privaat-publiekrecht in het Deense recht*

Uit deze voorbeelden blijkt al dat in het Deense recht soms met andere namen vergelijkbare eisen worden gesteld aan het overheidshandelen als bij ons. Bovendien heb ik de indruk gekregen dat de algemene rechter geneigd is deze eisen onverkort te stellen en de daarvoor benodigde toetsingscriteria te ontwikkelen. Opvallend daarbij is dat er van een opvatting als een gemene rechtsleer, in die zin dat die bestuursrechtelijke criteria worden gezien als een verbijzondering van privaatrechtelijke rechtsregels, geen sprake lijkt te zijn. Dat kan mede een gevolg zijn van het feit, dat ook codificatie van het algemeen deel van het privaatrecht in Denemarken minder uitgebreid is dan bij ons (zo kent men er geen geschreven regels met betrekking tot onrechtmatige daad).[38] Maar ook waar die geschreven regels er wel zijn, zoals in het overeenkomstenrecht, speelt die gedachte voorzover ik kan nagaan niet erg.

Dat is te adstrueren aan het voorbeeld van § 36 van de Wet op de overeenkomsten (Aftaleloven). In dit artikel, dat dateert van 1975, wordt wat wij zouden noemen de beperkende werking van de goede trouw gecodificeerd.[39] Het artikel heeft een algemene betekenis en vervangt vergelijkbare artikelen in specifieke wetten (zoals bijvoorbeeld de wetten op de huurovereenkomst, de afbetalingsovereenkomst, de verzekeringsovereenkomst). Hoewel er (nog) geen voorbeelden in de jurisprudentie te vinden zijn wordt aangenomen dat dit artikel ook op overheidsovereenkomsten van toepassing is met dien verstande, dat de (private) contractspartner van de overheid er zich op zou kunnen beroepen. Desgevraagd achtten mijn gesprekspartners (leden van het Venstre Landsret) het minder waarschijnlijk dat de overheid zich op het artikel zou kunnen beroepen in gevallen waarin zij om redenen van algemeen belang een nakomen van de overeenkomst voor niet wenselijk zouden houden. De gedachtengang hierbij was dat

§ 36 is geschreven ter bescherming van de zwakkere partij, en dat is de overheid (in de meeste gevallen) niet.

Dit voorbeeld brengt mij op de discussie over de overheidsovereenkomst die – enigszins tot mijn verrassing – in de Scandinavische rechtsliteratuur vrij intensief is genoemd in de laatste jaren.

Deze discussie vertoont in grote trekken hetzelfde beeld als die bij ons. Dat wil zeggen dat vrij algemeen de opvatting wordt gehuldigd dat op overeenkomsten met de overheid een samenstel van privaat- en publiekrechtelijke regels van toepassing is, afhankelijk van de precieze aard van de inhoud van de overeenkomst. Daarbij is wel opvallend dat er in de discussie nauwelijks aandacht is voor de vraag of de overheidsovereenkomst nu van privaat- of publiekrechtelijke aard is. Dat is in zoverre wel begrijpelijk daar die kwalificatie voor het toepasselijke materiële recht ook niet bepalend behoeft te zijn. Interessant is het bijvoorbeeld om te zien hoe in de discussie in Noorwegen[40] het probleem van de op overheidsovereenkomsten toepasselijke rechtsregels ten aanzien van binding van de overeenkomst wordt gevoerd. De schrijver, die de binding van de overheid aan overeenkomsten over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden wil baseren op (een parallelle toepassing van) privaatrechtelijke regels, wordt tegengeworpen dat een dergelijke constructie in het geheel niet nodig is omdat ook op publiekrechtelijke regels (vertrouwensbeginsel) een binding kan worden gebaseerd. Dat is een discussie die wij hier te lande mijns inziens ten onrechte[41] ook wel hebben gevoerd. Ik krijg echter de indruk dat men in Noorwegen meer geneigd is 'via het publiekrecht' te denken ten aanzien van dit punt dan bij ons. Dat is gezien het één-rechter systeem in Noorwegen opvallend.

Ook in de Deense literatuur[42] wordt er betrekkelijk weinig aandacht gegeven aan de dogmatische kwalificaties als privaat- of publiekrechtelijk, maar wordt de nadruk gelegd op materieelrechtelijke problemen. De tendens in de literatuur is duidelijk om overeenkomsten met overheden te toetsen aan de regels van bestuursrecht zoals die voor andere (rechts)handelingen van de overheid gelden. In de rechtspraak is een parallelle ontwikkeling te zien die tendeert in de richting van meer beperkingen aan de contractsvrijheid van de overheid.[43]

Matthiassen[44] merkt met betrekking tot de genoemde jurisprudentie op dat men lang en vruchteloos kan discussiëren over de vraag of de beperkingen nu ten grondslag liggen aan het (publiekrechtelijke) magtsfordrejningsprincipe dan wel aan de (privaatrechtelijke) regels aangaande misbruik van monopoliepositie.

### *4.5 Conclusie*

Welke conclusies zijn nu – na deze korte behandeling van enkele belangrijke onderdelen van het Deense bestuursrecht – te trekken met betrekking tot de vraagstelling over de eenheid van het recht? Mijns inziens de volgende:

a. Het Deense bestuursrecht heeft in de laatste ± 50 jaar een ontwikkeling doorgemaakt die vergelijkbaar is met die in Nederland. Het scala van toetsingscriteria is daarbij ogenschijnlijk beperkter maar de differentiatie die on-

der het koepelbegrip magtfordrejning wordt aangebracht is betrekkelijk groot. Het ontbreken van een (algemene) administratiefrechtelijke macht heeft een ontwikkeling van het bestuursrecht niet merkbaar belemmerd. In dit opzicht heeft overigens de ombudsman meer invloed dan bij ons.

b. Een dogmatische discussie over het onderscheid privaat-publiekrecht is niet of nauwelijks gevoerd.

c. De rechter is geneigd op het overheidshandelen de deels door de rechtspraak ontwikkelde, specifiek voor de overheid geldende, criteria toe te passen. Daarbij is er niet zozeer sprake van een specificatie van in het privaatrecht ontwikkelde algemene beginselen, maar van 'eigen' bestuursrechtelijke beginselen.

d. Men is met het geldende systeem waarin de rechter een algemeen aanvullende bevoegdheid heeft op administratieve colleges van bezwaar en beroep over het algemeen tevreden. Wel is er een lichte neiging merkbaar om te denken aan een verbijzondering van het algemene procesrecht. Vooral de lijdelijkheid van de rechter wordt soms als een probleem gevoeld.

e. Expliciete regels waarin wordt gerefereerd aan toepasselijkheid van privaatrecht op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen ontbreken, en vice versa.

Tenslotte wijs ik er op, dat het, hoewel verleidelijk, eigenlijk niet verantwoord is verdergaande conclusies te trekken, bijvoorbeeld ten aanzien van de wenselijkheid van één rechterlijke macht ter vergelijking met een naast elkaar bestaan van de 'gewone' en de administratiefrechtelijke macht. Zoals bekend heeft de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie in zijn eindrapport een integratie van de rechterlijke organisatie bepleit. Hoewel uit de Deense situatie kan worden afgeleid dat een dergelijke integratie op de ontwikkeling van het bestuursrecht geen nadelige consequenties behoeft te hebben en een integratie van de rechterlijke organisatie bepaalde voordelen – bijvoorbeeld met betrekking tot de eenvormigheid van interpretatie van rechtsregels – heeft, is niet te zeggen dat uit het Deense voorbeeld iets met zekerheid is af te leiden voor de Nederlandse situatie op dat punt. Vooral de omstandigheid, dat naast de rechterlijke macht in enge zin zowel de klachtencommissies als de ombudsman de facto een rechterlijke functie vervullen en dat (daardoor?) verhoudingsgewijs geringe aantallen zaken met betrekking tot overheidshandelen bij de rechter worden aangebracht (waarvan ± 80% belastingzaken), maakt grote terughoudendheid in dezen noodzakelijk.

## 5 De verhouding privaat-publiekrecht in het NBW

### *5.1 Inleiding*

Terugkerend naar de Nederlandse situatie zal in dit onderdeel worden nagegaan of bij de totstandkoming van het NBW aan de verhouding privaat-publiekrecht aandacht is geschonken en of aan het systeem van het NBW argumenten kunnen worden ontleend voor een wijziging in het recht m.b.t. die verhouding. Tevens zal in dit onderdeel enige aandacht worden geschonken aan bepalingen in het NBW waarin 'het algemeen belang' een expliciete rol speelt.

### *5.2 De verhouding privaat-publiekrecht in de parlementaire geschiedenis*

Hoewel in de parlementaire geschiedenis van het NBW geen uitvoerige beschouwingen worden gewijd aan het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht gaat men er niet helemaal aan voorbij. Bekend is dat Meijers de grens trekt aan de hand van het criterium van handhaving: regels, die door de belanghebbende zelf worden gehandhaafd met rechtsmiddelen die voor het privaatrecht typerend zijn (acties tot nakoming, schadevergoeding, ontbinding of vernietiging van rechtsverhoudingen of verklaring van recht) worden geacht tot het privaatrecht te behoren; publiekrechtelijke normen worden gehandhaafd door de overheid met strafvervolging of politiedwang.[45]

Ondanks dit formele criterium heeft het ontwerp wel oog voor de wederzijdse doordringing van het privaat- en publiekrecht. In de eerste plaats wordt er op gewezen dat het verlenen van privaatrechtelijke bevoegdheden ook op het terrein van het privaatrecht geen ongebreidelde vrijheid meer betekent. Steeds meer, aldus het ontwerp, dient het individu zich bewust te zijn, dat hij lid van een samenleving is en dat slechts door die samenleving en de regels die daar gelden zijn bestaan en zijn vrijheid verzekerd zijn.[46] De doorwerking van die gedachte is te vinden in de ontwikkeling van het leerstuk misbruik van recht. In de tweede plaats wijst Meijers er op dat bepaalde regels die vanouds tot het privaatrecht worden gerekend er juist op gericht zijn het algemeen belang te dienen en door de overheid met een strafsanctie gehandhaafd worden, zoals aantasting van eigendom en de persoonlijke integriteit. In dit opzicht is er sprake van invloed van privaatrecht op het publiekrecht. Evenals overigens omgekeerd waar publiekrechtelijke rechtsregels inwerken op het privaatrecht doordat overtreding daarvan een privaatrechtelijke nietigheid ten gevolge heeft. Tenslotte wijst ook Meijers er al op, dat situaties, waarin de overheid met privaatrechtelijke middelen de haar opgedragen taak vervult, tussenvormen tussen privaat- en publiekrecht opleveren. Niettemin is voor regeling in het (N)BW bepalend dat de handhaving in het geldende recht met privaatrechtelijke middelen geschiedt. Kwesties waar hier aan gedacht wordt zijn onder curatele stelling, ontzetten van voogden e.d.

Hoewel er voor de wederzijdse beïnvloeding van het privaat- en publiekrecht wel enige aandacht is kan men niet staande houden dat van het NBW een duidelijke impuls uitgaat op het denken over de verhouding privaat-publiekrecht in

meer theoretische zin. Integendeel, het onderscheid wordt op een traditionele manier gemaakt. Het gehanteerde criterium is formeel en de inhoud en het doel van de rechtsregel is niet bepalend. Opvallend is ook dat een 'functionele' codificatie expliciet wordt afgewezen. Een codificatie per onderwerp, over de grenzen van publiek- en privaatrecht heen zoals voor bouwrecht, agrarisch recht, hinderrecht e.d. mogelijk zou zijn, wordt ongewenst geacht mede met het oog op het gevaar van versplintering en differentiatie.

Hoewel de samenhang tussen privaat- en publiekrecht wordt erkend wordt er een duidelijk onderscheid gemaakt. Dit brengt met zich mee, dat aan het publiekrecht georiënteerde voorschriften, die de uitoefening van privaatrechtelijke rechten en bevoegdheden beïnvloeden, als 'beheerst door andere beginselen buiten het privaatrecht zijn geplaatst'.[47] Dergelijke voorschriften zijn dan ook niet in het NBW te vinden, maar moeten in de betreffende administratieve wetten worden geregeld, aldus Meijers. Dat betekent dat regels, die in navolging van het Duitse begrip 'Verwaltungsprivatrecht' door Bloembergen wel overheidsprivaatrecht worden genoemd, als zodanig niet in het NBW zijn opgenomen. Specifieke voorschriften voor bijvoorbeeld de onrechtmatige overheidsdaad, overheidseigendom of overeenkomsten met de overheid komen in het NBW niet voor. Evenmin is aan rechtsverhoudingen, waarbij overheden zijn betrokken, in die zin aandacht geschonken dat voor bepaalde categorieën rechtsregels zou zijn aangegeven dat zij van een zodanig algemeen karakter zijn dat zij tevens voor die rechtsverhoudingen zou gelden.

### *5.3 Het systeem van het NBW en de verhouding privaat-publiekrecht*

Men zou zich kunnen afvragen of het 'gelaagde' systeem[48] van het NBW, waarin wordt onderscheiden tussen algemene delen en bepalingen die meer specifiek op bepaalde rechtsfiguren van toepassing zijn, meer ruimte zou bieden voor een 'algemene' werking van privaatrechtelijke bepalingen. Ik betwijfel echter of deze gedachte houdbaar is. Weliswaar is het systeem van het NBW zo opgezet dat bepaalde meer algemene regels via zogenaamde schakelbepalingen van overeenkomstige toepassing worden verklaard voor delen van het privaatrecht waarvoor zij niet expliciet zijn geschreven, maar verwijzingen via dergelijke bepalingen naar rechtsverhoudingen waarbij overheden zijn betrokken of zelfs naar publiekrechtelijke rechtsverhoudingen zijn er niet.

Het is eenvoudig zo dat rechtsverhoudingen waarbij overheden zijn betrokken geen oriëntatiepunt zijn geweest bij de opzet van de codificatie van het NBW. Uit het voorgaande blijkt evenwel dat vooral aan de beïnvloeding van het privaatrecht door publiekrechtelijke of wellicht beter aan het publiekrecht georiënteerde normen niet is voorbijgegaan. Het meest expliciet blijkt dat uit art. 3.1.1.15, dat bepaalt, dat geen bevoegdheid, die iemand krachtens burgerlijk recht bezit, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. De MvT bij de Invoeringswet[49] wijst erop, dat het belang van de publiekrechtelijke beperkingen van privaatrechtelijke bevoegdheden sterk is toegenomen als gevolg van de toetsing aan de algemene beginselen

van behoorlijk bestuur door de burgerlijke rechter. Dit artikel zal, aldus de MvT als kapstok kunnen dienen voor deze toetsing, evenals voor de rechtspraak over de betekenis van een publiekrechtelijke bestemming op een onroerend goed.

In wezen valt het artikel enigszins buiten ons bestek omdat het gaat om publiekrechtelijke beperkingen op privaatrechtelijke bevoegdheden en niet om de vraag of en in hoeverre privaatrechtelijke rechtsregels van toepassing zijn op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen. De MvT wijst er op dat het artikel met name ook geen antwoord geeft op de vraag welke rechtsverhoudingen als privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk moeten worden gekwalificeerd. Ook in andere 'algemeen belang bepalingen' die op vele plaatsen in het NBW voorkomen[50] is die beïnvloeding van publiek- op privaatrecht zichtbaar. Omgekeerd is de invloed van het privaatrecht op het publiekrecht uit de regels van het NBW veel moeilijker te traceren.

Deze stand van zaken compliceert het zoeken naar het antwoord op de hiervoor in § 2 als tweede genoemde vraag. Aandacht voor algemeen belang bepalingen kan worden verdedigd omdat in een bepaald opzicht deze bepalingen op de overheid als dienaar van het algemeen belang van toepassing kunnen zijn. Daarom wordt hieronder iets gezegd over het begrip algemeen belang in het NBW. Richtinggevend voor de beantwoording van de vraag kan het voorkomen van het begrip algemeen belang in bepalingen echter niet zijn. Enerzijds omdat niet alle algemene bepalingen daarom per definitie voor de overheid toepasselijk behoeven te zijn en anderzijds omdat bepalingen die op het eerste gezicht uitsluitend zijn geschreven voor verhoudingen tussen particulieren, in verband met hun algemene karakter toch voor de overheid van betekenis zijn. Dat betekent dat tenminste ook op een andere wijze geselecteerd moet worden.

### *5.4 Het begrip algemeen belang in het NBW*

Zoals hiervoor al is gezegd speelt het algemeen belang in het privaatrecht een zekere, en niet onbelangrijke, rol. In verschillende artikelen in het NBW wordt dan ook aan het begrip algemeen belang gerefereerd. In de Parlementaire Geschiedenis (Boek 5) is een uitgebreide discussie aan dit begrip gewijd waaraan ik enige aandacht wil geven.[51]

In het ontwerp-Meyers kwam voor een art. 5.2.1, dat betrekking had op hinder. Het luidde (voor zover hier van belang):

1. Het eigendomsrecht op zichzelf rechtvaardigt niet, dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht aan een ander in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, hinder toebrengt... (etc.).
2. Niettemin is de eigenaar bevoegd zodanige hinder aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden. In dat geval kan laatstgenoemde van de eigenaar vergoeding vorderen van de door de hinder veroorzaakte schade... (etc.).

Dit artikel, waarin een wettelijke verankering van een recht op schadevergoeding

bij rechtmatige daad (niet alleen overheidsdaad) werd beproefd is naderhand vervallen en overgebracht ten dele (lid 1) naar het burenrecht (art. 5.4.0) ten dele naar het recht inzake de onrechtmatige daad (art. 6.3.1.5b).

In de om verscheidene redenen (onder meer werd er uitgebreid gesproken over de vraag of, wanneer er sprake was van een (hinderwet)vergunning, de rechter nog een verbod zou mogen uitspreken) interessante parlementaire discussie, rees er bij de bijzondere kamercommissie bezwaar tegen het gebruik van de term algemeen belang. De commissie meent dat de term ongeschikt is om in het privaatrecht als rechtvaardigingsgrond te dienen.[52] Weliswaar zijn in het privaatrecht, aldus de kamercommissie, algemene aanduidingen als redelijkheid, billijkheid, goede trouw e.d. niet te vermijden, maar die begrippen zijn 'privaatrechtelijk geijkt' en dat is bij het begrip algemeen belang niet het geval. Het lijkt de commissie daarom ongewenst een dergelijk begrip te introduceren, omdat het onderscheidend vermogen mist. De Minister is blijkens de MvA niet overtuigd en wijst er bovendien op dat het begrip in meerdere bepalingen voorkomt en dat dit ook volledig in de lijn ligt van de rechtsontwikkeling, die meebrengt dat in het privaatrecht niet alleen met privébelangen rekening moet worden gehouden, maar ook met algemene belangen van publieke aard.

Tijdens de mondelinge behandeling rezen nog problemen met betrekking tot de vraag of de rechter wel strijd met het algemeen belang zou kunnen constateren. Hierbij werd door de kamercommissie opgemerkt dat de vraag of bepaalde hinder in het algemeen belang moet worden geduld of niet een typisch administratiefrechtelijke vraag was, waarover de burgerlijke rechter alleen maar marginaal zou kunnen oordelen. De Minister zegde daarop een nota toe[53] over de wijze waarop de burgerlijke rechter het algemeen belang hanteert.

De nota begint met er op te wijzen dat telkens wanneer de wetgever de rechtsvorming aan de rechter heeft overgelaten deze mede op het algemeen belang heeft te letten, omdat de rechtsvorming zich slechts dan redelijk kan voltrekken, wanneer de rechter rekening houdt met zowel persoonlijke als maatschappelijke belangen. Daarnaast zijn er gevallen waarin de wet aan de burgerlijke rechter in meer specifieke vorm voorschrijft algemene belangen te beoordelen of daaraan te toetsen. Met betrekking tot die gevallen onderscheid de nota de volgende groepen:

a. Een wetsbepaling draagt aan de rechter op te beoordelen of een algemeen of openbaar belang aanwezig is. Als voorbeeld wordt genoemd HR 24-3-1926, NJ 1926, 513 betreffende het huidige art. 24 onder 1, voorlaatste alinea van de Successiewet, in zoverre dus een atypisch voorbeeld omdat het hier om belastingrechtspraak gaat. Daarbij gaat het in die gevallen vaak om beroep dat de overheid doet op het algemeen belang ter ondersteuning van haar bevoegdheid. Andere voorbeelden van deze categorie zijn art. 337, 345 en 355 Boek 2 NBW en de artikelen 7.4.6.8 en 7.5.6.5 en 7.5.9.1.
b. Een wetsbepaling draagt de rechter op om met het algemeen belang rekening te houden of om dit tegen andere belangen af te wegen. Voorbeelden: art. 3.7.1.1 (rekening houden met algemeen belang bij vaststellen van een beheersregeling met betrekking tot gemeenschappelijke goederen door de kan-

tonrechter) en 3.7.1.14 (idem bij verdeling van gemeenschappelijke goederen door de rechter).

c. In gevallen waarin een afweging van belangen in algemene termen wordt voorgeschreven, komt de rechtspraak van de burgerlijke rechter tot een uitdrukkelijk meewegen van het algemeen belang. Voorbeeld: Bij de afweging genoemd in art. 18b en de Huurwet moet volgens de HR rekening worden gehouden met het volkshuisvestingsbelang als de gemeente optreedt als verhuurster van woningen (HR 8-11-1974, NJ 1975, 240). Een ander meer recent voorbeeld is de omstreden levering van openbare nutsvoorzieningen aan krakers. Volgens de HR kan de gemeente terecht menen dat om redenen van algemeen belang de levering moet worden voortgezet ondanks bezwaren van de eigenaar (HR 25-9-1981, NJ 1982, 315 m.n. CJHB).
d. Het algemeen belang kan voorts en zal spelen, wanneer het er om gaat een bepaalde rechtsverhouding te doorbreken. De artikelen 5.6.8 (mogelijkheid van wijziging of opheffing door de rechter van de erfdienstbaarheid in het algemeen belang) en 6.5.3.12 (idem voor contractuele verplichtingen van voortdurende aard) zijn voorbeelden van dergelijke situaties. Op de betekenis van 6.5.3.11 (imprévision) kom ik hierna bij het onderdeel over de overeenkomst terug.
e. In bepaalde gevallen kan bij een beroep op overmacht (6.1.8.2) een beroep op het algemeen belang een rol spelen. De nota noemt als voorbeeld HR 15-1-1960, NJ 1960, 84, waarin voor een beroep op overmacht onder meer betekenis werd toegekend aan de mate waarin 'algemene belangen en redelijke beginselen' bij het doel van de actie zijn betrokken.
f. Voorts noemt de nota de gevallen waarin algemene belangen een rechtvaardigingsgrond kunnen vormen voor een in principe onrechtmatige daad. Zoals duidelijk zal zijn behoort 5.1.2 lid 2 tot deze categorie.

Deze voorbeelden adstrueren het hiervoor betoogde dat algemeen belang bepalingen niet identiek zijn met algemeen-rechtelijke bepalingen. Dat neemt evenwel niet weg, dat sommige van deze bepalingen voor ons onderwerp toch van belang zijn, omdat de expliciete verwijzing naar de algemene belangen een aanknopingspunt kan vormen voor het oordeel over het al dan niet toepasselijk zijn van dergelijke bepalingen op rechtsbetrekkingen waarbij de overheid betrokken is. Daarop ga ik nu nader in. Omdat het in het bestek van dit preadvies ondoenlijk is systematisch alle bepalingen op hun algemene toepasselijkheid na te gaan is een verdeling tussen de preadviseurs overeengekomen en worden binnen het toegemeten deel accenten gelegd.

Ik zal mij daarbij richten op het algemeen deel van het verbintenissenrecht (Boek 6) en met name op de overeenkomst en de onrechtmatige daad (§ 6 en 7). Daarnaast zullen nog een aantal andere bepalingen kort worden behandeld (§ 8). Mijn mede-preadviseur zal zich richten op de Boeken 3 en 5.

## 6 Algemeen toepasselijke bepalingen in het contractenrecht

### *6.1 Inleiding*

In dit onderdeel zal worden nagegaan welke bepalingen in het NBW toepasselijk zijn op overeenkomsten waarbij de overheid partij is en meer in het bijzonder op beleidsovereenkomsten.[54] Dit zal gebeuren tegen de achtergrond van de vergelijking met het Duitse recht. Deze vergelijking is illustratief omdat § 62 van het Verwaltungsverfahrensgesetz een bepaling bevat, waarin voor beleidsovereenkomsten (Verwaltungsverträge), naast de overige bepalingen van het VerwverfG, aanvullend de relevante bepalingen van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) toepasselijk verklaard worden. Op basis van de ervaring die in Duitsland inmiddels met dit artikel is opgedaan en de uitleg die daaraan in de doctrine wordt gegeven, zal ik proberen een typologie te ontwikkelen van bepalingen die respectievelijk zonder meer, genuanceerd en niet toepasselijk moeten worden geacht. De gedachte is dat een dergelijke typologie ook voor de Nederlandse situatie een leidraad zou kunnen vormen bij de beantwoording van de vraag welke NBW-bepalingen algemeen toepasselijk zijn en welke niet.

### *6.2 Het Duitse recht; welke BGB-bepalingen zijn toepasselijk?*

#### *6.2.1 Algemeen*

De inhoud van § 62, die aan het eind van titel IV over Verwaltungsverträge staat, luidt als volgt:

'Soweit sich aus den §§ 54-61 (de bepalingen van titel IV (D.L.)) nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend.'

De beantwoording van de vraag welke bepalingen aanvullende gelding hebben vergt, aldus Knack[55], een beoordeling of en in hoeverre (met inachtneming van het dogmatische onderscheid tussen privaat- en publiekrecht) de gedachte, die aan de regel in het privaatrecht ten grondslag ligt, ook aan het Verwaltungsverfahren ten grondslag kan worden gelegd. De gedachte daarbij is dat er in het BGB een groot aantal algemene rechtsregels staan, die hetzij direct, hetzij indirect op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen toepasbaar zijn. In het algemeen wordt aangenomen, dat de regeling van § 62 weliswaar in de eerste plaats betrekking heeft op de bepalingen van het BGB over overeenkomsten, maar daarnaast ook ziet op andere relevante bepalingen.

Obermayer wijst er in dit verband op, dat privaatrechtelijke regels slechts in zoverre van toepassing zijn dat het moet gaan om regels, die 'das Wesen des Vertrages an sich regeln und nicht typisch privatrechtliche (dem Grundsatz der Vertragsfreiheid zugeordnete) Rechtsfolgen entstehen lassen'.[56] In het boek van Obermayer vinden we ook de meest uitgebreide beschouwing over § 62 en ik zal me in het navolgende dan ook in hoofdzaak daarop baseren.

*6.2.2 'Open' normen*

Zonder meer toepasselijk zijn volgens de meeste schrijvers algemene bepalingen als die van § 242 en § 157. § 242 bindt de schuldenaar bij de uitvoering van de overeenkomst aan het beginsel van Treu und Glauben. Dat deze bepaling van toepassing is spreekt vanzelf omdat het genoemde beginsel tevens als een beginsel van publiekrecht wordt gezien. Het is dus in wezen een algemeen rechtelijk beginsel, dat al naar de concrete omstandigheden van het geval moet worden ingevuld. Hetzelfde geldt voor § 157,[57] waarin Trau und Glauben een rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst. Uitleg naar Trau und Glauben vereist, aldus Forsthoff,[58] rekening houden met publieke belangen. Wel is de ruimte voor een 'aanvullende' interpretatie, wegens de krachtens § 57 VerwverfG geëiste schriftelijke vorm beperkt.

Een ander voorbeeld van deze algemene bepalingen vormt § 276, waarin de aansprakelijkheid voor opzet en eigen schuld van de schuldenaar is geregeld. Weliswaar meent Obermayer dat het in deze paragraaf voorkomende begrip Fahrlässigkeit voor overheid en burger een verschillende betekenis kan hebben, dat doet echter aan de principiële toepasselijkheid van dat artikel niet af. De toepasselijkheid van dit soort bepalingen vloeit voort uit het voorkomen van 'open' normen, waardoor er ruimte is aan de specifieke eisen van het concrete geval tegemoet te komen. In welke mate dit gebeurt hangt dus van de rechter af.

