GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT

XXXIV

HET GEBRUIK MAKEN VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

PRAEADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR
DR. B. DE GOEDE
EN
DR. M. TROOSTWIJK

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
OP 18 MEI 1956

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

HET GEBRUIK MAKEN VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT

XXXIV

HET GEBRUIK MAKEN VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

PRAEADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR
DR. B. DE GOEDE
EN
DR. M. TROOSTWIJK

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING
OP 18 MEI 1956

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

INHOUD

HET GEBRUIKMAKEN VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

Praeadvies van Dr. B. de Goede

I. Inleiding 7
1. Algemene opmerkingen. 2. Openbaar belang en zijn behartiging. 3. De overheid al dan niet als zodanig. 4. Gebruik van, geen onderworpenheid aan burgerlijk recht. 5. Wat overigens buiten beschouwing is gelaten: subsidie; publiekrechtelijke overeenkomst; concessie. 6. Vervolg: gebruik van burgerlijk recht, dat administratiefrechtelijk irrelevant is.

II. Gebruik 14
1. Onderscheiding naar de aard van de gebruikte vorm. 2. Betrekkelijke waarde van deze onderscheiding: de Haagse school- en kindervoeding. 3. Vervolg: de Artillerie-Inrichtingen. 4. Meningen over de stelligrechtelijke toelaatbaarheid van het gebruik. 5. Stelligrechtelijk verbod van gebruik. 6. Gebod van gebruik. 7. Toegelaten gebruik. 8. Indirect gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm: de betrokkenheid daarbij van het openbaar belang. 9. Vervolg: tegenovergestelde ontwikkelingen ten aanzien van dit gebruik.

III. Toetsing van gebruik 34
1. Het al dan niet gebonden zijn aan privaatrechtelijke verplichtingen. 2. Constructies ter verklaring van het niet gebonden zijn. 3. Beginselen, in acht te nemen bij het aangaan en terzijde stellen van verplichtingen: instaan voor de gevolgen van eigen handelingen. 4. Vervolg: herkenbaarheid van overheidsoptreden. 5. Vervolg: zuiverheid van oogmerk. 6. Aparte positie ook hier van het indirecte gebruik.

IV. Slot 49

Praeadvies van Dr. M. Troostwijk

I. Inleiding 52

II. Burgerrechtelijke transacties van de overheid 53

III. Vrijheid in de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormen? 58
a. Gevallen, waarin een basis voor een publiekrechtelijke heffing van rechten aanwezig is. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij langs privaatrechtelijke weg haar doel te bereiken. *b.* Gevallen, waarin een pu-

bliekrechtelijke heffingsregeling bestaat. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij langs privaatrechtelijke weg haar doel te bereiken. *c.* Gevallen, waarin een publiekrechtelijke heffingsregeling bestaat en wordt toegepast. De inning der heffingsbedragen kan, zo de wet of haar strekking zulks niet verbiedt, langs privaatrechtelijke weg geschieden. *d.* Gevallen, waarin de overheid de privaatrechtelijke heffing omzet in een publiekrechtelijke, omdat haar doeleinden met de laatste beter te bereiken zijn. *e.* Gevallen, waarin de overheid door het invoeren van strafbepalingen haar doeleinden kan bereiken. De administratie is vrij, langs de privaatrechtelijke weg een regeling met de bestuurden te treffen. *f*. Gevallen, waarin een publiekrechtelijke regeling bij een wet of verordening is tot stand gekomen, doch niet voldoende is om de betreffende openbare belangen te behartigen. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij privaatrechtelijke nevenregelingen te treffen. *g.* Gevallen, waarin de overheid zich bij privaatrechtelijke overeenkomst bepaalde rechten heeft bedongen en verplichtingen heeft aangegaan. Die verplichtingen verkorten niet haar publiekrechtelijke bevoegdheden. *h.* Gevallen, waarin de bevoegdheden der overheid publiekrechtelijk zijn beperkt met de kennelijke bedoeling, dat verruiming niet geoorloofd is. Zij kan haar bevoegdheden niet langs privaatrechtelijke weg uitbreiden. *i.* Gevallen, waarin de overheid een dispensatiemogelijkheid van bepalingen van publiekrecht is gelaten. Als voorwaarde voor dispensatie mag zij het sluiten met haar van een de burger bezwarende overeenkomst eisen, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet uitdrukkelijk verbiedt.

IV. De concessie: een kameleon (?) 71

V. De rechtsvorm van gemeentelijke instellingen 79
a. De bestuursorganen der gemeente. *b.* Bedrijven. *c.* De voor spreiding te kiezen rechtsvorm.

HET GEBRUIK VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

PRAEADVIES VAN DR. B. DE GOEDE

I. INLEIDING

1. Het is niet moeilijk om auteurs te vinden, die zich krachtig tegen het gebruik, althans tegen een bepaald gebruik van de burgerrechtelijke vorm bij de behartiging van openbare belangen hebben verzet. Eén van hen, misschien wel de meest gezaghebbende, drukte zich uit als volgt: „Men meent de staatstaak te kunnen opdragen aan organen, die met een stichtingsakte volgens het burgerlijk recht in het leven geroepen zijn, om zich daarmede van lastige publiekrechtelijke bepalingen te bevrijden. De Staat neemt personen in dienst en sluit daarmede arbeidsovereenkomsten om ze niet als ambtenaren te behoeven te behandelen. De onteigeningsvoorschriften tracht men te omzeilen door personen op een vordering van een regeringslichaam tot verkoop te verplichten tegen een prijs, waarop zij geen invloed hebben – een Duitse methode, die nog altijd krachtens het Deviezenbesluit bij onteigening van buitenlandse valuta's wordt toegepast. Men kan zo voortgaan, men kan wijzen op strafmaatregelen, die langs allerlei kronkelige wegen tot contractuele boetebedingen herleid worden, op de samenwerking tussen gemeenten en andere publiekrechtelijke lichamen, waarvoor men eveneens van privaatrechtelijke vormen gebruik maakt om daarmede de rechtsbetrekking aan het publieke recht te onttrekken, enz." [1]

Er is dus misbruik – Huart heeft het al veel eerder dan Meijers uitgeroepen [2] – van burgerlijk recht. De onderwerpsomschrijving van de vereniging is echter zeer algemeen. Gewagend van „het gebruik" omvat zij in een wijde omarming alle soorten van aanwending van burgerlijk recht op het gebied van het publieke leven en stelt daarmee de praeadviseur duidelijk in de onmogelijkheid om dit gebaar na te volgen.

Omdat, anderzijds, een specialistische behandeling van een zakelijk onderdeel al te zeer aan de bedoelingen der vereniging te kort zou doen, is in het hierna geboden verhaal getracht tussen het onmogelijke maximum en het niet bedoelde minimum het redelijk midden te bewaren door de vraag onder ogen te zien, aan welke eisen van algemene

[1] E. M. Meijers, Belastingen als rechtsbegrip; Tractatus tributarii, Haarlem 1949, blz. 25.

[2] F. J. A. Huart, Misbruik van burgerlijk recht door de administratie; Staatsrechtelijke opstellen voor H. Krabbe, Den Haag 1927, II, blz. 176 v.

aard het gebruik van de burgerrechtelijke vorm moet voldoen, zullen de belangen van de burger niet in het gedrang komen. Deze vraag, alsmede een enkele andere, vindt behandeling in het derde hoofdstuk.

Vooraf dient dan de „ligging" van het terrein-in-kwestie te worden nagegaan. Vandaar dat in het vervolg van deze inleiding in hoofdzaak wordt vastgesteld wat *buiten* het terrein van het onderzoek ligt, terwijl in het tweede hoofdstuk in globaal-schematische vorm zal worden aangegeven hetgeen er *binnen* valt. Pas dan is, zo meent de praeadviseur, de gelegenheid open voor enige analyse. Uit de aard der zaak zijn de daaraan voorafgaande beschouwingen niet de meest amusante; men zal dat voor lief moeten nemen.

Ten slotte: ergens in een stokoude volksalmanak is dit beroep op een milde gezindheid te vinden: „de goedgunstige lezer gelieve alle gebreken en taalfouten genadig over het hoofd te zien". Deze captatio benevolentiae – die met betrekking tot de kans op taalfouten sedert kort meer dan ooit inbegrepen – maakt de praeadviseur graag tot de zijne.

2. In het door de vereniging aan de orde gestelde onderwerp figureren de openbare belangen als kern. Het gebruik van de burgerrechtelijke vorm is interessant, zo wordt gesuggereerd, omdat het gaat om de behartiging van juist die belangen. Daaruit volgt, dat allereerst enige aandacht moet worden geschonken aan hetgeen onder openbaar belang is te verstaan en wanneer van behartiging kan worden gesproken.

In zijn bekende circulaire van 31 mei 1876 gaf de minister van Binnenlandse Zaken te kennen, dat zijns inziens een gemeentelijke gasfabriek alleen dan als een openbare instelling viel aan te merken, indien deze strekte om in de openbare straatverlichting en dus in een tak van publieke dienst te voorzien. Voor gemeentelijke waterleidingen gold iets van navenante aard: openbaar waren zij als zij strekten „om de straten te besproeijen, de gooten door te spoelen en andere diensten in het openbaar belang te verrigten". Wanneer de gemeenteraad die inrichtingen tevens dienstbaar maakte tot het verstrekken van gas en water aan de ingezetenen, die dat verlangden, werd echter alles anders. Dan waren het „gewone handelsondernemingen" en het gemeentebestuur vorderde de prijs „niet krachtens publiek regt, maar als leverancier eener koopwaar in". [1]

Romme heeft de achtergrond van deze circulaire gezocht in de overheersende geest van de tijd, waarin zij geschreven werd en dat kan gemakkelijk waar zijn. Wellicht echter zag hij het te eng, toen hij als zijn indruk weergaf, dat toentertijd de overheid geacht werd alleen dan in de uitoefening harer taak te zijn, wanneer zij een publiek belang behartigde in de zin van een aan de ingezetenen gemeenschappelijk, dus

[1] Bijvoegsel Staatsblad 1876, blz. 268.

aan allen gemeen belang.[1] Waarschijnlijker lijkt het, dat hier nog gespeeld heeft de opvatting, dat de overheid diende te besturen en dat verzorging iets was, dat zo ook maar enigszins mogelijk in de particuliere sfeer moest blijven.

In 1933 was men een heel eind verder. Toen oordeelde de Kroon dat Gedeputeerde Staten terecht hun goedkeuring hadden onthouden aan een raadsbesluit tot het verstrekken van een rentedragend voorschot aan een ingezetene ten behoeve van de studie zijner (talentvolle) dochter. Daargelaten, dat niet was gebleken, dat aflossing en rentebetaling voldoende gewaarborgd zouden zijn, was bij het verlenen van het voorschot generlei gemeentebelang betrokken, terwijl het verstrekken van geldelijke voorschotten ten behoeve van zuiver private belangen, zelfs onder voorbehoud van rentebetaling, niet tot de taak van een gemeentebestuur behoorde. [2]

Weliswaar laat deze uitspraak zien, dat wederom een grote afstand ons van 1933 scheidt – het verlenen van studiebeurzen ook door de lagere overheden is een vanzelfsprekende bezigheid geworden –, maar tevens behelst de beslissing, zij het in negatieve vorm gekleed, de erkenning dat hetgeen een gemeente verricht strekt ter behartiging van het openbaar belang. En wat voor de gemeenten geldt, geldt voor het bestuur in het algemeen. Elk belang, dat de overheid op enigerlei wijze aan zich trekt, is een openbaar belang.

De voorzitter van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft op het congres van 14 mei 1952 de opmerking gemaakt, dat de gemeente van een bestuurseenheid tot een verzorgingsambt was geworden. [3] Men mag daaraan dan toevoegen, dat dit geldt voor het gehele openbare bestuur en dat de oorzaak daarvan de veranderde opvatting is van de staatstaak. [4] Overigens is dit geen zaak van administratiefrechtelijke aard. De ontwikkeling in dit opzicht is afhankelijk van de wisseling in de politieke, economische en sociale inzichten.

Boasson heeft een onderscheiding gemaakt in taken, die naar hun aard alleen door de overheid kunnen worden behartigd (defensie; politie; het stellen van door bedreiging met geweld te handhaven algemene en bijzondere voorschriften) en die welke ook door particulieren kunnen worden verricht. [5] Zo'n onderscheiding kan nooit een van nature gegevene zijn, maar zal steeds zijn bepaald naar tijd en plaats. Doch indien al: het feit, dat enig belang ook heel goed thuis zou zijn in particuliere handen, verandert de omstandigheid niet, dat het in han-

[1] C. P. M. Romme, Inleiding voor de vergadering der Ver. v. Ned. Gem.; Gemeentebestuur 1936, blz. 247.
[2] Kb. dd. 12 okt. 1933; A.B. 1933, blz. 913.
[3] Zie daaromtrent het hoofdart. in De Gemeentestem, nr. 5172.
[4] Zie over een en ander de voorz. der Ver. v. Adm. Recht ter jaarvergadering; geschrift XXV der ver., blz. 7.
[5] J. J. Boasson, Overheidswerkzaamheid en particulier initiatief; Bestuurswetenschappen 1954, blz. 229.

den der overheid een openbaar belang is. Wanneer twee hetzelfde doen, is het nog niet hetzelfde.

Valt op de vraag, wat onder openbaar belang moet worden verstaan, in het kader van dit praeadvies dus als antwoord te geven: alles wat van overheidswege behartigd wordt, de andere vraag: wanneer is van zo'n behartiging sprake?, kan worden afgedaan met: steeds. „Wat het algemeen belang betreft, dit behoort onder alle omstandigheden door de overheid te worden behartigd." [1]

3. In het voorgaande is weinig ruimte meer gelaten voor de sinds lang gebruikelijke onderscheiding tussen een overheid, die optreedt „al dan niet als zodanig". Nu dit praeadvies zich heeft bezig te houden met het gebruik van burgerrechtelijke vormen, kan echter licht de neiging naar voren komen om die onderscheiding juist voor deze materie geëigend te achten. Vandaar dat daaromtrent toch een enkele opmerking moet worden gemaakt.

Wiarda heeft de onderscheiding als ondeugdelijk afgewezen voor de beantwoording van de vraag of men met een publiekrechtelijke dan wel met een privaatrechtelijke overeenkomst te doen heeft [2]; in het proefschrift van schrijver dezes is zij terzijde geschoven bij de beoordeling van de onrechtmatige overheidsdaad als het beheer van waterstaatswerken in het geding is. [3] Vegting is algemener in zijn afwijzing. Het door sommigen gebruikte criterium voor de toepasselijkheid van administratief recht dan wel privaatrecht van de overheid als zodanig en niet als zodanig, kan, zo meent hij, „nauwelijks als zodanig" gelden. Men mag volgens hem zeker volhouden, dat overheidsorganen altijd als zodanig optreden. [4]

Deze opvatting wordt hier overgenomen. Hoogstens zou kunnen worden gesteld, dat er vele gevallen zijn, waarin de overheid als zodanig optreedt op een wijze, die extern bezien aan het optreden van een particulier doet denken, maar daarmee zou dan tevens het ontoereikende van de onderscheiding zijn gesteld.

Wie de ontoereikendheid van het criterium in de praktijk wil leren beseffen, doet goed met zich te verdiepen in de aanschrijvingen en de jurisprudentie betreffende het heffen van omzetbelasting van overheidslichamen. Op 3 juli 1941 schreef de wnd. Secretaris-Generaal van Financiën ter zake van de toepassing van het Besluit op de Omzetbelasting 1940: „het is, uit een oogpunt van heffing van omzetbelasting, niet wel mogelijk een scherpe grens te trekken tusschen de gevallen, waarin de gemeente bij het verrichten van diensten optreedt ter

[1] G. J. Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen; diss. S.U. A'dam 1939, blz. 119.
[2] T.a.p., blz. 117 v.
[3] Het beheer in het waterstaatsrecht; diss. Leiden 1951, blz. 109.
[4] W. G. Vegting, Het algemeen Nederlands administratiefrecht, Alphen a/d Rijn 1954, I, blz. 30.

uitvoering van de haar als overheid opgedragen taak en die, waarin zij deelneemt aan het maatschappelijk verkeer op dezelfde voet als een particulier ondernemer".

Niet wel mogelijk: vandaar de welige bloei van casusposities, gebundeld in ministeriële resoluties en in uitspraken van de Tariefcommissie, van welke laatste alleen wordt vermeld de afwijzing van het standpunt als zou een waterschap „wegens het voortbrengen van oude zeepalen" ondernemer zijn in de zin van art. 3 van evenbedoeld Besluit. Omdat de verkoop van de palen een uitvloeisel was van het slechten van zeeweringen, geschiedde de verkoop door het waterschap in de hoedanigheid van publiekrechtelijk lichaam. [1] De uitspraak is juist, maar wanneer laat zich in redelijkheid het tegenovergestelde volhouden?

4. Gevraagd is een beschouwing over het *gebruik* van de burgerrechtelijke vorm, hetgeen iets anders is dan de vraag, in welke mate de overheid bij handelen en nalaten *onderworpen* is aan de bepalingen van burgerlijk recht.

Daarom valt de discussie over de bestaanbaarheid van rechten van derden op zaken, voor de openbare dienst bestemd – voor zover daarover nog discussie mogelijk is na de studies van Sens [2] en Vegting [3]–, buiten het onderwerp.

Zo kan ook onbesproken blijven de positie van de overheid ten aanzien van de verbintenissen uit de wet. In Hartmans Tijdschrift is onlangs het geval geconstrueerd van een jongetje, dat na een hem op straat overkomen ongeval door de gemeentelijke ongevallendienst naar een ziekenhuis was gebracht. De vader had daarna geweigerd de autokosten te betalen, omdat hij geen opdracht tot vervoer had gegeven. [4] Men kan hier een verbintenis uit zaakwaarneming aannemen, maar de daaruit voor de gemeente voortspruitende verplichtingen en rechten heeft zij niet beoogd. Terzijde gelaten worden om dezelfde reden de verbintenis, die voor de overheid ontstaat door het aanvaarden van een onverschuldigde betaling [5], alsmede de wereld, die opengaat bij het noemen van de figuur van de onrechtmatige overheidsdaad.

Van onderworpenheid aan burgerlijk recht is ook sprake, wanneer de overheid zich geconfronteerd ziet met de bewering, dat een verbintenis een einde heeft genomen door compensatie [6] of verjaring [7], kwesties die met name spelen bij belastingschulden.

[1] Uitspraak dd. 14 april 1947; A.B. 1948, blz. 153.
[2] J. B. Sens, Eigendom van zaken, voor den openbaren dienst bestemd, diss. Nijmegen 1934.
[3] W. G. Vegting, Publiek domein en zaken buiten den handel, Alphen a/d Rijn 1946.
[4] Jg. 1955, blz. 483.
[5] H.R. 19 febr. 1931; W. 12280.
[6] H.R. 11 april 1924; W. 11285.
[7] H.R. 1 febr. 1928; W. 11798.

Enigszins anders komt dit te liggen, wanneer de overheid zelf een beroep doet op de toepasselijkheid van burgerlijk recht. Zo heeft de Rechtbank te Haarlem verstaan, dat een gemeente, die steun heeft verleend aan een gehuwde vrouw en deze ondersteuning ingevolge een desbetreffend veroordelend vonnis op de man heeft verhaald door middel van loonbeslag, na vernietiging van dat vonnis in appèl, de vordering van de man wegens onverschuldigde betaling kan bestrijden met een beroep op compensatie. [1]

Het is overigens zeer de vraag of men in veel van deze gevallen wel mag spreken van rechtstreekse toepassing en of niet veeleer analogische toepassing van burgerlijk recht moet worden aangenomen. [2]

5. In het grensgebied – volgens sommigen: in het niemandsland – van het onderwerp liggen de begrippen *subsidie*, *publiekrechtelijke overeenkomst* en *concessie*.

„Wanneer wij de beschikking tot toekenning van een subsidie een plaats moeten geven in de hierbeschreven schaal van mogelijkheden, zouden wij in ieder geval buiten de privaatrechtelijke sfeer willen blijven en dus de overeenkomst naar burgerlijk recht willen elimineren", aldus Hartog en Van Poelje in hun praeadvies over „bestuur door middel van subsidiëring" [3], maar prof. Polak dacht bij de mondelinge behandeling van dit praeadvies daar enigszins anders over. [4]

De uitspraak van de Kroon inzake de bijdragen, die de Nijmeegse universiteit jaarlijks van de gemeente Nijmegen ontvangt, verschaft omtrent dit punt weinig licht. Appellant had betoogd, dat deze bijdragen niet als een subsidieverlening, maar als de voldoening aan een prestatieplicht uit een tussen de gemeente en de Sint-Radboudstichting gesloten wederkerige overeenkomst naar burgerlijk recht moesten worden beschouwd. De Kroon antwoordde hierop, dat het er niet toe deed of voor deze bijdragen de vorm van een overeenkomst was gekozen; het bleef daardoor een subsidie in de zin van art. 197*sexies* der Hoger Onderwijswet. [5] Wat nu eigenlijk een subsidie is, wordt door deze laconieke mededeling niet opgehelderd. Ook dit praeadvies zal daartoe geen poging ondernemen, omdat het daarin gaat over de gevolgen van de hantering van onbetwistbaar burgerrechtelijke vormen.

Bij de mondelinge behandeling ter vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht van de beschouwingen van Beel en Wiarda over de publiekrechtelijke overeenkomst is opgemerkt, dat men hier een term ontmoet, die reeds gedurende tal van jaren gebruikelijk is en op het eerste gezicht een zeer plausibele indruk maakt, maar die bij

[1] Vonnis 15 febr. 1955; N.J. 1955, nr. 689.
[2] Zie A. M. Donner in Ned. Bestuursrecht, Alphen a/d Rijn 1953, I, blz. 104 v.
[3] Bestuurswetenschappen 1952, blz. 142.
[4] T.a.p., blz. 328/329.
[5] Kb. 10 sept. 1955, nr. 23; A.B. 1955, blz. 702.

nader onderzoek voor honderd-en-één interpretaties vatbaar blijkt.[1] Mag dit getal van uitleggingen iets te hoog zijn getaxeerd, in het hierna volgende verhaal zal het aantal niet worden vermeerderd. Na instemming te hebben betuigd met de omschrijving van Wiarda – publiekrechtelijke overeenkomsten zijn overeenkomsten, die in het publiek recht een eigen grondslag en een, zij het slechts summiere, regeling hebben, welke haar op zodanige wijze binnen de sfeer van dit recht betrekken, dat zij geacht moeten worden aan het privaatrecht te zijn onttrokken [2] – wordt deze rechtsfiguur verder terzijde gelaten.

Met de concessie ligt het al minstens even moeilijk. Is zij een overeenkomst? Het wordt in de jurisprudentie en in de litteratuur bij herhaling volgehouden. Indien zij een overeenkomst is, is zij dan niettemin aan het privaatrecht onttrokken? Het is ook beweerd. Of is zij niet meer dan een eenzijdige overheidshandeling? Dat is ook gesteld. Aangenomen al, dat betoogd kan worden, dat een concessie in wezen een privaatrechtelijke overeenkomst is, dan nog zou dat hier geconstrueerd moeten worden en dus de kans geschapen, dat de gedachtenwisseling de vraag gaat betreffen òf van een privaatrechtelijke verhouding kan worden gesproken, in plaats van die naar de begeleidende omstandigheden en gevolgen van het gebruik van privaatrechtelijke vormen.

6. Alle belangen, die de overheid ter verzorging aan zich trekt, zijn openbare belangen en tot de behartiging ervan moeten alle handelingen der overheid strekken.

Dit schijnt in te sluiten, dat, steeds als de burgerrechtelijke vorm van overheidswege gehanteerd wordt, behandeling ervan in dit praeadvies op zijn plaats is. Toch is dit niet het geval: er is een hantering van burgerrechtelijke vormen ter behartiging van het openbaar belang, welke administratiefrechtelijk irrelevant is.

Het is niet ongebruikelijk om te onderscheiden tussen voorwerp en motief van de overheidshandeling. Van Praag bezigt haar – in zover echter zonder duidelijk succes – bij zijn definiëring van de publiekrechtelijke overeenkomst: „Publiekrechtelijke overeenkomsten .... zijn overeenkomsten, gericht op het ontstaan van publiekrechtelijke verhoudingen. M.a.w. publiekrechtelijk zijn die overeenkomsten, welke tot object, tot voorwerp, of naar de oude juridische terminologie

[1] Geschrift IX der ver., blz. 14. Hoeveel jaren de term al gebruikt wordt, is wellicht niet algemeen bekend. Met een vanzelfsprekendheid, die geen weet vertoont van de daarmee opgeroepen problemen, noemde reeds in 1896 de Kroon een tussen enkele Zuidhollandse gemeenten en de provincie getroffen regeling inzake het onderhoud van de weg van de Hoflaan in Rotterdam tot de Mallegatsluis in Gouda „blijkens de wijze waarop zij tot stand kwam en de daaraan door partijen sedert 1859 gegeven uitvoering eene publiekrechtelijke overeenkomst" (Kb. 20 juni 1896, nr. 26; Boogaard, 33e verv., blz. 113).

[2] Geschrift VIII der ver., blz. 73.

tot onderwerp, hebben publiekrechtelijke verhoudingen. Niet voldoende is het dat het publiek belang motief was voor het aangaan van de overeenkomst. Dat motief kan ook hebben voorgezeten bij het sluiten eener zuiver civiele overeenkomst, b.v. van koop of van huur, aangegaan door een publiekrechtelijk lichaam." [1]

Indien het openbaar belang *voorwerp* is van de overheidshandeling, maar niettemin een burgerrechtelijke vorm wordt gebruikt, is zo'n geval binnen de grenzen van dit praeadvies in beginsel een beschouwing waard. Hetzelfde kan worden gezegd van een overheidshandeling, waarbij het openbaar belang slechts het *motief* is, maar dan dient daaraan toch wel te worden toegevoegd, dat dit motief op enigerlei wijze de aard der handeling moet hebben beïnfluenceerd, c.q. bij wege van latere handelingen alsnog beïnvloedt.

Sluit de overheid een koopovereenkomst en wijken de begeleidende omstandigheden, noch de inhoud van het contract af van hetgeen gebruikelijk is tussen particulieren en treden ook later geen feiten op, die de situatie wijzigen, dan wordt de koop weliswaar door de overheid gesloten, behartigende het openbaar belang, doch vallen er binnen het bestek van dit onderwerp geen wezenlijke opmerkingen te maken.

Anders is het in het geval, dat art. 91 van het Algemeen reglement van politie voor rivieren en rijkskanalen (Kb. dd. 24 nov 1919, S. 765) veronderstelt: „Tenzij daartoe bepaaldelijk bij voorwaarden van pachtcontracten vergunning is verleend, is het verboden, zonder vergunning, verleend door of vanwege de Minister, paarden of ander vee te weiden op de kanaalgronden. [2]

Anders ook in het geval, waarin een gemeente zich tegenover een particulier had verbonden om hem het rustig genot van het gehuurde te laten, maar zij naderhand art. 7 van de Woonruimtewet 1947 ging hanteren. [3]

II. GEBRUIK

1. Het citaat, opgenomen onder het eerste punt van de inleiding, biedt ogenschijnlijk een bonte mengeling van het gebruik van de burgerrechtelijke vorm. Bij nader bezien blijkt echter, dat er toch twee categorieën van gebruik al in worden genoemd: die van het verbintenisscheppende contract enerzijds en aan de andere zijde die van de burgerrechtelijke organisatievorm.

Art. 228 der Gemeentewet, hetwelk een opsomming geeft van de burgerrechtelijke vormen, voor welker hantering de gemeente de goedkeuring behoeft van gedeputeerde staten, geeft aanleiding tot een nadere rubricering. Het spreekt ook van de verbintenisscheppende

[1] L. van Praag, Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, Den Haag 1923, blz. 46. Zie ook Wiarda, Overeenkomsten met overheidslichamen, blz. 122.
[2] Een overeenkomstige bepaling kwam reeds voor (als art. 76) in het Alg. reglement van 1879 (Kb. 5 febr. 1879, S. 30).
[3] Vonnis Pres. Rechtbank Zwolle 4 dec. 1948; N.J. 1949, nr. 43.

overeenkomst; daarnaast vermeldt de bepaling het treffen van dadingen, een liberatoire overeenkomst dus. De eenzijdige rechtshandeling vindt vermelding doordat sprake is van het aanvaarden van erfstellingen en legaten en van het instellen van een civiele actie. Alles bijeen treft men hier de figuur aan van de burgerrechtelijke *rechtshandeling*.

Van de burgerrechtelijke *organisatievorm* is in art. 228 de rede onder letter *h*: het oprichten van of deelnemen in stichtingen, maatschappijen, vennootschappen, coöperatieve of andere verenigingen. Men is hier thuis bij het gebruik door de gemeente-op-zichzelf van de organisatievorm en bij het bestuur in samenwerking, hetzij van alleen overheidslichamen, hetzij van overheidslichamen met particulieren, de figuur van – zoals Van der Grinten het heeft genoemd [1] – het gemengd bestuur.

Al dan niet in samenwerking, dit gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm valt aan te duiden als *direct* gebruik, zulks ter onderscheiding van het *indirecte* gebruik, in een tamelijk recent proefschrift ook genoemd „het particuliere stelsel", dat wil zeggen „een stelsel van bestuurszorg door particuliere lichamen (lichamen, door particuliere geïnteresseerden opgericht en samengesteld en in privaatrechtelijke organisatievorm gegoten)". [2] Het gebruik van deze vormen wordt, aldus Couwenberg, van overheidswege bewerkstelligd door concessie, subsidie en statusverlening, onder welk laatste middel men dan moet verstaan, dat „de overheid ten aanzien van een bepaalde maatschappelijke werkzaamheid een wettelijke regeling (treft), welke met zich meebrengt, dat voor de verrichting daarvan, zoals in die regeling omlijnd, slechts in aanmerking komen die particuliere organen, welke van overheidswege zijn erkend enz., welke erkenning een bepaalde geheel of gedeeltelijk in de wettelijke regeling vastgelegde status van rechten en plichten in werking doet treden".[3]

2. Er is derhalve het gebruik van de burgerrechtelijke rechtshandeling naast het direct en het indirect gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm, alle drie rubrieken weer nader onder te verdelen. Met deze schematisering wil intussen allerminst gezegd zijn, dat men hier te doen heeft met waterdichte schotten. Het tegendeel is het geval.

De overstap van de rechtshandeling naar de organisatievorm is in veel gevallen niet van principiële inzichten afhankelijk en dikwijls spreken doelmatigheidsfactoren het eerste en het laatste woord. De vraag of een gemeente goed doet met een leveringscontract met een andere gemeente te sluiten voor water, dan wel of de beide gemeenten juister handelen, wanneer zij in samenwerking een n.v. oprichten,

[1] J. H. P. M. van der Grinten, De inrichting van het bestuur; Ned. Bestuursrecht, 2e uitgave, Alphen a/d Rijn 1934, blz. 100 v.
[2] S. W. C. I. M. Couwenberg, Het particuliere stelsel; diss. Leiden 1953, blz. 7.
[3] T.a.p., blz. 113.

heeft vele aspecten, maar de juridische springen toch niet het eerst in het oog.

Ook het onderscheid tussen de verschillende categorieën van gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm verdwijnt in de praktijk soms geheel of grotendeels. Duidelijk blijkt dit uit hetgeen burgemeester en wethouders van 's-Gravenhage in 1935 aan de raad hebben medegedeeld omtrent de evoluties betreffende de school- en kindervoeding in die gemeente. [1]

Aanvankelijk bestond er in die gemeente voor het vermelde doel een geheel particuliere vereniging, „Kindervoeding" geheten. Die vereniging liet het leven en men ging over op een tijdelijke gemeentelijke dienst voor schoolkindervoeding. Toen men daarna ging denken aan een gemeentelijke stichting, verwierp men deze gedachte toch weer, omdat een gemeentelijke stichting noodzakelijk gebonden zou zijn door uitvoerige regelingen, die bij een zuiver particuliere stichting niet zijn vereist, waardoor deze meer vrijheid van beweging heeft en de medewerking der burgerij en haar belangstelling in de kindervoeding beter verzekerd zullen zijn. Vandaar dat men tenslotte kwam tot *subsidiëring* van een zuiver *particuliere* stichting en tot ingebruikgeving aan dat lichaam van de van de voormalige vereniging „Kindervoeding" overgenomen bezittingen.

Wanneer men nu de statuten dezer particuliere stichting beziet, blijkt de vrijheid der stichting te zijn als volgt:

a. het doel is aan door burgemeester en wethouders aan te wijzen kinderen in door burgemeester en wethouders daartoe te bestemmen lokalen voedsel te verstrekken;

b. de reglementen der stichting behoeven de goedkeuring van burgemeester en wethouders;

c. burgemeester en wethouders kunnen de opheffing der stichting gelasten;

d. wijziging van de statuten is alleen mogelijk met goedkeuring van burgemeester en wethouders.

De subsidievoorwaarden wijzen o.a. het volgende uit:

a. jaarlijks moet rekening worden gedaan aan de gemeenteraad;

b. de administratie staat onder contrôle der gemeente;

c. de benodigde brandstoffen en voedingsmiddelen mogen slechts worden betrokken van firma's, aan wie op grond van een door burgemeester en wethouders aan te wijzen ambtenaar gehouden aanbesteding de levering is opgedragen;

d. de menu's moeten worden samengesteld aan de hand van door burgemeester en wethouders te geven aanwijzingen;

e. de naleving is vereist van alle overigens door burgemeester en wethouders in het belang van een doelmatige besteding van het subsidie te geven voorschriften.

[1] Wkbl. v. Gemeentebelangen, jaarg. 1935, blz. 255.

