Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCV

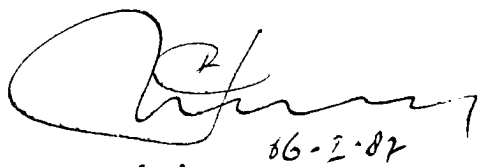
Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 25 april 1986
ter behandeling van de preadviezen van
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/VERSLAG

Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCV



Verslag van de algemene vergadering gehouden op 25 april 1986 ter behandeling van de preadviezen van

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

SAMSOM H. D. TJEENK WILLINK
ALPHEN AAN DEN RIJN 1987

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 205 0

© 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 16b 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

Rede van de voorzitter, mr. W. Konijnenbelt 7

Interventies (ochtendgedeelte) 13

mr. A. R. Bloembergen 13
mr. M. Kobussen 16
drs. H. W. J. Helsen 18
mr. A. K. Koekkoek 18
mr. M. Scheltema 20
mr. Th. G. Drupsteen 23
mr. J. A. E. van der Does 25

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte) 30

mr. W. A. M. van Schendel 30
mr. D. A. Lubach 34

Interventies (middaggedeelte) 40

mr. P. de Haan 40
mr. R. S. Meijer 45
mr. W. Snijders 49
mr. P. Nicolaï 53
drs. C. J. A. Crasborn 56
mr. G. H. L. Weesink 60
mr. C. Lambers 62

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte) 65

mr. W. A. M. van Schendel 65
mr. D. A. Lubach 68
mr. W. A. M. van Schendel 75

Concluderende opmerkingen van de voorzitter 76

Bestuurswisseling 78

Verslag van de secretaris over 1985 83

Bestuur en ereleden 85

Overzicht van preadviezen uitgebracht voor de VAR 86

Rede van de voorzitter mr. W. Konijnenbelt

Montesquieu en het administratieve recht

Waar leven wij eigenlijk voor? Die vraag, waarover filosofen gepiekerd hebben sinds het begin der tijden, zal ik niet proberen te beantwoorden noch zal ik zelfs maar pogen daarover een verhandeling te geven. Toch moet ik bij deze vraag beginnen om te kunnen verklaren waarom ik voor deze toespraak het onderwerp gekozen heb dat ik u dadelijk zal onthullen.

Waar leven wij eigenlijk voor? Als ik kijk naar wat er tijdens de VAR-vergaderingen pleegt te gebeuren, dan denk ik, dat al wat er gedaan en gezegd wordt onder één gemeenschappelijke noemer gebracht kan worden: alles is gericht op de toekomst. Vandaag, nu het gaat over de betekenis van het nieuwe burgerlijk recht voor het bestuursrecht, is dat al heel opvallend. Maar ook in andere gevallen is de portée van onze beschouwingen toch eigenlijk steeds deze: welke verbeteringen achten we gewenst in het administratieve recht en zijn toepassing om sommige problemen die we nu signaleren straks te verminderen?

Een van de methoden die daarbij gebruikt worden, is lering proberen te trekken uit het verleden. Nu is het verleden van het administratieve recht, althans van de wetenschappelijke beoefening daarvan, nog maar heel bescheiden. Het eerste echt serieuze wetenschappelijke commentaar op het algemene deel van het Nederlands administratieve recht wordt gevormd door de eerste druk van *Nederlandsch bestuursrecht, algemeen deel,* verschenen in 1932.[1] Zeven jaren nadien werd onze Vereniging opgericht en nog weer zeven jaren later – nu dus precies veertig jaar geleden – werd W. G. Vegting benoemd op de eerste leerstoel Administratief Recht aan een Nederlandse universiteit.[2]

Omdat deze geschiedenis zo jong en betrekkelijk goed bekend is, heb ik mij gewend naar een verder verleden om te bezien of daar dingen te vinden zijn die nog enig belang kunnen hebben voor het administratieve recht van de toekomst. Daarvoor ben ik te rade gegaan bij een veel geciteerd maar weinig gelezen auteur: de baron van La Brède. Charles de Secondat, beter bekend als Montesquieu.

Als Granpré Molière, die in 1972 een omvangrijk proefschrift aan hem

wijdde,[3] het bij het rechte eind heeft, dan is het dit jaar precies tweeëneenhalve eeuw geleden dat Montesquieu een geschrift voltooide dat nooit zelfstandig gepubliceerd is maar dat wel betrekking heeft op het onderwerp dat ook het centrale thema is van het beroemde hoofdstuk 6 van boek XI van zijn *De l'Esprit des Lois: La Libertée politique,* de politieke vrijheid. Heeft Montesquieu – dat is de vraag die nu aan de orde is – in zijn wèl gepubliceerde gedachten over dit onderwerp iets van belang te zeggen?

Algemeen bekend is het misverstand dat het genoemde hoofdstuk waarvan de titel luidt *De la Constitution d'Angleterre* drager is van een boodschap die later wel is aangeduid als de leer van de machtenscheiding. Die leer wil dat de overheidsfunctie onderscheiden moet worden in drie deelfuncties, ook wel machten genoemd: de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht. Deze drie verschillende functies zouden vervolgens moeten worden toevertrouwd aan drie verschillende volstrekt van elkaar gescheiden organen of organencomplexen. Zo zou één orgaan, of stelsel van organen, de exclusieve bevoegdheid tot het uitvaardigen van algemene wetten moeten hebben; een ander orgaan zou bij uitsluiting bevoegd zijn tot het uitvoeren van die wetten en een derde instantie, weer losstaand van beide vorige, zou met de rechtspraak moeten zijn belast. Dat zou het ideaal van de *séparation des pouvoirs* zijn.

In de modernere literatuur wordt het beeld weliswaar niet (meer) in deze schrilheid getekend,[4] maar evenmin wordt van deze voorstelling van zaken – die naar mijn ervaring nog steeds in brede kring leeft – uitdrukkelijk afstand genomen. Het lijkt me nuttig het misverstand dat aan de geschilderde opvatting ten grondslag ligt, expliciet aan de orde te stellen en na te gaan wat – als de populaire opvatting niet juist zou zijn – wel de portée is van Montesquieus betoog.

Eerder, en langs verschillende redeneringen, is een andere dan de overgeleverde visie verdedigd door Charles Eisenmann in een opstel uit 1933,[5] door Max Imboden in een preadvies van 1959[6] en in de Leidse dissertatie van Granpré Molière die in het Frans gesteld is; werken die niet behoren tot de meest gelezen literatuur in ons land.[7] Op een belangrijk onderdeel van Montesquieus opvattingen, namelijk de rol van de rechter, is tenslotte een nieuw licht geworpen door Schönfeld in zijn proefschrift van 1979;[8] in de laatste druk van Van der Pot/Donner wordt dit boek wel vermeld, maar het werkt nergens door in de tekst.[9]

Wat was Montesquieus preoccupatie bij het schrijven van *De la Constitution d'Angleterre*? Het ging hem – zoals ook blijkt uit het geschrift van boek XI waarin dit hoofdstuk is opgenomen – om de politieke vrijheid, de 'liberté politique'; en wel om een bepaald aspect daarvan: de relatie tussen de politieke vrijheid en de staatsinrichting. Daarbij geeft Montesquieu een nauwkeurige omschrijving van wat hij onder politieke vrijheid verstaat. Dat is niet 'te kunnen doen wat je wilt', maar 'te kunnen doen wat

je móet willen en niet te kunnen doen wat je niet hóórt te willen'. Anders gezegd, deze vrijheid is 'alles te kunnen doen wat de wetten toestaan'.[10] En de verhouding tussen deze vrijheid en de staatsinrichting is maar één facet, getuige de openingszin van boek XII dat gaat over de politieke vrijheid in relatie tot de burger: 'Het is niet voldoende de politieke vrijheid in haar verhouding tot de staatsinrichting te hebben behandeld; ze moet ook gezien worden in de verhouding die zij heeft met de individuele burger.' En even verder: 'Het kan voorkomen dat de staatsinrichting vrij is, maar dat de burger dat niet is' – en dan gaat het om andere dan constitutionele factoren die van belang zijn voor de vrijheid van de individuele burger, zoals de inhoud van de strafwetten en de regels van onteigening.

In hoofdstuk 6 van boek XI gaat het naar mijn indruk niet alleen, wellicht niet in hoofdzaak, over de vrijheid van individuen, maar ook en vooral om de vrijheid van de standen en leden van de standen.[11] Men bedenke dat in boek XI twee drieslagen bij elkaar komen. Enerzijds de drie genoemde overheidsfuncties: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. Anderzijds de drie standen die vanouds in de staatsleer worden onderscheiden: de vorst (het monarchistische element), de adel (het aristocratische element) en de burgerij (het democratische element).[12] Deze drie 'standen' zien we bij Montesquieu onder meer aldus terug dat de uitvoerende macht – in Engels voetspoor – in hoofdzaak bij de vorst gesitueerd wordt, de wetgevende macht in hoofdzaak bij een volksvertegenwoordiging met een burgerlijke kamer en een adellijke kamer, en de rechterlijke macht onder meer bij laatstgenoemde kamer, de 'House of Lords'. Op het collectivistische karakter van de politieke vrijheid die in hoofdstuk 6 aan de orde is, wijzen ook de passages die bepleiten dat bij de strafrechtspraak toch vooral gelet moet worden op het element van berechting door gelijken.[13]

De politieke vrijheid bestaat uit het recht te doen wat de wetten toestaan. Zou je ook mogen doen wat de wetten verbieden, dan is het resultaat onvrijheid; want als jij dat mag, dan mogen anderen dat ook.[14] Deze vrijheidsopvatting legt nog wat bloot van Montesquieus drijfveren: hij is op zoek naar rechtszekerheid, hij wil dat het leven berekenbaar zij doordat iedereen zich aan de wetten houdt. Iedereen: niet alleen andere burgers –in Montesquieus omstandigheden vooral: zijn collegae edellieden die door de wetten niet te gehoorzamen opstand en anarchie zouden kunnen veroorzaken – maar vooral de koning wiens willekeur in Montesquieus dagen alom gevreesd werd.

Heel Montesquieus benadering heeft een sterk *defensief* karakter. Hij heeft gezien – niet alleen in het Frankrijk van zijn dagen, maar ook in andere landen; landen die hij deels bezocht heeft[15] – hoezeer de wereld gebukt ging onder allerlei vormen van dictatuur en willekeur. Vrijheidslievend van nature en kind van zijn tijd, de Verlichting, ging hij op zoek naar de algemene principes van allerlei aard (geografische, klimatologi-

sche, constitutionele) die van invloed zijn op de vraag in hoeverre een samenleving vrij, in hoeverre ze onvrij is. Wat de constitutionele factoren betreft constateerde hij dat *machtsconcentratie* de meest bedreigende factor is voor de politieke vrijheid, en het is daartegen dat hij remedies zoekt in boek XI.

De staatsinrichting moet zodanig zijn dat de overheid 'gematigd' is[16] en daarvoor is nodig dat *le pouvoir arrête le pouvoir.*[17] Dit valt alleen te bereiken door verschillende bevoegdheden te splitsen en te zorgen voor wat de Amerikanen later *checks and balances* zouden gaan noemen. Vandaar dat de koning een vetorecht heeft ten opzichte van de wetten. Dat de uitvoerende macht verantwoording schuldig is voor de uitvoering van de wetten en dat ze kan worden afgezet door middel van een gerechtelijke 'impeachmentprocedure'. Dat de volksvertegenwoordiging uit twee kamers bestaat. Dat Montesquieu pleit voor herstel van de Etats Provinciaux; dat de volksvertegenwoordiging slechts beperkte tijd bijeen mag komen en dat ze alleen *algemene* wetten mag uitvaardigen, om maar een paar punten te noemen.

Deze methoden ter vermijding van machtsconcentratie zijn ontleend aan de Engelse constitutie. En het Engelse stelsel – dat Montesquieu zo treffend heeft beschreven dat Bagehots beroemde *English Constitution* voor een belangrijk deel kon steunen op de *De l'Esprit des Lois*[18] – wordt niet gepresenteerd als een vorm van 'zo moet het', maar als een voorbeeld van een systeem waarin je een aantal principes terugvindt die constitutionele voorwaarden vormen voor een gematigde overheid. Montesquieu wil niet een bepaalde regeringsvorm voorschrijven (en allerminst een stelsel van drie gescheiden machten propageren), maar aangeven op welke structuurprincipes je moet letten om de grootste bedreiging van de politieke vrijheid te voorkomen: absolute machtsconcentratie.[19]

Nog een laatste woord over de positie van de rechter bij Montesquieu. Daarvoor heeft Montesquieu grote aandacht; niet alleen omdat hij zelf een twaalftal jaren rechter is geweest, maar ook omdat hij heil zag in de versterking van de positie van de rechters – die voortkwamen uit de adel – ten opzichte van de koning. Schönfeld heeft overtuigend aangetoond dat de omschrijving van de rechter als 'bouche de la loi' allerminst impliceert dat hij een soort automaat-rol zou moeten vervullen, maar dat het erom gaat te betogen dat het uitleggen van wet en recht niet aan de koning maar aan de rechters toekwam. Een oude traditie wilde, in Engeland èn in Frankrijk, dat de koning werd beschouwd als de mond van het recht: *rex lex loquens.* In het voetspoor van de bekende Engelse rechter Coke vervangt Montesquieu deze leuze door: *iudex lex loquens, le juge* (en dus niet de koning) *est la bouche de la loi.*[20] Deze opvatting betekent niet alleen een versterking van de positie van de adel ten opzichte van de koning – en omgekeerd, een verzwakking van de positie van de koning ten opzichte van de adel – maar ze past ook in de fundamentele gedachte van Montesquieu, het voorkómen van machtsconcentratie.[21]

Deze visie van Montesquieu op de verhouding koning-rechter-wet is in elk geval uiterst actueel. In de eerste plaats sluit die visie aan bij de kritiek die Brenninkmeijer enkele jaren geleden uitte op het verschijnsel dat de Centrale Raad van Beroep zich soms door wetgevingsambtenaren laat voorlichten over de betekenis van onduidelijke regelingen.[22] En in de tweede plaats loopt deze visie geheel in de pas met artikel 6 EVRM en het Benthem-arrest, naar aanleiding waarvan juist dezer dagen werd ingeluid het voorstel van Tijdelijke Wet Kroongeschillen (19.497), wetsvoorstel dat de Afdeling voor de geschillen van bestuur tot zelfstandige rechter wil maken in de meeste zaken waarin nu nog Kroonberoep openstaat. Aan de hand van Montesquieu valt overigens nog wel een en ander af te dingen op onderdelen van dat wetsvoorstel – maar daarover een andere keer, misschien.

Laat ik het belangrijkste on-montesquiviaanse kort vermelden: dat is het toezicht van de ministers op de wijze waarop lagere overheden al dan niet gevolg geven aan de 'adviezen' die de Afdeling voor de geschillen van bestuur hun kan geven (art. 6 van het wetsvoorstel). Trouwens ook de bijzondere motiveringsplicht welke het derde lid van art. 6 een overheidsorgaan dat met zo'n advies begiftigd is, oplegt, is slecht te rijmen met de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht: die wordt aldus bijna bevoogdende macht.[23]

Noten

1. J. H. P. M. van der Grinten, F. G. Scheltema, R. J. H. Sinninghe Damsté, J. B. Kan, C. W. van der Pot, H. Vos en R. Kranenburg: *Nederlandsch Bestuursrecht, algemeen deel,* Alphen aan den Rijn, 1932.
2. Zie H. L. C. Hermans, E. M. H. Hirsch Ballin, Monique Janssen en Mariëtte Kobussen: *W. G. Vegting,* in: *Kopstukken van Administratief Recht,* Vakgroep Staats- en administratief recht KHT, Den Haag, 1986.
3. Jean Jacques Granpré Molière: *La théorie de la Constitution Anglaise chez Montesquieu,* diss. Leiden 1972, blz. 133 en 382.
4. Bijv. T. Koopmans: *Vergelijkend publiekrecht,* 1978; Van der Pot/Donner: *Handboek staatsrecht,* 1983; P. W. C. Akkermans e.a.: *Algemene Begrippen van Staatsrecht,* 1985 (speciaal het opstel van L. T. A. Rutges).
5. Ch. Eisenmann: *'L'Esprit des Lois' et la séparation des pouvoirs,* in: *Melanges R. Carré de Malberg,* Parijs, 1933.
6. M. Imboden: *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung,* Vortrag Berliner Jur. Gesellschaft, Berlijn 1959 (ook opgenomen in Imbodens verzamelbundel *Staat und Recht,* Bazel 1971).
7. De l'Esprit des Lois zelf is trouwens ook niet zo gemakkelijk te vinden. Het gemakkelijkst toegankelijk is wellicht de uitgave van Robert Derathé: *Montesquieu, De l'Esprit des Lois,* Garnier, Parijs, 1973 (twee pockets); ook is het opgenomen in Montesquieus *Oeuvres complètes,* verschenen in de Pléïade-reeks.
   In 1783 verscheen een Nederlandse vertaling door D. Hoola van Nooten; een vertaling van De la Constitution d'Angleterre door Wilfried Uitterhoeve is te vinden in *Recht en Kritiek* 1975, blz. 24.
8. K. M. Schönfeld: *Montesquieu en 'la bouche de la loi',* diss. Leiden, 1979.
9. Van der Pot/Donner: *Handboek,*[10] blz. 175 en 512.
10. Boek XI, hoofdstuk 3: Ce que c'est que la liberté.
11. Een verwante gedachte vind ik bij Daniel Brühlmeier: *Verfassungstheorie und*

Grundrechtsdenken bei Montesquieu, ARSP, 1981, blz. 233; deze onderscheidt tussen constitutionele (boeken VI en XI) en individuele vrijheid (boek XII) bij Montesquieu.

12. Vgl. Imboden, *Staat und Recht,* blz. 66 e.v.; L. T. A. Rutges (zie noot 4), blz. 132.
13. Zie XI.6, al. 15 en 18.
14. Zie XI.3, slot.
15. Montesquieu was allerminst de provinciale kamergeleerde uit Bordeaux die Donner ons voortovert (Van der Pot/Donner, *Handboek,* blz. 28). Hij was, integendeel, een van jongsaf vrijgevochten libertijn die niet alleen een aantal jaren in het buitenland doorgebracht heeft maar die ook langer in Parijs gewoond heeft dan in en bij Bordeaux. Zie de levensbeschrijving bij Granpré Molière en de biografie bij Derathé I, blz. LXVII e.v.
16. *Gouvernement modéré,* dat is de leus die steeds terugkomt. De veel gehoorde term *séparation des pouvoirs* zoekt men bij Montesquieu tevergeefs.
17. XI.4, m al. 2.
18. Vgl. K. M. Schönfeld, diss. 1972, blz. 16-19. Anders oordelen o.m. B. Mirkine-Guetzevitch, o.a. in *De l'Esprit des Lois à la democratie moderne.* Bicentenaire de l'Esprit des Lois (1748-1948), 1952, blz. 16; in diens voetspoor Ch. P. A. Geppaart: *Enige fiscale aspecten van de sociale rechtsstaat,* inaug. rede Tilburg, 1967 (die overigens ook ruime aandacht besteedt aan Montesquieu); Van der Pot/Donner, *Handboek,*[10] blz. 25 e.v.
19. Als er dan al een positief scheidingsprincipe te vinden is bij Montesquieu, dan heeft dat uitsluitend betrekking op de rechterlijke macht; die moet – in Montesquieus eigen woorden – *séparée* zijn van de wetgevende en van de uitvoerende macht (XI.6, al. 5).
20. Schönfeld, diss. Vgl. ook Brühlmeier, t.a.p. (zie noot 11) die bij Montesquieu twee typen rechters onderscheidt, afhankelijk van de vraag of het om juryrechtspraak gaat.
21. Over de verhouding koning-rechter-wet zie men, behalve de *De l'Esprit des Lois* ook *Pensée,* nr. 2266, afgedrukt in schema VII bij het proefschrift van Schönfeld.
22. A. F. M. Brenninkmeijer: *De rechter en de wetgevingsambtenaar,* in: *NJB* 1981, blz. 779 met een naschrift van J. M. Polak.
23. Zou de opvatting van Crince le Roy (*De vierde macht,* op. les, Utrecht, 1969, blz. 1 en Van Maarsseveen. *De heerschappij van de ministerraad,* oratie, Rotterdam 1969) over de verderflijke invloed van de trias politica nog steeds actueel zijn?

Interventies (ochtendgedeelte)

mr. A. R. Bloembergen

'Zo hoort het,' heeft J. M. Polak al over deze preadviezen gezegd. Ik sluit mij graag aan bij de hulde dat de preadviezen op tijd en in goede vorm zijn aangeboden. Ook wil ik de preadviseurs gaarne hulde brengen voor wat zij inhoudelijk bieden. Ik heb de geschriften grotendeels met instemming gelezen, wat overigens niet zo onbegrijpelijk is, aangezien de beide heren, als ik het zo mag uitdrukken, een zekere affiniteit met mij hebben.

Toch wil ik hier nog een enkele opmerking maken. In het bijzonder wil ik daarbij ingaan op wat J. M. Polak 'vraag b' heeft genoemd:

Zijn de bepalingen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek toepasselijk in bestuursrechtelijke verhoudingen?

Met 'bestuursrechtelijke verhoudingen' wordt dan gedoeld op verhoudingen buiten het privaatrecht, waarbij wordt aangenomen dat ongeveer duidelijk is hoe het onderscheid moet worden gemaakt. De teneur van de betogen van de beide preadviseurs op dit punt is dat men zich geen zorgen hoeft te maken en dat men de zorgen over de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) maar aan de civilisten moet overlaten. Er verandert, zo betogen de preadviseurs, eigenlijk niets: evenals nu het geval is moet men straks onder het nieuwe recht maar bekijken of wellicht privaatrechtelijke regels – regels van het NBW – op bestuurlijke verhoudingen toepasselijk zijn. Hieraan voegen de preadviseurs toe dat de zogenaamde 'schakelbepalingen' niet verder reiken dan het privaatrecht, waarbij men dan behalve aan het vermogensrecht kan denken aan het procesrecht, het familierecht en dergelijke.

Voor een goed begrip merk ik hierbij volledigheidshalve op dat als 'schakelbepalingen' worden aangemerkt de bepalingen in het NBW die bepalingen van een bepaalde titel of afdeling buiten het vermogensrecht van toepassing verklaren, voor zover de aard van de rechtshandeling of de betrokken verhouding zich daar niet tegen verzet. De stelling van de preadviseurs inzake deze schakelbepalingen lijkt mij op zich juist: de 'polsstok' van de privaatrechtelijke codificator, de privaatrechtelijke wetgever, reikt niet verder dan het privaatrecht. Het is natuurlijk ook ondenkbaar dat in Den Haag onder verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie nu eens eventjes het bestuursrecht zou worden geregeld, zoals

omgekeerd Scheltema en de zijnen, die het bestuursrecht gaan codificeren, niet kunnen zeggen dat hun bepalingen in het privaatrecht van overeenkomstige toepassing zijn. Dat gaat niet. Bestuursrechtelijke bepalingen moeten uit het bestuursrechtelijke rechtsgebied komen, zij het dat Scheltema er natuurlijk van kan uitgaan – ik kom daarop straks nog terug – dat bepalingen uit het NBW op bepaalde bestuursrechtelijke verhoudingen van toepassing zijn.

Hoewel ik dus erken dat de 'schakelbepalingen' niet verder reiken dan het privaatrecht, geloof ik dat met de invoering van het NBW op dit terrein toch wel iets zal veranderen. Het gaat hier immers om een soort *receptie* van recht, vanuit het ene gebied naar het andere, vergelijkbaar met – ondanks de ook bestaande verschillen, waarop ik straks nog terugkom – de receptie van bijvoorbeeld het Romeinse Recht in het Westeuropese recht, of in ons recht.

Zo'n receptie vindt over het algemeen plaats omdat men vindt dat het overgenomen stelsel beter is. Uit mijn studiejaren, die al lang achter mij liggen, herinner ik mij in dit verband de Wet van Gresham, luidende: 'Bad money drives out good money'. Ik zou hier een omgekeerde wet willen formuleren, de Wet van Bloembergen: 'Good law drives out bad law'. Omdat het NBW over het algemeen te beschouwen is als *good law*, ligt het voor de hand dat het meer wordt gerecipieerd, in bovenbedoelde zin, dan het huidige recht. Het NBW bevat op allerlei onderdelen – de totstandkoming van de overeenkomst, de volmacht, de verplichting tot schadevergoeding, de geldschulden en dergelijke – uitvoerige, doordachte regelingen, veel meer dan in het huidige recht voorkomen. Het ligt voor de hand die regelingen van overeenkomstige toepassing te verklaren in het bestuursrecht.

Een ander punt is – het wordt ook in de preadviezen wel aangestipt – dat er ook stukken privaatrecht zijn die als een soort *uniform recht* gelden. De Hoge Raad (HR) heeft in 1957 eens uitgesproken dat de regeling van de onverschuldigde betaling eigenlijk een regeling van gemeen recht is, die ook rechtstreeks toepasselijk is op publiekrechtelijke verhoudingen. Welnu, het zal duidelijk zijn dat bij toepassing van deze visie van de HR, de invoering van het NBW meebrengt dat de daarin opgenomen nieuwe en veel uitvoeriger regeling van de onverschuldigde betaling zonder meer ook op bestuurlijke verhoudingen van toepassing is.

Dan nu terug naar de receptie. Ik geloof dat het receptie-achtige overnemingsproces zoals ik het hierboven beschreef goed aansluit bij de ontwikkelingsgang die het recht in het algemeen vertoont. Die ontwikkelingsgang is eigenlijk altijd een beweging van meer bijzondere naar meer algemene rechtsregels. Het algemene deel van het contractenrecht is pas ontstaan vanuit de bijzondere contracten. Zo zien we in het NBW een algemene regeling van het schadevergoedingsrecht ontstaan die in ons huidige recht eigenlijk verbrokkeld is over wanprestatie, onrechtmatige daad en andere gronden voor schadevergoeding. Het NBW geeft een meer algemeen beeld.

Bij zo'n receptie – dat moeten we ook in het oog houden – gaat het natuurlijk niet alleen om het overnemen van regels. Achter de regels liggen beginselen en in de regels verscholen liggen allerlei rechtsbegrippen. Als je regels van overeenkomstige toepassing gaat verklaren moet je de erachter liggende beginselen 'meenemen'.

Ik heb zojuist met opzet over '*een soort receptie*' gesproken, want er is een groot verschil met het overnemen van buitenlandse rechtsstelsels: de positie van de wetgever en van de rechtspraak tegenover buitenlandse rechtsstelsels is uiteraard veel vrijblijvender. Je kunt bijvoorbeeld zeggen dat het Duitse recht aardige oplossingen biedt die het wellicht verdienen te worden overgenomen, maar buitenlands recht heeft in beginsel bij ons geen gezag van de wetgever achter zich. Anders gesteld is het op dit punt met het probleem waarmee wij ons vandaag bezighouden. Dit bepaalt naar mijn mening de houding die je als wetgever, en misschien ook wel als rechter, tegenover het burgerlijk recht moet innemen. Je kunt je afvragen of ook het burgerlijk recht – recht uit een ander rechtsgebied – als 'vreemd recht' moet worden gezien waarbij je een redenering kunt volgen in de zin van: die aardige oplossing die ze daar hebben gevonden neem ik maar eens over. Die benadering lijkt mij niet juist. Ik meen dat je ervan moet uitgaan dat het Nederlands burgerlijk recht *gezag* heeft.

In dit verband kom ik met een voorbeeld waarover ik al dertig jaar praat en waarover ik, als die tijd mij gegeven is, waarschijnlijk nòg dertig jaar zal praten: het schadevergoedingsrecht. Als we ons bezighouden met het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht – men noemt het wel 'bestuurscompensatie', maar het is gewoon schadevergoedingsrecht –, moeten we constateren dat in het NBW een regeling is neergelegd waaraan jarenlang is gedokterd en die gezag heeft. Het ligt dan voor de hand dat de wetgever, als hij straks de verbintenis tot schadevergoeding in het publieke recht gaat regelen, de regels van het NBW van overeenkomstige toepassing verklaart. In zoverre moet toch wat de wetgever heeft gedaan gezag hebben, tenzij je, evenals bij de schakelbepalingen, zou kunnen zeggen dat de aard van de betrokken verhouding – en dan natuurlijk in het bijzonder de omstandigheid dat het om een verhouding overheid/burger gaat – meebrengt dat op sommige punten de regels van het NBW niet toepasselijk kunnen zijn.

Wat ik eigenlijk, kort gezegd, wil beweren is dat de bovenomschreven vraag zich natuurlijk ook onder het oude recht voordoet, maar onder het NBW veel *pregnanter* wordt, omdat het NBW uitgewerkte regelingen biedt. Overigens moet je natuurlijk niet te dogmatisch zijn, en voor zover ik dat ooit ben geweest ben ik mijn overmatige dogmatisme nu, na zeven jaar rechter te zijn geweest, wel een beetje kwijt geraakt! Ik begrijp heel goed dat deze theorie niet met dezelfde sterkte doorzet op alle terreinen. Met name ten aanzien van de regels omtrent de beschikking vind je in het privaatrecht niet zoveel handvat. Ik heb dan ook met opzet het gebied van de schadevergoeding genoemd, waarin naar mijn mening wèl houvast kan worden gevonden.