*6.2.3 Bepalingen betreffende de structuur van de overeenkomst*

Er is nog een ander type bepalingen, waarvan in het Duitse recht in het algemeen wordt aangenomen dat zij gelijkelijk op privaatrechtelijke en publiekrechtelijke overeenkomsten van toepassing zijn. Deze hebben betrekking op algemene kenmerken van de overeenkomst als rechtsfiguur en vormen als het ware de bouwstenen van de overeenkomst. Aangezien de structuur van de overeenkomst in privaat- en publiekrecht gelijk is kunnen ook deze bepalingen over de hele linie gelding hebben.

Tot deze categorie behoren bepalingen over de totstandkoming van de overeenkomst met name over aanbod en acceptatie (§ 145-§ 150, § 156) en wilsverklaring (§ 116-§ 118).[59] De bepalingen over wilsgebreken zijn in principe wel toepasselijk, maar moeten worden gezien in samenhang met een aantal specifieke bepalingen in het VerwverfG. Zo houdt bijvoorbeeld § 24 VerwverfG een informatieplicht voor de overheid in, die het beroep op misleiding beperkt. De bepalingen omtrent nietigheid van een overeenkomst (§ 134-§139) zijn rechtstreeks van toepassing op grond van § 59 VerwverfG, en dus niet aanvullend op grond van § 62 VerwverfG. Daarbij dient te worden bedacht dat § 59 VerwverfG voor overeenkomsten over de hantering van publiekrechtelijke (beschikkings)bevoegdheden een aantal specifieke nietigheidsgronden bevat.[60]

Eveneens toepasselijk is § 140 over conversie, met dien verstande dat de nieuwe overeenkomst ook moet voldoen aan de eisen die het VerwverfG stelt aan een overeenkomst in het algemeen. Opvallend is dat ook de conversie van een publiekrechtelijke overeenkomst in een privaatrechtelijke mogelijk wordt geacht, wanneer partijen het er om te doen was over en weer verplichtingen aan te gaan, die

in de vorm van een privaatrechtelijke overeenkomst rechtsgeldig kunnen worden overeengekomen.[61] Een dergelijke conversie lijkt mij overigens problematisch wanneer het erom zou gaan op die manier de grenzen, die het VerwverfG ter bescherming van de private contractspartner aan de publiekrechtelijke overeenkomst stelt, te omzeilen.

Tenslotte noem ik hier de bepalingen van § 158 en volgende over de betekenis rechtens van de voorwaarde en de tijdsbepaling, waaronder een overeenkomst kan zijn aangegaan.

### *6.2.4 Wanprestatie*

In principe zijn ook de bepalingen omtrent wanprestatie toepasselijk, wanneer althans in het publiekrecht geen specifieke regels voorkomen. Dat is gedeeltelijk wel het geval. In § 61 van het VerwverfG wordt een speciale regel gegeven voor opzegging of wijziging van een overeenkomst in geval van veranderde omstandigheden. In de eerste plaats wordt in het algemeen (dat wil zeggen geldend voor zowel de overheid als zijn contractspartner) bepaald dat opzegging of wijziging mogelijk is in geval van veranderde omstandigheden wanneer onveranderde nakoming in redelijkheid niet kan worden gevergd. Maar daarnaast wordt aan de overheid het recht van opzegging apart gegeven 'um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen'.[62]

Voor het overige zijn de bepalingen uit het BGB van toepassing. Uiteraard speelt hier een rol § 242, de eisen van Treu und Glauben gelden ook voor de uitvoering van de overeenkomst. Daarnaast zijn te noemen de bepalingen die de rechtsgevolgen regelen van het onmogelijk worden van de overeengekomen prestatie (§ 275, § 280, § 323, § 324, § 325).[63] Ook de bepalingen omtrent verzuim zijn in het algemeen van toepassing (§ 293-§304, § 326).[64]

Als derde vorm van wanprestatie worden van toepassing geacht de niet gecodificeerde, maar door rechtspraak en doctrine ontwikkelde regels omtrent positieve Vertragsverletzung. Daaronder wordt verstaan: een zodanig in het kader van de overeenkomst handelen of nalaten, dat de contractspartij daarvan nadeel ondervindt, zonder dat dit tot een onmogelijkheid om te presteren of een te laat presteren leidt.[65]

### *6.2.5 Schadevergoeding*

Een eventuele schadevergoedingsplicht kan zowel voortvloeien uit onrechtmatige gedragingen in het kader van het totstandkomen van de overeenkomst (culpa in contrahendo) als bij gebreken in de uitvoering van de overeenkomst. Het oordeel over deze schadevergoedingsplicht komt sinds de wijziging van de Verwaltungsgerichtsordnung (VwGo) toe aan de administratieve rechter.

### *6.2.6 Boetebedingen*

Tenslotte noemt Obermayer als 'weitgehend anwendbar' de regels over de contractuele boetebedingen. Uit het vervolg van zijn betoog blijkt echter dat de vrijheid om boeteclausules op te nemen op twee manieren wordt beperkt.

Aan de kant van de overheid geldt, dat deze niet accoord mag gaan met boe-

tebedingen, die in aanzienlijke mate uitgaan boven hetgeen zij verschuldigd zou zijn uit hoofde van een schadevergoeding bij wanprestatie. Anders zou het beding in strijd komen met het 'als allgemeiner Rechtsgrundsatz[66] anerkannte Gebot der sparsamen Wirtschaftsführung'. Bovendien geldt ook voor het boetebeding de algemene regel van § 56, lid 1 VerwverfG, die inhoudt dat in de zogenaamde subordinationsrechtliche[67] overeenkomsten de prestatie waartoe de wederpartij van de overheid zich verplicht 'den gesamten Umständen nach angemessen' moet zijn en 'im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde' moet staan. Ook op het boetebeding is dus het meer algemeen geldende proportionaliteitsbeginsel van toepassing.

*6.2.7 Conclusie*

Wanneer we het bovenstaande overzien lijkt het erop dat er eigenlijk geen bepalingen kunnen worden aangewezen die principieel niet van toepassing kunnen worden geacht. Sommige bepalingen zijn zonder meer van toepassing, andere geclausuleerd, terwijl nog andere door hun open karakter de mogelijkheid van nuancering in zich dragen. Daarbij is het kennelijk lastig aan te geven welke bepalingen nu expliciet niet toepasselijk zijn omdat ze, zoals Obermayer zelf zegt, gericht zijn op het totstandkomen van typisch privaatrechtelijke, aan de contractsvrijheid georiënteerde, rechtsgevolgen.[68] Het is opvallend dat in het betoog van Obermayer bepalingen die principieel niet van toepassing zijn nagenoeg niet voorkomen (met uitzondering van die over schuldeisersverzuim, hiervoor genoemd). De aan de beleidsovereenkomst inherente inperking van de contractsvrijheid vindt in hoofdzaak plaats in het VerwverfG zelf, en vooral in de §§ 56, 58, 59 en 60, terwijl door interpretatie van de open normen, zoals Treu und Glauben, aan de specifieke eisen voor een beleidsovereenkomst kan worden voldaan. Tenslotte zijn er de leerstukken van culpa in contrahendo en positieve Vertragsverletzung, die geen expliciete basis in het BGB hebben en die, naar het zich laat aanzien, ruimte bieden voor een inkleuring specifiek voor beleidsovereenkomsten.[69]

De conclusie moet dan ook zijn dat aan de werking van § 62 VerwverfG een duidelijke typologie van al dan niet toepasselijke BGB-bepalingen niet valt te ontlenen. Veel verder dan de indeling in open normen en regels die inherent zijn aan algemene kenmerken van de structuur van de overeenkomst komen we daarbij niet; een dergelijke typologie geeft echter weinig houvast. Ook in het Duitse systeem, waarin de beleidsovereenkomst een regeling in de publiekrechtelijke sfeer heeft gekregen, blijft veel overgelaten aan de interpretatie door de rechter. Daarbij moet wel worden opgemerkt, dat deze interpretatie, die een inkleuring van uit het privaatrecht stammende normen voor publiekrechtelijke rechtsverhoudingen moet inhouden, gebeurt door de administratieve rechter.

## *6.3 Is een typologie voor het Nederlandse contractenrecht mogelijk?*

*6.3.1 Inleiding*

Terugkerend naar het Nederlandse recht blijft de vraag staan hoe de algemene,

hiervoor in de hoofdstukken 3 en 4 verdedigde, stelling van de principiële toepasbaarheid van uit het privaatrecht stammende algemeenrechtelijke regels op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen nader kan worden gepreciseerd voor het contractenrecht, zonder onmiddellijk te vervallen in een opsomming van concrete wetsartikelen.

In wezen moet dan toch de vraag, die in de Duitse literatuur, zoals we zagen, wel wordt gesteld maar niet beantwoord, nader worden bekeken. De vraag welke kenmerken aan de overeenkomst als algemeen rechtelijke rechtsfiguur eigen zijn en welke een uitdrukking zijn van de overeenkomst, zoals die in het privaatrechtelijke rechtssysteem gestalte heeft gekregen. En vervolgens moet worden nagegaan welke op deze kenmerken betrekking hebbende rechtsregels nu van typisch privaatrechtelijke aard zijn en welke niet. Het gaat dan in wezen om de beginselen van het contractenrecht.

De vraag naar de beginselen die het contractenrecht beheersen is zo oud als het recht zelf en ik heb niet de pretentie aan die discussie iets nieuws toe te voegen; toch moet ik er iets over zeggen omdat het mijns inziens van belang is voor ons onderwerp. Alle handboeken besteden in meer of mindere mate aandacht aan beginselen van contractenrecht. De meest genoemde zijn contractsvrijheid, vormvrijheid (consensualisme), billijkheid en de bindende kracht (pacta sunt servanda).[70] Deze beginselen zijn te beschouwen als belangrijke kenmerken van het contractenrecht.

Nieuwenhuis, die in 1979 promoveerde op het boek *Drie beginselen van contractenrecht*,[71] ziet de door hem besproken beginselen niet zozeer als kenmerken van het contractenrecht maar vooral als beginselen ter rechtvaardiging van de verbindende kracht van de overeenkomst. De door hem onderscheiden beginselen te weten het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel vormen dus een nadere uitwerking en onderbouwing van het pacta sunt servanda-beginsel. Het autonomiebeginsel heeft in zoverre relatie met het beginsel van de contractsvrijheid, dat het eerstgenoemde het laatstgenoemde vooronderstelt.[72] Ik ga op hetgeen Nieuwenhuis betoogt bij de behandeling van de vraag naar de gebondenheid aan de overeenkomst iets verder in.

### *6.3.2 Contractsvrijheid*

Sprekend over contractsvrijheid is een welhaast obligate vermelding dat deze (ook) in het privaatrecht niet onbepaald is en steeds sterker wordt beperkt, niet in het minst door regels van publiekrecht. Desalniettemin is de contractsvrijheid in beginsel een kenmerkende eigenschap van het contractenrecht; in ieder geval voor het contractenrecht, zoals dat in het privaatrecht is ontwikkeld. Is contractsvrijheid nu ook een algemeen rechtelijk beginsel van contractenrecht, zodat het ook gelding heeft voor publiekrechtelijke contractsverhoudingen? Dat hangt af van hetgeen men voor ogen heeft. Contractsvrijheid kan op verschillende manieren worden verstaan, te weten:

a. de vrijheid om contracten te sluiten ook wanneer daartoe niet expliciet een wettelijke bevoegdheid bestaat;
b. de vrijheid om te contracteren met wie men wil;
c. de vrijheid om te contracten waarover men wil.

*Ad a.* Deze interpretatie van contractsvrijheid is er een vanuit publiekrechtelijk zicht. In het privaatrecht spreekt dat vanzelf, in publiekrechtelijke verhoudingen is dat minder vanzelfsprekend.[73] Niettemin wordt naar geldend recht aangenomen dat ook voor de overheid in deze zin contractsvrijheid geldt, ook wanneer het gaat om publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening.

*Ad b.* De problemen met deze vorm van contractsvrijheid komen vaak op, wanneer het gaat om contractsweigering. In het algemeen wordt aangenomen dat voor de overheid een dergelijke negatieve contractsvrijheid niet bestaat. Althans wordt deze sterk beperkt door de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarbij speelt het gelijkheidsbeginsel een belangrijke rol. Ik zou willen aannemen dat wanneer het gaat om beleidsovereenkomsten in deze zin contractsvrijheid niet bestaat.[74]

*Ad c.* Hier gaat het om de inhoud van het contract. Algemeen wordt aangenomen, dat de contractsvrijheid in deze zin wordt bepaald door regels van publiekrecht. Art. 3.1.1.15 NBW bepaalt dat nu uitdrukkelijk. Het gaat daarbij zowel om regels van geschreven als ongeschreven recht. Hoe deze algemene regel uitwerkt zal in de eerste plaats sterk worden bepaald door de interpretatie die men aan de regels van publiekrecht geeft. In jurisprudentie en doctrine is zichtbaar dat men, over de vraag of en in hoeverre publiekrechtelijke regels aan het sluiten van een contract in de weg staan, van mening kan verschillen.[75] Mijn standpunt is dat gezien de beleidsinstrumentele functie van de overeenkomst niet te snel met een beroep op de contractsvrijheid moet worden aangenomen dat publiekrechtelijke regels geen doorslaggevende betekenis hebben. Daarbij is het vooral ongelukkig dat wel eens – zoals soms in de jurisprudentie gebeurt – een scheiding wordt aangebracht tussen het beleidsmatig optreden van de overheid in de vorm van het privaatrecht en het optreden van de overheid op grond van publiekrechtelijke bevoegdheden. In dergelijke gevallen moet worden gelet op de materiële samenhang tussen beide vormen van overheidsoptreden. Dat betekent bijvoorbeeld dat aan het beweerde privaatrechtelijke karakter van de overeenkomst op zichzelf geen argumenten kunnen worden ontleend wat betreft een grotere ruimte voor het creëren van verplichtingen voor de contractspartner dan bij wijze van vergunningsvoorschrift mogelijk is.[76]

Een ander argument dat wel te berde wordt gebracht om te betogen, dat de overeenkomst inhoudelijk meer ruimte geeft dan de beschikking, wordt gevonden in het tweezijdig karakter van de overeenkomst. Nu bij de overeenkomst de gebondenheid in principe is gebaseerd op wilsovereenstemming zouden overeenkomst en beschikking ook qua inhoudelijke mogelijkheden niet over één kam mogen worden geschoren. Ook voor de overheid en zijn contractspartner geldt het 'volenti non fit iniuria'. Voorzover het gaat om vrije bevoegdheden zijn er inderdaad goede gronden om deze ruimte enigszins open te laten, zij het onder bepaalde voorwaarden. Deze voorwaarden zijn: er moet een evenwicht bestaan tussen de prestaties over en weer, en de betreffende tegenprestate moet in casu het meest geschikt worden geacht om het gewenste doel te bereiken terwijl aan de burger het minste nadeel wordt toegebracht.[77]

Uiteraard kunnen dergelijke regels tot gelding worden gebracht door een specifieke wettelijke regeling zoals in Duitsland. Ook toetsing aan sommige van de a.b.b.b. kan hier een rol spelen. Voor ons onderwerp is echter van belang in hoeverre privaatrechtelijke regels hier een adequate oplossing kunnen geven. Daarbij kan dan worden gedacht aan toepasselijkheid van het in 3.2.10 NBW als wilsgebrek geregelde leerstuk van misbruik van omstandigheden. Daarover straks meer.

*Conclusie*

Het bovenstaande overziende moet de conclusie zijn dat de vraag, of voor beleidsovereenkomsten wel of niet het beginsel van de contractsvrijheid geldt, niet zonder meer met ja of nee kan worden beantwoord. Een stelling, zoals die van Obermayer, inhoudende dat de regels die gericht zijn op het vormgeven aan de contractsvrijheid per definitie niet gelden voor beleidsovereenkomsten zou ik dan ook niet zo maar voor mijn rekening willen nemen. Het zal er ook hier op aan komen hoe de betreffende regels worden geïnterpreteerd en gehanteerd.

### *6.3.3 Pacta sunt servanda*

In de meeste[78] beschouwingen over beleidsovereenkomsten wordt tegenwoordig betoogd dat het pacta sunt servanda beginsel ten principale ook voor de overheid geldt. Naar mijn mening terecht. De gebondenheid van de overheid aan de overeenkomst hoeft mijns inziens dan ook niet te worden gebaseerd op de beginselen van behoorlijk bestuur,[79] maar vloeit uit het rechtskarakter van de overeenkomst zelf voort, zo heb ik destijds gesteld. Men kan zich echter de vraag stellen of met dit standpunt veel is gewonnen. Want op welk beginsel of op welke beginselen berust die bindende kracht nu, en liggen die beginselen niet in de buurt van of zijn zelfs dezelfde als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan hier vooral het vertrouwensbeginsel van belang is?

Hier komen we terug op de beginselen die door Nieuwenhuis ter rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid zijn onderscheiden. Zoals we zagen waren dat het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel. Wanneer deze beginselen kunnen worden beschouwd als de grondslagen van de contractuele gebondenheid en deze gebondenheid geldt ten principale ook voor de overheid als contractspartner, dan zouden deze beginselen ook voor beleidsovereenkomsten betekenis moeten hebben en algemeen toepasselijk zijn. Het is dus van belang te bezien wat deze beginselen inhouden.

Bij de invulling van het autonomiebeginsel gaat het om zelfontplooiing, aldus Nieuwenhuis.[80] Essentieel is dat de gebondenheid van elk der partijen berust op toestemming. Het autonomiebeginsel verzet zich tegen het aannemen van gebondenheid daar, waar deze niet berust op de vrije keuze van betrokkenen. Toch kan in dergelijke gevallen van een gebondenheid wel sprake zijn, namelijk waar het vertrouwensbeginsel dat indiceert. Het contractenrecht wordt beheerst door zowel het autonomie- als het vertrouwensbeginsel, in een zekere mengverhouding. In hoeverre het vertrouwensbeginsel afbreuk kan doen aan het autonomiebeginsel is niet in abstracto te zeggen. Dat zal afhangen van de mate waarin het

vasthouden aan het autonomiebeginsel strijdt met de eisen van het rechtsverkeer. Het autonomiebeginsel wordt dus beperkt door de werking van het vertrouwensbeginsel. De omvang van deze beperking hangt af van de situatie in concreto. In sommige gevallen vloeit uit de werking van het vertrouwensbeginsel voort de geldigheid van de overeenkomst (positieve bescherming), in andere gevallen is er geen sprake van geldigheid, maar kan er slechts aanspraak worden gemaakt op een financiële compensatie. Daardoor wordt degene die vertrouwen koesterde in dezelfde situatie gebracht als waarin hij zou verkeren als hij dit vertrouwen niet zou hebben gehad (negatieve bescherming).

Deze verschillen in werking van het vertrouwensbeginsel worden door Nieuwenhuis teruggevoerd op een structurele tweewaardigheid van dit beginsel. Het vertrouwensbeginsel wordt gevoed door twee polariserende waarden: rechtszekerheid en rechtvaardigheid. De rechtszekerheid verlangt bescherming van vertrouwen omdat zonder het honoreren van redelijke verwachtingen de voorspelbaarheid van het maatschappelijk verkeer tot het nulpunt zou dalen. De vergeldende rechtvaardigheid eist bescherming van vertrouwen omdat het niet inlossen van gewekt vertrouwen vaak leidt tot schade bij de fidens. Daarbij wijzen deze twee waarden terzake van bepaalde oplossingen in verschillende richting. De rechtszekerheid is het beste gediend met de geldigheid van de rechtshandeling, dus de positieve bescherming. Uit het oogpunt van rechtvaardigheid is het voldoende alleen in die gevallen vertrouwensbescherming te geven, waarin er in het licht van dat vertrouwen handelingen zijn verricht, die ertoe leiden, dat de fidens schade lijdt wanneer zijn vertrouwen niet wordt gehonoreerd; alsdan is schadevergoeding voldoende.[81]

M.b.t. het causa-beginsel tenslotte stelt Nieuwenhuis dat hoewel het causa*vereiste* in het NBW is vervallen,[82] het causa*beginsel* in het contractenrecht is gehandhaafd. En wel op twee manieren. Ten eerste als complement op de toestemming van partijen ter rechtvaardiging van de bindende kracht van de overeenkomst en ten tweede ter beperking van de consequentie van ongeldigheid van de overeenkomst bij een gebrek in de toestemming.

De vraag is nu of deze beginselen als grondslagen van de contractuele gebondenheid ook gelden voor beleidsovereenkomsten. Ik heb zoëven het standpunt ingenomen dat de negatieve contractsvrijheid bij beleidsovereenkomsten in beginsel niet bestaat. Dat heeft ook consequenties voor het autonomiebeginsel. Wanneer de overheid contracteert staat niet haar zelfontplooiing voorop. Het feit dat het bij de beleidsovereenkomst gaat om een instrument ter behartiging van de specifieke overheidstaken brengt met zich mee dat het niet alleen – en zelfs niet in hoofdzaak – gaat om zelfontplooiing van de overheid als eigen belang,[83] maar om de behartiging van het algemeen belang, dat boven het eigen belang van de overheid uitgaat. Daaraan is inherent, dat publiekrechtelijke bevoegdheden slechts mogen worden uitgeoefend binnen de grenzen van en op de manier zoals is af te leiden uit de wettelijke regeling waarop zij berusten. Daaruit vloeit voort dat niet op dezelfde manier van de overheid geldt wat Nieuwenhuis ten aanzien van de gebondenheid aan de privaatrechtelijke overeenkomst in het algemeen stelt: 'De overeenkomst is het instrument om *desverkiezend* rechtsbe-

trekkingen aan te knopen. Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden omdat en voorzover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is redelijk omdat en voorzover het *hun* overeenkomst is. Het autonomiebeginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.' De keuzevrijheid is voor de overheid beperkt en wat de overheid wil c.q. waar zij haar toestemming voor geeft, moet worden bepaald op grond van toepasselijke publiekrechtelijke normen en niet zozeer op basis van autonomie van de wilsvorming. Dat is zelfs zo in die gevallen waarin sprake is van beleidsvrijheid van de overheid. Beleidsvrijheid is niet hetzelfde als privaatrechtelijke autonomie. Daarop heeft Hirsch Ballin in zijn NJV-preadvies van 1983 nog eens uitdrukkelijk gewezen.[84]

Dat betekent dat de werking van het vertrouwensbeginsel als basis voor de contractuele gebondenheid in publiekrechtelijke verhoudingen niet kan worden gezien als een correctie op het beginsel van de autonomie. Welke betekenis heeft het vertrouwensbeginsel dan wel?

In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat de situaties die Nieuwenhuis behandelt, vallen onder de categorie niet-kloppend vertrouwen.[85] Daarmee wordt bedoeld, die categorie van gevallen waarin het vertrouwen vanuit het gezichtspunt van de verwekker ten onrechte is opgewekt. Het vertrouwensbeginsel corrigeert het ontbreken van de toestemming. Daarnaast werkt het vertrouwensbeginsel ook als het vertrouwen wel terecht is opgewekt en vormt dan de – niet problematische – basis van (onder meer) de contractuele gebondenheid. Daarbij komt dan vaak het vertrouwensbeginsel niet meer aan de orde omdat de wet aan bepaalde rechtshandelingen duidelijke rechtsgevolgen verbindt. Zo ook bij de contractuele gebondenheid. Dat is in wezen ook de reden waarom ik ter verklaring van de contractuele gebondenheid het vertrouwensbeginsel kan missen.[86] Het is dus wel begrijpelijk dat Nieuwenhuis deze categorie niet behandelt en ook Scholten merkt op dat de categorie van het kloppend vertrouwen lang zo interessant niet is als die van het niet-kloppend vertrouwen, en houdt zich verder met de laatste categorie bezig.

In het publiekrecht lijkt het vertrouwensbeginsel in de vorm van kloppend vertrouwen een grotere rol te spelen, zo bijvoorbeeld bij de binding aan beleidsregels en toezeggingen. Daarnaast komt ook het niet-kloppend vertrouwen aan de orde bij de zogenaamde contra legem werking van het vertrouwensbeginsel.[87]

Het vertrouwensbeginsel in het privaatrecht speelt veelal een rol bij de beantwoording van de vraag of een door de wet aan een rechtshandeling verbonden rechtsgevolg moet intreden, wanneer er aan de vereisten voor rechtsgeldigheid iets mankeert. In het publiekrecht gaat het bij de werking van het vertrouwensbeginsel vaak om de vraag of aan een gedraging of handeling van de overheid in een bepaald geval rechtsgevolgen moeten worden verbonden wanneer de wet daarover zwijgt en er twijfel bestaat of er wel sprake is van een rechtshandeling. Uiteraard komt dat laatste in het privaatrecht ook voor (zoals bij precontractuele verhoudingen en vertegenwoordigingsvragen), net zo goed als het bij contra-legem werking van het vertrouwensbeginsel om de eerstgenoemde vraag gaat. In

zijn algemeenheid gaat de stelling echter wel op. Met het maken van dit verschil is overigens de vraag naar de betekenis van het vertrouwensbeginsel als basis voor contractuele gebondenheid van de overheid nog niet beantwoord. Duidelijk is wel dat we in publiekrechtelijke verhoudingen het vertrouwensbeginsel als verklaring voor de contractuele gebondenheid in situaties van kloppend vertrouwen niet nodig hebben. Maar wanneer het gaat om niet-kloppend vertrouwen[88] hangt het ervan af of we te maken hebben met vrije of gebonden bevoegdheden waarover de overheid contracteert. In de laatste situaties corrigeert het vertrouwensbeginsel niet de autonomie van de partijwil, maar het (te) rigide toepassen van de (wettelijke) normen waaraan de overheid ook bij het sluiten van contracten gebonden is. In die gevallen gaat het om een contra-legem werking van het vertrouwensbeginsel. Bij contracteren over vrije bevoegdheden beperkt het vertrouwensbeginsel die beleidsvrijheid.

Tot welke uitkomst de werking van het vertrouwensbeginsel in concreto moet leiden is in zijn algemeenheid niet te zeggen. Wel is te zeggen, dat het element van belangenafweging, dat Scholten onderkent bij niet-kloppend vertrouwen, in publiekrechtelijke verhoudingen altijd een rol speelt. Waar bij de besluitvorming door de overheid belangen van derden betrokken zijn – en dat is vaak het geval – kan ook de vraag of kloppend vertrouwen moet worden gehonoreerd niet zonder belangenafweging worden beantwoord. Daarbij kan de balans tussen de twee door Nieuwenhuis onderscheiden aspecten van rechtzekerheid en vergeldende rechtvaardigheid anders liggen dan in het privaatrecht het geval is. In het algemeen nemen we in het publiekrecht aan dat schending van vertrouwensbeginsel leidt tot de verplichting het vertrouwen positief te honoreren: de beschikking moet worden gegeven en niet kan worden volstaan met schadevergoeding in een situatie waarin voortbouwend op het vertrouwen schade is geleden. Veel zal in dit verband overigens afhangen van wat in een bepaald geval als *gerechtvaardigd* opgewekt vertrouwen mag worden aangemerkt.