Het is waarlijk niet te veel beweerd, als men volhoudt, dat deze vrije particuliere stichting geen „pap" kan zeggen zonder hogere toestemming en het praktisch verschil met de zuiver gemeentelijke stichting valt dan ook alleen door geoefende ogen te ontdekken. Bij dit alles bedenke men dan nog, dat, toen in 1921 de gemeenteraad van 's-Gravenhage voor de vraag stond hoe het nu verder moest met de exploitatie van de gemeentewoningen, hij zijn keus liet vallen op een *gemeentelijke* stichting „Centraal Woningbeheer", daarbij geleid door de volgende mening van burgemeester en wethouders: „Aan het inslaan van dezen weg is tevens het groote voordeel verbonden, dat aan personen uit de burgerij, die met het woningvraagstuk vertrouwd zijn, de gelegenheid wordt geboden als bestuurders van dit lichaam hun krachten aan het algemeen belang te wijden. Het ligt in de bedoeling ook een of meer huurders van gemeentewoningen in het bestuur op te nemen om op deze wijze zoo nauwkeurig mogelijk voeling te kunnen houden met de behoeften van de bewoners". [1] Dit argument, hier gebezigd om de gemeentelijke stichting te bepleiten in plaats van direct gemeentelijk beheer, werd, zoals bleek, bij de schoolvoeding ten tonele gevoerd om de particuliere stichting aantrekkelijker te maken dan een door de gemeente te creëren privaatrechtelijk rechtspersoon.

3. Het vorenstaande lag in de sfeer van de gemeente. Een „rijksgeval", hiermee enigszins te vergelijken, vindt thans behandeling, mede omdat er een (voorlopig) onverwacht slot aan is. Uit een ontwerp van wet tot nadere vaststelling van de regeling betreffende de oprichting van de N.V. Nederlandse Machinefabriek Artillerie-Inrichtingen [2] blijkt de volgende geschiedenis.

Toen op 10 mei 1940 de oorlog uitbrak, was het Staatsbedrijf der Artillerie-Inrichtingen een overheidslichaam, dat diende tot voorziening in de Nederlandse militaire behoeften. Door de capitulatie verviel deze doelstelling voorshands, maar in het eerste jaar der bezetting kwam een fabricage-program tot stand voor gereedschapswerktuigen, meetmiddelen en landbouwwerktuigen, produkten dus die hun weg moesten vinden op de vrije markt, waardoor een commerciële opzet van het bedrijf aandacht moest krijgen. Maar ook al vroeger was gebleken, dat de produktie bezwaren ondervond van de inrichting van het bedrijf als staatsbedrijf: men was te zeer gebonden, wat het personeel aangaat, aan regelingen en voorschriften, die voor een bedrijf onhoudbaar zijn (minder bruikbare krachten te vast gebonden; bezoldiging volgens het Bezoldigingsbesluit Rijksambtenaren; moeilijkheden bij het aantrekken van goede krachten enz.). Toen men voor de vrije markt ging werken, wogen deze bedenkingen te zwaarder. Op 6 oktober 1941 werd daarom de genoemde naamloze vennootschap opge-

[1] Praeadvies van b. en w. dd. 21 jan. 1921; verzameling 1921, nr. 46.
[2] Wetsontwerp dd. 15 sept. 1948, nr. 937.

richt, waarvan de aandelen behoorden aan de Staat en aan de Twentsche Bank N.V. Reeds spoedig daarna kwamen echter alle aandelen in staatshanden.

Aangezien de door de Artillerie-Inrichtingen in de bezettingstijd ontwikkelde produktie tot toen toe in Nederland niet of nagenoeg niet voorkwam, en de verdere ontwikkeling daarvan met het oog op de noodzakelijkheid van industrialisatie zeer wenselijk moest worden geacht, terwijl daarmee tevens een aanzienlijke deviezenbesparing en bij latere export deviezenwinst zou worden bereikt, meende de regering dat voortzetting van de produktie een landsbelang was. Zij verloor daarbij niet uit het oog, dat de Artillerie-Inrichtingen als bedrijf in handen van de Staat haar bestaansrecht uitsluitend konden ontlenen aan de militaire doelstelling, maar door de vredesproduktie als aanvulling van de militaire zou een meer continue bezetting van het bedrijf ook bij wisselende conjunctuur zijn gegarandeerd. „Wegens het verschijnen van deze vennootschap op de markt met haar producten uit de civiele sector", aldus letterlijk de memorie van toelichting op het wetsontwerp, „is het volstrekt noodzakelijk geworden voor de positieregeling van het personeel aansluiting te zoeken bij de voor de particuliere nijverheid geldende normen. Wil immers deze productie door een door de Staat beheerst bedrijf tegenover particuliere ondernemers en importeurs verantwoord zijn, dan moet zij geheel self-supporting zijn en generlei subsidie van Overheidswege genieten, in de vorm van bijzondere voorrechten met financiële gevolgen voor het personeel, zoals wachtgeldregeling en verdere uit de positie van Rijksambtenaren voortvloeiende aanspraken".

Op grond van een en ander werd in het wetsontwerp voorgesteld de in bezettingstijd gekozen vorm van naamloze vennootschap te handhaven.

Tegen deze „oplossing" rezen in de Tweede Kamer allerlei bezwaren, zodat – na enkele tussenpogingen – tenslotte een nieuw wetsontwerp ter tafel kwam „tot instelling van het Nationaal Bedrijf Artillerie-Inrichtingen". [1] Aan de toelichting op dit ontwerp wordt het volgende ontleend.

Het bedrijf kwam uit de oorlog als een bedrijf, dat voornamelijk civiele goederen produceerde, waarvan de gereedschapswerktuigen zich een plaats op de binnen- en buitenlandse markt hadden veroverd. „Het vervaardigen van deze goederen is voor de Artillerie-Inrichtingen een middel geworden om zich technisch en economisch te meten met vooraanstaande buitenlandse fabrieken, hetgeen in belangrijke mate ten voordeel strekt van het technisch peil van het bedrijf. Is dit deel van het huidige produktieprogramma op zich zelf reeds als een waardevolle bijdrage aan de industrialisatie te beschouwen, daar komt nog bij, dat de aanwezigheid van deze produktie bovendien aan

[1] Ontwerp dd. 17 nov. 1955; zitting 1955–56, nr. 4170.

het hoofddoel van het bedrijf, de militaire produktie ten goede komt. Het vervaardigen van deze goederen draagt er veel toe bij, dat vaklieden kunnen worden opgeleid."

De taak – militaire en civiele produktie – bracht mee, dat de voor het bedrijf te ontwerpen structuur in de eerste plaats recht moest doen wedervaren aan de eis, het karakter van de onderneming in bedrijfseconomische zin te bewaren. „Daartoe is het gewenst, dat het bedrijf in een juridische figuur belichaamd wordt, welker verhoudingen naar buiten (tegenover de Regering, alsook tegenover andere bedrijven) zowel als naar binnen (tegenover het personeel) duidelijk blijken." . . . „De Artillerie-Inrichting onderscheidt zich op verschillende punten van een particuliere onderneming; haar herkomst (afstamming van het Staatsarsenaal), haar functie (voornamelijk een logistieke), haar afzet (voornamelijk aan de defensieministeries), haar nationaal karakter. Dit nationaal karakter in het bijzonder maakt het gebruik van de vorm van naamloze vennootschap oneigenlijk" . . . . „Het creëren van een rechtspersoon sui generis volgens het bijgaande wetsontwerp komt tegemoet aan de bij vroegere gelegenheden in de Tweede Kamer der Staten-Generaal geuite kritiek, omdat deze rechtspersoon een duidelijke verantwoordelijkheid der Regering en een controle der Staten-Generaal schept, terwijl anderzijds de elementen, die essentieel zijn voor het welslagen als onderneming, in Staatshanden veilig worden gesteld. Deze rechtspersoon is derhalve een nieuwe figuur in ons Staatsbestel."

Staatsbedrijf; gemengd bedrijf; overheidsvennootschap; nationaal bedrijf. En indien Stellinga zijn zin zou krijgen, zou aan het scala van mogelijkheden opnieuw zijn begonnen. Verwijzend naar de Rijksmunt, het Staatsbedrijf der P.T.T., het Staatsvissershavenbedrijf en het Staatsmijnbedrijf, bepleit hij de terugkeer tot de aanvankelijke figuur van staatsbedrijf. [1]

De wisseling van argumenten maakt sterk de indruk ingegeven te zijn door opportuniteitsoverwegingen, zoals ook de Artillerie-Inrichtingen zelf van karakter veranderen al naar mate de stukken de ene of de andere oplossing voorstaan.

Het vervloeiende van de motivering hier en elders van het gebruik van de burgerrechtelijke vorm voor de behartiging van openbare belangen geeft aan de materie iets troebels en maakt dat men sceptisch staat tegenover het profijt van een overzicht der beschikbare mogelijkheden. Overigens moet worden toegegeven, dat de motivering van het in laatster instantie voorgestelde „nationaal bedrijf" elementen bevat, de overweging ten volle waard als men zich zet tot een principiële bezinning op de nadelen van het gebruik van de privaatrechtelijke vorm. Verderop zal hierop worden teruggekomen.

[1] Tijdschr. v. Overheidsadm. 1955, blz. 473.

4. De hiervoor besproken gevallen betreffen de bestuurs*inrichting*, een aangelegenheid ten aanzien waarvan men, naar het pittig woord van de voorzitter der vereniging, wel kan zeggen, dat men veel te veel geneigd is, haar over te laten aan de touwtrekkerij van de politieke heren en aan de wijsheid van efficiency-experts en comptabiliteitsambtenaren [1], maar die, stelligrechtelijk bezien, toch voor een belangrijk deel ligt in de vrije sector. De wetgever kan alles en voor het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen door de lagere lichamen bevatten de Gemeentewet en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen wel een restrictie, maar afgezien daarvan schijnt men toch vrijwel zijn gang te kunnen gaan.

Spreekt men, wederom geredeneerd vanuit het positieve recht, van verboden gebruik van privaatrechtelijke vormen, dan heeft men meestentijds de bestuurs*praktijk*, specialiter de beperking van de contractsvrijheid op het oog, die voor de overheid zou gelden.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer van de ontwerpen der wetten van 30 januari 1915, S. 46 en 47, tot overdracht in beheer en onderhoud aan de polders Helder en Huisduinen en Het Koegras van gedeelten van Rijkswegen, alsmede bij de behandeling van de Rijksbegroting voor 1915 rees bezwaar tegen de tot dan toe gevolgde praktijk: het overbrengen van een waterstaatswerk bij door de wetgever goed te keuren overeenkomst achtte men in strijd met art. 1 der Waterstaatswet 1900. Voor zover hier van belang, deed het Kamerlid Visser van IJzendoorn (man van gezag in waterstaatszaken) opmerken: „De gedachtengang van de regeering, dat hier zou zijn een overeenkomst en een overdracht uit kracht van die overeenkomst in verband met de wet, gaat hierin mank, dat men aanneemt, dat de bepalingen van het burgerlijk recht van toepassing zijn. En hoezeer het departement van dien gedachtengang doordrongen is, blijkt wel het duidelijkste hieruit, dat alle tot nog toe aangenomen wetsontwerpen... de bepaling inhouden, dat er wordt overgeschreven in de openbare registers. Men denkt zich een levering evenals van bezit, eigendom of verbintenis, die wordt overgedragen". De spreker betoogde tenslotte: „Overheidsrechten kunnen niet het object zijn van een overeenkomst. Daarop wil ik den nadruk leggen." [2]

Men heeft hier een met grote stelligheid geformuleerd verbod van het gebruik van de burgerrechtelijke vorm: zijn er overheidsrechten in het geding, dan is die vorm taboe. Maar juist met die rechten ligt het nog wel even moeilijk. Wanneer heeft men met zo'n recht te doen? Moet hier het criterium gehanteerd worden, waarvan Boasson, zoals

[1] Geschrift XXV der ver., blz. 7.

[2] D. Kooiman, Waterstaatswetgeving, I, 2e dr., Alphen a/d Rijn 1928, blz. 327 en 329. Voor een provinciale praktijk om bij overdracht van beheer en onderhoud de bij notariële akte te constateren overeenkomst te gebruiken, zie B. R. de Roy van Zuidewijn, Het provinciaal wegenbeheer in Noord-Brabant; diss. S.U. A'dam 1915, blz. 51.

hiervoor bleek, gebruik heeft gemaakt: de karakteristieke en niet karakteristieke overheidstaak? De bestuurspraktijk kan met staatsrechtsfilosofische beschouwingen soms weinig uitrichten.

Kranenburg is van mening, dat de bestuursorganen gebruik mogen maken van de gewone burgerrechtelijke rechtsvormen, wanneer de specifieke belangen, welke zij hebben te behartigen, geen specifieke normen van staats- en administratiefrechtelijke aard vereisen, die een juiste en rechtvaardige behandeling der geadministreerden waarborgen. Is dit laatste echter wel het geval, dan heeft de overheid zich van het gebruik der burgerrechtelijke rechtsvormen te onthouden, en een contract, dat met dit beginsel in strijd zou komen, zou onverbindend zijn als strijdig met de openbare orde (artt. 14 A.B. en 1373 B.W.). [1]

Dit betoog is alleen in schijn vaag en die schijn wordt wellicht veroorzaakt door de poging om een alomvattende formule te geven voor verboden gebruik. Andere schrijvers differentiëren in deze materie, maar de meesten komen toch wel op hetzelfde punt uit. En allen, Van IJzendoorn en Kranenburg inbegrepen, zullen in elk geval wel de minimum-eis aanvaarden, die Huart heeft geformuleerd: „het gebruik van privaatrechtelijke vormen zal niet geoorloofd zijn, indien een wet of wettelijke verordening de blijkbare bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is." [2]

Visser van IJzendoorn sprak van „overheidsrechten", maar men vergete niet dat hij strijd had geconstateerd met art. 1 der Waterstaatswet 1900. De formule van Huart dekt althans voor een deel het standpunt van Kranenburg. Scheltema sprak van de mogelijkheid, dat de publiekrechtelijke regeling kan bedoelen, aan de privaatrechtelijke te derogeren, en derhalve, voor het geregelde geval, de verhoudingen, waarin de overheid is betrokken, aan de werking van het gemene recht te onttrekken. Met zijn toevoeging, dat het dan gaat om een vraag van interpretatie der desbetreffende publiekrechtelijke regeling, is men duidelijk thuis in het positieve recht.[3] Donner acht het bestuur niet vrij om bepaalde openbare belangen langs burgerrechtelijke weg na te streven, wanneer het publieke recht voor de behartiging van die belangen een aparte regeling bevat. [4] Vegting erkent, naast de mogelijkheid van andere gevallen, het geval dat het objectieve recht, praktisch gesproken de wet, maar soms ook ongeschreven recht, speciaal recht heeft geschapen voor rechtsverhoudingen tussen overheid en burgers. Alsdan geldt normaliter dat speciale recht. [5]

[1] R. Kranenburg, Inleiding in het Ned. administratief recht. 3e dr. bewerkt door W. G. Vegting, Haarlem 1955, blz. 43.
[2] T.a.p., blz. 191.
[3] F. G. Scheltema, De zaken der openbare lichamen; Ned. Bestuursrecht, 2e uitgave, Alphen a/d Rijn 1934, blz. 131.
[4] Ned. Bestuursrecht, 3e uitgave 1953, I, blz. 65/66.
[5] Het alg. Ned. administratiefrecht, I, blz. 38.

Men kan het er dus over eens worden, dat het gebruik van burgerrechtelijke vormen verboden is als . . . het verboden is. De moeilijkheid zit dan alleen nog in de eventuele aanwezigheid en in de interpretatie van het verbod.

5. De oplossing van die moeilijkheid zal in de praktijk moeten geschieden door de civiele en de administratieve rechter. Dat het beginsel in de jurisprudentie wordt aanvaard, lijkt reeds te volgen uit het standpunt van de Hoge Raad, toen hij in 1905 te oordelen kreeg over de bevoegdheden van de Kamers van Arbeid ingevolge de Wet van 2 mei 1897, S. 141: „. . . terwijl eveneens onaannemelijk is, dat bevoegdheden, door de wet aan door haar tot publieken dienst geroepenen met het oog op dien dienst verleend, zouden kunnen worden gewijzigd of uitgebreid door overeenkomsten van partijen". [1]

De regeling van de rechtspositie van de ambtenaar is aan het private recht onttrokken. Het Gerechtshof te Arnhem achtte het geen betoog te behoeven, dat, waar de strekking van art. 30 der Lager-onderwijswet 1920 was de in dat artikel genoemde tijdelijke onderwijzers een bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde wedde toe te kennen, een gemeente onbevoegd is om dat voorschrift te ontduiken door met een sollicitant voor of bij zijn benoeming een overeenkomst te sluiten, inhoudende, dat deze, indien benoemd, in een bepaald geval enig deel van zijn wedde aan de gemeente zal restitueren en dus zulk een overeenkomst als strijdig met de wet nietig en zonder gevolg zal zijn. [2]

In dit geval viel een wetsbepaling met name te noemen. Het Ambtenarengerecht in Den Haag moest een veel bredere zwaai gebruiken. Het ging uit van het kenmerk der ambtenaarsverhouding, dat zij wordt beheerst door de daaromtrent vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Men kan daar volkomen vrede mee hebben en niettemin aarzelend staan tegenover de op deze premisse volgende conclusie, dat het uitgesloten is, dat door de ambtenaar als zodanig en het Rijk overeenkomsten tot bewaargeving worden gesloten, specialiter als deze zouden moeten betreffen kledingstukken, die een korporaal-kleermaker gehouden is bij de uitoefening van zijn dienst beschikbaar te houden.[3]

(G.A.A.M.) B(oot) zegt in een noot onder deze beslissing: „Een andere uitspraak kon nauwelijks worden verwacht; de gevolgen zouden anders voor het Rijk ook niet zijn te overzien." Het beginsel van het opportunisme in de rechtspraak zal weinigen gelukkig stemmen, maar duidelijk blijkt uit deze aantekening in elk geval, dat de „uitgeslotenheid", waarvan het Ambtenarengerecht gewaagde, althans voor de heer Boot niet ten volle in de streng-juridische sfeer is gelegen.

[1] Arrest dd. 7 april 1905; W. 8204.
[2] Arrest dd. 15 maart 1938; N.J. 1938, nr. 808.
[3] Uitspraak dd. 12 okt. 1953; A.B. 1955, blz. 577.

Algemeen in zijn constructie was ook het Gerechtshof te 's-Gravenhage. In de mededeling van een college van burgemeester en wethouders, dat het in hun bedoeling lag appellant na een goede vervulling van de hem opgedragen taak in een bepaalde ambtelijke functie te benoemen, was geen voorwaardelijke overeenkomst gelegen. Maar indien al, appellant zou aan de door hem gestelde overeenkomst toch nimmer een civielrechtelijke vordering kunnen ontlenen om benoemd te worden en hij zou dus ook in zijn vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie niet-ontvankelijk zijn. De taak van burgemeester en wethouders, om ambtenaren aan te stellen, was hun opgedragen in het publiek belang en afspraken, die met dat belang in strijd waren, pasten niet.[1] Dit arrest doet meer dan de onbestaanbaarheid van de overeenkomst constateren; het gaat ook in op de gevolgen, indien het onbestaanbare toch werkelijkheid zou worden en omtrent die gevolgen kan men zeer wel van mening verschillen. Deze vraag komt in het volgende hoofdstukje aan de orde.

Op het zo epineuze terrein van het belastingrecht valt een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam te noteren. Een bepaling in een privaatrechtelijke overeenkomst van geldlening, door een waterschapsbestuur met de deelnemers in die lening aangegaan, houdende dat de coupons van de obligatiën tot betaling zullen kunnen dienen van een omslag, die in geld moet worden opgebracht, moet worden geacht in strijd te zijn met art. 104 van het Reglement voor de waterschappen in de provincie Utrecht, zowel als met art. 14 der Wet A.B. [2]

Bij dit incidentele geval sluit in meer algemene zin het standpunt van de Hoge Raad aan. Toen hij te oordelen kreeg over een overeenkomst, die de gemeente Amsterdam had aangegaan, waarbij aan het Rijk was vergund om op bepaalde percelen werken aan te leggen en voorts was bepaald, dat voor het innemen van eigendommen der gemeente geen belasting zou zijn verschuldigd, verstond de Hoge Raad dat een gemeente bij overeenkomst niet rechtsgeldig kan afwijken van de bepalingen ener bestaande belastingverordening. Vrijstelling mocht uitsluitend berusten op de verordening zelf. [3]

De waterschappen zijn, wat de toepassing van burgerrechtelijke vormen aangaat, ook psychologisch gezien interessant. Dat deze instellingen verenigingen zijn van grondeigenaren, kan niemand meer met enige kans op succes volhouden. Het zijn publiekrechtelijke lichamen, belast met de behartiging van enig openbaar waterstaatsbelang. Dat betekent intussen niet, dat in veel gevallen de bestuurders van een waterschap zich anders beschouwen dan als de verzorgers van een bundel private belangen. Vandaar dan misschien de soms zeer geringe bekommernis des gemoeds, waarmee waterschappen naar de privaat-

[1] Arrest dd. 10 nov. 1933; W. 12775.
[2] Arrest dd. 28 nov. 1901; W. 7686.
[3] Arrest dd. 6 febr. 1931; W. 12258.

rechtelijke vorm grijpen in gevallen, die daar toch zeker niet direct voor zijn aangewezen.

Een naamloze vennootschap wenste woningen te bouwen in de nabijheid van de tot de Vereenigde Binnenpolder onder Haarlemmerliede en Spaarnwoude behorende windwatermolen „de Slokop". Daarvoor behoefde de n.v. vergunning ingevolge de keur van het Hoogheemraadschap van Rijnland. Deze vergunning werd verleend *zonder* toevoeging van een beding van geldelijke aard. De Binnenpolder sloot vervolgens met de n.v. een overeenkomst, waarbij de laatste zich verbond een bedrag van *f* 1500,— in de polderkas te storten, waartegenover de eerste afstand deed van zijn recht om bij Gedeputeerde Staten vernietiging te vragen van de vergunning van Rijnland. Het hoogheemraadschap en de provincie eisten van de Binnenpolder teruggave van het bereids gestorte bedrag, maar de Kroon oordeelde, dat de burgerlijke rechter en niet het college van Gedeputeerde Staten bevoegd was om te beslissen of de som aan de vennootschap behoorde te worden teruggegeven. [1]

De zaak kwam in hoogster instantie dus op een zijspoor terecht, zodat geen duidelijke jurisprudentie tot stand kwam. Toch mag men wel volhouden, dat in casu de keur van Rijnland de bedoeling had om de regeling van de bebouwing nabij de molen uitputtend publiekrechtelijk te regelen, zodat de affaire aan het privaatrecht was onttrokken. Men hoeft dan niet in de verleiding te komen om Van IJzendoorn te citeren: „Overheidsrechten kunnen niet het object zijn van een overeenkomst. Daarop wil ik den nadruk leggen".

Voor de verknoping van publiek en privaatrecht in algemene zin – het achterliggende probleem van het door de vereniging aan de orde gestelde onderwerp – biedt trouwens het waterschapsrecht dankbaar, maar nog steeds niet ten volle bewerkt materiaal. Uit die rijke bron wordt hier slechts het geval geput, waarmee de kantonrechter te Hilversum geconfronteerd werd: dat van de „Buitendijksche Landerijen van Muiderberg af tot aan de Gooische gemeente toe". Deze instelling had jaren en jaren achtereen geleefd onder het Reglement van administratie, beheer en verplichtingen, daar gesteld door eigenaren, gemachtigden of daartoe bevoegden van de Buitendijksche Landerijen. Was het daarbij nu maar gebleven, dan waren de bezwaren te overzien geweest, doch dit reglement kreeg bij besluit van 12 december 1831, nr. 30, koninklijke sanctie. En daarmee zat men in de puzzles. De kantonrechter meende, dat „dit exceptionele vergeten waterschapje" een echt waterschap was, ondanks het feit, dat het bestuur zich aan de waterstaatswetgeving nimmer iets gelegen had laten liggen. Daarover verbaasde hij zich echter niet „bij iemand, die proza heeft

[1] Kb. dd. 15 dec. 1931, nr. 29; Boogaard 68e verv., blz. 369. Voor een overeenkomst tussen het Grootwaterschap van Woerden en het waterschap Gerverscop, zie Kb. dd. 6 jan. 1947, nr. 6; Boogaard 84e verv., blz. 1.

gesproken zonder te weten, dat hij .... waterschap was." [1] Maar wat als die koninklijke goedkeuring nu eens niets anders was geweest dan die, welke iedere vereniging van meer dan twintig personen indertijd behoefde, wilde zij niet door de (in de strijd tegen de Afscheiding berucht geworden) strafbepaling van art. 291 van de Code Pénal worden getroffen? Wanneer men vertoeven wil „op de grenzen van publiek- en privaatrecht" zij het waterschapsrecht als terrein aanbevolen. Een terrein, waar nog altijd de particuliere poldervereniging bestaat naast het publiekrechtelijk georganiseerde waterschap, met daartussen dan nog geklemd een enkel geval van „non liquet".

6. Onder punt 4 van de sub II samengevatte beschouwingen zijn enkele schrijvers geciteerd terzake van het verbod om bij de behartiging van openbare belangen de burgerrechtelijke vorm te hanteren. Wanneer uit het publieke recht de duidelijke wil blijkt om een belang publiekrechtelijk te isoleren, blijft het privaatrecht buiten toepassing, aldus mag men de citaten wel tot één redactie verenigen. Men heeft dan een verbod voor hetgeen *binnen* de isolatie valt. Voor wat dan *daarbuiten* is gelegen moet men soms tot de slotsom komen van een *ge*bod tot het gebruiken van de privaatrechtelijke vorm. Met name als aan de overheid exceptionele rechtsmiddelen zijn toegekend tegenover de burger, klemt de vraag, in welke gevallen zij gebruikt mogen worden. Het recht van dwangschrift is daar een voorbeeld van.

Een aan de Staat toebehorende en bij het directoraat-generaal voor de prijzen in gebruik zijnde auto werd beschadigd door een paard, dat verweerder in cassatie ter verzorging onder zich had en dat ten tijde van het ongeval, dat de beschadiging veroorzaakte, bereden werd door een pikeur, die in dienst was van verweerder. De ontvanger der directe belastingen en accijnzen te Harderwijk vorderde de schadevergoeding in bij dwangschrift, als bedoeld in art. 95 der Registratiewet 1917, daarbij steunend op art. 16, vierde lid, van de Wet van 16 juni 1832, S. 29, juncto onderdeel 2*a* van de beschikking van de Minister van Financiën dd. 18 oktober 1946, nr. 154, Ned. Stscnt. van 21 oktober, nr. 206, zoals dit onderdeel was gewijzigd bij beschikking van die minister dd. 2 mei 1947, nr. 24, Ned. Stscnt. van 7 mei 1947, nr. 87.

De opsomming van de gronden wordt hier volledig geciteerd om te laten zien hoe deugdelijk die fundatie in elkaar schijnt te zitten. De Hoge Raad veegde de constructie echter van de tafel, omdat de opvatting van de ontvanger ertoe zou leiden „dat de Minister van Financiën het in de hand zou hebben om, door de inning daarvan op te dragen aan de ambtenaar van de registratie, iedere vordering van de Staat, uit welke oorzaak ook ontstaan, bij dwangschrift invorderbaar te maken, en dat hij aldus door een interne ambtelijke aanwijzing in-

[1] Vonnis dd. 3 mei 1927, W. 11694. Als vraagstuk is deze zaak van de baan sedert in 1928 de Staten van Noord-Holland de instelling formeel als waterschap hebben gereglementeerd.

cidenteel voor iedere vordering ten behoeve van de Staat tegen zijn schuldenaren een executorialen titel zou kunnen scheppen".[1] De regelen betreffende de vervolging en het procederen voor de registratierechten gebruikelijk en vervat in de artt. 95 en 96 der Registratiewet, mogen niet buiten hun object worden uitgebreid; in die gevallen heeft de Staat de weg te bewandelen van de civiele actie, aldus mag wel de slotsom zijn.

Van een verplichte poging tot het gebruik van burgerlijk recht is sprake in art. 17 der Onteigeningswet; de onteigenende partij moet trachten hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen. De publiekrechtelijke dwang is uitzonderingsrecht. Levert deze bepaling niet veel moeilijkheid op, dat er meningsverschil mogelijk is wanneer een algemeen verbindend voorschrift bepaalt, dat een openbaar bestuur, indien dit voor een behoorlijke vervulling van zijn taak nodig is, eigendomsrechten moet zien te verkrijgen, leert het geding tussen het Hoogheemraadschap Noordhollands Noorderkwartier en de polder Oostzaan.[2]

Verplicht gebruik van burgerlijk recht vindt men ook in art. 80, lid 4, der Lager-onderwijswet 1920: de gemeente verschaft op verzoek der instelling of vereniging, indien mogelijk, de voor de stichting van de school bestemde grond en draagt deze aan de instelling of vereniging in eigendom over. De vraag of hier een op vrije wilsovereenstemming gebaseerde overeenkomst aan de orde is, is van belang met het oog op door de gemeente te betalen registratierechten ingevolge art. 27 der Registratiewet 1917.

Aanvankelijk beantwoordde de Minister van Financiën deze vraag bevestigend. De overdracht van grond, als in art. 80 bedoeld, moest worden gezien als overdracht onder bezwarende titel en als contraprestatie moest worden aangemerkt de verkoopwaarde van de overgedragen grond, welke in mindering wordt gebracht op de voor de stichting der school beschikbaar te stellen gelden (resolutie dd. 3 febr. 1951). In 1954 kwam het departement tot een andere opvatting. De mening, dat in casu van een op vrije wilsovereenstemming gebaseerde overeenkomst kan worden gesproken, werd niet onder alle omstandigheden onbetwistbaar geacht, terwijl het tevens voor bestrijding vatbaar was, dat hier aan een wezenlijke contraprestatie van het schoolbestuur mocht worden gedacht. De gemeente voldeed immers slechts op een bepaalde wijze aan een verplichting, welke haar door de wet is opgelegd, en de waarde van de grond komt rechtstreeks in mindering van de anders door de gemeente te verschaffen gelden (resolutie dd. 27 sept. 1954).[3]

Zou men niet mogen volhouden, dat het hier gaat om een publiek-

[1] Arrest dd. 30 mei 1951; N.J. 1951, nr. 661.
[2] Arrest H.R. dd. 18 jan 1934; W. 12798.
[3] Ned. Gemeente 1953, blz. 71; T.v.O. 1955, blz. 22; Gemeentestem nrs. 5316 en 5346.

rechtelijke verbintenis uit de wet, gericht op burgerrechtelijk resultaat? Daarmee zou dan ook opheldering zijn verkregen omtrent de titel van aankomst.

7. Tussen verboden gebruik en geboden gebruik staat het gebruik dat wordt toegelaten. Het mag, maar het hoeft niet, en dit dan in die zin, dat ook niet langs de weg van interpretatie een wetsbepaling valt aan te wijzen, die tot gebruik noopt dan wel het uitsluit.

De Hoge Raad heeft zich onlangs bezig gehouden met de vraag of voor de invordering van sociale verzekeringspremiën ook de gewone rechtsweg openstond dan wel of uitsluitend het middel van dwangbevel mogelijk was. [1]

De Nieuwe Algemeene Bedrijfsvereniging voor Ziekengeldverzekering, Kinderbijslagverzekering en Wachtgeld- en Werkloosheidsverzekering te Amsterdam had bij dagvaarding voor de kantonrechter een schuldenaar aangesproken tot betaling van de premie en de kantonrechter had de vordering toegewezen. De procureur-generaal bij de Hoge Raad vroeg cassatie aan in het belang der wet, omdat hij van mening was, dat de bedrijfsvereniging de bevoegdheid miste om de invordering van de premie te bewerkstelligen langs een andere weg dan aangegeven is in art. 15 van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, hetwelk invordering kent bij dwangbevel. Deze wijze van inning zou dan moeten worden beschouwd niet als facultatief naast de gewone burgerlijke procedure, maar als exclusief voorgeschreven. En letterlijk het betoog van de procureur-generaal: „De vorderingen, welker inning door meergenoemde wet wordt beheerst, werden voordien deels geïnd door de Raad van Arbeid, deels door Bedrijfsverenigingen. Aan de Raad van Arbeid was in de toepasselijke bepalingen dezelfde bevoegdheid tot inning bij dwangbevel verleend als thans in art. 15 is omschreven. Naar ik meen te weten pasten de Raden nooit anders dan deze wijze van inning toe; een beslissing over de vraag, of zij ook de gewone weg van dagvaarding hebben mogen volgen, is mij dan ook niet bekend. Ik zou echter deze laatste vraag ontkennend willen beantwoorden. De taak van de Raden van Arbeid en van de bedrijfsverenigingen ten deze was en is een zuiver publiekrechtelijke. Juist deze gedachte rechtvaardigt dat thans ook aan de Bedrijfsverenigingen een zo bij uitstek publiekrechtelijke bevoegdheid als die van art. 15 is verleend. Het hoge privilege dat art. 16 der Coördinatiewet aan deze vorderingen verbindt is een uiting van hetzelfde beginsel. Het wil mij nu voorkomen dat een instantie die in de vervulling van een zuiver publiekrechtelijke taak de beschikking heeft over een uitzonderlijke bevoegdheid tot invordering van het haar verschuldigde, welke bevoegdheid enerzijds voor de publieke dienst de voordelen heeft van groter eenvoud en veronderstelde grotere efficiëntie, ook voor de

[1] Arrest dd. 21 okt. 1955; N.J. 1955, nr. 723.

wederpartij een belang vertegenwoordigt in de vorm van geringere op de inning vallende kosten, uit hoofde van de plicht om ook met dit laatste belang rekening te houden – welke plicht uit het publiekrechtelijk karakter van haar taak voortvloeit – niet bevoegd is een andere weg dan de bedoelde te volgen."