Tot slot nog het volgende. In feite gaat het om een vorm van openheid van het bestuursrecht naar het privaatrecht toe. De bestuursrechtjuristen moeten niet in een afgesloten gebiedje blijven zitten, maar moeten open staan voor wat in het privaatrecht en in het bijzonder in het NBW tot stand is gebracht. Voorwaarde is natuurlijk wèl dat de bestuursrechtjuristen die openheid naar het privaatrecht toe inderdaad hèbben. Ook dit is een oud thema – ik kom op de leeftijd dat ik niet veel anders kan doen dan herhalen wat ik vroeger al heb gezegd! – ik geloof dat het inderdaad een absolute voorwaarde is dat bestuursrechtjuristen die zich met deze dingen bezighouden oog hebben voor de ontwikkelingen van het privaatrecht, en in het bijzonder voor de ontwikkelingen met betrekking tot het NBW. Die boodschap kan ik hier dan nog eens kwijt!

mr. M. Kobussen

Uit de preadviezen wil ik graag drie heel algemene punten lichten, om deze van vragen en kanttekeningen te voorzien. Op de eerste plaats wil ik ingaan op de kwalificatie van de rechtsverhouding waarbij een overheidsorgaan betrokken is, op de tweede plaats op de rol van het autonomiebeginsel en op de derde plaats op de rol van het causa-beginsel.

De kwalificatie van de rechtsverhouding waarbij een overheidsorgaan betrokken is

Uit de preadviezen kunnen we leren dat de *gemene rechtsleer* is verlaten en dat de *gemengde rechtsleer* haar plaats heeft ingenomen. Rechtsverhoudingen op het grensgebied van publiek- en privaatrecht worden door beide rechtsgebieden beheerst. Ik meen te hebben begrepen dat naar Lubachs mening een overheidsorgaan dat ter verwezenlijking van zijn beleid een overeenkomst sluit, een bijzondere rechtsbetrekking in de hierboven bedoelde zin aangaat, een rechtsbetrekking dus waarop zowel privaat- als publiekrecht van toepassing is. In de preadviezen wordt dan ook onderzocht of invoering van het NBW veranderingen meebrengt voor de toepasselijkheid van het privaatrecht op onder andere deze rechtsverhoudingen waarbij de overheidsorganen betrokken zijn. Wat verderop in het preadvies kwalificeert Lubach echter deze bedoelde bijzondere rechtsverhoudingen als publiekrechtelijk. De vraag wordt dan welke regels uit het NBW op deze publiekrechtelijke rechtsverhouding van toepassing zijn. Hieruit vloeit wellicht de voor mij opmerkelijke constatering voort – op bladzijde 25 van het preadvies van Lubach, bovenaan – dat artikel 3.1.1.15 NBW 'buiten ons bestek' zou vallen. Artikel 3.1.1.15 houdt in dat een – op bladzijde 24 van het preadvies staat abusievelijk 'geen' in plaats van 'een' – bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht bezit, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Naar mijn bescheiden mening is deze bepaling die verderop in de preadviezen toch nog wordt

vermeld, een van de belangrijkste nieuwe bepalingen van het NBW omdat juist deze bepaling vastlegt dat het publiekrecht naast het privaatrecht van toepassing moet zijn waar privaatrechtelijke bevoegdheden worden gehanteerd.

De rol van het autonomiebeginsel
Bij de beoordeling van de toepasselijkheid van privaatrechtelijke regels is de bijzondere positie van de overheid doorslaggevend. Het bijzondere karakter zit in de gebondenheid van de overheid aan het administratieve recht en niet in het feit dat de overheid per definitie geen natuurlijk persoon kan zijn. Dit zou anders zijn wanneer in het privaatrecht alleen natuurlijke personen als rechtssubjecten fungeerden. Op grond van de bijzondere positie van de overheid komen beide preadviseurs tot de conclusie dat het autonomiebeginsel niet van toepassing is op rechtsverhoudingen met de overheid. Van Schendel gaat zelfs zo ver dat volgens hem – zo meen ik althans uit zijn betoog te kunnen afleiden – alle bepalingen, betrekking hebbend op de *wil* van partijen, ter zake van rechtsverhoudingen met de overheid geen enkele rol kunnen spelen; een overheidsorgaan kan geen privaatrechtelijke wil bezitten, omdat wat het *behoort* te willen in het administratieve recht vastligt. Ik zou graag van Lubach willen horen of hij deze opvatting van Van Schendel deelt. Voor mij is duidelijk dat de vrijheid van de burger van een geheel andere orde is dan de vrijheid van een overheidsorgaan. Is echter het onderscheid zoals Van Schendel dat op bladzijde 78 schetst niet erg zwart-wit? Ook ten aanzien van niet-overheidsorganen wordt in het privaatrecht steeds vaker gezocht naar wat men *behoort* te willen, veel meer dan naar de werkelijke wil van partijen. Daarnaast wijs ik erop dat het overgrote deel van de overeenkomsten bestaat uit standaardovereenkomsten, waarbij de wil van de partijen op weer een andere manier volkomen gereduceerd is.

De toepasselijkheid van het causa-beginsel in de bovenbedoelde bijzondere rechtsverhoudingen
Lubach stelt voor de rechtsgeldigheid van overeenkomsten met de overheid de voorwaarde dat de bedongen prestaties gelijkwaardig zijn. In het privaatrecht ontbreekt hiervoor een toetsingsregel. Gelijkwaardigheid in het privaatrecht, aldus Lubach, heeft alleen betrekking op de procedure. Het leerstuk *misbruik van omstandigheden,* zo betoogt hij, is gericht op de wijze van tot stand komen en niet op de inhoud van de overeenkomst. Mijn vraag in dit verband luidt: is het niet zo dat op grond van een zeer onvoordelige inhoud van de overeenkomst kan worden gewezen op misbruik tijdens de totstandkoming? Kan in dezen niet een parallel worden getrokken met de toetsing van de geoorloofdheid van exoneratieclausules? Bij deze toetsing is de sterkte van de onderhandelingspositie van partijen een heel belangrijk criterium. De overheid neemt overigens in een rechtsverhouding met een particulier niet altijd de sterkste positie in. In het 'normale privaatrecht' – zo dat al bestaat – is de ongelijkwaardigheid een veel voorkomend verschijnsel.

drs. H. W. J. Helsen

Naar aanleiding van vooral het preadvies van Lubach is bij mij een vraag opgekomen die zijdelings verband houdt met de bestuurs- of beleidsovereenkomst. Na het afsluiten van beleidsovereenkomsten kunnen de verhoudingen tussen de overheden een verandering ondergaan, in die zin dat het toezicht – voorheen vanuit het rijk 'oppertoezicht' geheten – van karakter zal veranderen. Wellicht is dit met een voorbeeld te verduidelijken. Het minderhedenbeleid richt zich op gezamenlijke belangen van zowel het centraal als het lokaal bestuur. In dat kader zijn tussen het rijk en een aantal gemeenten beleidsovereenkomsten gesloten, respectievelijk bestuursafspraken gemaakt. Dit impliceert dat het toezicht op het beleid van lokale overheden positief moet zijn, positief in de zin van gunstiger, namelijk als toetsing, signalering en ondersteuning van het beleid. Met andere woorden: er moet een deskundig positief toezicht worden uitgeoefend. De vraag die ik in dit verband wil stellen is tweeledig.

1. Zouden de preadvieseurs willen ingaan op de relatie tussen beleidsovereenkomst en toezicht?
2. Verdient deze relatie wellicht een bredere aandacht?

mr. A. K. Koekkoek

De verhouding tussen bestuursrecht en burgerlijk recht heeft iets van de verhouding tussen naburige erven. Soms zou men zelfs van mandeligheid kunnen spreken. We mogen de vergelijking echter niet te ver doortrekken: het burenrecht helpt ons immers niet de grens tussen beide erven te bepalen. Ik noem maar als voorbeeld artikel 5.4.9, derde lid, NBW: 'Bij het bepalen van de grens kan de rechter naar gelang van de omstandigheden het gebied waarover onzekerheid bestaat, in gelijkwaardige of ongelijkwaardige delen verdelen . . .'

Ook al brengt het Nieuw BW volgens de beide preadviseurs weinig nieuws met betrekking tot de verhouding tussen bestuursrecht en burgerlijk recht, het is toch nuttig dat de beide preadviezen de bestuursrechtelijk georiënteerden enigszins wegwijs maken in het Nieuw BW dat ooit zal worden ingevoerd.

De vergelijking met naburige erven en het burenrecht waarmee ik begon, was niet alleen bedoeld als binnenkomer. Het preadvies van Lubach bracht mij op die gedachte. Naast het privaatrecht en publiekrecht onderscheidt hij ook 'algemeenrechtelijke normen' (bladzijde 56) – bij wijze van vergelijking: een soort burenrecht voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. De heer Bloembergen sprak in zijn eerdere interventie ook van 'uniform recht'. De preadviseur gebruikt niet meteen de term 'algemeenrechtelijke normen'; hij voert het begrip geleidelijk in. Op bladzijde 14 zegt hij het nog zo dat de eenheid van het recht inhoudt

'. . . dat er een aantal rechtsbeginselen bestaat, die wegens hun algemene karakter in zowel privaat- als publiekrecht gelding hebben'. Hij voegt er terecht aan toe: 'Algemene rechtsbeginselen moeten worden verbijzonderd tot toepasselijke rechtsregels.'

Met deze benadering ben ik het helemaal eens. Ik ga aarzelen wanneer de preadviseur op bladzijde 32 de vraag stelt: 'Is contractsvrijheid nu ook een algemeenrechtelijk beginsel van contractenrecht, zodat het ook gelding heeft voor publiekrechtelijke contractsverhoudingen?' Contractsvrijheid is mijns inziens bij uitstek een beginsel van burgerlijk recht. Het dient ook toepassing te vinden indien de overheid van het burgerlijk recht gebruik maakt. Het heeft geen zin hier van een 'algemeenrechtelijk beginsel' te spreken. De preadviseur spreekt over de gelding voor 'publiekrechtelijke contractsverhoudingen'. Daarbij heeft hij, neem ik aan, niet het oog op een publiekrechtelijke overeenkomst zoals een gemeenschappelijke regeling, maar op het contracteren over publiekrechtelijke bevoegdheden. Dergelijke contracten berusten mijns insziens niet op 'algemeen recht', maar op het burgerlijk recht, zij het dat het publiekrecht grenzen aan de contractsvrijheid stelt.

Nog verder gaat de preadviseur de weg van het algemene recht op als hij met Fernhout 'het algemeenrechtelijk' karakter van artikel 1401 BW benadrukt (bladzijde 49). Duikt hier de oude Adam van de gemene-rechtstheorie, die Lubach eerst heeft afgezworen, niet op?

Door artikel 1401 BW of artikel 6.3.1.1 NBW op te vatten als 'een rechtsfiguur van algemeen karakter' (Fernhout) verdoezelt men dat het overheidshandelen niet alleen aan het publiekrecht, maar ook aan het burgerlijk recht onderworpen is. Strijd met de wet in materiële zin, détournement de pouvoir en willekeur zijn niet alleen bestuursrechtelijke, maar ook voluit burgerrechtelijke maatstaven.

De houding van de burgerlijke rechter ten aanzien van de onrechtmatige overheidsdaad zie ik aldus: als de overheid aantoonbaar handelt in strijd met geschreven of ongeschreven publiekrecht, gaat er bij de burgerlijke rechter een bel rinkelen.

In beginsel is zulk overheidshandelen immers ook burgerrechtelijk onrechtmatig, niet krachtens een algemeenrechtelijke norm, maar krachtens een regel van burgerlijk recht. Het is noodzakelijk bestuursrecht en burgerlijk recht goed te blijven onderscheiden. Overheidshandelen dat bestuursrechtelijk niet deugt, bijvoorbeeld wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel, levert niet zonder meer een onrechtmatige daad op. Daarvoor gelden burgerrechtelijke maatstaven, die de gewone rechter hanteert. Dat verklaart mijns insziens ook de terughoudendheid van de burgerlijke rechter om rechtstreeks te toetsen aan beginselen van behoorlijk bestuur, die niet tevens burgerrechtelijke maatstaven zijn.

De heer Van Schendel zou ik nog de volgende vragen willen voorleggen. Is de uitspraak op bladzijde 78 bovenaan: 'De overheid heeft niet

bijvoorbeeld de vrije keus met wie zij zal contracteren en met welke inhoud', niet te stellig? Met inachtneming van de grenzen die het publiekrecht stelt heeft de overheid mijns inziens deze vrijheid wel. Waarom zouden voorts de artikelen 3.2.2a en 3.2.3 NBW niet passen? Ook overheidsorganen of andere vertegenwoordigers van de overheid kunnen 'blijvend of tijdelijk zijn gestoord' en waarom zou de wederpartij van een rechtshandeling met de overheid geen beroep kunnen doen op de door een overheidsorgaan gewekte en daarom aan de overheid toerekenbare schijn? Dat overheidshandelen steeds plaatsvindt middels vertegenwoordiging doet hieraan niet af. Een andere opvatting zou betekenen dat het vermogensrecht waarin 'de grondslag van de gebondenheid aan rechtshandelingen aan de orde komt' (bladzijde 81) alleen van toepassing is op natuurlijke personen en niet op rechtspersonen. Dat is in strijd met artikel 4 van boek 2 BW.

mr. M. Scheltema

Aan het begin van deze interventie wil ik complimenten uitspreken voor de manier waarop de preadviezen zijn geschreven. Niet alleen het tijdstip waarop ze zijn uitgebracht verdient lof: afgezien daarvan ben ik van mening dat de lastige materie die de preadviseurs aan de orde hebben gesteld door hen aanzienlijk inzichtelijker is gemaakt. De preadviezen bieden een grondslag voor de discussie op dit moment, maar daarnaast geldt dat wie later met het hier behandelde probleem in aanraking komt – dat is iets wat mij in ieder geval zo af en toe overkomt! – veel gebruik zal kunnen maken van hetgeen de preadviseurs hebben geschreven.

Op de vraag of het NBW veel nieuws brengt, antwoorden de preadviseurs in feite ontkennend. Toch is het – ik zeg dit om deze vraag in een zeker perspectief te plaatsen – opvallend dat de standpunten die op het ogenblik worden ingenomen anders zijn dan de standpunten van tien of twintig jaar geleden. De indruk bestaat dat men over de verhouding van publiekrecht en privaatrecht thans een grotere consensus heeft dan wij een tijd geleden hadden. Zo stellen althans de preadviseurs het voor. Een tijd geleden was het misschien nog helemaal niet zo gek wanneer je op deze plaats stelling zou nemen tegen zoiets als de *gemene rechtsleer.* Tegenwoordig is dat eigenlijk niet meer aan de orde. Ik onderschrijf het standpunt dat op dit punt in algemene zin door de preadviseurs wordt ingenomen. Lubach spreekt hier van de ontwikkeling in de richting van de *gemengde rechtsleer,* een leer die in ieder geval inhoudt dat waar privaatrecht en publiekrecht met elkaar in aanraking komen, de verhoudingen door elementen van beide rechtsstelsels worden beheerst. Ik vind dat met het NBW – ik verschil wat dit betreft van mening met de preadviseurs – in dit opzicht bepaald een stap vooruit wordt gedaan. Als je namelijk op de hier aangegeven manier tegen de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht aankijkt, moet je tot de conclusie komen dat

het NBW beter is dan het bestaande recht. Ik geef toe dat het NBW in zekere zin een codificatie van het bestaande recht is en dat ook al in de jurisprudentie op het NBW wordt vooruitgelopen, maar ik meen dat de manier waarop in het NBW bestaand recht wordt gecodificeerd op zichzelf een voordeel is.

Ik zal dit toelichten. Wat is vereist wanneer publiek- en privaatrecht in een verhouding van wisselwerking tot elkaar staan? In de eerste plaats moeten beide rechtssystemen naar elkaar toe voldoende open zijn. In de tweede plaats moeten er voldoende gemeenschappelijke grondtrekken zijn om van een vruchtbare wisselwerking te kunnen spreken. Op beide punten brengt het NBW verbeteringen.

Het open staan van beide rechtssystemen voor elkaar

Bloembergen heeft gezegd dat het buitengewoon goed zou zijn wanneer de publiekrechtjuristen meer open zouden staan voor het privaatrecht, maar hetzelfde geldt natuurlijk ook andersom. Ik vind het nu juist aardig dat in het NBW een situatie is bereikt waarbij – ik zou zeggen: eindelijk – de privaatrechtjuristen blijken meer open te staan voor het publiekrecht. Dit komt in heel verschillende bepalingen in het NBW tot uitdrukking. Het begrip *algemeen belang* is in veel bepalingen gehanteerd en tegelijkertijd zijn ook verwijzingen naar regels van geschreven en ook ongeschreven publiekrecht in het NBW aanwezig, hetgeen betekent dat de verwijzing naar publiekrechtelijke rechtsregels ook in het privaatrecht duidelijk wordt geaccentueerd. Ik vind dat een vooruitgang.

De eis dat sommige grondregels in beide rechtssystemen op elkaar lijken, of althans met elkaar in verband kunnen worden gebracht

Ook op dit punt biedt het NBW naar mijn mening meer aanknopingspunten, niet voor rechtstreekse toepassing van de privaatrechtelijke regels in het publiekrecht, maar voor een werkwijze waarbij vaker regels uit het privaatrecht als *gemeenrechtelijke regels,* als algemene regels, worden beschouwd dan tot nu toe het geval is. Deze aanknopingspunten zijn tweeërlei. In de eerste plaats werkt het NBW meer met *algemene bepalingen.* Als, zoals in het oude BW gebeurt, regels worden gegeven die alleen maar op overeenkomsten betrekking hebben, hebben we te maken met regels die minder geschikt zijn om er in publiekrechtelijke verhoudingen acht op te slaan. Wanneer echter sommige van die regels worden veralgemeend tot regels over rechtshandelingen in het algemeen, ontstaan regels waaraan we vanuit publiekrechtelijke invalshoek méér hebben, omdat we ze kunnen vergelijken met de regels die we zelf over rechtshandelingen hebben of maken. De veralgemening tot het begrip 'rechtshandeling' is dus belangrijk; ik denk daarnaast aan de veralgemening op het punt van de volmacht, tot uiting komend in regels waaraan we tevens als we het bestuursrecht gaan codificeren iets hebben. Ook de door Bloembergen ten tonele gevoerde schadevergoedingsbepalingen moeten in dit verband worden genoemd. De wisselwerking tussen publiek- en

privaatrecht wordt in de tweede plaats vergemakkelijkt door de *schakelbepalingen.* Weliswaar zijn deze zoals de preadviseurs aangeven bedoeld voor de onderlinge verhouding van onderdelen van het privaatrecht, maar ze bieden in ieder geval toch heel goed de gelegenheid om ook wanneer publiekrechtelijke verhoudingen aan de orde zijn, tot een goede overschakeling van het ene naar het andere rechtsstelsel te kunnen overgaan.

Ik kom al met al tot de conclusie dat het NBW bepaald een stap vooruit is. Je zou ook kunnen zeggen dat de ontwikkeling van het privaatrecht nu eindelijk zó ver is gevorderd – doordat de privatisten hun terrein nu in hoge mate hebben geordend en hebben opengesteld voor anderen –, dat wij bestuursrechtjuristen op een behoorlijke manier met de privaatrechtelijke mensen kunnen praten. Dat is, denk ik, een belangrijke stap vooruit.

Ik kom dan vervolgens bij een punt dat eveneens door de beide preadviseurs aan de orde is gesteld en waarop vóór mij mevrouw Kobussen al is ingegaan: in hoeverre – deze vraag is ook opgeworpen door Polak in het *Nederlands Juristenblad* – is congruentie mogelijk van begrippen die in het privaatrecht en begrippen die in het publiekrecht worden gebruikt? Het zal duidelijk zijn dat een grotere congruentie de onderlinge beïnvloeding beter mogelijk zal maken. In dit verband wil ik aandacht besteden aan de opmerkingen die beide preadviseurs naar aanleiding van de bindendheid van privaatrechtelijke overeenkomsten over het *autonomiebeginsel* hebben gemaakt; ze verwijzen daarbij naar Nieuwenhuis. De preadviseurs betrekken de stelling dat het autonomiebeginsel een typisch privaatrechtelijk beginsel is waaraan we in het publiekrecht eigenlijk niets hebben. Uit deze stelling vloeit onder meer voort dat het overeenkomstenrecht in het privaatrecht iets heel anders is dan in het publiekrecht. Ik bespeur in de passages die hieraan zijn gewijd een nogal moeilijke overgang, die vooral door Van Schendel wordt geaccentueerd. Van Schendel brengt een redenering naar voren, inhoudende dat omdat de overheid rechtspersoon is grote stukken van het privaatrecht in ieder geval al niet voor toepassing in publiekrechtelijke verhoudingen in aanmerking komen. Daarbij wijst hij er terecht op dat de overheid niet geboren wordt en niet overlijdt, zodat privaatrechtelijke bepalingen die op geboorte en dood betrekking hebben op de overheid niet van toepassing zijn. Ik vind dat betoog op zich aardig gevonden, maar ik zou aan de hand van deze redenering ook iets heel anders kunnen betogen. Het privaatrecht is, zo zou ik dan kunnen zeggen, voor natuurlijke personen eigenlijk niet zo'n geschikt recht. We hebben in het privaatrecht heel veel bepalingen over de oprichting, de werking en het ontbinden van rechtspersonen, terwijl dergelijke dingen bij natuurlijke personen heel anders gaan: zeer grote gedeelten van het privaatrecht zijn dus voor natuurlijke personen helemaal niet geschikt.

Kortom, deze redenering kan ik niet zo goed volgen.

Als men op het autonomiebeginsel zoals dat in de preadviezen is omschreven de nadruk legt, legt men in zekere zin tevens de nadruk op het

'zelfbeschikkingsrecht' van de individuele mensen. Nu moet ik erop wijzen dat ook in publiekrechtelijke geschriften dat thema wel eens aan de orde komt. Sommige mensen beweren zelfs – en niet zonder recht – dat het gehele publiekrecht erop gericht is het zelfbeschikkingsrecht van de mensen duidelijker gestalte te geven. Het lijkt mij dan ook niet juist dat we hier te maken zouden hebben met een typisch privaatrechtelijk beginsel, dat je in het publiekrecht niet tegenkomt.

Daar komt dan nog bij dat naar mijn mening in het overeenkomstenrecht het autonomiebeginsel een meer onderliggend beginsel is dat juist via het rechtszekerheidsbeginsel zijn uitwerking moet krijgen. Men kan, zo meen ik, het autonomiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel niet in die mate naast elkaar zetten als in de preadviezen is gebeurd. Per slot van rekening worden ook in privaatrechtelijke verhoudingen overeenkomsten in heel belangrijke mate met rechtspersonen gesloten. De bindende kracht van overeenkomsten met rechtspersonen wordt in het privaatrecht in het geheel niet anders behandeld dan die van overeenkomsten tussen natuurlijke personen, hetgeen er al op duidt dat het maar de vraag is of op dit punt zoveel verschil bestaat.

Ik wil afsluiten met te zeggen dat het naar mijn idee niet verstandig is te snel te denken dat bepaalde begrippen niet in beide rechtsstelsels tegelijkertijd bruikbaar zijn. Wèl is uiteraard nodig dat beide rechtsstelsels naar elkaar toe een zekere openheid vertonen. Naar mijn mening biedt de codificatie in het NBW nieuwe mogelijkheden voor samenwerking, mogelijkheden die er onder het bestaande recht niet zijn.

mr. Th. G. Drupsteen

Mijn opmerkingen sluiten min of meer aan bij hetgeen mevrouw Kobussen heeft gezegd. Zij heeft gewezen op het belang van artikel 3.1.1.15 NBW, inhoudende dat ook bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden de ongeschreven regels van publiekrecht in beeld komen. Mijn vraag is nu, of er toch niet een zeker verschil valt te signaleren, een verschil dat tevens van belang is voor de wijze waarop je tegen de verhouding tussen publiek- en privaatrecht aan kijkt. Lubach schrijft dat de theoretisch-dogmatische denkbeelden over de verhouding publiek-/privaatrecht eigenlijk niet door het NBW zijn beïnvloed. Als ik echter de consequenties van artikel 3.1.1.15 goed tot mij laat doordringen, vraag ik mij af of deze visie van Lubach wel juist is.

Waarom maken we onderscheid tussen publiek- en privaatrecht? In feite doen we dat om twee redenen, die zich in hoofdzaak concentreren rond de toepassing van artikel 2 Wet Arob.

1. We maken onderscheid tussen publiek- en privaatrecht om verschil te kunnen maken tussen *beschikkingen* en *rechtshandelingen naar burgerlijk recht.* Laatstgenoemd verschil is van belang voor de bevoegdheid van de rechter.

2. Doorgaans wordt hieraan toegevoegd – hoewel we het daarover niet allemaal eens zijn – dat genoemd onderscheid ook van belang is voor de toetsingscriteria die de rechter hanteert.

Naar mijn mening heeft artikel 3.1.1.15 tot gevolg, zoals ook de beide preadviseurs concluderen, dat er geen verschil in toetsingscriteria meer kan zijn. Of het nu gaat om de uitoefening van privaatrechtelijke of om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, in beide gevallen spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol. Dit stelt je voor de vraag hoe zinvol het eigenlijk nog is over een onderscheid tussen publiek- en privaatrecht te spreken. Is het niet zo dat, juist dóór artikel 3.1.1.15, het onderscheid nog meer aan kracht verloren heeft dan het in de loop van de tijd al was kwijtgeraakt?

Om deze vraag nog wat verder toe te spitsen: heeft artikel 3.1.1.15 niet tot gevolg dat het criterium van Van der Hoeven – niet het objectieve recht maakt uit wat het karakter van de rechtsverhouding is, maar het karakter van de rechtsverhouding bepaalt welk recht moet worden toegepast – in feite niet meer kan worden gehanteerd? Of je nu zegt dat de rechtsverhouding privaatrechtelijk of dat zij publiekrechtelijk van aard is, in beide gevallen loop je aan tegen de ongeschreven regels van publiekrecht.

Om de vraag nog wat ingewikkelder te maken heb ik mij afgevraagd wat de constatering dat in alle gevallen de ongeschreven regels van publiekrecht van toepassing zijn, nu eigenlijk inhoudt. Dit brengt ons op de vraag die Koekkoek al heeft gesteld. Laten we even aannemen dat we de zuiver privaatrechtelijke verhoudingen kunnen onderscheiden: wat betekent dan eigenlijk dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn? Men werkt vaak met het voorbeeld van de overheid die potloden koopt; ik heb op mijn beurt gedacht aan die overheid die auto's koopt. Als je aan het eind van de middag langs het Ministerie van Economische Zaken loopt zie je daar de meest uiteenlopende autotypen. Het type auto hangt vermoedelijk samen met de rang van de ambtenaar die van de auto-in-kwestie gebruik mag maken; je ziet Opels, je ziet Fords, je ziet allerlei merken.

mr. J. A. E. van der Does: Toch weinig Ferrari's!

Drupsteen: Je ziet weinig Ferrari's, weinig Porsches en Citroëns zie je ook niet zo verschrikkelijk veel, maar er is toch een redelijke variatie in merken.

Welke criteria past de overheid nu toe wanneer ze auto's koopt? Moeten alle autobedrijven in Den Haag een redelijke kans hebben om auto's aan de overheid te verkopen? Voor minister Winsemius geldt een heel bijzonder criterium: hij rijdt alleen maar in auto's die op loodvrije benzine lopen, wat tot gevolg heeft dat staatssecretaris Brokx zijn oude auto moet overnemen!

Bij het kadaster werd op een gegeven ogenblik een beleid gevoerd

waarbij Lada's werden gekocht. Omdat Lada's goedkoop zijn vond men dat bij het kadaster een goede beleidslijn. Men is er weer van afgestapt, want Lada's zijn inderdaad goedkoop, maar ze gaan ook vaak kapot en je ziet dus nu de mensen van het kadaster in weer andere auto's rondrijden. Je kunt je ook voorstellen dat men zegt: wij kopen uitsluitend Volvo's, want die, althans de Volvo's 343, zijn van Nederlands fabrikaat en wij als overheid steunen het Nederlands fabrikaat. Zo is bij het kopen van auto's door de overheid een groot aantal criteria te hanteren. De vraag is of die criteria eigenlijk wel zo veel verschillen van de criteria die de gewone burger bij de aankoop van een auto aanlegt. Dit brengt mij op de vanmorgen al eerder gestelde vraag of het autonomiebeginsel wel zo typisch privaatrechtelijk is en of je niet kunt zeggen dat wanneer de overheid auto's koopt, daarin een stukje zelfbeschikkingsrecht, een stukje zelfontplooiing van de overheid tot uiting komt. Misschien heeft deze vorm van autonomie enige andere facetten en andere aspecten dan de puur privaatrechtelijke autonomie, maar ik heb mij er een beetje over verbaasd – die verbazing wordt kennelijk gedeeld – dat beide preadviseurs in hun afwijzing van het autonomiebeginsel zo stellig zijn.

mr. J. A. E. van der Does

Wij zijn de preadviseurs grote dank verschuldigd, omdat zij – althans in mijn beleving, zoals dat heet – een keerpunt in de geschiedenis van deze vereniging markeren. Vroeger was het heel anders. Nu kan ik 'vroeger' niet zó lang overzien, maar ik herinner mij toch wel dat in de vroege jaren '60, toen ik aarzelend aan het rechtsbedrijf begon deel te nemen, mijn confrères die zich met andere terreinen van het recht bezighielden, altijd de meest schitterende congressen met banketten en ontvangsten hadden. Ik daarentegen sloop eens per jaar aan de hand van mijn patroon, de heer Drooglever Fortuyn, het kantoor uit, waarop wij ons naar het midden des lands begaven om een bijeenkomst van een wat minder groot aantal mensen bij te wonen, zij het dat daarbij natuurlijk toch ook een welvoorziene lunch werd genoten. Overigens heerste in die bijeenkomsten altijd een bijzondere sfeer. Wij wisten het van elkaar: wij werden miskend, en dat leverde een mooie solidariteit op. Op het ogenblik is het heel anders; er is iets voor de oude situatie in de plaats gekomen. Je kunt je natuurlijk afvragen of die miskenning helemaal geëindigd is, maar in het algemeen moet je toch wel constateren dat er grote belangstelling voor ons is. Men heeft dat ook elders ingezien, want in het *Nederlands Juristenblad* hebben we niet zo lang geleden kunnen lezen dat naar de mening van een aantal civilisten de tijd gekomen is voor de oprichting van een Vereniging voor Burgerlijk Recht. En zo hoort het ook!