Het derde beginsel dat Nieuwenhuis aan de contractuele gebondenheid ten grondslag legt is, zoals we zagen, het causa-beginsel. Hij wijst er op dat – ondanks het vervallen van het vereiste van de geoorloofde oorzaak – de causale structuur van de wederkerige overeenkomst in het NBW blijft gehandhaafd. Dat blijkt uit art. 6.5.4.1 lid 1 en vooral ook uit de regeling van de exceptio non adimpleti contractus in 6.5.4.2, terwijl ook uit de regeling van onverschuldigde betaling in 6.4.2.1 lid 1 blijkt dat de rechtsgrond van de verbintenis van belang blijft. Bij de uitwerking wordt de werking van het causa-beginsel overigens toegespitst op de beperkingen die het stelt aan een beroep op wilsgebreken. Zo moet dwaling betrekking hebben op het eigenlijke doel van de overeenkomst, terwijl moet vaststaan dat zónder die dwaling de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Het gaat hier in wezen over de ruilrechtvaardigheid, waaraan twee aspecten vallen te onderkennen. De eerste is dat de over en weer bedongen verbintenissen elkaars lot delen en de tweede is dat de verplichtingen over en weer gelijkwaardig zijn.

Wat betreft het eerste aspect kan mijns inziens worden staande gehouden dat

dit gelijkelijk geldt in contractuele verhoudingen met de overheid. Hoewel een beschikking niet als een tweezijdige rechtshandeling kan worden aangemerkt en van over en weer bedongen verbintenissen geen sprake kan zijn, zien we zelfs daar dat, wanneer de begunstigde zich niet aan bijvoorbeeld de vergunningvoorschriften houdt, dat consequenties heeft voor de 'verplichting' van de overheid: hij kan de beschikking intrekken. A fortiori moet wanneer het gaat om (wederkerige) beleidsovereenkomsten worden aangenomen dat de prestaties over en weer gekoppeld zijn en dat regelingen als exceptio non adimpleti contractus en onverschuldigde betaling van toepassing zijn.

Iets gecompliceerder ligt het bij het tweede aspect, de gelijkwaardigheid van de prestaties over en weer. Zoals we zagen kent het Duitse recht het proportionaliteitsbeginsel. Kern daarvan is dat er niet een grote onevenredigheid mag bestaan tussen de prestaties over en weer en dat er bovendien een zakelijke samenhang moet zijn tussen de bedongen prestaties. Ik heb verdedigd dat dit ook voor het Nederlandse recht zou moeten gelden.[89] Deze eis van proportionaliteit stelt grenzen aan de inhoud van de overeenkomst. Juist op dat punt neemt Nieuwenhuis voor het privaatrecht een ander standpunt in. Hij meent dat voorzover ruilrechtvaardigheid gelijkwaardigheid veronderstelt deze gelijkwaardigheid betrekking heeft op de procedure waarlangs de verbintenissen tot stand komen (de wijze van toestandkoming van de overeenkomst) en niet op het resultaat van die procedure (de inhoud van de overeenkomst). Een overeenkomst is volgens hem niet rechtvaardig als de bedongen prestaties gelijkwaardig zijn, maar de over en weer bedongen prestaties zijn rechtvaardig wanneer zij berusten op een 'gelijkwaardige' overeenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst die is totstandgekomen tussen twee gelijkwaardige partijen. De veronderstelling is dus dat wanneer de overeenkomst in vrijheid is tot stand gekomen de inhoud daarom rechtvaardig is. Deze veronderstelling is gezien de rol die het autonomiebeginsel in het privaatrechtelijk contractenrecht speelt ook wel gewettigd. Maar juist omdat deze redenering in wezen weer teruggrijpt op het autonomiebeginsel komt men er in publiekrechtelijke verhoudingen niet mee uit. Ten eerste niet omdat de notie van gelijkwaardigheid in de relatie overheid-burger al problematisch is, maar in de tweede plaats ook niet omdat, ook al zou het gaan om een in vrijheid gesloten contract, van de overheid moet worden geëist dat zij geen overeenkomsten sluit, die niet voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het hierboven genoemde proportionaliteitsbeginsel. De overheid is in dit opzicht niet zo vrij als een particulier.

Dat betekent dat waar het leerstuk van misbruik van omstandigheden, zoals Nieuwenhuis laat zien,[90] gericht is op de wijze van totstandkoming en niet op de inhoud van de overeenkomst, dat niet voldoende mogelijkheden biedt om de noodzakelijke grenzen aan de inhoud van de beleidsovereenkomst te bepalen. Het lijkt waarschijnlijk dat er op dit punt aanvullende regels moeten worden gesteld.

*Conclusie*

Tot welke conclusie leidt nu deze beschouwing over de toepasselijkheid van die beginselen van contractenrecht op beleidsovereenkomsten?

In de eerste plaats is geconstateerd dat het autonomiebeginsel niet als het leidend beginsel voor de gebondenheid aan dergelijke contracten kan worden erkend. In de tweede plaats dat het vertrouwensbeginsel ook bij beleidsovereenkomsten een belangrijk beginsel is, waarin de verklaring van de gebondenheid aan de overeenkomst primair moet worden gezocht. Het specifieke karakter van de taakuitoefening en daaruit voortvloeiende beslissingen van de overheid brengt met zich mee dat bij toepassing van het vertrouwensbeginsel altijd een belangenafweging moet plaatsvinden. Daarbij kan de balans tussen het rechtszekerheids- en rechtvaardigheidsaspect van het vertrouwensbeginsel anders komen te liggen dan in privaatrechtelijke verhoudingen. Ten derde moet worden geconcludeerd dat het causa-beginsel, zoals dat in het privaatrecht functioneert, ten aanzien van de grenzen aan de inhoud van de overeenkomst onvoldoende waarborgen biedt om tot een adequate beperking te komen van de contractsvrijheid zoals die in publiekrechtelijke verhoudingen zou moeten gelden.

De kardinale vraag die nu moet worden beantwoord is of deze conclusies ons nu verder helpen bij het ontwikkelen van een typologie van bepalingen van contractenrecht die wel dan wel niet of niet volledig van toepassing zijn op publiekrechtelijke verhoudingen. Dat is maar betrekkelijk het geval. Het afwijzen van het autonomiebeginsel als grondslag voor de contractuele gebondenheid leidt tot de gedachte dat verschillen tussen privaat- en publiekrechtelijke verhoudingen vooral zullen optreden in het stadium van het tot stand komen van de contractuele gebondenheid, de precontractuele fase daarbij inbegrepen. De conclusie ten aanzien van het causa-beginsel brengt met zich mee dat de grenzen die aan de contractsvrijheid in publiekrechtelijke verhoudingen moeten worden gesteld mede door andere beginselen moeten worden bepaald. De primaire functie van het vertrouwensbeginsel als grondslag voor de contractuele gebondenheid tenslotte brengt met zich, dat wanneer de overheid een rechtsgeldige overeenkomst is aangegaan zij daaraan in principe gebonden is zoals ieder ander. Zo kom ik via een andere weg toch in wezen tot dezelfde slotsom als in mijn dissertatie, waar ik ook verdedigde dat de civielrechtelijke bepalingen ten aanzien van de rechtsgevolgen van de overeenkomst zouden moeten gelden en ook voldoende ruimte bieden om aan de specifieke eisen die aan de beleidsovereenkomst moeten worden gesteld te voldoen. Waar het gaat om het aangaan van de overeenkomst en de inhoud daarvan zouden specifieke regels moeten worden ontwikkeld. Daarbij moet worden aangetekend dat het bij regels omtrent het aangaan van de overeenkomst minder gaat om een regeling van de gebondenheid bij afgebroken onderhandelingen, dan om een regeling van wat ik noem directe contractsweigering, dat wil zeggen zonder dat van onderhandelingen nog maar sprake is. Sinds het Plas-Valburg-arrest[91] mag immers worden aangenomen dat de goede trouw ook voor precontractuele verhoudingen betekenis heeft. Terecht merkt Jitske de Jong[92] op dat daarmee de vraag op welk moment deze bijzondere door goede trouw en

zorgvuldigheid beheerste rechtsverhouding ontstaat en hoe sterk hij onder omstandigheden dient te zijn nog niet is beantwoord. Zij ziet echter in de jurisprudentie tekenen dat de HR in het bijzonder ook aandacht heeft voor de speciale en relatieve machtspositie van de overheid.

Algemene uitspraken die meer houvast geven dan deze zijn, gezien de gedifferentieerdheid van de problematiek eigenlijk niet te doen. In wezen hangt veel zo niet alles af van de manier waarop de rechtsregels van het privaatrecht worden geïnterpreteerd. Het NBW geeft voor een op het concrete geval toegesneden oplossing in bepaalde gevallen de ruimte. Op die bepalingen gaan we nu nader in. Het spreekt vanzelf dat ik daarin niet uitputtend kan zijn. Een aantal mijns inziens belangrijke bepalingen wordt behandeld.

### *6.4 Toepasselijke bepalingen van contractenrecht nader bezien*

#### *6.4.1 Algemene bepalingen*

Dat het NBW ruimte biedt blijkt direct al wanneer we naar het tweede artikel van Boek 6 kijken. Zoals bekend wordt daarin de norm van redelijkheid en billijkheid ten tonele gevoerd.

Art. 6.1.1.2 luidt:

1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Deze gedragsnorm, die voor alle verbintenissen geldt wordt voor wat betreft de rechtsgevolgen van de overeenkomst verbijzonderd in art. 6.5.3.1 luidend:

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Schoordijk[93] wijdt aan deze artikelen interessante beschouwingen. Het bestek van dit betoog laat niet toe daarop diep in te gaan, maar de strekking van het betoog is voor ons van belang. Schoordijk betoogt (met anderen) dat een normatieve uitleg[94] van deze wetsbepalingen, zoals van iedere rechtsregel, geboden is. Deze normatieve uitleg brengt met zich mee dat *de aard van de rechtsbetrekking* bepalend is bij de uitleg van de toepasselijke rechtsregel. Hij vraagt zich dan ook af waarom de wetgever niet heeft bepaald dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich te gedragen naar hetgeen krachtens de aard van de rechtsbetrekking uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit.[95]

Zo bezien geven deze artikelen de ruimte aan de rechter om met het juiste criterium[96] die kleuring aan (onder meer) de beleidsovereenkomst te geven die in

bepaalde gevallen gewenst is. Daarbij verdient direct opmerking dat die kleuring van wat redelijk en billijk is door uit het publiekrecht stammende normen wordt aangebracht. De functie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is in dit verband evident en ook al hierboven ter sprake geweest. In dit verband is er ook een duidelijke relatie met art. 3.1.1.15.

*6.4.2 Wilsgebreken*

De regeling van de wilsgebreken is verspreid over Boek 3 en Boek 6. In art. 3.2.10 worden de wilsgebreken bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden voor alle rechtshandelingen geregeld. De regeling van dwaling in art. 6.5.2.11 geldt in principe slechts voor obligatoire overeenkomsten. De toepasselijkheid van de regeling betreffende wilsgebreken op publiekrechtelijke rechtshandelingen is omstreden. Het is met name Donner die de toepasselijkheid ontkent. In ieder geval voor de beschikking zou deze regeling niet van toepassing zijn. Voor de overeenkomst ligt dat, zoals ik eerder in mijn proefschrift betoogde genuanceerder.[97] Ik heb daar verdedigd dat althans wanneer het gaat om vrije bevoegdheden – en dat zal bij beleidsovereenkomsten in principe het geval zijn – de regels met betrekking tot dwang, dwaling en bedrog wel toepasselijk zouden kunnen zijn. Vooral in die gevallen waarin de overheid zelf een beroep doet op een wilsgebrek is een dergelijke toepasselijkheid ook functioneel. Anders dan bij een beschikking kan dwaling van de kant van de overheid geen grond voor intrekking opleveren omdat er sprake is van een tweezijdige rechtshandeling. In de jurisprudentie wordt een beroep op dwaling van de kant van de overheid dan ook mogelijk geacht.[98] Dat neemt niet weg dat de eisen die aan de overheid worden gesteld ten aanzien van de verschoonbaarheid van de dwaling terecht hoog worden gesteld. Men zou kunnen menen dat, waar ik zoëven het autonomiebeginsel als dragend beginsel voor de contractuele gebondenheid van de overheid heb verworpen, dit standpunt tevens consequenties zou moeten hebben voor mijn opvatting over de toepasselijkheid van wilsgebreken. Het betoog van Donner dat leidt tot verwerping van die toepasselijkheid vertoont overeenkomst met het mijne ten aanzien van het autonomiebeginsel. Hij stelt dat het wilsbegrip in het privaatrecht verschilt met dat in het bestuursrecht, omdat daar voor de geldigheid, de ambtswil bepalend is. Daarom, aldus Donner, wordt de beschikking ook niet getoetst aan wat de beschikkende ambtenaar of het beschikkende college heeft gewild, maar aan de objectieve rechtsregel, die aangeeft wat zij behoort te willen. Het gaat, zo zou men kunnen zeggen, bij het contracteren door de overheid niet om een autonome wilsvorming door de overheid, maar om het resultaat van een besluitvormingsproces met een daaraan inherente belangenafweging, die wordt genormeerd door objectieve publiekrechtelijke normen.

Op zichzelf is dat waar, maar dat sluit tenminste een analoge toepassing van de regels omtrent wilsgebreken niet uit. In de gevallen waarin de overheid zich bijvoorbeeld op dwaling beroept gaat het om een situatie waarin onder invloed van een onjuiste waardering van de situatie, rechtens en/of feitelijk, een verkeerd besluit is genomen, een verkeerde belangenafweging heeft plaatsgehad. Dat dit onder omstandigheden consequenties heeft voor de rechtsgeldigheid van

het genomen besluit spreekt vanzelf. Art. 6.5.2.11 dat aan dwaling de consequentie van vernietigbaarheid verbindt is mijns inziens daarom ook toepasselijk. Daartegen bestaat ook in dogmatische zin wellicht minder bezwaar wanneer men dwaling minder als een wilsgebrek opvat, maar meer als toepassing van het beginsel van de bescherming van de goede trouw van de dwalende tegen door diens wederpartij veroorzaakte, deze toe te rekenen schijn.[99]

Ook tegen de toepasselijkheid van art. 3.2.10 heb ik geen bezwaar. Daarbij teken ik wel aan dat op zichzelf het wilsgebrek misbruik van omstandigheden belangrijk kan zijn, maar dat daarbij een interpretatie zoals die van Nieuwenhuis (zie hiervoor in § 6.3.4) te weinig soulaas biedt.

### *6.4.3 Algemene bepalingen met betrekking tot de overeenkomst (Afdeling 6.5.1)*

In art. 6.5.1.1 vinden we een algemene definitie van de obligatoire overeenkomst, die in principe toepasselijk is op beleidsovereenkomsten. Ook voor dat soort overeenkomsten geldt dat het is 'een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer anderen een verbintenis aangaan', zoals art. 6.5.1.1 lid 1 zegt. Toch zijn er een paar opmerkingen te maken.

Uit hetgeen hiervoor is gezegd over de bindende kracht van beleidsovereenkomsten vloeit voort dat deze duidelijk als rechtshandelingen moeten worden beschouwd. Op de grens liggen die afspraken die als 'gentlemens agreements' worden aangemerkt.[100] Sommige afspraken tussen overheid en burger alsook tussen overheden onderling kunnen als zodanig worden beschouwd.[101]

Hoewel het in bepaalde gevallen duidelijk kan zijn dat partijen aan hun afspraken geen rechtswerking hebben willen toekennen, zou ik dat niet al te snel willen aannemen. Wanneer een van de partijen de afspraak rechtens geldend wil maken en zich er tegenover de rechter op beroept, is die intentie blijkbaar toch niet zo evident geweest. Met name het argument van de noodzaak van flexibiliteit in het beleid, dat door de overheid soms wordt aangevoerd om rechtswerking van afspraken te ontbinden moet niet te snel worden gehonoreerd. Wanneer de overheid willens en wetens afspraken heeft gemaakt dan behoort het recht hieraan consequenties te verbinden.

Art. 6.5.1.1 ziet op verbintenisscheppende overeenkomsten in de vermogensrechtelijke sfeer. Met betrekking tot bepaalde beleidsovereenkomsten kan twijfel rijzen of zij onder deze categorie vallen. Dat is vooral zo bij overeenkomsten tussen overheden onderling. Deze zullen soms buiten de vermogensrechtelijke sfeer vallen. Bijvoorbeeld de overeenkomst die aan de orde was in het zogenaamde verkiezingsafspraken-arrest; ook kan worden gedacht aan situaties waarin afspraken worden gemaakt over te volgen procedures met betrekking tot bepaalde beslissingen. Wanneer dat het geval is, kan ook art. 6.5.1.6 niet zorgen voor toepasselijkheid. In dat artikel worden de bepalingen van de afdelingen 1, 2 en 3 van titel 5 analoog van toepassing verklaard op andere meerzijdige *vermogensrechtelijke* rechtshandelingen, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Artikel 6.5.1.6 verklaart dus niet van toepassing afdeling 4 over wederkerige

overeenkomsten. Dat betekent evenwel niet dat de rechter deze bepalingen niet analoog zou kunnen toepassen.[102] Uit de bewoordingen van de Toelichting van Meyers vloeit overigens voort dat de titel voor publiekrechtelijke meerzijdige rechtshandelingen niet is geschreven.[103] In hoeverre dat een beperking inhoudt ten aanzien van de toepasselijkheid op overeenkomsten met de overheid, is nog maar de vraag, zolang de grens tussen privaatrecht en publiekrecht met name in de jurisprudentie van Afdeling rechtspraak en Hoge Raad wordt getrokken zoals thans. Zodra het gaat om overeenkomsten tussen overheid en burger zijn die naar geldend recht vrijwel altijd als privaatrechtelijk te beschouwen. En uit het regeringsstandpunt over het rapport van de Werkgroep complementair bestuur blijkt dat zelfs op overeenkomsten tussen overheden naar het oordeel van de regering het privaatrecht toepasselijk kan worden geacht. Hoe dat zij, mijns inziens moet worden aangenomen dat wanneer vermogensrechtelijke aspecten aan een overeenkomst ontbreken, de bepalingen van titel 5 niet toepasselijk zijn. Wil men deze toepasselijk maken dan zal een expliciete wettelijke bepaling noodzakelijk zijn.

*6.4.4 Bepalingen omtrent aanbod en aanvaarding (Afdeling 6.5.3)*

De tweede afdeling van de vijfde titel van Boek 6 is gewijd aan het totstandkomen van overeenkomsten. In zoverre vormen deze bepalingen een nadere uitwerking van de algemeen voor rechtshandelingen geldende geldigheidsvereisten en vernietigingsgronden, zoals die in titel 3.2 zijn geregeld. Het grootste deel van deze afdeling wordt gevormd door bepalingen omtrent aanbod en aanvaarding. Daarnaast bevat art. 6.5.2.10 het vereiste van bepaalbaarheid van bij overeenkomst aangegane verbintenissen, dat mij een zonder meer toepasselijk vereiste lijkt. Art. 6.5.2.11 over dwaling is al eerder ter sprake geweest.

Art. 6.5.2.1 bepaalt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Dat is ook bij beleidsovereenkomsten het geval en art. 6.5.2.1 is dan ook algemeen toepasselijk. Art. 6.5.2.1 lid 2 bepaalt dat de daaropvolgende artikelen van toepassing zijn, tenzij iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een gewoonte. De aanbieder kan dus afwijken van die bepalingen omdat hij, zoals Hartkamp[104] zegt, de inhoud van zijn aanbod tot op grote hoogte zelf kan bepalen. Men kan de vraag opwerpen of de overheid in dat opzicht nog aan specifieke grenzen is gebonden. Zo gaat bijvoorbeeld art. 6.5.2.2 er van uit dat een aanbod herroepelijk is, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op andere wijze uit het aanbod volgt. Wellicht kan men gezien het vertrouwen dat de overheid door het doen van een aanbod opwekt[105] en het ontbreken van een wilsautonomie – zoals hierboven is besproken, beter het omgekeerde verdedigen. Het aanbod is onherroepelijk tenzij er bepaalde zwaarwegende motieven zijn om te herroepen. Opvallend is in dat verband dat enerzijds wordt uitgegaan van herroepelijkheid van het aanbod en anderzijds art. 6.5.2.5 bepaalt dat een aanbod niet vervalt door de dood of het verlies van handelingsbekwaamheid van een van de partijen, noch doordat een der partijen de bevoegdheid tot het sluiten van de overeenkomst verliest als gevolg van bewind. Dit is volgens Schoordijk[106]

begrijpelijk omdat in tegenstelling tot hetgeen vroeger werd aangenomen het aanbod juridisch bindend is. Ik zou zeggen, dat dan het uitgangspunt van herroepelijkheid niet meer past. Men is juridisch gebonden of men is het niet.

*6.4.5 Algemene voorwaarden (Afdeling 6.5.2A)*

Bij de invoeringswet Boeken 3-6 NBW (tweede gedeelte) is een nieuwe afdeling in titel 5 van Boek 6 ingevoegd over algemene voorwaarden, die door een der partijen worden gebruikt bij een overeenkomst. Deze specifieke regeling over standaardvoorwaarden is uiteraard bedoeld ter bescherming van de wederpartij van een veelal sterke contractspartner (vaak een monopolist) die soms onredelijke bezwarende voorwaarden in die standaard bedingen opneemt, waarvan de wederpartij niet op de hoogte is. Deze situatie kan zich ook voorzoen bij contracten met de overheid, vooral bij de levering van openbare nutsvoorzieningen en gronduitgifte. Op zichzelf is het dan ook wenselijk dat dergelijke regels ook voor de overheid als contractspartner gelden. Dat is blijkens de Memorie van Toelichting ook het geval.[107] Naar het oordeel van Jitske de Jong[108] worden vele bepalingen van de door de gemeente gehanteerde standaardvoorwaarden met vernietiging bedreigd in het licht van de 'zwarte' en 'grijze' lijsten van artikel 6.5.2A, 3 resp. 4. De 'zwarte' lijst bevat een aantal bedingen, die in overeenkomsten met consumenten worden beschouwd als onredelijk bezwarend. Deze bedingen zijn daarom, los van de omstandigheden van het concrete geval, steeds vernietigbaar. Daartoe behoren onder meer uitsluiting of beperking van het recht op ontbinding van een wederkerige overeenkomst, vrijwaringsbedingen en prijsverhogingsbedingen. In de 'grijze' lijst wordt een aantal bedingen opgesomd, waarvan wordt vermoed dat zij onredelijk bezwarend zijn, behoudens tegenbewijs door de gebruiker, waarbij alle omstandigheden van het geval een rol spelen.

Hoewel onder invloed van het gekeerde economische tij de zwaarste bedingen vaak uit gronduitgiftecontracten zullen zijn verdwenen is in principe deze afdeling toepasselijk en zijn dergelijke voorwaarden vatbaar voor toetsing door het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Om aan problemen in deze te ontkomen kan een standaardregeling ex art. 6.5.1.2 worden gemaakt. Een dergelijke standaardregeling wordt gemaakt door een door de Minister van Justitie te benoemen commissie, waarin belanghebbenden en onafhankelijke leden zijn vertegenwoordigd. Bij het totstandbrengen van een dergelijke standaardregeling doet zich het probleem voor, dat er van enige uniformering in standaardvoorschriften bij gronduitgifte vooralsnog geen sprake is. Een onder auspiciën van het Instituut voor Bouwrecht ingestelde commissie Uniformering Gronduitgiftevoorwaarden werkt hier aan.

*6.4.6 Rechtsgevolgen van overeenkomsten (Afdeling 6.5.3)*

In de derde afdeling van de onderhavige titel wordt aandacht geschonken aan de rechtsgevolgen van de overeenkomst. Een drietal belangrijke vraagstukken vindt daarin behandeling:

1. waartoe bindt de overeenkomst;

2. voor wie bindt de overeenkomst;
3. de gevolgen van onvoorziene omstandigheden voor het recht op nakoming.

Aan deze vraagstukken zitten voor de beleidsovereenkomst specifieke kenmerken.

*6.4.6.1 Waartoe bindt de overeenkomst?*
Zoals we onder 1 al zagen bepaalt artikel 6.5.3.1 – als pendant van artikel 6.1.1.2 – dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Bij de bespreking van art. 6.1.1.2 is al gebleken welke functie de begrippen redelijkheid en billijkheid voor de beleidsovereenkomsten kunnen hebben. Van belang is vooral ook dat expliciet wordt genoemd dat de aard van de overeenkomst een element is dat bij de bepaling van de rechtsgevolgen in aanvullende of beperkende zin een rol moet spelen. Voor beleidsovereenkomsten geldt ook hier weer dat een nadere bepaling van wat in de omstandigheden van het concrete geval zal moeten gebeuren, door de rechter aan de hand van onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gegeven zal moeten worden.

*6.4.6.2 Voor wie bindt de overeenkomst?*
Zoals ik al eerder betoogde is de positie van de derde bij beleidsovereenkomsten een fundamenteel andere dan bij 'gewone' overeenkomsten. Dat hangt samen met de rol die derden-belangen zeer dikwijls (moeten) spelen in de besluitvorming door de overheid. Zowel in de fase van totstandkoming als terzake van de mogelijkheden van verweer tegen een al gesloten overeenkomst zou de derde daarom bij beleidsovereenkomsten een sterkere positie moeten innemen dan wanneer de overheid niet in het spel is.[109]

Men kan zich in dat licht afvragen of het uitgangspunt dat indirect uit artikel 6.5.3.2 is af te leiden, namelijk dat de overeenkomst alleen tussen partijen werkt, ook voor beleidsovereenkomsten kan gelden. Dat is mijns inziens inderdaad het geval. De bijzondere positie van de derde-belanghebbende brengt niet met zich mee dat in het algemeen de overeenkomst voor de derde ook rechten en verplichtingen schept in de zin dat hij zich aan de overeenkomst gebonden moet weten. Deze positie vereist geen uitbreiding van de derdenwerking. Eerder is het tegendeel het geval.

Wanneer er specifieke regels nodig zijn in verband met de bijzondere positie van derden moeten die dienen om de derde te beschermen in situaties waarin een overeenkomst als neveneffect nadelige consequenties heeft voor de derde. Ook bij het uitgangspunt van werking alleen tussen partijen geldt dat derden in principe een overeenkomst – ook wanneer deze voor hen nadelige consequenties heeft – moeten respecteren, althans wanneer het teweegbrengen van deze nadelen geen onrechtmatige daad oplevert. Dat geldt in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen en in principe ook bij beleidsovereenkomsten. De bijzondere positie van de derde brengt evenwel met zich mee dat op *dit* uitgangspunt, dat moet

worden onderscheiden van de derdenwerking waarop deze afdeling van het NBW ziet, een nuancering moet worden aangebracht. In dat verband kan worden gedacht aan de regeling van § 58 VerwverfG dat regelt dat een publiekrechtelijke overeenkomst, die in de rechten van de derde ingrijpt pas rechtsgeldig wordt wanneer de derde schriftelijk zijn toestemming verleent. Deze regeling gaat zoals ik eerder[110] heb betoogd betrekkelijk ver, nu deze geen termijn kent, waarbinnen die toestemming al dan niet moet zijn gegeven. Een geval, waaraan in Duitsland wordt gedacht, is bijvoorbeeld een overeenkomst waarin een ontheffing van bepalingen van een bouwverordening wordt verleend die nu juist ter bescherming van omwonenden zijn gegeven. Het is de vraag of een vereiste van toestemming (goedkeuring) dan wel nodig is en of niet kan worden volstaan met een rechtsgang bij de rechter.

De vormen van 'derden-werking' van een overeenkomst waarop de hier besproken afdeling ziet gaan verder en creëren expliciet rechten en verplichtingen voor de derde. En het is dan ook begrijpelijk dat voor de rechtsgeldigheid van een beding ten behoeve van een derde de aanvaarding van de derde noodzakelijk is (art. 6.5.3.5). Consequentie van die aanvaarding is dat de derde partij bij de overeenkomst is (art. 6.5.3.5a). Een algemene regel is deze zin voor de situaties waarop § 58 VerwverfG doelt is mijns inziens niet goed verdedigbaar. Iets anders is dat in bepaalde gevallen, waarin evident is dat belangen van derden op indringende wijze betrokken zijn bij een overeenkomst tussen overheid en haar wederpartij, het verstandig is om zo mogelijk de derde in de overeenkomst als partij te betrekken. Op deze manier ontstaat er een meerpartijenovereenkomst in de zin van art. 6.5.4.22.[111] Voor het overige kan worden opgemerkt dat uit de bepalingen van art. 6.5.3.3 en 6.5.3.4 over kwalitatieve rechten en verplichtingen duidelijk wordt dat het meergenoemde uitgangspunt van werking álleen tussen partijen verder wordt gerelativeerd dan in het geldende BW het geval is. Deze bepalingen zijn voor beleidsovereenkomsten alleen van belang voorzover deze goederen betreffen.