Anders dan in het geval van de beschadigde rijksauto is hier dus niet het geval aan de orde van speciale publiekrechtelijke bevoegdheden die tot buiten de materie, die zij bestrijken worden uitgebreid, maar gaat het om de vraag of in casu, naar de geciteerde woorden van Huart, de wet de blijkbare bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is. De procureur-generaal, ten einde tot de onmogelijkheid van afwijking te komen, ging uit van een publiek recht, gegeven ter wille van de daaraan verbonden eenvoud en „veronderstelde" efficiëntie, welk recht tevens een publieke plicht zou zijn, omdat de wederpartij bij het volgen van de exclusieve weg belang had van geldelijke aard.

De Hoge Raad ging met deze gedachten niet akkoord. De tekst van art. 15, waarin van een gegeven „bevoegdheid" wordt gesproken, duidde erop, dat aan het uitvoeringsorgaan is toegestaan voor de premie-inning van de invordering bij dwangbevel gebruik te maken, waarbij het aan de keuze van het orgaan wordt overgelaten of het in een gegeven geval dit bijzondere rechtsmiddel dan wel de gewone rechtsmiddelen benutten wil. Bijzondere aandacht verdient de overweging, dat „daarbij niet blijkt van een bedoeling om een belang van de nalatige schuldenaren bij kostenbesparing door een vereenvoudigde invordering te waarborgen". [1]

Ziet schrijver dezes het goed, dan hebben de procureur-generaal en de Hoge Raad op een zeer wezenlijk punt langs elkaar heengeredeneerd. De eerste heeft, zijns bedunkens, niet betoogd dat van een zodanige bedoeling in het betrokken voorschrift bleek, maar dat de publieke plicht aan het publieke recht inhaerent was; dat, met andere woorden, een publiek recht tot het gebruik van een publiekrechtelijk middel een publieke plicht tot dat gebruik is, indien daarbij belangen van de burger op het spel komen te staan.

Mocht deze zienswijze juist zijn, dan is men van de enge interpretatie van de voorschriften terecht gekomen in het netelig vlak der toetsing van de gedragingen aan algemene beginselen van bestuur. Enkele opmerkingen daaromtrent worden bewaard voor het derde hoofdstukje.

Het *toegelaten* gebruik is met name van belang in de sfeer van het gebruik van de burgerrechtelijke *organisatievorm*. Afgezien van bepalingen als art. 234 der Gemeentewet is men, stelligrechtelijk beschouwd, vrij. Komt men desondanks tot afwijzing van de privaatrechtelijke vorm, dan gebeurt dat doorgaans niet onder verwijzing naar uitdruk-

[1] Zie over dit arrest J. R. Stellinga in T.v.O. 1956, blz. 9.

kelijke voorschriften, maar met een beroep op algemene beginselen, die altijd moeilijk te bewijzen zijn en steeds ergens tegenargumenten ontmoeten.

Het gesprek daarover zal echter nimmer tot resultaat voeren, indien men zijn uitgangspunt kiest zoals Labberton dat gedaan heeft in zijn recensie van het boek van D. Simons over „Gemeentebedrijven". Deze recensent formuleerde zijn mening als volgt: „Kortom, een heldere en in zichzelf geordende en gesloten voorstelling van zaken kan men op dit gebied, naar mijn stellige overtuiging, alleen bereiken als men beslist uitgaat van de m.i. onwederlegbare stelling, dat men zich met het gemeentebedrijf geheel en al, voor 100 %, op den bodem van het privaatrecht bevindt." [1]

Een zeker vertrouwen in de juistheid van eigen opvatting mishaagt ook schrijver dezes niet, maar het lijkt hem, dat het „juist iets teveel" van dit citaat het vertrouwen van anderen niet bevordert. Afgezien daarvan zij verwezen naar hetgeen in de inleiding gezegd is over de vraag wanneer de overheid openbare belangen behartigt en of van een optreden van de overheid „al dan niet als zodanig" wel ooit sprake kan zijn. Daarbij moge dan tevens verwezen zijn naar het nog nader in beschouwing te nemen koninklijke besluit, waarin overwogen werd, dat „de IJsselcentrale blijkens hare statuten zich ten doel stelt de electrificatie van de geheele provincie Overijssel, en dat, ook met het oog op het feit, dat de aandeelhouders der Maatschappij alle publiekrechtelijke lichamen zijn, verwacht mag worden, dat die Maatschappij het mogelijke doet, om deze taak, die zij in het algemeen belang op zich genomen heeft, te vervullen." [2] En hier ging het dan nog niet eens om een publiekrechtelijk georganiseerd provinciaal bedrijf, maar om een vennootschap.

Wanneer men dit extreme standpunt verder laat voor wat het is, moet ook hier weer het onbestemde in de motivering van de voorkeur voor het privaatrechtelijke boven het publiekrechtelijke treffen, dat hiervoor gesignaleerd werd binnen de sfeer van de privaatrechtelijke vorm; herinnerd wordt aan de geschiedenis van de Haagse school- en kindervoeding.

De gemeenten 's-Gravenhage, Delft, Gouda, Leiden, Rotterdam en Schiedam hebben een gemeenschappelijke regeling getroffen op het gebied van de gasvoorziening. Gekozen werd de publiekrechtelijke organisatievorm. Bij de overweging van voor- en nadelen van deze vorm en van die van een privaatrechtelijk lichaam is van doorslaggevende betekenis geweest, dat het publieke belang, dat in de gasvoorziening wordt gediend, ook in de organisatievorm tot uitdrukking moet worden gebracht, nu de wetgeving de gelegenheid biedt om een bruikbare publiekrechtelijke organisatievorm tot stand te brengen. De

[1] Gemeentebestuur 1939, blz. 447 v.
[2] Kb. dd. 24 mei 1928, S. 184; Boogaard 65e verv., blz. 190.

gasvoorziening, zo waren burgemeester en wethouders van 's-Gravenhage van oordeel, is nu eenmaal geworden tot een onderdeel van de openbare gemeentetaak, welke in de samenwerking met andere gemeenten behoort te worden behartigd onder dezelfde waarborgen van medezeggenschap van vertegenwoordigers der burgerij als dat met de in locaal gemeentelijk verband behartigde publieke zaken het geval is. [1]

Ten aanzien van de oprichting van de N.V. Gasvoorziening Kop Noord-Holland schreven burgemeester en wethouders van Alkmaar aan de gemeenteraad o.m., dat naar hun mening voor een intergemeentelijk gasbedrijf de publiekrechtelijke organisatievorm minder wenselijk was. „De wijze, waarop het gemeenschappelijk belang – de voorziening van goed en goedkoop gas – behartigd zal worden is niet voor meerderlei uitleg vatbaar. Zowel het algemeen belang als de belangen der individuele afnemers zijn het beste gediend bij een zo efficiënt mogelijk functionnerend bedrijf. De mate van efficiëntie wordt voornamelijk bepaald door technische, financieel-economische en juridische factoren, die men toch meestal overlaat aan de deskundigen."[2]

Soortgelijke afbakeningen van standpunten treft men bij herhaling aan en ze maken een beetje moedeloos doordat zij in sterke mate de indruk wekken dat toegeredeneerd wordt naar een van te voren gewild resultaat. Het debat over voor- en nadelen van de beide vormen, die mogelijk zijn, krijgt daardoor iets schimachtigs en elke partij gaat met zijn eigen gelijk weer naar huis. Wat de Alkmaarse motivering betreft moet hier echter wel aan worden toegevoegd, dat zij dienstig is om àlles, waarover men het wel eens moet zijn, aan de publiekrechtelijke medezeggenschap te onttrekken. In zaken van openbaar belang is het evenwel naar de opvatting van de praeadviseur zo, dat de eensgezindheid juist geconstateerd dient te worden bij het publiekrechtelijk samentreffen van de verschillende stromingen in de bevolking. Dan zou wel eens kunnen blijken, dat de gepretendeerde eensgezindheid pas na een diepgaand gesprek bereikt wordt – de tarievenpolitiek van de openbare nutsbedrijven is zéker „voor meerderlei uitleg vatbaar" – maar vooral: de beleving van de eensgezindheid juist in publiekrechtelijk verband is het sterkste bindmiddel der democratie.

8. In een verhaal, dat een zo uitgebreid gebied heeft te bestrijken als aangegeven in het door de vereniging aan de orde gestelde onderwerp, zal ten aanzien van vele toch gewichtige punten dikwijls slechts met een enkele opmerking moeten worden volstaan, zo er al niet geheel over gezwegen dient te worden. Dat geldt dan in het bijzonder voor hetgeen hiervoor het *indirecte* gebruik van de privaatrechtelijke organisatievorm is genoemd. Concessieverlening, subsidiëring e tutti

[1] Zie P. Bergsma in De Ned. Gemeente 1953, blz. 517.
[2] Bijlage 99 van het verslag der handelingen van de gemeenteraad van Alkmaar 1950.

quanti omvatten een dermate groot gebied van werkzaamheid in het openbaar belang, dat iedere poging om in het gestelde bestek een redelijk over- en inzicht te geven, bij voorbaat is mislukt. Volstaan moet daarom worden met het volgende.

Over het indirecte karakter van deze behartiging van openbare belangen is meningsverschil geweest. In een contrair koninklijk besluit komen de drie standpunten, die mogelijk zijn, alle naar voren. [1]

De ontvanger van de registratie en domeinen te Hardegarijp kwam in beroep van een besluit van gedeputeerde staten van Friesland inzake de gewijzigde vaststelling van de algemene ligger van het waterschap Tietjerk, daarbij stellende dat ten onrechte plaatsing op die ligger was geschied van perceelsgedeelten, in eigendom toebehorende aan de Staat en gebruikt ten behoeve van de spoorweg Leeuwarden–Groningen, omdat die perceelsgedeelten bestemd zouden zijn voor de openbare dienst en dus behoorden te worden vrijgesteld.

Gedeputeerde Staten hadden overwogen, dat eigendommen, ten einde te kunnen worden beschouwd als bestemd voor de publieke dienst, moeten worden gebezigd door een publiekrechtelijk lichaam of zijn organen in of ten behoeve van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke functie, maar dat zulks zich in dit geval niet voordeed omdat de gronden, hoezeer Staatseigendom, werden gebruikt door de N.V. tot Exploitatie van Staatsspoorwegen.

De Kroon verwierp deze opvatting, die klaarblijkelijk steunde op het feit, dat de ondernemer van de spoorwegdienst een naamloze vennootschap en niet de overheid was. Deze onderscheiding was niet beslissend, daar het karakter van de spoorwegdienst en zijn betekenis voor het publiek dezelfde zijn, hetzij de dienst na naasting van de spoorweg mocht worden uitgeoefend door de overheid, hetzij de uitoefening bleef geschieden ingevolge door de overheid verleende, bij de wet bekrachtigde concessie, die de ondernemer doorlopend verplicht tot uitoefening van de dienst met inachtneming van de bij of krachtens de Spoorwegwet gestelde voorschriften. Deze regeling stempelde de spoorwegdienst tot openbare dienst en bijgevolg moesten de spoorweggronden worden beschouwd als bestemd voor de openbare dienst.

Deze beslissing viel in afwijking van het advies van de Raad van State, die de mening was toegedaan, dat „niet kan worden gezegd, dat de spoorwegterreinen bestemd zijn voor den openbaren dienst, aangezien de dienst der spoorwegen – hoezeer ook een algemeen belang dienende – niet als een openbare dienst kan worden beschouwd." Dit citaat is ontleend aan het door de afdeling Geschillen van Bestuur voorgedragen ontwerp-besluit. In de daarop tussen minister en afdeling gevolgde briefwisseling heeft de laatste nog nader gepreciseerd door op te merken, dat een openbare dienst een dienst is, uitgaande van een

[1] Kb. dd. 21 sept. 1928, S. 378; Boogaard 63e verv., blz. 382. Een overeenkomstige beslissing is gevallen ten aanzien van gronden in het waterschap Oosterhemmen (Kb. 21 sept. 1928, S. 379; Boogaard 63e verv., blz. 391).

openbaar lichaam ten behoeve van de vervulling van zijn publiekrechtelijke functie. Dan eerst stond het publiekrechtelijk karakter van de dienst vast.

Gedeputeerde Staten hingen een alleen formeel, de Kroon hing een enkel materieel standpunt aan. De Raad van State hield ongeveer het midden en naar de opvatting van de praeadviseur ligt daar de waarheid en de moeilijkheid. Het gaat niet aan om de taak van de spoorwegdienst (het voorzien in een algemeen belang) te vergeten en louter te letten op de juridische structuur van de dienst. Maar evenmin maakt alleen de taak tot overheidsdienst. Het element van vrijwilligheid, van de ook na een concessie gebleven mogelijkheid om de taak te abandonneren sluit dit reeds uit. Om geen andere reden zondert art. 16 der Wegenwet van de gemeentelijke zorg de wegen uit, waarop door een ander tol wordt geheven. Ten aanzien van zulke wegen kan het dragen van verantwoordelijkheid niet met reden van de gemeente worden gevergd: zou de tolopbrengst niet meer tegen de kosten van onderhoud opwegen, dan staat het de concessionaris vrij om tol en weg in de steek te laten. [1] Wat het geval in kwestie betreft, is het overigens de vraag of de Raad van State, die dus gelijk zou hebben gehad in zijn overwegingen, dit ook bezat ten aanzien van de conclusie. Al *is* de spoorwegdienst geen publieke dienst in optima forma, dan kan deze met zo'n dienst onder bepaalde omstandigheden wel worden *gelijkgesteld.*

Soortgelijke constructies zouden zijn te maken met betrekking tot het overheidsmiddel van subsidie – hetzij geregeld bij wettelijk voorschrift, hetzij voortvloeiende uit niet meer dan een begrotingspost –, alsmede met betrekking tot de formele „erkenning", waarvan de Landarbeiderswet het traditionele, maar niet erg actuele voorbeeld geeft: door particulieren opgerichte verenigingen en stichtingen zijn, wanneer zij als zodanig door de Kroon zijn toegelaten, binnen de kring waarvoor zij zijn opgericht met de uitvoering der wet belast (artt. 13 en 28). Men heeft daar private personen in privaatrechtelijke organisaties, een openbaar belang, maar geen publieke dienst.

9. In de sfeer van het indirecte gebruik spelen elementen, die bij het overig gebruik van burgerrechtelijke vormen nauwelijks invloed hebben. Gaat het bij dit laatste in hoofdzaak, zo niet uitsluitend om de vraag of de overheid goed doet zichzelf te hullen in privaatrechtelijk kleed, bij het indirecte gebruik stelt zich het probleem van de private persoon, aan wie een openbaar belang ter behartiging toevalt en dan rijzen dikwijls kwesties van betrekkelijk imponderabele aard, althans voor een bestuursjurist. Levensbeschouwelijke opvattingen, die wel nooit in de samenleving geheel zwijgen, komen op de voorgrond te staan, en politieke inzichten bepalen voor een gewichtig deel de hou-

[1] C. J. H. Schepel, Wegenrecht in Nederland, Groningen 1895, blz. 393[1].

ding. Dit praeadvies zal al datgene laten voor het waardevolle, hetwelk het zonder twijfel is. Volstaan mag worden met te wijzen op de twee tegenovergestelde tendenties, die in deze materie op te merken vallen: die van een ontwikkeling van de privaatrechtelijke vorm naar de publieke en die, waarbij de overheid steeds meer een bemiddelende en steunende dan een rechtstreekse invloed krijgt toebedeeld.

Van de geleidelijke ontwikkeling in de richting van het publiek recht biedt de landbouwwetgeving een goed voorbeeld, boeiend uiteengezet in de inaugurele rede van Prof. Samkalden. [1] Het oudste geval in deze sfeer van erkenning van het particulier initiatief vormen de botercontrolestations. Zij vormen ook een illustratie van de moeilijkheid, vooral in vroeger tijd ondervonden om de bevolking vrijwillig tot organisatie te brengen. [2] Maar in 1901 wordt in Friesland onder de druk van de concurrentie op het gebied van de export het eerste particuliere boterstation opgericht. In 1905 gaat de wet bepalen, dat alleen de aangeslotenen bij het station op de door hen bereide of gekochte boter een van Rijkswege vastgesteld merk mogen aanbrengen. Het Rijk controleerde in deze figuur de stations, maar niet de boter. Het is een eerste stap, en een voorzichtige, in de richting niet zozeer van overheidsinmenging – al was het dit in feite ook –, maar van het met middelen van publiek recht ondersteunen van wat in particuliere kring noodzakelijkerwijze moest gaan leven, maar dat zonder het middel van de „erkenning" niet bevredigend kon functioneren.

Het systeem voldeed, want op de erkenning van de boter-controlestations zijn andere erkenningen gevolgd; de zoëven genoemde geeft er een opsomming van. Als voordelen van het systeem ziet Samkalden in de eerste plaats de legislatieve eenvoud der gekozen constructies en ten tweede de omstandigheid, dat rechtstreekse staatscontrole op individuele ondernemingen wordt vermeden. Nadelen zijn, volgens hem, dat het de besturen der verenigingen en stichtingen zijn, die over de toelating van de aangeslotenen beslissen; die de regels vaststellen, welke voor de aangeslotenen bindende kracht hebben; die geldboeten kunnen opleggen en leden kunnen schorsen of schrappen. Voor verenigingen met een publiekrechtelijke taak is dat bedenkelijk, omdat het de betrokkenen economisch niet vrij staat om te beslissen over al of niet toetreden. De auteur constateert een ontwikkeling om van de private rechtspersoon over te stappen naar de publieke en wijst erop, dat de erkende pachtbureaux van art. 39 der Pachtwet 1937 zijn vervangen door de Grondkamers en de stichtingen, die de Landbouwcrisiswet

[1] I. Samkalden, Behartiging van collectieve belangen in de agrarische wetgeving, Wageningen 1952. Zie over vergelijkbare ontwikkeling op het terrein van de sociale verzekering G. J. Balkestein in de bespreking van deze rede; Sociaal-Economische Wetgeving 1952, blz. 93.

[2] Een interessant en recent verhaal over de ontwikkeling in Friesland geeft de biografie van Th. M. Th. van Welderen Rengers door J. P. Wiersma, Den Haag 1955, wat de stations betreft blz. 99.

uitvoerden, door de bedrijfsschappen voor de voedselvoorziening. Hieraan kan worden toegevoegd, dat de Sociaal-Economische Raad geadviseerd heeft over een hem door de Minister van Landbouw, Visserij en Voedselvoorziening voorgelegde vraag „of de bestaande figuur, dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur de contrôle op de naleving van kwaliteitsvoorschriften, het keuren van producten en het uitreiken van Rijksmerken en kentekenen kan worden opgedragen aan privaatrechtelijke instellingen van belanghebbenden zelve, navolging verdient". [1] De S.E.R., op deze vraag ingaande, oppert tegen de bestaande figuur hetzelfde bezwaar als Prof. Samkalden gevoelde: tuchtrechtspraak van een particuliere vereniging over leden, wie het juridisch wel, maar feitelijk niet vrij staat om al dan niet toe te treden; vrij is men alleen (in de forse omschrijving van „De Naamloze Vennootschap") om „zijn economische ondergang te verkiezen". [2]

Tegenover de in de richting van de publiekrechtelijke ordening drijvende krachten staat het streven, hetwelk voortkomt uit wat men gemeenlijk het subsidiariteitsbeginsel noemt, door Couwenberg „bestuursrechtelijk gepreciseerd" als het principe, dat „de overheid de behartiging van publieke belangen, die zij bij de vervulling van bepaalde taken betrokken acht, in de eerste plaats behoort over te laten aan de particuliere krachten, die deze taken reeds spontaan op zich genomen hebben of hiertoe althans bereid en terzake ook voldoende geschikt zijn". [3]

Binnen het bestek van dit praeadvies kan op deze aspecten niet nader worden ingegaan. Onvermeld mochten ze echter niet blijven, opdat men zich realisere, dat men met het zg. indirecte gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm zich bevindt midden in een materie, die althans ten dele door geheel andere krachten wordt beheerst dan overigens te dezer zake het geval is.

III. TOETSING VAN GEBRUIK

1. Er bestaat een stuk regeringsproza, dat waard is om aan de vergetelheid, waarin het ongetwijfeld is verzonken, alsnog te worden ontrukt.

Dijkgraaf en hoogheemraden van de Alblasserwaard hadden zich in 1871 met een telegram tot de Koning gewend om te protesteren tegen opkisting bóven de in 1867 overeengekomen hoogte van de Rijksbedijking der Nieuwe Merwede. Dit telegram werd bij kabinetsbrief om

[1] Advies inzake het vraagstuk der kwaliteitsregeling van landbouwproducten, publicaties van de S.E.R. 1954, nr. 4, blz. 6.

[2] Jg. 1951–1952, blz. 19. De geciteerde woorden komen voor in een bespreking van A. van Oven's Privaatrechtelijke bedrijfsorganisatie, Groningen 1950. In deze inaugurele rede (blz. 24 v.) wil prof. Van Oven van een (jurische) *ontwikkeling* van privaat naar publiek recht ten deze zelfs in het minst niet spreken.

[3] T.a.p., blz. 104. Voor een litteratuuropgave over het subsidiariteitsbeginsel t.a.p., noot 237.

advies in handen van de Minister van Binnenlandse Zaken gesteld, die daarop, na vermeld te hebben dat de Koning in 1867 met een hoogte van 3 m + AP akkoord was gegaan, verder antwoordde als volgt: „Overeenkomstig het voorstel van de Minister, behaagde het Uwer Majesteit, magtiging te verleenen om op dien voet ondershands contracten aan te gaan. In zooverre toen, nu vier jaren geleden, Uwer Majesteits goedkeuring van het denkbeeld, om op dat oogenblik niet hooger dan drie meter te gaan, verkregen werd, besliste Uwe Majesteit niet voor altijd, maar natuurlijk onder voorbehoud, de hoogte later naar de eischen van het rivierbelang nader te bepalen. Bleef Uwe Majesteit niet vrij om, zoodra de middelen het gedoogen, eene geheel watervrije bedijking te verordenen, dan waren de tonnen gouds, sedert jaren aan de nieuwe rivier besteed, weggeworpen, en deed men beter, het schoone werk te staken, dan daaraan opnieuw tonnen gouds nutteloos te verspillen. Aanleg eener rivier, en wel midden door „een doolhof van meer en meer toeslikkende en door elkander warrelende killen" voor krachtigen afvoer, zonder haar binnen vaste, watervrije boorden te sluiten, zou te regt een onbegonnen werk heeten." [1]

De retorische krullen van dit citaat moet men niet uitsluitend wijten aan de geest van de tijd; zij verraden, althans naar de mening van de praeadviseur, ook duidelijk een gevoel van verlegenheid. In welke zin precies het Rijk had gecontracteerd wordt door de publicatie van de briefwisseling niet geheel uit de doeken gedaan, maar zeker is, dat er contracten waren gesloten en dat de Staat zich daaraan niet had gehouden. De Minister nu betóógt niet, dat hij daartoe het volste recht had, hij stelt het ook niet zonder meer, maar vervalt in exclamaties, hetgeen in zaken als deze niet het meest aansprekende is.

Toch had hij betrekkelijk gerust kunnen zijn wat zijn bevoegdheid betreft tot afwijking van de met belanghebbenden overeengekomen dijkshoogte. Een greep uit de jurisprudentie toont aan, dat in vergelijkbare gevallen de overheid evenzo heeft gehandeld en dat deze handelwijze is gesanctioneerd.

De afvoering van een sluis van de staat van de openbare, tot de gemene dienst van allen bestemde waterstaatswerken in de gemeente Smallingerland was terecht geschied, nu deze sluis niet meer werd gebruikt en geheel in verval was geraakt. Daaraan deed niet af, dat appellanten wellicht op gronden van burgerrechtelijke aard de instandhouding en het onderhoud van het kunstwerk konden vorderen. [2]

Een particulier had in 1922 met de gemeente Groningen een overeenkomst betreffende grondafstand gesloten ten behoeve van de verbreding van de Damstersingel, welke overeenkomst o.a. inhield, dat de aan de singel gelegen grondpercelen zouden worden bestemd en ingericht voor huizenbouw. Daargelaten de civiele rechten, die de

[1] Rapport Min. Binn. Zaken dd. 25 febr. 1871, nr. 180; Boogaard 8e verv., blz. 3.

[2] Beslissing Secr. Gen. Wat. dd. 3 april 1941; Boogaard 78e verv., blz. 77.

grondeigenaar aan dit contract zou kunnen ontlenen, stond de overeenkomst aan de gemeente niet in de weg om bij gelegenheid van de vaststelling van een uitbreidings- of herzieningsplan aan de daarbij betrokken terreinen zodanige bestemming te geven als door het gemeentebelang bij de uitbreiding der bebouwing gevorderd werd. [1]

Met betrekking tot het uitbreidingsplan van de gemeente Hoogeveen werd beslist, dat een overeenkomst van privaatrechtelijke aard op de publiekrechtelijke handelingen van de overheid geen invloed behoeft uit te oefenen, met dien verstande dat de overheid eventuele schade behoort te vergoeden. [2]

Iets minder positief schijnt de Kroon in zijn houding ten aanzien van het uitbreidingsplan der gemeenten Roosendaal en Nispen. Het bezwaar van appellanten, dat het wijzigingsplan inbreuk maakte op de rechten, welke een hunner ontleende aan een door hem in 1934 met de gemeente aangegane overeenkomst, kon geen grond opleveren om aan het plan goedkeuring te onthouden, nu vaststond, dat de overeenkomst door beide partijen volledig was nageleefd. De vraag, welke betekenis in het algemeen aan een dergelijke burgerrechtelijke overeenkomst moest worden toegekend, wanneer later een herziening van het uitbreidingsplan aan de orde kwam, werd daarbij in het midden gelaten. [3]

Enig voorbehoud is ook te lezen in het geval van de vaststelling ener rooilijnverordening voor de gemeente Enschede. Appellantes rechtsvoorganger had in 1912 met de gemeente een overeenkomst gesloten, waarbij aan de laatste gronden werden overgedragen onder bepaling dat de op twee percelen te stichten gebouwen moesten worden geplaatst minstens 4 m achter de grenslijn tussen deze percelen en een straat, maar dat dit niet zou gelden ten opzichte van een eventuele verbouwing van het toenmalige woonhuis van die rechtsvoorganger. Deze overeenkomst kon, gerekend met het tijdstip, waarop zij werd gesloten en met de sindsdien gewijzigde omstandigheden, voor de gemeente geen beletsel vormen om besluiten te nemen, welke door het algemeen belang werden gevorderd. [4]

En, om deze summiere opsomming maar met de dierbare staten van waterstaatswerken te besluiten: Gedeputeerde Staten van Friesland hadden terecht de bij besluit van de raad der gemeente Dantumadeel voorlopig vastgestelde staat van waterstaatswerken definitief vastgesteld, nu niet van overwegende bezwaren was gebleken tegen de vervanging van de beweegbare brug door een vaste brug. Daargelaten, welke uitleg aan een clausule van een contract van 1853 (waarbij de gemeente zich had verbonden om de aanwezige wipbrug te houden,

[1] Beslissing Secr. Gen. Binn. Zaken dd. 2 sept. 1941; A.B. 1941, blz. 827.
[2] Kb. dd. 20 dec. 1946; Ned. Gem. 1947, blz. 136.
[3] Kb. dd. 1 nov. 1948; A.B. 1949, blz. 22.
[4] Kb. dd. 31 jan. 1949; A.B. 1949, blz. 375. Zie voor een vergelijkbaar geval t.a.v. de gem. Rhenen Kb. dd. 16 juli 1953; A.B. 1953, blz. 757.

te onderhouden en te doen wippen) moest worden gegeven, in elk geval kon deze clausule geen overwegend beletsel vormen tegen een maatregel, welke door het algemeen belang werd gevorderd. [1]

Met betrekking tot de uitspraken van de civiele rechter is er wellicht – indien men althans aan het hierna ter sprake komende begrip „openbare orde" een enge betekenis toekent – een niet enkel tijdrekenkundige afstand te ontdekken tussen de Hoge Raad in 1875 en in 1953.

In 1842 was tussen de Gouverneur der provincie Utrecht, daartoe door de Minister van Binnenlandse Zaken gemachtigd als representant van de administratie van de Rijnspoorweg, en een grondeigenaar te Nieuwersluis een overeenkomst gesloten betreffende het stoppen van treinen aan het station te Nieuwersluis. Toen daaraan niet de hand werd gehouden en de grondeigenaar zich deswege tot in hoogste ressort beklaagde, ontmoette hij een beroep op overmacht, voortvloeiende uit de dienstregeling zoals die door de Minister was vastgesteld. De Hoge Raad verwierp echter dit beroep, overwegende, dat „door geene ministerieele beschikking aan eenige wet eene andere of ruimere toepassing vermag te worden gegeven dan die zij medebrengt; dat mitsdien dergelijke beschikking, indien zij niet door de wet wordt gerechtvaardigd of daarmede is in strijd, nimmer is aan te merken als een zoodanig wettig en algemeen of zelfs de verweerderesse bindend factum principis, waardoor ontheffing zou kunnen plaats grijpen van de nakoming van verbindtenissen, voortspruitende uit wettig aangegane en noch met de goede zeden, noch met de openbare orde strijdige overeenkomsten; dat wel bij art. 22 der Wet van den 21 Augustus 1859 (S. 98) onder anderen aan den Minister van Binnenlandsche Zaken is opgedragen de bepaling der uren van aankomst en vertrek der dagelijksche treinen, doch dat de wet, althans zeker niet indien het tegendeel niet uitdrukkelijk is bepaald, noch kan hebben eene terugwerkende kracht noch in ieder geval zonder schadeloosstelling kan vernietigen of opheffen vóór en tijdens hare invoering bestaande regten, als gewaarborgd, zoowel door art. 163 der Grondwet van 1840, onder welks vigueur in deze is gecontracteerd, als door art. 147 der vigeerende Grondwet." [2]

Tegenover deze formele gedachtengang kan men dan de Hoge Raad plaatsen, in 1953 oordelende over een toezegging van Burgemeester en Wethouders van Roermond om niet tot woonruimtevordering te zullen overgaan. In het algemeen, zo meende het hoogste rechtscollege, sluit een toezegging om van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te maken, niet uit, dat die bevoegdheid wordt uitgeoefend, indien juist overheidsbeleid ten aanzien van het belang, met betrekking waartoe de bevoegdheid is gegeven, zich met de inachtneming van de

[1] Kb. dd. 27 juni 1952; A.B. 1953, blz. 12.
[2] Arrest H.R. dd. 8 jan. 1875, W. 3812.

toezegging niet langer verdraagt. Zulks ligt ook niet anders, als eiser de zijnerzijds gedane bereidverklaring is nagekomen. [1]

2. Sub II, 4 dezer beschouwing zijn enige auteurs geciteerd om aannemelijk te maken, dat men het er vrijwel over eens is, dat het gebruik van burgerrechtelijke vormen de overheid verboden is indien de publiekrechtelijke regeling op het betrokken punt de blijkbare bedoeling heeft de zaak uitputtend te regelen. De praktijk wijst intussen uit, dat de overheid in tal van gevallen de poging waagt, dat zij – indien de gevolgen van de toepassing der burgerrechtelijke vorm haar in vervolg van tijd niet langer gelegen komen – deze laat voor wat zij zijn en dat de rechter daaraan dan zijn zegen geeft. Men kan hieraan toevoegen, dat er soms niet eens van een duidelijke publiekrechtelijke regeling sprake is en dat volstaan wordt met een beroep op het algemeen belang of op juist overheidsbeleid.

Hoe construeert nu de rechter deze vrijheid der overheid? Hij heeft immers te maken met een contract en moet dus over de verplichting om daaraan te voldoen oordelen.

De Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad Mr. Langemeijer heeft in een geval, dat een overeenkomst afweek van een reeds van overheidswege vastgestelde regeling betoogd, dat hij zo'n afwijking in het algemeen inderdaad als een ontoelaatbaar onderwerp van een overeenkomst beschouwde. Dit zou reeds volgen uit art. 71 (thans 78) der Grondwet. [2] Dit standpunt betreft dus gevallen, waarin afwijking van een geschreven regeling buiten kijf is.

In een noot onder het zojuist vermelde arrest betreffende de gemeente Roermond tekende D.J.V.(eegens) aan: „De door een openbaar lichaam gegeven toezegging zijn publiekrechtelijke bevoegdheden wel, op bepaalde wijze of niet te zullen uitoefenen kan zijn bevoegde orgaan niet belemmeren in de wijze, waarop het zijn taak wenst te vervullen. Overheidsfuncties zijn, overdrachtelijk gesproken, geen „zaken in den handel", die volgens art. 1368 B.W. alleen het onderwerp van een overeenkomst kunnen uitmaken." Hier wordt een zeer algemene stelling geponeerd en het beroep op een wettelijk voorschrift kan alleen plaats hebben via beeldspraak.

Kranenburg heeft – men zie hiervoor – voor de onmogelijkheid om in bepaalde zaken de burgerrechtelijke vorm te gebruiken, verwezen naar de openbare orde, vermeld in art. 14 der Wet A.B. en art. 1373 B.W. Deze openbare orde geeft wel een richtsnoer, maar zal de rechtshandhaver toch vaak in de steek laten, omdat „openbare orde" dan een al te zwaarwichtig criterium is om het betrokken geval te benaderen. De onttrekking van een weg aan het openbaar verkeer is in de Wegenwet geregeld, maar mag men zeggen, dat, indien burgemeester

[1] H.R. dd. 20 jan. 1953; N.J. 1954, nr. 3.
[2] Idem dd. 20 jan. 1953; N.J. 1953, nr. 313.

en wethouders met een particulier contracteren om een bepaalde weg niet aan het openbaar verkeer te doen onttrekken, zij gehandeld hebben in strijd met de openbare orde; dat zij in strijd zijn gekomen met – zoals de begripsomschrijving luidt – „de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie"? [1] Het wil er bij de praeadviseur niet in. Een overheidsorgaan, dat zulk een strijd zou veroorzaken, zou met heel andere middelen getroffen moeten worden dan met de ongeldigheid van de door haar gesloten overeenkomst, een ongeldigheid bovendien die haar meer te stade komt dan de contractspartner.