In de preadviezen zijn wellicht enige punten aan te wijzen die de voortschrijdende discussie en de veranderde verhouding tussen de verschillende rechtsgebieden markeren. Zo zegt Lubach op bladzijde 51 over de onrechtmatige daad: 'De maatschappelijke betamelijkheid kan

voor wat betreft het overheidshandelen de specifieke inkleuring krijgen die zij behoeft door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.' Daartoe bestaat alle ruimte, aldus Lubach, die vervolgens weer naar artikel 3.1.1.15 NBW verwijst. Men zou moeten aannemen, zegt hij verder – met een enigszins aarzelende toon – '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'. Ik ben het daarmee – wat minder aarzelend – eens. Met wat Van Schendel op dit punt schrijft heb ik geen problemen. Het NBW, aldus Van Schendel, geeft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een plaats; hij is het eens met Van der Does en De Wijckerslooth, die schrijven dat de beginselen van behoorlijk bestuur van de Hoge Raad het volle pond krijgen. Het feit dat ik dit samen met iemand anders heb geschreven, maakt het onmogelijk echt versluierd mijzelf te citeren, zoals het eigenlijk hoort!

Voor Lubach zijn deze auteurs misschien niet duidelijk genoeg geweest. Hij gaat verder, en zegt dat er voor toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur méér ruimte moet zijn dan alleen binnen het kader van een redelijkheidstoetsing. Als ik Lubach goed begrijp, zouden we kunnen beleven dat een administratieve rechter een besluit vernietigt en dat vervolgens de civiele rechter tot de conclusie komt dat het besluit *niet* onrechtmatig was, omdat, ook al was een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geschonden, het besluit toch redelijkerwijs kon worden genomen. Nu is de kans dat dit gebeurt – gelet op de competentieverdeling zoals de civiele rechter die nu eenmaal hanteert – al buitengewoon gering, maar er is toch ook iets anders. De Hoge Raad stelt naar mijn mening voorop dat nagegaan moet worden of het bestuur in redelijkheid tot zijn besluit kon komen en schrijft als ik het goed lees vervolgens voor dat bij dit voorgestelde onderzoek de nodige aandacht moet worden gegeven aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De redelijkheid wordt vooropgesteld. Zoals ik het zie is dat niet een verwijzing naar de 'c-grond', maar een verwijzing naar een algemene nuancering die iedereen altijd in het oog zal houden, ook als algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden toegepast.

Het gaat hier natuurlijk niet om de formele beginselen; die zijn veel minder interessant. Als de administratieve rechter een besluit vernietigt omdat het bijvoorbeeld niet goed is voorbereid, moet een nieuw besluit worden genomen.

Wat voor toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur staat eigenlijk voor ogen wanneer men veronderstelt dat zo'n beginsel geschonden kan zijn terwijl het besluit in redelijkheid overeind moet blijven? Aan de toepassing gaat altijd een zekere nuancering vooraf. Het gelijkheidsbeginsel is op zichzelf heel strak. Als de gelijkheid eenmaal is vastgesteld, moeten de gevallen ook gelijk worden behandeld, maar wanneer mag het bestuur nu een bepaald onderscheid maken en relevant achten? Deze vraag is bij de totstandkoming van artikel 1 van de Grondwet uitgebreid bekeken; het antwoord luidt: wanneer het onder-

scheid in redelijkheid relevant kan zijn voor het doel dat de regeling beoogt. Wanneer, zo kunnen we ons voorts afvragen, is het bestuur aan een verwachting gehouden?

Dit lijkt mij overigens een discussie die we niet al te lang zouden moeten voortzetten – deze passage vroeg willicht om énig commentaar –, omdat je het er nooit over eens wordt. We moeten ons het volgende realiseren: iemand die echt aan het civiel recht en niets dan het civiel recht doet, trekt, als hij een bepaalde formule met 'in redelijkheid' begint, in zekere zin het mooiste uit de kast wat er is. Ik wijs op begrippen als 'redelijke zorg' en 'redelijkheid en billijkheid'. We hebben hier te maken met een algemene nuancering waarmee je vanaf je doctoraal hebt leren werken en waarvan je hebt gezien dat zij de meest verfijnde rechtsbescherming mogelijk maakt. Zeker in het civiele onrechtmatigheidsrecht – men leze het proefschrift van Van der Ven uit 1949 – zie je deze achtergrond steeds een rol spelen.

Ik weet niet of ik Lubach heb overtuigd, maar in ieder geval meen ik dat discussie over de vraag, wat de civiele rechter nu precies doet, veel te maken heeft met de tijd die achter ons ligt en met een zeker particularisme, een zekere zorg voor de noodzaak van onze eigen benadering. Over blijft dan iets waarop ik nog terugkom: een verschijnsel dat je zou kunnen aanduiden als 'curiaal chauvinisme', de trots van iedere rechter op wat hij zelf doet. Deze term behoeft overigens enige uitleg. Een hele tijd geleden had de Nederlandse Orde van Advocaten het achteraf ongelukkig gebleken idee, voorzitters van vele rechterlijke colleges te vragen wat ze aan de versnelling van de civiele procedure deden. Aan het eind van de daarover belegde bijeenkomst moest men constateren dat er vele presidenten en vice-presidenten achter de microfoon waren geweest om uit te leggen hoe voortreffelijk werk op dat punt in hùn college werd gedaan. Toen ontstond de term 'curiaal chauvinisme'. De term duidt een gezond verschijnsel aan – iedere rechter gelooft in wat hij zelf doet –, maar het is ook een verschijnsel waardoor soms wordt verhinderd dat men van elkaar leert. Ik kom daar nog op terug.

Van Schendel wil ik een vraag voorleggen naar aanleiding van zijn noot 74 op bladzijde 86. In deze noot herinnert hij eraan dat op civielrechtelijke rechtsgevolgen gerichte besluiten door de Arob-rechter in beginsel niet worden getoetst, zij het dat een soort 'noodweg' open wordt gehouden, getuige de woorden 'voorzover de burger daardoor niet, door ontduiking van de publiekrechtelijke weg, in een ongunstiger positie is gekomen'. Ik ben het met Van Schendel eens dat dit een 'noodweg' is, een noodweg die overigens in verband met de uitzondering voor de rechtshandeling naar burgerlijk recht maar zelden open staat. Noot 74 vervolgt echter met de woorden: '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?' Indien het niet geheel aan mij ligt dat ik dit niet terstond heb begrepen, dan komt het doordat deze passage erg geserreerd is. Artikel 6.5.3.1 geeft immers

slechts te kennen dat een overeenkomst niet alleen de door partijen gewenste gevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, voortvloeien uit wet, gewoonte en billijkheid. Wellicht is bedoeld dat men langs de aangegeven weg de wet kan laten prevaleren. Publiekrechtelijke regels zijn vaak dwingend; de wil van de overheid om af te wijken kan niet beslissend zijn. Regels omtrent wil en vertrouwen in het civiel recht zijn niet doorslaggevend als de overheid partij is, concludeert Van Schendel elders, en ook Lubach laat zich in deze zin uit. Ik ben het overigens met de theorievorming die daar achter zit – en die ik bijzonder fraai vind – wel eens. Daarover wil ik verder niet te veel vragen, omdat er door mevrouw Kobussen en anderen al over is gesproken. Van Schendel beperkt zich tot de conclusie dat de regels omtrent wil en vertrouwen niet doorslaggevend kunnen zijn. Het woord 'doorslaggevend' is terecht gebruikt, maar om misverstand te voorkomen wil ik graag antwoord hebben op de volgende vraag: het blijft toch wel zo dat de wederpartij zich wèl op de regels omtrent wil en vertrouwen kan beroepen? De wederpartij kan toch gewoon met een dwaling komen, of desnoods uitroepen dat hij bedrogen is? Ik lees niet dat het tegendeel bedoeld is, maar juist de dogmatische onderbouwing kan leiden tot het misverstand dat dergelijke regels eigenlijk helemaal geen rol meer spelen als de overheid opduikt.

Zoals ik al zei, wil ik nog even terugkomen op de vraag, wat rechters van elkaar zouden kunnen leren en op de 'open normen'.

Algemene rechtsbeginselen moeten verbijzonderd worden tot regels. Dat is vaak juist, maar je hebt er natuurlijk niet zoveel aan als die verbijzondering weer een vage norm oplevert. De term 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' is in deze bijzonder misleidend: ze kondigen zich aan als beginselen en werken als vage normen. Bloembergen heeft al eens gezegd dat de formulering voor verbetering vatbaar is en dat de term 'ongeschreven regels van publiekrecht' misschien wel helderder zou kunnen zijn.

Nu is het onderscheid tussen vage norm en regel niet vast. Korthals Altes heeft dat in de bundel *Hanteerbaarheid van het recht* al eens gedemonstreerd aan de hand van arresten over artikel 1401 BW in verband met gevaarzetting: het Kelderluik-arrest en het geval van de vuilniszak. Uit bedoelde uitspraken valt een regel te destilleren, bijvoorbeeld dat men naarmate de kans op een ongeval groter is – of naarmate de gevolgen van een eventueel ongeval ernstiger zullen zijn – meer voorzorgen moet nemen. In een dergelijke regel treffen we echter twee keer een comparativus aan, hetgeen de regel toch wat minder scherp maakt. Een ander voorbeeld is de vuistregel die kan worden gebruikt om de vage norm in te vullen.

Het heeft overigens grote voordelen gehad en het heeft nog steeds voordelen dat de administratieve rechter gebonden is aan de formulering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar – ook hier kan ik Bloembergen citeren, WPNR 5709 – dit heeft ook wel eens het gevolg dat wat weinig wordt gedaan aan de verdere invulling van de norm op een

manier waaraan je ook voor andere gevallen iets hebt. Soms is een vergelijking te maken met de 'brandschermfunctie' van het jaar 2000 in de planning. Op een gegeven moment is ontdekt dat alle overheden planningen voor de toekomst maakten, maar dat die ophielden in het jaar 2000. In het jaar 2000 hield Nederland gewoon op te bestaan! Zo is het ook wel eens met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ook de civiele rechter kan wel wat leren, maar naar mijn overtuiging en ervaring ligt dat veel meer op het gebied van de fact-finding: het nagaan van wat er is gebeurd. Ik spreek nu niet over de Hoge Raad en evenmin over de President in kort geding, die een vreselijk actieve administratieve rechter is en voor zover nodig wòrdt. Ik spreek over de gewone colleges, die enigszins worden gehinderd door ander bewijsrecht en die misschien – ik acht dat mogelijk – niet altijd komen tot de wantrouwende opstelling tegenover de overheid die in het administratieve proces vanzelf wordt bereikt, doordat de overheid daarin haar gehele dossier moet overleggen. Het bewijsrecht is modern genoeg om civiele rechters de kans te geven die toestand wat te veranderen, maar er zou sprake kunnen zijn van een achterstand.

Ik vermeld dit alleen om aan te geven dat het vage gevoel dat het bij andere rechters soms wat anders gaat, helemaal niet meer zijn wortels in het materiële recht hoeft te hebben.

Tot slot het volgende. De voorzitter is in zijn rede teruggegaan tot Montesquieu; ik zou op mijn beurt willen teruggaan tot de Nederlandse brillen- en soms scherpslijper Spinoza. Ook hij heeft zich al beziggehouden – er is juist een nieuwe vertaling van zijn *Staatkundige verhandeling* verschenen – met de vraag waarom er een rechter is en wat de rechter precies doet. Spinoza zegt: we hebben eigenlijk alleen maar een staat omdat we ons als individuen niet bijzonder goed tegen allerlei akelige dingen die alle uit de menselijke zwakheid voortkomen, kunnen verdedigen. De staat moet, aldus Spinoza, standvastig zijn en zijn ratio wordt aangetast wanneer hij gaat toegeven aan menselijke zwakheden. Wie is nu de goede vorst? De goede vorst stelt rechters aan en draagt die rechters op: 'Houdt mij aan wet en recht.' Wie was historisch de goede vorst? Odysseus, die wist dat hij zou worden blootgesteld aan Sirenengezang! Hij nam een aantal maatregelen, dat ik in het algemeen onbesproken laat, zij het dat ik één ervan vermeld: hij beval zijn mannen dat hetgeen hij het komende uur zou gaan zeggen niet mocht worden gehoorzaamd. Zoals men weet verliet het 'schip van staat' van Odysseus niet zijn rechte koers en raakte het tenslotte na lange tijd in veilige haven. Spinoza zegt dan: hoevelen van onze vorsten behoren niet te weten dat zij af en toe toegeven aan Sirenengezang!

Dit is dus de opdracht van *iedere* rechter die zich tegenover de overheid gesteld ziet; er zit niets akeligs van ongeorganiseerd wantrouwen in. Het is mogelijk dat deze opdracht niet bij alle gerechten op gelijke wijze tot uiting komt, maar dan moet men de achtergrond daarvan niet altijd zoeken in het materiële recht, maar meer in vragen van rechterlijke organisatie, waarvoor wij op dit moment *niet* bijeen zijn.

Beantwoording door de preadviseurs (ochtendgedeelte)

mr. W. A. M. van Schendel

Na het Sirenengezang van de heer Van der Does past een moment van stilte, maar ik zal dat kort houden.

Wij hebben gepoogd een record van de VAR te breken: sinds 1940 het dunste preadvies. Als ik de vragen hoor, komt mij bij de gedachte op dat het misschien nog best ietsje dikker had kunnen zijn. In dat geval waren wellicht vele vragen, die er nu gelukkig zijn, niet gekomen. Ik zal de vragen behandelen in de volgorde waarin ze zijn gesteld, behalve wanneer ik mij bijtijds herinner dat ik op meer vragen tegelijkertijd kan ingaan.

De Wet van *Bloembergen* komt er, naar ik heb begrepen, ongeveer op neer dat een wet, als er maar lang genoeg aan is gewerkt, zo mooi is dat zij ook in andere rechtsgebieden valt over te nemen. Dit betekent in ieder geval dat de voorbereiding van de Wet Algemene Bepalingen van korte duur zal zijn en dat vervolgens het schoons van het NBW daarin zal kunnen worden ingepast. Ik ben het – ik zou haast zeggen: uiteraard – met Bloembergen eens wanneer hij betoogt dat de beide rechtsgebieden ten opzichte van elkaar *open* moeten zijn en dat we het onderscheid niet al te dogmatisch moeten zien. Er is echter een punt waarop ik enigszins aarzel. Weliswaar ben ik ontroerd door het pleidooi, inhoudende dat het NBW uiteraard gezag heeft, omdat er nu eenmaal zo'n mooie regeling ligt, maar ik meen toch dat een analoge toepassing van het NBW in het bestuursrecht afhangt van de mate waarin beginselen en rechtsbegrippen op beide rechtsgebieden met elkaar overeenstemmen. Pas wanneer naar de congruentie van beginselen en begrippen op beide rechtsgebieden een onderzoek is ingesteld waarbij tot gelijkheid of uniformiteit is geconcludeerd, zal men het NBW met overtuiging op bestuursrechtelijke verhoudingen kunnen toepassen.

Het pleidooi van Bloembergen lijkt min of meer een kwestie van geloof. Er is hier vanmorgen gesproken over het katholicisme en over 'curiaal chauvinisme', waarmee de in Nederland zo goed passende geloofsovertuiging onderwerp van bespreking is geworden; naar mijn gevoel gaat het betoog van Bloembergen enigszins in dezelfde richting. 'Geloof nou maar, beste bestuursjuristen, het NBW is ontzettend knap!' Je zou het niet geloven als je de discussie tussen civilisten zag, maar die wordt door bestuursrechtjuristen tòch niet gelezen! Omdat het NBW echt een heel erg

mooi boek zou zijn, zouden we het maar moeten overnemen. Een dergelijk standpunt zou mij te ver gaan. Naar mijn mening zal men toch in ieder geval moeten nagaan of er overeenstemmende beginselen, begrippen en kenmerken zijn op basis waarvan het NBW op bepaalde onderdelen kan worden toegepast. Overigens denk ik – maar Bloembergen heeft die nuancering ook zelf aangebracht – dat het NBW, als je dat zo in het algemeen mag zeggen, niet van toepassing is wanneer de aard van de betrokken verhouding, de verhouding overheid/burger daarin begrepen, toepassing uitsluit. Ook dit vergt echter een geloof, namelijk dat het NBW eigenlijk al van toepassing is.

De receptie-gedachte die Bloembergen heeft geuit spreekt mij op zichzelf wel aan. Er ligt inderdaad iets dat kan worden gerecipieerd, maar – ik herhaal het – de drijfveer om werkelijk tot receptie te komen kan naar mijn mening slechts liggen in de constatering dat algemene beginselen, of begrippen, gelijkelijk in beide rechtsgebieden voorkomen. In een verborgen tussenzinnetje in het preadvies heb ik hieraan de volgende waarschuwing toegevoegd: naarmate de begrippen abstracter zijn lijken ze zo mooi vergelijkbaar. Men zou in de verleiding kunnen komen te redeneren dat, aangezien in beide rechtsgebieden het begrip 'rechtshandeling' bekend is, titel 3.2 op alle rechtshandelingen mag worden toegepast. Ik denk dat het gevaar voor een dergelijke redenering wel eens groot kan zijn. In werkelijkheid zal men nauwkeuriger moeten afbakenen waar men overeenstemmende kenmerken aantreft. Overigens blijft het NBW een goed wetboek, en voor wie overtuigd wil raken is het pleidooi van Bloembergen dus zeker te volgen.

Ik weet niet, mijnheer de voorzitter, of het in de VAR gebruikelijk is dat de vragensteller op een moment als dit ogenblikkelijk opspringt en roept dat hij het er niet mee eens is, of dat u de vragenstellers een tweede ronde gewoon niet gùnt.

Voorzitter: Er is een 'gemeenrechtelijke wet' die zegt: de brutalen hebben de halve wereld!

Van Schendel: Dan zal ik een van mijn rechterlijke privileges toepassen en gewoon de vragensteller niet aankijken, zodat hij de kans niet krijgt er tussen te springen! Dit neemt overigens niet weg dat wie wil reageren dat ook maar ogenblikkelijk moet doen. De voorbereidingstijd voor het beantwoorden van de vragen was immers minimaal.

Door mevrouw *Kobussen,* door *Koekkoek, Scheltema, Drupsteen* en *Van der Does* zijn vragen gesteld – ik neem aan dat ook Lubach daarop zal ingaan – over de rol van het autonomiebeginsel en over de stelligheid waarmee wij zouden betogen dat het autonomiebeginsel zoals dat typisch privaatrechtelijk is ontwikkeld niet van toepassing is op de overheidsrechtshandeling. In dit verband moet ik eerst ingaan op het misverstand dat ik het scherpst proefde in de woorden van *Van der Does,* die zich afvroeg of rechtsfiguren als dwaling en bedrog niet meer van toepassing

zouden zijn. In de paragraaf over titel 3.2 doel ik op de typisch dogmatische vraag naar de grondslag van de gebondenheid aan de rechtshandeling. Mijn betoog houdt niet in dat, indien de rechtshandeling in dogmatische zin eenmaal tot stand is gekomen, de regels omtrent dwaling – overigens te vinden bij de overeenkomst –, bedrog en misbruik van omstandigheden niet van toepassing zouden zijn. Ik meen dat ik mij in het preadvies uitdrukkelijk in die zin heb uitgelaten. Het gaat mij typisch om de gebondenheidsvraag, om de vraag of een rechtshandeling – of laten we vooralsnog 'overeenkomst' zeggen – tot stand is gekomen op het moment dat, civielrechtelijk gezien, de wil ontbreekt. Onder het huidige recht kan daarover mijns insziens geen misverstand bestaan: als ik bij wat ik verklaar niet 'wil', komt er geen overeenkomst tot stand; dan is de overeenkomst, anders gezegd, nietig. Vervolgens komt het beschermingsmechanisme, waarbij de vraag naar het gewekt vertrouwen een rol speelt, naar voren om correcties aan te brengen. Ik druk mij nu erg traditioneel uit, maar Schoordijk is er niet en ik kan dat dus nog even doen!

Mij gaat het nu in het bijzonder om gevallen waarin de bij een rechtshandeling betrokken overheid 'niet goed haar wil uit'. Ik denk dan niet aan situaties in de sfeer van dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden, en ik denk evenmin aan situaties waarin achteraf gezien bij een andere handelwijze beter beleid had kunnen worden gevoerd. Concreter gezegd: ik kan mij een situatie voorstellen waarin een overheid aanvankelijk om een stuk grond in handen te krijgen een overeenkomst heeft gesloten, maar achteraf tot de conclusie komt dat het veel verstandiger is via onteigening te werk te gaan, met als gevolg dat zij niet met de gesloten overeenkomst in zee wil. Op zo'n situatie doel ik dus niet. De vraag is niet wat achteraf beter is of welke onvoorziene omstandigheden achteraf een verandering teweeg kunnen brengen. Ook heb ik nu niet het oog op een situatie waarin de Kroon ineens een uitspraak doet die meebrengt dat wat een overheid tot dan toe altijd heeft gedaan niet meer mogelijk is, omdat de Kroon nu eenmaal in haar wijsheid heeft besloten dat dat niet mag. Over dergelijke vragen, waarbij het om een achteraf opgekomen verandering van beleid of om een achteraf opgekomen beter beleid gaat, spreek ik nu niet. Het gaat mij om een situatie waarin op het moment waarop de overheid een rechtshandeling aangaat, een foute verklaring wordt afgelegd. In een situatie als mij nu voor ogen staat doet zich een misverstand voor, in de traditionele privaatrechtelijke betekenis van 'het niet goed van de wil uiten', hier gezien als 'het niet goed volgen van beleid': handelen in strijd met het beleid, met het algemeen belang, met beginselen, met normen van publiekrecht.

Hiermee houdt de door Van der Does ten tonele gevoerde noot 74 verband. In deze noot, produkt van mijn worsteling met een hieronder nog nader te omschrijven probleem, wijk ik naar ik heb gemerkt af van hetgeen ik in een andere noot in mijn proefschrift had gezegd. Zo ziet men dat de rechtsontwikkeling sneller gaat dan men denkt! De noot duidt een geval aan waarin de overheid een koopovereenkomst sluit voor een prijs die

lager is dan het gelijkheidsbeginsel eigenlijk zou toestaan. Voor de wederpartij is dat geen probleem: die beroept zich op het gelijkheidsbeginsel en voert aan dat zij van haar kant niet gebonden is. Dit is theoretisch ook nog in te passen in het feit dat de wederpartij geen beroep hoeft te doen op de vertrouwensbescherming die wellicht mogelijk zou zijn geweest: het is voor de burger niet van belang zich daarop te beroepen. Zou de overheid echter, zo luidt dan mijn vraag, zich er vervolgens op kunnen beroepen dat zij nu eenmaal de bewuste verklaring heeft afgelegd en dat zij nu eenmaal – in de privaatrechtelijke, autonome betekenis – zo heeft *gewild*? Ik meen dat dat niet het geval zou mogen zijn.

Ik begrijp heel goed dat men een dogmatisch standpunt inneemt als men zegt dat er al in de totstandkomingsfase iets fout was. Men kan zeggen dat de overheid in die fase – om het schoordijkiaans te formuleren – een 'normatieve wil' had moeten hebben. Met de woorden die de voorzitter in zijn openingsrede aanhaalde: men kan zeggen dat de overheid niet kan doen wat zij niet hoort te willen. Moet er voor de overheid niet die zelfde normatieve gebondenheid zijn, juist omdat de overheid zich overeenkomstig de publiekrechtelijke normen heeft te gedragen? Mag de overheid zeggen: 'Ik heb dat nu eenmaal gewild en ik ben er dus toch aan gebonden,' of mag zij dat niet zeggen? Dit is een dogmatisch probleem. Ik begrijp best dat men er ook op een andere manier uit kan komen. Men kan zeggen: de overheid mag met een beroep op een traditioneel autonomiebeginsel zeggen dat zij niet gebonden is, maar dan laten we de burger vervolgens zijn vertrouwensbescherming inroepen, zeggende dat hij erop mocht vertrouwen dat de overheid aan de volgens het gelijkheidsbeginsel vereiste hoogte van koopsom gebonden zou zijn.

Ook de omgekeerde situatie kan optreden: de overheid doet iets ten gunste van de burger, waardoor de burger zich graag op het standpunt zal willen stellen dat hij gebonden is, omdat de overheid 'het zelf heeft gezegd'. Met het oog op een situatie waarin de wilsverklaring van de overheid, op het moment dat die rechtshandeling tot stand komt, in strijd is met het overheidsbeleid of met een publiekrechtelijke norm, zou wellicht gezegd moeten worden, dat de overheid in beginsel de vrijheid heeft zich erop te beroepen dat in zo'n situatie geen rechtshandeling c.q. geen overeenkomst tot stand is gekomen, zodat er in die zin geen gebondenheid is. Er is dan sprake van een nietige rechtshandeling. Vervolgens moeten we dan echter natuurlijk toch de vraag stellen of de burger, zich op vertrouwensbescherming beroepend, niet wel degelijk gebonden zou kunnen zijn. Om met de Hoge Raad te spreken: te zeggen valt dat er tenminste in die zin gebondenheid is, dat schadevergoeding moet worden gegeven of dat op een andere manier een regeling moet worden getroffen om de gevolgen op te heffen.

Tot zover mijn eerste reactie op de hier opgeworpen problemen met betrekking tot het autonomiebeginsel. Naar mijn mening valt de positie van de overheid in ieder geval met het autonomiebeginsel in privaatrechtelijke zin, zoals dat traditioneel wordt opgevoerd, niet te rijmen.

Scheltema heeft betoogd dat het bestuursrecht er nu juist op gericht is gestalte te geven aan het zelfbeschikkingsrecht van de mens. Hoewel dit overtuigend klinkt en ook overtuigend is, meen ik dat het bij de stelling van Scheltema om een ander zelfbeschikkingsrecht en een ander moment gaat. De privaatrechtelijke opvatting van het autonomiebeginsel brengt mee dat een concrete rechtshandeling in zichzelf gerechtvaardigd is, omdat men nu eenmaal heeft *gewild* en daarmee gebondenheid is aangegaan. Daarin ligt de rechtvaardiging, een nadere rechtvaardiging is niet nodig. Tegen die achtergrond ben ik het eens met het betoog van Lubach, inhoudende dat de overheid niet kan zeggen dat het enkele feit dat zij iets heeft *gewild* een rechtshandeling gerechtvaardigd maakt. Voor die rechtvaardiging is méér nodig, namelijk dat de op totstandkoming van een rechtshandeling gerichte verklaring in overeenstemming is met de publiekrechtelijke normen. Dit betekent overigens niet dat dwaling, bedrog etcetera – geen typische grondslagproblemen, althans niet in het NBW – niet even goed, voor mijn part analoog, van toepassing zouden kunnen zijn. Wèl geldt – daarop zal Lubach nog wel ingaan – dat voor wat *verandering van omstandigheden* betreft, waarbij het inderdaad om een grondslagenprobleem gaat, inzake de overheid best tot een iets ander standpunt zou kunnen worden gekomen dan het standpunt dat in het algemeen uit het typische privaatrecht en uit de in het NBW opgenomen regeling volgt. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat de wil bij de overheid geen rol speelt. Er moet wel degelijk tenminste een verklaring liggen en er moet tenminste instemming van de kant van de overheidsorganen zijn, maar dat is niet het wilsmoment waarop ik bij mijn beschouwingen over het autonomiebeginsel het oog heb.

mr. D. A. Lubach

In onze preadviezen gaan wij in op de vraag of het, wanneer je naar de verhouding privaat-/publiekrecht kijkt, uitmaakt of het NBW er al dan niet is. In vele van de interventies tot nu toe bespeur ik de opvatting dat wij bij de beantwoording van deze vraag te terughoudend zijn geweest. *Scheltema* heeft het NBW als een duidelijke stap vooruit omschreven, *Bloembergen* heeft gezegd dat een betere wet een betere aansluitingsmogelijkheid biedt en anderen – vooral *Drupsteen* – hebben betoogd dat het NBW aanleiding geeft om het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voor zover het nog bestond maar overboord te zetten. Met andere woorden: men lijkt ons erop te willen wijzen dat er méér aan de hand is dan wij denken. Dat lijkt ook zo te zijn, als je je realiseert welke vraag door de diverse interveniënten is beantwoord. Zij zijn vooral ingegaan op de vraag, welke invloed het publiekrecht op het privaatrecht moet hebben. In het preadvies heb ik onder meer juist ook de omgekeerde vraag getracht te beantwoorden. Ik heb mij afgevraagd in hoeverre de invoering van het NBW verschillen teweegbrengt:

a. in de manier waarop in het algemeen naar de verhouding privaat-/publiekrecht worden gekeken;
b. in de beantwoording van de vraag, welke delen van het privaatrecht in het publiekrecht gelding zouden kunnen krijgen.