Hoewel art. 6.5.3.4 mogelijkheden geeft voor kwalitatieve verplichtingen, geldt dat volgens het vijfde lid expliciet niet voor verboden tot vervreemding van onroerend goed. Vervreemdingsverboden van onroerend goed met een kwalitatieve werking zijn dan niet geoorloofd. In dit opzicht komt het komende recht overeen met het huidige.[112] Waar in het algemeen naar geldend privaatrecht moet worden aangenomen dat vervreemdingsbeperkende bedingen, zoals die in de gemeentelijke gronduitgiftepraktijk gebruikelijk zijn (waren?), in principe rechtsgeldig zijn,[113] geldt dat dus niet voor verboden met zakelijke werking. Zulks in tegenstelling tot obligatoire bedingen ter beperking van de overdraagbaarheid, die in principe niet ongeoorloofd moeten worden geacht. Het NBW bevat ten aanzien van kettingbedingen geen regeling en deze zijn in principe naast de kwalitatieve verplichtingen van art. 6.5.3.4 bestaanbaar. Daaruit vloeit in eerste instantie mijns inziens voort dat onder het NBW de huidige praktijk van met kettingbedingen (en boeten) versterkte obligatoire vervreemding beperkende bedingen niet ontoelaatbaar moet worden geacht. Jitske de Jong meent echter uit het systeem en de geschiedenis van de NBW – vooral uit de invoering

van het genoemde artikel 6.5.3.4 lid 5 – af te kunnen leiden dat de wetgever het bestaan van vervreemdingsbeperkende bedingen 'anders dan binnen de structuur van de toegelaten beperkte (zakelijke) rechten of als zuiver obligatoir beding onwenselijk acht'.[114] Ik zou zeggen niet als zuiver obligatoir beding maar juist omdat zij een semi-zakelijke werking hebben.[115] Ik zou evenwel niet durven voorspellen dat de rechter onder het NBW tot nietigheid (op grond van 3.2.7) zou besluiten. Een beperking van de mogelijkheid tot het vestigen van dergelijke semizakelijke rechten lijkt mij echter wel wenselijk. De toetsingscriteria genoemd door Jitske de Jong (vermeld in noot 113) bieden daarvoor goede aanknopingspunten. Men kan zich echter afvragen of een meer expliciete wettelijke regeling, vooral wanneer de overheid in het spel is, niet wenselijk zou zijn. Artikel 6.5.3.12 geeft een uitweg via een rechterlijk wijzigings- of ontbindingsrecht in geval van voortdurende verplichtingen en kettingbedingen. Dit recht kan worden geëffectueerd indien tenminste tien jaren na het sluiten van de overeenkomst zijn verstreken en het ongewijzigd voortduren van de verplichting in strijd is met het algemeen belang en indien de schuldeiser bij de nakoming van de verplichtingen geen redelijk belang meer heeft en niet aannemelijk is, dat dat belang terug zal keren.

#### *6.4.6.3 De gevolgen van onvoorziene omstandigheden voor het recht op nakoming*

In dezelfde afdeling 3 over de rechtsgevolgen van de overeenkomst vinden we in art. 6.5.3.11 een regeling voor onvoorziene omstandigheden die de nakoming van een overeenkomst kunnen frustreren. In Hoofdstuk 6.4 van Beleidsovereenkomsten, waarin ik uitvoerig ben ingegaan op de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden de overheid zich ontslagen mag achten van de verplichting overeenkomsten na te komen, heb ik betoogd dat de regeling van 6.5.3.11 mijns inziens ook zou kunnen worden gebruikt wanneer het gaat om beleidswijzigingen.[116] Tevens heb ik daar als mijn mening gegeven dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie met betrekking tot overeenkomsten over publiekrechtelijke bevoegdheden niet uitgaat van de principiële gebondenheid, van welk uitgangspunt ook art. 6.5.3.11 NBW uitgaat.[117]

Anders dan Konijnenbelt[118] acht ik een constructie waarbij er een rechterlijke bevoegdheid bestaat tot ontbinding en/of wijziging ook in situaties van beleidswijziging niet misplaatst. In ieder geval is er voor de vrees dat de rechter huiverig zal zijn de overheid de nodige vrijheid te gunnen gezien de jurisprudentie geen reden. De Afdeling Rechtspraak zou wanneer deze over overeenkomsten zou oordelen, waarschijnlijk een restrictiever standpunt innemen.

Spier betwijfelt of 6.5.11 de overheid wel in alle gevallen voldoende armslag kan bieden; er zijn wellicht ook gevallen denkbaar waarin geen sprake is van onvoorziene omstandigheden in de zin van het artikel, terwijl er voor de overheid toch gegronde redenen zouden zijn om van de overeenkomst af te willen.[119] Hij bepleit dan ook de stelling dat de overheid niet slechts in geval van onvoorziene omstandigheden niet gebonden behoeft te worden geacht, maar ook los daarvan zich aan contractuele verplichtingen kan onttrekken wanneer zij dat in het alge-

meen belang gewenst acht, zulks evenwel onder de gehoudenheid tot schadevergoeding. Hij erkent zelf dat dit voorstel – althans in theorie – weinig aansluit bij de opvattingen die in ons land als de heersende zijn aan te merken[120] en acht wetswijziging in dat opzicht noodzakelijk.

Koeman[121] relativeert de noodzaak van dit voorstel door er op te wijzen, dat in werkelijk klemmende gevallen, waarin niet naleving van een overeenkomst redelijkerwijze geboden is, er steeds sprake zal zijn van onvoorziene omstandigheden, althans van omstandigheden, die door de rechter als zodanig kunnen worden aangemerkt. Ik ben geneigd hem in die mening te volgen.

Het voorstel van Spier lijkt onaantrekkelijk nu het niet uitgaat van het principe van de gebondenheid van de overheid aan contractuele verplichtingen, maar het uitgangspunt kiest van niet-gebondenheid tenzij zij dit redelijkerwijze niet waar kan maken. Het wordt ook als een revolutionair voorstel gebracht, hoewel de schrijver er anderzijds op wijst dat de gevolgen in de praktijk niet zover zullen afliggen van die onder het huidige stelsel. Ik zelf hecht sterk aan het uitgangspunt van contractuele gebondenheid en daarin sta ik niet alleen. Hoewel ook in Duitsland het uitgangspunt van de gebondenheid aan beleidsovereenkomsten geldt, moet ik bij nadere overweging evenwel toegeven dat, hoewel het is ingebed in de regeling van § 60 over veranderde omstandigheden, het Verwaltungsverfahrensgesetz aan de overheid een bijzonder recht toekent tot het opzeggen van de overeenkomst om grote nadelen voor het algemeen belang te voorkomen of uit de weg te ruimen. De titel van de betreffende paragraaf is ook ruimer en luidt: Anpassung und Kündiging in besondere Fällen. Misschien komt het voorstel van Spier daar toch dicht in de buurt, zij het dat er dan wel meer nadruk zou moeten vallen op het bijzondere van het geval.

*6.4.7 Exceptio non adimpleti contractus (Afdeling 6.5.4)*

De laatste afdeling van de titel over overeenkomsten is gewijd aan de wederkerige overeenkomst. Volgens art. 6.5.4.1 is een overeenkomst wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt. Het tweede lid van dit artikel bevat een schakelbepaling die de regels van deze afdeling toepasselijk maakt op andere rechtsbetrekkingen, die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voorzover de aard van die rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

Zoals al eerder opgemerkt (Hoofdstuk 4) kan deze schakelbepaling er niet toe strekken deze regels buiten het privaatrecht toepassing te doen vinden. Maar we hebben deze schakelbepaling ook niet nodig om deze regels in principe toch toepasselijk te achten op beleidsovereenkomsten, omdat deze vaak wederkerige overeenkomsten zullen zijn in de zin van dat artikel. Ook de overheid zal de overeenkomst juist sluiten ter verkrijging van de prestatie van haar wederpartij en omgekeerd. Dat betekent dat in principe geldt art. 6.5.4.2 waarin de exceptio non adimpleti contractus en de gevolgen daarvan zijn geregeld. Ook de overheid is gerechtigd de nakoming van haar verplichtingen op te schorten, wanneer de tegenpartij haar verbintenis niet nakomt. Vooral bij de overeenkomsten over de

uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden kan dan wel de vraag zijn of de hierboven (§ 6.4.6.2) al besproken bijzondere positie van de derde niet met zich mee moet brengen, dat de overheid zich in die situatie ook rekenschap moet geven dat nu het niet nakomen niet alleen de tegenpartij maar mogelijkerwijze ook de derde treft. Afgezien van het feit dat dit alleen zo zal zijn in de verhoudingsgewijs minder voorkomende gevallen waarin de derde geen tegengestelde maar parallelle belangen heeft, meen ik dat de bijzondere positie van de derde op zichzelf aan de toepasselijkheid van de exceptio non adimpleti contractus niet behoeft af te doen. Nadelige consequenties van opschorting en ontbinding ook voor anderen dan de contractspartner zelf moeten dan voor rekening komen van degene die wanpresteert.

Met deze opmerkingen sluit ik de behandeling van het onderdeel overeenkomstenrecht af en ga over naar het leerstuk van de onrechtmatige daad.

## 7 Algemeen toepasselijke bepalingen in het leerstuk van de onrechtmatige daad

### *7.1 Inleiding*

In titel 6.3 wordt de onrechtmatige daad behandeld als een van de bronnen van verbintenissen. In dit onderdeel zal in grote lijnen worden nagegaan welke van de bepalingen van titel 6.3 algemeen toepasselijk zijn. In dat verband zal ook enige aandacht moeten worden gegeven aan afdeling 6.1.9 over wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, waarin nader is uitgewerkt wat een verplichting tot schadevergoeding op grond van ondermeer onrechtmatige daad inhoudt.

Biedt het NBW iets nieuws? Het antwoord lijkt ontkennend te moeten luiden. Van der Does en De Wyckerslooth beginnen hun boekje over de onrechtmatige overheidsdaad, uitgekomen in de B serie van de monografieën NBW aldus: 'Als er één rechtsgebied is waar de hercodificatie van het burgerlijk recht weinig had bij te dragen, is dat het recht betreffende de onrechtmatige overheidsdaad.'

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bewust is afgezien van het in het NBW geven van specifieke regels voor de onrechtmatige overheidsdaad. Bij de behandeling van de vraagpunten van Meyers was het wetsontwerp ODOL nog niet gesneuveld en men wilde termen openlaten voor een eigen ontwikkeling.[122] Dat in het NBW specifieke bepalingen ontbreken laat evenwel de vraag onverlet welke bepalingen, ook met inachtneming van de eigenaardigheden van de onrechtmatige *overheids*daad, van zodanig algemeenrechtelijke aard zijn dat zij ook bij dat leerstuk toepassing kunnen vinden.

### *7.2 Art. 6.3.1.1 algemeen toepasselijk*

Fernhout heeft het algemeen rechtelijk karakter van art. 1401 BW benadrukt. In *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*[123] zegt hij ten aanzien van art. 1401: 'Deze

regel behoort niet uitsluitend aan het privaatrecht toe, maar is veeleer een aan privaat- en publiekrecht gemeenschappelijke regel, een rechtsfiguur van algemeen karakter, in het privaatrecht beschreven uitsluitend omdat dit technisch volmaakter en beter gecodificeerd is.' Datzelfde zou naar men kan aannemen ook moeten gelden voor art. 6.3.1.1, de NBW-pendant van art. 1401 BW. Artikel 6.3.1.1 luidt:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade, die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak, welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Zoals blijkt vertoont het artikel zowel overeenkomsten – vooral het tweede lid – als verschillen met art. 1401 BW. Het belangrijkste verschil is dat 'schuld' als voorwaarde voor aansprakelijkheid is verruimd tot het criterium 'kan de onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend?' Daarbij geldt dat toerekening niet alleen mogelijk is op grond van schuld maar ook wegens oorzaken die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader komen.[124]

Hoewel men niet kan zeggen dat het schuldvereiste voor de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige daden geheel is losgelaten, speelt het geen belangrijke rol.[125] Nu dit criterium is aangevuld ligt het voor de hand aan te nemen dat de schuldvraag bij de onrechtmatige overheidsdaad nog minder belangrijk wordt. Het toerekeningscriterium lijkt door zijn objectieve karakter ook meer geschikt om hier een rol te spelen. Kwesties, waarbij de schuldvraag toch nog wel een rol speelt, zoals vooral de gevallen waarin de overheid dwaalt omtrent het toepasselijke objectieve recht kunnen ook (en wellicht beter) met het toerekeningscriterium tot een oplossing worden gebracht. Van Buuren[126] leidt uit de arresten Grubbenvorst/Caldenbroich en Zevenaar/de Wingerd af dat in dergelijke gevallen de overheid schuld treft indien zij vóór het nemen van de beslissing uitdrukkelijk is geconfronteerd met een andere zienswijze op de betekenis van of de toepasselijkheid van van belang zijnde wettelijke voorschriften. Ik zou aan de overheid strengere eisen willen stellen. Onder de erkenning dat over de juiste betekenis van voorschriften onduidelijkheid kan bestaan zou ik toch niet snel willen aannemen dat de overheid verschoonbaar dwaalt omtrent het objectieve recht. En zelfs al is dat het geval dan lijkt het niet erg in de rede te liggen de burger met de nadelige consequenties daarvan te belasten. Deze zullen in de meeste gevallen in redelijkheid de overheid kunnen worden toegerekend.

De vormen van onrechtmatigheid die art. 6.3.1.1 noemt zijn, zoals we zagen in-

breuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht en strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.

Met betrekking tot het tweede criterium benadrukt de toelichting[127] overeenkomstig het geldende recht dat het zowel kan gaan om privaat- als publiekrechtelijke regels en dat niet alleen de wet in formele zin maar elk algemeen verbindend voorschrift van belang is. De maatschappelijke betamelijkheid kan voor wat betreft het overheidshandelen de specifieke inkleuring krijgen die zij behoeft door toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Art. 6.1.1.3 biedt daar – evenals overigens art. 1401 – op zichzelf de ruimte voor. Nu in de toelichting op 3.1.1.15 (zie hiervóór in Hoofdstuk 4) uitdrukkelijk op de mogelijkheid en de noodzaak van toetsing aan de a.b.b.b. wordt gewezen, zou men moeten aannemen dat onder het regime van het NBW het vraagpunt of de Hoge Raad nu wel of niet rechtstreeks toetst aan die beginselen tot een oplossing wordt gebracht. Daarbij zou ik menen dat er voor een dergelijke toetsing meer ruimte moet zijn dan alleen binnen het kader van de redelijkheidstoetsing. Onaantrekkelijk acht ik een situatie waarin een door een administratieve rechter wegens strijd met (een van de) a.b.b.b. vernietigd besluit vervolgens civielrechtelijk niet onrechtmatig wordt verklaard, omdat de schending van die a.b.b.b. niet zo ernstig is dat de overheid niet in redelijkheid tot de beslissing kan komen. Daaraan doet niet af de verklaring die Van Buuren[128] geeft voor het verschil in omgang met de algemene beginselen tussen de administratieve en de burgerlijke rechter (met name de Afdeling Rechtspraak en de Hoge Raad). Hij meent dat de Hoge Raad, door de toetsing aan de a.b.b.b. te plaatsen in het kader van de redelijkheidstoetsing, duidelijk wil aangeven dat hij minder ver wil gaan in de toetsing van het overheidsbeleid dan de Afdeling Rechtspraak door middel van haar toetsing aan de a.b.b.b. doet.

Wat betreft de causaliteitsvraag is reeds vermeld dat ook hier het toerekeningsprincipe geldt. Deze toerekeningsleer is sedert 1970 in constante jurisprudentie door de Hoge Raad geaccepteerd. In het genoemde arrest Grubbenvorst/Caldenbroich speelt de causaliteitsvraag bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de aansprakelijkheid van de overheid jegens een vergunninghouder, wiens vergunning vernietigd is, zich niet verder uitstrekt dan tot vergoeding van de schade die deze geleden heeft tengevolge van het feit dat hij erop heeft vertrouwd dat de vergunning niet aan vernietiging blootstond. In hoeverre hij daarop mocht vertrouwen zal van de omstandigheden van het concrete geval afhangen. De vorm van vernietiging – spontaan of in beroep – kan daarbij een rol spelen.[129]

Art. 6.3.1.2 stelt uitdrukkelijk de relativiteitseis: geen verplichting tot schadevergoeding bestaat wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade, zoals de benadeelde die heeft gelden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat daarbij ook gedacht is aan het – inmiddels discutabele – onderscheid tussen instructienorm en waarborgnorm. Van der Does en De Wyckerslooth wijzen er op dat wetschending ongeacht de strekking van de overtreden norm van belang kan zijn voor het oordeel over de vraag of al dan niet gehandeld is in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Op grond daarvan

neemt de Hoge Raad aan dat de overheid, ook al strekte de overtreden norm niet tot bescherming van het belang van de benadeelde, desalniettemin onzorgvuldig kan hebben gehandeld, bijvoorbeeld omdat bij de benadeelde het vertrouwen is gewekt dat zijn belang wel zou worden beschermd door handhaving van de norm.[130]

### *7.3 Zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden (art. 6.3.1.5b)*

De ontstaansgeschiedenis van art. 6.3.1.5b is hiervoor in Hoofdstuk 4 al aan de orde geweest. Zoals bekend wordt in dit artikel aan de rechter de bevoegdheid gegeven een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, af te wijzen omdat deze behoort te worden geduld op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen, waarbij recht op schadevergoeding overeenkomstig de onderhavige titel blijft bestaan.

Aan Van der Does en De Wyckerslooth kan worden toegegeven dat dit artikel niet alleen ziet op onrechtmatige overheidsdaad, in zoverre heeft het dus een wijdere strekking dan het onderwerp van deze paragraaf. In de wordingsgeschiedenis van het artikel is echter aan de schadeveroorzakende overheidsdaad, rechtmatig of onrechtmatig, wel veel aandacht besteed. Daarom wordt het artikel hier ter sprake gebracht. In ieder geval zal ook[131] de overheid zich op zwaarwegende maatschappelijke omstandigheden in de zin van dit artikel kunnen beroepen.

Over de verhouding van art. 6.3.1.5b tot de Voorste Stroom-jurisprudentie[132] verschillen de opvattingen. B. de Gaay-Fortman, de indiener van het amendement dat dit artikel bevatte, meent in zijn toelichting[133] dat het artikel niet uitgaat van de 'enigszins gekunstelde en dan ook niet onbestreden gebleven gedachte van een onvolledige rechtvaardigingsgrond, die door het aanbieden of betalen van schadevergoeding kan worden voltooid,[134] maar van een bevoegdheid van de rechter om ... de vordering tot een verbod af te wijzen'. Hij merkt echter vervolgens terecht op, dat het resultaat niet wezenlijk verschilt van dat van het huidige recht omdat men mag verwachten, dat de rechter bij zijn beslissing of hij van deze bevoegdheid gebruik wil maken, grote betekenis zal toekennen aan de vraag of de schadeveroorzaker bereid en in staat is de schade voor zijn rekening te nemen.

Schoordijk[135] noemt de regeling van 6.3.1.5b een contradictio in terminis. Hij meent op rechtstheoretische gronden dat, wanneer een verbodsactie moet worden afgewezen, van een onrechtmatige daad geen sprake kan zijn. Zijns inziens staat ook in de regeling van 6.3.1.5b de theorie van Bregstein recht overeind. Van der Does en De Wyckerslooth menen echter dat ondanks het feit dat een verbodsactie niet kan worden toegewezen nog geen sprake hoeft te zijn van een rechtmatige daad.

Belangrijker dan deze wat theoretische discussie is echter de vraag welke soort gedragingen nu moeten worden geduld, dus wanneer een verbodsactie moet worden toegewezen. Deze vraag impliceert uiteraard een belangenafweging tussen de zwaarwegende maatschappelijke belangen en de persoonlijke belangen

van degene die het verbod vraagt. De formulering van het artikel geeft overigens alle ruimte voor deze afweging en dwingt niet, zoals Van Nispen[136] lijkt te menen tot het nemen van het aanwezig zijn van die zwaarwegende maatschappelijke belangen als enige maatstaf.

Wat betreft de hoogte van de schadevergoeding bepaalt de laatste volzin van het eerste lid van 6.3.1.5b uitdrukkelijk dat de benadeelde zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel behoudt. Dat betekent dat ook in dit soort situaties, die in de structuur van het artikel inderdaad als onrechtmatige daad moeten gelden, in principe een volledige schadevergoeding moet worden toegekend. Over de bepaling van de omvang van de schadevergoeding gaat afdeling 6.1.9 waaraan ter afsluiting van dit hoofdstuk enige aandacht wordt geschonken.

### *7.4 Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding (Afdeling 6.1.9)*

In deze afdeling zijn centraal samengebracht de regels met betrekking tot de omvang van de schadevergoeding. Deze regels zijn van toepassing op de verschillende gevallen waarin aansprakelijkheid voor schadevergoeding bestaat. De afdeling is dus zowel van toepassing voor schadevergoeding uit onrechtmatige daad als uit wanprestatie.

In de discussie over een veralgemenisering van de wettelijke regelingen voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, waarvoor met name door de commissie Samkalden is gepleit, is ook aan de orde geweest in hoeverre deze afdeling op dat type schadevergoedingsregelingen van toepassing zou kunnen zijn. De Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening heeft in zijn advies over het rapport van de commissie Samkalden gepleit voor een analoge toepassing van deze afdeling.[137] Naar het oordeel van de RARO zouden door een wettelijke bepaling voorzover mogelijk van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard de volgende artikelen van afdeling 6.1.9:

- de artikelen 1-3, bevattende een regeling van de omvang van de schade;
- de artikelen 4-5, regelende de toerekening van voor- en nadelen;
- de artikelen 6-8 over schadeverdeling over meerdere personen (eigen schuld en medeschuld);
- artikel 9 dat de vorm bepaalt waarin de schadevergoeding moet worden voldaan (in principe in geld met de mogelijkheid van een andere vorm);
- en artikel 10 regelende de bepaling van toekomstige schade.

De toepasselijkheid van art. 6.1.9.1 veronderstelt de vergoeding van de volledige schade, dat wil zeggen zowel geleden verlies als gederfde winst. De RARO bepleit deze volledige schadevergoeding ook in gevallen van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad (in het bijzonder in de sfeer van het onroerend goed) op grond van de gedachte dat het begrip schade in het administratief recht niet wezenlijk afwijkt van het privaatrechtelijk begrip, terwijl aan beide begrippen dezelfde gedachte ten grondslag ligt. Overigens wijst het advies wel op de verwantschap met de regeling van de onteigeningsschadevergoeding, met vele verbijzonderingen, die hier aan het publiekrecht worden toegekend.

Een pleidooi voor toepassing van het beginsel van volledige schadevergoeding in gevallen van planschade voert ook G.J. de Groot.[138] Hij wijst er in dit verband mijns inziens terecht op dat men moet onderscheiden tussen de vraag naar de aansprakelijkheid voor de schade en de vraag – gegeven die aansprakelijkheid – naar de omvang van de schadevergoedingsverplichting. Zoals we zagen komt dit onderscheid in de regeling van het NBW goed tot uitdrukking. Uit (ondermeer) de besproken titels met betrekking tot het contractenrecht en de onrechtmatige daad vloeit in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid tot vergoeding van schade voort. Afdeling 6.1.9 gaat over de omvang van de schadevergoedingsplicht. Met inachtneming van dit onderscheid meent De Groot dat het onjuist is om, voor wat betreft het planschadevergoedingsrecht, in het ontbreken van de regel van volledige schadevergoeding een kenmerkend verschilpunt met het privaatrecht te zien. In het privaatrecht – en daar gaat art. 6.1.9 ook van uit – geldt dat gegeven het bestaan van een schadevergoedingsplicht de schade in principe ook volledig dient te worden vergoed. Het ontbreken van de regel van volledige schadevergoeding betekent in het planschadevergoedingsrecht niets anders dan dat niet in alle gevallen de schadevergoedingsplicht bestaat en heeft dan betrekking op de aansprakelijkheidsvraag en niet op de vraag naar de omvang van de schadevergoeding, waar art. 6.1.9 op ziet, aldus De Groot,[139] en naar mijn mening terecht.

Bloembergen[140] bepleit een rechtstreekse toepassing van deze afdeling op het administratiefrechtelijk schadevergoedingsrecht in het algemeen, met als argument het algemeen rechtelijk karakter van de regels van de afdeling. Ik zou gezien het bovenstaande tegen een dergelijke toepassing dus ook bij rechtmatige overheidsdaad niet veel bezwaar kunnen hebben, maar meen wel dat het aanbeveling verdient dit dan ook uitdrukkelijk te bepalen omdat zoals Bloembergen zelf ook opmerkt uit de parlementaire geschiedenis geen argumenten zijn te ontlenen voor de toepassing van deze regels buiten het privaatrecht.

Hoe dat overigens ook zij, in ieder geval kan voor wat betreft wanprestatie en onrechtmatige daad van de overheid worden aangenomen dat de regels van Afdeling 6.1.9 in principe van toepassing zijn. In principe, want ook hier kunnen nuanceringen nodig zijn.[140a] Zo zal het element draagkracht in art. 6.1.9.12a, dat een rol speelt bij het hanteren van de rechterlijke matigingsbevoegdheid geen rol mogen spelen aan de kant van de overheid. Voor schadevergoeding bij rechtmatige daad wordt dit tegenwoordig al aangenomen. A fortiori geldt dat wanneer het gaat om wanprestatie of onrechtmatige daad.

## 8 Varia

In het voorgaande is uitgebreid aandacht geschonken aan de geselecteerde onderwerpen van titel 6: Algemene bepalingen, contractenrecht, onrechtmatige daad en de daarmee verband houdende schadevergoedingsregeling. Daarmee is uiteraard niet gezegd, dat niet besproken titels c.q. afdelingen van Boek 6 niet algemeen toepasselijk zouden kunnen zijn. Grenzen aan de omvang van een pre-

advies en de tijd die daaraan kan worden besteed verhinderen evenwel daarop nader in te gaan. Een aantal onderwerpen wil ik evenwel nog kort noemen.

In het algemeen kan men er mijns inziens van uitgaan dat de bepalingen van de afdelingen 6.1.6 en 6.1.8 over nakoming van verbintenissen respectievelijk de gevolgen van niet nakoming van toepassing zijn op overeenkomsten met de overheid. Deels zijn de bepalingen in deze afdelingen zo toegesneden op verbintenissen met betrekking tot op geld waardeerbare zaken, dat de specifieke bepalingen van deze artikelen op overeenkomstige zaken aangaande publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening, geen toepassing zullen vinden, althans voor wat betreft de verplichtingen van de overheid. Uiteraard geldt dat ook voor afdeling 6.1.9a over verbintenissen tot betaling van een geldsom. Wanneer evenwel de overheid verplicht is tot betaling van een geldsom kunnen deze bepalingen zonder meer toepassing vinden.

Een opmerking moet nog worden gemaakt over § 4 van afdeling 6.1.8, handelende over het boetebeding. In artikel 6.1.8.18 wordt aan de rechter een matigingsbevoegdheid toegekend. Het artikel bepaalt, dat op verlangen van de schuldenaar de rechter indien de billijkheid dat klaarblijkelijk eist de bedongen boete kan matigen, met dien verstande dat hij de schuldeiser niet minder kan toekennen dan geldt volgens de schadevergoedingsregeling op grond van de wet. Deze bepaling kan een rol spelen bij situaties als in de Oxirane-affaire.[141] Uitgaande van de stelling dat de hoogte van boetebedingen in beleidsovereenkomsten niet sterk mag afwijken van de voor vergelijkbare gevallen geregelde publiekrechtelijke sanctiemogelijkheden, zou de rechter dit als criterium moeten nemen bij de hantering van zijn matigingsbevoegdheid. Ik zou overigens het verdergaande standpunt willen bepleiten dat contracterende bepalingen die dergelijke grote discrepanties vertonen, niet rechtsgeldig zijn.