Art. 1373 B.W. noemt echter niet alleen als een ongeoorloofde oorzaak van een overeenkomst een oorzaak, die strijdig is met de openbare orde, maar vermeldt ook als zodanig een oorzaak, welke bij de wet verboden is. En hier heeft men, afgescheiden dan van het meningsverschil dat ontstaan kan over het begrip „oorzaak", wel vaste grond onder de voeten. Alleen: de grenzen van de vaste grond zijn eng getrokken. Slechts wanneer aperte strijd te constateren valt met enig wettelijk, in casu enig publiekrechtelijk voorschrift, is de overeenkomst naar luid van art. 1371 B.W. krachteloos.

Voor het overige zou schrijver dezes tot de geldigheid van een contract, gesloten bij behartiging van enig openbaar belang, willen concluderen. Want waarom zou het de overheid, geroepen tot de behartiging van het openbaar belang, niet vrij staan om met een particulier te dezer zake een afspraak te maken, wanneer zij van oordeel is, dat het openbaar belang die afspraak toelaat? En – want dat moet hieraan wel als essentieel worden toegevoegd – *voor zolang* het openbaar belang dat toelaat? Indien men het zo zou mogen zien, zou men tevens mogen stellen, dat bij gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen de „ontbindende voorwaarde altijd wordt voorondersteld plaats te grijpen", als het openbaar belang zulks vordert.

Het retorisch proza, aan het begin van dit hoofdstukje geciteerd, blijkt nu veel minder ijdel-retorisch dan het aanvankelijk leek: „In zooverre toen, nu vier jaren geleden, Uwer Majesteits goedkeuring van het denkbeeld, om op dat oogenblik niet hooger dan drie meter te gaan, verkregen werd, besliste Uwe Majesteit *niet voor altijd*, maar natuurlijk onder voorbehoud, de hoogte later *naar de eischen van het rivierbelang* nader te bepalen."

3. Vanwaar dan toch nog dat gevoel van verlegenheid, dat de minister, rapporterende aan het Staatshoofd, zo kennelijk had bevangen?

Donner heeft geschreven, dat het niet wenselijk is „dat het bestuur in overeenkomsten treedt, welke het belangrijk kunnen belemmeren,

[1] Asser's handleiding enz., III, 2e stuk, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle 1952, blz. 260.

zo niet beknotten in de uitoefening van zijn ambtelijke taak". [1] Hieruit kan worden afgeleid, dat de auteur van een ongeldigheid dier overeenkomsten niet zonder meer uitgaat, maar deze allereerst om der gevolgen wil bedenkelijk acht. En daarmede wordt hier dan van harte gaarne ingestemd.

Meer dan welke andere contractspartner immers moet de overheid vertrouwen inboezemen. Zij is de draagster van het algemeen belang en mag gerekend worden bij uitstek de situatie te kennen, aangaande welke zij heeft gecontracteerd. De wederpartij zal doorgaans iemand zijn, die mogelijk zijn eigen zaken ter dege doorziet, maar geheel of grotendeels onkundig is omtrent hetgeen in overheidssfeer wel of niet kan worden beloofd. Wanneer, om bij het gegeven voorbeeld te blijven, een gemeente zou toezeggen, een bepaalde weg niet aan het openbaar verkeer te onttrekken, dan zal in veruit de meeste gevallen deze toezegging zonder bedenking worden aanvaard, alleen reeds omdat de andere partij van het zo gespecialiseerde wegenrecht geen enkele kennis bezit. De toezegging is voor hem waardevol, omdat zij hem de economische bereikbaarheid van zijn gronden garandeert en de overheid vertrouwt hij.

„Een zich van de ernst en verantwoordelijkheid van haar ambt bewuste administratie" [2] zal ook in deze gevallen het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat door Wiarda als dat van het „fair play" is aangeduid [3], zich indachtig blijven en de mede-contractant inscherpen, dat de toezegging „niet voor altijd" wordt gedaan, maar afhankelijk kan zijn van de wisseling in de omstandigheden, waaraan zelfs de overheid niet ontkomt. Helaas blijkt niet steeds, dat de overheid zich dit beginsel bewust is geweest en wordt een overeenkomst aangegaan, waarin geen enkel voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van de, ter wille van het openbare belang, in de overeenkomst besloten ontbindende voorwaarde. Alsdan mag men het beginsel van fair play verbijzonderen tot dat, hetwelk te omschrijven valt als *het instaan voor de gevolgen van eigen handelingen*, anders gezegd: *het honoreren van het opgewekte vertrouwen.*

Onder nummer 5 van het vorige hoofdstuk is sprake geweest van een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage inzake een toezegging ener gemeente van een benoeming. Het Hof heeft daarbij als zijn mening uitgesproken, dat appellant in een vordering tot schadevergoeding niet ontvankelijk zou zijn. Op grond van het bovenstaande moet dit thans betwijfeld worden. Het geval zou nader onthuld moeten zijn om het Hof te kunnen bijvallen. Weet van de omstandigheden, waaronder is overeengekomen, zou noodzakelijk zijn. Misschien zou dan het opgewekte vertrouwen gehonoreerd moeten worden; misschien

[1] T.a.p., blz. 267.
[2] Donner, t.a.p., blz. 201.
[3] Zie de praeadviezen van I. Samkalden en G. J. Wiarda voor de Ver. voor Adm. Recht, geschrift XXIV, met name blz. 78 v.

zou dan blijken, dat betrokkene vanaf het begin geweten heeft, welke risico's hij liep.

Het beginsel van het instaan voor de gevolgen van eigen handelingen vindt men à toute outrance uitgesproken in art. 13 van het Zuid-Hollands Wegenreglement. Deze bepaling behelst een verbod tot het maken en behouden van uitwegen zonder ontheffing. Het derde lid van art. 13 schrijft voor: „De in het vorige lid bedoelde ontheffing wordt niet geweigerd en daaraan worden geen voorwaarden verbonden, indien door deze weigering of door deze voorwaarden tegenover het bevoegd gezag verkregen rechten zouden worden aangetast".

Dit gaat, naar schrijver dezes meent, te ver. De overheid moet krachtens de haar opgedragen taak in de gelegenheid zijn haar vrijheid van handelen te hernemen en mag het algemeen belang geen letsel laten oplopen door het doen prevaleren van het belang van de enkeling.

Het voorschrift heeft echter een voorgeschiedenis, die de gekozen oplossing zo niet aanvaardbaar, dan toch begrijpelijk maakt. Onder de werking van het vroegere wegenreglement was het punt van de uitwegvergunningen meermalen tot voor de rechter gekomen. Het sterkst spraken de moeilijkheden in het geval, dat „zijdens" de provincie Zuid-Holland bij contract de verplichting aanvaard was tot het construeren van een tweetal uitwegen naar een provinciale weg. De provincie had het recht van erfpacht gekocht van een aantal percelen, onder meer onder beding, dat zij verplicht zou zijn voor haar rekening zorg te dragen voor de aanleg vóór de huizen van betrokkene van een betonnen muur met afheining, benevens voor ieder huis een loopstoep of trap voor toegang naar de verbeterde weg. Het sluitstuk van deze affaire werd gevormd door het arrest van de Hoge Raad dd. 27 juni 1938 [1]. In een noot onder dit arrest schreef W. P. (ompe): „Het artikel, waarom het in dit arrest gaat. . . heeft de laatste paar jaren reeds herhaaldelijk tot rechtspraak van den H.R. aanleiding gegeven, en meestal juist op dit punt, dat thans weer in het geding is, nl. het vereischt zijn der vergunning in gevallen, waarin de betreffende verdachte burgerrechtelijk bezien reeds een recht van uitweg had. Men zie de arresten van 29 Juni 1936 (1937, nr 8); 13 Dec. 1937 (1938, nr 393); 20 Dec. 1937 (1938, nr 557). In al deze arresten heeft de H.R. zich, evenals thans, op het standpunt gesteld, dat niettegenstaande verdachte een (burgerlijk) recht op uitweg reeds bezat, toch vergunning vereischt was, zij het ook dat in zulk een geval deze vergunning niet mocht worden geweigerd (zooals thans het vierde lid (oud, B.d.G.) van het artikel ook uitdrukkelijk bepaalt). Het thans berechte geval verschilt in zooverre van de vroeger berechte, dat thans het (burgerlijk) recht berust op een overeenkomst met de provincie zelve, voor welke Ged. Staten ook de vergunning moeten geven. Het is begrijpelijk, dat de

[1] N.J. 1939, nr. 130.

drie voorafgegane arresten niet verhinderd hebben, dat in dit geval nogmaals het vraagpunt aan den H.R. is voorgelegd. De verdachte kon hier nl. niet zonder reden de meening zijn toegedaan, dat hij door de overeenkomst met de provincie Zuid-Holland, waarbij hem de uitweg blijkbaar was toegestaan, reeds de noodige vergunning van G.S. dierzelfde provincie had. Uit het arrest blijkt niet, dat er voor de verdachte eenig belang bestond, ten behoeve waarvan hij aanvragen der vergunning naliet. Maar evenmin lijkt de provincie er eenig belang bij te hebben voor een dergelijk geval vergunning verplicht te stellen. De veroordeeling maakt thans den indruk een uitvloeisel van ijdele bureaucratie te zijn."

Dit lange citaat was onvermijdelijk, omdat anders het slot, waar het op aankomt, zou zijn misverstaan. De annotateur dwaalt met zijn indruk hierom, wijl een burgerrechtelijke vergunning tot uitweg de overheid geen middel biedt om de handhaving der daaraan eventueel verbonden voorwaarden met middelen van publiek recht te beheersen. IJdele bureaucratie is dus zeker niet aan de orde. Maar zijn indruk is wel te begrijpen. Door het automatisme van een publiekrechtelijke vergunning als gevolg van een privaatrechtelijk contract in te voeren, moet men op het eerste gezicht wel aan papiervermorsen gaan denken. Het automatisme is echter uit den boze, omdat daardoor de functie van de overheid als hoedster van openbare belangen geheel opzij wordt gedrongen.

4. Een portier van de stichting Haagsche Sport- en Speelterreinen is ambtenaar in de zin van art. 25, letter g, der Gemeentewet, zodat ook zijn echtgenote krachtens het derde lid van dat artikel van het raadslidmaatschap is uitgesloten. Aldus heeft de Kroon beslist, ervan uitgaande dat deze stichting geen zelfstandig bestaan had, maar als een aan het gemeentebestuur ondergeschikte administratie was te beschouwen. Immers was de stichting door de gemeenteraad ingesteld; bestond het doel der stichting o.a. in het voeren van het beheer en de technische verzorging van de aan de gemeente toebehorende sport- en speelterreinen en het uitvoeren van de regels nopens het gebruik van de door het gemeentebestuur aan te wijzen gymnastieklokalen; werd het bestuur der stichting door Burgemeester en Wethouders benoemd en was een door datzelfde college aan te wijzen ambtenaar kassier en boekhouder der stichting [1]. Het klinkt alles plausibel, maar zou het voor de echtgenote van de portier niet een heel onaangename verrassing zijn geweest?

Gedeputeerde Staten van Overijssel hadden aan de N.V. Twentsch Centraal Station voor Electrische Stroomlevering te Hengelo vergunning geweigerd voor het leveren van stroom aan een door de gemeente Ambt-Delden in te richten gemeentelijk elektriciteitsbedrijf, zulks uit

[1] Kb. dd. 28 aug. 1935; Wkbl. v. Gem. bel. 1935, blz. 301.

overweging, dat de N.V. Electriciteitsfabriek „IJsselcentrale" deze stroomlevering zonder bezwaar kon verzorgen. Het Twentsch Station nam daar geen genoegen mee en ging in beroep. Toen hoorde deze vennootschap zich door de Kroon echter tegemoet voeren, dat rekening moest worden gehouden met de omstandigheid, dat de „IJsselcentrale", hoewel naar de vorm een privaatrechtelijk karakter dragende, niettemin, blijkens de geschiedenis van haar totstandkoming en haar statuten, geacht kon worden geheel te staan onder overheidsbeheer [1]. Deze omstandigheid achtte de hoogste administratieve rechter gewichtig genoeg om Gedeputeerde Staten van Overijssel bij te vallen. Het is een sterk betoog (al dacht de Raad van State daar anders over, zie hierna), maar heeft het Twentsch Station zich geheel op deze beslissing kunnen prepareren?

Art. 5 der Vaste Brandstoffenbeschikking 1947 verbiedt het kopen van vaste brandstoffen zonder daartoe door of namens de directeur van het Rijkskolenbureau verleende schriftelijke vergunning, terwijl ingevolge art. 8, lid 2, die directeur van de verbodsbepalingen van art. 5 voor een bepaalde termijn of tot wederopzegging algemene of bijzondere dispensatie kan verlenen, aan welke dispensatie hij voorwaarden en bepalingen kan verbinden. Deze directeur nu had met ingang van 1 mei 1950 tot wederopzegging algemene dispensatie verleend, met dien verstande, dat het kopen van fabriekstурf rechtstreeks van verveners alleen zou zijn toegestaan aan het Verkoopkantoor Fabrieksturf N.V. te Assen. Tegen de vestiging van dit monopolie werd tot bij de Hoge Raad opgekomen, maar zonder succes [2]. A. M.(ulder) schrijft in een noot onder de publicatie van het arrest in Sociaal-Economische Wetgeving, dat feitelijk de aangevallen regeling wel te verdedigen is. Het Verkoopkantoor is nl. een overheidsbedrijf, dat ingeschakeld moet worden om het verlenen van subsidie aan de produktie van fabrieksturf op regelmatige wijze te doen verlopen. Subsidie moet worden verstrekt, omdat de kostprijs van turf nog altijd hoger ligt dan de verkoopprijs, terwijl voorts het Verkoopkantoor voor honderd procent wordt gesubsidieerd. „Wij kunnen begrijpen", zo vervolgt de annotatie letterlijk, „dat er redenen zijn om het Verkoopkantoor een niet-ambtelijk karakter te geven. Een belangrijk en niet te verwaarlozen bezwaar is echter, dat daardoor een rechtsfiguur is ontstaan, welke op de buitenstaander de indruk moet maken van het tot recht verheffen van willekeur".

In deze drie gevallen zit men in het probleem van het kleed en de man. Van der Heyden heeft in zijn bekende beschouwing over „Een N.V. in staatsdienst" gesteld, dat men voor anderen gemaakte kleeren niet bij voorkeur zelf aantrekt [3]. Dit mag in het algemeen zo zijn, de

[1] Kb. dd. 24 mei 1928, S. 184; Boogaard 65e verv., blz. 190.
[2] Arrest dd. 24 febr. 1953; S.E.W. 1953, nr. 76.
[3] De Naamloze Vennootschap, 1935/36, blz. 257.

ervaring heeft wel geleerd, dat het voor de privaatrechtelijke vermomming van de overheid niet geheel opgaat. Een zekere voorkeur voor het tenu van een ander is onmiskenbaar en al zal niemand zo stout willen zijn om te beweren, dat men met een wolf in schaapsvacht te maken krijgt, dat achter de vermomming monopolieposities en onvermoede machtsmiddelen schuil gaan is – in algemene zin – de justiciabele wel duidelijk geworden. In concreto evenwel staan hem toch steeds verrassingen te wachten. *Herkenbaarheid van overheidsoptreden* lijkt de praeadviseur daarom een eis, die uit een oogpunt van beginselen van behoorlijk bestuur gesteld mag worden. Verwezen moge worden, wat civiel recht aangaat, naar art. 3 van de Wet op de Coöperatieve verenigingen, art. 36*c* Wetboek van Koophandel en art. 3 van het ontwerp van Wet op de stichtingen. Stelt men deze voorwaarde niet, dan zullen onaangename verrassingen niet uitblijven en zal ook de kans blijven bestaan, dat strikt formele redeneringen, die aan de materiële werkelijkheid te kort doen, het inzicht vertroebelen. In het geval van de IJsselcentrale verschilde de Raad van State van inzicht met de Kroon. De Raad was nl. van oordeel, dat de omstandigheid, dat de provincie 95 pct. der aandelen bezat, het privaatrechtelijk karakter der vennootschap, welke (sic) onmiskenbaar uit de statuten bleek, niet aantastte en de provincie als aandeelhouder geen publiekrechtelijke functie uitoefende. Voorts dat ook de financiële deelneming van de provincie bij een publiekrechtelijke beslissing geen voorrecht kan scheppen boven een andere vennootschap, die uit particulier initiatief is ontstaan en door het publiek gezag erkend is.

Dit betoog schijnt tamelijk vreemd aan de realiteit. De vorm van naamloze vennootschap werd om heel andere redenen gekozen dan om in de gelegenheid te zijn met het particuliere bedrijf in vrije concurrentie te treden.

Indien men echter slechts het beding zou maken, dat het overheidskarakter tot uiting komt in de naam van de ter behartiging van enig openbaar belang gekozen privaatrechtelijke organisatievorm, zou nog betrekkelijk weinig zijn bereikt. Gevergd mag evenzeer, dat herkenningstekenen worden gegeven telkens wanneer in het rechtsverkeer de kans op misverstand aanwezig is. Dit geldt dan niet alleen bij de organisatievorm, maar tevens bij het gebruik van de burgerrechtelijke rechtshandeling tout court. Zo bezien behoort het vereiste van de herkenbaarheid van het overheidsoptreden logisch vooraf te gaan aan de hiervoor ontwikkelde voorwaarde, dat men moet instaan voor de gevolgen van eigen handelingen. Immers, is door toedoen van de overheid zelf op haar privaatrechtelijke vermomming, de kwade kansen daarvan inbegrepen, niet gewezen, dan zal die overheid het opgewekte vertrouwen dienen te honoreren door de gevolgen van haar handelen of nalaten te dragen.

Een ietwat simpele, maar daardoor ook vrij goede illustratie van het bovenstaande is vervat in een geval, dat zich in 1934 heeft afgespeeld.

Een gemeente had een perceel bouwterrein verkocht aan de Ned. Herv. Gemeente, ten behoeve van de oprichting van een kerkgebouw. Kort daarna – van het oprichten van evenbedoeld gebouw was nog geen sprake – werd door dezelfde gemeente een perceel grond, eveneens bestemd voor kerkbouw, verkocht aan de Gereformeerde Kerk. De twee terreinen waren ongeveer vijftig meter van elkaar gelegen, zodat de kerkelijke gemeente, die het laatst tot de bouw zou willen overgaan, overeenkomstig artikel 7 van de Wet op de Kerkgenootschappen daarvoor toestemming van het gemeentebestuur zou behoeven. Met deze omstandigheid was echter de Kerkeraad der Gereformeerde Kerk bekend en deze wetenschap verhinderde hem niet om de koopovereenkomst aan te gaan. Hiermee was de zaak rond: aan de eisen van behoorlijk bestuur was voldaan [1].

5. Is het gebruik van burgerrechtelijke vormen soms zonder meer verboden, niet zelden bestaat de mogelijkheid van keuze. De keuze wordt bepaald door de voordelen, die hetzij de publiekrechtelijke, hetzij de burgerrechtelijke vorm biedt voor de bereiking van het doel dat men zich voor ogen heeft gesteld. Dit lijkt une vérité de monsieur de la Palisse, maar het komt iets anders te liggen als daaraan, uit een oogpunt van behoorlijk bestuur, de eis wordt toegevoegd, dat zuiverheid van oogmerk, zoals Wiarda het heeft omschreven, aanwezig moet zijn en vooral *blijven*. Meijers sprak te geciteerder plaatse van de neiging om zich van lastige publiekrechtelijke bepalingen te „bevrijden", van „omzeilen" en van „kronkelige wegen". Met deze woorden is eigenlijk de eis van zuiverheid van oogmerk al gesteld. Echter zal alleen in concreto, ten aanzien van het voorliggende geval dus, zijn vast te stellen of inderdaad onoirbare motieven de keuze hebben bepaald. In de praktijk zal dat dikwijls meevallen. In de twintiger jaren hebben Gedeputeerde Staten van Utrecht goedkeuring onthouden aan een Amersfoortse „verordening tot de oprichting van en de vaststelling van statuten voor de Stichting tot beheer en exploitatie van woningen". Het Gedeputeerd college heeft daarbij o.m. overwogen, dat in het beheer der betrokken gemeente-eigendommen rechtstreeks door organen van het gemeentebestuur zou worden voorzien, met tussenvoeging echter van de stichting, welker taak dan ook geen ander karakter draagt dan van een commissie van bijstand als bedoeld in art. 54, tweede lid (thans art. 60, lid 2) der Gemeentewet. Gedeputeerde Staten wensten deze vermomming niet te aanvaarden en kwamen, toetsende de stichting aan de eisen, die voor zulke commissies gelden, tot een afwijzende conclusie [2]. Daargelaten de juistheid van deze zienswijze, is daarmee echter nog niet gesteld, dat de gemeente Amersfoort de commissie van bijstand zou hebben willen „omzeilen". De moeilijkheid is dan ook

[1] Zie P. Bergsma in Wkbl. v. Gem. bel. 1935, blz. 13.
[2] Zie Weekbl. v. d. Burg., Adm., nr. 3715 (27 aug. 1920).

niet zo zeer gelegen in de omstandigheden, die tot het gebruik van de burgerrechtelijke (organisatie)-vorm doen *besluiten*. Die beslissing moet in vele gevallen in het openbaar en in vertegenwoordigende vergaderingen worden genomen en is dan nog aan hoger toezicht onderworpen. De echte bezwaren gaan optreden bij het gebruik zèlf van de organisatievorm, omdat dit zich kan gaan ontwikkelen geheel los van de motieven, die aanvankelijk hebben gegolden en die geleid hebben tot het besluit tot gebruik en tot de goedkeuring ervan. Bij wijze van voorbeeld: sedert 1949 konden de lagere publiekrechtelijke lichamen geen leningen meer op de kapitaalmarkt opnemen dan met inachtneming van het door de Minister van Binnenlandse Zaken voorgeschreven rentegamma. Wanneer nu de praktijk tot aan dat jaar was geweest, dat deze lagere lichamen aan de door hen in het leven geroepen vennootschappen de vereiste gelden verstrekten op dezelfde voorwaarden als waartegen zijzelf leningen konden sluiten en sedert 1949 die praktijk ging veranderen en de vennootschappen zelf de leningen op de kapitaalmarkt sloten ten einde vrij te zijn van het voorgeschreven rentegamma, werd niet alleen in ernstige mate de regeringspolitiek doorkruist, maar tevens de burgerrechtelijke organisatievorm gehanteerd om een deel van hetgeen in wezen financieel *overheids*beheer is aan de werking van de getroffen maatregelen te onttrekken. Steeds wanneer men binnen het verband van de burgerrechtelijke organisatievorm voor het nemen van besluiten staat, zal men zich dienen af te vragen of, indien zodanig besluit zou gediend hebben als motivering van de *invoering* der vorm, het redelijke instemming zou hebben ontmoet. En nu is het toch wel buiten kijf, dat oprichting van een naamloze vennootschap tot ontduiking van regeringsmaatregelen door een veto zou zijn getroffen wegens onzuiverheid van oogmerk. Welnu, dan is daarmee ook het besluit, genomen binnen een reeds geconstitueerde burgerrechtelijke vorm, gevonnist.

Het is zeer verleidelijk en daarom uit een oogpunt van beginselen van behoorlijk bestuur tevens gevaarlijk om van de burgerrechtelijke vorm, deze eenmaal verkozen zijnde, in verloop van tijd gemakshalve gebruik te maken voor allerlei doeleinden, die bij de keuze van destijds geen enkele rol hebben gespeeld. Op zichzelf behoeft dat gebruik daarmee niet verwerpelijk te zijn, maar de mogelijkheid is aanwezig en het attentiesein dient daarom steeds te zijn gehesen.

De stichting „Centraal Woningbeheer" te 's-Gravenhage stelde voor de kantonrechter aldaar, dat het in het geding zijnde perceel ongeschikt was geraakt voor bewoning en dat het daarom moest worden gesloopt. Dienvolgens had zij het perceel dringend nodig ten einde te kunnen voldoen aan een door rechtsvoorschrift en beschikking van overheidswege haar opgelegde verplichting (art. 2, sub 3, Huurbeschermingsbesluit). De kantonrechter evenwel – vaststellende, dat het perceel eigendom was van de gemeente, dat de gemeente het in 1948 voorlopig in beheer had opgedragen aan de stichting met het oogmerk

het te doen verhuren en dat het beheer met ingang van 1 april 1949 weer aan het beheer der stichting was onttrokken – de kantonrechter dus overwoog, dat „hieruit volgt niet alleen, dat eiseres niet op eigen naam het perceel aan gedaagde heeft verhuurd, doch dit gedaan heeft en thans tot ontruiming ageert in haar – sedert dien weer verloren gegane – qualiteit van gemachtigde van de huiseigenares, maar ook dat die eigenares, de gemeente 's-Gravenhage, die uit de aard der zaak geen beroep kon doen op een haar „door een beschikking van overheidswege opgelegde verplichting", eenvoudig de eisende stichting als zg. verhuurster tijdelijk heeft tussengeschoven, ten einde, daarbij zich niet met zoveel woorden erover uitsprekende, of zij wel handelde als overheid en niet in haar hoedanigheid van huiseigenares, de door de bedoelde wettelijke bepaling vereiste van overheidswege opgelegde verplichting in het leven te kunnen roepen; dat dit neerkomt op ontduiking door de gemeente van een wettelijk voorschrift van dwingendrechtelijke aard en op gebruik door haar van haar bevoegdheden tot een ander doel dan waartoe deze haar gegeven zijn, een en ander ofschoon de gemeente andere wetsbepalingen ten dienste staan om het misbruik van bewoning van onbewoonbare percelen te keren." [1]

Latende de constructie van de kantonrechter voor wat zij is, mag men toch noteren, dat het „eenvoudig" de eisende stichting „tijdelijk" tussenschuiven heel duidelijk de vraag doet rijzen of in casu het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, te omschrijven als zuiverheid van oogmerk, in acht is genomen.

6. Als bezwaren tegen de burgerrechtelijke organisatievorm wordt veelal aangevoerd, dat openbaarheid en toezicht, twee zaken die bij gemeenschapsbelangen in het algemeen publiekrechtelijk zijn gewaarborgd, in het gedrang dreigen te komen. Op deze bedenkingen is in het voorgaande niet wezenlijk ingegaan en dit zal ook in het vervolg dezes niet gebeuren. Eerstens omdat behandeling valt buiten het bestek, dat de praeadviseur zich heeft gesteld; tweedens omdat juist op dit terrein elke ketter zijn letter vindt en een discussie, die uitzicht biedt op een ook maar enigermate bevredigend resultaat, dus nauwelijks is te verwachten; derdens omdat de praktijk bezwaren van deze aard dikwijls behoorlijk heeft weten op te vangen. Wat dit laatste aangaat: in de najaarszitting 1955 der Gelderse Staten is door een der leden gesproken over de geringe zeggenschap van het vertegenwoordigend lichaam der provincie in aangelegenheden van de N.V. Provinciale Geldersche Electriciteits-Maatschappij. Haast dreigend merkte dit lid in zijn betoog op: „Achter dit punt zit dus voor ons wel degelijk een principiële vraag, nl. deze: betekent het in het leven roepen van de N.V.-vorm voor een overheidsbedrijf, dat het vertegenwoordigend college, in casu de Staten, elke zeggenschap over financiering en inves-

[1] Vonnis dd. 20 mei 1949; N.J. 1950, nr. 264.

teringen moeten prijsgeven? Als dit inderdaad de consequentie van de N.V.-vorm zou zijn, dan zou ik toch ernstig twijfelen aan de juistheid van deze vorm voor publieke bedrijven." [1] Het verdere verloop van de gedachtenwisseling toont echter aan, dat men elkaar snel gevonden heeft bij een oplossing, die blijkbaar noch de vrijheid van de N.V. noch de zeggenschap der Staten op het in het geding zijnde punt wezenlijk bezeerde.

Wanneer, intussen, de redactie van De Gemeentestem gelijk heeft, dan is het de regering zelf, die, hoewel vasthoudende aan de theorie dat bij samenwerking ter behartiging van openbare belangen de in de Wet Gemeenschappelijke Regelingen geboden publiekrechtelijke mogelijkheden veruit de voorkeur verdienen, de lagere lichamen in de praktijk soms juist de kant van de privaatrechtelijke organisatievorm opdrijft. In een tweetal hoofdartikelen is de redactie onlangs ingegaan op het vraagstuk van de overheidsstichting, zulks naar aanleiding van het aanhangige wetsontwerp op de stichtingen. Zij betoogt dan, dat de toepassing van hoofdstuk V der Wet Gemeenschappelijke Regelingen moeilijk is, omdat de Kroon zeer aarzelend is met de vereiste verklaring, dat de particuliere rechtspersoon met het oog op de belangen, welker behartiging zich ten doel stelt, bevoegd is een gemeenschappelijke regeling te treffen en spreekt daarbij het vermoeden uit, dat de minister de – begrijpelijke – aarzeling zal hebben om privaatrechtelijke organisaties met overheidsgezag te bekleden [2]. Men komt dan als surrogaat al gauw tot de stichtingsvorm, zoals het geval is geweest met de samenwerking tussen de gemeente Groningen en de Vereniging van vrienden der Groninger orkestvereniging, ten aanzien waarvan echter gesteld zij, dat uit de publicatie van deze geschiedenis niet duidelijk blijkt, dat de minister juist het zo even genoemde bezwaar sterk heeft gevoeld [3].

Aarzeling om privaatrechtelijke organisaties met overheidsgezag te bekleden is overigens niet de meest sprekende trek der elkaar opvolgende regeringen geweest. In de zich in velerlei gedaanten en op tal van terreinen voordoende figuur van het *indirecte* gebruik van de burgerrechtelijke organisatievorm ontmoet men het overheidsgezag immers al sinds jaren. Indien er echter meer aarzeling zou komen – en zij is er eigenlijk al – zou dat wel begrijpelijk zijn. Het valt, wederom, buiten het bestek van dit verhaal om hierop nader in te gaan. Het is niet alleen een onderwerp met geheel eigen kanten, maar tevens van grote uitgestrektheid. Het probleem van de bevoegdheid tot rechtsmacht van het bestuur der organisatie over de deelgenoten van die organisatie speelt hierbij met name. Gewezen moge worden, maar dan zuiver bij wijze van voorbeeld, op een tweetal uitspraken betreffende de Nederlandse Bakkerij-Stichting, de eerste een vonnis van de President

[1] Notulen verg. dd. 3 okt. 1955, blz. 10.
[2] Nrs. 5359 en 5360.
[3] Ned. Gemeente 1954, blz. 22.

van de Rechtbank te Arnhem, bekend als het geval van „het feest met de 7000 taarten" [1], de andere een arrest van de Hoge Raad met een belangrijke annotatie van prof. Samkalden [2]. Zonder twijfel gaat het hier in algemene zin om dezelfde vragen als hiervoor ten aanzien van de andere vormen van gebruik van de burgerrechtelijke vorm zijn aangeduid. Door de aparte figuur van het indirecte gebruik, door de omstandigheid dat hier niet de overheid een particulier kleed aantrekt, maar integendeel de particulier verschijnt in de gedaante van overheid, is het niet mogelijk om eisen, die gesteld zouden kunnen worden aan het directe gebruik, zonder meer over te hevelen naar het indirecte. Deze eisen krijgen daar hun eigen kleur. De praeadviseur volstaat daarom met te wijzen op het aanwezig zijn van moeilijkheden, maar moet een zelfs summiere behandeling aan anderen overlaten.

IV. SLOT

Het door de vereniging aan de orde gestelde onderwerp heeft, in hoofdzaak door buitenjuridische oorzaken, in de loop der jaren sterk aan belang gewonnen. Politieke, economische en sociale overwegingen hebben geleid tot een veranderde opvatting van de staatstaak zonder dat het administratieve recht een adequate ontwikkeling heeft ondergaan. Wanneer, om een hiervóór nog niet geciteerde thans aan te halen, men meer en meer is gaan voelen, dat het bestuur der gemeente er in laatster instantie op moet zijn gericht, dat het binnen de gemeentelijke grenzen voor een ieder goed en gelukkig leven is [3], dan valt het licht te beseffen, dat de Gemeentewet en zelfs de Wet Gemeenschappelijke Regelingen geen toereikend instrumentarium bieden om dit doeleinde bevredigend te verwezenlijken. En zoals het gesteld is met de gemeente, zo zijn de provincie en de staat er, vergelijkenderwijs, aan toe.

Is het onderwerp dus belangrijk, het is tevens in hoge mate diffuus en dit ten gevolge van een deels onzekere en wisselende theorie omtrent de bestuursinrichting en het bestuur zelf, alsmede door een praktijk, die een opportunistische keuze theoretisch wil funderen. Uiterste standpunten als dat van Stellinga, die nog wel van een voorzichtige analogische toepassing van burgerlijk recht wil weten, maar als beginsel aanhoudt een structureel verschil tussen het administratief en het privaatrecht [4], mogen weinig bijval vinden, ook achter de opvattingen van anderen gaan meningen schuil omtrent de verhouding tussen de beide genoemde rechtsgebieden, waarover wel nooit eensgezindheid zal worden bereikt, maar die de conclusies beïnvloeden. Middelerwijl gaat de bestuurspraktijk zijn gang. Contracten worden gesloten en een deel van de bestuursinrichting gezocht en gevonden binnen pri-

[1] Vonnis dd. 27 juni 1951; N.J. 1952, nr. 333.
[2] Arrest dd. 6 nov. 1953, S.E.W. 1952–1953, nr. 94.
[3] C. W. van der Pot in een vergadering van het Landelijk Contact van Gemeentesecretarissen; De Gemeentestem nr. 5245.
[4] Grondtrekken v.h. Ned. administratiefrecht, Zwolle 1951, blz. 15 v.

vaatrechtelijk gebied, een en ander op grond van een argumentatie, die dikwijls is aangepast aan het gewenste resultaat.