Op het onder b. omschrevene is met name Bloembergen ingegaan. Aan de orde zijn dus twee verschillende vragen. De eerste betreft de verhouding tussen privaat- en publiekrecht over en weer, en de tweede betreft de relatie publiek-/privaatrecht voor zover het gaat om de gelding van het privaatrecht in publiekrechtelijke verhoudingen.

Nu lijkt in dit verband artikel 3.1.1.15 wonder wat nieuws te brengen. Zeker als je daarbij bedenkt dat tegenwoordig de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur aan dit artikel wordt opgehangen, lijkt het een buitengewoon aantrekkelijk artikel te zijn.

Op zichzelf is natuurlijk de gedachte dat je bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden niet in strijd met het publiekrecht mag handelen, niet zo vreselijk nieuw. We hebben altijd gezegd dat de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden aan regels die ook uit het publiekrecht stammen moeten worden getoetst, zeker als het om geschreven regels gaat. Nieuw zou zijn – hoewel ook onder het oude systeem al goed verdedigbaar – dat ook ongeschreven regels van publiekrecht in dezen een rol gaan spelen. Bij nadere beschouwing blijkt het vooral te gaan om de manier waarop degenen die het recht toepassen de regels van publiekrecht interpreteren. Van belang is wat deze rechtstoepassers uit de regels van publiekrecht afleiden. In dit opzicht is in de jurisprudentie een zekere ontwikkeling te zien. Enerzijds is er de opvatting dat het publiekrecht zoveel mogelijk restrictief moet worden geïnterpreteerd; de Hoge Raad heeft dat een aantal jaren geleden duidelijk in een aantal uitspraken laten zien. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is in dit opzicht overigens recentelijk een kentering te bespeuren, mede in navolging van de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak. Anderzijds is er de opvatting dat geen waterdichte schotten moeten worden aangebracht en dat de invloed van publiekrechtelijke regels wat ruimer moet worden genomen. Dit is iets dat in de door mij beschreven ontwikkeling past en in zoverre is inderdaad een artikel als 3.1.1.15 wel van betekenis.

Je hoeft echter nog niet zo ver te gaan als *Drupsteen,* die zich afvraagt of, als aan publiekrechtelijke regels wordt getoetst, het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog wel zinvol is en met name het criterium 'aard van de rechtsverhouding' nog wel iets kan betekenen. Nu leverde dat criterium, hoewel theoretisch volstrekt juist, bij de praktische toepassing altijd al problemen op. Zulke problemen doen zich zéker voor wanneer het criterium zou moeten leiden – ik doel nu op een vraagstuk waarmee we speciaal ook in Nederland te maken hebben – tot een onderscheid tussen privaat- en publiekrecht dat dan ook nog enige betekenis niet alleen voor het materiële recht, maar ook voor de competentieverdeling zou moeten

hebben. Dit blijft een probleem: het wàs al een probleem en het is niet geringer geworden. Het door Van der Hoeven uitgewerkte criterium gaf een goede basis om de 'gemengde rechtsleer' gestalte te geven; artikel 3.1.1.15 NBW geeft die basis eveneens, en ik meen hier dan ook een onderlinge aansluiting te kunnen signaleren.

Sprekend over de toepasselijkheid van privaatrechtelijke beginselen in publiekrechtelijke verhoudingen, kom ik op het betoog van *Van der Does*. Naar zijn mening heb ik nog steeds problemen met de formulering van de Hoge Raad waarin die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een plaats geeft binnen een redelijkheidstoetsing. Die redelijkheidstoetsing is, zo heeft Van der Does betoogd, niet hetzelfde als de toetsing aan de 'c-grond' van de Wet Arob; in dit verband kan worden gewezen op het taalgebruik dat in privaatrechtelijke kringen is ingeburgerd. Een soortgelijk betoog heeft Drion een aantal jaren geleden al eens voor de Nederlandse Juristen Vereniging gehouden: hij relativeerde de specifieke manier van spreken van civilisten en nam als uitgangspunt dat we allemaal precies hetzelfde bedoelen. Ik vermoed dat in ieder geval *Koekkoek* het daarmee niet eens zal zijn: hij heeft immers gezegd dat tussen privaat- en publiekrecht een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt en dat publiekrechtelijke mankementen nog niet tot privaatrechtelijke onrechtmatigheid hoeven te leiden. Men heeft in de formulering van de Hoge Raad wel gelezen dat deze tot uitdrukking heeft willen brengen dat je in publiekrechtelijke zin soms strengere eisen aan het overheidshandelen zult moeten stellen – op basis van de beginselen van behoorlijk bestuur – dan in civielrechtelijke zin.

In het verlengde hiervan heeft de heer *Van der Does* een veronderstelde situatie geschetst waarin de Afdeling rechtspraak een bepaalde beschikking op grond van schending van een materieel beginsel van behoorlijk bestuur vernietigt, maar waarin betrokkene vervolgens bij de burgerlijke rechter te horen krijgt dat de vernietigde beschikking niet als een onrechtmatig besluit kan worden gezien. Laten we aannemen dat betrokkene door de gang van zaken schade heeft geleden en dat de Afdeling rechtspraak zijn schadeclaim niet volledig heeft gehonoreerd. Als hij zich dan voor verdere schadevergoeding tot de burgerlijke rechter wendt kan hij – aldus Van der Does – te horen krijgen dat, ondanks de uitspraak van de Afdeling rechtspraak, inhoudende dat de beschikking niet had mogen worden genomen, het besluit van het overheids-orgaan-inkwestie civielrechtelijk toch geen onrechtmatigheid oplevert.

Van der Does: Ik dacht dat ú dat zei.

Lubach: Ik heb naar ik meen Van Buuren aangehaald, die iets soortgelijks lijkt te betogen. Misschien heb ik mij niet duidelijk genoeg uitgedrukt, maar laat ik dan in ieder geval nu duidelijk zeggen dat ik de door Van der Does veronderstelde situatie tegen de achtergrond van het systeem als geheel, zeker als terecht wordt aangenomen dat de scheidslijnen vervagen,

zeer onwenselijk zou vinden en met name voor de betrokkene buitengewoon onaangenaam. Eigenlijk zou zo'n situatie niet mogen bestaan; ik ben het dan ook niet eens met *Koekkoek,* die expliciet heeft gezegd dat een dergelijke situatie wèl mogelijk zou moeten zijn.

Ik beperk me dan overigens tot het element van onrechtmatigheid. In verband met artikel 1401 BW zou je natuurlijk ook nog over een aantal andere elementen moeten praten, maar de onrechtmatigheid zou in ieder geval vast moeten staan.

Diverse sprekers hebben aandacht besteed aan het *autonomiebeginsel. Scheltema* en anderen hebben zich daarbij afgevraagd of wij het autonomiebeginsel in het verband van onze preadviezen niet te snel verwerpen. Nu heeft mijn medepreadviseur het argument, inhoudende dat het publiekrecht als doel de zelfontplooiing van de mens heeft, naar mijn mening al gepareerd. Ik denk inderdaad dat een dergelijke opmerking wel aardig klinkt, maar in wezen met ons betoog niet zo vreselijk veel te maken heeft. Wèl gaat het erom – ik heb getracht dat weer te geven – dat een autonomiebeginsel dat de zelfontplooiing van de overheid voorop stelt op die manier niet kan werken, niet in het publiekrecht en dus ook niet in gemengde verhoudingen waarbij de gebondenheid van de overheid aan bijvoorbeeld overeenkomsten moet worden verklaard.

Misschien ga ik in dit verband iets minder ver dan Donner is gegaan, die op basis van bovengenoemd uitgangspunt ook de wilsgebreken buiten toepassing heeft verklaard. Op een vraag van mevrouw *Kobussen* kan ik in dit verband antwoorden: ik ben het met Van Schendel eens voor zover het om de grondslag van de gebondenheid gaat – hij heeft zijn bedoelingen op dit punt zojuist nog duidelijk onder woorden gebracht – en ik deel dus zijn opvatting dat ten aanzien van die grondslag het autonomiebeginsel minder goed kan worden toegepast, terwijl ik het eveneens met hem eens ben dat die opvatting niet tot gevolg heeft dat wilsgebreken buiten toepassing moeten worden verklaard.

Scheltema heeft nog gezegd dat het autonomiebeginsel abstracter is dan het rechtszekerheidsbeginsel – ik weet niet zeker of ik het daarmee eens ben – en dat men deze beide beginselen niet naast elkaar zou mogen plaatsen. Er zijn in ieder geval, aldus Scheltema, wat de bindende kracht betreft en wat de consequenties betreft die daaruit voortvloeien, niet erg veel verschillen. Dat is juist. Als eenmaal een overeenkomst is gesloten, moet je ook aannemen dat de overheid daaraan gebonden is. Het grappige is dat ik in *Beleidsovereenkomsten* – in het preadvies heb ik daarnaar, meen ik, slechts verwezen – aandacht heb gevraagd voor het verschijnsel dat juist de burgerlijke rechter de bindende kracht wat minder sterk lijkt aan te nemen dan ik op grond van privaatrechtelijke beginselen gewenst zou achten. Mijn stelling wat dit betreft luidde: als nu de 'gewone' privaatrechtelijke beginselen maar worden toegepast, kom je ten aanzien van de bindende kracht van de overeenkomst goed uit.

Verscheidene interveniënten hebben duidelijk gemaakt dat naar hun mening het NBW een aantrekkelijk perspectief voor de gemengde

rechtsleer biedt. Ik help hen hopen dat hun verwachtingen bewaarheid zullen worden! Ik hoop dat de tendens die in de jurisprudentie en in het rechtsdogmatische denken te bespeuren is – en ik blijf beweren dat het NBW dàaraan op zichzelf niet zoveel toe- of afdoet – zich verder zal ontwikkelen en ik geef toe dat het veelvuldig voorkomen van open normen daartoe wel mogelijkheden biedt. *Bloembergen* zal mij vermoedelijk tegenwerpen dat ditzelfde ook thans in de oude situatie het geval is, iets wat hij, terecht, al tien tot vijftien jaar beweert. Het gaat om het gebruik dat van de bestaande mogelijkheden wordt gemaakt.

Ik kom dan nu aan enkele detailvragen. Mevrouw *Kobussen* heeft onder meer – op sommige van haar opmerkingen ben ik al ingegaan – gesignaleerd dat ik uit het causa-beginsel afleid dat de prestaties over en weer tussen overheid en burger een gelijkwaardige inhoud moeten hebben; dat wordt in het privaatrecht niet met zoveel woorden betoogd. Zij vraagt zich af of hier niet een schijnverschil ten tonele wordt gevoerd en of de ongelijkwaardige inhoud niet zijn oorzaak vindt in de omstandigheid dat er bij de totstandkoming iets fout is gegaan. Ik geef toe dat dat het geval zou kunnen zijn en dat tegen deze achtergrond het begrip 'misbruik van omstandigheden' wellicht meer betekenis zou kunnen hebben dan ik heb betoogd; aan de andere kant is het toch ook zo dat het proportionaliteits-beginsel, dat ik voor de beleidsovereenkomsten verdedig, niet rechtstreeks uit het causa-beginsel kan worden afgeleid. Het begrip 'justum pretium' kennen we in het privaatrecht niet en het proportionaliteitsbeginsel heeft in het algemeen gesproken een beperktere betekenis dan ik zou willen verdedigen voor rechtsverhoudingen waarbij de overheid betrokken is.

Overigens stelt de heer *Helsen* een vraagstuk aan de orde waarop in andere publikaties dan de onderhavige al uitgebreider is ingegaan. Uit de vraagstelling is mij niet onmiddellijk duidelijk geworden op welke van de twee denkbare situaties Helsen met zijn opmerkingen over de relatie tussen beleidsovereenkomst en toezicht nu precies heeft gedoeld. Je kunt namelijk twee situaties onderscheiden. Je kunt je in de eerste plaats afvragen hoe de bevoegdheid voor het toezichthoudend orgaan verandert wanneer dit in de overeenkomst participeert; het gaat dan om het aangaan van de overeenkomst. De tweede denkbare situatie doet zich voor wanneer bij het vervolgens tot uitvoering brengen van de overeenkomst het toezicht moet worden uitgeoefend.

Ik ben in het algemeen van mening dat wanneer een toezichthoudend orgaan zich in een overeenkomst aan een bepaald beleid heeft gebonden, dat orgaan, gezien de bindende kracht van de overeenkomst – gesteld dat het orgaan inderdaad heeft bedoeld zich te binden –, niet in strijd met de overeenkomst plotseling goedkeuring kan weigeren aan een beslissing tot uitvoering van de overeenkomst die conform het overeengekomene is genomen. In zoverre kan men met Helsen inderdaad spreken van 'positief toezicht'. Overigens verwijs ik in dit verband naar de discussie die een aantal jaren geleden over het begrip 'complementair bestuur' is gevoerd en naar de rapporten van de Werkgroep Complementair Bestuur.

De discussie over het autonomiebeginsel is door *Drupsteen* aan de hand van auto's gevoerd. Hij heeft zich daarbij afgevraagd of het autonomiebeginsel wel zo privaatrechtelijk is en of je uit het werkzaam zijn van het door hem beschreven '*auto*nomiebeginsel' niet ook nog iets anders moet afleiden. We bevinden ons hier in een grensgebied en het is misschien niet toevallig dat hier hetzelfde voorbeeld is gebruikt als ik elders wel eens heb gehanteerd. Ik zou er wat het aanschafbeleid van de rijksoverheid ten aanzien van auto's betreft geen groot bezwaar tegen hebben dat binnen bepaalde budgetten de vrije keuze van instanties, of zelfs onder sommige omstandigheden van personen, zou prevaleren. Bij het voeren van zo'n aanschafbeleid zijn de beleidsaspecten ook niet zo pregnant aanwezig, tenzij het gaat om de aanschaf van Volvo's die de Nederlandse industrie moeten ondersteunen. Anders gesteld is het met de problemen die zich ten aanzien van bijvoorbeeld het aanschafbeleid van Defensie voordoen. Als Defensie straaljagers moet kopen is de gebondenheid van de overheid aan onder meer internationale verplichtingen al weer veel sterker en daarbij is het autonomiebeginsel al veel minder aanwezig. Als echter incidenteel voor een burgemeester of een minister een dienstwagen wordt gekocht, bevindt men zich geheel in de sfeer van de 'gewone' privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij het autonomiebeginsel dan misschien wèl een rol kan spelen.

Interventies (middaggedeelte)

mr. P. de Haan

Ik zal mijn best doen de zaal weer wakker te krijgen! Allereerst wil ik mijn instemming met de preadviezen betuigen, wat natuurlijk weinig opwindend is, maar wat ik in het bijzonder in verband wil brengen met het navolgende. Naar ik heb begrepen heeft Bloembergen zich weinig kritisch uitgelaten, omdat er veel affiniteit tussen hem en de preadviseurs is. Ik zie hierin een prachtige mogelijkheid om via de preadviseurs het debat met hem voort te zetten. Dat zal ik dan ook doen, in de eerste plaats door uit te spreken dat ik het met de preadviseurs eens ben dat het NBW geen wezenlijke verandering brengt in de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Ik heb hier vanmorgen geluiden gehoord die in een andere richting gaan, maar ik meen dat de verandering niet wezenlijk is.

Zoals Lubach schrijft, hanteerde Meijers voor opneming in het NBW indertijd het formele criterium – dat voor het NBW dan ook richtsnoer is geweest – van handhaving door privaatrechtelijke middelen. Dit criterium is niet alleen formeel, maar het is ook niet goed houdbaar. Dit is bijvoorbeeld gebleken toen men mij een opdracht gaf die ik niet eervol vond en zelfs nu achteraf nog als iets vreemds beschouw. De opdracht betrof de bewerking van de titel 'pacht' voor boek 7 en bracht mee dat een bepaalde rechtseenheid moest worden verbroken terwille van een andere rechtseenheid. Bij deze bewerking moest je aan haarkloverij doen tussen publiekrechtelijk pachtrecht enerzijds en privaatrechtelijk pachtrecht anderzijds. Met goedvinden van Justitie mocht daarbij een criterium worden gehanteerd dat ruimer was dan het formele criterium van handhaving door privaatrechtelijke middelen, met als gevolg dat ook goedkeuring, wijziging, vernietiging en herziening van pachtovereenkomsten door de Grondkamer – hoewel dat stuk-voor-stuk administratieve beschikkingen zijn – in het BW mochten worden opgenomen.

Omgekeerd zal het de echte codificatiespecialisten onder de aanwezigen verbazen te horen dat de eerste complete regeling van een privaatrechtelijke beleidsovereenkomst buiten het BW zich nu alweer aankondigt, namelijk de zeer uitvoerige regeling van de beheersovereenkomst in de toekomstige Wet beheer landbouwgronden betreffende het relatienotabeleid. Dit brengt mij tegelijk op een van mijn geschilpunten, niet alleen met de beide preadviseurs, maar ook met anderen, zoals Spier,

die overheidsovereenkomsten en met name beleidsovereenkomsten allemaal over één kam scheren. Overeenstemming hebben we nog over de overgang van de gemene rechtsleer naar de gemengde rechtsleer. Ik heb ooit de illusie gehad dat ik een van de eersten was die die overgang bepleitten, maar uit het betoog van Lubach is mij duidelijk geworden dat Van der Hoeven en anderen mij al waren voorgegaan. Ik gun Van der Hoeven die eer graag, maar ik ben het niet met hem eens – voor de preadviseurs, die zich bij hem aansluiten, geldt hetzelfde – dat uitsluitend de aard van de rechtsverhouding, met name aan de hand van de vraag of daarbij publieke belangen in het geding zijn, beslissend zou zijn voor de beantwoording van de vraag welk recht toepasselijk is. Naar mijn mening is minstens evenzeer van belang welk objectief recht in de eerste plaats van toepassing is, iets wat afhangt van het object van de overeenkomst, dus van de vraag of het bij die overeenkomst om privaatrechtelijke bevoegdheden dan wel om publiekrechtelijke bevoegdheden gaat.

Dit onderscheid heb ik indertijd aangeduid door te spreken over *privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten* aan de ene kant en *publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomsten* aan de andere kant. Koeman heeft dat in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging wat vereenvoudigd en spreekt daarin kortweg – Konijnenbelt is hem op dat punt gevolgd – over het onderscheid tussen beleidsovereenkomsten en bevoegdhedenovereenkomsten. Lubach maakt het nóg korter, ook in zijn proefschrift al, en spreekt enkel van *beleidsovereenkomsten.* Op zichzelf is daar natuurlijk niets tegen, want ook een publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst is een beleidsovereenkomst, maar dan een omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals de privaatrechtelijke beleidsovereenkomst er een is omtrent privaatrechtelijke bevoegdheden. Maakt dat nu verschil? Ik meen dat dat zeer zeker het geval is; in het vervolg van deze interventie zal ik daarop nader ingaan.

De relevante verschillen betreffen zowel de grondslag voor de gebondenheid aan een overeenkomst als het daarop toepasselijke recht. Naar mijn mening zijn overeenkomsten zoals gronduitgifteovereenkomsten of beheersovereenkomsten met het Bureau beheer landbouwgronden, onverkort privaatrechtelijk, hoezeer ze ook publiekrechtelijke doeleinden dienen. Ik moet niets hebben van de gedachte dat de grondslag van de gebondenheid aan dit soort overeenkomsten buiten het privaatrecht zou moeten worden gezocht, zoals – tenzij ik hem verkeerd heb begrepen – Van Schendel wil, laat staan dat ik iets zou voelen voor de gedachte dat de overheid zich met een beroep op het algemeen belang aan de naleving van dit soort overeenkomsten zou kunnen onttrekken, zoals Spier in zijn proefschrift in het algemeen ten aanzien van overheidsovereenkomsten bepleit. Mijn inziens is er geen enkele reden om de gedachten in een dergelijke richting te doen gaan, want het probleem ligt bij dit soort privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten niet in de toepassing van het privaatrecht, maar in de toepassing van het publiekrecht, of liever gezegd in het *tekort* aan toepassing van publiekrecht. Dit geldt niet alleen voor de

algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de toetsing daaraan, maar het geldt evenzeer – en eigenlijk nog sterker – voor het ontbreken van wettelijke publiekrechtelijke waarborgen met betrekking tot dit soort overeenkomsten. Zo vallen er twee leemten te signaleren.

Bij het Instituut voor Bouwrecht wordt op het ogenblik een studie ondernomen, waarbij naar een model-gronduitgifteverordening wordt gestreefd. Het is de bedoeling dat in dit verband in de beide bovenomschreven leemten wordt voorzien. Waarschijnlijk zal bijvoorbeeld worden gepleit voor de instelling op gemeentelijk of bovengemeentelijk niveau van een administratief beroepscollege met een volledige toetsingsbevoegdheid, waarbij criteria uit zowel het geschreven als het ongeschreven bestuursrecht kunnen worden gehanteerd. De hieraan ten grondslag liggende overweging is dat – ik weet dat ik mij op hachelijk terrein begeef! – het beroep op de burgerlijke rechter in de *praktijk* van de gronduitgifte nog lang niet toereikend is. Men kan zich afvragen waar dat aan ligt. Ik heb vanmorgen goed naar Van der Does geluisterd en ik kan op zichzelf niet ontkennen dat er wat de toetsingsgronden betreft *materieel* niet zoveel verschil meer is, maar dat is nog niet hetzelfde als dat *feitelijk* of *formeel* het verschil ontbreekt. Van der Does heeft ook gezegd dat wellicht de gewone rechter toch anders is ingesteld. In ieder geval is duidelijk, ook uit de jurisprudentie, dat van een werkelijk kritische toetsing van dit soort beleidsovereenkomsten aan het geschreven en het ongeschreven recht in de praktijk niet alles terecht komt.

Dat ook de wetgever er zo over denkt, blijkt uit het voorontwerp Wet beheer landbouwgronden: vermoedelijk zal terzake van de beleidsovereenkomsten waarop dit voorontwerp betrekking heeft – ook dat zijn privaatrechtelijke overeenkomsten – een beroepscollege wettelijk worden geregeld. Dat is ook wel nodig, aangezien de Arob-rechter het op dit terrein als toetsingsinstantie nu eenmaal laat afweten.

Bij privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten doen zich twee typen problemen voor:

1. de precontractuele fase roept een specifieke problematiek op, waarbij ik onder meer aan de contractsweigering denk;
2. een tweede groep problemen betreft de doorkruising van publiekrechtelijke waarborgen en bevoegdheden.

Juist bij privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten bestaat het gevaar van die doorkruising in het bijzonder.

Heel anders is het gesteld met de publiekrechtelijke bevoegdhedenovereenkomsten. Daarbij is het gevaar van doorkruising van het publieke recht niet of nauwelijks aanwezig en evenmin doet zich daarbij de precontractuele problematiek voor, althans niet in de praktijk. In deze Landsmeer-achtige overeenkomsten gaat het nu juist wèl om de grondslag voor de gebondenheid en om de mate waarin de overheid gebonden is, alsmede om de vraag of en, zo ja, in hoeverre het privaatrecht van toepassing is. Wat het eerste aspect betreft: ik geloof er niet veel van dat de grondslag voor de gebondenheid van de overheid aan dit soort overeen-

komsten in het privaatrecht te vinden zou zijn; op dit punt kan ik mij dus wèl met Van Schendel verenigen. De grondslag voor gebondenheid ligt mijns inziens veeleer in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder in het vertrouwensbeginsel. Naar mijn mening onderscheidt zich deze gebondenheid nauwelijks, of misschien wel helemaal niet, van de zelfbinding van de overheid aan beleidsregels en toezeggingen.

Ik heb de Landsmeer-arresten – omdat dat toch ten aanzien van dit soort overeenkomsten de doorbraakarresten zijn – nog eens opgezocht, waarbij mij opviel dat de Hoge Raad daarin letterlijk spreekt van een *richtlijn* die de administratie zichzelf met betrekking tot de uitoefening van haar vorderingsbeleid bij overeenkomst heeft gesteld. Zoals de overheid zichzelf ten aanzien van de wijze van uitoefenen van een publiekrechtelijke bevoegdheid *bij algemene richtlijnen* kan vastleggen, kan zij dat ook via een richtlijn ad hoc, al dan niet bij overeenkomst; Scheltema heeft er terecht al eens op gewezen dat zij zoiets ook bij toezegging kan doen. Ik heb het gevoel dat hier niet méér aan de hand is. Tot nu toe is althans niet uit de jurisprudentie bewijsbaar dat de binding-in-kwestie méér voorstelt dan de binding aan richtlijnen.

Ik kan dit illustreren aan de hand van de *bestemmingsovereenkomst* en de *toedelingsovereenkomst*. De bestemmingsovereenkomst heeft betrekking op de inhoud van een bestemmingsplan en de toedelingsovereenkomst heeft betrekking op de inhoud van het plan van toedeling bij ruil- en herverkaveling.

Wat het privaatrechtelijke lot van een bestemmingsovereenkomst is, kan men zien in het februarinummer van *Bouwrecht*: het KB Oisterwijk van 7 oktober 1985. Overeengekomen door de betrokken gemeente was de bouw van een woning in een bos- en vennengebied, waarvoor het bestemmingsplan moest worden aangepast. Volgens de Kroon kwam daar echter niets van in. Ik citeer: 'Naar het oordeel van de Kroon moet doorslaggevend gewicht worden toegekend aan de belangen, betrokken bij het natuurschoon, en hieraan vermag voornoemde privaatrechtelijke overeenkomst niet af te doen.' Degenen die nu denken dat de burgerlijke rechter er anders over zal oordelen, moet ik teleurstellen. Volgens vaste jurisprudentie van de rechtbanken inzake het plan van toedeling moet bij dat plan wèl serieus worden geprobeerd om aan de toedelingsovereenkomst tussen de ruilverkavelingscommissie en een rechthebbende te voldoen, maar de publiekrechtelijke nood breekt ook hier de privaatrechtelijke wetten. Anders gezegd: de privaatrechtelijke gebondenheid strekt niet verder dan de publiekrechtelijke neus van het betrokken overheidsorgaan lang is. De beleidsvrijheid bepaalt de grenzen van de contracteervrijheid en dat is ook logisch, gezien het algemeen belang en de belangen van derden die met dit soort bevoegdheden gemoeid zijn.

Hoe komt het nu dat het met de *bijstandsovereenkomst* – die toch ook op een publiekrechtelijke bevoegdheid betrekking had – anders gesteld bleek te zijn en dat daarbij zelfs een gebondenheid tegen de wet in werd erkend? Het – al vaker gegeven – antwoord ligt voor de hand: in het geval

van de bijstandsovereenkomst ging het alleen om geld, en niet om belangen van derden of het algemeen belang. Dat is ook de reden dat de belastingrechter en de Centrale Raad van Beroep vertrouwen tegen de wet in plegen te beschermen, terwijl de Afdeling rechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven daarmee terecht veel voorzichtiger zijn.

Dit alles lijkt mij voldoende bewijs voor de stelling dat men niet alle overheidscontracten over één kam moet scheren, zoals nu toch ook weer in deze preadviezen gebeurt. Ook als men, zoals ik en zoals de preadviseurs, uitgaat van de gedachte dat overheidscontracten gemengde contracten zijn waarop zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke regels en beginselen van toepassing zijn, dan moet men daarbij nog wel onderscheid maken. Ik heb het indertijd misschien in sommiger ogen wat al te bont gemaakt door elf verschillende contracttypen – in de nieuwe druk zullen het er twaalf worden; dat is een mooier getal! – naar de mate van menging van publiek- en privaatrecht op een rijtje te zetten, niet met de bedoeling om al die contracttypen scherp van elkaar te onderscheiden, maar juist om te laten zien hoe zeer de overgang van privaat- naar publiekrecht bij zo'n gemengde contractverhouding een glijdende schaal – als het ware een continue lijn – oplevert. Ik heb nu eenmaal de lust tot etiketteren, maar ik doe dat alleen om duidelijker te laten zien dat niet alles hetzelfde is en dat de menging van publiek- en privaatrecht een gradatie vertoont, ook in de 'gemengde theorie'.

Aan de andere kant zou ik mij nog wat roomser dan de paus – onder 'paus' versta ik in dit geval de preadviseurs – willen tonen. Het gaat dan om de eenheid van het recht. Ik ben niet de eerste die met een dergelijke visie komt als ik hier nog eens betoog dat de administratieve rechtshandeling evengoed als de privaatrechtelijke rechtshandeling als een wilsverklaring kan worden gezien, met alle consequenties van dien. Uit de wilsverklaring in combinatie met het vertrouwensbeginsel vloeit naar mijn mening de gebondenheid voort, waarbij dan naar mijn gevoel de leer van de wilsgebreken van overeenkomstige toepassing dient te zijn. Ik zie niet goed in waarom de wil van de *wetgever* – die we 'bedoeling' noemen – zeer relevant zou zijn en waarom niet hetzelfde zou gelden voor een *bestuursorgaan,* voor zover dat wilsvrijheid/beleidsvrijheid/contractsvrijheid heeft. Ik meen dat er in dit opzicht geen verschil is. Dat de publiekrechtelijke wet in hoge mate de inhoud van een beschikking of van een overeenkomst kan bepalen, is duidelijk, maar de privaatrechtelijke wet kan dat evengoed, getuige de Pachtwet en de Wet op de c.a.o. Bij die wetten hebben we te maken met gevallen waarin de overeenkomst sterk van publiekrecht is doortrokken: *gebonden overeenkomsten,* in een zelfde mate als waarin er gebonden beschikkingen zijn.