Afdeling 6.1.10 bevat een nogal gedetailleerde regeling met betrekking tot verrekening (compensatie) van schulden. Een van de eisen die aan de mogelijkheid van verrekening wordt gesteld is dat zij tot vergelijkbare prestaties moeten strekken. Dat zal in verhoudingen waarin de overheid participeert, en zeker niet wanneer het gaat om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, vrijwel nooit het geval zijn. Deze bepalingen zullen dan ook geen toepassing kunnen vinden.

Tenslotte nog een opmerking over de toepasselijkheid van de bepalingen met betrekking tot onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking (Afdelingen 6.4.2 en 6.4.3). Uit de jurisprudentie van de administratieve rechter vloeit voort dat in bepaalde gevallen de overheid prestaties, hoewel onverschuldigd, niet kan terugvorderen. Vooral wanneer het geldsommen betreft staat het vertrouwensbeginsel dat in de weg. Wanneer het de overheid betreft zal een actie uit onverschuldigde betaling derhalve niet snel moeten kunnen worden toegewezen. Dat geldt a fortiori voor een actie uit ongerechtvaardigde verrijking, die immers het karakter van een schadevergoedingsactie heeft. Het gaat er daarbij om de tengevolge van een verrijking voor een ander ontstane schade te vergoeden.

## 9 Slotbeschouwing

Aan het eind van dit preadvies gekomen, rest de beantwoording van de twee in het begin gestelde vragen. Het vorenstaande overzien kan daarover het volgende worden gezegd.

1. Wat betreft de eerste vraag kunnen we kort zijn. In onderdeel 4 is gebleken dat op dit punt het NBW niets nieuws biedt. Het onderscheid privaat-publiekrecht als zodanig is bij de totstandkoming van het NBW geen aandachtspunt geweest. De ontwikkeling van de gemene naar de gemengde rechtsleer heeft zich voltrokken buiten de hercodificatie van het privaatrecht om.

2 De tweede vraag vereist een genuanceerder beantwoording. Dat het NBW niet beoogt ten principale iets aan de verhouding privaat-publiekrecht te veranderen behoeft nog niet te betekenen dat de tweede – en in dit preadvies centraal staande – vraag, waar het gaat om de toepasselijkheid van in het privaatrecht gecodificeerde maar algemeenrechtelijke normen, ook negatief beantwoord moet worden. Men moet hier mijns inziens onderscheiden. In onderdeel 4 heb ik betoogd dat het systeem van het NBW op zichzelf in dit opzicht indifferent is. Met name uit het bestaan van de zogenaamde schakelbepalingen kan mijns inziens niet worden afgeleid dat bepaalde regels ook buiten het privaatrecht gelding zou hebben. De schakelbepalingen hebben, zou men kunnen zeggen, een intern privaatrechtelijke werking. Daaruit vloeit voort dat niet kan worden betoogd dat het bestaan van schakelbepalingen een expliciete regeling in een toekomstige codificatie van algemene bepalingen van bestuursrecht analoog aan § 62 van het VerwverfG, inhoudende dat privaatrechtelijke regels van overeenkomstige toepassing verklaart in publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, overbodig zou zijn. Met het verlaten van de gemene rechtsleer wordt een dergelijke bepaling gewenst.

Wanneer we kijken naar de inhoud van de nieuwe codificatie dan kan iets anders worden geoordeeld. In het algemeen kan men zeggen dat het NBW minder dogmatisch is dan het oude en meer relativeringen kent. Hartkamp[142] merkt op dat het NBW in meer gevallen de mogelijkheid openlaat dat tegenover de ene persoon iets anders geldt dan tegenover de andere. In dit verband is ook van belang dat het NBW in meerdere mate dan het oude 'open normen' kent. In het voorgaande zijn we er verschillende tegengekomen. Zoals we zagen speelt ook de toetsing aan het algemeen belang een rol in het NBW. Dat was onder het geldende recht al zo, maar de betekenis van deze toetsing wordt versterkt door expliciete bepalingen in het NBW (zoals 6.5.3.12 en 6.1.3.5b). Zo bezien zou men dus kunnen betogen dat in het NBW meer aanknopingspunten te vinden zijn voor een (genuanceerde) toepassing van algemeenrechtelijke bepalingen op rechtsverhoudingen waarbij de overheid betrokken is. Daarbij moet wel worden bedacht, dat – zoals in het voorgaande meermalen is opgemerkt – in dit opzich zeer veel zal afhangen van de mate waarin de rechter bereid is van de mogelijkheden gebruik te maken. De vraag naar de meest wenselijke competentieverdeling tussen gewone en administratieve rechter laat ik hier uitdrukkelijk buiten beschouwing.

3. Toegepast op het contractenrecht is gebleken dat het niet goed mogelijk is een typologie te ontwikkelen die voldoende houvast geeft om in meer algemene zin te bepalen welke bepalingen wel en welke niet algemeen toepasselijk zijn. Wel is gebleken dat wanneer er speciale regels voor beleidsovereenkomsten zouden moeten worden gegeven, deze vooral zouden moeten liggen op het gebied van het aangaan van de overeenkomst en de grenzen van de inhoud van de overeenkomst en in mindere mate in de uitvoeringssfeer.

Wat betreft het leerstuk van de onrechtmatige daad is gebleken dat aangaande de onrechtmatige overheidsdaad geen principiële wijzigingen zijn aangebracht. De tendens tot vergroting van de risico-aansprakelijkheid is er mijns inziens overigens een die past bij wat in vele gevallen voor de overheidsaansprakelijkheid zou behoren te gelden. Van belang is ook dat art. 6.3.1.5b een codificatie (en veralgemenisering) van de Voorste Stroom-problematiek brengt. Tenslotte heb ik de toepasselijkheid van afdeling 6.1.9 bepleit voor wanprestatie en onrechtmatige daad van de overheid, maar ook voor een regeling van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad biedt de regeling goede aanknopingspunten.

## Noten

1. D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten,* diss., Kluwer, Deventer, 1982, § 3.2.11.
2. *Beleidsovereenkomsten,* hoofdstuk 2.
3. Vgl. E. Drooglever Fortuijn, Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen, in: *Non sine causa,* Scholtenbundel, blz. 37 e.v.
4. Vgl. de preadviezen van Koeman en Konijnenbelt voor de NJV (*Hand. NJV* 1980); *Beleidsovereenkomsten,* passim; Jitske de Jong, *Gemeentelijk Grondbeleid,* 1984.
5. Aanknopingspunten biedt wel Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht, *Mon. Nieuw BW A7,* door mij besproken in R.M. Themis 1985/4.
6. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze discussies *Beleidsovereenkomsten,* § 3.2.
7. Zie *Beleidsovereenkomsten,* § 3.2.4.
8. Idem.
9. A.M. Donner, *Algemeen Deel van het Nederlands bestuursrecht* (1974), blz. 54.
10. J. van der Hoeven, De magische lijn, *Bundel Honderd jaar rechtsleven* 1970.
11. Zie voor een nadere adstructie van dit standpunt: *Beleidsovereenkomsten,* blz. 103/105.
12. *Beleidsovereenkomsten* nt. 91. Zie ook H.C.F. Schoordijk, *Privaatrecht en publiekrecht* en W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen.* Vooral in zijn opstel over De eenheid van het privaatrecht en het administratiefrecht in *WPNR* 5372-5375.
13. Zie noot 3.
14. Van het begrip 'derogerende werking' wil hij, hoewel het om 'om pedagogische redenen' wel gebruikt eigenlijk niet weten, omdat het z.i. aan de toepassing van de norm op atypische gevallen inherent is dat er een voor dat geval atypische maar billijke oplossing wordt gevonden.
15. W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen,* rede 1983.
16. P.J.J. van Buuren, in: *Administratieve rechtsgangen,* (losbladig), Kluwer, par. 1.8.4.1.
17. Vergelijk in dit opzicht hetgeen hierna over het Deense recht wordt gezegd.
18. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht,* blz. 84.
19. Het Deense en Noorse recht zijn sterk verwant en de onderlinge beïnvloeding is groot. Deense en Noorse juristen publiceren in elkaars tijdschriften. Dat is uiteraard verklaarbaar door de sterke overeenkomst in de (geschreven) taal. Incidenteel zal ik ook verwijzen naar Noorse publicaties. De onderlinge wisselwerking en de contacten in de noordse juridische wereld zijn tamelijk intensief. Vgl. het engelstalige jaarboek *Scandinavian Studies in Law.*
20. Vergelijk H.H. Kirchheiner, *Ombudsman en democratie.* Een studie over het instituut van de ombudsman aan de hand van ervaringen in Zweden en Denemarken, Alphen aan den Rijn, 1971; en J.G. Steenbeek, *De parlementaire ombudsman in Zweden, Denemarken en Noorwegen,* Haarlem, 1963.
21. Dit werd mij verteld door een lid van het Venstre Landsret (het gerechtshof van Jutland) dat voorheen chef van de juridische staf van de ombudsman was geweest.
22. De naam 'landskatteret' is voor ons enigszins misleidend omdat de indruk wordt gewekt dat het zou gaan om een 'ret', een rechtbank. Dat is niet het geval, evenmin als bij het 'boligret', een klachtencommissie voor zaken m.b.t. huisvesting.
23. Zo zijn er in belastingzaken vijf instanties. Ingevolge de Skattestyreleslov van 1971 moeten belastingzaken aanhangig gemaakt worden bij achtereenvolgens een zg. ligningskommission (waarin de aanslag nog eens wordt bekeken), de skatterad (met een adviserende functie), landskatteretten, landsretten en Højesteretten. Opvallend is overigens wel de informatie die ik kreeg van een lid van her genoemde Venstre Landsret, dat de uitslag van de procedure bij het landskatteret vaak niet wordt afgewacht en al eerder wordt doorgeprocedeerd bij het landsret!

24. Zie over de rechterlijke organisatie in haar geheel K.H. Spaude, *Das Dänische Rechtswesen, Gerichtsaufbau und Verfahrenrecht,* Carl Heymanns Verlag K.G., 1976.
25. Een algemene beschrijving van de wijze waarop de Deense rechter het overheidshandelen toetst is te vinden in bijvoorbeeld het door verschillende medewerkers van het Institut for Offentlig Ret van de Universiteit van Aarhus geschreven Forvaltningsret Almindelige emner (algemeen deel) (*Juristforbundets Forlag* 1970), met name in hoofdstuk 5 van de hand van Jørgen Mathiassen, over Domstolskontrol med forvaltningen. Ook hoofdstuk 4, dat gaat over de eisen te stellen aan overheidshandelen (Saglige Krav) door Jens Garde is in dit opzicht van belang.
Meer diepgaand wordt de toetsing van het overheidshandelen door de rechter behandeld in Ole Krarup, *Øvrighedsmyndighedens Graenser,* Kopenhagen 1974. Verder is nog steeds van belang het Dansk Forvaltningsret van de 'grand old man' van het Deense bestuursrecht Poul Andersen, waarvan de laatste (5e) druk dateert van 1965.
26. Bent Christensen in *Festschrift til Poul Andersen,* 1951, blz. 95-113 (Ankenaevn eller domstole) wijst erop dat de eis van een hoger beroep op het Hooggerechtshof bij de parlementaire behandeling is ingevoegd, maar dat de oorspronkelijke bedoeling wel degelijk was een onafhankelijke administratieve rechtspraak mogelijk te maken.
27. Zie bijvoorbeeld de discussies over de vraag of de monopolankenaevn (een klachtencommissie voor economische aangelegenheden en voor concurrentieverhoudingen) zou moeten worden omgezet in een speciale administratieve rechter. Daarvan is afgezien omdat zoals Frants Thygesen in Ugeskrift for Retsvaesen 1978 B 234 zegt, 'dit strijdt met het uitgangspunt van ons land om zoveel mogelijk speciale rechters te vermijden'.
28. Althans binnen het Venstre Landret bestaan geen aparte kamers. Het merendeel van de zaken is van civielrechtelijke aard. Daaronder worden ook begrepen zaken door de burgers aangespannen tegen de overheid en tussen overheden onderling.
29. Daarover uitgebreid Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten,* Kopenhagen, 1975.
30. Aldus Jørgen Matthiassen, die een aantal uitspraken noemt, die overigens vooral liggen op het financiële vlak zoals taxaties, vaststelling van de hoogte van pensioenen, belastingvrijstelling e.d. (*Forvaltningsret,* blz. 266 e.v.).
31. Zie daarover Lubberdink/Scheltema, *Administratieve rechtsgangen,* Algemeen deel 6.7.2.4; Tak/Ten Berge, *Nederlands Administratief procesrecht, dl. 2,* blz. 108-111.
32. Deze vorm van toetsing valt onder toetsing op 'materiële onrechtmatigheid'. Deze materiële onrechtmatigheid wordt onderscheiden van 'zakelijke onrechtmatigheid'. Dit onderscheid strookt niet met Nederlandse categorieën. Zo valt toetsing van de vraag of de overheid wel bevoegd is onder toetsing op materiële onrechtmatigheid, terwijl toetsing op détournement de pouvoir (magtfordrejning) thuishoort bij toetsing op zakelijke onrechtmatigheid. Strijd met het willekeurbeginsel levert materiële onrechtmatigheid op, strijd met het gelijkheidsbeginsel zakelijke onrechtmatigheid. Ik laat dit onderscheid daarom voor wat het is, voor ons onderwerp is het ook niet van belang.
33. Zie hiervoor Carl Aage Nórgaard, *Forvaltningsret Sagsbehandling,* 2e druk, met name hoofdstuk IV, Sagens Forberedelse. In dit opzicht heeft, zoals gezegd de ombudsman een belangrijke functie.
34. Zie *Forvaltningsret,* blz. 273. Deze eis geldt zowel voor (administratieve) rechtspraak als administratief beroep, zie hetzelfde boek, blz. 296 e.v.
35. Algemeen deel (1974), blz. 97.
36. Deze voorbeelden zijn te vinden in hoofdstuk 4.2 van *Forvaltningsret.*
37. Zie Jórgen Matthiassen, *Forvaltningsret,* blz. 239 die er terecht op wijst dat toepassing van het gelijkheidsbeginsel vooral een procestechnische betekenis heeft in die zin dat de overheid moet kunnen motiveren waarom een verschil in behandeling van ogenschijnlijk gelijke gevallen gerechtvaardigd is.

38. Overigens loopt het aansprakelijkheidsrecht voor de overheid in hoge mate parallel aan de regels die in het burgerlijk recht zijn ontwikkeld (Orla Friis Jensen in Hoofdstuk 8 van *Forvaltningsret* over Offentligretligt erstatningsansvar).
39. Over de betekenis en achtergrond van dit artikel Pelle Bo Madsen, *Vildfarelser, Forudsaetninger og billighed,* licenciaatsverhandeling 1981, hoofdstuk IV.
40. Zie J.F. Bernt, *Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere,* vgl. vooral hoofdstuk 2, blz. 61 e.v.
41. Zie daarover *Beleidsovereenkomsten,* hoofdstuk 6.
42. Zie vooral Jørgen Matthiassen, *Aftaler i forvaltningsretten med saerligt henblik pa aftalen imellem forvaltningsmyndighederne og private,* Kopenhagen, 1979.
43. Dat blijkt uit een drietal veel geciteerde uitspraken van het Højesteret, t.w. *UfR* 1938, blz. 280; *UfR* 1950, blz. 289; *UfR* 1963, blz. 349 (UfR staat voor Ugeskrift for Retsvaesen – Weekblad voor het recht).
44. Matthiassen a.w.
45. *Ontwerp Meijers Algemene Inleiding,* blz. 12/13.
46. T.a.p.
47. T.a.p.
48. Zie daarover o.m. A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, *Mon. NBW A.1.*
49. TK 1981/82, 17 496, nr. 3, blz. 12.
50. Daarover Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (zie noot 5).
51. Zie hiervoor: *Parlementaire Geschiedenis,* Eigendom in het algemeen (art. 5.1.2), blz. 33 e.v.
52. In navolging van Prof. A. van Oven in zijn *preadvies voor de NJV* uitgebracht in 1958.
53. De nota is in de parlementaire stukken opgenomen op blz. 57-60.
54. Onder beleidsovereenkomst versta ik overeenkomstig de definitie in mijn proefschrift (blz. 14): Een overeenkomst die door de overheid wordt gehanteerd ter directe behartiging van haar specifieke overheidstaak, betreffende de hantering van haar privaatrechtelijke en/of publiekrechtelijke bevoegdheden, gesloten tussen overheid en particulier en/of overheden onderling.
55. Hans Joachim Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz,* Kommentar, 2e druk, blz. 732, Carl Heymans Verlag 1981.
56. Klaus Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,* blz. 818 (randnummer (rdnr.) 42), Luchterhand Darmstadt, 1983.
57. B.v. in BVwGE 51,68.
58. E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts,* Bnd 1, Allgemeiner Teil, blz. 56.
59. In dit verband vermeld ik dat ook de bepalingen van § 164 en volgende over vertegenwoordiging en volmacht toepasselijk worden geacht.
60. Zie daarover *Beleidsovereenkomsten,* blz. 65 e.v.
61. Obermayer, a.w. blz. 824 (rndnr. 74).
62. Zie over de betekenis van dit artikel nader *Beleidsovereenkomsten,* blz. 66 e.v.
63. Wanneer er sprake is van een 'anfängliche Unmöglichkeit' dan is de overeenkomst volgens § 306 nietig. Deze bepaling werkt via § 59 VerwverfG door. Obermayer (a.w. blz. 829) wijst er op dat er voor de overheid bij een overeenkomst over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden nooit sprake kan zijn van een feitelijke onmogelijkheid, maar hoogstens van een juridische.
64. Een uitzondering moet volgens Obermayer (a.q. blz. 835) worden gemaakt voor het geval van schuldeisersverzuim door de andere partij dan de overheid over de uitoefening van een bestuursbevoegdheid. Een weigering een beschikking te accepteren tast immers – aldus Obermayer – de rechtsgeldigheid van de beschikking niet aan. Mijns inziens kan er dan van schuldeisersverzuim ook geen sprake zijn. Iets anders is het geval dat de tegenpartij door niet meewerken (b.v. bij het verschaffen van informatie) verhindert dat de overheid de beschikking kan afgeven.
65. Omschrijving cf. *Beleidsovereenkomsten,* blz. 70.

66. Vgl. *BGHZ* 47, 36 e.v.
67. In het algemeen overeenkomsten tussen overheid en burger, waarbij een relatie van boven-ondergeschiktheid bestaat; zie over dit begrip nader *Beleidsovereenkomsten,* blz. 42 e.v.
68. Zie noot 56.
69. De toepasselijkheid van het leerstuk van culpa in contrahendo is discutabel. Voorzover ik kan nagaan verdient dit leerstuk aanscherping wanneer het gaat om beleidsovereenkomsten; zie over de precontractuele gebondenheid *Beleidsovereenkomsten,* blz. 54 e.v.
70. *Asser Rutten II,* blz. 28 e.v.; *Hofmann-Abas,* blz. 11 e.v.
71. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht,* Kluwer, Deventer, 1979.
72. A.w., blz. 6.
73. Vgl. de in mijn proefschrift uitgebreide behandeling van de ontwikkeling terzake in Duitsland. Het VerwverfG kent nu een expliciete wettelijke bepaling waarin deze vorm van contractsvrijheid is neergelegd (§ 54 VerwverfG).
74. Vgl. over de zogenaamde negatieve contractsvrijheid *Beleidsovereenkomsten,* blz. 108. Over de precontractuele fase bij beleidsovereenkomsten uitgebreid J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid,* Hoofdstuk II.
75. Zie hierover *Beleidsovereenkomsten,* hoofdstuk 5, vooral § 5.3.
76. Zie *Beleidsovereenkomsten,* blz. 152. Uit de nietigheidsbepalingen van § 59 VerwverfG spreekt eenzelfde gedachte.
77. Zo ook in het Duitse recht.
78. Zoals uit § 6.3.1 van mijn proefschrift blijkt is de privaatrechtelijk georiënteerde literatuur duidelijker dan de jurisprudentie.
79. Dit is veelal de publiekrechtelijke benadering (zie *Beleidsovereenkomsten* § 6.3.2).
80. Nieuwenhuis, a.w., blz. 6.
81. Het voorbeeld dat Nieuwenhuis (blz. 68) ontleent aan art. 3.4.2a met betrekking tot de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid is achterhaald door de wijziging van dat artikel bij de invoeringswet.
82. Het NBW eist niet meer dat de overeenkomst dient te berusten op een (geoorloofde) oorzaak. De rol van dit vereiste is overgenomen door 'andere rechtsinstellingen, zoals de regeling van dwaling, misbruik van omstandigheden en niet nakoming' (Toelichting boek 6, blz. 750).
83. Daarmee is niet gezegd dat de overheid nooit een eigen belang kan hebben. Vaak heeft de overheid als bureaucratische organisatie dat wel.
84. *Handelingen 1983 NJV* dl. 1, tweede stuk, blz. 58 e.v. Hij citeert daar (blz. 61) Van der Hoeven die van mening is dat de vrijheid van overheid en burger van geheel andere orde is. Het belang van de burger is zijn eigen belang, dat van het bestuur houdt in wezen een verplichting in. Hirsch Ballin meent dat een discretionaire bevoegdheid een bevoegdheid is tot ontwikkeling en verder vormgeven aan een bestaande rechtsbetrekking (*preadvies,* blz. 59).
85. Het onderscheid tussen kloppend en niet-kloppend vertrouwen wordt gemaakt door G.J. Scholten in zijn artikel in het aan het vertrouwensbeginsel gewijde themanummer van *R.M. Themis* 1984, nr. 5/6 met name blz. 501 e.v.
86. Vgl. ook Scheltema, Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiekrecht, in hetzelfde themanummer van *R.M. Themis,* blz. 539.
87. Zo men wil kan men met Mok spreken van het vertrouwensbeginsel van de tweede orde. Scheltema geeft daaraan de voorkeur omdat strikt genomen de wet zich niet uitlaat over wat er moet gebeuren wanneer de overheid bijvoorbeeld een toezegging heeft gedaan in strijd met de wet.
88. Daar liggen dan ook de parallellen tussen privaat- en publiekrecht, zoals Scheltema opmerkt (zie noot 86).
89. *Beleidsovereenkomsten,* blz. 157.
90. Nieuwenhuis, a.w., blz. 120 e.v.

91. *HR* 18-6-1982, *NJ* 1983, 723, waarover Schoordijk naast zijn in noot 13 genoemde rede in Onderhandelen te goeder trouw (Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus, *Reeks Handelsrecht* nr. 18 en ook Jitske de Jong, a.w., op verschillende plaatsen (m.n. blz. 177/178).
92. Jitske de Jong op de in de vorige noot aangegeven plaats.
93. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek,* Deventer 1979, blz. 21 e.v.
94. Zie over dit begrip in het algemeen Van Dunné, *Normatieve uitleg van Rechtshandelingen,* Proefschrift Leiden, 1971.
95. Schoordijk, a.w., blz. 31. Ik ga nu voorbij aan het betoog waarin Schoordijk argumenteert dat lid 2 van zowel 6.1.1.2 als 6.5.3.1 overbodig zijn als nadere uitwerking van het bepaalde in het eerste lid en met name dat er geen sprake is van derogerende werking.
96. Zie daarover *Beleidsovereenkomsten*, met name p. 103 e.v.
97. *Beleidsovereenkomsten,* § 5.6.3.2.
98. Vgl. *Hof 's-Gravenhage,* 25-6-1971, *NJ* 1971, inzake de intrekking van een subsidie aan de Stichting Nederlands Komité voor Internationaal Jongerenwerk.
99. Zie daarover *Asser-Rutten II,* Algemene leer der overeenkomsten.
100. Zie daarover B. Wessels, *Gentlemen's agreements,* en L. Hardenberg in *WPNR* 5339.
101. Zo is bijvoorbeeld de rechtswerking van de zg. convenanten onduidelijk.
102. Zie Hijma-Olthof, *Compendium van het NBW,* 2e druk, blz. 4.
103. Vgl. Van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het NBW,* Boek 6, blz. 837.
104. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het NBW,* blz. 265.
105. Zie over de werking van het vertrouwensbeginsel in precontractuele verhoudingen onder meer *Beleidsovereenkomsten,* hoofdstuk 4.
106. Schoordijk, a.w., blz. 484.
107. *TK* 1981, 16 693, nr. 3, blz. 20. Zo ook Hartkamp, *Compendium,* blz. 272. Onduidelijk is op welke grond Konijnenbelt tot een tegengestelde opvatting komt *(Hoofdstukken van Administratief Recht,* 5e druk, blz. 273).
108. In een interventie van de eerste kwartaalvergadering 1982 van de Vereniging voor Bouwrecht, *Bouwrecht* 1982, blz. 394.
109. Zie *Beleidsovereenkomsten,* blz. 166 e.v. en 176 e.v.
110. *Beleidsovereenkomsten,* blz. 53.
111. Schoordijk wijst op het belang van meerpartijenovereenkomsten en veronderstelt dat bij overeenkomsten in het economisch verkeer de staat in toenemende mate betrokken zal raken. (Schoordijk, *Algemeen deel van het Verbintenissenrecht,* blz. 556.)
112. Zie daarover Jitske de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte,* § 12.3.2 en 12.3.5.
113. Jitske de Jong, a.w. § 12.3.3 maakt daarbij mijns inziens terecht een aantal kanttekeningen; zij meent dat het van een aantal aandachtspunten afhangt of in concreto de bedingen rechtsgeldig zijn en noemt: a. de zwaarte van de beperking; b. het daarmee te dienen belang; c. de aard van het beding in relatie tot de zaak of het recht (in dat verband maakt zij onderscheid tussen het eigendomsrecht en de zakelijke genotsrechten).
114. Jitske de Jong, a.w. (noot 112), blz. 293.
115. Omdat volgens de jurisprudentie van de derde die bewust zonder inachtneming van het beding koopt, de teruglevering van het goed gevorderd kan worden; zie daarover De Jong, a.w., blz. 286 en de daar aangehaalde jurisprudentie. Onder het NBW is in dat verband art. 6.4.9.9 van belang, waarin de mogelijkheid wordt geopperd schadevergoeding in andere vorm dan geld (d.w.z. dus ook in de vorm van herstel in de oude toestand) toe te kennen.
116. In dezelfde zin Spier in *Contractenrecht VIII,* blz. 192.