In het vorenstaande is een voorlopige schematisering gegeven van het gebruik van burgerrechtelijke vormen en terstond daarop is de waarde van zo'n schematisering betrekkelijk genoemd, omdat in de praktijk de externe en interne begrenzingen blijken te vervloeien. Anderzijds is ook volgehouden, dat de *indirecte* aanwending van de burgerrechtelijke organisatievorm beheerst wordt door overwegingen, die elders niet of nauwelijks gelden. Uit het geboden verhaal moet echter tevens zijn gebleken, dat àlle gebruik, welk ook, op zijn weg de ten behoeve van de burger te stellen eis van de *rechtszekerheid* ontmoet. Werd dit vereiste voor het indirecte gebruik niet uitgewerkt, voor elk ander gebruik is het verbijzonderd tot de bedingen van *herkenbaarheid van overheidsoptreden* (niet alleen en ook niet in de eerste plaats bij het presenteren van het visitekaartje, maar tevens en vooral bij de daarop volgende ontmoetingen); van het *instaan voor de gevolgen van eigen handelingen;* van *zuiverheid van oogmerk.*

Aan deze beginselen van behoorlijk bestuur, de rechtszekerheid als algemene achtergrond daaronder begrepen, zal het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen moeten worden getoetst, zulks om der wille van de gevolgen voor de justiciabele. De aard dier gevolgen is niet behandeld. Nu het begrip „beginselen van behoorlijk bestuur" in onze wetgeving is geïntroduceerd, zullen de gevolgen in de jurisprudentie mogelijk een gestalte krijgen. Men zal dan wegens *on*behoorlijk *gebruik* van burgerlijk recht teland kunnen komen bij *onderworpenheid* der overheid aan burgerlijk recht via art. 1401 B.W.

Dit alles geldt ongeacht de eventuele aanwezigheid van een stelligrechtelijk verbod van het gebruik en tevens ongeacht de vraag of, door de aanwezigheid van zulk een verbod, het gebruik strijd oplevert met de openbare orde dan wel of het gebruik krachteloos moet worden geacht wegens ongeoorloofde, want *bij de wet verboden* oorzaak. In het vorenstaande is gepleit voor de laatste, de meest enge interpretatie en verder gepleit voor geldigheid van het gebruik *tot nader order* (in het gebruik besloten ontbindende voorwaarde).

De praeadviseur is zich bewust van de sterk vergrovende werking van deze algemene stellingen. De zich in de praktijk voordoende verhoudingen zijn vele en vooral velerlei en de weg der interpretatie is dienovereenkomstig lang en doornig. Wie zich daar enig idee van wenst te vormen, zal niet bij de vergrovende werking van dit praeadvies mogen blijven stilstaan, maar bij voorbeeld de fijn-genuanceerde beschouwingen van Wiarda over „Overeenkomsten met overheidslichamen" ter harte moeten nemen.

Het terrein is groot, maar dit verhaal klein. Het berust bovendien op een onvolledige documentatie. De omstandigheden hebben daartoe geleid. Maar ook bij omvangrijker bestek en vollediger motivering zou

het uitzicht niet volkomen helder zijn geworden. Zolang er nog geen werkelijk gemeenschappelijke basis is voor de discussie, zolang de achter alle moeilijkheden oprijzende vraag naar de verhouding tussen privaat- en publiekrecht nog op verschillende wijze wordt beantwoord, zal het ook voor een beter toegerust praeadviseur ten slotte tasten *blijven*. Op die verhouding is in het voorgaande, par manière de dire, alleen stilzwijgend ingegaan. Van een uitdrukkelijke behandeling is afgezien. Het gaat om een schone, die haar laatste sluier toch niet aflegt. En dat is dan haar aantrekkelijkheid tevens.

HET GEBRUIK MAKEN VAN BURGERRECHTELIJKE VORMEN BIJ DE BEHARTIGING VAN OPENBARE BELANGEN

PRE-ADVIES VAN DR. M. TROOSTWIJK

I. INLEIDING

De schrijver van een pre-advies voor een congres als dat van de „Vereniging voor Administratief Recht" kan zich tweeërlei doel voor ogen stellen. Hij kan zich zetten aan het produceren van een proefschrift in zakformaat of hij kan zich beperken tot het geven van een inleiding voor een discussie.

Het eerste eist uiteraard belangrijk meer voorbereiding dan het laatste. Heeft de schrijver het onderwerp niet reeds vroeger grondig bestudeerd, dan zullen hem de luttele maanden, welke hem voor zijn werkstuk worden gelaten, niet de tijd geven, om aan de hoge eisen van het proefschrift in zakformaat te voldoen. Wenst het uitnodigend orgaan een oeuvre van zodanige kwaliteit, dan zal het veel vroeger met zijn invitatie moeten komen, vooral, wanneer de schrijver van het pre-advies een drukke werkkring heeft, welke hem speciaal in de herfst- en wintermaanden weinig gelegenheid tot gezette studie overlaat. Ik heb met mijn werkstuk dan ook geen andere pretentie dan het geven van een inleiding tot een discussie. Zie ik goed, dan is tot zulk een gedachtenwisseling alle aanleiding, juist nù. En wel om twee redenen, t.w.:

1. De overheidszorg is vooral in de jaren na de tweede wereldoorlog enorm toegenomen. Taken, waarmede de administratie vroeger geen bemoeiing had, vormen in de tegenwoordige tijd haar dagelijkse werkzaamheid en die van haar ambtenaren. Het is te verstaan, dat met deze verruiming van het overheidsveld een uitbreiding van het areaal van bevoegdheden hand in hand is gegaan. Nieuwe publiekrechtelijke middelen zijn de overheidsorganen ter beschikking gesteld. De vraag is, of de administratie daarmede voldoende bewegingsvrijheid heeft, dan wel of zij, zelfs waar een publiekrechtelijke bevoegdheid aanwezig is, incidenteel beter gebruik kan maken van een privaatrechtelijke vorm.

In verband hiermede zullen wij hebben te onderzoeken, in hoeverre de overheid vrij is in de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormen, indien wet of verordening haar een publiekrechtelijke bevoegdheid geeft.

2. Een tweede verschijnsel, waarmee ik mij zal dienen bezig te houden, is de moeilijkheid voor de overheid, eveneens mede door de uitbreiding der overheidstaak ontstaan, om het gehele terrein van haar

activiteiten te blijven overzien en voldoende intensief te bewerken. Geldt dit uiteraard in de eerste plaats voor de landelijke overheid, ook de gemeentelijke bestuurstaak is reeds zo uitgedijd en gecompliceerd geworden, dat het een onmogelijkheid mag heten, haar geheel te laten verrichten door de enkelen, die met de bestuursmacht zijn bekleed. Speciaal in de grotere en de grootste gemeenten zou een volledige concentratie aanleiding geven tot een onvoldoende, uiterst trage overheidswerkzaamheid. Met delegatie alleen is dit probleem niet op te lossen. Spreiding van taken zal hier een oplossing moeten brengen. Daarvoor kent de wetgeving enkele mogelijkheden, zowel van publiekrechtelijke als van privaatrechtelijke aard. Voor- en nadelen van deze onderscheidene vormen zullen wij hebben op te sporen, terwijl daarnevens zal moeten worden onderzocht of er behoefte aan nieuwe instituten bestaat. Ik zal mij daarbij tot de gemeente beperken. Om deze studie binnen het bestek van een pre-advies te houden zal ik de verschillende vormen van samenwerking van de gemeente met andere overheidslichamen buiten beschouwing laten.

II. BURGERRECHTELIJKE TRANSACTIES VAN DE OVERHEID

De overheid sluit schier dagelijks talrijke (privaatrechtelijke) overeenkomsten. Koop, verkoop, huur, verhuur, verpachting, geldlening, vestiging van hypotheken enz. behoren tot de normale transacties van de administratie. Hoe meer de overheidsbemoeiing zich uitbreidt, hoe meer van deze contracten in de archieven der administratie een plaats moeten hebben. Sinds bijv. industrialisatie een modekreet is geworden, waarvan voor vele gemeenten de geluidssterkte vele decibels groter is dan met haar werkelijk belang in overeenstemming schijnt te zijn, worden vele overeenkomsten gesloten, waarvan een bestuurder anno 1900 nauwelijks gedroomd zal hebben. Ik denk aan grondtransacties, aannemingscontracten voor het bouwrijp maken der gronden en aan de financierings-contracten met de nieuwe industrieën, waarin met name de gemeenten elkander een concurrentie aandoen, welke in hevigheid niet onderdoet voor die van particuliere ondernemers. Tot welke ingewikkelde transacties gemeentebesturen bereid zijn om aan de eis van industrialisatie te voldoen blijkt o.m. uit het Koninklijk besluit d.d. 15 februari 1955, nr. 13 (A.B. 1955, bl. 342 met mijn noot).

Het valt niet te ontkennen, dat de overheid, deze privaatrechtelijke overeenkomsten aangaande, daarmede uitsluitend beoogt het dienen van de publieke zaak. Het kan evenwel niet de bedoeling zijn deze „burgerrechtelijke vormen ter behartiging van openbare belangen" in volle omvang in deze studie te betrekken. Meestentijds toch – ik laat onteigening even buiten beschouwing – staat de administratie hier geen ander middel dan het gewone civiele contract ten dienste en zij is als iedere burger gebonden aan de regelen van het gemene recht. Dat hier en daar de gemeente, met name bij grondtransacties, een sterkere positie inneemt dan haar wederpartij is niet in de eerste plaats een

gevolg van haar overheids-status, maar veeleer van haar monopolistische positie, mede mogelijk gemaakt door het uitbreidingsplan en de daardoor tot stand te brengen onteigeningen. Die positie brengt mede, dat de administratie de verkoop- of erfpachtsvoorwaarden niet van geval tot geval in overleg met haar wederpartij behoeft vast te stellen doch bij wijze van verordening kan decreteren. Die voorwaarden zijn voor de gegadigde à prendre ou à laisser. Wij vinden – alweer in het openbaar belang – in deze wetgevingsprodukten talrijke artikelen, welke de gemeente, tot in lengte van dagen een vinger in de pap geven; verordeningen tot uitgifte van gronden in erfpacht zorgen er als regel voor, dat uiteindelijk de grond weer naar de gemeente terugkeert. In principe evenwel doet de overheid hier niet anders dan wat een particulier grootgrondbezitter zou kunnen doen. Tot meer is zij niet gerechtigd. Dat ondervond de gemeente Leeuwarden, die bij Koninklijk besluit van 27 december 1907, s. 350 wegens strijd met de wet vernietigd zag, een verordening, welke straf bedreigde tegen eigenaren van door de gemeente in koop of erfpacht uitgegeven gronden, die niet nakwamen de voorschriften betreffende de wijze van bebouwing en hetgeen daarmee samenhing, welke de gemeenteraad in de voorwaarden van uitgifte had gesteld. Wil de gemeente de opvolgende eigenaren bepaalde verplichtingen opleggen, dan zal zij de keus hebben om òf – gelijk een particulier – gebruik te maken van het hulpmiddel, dat men „kettingbeding" pleegt te noemen, òf bebouwingsvoorschriften op grond van artikel 39 der Woningwet uit te vaardigen en de blijvende nakoming daarvan, voor zover betreft het gebruik der gronden, door middel van een strafverordening te verzekeren. De laatste mogelijkheid, welke de Hoge Raad rechtsgeldig oordeelde bij zijn arrest van 28 juni 1951 (A.B. 1952, bl. 475) bestrijkt evenwel niet alleen de door de gemeente uitgegeven percelen doch alle in het betreffende uitbreidingsplan gelegen gronden.

Helaas kan niet gezegd worden, dat de overheid nimmer van haar monopolistische positie misbruik heeft gemaakt. Bestaat de mogelijkheid, dat zij ten opzichte van de grond als economisch zeer sterke partij opereert, in zeer veel gemeenten treedt zij op als monopoliste van utiliteitsbedrijven als gas-, water-, elektriciteitsbedrijf enz. Ook hier pleegt zij niet met iedere afnemer een afzonderlijk leveringscontract te sluiten doch worden bij verordening vastgesteld de voorwaarden, waaronder de levering harer produkten zal geschieden. Over het karakter van een dergelijke verordening heeft men verschillend gedacht. Het is duidelijk, dat, indien het overheidsbedrijf als een privaatrechtelijke rechtspersoon is georganiseerd, een stel eenzijdig vastgestelde leveringsvoorwaarden een geclausuleerd openbaar aanbod in burgerrechtelijke zin is, waarbij niet ter zake doet het blote feit, dat het de overheid is, in wier handen het bedrijf zich bevindt. Dat wordt m.i. niet anders, indien de overheid aan het bedrijf een publiekrechtelijke status heeft gegeven. Het bestuur van het bedrijf moge dan

zijn basis vinden in het publieke recht, de verhouding bedrijf-clientèle wordt beheerst door het civielrecht. Dat ondervond laatstelijk de gemeente Gorinchem, toen zij met terugwerkende kracht de elektriciteitstarieven verhoogde. Een particulier, die terugbetaling vorderde van hetgeen hij had betaald tengevolge van de terugwerkende kracht van het raadsbesluit tot tariefsverhoging, werd door de arrondissementsrechtbank te Dordrecht bij vonnis van 26 mei 1954 (A.B. 1955, bl. 24) in het gelijk gesteld, op de m.i. zeer juiste overwegingen:

„dat geïntimeerde (de gemeente Gorinchem) bij de exploitatie van haar electriciteitsbedrijf op gelijken voet als een particulier handelt, nu, gelijk der rechtbank uit de stukken is gebleken, die exploitatie op zich zelf ook door een particulier had kunnen geschieden en geïntimeerde daarbij geen anderssoortige belangen had te behartigen, dan ook door een particulier behartigd zouden kunnen worden;

dat ook de ten processe bedoelde, met betrekking tot levering van electrische stroom, tussen partijen gesloten overeenkomst is een privaatrechtelijke;

dat ook de gewraakte wijziging door geïntimeerde in de tarieven valt binnen het kader van haar optreden als exploitante van haar electriciteitsbedrijf in bovenvermelden zin, zodat het wijzigingsblad van 28 juni 1951 niet het publiekrechtelijk karakter verkreeg van een verordening in de zin van artikel 168 van de gemeentewet;"

Hoezeer sommige gemeenten hebben gemeend, dat zij als monopolisten van gas, water en elektriciteit met de afnemers konden doen wat zij wilden, blijkt ook uit het vonnis van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam d.d. 2 juli 1917, N.J. 1917, bl. 802. Een werkman van een betonijzermaatschappij had ergens in Amsterdam een kabelnet beschadigd, waarvoor de werkgeefster zich niet aansprakelijk achtte. In stede van zich bij de rechter te vervoegen meende het gemeentebestuur een eenvoudiger middel te hebben om tot invordering van het schadebedrag te geraken. Het sloot de werkgeefster van het elektriciteitsnet af. Voor de rechter beriep de gemeente er zich op, dat zij niet een overeenkomst met de betonijzermaatschappij had aangegaan doch met haar slechts in een relatie was getreden, welke te allen tijde eenzijdig door haar kon worden beëindigd. De rechtbank evenwel oordeelde het leveren van elektriciteit tegen betaling van een bepaalde prijs per verbruikte eenheid op zich zelf van bij uitstek burgerrechtelijk karakter, hetwelk een contractuele band tussen leverancier en verbruiker doet veronderstellen. Het werd in strijd met de goede trouw geacht, dat tot afsluiting was overgegaan.

Nog gortiger op dit punt had de gemeente Leeuwarden het gemaakt. In deze stad was een verordening vastgesteld, welke bepaalde, dat geen gas of elektriciteit meer zou worden geleverd in een perceel, geheel of gedeeltelijk liggende aan een niet aan het rijk of de gemeente toebehorende, onder de werking der bouwverordening aangelegde straat, indien de rechthebbende niet verklaarde, dat hij het gedeelte

straat, waarvan hij rechthebbende is, in onbezwaarde eigendom aan de gemeente wilde overdragen onder bijbetaling van een zeker bedrag per m^2. Een schoenmaker, niet van zins de voor zijn woning gelegen straat aan de gemeente over te doen, die van het gemeentebestuur een dreigbrief had gekregen dat hij, zo hij niet vóór een bepaalde datum van mening was veranderd, van gas en elektriciteit verstoken zou worden, wendde zich tot de president van de rechtbank, die de zaak naar de burgerlijke kamer verwees. Na aanvankelijk succes bij rechtbank en hof bleek onze schoenmaker bij de Hoge Raad, dat hij zich beter bij zijn leest had kunnen houden dan zich in een procesavontuur te storten, want ons hoogste rechtscollege oordeelde bij arrest van 8 februari 1929, N.J. 1929, bl. 378 de aangehaalde verordening verbindend, overwegende, dat hier sprake kan zijn van een maatregel der openbare orde, zedelijkheid of gezondheid en in ieder geval van één betreffende de huishouding der gemeente. Al zou, zo leerde de Hoge Raad, de monopolisering van de levering van gas en elektriciteit een verplichting tot levering meebrengen, dan zou daarvan alleen sprake kunnen zijn, indien de verplichting voortvloeit uit regelen, die de gemeente daaromtrent zich zelve zou hebben gesteld. Hier echter sluiten de gemeentelijke regelingen die verplichting juist uit.

In zijn noot onder dit arrest in de Nederlandse Jurisprudentie constateert *Meijers*, dat misbruik van macht door een particulier tengevolge kan hebben, dat de rechter oordeelt, dat niet gehandeld is met de zorg, die in het maatschappelijk verkeer de ene burger jegens de ander betaamt, zodat hij, die zijn macht misbruikt, uit artikel 1401 B.W. aansprakelijk gesteld kan worden. Bij de gemeente, uitoefenende haar overheidstaak, zou de Hoge Raad alleen vragen of in strijd met een wetsvoorschrift is gehandeld. De annotator stelt de vraag waarom ons hoogste rechtscollege in de gemeente niet een privaatpersoon zag. Hij meent de beantwoording hierin te mogen vinden, dat er een formele verordening was.

Stellinga komt in zijn „Détournement de pouvoir", opgenomen in Bestuurswetenschappen 1952, bl. 407, tot de conclusie, dat, wanneer de Hoge Raad thans weer een geval als dat van 1929 zou moeten beslissen, hij zulks weder op dezelfde wijze zou doen. De zeergeleerde auteur meent hier te maken te hebben met een symptoom van de overschatting van de wetgevende organen, welke worden geacht nimmer onrechtmatig te handelen. En *Okma*, het Leeuwardense geval besprekende in zijn „Misbruik van Recht", bl. 143, merkt op: „Van toetsing van wetgevende macht aan ongeschreven recht schijnt de burgerlijke rechter niet te willen weten. Zodoende kan ook de lagere overheid, mits blijvende binnen de grenzen door de wet aan haar wetgevende bevoegdheid gesteld, zich tegenover de burgerlijke rechter een vrijbrief verschaffen voor handelingen, die, uit een moreel oogpunt beschouwd, minder fraai moeten heten."

Het wil mij voorkomen, dat een verordening als die van Leeuwar-

den in het huidige tijdsgewricht de eindstreep niet meer zou halen. Zoals wij reeds zagen is de overheid, die optreedt als leverancier van gas, elektriciteit, water e.d., niet vrij in het weigeren van haar dienstbetoon. Zij heeft een openbaar aanbod gedaan, waaraan zij is gebonden. Een verordening als de Leeuwardense kan inderdaad de huishoudelijke belangen der gemeente betreffen. Maar dat kan evenzeer een verordening, die bepaalt, dat iedere eigenaar zijn stoep aan de gemeente ten behoeve van de openbare straat om niet moet afstaan. Een dergelijke verordening zou zeker onverbindend verklaard worden, als zijnde in strijd met artikel 165 der grondwet en artikel 625 B.W. Dat wordt niet anders, als men de verplichting tot afstand van zijn onroerend goed verbindt aan de mogelijkheid tot verkrijging van gas en elektriciteit. Nu kan men argumenteren, dat de Leeuwardense „onteigening" een „vrijwillige overdracht" is, omdat men immers geen gebruik *moet* maken van gas en elektriciteit. De huidige rechter zal m.i. een dergelijke sofistische redenering niet meer tot de zijne maken, omdat zij de meest elementaire behoeften van de tegenwoordige stadsbewoner miskent. Een „Leeuwardense verordening" zou thans m.i. geen kans meer maken. Overigens ben ik van mening, dat verordeningen als de onderhavige door het vernietigingsrecht van de Kroon getroffen moeten worden. Zelfs al zou men aannemen dat strijd met de wet niet aanwezig is – quod non – dan nog zou het algemeen belang een voldoende basis vormen voor het ingrijpen van de regering. Machtsmisbruik als waarvan onze Leeuwardense schoenmaker de dupe werd, kan nimmer met het algemeen belang in overeenstemming zijn. Dat de Kroon het vernietigingsrecht hier en daar wat al te bescheiden hanteert heb ik getracht aan te tonen in mijn bijdrage „De gemeentelijke verordenende bevoegdheid haar plaats gewezen", opgenomen in het Weekblad voor de Nederlandse Bond van Gemeenteambtenaren d.d. 29 januari 1954.

Zo zien wij de overheid als leverancier van gas, elektriciteit, water e.d. opererend in het burgerrechtelijke vlak, onderworpen aan het civiele recht. Een andere weg is haar niet gegeven. Zeker, zij kan bij de tariefregeling rekening houden met facetten, waarmede een particulier zich niet makkelijk zal inlaten. Ik denk hier bijvoorbeeld aan tarieven, welke rekening houden met het inkomen, de grootte en de samenstelling van het gezin. Maar als leverancier heeft zij daarmede niet een publiekrechtelijk veld voor haar werkzaamheid ontgonnen. Artikel 275, lid 2, der gemeentewet verklaart de betalingen, welke de gemeente eist als exploitante van nutsbedrijven, expressis verbis niet tot belastingen.

In het vorenstaande meen ik te hebben uiteengezet, dat de overheid openbare belangen op menigvuldige wijze in de civielrechtelijke sfeer behartigt. Zij is daarbij aan het gemene recht onderworpen als iedere burger. Weliswaar kan zij door haar monopolie-positie een sterkere partner zijn dan haar wederpartij, die kracht spruit voort uit de feite-

lijke situatie en geenszins uit de omstandigheid, dat zij „overheid" is.

III. VRIJHEID IN DE KEUZE TUSSEN PUBLIEKRECHTELIJKE EN PRIVAATRECHTELIJKE VORMEN?

Is er ten aanzien van gevallen als onder II bedoeld geen keus voor de overheid, omdat publiekrechtelijke vormen haar niet ter beschikking staan, er zijn talrijke casusposities denkbaar, waarin de administratie wèl tussen publiek- en privaatrecht kan kiezen. De vraag is, in hoeverre die keuze vrij is dan wel beperkt door de normen van het publieke recht.

Huart („Misbruik van burgerlijk recht door de administratie", Verspreide geschriften bl. 13 e.v.) acht een rangregeling tussen publiek- en privaatrecht noodzakelijk. Deze rangregeling moet aldus zijn ingericht, dat het administratieve recht beschouwd wordt als een aanvulling, een verlengstuk van het burgerlijk recht ten behoeve van de administratie of, anders gezegd, het burgerlijk recht, van de zijde der administratie bezien, als subsidiair recht voor de ten uitvoerlegging der staatstaak wordt aangemerkt. Bij het in het leven roepen van administratiefrechtelijke voorschriften wordt de privaatrechtelijke ordening doorbroken en zijn aan de overheid bevoegdheden verleend, die haar in de gelegenheid stellen eenzijdig in de rechtssfeer der burgers in te grijpen. Die bevoegdheden mogen alleen gebruikt worden voor het doel waarvoor zij zijn gegeven. Dat beperkt meteen de macht der administratie. Om aan die beperking te ontkomen ligt voor de hand het middel van het gebruik van privaatrechtelijke vormen, hetzij inplaats van, hetzij gecombineerd met de publiekrechtelijke bevoegdheden. Nu zijn er tal van gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk of implicite een vrijheid van keuze laat. *Huart* geeft daarvan enige voorbeelden. Het komt ook voor, dat de administratieve bevoegdheid eerst kan worden gehanteerd, nadat de privaatrechtelijke poging om tot het beoogde doel te geraken schipbreuk heeft geleden. Men moet eerst in der minne trachten aan te kopen voordat onteigend kan worden. De Belemmeringenwetten leveren hiervan voorts voorbeelden. De privaatrechtelijke vormen zijn de administratie ontzegd, indien een wet of wettelijke verordening de blijkbare bedoeling heeft voor een bepaalde materie een regeling te treffen, waarvan afwijking niet geoorloofd is. De posttarieven zijn publiekrechtelijk vastgesteld en afwijking is niet mogelijk. *Huart* signaleert nog gevallen, waarin de overheid niet van privaatrechtelijke vormen gebruik maakt ter vervanging van administratieve, maar waarin zij haar toevlucht neemt tot een combinatie van beide. De administratie weet aan zichzelf of aan derden bij het verlenen van een vergunning of het verrichten van een andere handeling ten behoeve van een particulier langs contractuele weg voordelen te verzekeren; bijv. de vergoeding van administratiekosten bij consenten, vergoedingen of bijdragen in de kosten van trottoiraanleg enz. In het algemeen ligt hier geen bezwaar maar er kunnen zich gevallen

voordoen, dat de overheid die contractuele bedingen stelt dáár, waar zulks publiekrechtelijk verboden is. Waar een bepaalde voorwaarde naar administratiefrechtelijke normen niet mag worden opgelegd, daar mag de overheid het verbod niet ontduiken door een contractuele regeling.

Aan het betoog van *Huart* kan in zijn algemeenheid juistheid niet worden ontzegd. In de praktijk zal de hanteerbaarheid evenwel niet meevallen. Vaak zal men uit de wet of de wettelijke verordening niet kunnen lezen, dat zij uitputtend wil zijn in die zin, dat voor privaatrechtelijke vormen geen plaats overblijft. Men heeft hier, aldus *F. G. Scheltema* („De zaken der openbare lichamen", Ned. Bestuursrecht 1932, Alg. Deel, 2e uitgave, bl. 131), te doen met „een vraag van interpretatie der desbetreffende publiekrechtelijke regeling, waaromtrent uiteraard verschil van mening denkbaar is." Daar komt nog bij, dat de overheid dikwijls tegelijkertijd in twee hoedanigheden optreedt, t.w. als gezagsdrager en als eigenaresse van onroerende goederen. Moet zij zich dan bij het verlenen van een publiekrechtelijke vergunning houden, wat het stellen van voorwaarden betreft, aan de beperkingen, welke verband houden met het doel, waarvoor haar de bevoegdheid is verleend, als eigenaresse staat zij veelal met een particulier gelijk en kan zij dus haar (privaatrechtelijke) eisen stellen.

Ook *Fleiner* (Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts) tobt zich af met de vraag, waaruit men kan zien of een bepaalde verhouding uitsluitend door het publiekrecht wordt beheerst dan wel ook voor privaatrechtelijke regeling vatbaar is. „So oft der Staat obrigkeitlich, als hoheitliche, herrschaftliche Macht Verwaltungsgeschäfte besorgt, ist das Privatrecht unanwendbar" (bl. 47). Hoe weet men nu, wanneer ook de privaatrechtelijke vorm geoorloofd is? Daarvoor, aldus Fleiner, moet men de tekst van de wet raadplegen en als deze geen oplossing geeft, dan moet de wetenschap het uitmaken. Voorwaar een antwoord, dat ons dikwijls niet veel verder zal brengen.

Vegting (Het Algemeen Nederlands Administratiefrecht) sluit zich, zie ik goed, bij de leer van Huart aan. Ook deze hooggeleerde auteur is van mening (blz. 39), dat de vrijheid van keuze tussen publiek- en privaatrechtelijke vorm in het algemeen bestaat doch niet daar, waar een bepaalde publiekrechtelijke regeling kennelijk bedoelt de daarin behandelde materie geheel aan de heerschappij van het privaatrecht te onttrekken.

Donner (Nederlands Bestuursrecht I Algemene deel. 1953, bl. 64 e.v.) keurt af, dat bij de keuze publiekrechtelijke- of privaatrechtelijke vorm vaak „het gerief van het bestuur in dezen de enige factor is, welke in de beschouwing wordt betrokken, terwijl de burger van dit telkens overschakelen de dupe wordt, doordat hij belast wordt met de kwade kansen, die een publiekrechtelijke rechtsbetrekking en die, welke een burgerrechtelijke rechtsbetrekking voor hem kunnen meebrengen." Deze grief is zeker niet in alle gevallen op zijn plaats. Gelijk

hieronder zal blijken, past de overheid soms de privaatrechtelijke vorm toe, omdat zij publiekrechtelijk de bestuurde niet of minder goed kan helpen. Op bl. 65/66 komt Z.H.G. dan tot de conclusie, dat „het bestuur in die gevallen, waar het publiekrecht een aparte regeling bevat voor de behartiging van bepaalde openbare belangen, niet vrij is om die belangen ook langs andere (burgerrechtelijke) weg na te streven." Met deze conclusie kan ik het in zijn algemeenheid niet eens zijn. Het publieke recht is stugger, minder soepel dan het privaatrecht, waarin zoveel meer aan partijen wordt overgelaten. Nu komt het herhaaldelijk in de bestuurspraktijk voor, dat zwaarwichtige openbare belangen zich verzetten tegen het verlenen van een bepaalde vergunning op de wijze en slechts beperkt als de administratieve regeling toestaat. Dat is ook niet verwonderlijk. Met de gave der profetie is de wetgever niet uitgerust. Al de casusposities, welke zich kùnnen voordoen, te voorzien is een bovenmenselijke opgave. Heeft de overheid dan, uiteraard zich houdende aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de keuze tussen weigeren of toestaan in combinatie met of uitsluitend op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst, dan is het toch wel duidelijk van welk procédé de burger de dupe zou worden. *Donner* mitigeert zijn m.i. wat te forse redenering (bl. 66) voor het geval de publiekrechtelijke regel onvolledig is (wat naar de ervaring leert nogal eens voorkomt). In dat geval, zo doceert hij, „zal men de leemten vaak moeten aanvullen door een beroep op het gemene recht. Ook dan dient echter in het oog te worden gehouden, dat het aldus ontstaande complex van regels één geheel moet vormen en in zijn toepassing door de beginselen van het publiek recht (de iustitia distributiva) en de beginselen van behoorlijk bestuur dient te worden beheerst." Als ik daaruit moet lezen, dat ook dan slechts het richtig verstaan openbaar belang het enig richtsnoer voor het overheidshandelen mag zijn, dan ben ik het hiermede van harte eens.

Deze aanhalingen uit de werken van enige prominente geleerden tonen aan, dat een afgeronde, voor alle (ongelijksoortige) gevallen opgaande, theorie nopens de al of niet geoorloofdheid van een vrije keus door de overheid tussen publiek- en privaatrechtelijke vorm niet duidelijk naar voren komt. Dat is niet zo heel erg verwonderlijk. Het door de administratie in de tegenwoordige tijd bestreken terrein is zo groot, de gevallen zo veelkleurig, dat het publieke recht er nooit geheel tegen opgewassen zal blijken te zijn. Zolang dit recht leemten zal vertonen – en dat zal het m.i. blijven doen – zal de hulp van het privaatrecht bij het besturen niet kunnen worden ontbeerd en zal van geval tot geval moeten worden nagegaan of de privaatrechtelijke vorm geoorloofd is. Vandaar dat we er ons mee tevreden zullen moeten stellen gelijksoortige gevallen samen te voegen tot een groep en voor die groep een oplossing aan de hand te doen. Een proeve van het formeren van enige zodanige groepen moge hier volgen.

a. *Gevallen, waarin een basis voor een publiekrechtelijke heffing van rechten aanwezig is. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij langs privaatrechtelijke weg haar doel te bereiken.*

Het was deze groep van gevallen, welke Huart tot zijn aangehaalde publikatie aanleiding gaf. Twee arresten van de Hoge Raad, t.w. van 16 april 1925, W. 11449, N.J. 1925 bl. 649, en van 1 april 1926, W. 11515, vormden het uitgangspunt.

Het eerstgenoemde arrest betrof de actie van de Staat tegen een steenfabrikant. Bij ministeriële beschikking van 8 januari 1920 was ingesteld een Rijkskantoor voor steen. Bepaald was o.m., dat aflevering en vervoer van bakstenen en kalkbakstenen verboden was, tenzij daartoe door het Rijkskantoor toestemming was verleend, onder de voorwaarden door dat kantoor gesteld. Het Rijkskantoor eiste nu de inbreng van de verkoopbevestigingen voor het verlenen zijner toestemming. Die verkoopbevestigingen van na 1 februari 1920 werden alleen dàn goedgekeurd als betaald werd wegens administratiekosten een bedrag berekend naar *f* 0.25 of *f* 0.15 per 1000 stenen. Te dezer zake had het Rijkskantoor een regeling gesloten met de Bond van Baksteenfabrikanten, bij welke overeenkomst de procederende fabrikant zich had aangesloten. Hij had zich daarmede verplicht de gevraagde administratiekosten te betalen en stortte deswege een voorschot van *f* 250,–. Voor het tijdvak van 6 maart 1920 – 8 mei 1920 was de fabrikant volgens de overgelegde verkoopbevestigingen verschuldigd *f* 850,25, waarop dus reeds als voorschot was betaald *f* 250,–, zodat resteerde *f* 600,25, welk bedrag de Staat met rente door een actie bij de burgerlijke rechter trachtte in te vorderen. De fabrikant verweerde zich door aan te voeren, dat er geen privaatrechtelijke overeenkomst was tot stand gekomen, aangezien de feiten en omstandigheden kunnen worden beschouwd als een oplegging van – en een onderwerping aan – de door de publiekrechtelijke macht gemaakte voorschriften. De Hoge Raad stelde hem in het ongelijk, overwegende, „dat ook al had het openbaar gezag aan deze eiser (in cassatie) zijn wil ter voldoening door dezen van de administratiekosten kunnen opleggen, geen enkel wettelijk voorschrift dit gezag belette om daarvan niet gebruik te maken, doch te dien aanzien een regeling met den eiser te treffen en daarvoor een overeenkomst aan te gaan."