Nu heeft de *privaatrechtelijke beleidsovereenkomst* juist voor de overheid het aantrekkelijke aspect dat zij een minder gebonden karakter draagt. Zo kan de gemeente bij de gronduitgifte bouwplichten en onderhoudsplichten met betrekking tot het gebouwde opleggen, wat zij via

de bouwvergunning niet kan. Wel degelijk kunnen, anders dan Lubach op bladzijde 33 stelt, aan het privaatrechtelijk karakter dus argumenten worden ontleend 'wat betreft een grotere ruimte voor het creëren van verplichtingen voor de contractspartner dan bij wijze van vergunningsvoorschrift mogelijk is'. Ik voeg eraan toe: dat is maar goed ook, want anders zou er niets worden gebouwd! Als men bij de gronduitgifteovereenkomst niet méér verplichtingen zou kunnen opleggen dan, via bouwvergunningen en dergelijke figuren, langs publiekrechtelijke weg mogelijk is, dan zou men de gehele positieve uitvoering van een bestemmingsplan niet, althans niet juridisch bindend, tot stand kunnen brengen. Ik vind het dan ook vanzelfsprekend dat het privaatrecht in dit opzicht verder reikt dan het publieke recht, maar des te meer is het noodzakelijk, met het oog op instrumenteel gebruik van privaatrechtelijke overeenkomsten, naast de privaatrechtelijke normen van het BW, die volledig van toepassing zijn, publiekrechtelijke waarborgen te scheppen. Ik denk dat daaraan in de preadviezen te weinig aandacht is besteed.

Er zal wel geen tijd meer zijn om nog iets te zeggen over de civielrechtelijke bestuurscompensatie in relatie tot de bestuursrechtelijke.

Voorzitter: Ik zou dat voor het volgend jaar bewaren!

De Haan: Dat wil ik graag doen. Ik was eigenlijk al van plan het meest gevoelige onderwerp te laten liggen!

mr. R. S. Meijer

Ondanks alle lof die ik voor de preadviezen heb – ik verwijs daarvoor ook naar vorige sprekers – wil ik hier enige kritiekpunten in het midden brengen.

Het preadvies van Lubach begint met een vrij lange inleiding over de verhouding van publiek- en privaatrecht. Ik heb deze inleiding met belangstelling gelezen, waarbij ik er kennis van heb genomen dat Lubach enige malen kenbaar maakt de verhouding publiek-/privaatrecht te willen dedogmatiseren, terwijl hij voorts betoogt dat je de scheiding tussen beide rechtsgebieden niet te scherp moet maken. Welke functie voor het betoog nu echter de onderscheiding publiek-/privaatrecht heeft – ik wijs erop dat deze onderscheiding toch ook in de titel van de preadviezen tot uiting komt –, is mij niet echt duidelijk geworden. Dat ligt er, denk ik, voor een groot deel aan dat we de inhoud van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht', waarvan Bloembergen heeft gezegd dat we maar moeten aannemen dat we weten wat ze inhouden, eigenlijk *niet* kennen. In ieder geval weet ik na lezing van het preadvies niet meer wat de inhoud van die begrippen is. Natuurlijk weet ik daar wel veel van, want ik loop óók al een tijdje mee, maar het gaat erom in welk verband je over de onderscheiding praat.

Als het om vakgroepindeling gaat kan de onderscheiding heel

belangrijk zijn, als het om de indeling van wetgevingsafdelingen gaat, bijvoorbeeld op het Departement van Justitie, is de onderscheiding evenzeer van belang, de onderscheiding kan ook in de theorie-ontwikkeling van belang zijn – in dat verband weten we wel ongeveer dat bepaalde gebieden echt niets met het privaatrecht en andere gebieden echt niets met het publiekrecht te maken hebben –, maar vandaag wordt als ik het goed heb begrepen een problematiek behandeld die betrekking heeft op het beslissen van problemen, van casusposities, maar dan échte! Daarin moet een beslissing worden genomen, als zich überhaupt het probleem kan voordoen dat privaat- en publiekrecht tegelijk van toepassing zijn. Hiermee heb ik dan het terrein van de relevante casusposities al meteen ingeperkt.

Ik geloof niet dat er een soort *keuze* uit de bus moet komen. Af en toe heb ik de indruk gekregen dat we met internationaal privaatrecht bezig waren. Naar analogie van het internationaal privaatrecht – maar nu verlaat ik misschien het veld van deze vereniging – zouden we wellicht een soort conflictregel moeten bedenken om uit te maken of we nu publiekrecht dan wel privaatrecht moeten toepassen. Vervolgens zouden we dan pas uitkomen bij de materiële rechtsregel, uit het vreemde recht dat in casu van toepassing is.

In werkelijkheid kunnen we zo natuurlijk niet te werk gaan. We hebben steeds te maken met Nederlands recht en op de casus moet het Nederlands recht worden toegepast. Ik versimpel de situatie nu enigszins, maar in ieder geval geldt dat het niet om een 'of, of'-keuze, maar om een vermenging gaat. Zodra de preadviseurs zich met praktische voorbeelden bezighouden gaat het wel goed, maar als zij met algemene omschrijvingen komen krijg ik tegenstellingen te zien, en daarvan betwijfel ik het goede nut.

Deze tegenstellingen kwamen ook in het antwoord van Lubach tot uiting. Hij heeft vanmorgen gezegd: enerzijds is het wel zo dat de toepassing van publiekrechtelijke regels op privaatrechtelijke verhoudingen in het NBW duidelijker geëxpliciteerd is, maar het omgekeerde hebben we niet gezien. Wat is nu echter 'het omgekeerde'? Dit zou dan de toepassing van privaatrechtelijke regels op publiekrechtelijke verhoudingen zijn. Ik begrijp het onderscheid niet. 'Publiekrechtelijke verhoudingen' zijn in het kader van het preadvies, gezien de ruime inhoud die Lubach aan dit begrip geeft, verhoudingen waarin een overheid een rol speelt. Tegen die achtergrond zie ik de zin van de gepresenteerde tegenstelling niet meer.

Er is één passage in het preadvies van Lubach waaruit duidelijk blijkt wáár naar zijn mening het belang van het onderscheid publiek-/privaatrecht ligt. Hij noemt – op bladzijde 11 – een tweeledig belang:
- de bepaling van toepasselijk recht;
- de bevoegdheid van de rechter.

Bij snelle lezing zou je met deze passage kunnen instemmen, maar als je er

praktische casusposities bij haalt moet je, denk ik, tot de conclusie komen dat wat Lubach hier schrijft niet waar is. Het is niet zo dat de eerste kwalificatie 'privaatrechtelijk' of 'publiekrechtelijk' is en dat vervolgens, à la het internationaal privaatrecht, wordt bepaald welk recht moet worden toegepast. Laten we nu eens iets zuiver publiekrechtelijks nemen – dat dan ook nog 'overeenkomst' wordt genoemd! –: de gemeenschappelijke regeling. Er staan allerlei bepalingen in de Wet gemeenschappelijke regelingen, er staan allerlei bepalingen in de gemeenschappelijke regeling zelf, maar als er nu een conflict is tussen de deelnemers onderling of tussen een deelnemer en het orgaan, zou je je soms kunnen afvragen – ik weet een concrete casus die binnenkort gaat spelen – of je ten aanzien van de compleet publiekrechtelijke verhouding in casu, bij gebreke aan enig geschreven materieel recht toch niet enigszins acht zou moeten slaan op de titel 'Obligatoire wederkerige overeenkomsten'. In dit geval wordt niet vanuit de kwalificatie 'publiekrechtelijke sfeer' toepasselijk recht gevonden, maar is het toepasselijk recht: analogie, zwakker of sterker, van het Nederlands contractenrecht uit het privaatrecht.

Het tweede door Lubach genoemde element is de bevoegdheid van de rechter. Ik wijs erop dat deze bevoegdheid noch bij de Arob-rechter, noch bij de burgerlijke rechter wordt bepaald door eerst te constateren of een verhouding privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk is en door daaruit vervolgens af te leiden waar zij thuis hoort. De jurisprudentie over artikel 2 van de Wet Arob, hoe moeilijk te begrijpen ook, toont al aan dat je wel bijzonder ruime en rijk geschakeerde begrippen 'privaatrecht' en 'publiekrecht' moet hebben, wil je nog tot een inpassing kunnen komen. De beoordeling van de wijze van uitoefenen van politiedwang – niet iets typisch privaatrechtelijks! – geschiedt door de burgerlijke rechter.

De 'structuurfout' – want zo brutaal en on-Nederlands in de discussie wil ik nu worden – zit ook eigenlijk al in de vraagstelling. 'Beïnvloedt het NBW,' zo luidt mijn verkorte weergave van de eerste vraag, 'de dogmatisch-theoretische verhouding van publiek- en privaatrecht?'. Het antwoord moet luiden: nee, natuurlijk niet. Daaraan hoef je verder ook geen studie te wijden, want het NBW verandert theoretisch-dogmatische opvattingen niet. De wetgever kàn zulke opvattingen niet veranderen. Wij kunnen over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht allemaal vrij denken en de wetgever brengt daarin door regels voor privaatrechtelijke verhoudingen te geven géén verandering.

Op de tweede vraag ben ik al enigszins ingegaan. 'Verandert het NBW de toepasselijkheid van privaatrecht op publiekrechtelijke verhoudingen?' De term 'publiekrechtelijke verhoudingen' heeft hier dan de ruime betekenis van 'verhoudingen waarbij een overheid betrokken is'. Het antwoord op deze vraag luidt: ja, wis en waarachtig! Iedere nieuwe verandering in het NBW is per definitie van belang voor een publiekrechtelijke verhouding waarbij een overheid in het privaatrecht opkomt. Dit is ook niet zo'n interessante vraag. Veel interessanter is het, te constateren dat je nooit kunt zeggen dat het privaatrecht *niet* van toepassing kan zijn en

dat je omgekeerd niet kunt zeggen dat een regel altijd ook voor de overheid geldt. Overigens heeft De Haan dit zojuist mooier gezegd dan ik het al op papier had gezet!

Om een voorbeeld te noemen – en nu word ik even heel technisch! –: *schuldeisersverzuim* zou volgens noot 64 van Lubach bij de overheid niet kunnen plaatsvinden, maar op bladzijde 49 lees ik dat Lubach het schuldeisersverzuim – een heel vervelend en moeilijk begrip – prachtig toepast op de overheid, die op een gegeven ogenblik geen beschikking meer hoeft te geven of een beleidsovereenkomst niet meer hoeft na te komen, omdat de wederpartij – hij wordt in deze passage 'tegenpartij' genoemd – niet zelf de nodige informatie verschaft of andere handelingen verricht. Dit is een prachtig voorbeeld van schuldeisersverzuim zoals dat in de artikelen 6.1.7.1 en 6.1.7.2 is geregeld.

Ik kom nu op een punt dat ik voor de beoordeling van de verhouding tussen privaat- en publiekrecht veel belangrijker vind. Daarbij denk ik dan niet zozeer aan het NBW als wel aan het zich ontwikkelende burgerlijk recht, waarvan nu een momentopname – gelukkig met een grote rek naar de toekomst – in het NBW is neergelegd. Het punt dat mij voor ogen staat is de grote instrumentele betekenis van het moderne privaatrecht. Deze betekenis is tweeledig:

- het moderne privaatrecht kan eigen instrument van de overheid zijn;
- het moderne privaatrecht kan een middel van controle op de overheid zijn.

Hierin is mijn inziens voldoende stof voor nòg eens twee preadviezen te vinden. Een niveautje hoger/abstracter/algemener treffen we de volgende vraag aan: 'Welke betekenis krijgt door het NBW het privaatrecht als alternatief voor publiekrechtelijke oplossingsmodellen?'. Dit vind ik een heel mooie vraag voor wéér een jaar later! Mijn bedoeling is met deze vraag aan te geven – en dan kijk ik naar het perspectief van de wetgever – dat je het privaatrecht als regelingsinstrument kunt gebruiken. Ik heb in dit verband, omdat wat ik nu heb gezegd nogal abstract klinkt, een enigszins flauw voorbeeldje bedacht. We hebben niet zo lang geleden een verplichte autokeuring gekregen. We hebben gekozen voor publiekrechtelijke instrumenten. Er gaan heel veel ambtenaren aan het werk, er worden heel veel controles uitgeoefend en er worden straks weer heel veel boetes opgelegd. Het geheel vormt een heel mooi publiekrechtelijk systeem, maar je kunt je ook voorstellen dat zoiets privaatrechtelijk wordt geregeld, bijvoorbeeld met risico-aansprakelijkheden voor oudere auto's of met verzekeringscondities die op oudere auto's strenger van toepassing zijn; je kunt ook denken aan verplichte keuringen vóórdat men kan worden verzekerd. Dit zijn andere oplossingsmodellen, waarvoor we ook eens – in de verhouding tot het publiekrechtelijk instrumentarium – naar het zich ontwikkelende burgerlijk recht kunnen kijken.

Een volgend onderdeel van mijn betoog betreft de autonomie. Ik sluit mij kortheidshalve aan bij de kritiek die op dit punt vanochtend al is

geleverd en die door De Haan opnieuw is verwoord. Door de weerlegging die we vanochtend even hebben gehoord ben ik in het geheel niet overtuigd. De 'beginselverklaring' uit de preadviezen luidt: de autonomie als grondbeginsel van de verklaring van de gebondenheid aan overeenkomsten – het gaat dan dus over iets heel theoretisch – geldt niet voor de publiekrechtelijke overeenkomst. In dit verband stel ik de bladzijden 76 en 78 van het preadvies van Van Schendel tegenover elkaar. De omschrijving van de privaatrechtelijke rechtshandeling op bladzijde 76 begint heel terecht met de constatering dat de wil van het individu – de rechtspersonencomplicatie mag in dit verband geen rol spelen – niet voldoende is om een rechtshandeling tot stand te brengen: die wil moet zich binnen de marges van de rechtsorde bewegen, wil zij een door de rechtsorde gesanctioneerd effect krijgen. Hetzelfde geldt, zo zou ik zeggen, in het verband van hetgeen op bladzijde 78 wordt betoogd, maar daar heet het ineens dat de autonomie niet meer geldt, omdat er regels zijn die de wilsvorming en met name de inhoud van de wil beperken. De Haan heeft gezegd dat er kwantitatief veel bepalingen zijn die de overheid in haar wilsvorming binden, maar dat dit niet wegneemt dat er sprake is van een autonome wilsdaad. Ik zou nog een stapje verder willen gaan. Ik vind het typische van het administratieve recht nu juist dat zo ontzettend veel beschikkingen alleen maar naar de vorm, naar de procedure en wellicht naar het uiteindelijke rechtsgevolg, in de wet genormeerd zijn, maar dat allerlei andere elementen hun grond in de autonome wil van de overheid vinden. De overheid bepaalt autonoom óf zij een bepaald besluit zal nemen, tot wie dat gericht zal zijn en welke variaties binnen bijvoorbeeld vergunningsvoorschriften zullen worden gekozen. Daarvoor wordt de overheid dan ook door ons gekozen en aangesteld. Men kan aanvoeren dat de overheid bij dit alles aan algemene beginselen gebonden is, maar ook de privaatrechtelijke wil is gebonden: aan de openbare orde, aan de goede zeden en aan andere, geschreven, dwingende bepalingen.

Ik sluit af met een feitelijke poging tot weerlegging. Onlangs is voor de derde maal Bunde/Erkens voor de Hoge Raad gebracht. Ik doel hier op het zogenaamde Misverstand- of Belastingschade-arrest, waarin het ging om een wederzijds misverstand over de strekking van een overeenkomst. De overheid kocht in casu bepaald niet alleen maar potloden: zij wou via een minnelijke aankoop onteigening bereiken. Men is naar aanleiding van deze casus al drie keer door alle lagen van de rechtspraak heen gegaan om na te gaan wat de autonome wil van de overheid en haar wederpartij nu precies was.

mr. W. Snijders

Van de twee algemene vragen die aan het begin van het preadvies van Lubach te vinden zijn heb ik niet zo'n studie gemaakt als Meijer. Ik sluit mij graag aan bij de opvatting die hier al door velen in het midden is

gebracht dat het NBW voor de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht weinig nieuws brengt. Dat het NBW in dit verband weinig nieuws brengt, hoeft overigens geen verwondering te wekken, want we hebben er erg ons best voor gedaan dat dat zo zou zijn.

Dit streven is uitgemond in een grote rol van het ongeschreven recht in het grensgebied tussen publiekrecht en privaatrecht. Ik zie hier een verband met de ontwikkeling van ons recht zoals deze uiteindelijk op het laatst in het nieuwe artikel 107 van de Grondwet tot uiting is gekomen. We hebben een systeem van gescheiden codificatie van het bestuursrecht en van het burgerlijk recht, en in een dergelijk systeem moet je erg voorzichtig zijn met veel te willen vastleggen. Daar komt wat Nederland betreft nog bij dat juist in het grensgebied verschillende rechters opereren. Je kunt beter hebben dat die verschillende rechters proberen met enige zorgvuldigheid en ook met nuancering hun ongeschreven recht zó te formuleren en toe te passen, dat het een min of meer gecoördineerd systeem is, dan dat men met strakke geschreven regels komt, terwijl de verschillende rechters zich vervolgens aan de taak gaan zetten die op uiteenlopende wijzen uit te leggen.

Over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht wil ik nog één algemene opmerking maken. Men ziet in het preadvies herhaaldelijk uitgebreide citaten uit de parlementaire geschiedenis, om te beginnen en met de nodige nadruk ook uitingen uit de allereerste tijd. Het lijkt mij van belang erop te wijzen dat men die uitingen altijd moet uitleggen tegen de achtergrond van de stand van zaken in verband waarmee ze zijn gedaan, met name de stand van zaken op het gebied van de gedachten die over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht bestonden. Men moet er bepaald niet van uitgaan dat de stellige uiting die Meijer in het begin heeft gedaan, inhoudende dat het voornamelijk aankomt op de vraag met welke middelen de rechtstregels worden gehandhaafd, nu iets is dat in het NBW wordt vastgelegd. Dergelijke algemene gedachten – de heer Meijer heeft er al even op gezinspeeld – treft men in iedere parlementaire geschiedenis in de verschillende stadia wel aan. Men ziet ook verschuivingen optreden. Langzamerhand worden andere formuleringen gekozen en gaan de uitingen er anders uitzien. Naar ik meen zijn ook de allerlaatste gedachten zoals die hier in deze vergadering worden geuit – en die misschien ook nog wel hun neerslag in een of ander stuk parlementaire geschiedenis vinden – te beschouwen als uitingen waarmee men voorzichtig moet zijn. Een wetgever regelt rechtsgevolgen; algemene gedachten zoals die hier naar voren worden gebracht moeten de ruimte hebben om zich verder te ontwikkelen teneinde langs die weg tot een eventuele verdere aanpassing van het positieve recht te kunnen leiden.

Ik kom nu tot een onderwerp waarover ik wat meer zou willen zeggen en waarover naar mij is gebleken – ik ben er zelf niet bij geweest – ook vanmorgen al is gesproken: de *schakelbepalingen* die aan de titels 3.2, 3.3 en 3.11 gekoppeld zijn en die erop neerkomen dat deze titels in beginsel – er staat 'overeenkomstig' – ook buiten het vermogensrecht van toepassing

zijn, tenzij de aard van de rechtsverhouding zich daartegen verzet. In de preadviezen heb ik gelezen dat men van oordeel is dat deze schakelbepalingen alleen betekenis hebben voor het privaatrecht. Dat is in zoverre juist, dat deze bepalingen in de eerste plaats zijn geformuleerd met het oog op het privaatrecht. Men vindt dan ook in de toelichtingen op de vaststellingswetten niet het bestuursrecht vermeld; het bestuursrecht vindt wèl vermelding in het stadium van de invoeringswet.

Hierover wil ik wat meer zeggen omdat inmiddels in de literatuur een vrij duidelijke stroming is ontstaan die de schakelbepalingen wel degelijk ook op het gebied van het bestuursrecht toepasbaar acht. Dit wordt onder andere betoogd in een conclusie van Mok voor een recent arrest, NJ 1984, 230, in een boekje over de fiscale overeenkomst van Wessel, in een uiting in het *Staatkundig jaarboek* van J. de Boer en, last but not least, in de dissertatie van Van Schendel, op bladzijde 219. Ik moet toegeven dat het er niet zo duidelijk staat, dat ik helemaal zou willen uitsluiten dat hij mij op dit punt straks zal tegenspreken, maar ik meen het toch in de bedoelde passage te kunnen lezen.

Naar mijn mening is de toepasbaarheid van de schakelbepalingen op het bestuursrecht een zinnige gedachte. Ik weet niet of Van Schendel er een kwaad in ziet. Als dat het geval is moet ik hem erop wijzen dat het kwaad al is geschied, en wel in het achtste deel van de invoeringswet, naar aanleiding van het volgende. We stonden voor de vraag of naast de algemene verkorting van de verjaringstermijnen in titel 3.11 kon worden overgegaan tot afschaffing van het bekende wetje van 31 oktober 1924 inzake de verjaring van geldschulden ten laste van de overheid. Wij hebben gemeend dat dat wetje inderdaad zou kunnen worden afgeschaft, na uitvoerig overleg met de andere departementen, waarbij natuurlijk aandacht moest worden gewijd aan het feit dat het wetje mede geldt voor publiekrechtelijke geldschulden. De vraag was of een lacune zou ontstaan en of er iets aan de publiekrechtelijke geldschulden moest worden gedaan. Op die vraag is toen het antwoord gegeven – men kan het vinden in de memorie van toelichting op het achtste deel van de invoeringswet – dat de schakelbepaling van titel 3.11 ertoe leidt dat ook op publiekrechtelijke geldvorderingen de regels van titel 3.11 betreffende de extinctieve verjaring van toepassing zijn, tenzij het publiekrechtelijke karakter van een geldvordering zich daartegen zou verzetten.

Er is bij deze gelegenheid ook een karakteristieke uitzondering gemaakt, ingegeven door een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep op het gebied van het ambtenarenrecht. Het is een heel categorische uitspraak uit 1981, waarin te lezen staat: '. . . dat de vraag, welke rechten en verplichtingen tussen een ambtenaar en een administratief orgaan bestaan, niet beantwoord kan worden door rechtstreekse analogische toepassing van een regel of bepaling van burgerlijk recht of handelsrecht. . .'. Op de ambtenarenverhouding is het wetje van 1924 van toepassing en wij hebben het niet aangedurfd tegen deze stellige uitspraak uit 1981 een jaar later op een schakelbepaling te vertrouwen, in de hoop

dat titel 3.11 dan tòch in het ambtenarenrecht zou doorwerken. Het resultaat van ons standpunt is geweest dat in het betrokken deel van de invoeringswet een bepaling is opgenomen, inhoudende dat in de Ambtenarenwet wordt bepaald dat de vorderingen tussen ambtenaar en overheid – uiteraard over en weer – verjaren in een tijd van vijf jaar, met daarbij een verwijzing naar een aantal artikelen uit titel 3.11.

Wat betekent deze gang van zaken nu voor de titels 3.2 en 3.3? Ik meen dat men er te dien aanzien inderdaad van mag uitgaan dat de daarin voorkomende schakelbepalingen ook voor het bestuursrecht van belang zijn. Hieraan knoop ik de opmerking vast dat naarmate men zich verder verwijdert van het privaatrechtelijke vermogensrecht, de werking van dergelijke bepalingen zwakker zal worden. Verder moet men natuurlijk bedenken dat het slechts om een drietal titels gaat, terwijl bovendien slechts sprake is van 'overeenkomstige toepassing' met de escape 'voor zover de aard van de rechtsverhouding zich er niet tegen verzet'. Men moet het opnemen van de schakelbepalingen dus niet zien, zoals een van de schrijvers over dit onderwerp heeft gedaan, als een soort van overval om alsnog het primaat van het privaatrecht in ere te herstellen: de schakelbepalingen passen als je ze goed uitlegt geheel in de 'gemengde leer'.

Daarnaast hebben de schakelbepalingen het voordeel – evenals Meijer moet ik een uitstapje maken naar het internationaal privaatrecht – dat je gebruik kunt maken van een figuur die in het internationaal privaatrecht de 'anti-kiesregel' heet. We hebben ook vandaag weer veel gehoord over de moeilijkheden die rijzen wanneer men tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verhoudingen wil onderscheiden. Met name in verband met de titels 3.2 en 3.3 moet men denken aan de publiekrechtelijke overeenkomst, waarvan De Haan naar ik heb begrepen – anders dan met mij het geval is – precies weet wat het is. Ik denk dat de meeste juristen er grote problemen mee hebben uit te maken wat nu precies een publiekrechtelijke overeenkomst is. Een van de voordelen van de schakelbepalingen is nu juist dat men buiten deze problematiek kan blijven door eenvoudigweg rechtstreeks na te gaan of de publiekrechtelijke aspecten van de overeenkomst-in-casu eraan in de weg staan een bepaalde regel toe te passen. Hier hebben de schakelbepalingen een heel direct en praktisch nut.

De Haan heeft over de wilsgebreken gesproken. Juist bij de overeenkomsten waarbij het privaatrecht zich in de eerste plaats aandient, namelijk de overeenkomsten tussen overheid en burger, zou het heel vervelend zijn een figuur als *misbruik van omstandigheden* te moeten missen. Dat is nu juist een figuur die in titel 3.2 wordt geregeld.

We hoeven trouwens niet alleen aan overeenkomsten te denken. Zojuist heb ik al even over een conclusie van Mok gesproken (NJ 1984, 230). Daarin ging het om een ander geval, namelijk een optie van nationaliteit op basis van het toescheidingsverdrag tussen Suriname en Nederland. Als men even zijn fantasie gebruikt zal men kunnen begrijpen

dat het zou kunnen voorkomen dat bij het opteren voor de Surinaamse nationaliteit in Suriname situaties ontstaan die het wenselijk maken het wilsgebrek van bedreiging van toepassing te doen zijn. Nu beweer ik niet dat Mok er gelijk in heeft dat de wilsgebreken zonder meer op een dergelijke optie zouden moeten worden toegepast, maar ik beweer wèl dat de vraag die moet worden beantwoord – het is heel zinnig die formulering te gebruiken – als volgt luidt: aangenomen dat deze privaatrechtelijke figuur zich hier voor toepassing aandient, moeten we dan zeggen dat het publiekrechtelijke karakter van de optie zich tegen de toepassing van de privaatrechtelijke bepalingen inzake wilsgebreken verzet? Deze vraagstelling is geheel in overeenstemming met de formulering die in de schakelbepalingen wordt gebruikt.

Tot slot nog het volgende. Men zou kunnen zeggen dat de schakelbepalingen in wezen overbodig zijn, omdat de rechter altijd vrij is om voor een analogische toepassing te kiezen. Hierop antwoord ik dat dit in beginsel juist is, zeker wanneer men gaat praten over onderwerpen die hier naar ik heb begrepen vanmorgen veelvuldig aan de orde zijn geweest, als *wil, vertrouwen* en *autonomie*. Als het om dergelijke onderwerpen gaat heb je te maken met algemene regels waar je ook zonder geschreven recht uit kunt komen en waarmee de rechter gewend is te werken. We kunnen zeggen dat de rechtsgebieden elkaar in dier voege overlappen, dat aan beide zijden van de grens ongeveer op dezelfde wijze met de hier bedoelde rechtsregels wordt gewerkt. Er is op dit punt wel discussie, maar die gaat in wezen over de vraag in hoeverre nu precies de publiekrechtelijke aspecten in concreto verschil moeten maken.

Hetzelfde geldt naar mijn mening echter niet voor onderwerpen als *wilsgebreken* en *extinctieve verjaring*. Ik denk dat verreweg de meeste juristen er weinig voor zullen voelen zich in verband met deze onderwerpen te baseren op een volkomen vrije analogische toepassing; men zal er vermoedelijk behoefte aan hebben een wettelijke basis te zoeken. Daarvoor kunnen nu juist de schakelbepalingen dienen.

mr. P. Nicolaï

Ik wil mijn interventie kort en vervelend houden. Kort zal ik zijn, omdat ik slechts over één klein onderwerp uit het preadvies van Lubach wil spreken. Dit onderwerp wordt behandeld op bladzijde 51 en het betreft niet de overeenkomst, maar de onrechtmatige daad, waarbij het mij dan in het bijzonder om de vraag gaat, wat het NBW voor nieuws zal brengen. Vervelend zal ik zijn omdat ik vanmiddag al uit de woorden van De Haan heb afgeleid dat er tussen Bloembergen en Lubach een bepaald soort affiniteit aan het ontstaan is. De affiniteit waarover ik het zou willen hebben is een affiniteit waarin De Haan en zeker ook Scheltema delen.