117. De wijziging die de invoeringswet in de tekst van dit artikel wil aanbrengen doet voor ons minder terzake.
118. *Preadvies NJV,* blz. 136.
119. Zie J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid,* blz. 172 e.v., blz. 188.
120. Uit de passage bedoeld in noot 118 leidt Spier af dat Konijnenbelt waar hij een rechterlijke bevoegdheid tot ontbinding en/of wijziging ongepast acht in dezelfde richting denkt. Het zou interessant zijn bij de bespreking van dit preadvies te vernemen of dit klopt!
121. In zijn bespreking van Spiers boek in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis,* 1982, blz. 398.
122. *Parlementaire Geschiedenis van het NBW,* Boek 6, blz. 599 e.v.
123. P. 421.
124. Nieuwenhuis (*Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek,* blz. 298) noemt daarnaast het feit dat het causaliteitsvereiste is verdeeld over 6.3.1.1 en 6.1.9.4 dat nadere eisen stelt aan de toerekening van de schade, waarin ook de toerekening naar redelijkheid figureert; dat is overigens ook al betrekkelijk lang in de jurisprudentie van de HR het geval (zie bijvoorbeeld de bij Schoordijk, a.w. op blz. 236 in noot 23 genoemde uitspraken).
125. Van der Does en De Wyckerslooth (Onrechtmatige overheidsdaad, Mon NBW B48) spreken van een uiterst kleurloze schuld. Scheltema heeft in zijn noot onder het arrest *HR* 15 juni 1979, *NJ* 1980, 261 (Grubbenvorst-Caldenbroich) bepleit het schuldvereiste voor de onrechtmatige overheidsdaad geheel te laten vervallen.
126. P.J.J. van Buuren in *Administratieve Rechtsgangen* (losbladig), 1.8.4.3.
127. *Parlementaire Geschiedenis van het NBW,* Boek 6, blz. 615.
128. Zie noot 126.
129. *Beleidsovereenkomsten,* blz. 238.
130. Van der Does/De Wyckerslooth, a.w., blz. 78/79. Zij wijzen op *HR* 1 juli 1982, *NJ* 1983, 683, m.n. CJHB.
131. De in de vorige noot genoemde schrijvers wezen op de parallellie met misbruik van recht in situaties als die van *HR* 17-4-1970, *NJ* 1971, 89 (grensoverschrijdende garage). Uit de parlementaire geschiedenis (*Parlementaire Geschiedenis van het NBW,* Boek 6, blz. 672) blijkt overigens dat de minister de gevallen van 6.3.1.5b onderscheidt van die van misbruik van recht.
132. *HR* 19-12-1952, *NJ* 1953, 642.
133. *Parlementaire Geschiedenis van het NBW,* Boek 6, blz. 671.
134. Bekend als de theorie van Bregstein.
135. Schoordijk, a.w., blz. 379.
136. C.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel,* diss. Nijmegen, 1978, Kluwer, blz. 293.
137. *Advies over het rapport van de commissie art. 49 WRO 1-3-1984,* blz. 20/21.
138. *Vergoeding van planschade,* diss. Leiden, 1982.
139. A.w., blz. 141.
140. A.R. Bloembergen, Schadevergoeding algemeen, deel 1, *Mon. NBW.* B-serie, blz. 40-41.

140a. Uit de MvA bij de invoeringswet (TK 84/85, 17541, nr. 8, blz. 39) blijkt dat de minister van mening is dat de toepassing van de bepalingen van deze afdeling op vorderingen tot schadevergoedingen die hun grondslag in het bestuursrecht vinden voorzichtigheid moet worden betracht. Soms ligt z.i. aansluiting bij publiekrechtelijke regelingen meer voor de hand, bovendien beslist in dergelijke gevallen soms niet de burgerlijke rechter, maar een andere instanatie, die zijn eigen maatstaven kan aanleggen.

141. Vgl. W.M. Kleyn, *Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht,* 1979, blz. 47 e.v.
142. A.S. Hartkamp, Nieuwe tendensen in het vermogensrecht, in: *Capita Nieuw Burgerlijk Wetboek,* blz. 21.

*Mr. W.A.M. van Schendel*

# De Boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het bestuursrecht

## Inleiding

'Si nous ne trouvons pas des choses agréables, nous trouverons du moins des choses nouvelles'.*

Was dat de gedachte van het bestuur van deze vereniging toen het als onderwerp voor de preadviezen het Nieuw BW en het bestuursrecht koos? Was er daarbij een spoor van onzekerheid te bespeuren omtrent het verloren gaan van dat oude wetboek van 1838 (een argument dat het altijd zo aardig deed tegenover het moderne bestuursrecht)? Dan is er voor vrees geen grond: het Nieuw BW neemt over de verhouding van het burgerlijk recht tegenover het bestuursrecht geen standpunt in en de bepalingen van het nieuwe wetboek zijn, rechtstreeks, uitdrukkelijk alleen voor het vermogensrecht geschreven. Er is dus meer reden voor nostalgie – verdwenen zijn de palmen (artt. 693 e.v.) en de konijnen (art. 563) en de bijen zijn er niet gekomen (art. 5.2.13 en art. 5.2.17 lid 3 Ontwerp Meijers) – dan voor angst. Ook het BW is nu modern (vliegen in art. 5.3.2 lid 3 bijvoorbeeld); zo hebben civilisten dit gemeen met publicisten.

Achter de keuze van dit onderwerp lag de bedoeling te doen onderzoeken of het Nieuw BW in vergelijking tot het huidige recht, meer of minder ruimte biedt voor enigerlei toepassing van het privaatrecht. Uit de hiervoor al weggenomen vrees dat in dit opzicht Nieuw ook essentieel Anders is, volgt in feite reeds het antwoord: wezenlijk niet meer en niet minder. Dat voorkomt bijvoorbaat een beroep op opgewekte verwachtingen.

In het navolgende zal eerst in het algemeen nog iets worden gezegd over de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht (par. 1), over het Nieuw BW en het bestuursrecht (par. 2) en over Boek 3 en Boek 5 in verband daarmee (par. 3).

Vervolgens zal de eigenlijke kwestie worden aangeroerd: of de aard van een privaatrechtelijke rechtsregel zich tegen toepassing op de overheid verzet (par. 4). Dat wordt uitgewerkt in de paragrafen 5 (de overheid als niet-natuurlijke persoon) en 6 e.v. (de overheid en 'typisch' privaatrecht). Paragraaf 12 bevat de conclusie.

## 1 De verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht in het algemeen; interne rechtsvergelijking

Over de grens tussen privaatrecht en bestuursrecht en over de toepasselijkheid van regels en normen van privaatrecht op overheidshandelingen is – onder de trefwoorden 'gemeen' en 'gemengd' – herhaaldelijk geschreven. Dat zal ik hier niet nog eens doen.

Lubach heeft de stand van zaken bovendien in zijn preadvies weergegeven.[1] Elders[2] heb ik nog eens benadrukt welke normatieve rol de interne rechtsvergelijking[3] tussen privaatrecht en bestuursrecht speelt. Daarbij gaat het hier niet om de mate waarin in het overheidsprivaatrecht[4] de typische overheidstaak invloed heeft op de privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid, die zij als beleidsinstrument of ter verwezenlijking van behoeften die ook niet-overheden

wensen te realiseren, hanteert. Al dergelijke rechtshandelingen van de overheid die ook door niet-overheden zouden kunnen worden verricht zijn rechtstreeks aan het privaatrecht onderworpen: de bijzondere positie van de overheid als behartiger van het algemeen belang heeft hier haar plaats in het privaatrecht en het overheidsaspect kleurt hier de privaatrechtelijke norm. Er is geen bezwaar deze invloed aan te duiden met de term 'gemengd' rechtscomplex, waarin elementen van privaatrecht en publiekrecht te onderkennen zijn.

Bij de 'typische' bestuursrechtelijke rechtshandelingen – die alleen door de overheid kunnen worden verricht – komen de problemen. Als bij vergelijking van een bepaalde bestuursrechtelijke rechtsfiguur met een soortgelijke privaatrechtelijke zou blijken dat in het bestuursrecht een leemte aanwezig is die in het privaatrecht wel tot een oplossing is gebracht, kan het privaatrecht op drie manieren een rol spelen. Ten eerste door analoge toepassing van het privaatrecht, ten tweede door toepassing van het privaatrecht als het gemeenschappelijke (uniforme) recht dat, traditioneel in het privaatrecht beschreven, ook in het bestuursrecht gelding heeft en tenslotte door toepassing van het privaatrecht als het gemene recht.

Gebruik van privaatrecht per analogiam hangt af van de mate waarin de in het privaatrecht gegeven regel voor het bijzondere geval kan worden herleid tot een zodanig algemene, dat toepassing op het bijzondere bestuursrechtelijke geval mogelijk is. Besloten kan worden tot overeenkomstige toepassing van die regel, voorzover de aard van de bestuursrechtelijke verhouding zich daartegen niet verzet. Dat zal zich in dit verband vooral daar voordoen waar de privaatrechtelijke regel een concretisering is van een algemeen beginsel. Wordt dat beginsel ook in het bestuursrecht teruggevonden, maar ontbreekt een concrete, voor toepassing in aanmerking komende regel, dan ligt analoge toepassing van het privaatrecht voor de hand. Bij de gedachte van de toepassing van het privaatrecht als het gemene recht ligt dat anders. De bezwaren daartegen deel ik.

De vergelijking van rechtsfiguren van privaatrecht met die van bestuursrecht zou kunnen opleveren dat de regels die de beide verschijnselen beheersen dezelfde zijn; dan is ook niet sprake van toepassing van privaatrecht op publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, maar van toepassing van 'gemeen' recht op beide rechtsgebieden gelijkelijk. Daartegen kan geen enkel bezwaar bestaan. Maar een vergelijking die het bestaan van leemten in het bestuursrecht signaleert, doet het probleem zichtbaar worden dat er geen uniform recht blijkt te zijn dat voor toepassing in aanmerking komt.

De vraag komt dan op of vergelijking van een bepaald rechtsverschijnsel in de beide rechtsgebieden heeft duidelijk gemaakt dat die verschijnselen in zodanige mate identiek zijn, dat de in het privaatrecht neergelegde regels betrekking hebben op één gelijksoortig begrip, zodat, door de generatieve kracht van het systeem,[5] die gelijkheid aangeeft, dat de regels van privaatrecht uiting zijn van uniform recht. En als dat zo is, wordt het privaatrecht ook niet zo maar overgeheveld naar het bestuursrecht, als het gemene recht, maar benut als vindplaats van gemeenschappelijk recht. Dat betekent niet eens dat de uniforme regels ook in elk concreet geval dwingen tot dezelfde oplossing, zo min als de rechtstreekse

toepassing van het privaatrecht op de privaatrechtelijke rechtshandeling van de overheid in het overheidsprivaatrecht betekent, dat de oplossing van de rechtsvraag in het concrete geval dezelfde is als wanneer een dergelijke rechtsvraag rijst in de verhouding tussen twee niet-overheden. Vergelijking van gevallen over de rechtsgebieden heen – toegelaten, omdat van gemeenschappelijk recht sprake is – biedt weer de inspiratie die nodig kan zijn om in een concreet geval de best passende oplossing te vinden.

Afhankelijk van de overeenstemming die ter zake van de onderzochte rechtsverschijnselen in elk rechtsgebied worden gevonden, kan analoge toepassing van het privaatrecht op het bestuursrecht worden overwogen, hetzij tot eenheid van begrippen en dus tot gemeenschappelijk recht worden besloten. Die keuze is overigens voor de praktijk onverschillig:

'In beide gevallen leidt dat tot toepassing van in het uiterlijk systeem van het privaatrecht neergelegde regels op publiekrechtelijke rechtsfiguren'.[6]

## 2 Het Nieuw BW en het bestuursrecht in het algemeen

Het moet een geruststellende gedachte zijn: al hetgeen onder het oude recht is geschreven over de toepassing van het privaatrecht op overheidshandelen kan na invoering van het Nieuw BW worden herhaald. Het Nieuw BW geeft geen regels van overheidsprivaatrecht of aanwijzingen over de toepassing van het wetboek op rechtsbetrekkingen van de overheid met burgers;[7] of het nu gaat om de onrechtmatige overheidsdaad of om contracten met de overheid: er is in dat opzicht niets veranderd.

De vermelding in het Nieuw BW van het *algemeen belang* als factor bij de beoordeling of element van toetsing,[8] vormt geen wezenlijke verandering ten opzichte van het huidige recht. Het is de uitdrukking van de gevestigde gedachte dat bij afweging van belangen, ook in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen, maatschappelijke belangen in het oog moeten worden gehouden.

Het bestaan van *schakelbepalingen* die zekere regels van het NBW ook van toepassing verklaren buiten het vermogensrecht, voorzover de aard van de rechtsbetrekking en/of die van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet,[9] heeft niet tot gevolg dat daarmee de mogelijkheid van toepassing van deze regels op overheidsbetrekkingen is gegeven: zij beogen (overeenkomstige) toepassing op privaatrechtelijke verhoudingen buiten het vermogensrecht, doch binnen het privaatrecht (familierecht; procesrecht) te indiceren.

De vraag of en in hoeverre bepalingen van NBW van toepassing zijn op rechtsverhoudingen waarbij de overheid is betrokken moet worden beantwoord op grond van dezelfde uitgangspunten, theorieën of overtuigingen, die men voordien koesterde. Aan het NBW zelf kan men voor dat principiële antwoord op zichzelf geen steun ontlenen.

Twee situaties kunnen worden onderscheiden. De eerste is die, waarin het privaatrecht in beginsel rechtstreeks van toepassing[10] is, omdat de overheid gebruik maakt van een privaatrechtelijke rechtsfiguur of met een op het privaatrecht gebaseerde vordering wordt aangesproken. Dan moet worden bezien, enerzijds, of de aard van de betrokken rechtsverhouding zich tegen toepassing van het privaatrecht in concreto toch verzet[11] en, anderzijds, indien het privaatrecht toepasselijk is, welke invloed de omstandigheden dat de overheid daarbij een rol speelt heeft op de concrete uitkomst.

De andere situatie is deze. In het bestuursrecht doet zich een bepaald rechtsverschijnsel voor, waarvoor geen of geen uitgewerkte algemene regeling bestaat. Indien dit verschijnsel zich ook in het privaatrecht voordoet en daarmee op essentiële punten overeenstemming vertoont, kan de privaatrechtelijke regeling rechtstreeks (als uniform recht) of analoog toepasselijk zijn als vrucht van interne rechtsvergelijking.

Enige voorbeelden van beide situaties waarin die vragen rijzen ter verduidelijking. De overheid weigert, al dan niet na – afgebroken – onderhandelingen een overeenkomst aan te gaan. Verzet de aard van de betrokken rechtsverhouding zich tegen toepassing van het privaatrecht? En zo nee, wat is dan de specifieke invloed van de motieven ontleend aan het algemeen belang die de overheid voor haar weigering hanteert?[12] Kan de overheid, die zonder – publiekrechtelijke – rechtsgrond de burger iets heeft gegeven dit van de ontvanger als onverschuldigd betaalt terugvorderen?[13] Zijn de in het privaatrecht uitgewerkte regels van schadevergoedingsrecht[14] of van onbevoegde vertegenwoordiging[15] op bestuursrechtelijke situaties toepasbaar?

Beide situaties vormen overigens geen tegenstelling. Eenmaal vastgesteld – door interne rechtsvergelijking – dat rechtsfiguren in beginsel van gelijke aard zijn, is er geen grond toepassing van het privaatrecht naar zijn aard uit te sluiten. Omgekeerd, voor het antwoord op de vraag of de aard van de betrokken rechtsverhouding zich tegen toepassing van privaatrechtelijke regels verzet of van de mate waarin het typische overheidsaspect de privaatrechtelijke normen kleurt, is vergelijking met de beginselen en normen die de bestuursrechtelijke verhouding beheersen noodzakelijk.[16]

Toegespitst op deze twee situaties laten zich in het kader van dit preadvies twee vragen stellen. De eerste: brengt het NBW, in het veronderstelde geval dat het privaatrecht in beginsel van toepassing is, ten opzichte van het huidige recht nog verandering in het antwoord op de vraag of de aard van de rechtsverhouding zich tegen toepassing verzet of over de mate waarin met de specifieke positie van de overheid rekening kan worden gehouden? En de tweede vraag: brengt het NBW in vergelijking met het huidige recht verandering in de mogelijkheid van toepassing van privaatrechtelijke regels op bestuursrechtelijke rechtsfiguren die geen uitgewerkte regeling hebben gevonden in het bestuursrecht?

Bij de werkverdeling tussen de preadviseurs zijn mij Boek 3 en Boek 5 NBW toegevallen.

## 3 Boek 3 en Boek 5 NBW en het bestuursrecht in het algemeen

De opzet van het NBW (algemene bepalingen naast bijzondere delen) brengt mee, dat voor de toepassing van bijvoorbeeld de regels op een overeenkomst Boek 3 en Boek 6 (en in dit laatste toch ook weer de bepalingen over verbintenissen in het algemeen, die over overeenkomsten in het algemeen en die over wederkerige overeenkomsten in het bijzonder) moeten worden geraadpleegd, nog afgezien van de regels met betrekking tot bijzondere overeenkomsten in Boek 7. Het betekent dus dat wie overeenkomsten met de overheid beziet, noodzakelijkerwijs Boek 3 titel 2 (Rechtshandelingen) in zijn beschouwingen moet betrekken. Dat betekent ook dat een antwoord op de vraag of de aard van de rechtsbetrekking met de overheid zich tegen toepassing verzet of de mate waarin het NBW rekening houdt met de bijzondere positie van de overheid zich in wezen eerst voor beantwoording leent, als alle in beginsel toepasselijke regels in ogenschouw worden genomen.

Niettemin laten zich in het algemeen wel enige opmerkingen maken.

### *3.1 Congruente formuleringen van begrippen*

De congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen[17] springt in het Boek 3 van het NBW (nog) wat gemakkelijker in het oog dan voorheen. De congruentie van de redelijkheid en billijkheid (voordien: 'goede trouw') aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt door de formulering van art. 3.1.1.13[18] onderstreept, zeker indien wordt bedacht dat krachtens art. 3.1.1.15[19] het privaatrechtelijk handelen van de overheid wordt getoetst aan ongeschreven regels van publiekrecht, waartoe de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanzelfsprekend dienen te worden gerekend.

Daarbij komt hetgeen is bepaald in art. 3.1.1.14.[20] De formulering van misbruik van bevoegdheid, tot dan toe een ongeschreven rechtsregel, moet de bestuursrechtelijk georiënteerden bekend voorkomen: verbod van détournement de pouvoir en willekeur. Misbruik van bevoegdheid heeft geen zelfstandige betekenis in rechtsverhoudingen die door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst: daarin wordt de toepassing van de regel die de bevoegdheid verleent beheerst door art. 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 ('beperkte' werking van de redelijkheid en billijkheid).[21] Dat heeft wellicht een nog strengere toetsing tot gevolg,[22] maar het laat in ieder geval zien dat er congruent geformuleerde normen in het spel zijn,[23] telkens waar moet worden getoetst of willekeurig is gehandeld bij de uitoefening van de betrokkene toekomende bevoegdheden.

### *3.2 Ruimte voor de bijzondere positie van de overheid*

Het hiervoor onder 3.1 vermelde maakt duidelijk dat (wie wil[24]) bij de toetsing van het overheidshandelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten volle kan laten meewegen; niet reeds omdat de 'open' normen van redelijkheid en billijkheid daartoe al alle ruimte laten, maar juist ook, omdat het NBW met

zoveel woorden aan die beginselen een plaats geeft.[25] Daarnaast kan worden verwezen naar de artikelen waarin wordt bepaald dat met algemene belangen dient te worden rekening gehouden.[26] Tenslotte heeft het NBW ook op het terrein van goederen met een publieke bestemming geen beperkingen aangebracht die er toe zouden leiden dat de handhaving van regels van privaatrecht in strijd zou komen met de bestemming ten algemene nutte.[27]

### *3.3 Rechtsbescherming van de burger*

De bestuursrechtelijke tendens om nietigheid van rechtswege bij gebreken in de rechtshandeling zoveel mogelijk terug te dringen ten gunste van vernietigbaarheid is ook in het NBW terug te vinden.[28] De flexibiliteit van de regeling in het NBW en de, daardoor toegenomen beschermingsmogelijkheid van de burger maakt de verschillen – zo deze er waren – tussen beide rechtsgebieden in ieder geval geringer in aantal. Daarmee hangt samen dat in het NBW de constructie van de terugwerkende kracht terughoudend wordt gebezigd.[29] Ook die tendens lijkt overeen te komen met die in het bestuursrecht.[30]

## 4 Verzet de aard van de privaatrechtelijke rechtsregel zich tegen toepassing op de overheid?

De eerste kwestie die werd opgeworpen, is – kort gezegd – of het NBW ten opzichte van het huidige recht nog verandering brengt in de mate waarin met de bijzondere overheidspositie kan worden rekening gehouden. In het voorgaande is al aangegeven dat dit op zich zelf niet het geval is en opzet en inhoud eerder alle ruimte daartoe bieden. Het zou mooi zijn als in het algemeen kon worden aangegeven wanneer en waarom de aard van een rechtsverhouding waarbij de overheid is betrokken toepassing van bepaalde privaatrechtelijke regels al of niet, en zo ja geheel of gedeeltelijk, zou toelaten.

Bij de bestudering van het Duitse recht, aanknopend bij par. 62 VwVfG, valt op[31] dat kennelijk zelden in het algemeen valt te zeggen dat een bepaalde regel niet van toepassing kan zijn. Dat ligt ook voor de hand, omdat het de concrete rechtsverhouding is die toepassing van een bepaalde privaatrechtelijke regel verhindert, beperkt of – meestal – de inkleuring geeft die nodig is. Het zou dan ook zo moeten zijn dat een bepaald type rechtsverhouding (bijvoorbeeld: (beleids)overeenkomsten met de overheid, of: onrechtmatige overheidsdaden) wordt bekeken en vandaaruit de toepassing van de diverse regels aan een onderzoek wordt onderworpen.

Dit preadvies heeft echter een omgekeerde blik tot uitgangspunt. Gevraagd was aan te geven of en zo ja waarom een bepaalde regel al dan niet voor (ongeclausuleerde) toepassing in aanmerking komt. Dat betekent dat moet worden onderzocht of de aard van de privaatrechtelijke regel toepassing op overheidsverhoudingen in enigerlei mate verhindert of beperkt. Dat zal zich daar voordoen waar, enerzijds, de aard van het optreden van de overheid als niet-natuur-

lijk persoon toepassing uitsluit, anderzijds, waar de bepalingen gericht zijn op 'typisch' privaatrechtelijke gevolgen.[32]

## 5 De overheid als niet-natuurlijke persoon

De eerste groep van gevallen vergt weinig toelichting. Aan de zijde van de overheid zijn de bepalingen met betrekking tot handelingsbekwaamheid (art. 3.2.1)[33] en lijfsdwang (art. 3.11.6 (oud))[34] niet toepasselijk. De bijzondere aard van het vruchtgebruik (in beginsel gekoppeld aan het leven van de vruchtgebruiker) maakt een speciale regel voor de rechtspersoon nodig. Dat is, in overeenstemming met het oude recht, gebeurd in art. 3.8.3 derde lid. Het recht van gebruik en bewoning, in het NBW geregeld als species van vruchtgebruik (art. 3.8.24), omdat het verschil tussen beide rechten in wezen alleen hierin is gelegen dat bij de eerstgenoemde noch het recht noch het gebruik van de zaken kan worden vervreemd c.a. (lid 4), sluit door dit hoogstpersoonlijk karakter alleen nog niet uit dat ook een rechtspersoon dit recht heeft. Toch zal moeten worden aangenomen dat de wetgever hier alleen natuurlijke personen op het oog heeft gehad ('voor zich en zijn gezin' lid 2, 'met zijn gezin' (lid 3)).[35]

Voorzover bewindsvormen zijn gericht op natuurlijke personen komen deze niet voor toepassing in aanmerking. De regeling in titel 6 van Boek 3 kent ook gevallen waarin (een deel van) het vermogen onder bewind wordt gesteld. Die situatie laat zich met betrekking tot een rechtspersoon in het bijzonder denken bij het zg. crediteurenbewind (art. 3.6.2.1 sub a jo. art. 3.6.1.14c lid 2), waarbij die rechtspersoon een onderneming uitoefent en in verband met de dreigende uitwinning door crediteuren sanering noodzakelijk is. Bewind over die onderneming is dan onderbewindstelling van de rechtspersoon.[36] Dit doet zich bij de overheids-rechtspersoon niet voor.

Bepalingen die regelingen geven in geval van dood en ondercuratelestelling[37] komen vanzelfsprekend niet voor toepassing in aanmerking. Wanneer wordt gesproken over het faillissement van een persoon, zijn die bepalingen van toepassing, indien men aanneemt dat een publiekrechtelijke rechtspersoon failliet kan gaan en alsdan failliet verklaard is;[38] het NBW brengt hierin geen verandering.

## 6 De overheid en 'typisch' privaatrecht: eigendom en openbare bestemming

Ietwat terzijde van het onderwerp een enkele opmerking over de overheid als eigenaar. Het NBW kent niet meer het begrip 'zaken buiten de handel' en evenmin de term 'openbaar domein'. Dat sluit aan bij de heersende leer waarin de overheid op ten algemene nutte bestemde zaken geen ander recht heeft dan het gewone privaatrechtelijk eigendomsrecht, met dien verstande, dat daaruit nog niet volgt dat alle regels van privaatrecht in volle omvang daarop van toepassing

zijn.[39] De regel dat de bepalingen van het privaatrecht niet van toepassing zijn wanneer de bestemming dit niet zou toelaten is in het NBW gecodificeerd.[40]

Met de openbare bestemming wordt in het NBW, in aansluiting op het huidige recht, op diverse plaatsen rekening gehouden.[41] In het burenrecht kan als algemene regel worden gehanteerd dat die bepalingen niet toepasselijk zijn wanneer zich deze niet verdragen met de openbare bestemming.[42] Met betrekking tot de overdracht van eigendom van zaken met een publieke bestemming geeft het NBW zelf geen bijzondere regels.[43] Te wijzen valt nog op artikel 3.4.2.1 lid 1: eigendom c.a. is overdraagbaar, tenzij de wet[44] of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet.[45] De bepalingen van de artikelen 593 en 1990 BW keren in het NBW niet terug: bezit of verkrijging van eigendom door verjaring is niet uitgesloten van zaken met een publieke bestemming.[46]

De erkenning in het NBW van de openbare bestemming, veelal berustend op regels van ongeschreven publiekrecht, in samenhang met de verwerping van de leer van het publiek domein, laat onverlet de bestuursrechtelijke problemen van de inhoud en gevolgen van de openbare bestemming. In het bijzonder is niets geregeld over de vrijheid die de overheid als eigenaar zou toekomen langs privaatrechtelijke weg voordelen te bedingen, ook indien dit langs publiekrechtelijke weg niet mogelijk zou zijn.[47] Artikel 3.1.1.15 geeft echter uitdrukkelijk aan dat die vraag moet worden beantwoord na onderzoek van het geschreven en ongeschreven publiekrecht. Er kan dus geen twijfel over bestaan dat de burgerlijke rechter de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dient te toetsen.[48]

## 7 De overheid en 'typisch' privaatrecht: vermogensrecht(en)

Boek 3 betreft het (objectieve) vermogensrecht in het algemeen. Artikel 3.1.1.5 omschrijft vermogensrechten als rechten die, hetzij afzonderlijk, hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Ieder vermogensrecht is een goed (art. 3.1.1.0). Deze omschrijving van vermogensrechten sluit dus niet uit dat zekere, aan het bestuursrecht ontleende, bevoegdheden vermogensrechten zijn.[49] Voorzover die bevoegdheden niet als vermogensrecht kunnen worden aangemerkt, vallen ze buiten de privaatrechtelijke rechtssfeer. Dat is in het bijzonder van belang voor het begrip verbintenis en dus voor de toepassing – vooral – van Boek 6 en titel 3.11 (rechtsvorderingen). Een verbintenis kan immers worden omschreven als een rechtsplicht van de een jegens een ander tot een prestatie, op welke die ander een vermogensrecht heeft.[50] Rechtsplichten die niet met een subjectief vermogensrecht corresponderen zijn geen verbintenis; verbintenissen vormen een categorie van rechtsplichten.