Men ziet ook dikwijls gemeentebesturen, volkomen bevoegd om een publiekrechtelijke heffingsverordening in het leven te roepen, de voorkeur geven aan privaatrechtelijke regelingen. Wanneer bijv. een kadeterrein wordt voorzien van kraanbanen en daarlangs rijdende kranen, is het duidelijk, dat de aan de kade gelegen pakhuizen daardoor worden gebaat. Dat opent de mogelijkheid voor het invoeren van een baatbelasting gebaseerd op artikel 281 der gemeentewet. Het kan een daad van wijs beleid zijn om niet langs deze weg een bijdrage te krijgen in de hoge kosten der publieke werken doch door het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten de pakhuiseigenaren hun bijdrage te doen

storten. Is daartoe een algemene bereidheid bij de betrokkenen aanwezig, dan is het privaatrechtelijke middel voor de belanghebbenden vrijwat beter verteerbaar dan het opleggen van belastingaanslagen. Juridische bezwaren zijn m.i. niet aan te wijzen.

Ook uit anderen hoofde kan het aanbeveling verdienen van een publiekrechtelijke heffingsmogelijkheid geen gebruik te maken. Om bij onze nieuwe kranen te blijven. Het kraangeld kan op grond van artikel 275, eerste lid, der gemeentewet als retributie worden geheven. Sticht men evenwel een gemeentelijk kraanbedrijf, dan kan men artikel 275, tweede lid, der gemeentewet toepasselijk achten, waardoor gelijk ik onder II uiteenzette, het bedrijf met de gebruikers overeenkomsten aangaat. Dit kan te verkiezen zijn boven de belastingheffing, gezien de grotere soepelheid, waardoor al naar gelang op bepaalde dagen of uren veel of weinig kraanwerk te krijgen is, de tarieven kunnen variëren. Het is geen gemakkelijke opgave een belastingverordening samen te stellen, waarbij met al deze feitelijke situaties genoegzaam rekening wordt gehouden. Ook hier lijken mij geen juridische bezwaren aanwijsbaar.

b. Gevallen, waarin een publiekrechtelijke heffingsregeling bestaat. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij langs privaatrechtelijke weg haar doel te bereiken.

Een voorbeeld van een zodanig geval levert het arrest van de Hoge Raad d.d. 20 februari 1953, N.J. 1953 nr. 313. Een verffabrikant berekende voor zijn produkt hogere prijzen dan volgens de Calculatiebeschikking verf no. 1 geoorloofd was. De Directeur-Generaal voor de Prijzen zag af van toepassing der z.g. Compensatieregeling, nadat de fabrikant er de voorkeur aan bleek te geven een bedrag te storten in het Fonds voor de Prijspolitiek. Toen de man uit hoofde der gesloten overeenkomst had betaald, stelde hij de condictio indebiti in. Zonder succes. De Hoge Raad overwoog, dat de door de Directeur-Generaal getroffen regeling niet gezegd kan worden met enig wettelijk voorschrift in strijd te zijn. Deze regeling wordt niet minder door artikel 6 der Calculatiebeschikking gedekt dan de Compensatieregeling, welke laatste niet kan worden beschouwd als een uitputtende toepassing van genoemd artikel.

c. Gevallen, waarin een publiekrechtelijke heffingsregeling bestaat en wordt toegepast. De inning der heffingsbedragen kan, zo de wet of haar strekking zulks niet verbiedt, langs privaatrechtelijke weg geschieden.

Ook hier heeft de Hoge Raad kortgeleden een uitspraak gedaan. Bij arrest van 21 oktober 1955, N.J. 1955, nr. 723, besliste ons hoogste rechtscollege, ,,dat er van moet worden uitgegaan, dat iedere schuldeiser – ook de schuldeiser uit een schuldvordering, die haar oorsprong vindt in het publieke recht (i.c. de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen) – bevoegd is zijn vordering langs den gewonen rechtsweg te

innen, tenzij een bijzondere wettelijke regeling voorhanden is, die voor de inning van bepaalde vorderingen de gebruikmaking van dezen weg uitdrukkelijk of stilzwijgend uitsluit."

Ik geef toe, dat de inning langs privaatrechtelijke weg voor de bestuurder vaak duurder zal zijn dan die bij dwangbevel. Dit is echter een processuele kwestie, die buiten het principe omgaat.

d. Gevallen, waarin de overheid de privaatrechtelijke heffing omzet in een publiekrechtelijke, omdat haar doeleinden met de laatste beter te bereiken zijn.

Deze gevallen zijn min of meer omgekeerd aan die, onder *a* gesignaleerd.

Er zijn vele gemeenten, welke een z.g. „ongevallendienst" in stand houden. Is de dienst daadwerkelijk opgetreden, dan pleegt hij een nota volgens geldend tarief bij de geholpene of diens wettelijke vertegenwoordiger in te dienen. De rechtsgrond voor de gevraagde betaling zal men m.i. moeten zoeken in de regelen der zaakwaarneming. Zaakwaarneming toch is de handeling, welke iemand vrijwillig stelt met de bedoeling daardoor de belangen van een ander voor diens rekening en risico te behartigen. (*Asser-Rutten*, Handleiding tot de beoefening van het Ned. Burg. Recht, Derde deel, Tweede stuk, bl. 444). Voor zaakwaarneming is vereist, dat men eens anders zaak waarneemt, dat men dit vrijwillig en willens en wetens doet en dat het optreden als zaakwaarnemer door een bijzondere omstandigheid wordt gerechtvaardigd.

Tot zover klopt alles wonderwel. De nota's plegen dan ook zonder veel verzet, dankbaar als men is dat de ongevallendienst zo vlug en afdoende geholpen heeft, te worden betaald. Maar zodra iemand weigert, beginnen de moeilijkheden. Afgezien van het feit, dat bij gerechtelijke invordering het lak wel eens duurder zou kunnen worden dan de brief, kan men twisten over de vraag, of zaakwaarneming al of niet beperkt is tot belangen van vermogensrechtelijke aard. (*Asser-Rutten*, t.a.p. acht die beperking niet aanwezig in tegenstelling tot *van Brakel*, Leerboek van het Ned. Verbintenissenrecht, Eerste deel, 3e druk 1948, par. 469). Bovendien: volgens artikel 1393 B.W. heeft de zaakwaarnemer recht op vergoeding van de door hem met betrekking tot de waarneming gedane uitgaven. Betekent dit, dat men alleen de kosten van de gemaakte rit kan declareren? En zo ja, wie betaalt dan de (gelukkig) onvermijdelijke leegloop van de dienst? Voldoende redenen om in dit geval de privaatrechtelijke weg te verlaten en een oplossing te zoeken bij artikel 275 der gemeentewet: het invoeren van een retributieverordening.

e. Gevallen, waarin de overheid door het invoeren van strafbepalingen haar doeleinden kan bereiken. De administratie is vrij, langs de privaatrechtelijke weg een regeling met de bestuurden te treffen.

De tram- of trolleybusexploiterende gemeente kan de eigenaren van

gebouwen bij strafverordening verplichten te gedogen, dat van gemeentewege rozetten aan de gevels worden aangebracht om daaraan de draden te bevestigen (aldus *van den Bergh*, ter vergadering van de V.A.R. d.d. 13 juni 1947 bestrijdende *Vegting*, Geschriften van de V.A.R. XIV Verslag bl. 12). Hoeveel eleganter is het, niet naar het ultimum remedium, dat een strafverordening toch altijd is, te grijpen doch door een privaatrechtelijke overeenkomst met de huiseigenaar tot overeenstemming te komen. Het valt te loven als de publiekrechtelijke methode hier achterwege blijft.

f. Gevallen, waarin een publiekrechtelijke regeling bij een wet of verordening is tot stand gekomen, doch niet voldoende is om de betreffende openbare belangen te behartigen. De administratie is, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet verbiedt, vrij privaatrechtelijke nevenregelingen te treffen.

Huart merkt in zijn aangehaald artikel (bl. 22) op: „Tegenover het voordeel, dat er voor de administratie in is gelegen, dat zij krachtens administratiefrecht tot eenzijdig optreden in staat is, staat het nadeel, dat zij aan dit recht vrij beperkte bevoegdheden kan ontlenen." En niet hierin alleen ligt somtijds de noodzaak om een blik op het privaatrecht te werpen. Ook het feit, dat de administratie bij het totstandbrengen van de verordeningen niet alle moeilijkheden, welke zich in de toekomst zullen voordoen kan overzien, dwingt haar naar de soepeler civielrechtelijke regeling te grijpen. Het alternatief is de publiekrechtelijke verordening dusdanig met vrijstellingsbepalingen uit te rusten, dat zij praktisch niet meer normatief mag heten. In zijn „Osmose" stelt *Van Poelje Sr.*: „bij al dergelijke maatregelen moet met een zo grote mate van verscheidenheid der bijzondere gevallen, met een zo groot aantal bijzondere omstandigheden rekening worden gehouden, dat de zogenaamd voor allen gelijke regeling, de verordening, door de ruime mate, waarin dispensatie en nadere-eischen stellen moet worden toegelaten, haar karakter van algemeenheid, haar normatieve betekenis, vrijwel geheel verliest. Als dit in een regeling van geval tot geval ontaardt, zijn rechtszekerheid en verstaanbaarheid van hetgeen geschiedt veel meer gebaat met een regeling, die ertoe leidt, dat telkens positief en klaar verstaanbaar wordt vastgesteld, wat mag, wat niet mag en wat moet, dan met een regeling, die in naam voor allen gelijk en begrijpelijk is, maar op welker toepassing alleen de volkomen ingewijde het oog kan houden."

Ik ben het met deze redenering volmaakt eens. Als de wet zulks niet uitdrukkelijk verbiedt (zie hieronder sub h), zie ik voor de privaatrechtelijke nevenregeling slechts een begrenzing in het openbaar belang. Zij, die daar anders over denken vergeten vaak, dat de administratie in meer dan één kwaliteit kan optreden. Aan dat euvel ging m.i. ook het rondschrijven van de Minister van binnenlandsche zaken en landbouw van 26 januari 1932, nr. 1291, afd. B.B., aan de colleges van gedeputeerde staten (opgenomen in de S. en J. editie 1950 Woningwet

bl. 460/1) mank. Zijne Excellentie signaleerde het verschijnsel, dat gemeentebesturen bij de uitgifte van gronden in erfpacht of bij overdracht in eigendom – voor woningbouw – in de overeenkomsten met de kopers of de bouwers bepalingen opnemen, waarin zijn vervat eisen, waaraan bij het bouwen moet worden voldaan of aanwijzingen van bestemming in onderdelen van gronden. Het eerste moet, aldus de Bewindsman, evenwel ingevolge het imperatieve voorschrift van artikel 1 van de Woningwet bij verordening geschieden, terwijl het tweede ingevolge de Woningwet moet geschieden bij detaillering van het uitbreidingsplan. Nadat dan is gezegd dat regeling langs privaatrechtelijke weg van hetgeen krachtens de wet publiekrechtelijk geregeld moet worden in strijd is met de wet, worden de colleges van gedeputeerde staten uitgenodigd er bij de uitvoering van artikel 228 der gemeentewet op toe te zien, dat niet bij overeenkomst wordt geregeld wat publiekrechtelijk moet worden bepaald, waarna – weinig elegant – nog even wordt geschermd met een vernietigingsmogelijkheid van goedkeuringsbesluiten waaruit zal blijken, dat met de „uitnodiging" geen rekening is gehouden. Dat hier geen loos dreigement de wereld was ingezonden ondervonden gedeputeerde staten van Noord-Holland, toen bij Koninklijk besluit van 7 juli 1932, s. no. 329, werd vernietigd hun decisie tot goedkeuring van een raadsbesluit van Amsterdam, krachtens hetwelk gronden zouden worden verkocht, waarbij de koper op zich nam niet eerder tot bebouwing over te gaan dan nadat hij buiten de volgens wettelijke voorschriften vereiste vergunning de schriftelijke goedkeuring zou hebben verkregen, welke slechts zou worden verleend bij een bepaalde breedte en hoogte der gebouwen. De vernietiging geschiedde wegens strijd met de wet, omdat volgens artikel 6, 2e lid, der Woningwet bouwvergunning moet worden verleend voor ieder plan, dat voldoet aan de wettelijke voorschriften, waarmee zich niet zou verdragen de eis van een tweede door het gemeentebestuur af te geven goedkeuring. Bovendien werd gesteld, dat de wijze, waarop de gemeentebesturen de bebouwing van bepaalde terreinen kunnen regelen, in de Woningwet (par. 7) een plaats heeft gevonden en dat daarbij waarborgen zijn gegeven, zowel met betrekking tot belangen van particulieren als voor een juiste behartiging van het belang der volkshuisvesting, terwijl aan die waarborgen en daardoor ook aan de betrokken belangen, te kort zou worden gedaan, indien een gemeentebestuur op het stuk van bebouwing van bepaalde terreinen voorzieningen treft op een wijze, waarbij die waarborgen ontbreken.

Het komt mij voor, dat er – los van het bovenaangehaalde geval – in principe geen houdbare bezwaren kunnen worden gemaakt tegen een handelwijze als die van het Amsterdamse gemeentebestuur. De overheid treedt hier op in twee kwaliteiten, nl. als uitvoerder van de Woningwet en de op grond van die wet vastgestelde regelingen én als verkoopster van grond. In de eerste kwaliteit vindt zij een beperking

van haar bevoegdheden in de publiekrechtelijke bepalingen. Zo zullen burgemeester en wethouders geen bouwvergunning mogen weigeren, indien het bouwplan voldoet aan de eisen der bouwverordening en niet in strijd komt met het uitbreidingsplan. Bouwt iemand zonder déze vergunning, hem wacht politiedwang (art. 70 Woningwet). Bouwt iemand, gewapend met de bouwvergunning doch zonder de goedkeuring als bedoeld in de verkoopvoorwaarden in handen te hebben, de gemeente zal slechts bij de burgerlijke rechter de nodige voorzieningen kunnen vragen. Zij staat daar niet als overheid doch als een particulier grondverkoper. En juist in de laatste kwaliteit beperkt de (publiekrechtelijke) Woningwet m.i. niet haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Niet een usurpatie van macht, die de Woningwet en de daarop gebaseerde regelingen de gemeente niet verlenen, behoeft de reden te zijn van haar privaatrechtelijke eisen. Het kunnen zeer achtenswaardige openbare belangen wezen, welke de administratie drijven in de richting van de overeenkomst met stringente voorwaarden. En wat die waarborgen betreft, waarvan het aangehaalde Koninklijk besluit rept: waar blijven die, als een particulier grondbezitter zijn eisen bij verkoop stelt? Zeker, de overheid kan hem door onteigening tot rede brengen, maar mag de burger, die op een bepaalde plaats wil bouwen, in deze steeds op de overheid rekenen?

Met de conclusie van de meerderheid van de commissie, ingesteld door de stedebouwkundige raad van het Nederlands Instituut voor Volkshuisvesting en stedebouw, tot onderzoek van de vraag, of en in hoeverre privaatrechtelijke regeling van bebouwing geoorloofd moet worden geacht – wier rapport is opgenomen in Gemeentebestuur 1934, bl. 351 e.v. – kan ik mij in genen dele verenigen. Deze meerderheid was n.l. van mening, dat bepalingen, welke in wezen zijn voorschriften als bedoeld in de artikelen 1, 2, 35, 36, 39 en 43 der Woningwet, niet mogen worden tot stand gebracht zonder dat de daarvoor wettelijk voorgeschreven formaliteiten in acht zijn genomen. Beter kan ik mij vinden in de stelling van de minderheid – bestaande uit prof. mr. F. G. Scheltema en ir. P. Bakker Schut – volgens welke de gemeente als grondverkoopster hetzelfde bedingen mag als waartoe de wet een particuliere grondverkoper bevoegdheid laat.

g. Gevallen, waarin de overheid zich bij privaatrechtelijke overeenkomst bepaalde rechten heeft bedongen en verplichtingen heeft aangegaan. Die verplichtingen verkorten niet haar publiekrechtelijke bevoegdheden.

Gelijk onder II gezegd sluit de overheid schier dagelijks privaatrechtelijke overeenkomsten. Zij gaat daarbij bepaalde verplichtingen aan en verwerft daarbij zekere rechten. Omgekeerd kan de burger uit die contracten ten opzichte van de overheid bepaalde rechten ontlenen. De vraag is nu in hoeverre de laatsten kunnen worden gefrustreerd door de publiekrechtelijke bevoegdheden der administratie.

Men neemt algemeen aan, dat de overheid over zijn publiekrechte-

lijke bevoegdheden niet kan beschikken bij overeenkomst en dat de uitoefening dier bevoegdheden door geen overeenkomst kan worden beperkt. Dit beginsel, aldus *G. J. Wiarda* in zijn pre-advies (Geschriften van de V.A.R. VIII, bl. 58) brengt bijv. mede, dat het aan de wederpartij der overheid niet kan vrijstaan om ter nakoming ener overeenkomst in rechten te vorderen, dat enige handeling, welke behoort tot haar in het publiekrecht geregelde bevoegdheden, door het des betreffende overheidslichaam wordt verricht of nagelaten, hetgeen ten gevolge heeft, dat in zulke gevallen de verbintenissen uitsluitend worden opgelost in de vergoeding van kosten, schaden en interessen. En in zijn dissertatie „Overeenkomsten met overheidslichamen" stelt deze auteur (bl. 170 e.v.), dat zelfs al heeft de overheid bij overeenkomst toegezegd van haar verordeningsbevoegdheid geen gebruik te maken, een op dat beding inbreuk makende verordening verbindend is, al kan het gevolg zijn, dat schadevergoeding moet worden betaald of de overeenkomst ontbonden kan worden. Zelfs zou dat mogelijk zijn, als de particulier niet uitdrukkelijk heeft bedongen, dat een verordening niet zal worden tot stand gebracht doch dit vertrouwen slechts stilzwijgend is gewekt.

In het algemeen lijkt mij deze redenering juist. Zij wordt door de jurisprudentie bevestigd. Als een uit velen moge ter illustratie dienen het Koninklijk besluit van 16 juli 1953, nr. 4 (A.B. 1953, bl. 757). In 1935 had de gemeente Rhenen met belanghebbende eigenaren van ter plaatse gelegen percelen een overeenkomst gesloten, waarbij de gemeente de grond voor aanleg van een laan had overgenomen met de verplichting om deze weg in de staat te brengen en te houden voor een woonweg en om de eigenaren toe te staan de aangrenzende terreinen als bouwterrein te verkopen zonder enige beperking. De raad dier gemeente wilde zich aan deze overeenkomst houden en stelde een uitbreidingsplan vast, waarbij de privaatrechtelijke aanspraken der particulieren werden gehonoreerd. Gedeputeerde staten evenwel onthielden aan dit plan (gedeeltelijk) hun goedkeuring. Op het beroep van de raad overwoog de Kroon, dat de gesloten overeenkomst geen grond oplevert voor goedkeuring van een stedebouwkundig niet verantwoorde bestemming. Zij doceerde in Haar besluit, dat de moeilijkheden met de grondeigenaren maar moesten worden opgelost door aankoop van de terreinen. Het gevolg van de houding van gedeputeerde staten en Kroon zal wel een dure aankoop c.q. onteigening zijn geweest . . . .

Het zal m.i. van de omstandigheden afhangen, of de overheid, een overeenkomst gesloten hebbende en daarop door het tot stand brengen ener verordening inbreuk makende, verplicht kan worden tot betaling van schadevergoeding dan wel succesvol met een actie tot ontbinding van het contract besprongen kan worden. Er zijn gevallen denkbaar, dat de verordening geen enkele civielrechtelijke nasleep zal hebben. Nemen wij bijv. in beschouwing de door vele gemeenten veelvuldig gesloten contracten tot overneming van voor het publiek toegankelijke

stoepen, teneinde trottoiraanleg mogelijk te maken. In vele overeenkomsten bedong de verkoper, dat hij, hoewel de usantiële koopprijs ontvangende, een gedeelte van het aan te leggen trottoir zou mogen gebruiken voor uitstalling zijner winkelwaren. Op zeker moment kan zich de noodzakelijkheid voordoen, uitstallingen op trottoirs, stoepen enz. bij politieverordening te verbieden. Resulteert uit deze verordening nu een actie tot schadevergoeding c.q. tot ontbinding der overeenkomst van de voormalige stoepeigenaar? Het komt mij voor van niet. Immers: zou de overeenkomst niet gesloten zijn, de particulier zou evenzeer zijn rechten tot uitstalling door de nieuwe politieverordening hebben verloren.

h. Gevallen, waarin de bevoegdheden der overheid publiekrechtelijk zijn beperkt met de kennelijke bedoeling, dat verruiming niet geoorloofd is. Zij kan haar bevoegdheden niet langs privaatrechtelijke weg uitbreiden.

De overheid is niet bevoegd om daar, waar zij niet uit onmacht om alle gevallen te voorzien maar opzettelijk en met open ogen door de wet slechts met beperkte bevoegdheden is uitgerust, door privaatrechtelijk handelen haar mogelijkheden te verruimen.

Een tot vele moeilijkheden aanleiding gegeven hebbende beperking van de publiekrechtelijke bevoegdheid der administratie levert die, gelegen in artikel 6, tweede lid, der Woningwet. Hierin wordt o.m. bepaald, dat een bouwvergunning *moet* worden geweigerd, indien o.m. het plan, welks uitvoering wordt gevraagd, afwijkt van een goedgekeurd plan van uitbreiding. De aldus stringent beperkte bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders heeft vooral na de tweede wereldoorlog tal van zwarigheden tot gevolg gehad, waarin artikel 20 der Wederopbouwwet niet voldoende verlichting heeft gebracht. De noodzaak van industrialisatie bijv. heeft – hoewel zulks om andere redenen ook vroeger wel voorkwam – gemeentebesturen naarstig doen zoeken naar mogelijkheden om aan de genoemde beperking hunner bevoegdheden te ontkomen. Een aanvrage voor het bouwen ener fabrieksloods in strijd met een uitbreidingsplan, dat de eerstvolgende jaren toch niet tot uitvoering zal komen, kan voor een gunstige beschikking niet in aanmerking komen, hoewel openbare belangen door deze bouw niet steeds behoeven te worden geschaad, integendeel. Men heeft getracht hier langs privaatrechtelijke weg een uitwijkmogelijkheid te vinden. Men redeneerde: voor dit geval kunnen wij niet een tijdelijke vergunning geven, artikel 8 der Woningwet juncto de Algemene Maatregel van Bestuur d.d. 9 april 1934, s. 139, is hier niet van toepassing, maar het algemeen belang brengt mede, dat het bouwwerk er komt en gedurende de jaren, dat het uitbreidingsplan niet aan snee komt, blijft staan. Een „oplossing" werd gevonden door de adspirantbouwer een verklaring te laten tekenen, waarbij hij zich verbond het gebouw op eerste aanschrijving af te breken en waarbij hij de gemeente machtigde zulks op zijn kosten te doen, indien hij in gebreke mocht

blijven. Na ontvangst van een dergelijke verklaring pleegt dan de bouwvergunning te worden gegeven. Voorwaar een op te waarderen motieven gebaseerde wetsontduiking, maar een wetsontduiking! De privaatrechtelijke verklaring van degeen, die met de daardoor verkregen bouwvergunning heeft gebouwd, wordt in de jurisprudentie niet gehonoreerd. Dat ondervond laatstelijk de gemeente Roermond. Burgemeester en wethouders dier gemeente hadden een bouwvergunning verleend, nadat een verplichting tot afbraak bij overeenkomst was aanvaard. Toen nu de gemeente de grond, waarop het bouwsel was verrezen, onteigende, stelde zij zich op het standpunt, dat voor de opstal geen schadeloosstelling behoefde te worden betaald, omdat zij immers ieder moment de afbraak kon eisen. De onteigende voerde evenwel aan, dat de „afbraakovereenkomst" rechtsgeldigheid miste wegens strijd met artikel 6, 2e lid, der Woningwet. De arrondissementsrechtbank te Roermond besliste, dat de litigieuze overeenkomst nietig is, als in strijd met de Woningwet, hetgeen meebrengt, dat de krachtens de bouwvergunning gebouwde opstal voor de volle waarde in de schadeloosstelling moet worden opgenomen. Het door de gemeente Roermond ingestelde beroep in cassatie baatte haar niet (arrest 13 oktober 1954, N.J. 1954, nr. 774, A.B. 1955, bl. 45). Inderdaad valt met betrekking tot de afbraakovereenkomst strijd met de wet niet te ontkennen, maar de vraag blijft voor mij, of de aanspraak van de onteigende niet had kunnen worden afgewezen op grond van misbruik van recht. De onteigende toch heeft aan de wetsontduiking met open ogen en bewust meegedaan. Dat hij daarvan gouden vruchten plukt, is voor het rechtsgevoel moeilijk te verteren.

i. Gevallen, waarin de overheid een dispensatiemogelijkheid van bepalingen van publiekrecht is gelaten. Als voorwaarde voor dispensatie mag zij het sluiten met haar van een de burger bezwarende overeenkomst eisen, zo de wet of haar kennelijke strekking zulks niet uitdrukkelijk verbiedt.

Om bij de Woningwet te blijven: tal van de op die wet gebaseerde bouwverordeningen bevatten de bepaling, dat er niet gebouwd mag worden elders dan aan een weg, ter plaatse bestemd en ingericht voor huizenbouw, met een dispensatiemogelijkheid, waarvan burgemeester en wethouders, eventueel onder het stellen van voorwaarden, gebruik kunnen maken. Als regel wordt die ontheffing slechts verleend, indien is voldaan aan de z.g. „Exploitatievoorschriften", waartoe een overeenkomst tussen bouwheer en gemeente wordt gesloten, als die, welke een bouwmaatschappij aanging met de gemeente Amsterdam en welke heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 1931, N.J. 1931, bl. 941. De maatschappij had zich verplicht jegens de gemeente tot het om niet overdragen in volle en vrije eigendom van nader tot de straat te bestemmen stroken grond, tot de verkoop, van andere perceelsgedeelten en tot storting in de gemeentekas van gelden voor de aanleg van de straat, voor de afvoermogelijkheden van drek, fecaliën

enz., benevens tot de betaling van de waarde van een strook gemeentegrond, welke de gemeente voor de straataanleg ter beschikking moest stellen. Nadat de zaak aldus in kannen en kruiken was gekomen, stelde de bouwmaatschappij een actie tot terugvordering van het door haar gepresteerde in, aanvoerende dat de gemeente hier de weg van belastingheffing had moeten gaan. De Hoge Raad overwoog bij zijn aangehaald arrest allereerst, dat de mogelijkheid van belastingheffing de gemeente niet het recht ontneemt ter dekking van de onderhavige kosten door overeenkomst die kosten af te wentelen op hen, die uit hoofde van hun bijzonder belang bij het tot stand komen van het werk tot het sluiten van een zodanige overeenkomst bereid zijn (zie de gevallen als hierboven onder *a* gesignaleerd). Ook verder achtte ons hoogste rechtscollege geen aanleiding de bouwmaatschappij in het gelijk te stellen, omdat „toch de dienst, welken de gemeente aan Betonbouw tegen opofferingen harerzijds, waaronder de meergemelde betalingen, bewijst hierin bestaat, dat de gemeente de voorwaarden vervult, waardoor het bebouwen van een terrein van Betonbouw, in verband met de door de bouwverordening gestelde eischen mogelijk wordt", terwijl tenslotte nog wordt overwogen:

„dat de gemeente in het verstrekken van dezen dienst geenszins vindt een deel van haar taak als Overheid en zij dan ook meergemelde openbare straat en werken daarin aanlegt, alleen ter behartiging van de algemene belangen van het openbaar verkeer en de openbare gezondheid en niet teneinde het bijzondere belang, dat als voormeld Betonbouw bij het tot stand komen der werken heeft, te dienen".

Als men erkent, dat het slechts mogen bouwen aan wegen een openbaar belang is, dan is het niet onbillijk, dat degeen, die bouwterrein heeft, dat niet aan wegen is gelegen, zich verplicht de daaraan verbonden kosten te voldoen. Zijn grond krijgt door de wegaanleg de status van gereed bouwterrein en dus een hogere waarde; tegenover deze aan hem verleende dienst staat de contraprestatie van de overdracht van stroken grond, de betaling van straatkosten enz.

Wat blijkt nu uit de hierboven in groepen samengevoegde gevallen, waarin de overheid voor de vraag staat: publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm? M.i. allereerst, dat niet in het algemeen te zeggen is, dat daar, waar een publiekrechtelijke vorm voorhanden is, het belang van de overheid *maar ook het belang van de particulier* meebrengt, dat die vorm moet worden gehanteerd; integendeel: het kan juist de zorg voor het belang van de individuele burger zijn, welke de administratie voor de privaatrechtelijke vorm doet opteren. De te maken keuze is niet alleen een juridische kwestie, maar vaak ook en soms in de eerste plaats een zaak van beleid. Daarbij komt, dat het publieke recht niet altijd de passende oplossing van een concrete situatie aan de hand doet. Zolang de administratie niet met de positieve wetsbepaling in strijd komt

– *en dat zal van geval tot geval bekeken moeten worden* –, er geen sprake is van misbruik van recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen, is er niet de minste reden haar niet de vrije keus tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke vorm te laten.

IV. DE CONCESSIE: EEN KAMELEON (?)

Toen in 1895 bij het gemeentebestuur van Groningen een aanvraag was binnengekomen tot het verkrijgen van een concessie voor de elektriciteitsvoorziening, adviseerde de betreffende raadscommissie afwijzend. Als er elektriciteit geproduceerd moest worden, zou naar haar oordeel de gemeente dit zelf moeten doen. Zij wees op de slechte ervaringen met het verlenen van monopoliën aan particulieren, die h.i. slechts het winstoogmerk een rol laten spelen. Weliswaar zal ook de gemeente niet afkerig zijn van het maken van winst, maar, aldus de commissie, die winst komt de gemeenschap ten goede. Bovendien zal de gemeente zelf een grote afnemer van elektriciteit worden en dus moet zij zich niet bij voorbaat brengen in een van particulieren afhankelijke positie, terwijl de commissie er nog op wees, dat de gemeentegronden, waarin de elektriciteitsdraden zouden moeten worden gelegd, reeds andere geleidingen bevatten, zodat het ter voorkoming van onnodige beschadigingen aan openbare straten aangewezen voorkwam het beheer van al die draden in één hand, n.l. in de gemeentelijke, te houden.

De gouden tijd voor de concessie op gemeentelijk erf is, naar het mij voorkomt, voor goed voorbij. Zij vond haar bloeiperiode in een tijd, waarin de gemeentelijke overheid zelf weinig risico's op zich durfde te nemen, haar taak als een zeer beperkte zag en in het algemeen er niets voor voelde zelf te doen wat particulieren naar haar mening evengoed zouden kunnen verrichten.

Langzamerhand kwamen de concessies in een kwade reuk. Er zullen weinig gemeenten zijn, die, concessies verleend hebbende, niet tengevolge daarvan, processen hebben gevoerd. Men ervoer, dat de concessionarissen slechts hun eigen belang najaagden. Gegeven het feit, dat de concessies slechts voor bepaalde tijd golden, bleven de nodige vernieuwingen en de toepassing van technische vindingen dikwijls achterwege, zulks ten nadele van de ingezetenen. De monopolistische positie werkte de frisheid in de bedrijfsvoering niet in de hand. De gestelde concessievoorwaarden bleken alras niet toereikend om de belangen der ingezetenen afdoende veilig te stellen. Immers: bij het verlenen der concessie was moeilijk de omvang van de behoefte aan het produkt te voorzien noch de vooruitgang der techniek. En de gemeente zat vele jaren aan de concessie vast . . . .

Hebben aldus de gemeentebesturen in het algemeen van hun concessie-verleningen weinig plezier beleefd, wetenschap en rechtspraak hebben zich afgetobd met de vraag, door welk recht de concessie wordt

beheerst. Daarvóór moest dan worden uitgemaakt, wat een concessie eigenlijk is, hoe zij zich verhoudt tot de publiekrechtelijke vergunning c.q. dispensatie.

Tot een concessiewet heeft Nederland het nooit gebracht. Wel werd bij Koninklijke Boodschap van 25 februari 1865 een ontwerp van wet tot regeling van concessieverlening aangeboden (Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1864/5, bl. 905 e.v.). Het ontwerp behelsde niet een definitie van het begrip concessie, maar decreteerde slechts, dat concessies tot aanleg en exploitatie van werken of ondernemingen van algemeen nut door of vanwege de Koning en binnen de kring hunner huishouding door de provinciale en gemeentebesturen worden verleend. Dit wetsontwerp heeft het staatsblad niet bereikt, evenmin als zijn opvolger (Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1865/66, bl. 122 e.v.).