Hiermee doel ik op de affiniteit ten aanzien van de vraag, in hoeverre nu

de civiele rechter rechtstreeks aan de beginselen van behoorlijk bestuur dient te toetsen. Daaromtrent is de preadviseur Lubach vandaag met een 'blijde boodschap' gekomen: volgens de tekst op bladzijde 51 zou het NBW in dit opzicht iets nieuws brengen. Uit het bepaalde in artikel 3.1.1.15, en met name ook uit de toelichting daarop, valt, aldus Lubach, af te leiden dat nu eindelijk duidelijk is dat de civiele rechter in het kader van een onrechtmatige-daadsvraag rechtstreeks aan de beginselen van behoorlijk bestuur zou mogen toetsen. Anders gezegd – zo leg ik het althans uit en zo wordt het ook door de 'geaffinieerden' verstaan –: de enkele strijd met een beginsel van behoorlijk bestuur zou reeds een onrechtmatige daad opleveren.

Artikel 3.1.1.15 houdt in dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Nu wordt uit de wetsgeschiedenis duidelijk dat deze bepaling voortkomt uit de jurisprudentie die betrekking heeft op de verhouding tussen privaatrechtelijke overeenkomsten terzake van gronden met een publieke bestemming. In de toelichting wordt verwezen naar de Schielandse Dijk-zaak en naar de Gorsselse Bomen. In dàt opzicht, en niet in een verdergaand opzicht, moet mijns inziens de bepaling ook inderdaad worden gelezen.

Gaat men nu deze bepaling ruimer interpreteren – zoals Lubach doet en zoals ook Scheltema onlangs nog in een noot heeft gedaan – en gaat men erin lezen dat een bevoegdheid niet in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur mag worden uitgeoefend, dan gaat men wel heel ver. Men gaat dan namelijk de eenheid van privaatrecht en bestuursrecht, waar ook Bloembergen voor staat, reeds voltrekken. Een dergelijke ruime interpretatie impliceert dat ook iedere privaatrechtelijke persoon de beginselen van behoorlijk bestuur in acht zou moeten nemen. Er staat namelijk in artikel 3.1.1.15 dat een bevoegdheid die iemand – er staat niet 'de overheid' – krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met ongeschreven regels van publiekrecht. De bovenaangeduide ruime interpretatie zou dus meebrengen dat ook een privaatrechtelijk eigenaar, niet zijnde de overheid, wellicht het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel enz. in acht zou moeten nemen. Dat is natuurlijk onzin en het is ook helemaal niet bedoeld. Ik wijs erop dat op deze manier ook het gehele vraagstuk van de horizontale werking van de grondrechten onmiddellijk zou zijn opgelost!

Lubach en Scheltema hebben er gelijk in dat in de toelichting bij de invoeringswet die op deze bepaling betrekking heeft wordt verwezen naar het Ockenburg-arrest van de Hoge Raad, onder vermelding dat ten aanzien van dergelijke arresten artikel 3.1.1.15 als 'kapstok' zou kunnen worden gebruikt. In het geval van het Ockenburg-arrest ging het om een weigering tot uitgifte van grond; de Hoge Raad achtte die weigering een onrechtmatige daad en toetste daarbij aan het gelijkheidsbeginsel.

Mijn inziens is het van degene die de toelichting heeft opgesteld een vergissing geweest het Ockenburg-arrest bij deze bepaling te betrekken.

Wat je kunt zeggen is dat uit het arrest blijkt dat ook bij gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid wanneer het een overheidsorgaan betreft dat een publieke taak verricht de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen. Ik ben van mening dat we daarvoor artikel 3.1.1.15 helemaal niet nodig hebben: het preadvies en de dissertatie van Lubach zijn mij in dit verband voldoende. Ook ik vind dat de overheid in de geschetste situatie de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen. Artikel 3.1.1.15 heeft daarop echter in het geheel geen betrekking.

Mijns inziens is het Ockenburg-arrest in werkelijkheid een toepassing van een bepaling die in artikel 3.1.1.14 te vinden is. Ik ben het met Lubach eens dat het NBW voor het aan het begin van deze interventie geformuleerde probleem eindelijk eens een oplossing brengt, maar mijns inziens is de oplossing dat nu eindelijk wordt begrepen *waarom* de Hoge Raad niet rechtstreeks aan de beginselen van behoorlijk bestuur toetst en waarom het ook zijn taak niet is. In artikel 3.1.1.14 is een bepaling over rechtsmisbruik – misbruik van bevoegdheid – te vinden. Een bevoegdheid, aldus het artikel, kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden (. . .) 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.* Het is deze bepaling die in het arrest Ockenburg is toegepast. We zien dan ook dat de Hoge Raad het uitoefenen van de privaatrechtelijke bevoegdheid niet rechtstreeks toetst aan het gelijkheidsbeginsel, maar te kennen geeft dat het gelijkheidsbeginsel een van de factoren is die in de beschouwing moeten worden betrokken bij het beantwoorden van de vraag of men in redelijkheid tot weigering van gronduitgifte heeft kunnen komen.

Wat de Hoge Raad in het Ockenburg-arrest naar mijn mening terecht doet, is het toepassen van de algemeen-rechtelijke norm van rechtsmisbruik. Dit brengt mij terug bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens De Haan dient de overheid er, wil zij geen onrechtmatige daad plegen, onder meer voor te zorgen dat zij de zorgvuldigheid in acht neemt, waaronder dan ook het in acht nemen van de beginselen van behoorlijk bestuur valt. Ik ben dat met De Haan eens. Dit is ook een factor die bij de beoordeling van *feitelijk* handelen een rol kan spelen, maar waar draait het nu meestal om? In de meeste gevallen om het feit dat een overheidsorgaan civielrechtelijk wordt aangesproken en zich kan beroepen op een expliciet verleende wettelijke bevoegdheid. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn dan nodig als criteria aan de hand waarvan kan worden nagegaan of de behoorlijkheid bij de uitoefening van de bevoegdheid in acht is genomen, maar – zie artikel 3.1.1.14 – een onrechtmatige daad zal pas kunnen worden geconstateerd *wanneer de bevoegdheid is misbruikt.*

Ik ben het er dus mee eens dat het NBW in de bovenomschreven problematiek eindelijk een oplossing brengt, maar in mijn ogen is die

oplossing dat we nu kunnen begrijpen waarom de Hoge Raad nog steeds vasthoudt – ik blijf erbij dat hij dat doet – aan het uitgangspunt dat de enkele schending van een beginsel van behoorlijk bestuur nog niet een onrechtmatige daad kan opleveren.

drs. C. J. A. Crasborn

Ik wil teruggaan naar het abstracte vraagstuk van de verhouding van burgerlijk recht en bestuursrecht. Vanochtend was ik verhinderd aanwezig te zijn en ik kan mij goed voorstellen dat mij op dit punt al heel wat gras voor de voeten is weggemaaid, maar ik wil toch een poging wagen nader op dit vraagstuk in te gaan. Tegenover de gedachtengang van Lubach wil ik daarbij een nogal afwijkende interpretatie van het geldende recht stellen. Als ik het goed heb begrepen sluit Van Schendel, die op dit punt naar het preadvies van Lubach verwijst, zich bij de gedachtengang van Lubach aan.

Waar gaat het om? Ik neem als uitgangspunt dat volgens Lubach – zie bladzijde 11 van diens preadvies – het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht van belang is voor de bepaling van het op bepaalde rechtsverhoudingen toepasselijke recht. Op bladzijde 13 is sprake van 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'. Het gaat dus kennelijk om materieel recht, recht dat geldt voor de justitiabelen, de burgers. Te dien aanzien is blijkbaar het uitgangspunt dat er twee groepen van regels zijn, waarbij òf regels uit de ene groep òf regels uit de andere groep op een bepaalde verhouding van toepassing zijn.

Ik betwijfel nu of iets dergelijks in Nederland aan de orde is. Het is in ieder geval wèl aan de orde in een land dat zoals Frankrijk een *régime administratif* kent: een systeem waarbij een hele reeks van verhoudingen tussen burgers en overheid door wetsbepaling aan de rechtsmacht van de burgerlijke rechter is onttrokken. Vervolgens is voor het oordelen over die verhoudingen langzamerhand een aparte rechter tot ontwikkeling gekomen. Die rechter doet inderdaad hetzelfde wat anders de burgerlijke rechter zou hebben gedaan: hij geeft een oordeel over rechtsbetrekkingen, in dit geval tussen burger en overheid.

We moeten dus de vraag stellen of wij in Nederland zo'n *régime administratif* hebben. Het is duidelijk dat, als je een dergelijk systeem hebt, moet worden uitgemaakt of een bepaalde betrekking in het ene dan wel in het andere regime valt. Nu kunnen we in ieder geval vaststellen dat Nederland wel partieel hier en daar een *régime administratif* heeft. Het ambtenarenrecht is daar een voorbeeld van. Zojuist is een uitspraak aangehaald van de Centrale Raad van Beroep, die daarin nog eens heel venijnig naar voren brengt welke aparte plaats het ambtenarenrecht inneemt. Het ambtenarenrecht vormt een volledig afgesloten stelsel. De

werkgever/werknemerverhouding die ambtenaarsverhouding wordt genoemd, is in haar geheel genomen onttrokken aan wat anders aan de burgerlijke rechter zou zijn toebedeeld, en gaat naar de ambtenarenrechter. Dit is dus wat je zou kunnen noemen een Franse enclave in ons Nederlandse rechtsstelsel.

Je zou misschien met enige moeite nog een tweede voorbeeld kunnen noemen, namelijk datgene wat onder de rechtsmacht van het College van Beroep voor het bedrijfsleven valt. Weliswaar worden rechtshandelingen naar burgerlijk recht aan die rechtsmacht onttrokken, maar die onttrekking geldt niet voor andere burgerrechtelijke verhoudingen, bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad. Je ziet dus ook hier dat conflicten over betrekkingen die als de Wet Arbo er niet was geweest onder de burgerlijke rechter zouden vallen, nu naar een aparte rechter toe gaan.

Afgezien van deze enclaves, waarvan het ambtenarenrecht verreweg het duidelijkste voorbeeld biedt, behoort het werken met een *régime administratif* niet tot het Nederlandse systeem. In die zin moet je eigenlijk zeggen dat wij zonder meer een gemeenrechtelijk systeem hebben. Dat is door latere ontwikkelingen ook niet anders geworden. Ik ontken met name dat wij in de richting zouden zijn gegaan van wat Lubach de 'gemengde rechtsleer' noemt.

Ik zal proberen mijn standpunt toe te lichten. Met wat ik zojuist zei heb ik natuurlijk een ingrijpende stelling geponeerd, waarmee ik bovendien het gevoel heb nogal tegen de stroom op te roeien. Nu is het allerminst zo dat uit mijn standpunt zou voortvloeien dat 'de rechtsbeginselen die wegens hun algemeen karakter zowel in privaat- als publiekrecht gelding hebben' niet alleen congruent zouden zijn, maar zelfs geheel zouden samenvallen. Integendeel: ik zou juist willen beklemtonen dat de beginselen van de 'maatschappelijke zorgvuldigheid' enerzijds en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur anderzijds – die natuurlijk als algemene normen tenslotte hun grondslag hebben in wat in een bepaalde samenleving als redelijk wordt ervaren, zodat ze in die zin een gemeenschappelijke wortel hebben – als *technisch-juridische* beginselen geheel buiten elkaar liggen. Dat blijkt uit de wijze waarop *beschikkingen* worden beoordeeld.

Uiteraard kunnen beschikkingen niet op één lijn worden gesteld met vele andere handelingen van administratieve instanties. Een beschikking stelt eenzijdig iets bindend vast. Daarbij is het vanuit het gezichtspunt van het rechtsstelsel minder interessant dat zij dat voor een min of meer geïndividualiseerde situatie doet dan dat zij dat eenzijdig bindend doet. In dat laatste opzicht moet de beschikking dan ook gerekend worden tot de categorie van *rechtsbesluiten,* waarmee ik bedoel: besluiten die objectief recht vaststellen, zoals wetten, reglementen, rechterlijke uitspraken en plannen, althans sommige plannen zoals het bestemmingsplan. De beschikking hoort dus, in dit opzicht, niet thuis in de categorie van handelingen zoals de overeenkomst, een besluit waarbij een eigenaar kenbaar maakt op welke voorwaarden derden op zijn terrein mogen komen, of de betaling van een schuld, kortom: de privaatrechtelijke handelingen.

Alle genoemde figuren – enerzijds wetten, beschikkingen en dergelijke en anderzijds de privaatrechtelijke rechtshandelingen – voldoen aan de definitie van *rechtshandeling*; dat is zonder twijfel waar. Onder 'rechtshandeling' versta ik dan een handeling waaraan een rechtsregel een rechtsgevolg verbindt, waarbij het rechtsgevolg door degene die handelt beoogd is. Ook wetten zijn in die zin rechtshandelingen. Men denke aan het rechtsgevolg van artikel 120 Grondwet (de onschendbaarheid van de wet). Een dergelijk begrip 'rechtshandeling' omvat dus zeer ongelijksoortige figuren, waarbinnen nu juist, in verband met de vraag waar het hier om gaat, nader moet worden onderscheiden.

Welnu, wetten, vonnissen en beschikkingen scheppen objectief recht. Ze doen dat voor situaties in abstracto, of voor heel concrete situaties, maar ze scheppen in ieder geval objectief recht. Privaatrechtelijke rechtshandelingen daarentegen scheppen geen objectief recht, hoewel er door het recht wèl rechtsgevolgen aan worden verbonden. Besluiten die objectief recht scheppen kunnen dan ook niet door een particulier op grond van private bevoegdheden worden genomen, maar alleen door instanties die daartoe door het recht met openbaar gezag zijn bekleed.

Aan het nemen van een dergelijk besluit behoren uiteraard hoge eisen te worden gesteld op het gebied van onpartijdigheid en van een afweging van alle betrokken belangen. De inhoud van zo'n besluit wordt immers deel van het objectieve recht, waaraan alle rechtsgenoten zich moeten (kunnen) refereren.

Voor rechterlijke beslissingen zijn deze eisen vanouds onderkend, met name in het beginsel van het 'audi et alteram partem' en in het beginsel van de onbevooroordeeldheid. Voor bindende besluiten van bestuursorganen zijn de eisen nu juist uitgewerkt in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Wat ik nu geschetst heb is in feite in elk rechtsstelsel een onontkoombaar gegeven. Terzijde wijs ik erop dat daarvoor het beschikkingsbegrip onnodig is. Sterker nog: door het feit dat de wet in materiële zin bij ons a priori buiten de grondbegrippen van het administratief recht is gesloten, wordt de principiële overeenkomst tussen regelingen en beschikkingen, namelijk dat ze bindende besluiten zijn, aan het oog onttrokken. Het beschikkingsbegrip is een Duitse erfenis. In de tijd van Otto Mayer, in 1895, was het begrip 'Verwaltungsakt' in Duitsland kennelijk al in gebruik. Het curieuze is dat sinds 1960 de Verwaltungsakt eigenlijk juist in Duitsland geen pijler meer is, omdat sindsdien voor de rechtsmacht van de administratieve rechter het publiekrechtelijke karakter van de verhouding-in-casu het criterium is. Daarmee is ook in Duitsland, voor zover ik kan overzien als enige land na Frankrijk, ook een apart *régime administratif* ontstaan.

Zoals ik al zei is het onontkoombaar dat zich in een rechtsstelsel bindende besluiten voordoen die apart moeten worden bekeken. In een land dat een *régime administratif* heeft kunnen die bindende besluiten in het régime administratif 'verdrinken'. Aangezien bindende besluiten een

onderdeel vormen van handelingen en besluiten van onder andere de administratie, waaronder ook àndere handelingen en besluiten dan bindende besluiten, is het bij een régime administratif niet noodzakelijk – hoewel het, zoals in Frankrijk, soms tòch gebeurt – het begrip *bindende besluiten* eruit te lichten. De bindende besluiten zijn immers, nogmaals gezegd, toch al ondergebracht in het régime administratif en ze zijn in ieder geval onttrokken aan het commune recht.

In een land echter dat geen régime administratif kent zal toch op de figuur van het bindende besluit moeten worden teruggevallen. Daarvoor kan een zekere tijd nodig zijn. Onze burgerlijke rechter heeft aanvankelijk geschroomd om met gezag beklede beslissingen van de administratie op hun geldigheid te beoordelen, terwijl anderzijds de verbindendheid van strafbepalingen al lang door de strafrechter werd onderzocht en terwijl trouwens de verbindendheid van àndere regelingen ook bij de burgerlijke rechter voorwerp van onderzoek was. Met het onderzoeken van de verbindendheid van beschikkingen heeft de burgerlijke rechter een tijd lang moeite gehad. Toch kun je zeggen dat ongeveer sinds de Tweede Wereldoorlog vast staat dat de burgerlijke rechter ook de verbindendheid van beschikkingen onderzoekt. Het is ook juist de burgerlijke rechter die sindsdien een groot aandeel heeft gehad in de ontwikkeling van toetsingsgronden zoals die nu onder andere in artikel 8 Wet Arob zijn gecodificeerd.

In dit stelsel, het Nederlandse stelsel, is het dus een en dezelfde rechter – ik zie nog even af van de Arob-rechtspraak – die enerzijds handelingen van particulieren, inclusief handelingen van rechtspersonen en dus ook inclusief handelingen van openbare lichamen, toetst aan het voor ieder geldende recht, oftewel het *gemene recht,* en die anderzijds bindende beslissingen onderzoekt op hun geldigheid, waarbij hij uiteraard andere maatstaven aanlegt dan voor handelingen van personen die op gelijke voet aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.

De Wet Arob heeft daarin principieel niets veranderd. Er is nu een aparte rechtsgang, en wel voor een aparte rechter, om de geldigheid van bepaalde bindende besluiten, namelijk beschikkingen, te onderzoeken. In Engeland – om een ander voorbeeld te noemen – bestaat van oudsher eveneens zo'n aparte rechtsgang, maar dan voor de gewone rechter. De High Court beoordeelt in een speciale *judicial review*-procedure of besluiten van overheidsorganen *ultra vires* zijn. Dat is een toetsing die in haar uitkomst veel lijkt op de toetsing van de bekende vier toetsingsgronden. Engeland biedt dus naast het door Lubach genoemde Denemarken een tweede voorbeeld van een gewone rechter die beide toetsingen voltrekt.

Al met al ben ik in tegenstelling tot Lubach van mening dat wij nog steeds een gemene rechtsleer hebben. Dat zou anders kùnnen worden – en mogelijk is het op het ogenblik inderdaad anders aan het worden; dat is nu juist het punt dat ik aan de orde wil stellen – als de Afdeling rechtspraak het beschikkingsbegrip gaat uitrekken, bijvoorbeeld door elk besluit dat in

het kader van de uitoefening van een publieke taak wordt genomen als een beschikking aan te merken, en niet meer alleen bindende beslissingen, waarvoor openbaar gezag essentieel nodig is. Als de Afdeling rechtspraak dit zou doen, zou het een geruisloze overgang betekenen naar een stelsel met een *régime administratif* zoals Frankrijk en nu ook Duitsland.

De Wet Arob is niet op zo'n wijd beschikkingsbegrip gebouwd. Met de Wet Arob wilde de wetgever een rechtsgang bieden die op de Engelse *judicial review* lijkt, evenals op de Franse *recours pour excès de pouvoir,* waarbij het nu juist opvallend is dat laatstgenoemde rechtsgang in Frankrijk nodig werd geacht, terwijl zoiets eigenlijk in een régime administratif niet past. De normale rechtsgang is dan ook wat in Frankrijk heet de *contentieux de pleine jurisdiction,* waarbij de administratieve rechter hetzelfde doet wat anders in een land met de gemene rechtsleer door de burgerlijke rechter wordt gedaan, inclusief uiteraard wat bij ons *voor* de Wet Arob de burgerlijke rechter altijd deed en nu nòg doet als de Wet Arob als het ware een beschikking door haar net laat slippen, namelijk: volgens andere criteria de *bindende beslissingen* toetsen.

Ik heb, kort samengevat, bezwaar tegen een dergelijke geruisloze overgang, juist omdat die geruisloos is. Ik zou het op prijs stellen als uitdrukkelijk van gedachten zou kunnen worden gewisseld over de vraag of wij zo'n *régime administratif* nu wenselijk achten. Naar ik zojuist heb begrepen staat zo'n gedachtenwisseling al op het programma. Zelf ben ik tegen de invoering van een régime administratif in Nederland. Naar mijn mening heeft het Nederlandse stelsel, waarmee ons land zich wat de mij qua stelsel bekende landen betreft in hetzelfde kamp bevindt als België en Engeland, voordelen boven het Franse régime administratif.

mr. G. H. L. Weesink

Door onvoorziene omstandigheden en bij afweging van alle belangen zag ik mij hedenmorgen genoodzaakt af te wijken van een richtlijn die ik mij had voorgenomen en met betrekking waartoe ik ook een toezegging had gedaan: hier vanmorgen om half elf te verschijnen. Het is dan ook op gevaar af dat ik een punt aan de orde stel dat al aan de orde is geweest dat ik een kanttekening wil maken bij het preadvies van de heer Lubach.

Lubach stelt zich als ik hem goed begrijp op het standpunt dat door de codificatie in het NBW van de modificaties op het onvervalste privaatrecht die de burgerlijke rechter waar het publiekrechtelijke trekken betreft in zijn jurisprudentie heeft aangebracht, alsmede door de invoering in het NBW van normen als het *algemeen belang,* nu door het NBW voldoende ruimte wordt geschapen om recht te doen aan 'de overheid in het privaatrecht' en om met name beleidsovereenkomsten aan normering te onderwerpen.

Er komt, zo zegt Lubach, voldoende ruimte; het is maar even de vraag, voor wie. Dit lijkt een simpele vraag, maar bij de beantwoording van deze

vraag blijken drie categorieën van personen of organen te kunnen worden genoemd die meer ruimte zouden kunnen krijgen:
- de rechter (meer ruimte om recht toe te passen);
- het bestuur;
- de bestuurden.

We spreken over rechtsverhoudingen met publiekrechtelijke trekken en een van de kenmerken daarvan is dat we erbij te maken hebben met hetzij het algemeen belang, hetzij rechten van derden-belanghebbenden, betrokken bij het algemeen belang. Om nader op laatstgenoemde categorie in te gaan: ik zie niet helemaal in hoe in het NBW meer ruimte wordt geschapen om aan de rechten van derden, voor zover ze bij de overheid in privaatrechtelijke gedaante betrokken zijn, meer recht te doen. Het ligt immers voor de hand te veronderstellen dat ze gebruik zullen moeten maken van privaatrechtelijke acties en we moeten vaststellen dat de bedoelde mogelijkheden althans tot nu toe door de rechter niet erg zijn onderkend.

De tweede categorie is het bestuur. Er zou meer ruimte zijn voor het bestuur om in privaatrechtelijke gedaante recht aan de publiekrechtelijke trekken te doen. Op te merken valt dat de hele tendens om modificaties op het onvervalste privaatrecht aan te brengen afkomstig is, althans in den beginne, van civilisten. Civilisten hebben altijd aangedrongen op toetsing, met name als het gaat om een instituut als contractsweigering, aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, om daarmee in feite te bewerkstelligen dat het bestuur minder ruimte kreeg om in zijn privaatrechtelijke gedaante rechten en verplichtingen voor bestuurders te scheppen.

Het is Drooglever Fortuyn geweest die, als ik mij niet sterk vergis in een recensie van het boek van Bloembergen *Contracten met de overheid,* heeft betoogd dat de bovenomschreven toetsing maar een aspect van de zaak is. Het is zeker zo dat het recht een waarborgfunctie heeft en voor zover de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die waarborgfunctie in een concreet geval toekomt, moeten zij ook een rol spelen ten aanzien van de overheid in privaatrechtelijke gedaante, maar anderzijds kun je bijvoorbeeld uit eigendomsverwerving door de overheid ten laste van de algemene middelen dwingend zien voortvloeien dat de overheid als eigenaar zwaardere eisen moet stellen dan een particulier zou hoeven te doen of in zijn aandachtsveld zou nemen. Dit betekent dat de overheid als eigenaar tegen de achtergrond van bijvoorbeeld de eigendomsverwerving vrijheid ten opzichte van toetsing door de rechter geniet en dat haar, daarmee corresponderend, het recht toekomt om zwaardere eisen te stellen en zwaardere verplichtingen op te leggen dan iedere particulier.

Tot slot iets over de rechter. Lubach werpt de stelling op dat in feite in de verhouding privaat-/publiekrecht en ook in het materieel toepasselijke recht geen verandering wordt aangebracht als het gaat om beleidsovereenkomsten. In feite zou de invoering van het NBW niet anders zijn dan het

codificeren van al geldend recht dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad als civiele recht is neergelegd. Ik maak daar één kanttekening bij. In artikel 6.5.3.12 – dit zou een verkeerd telefoonnummer kunnen zijn! – wordt de rechter de bevoegdheid toegekend om bij onvoorziene omstandigheden in overeenkomsten in te grijpen. Ik merk op dat dit met betrekking tot het geldende recht een belangrijke wijziging is. In het geldende recht – de standaardarresten in dezen zijn de Landsmeerarresten – wordt deze bevoegdheid niet aan de rechter, maar aan het bestuur gelaten. In dit verband roep ik de vraag op of het NBW, door invoering van een term als *algemeen belang* als toezichtskader voor de rechter en door invoering van deze bevoegdheid, de rechter erg veel meer ruimte biedt, met name gelet op diens staatsrechtelijke functie. In de Landsmeer-arresten werd door de Hoge Raad in beginsel aan het bestuur overgelaten te oordelen over de vraag of zich onvoorziene omstandigheden voordeden dan wel de vraag of bij afweging van alle betrokken belangen een noodzaak aanwezig was om van de richtlijn af te wijken. Daartegenover krijgt, als ik het althans goed begrijp, in het NBW de rechter die afwegingsplicht. De rechter zal degene zijn die eventueel tot ontbinding dan wel wijziging van de overeenkomst overgaat, op verzoek van de overheid, de contractspartij, of een derde. Daarmee krijgt de rechter een belangenafweging te voltrekken waarvan ik mij uit staatsrechtelijk oogpunt afvraag of die veel inhoud zou kunnen krijgen.

Het gaat hier om het afwegen van algemene publieke belangen die noodzaken tot afwijken van een overeenkomst. Het is maar de vraag of in ons staatsrechtelijk bestel die taak – belangen afwegen – nu in de eerste plaats aan de rechter moet worden toegewezen. Naar ik meen is een goed beginsel dat als het om belangenafweging gaat de rechter ter zake van zijn verhouding met het bestuur een terughoudende opstelling heeft te kiezen; reminiscenties hiervan vinden we in de wet. Het heeft mij verbaasd dat in het preadvies van Lubach hierbij geen kanttekening wordt geplaatst. Ik meen dat de burger en zelfs de rechter niet goed af zijn met de taak die de rechter in artikel 6.5.3.12 wordt opgelegd. Ik zou ter zake van deze belangenafweging eerder een functie willen toekennen aan een politiek orgaan, het bestuur zelf onder controle van toezichthouders, dan wel aan een beroepsinstantie als de Kroon.

Dit is in het algemeen wat ik wilde vragen:

- Is in het NBW nu inderdaad hetzelfde neergelegd als in de jurisprudentie is gelezen?
- Valt in de toekomst van artikel 6.5.3.12 veel te verwachten, als het gaat om het normeren van de overheid in het privaatrecht?

mr. C. Lambers

Ik zou naar aanleiding van artikel 6.3.1.5b een vrij concrete tweeledige vraag willen stellen. Volgens dit artikel heeft de rechter de mogelijkheid

om bij een onrechtmatige daad een verbod achterwege te laten; het artikel betreft de problematiek die in de Voorste Stroom-arresten tot en met nr. III aan de orde is geweest. Een van de problemen daarbij is dat ik het niet eens ben met Lubach – kennelijk is intern afgesproken dat hij dit onderwerp zou behandelen – dat uit genoemd artikel in de toekomst geen consequenties zouden kunnen voortvloeien. Naar mijn mening zouden er mogelijkerwijs twee gevolgen aan verbonden kunnen zijn. Ik zeg 'mogelijkerwijs', want de rechter kan alles veranderen. Dat is bij het NBW, als de rechter ertussen kan komen, altijd zo.

1. We weten allemaal dat bij de problematiek van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad de vraag of de rechter nu al dan niet een verbod kan opleggen een van de grote problemen is geweest. Uiteindelijk is het in het geval van de Voorste Stroom wel tot een verbod gekomen, maar daaruit is toch geen juichende en bloeiende jurisprudentie voortgevloeid; er zijn nu allerlei andere regelingen voor schadevergoeding. Als nu het NBW expliciet zegt dat een verbod met het oog op zwaarwegende maatschappelijke belangen of het algmeen belang achterwege kan blijven, wordt het dan, gelet op de geschiedenis van de wet, waarbij het maatschappelijk belang wordt gekoppeld aan vergunningen, voor de rechter niet veel gemakkelijker gemaakt om bij rechtmatige overheidsdaad nu juist wèl schadevergoeding toe te kennen? Doet zich hier niet een mogelijkheid voor dat er in de komende jaren een vrij ingrijpende verandering optreedt? Of dit zal gebeuren hangt van de rechter af, maar mijns inziens is er een mogelijkheid, naast datgene wat nu heel voorzichtig in het verband van de Wet Arob gebeurt.