Daarnaast bestaan er de rechtsplichten, al of niet[51] van vermogensrechtelijke aard, die geen verbintenis zijn. Dat blijkt ook uit artikel 3.11.1 lid 1 ('tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt,

wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld'). Die bepaling ziet op een ruimere verplichting dan de rechtsplicht die de verbintenis is: deze laatste verplicht immers tot een prestatie jegens een ander. De vordering tot nakoming van de rechtsplicht in het algemeen is – reeds daarom – geregeld in Boek 3. Maar van de verbintenis is de niet-nakoming geregeld in Afdeling 6.1.8 en de schending van rechtsplichten-niet-verbintenis in titel 6.3 (onrechtmatige daad). De verplichting tot schadevergoeding die het gevolg is van de niet-nakoming van die laatste groep van rechtsplichten kan alleen via de onrechtmatige daad worden bereikt. Die rechtsplichten berusten in hoofdzaak op ongeschreven recht (art. 6.3.1.1 lid 2), de verbintenissen vinden hun grondslag in de wet (art. 6.1.1.1: 'verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit').[52] Een meer gesloten systeem van verbintenissen dus en een open systeem van rechtsplichten.[53]

Dat betekent dat in geval van een verbintenis-rechtsplicht in beginsel nakoming (afd. 6.1.8) kan worden gevorderd. Indien een rechtsplicht-niet-verbintenis bestaat kan in beginsel nakoming worden gevorderd (titel 3.1), doch pas schadevergoeding wanneer een onrechtmatige daad is gepleegd (titel 6.3); eerst dan ontstaat de verbintenis tot schadevergoeding.

Het bovenstaande is van belang in verband met de mogelijkheid van toepassing van privaatrechtelijke regels op rechtsverhoudingen met de overheid. Waar bestuursrechtelijke wetten de grondslag voor verbintenissen vormen (belastingaanslagen, sociale uitkeringen, salarissen van ambtenaren) en de wet geen bijzondere afwijkende regels stelt,[54] staat niets (rechtstreekse of analoge) toepassing van het verbintenissenrecht in de weg: het betreft hier immers rechtsplichten (van overheid of burger) die met een vermogensrecht (in de zin van art. 3.1.1.5) corresponderen. Waar rechtsplichten-niet-verbintenissen in het spel zijn, is een vordering tot nakoming (titel 3.11) niet uitgesloten,[55] doch eerst schadevergoeding mogelijk in geval van een onrechtmatige daad. Die problematiek speelt in het bijzonder wanneer de overheid toezeggingen doet omtrent haar toekomende publiekrechtelijke bevoegdheden.[56] Indien een dergelijke (eenzijdige) toezegging niet wordt gehonoreerd – ook al schept deze geen verbintenis – kan schadevergoeding worden verkregen, indien aan de vereisten van een onrechtmatige daad is voldaan, dat wil zeggen: in ieder geval wanneer het concrete opgewekte vertrouwen niet is gehonoreerd.[57] Daarnaast is nakoming krachtens art. 3.11.1 (juncto art. 3.11.21) niet uitgesloten; dat hangt in het bijzonder daarvan af, of de aard van de verplichting dit toelaat en de betrokkene voldoende belang heeft bij de rechtsvordering (art. 3.11.8).[58]

Het systeem van het NBW, dat dwingt tot de onderscheiding tussen rechtsplichten die wel of niet verbintenis zijn,[59] maakt het eenvoudiger gevallen waarin geen (bijvoorbeeld uit overeenkomst voortvloeiende) verbintenis valt aan te wijzen te doorzien. Het is dan ook niet nodig krampachtig te zoeken naar een uit die overheidstoezegging voortvloeiende verbintenis.[60]

Is er dan geen verschil tussen een vordering tot nakoming van een verbintenis

en die van een rechtsplicht-niet-verbintenis? Dat is er wel.[61] Als voornaamste verschil geldt de regeling van de stelplicht en bewijslast: bij rechtsplichten dient de gelaedeerde te stellen en te bewijzen, dat de daad aan de dader kan worden toegerekend (art. 6.3.1.1), bij niet-nakoming van verbintenissen moet de gedaagde de afwezigheid van schuld e.d. stellen en bewijzen (artt. 6.1.8.1 en 6.1.8.2). Praktisch is dat verschil echter veelal gering, omdat nu eenmaal de schuld normaliter in de feiten die onrechtmatigheid opleveren ligt besloten en die feiten vooreerst, gelijk de verbintenisscheppende feiten, door de eiser dienen te worden gesteld en zonodig bewezen.[62]

Van de andere verschillen noem ik alleen nog deze: het geval, dat een verbintenis niet is nagekomen en de debiteur in verzuim is, doch nakoming nog mogelijk is. Dan heeft de schuldeiser de keuze nakoming te vorderen of, door omzetting van de verbintenis (art. 6.1.8.11), vervangende schadevergoeding te vorderen. Een dergelijke keus ontbreekt bij een rechtsplicht-niet-verbintenis die is geschonden: voor de toekomst kan de eiser alleen nakoming vragen, voor het verleden alleen schadevergoeding.[63] Schadevergoeding kan in beide gevallen ook in andere vorm dan in geld plaatsvinden (art. 6.1.9.9). Dit tweede verschil levert echter geen bijzondere overheidsproblemen op.

## 8 De overheid en 'typisch' privaatrecht: de rechtshandeling

In titel 2 van Boek 3 wordt de rechtshandeling behandeld. Artikel 3.2.2 luidt: 'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard'. Voor het overige bevat deze titel een aantal bepalingen van vermogensrechtelijke rechtshandelingen in het algemeen, in het bijzonder de vereisten voor de totstandkoming ervan (wil, verklaring, opgewekt vertrouwen), de nietigheid, conversie, bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden. Artikel 3.2.21 verklaart, als schakelbepaling, deze titel ook buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing, voorzover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Ook hierbij geldt dat daarbij is gedacht aan andere privaatrechtelijke rechtsgebieden, bijvoorbeeld die van Boek 1 en Boek 2 en het burgerlijke procesrecht. Te wijzen valt in dit verband voorts nog op de bepaling van artikel 3.2.19, waarin rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van overheidstoestemming als voorwaarde voor het intreden van rechtsgevolgen van de rechtshandeling.

Het NBW kent voor het totstandkomen en de rechtsgevolgen van de rechtshandeling een dubbele grondslag; naast de *wil* die zich door een *verklaring* heeft geopenbaard (art. 3.2.2), het *vertrouwensbeginsel* van artikel 3.2.3. Tezamen houdt dit in dat een wilsverklaring de betekenis heeft die degene tot wie zij is gericht redelijkerwijze daaraan mocht toekennen. Ontbreekt de wil door geestelijke stoornis (art. 3.2.2a) dan zijn meerzijdige en eenzijdige, gerichte, rechtshandelingen vernietigbaar, eenzijdige, ongerichte, rechtshandelingen nietig. Deze bepaling is alleen van belang als de wederpartij zich niet op artikel 3.2.3 kan be-

roepen. Ontbreekt de wil op andere grond (bijvoorbeeld door een misverstand) dan is elke rechtshandeling nietig, tenzij de bescherming van artikel 3.2.3 kan worden verkregen. In artikel 3.2.4 tenslotte worden regels gegeven voor de verklaringen zelf (vorm, ontvangsttheorie, onjuiste overbrenging, intrekking).

Te onderzoeken valt hier de rechtshandeling als privaatrechtelijk en als bestuursrechtelijk begrip. Immers ook in het bestuursrecht neemt men het begrip rechtshandeling (tegenover feitelijke handelingen) in de mond, ook daar waar het gaat om die typische overheidshandeling, de beschikking. Voor de vraag nu of op enigerlei wijze de regels van Boek 3 met betrekking tot de rechtshandeling toepasbaar kunnen zijn, is het nodig na te gaan of er principiële verschillen zijn tussen de rechtshandeling als begrip van het privaatrecht en, om het daartoe beperkt te houden, de beschikking. Dat vergt een korte blik op begrippen als 'wil', 'vertrouwen', 'autonomie'. Het is niet anders.

Het autonomiebeginsel[64] is het beginsel door zelfbeschikking, door zijn wil, rechtsbetrekkingen te scheppen. Dergelijke rechtsbetrekkingen kunnen alleen worden geschapen, waar deze als rechtsfiguren in onze rechtsorde toelaatbaar zijn en passen, en alleen door middel van handelingen die als zodanig door de rechtsorde zijn erkend. Daar ligt de grens. Daarbinnen wordt het zelfbeschikkingsrecht op talloze wijzen beperkt, van goede zeden (art. 3.2.7) tot overheidsvergunningen (art. 3.2.19). De 'eigenlijke' grond van de gelding van de door zelfbeschikking geschapen rechtsbetrekking is niet de zelfbeschikking of de rechtsorde, maar beide gelijkelijk, omdat de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking een grondbeginsel van onze rechtsorde is.

De rechtsgevolgen die intreden door uitoefening van de autonomie zijn steeds ook wettelijke gevolgen, omdat de zelfbeschikkingshandeling alleen dankzij de in het systeem van het privaatrecht neergelegde rechtsorde juridische betekenis heeft. Maar in de rechtsorde wordt er mede volstaan, voorzover de autonomie wordt toegelaten, om die juridische gelding te verlenen. En dus kan met reden worden onderscheiden tussen die rechtsgevolgen die alleen uit hoofde van de wet intreden (schadevergoeding bij onrechtmatige daad) en die rechtsgevolgen die men 'wil' doen intreden. De rechtsgevolgen van de koopovereenkomst treden in, omdat partijen afgesproken hebben te leveren en te betalen; onze rechtsorde zet die gevolgen in gang. Als een onrechtmatige daad is begaan treedt het rechtsgevolg, schadevergoeding, in, omdat de rechtsorde die daad aldus waardeert, dat de dader tot schadevergoeding verplicht moet zijn. Dat neemt niet weg dat de wet, wanneer men eenmaal een rechtsbetrekking heeft gecreëerd, talloze rechtsgevolgen in het leven roept en aldus nader de inhoud van de rechtsbetrekking bepaalt. Maar het onderscheid tussen al dan niet wettelijke rechtsgevolgen is wel degelijk van belang. De zelf gewilde koopovereenkomst is reeds daarom 'gerechtvaardigd', omdat deze is overeengekomen. Dat is bij louter wettelijke gevolgen niet het geval.

De rechtsbetrekking kan ook eenzijdig worden geschapen, maar principieel niet zodanig dat een ander daartegen niets meer zou kunnen doen: zelfs als ten

gunste van hem is beschikt, kan hij dit voordeel van de hand wijzen. Bij overeenkomsten ten behoeve van een derde (artt. 6.5.3.5-6.5.3.7) kan de derde het voordeel niet worden opgedrongen. De een kan weliswaar voor de ander rechtsbetrekkingen vestigen (vertegenwoordiging), maar het optreden van de vertegenwoordiger zelf is niet 'autonoom'. De vertegenwoordiger (voogd, curator, gevolmachtigde) heeft veelal weliswaar een meer of minder grote speelruimte bij het vestigen van rechtsbetrekkingen voor de vertegenwoordigde, maar dat is geen 'freies Ermessen', doch een handelen in overeenstemming met zijn vertegenwoordigingstaak.

Rechthandelingen zijn al die in onze rechtsorde erkende handelingen, die gericht zijn op de vestiging, verandering of opheffing van rechtsbetrekkingen. In het privaatrecht is de rechtshandeling middel tot verwerkelijking van de autonomie. In die gerichtheid op rechtsgevolgen ligt het onderscheid met feitelijke handelingen.[65] Rechtshandelingen en wilsverklaring zijn in die zin niet synoniem, dat, al is voor de gewilde rechtsbetrekking een verklaring van de wil nodig, de rechtshandeling uit één of meer, overeenstemmende, wilsverklaringen kan bestaan. Zonder de verklaring daarvan heeft de wil rechtens geen betekenis. Indien, traditioneel geformuleerd,[66] wil en verklaring niet overeenstemmen of de verklaring niet berust op de vrije keuze van de declarant, komt het vertrouwensbeginsel te hulp. Op welke wijze en in welke mate valt nog te bepalen.[67]

De begrippen 'rechtshandeling' en 'wilsverklaring' zijn abstracte begrippen. Daarin schuilt een gevaar.[68] Overeenstemmende kenmerken kunnen zich op zo'n abstract niveau voordoen, dat de praktische zin van de gemeenschappelijkheid ontbreekt. De oplossing die bij een bepaald type rechtshandeling is gekozen voor een probleem dat bij alle rechtshandelingen kan voorkomen (bijv. dwaling)[69] laat zich nog niet zonder meer abstraheren van dat bepaalde type en veralgemenen tot een oplossing voor alle rechtshandelingen. Dat spreekt overigens voor zichzelf.

In het bovenstaande is een schets te vinden van het privaatrechtelijke begrip rechtshandeling. Nu volgt de vergelijking met de bestuursrechtelijke rechtshandeling, de beschikking in het bijzonder.

Het lijkt eenvoudig. Tegenover de rechtshandeling naar privaatrecht, staat het op rechtsgevolgen gerichte handelen van de overheid *als zodanig*, om die beladen term maar te gebruiken. Waar de overheid potloden[70] koopt, hanteert zij het privaatrecht als (rechts)persoon naar privaatrecht. Is in dit laatste geval de rechtshandeling 'typisch' privaatrechtelijk, in de zin dat de gebondenheid berust op het autonomiebeginsel? Ook dan is immers de overheid niet zo maar een particulier, maar tevens en altijd behartigster van het algemeen belang.[71]

Al eerder[72] heb ik het standpunt ingenomen dat, waar de overheid dergelijke privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht, de gebondenheid niet berust op het autonomiebeginsel, in de zin dat het de overheid in beginsel vrij zou staan haar zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen. Zij kan zich immers slechts binden, indien en voorzover het algemeen belang dit toestaat. In die publiekrechtelijke

normen ligt de 'rechtvaardiging' van de gebondenheid. De overheid heeft niet bijvoorbeeld de vrije keus met wie zij zal contracteren en met welke inhoud.[73]

Dat betekent dan ook dat voor de overheid de bepalingen omtrent wil en vertrouwen als grondslag van de rechtshandeling niet kunnen gelden; de artikelen 3.2.2a en 3.2.3 passen niet, waar zij de wil tot uitgangspunt nemen. Dat verklaart te gemakkelijker waarom de overheid terug kan komen op door een rechtshandeling aangegane gebondenheid of zich niet kan verzetten tegen vorderingen tot nakoming overeenkomstig hetgeen volgens publiekrechtelijke normen de inhoud van de rechtsbetrekking behoorde te zijn.[74] Het standpunt immers, dat de overheid het zo heeft 'gewild' en dat zij daarom in beginsel daarop niet kan terugkomen, of, omgekeerd, dat zij nu eenmaal deze rechtsgevolgen heeft 'gewild' en daarom niet behoeft te doen wat zij naar bestuursrecht overigens behoorde te doen, gaat niet op (vergelijk art. 6.5.3.1 jo. art. 6.5.1.6 in verband met art. 3.1.1.13).

Ook de beschikking is een rechtshandeling, gericht als het is op rechtsgevolgen. Maar het is geen rechtshandeling in de bedoelde privaatrechtelijke zin.[75] Dat is het daarom niet, omdat ook hier het autonomiebeginsel niet speelt. De rechtsverhouding die door de beschikking wordt geschapen wordt niet gelegitimeerd door de vrije verkiezing van de overheid, laat staan de burger, maar door de wet. De rechtmatigheid van de beschikking staat centraal; dat wil zeggen: of een rechtsbetrekking kan worden geschapen, vastgesteld, of opgeheven, vloeit voort uit de wet. Daarbij komt dat de beschikking executeerbaar is zonder tussenkomende rechterlijke beslissingen en dat bij onregelmatige beschikkingen vrijwel altijd de beschikking gelding, (formele) rechtskracht, heeft, totdat deze is ingetrokken, vernietigd of iets dergelijks.[76] Dat is bij privaatrechtelijke rechtshandelingen anders.[77] Tenslotte is het veelal de wet zelf die de rechtsgevolgen bepaalt, juist in verband met het beginsel van de wetmatigheid van het bestuur.

Het vorenstaande impliceert ook dat het wilselement in de wilsverklaring van de overheid van een andere betekenis is. De door een geestelijke gestoorde overheidsdienaar uitgevaardigde beschikking, die rechtmatig en inhoudelijk juist is, is geldig,[78], zo zegt men. Artikel 3.2.2a leert anders. Dat betekent overigens niet, dat het wilsmoment – maar dan in de zin van een zekere speelruimte (zie hierboven) – niet te onderkennen zou zijn. Maar dat 'Ermessen', die meer of minder grote mate van eigen initiatief van degene die handelt, is niet de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht waardoor reeds daarom de rechtsbetrekking die wordt beoogd 'gerechtvaardigd' is. Het is steeds handelen binnen de grenzen van de taak.[79]

Het is dus, concluderend, zo dat de bepalingen omtrent privaatrechtelijke rechtshandelingen principieel niet toepasselijk kunnen zijn op de rechtshandelingen van de overheid, voorzover zij betreffen de grondslag van gebondenheid. Artikel 3.2.2a (geestelijke stoornis) en artikel 3.2.3 (vertrouwensbeginsel) missen, ook bij wege van analogie, toepassing.

Voorzover Boek 3 titel 2 bepalingen bevat die betrekking hebben op de wijze van afleggen van verklaringen, op de vorm daarvan, op tijdsbepaling(en) en

voorwaarde, nietigheid, conversie, bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden, bevestiging of bekrachtiging, geldt die principiële niet-toepasbaarheid niet. Rechtstreekse of analoge toepassing van de aldaar ontwikkelde regels, voorzover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, is mogelijk: die regels staan immers los van de grondslag van de rechtshandeling.[80]

## 9 De overheid en 'typisch' privaatrecht: vertrouwensbescherming

Het lijkt er op dat het vertrouwensbeginsel, dat bij de 'typisch' privaatrechtelijke rechtshandeling de gebondenheid mede draagt, in verband met het voorgaande voor de overheid geen rol speelt. Dat is juist voorzover het het vertrouwen in de zin van artikel 3.2.3 betreft. Maar de betekenis die het opgewekt vertrouwen in het bestuursrecht heeft, wordt daarmee niet ontkent. Daar staat immers vaak de vraag centraal – juist ook in verband met de positie van de handelende als bevoegd 'ambt' of als overheidsorgaan[81] – of de burger wordt beschermd tegen het niet honoreren van opgewekte verwachtingen. Voorzover die verwachting valt terug te voeren op het vertrouwen dat de handelende bevoegd was en binnen de grenzen van zijn bevoegdheid bleef, ligt vergelijking met artikel 3.3.2 lid 2 (schijn-volmacht) voor de hand.

In dat artikel (zo goed als in art. 3.2.3a; het oude artikel 1910 BW) gaat het niet om gebondenheid aan de rechtshandeling zelve, maar om bescherming tegen de onjuist gebleken veronderstelling dat (vertegenwoordigings)bevoegdheid (of een bepaalde rechtsbetrekking) bestond. De bescherming vindt aldaar in deze vorm plaats, dat tegen de betrokken wederpartij (of derde) op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep kan worden gedaan. Tegenover deze 'geldt' die veronderstelling dus als werkelijkheid. Die vertrouwensbescherming, als toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kan er in dit opzicht dus toe leiden dat een resultaat wordt bereikt dat gelijk is aan de werking van artikel 3.2.3 bij 'wilsontbreken'. De burger mocht de rechtshandeling als bevoegd gegeven opvatten. Maar dat zegt nog niet dat hij tegen het oordeel dat daaraan ten grondslag ligt – te weten: dat het algemeen belang deze rechtshandeling rechtvaardigde – in die zin beschermd is, dat hij te allen tijde de overheid aan nakoming van deze tot hem gerichte verklaring met die inhoud mag houden, omdat hij deze redelijkerwijze zo heeft opgevat. Daarvoor zal méér nodig zijn. Als het algemeen belang nakoming niet (langer) toestaat, kan niet gelden dat de overheid reeds gebonden is, omdat zij dat toen zo 'wilde'. Onder welke omstandigheden bescherming wel en niet geboden moet worden, is een andere vraag. Maar het uitgangspunt is een andere dan voor de 'typisch' privaatrechtelijke rechtshandeling geldt en daarom zal de aard van de overheidshandeling toepassing van de privaatrechtelijke bepalingen, die van deze wilsautonomie uitgaan (bijv. art. 6.5.3.11; gewijzigde omstandigheden), nooit zonder meer toelaten. Zoals, gelijk gezegd, ook omgekeerd, wanneer de overheidsrechtshandeling berust op een 'foute' afweging (bijv. handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel), de over-

heid de burger niet kan tegenwerpen dat die afspraak of toezegging nu eenmaal zo is gedaan of gemaakt.

Het vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht omvat dus meer: het is veelal de vraag of de overheid al dan niet kan terugkomen op vroeger handelen (rechtsverwerking).[82] Voor die vragen biedt Boek 3 geen aanknopingspunten,[83] behoudens dan voorzover door de werking van het vertrouwensbeginsel de overheid verplicht is tot zeker doen of nalaten en daarvan nakoming wordt gevorderd (titel 3.11, zie hierboven paragraaf 7).

## 10 De overheid en 'typisch' privaatrecht: de rechtshandeling naar burgerlijk recht

In de beide voorgaande paragrafen kwam naar voren dat de rechtshandeling van de overheid niet kan worden gelijkgesteld met die van de particulier voor wat de grondslag van de gebondenheid betreft. Terloops is al opgemerkt, dat daarmee nog niet is gezegd, dat die rechtshandeling dan ook niet rechtstreeks aan het privaatrecht zou zijn onderworpen. De enkele constatering immers dat deze rechtshandeling niet op 'wil' is gegrondvest, brengt nog niet mee dat het geen privaatrechtelijke zou zijn, zoals ook een typisch overheidsbesluit, dat bepalend is voor de rechtsgeldigheid van privaatrechtelijke handelingen, niet per se publiekrechtelijk behoeft te heten.

Het belang van een antwoord op die vraag is vooral gelegen in de op die kwalificatie berustende competentie-afbakening in verband met artikel 2 Wet Arob. Die vraag wordt door het nieuwe burgerlijk wetboek, evenmin als door het oude, beantwoord, maar betreft een vraag van interpretatie van objectief recht. Het door Punt beschreven instrument-criterium kan daartoe goede diensten bewijzen.[84]

Zelfs indien is uitgemaakt dat de rechtshandeling publiekrechtelijk of burgerrechtelijk van aard is, betekent dit nog niet dat de toepasselijke regels die van het bestuursrecht of die van het privaatrecht zijn, juist omdat in eerste linie die kwalificatie een jurisdictie-probleem was. Rechtstreekse of analoge toepassing van het privaatrecht op de publiekrechtelijke rechtshandeling (of andersom), noch hantering van bestuursrechtelijke normen door de burgerlijke rechter bij de oplossing van geschillen over als burgerrechtelijk aangemerkte rechtshandelingen, zijn met de typering van de rechtshandeling uitgesloten. Zie paragraaf 1 over interne rechtsvergelijking.

## 11 De overheid en 'typisch' privaatrecht: volmacht

Het Nieuw BW kent geen algemene regeling van vertegenwoordiging. In titel 3.3 wordt alleen de volmacht behandeld. Nu zal het bij het overheidsoptreden altijd gaan om rechtspersonen (Staat, Provincie, Gemeente) of ambten (het College van B en W, de Minister). In dat kader ligt in eerste instantie vergelijking met het

privaatrechtelijk rechtspersonenrecht meer voor de hand.[85] Voorzover de overheid volmacht (tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen) verleent, zullen met inachtneming van wat voor elke rechtshandeling van de overheid – hier: volmachtverlening – in paragraaf 8 is opgemerkt, de bepalingen van titel 3.3 in beginsel toepasselijk zijn.[86] Tenminste overeenkomstige toepassing van deze regels op de figuur van mandaat (van beschikkingsbevoegdheid) heb ik elders[87] reeds bepleit.

Hier is alleen nog een opmerking te plaatsen over de figuur van de onherroepelijke volmacht; zie artikel 3.3.13.[88] Deze, in het huidige recht toch niet onomstreden rechtsfiguur, is in het Nieuw BW onder zekere voorwaarden aanvaard. Niet goed voorstelbaar lijkt het, dat de overheid, gegeven haar publieke taakvervulling, een buiten de overheidsorganisatie staande figuur onherroepelijk vertegenwoordigingsbevoegd (met absolute werking, dat wil zeggen: de volmacht *kan* niet worden herroepen) mag toekennen, ook al heeft deze belang bij de rechtshandeling en ook al werkt de onherroepelijke volmachtverlening niet privatief.[89] Binnen de organisatie lijkt de intrekbaarheid (hier: herroeping) van dergelijke bevoegdheden eveneens uitgangspunt te moeten zijn.[90]

## 12 De overheid en 'typisch' privaatrecht: conclusie

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten. Ten aanzien van de bepalingen, waarin, al is het op zo min mogelijk dogmatische wijze, in wezen de grondslag van de gebondenheid aan rechtshandelingen aan de orde komt – artikelen 3.2.2, 3.2.2a en 3.2.3 – moet rechtstreekse of analoge toepassing op elke rechtshandeling van de overheid (of deze nu als privaatrechtelijk of publiekrechtelijk moet worden gekwalificeerd) uitgesloten worden geacht. Dat volgt enerzijds uit het niet voor de overheid geldende autonomiebeginsel, en hangt anderzijds samen met het karakter van de overheid als niet-natuurlijke persoon, waardoor zich telkens een of andere vertegenwoordigingsfiguur voordoet.

Consequentie daarvan is dat de gebondenheid van de overheid aan rechtshandelingen niet vaststaat met de verrichte handeling zoals de wederpartij die, als 'gewild' mocht opvallen. Uit dien hoofde reeds is er plaats voor toetsing van de gelding van die handeling aan publiekrechtelijke normen (algemeen belang), in het bijzonder ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Problemen die zich overigens met 'wilsverklaringen' kunnen voordoen – vormgebreken, nietigheden, misbruik van omstandigheden, bekrachtiging, conversie e.d. – staan los van de grondslagenkwestie. Van de betreffende bepalingen is principieel toepassing niet uitgesloten.

Het onderscheid in het Nieuw BW tussen verbintenis (als rechtsplicht) en rechtsplicht (niet zijnde een verbintenis) scherpt nog eens in, dat ook via de onrechtmatige daad resultaten zijn te bereiken (bijvoorbeeld bij toezeggingen door de overheid) zonder dat het zoeken naar een (privaatrechtelijke) verbintenis op grond van een rechtshandeling tot in de haast fictieve sfeer moet worden doorgevoerd.

## Noten

* Voltaire, *Candide,* hfdst. 17.