In deze omstandigheden kan het geen verwondering wekken, dat, wat wettelijk niet vastlag, de wetenschap heeft trachten te formuleren. Er ontstonden evenwel nagenoeg evenveel definities als het aantal schrijvers, dat zich met het probleem bezighield. Om een greep te doen: *G. de Bosch Kemper* (De concessiën volgens het Ned. Recht, 1866 bl. 32) verstond onder een concessie een publiekrechtelijke handeling, waardoor de Staat te algemenen nutte een hem toebehorend recht aan een ander overdraagt. *J. van Gelein Vitringa* (De rechterlijke macht tegenover de Amsterdamse Gasconcessies, R.M. 1899, bl. 563 e.v.) zag een concessie als een overheidsvergunning tot het tot stand brengen en exploiteren ener onderneming, waarover de overheidszorg zich mede in positieve richting uitstrekt. Volgens *S. J. de Monchy* (Iets over het rechtskarakter van concessies, R.M. 1908, bl. 10 e.v.) is de concessie de overheidsdaad, waarbij van een verbod ontheffing wordt gegeven ten behoeve van het aanleggen of exploiteren van een werk of onderneming van algemeen nut. Minder publiekrechtelijk klinkt het geluid van *R. Kranenburg* in zijn „De tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak", 1909, waarin hij op bl. 49 e.v. de concessie aan een bespreking onderwerpt. De concessie zou een overeenkomst zijn tussen een bestuursorgaan en een particulier, waarbij de eerste aan de laatste de bevoegdheid geeft en deze aanneemt om een bepaald werk of een bepaalde onderneming aan te leggen of te exploiteren. In het Weekblad van de Burg. Adm., van 5 oktober 1912 levert *G. A. van Poelje* kritiek op de definitie van *Volmer*, volgens wie de bedrijfsconcessie een overeenkomst is, waarbij de ene partij (gemeente, provincie of staat) aan de wederpartij, (ondernemer, concessionaris) bewilliging geeft en, voor zover zulks nodig is, medewerking verleent – medewerking voor zover de overheid publiekrechtelijk de stichting zou kunnen beletten of bemoeilijken; bewilliging voor wat betreft het gebruik van het eigendom der gemeenschap (wegen, water) – tot de exploitatie van een bedrijf en de wederpartij zich daartoe verplicht. *Romeijn* (Adm. Recht, deel I

bl. 92) definieert de concessie als een regeling tussen overheid en particulier, waarbij aan deze laatste de bevoegdheid wordt verleend een deel der overheidstaak of althans een taak, welke de overheid als van algemeen belang erkent, op zich te nemen en waartoe hij zonder medewerking der overheid niet bevoegd zou zijn. *Van Praag* (Op de grenzen van publiek- en privaatrecht, 1930, bl. 85 e.v.) omschrijft de concessie als de regeling tussen een publiekrechtelijk lichaam en anderen (in de regel particulieren), waarbij dat lichaam voorzieningen treft terwille van een of ander openbaar belang, in de verwachting, dat de verrichtingen der wederpartij dit openbaar belang zullen bevorderen. In zijn Leidse dissertatie van 1939 „De bedrijfsconcessie" meent *Diesch*, dat een bedrijfsconcessie een regeling is tussen een overheidslichaam en een of meer anderen (in de regel particulieren), waarbij dat lichaam maatregelen treft terwille van de voorziening, op risico van zijn wederpartij in een publieke behoefte, terwijl deze wederpartij zijn beloning althans in hoofdzaak vindt in hetgeen het publiek voor zijn diensten betaalt. *G. J. Wiarda* onderscheidt in zijn dissertatie „Overeenkomsten met overheidslichamen" bl. 180 eigenlijke en oneigenlijke concessies. De eersten zijn de beschikkingen, waarin de overheid iets veroorlooft, dat zonder haar verlof krachtens publiekrechtelijke verbodsbepaling zou zijn verboden. De laatsten zouden wij ook daar aantreffen, waar geen wettelijk voorschrift dwingt om van enig overheidslichaam verlof te vragen, alvorens een onderneming, waarbij het algemeen belang is betrokken, te beginnen, doch de overheid ten aanzien van zodanige ondernemingen met de ondernemer een regeling treft, waarbij zij hem een bepaalde medewerking toezegt, bijv. door hem op haar eigendommen zekere gebruiksrechten te verschaffen en daartegenover van die ondernemer de waarborgen bedingt, die zij nodig acht om de onderneming aan het algemeen belang te doen beantwoorden. De oneigenlijke concessie heeft, volgens *Wiarda*, met de eigenlijke concessie gemeen, dat beiden betrekking hebben op een onderneming, die de overheid in het algemeen gewenst acht. Juridisch beschouwd worden met hetzelfde woord twee geheel verschillende dingen aangeduid, aldus deze auteur. Ook *Vegting* (Het Algemeen Ned. Administratiefrecht 1954, bl. 340 e.v.) onderscheidt tussen eigenlijke en oneigenlijke concessies. Bij de eerste wordt zekere werkzaamheid van particulieren onder overheidstoezicht geplaatst, de geoorloofdheid er van van de toelating door een overheidsorgaan afhankelijk gemaakt, zulks omdat men bij deze werkzaamheid het algemeen belang betrokken acht. In de gevallen, waarin niet een wettelijk voorschrift oorzaak is van de voor de betrokkene geldende noodzaak om te trachten de medewerking van het betreffende overheidsorgaan te verkrijgen maar deze noodzaak is gelegen in het eigendomsrecht van de overheid, is er sprake van een oneigenlijke concessie.

Het komt mij voor, dat het voor het geldende recht onmogelijk is

een voldoende onderscheidende definitie van de „concessie" op te stellen. Wat wettelijk hiér „concessie" heet verschilt wezenlijk in niets van wat dáár als „vergunning" wordt aangeduid. Hoezeer de wetgever de begrippen „concessie" en „vergunning" door elkaar heeft gebruikt, blijkt in wel zeer kort bestek uit de eerste twee alineae van artikel 1 van de Wet van 14 juli 1904, s. 147 houdende bepalingen omtrent het ondernemen van droogmakerijen en indijkingen, luidende:

„Droogmakerijen en indijkingen, die niet door het Rijk worden tot stand gebracht, mogen niet worden ondernomen dan nadat daartoe door Ons, Gedeputeerde Staten van de provincie of de provinciën, waarin de gronden zijn gelegen gehoord, *concessie* is verleend.

Op droogmakerijen is dit voorschrift niet van toepassing, wanneer het plan tot droogmaking reeds bij eene *vergunning* tot vervening is vastgesteld of enz."

De *vergunning* tot vervening wordt gevorderd bij artikel 2 van de Wet van 13 juli 1895, s. 113, houdende bepalingen omtrent verveningen.

Illustratief te deze is ook het Koninklijk besluit van 18 juni 1955, nr. 18 (A.B. 1955, bl. 745), waarbij o.m. werd beschikt op een beroep van de burgemeester van Nijmegen, die bezwaar had tegen de door de Commissie Vergunningen Personenvervoer gegeven omschrijving van de grenzen van het gebied, waarbinnen de Zuid-Ooster Autobusdiensten N.V. autobusdiensten mag onderhouden. Om aan te tonen, dat zijn gemeente belanghebbende in de zin der wet was en dus in het beroep kon worden ontvangen, produceerde de burgemeester een tram-*concessie* voor het traject Nijmegen–Beek–Berg en Dal en een *vergunning* voor de uitoefening van een autobusdienst over het traject Nijmegen–Ubbergen–Beek–Wijler–Kranenburg-Kleef. En terecht bediende de gemeente zich van tweeërlei terminologie. Artikel 2 van de Locaalspoor- en Tramwegwet eist voor de aanleg van een tramweg een *concessie*, artikel 4 van de Wet Autovervoer Personen verbiedt het vervoer van personen met een autobus zonder *vergunning*.

Ligt dus wettelijk het verschil tussen concessie en vergunning niet vast, het gewone spraakgebruik brengt ons ook niet veel verder. Autobusondernemers plegen te spreken van *concessies* en *concessiegebieden*; huurauto-ondernemers van *vergunningen*.

In de aangehaalde definities van het begrip „concessie" is sprake van een *overheids*handeling. Toch zijn er „concessies" gegeven, waarbij niet een overheid als zodanig optrad. De gemeente Groningen heeft de eigendom, het beheer en het onderhoud van tal van wegen in het oosten der gelijknamige provincie. Zij verschilt in deze niets (meer) van de particuliere wegeigenaar en -beheerder. In die hoedanigheid heeft zij talrijke „concessies" verleend. Zo gaf zij op 3 april 1880 een *concessie* aan de „N.V. Eerste Groninger tramway-maatschappij" te Veendam voor „het aanleggen en exploiteren van een paardenspoor langs het Stadskanaal". Artikel 1 der concessievoorwaarden luidde:

„De gemeente Groningen verleent aan de vennootschap eerste

Groninger tramway-maatschappij concessie, om op of langs den aan die gemeente toebehoorenden kunstweg langs het Stadskanaal van het Boven-Wildervanksterverlaat tot den Buinermond op na te melden wijze en voorwaarden een spoorbaan, *tramway* geheeten, aan te leggen, te beheeren en te exploiteeren.

Deze concessie wordt verleend voor een tijdvak van zestig jaren, onder voorwaarde, dat de concessionarisse naleeft de voorschriften die, zoo nopens de beweegkracht, welke gedurende dit tijdsverloop geappliceerd, als nopens de dienstregeling, zullen worden gegeven door het gemeentebestuur van Groningen, een en ander onafhankelijk van het bepaalde in de artikelen 12, laatste lid, en 16, tweede lid, dezer voorwaarden, en verder met bepaling, dat de lijn binnen 15 jaren na den aanvang der exploitatie moet zijn doorgetrokken tot Ter Apel, naar de voorschriften der voor dat gedeelte binnen dat tijdvak te geven concessies, zullende bij gebreke van doortrekking binnen dezen termijn, deze concessie nog slechts 10 jaren na dezen termijn voortduren en alsdan zijn vervallen.

Tijdens den duur van deze concessie, zal geene concessie voor eene, tusschen de bovenaangeduide punten, in *gelijke rigting* loopende tramway, binnen den afstand van 1000 meters aan weerszijden worden gegeven."

Bij onderzoek bleek mij, dat voor de reeds lang ter ziele gegane „tramway" nevens deze „concessie", welke verder de gebruikelijke concessievoorwaarden bevatte, geen enkele medewerking van het plaatselijk bestuur nodig is geweest. Toch is hier steeds gesproken van „concessie".

Het heeft intussen niet ontbroken aan pogingen, het begrip „concessie" juridisch van de begrippen „vergunning", „ontheffing", „dispensatie" en soortgelijke af te scheiden. *Sijbenga* (Pre-advies voor de N.J.V. 1927) signaleert, dat deze begrippen door elkaar worden gebruikt en constateert, dat het niet altijd duidelijk is of verschillende dingen bedoeld zijn. *Vegting* (t.a.p.) zegt, dat deze met verschillende naam aangeduide beschikkingen gemeen hebben, dat zij voor de betrokkenen geoorloofd maken wat hun voordien niet was toegestaan en concludeert dan, dat zij juridisch niet zijn te onderscheiden. Slechts zou een afscheiding tot stand zijn te brengen door een afspraak omtrent het juridisch spraakgebruik. (bl. 351). *Van der Pot* heeft een poging ondernomen, om tot een dergelijke afspraak te komen. Daar, waar de overheid een handeling liever niet ziet verrichten, is de term *dispensatie* of *ontheffing* te bezigen. Stond de wetgever indifferent tegenover de handeling, vond hij in het algemeen goed, dat deze werd toegestaan, als er om gevraagd werd, omdat het niet de bedoeling van de verbodsbepaling was, dat de handeling niet of slechts bij uitzondering zou geschieden maar alleen dat zij geschieden zou op de slechts in concreto aan te geven wijze, dan zouden wij op het terrein der *ver-*

gunning zijn. Men heeft tenslotte te doen met een *concessie* in gevallen, waarin de wetgever het verrichten der handeling in het publiek belang heeft geacht maar toch niet heeft gewild, dat deze door een bijzondere persoon zou worden verricht zonder dat de overheid daarbij een woord kon meespreken. (Nederlandsch Bestuursrecht tweede uitgave 1934: Alg. Deel, De vormen van het besturen, bl. 222). Zelfs al zou men met het resultaat van deze door mijn leermeester opgezette poging van harte instemmen, wetgeving en praktijk hebben zich tot nu toe er weinig van aangetrokken. Het komt mij voor, dat slechts een afdoende onderscheiding zou zijn te verkrijgen, als de wetgever in een algemene concessiewet, zich over het concessiebegrip ontfermde. Zolang dit niet is geschied, zullen wij het er met *Van der Grinten* (Overeenkomst, vergunning en concessie, Gemeentebestuur 1927, bl. 493 e.v.) voor moeten houden, dat het verschil tussen concessie en vergunning is van niet-juridische aard.

Onder deze omstandigheden is het een onmogelijke opgave een antwoord te geven op de vraag of *de* concessie van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke huize is. Dat blijkt al aanstonds uit de rijke jurisprudentie over gerezen moeilijkheden tussen overheidslichamen en hun concessionarissen. Nu eens werd aan de verhouding een privaatrechtelijk karakter toegekend, dan weer meende de rechter dat het publiekrecht de relatie overheid-ondernemer beheerste, in een derde groep gevallen werd de concessie geacht deels van publiekrechtelijke deels van privaatrechtelijke aard te zijn. Men vergelijke de behandelde jurisprudentie in Van Praag's „Op de grenzen van publiek- en privaatrecht"; bl. 85 e.v. In hoeverre de rechter bij de onderscheidene concessies naar juistheid besliste, is moeilijk uit de gepubliceerde rechtspraak op te maken. Men zou om een oordeel te vellen volledig moeten weten, wat te dezen tussen overheid en concessionaris geldt en dat blijkt niet steeds uit de vonnissen en arresten.

In zijn pre-advies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1927 poneert *Sijbenga* de stelling, dat de concessie een overeenkomst is in de zin van artikel 1349 B.W. Dat zou al aanstonds voortvloeien uit de omstandigheid, dat de wet andere overeenkomsten niet kent. Hij bestrijdt *Van Praag's* bewering, dat er ook publiekrechtelijke overeenkomsten zijn, t.w. die, welke op de vervulling der bestuurstaak van de overheid zijn gericht of deze tot object hebben. Voor deze onderscheiding zou in de wet geen grond te vinden zijn. Op deze z.g. publiekrechtelijke overeenkomsten zou het gemene recht van toepassing zijn, tenzij in de wet hiervan is afgeweken.

Als de toenmalige Groningse griffier der staten deze zienswijze had opgesteld met betrekking tot concessies als die, verleend aan de N.V. Eerste Groninger Tramway-maatschappij, zou daartegen niets in te brengen zijn. Dergelijke „concessies" waren niets anders dan gewone

privaatrechtelijke overeenkomsten. Daar doet niet aan af, dat zij in de *vorm* ener publiekrechtelijke vergunning werden gegoten. In hetzelfde vlak liggen de concessies, die uitsluitend aan de overheid worden gevraagd, omdat zij de eigendom heeft van straten, kanalen enz., waarvan gebruik moet worden gemaakt voor de exploitatie van de onderneming, zonder dat enig publiekrechtelijk voorschrift een vergunning of concessie eist.

Het concessiebeeld is evenwel veelkleurig; het vertoont geen zwartwit patroon: privaatrecht-publiekrecht.

Tegenover de privaatrechtelijke concessies, door de gemeente Groningen in de veenkoloniën verleend, staan op het andere uiteinde de zuiver publiekrechtelijke concessies. Aan een indijkingsconcessie of een autobusvergunning kan ik weinig privaatrechtelijks ontdekken. Daartussenin ligt een heel veld van concessies, welke deels van privaatrechtelijke, deels van publiekrechtelijke aard zijn. Wanneer bijv. een concessie wordt gevraagd voor het exploiteren van een gasfabriek, terwijl wet of verordening geen verbod inhouden tot het zonder vergunning oprichten, instandhouden en exploiteren van een dergelijk bedrijf, dan kan het verzoek om concessie aan de overheid meer dan een reden hebben. Mochten er buizen gelegd worden in gemeentelijke grond, zonder dat een verordening daartoe een verbod inhoudt, dan zal er, gelijk gezegd, een privaatrechtelijke overeenkomst tot stand komen. Verbiedt een politieverordening het leggen van buizen zonder vergunning, dan heeft de aspirant-exploitant een *publiekrechtelijke* vergunning nodig. Maar het verkrijgen van deze vergunning is verre van essentieel voor zijn verzoek. Hij zal daarnevens van de overheid de verzekering willen hebben, dat hij een monopolie-positie zal innemen. Het verkrijgen daarvan is hem waard, een aantal voorwaarden te aanvaarden, welke de overheid wil stellen om de belangen van de burgers te dienen. Is de vergunning om buizen te leggen in dit geval van publiekrechtelijke aard, daarnevens wordt een privaatrechtelijke overeenkomst gesloten, ongeacht de vorm, waarin het geheel wordt gegoten. De Electriciteitswet eist in artikel 2 voor de aanleg alsook voor de exploitatie van elektriciteitswerken, door middel waarvan elektrische energie voor anderen verkrijgbaar wordt gesteld een door de Kroon verleende concessie. Artikel 4 bepaalt, dat in de concessie niet zullen mogen ontbreken o.m. bepalingen betreffende verplichting van de concessionaris tot stroomlevering en tot aanleg of uitbreiding van elektriciteitswerken in het gebied waarop de concessie betrekking heeft, bemoeiing van de Minister van Waterstaat ten aanzien van de voorwaarden van stroomlevering, de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de concessionaris enz. Hoe stringent deze bepalingen zullen uitvallen zal afhangen van de onderhandelingspositie van Kroon en ondernemer. Is in dit geval de concessie, als bij de wet voorgeschreven, van publiekrechtelijke aard, de bepalingen gebaseerd op artikel 4 lijken mij meer van privaatrechtelijke huize. Bij de laatste

toch kan de overheid zijn macht niet naar eigen goedvinden uitoefenen; de concrete inhoud dier bepalingen zal na overleg en wilsovereenstemming tussen overheid en ondernemer tot stand komen.

Genoeg om tot de conclusie te komen, dat het rechtskarakter van *de* concessie niet is aan te geven. Om het rechtskarakter van *een* concessie vast te stellen zal men moeten nagaan, wat er precies tussen overheid en particulier is tot stand gekomen. De concrete inhoud van die verhouding is bepalend voor het stempel dat zij draagt: privaatrechtelijk, publiekrechtelijk, deels privaatrechtelijk deels publiekrechtelijk. De mening van *Diesch* (t.a.p. bl. 110) dat „de concessie is een tussending, een overgangsvorm van privaat- naar publiekrecht" is dan ook nietszeggend en voor vele gevallen onjuist.

De vraag, welke nog te beantwoorden overblijft, is, of de overheid, indien de wet op dit punt geen bepalingen bevat, de concessie, welke voor een bepaalde tijd is verleend, krachteloos kan maken door tussentijdse intrekking van de publiekrechtelijke beschikking, zo een dergelijke beschikking (mede) tot haar inhoud behoort, dan wel door wijziging van die beschikking de concessie een andere inhoud kan geven.

G. J. Wiarda (dissertatie, bl. 209 e.v.) is geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden, zelfs als het de bedoeling is geweest om inderdaad voor de gestelde termijn de exploitatie van het geconcessioneerde bedrijf (onveranderd) mogelijk te maken. Onaantastbare rechten tegenover zich*zelf* zou geen overheidslichaam bij verordening of eenzijdige beschikking kunnen verlenen. De burgerlijke rechter zou slechts mogen beoordelen de vraag, of de publiekrechtelijk onaantastbare intrekking of wijziging ener concessie uit een privaatrechtelijk oogpunt een inbreuk vormt op de daaraan verbonden overeenkomst. Is dit inderdaad het geval dan zou er plaats zijn voor schadevergoeding. Ook *Diesch* is deze mening toegedaan.

In het algemeen lijkt mij deze zienswijze juist. Zij zal evenwel niet opgaan, indien de intrekking of wijziging is een daad van willekeur. In dat geval pleegt de gewone rechter tegenwoordig de burger zijn bescherming niet te onthouden. Men zie in dit verband mijn bijdragen „De burgerlijke rechter bij weigering van vergunningen ex artikel 1, lid 1, der Woonruimtewet 1947" en „Het redelijk oordelend college" opgenomen in het Weekblad voor de Nederlandse Bond van Gemeente-ambtenaren" van resp. 7 mei 1954 en 8 juli 1955. Duidelijke taal spreekt te dezen het arrest van het Amsterdamse Hof van 7 april 1948, N.J. 1948, nr. 387. Het gemeentebestuur van Zuilen had aan een schillenboer ingevolge artikel 5 van het Afvallenbesluit 1940 I tot wederopzegging toe een vergunning verleend tot het inzamelen van levensmiddelen e.d. onder het stellen van zekere voorwaarden. De vergunning werd, nadat daarvan bijna een vijftal jaren gebruik was gemaakt, ingetrokken op een buiten de gestelde voorwaarden liggende grond. De schillenboer spande een Kort Geding aan en werd in het

gelijk gesteld. In beroep beriep de gemeente er zich op, dat in de aanhef van het vergunningsbesluit uitdrukkelijk was opgenomen, dat de vergunning wordt verleend „tot wederopzegging toe" en voerde aan, dat deze clausule in vergunningen zeer vaak voorkomt om de betrokken overheidsinstantie vrijheid te laten het algemeen belang op de meest doelmatige wijze te behartigen. Het Hof overwoog echter, „dat de reeks van voorwaarden aan de vergunning verbonden bij den vergunninghouder het vertrouwen moest wekken, dat hij bij naleving dier voorwaarden in het bezit zou blijven der voor hem zo kostbare vergunning." De rechter hield het gemeentebestuur voor, dat het goed moest bedenken, dat voor een man als de schillenboer de hem verleende vergunning zijn broodwinning betekent, zodat – al moge dan de clausule „tot wederopzegging toe" niet ongeldig zijn – het recht tot opzegging, dat burgemeester en wethouders zich voorbehielden met de grootste voorzichtigheid moet worden gehanteerd. Al moet in het algemeen aan het inzicht en beleid van de betrokken overheidsinstanties de afweging van algemeen en particulier belang worden overgelaten, de taak van de rechter is het er voor te waken, dat de burgers niet het slachtoffer worden van ambtelijke willekeur. En naar het aanvankelijk inzicht van het Hof – als Kort geding rechter – was voor de onderhavige intrekking geen redelijke grond aanwezig, zodat het intrekkingsbesluit onrechtmatig was.

Gelukkig het land, waar de rechter de particulier tegen overheids-*willekeur* beschermt!

V. DE RECHTSVORM VAN GEMEENTELIJKE INSTELLINGEN

a. De bestuursorganen der gemeente

Artikel 1 der gemeentewet bepaalt, dat het bestuur van elke gemeente bestaat uit een raad, een college van burgemeester en wethouders en een burgemeester.

Artikel 152 der grondwet plaatst aan het hoofd der gemeente de raad; het is dus volkomen en règle, dat in artikel 1 der gemeentewet de raad voorop gaat. Over de betekenis van de raad wordt verschillend gedacht. Niet eerst in het huidige tijdsgewricht. Reeds in 1914 schreef *G. A. van Poelje* in zijn Hedendaags Gemeenterecht, Hoofdstuk III, dat het zwaartepunt van het gemeentebestuur verschoven is naar het college van burgemeester en wethouders. Het zou niet de raad zijn, die belangrijke initiatieven neemt, maar het college van burgemeester en wethouders, dat op zijn beurt van de ambtenaren daartoe de bouwstenen krijgt aangedragen. De raad zou niet langer „regeren", maar slechts nog „controleren"; hij is de representant van de publieke opinie, echter niet zozeer om volgens de opvatting van het publiek te regeren maar in de eerste plaats om uit naam daarvan af te weren, al, wat door hem niet of nog niet, gezien het wezenlijk belang der gemeente, aanvaard kan worden. *Van Poelje* vergelijkt de raad met een verkeersagent. Het volle leven gaat langs hem heen en hij laat het

gaan, slechts scherp kijkend naar alle zijden, of hij nergens gevaar ziet, of nergens wanorde of ongeregeldheid dreigt, of alles goed gaat. En ziet hij iets, dat niet in de haak is of twijfelt hij, hij strekt de hand uit en het verkeer staat stil. Eerst op zijn wenk zet alles zich weer in beweging.

Het komt mij voor, dat men aan het begrip „controleren" wel een zeer ruime betekenis moet toekennen om 's raads werkzaamheid daarmede gekarakteriseerd te achten. De raden plegen zich nog steeds een zelfstandig oordeel te vormen over bepaalde wenselijkheden, over wat hun door de colleges van burgemeester en wethouders wordt voorgeschoteld. Een controleur heeft slechts tot taak te beoordelen of iets goed of minder goed of onjuist is. De raad evenwel is vrij om een voorstel aan te nemen, te verwerpen of te wijzigen. De raad mag zèlf doen en doèt zelf. Zonder zijn bewilliging blijven de voorstellen voorstellen, zonder daadwerkelijke gevolgen. En initiatieven van de raad komen toch wel – zij het spaarzaam – voor.

Staat de raad in feite aan het hoofd der gemeente? Het kan niet gezegd worden. Dat ligt aan verschillende oorzaken. In haar verslag zegt de Staatscommissie bestuursvorm grote gemeenten, ingesteld bij Koninklijk besluit van 1 november 1952, nr. 32 (*de Commissie-De Quay*): „Door de grote omvang der bemoeiingen is het voor de bestuurders, in het bijzonder voor de raadsleden, vaak zeer moeilijk het nodige inzicht te verkrijgen in de gang van zaken." Dat is één oorzaak. Het is voor een raadslid, dat niet voortdurend in de gemeentelijke keuken kijken kan, eenvoudig onmogelijk door de vele bomen, die hem stuk voor stuk voor ogen worden gezet, het gemeentelijk bos nog te zien. De vele taken van de gemeente, de veelzijdige zaken die zij behartigt, de ingewikkelde technische en bestuurlijke problemen die tot een oplossing moeten worden gebracht, zij eisen, om er een verantwoord oordeel over te hebben, een voorbereiding, waarvoor het gemiddelde raadslid de tijd nauwelijks zal kùnnen vinden. Die wetenschap doet velen, die krachtens hun ontwikkeling, belangstelling en karakter als voor het raadslidmaatschap geknipt zouden zijn, bij voorbaat daarvan afzien. Ook hier ligt een nauwelijks op te lossen probleem. De individuele burger heeft het in zijn dagtaak over het algemeen veel drukker dan vroeger. De in het particuliere leven belangrijke figuren zullen zich wellicht niet geheel afzijdig willen houden van de publieke zaak, een raadslidmaatschap is hun veelal van het goede teveel. Minder bekwame lieden zullen de door anderen bezwaarlijk op zich te nemen verantwoordelijkheden moeten aanvaarden. Vraag aan het bestuur van elke politieke partij hoeveel moeite het kost met een verantwoorde kandidatenlijst voor een verkiezing voor de dag te komen.

Zijn onze huidige gemeenteraden dan van zoveel minder kwaliteit dan de vroegere? Ik kan het niet geloven. Vele in de oude minder democratische tijd opgetreden raadsleden waren magistraat door geboorte. Maar geboren magistraten waren zij daarmede nog niet. Een

vergelijking tussen voorheen en nu moet trouwens falen, omdat de taken niet vergelijkbaar zijn.

Met de *Commissie De Quay* ben ik van mening, dat 's raads taak als bestuursorgaan is verzwakt en dat de raad gaandeweg meer geworden is het college, dat de door anderen voorgestelde maatregelen beoordeelt en dat door het kenbaar maken van wensen en door opbouwende kritiek tot het aanhangig maken van maatregelen aanspoort. De commissie zei het voor de grote gemeenten. Daarvoor geldt het inderdaad in zeer sterke mate. In de kleine gemeenten, aldus *Oud* (Gedenkboek gemeentewet 1851–1951, bl. 27), kan nog aan iedere benoeming, aan iedere verhuring, aan iedere koop of verkoop van een stuk grond de volle aandacht worden gegeven. Men kan er in één woord in de volle zin des woords bestuursorgaan zijn. In de grote gemeenten is dit een volslagen onmogelijkheid.

Wat voor de raad gezegd is, geldt m.m. voor de colleges van burgemeester en wethouders. Gelukkig kende en kent ons land wethouders, die als magistraten aller waardering hadden en hebben, tegen wie men opziet als tegen mensen van grote kennis van en kunde in besturen, van hoge eruditie en van bijzondere karaktereigenschappen. De gemeente, welke dergelijke gezagsdragers heeft, mag zich geluk wensen. Zij profiteert meer van een toevalligheid dan van een zekerheid. De wethouders, aldus *Van der Pot* in zijn pre-advies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1935, bl. 33 e.v., zouden de uitverkorenen van de uitverkorenen zijn en dus een hogere graad van de in de bestuurder vereiste eigenschappen bezitten dan het gemiddelde raadslid. Maar dit gaat in de praktijk niet steeds op, vooral niet waar de raad in een aantal op zich zelf niet talrijke groepen verdeeld is en dan aan de sterkste groepen overgelaten wordt om zelf een kandidaat-wethouder aan te wijzen. Uit een beperkt getal van 5–10 leden vallen dan allicht enkele niet-verkiesbaren, enkelen, die hun gewone werk niet voor het wethouderschap kunnen of willen opgeven, en enkele bepaald ongeschikten af en uit de bus komt tenslotte niet degene, die het ambt na aarzeling misschien aanvaard zou hebben, als hij wist dat de meerderheid zijner medeleden juist hem begeerde, maar degene, die overbleef en geen bezwaar had, omdat hij het baantje wel gebruiken kan.

Wat in 1935 gezegd werd, geldt voor 1956 in zeker niet verminderde mate. Uit de niet noodzakelijk in bestuurskunst sterke groep raadsleden moeten de wethouders worden verkozen. Politiek spreekt hierbij vaak luider dan individuele kwaliteiten. Een wethouderschap van een onzer grote(re) gemeenten eist de volle man, het kan niet als een bezoldigd bijbaantje worden beschouwd. De Nederlandse democratie is zuinig in het betalen van haar gezagsdragers. Voor velen, een min of meer lucratief beroep uitoefenend, is het wethouderschap een beslist niet geambieerde functie. Als stelling IX voegde ik aan mijn proefschrift („Gemeentelijk Strafrecht", diss. Groningen 1947) toe:

„Het is wenselijk, dat het wethouderschap in gemeenten van

meer dan 20.000 zielen als volledige dagtaak wordt opgevat, in verband waarmede de wethouderssalarissen zodanig moeten worden vastgesteld, dat deze functionarissen bij het aanvaarden van hun wethouderschap in het algemeen niet een kleiner inkomen gaan genieten dan zij voordien hadden, mits dat inkomen niet hoger is dan de burgemeesterswedde."

Is het niet hoogst onbevredigend, dat de keuze van wethouders mede en in belangrijke mate wordt beperkt door de aan het wethouderschap verbonden jaarwedde, om nog maar te zwijgen van de totaal onvoldoende wachtgeld- en pensioenregeling (zie artikel 101 der gemeentewet)? En dan te bedenken dat deze ambtsdragers in onze grote gemeenten als het ware aan het hoofd staan van een miljoenen-bedrijf!

Ook de burgemeester heeft zijn taak in belangrijke mate zien verzwaren. Is hij als vanouds een centrale figuur, er valt heel wat meer te coördineren dan vroeger. Als voorzitter van de raad, als lid-voorzitter van het college van burgemeester en wethouders heeft hij – althans theoretisch – de gelegenheid te blijven overzien wat er in zijn gemeente aan de hand is en wat er moet gebeuren. Het is hem evenwel in de grotere en grote gemeenten niet mogelijk zich met alle zaken voldoende bezig te houden. Zijn representatieve taak is enorm toegenomen. Hij ontvangt vele mensen, van vertegenwoordigers van buitenlandse mogendheden af tot bloemenkoninginnen en andere zeer tijdelijk gekroonde hoofden toe. Daarnevens is hij de reizende ambassadeur van zijn gemeente, die heel wat uren „tussen de wielen" zit.

Zo biedt de wettelijke samenstelling der gemeentebesturen geen enkele waarborg, dat de communale overheid tegen haar zware taak opgewassen zal blijken. Men heeft de suggestie gedaan de mogelijkheid te openen niet-raadsleden tot wethouders te benoemen. Het komt mij voor, dat de moeilijkheden hiermede niet uit de weg zouden zijn geruimd. Het zullen niet veel raden zijn, die zich zelf een testimonium paupertatis opspelden door van die mogelijkheid gebruik te maken. Wordt bovendien de kring van degenen, die volledig geschikt zijn voor een wethouderschap en dit ambiëren, zoveel groter als de suggestie een wettelijke realiteit zou zijn? Ik waag het te betwijfelen.

Het zou m.i. de overweging waard zijn, de grotere en grootste gemeenten niet met één doch met meer door de Kroon benoemde burgemeesters uit te rusten. Zij zouden onderling hun taak kunnen verdelen en hun rangorde zou bij de benoeming kunnen worden uitgedrukt. Men zou „vakmensen" met bestuursmacht toevoegen aan hen, die op democratische wijze daartoe geroepen mede het wel en wee der gemeente in handen hebben. Het besturen ener grote(re) gemeente is niet meer dilettanten-, doch vakwerk. Ook ten behoeve van de continuïteit ware m.i. met het openen van deze mogelijkheid veel gewonnen. Er zouden meer raadsleden een wethouderschap ambiëren, omdat het wellicht niet langer noodzakelijk zou zijn, dat de wethouders hun volle dag aan hun publieke taak zouden moeten geven.