Naar mijn mening biedt artikel 6.3.1.5b mogelijkheden om ten aanzien van de problematische schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad tot een doorbraak te komen. De gewone rechter zou in het kader van dit artikel een *volledige* schadevergoeding kunnen toekennen, wat iets anders is dan de bestuurscompensatie die we in het kader van de Wet Arob kennen. Ik denk dat genoemd artikel belangrijker is dan Lubach het doet voorkomen.

2. Het meergenoemde artikel biedt zoals gezegd de mogelijkheid om *geen* verbod op te leggen. Dit brengt mij op mijn eigen specialisme, het milieu. Met het oog op het milieuvraagstuk is het vaak veel interessanter dat de mogelijkheid bestaat om een verbod op te leggen dan dat het mogelijk is schadevergoeding te krijgen. Schadevergoeding is niet interessant, het verbod van de handeling die schade toebrengt is veel belangrijker. Juist op dit punt wordt in de wetsgeschiedenis in het verband met de begrippen 'algemeen belang' en 'maatschappelijk belang' verwezen naar de vergunning. Als een vergunning aanwezig is die de schadehandeling mogelijk maakt, wordt kennelijk een soort algemeen belang c.q. maatschappelijk belang aanwezig geacht en zou het verbod achterwege kunnen blijven, waarbij schadevergoeding mogelijk zou zijn. Schadever-

goeding is echter zoals gezegd in dit soort situaties niet echt interessant: juist het verbod is interessant. Theoretisch zou ook wel een verbod kunnen worden opgelegd, maar ik vraag mij af of de rechter in het NBW niet veel meer dan tot nu toe de mogelijkheid krijgt om een verbod – via het algemeen belang, vertaald vanuit de vergunning – achterwege te laten, juist ook in milieusituaties waarin een verbod heel belangrijk is. Ik ben er persoonlijk bang voor dat artikel 6.3.1.5b in dezen een nogal ongelukkige situatie zal creëren.

Ik ben het met Lubach eens dat er, als de overheid alleen maar Saabs koopt, een verbod moet komen, maar dat is een heel andere zaak!

Beantwoording door de preadviseurs (middaggedeelte)

mr. W. A. M. van Schendel

Overeenkomstig de gelaagde structuur van het NBW zal ik allereerst proberen enige algemene opmerkingen te maken – ik kan nú niet meer zeggen dat ik geen voorbereidingstijd heb gehad! –, waarna Lubach op de 'bijzondere delen' zal ingaan; zo nodig zal ook ik mij daarmee dan nog bemoeien.

De Haan heeft mij, althans voor een zeker deel, zijn pauselijke zegen gegeven. Wanneer ik, mij met moeite ontworstelend aan mijn katholiek geloof, de pauselijke zegen krijg, voel ik mij – ik kan het werkelijk niet helpen – altijd een beetje onaangenaam. Krijg ik niet meer lof toegezwaaid dan mij rechtens toekomt? Ik denk dat dat wel degelijk het geval is.

Bij zijn interventie heeft De Haan nog weer eens van zijn voorliefde voor typologieën en categorieën laten blijken. Naar mijn mening is het uitermate nuttig zich daarmee bezig te houden, omdat men dan kan zien welke mate van invloed het publiekrecht op allerlei soorten overeenkomsten heeft. Men kan dan het nodige onderscheid maken om te kunnen bepalen in welke mate het publiekrecht bij een concrete rechtsverhouding betrokken is.

Daarnaast heeft De Haan de vraag gesteld of 'de aard van de rechtsverhouding' een toereikend criterium is om uit te maken welk recht moet worden toegepast. Men moet zich, zo heeft hij betoogd, tevens afvragen welk objectief recht in de eerste plaats toepasselijk is, afhankelijk van de publiekrechtelijke c.q. privaatrechtelijke aard van de in het geding zijnde bevoegdheden. In dit verband heeft hij onderscheid tussen typen van rechtshandelingen gemaakt. Op dit punt krijg ik dan een beetje de kriebels, omdat ik niet goed kan onderscheiden waar zich nu typisch privaatrechtelijke dan wel typisch publiekrechtelijke bevoegdheden voordoen. Natuurlijk is er een zekere traditie die bijvoorbeeld bepaalde bevoegdheden als typisch publiekrechtelijk doet kwalificeren, maar hierover moet – ik kom dan ook op de 'gemengde rechtsleer' – naar mijn mening toch ook nog het volgende worden gezegd.

Met betrekking tot het criterium 'de aard van de rechtsverhouding' wijs ik erop dat die aard nu juist een gemengd karakter heeft. Juist in die aard komt tot uiting dat de overheid betrokken is bij iets wat op het eerste gezicht privaatrechtelijke handelingen lijken te zijn. Gezien dat gemengde

karakter van de aard van de rechtsverhouding zelf dient men zich noodzakelijkerwijs af te vragen welke regels moeten worden gehanteerd. Ik heb naast dat criterium niet de behoefte éérst uit te maken welk recht op een bepaalde rechtsverhouding van toepassing is, om vervolgens de vraag te beantwoorden welke concrete regels uit het privaatrecht of het publiekrecht op die rechtsverhouding moeten worden losgelaten.

In dit verband zie ik niet in dat er twee soorten gebondenheid aan een rechtshandeling zouden zijn, enerzijds een gebondenheid van privaatrechtelijke en anderzijds een gebondenheid van publiekrechtelijke aard, waarbij dan de binding in het ene geval sterker zou zijn dan in het andere. Mijn gedachten gaan uit naar een 'normatieve gebondenheid' – ik formuleer dit enigszins schoordijkiaans –, een 'normatieve wil', waarin de rechtspositie van de overheid is verdisconteerd.

Dit brengt mij op een opmerking van *Meijer,* die overigens ook nog het internationaal privaatrecht ten tonele heeft gevoerd. Ik herinner mij dat mijn oude leermeester Lemaire altijd zei: 'Maak je geen zorgen; als je dadelijk moet beslissen zeg je altijd dat Nederlands recht van toepassing is.' Dat doe ik ook in dit geval. Verhelderend in dit verband is de beschrijving van het *gemengde rechtsstelsel* die Lubach heeft gegeven en die een weergave is van de opvattingen die in de literatuur te vinden zijn. Die beschrijving laat in ieder geval zien dat, zoals Meijer ook zelf heeft gezegd, op verhoudingen waarbij nu eenmaal de overheid betrokken is tegelijkertijd privaatrecht èn publiekrecht van toepassing zijn. Ik heb er dan ook geen behoefte aan vervolgens een *keuze* te doen, waarbij ik, ánders dan mij wordt opgedrongen door bijvoorbeeld competentieverdelingen, een kwalificatie 'privaatrechtelijk' dan wel 'publiekrechtelijk' zou moeten geven. Ik zonder de competentieverdelingen nu maar even van de problematiek uit, maar daarin ligt natuurlijk een deel van de traditie en van de problemen die zich op dit terrein voordoen.

Vervolgens iets over de consequenties van de beslissendheid van het gemengde karakter van de rechtsverhouding voor bijvoorbeeld de autonomievraag. *Meijer* heeft in dit verband gezegd dat het hem worst zal wezen welke omschrijving nu precies wordt gekozen. In het privaatrecht gaat het om de privaatrechtelijk handelende die een wilsdaad binnen de rechtsorde verricht en die zich binnen de grenzen van de openbare orde, de goede zeden en de wet mag binden; hetzelfde geldt voor de overheid, zij het dat op haar wellicht enigszins andere, publiekrechtelijke normen van toepassing zijn. Naar mijn mening ligt in dat laatste – de omstandigheid dat de overheid bij privaatrechtelijke verhoudingen betrokken is met de last van de publiekrechtelijke normen die op haar rusten – nu precies het verschil waardoor niet meer gezegd kan worden dat de traditioneel privaatrechtelijke benadering van het autonomiebeginsel ook voor de overheid geldt.

Meijer heeft het Misverstand-arrest ten tonele gevoerd, in de vele hoedanigheden zoals die in de rechtspraak inmiddels zijn verschenen en nog zullen verschijnen. Een misverstandsituatie is nu precies de situatie

waarop ik doel. Ik denk aan een geval waarin geen rechtshandeling tot stand dreigt te komen, juist omdat men het niet eens is over een bepaalde uitleg van een term. Dat is een situatie waarbij de positie van de overheid wel degelijk betrokken is. De normen die op de achtergrond voor de overheid gelden worden wel degelijk meegewogen bij de beantwoording van de vraag of er al dan niet gebondenheid is.

Tot zover een vrij algemene benadering; ik kom hierop vermoedelijk naar aanleiding van hetgeen Lubach gaat zeggen nog wel in concretere zin terug. Nog één algemene opmerking heb ik te maken. Naar aanleiding van de bijdrage van *Snijders* heb ik genoteerd: 'Het goede is geschied.' Snijders heeft betoogd – iets waarmee ik op zichzelf heel blij ben – dat de *schakelbepalingen* zich ook tot het bestuursrecht uitstrekken. Ik maak daarbij twee kanttekeningen. Snijders heeft gezegd dat de toelichtende teksten moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de stand van zaken op het moment van hun totstandkoming. Dit betekent dat we niet alleen met moeite het NBW uitleggen, maar ook nog vervolgens heel diepzinnig over de toelichting moeten nadenken. Uit de toelichtingen zoals ze tot nu toe waren – aan de allerrecentste uiting van de wil van de wetgever ga ik dan nog maar even voorbij – bleek naar mijn idee heel duidelijk dat toch werkelijk niet was beoogd, en dat het zelfs misschien uitdrukkelijk *niet* de bedoeling was, het NBW ook buiten het privaatrecht in ruime zin te doen hanteren. Hoewel de schakelbepalingen op zichzelf de ruimte voor een dergelijke hantering bieden, kan uit de hier bedoelde toelichtingen mijns inziens niet worden afgeleid dat zo'n hantering voor ogen heeft gestaan.

Dat Snijders hantering van het NBW buiten het privaatrecht mogelijk acht, is op zichzelf verheugend, maar wat zegt ons de toelichting als de ambtenarenrechter – dit blijkt uit het gegeven voorbeeld – van een dergelijke hantering niet weet of deze zelfs onwenselijk vindt? Opdat tenminste degenen die bestuursrechtelijk bezig zijn beséffen dat hantering buiten het privaatrecht mogelijk is, zou in de administratieve wetten moeten worden opgenomen dat het privaatrecht van overeenkomstige toepassing is. Ik vrees dat anders de bestuursrechtelijken, misschien nog wel eens van een schakelbepaling gehoord hebbend, zich als het erop aankomt niet ten volle van de mogelijkheden bewust zullen zijn.

Dit brengt mij op een passage aan het begin van mijn preadvies. Wie gelooft dat het privaatrecht een mooie oplossing biedt zal het ook hanteren. Snijders heeft er terecht op gewezen dat een analoge toepassing altijd mogelijk is, maar hoofdzaak is of men die toepassing ook werkelijk wènst. In dat verband verdient het aanbeveling duidelijkheid te scheppen en de schakelbepalingen uitdrukkelijk als 'ketting', dus niet als losse schakels, in de bijzondere wetten op te nemen.

Dit zijn de algemene opmerkingen die ik vooralsnog zou willen maken.

In het licht van wat mijn collega-preadviseur heeft gezegd – ik kan mij daarmee in grote trekken verenigen; zo hebben we dat ook afgesproken! – zal ik een aantal bijzondere opmerkingen maken.

De Haan heeft gezegd dat het nodig is te differentiëren en heeft enige voorbeelden gegeven waaruit de noodzaak tot differentiatie zou kunnen worden afgeleid. Het is, zo zei hij, natuurlijk leuk de aard van de rechtsverhouding als oriëntatiepunt te nemen, maar het gaat er ook om welk objectief recht van toepassing is. Daarmee komen we dan bij een probleem waaraan wij ons meenden te kunnen ontworstelen door de aard van de rechtsverhouding als criterium te nemen, een methode waarvan ook *Meijer* voorstander is. De Haan onderscheidt *privaatrechtelijke beleidsovereenkomsten* en *publiekrechtelijke beleidsovereenkomsten*: enerzijds overeenkomsten van de overheid over de hantering van privaatrechtelijke bevoegdheden en anderzijds overeenkomsten van de overheid over de hantering van publiekrechtelijke bevoegdheden. Dit onderscheid gaat naar De Haans mening samen met een duidelijk verschil ten aanzien van de grondslag van de gebondenheid aan de overeenkomst. In het ene geval gaat het om een gebondenheid op grond van het privaatrecht, in het andere geval om een gebondenheid op grond van het publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel.

Al meermalen heb ik gezegd dat ik aan het publiekrechtelijk vertrouwensbeginsel ook bij publiekrechtelijke beleidsovereenkomsten geen behoefte heb. Dit wil niet zeggen dat er geen enkel verschil is. Het preadvies heeft natuurlijk een beperkte omvang, maar in het achterliggende boek heb ik het hier bedoelde onderscheid wel degelijk gemaakt, waarbij ik ook aandacht heb besteed aan de door De Haan genoemde doorkruising van de bevoegdheidsverdeling, die in de ene categorie wèl en in de andere categorie nauwelijks een rol speelt. Voor de grondslag van de binding echter hebben we het onderscheid naar mening niet nodig. Ik ben niet overtuigd door De Haans interpretatie van de Landsmeer-arresten en ook niet door hetgeen hij over de toedelingsovereenkomst en de bestemmingsovereenkomst heeft gezegd, waarbij hij onder meer het KB Oisterwijk ten tonele heeft gevoerd.

Ik zal trachten aan te geven waarom ik mijn standpunt handhaaf. De crux van bijvoorbeeld het KB Oisterwijk ligt in de vraag, hoe de overeenkomst moet worden geïnterpreteerd. De situatie was als volgt. De overeenkomst was gesloten en de Kroon moest vervolgens het bestemmingsplan dat ter uitvoering van de overeenkomst was gemaakt, in beroep beoordelen. Zij is daarbij tot de conclusie gekomen dat de belangenafweging een ander resultaat had moeten hebben dan de gemeente in de overeenkomst had beoogd.

Men zou er nu van kunnen uitgaan dat de overeenkomst leidt tot een binding van de gemeente om ervoor te zorgen dat het bestemmingsplan er coûte que coûte komt. Je moet dan constateren dat het publiekrecht

contractuele verplichtingen doorkruist en dat kennelijk de binding aan de overeenkomst minder sterk is. Beter is het de overeenkomst als volgt te interpreteren: de gemeente zal er voor zover het haar aangaat voor zorgen dat stappen worden ondernomen om tot een bestemmingsplan overeenkomstig haar wensen te komen, maar dit laat uiteraard onverlet dat de Kroon de bevoegdheid heeft om er in beroep anders over te oordelen. Er is dus voor wat de *gemeente* betreft wel degelijk een gebondenheid, maar ten aanzien van de *uiteindelijke beleidsuitkomst* ligt het anders. Voor de gebondenheid aan de overeenkomst van de contractspartner maakt dat niet uit.

Bloembergen: Als het niet doorgaat, doordat de Kroon zegt 'dit kan niet,' zal de gemeente in uw visie toch schadevergoeding moeten betalen?

Lubach: Dat hangt er van af. Als er indicaties zijn dat de gemeente evidente beoordelingsfouten heeft gemaakt en dat ze had kunnen veronderstellen dat het bij de Kroon fout zou lopen, moet de gemeente wellicht schadevergoeding betalen, maar anders niet.

Bloembergen: Tenzij er een soort garantie in zou zitten.

Lubach: Het is theoretisch denkbaar dat de gemeente zich zou verplichten de financiële consequenties van een eventuele mislukking bij de Kroon te dragen. De gemeente zal dat overigens niet zo gemakkelijk en waarschijnlijk zelfs nooit doen! Wat ik wil betogen is dat de grondslag van de binding evengoed in de contractuele binding van de overeenkomst als zodanig kan worden gevonden. Er is dan meer een algemeenrechtelijke dan een typisch publiekrechtelijke binding in het spel.

Ook op een andere opmerking van *De Haan* wil ik hier ingaan. Op bladzijde 33 van mijn preadvies heb ik betoogd dat je met een beroep op het privaatrechtelijk karakter van een overeenkomst niet meer van de burger kunt vragen dan via het publiekrecht mogelijk zou zijn. De Haan heeft opgemerkt dat dit gelukkig niet het geval is, omdat het anders onmogelijk zou zijn in aanvulling op de mogelijkheden die het publiekrecht biedt via gronduitgiftecontracten bepaalde dingen te regelen. Nu meen ik dat onderscheid moet worden gemaakt – ook hierop ben ik elders dan in het preadvies nader ingegaan – tussen:

- situaties waarin het gaat om het omzeilen van expliciete beperkingen die het publiekrecht heeft willen stellen en waarin aan het publiekrecht exclusieve werking moet worden toegekend;
- situaties waarin het publiekrecht naar blijkt lacuneus/deficiënt is en waarin er uit het oogpunt van beleid veel voor te zeggen is het privaatrecht aanvullend te laten werken.

In het ene geval zal naar mijn mening een beroep op een privaatrechtelijk karakter van de overeenkomst niet baten, in het andere geval moeten we

constateren dat de aanvullende werking van het privaatrecht wellicht slechts voor een overgangssituatie soelaas kan bieden en dat naderhand met publiekrechtelijke middelen moet worden getracht de lacunes op te vullen.

Tot zo ver een reactie op de opmerkingen van De Haan. Zoals uit de woorden van de vorige spreker al is gebleken moet uit onze reacties niet worden afgeleid dat naar onze mening enige typologie nooit nuttig kan zijn. Wèl menen we dat de typologie van De Haan ten aanzien van de kwestie van de grondslag minder verhelderend is.

Van de kant van *Meijer* is een nogal uitgebreide reactie op het eerste gedeelte van mijn preadvies gekomen, een gedeelte waarin ik algemene beschouwingen aan de verhouding tussen privaat- en publiekrecht heb gewijd. De functie van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht voor het betoog in het preadvies is Meijer niet duidelijk geworden.

Laat ik proberen Meijer toch nog enige duidelijkheid te verschaffen. Wat ik niet heb beoogd is het bepleiten van een systeem – Meijer heeft terecht gezegd dat zo'n systeem niet werkt – waarbij eerst wordt bepaald of een rechtsverhouding privaatrechtelijk of publiekrechtelijk is en waarbij vervolgens wordt nagegaan hoe het materiële recht er moet uitzien. Integendeel: het systeem dat ik bepleit en dat ik aanduid met de term *gemene rechtsleer* gaat uit van de aard van de rechtsverhouding en werpt vervolgens de vraag op welke 'mixture' van bepalingen van privaat-, respectievelijk publiekrechtelijke origine in de situatie-in-casu in concreto van toepassing zullen zijn. Spreken we dus over het materiële recht dan is het onderscheid privaatrecht/publiekrecht niet meer van primordiaal belang. Als het goed zou zijn zou je in dit verband eigenlijk ook zónder dat onderscheid kunnen. Ons rechtssysteem zit echter – *Crasborn* heeft daar gelijk in – zo niet in elkaar, wat niet wegneemt dat voor de kwalificatie van het toepasselijke materiële recht deze beide begrippen niet meer toereikend zijn. Van der Hoeven heeft daarop indertijd al gewezen; ik ben het met hem eens.

Het probleem is dan – ik ben daarop ook vanmorgen al ingegaan – wat we precies voor de onderscheiding privaatrecht/publiekrecht in de plaats moeten stellen. In ieder geval is het nu juist een van de kenmerken van het gemengde rechtssysteem dat zicht op dat probleem wordt gehouden en dat de vraagstelling op die manier wordt geformuleerd. Mijn betoog is dat ons rechtssysteem zich van een primaat van het privaatrecht heeft ontwikkeld tot een situatie van gelijkwaardigheid in het grensgebied.

Een moeilijk punt, ten aanzien waarvan de onderscheiding privaatrecht/publiekrecht meer van belang blijft, is dan nog de competentieverdeling. Meijer heeft betoogd dat de gang van zaken niet is dat men eerst bepaalt of een rechtsverhouding privaatrechtelijk of publiekrechtelijk is en dat vervolgens competentie wordt toegedeeld. In werkelijkheid is dit echter ongelukkigerwijze vaak wèl de gang van zaken; in ieder geval in de verhouding tussen burgerlijke rechter en de belangrijkste administratieve rechter moet men, terwijl het materiële recht daartoe niet noopt – het

tegendeel is juist het geval –, bepalen of er al dan niet een rechtshandeling naar burgerlijk recht in het geding is. Het is gemakkelijk dat via een formeel criterium te doen, omdat daarmee, althans uiterlijk, de competentieverdeling het best is georganiseerd, maar zo'n criterium zegt dan weer niets over de inhoud van het toepasselijke recht.

Tegen deze achtergrond is het onderscheid privaatrecht/publiekrecht voor de huidige stand van zaken dus wel degelijk van betekenis.

Meijer heeft in het preadvies een 'structuurfout' gesignaleerd. De eerste centrale vraag heeft hem in dat verband het commentaar ontlokt dat de wet niets kan afdoen aan het dogmatisch denken over de verhouding privaat/publiekrecht. Misschien heeft Meijer hierin gelijk; ik wijs er alleen op dat onlangs in een bespreking door Franken van een boek van Scholten over de grondslagen van de gebondenheid een interessante discussie naar voren is gekomen over de vraag, wat nu eigenlijk rechtsdogmatiek is. Scholten is van mening dat rechtsdogmatiek in hoofdzaak te maken heeft met interpretaties van de wet en anderen zeggen dat de rechtsdogmatiek nu juist buiten de interpretatie van de wet om moet gaan. Volstrekte duidelijkheid omtrent de inhoud van het begrip 'dogmatisch denken' bestaat dus niet. Misschien moeten we het daar voorlopig bij houden. Ik vind in ieder geval wèl dat een zo langdurige ontwikkeling van het rechtssysteem als de hercodificatie van het privaatrecht is, toch wel zijn weerslag op het dogmatisch denken zou kunnen hebben en dat ook het omgekeerde het geval kan zijn. Een zekere onderlinge relatie zie ik wel degelijk.

Belangrijker blijkt Meijer vervolgens de vraag te vinden, welke instrumentele betekenis het privaatrecht kan hebben. Hij heeft in dat verband een paar interessante voorbeelden genoemd. Ik vind dat we daarover verder moeten nadenken en dat we überhaupt over deze vraag onze gedachten moeten laten gaan. Voor mij staat vast dat met het oog op gebruikmaking door de overheid van privaatrecht waarborgen zullen moeten worden geschapen – waarborgen die we in het publiekrecht gemeenlijk al kennen – om de afweging van belangen en de bescherming van derden te organiseren.

Op het betoog van *Snijders* is ook de vorige spreker al ingegaan. Ik moet zeggen dat het betoog van Snijders heel gemengde gevoelens bij mij heeft opgeroepen. Eerst dacht ik: hè, gelukkig, we hebben het goed gedaan! Vervolgens moest ik met spijt constateren dat ik in een situatie terecht ben gekomen waarvoor ik al had gevreesd: ik blijk niet álles te hebben gelezen wat over het NBW te lezen viel, kennelijk juist ook op een nogal kardinaal punt. Men blijkt in de loop van de tijd anders over de betekenis van de schakelbepalingen te zijn gaan denken. Ik heb daar op zichzelf geen enkel bezwaar tegen, maar ik meen mèt de vorige spreker dat het voor de duidelijkheid nuttig kan zijn in publiekrechtelijke wetgeving – naar analogie met bijvoorbeeld het Duitse recht – verwijzingsregels op te nemen.

Mèt vele anderen heeft *Nicolaï* over de betekenis van artikel 3.1.1.15

NBW gesproken. Nicolaï trekt de mijns inziens merkwaardige conclusie, die ik niet deel, dat de interpretatie van dit artikel als een 'kapstok' voor de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur met zich zou moeten brengen dat *iedereen* zich aan die beginselen zou moeten houden. Dat is natuurlijk niet het geval. Het is alleen het geval voor zover het gaat om verhoudingen waarop die regels naar hun aard kunnen worden toegepast: verhoudingen waarbij overheden betrokken zijn, of verhoudingen waarbij privaatrechtelijke organisatievormen een rol spelen die qua karakter met de overheid een zekere mate van gelijkenis vertonen.

Op zichzelf interessant – hoewel ik van de juistheid ervan niet helemaal overtuigd ben – is de opmerking dat artikel 3.1.1.14 NBW verklaart waarom de Hoge Raad als het om de beginselen van behoorlijk bestuur gaat nog steeds zo in het 'redelijkheidsgewaad' denkt. Opvallend is dat Van der Does, bij afwezigheid van Nicolaï, vanmorgen het tegenovergestelde heeft betoogd. Van der Does heeft gezegd – daarbij al eerder voorgegaan door het voormalig lid van de Hoge Raad Drion – dat het denken in 'redelijkheidsgewaad' helemaal niet zoveel betekenis heeft. Ik geloof ook niet dat Nicolaï uit artikel 3.1.1.14 een juiste conclusie trekt. In dat artikel gaat het om misbruik van bevoegdheid, waarvan onder meer sprake kan zijn als een bevoegdheid op onredelijke wijze wordt uitgeoefend. Het gaat mij iets te ver dit artikel te betrekken bij de totaliteit van het probleem van de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Crasborn heeft een lang betoog gehouden, waarin hij heeft bestreden dat wij een ontwikkeling van *gemene rechtsleer* naar *gemengde rechtsleer* zouden doormaken. Hij heeft mij met zijn betoog niet overtuigd. Een van de belangrijke aspecten uit zijn bijdrage leek te zijn dat een kenmerkend verschil tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsverhoudingen bestaat, omdat in het ene geval objectief recht wordt geschapen en in het andere geval niet. Daaruit zou je dan een zekere conclusie moeten trekken. Crasborn wil niet toe naar een *régime administratif,* een opdeling in blokken van privaat- en publiekrecht. Ook ik acht zoiets niet wenselijk en ik meen dat we op dit moment ook zeker niet in die richting gaan. Misschien moet ook in dit verband onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds opdeling in blokken ten aanzien van de competentieverdeling – Crasborn wees op de ontwikkeling in Duitsland – en anderzijds opdeling in blokken ten aanzien van het materiële recht. Wat het materiële recht betreft: ik heb zojuist al aangegeven dat we daarmee zeker niet in de richting van een opdeling gaan. Ter zake van de competentieverdeling is wellicht van enige opdeling sprake, waarbij we dan waarborgen moeten scheppen dat die opdeling niet tot consequentie heeft dat op het materieelrechtelijke vlak ongerechtvaardigde scheidslijnen worden getrokken. Overigens zijn we in Nederland, als de opvatting van de staatscommissie herziening rechterlijke organisatie wordt gevolgd, juist bezig in een andere richting te gaan, en dat is misschien maar goed ook.

Crasborn heeft uitvoerig naar het buitenland verwezen. Ik heb, zoals men heeft kunnen zien, enigszins naar een heel klein 'buitenland' gekeken, waarbij mij is gebleken dat, althans voor het daar bestaande systeem, één rechter een buitengewoon geschikt orgaan is om toch waar nodig de toetsing verschillend te laten verlopen. Als we zo'n systeem in Nederland zouden kunnen bereiken zou dat volledig mijn zegen hebben. Ik hecht niet in dogmatische zin aan aparte administratieve rechters.

Ik kom dan vervolgens toe aan de bijdrage van *Weesink*. Hij heeft zich afgevraagd of 'voldoende ruimte in het NBW' nu betrekking heeft op ruimte voor de rechter, ruimte voor het bestuur, of ruimte voor de bestuurden. Daarbij heeft hij betoogd dat er in ieder geval niet meer ruimte voor derden zal zijn. Juist civilisten zouden volgens Weesink op toetsing aan het privaatrecht hebben aangedrongen, kennelijk ter bescherming van de burger. Daarbij zijn nog wel enige kanttekeningen te maken. Als je ongeveer tachtig jaar terug gaat kom je tot een bevestigend antwoord, maar twintig jaar geleden was de situatie toch enigszins anders.

De ruimte in het NBW is in ieder geval ruimte voor de *rechter*. Snijders heeft al betoogd dat het ook uitdrukkelijk de bedoeling is geweest de rechter met het NBW meer ruimte te geven. Wat het *bestuur* betreft: gezien de wijze waarop de toetsing aan het privaatrecht zal moeten gebeuren, zal het bestuur, handelende naar de regels van het privaatrecht, wellicht minder ruimte krijgen dan het nu heeft. Overigens wijs ik er nog eens op dat bij een bepaalde interpretatie de burgerlijke rechter ook nu al de ruimte voor het bestuur zou kunnen verkleinen. Eigenlijk heeft de burgerlijke rechter het NBW daarvoor niet nodig. Hooguit maakt het hem iets gemakkelijker aldus te werk te gaan. De *bestuurden* hebben in toenemende mate mogelijkheden om de zaken via het publiekrecht te organiseren, terwijl het burgerlijk recht terugtreedt. Dat gebeurt tot op zekere hoogte los van de regels die de burgerlijke rechter hanteert. Hier is niet onmiddellijk een relatie te leggen.