1. Zie mijn *preadvies,* nr. 3.
2. Zie mijn *Vertegenwoordiging in privaatrecht en bestuursrecht,* diss. Leiden 1982, no. 2. Ik zal voor het gemak van de lezer mijn standpunt hier nog eens weergeven.
3. Daarover, vanzelfsprekend, in het bijzonder A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, *WPNR* 5372-5375 en idem, Interne rechtsvergelijking, een comparatieve kijk op privaatrecht, administratief recht en bouwrecht, *BR* 1977, blz. 125 e.v.
4. Zie bijvoorbeeld: A.R. Bloembergen, *BR* 1979, blz. 376 e.v.
5. Zie A.R. Bloembergen, *WPNR* 5375, par. 15, blz. 50-51.
6. Aldus: A.R. Bloembergen, *BR* 1979, blz. 374.
7. Zie bijvoorbeeld: *Parlementaire Geschiedenis Boek 6,* blz. 599 e.v. De ontwikkeling op dit terrein is op praktische gronden bewust overgelaten aan de desbetreffende 'open' normen van het privaatrecht. Aldus ook: A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, *Mon. Nieuw BW A 1,* blz. 34.
8. Zie o.m. artikelen 3.1.1.13; 3.7.1.2 en 14 lid 1; 5.6.8; 6.5.3.12 en 6.3.1.5b. Zie ook *Parlementaire Geschiedenis Boek 5,* blz. 57 e.v. en voorts nog Hartkamp, t.a.p., blz. 38-39; E.J. Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht, *Mon. Nieuw BW A 7,* in het bijzonder blz. 9 e.v.
9. Zie de artikelen 3.1.1.16; 3.2.21; 3.3.16c en 3.11.21. Hierover bijvoorbeeld Hartkamp, t.a.p., blz. 25.
10. Waar een lex specialis bestaat is voor toepassing van het (N)BW geen plaats. Zie: Punt, *HNJV* 1981, deel I, tweede druk, blz. 116 e.v.
11. Vergelijk: par. 62 VwVfG.
12. Zie daarover bijvoorbeeld D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten,* diss. Groningen 1982, blz. 107 e.v. en overigens *Contractenrecht VIII* (Spier) nrs. 22 e.v.
13. Nee is het antwoord in Duitsland. Zie bijvoorbeeld Palandt, *BGB 42. Aufl.,* Einf. vor par. 812 6.d: de aard van de publiekrechtelijke rechtsverhouding verbiedt in de regel hier rechtstreekse (en analoge) toepassing van de privaatrechtelijke vordering uit (onverschuldigde betaling of) ongerechtvaardigde verrijking.
14. Daarover bijvoorbeeld: G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade,* diss. Leiden 1982.
15. Zie mijn dissertatie.
16. Een mooi voorbeeld levert op de rol van het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht: in hoeverre is dit aspect in het algemeen of in concreto zo overheersend dat het toepassing van het privaatrecht in het algemeen of in dit geval uitsluit? Vergelijk: J. Spier en C.J.J.M. Stolker, De rol van het gelijkheidsbeginsel bij het aangaan van rechtshandelingen door de overheid met betrekking tot onroerend goed, *BR* 1981, blz. 315 e.v.
17. Zie E. Droogleever Fortuyn, in: *Non Sine Causa* (G.J. Scholten-bundel), blz. 39 e.v. Vergelijk ook: Bloembergen, *Contracten met de overheid,* blz. 46 e.v.
18. Art. 3.1.1.13 luidt: Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.
19. Art. 3.1.1.15 luidt: Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht.
20. Artikel 3.1.1.14 luidt:
    1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voorzover hij haar misbruikt.
    2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij

is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

21. Zie hierover: A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het NBW, tweede druk, no. 51a; *Mon. Nieuw BW A 4* (Rodenburg), blz. 59 e.v.
22. Aldus bijvoorbeeld *Mon. Nieuw BW A 4* (Rodenburg), blz. 64.
23. Aldus in het bijzonder: W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen,* blz. 15. Zie ook: H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking,* Rede 1984, blz. 36 e.v. Zie voorts: *Mon. Nieuw BW A 4* (Rodenburg), blz. 38 e.v. en *Mon. Nieuw BW B-48* (Van der Does/De Wijkerslooth), blz. 44.
24. Vergelijk: B.C. Punt, preadvies NJV 1981, *HNJV* 1981, deel 1, tweede stuk, blz. 71. Ook hier is het immers niet de vraag of het kan, maar of men wil!
25. Ik ben het overigens eens met Van der Does en De Wijkerslooth, waar zij (*Mon. Nieuw BW B-48,* blz. 57) benadrukken dat ook thans reeds door de Hoge Raad het volle pond wordt gegeven aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
26. Zie noot 8 en *Mon. Nieuw BW A-7* (Dommering). Van de bepalingen waarin maatschappelijke, algemene, belangen meer impliciet zijn genoemd noem ik nog art. 3.2.7 (nietigheid rechtshandelingen in strijd met de goede zeden of openbare orde). Zie in verband met dit laatste nog: N.S.J. Koeman, preadvies NVJ 1980, *HNJV* 1980, deel 1, eerste stuk, blz. 50.
27. Vergelijk: *Parlementaire Geschiedenis Boek 5,* blz. 28 en overigens art. 3.1.1.15, waarin die regel van ongeschreven recht kan geacht worden besloten te liggen.
28. Zie hiervoor bijv.: Van der Burg en Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid,* 2e druk, blz. 38 e.v.; Lubach, diss. blz. 196 e.v. en de artikelen 3.2.6 (vormvereiste) en 3.2.7 (goede zeden, openbare orde, strijd met dwingende wetsbepaling). Zie ook de artikelen 3.2.7a (partiële nietigheid), 3.2.8 (conversie). Misbruik van omstandigheden leidt naar NBW ook tot vernietigbaarheid (art. 3.2.10). Zie voorts nog artikel 3.2.17b (ontzeggen van werking aan vernietiging, indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden) en artikel 3.2.17c (voorstel tot wijziging ter opheffing van nadeel doet bevoegdheid tot vernietiging van meerzijdige rechtshandeling op grond van misbruik van omstandigheden vervallen).
    Vergelijk over vormgebreken: *Rapport Abar,* blz. 142 e.v. en over wilsgebreken, idem, blz. 138 e.v.
29. Zie: Hartkamp, *Compendium NBW* nr. 24; idem, *Mon. Nieuw BW A-1,* nrs. 20-21. Zie voorts bijvoorbeeld het genoemde artikel 3.2.17b en art. 3.2.5 lid 2 (geen terugwerkende kracht van de vervulling van een voorwaarde).
30. Vergelijk: *Rapport Abar,* blz. 71-72 en de daar genoemde literatuur.
31. Zie de samenvatting in het *preadvies* van Lubach, nr. 6.2.
32. Aldus: Klaus Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,* Luchterhand Darmstadt 1983, blz. 818. Zie ook: het *preadvies* van Lubach onder 6.2.7.
33. Zie artikelen 3.2.1; 3.2.17 lid 1 sub a; 3.3.4; 3.11.20; 6.1.6.5; 6.4.2.7; 6.5.4.19.
34. Artikel 3.11.6 is bij de Invoeringswet vervallen. Uit de aard van dit dwangmiddel volgt dat het niet toepasbaar is op degenen die in hun kwaliteit optreden. Zie hierover o.m. *Burgerlijke Rechtsvordering* (Jansen) aant. 3 ad. Boek II, titel 5, afdeling 1. De wet kan overigens lijfsdwang voor de nakoming van de schuld van een rechtspersoon toestaan (aldus art. 15 Bis Invorderingswet). Zie in het algemeen bijvoorbeeld: *Asser van der Grinten II* (De rechtspersoon), par. 5.
35. De parlementaire behandeling zwijgt hierover (*Parlementaire Geschiedenis Boek 5,* blz. 681-683). Uitsluiting van rechtspersonen wordt aangenomen door *Asser-Beekhuis II* (Zakenrecht), blz. 404. *Asser-van der Grinten II,* t.a.p. acht toepassing in ieder geval bezwaarlijk. Bijzondere problemen doen zich overigens niet voor, omdat

de algemene regeling van het vruchtgebruik allerlei vormen van gebruik en genot van vruchten in ruime mate mogelijk maakt.

36. Zie: M. de Boer, *Het Bewind,* diss. Utrecht 1982, blz. 235.
37. Zie artikelen 3.3.11 en 3.3.12 (einde volmacht).
38. Die mogelijkheid wordt door een meerderheid van de schrijvers aanvaard. Zie hierover: *Faillissementswet* (Van Zeben), art. 1, aant. 7 en voorts: Polak, *Faillissement en Surséance van betaling,* zevende druk, blz. 44.
39. Zie bijvoorbeeld: *Asser-Beekhuis I,* Alg. Deel, blz. 83 e.v.; A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht,* blz. 234 e.v.; De Haan/Drupsteen/Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat,* blz. 228 e.v.; R.S. Meijer, *Praktijkboek Administratief Recht,* XIV 2.
40. Zie – naast artikel 3.1.1.15 (noot 19) – ook artikel 5.1.1 lid 2 (gebruik door eigenaar mag niet strijden met op wet en ongeschreven recht gegronde beperkingen). Overigens is ook artikel 1368 BW (overeenkomsten alleen over zaken in de handel) in het NBW niet meer in een of andere vorm gehandhaafd. Ook hier zal gelden dat de publieke bestemming zal bepalen in hoeverre rechtshandelingen toelaatbaar zijn, dat wil zeggen: in strijd zijn met de wet (vergelijk: *HR* 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166 m.n. GJS (Eindhoven/Staals); zie artikel 3.2.7 *NBW.* De hier bedoelde regel wordt ook in Duitsland gevolgd. Zie bijvoorbeeld: Palandt, *BGB,* aant. 4c en d. voor par. 90.
41. Zie voor beslag thans artikel 438a Rv en artikel 436 Nieuw Rv. Die bepaling heeft alleen betrekking op aan de overheid toekomende zaken met een publieke bestemming, niet op aan particulieren toebehorende.
42. Zie artikel 5.4.3 lid 2 (openbaar vaarwater), art. 5.4.4 lid 1 (beplanting bij grenslijn in geval van openbare weg op openbaar water), vergelijk: *HR* 28 april 1961, *NJ* 1961, 933 (Gorsselse bomen), artikel 5.4.11 lid 2 (openbare weg of openbaar water i.v.m. scheidsmuur), artikel 5.4.12 lid 2 (vensters en balkons in geval van openbare weg of openbaar water), artikel 5.4.14 lid 2 (afwatering op openbare weg). Zie in het algemeen: *Parlementaire Geschiedenis Boek 5,* blz. 175 e.v., i.h.b. met betrekking tot de vraag of onder 'erf' mag worden begrepen de openbare weg of het openbaar water (blz. 177-178). Zie voorts: W.J.M. Davids, Burenrecht, *Mon. Nieuw BW,* B-26, blz. 11-12.
43. Zie: *Asser-Beekhuis I,* Alg. Deel, blz. 89 e.v. en de aldaar bestreden opvattingen van Meijers inzake de overdracht van eigendom van onroerende zaken naar aanleiding van het zgn. Hofvijverarrest (*HR* 7 juni 1918, *NJ* 1918, 717) en de niet-toepasselijkheid van art. 2014 BW met betrekking tot archiefstukken en museumvoorwerpen.
44. Opmerking verdient dat hiermee een wet in formele zin is bedoeld. Lagere wettelijke voorschriften die een beperking bevatten kunnen er hoogstens toe leiden dat de betreffende rechtshandeling nietig is op grond van art. 3.2.7 lid 2 wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde. Aldus ook: Hartkamp, *Compendium NBW* nrs. 69 en 90.
45. Daarmee hangt de bepaling van artikel 3.9.1.2 samen: als goederen niet voor overdracht vatbaar zijn, kunnen pand en hypotheek niet worden gevestigd. Het verbod van art. 1210 BW tot het vestigen van hypotheek op onroerende goederen die niet in de handel zijn is derhalve vervallen.
46. Zie: *Asser-Beekhuis I,* Alg. Deel, blz. 88.
47. Hierover bijvoorbeeld: Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht,* nr. 2.10.1, blz. 110 e.v.; De Haan/Drupsteen/Fernhout, a.w. blz. 231 e.v., Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht,* blz. 296 e.v. en de aldaar vermelde literatuur en jurisprudentie.
48. Vergelijk in andere zin: Van Wijk/Konijnenbelt, a.w., blz. 113. Zie over toetsing van de rechtshandeling (overeenkomst) aan de wet nog noot 44.
49. Voor de teeltvergunning: zie *HR* 27 februari 1942, *NJ* 1942, 350; voor de bouwvergunning: *Pres. Rb. Alkmaar,* 20 april 1976, *NJ* 1977, 135. Zie voorts: *Asser-Beekhuis I,* Alg. Deel, blz. 5 e.v., *Parlementaire Geschiedenis Boek 5,* blz. 90.

50. Zie hierover vooral: G.J. Scholten, Grondslag en bronnen van verbintenissen, *Mon. Nieuw BW A-2,* blz. 7 e.v. Zo schept een overeenkomst over zetelvervulling in de gemeenteraad geen verbintenis (zie *HR* 26 maart 1971, A.B. 1971, 135 m.n. D.J. Veegens; A.A. XXI, 149 m.n. H.J.M. Jeukens; *NJ* 1971, 434 (Elsloose Verkiezingsafspraak). Zie voorts o.m. *Asser-Rutten-Hartkamp I,* nrs. 6 e.v.; C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel,* diss. Leiden 1978, blz. 8 e.v.
51. Via de schakelbepaling van artikel 3.11.21 (overeenkomstige toepassing van de voorgaande bepalingen) voorzover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet.
52. Aldus *HR* 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548, m.n. D.J.V. (Quint/Te Poel) codificerend.
53. Zie: Scholten, a.w., blz. 43 e.v., in het bijzonder blz. 51.
54. Zo bijvoorbeeld in verband met de Invorderingswet 1845: de Ontvanger der Directe Belastingen kan niet voor de fiscus een faillissement aanvragen (*HR* 28 augustus 1975, *NJ* 1976, 221 m.n. BW), waarover: Scholten, a.w., blz. 61-62.
55. Vergelijk het in noot 50 genoemde geval van de Elsloose verkiezingsafspraak. Ook al schept die afspraak geen verbintenis, omdat het vermogensrechtelijke aspecten mist, niet is uitgesloten dat – gelijk Scholten, t.a.p., blz. 10, opmerkt – krachtens het verenigingsrecht van de politieke partij wel een rechtsplicht aanwezig is die een vordering tot nakoming toelaat (tenzij de aard van de verplichting (art. 3.11.1 lid 1) of de aard van de rechtsverhouding (art. 3.11.21) zich daartegen verzet). Hierover ook: D.J.P. Giltay Veth, Verkiezingskandidaten: rechtsgeldig te binden?, in: *Non Sine Causa* (G.J. Scholten-bundel), m.n. blz. 94 e.v.; B. Wessels, Gentlemen's Agreement, in *Rmth* 1982, blz. 351 e.v.; N.J.S. Koeman, *preadvies NJV 1980,* blz. 78.
56. Recent voorbeeld: *HR* 27 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.n. P.A.S., waarover K. Schoonenberg, de privaatrechtelijke gevolgen van door de overheid gedane toezeggingen, *WPNR* 5765. Zie: *Contractenrecht VIII* (Spier) nrs. 130-137 en de aldaar vermelde literatuur en jurisprudentie.
57. In het in noot 56 genoemde arrest spreekt de HR voorzichtig van 'tenminste in die zin bindend, dat de overheid, zo zij niet tot aanstelling overgaat, in beginsel verplicht is tot schadevergoeding'. Met annotator Stein ben ik van mening dat de grondslag ligt in de schending van de – ongeschreven – rechtsplicht, te vinden in de algemene beginselen van behoorlijke bestuur. Zie voor de onrechtmatige overheidsdaad het preadvies van Lubach, nr. 7. Zie voor de concreetheid van het gewekte vertrouwen, M. Scheltema, *preadvies VAR* 1975, blz. 33.
58. Zie over nakoming of schadevergoeding: *Contractenrecht VIII* (Spier) nr. 136. Zie nog – over niet-vermogensrechtelijke verplichtingen – Van Nispen, diss., blz. 304-306, en over het belang-vereiste: idem, blz. 170 e.v. Een apart probleem vormt nog nakoming van verplichtingen om niet te doen; daarover bijvoorbeeld Scholten, t.a.p., blz. 49 en Van Nispen, diss., blz. 11 e.v.
59. Aldus ook: Scholten, a.w., blz. 41.
60. Zie bijvoorbeeld J.H. Cluijsenaar, *Rmth 1972,* p. 602 met een beroep op *HR* 19 decemer 1969, *NJ* 1970, 154 (Lindeboom/Amsterdam). Aldus ook: A.R. Bloembergen, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw,* blz. 17.
61. Zie o.m. Scholten, a.w., blz. 27 e.v. Daarover ook: Schoonenberg, *WPNR* 5765, blz. 809-810.
62. De inhoud van de toezegging is bijvoorbeeld van belang voor de daardoor geschapen verwachtingen en voor de inhoud van de rechtsplicht die op de overheid rust: de bewijslast daarvan rust op de burger. Er is in dit opzicht geen verschil tussen *HR* 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 m.n. C.J.H.B. (Heesch/Reijs) en *HR* 27 januari 1985, *NJ* 1985, 559. Anders wellicht Schoonenberg, t.a.p.
63. Ook bij op onrechtmatige daad gebaseerde schadevergoedingsplichten kan vergoeding van het zg. positief belang worden verkregen. Vergelijk het arrest Heesch/Reijs en vooral *HR* 8 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg), waarover: M. van Delft-Baars in *Kwartaalbericht NBW* 1984/2, blz. 73 e.v. Zie ook *HR* 16 april 1982, *NJ* 1982, 85.

64. Ik volsta hier met te verwijzen naar: J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van Contractenrecht,* diss. Leiden 1979, blz. 63 e.v. Voorts: W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Springer-Verslag, Berlin-Heidelberg-New York 1975, blz. 1 e.v.; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,* 4. Auflage, München, 1977, Hoofdstuk 4; W. van Gerven, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht I,* Algemeen Deel, Antwerpen en Utrecht 1973, blz. 279 e.v.
65. Niet uitgesloten is dat iemand een onrechtmatige daad pleegt, omdat hij de rechtsgevolgen 'wil' doen intreden. De rechtsgevolgen treden dan echter veeleer in op grond van de – gewilde – daad zelf. Aldus ook: Flume, a.w., blz. 25.
66. In overeenstemming met artikel 3.2.2a en 3.2.3. Vergelijk: Nieuwenhuis, *diss.*, blz. 23 e.v. (de overeenkomst als taalhandeling).
67. Vergelijk: Larenz, a.w., blz. 36 e.v.
68. Dat wordt ook benadrukt door Flume, a.w., blz. 31-34.
69. Terecht wordt dit wilsgebrek in het NBW dan ook alleen voor overeenkomsten geregeld (art. 6.5.2.11) en niet voor rechtshandelingen in het algemeen, al is analoge toepassing op eenzijdige rechtshandelingen mogelijk via artikel 6.5.1.6. Zie Hartkamp, *Compendium NBW,* nr. 71. In de Duitse recht (par. 119 BGB) is dit wel in het algemeen voor rechtshandelingen geregeld. Daartegen bijv.: Flume, a.w., blz. 33.
70. (Rechterlijke) ambtenaren gebruiken meer potloden dan Spier (*diss.*, blz. 10) kennelijk vermoedt. Zij hechten er dan ook aan opmerkingen in concepten weer te kunnen uitgummen.
71. Aldus in het bijzonder: J. van der Hoeven, De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: *Honderd jaar rechtsleven,* Zwolle, 1970, blz. 216 e.v. Dit zegt nog niets over het publiek- of privaatrechtelijk karakter van de rechtshandeling. Zie: B.C. Punt, *HNJV* 1981, deel 1, tweede stuk, blz. 103 e.v.
72. Zie mijn dissertatie, blz. 103 e.v.
73. Zie bijvoorbeeld Spier, diss., blz. 22 e.v.
74. Ik denk aan het geval (vgl. Flume, a.w., blz. 36) dat de overheid een lagere koopprijs is overeengekomen dan op grond van het gelijkheidsbeginsel mag. Volgens de zgn. Zweistrufen-theorie (waarover o.m. W. Konijnenbelt, *HNJV* 1980, blz. 113) dient de koper langs publiekrechtelijke weg het 'besluit' tot het aangaan van overeenkomst aan te tasten, maar kan hij op grond van de koopovereenkomst geen hogere prijs claimen. Dat is voor mij thans de vraag. De Arob-rechter ziet overigens die, op civielrechtelijke rechtsgevolgen gerichte, besluiten, in beginsel als niet-beschikkingen, althans in ieder geval voorzover de burger daardoor niet, door ontduiking van de publiekrechtelijke weg, in een ongunstige positie is gekomen. Dat laatste is een soort noodweg. Staat er op zich zelf iets in de weg aan normering van de rechtshandeling zelf overeenkomstig de publiekrechtelijke normen (art. 6.5.3.1 bijvoorbeeld), geldend te maken bij de burgerlijke rechter?
75. Zie aldus: Flume, a.w., blz. 41-45. Zie ook: A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht,* Alg. Deel, blz. 244. Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt, a.w., blz. 58.
76. Vergelijk o.m. Van Wijk/Konijnenbelt, a.w., blz. 160 (noot 43); Van der Burg/Cartigny, a.w., blz. 38 e.v.; De Haan/Drupsteen/Fernhout, a.w., blz. 177; *Rapport Abar,* blz. 115 e.v. en de aldaar genoemde literatuur en jurisprudentie.
77. Is daar de rechtshandeling nietig (bijvoorbeeld wegens strijd met de wet; art. 3.2.7 lid 2) dan kan de wederpartij afwachten tot de ander in rechte ageert.
78. Aldus: Donner, a.w., blz. 244; Forsthoff, *Lehrbuch der Verwaltungsrecht,* Band I, Alg. Teil, 10. Aufl., par. 11.2. De uitkomst is juist, maar de verklaring ligt niet in het ontbreken van wil, maar in het optreden van de handelende, op een of andere wijze, als vertegenwoordiger van een overheidsrechtspersoon of 'ambt'. Daarover mijn diss., blz. 141 e.v.
79. Zie mijn dissertatie, t.a.p.
80. Vergelijk bijvoorbeeld *Rapport Abar* over bedreiging (dwang), en bedrog en vormgebreken, blz. 138 e.v.

81. Daarover uitvoerig mijn dissertatie, blz. 141 e.v. en in het algemeen blz. 28 e.v.
82. Daarover vooral: M. Scheltema en W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht, geschriften VAR LXXIV.* Zie voorts A.M. Donner, Ch.P.A. Geppaert en M. Scheltema in *Rmth* 1984, resp. blz. 456 e.v.; 467 e.v. en 538 e.v.
88. Artikel 3.3.13 lid 1 luidt voorzover hier van belang: Voorzover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde, kan worden bepaald dat zij onherroepelijk is (...).
89. Zie *Contractenrecht IX,* nr. 285.
90. Vergelijk voor delegatie bijvoorbeeld: B. de Goede, *Beeld van het Nederlands bestuursrecht,* derde druk, blz. 36 en vergelijk eveneens de nadruk op de positie van de mandataris en de delegataris als ondergeschikte in verband met de instructiebevoegdheid van de mandans of delegans; zie bijvoorbeeld *Rapport Abar,* blz. 26 e.v. en M. Scheltema, De vrijheid van overheidsorganen om publiekrechtelijke bevoegdheden door anderen te laten uitoefenen, in: *Vrijheid en Recht,* ('s Jacob-bunsel) (1975), blz. 235 e.v.

**Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR**

*De met * aangeduide preadviezen zijn nog verkrijgbaar bij de uitgever of via de boekhandel*

| | | | |
|---|---|---|---|
| II | mr. A. Koelma<br>mr. R. Kranenburg | De verhouding van staatsrecht en administratief recht | (1940) |
| IV | mr. J. Kruseman<br>mr. J.H. Scholten | De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht | (1941) |
| VI | mr. A. Kleyn<br>mr. J.V. Rijperda Wierdsma | De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten | (1942) |
| VIII | mr. L.J.M. Beel<br>mr. G.J. Wiarda | Publiekrechtelijke overeenkomsten | (1943) |
| X | mr. E. Bloembergen<br>mr. H.E.R.E.A. Frank | Administratieve rechtspraak op economisch terrein | (1946) |
| XIII | mr. J.M. Kan<br>mr. W.G. Vegting | De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente | (1947) |
| XV | dr. G.A. van Poelje<br>mr. A.M. Donner<br>dr. Jules Lespes | Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht | (1948) |
| XVII | mr. S.J. Fockema Andreae<br>mr. D. Simons | Het administratief recht in de Grondwet | (1949) |
| XIX | dr. S.O. van Poelje<br>mr. C.H.F. Polak | Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht | (1950) |
| XXII | mr. H. Fortuin<br>mr. A.J. Hagen | De voorwaardelijke beschikking | (1951) |
| XXIV | dr. I. Samkalden<br>mr. G.J. Wiarda | Algemene beginselen van behoorlijk bestuur | (1952) |
| XXVI | dr. J.W. Noteboom<br>mr. L.R.J. Ridder van Rappard | Samenwerking van overheid en particulieren | (1953) |
| XXIX | mr. W.F. Prins<br>mr. H.D. van Wijk | Politiedwang | (1954) |
| XXXI | mr. D. Simons<br>dr. F.E. de Visschere<br>mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen | Bestuursrecht en bestuurskunde | (1955) |
| XXXIV | dr. B. de Goede<br>dr. M. Troostwijk | Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen | (1956) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| XXXVI | mr. A.D. Belinfante<br>mr. A. Mulder | De verhouding van administratieve sancties en straffen | (1957) |
| XXXVIII | mr. J. Korf<br>mr. L.G. van Reijen | De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen | |
| XL | mr. B. Bolkestein<br>dr. D. van der Wel | Het goedkeuringsrecht | (1958) |
| XLII | mr. A.M. Donner<br>mr. I. Samkalden | Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied? | (1960) |
| XLIV | mr. R.A.V. Baron van Haersolte<br>dr. H.A. Brasz<br>mr. J.G. Steenbeek | De overheidssubsidie | (1961) |
| XLVI | mr. W.F. Leemans<br>mr. W.M.J.C. Phaf | Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden | (1962) |
| XLIX | mr. E.H. s'Jacob<br>mr. J.C. Somer | De onderlingen verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig | (1963) |
| LIV | mr. W. Duk<br>mr. H.J.M. Jeukens | Terugwerkende kracht | (1965) |
| LVII | mr. J.M. Kan<br>mr. N.H. Muller<br>mr. R. Streng | Doeltreffendheid van het administratief beroep | (1966) |
| LIX | mr. D. van Duyne<br>mr. J. Bulthuis | Het plan in het openbaar bestuur | (1967) |
| LX | mr. L.J. Brinkhorst<br>mr. T. Koopmans<br>mr. A.D. Peiffer<br>mr. W.M.J.C. Phaf<br>prof. mr. S.O. van Poelje | Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid | (1968) |
| LXII | mr. O.A.C. Verpalen<br>mr. F.J. Beunke | Schadevergoeding terzake met rechtmatige overheidsdaad | (1969) |
| LXIV | mr. F.H. van der Burg | Overheid en ondergaan in een representatieve democratie | (1970) |
| LXVI | mr. J.A.M. van Angeren<br>mr. Th.J.C. Verduin | De sanctionering van het administratief recht | (1971) |
| LXIX | mr. A.M. Donner<br>mr. P.J. Boukema<br>mr. H.J.M. Jeukens | Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner | (1972) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| LXX | mr. L.J.M. de Leede<br>mr. J.P. Scheltens | Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht | (1973) |
| LXXIV | mr. M. Scheltema<br>mr. W. Konijnenbelt | De rechtsverwerking in het administratieve recht | (1975) |
| LXXVI | mr. B. Plomp<br>drs. E.L. Berg | Milieuheffingen | (1975) |
| LXXVIII | mr. W. Brussaard<br>J. Rothuizen | Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening | (1976) |
| LXXX | mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch<br>mr. R. Samkalden | Advisering in het bestuursrecht* | (1978) |
| LXXXII | mr. A.G. van Galen<br>mr. H.Th.J.F. van Maarseveen | Beginselen van administratief procesrecht* | (1978) |
| LXXXIV | mr. R. Bergamin<br>mr. C.J.G. Olde Kalter | Overheidspersoneel en grondrechten* | (1979) |
| LXXXVI | mr. F.W. ter Spill<br>mr. A.Q.C. Tak | Onwetmatig bestuur* | (1981) |
| LXXXVIII | mr. P.J.J. van Buuren<br>mr. M. de Groot-Sjenitzer | De omvang van de rechtsbescherming | (1982) |
| XC | mr. F.J.P.M. Hoefnagel<br>mr. drs. Alex Reinders | Kunst, kunstbeleid en administratief recht | (1983) |
| XCII | mr. Chr. Kooij<br>dr. F.P.C.L. Tonnaer | Vergunningverlening in stroomversnelling* | (1984) |
| XCIII | mr. D.W.P. Ruiter<br>drs. C.J.N. Versteden | Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht* | (1985) |
| XCIV | mr. D.A. Lubach<br>mr. W.A.M. van Schendel | Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* | (1986) |

**Colofon**

Letter: Times
Zetwerk: Fotozetterij Lustig, Alphen aan den Rijn
Druk en afwerking: Samsom Sijthoff grafische bedrijven bv, Alphen aan den Rijn