Aan het eind van zijn betoog heeft Weesink mij gevraagd mijn visie op een bepaald wetsartikel te geven. Daarbij heeft hij inderdaad een fout 'telefoonnummer' gebruikt; het gaat niet om 6.5.3.12, maar om 6.5.3.11. Mag de rechter, zo luidt de vraag, nu wel ontbinden en wijzigen? De Hoge Raad heeft in de Landsmeer-arresten min of meer te kennen gegeven dat de overheid zelf maar een oplossing moet creëren: Weesink vraagt zich af of dat geen beter uitgangspunt is. Het lijkt er inderdaad op dat hij daarin gelijk heeft. Toch moeten we bedenken – ik heb daarop al eens eerder gewezen – dat de rechter een beslissing op rechtmatigheid beoordeelt en dat hij alleen als het om strikt onredelijke beslissingen gaat, waarbij de overheid uit een oogpunt van rechtmatigheid niet aan de overeenkomst kan worden gehouden, eventueel tot ontbinding zal overgaan. De rechter zal slechts tot ontbinding komen als op z'n minst zwaarwegende omstandigheden zijn aangevoerd die een dergelijke uitspraak rechtvaardigen. Ik zie dan ook in ieder geval voor wat de ontbinding betreft in artikel 6.5.3.11 geen grote problemen. Wat de wijziging betreft: als het nu

werkelijk gaat om overeenkomsten waarin beleidsinhoudelijke afspraken zijn neergelegd, zie ik de rechter inderdaad nog niet zo gemakkelijk het beleid wijzigen. Dat hoeft niet altijd aan de orde te zijn, maar ieder geval zal de rechter geen beleidswijziging mogen decreteren. Overigens zijn er voor de rechter allerlei mogelijkheden – de Arob-jurisprudentie geeft in dit opzicht aanknopingspunten – om wel degelijk invloed op het beleid uit te oefenen zonder dat men kan zeggen dat hij op de stoel van de administratie gaat zitten.

Lambers heeft naar aanleiding van artikel 6.3.1.5b twee vragen gesteld:

1. Wordt het niet veel gemakkelijker om schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad te verkrijgen?
2. Lopen we niet de kans dat de rechter gemakkelijker in plaats van een verbod op te leggen schadevergoeding toekent, wat nu juist in milieuaangelegenheden uiterst ongelukkig is, aangezien het daarbij om onomkeerbare schade gaat die je nu juist door een schadevergoeding helemaal niet redresseert?

Ad 1. Allereerst moet worden opgemerkt dat artikel 6.3.1.5b de zaken organiseert via de band van de onrechtmatige daad. Weliswaar is Schoordijk van mening dat waar een onrechtmatige daad wordt aangenomen zonder dat een verbod wordt opgelegd, sprake is van een contradictio in terminis – zijn redenering is: wat niet kan worden verboden is rechtmatig –, maar zo is niet de constructie van artikel 6.3.1.5b. Overigens kan dit artikel materieel gezien wel de basis vormen voor schadevergoeding in situaties waarbij het om handelingen gaat die dicht bij de rechtmatige overheidsdaad liggen. Ik heb daar geen enkele moeite mee, maar het neemt niet weg dat de bestuursrechtjuristen zich zullen moeten buigen over de vraag hoe zij dan een meer algemene wettelijke regeling zouden willen organiseren. Als men gebruik wil maken van een bepaling die naar artikel 6.3.1.5b verwijst, is dat misschien wel mogelijk. In ieder geval wordt op die manier het probleem van de volledige schadevergoeding opgelost. Zoals men heeft kunnen lezen, ben ik voorstander van een volledige schadevergoeding in de hier bedoelde situaties.

Ad 2. Zonder te willen zeggen dat het wel meevalt, wijs ik erop dat de veronderstelde situatie zich ook nu kan voordoen. In het artikel wordt tot uiting gebracht – ook de jurisprudentie biedt wat dat betreft aanknopingspunten – dat het om zeer zwaarwegende omstandigheden moet gaan. De formulering van het artikel wijst er al op dat de rechter alleen bij zeer hoge uitzondering van het opleggen van een verbod zal mogen afzien. Ik ben in zoverre iets minder bevreesd dan Lambers en ik denk dat gevallen waarin het nu werkelijk om zwaarwegende maatschappelijke belangen gaat zich maar sporadisch zullen voordoen.

Hiermee wil ik mijn beantwoording beëindigen.

mr. W. A. M. van Schendel

Na de voortreffelijke beantwoording van Lubach wil ik alleen nog ingaan op een opmerking van *Weesink,* die zich heeft afgevraagd of aan de overheid niet zwaardere eisen worden gesteld dan aan particulieren. Naar aanleiding van zo'n opmerking krijg ik altijd de neiging te zeggen, al klinkt dat wat 'woordspelerig', dat de overheid natuurlijk inderdaad de eisen krijgt die haar toekomen. Je kunt dan ook niet zeggen dat de codificatie in het NBW meer of minder ruimte schept dan er onder het huidige recht is. Misschien is het NBW wat duidelijker en wat gemakkelijker te hanteren, misschien ligt de analogische toepassing wat meer voor de hand, maar voorop staat dat de ruimte die de overheid krijgt in overeenstemming moet zijn met eisen die aan de overheid behoren te worden gesteld. Dat beogen wij in de preadviezen te betogen.

In het betoog van Weesink lag ook nog de vraagstelling besloten, of de rechter uit staatsrechtelijk oogpunt wel een belangenafweging mag voltrekken die erop gericht is uit te maken of op grond van onvoorziene omstandigheden in een overeenkomst met de overheid moet worden ingegrepen. Gaat de rechter, zo heeft Weesink zich afgevraagd, bij het voltrekken van zo'n belangenafweging niet noodzakelijkerwijs op de stoel van de overheid zitten. Ik ben voor staatsrechtelijke problemen in dit verband niet zo bevreesd. De rechter zal zich ter zake van wijziging of ontbinding van de overeenkomst terughoudend opstellen, maar dat zal geen grotere of kleinere terughoudendheid zijn dan de rechter nu al heeft. Ik denk dat de toepassing van artikel 6.5.3.11 ook in private verhoudingen niet erg gemakkelijk zal zijn. Juist het treden in verhoudingen van mensen die nu eenmaal een bepaalde afspraak hebben gemaakt zal, om het maar simpel te zeggen, tenminste op problemen stuiten bij de advocaten die partijen vergezellen. Aan hen zal veel eerder de keus zijn òf de rechter zal worden gebruikt als een bemiddelaar, een comparitierechter, die een nieuwe beslissing zal geven. Het gaat hier mijns inziens om een keus die partijen zelf moeten doen, maar artikel 6.5.3.11 biedt in ieder geval wèl de ruimte.

Concluderende opmerkingen van de voorzitter

Na alle debatten van vandaag heb ik mij afgevraagd of iets algemeens kan worden gezegd over de verhouding tussen privaat- en publiekrecht, met name in meer operationele zin, waarbij de vraag aan de orde komt, in hoeverre civielrechtelijke normen, al dan niet aan het NBW ontleend, kunnen worden toegepast in verhoudingen waarbij de overheid betrokken is of waarbij het algemeen belang in het geding is. Bij mijn poging een algemene conclusie te trekken zie ik dan even af van de rechterlijke competentie, ten aanzien waarvan zich een probleem voordoet. Terecht heeft men eigenlijk uitsluitend gewezen op het probleem dat zich voordoet ter zake van de competentie van de Arob-rechter ten opzichte van die van de civiele rechter. Theoretisch zou zich ook een probleem kunnen voordoen ter zake van de competentie van de economische bestuursrechter, het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Voor die rechter geldt namelijk een soortgelijke uitzonderingsgrond, maar aangezien hij zich er bijna niets van aantrekt hoeven we het bijna alleen maar over de Arob-rechter te hebben.

Bij de competentie is er een probleem. Spreken we daarentegen over het materiële recht, dan is mijn conclusie dat er juridisch eigenlijk helemaal geen probleem ligt, tenzij je, zoals Koekkoek en ook enigszins Crasborn, wat meer gelooft in die twee verschillende werelden. Wij zijn over het algemeen opgevoed in het geloof van twee verschillende soorten recht. Voor zover je dat geloof hebt laten varen, zijn er juridisch niet zo veel problemen. De problemen zijn veeleer van *juridisch-culturele* aard.

Je kunt de vraag stellen, in hoeverre van-huis-uit-civilisten, die als gevolg van de competentieverdeling zoals die nu eenmaal wordt gepraktiseerd, worden geconfronteerd met situaties waarin het algemeen belang of de overheid een rol speelt, in voldoende mate vertrouwd zijn met de ontwikkelingen die zich in het publieke recht hebben voorgedaan, zodat ze die ontwikkelingen via de open normen die, geschreven of ongeschreven, in het civiele recht ruim voorhanden zijn, kunnen invlechten. Anderzijds kun je je afvragen in hoeverre publiekrechtjuristen die te maken hebben met situaties waarvan een zeer algemeen jurist zou kunnen zeggen dat in het privaatrecht normen of aanknopingspunten ten behoeve van de beslissing voorradig zijn, zódanig zijn opgevoed, dat ze de weg naar het civiele recht vinden.

Ik heb de indruk dat het probleem veel meer dáár ligt dan dat er echt juridisch-technische problemen zouden zijn.

Lubach heeft in het voetspoor van Van der Hoeven de aandacht gevestigd op het gemeenschappelijk recht, waarbij hij heeft betoogd dat aan de hand van de aard van de rechtsverhouding moet worden uitgemaakt welk mixtum van soorten recht moet worden toegepast. Ik meen dat 'de aard van de rechtsverhouding' niet de juiste kenschets is. Wat is de aard van de rechtsverhouding? Privaat- of publiekrechtelijk? Dat doet er nu net niet toe! Het gaat veeleer om relevante kenmerken van de rechtsverhouding en het publiek- of privaatrechtelijke karakter is daarbij naar mijn smaak minder belangrijk.

Bestuurswisseling

Voorzitter: Ten aanzien van een groot deel van de bestuursleden hoeft er niets bijzonders te gebeuren: zij glijden van het ene mandaat over in het andere. Wèl bijzonder is dat de tijd is gekomen dat de secretaris moet worden ontslagen. Om die handeling te kunnen verrichten zou ik hem graag voor de tafel willen dagen.

***

Dames en heren. Ik zal u toespreken om iets over Ad Rijnen te vertellen. Het probleem daarbij is dat je als voorzitter over een secretaris zo weinig kùnt vertellen, want de enige die dat echt goed kan is de secretaris zelf: die weet wat hij allemaal heeft gedaan. Toch wil ik u een kleine indruk geven van datgene wat het secretariaat van een vereniging als de VAR inhoudt, wanneer je er tenminste aan doet wat Ad Rijnen er acht jaren lang aan heeft gedaan.

We zouden kunnen zeggen dat heel globaal gesproken de taak van een secretaris erop neerkomt dat hij het bedrijf gaande houdt. Dat wil zeggen dat hij aan àlles moet denken en achter alles en iedereen aan moet zitten. Natuurlijk zijn daarvan een paar hoogtepunten te noemen, zoals 'preadviseurs porren', want het is niet altijd zo dat elke preadviseur op de schriftelijk vastgelegde datum spontaan zijn kopij instuurt. Er komt soms een enkel telefoontje bij kijken voordat dat rond is. Enfin, de afgelopen jaren hebben we gemerkt hoe dat gaan kan. Vervolgens zijn er de contacten met de uitgeverij. Ook bij een uitgeverij is het niet zo dat een simpele afspraak ertoe leidt dat automatisch gebeurt wat je had gedacht dat er zou gaan gebeuren. Ook daar zijn soms zeer uitvoerige interventies nodig. Alle vormen van onderhandelingstaktiek, waarvan advocaten soms denken dat zij het monopolie ervan bezitten, zijn nodig om misschien niet helemaal het gewenste resultaat, maar dan toch in ieder geval een resultaat te bereiken waarmee te leven valt.

We hebben verder de jarenlange affaire van het *Rapport ABAR* gehad. Ook zijn op een gegeven ogenblik nieuwe zaken ingevoerd, zoals de studiebijeenkomsten en de VAR-prijs. Het was dan ook noodzakelijk dat in dat verband werd overgegaan tot de instelling van het ambt van adjunct-secretaris, wat overigens tot gevolg had dat de secretaris eigenlijk meteen secretaris-generaal werd. Daarmee kreeg hij ook de functie die tekenend is

voor het secretarisschap zoals dat door Ad Rijnen is uitgeoefend. Algemeen bekend is dat niet alleen de mensen in het Oostblok maar ook wij al jarenlang leven in het tijdperk van de heerschappij der secretarissen en der secretarissen-generaal. Dit bedrijf is acht jaar geleid door Ad Rijnen, ook al heeft hij mij dan altijd doen spreken, waartoe hij mij dan doorgaans ergens tussen 23.00 en 0.00 uur opbelde om mij voor te houden wat ik vervolgens zou moeten zeggen (of schrijven). Het is hoe dan ook voor een belangrijk deel de secretaris geweest die dit bedrijf gaande heeft gehouden en ervoor heeft gezorgd dat de zaak overeind is gebleven.

Die activiteiten van Ad Rijnen zijn zelfs nog niet afgelopen, want een zeer arbeidsintensief bedrijf is per slot van rekening het organiseren van de Arob-symposia. We hebben het symposium van de 20e juni en we hebben vervolgens het symposium van de 26e september, waarbij de heer Rijnen zeer intensief betrokken is. U moest eens weten welke onderhandelingen eraan vooraf zijn gegaan om te komen tot de twee symposia die nu zullen worden gehouden. Overigens heeft ook de heer J. A. Borman hieraan de nodige tijd gegeven. Ad Rijnen blijft er in ieder geval mee bezig, tot en met de 26e september.

Zo is dus het secretariaat een bron van voortdurende zorg en noopt het tot voortdurende activiteit, activiteit die Ad Rijnen acht jaren lang met veel inzet heeft vervuld. Het nieuwe bestuur heeft dan ook een besluit genomen dat het vanavond zal effectueren, teneinde er in kleine kring nog wat nadere aandacht aan te kunnen schenken.

Het wordt tijd voor ontslag. De tijd van gaan is daar; acht jaren zitten erop. Ad, heel hartelijk bedankt!

***

De heer Lubberdink heeft nu misschien enig idee waar hij aan begint. Het is min of meer een wonder dat de heer Lubberdink voor het secretariaat en dat de heer Scheltema voor het voorzitterschap is gevraagd, volstrekt onafhankelijk van elkaar. Zij kennen elkaar al enige tijd en voor zover een voorzitter en een secretaris moeten samenwerken – het kòmt voor dat dat gebeuren moet – is het vermoeden gerechtvaardigd dat die samenwerking er wel zal komen. Bedankt voor de toetreding tot het nieuwe bestuur!

Voorzitter: Ik mag dan tenslotte mijzelf ontslaan, maar inmiddels blijkt mij dat de heer Bloembergen het woord wenst te voeren.

Bloembergen: We staan op het moment van scheiden van de heer Konijnenbelt en mij is gevraagd – omdat ik een groot aantal jaren met hem in het bestuur gezeten heb – een dankwoord te spreken. Het is plezierig dat ik daarbij voor het overgrote deel eenvoudig een *schakelbepaling* in het werk kan stellen. We hebben zojuist kunnen horen wat de heer Rijnen allemaal heeft moeten doen, maar het is mij opgevallen dat de voorzitter daarbij, over zichzelf sprekend, een groot understatement heeft gebruikt.

Sommigen denken misschien dat het voorzitterschap van de VAR een aardig erebaantje is. De jaarlijkse vergadering, zo zouden zij kunnen redeneren, is ieder jaar hetzelfde; je moet even een paar andere preadviseurs hebben, maar verder kan het allemaal precies hetzelfde zijn. Wie zo denkt, verkijkt zich hierop. De heer Konijnenbelt heeft zojuist uitgelegd wat er allemaal moet gebeuren en hij heeft daarbij gezegd: 'Dat deed Ad Rijnen allemaal, en ik werd een enkele keer eens opgebeld.' Zo is het natuurlijk helemaal niet. Men heeft vandaag gehoord dat de voorzitter een jaarrede heeft afgestoken; dat heeft hij acht keer gedaan. Daarnaast was het initiatief tot de studiebijeenkomsten van hem afkomstig en heeft hij dat initiatief ook persoonlijk een heel eind uitgewerkt. Zo zijn er allerlei dingen geweest waarvoor hij zich met veel verve en veel enthousiasme heeft ingezet, waarbij, zoals we vandaag weer hebben kunnen merken, zijn optreden zich kenmerkte door een geheel eigen stijl en een geheel eigen zwier.

Ook in de bestuursvergadering had hij een heel eigen stijl. Ik herinner mij een vergadering die om drie uur begon, terwijl de voorzitter bij de opening meedeelde dat hij de trein van half vijf naar Tilburg weer wilde halen! Er was een agenda van tien punten, zoals doorgaans het geval was. Ik dacht: dat wordt niks, maar de voorzitter kreeg het voor elkaar, niet doordat ons de mond werd gesnoerd – dat is verre van hem; zo is hij niet –, maar eenvoudigweg doordat het zakelijk, snel en gedegen toeging. Ik geloof dat hij die trein heeft gehaald.

De vereniging is er wel bij gevaren. Zij is er, ook financieel, beter aan toe dan ooit. Het saldo stijgt gestaag. Dat is natuurlijk ook een verdienste van de penningmeester, maar daarnaast een verdienste van de voorzitter. We nemen afscheid van hem; bij zo'n afscheid hoort een stoffelijk blijk. Nu is het in allerlei verenigingen en clubs tegenwoordig gebruik dat je in zo'n geval een clubdas geeft. Een paar jaar geleden zou dat bij de heer Konijnenbelt ook een heel toepasselijk cadeau zijn geweest! De laatste jaren heb ik echter gezien dat hij zich een paar keurige dassen heeft aangeschaft. Ik denk dat dat enig verband houdt met zijn benoeming in Amsterdam. Een das is dus een minder geschikt cadeau, en wij zijn dan ook uitgekomen bij de boekenbon. Ik vind dat toch wel een heel toepasselijk cadeau, juist voor deze dag, omdat een boekenbon ook weer elementen van privaatrecht en publiekrecht met elkaar verbindt. Juridisch is een boekenbon een recht van aankoop van boeken tot een bepaald bedrag. Welk bedrag weet ik niet; ik hoop dat het een beetje in de papieren loopt. Anderzijds creëert een boekenbon meteen een publiekrechtelijke schuld; namelijk een verbintenis om belastingen over dat bedrag te betalen. Dat is natuurlijk een domper die er meteen bijhoort!

Hoe dit ook zij, wij nemen afscheid van de heer Konijnenbelt als voorzitter en dit gaat ons aan het hart, ook al kijken we met grote vreugde naar onze nieuwe voorzitter uit. Overigens denk ik dat het afscheid niet blijvend zal zijn en dat we de heer Konijnenbelt ook in komende vergaderingen zullen zien. Hij zal dan niet de jaarrede houden, maar ik

neem toch aan dat hij dan als een van de eerste sprekers van de nieuwe voorzitter het woord zal krijgen. Ik zou dit in ieder geval de nieuwe voorzitter in overweging willen geven.

Hartelijk dank voor alles wat je de afgelopen jaren voor de vereniging hebt gedaan. Vaarwel! We zien elkaar hopelijk nog geregeld, hier en in andere verbanden.

Voorzitter: Mijnheer Bloembergen, u hebt mij geconfronteerd met onverdiende zaligheden; zo heet dat in de termen waarmee ik ben opgegroeid. Heel hartelijk dank voor uw uitvoerige en zeer lovende woorden!

Nu moet ik de hamer overdragen aan de heer Scheltema, en eigenlijk werd het tijd ook. De heer Bloembergen heeft nu wel het woord gevoerd, maar vanochtend zei de heer Lubach het veel treffender: hij kwalificeerde mij als bijlage bij een of ander rapport dat een paar jaar geleden is verschenen. Dat lijkt er eigenlijk meer op!

Mijnheer Scheltema, het wordt tijd dat u voorzitter van deze vereniging wordt. We kennen u al een flink aantal jaren als een bekwaam jurist. U hebt in allerlei vormen grote bestuurservaring. Daarnaast hebt u er vanochtend blijk van gegeven dat u ook een beetje een demagoog bent. Dat was u althans in uw interventie, vanochtend, en zoiets is, denk ik, voor een voorzitter van de VAR nooit weg! Met alle vertrouwen draag ik het ambt aan u over.

De nieuwe voorzitter, mr. M. Scheltema: Dames en heren. Ik zal de vergadering niet lang meer rekken, maar ik wil toch nog een paar woorden spreken tot de heer Konijnenbelt en de heer Rijnen. Zij zijn zojuist vanuit het bestuur toegesproken en wie weten beter dan bestuursleden wat zij de afgelopen tijd hebben gedaan! Het is ook helemaal niet passend, om een reden die ik u dadelijk zal onthullen, nog erg veel te zeggen, maar ik zou toch graag, bij wijze van symbool voor de manier waarop zij zijn opgetreden, één activiteit van ieder van hen willen noemen, een activiteit die vanuit het standpunt van de leden van de vereniging van zo buitengewoon grote betekenis is geweest.

Ik begin met de heer Rijnen. De activiteit waar ik op doel is een activiteit die principieel slechts door één lid van de vereniging is waar te nemen. Als het eerste gewone lid van de vereniging ongeveer een half uur voor de huishoudelijke vergadering de ruimte betreedt waar de vergadering wordt gehouden, dan treft hij daar de heer Rijnen aan, die al bezig is met de voorbereiding van de vergadering, die niet alleen het eerste gewone lid welkom heet, maar die ook de microfoons heeft gecontroleerd, die kortom de hele vergaderzaal al in orde heeft gemaakt. Ik zou willen zeggen: dit is representatief voor de punctuele manier waarop de heer Rijnen steeds de organisatie van de vereniging op zich heeft genomen. De leden hebben zijn optreden ongetwijfeld bijzonder gewaardeerd, al was het maar omdat vandaag het aantal stoelen en het aantal leden, in deze zaal aanwezig, zo heel nauwkeurig op elkaar waren afgestemd.

Mijnheer Konijnenbelt. Van u wil ik een activiteit noemen die niet aan de leden voorbij is gegaan, integendeel, die alle leden op iedere vergadering herhaaldelijk hebben kunnen constateren. Ik doel op het feit dat u het recht van de voorzitter op het laatste woord tot het uiterste hebt uitgebaat. Er was geen interveniënt, geen spreker in de vergadering die niet zodra hij was uitgesproken een snedige repliek van u kreeg. Steeds had u, wie er ook iets zei, het laatste woord. Daaruit blijkt dat u de sfeer in de vergaderingen op uitermate sterke wijze hebt bepaald. Wie kan beter de sfeer bepalen dan een voorzitter die zoveel in de vergadering inbrengt?

Wat zal ik daar verder van zeggen? Slechts dit dat de ervaring heeft geleerd dat de leden in groten getale de vergaderingen hebben bezocht en dat ze ook veel aandrang hadden om de microfoon op te zoeken teneinde hun betoog te houden en wellicht daarna uw repliek te ontvangen! Er is natuurlijk één ding dat die leden wel erg graag willen: eens iets tegen u als oud-voorzitter terug zeggen. Om dat op een aardige manier in het vat te gieten heeft het bestuur bedacht dat het plezierig zou zijn straks àlle leden de gelegenheid te bieden tegen de heer Konijnenbelt iets terug te zeggen: na afloop van deze vergadering bieden wij de heer Konijnenbelt en alle aanwezigen een borrel aan, waarbij hieraan vorm kan worden gegeven.

Ik sluit hiermee deze vergadering.

Verslag van de secretaris over 1985

De jaarlijkse *algemene ledenvergadering* werd op 22 maart te Utrecht gehouden. Tijdens de vergadering werden besproken de preadviezen van mr. D. W. P. Ruiter en drs. C. J. N. Versteden over 'Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht'.

Ruiter geeft in zijn preadvies ('Het ongrijpbare gelijkheidsbeginsel') een rechtstheoretische benadering. Aan de hand van een gedegen literatuuronderzoek schetst hij een beeld van de problemen rond de invulling van het gelijkheidsbeginsel. Hij vraagt zich met name af hoe de keuze van gelijkheidsmaatstaven verantwoord kan worden. Voor een uitweg uit dit vraagstuk knoopt hij in belangrijke mate aan bij Perelman's theorie van de argumentatieve rechtvaardigheid: de onvermijdelijke willekeur dient te worden beperkt door argumentaties voor gelijkheidsmaatstaven te baseren op een in een open, rationeel debat bereikte consensus.

Versteden benadert in zijn preadvies ('Het falende gelijkheidsbeginsel') het gelijkheidsbeginsel vanuit de jurisprudentie, met name die van de Afdeling rechtspraak. Uit een jurisprudentie-analyse tracht hij regels omtrent het gelijkheidsbeginsel af te leiden. Voor hem gaat aan de vraag of gevallen gelijk zijn logisch vooraf de vraag of gevallen vergelijkbaar zijn. Dat zijn ze als ze onder hetzelfde stelsel van wettelijke of bestuurlijke (beleids)maatstaven vallen. Gelijk zijn ze als ze in dezelfde mate in de termen van de beleidsmaatstaven vallen. Versteden constateert dat het gelijkheidsbeginsel geen imponerende rol speelt in de rechtspraak. De rechter schrikt ervoor terug te vernietigen op grond van het gelijkheidsbeginsel, omdat hij dan het bestuur een beleidsmaatstaf zou opleggen. Liever neemt hij zijn toevlucht tot het motiveringsbeginsel of het vertrouwensbeginsel.

Evenals in 1984 hadden de preadviezen voorshands de vorm van een nooduitgave. Wegens vertraging bij de voorbereiding van het preadvies van Versteden was het niet mogelijk de preadviezen meteen als deeltje in de VAR-geschriftenreeks te doen verschijnen.

Tijdens de vergadering van 22 maart werd de *tweede VAR-prijs* (over de jaren 1981-1984) toegekend. Het rapport van de jury, die bestond uit de heren Borman, Van der Burg en Steenbeek, beval aan het boek 'Beleidsregels in het recht' door J. H. van Kreveld met de VAR-prijs te bekronen. Het bestuur nam deze aanbeveling graag over.

In juni besloot het bestuur dat de VAR aandacht zou moeten geven aan het feit dat in 1986 de *Wet Arob tien jaar* in werking zal zijn. De gedachten gingen uit naar het organiseren van een symposium in samenwerking met uitgeverij Samsom. Toen in de loop van het jaar bleek dat ook bij de Afdeling rechtspraak het voornemen bestond het 10-jarig bestaan van de Wet Arob te gedenken is afgesproken in overleg met de Afdeling verder te opereren. Begin 1986 is een eerste aankondiging over twee Arob-bijeenkomsten in de vakpers gepubliceerd.

In september verscheen *geschrift XCIII,* waarin opgenomen de preadviezen van Ruiter en Versteden, alsmede het verslag van de vergadering van 22 maart.

De *adjunct-secretaris,* de heer Polak, legde in de herfst zijn werkzaamheden neer. Als opvolger is benoemd mr. E. J. Daalder.

In de *samenstelling van het bestuur* trad in het verslagjaar slechts één wijziging op: de heer Dorhout werd opgevolgd door mr. J. A. E. van der Does, lid van de Raad van State. Op 1 januari 1986 werd het bestuur gevormd door:

W. Konijnenbelt (voorzitter)
A. Ch. M. Rijnen (secretaris)
B. van Wagtendonk (penningmeester)
A. R. Bloembergen
W. Blanken
Ch. P. A. Geppaart
L. A. G. Melis
J. van Viegen
O. van der Heide
E. Brederveld
M. Oosting
G. J. Fleers
J. A. E. van der Does

Het ledental van de vereniging is in 1985 wederom licht gedaald (nu ± 1175).

De financiële positie van de vereniging blijft gezond.

A. Ch. M. Rijnen
4 maart 1986

Bestuur en ereleden

1. Bestuur

mr. M. Scheltema (voorzitter)
mr. H. G. Lubberdink (secretaris)
mr. B. van Wagtendonk (penningmeester)
mr. W. Blanken
mr. A. R. Bloembergen
mr. E. Brederveld
dr. G. J. Fleers
mr. Ch. P. A. Geppaart
mr. O. van der Heide
mr. L. A. G. Melis
mr. drs. M. Oosting
mr. J. van Viegen
mr. J. A. E. van der Does

2. Ereleden

mr. A. D. Belinfante
mr. A. M. Donner
mr. J. van der Hoeven
mr. J. H. van der Meide †
mej. mr. H. J. D. Revers
mevr. mr. A. Rothuizen-Geerts
mr. F. W. ter Spill
mr. G. J. Wiarda

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

XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A. D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L. G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A. M. Donner 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 dr. H. A. Brasz mr. J. G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W. F. Leemans mr. W. M. J. C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E. H. s'Jacob mr. J. C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H. J. M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J. M. Kan mr. N. H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L. J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A. D. Peiffer mr. W. M. J. C. Phaf prof. mr. S. O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O. A. C. Verpalen mr. F. J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F. H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)

LXVI	mr. J. A. M. van Angeren mr. Th. J. C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A. M. Donner mr. P. J. Boukema 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 mr. J. P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E. L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S. V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht*	(1978)
LXXXII	mr. A. G. van Galen mr. H. Th. J. F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht*	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C. J. G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten*	(1979)
LXXXVI	mr. F. W. ter Spill mr. A. Q. C. Tak	Onwetmatig bestuur*	(1981)
LXXXVIII	mr. P. J. J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F. J. P. M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F. P. C. L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling*	(1984)
XCIII	mr. D. W. P. Ruiter drs. C. J. N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht*	(1985)
XCIV	mr. D. A. Lubach mr. W. A. M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht*	(1986)