Los van ideële motieven is het een noodzakelijkheid, dat de taak van raad, burgemeester en wethouders en burgemeester wordt verlicht. Daardoor toch zal de kring van hen, die een raadslidmaatschap ambiëren en daartoe de geschiktheid bezitten worden vergroot. Dat zal ook invloed hebben op de kwaliteit van het college van burgemeester en wethouders. We zullen moeten komen tot een verdeling van de taken, welke voor het gemeen moeten worden vervuld. Spreiding van belangenbehartiging zal een steeds luider klinkende eis worden. Komt men daaraan niet tijdig tegemoet, dan zal veel van wat *bestuurd* zou moeten worden *verambtelijken*. Men zou de hulp van belangstellende en deskundige particulieren missen, welke speciaal in bepaalde delicate aangelegenheden zo goed kan worden gebruikt. De administratie zou exorbitant duur worden en medewerking der burgerij moeilijk te krijgen.

Evenwel: men zij bedachtzaam in de keuze van de taken, die men afsplitst. Er zijn takken van gemeentehuishouding, die per se bij de bestuursorganen zullen moeten blijven. Heeft men eenmaal ten opzichte van een bepaald onderdeel besloten het aan derden over te laten, dan zal een besluit over de rechtsvorm van het nieuwe lichaam genomen moeten worden. Het komt mij gewenst voor hier te onderscheiden tussen de bedrijven, en andere takken van gemeentelijke zorg.

b. Bedrijven

De gemeente behoeft nog lang niet tot de grotere te behoren, wanneer de behoefte zich doet gevoelen bepaalde taken administratieve zelfstandigheid te geven. Artikel 252 der gemeentewet opent daartoe een mogelijkheid. Ten aanzien van de door de raad onder goedkeuring van gedeputeerde staten aangewezen takken van dienst, zo luidt dit artikel, worden behalve de ontvangsten en uitgaven, welke een gevolg zijn van de geldelijke verhouding tussen deze takken en de algemene dienst der gemeente, in de begroting der plaatselijke inkomsten en uitgaven alleen opgenomen de geraamde voor- of nadelige saldo's. Deze takken van dienst worden beheerd volgens door de raad, onder goedkeuring van gedeputeerde staten, vastgestelde regelen.

Zo kunnen afzonderlijke takken van dienst en bedrijven worden gevormd. Onder een „bedrijf" verstaat *Simons* (Gemeentebedrijven, bl. 13) een tak van dienst, bij welks exploitatie voornamelijk winst wordt beoogd of althans naar rentabiliteit wordt gestreefd. Inrichtingen, waarbij bewust niet naar rentabiliteit wordt gestreefd, zijn als „diensten" te beschouwen.

Een aldus tot stand gekomen bedrijf mist rechtspersoonlijkheid. Juridisch handelt dus de gemeente, niet het bedrijf. De regeling en het bestuur zijn des raads. Het dagelijks bestuur berust bij burgemeester en wethouders. Dikwijls worden zij bijgestaan door een raadscommissie van bijstand ex artikel 60, tweede lid, der gemeentewet. Met de dagelijkse leiding is een directeur belast.

De bemoeiingen van de raad met het bedrijf zijn zeer belangrijk. Hij besluit tot stichting, stelt de beheersverordening vast, evenals de begroting en (voorlopig) de rekening, benoemt de directeur en de andere ambtenaren, voor zover niet bij plaatselijke verordening anderen met die benoeming zijn belast, bepaalt de tarieven en de bezoldigingen.

De praktijk is, dat in feite het dagelijks bestuur wordt behartigd door de directeur onder toezicht van de wethouder, die meer speciaal met de zaken, rakende het bedrijf, is belast. Er plegen in het college van burgemeester en wethouders afspraken te worden gemaakt nopens zaken, die de wethouder zelfstandig met de directeur kan afdoen, en die, welke hij op de agenda van de collegevergadering moet doen plaatsen. Uiteraard blijft in het stelsel van de gemeentewet het gehele college verantwoordelijk voor de bestuursdaden van de afzonderlijke wethouder.

De commissie van bijstand is volgens de gemeentewet niet meer dan haar naam zegt. In de praktijk ziet zij toe, dat burgemeester en wethouders niet buiten het door de raad uitgestippelde beleid gaan; zij adviseert het college zo dit wordt gevraagd, terwijl haar adviezen nopens ten aanzien van het bedrijf te nemen maatregelen de raadsvoordrachten plegen te vergezellen. Zij vormt voor burgemeester en wethouders een middel om het gevoelen van de raad te sonderen, gezien het gebruik de commissie politiek-veelkleurig samen te stellen. Het bekende Tielse voorbeeld van de beherende raadscommissie heeft – bij mijn weten – niet veel navolging gevonden. Bij de voorbereiding van de wijziging van de gemeentewet welke geleid heeft tot de wet van 31 januari 1931, S. 41, is nog gepleit het Tielse systeem in de wet te verankeren en de mogelijkheid te openen in de aldus in te stellen beheerscommissies ook niet-raadsleden op te nemen. Daardoor zouden personen, die om tijdswille geen lid van de raad kunnen zijn maar op het stuk van bedrijfsbeheer zeer deskundig, hun gaven in dienst van de gemeenschap kunnen stellen. De Minister zag in de zelfstandige bedrijfscommissie niet alleen een aantasting van de eenheid van het bestuur, doch ook van de bestuursverantwoordelijkheid.

De positie van de directeur is in de gemeentewet niet geregeld. Hij valt onder het ambtenarenreglement, werkt volgens een in de regel door burgemeester en wethouders vastgestelde instructie, terwijl zijn jaarwedde in het bezoldigingsreglement een regeling heeft gevonden. Uit deze stukken zal zijn feitelijke positie in het bedrijf niet zijn af te lezen. Die hangt in de eerste plaats af van zijn persoonlijkheid en zijn verhouding tot de betrokken wethouder en het college van burgemeester en wethouders. Uiteraard is mede van belang de kwaliteit van het college van burgemeester en wethouders en van de wethouder, meer speciaal met de bedrijven belast. Het is ondoenlijk de positie van directeur van een gemeentebedrijf te definiëren.

Tegen deze publiekrechtelijke gemeentelijke bedrijfsvorm zijn in de loop der tijden tal van bezwaren naar voren gebracht en breed uitge-

meten. Het bestuur zou geschieden door personen, die in het algemeen voor andere verdiensten dan deskundigheid ten opzichte van het bedrijf zijn uitverkoren. De deskundige directeur zou aldus ondergeschikt zijn aan de niet-deskundige bestuurders. Het komt mij voor, dat het publiekrechtelijk gemeentebedrijf hier een treffende overeenstemming vertoont met vele particuliere ondernemingen. Men hoeft niet deskundig te zijn om aandeelhouder of commissaris van een n.v. te worden. Bovendien is het, zoals hieronder zal worden besproken, ongewenst bij het gemeentebedrijf in privaatrechtelijke vorm het beheer aan derden op te dragen. In daartoe leidende gevallen kan men naast de deskundigheid van de directeur gebruik maken van de diensten van particuliere adviesbureaus. Terecht merkt *Simons* (t.a.p. bl. 115) op, dat van een afzonderlijk bedrijfsbelang geen sprake kan zijn. Wat daarvoor doorgaat is slechts een aspect van het algemeen belang, welk aspect dan in een bedrijfsdirectie een speciale verdedigster kan vinden.

Partijpolitiek zou het bedrijfsbelang uit het oog doen verliezen. Dat zou dan kunnen blijken bij de benoeming van de directie, de loonvaststelling en de tarievenbepaling. Wat het eerste betreft: het lijkt mij toe, dat dit gevaar evenzeer bestaat, indien een privaatrechtelijke vorm wordt gekozen. De lonen van het gemeentepersoneel worden tegenwoordig in feite niet meer mede door de gemeente, maar door de centrale regering bepaald. Inderdaad zou het punt der bezoldigingen misschien de privaatrechtelijke naamloze vennootschap kunnen doen verkiezen, omdat van algemene bekendheid is, dat de door de overheid in stand gehouden bedrijven met een privaatrechtelijke vorm hun staf beter bezoldigen dan die, welke aan het hogere toezicht zijn onderworpen; de eerste zijn dus beter in de gelegenheid geschikte topfunctionarissen te benoemen en te behouden. Dat heeft evenwel niets met gemeentelijke partijpolitiek van doen. Wat de tarievenpolitiek betreft: het is inderdaad voor de gekozen vertegenwoordigers vaak een bittere pil de tarieven te moeten verhogen, speciaal in het zicht van verkiezingen. Het is evenwel niet bewezen, dat deze pil algemeen niet wordt geslikt door de zich hun verantwoordelijkheid bewuste bestuurders. Het is zeker geen algemeen verschijnsel, dat de tarieven om politieke overwegingen laag worden gehouden. Ook de tarieven vormen het resultaat van afweging van belangen en daaraan plegen de raden zich met zorg te zetten. Een verstandige raad zal het college van burgemeester en wethouders de nodige vrijheid laten ten aanzien van het afsluiten van contracten met industriële-grootverbruikers.

Het komt mij voor, dat de publiekrechtelijke vorm voor het gemeentebedrijf zoveel voordelen heeft boven de privaatrechtelijke dat de keus niet moeilijk is. De laatste mist veelal de openbare behandeling – een eerste eis van democratisch gemeentebeheer – van de de burgers regarderende bedrijfsproblemen. De eerste valt ipso jure onder hoger toezicht, passend in de algemene relatie gemeente-hogere overheid.

Men verschilt van mening over de vraag, of gedeputeerde staten toezicht op een n.v. of stichting kunnen aanvaarden, eventueel opleggen. *Günther* (Het toezicht van Gedeputeerde Staten op intercommunale bedrijven, Gemeentebestuur 1935, bl. 1 e.v.) is van mening, dat noch het een noch het ander wettelijk geoorloofd is. De bevoegdheden van gedeputeerde staten, aldus deze schrijver, zijn in de wet opgesomd. Daarbuiten mogen zij niet gaan.

De bedrijven hebben meest tot taak bevrediging van *elementaire* behoeften van alle burgers. Bij de verzorging daarvan moeten de gekozen vertegenwoordigers der burgerij kunnen meespreken, zij moeten nopens het dagelijks bestuur verantwoording kunnen vragen. Daarom ook lijkt het ongewenst de bedrijven „te spreiden".

Zelfstandigheid van een bedrijf – een der beweerde voordelen van de privaatrechtelijke vorm – lijkt bepaald niet gewenst. Het gemeentelijk bedrijf moet meespelen in de behartiging van de openbare belangen, en wel in de tegenwoordige gemeente een der belangrijkste rollen. Dat de privaatrechtelijke vorm zo veel soepeler zou zijn behoeft niet in alle omstandigheden op te gaan. Een wijze raad gebruikt zijn delegatie-bevoegdheden met verstand. De vraag is trouwens, of aan een grotere soepelheid dan het gemiddelde gemeentelijk publiekrechtelijke bedrijf heeft, zo'n enorme behoefte bestaat. Mij is die niet gebleken. Het betrekken van niet-raadsleden-deskundigen in de bedrijfsleiding, mogelijk bij de privaatrechtelijke vorm, lijkt nu juist voor de *bedrijven* niet noodzakelijk en somtijds bepaald ongewenst. Want die deskundigen zullen veelal ook de grootste afnemers zijn.

Er zijn gevallen denkbaar, dat men de privaatrechtelijke vorm voor het gemeentebedrijf niet kan ontberen. *Simons* wijst op de overneming van particuliere bedrijven, waarbij somtijds het handhaven van de privaatrechtelijke vorm geboden is in verband met lopende concessies of omdat niet alle aandelen voor de gemeente in handen kunnen worden verkregen. Als de gemeente de aandelen van een particuliere naamloze vennootschap koopt, kan het voorts om fiscale redenen gewenst zijn de n.v. te laten voortbestaan.

Artikel 228, onder h, der gemeentewet eist voor het oprichten van of deelnemen in stichtingen, maatschappijen, vennootschappen, coöperatieve of andere verenigingen goedkeuring van gedeputeerde staten. Het bij de wet van 31 januari 1931, s. 41, ingevoegde en bij de wet van 1 april 1950, s. K. 120 gewijzigde artikel 234: „De goedkeuring op de besluiten der gemeentebesturen, bedoeld in artikel 228, onder *h*, wordt niet verleend, dan indien deze vorm van behartiging van het openbaar belang daarvoor in verband met den aard van dat belang bijzonder aangewezen moet worden geacht", lijkt mij, voor zover het mede betrekking heeft op het gemeentelijk bedrijf, een wijze bepaling.

Het gemeentelijk bedrijf, in het algemeen geroepen om primaire behoeften der ingezetenen te bevredigen, blijve in handen van de raad. Het is te belangrijk om overgelaten te worden aan derden. De

publiekrechtelijke vorm alleen biedt de waarborgen, dat de belangen der burgerij op de juiste wijze worden behartigd.

c. De voor spreiding te kiezen rechtsvorm

Hierboven is de feitelijke noodzaak betoogd goed-willende en deskundige burgers in het bestuur te betrekken. Een mogelijkheid daartoe biedt de adviescommissie, een veel gebruikt middel. Zij heeft geen enkele beslissende macht. Haar werk kan ongetwijfeld nuttig zijn; de praktijk wijst uit, dat zij een tere juffer is. Niet opgevolgde suggesties leiden vaak tot onverkwikkelijke situaties, welke de openbare zaak geen dienst bewijzen. Ik moge te deze verwijzen naar de bijdrage van G. A. van Poelje: „Commissies en Raden", Bestuurswetenschappen 1955, bl. 344 e.v. Wat daar over het rijk gezegd is, geldt m.m. evenzeer voor de gemeenten. Men kan ook bepaalde taken bij particuliere organisaties laten en deze steunen door het verlenen van subsidies. Ik behoef na de recente pre-adviezen van *Hartog* en *S. O. van Poelje* (Bestuurswetenschappen 1952, bl. 117 e.v.) op deze wijze van gemeentelijke bemoeiing niet in te gaan. Ook de verschillende vormen van samenwerking van overheid en particulieren vonden kort geleden een bespreking in pre-adviezen, t.w. van *Noteboom* en *Van Rappard* (Geschriften van de V.A.R. XXVI, 1953), zodat ik ook bij dit onderwerp niet al te uitvoerig behoef stil te staan. Ik moge slechts enige aandacht wijden aan de samenwerking van de gemeente met particuliere organisaties, waartoe, hoewel de wet gemeenschappelijke regelingen daartoe een publiekrechtelijke mogelijkheid biedt, nog dikwijls de vorm van de burgerrechtelijke stichting wordt gebezigd.

De tweede volzin van lid 1 van artikel 30 der wet gemeenschappelijke regelingen opent de mogelijkheid, dat rechtspersonen, voor zover te hunnen aanzien bij Koninklijk besluit is verklaard, dat zij met het oog op de belangen, welker behartiging zij ten doel stellen, bevoegd zijn met o.a. een gemeente een gemeenschappelijke regeling te treffen, aan die regelingen deelnemen. De memorie van toelichting zegt te deze, dat voor deze mogelijkheid pleit het argument, dat de publiekrechtelijke samenwerking een gelukkige vorm kan zijn voor het betrekken van de burgers in de overheidstaak. Als een der bezwaren tegen deze nieuwe vorm van samenwerking werd, volgens het voorlopig verslag, aangevoerd, dat de burgers overheidsgezag zouden krijgen. Dat zou voor hen een verantwoordelijkheid betekenen, die zij niet kunnen noch mogen dragen. De democratische structuur zou vertroebeld worden, wordende die immers gekenmerkt door eenvoud en doorzichtigheid. Voorwaar zwaarwichtig schijnende argumenten tegen de publiekrechtelijke vorm, blijkbaar niet weggenomen door de breideling van de macht van de particuliere partner ten opzichte van het maken van verordeningen, door strafbepaling of politie – dwang te handhaven of tot heffing van belastingen, gelijk het wetsontwerp het wilde (artikel 31 der wet). Dat men echter van deze publiekrechtelijke

samenwerking niet al te veel moest verwachten bleek reeds uit de memorie van antwoord. Daar toch werd reeds de domper op dit nieuwe wijd schijnende perspectief gezet door de opmerking, dat als particuliere partner slechts zouden kunnen optreden die lichamen, die belangen behartigen, welke in feite reeds in de publieke sfeer liggen. Na de totstandkoming der wet zijn bij Koninklijke besluiten van 15 juni 1951, nr. 27, 30 juni 1951, nr. 6, en 8 juni 1954, nr. 8, enige rechtspersonen bevoegd verklaard met provinciën en gemeenten regelingen, als bedoeld in de hoofdstukken I, III of IV der wet gemeenschappelijke regelingen te treffen. Het betreft de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering van de Geneeskunst, de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde, enige ziekenfondsen en het Nederlandsche Roode Kruis.

Hoe zuinig de Kroon is met het verlenen van deze bevoegdheid bleek de gemeente Groningen in 1952. Tevens bleek haar, dat ook om andere redenen de (privaatrechtelijke) stichtingsvorm niet kan worden ontbeerd. Wat toch was het geval?

De reeds jaren bestaande N.V. Groninger orkestvereniging – een volledig particuliere instelling – bleek allengs steeds meer aangewezen op de subsidiën van rijk, provincie en gemeente. Tal van redenen waren er om de werkzaamheden van deze N.V. meer in de overheidssfeer te betrekken. Daartoe achtte men, op hier niet ter zake dienende gronden, handhaving van de n.v.-vorm weinig geschikt. Men wilde een nieuwe rechtsfiguur, waarbij overheidspersonen en particulieren samen de besturende functie zouden vervullen. Aangezien het brengen van muziek onder de burgerij – speciaal wat de keuze der uit te voeren muziekwerken betreft – een vrij delicate aangelegenheid is, wilde men de meerderheid van de bestuurders uit de burgerij recruteren. Daartoe werd opgericht een Vereniging „Vrienden van de G.O.V.", voor welke de Koninklijke goedkeuring werd aangevraagd en die de bestuursleden-particulieren van het nieuwe lichaam zou aanwijzen.

De partners – gemeente, provincie en „Vrienden van de G.O.V." – besloten nu een gemeenschappelijke regeling op basis van artikel 30 der wet gemeenschappelijke regelingen te creëren. Uiteraard was hiervoor nodig de bevoegdverklaring van de „Vrienden van de G.O.V." door de Kroon.

De Minister van binnenlandse zaken kon, ook na herhaalde verzoeken, geen vrijheid vinden te bevorderen, dat de verklaring, als bedoeld in artikel 30 der wet gemeenschappelijke regelingen, werd afgegeven. Zijne Excellentie was van mening, dat met het verstrekken van dergelijke verklaringen, vooral aanvankelijk, grote voorzichtigheid moet worden betracht. De bewindsman wilde de ervaringen met de voor de hand liggende gevallen – waarbij gedacht werd aan de in de kamerstukken genoemde voorbeelden van samenwerking met woningbouwvereniging, schoolbestuur en kruisvereniging – afwachten, al-

vorens tot een ruimere toepassing van de in hoofdstuk V der wet gemeenschappelijke regelingen bedoelde figuur mede te werken. Met name werd het niet raadzaam geacht, particuliere rechtspersonen, welke, zoals de „Vrienden van de G.O.V." hun bestaansrecht nog niet in de praktijk hebben bewezen, in de publiekrechtelijke samenwerking te betrekken.

Er bleef niet anders over, dan een raadsbesluit uit te lokken, krachtens hetwelk een (privaatrechtelijke) stichting in het leven kon worden geroepen. Dies spoedde zich op zekere dag de notaris naar het stadhuis om de zoveelste privaatrechtelijke vorm, waarvan overheden zich voor haar activiteiten bedienen, te doen geboren worden.

Maar zelfs al had de Minister van binnenlandse zaken willen bevorderen, dat de verklaring, als bedoeld in artikel 30 der wet gemeenschappelijke regelingen, werd afgegeven, dan nóg was het de vraag geweest, of de publiekrechtelijke samenwerkingsvorm hier aangewezen zou zijn. Het was namelijk de bedoeling van provinciaal en gemeentebestuur het orkestpersoneel te brengen onder de regeling van de Pensioenwet 1922. Dat kon bereikt worden met de privaatrechtelijke stichtingsvorm. Immers volgens artikel 4, lid 1, sub l worden voor de toepassing van de Pensioenwet 1922 mede als ambtenaren beschouwd, „de bestuursleden van en de ambtenaren in vaste dienst bij gemeentelijke instellingen, benoemd door of vanwege het daartoe bevoegd gezag der gemeente en in het genot van een wedde in de zin dezer wet, die uit andere dan gemeentelijke inkomsten wordt betaald." Nodig was dus, dat het nieuwe lichaam een *gemeentelijke* instelling zou worden – en dat zou het kunnen worden, indien de raad tot het doen oprichten van een stichting bij notariële akte een besluit zou nemen –, dat de benoeming der orkestleden zou geschieden door burgemeester en wethouders van Groningen en dat het personeel werd betaald uit de inkomsten der stichting. Het stichtingsbestuur, bestaande uit gedelegeerden van de provincie, de gemeente en de „Vrienden van de G.O.V." zou hoogstens de orkestleden ter benoeming mogen voordragen. Zou nu een gemeenschappelijke regeling als bovenbedoeld in het leven zijn geroepen, dan zouden de orkestleden niet (aanstonds) onder de Pensioenwet 1922 vallen. Er zou dan immers geen sprake zijn van een „gemeentelijke" instelling, doch van een nieuw, rechtspersoonlijkheid bezittend, gemengd lichaam. Het personeel van dat lichaam zou niet uitsluitend in dienst zijn van een of meer der openbare lichamen, welke artikel 3, lid 1, eerste zin dier wet noemt, en zou zonder meer evenmin behoren tot de personen, genoemd in een der litterae van het eerste lid van haar artikel 4. Misschien ware een oplossing te vinden geweest door een min of meer ruime interpretatie van artikel 4, lid 1, sub m van de Pensioenwet 1922, bepalende, dat voor de toepassing van deze wet mede als ambtenaren worden beschouwd „personen in vaste dienst van een naamloze vennootschap of van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging tot het dienen van

gemeentelijke of provinciale belangen, die uitsluitend openbare lichamen tot vennoten of leden heeft, *of ten aanzien waarvan door ons bij met redenen omkleed besluit, de Raad van State gehoord, is bepaald, dat zij, ofschoon niet uitsluitend openbare lichamen tot vennoten of leden hebbend, voor de toepassing van deze wet met een vennootschap of vereniging als eerstbedoeld zal worden gelijkgesteld.*" In ieder geval zou dan dus om het gestelde doel in publiekrechtelijke vorm te bereiken, behalve de verklaring ex artikel 30 der wet gemeenschappelijke regelingen nog nodig zijn een Koninklijk besluit als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub m, der Pensioenwet 1922.

Het behoeft geen nader betoog, dat èn de terughoudendheid, waarmede de bevoegdverklaringen ex artikel 30 der wet gemeenschappelijk regelingen blijken te worden afgegeven èn de moeilijkheid om het personeel van het publiekrechtelijk lichaam, dat men door samenwerking tussen overheid en particulieren tot stand wil brengen, onder de werking van de Pensioenwet 1922 te krijgen, tot gevolg zullen hebben, dat de door de gemeente gebezigde privaatrechtelijke stichtingsvorm eenvoudig niet ontbeerd kan worden. De aldus tot stand gekomen „Stichting Groninger Orkest Vereniging" zal ondanks haar privaatrechtelijke status haar werk in het belang van ingezetenen van stad en lande wel goed kunnen verrichten. Ten aanzien van de openbaarheid van de door haar te verrichten werkzaamheden kan men uiteraard in de stichtingsakte bepalingen opnemen. Naast de plaats, welke voor de provincie in het stichtingsbestuur is ingeruimd, is het provinciaal toezicht min of meer gewaarborgd, door de controle op de gemeentebegroting, waarop het gemeentelijk subsidie jaarlijks wordt uitgetrokken. Van een uit bestuurlijk oogpunt ideale vorm zal men echter moeilijk kunnen spreken.

Wat hier gezegd is voor de samenwerking van de gemeente met particulieren geldt evenzeer voor het afsplitsen van taken, welke de gemeente zonder andere corporaties wil verrichten en waarbij het gewenst of noodzakelijk is niet-particulieren te laten meebesturen. Ook hier kent de wet geen geschiktere mogelijkheid dan de privaatrechtelijke stichtingsvorm. Zij lijkt aanlokkelijk door haar grote soepelheid. Ten aanzien van openbaarheid kan men in de statuten bepalingen opnemen. Het toezicht van gedeputeerde staten kan daarin tevens een regeling vinden, zo men zich althans niet op het m.i. te starre standpunt van *Günther* (zie bl. 41) stelt. Men kan evenwel het nieuwe lichaam geen enkele overheidsbevoegdheid schenken. Het is en blijft een privaatrechtelijke instelling en daarmede zijn zijn mogelijkheden vaak meer dan wenselijk is gelimiteerd.

Het is (nog) niet bij benadering te zeggen hoeveel door gemeenten opgerichte stichtingen zijn tot stand gebracht. De directeur-generaal van de statistiek heeft zich op 15 juni 1955 met een circulaire gericht tot de colleges van burgemeester en wethouders, met verzoek o.m. een opgave te verstrekken van de stichtingen, welke door de gemeente zijn opgericht ter uitvoering van bepaalde taken in het algemeen belang.

Het resultaat dezer enquête is nog niet bekend. Bij informatie bleek, dat het ingekomen materiaal nog niet volledig bewerkt was op het ogenblik, waarop ik voor het schrijven van dit pre-advies gaarne een overzicht tot mijn beschikking zou hebben gehad. Om enig inzicht in de frequentie van het gebruik der stichtingsvorm te verkrijgen, heb ik mij tot een twintigtal collegae gewend, secretarissen van gemeenten van onderscheiden grootte en liggende in verschillende provinciën. Hoe groter de gemeente hoe meer stichtingen, naar mij bleek. Stichtingen, zowel door de gemeente alleen opgericht als in samenwerking met particuliere organisaties. De samenstelling der besturen blijkt op de meest verschillende wijzen te zijn geregeld, evenals het toezicht van gedeputeerde staten. Tal van takken van gemeentelijke zorg vinden in de stichtingsvorm een juridisch onderkomen. Sport, bejaardentehuizen, muziekscholen, volkskrediet, schooltandverzorging, exploitatie van een theeschenkerij, zwembaden, industriegebouwen, werkgemeenschappen en culturele gemeenschappen, exploitatie van jachthavens en buitengoederen, studiefondsen, borgstellingsfondsen, woningbeheer, exploitatie vakantiecentra, vormen enige van de vele onderwerpen, welke in de statuten ener stichting een regeling hebben gevonden. Hoe de publiekrechtelijke vorm kan worden gebruikt om aan een privaatrechtelijke vorm deel te nemen bleek mij uit de gemeenschappelijke regeling, gebaseerd op de wet gemeenschappelijke regelingen, aangegaan door een aantal kleine gemeenten, tot gemeenschappelijk deelnemen in het bestuur van een stichting schooltandverzorging.

Scholten (Asser-Scholten, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Eerste Deel – Personenrecht, Tweede stuk, Vertegenwoordiging en Rechtspersoonen, 1940, bl. 168) zegt „te hopen, dat het misbruik van de stichting voor doeleinden van publiekrechtelijke aard een einde neemt." Terzijde latend de bezwaren, die daartegen uit een oogpunt van publiek recht kunnen worden aangevoerd, merkt de hooggeleerde schrijver op, dat deze stichtingen geen stichtingen zijn, omdat zij het essentiële kenmerk van vermogensafscheiding missen (wat m.i. bij de gemeentelijke stichting doorgaans niet het geval is), ook omdat zij niet hebben een ideëel doel, tenslotte omdat zij veelal verenigingen zijn in een mislukte stichtingsvorm. En verder: „De stichting wordt zoo een leege organisatie-mogelijkheid. Als zoodanig heeft zij geen plaats in een gezond rechtsleven."

Ook bij de behandeling van het ontwerp-wet op stichtingen in de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft men weinig goede woorden voor de door de overheid in het leven geroepen stichtingen over gehad. Het ontwerp zonderde in artikel 29 van de werking der wet uit de stichtingen, die uitsluitend of mede zijn of worden opgericht door de Staat, een provincie, een gemeente of een lichaam, als bedoeld in de wet gemeenschappelijke regelingen. De Kamer bleek over deze uitzonderingspositie van de overheid te deze weinig gesticht. In het Rapport van de

vaste commissie voor justitie leest men: „Er van uitgaand, dat de overheid bij het privaatrecht geen leentjebuur behoort te spelen, indien de ontwikkeling van het publieke recht te traag verloopt, koesterde men er ernstige bezwaren tegen, dat de overheid, wanneer zij daartoe toch overgaat, zich zelf buiten het gemene recht zou plaatsen."

De Minister van justitie merkte m.i. terecht op, dat de stichting in bepaalde gevallen niet gemist kan worden en dat de regelen van het ontwerp voor overheidsstichtingen niet passend zijn. Zijne Excellentie ontkwam evenwel niet aan een toezegging, dat een staatscommissie zal worden ingesteld, die een oplossing zal zoeken – zo mogelijk binnen vijf jaren-voor de door de overheid tot stand gebrachte en tot stand te brengen stichtingen.

Wellicht ware – althans wat de gemeente betreft – de staatscommissie overbodig, indien èn een ruimere toepassingsmogelijkheid werd gelaten aan hoofdstuk VI der wet gemeenschappelijke regelingen èn de idee van spreiding van gemeentelijke belangenbehartiging op publiekrechtelijke basis zou worden gerealiseerd. Reeds is er een voorontwerp geweest van de Amsterdamse hoogleraar *Van den Bergh*, die zijn gedachten over deze materie zo overzichtelijk en overtuigend ontvouwde in het „Gedenkboek gemeentewet 1851–1951", bl. 146 e.v. De gemeentewet zou de mogelijkheid moeten scheppen, „dat de behartiging van een belang (belangen) door de raad, onder zijn toezicht of, indien de raad zulks bepaalt, onder het toezicht van burgemeester en wethouders, geheel of gedeeltelijk wordt toevertrouwd aan een commissie (orgaan) of aan een publiekrechtelijk, rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam sui generis, met een of meer organen." (bl. 150). En verder (bl. 151): „De commissie (het orgaan) of het lichaam krijgt publiekrechtelijke bevoegdheid, t.w. die gemeentelijke bevoegdheid, die haar bij het raadsbesluit op grondslag van de gemeentewet wordt toevertrouwd. Ook de bevoegdheid retributies te heffen en verordeningen, c.q. strafverordeningen, te maken, kunnen daartoe behoren." Zover blijkt de *Staatscommissie-de Quay* niet te willen gaan. Maar ook zij komt met het voorstel – althans in de grote gemeenten – en in de kleinere welke door de Kroon worden aangewezen – de gemeenteraad de bevoegdheid te geven met het oog op de behartiging van een of meer belangen der gemeente over te gaan tot het creëren van „bijzondere raden", waarvan tenminste twee leden, doch niet de voorzitter, worden aangewezen buiten de burgemeester en de leden van de raad. De bijzondere raad kan adviezen uitbrengen en voorstellen doen. Daarnevens kan hij worden uitgerust met bepaalde bevoegdheden van de raad en van burgemeester en wethouders.

De gemeentewet is voor de zoveelste maal op de helling genomen. Moge daaruit resulteren, dat de privaatrechtelijke vormen van besturen zonder wezenlijk bezwaar voor de te behartigen openbare belangen gemist kunnen worden.

Groningen, januari 1956.

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

I Vragen op het gebied van administratief recht. uitverkocht

II De verhouding van staatsrecht en administratief recht. uitverkocht

III Verslag van de algemene vergadering, 19 Maart 1940 *f* 0,55

IV De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht.
Prae-adviezen, uitgebracht door Mr J. Kruseman en Mr J. H. Scholten voor de algemene vergadering op 19 April 1941 . . uitverkocht

V Verslag van de algemene vergadering, 19 April 1941 *f* 0,55

VI De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten.
Prae-adviezen, uitgebracht door Mr A. Kleijn en Mr J. V. Rijperda Wierdsma voor de algem. vergadering op 27 Juni 1942 . „ 2,25

VII Verslag van de algemene vergadering, 27 Juni 1942 uitverkocht

VIII Publiekrechtelijke overeenkomsten. uitverkocht

IX Verslag van de algemene vergadering, 25 Sept. 1943 *f* 0,90

X Administratieve rechtspraak op economisch terrein.
Prae-adviezen, uitgebracht door Mr E. Bloembergen en Mr H. E. R. E. A. Frank voor de algem. vergadering op 29 Maart 1946 „ 1,50

XI Nietigheid en vernietigbaarheid van beschikkingen.
Rapport van de commissie, ingesteld door het bestuur der Vereniging ter nadere bestudering van het onderwerp: De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) besluiten en handelingen . . . . . „ 0,50

XII Verslag van de algemene vergadering, 29 Maart 1946 „ 1,25

XIII De grenzen van de verordenende bevoegdheid.
Prae-adviezen, uitgebracht door Mr J. M. Kan en Prof. Mr W. G. Vegtink, met een nota van Prof. Mr A. M. Donner voor de algemene vergadering op 13 Juni 1947 . . . . . uitverkocht

XIV Verslag van de algemene vergadering, 13 Juni 1947 *f* 1,25

XV Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht.
Prae-adviezen, uitgebracht door Prof. Dr G. A. van Poelje, Prof. Dr A. M. Donner en Prof. Dr Jules Lespes voor de algemene vergadering op 28 Mei 1948 . . . . . uitverkocht

XVI Verslag van de algemene vergadering, 28 Mei 1948 *f* 0,95

XVII Het administratief recht in de grondwet.
Prae-adviezen, uitgebracht door Mr S. J. Fockema Andreæ en Prof. Mr D. Simons voor de algemene vergadering op 13 Mei 1949 . . . . . „ 1,—

XVIII	Verslag van de algemene vergadering, 13 Mei 1949	*f* 1,25
XIX	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht. Prae-adviezen, uitgebracht door Dr S. O. van Poelje en Prof. Mr C. H. F. Polak met een nota van Prof. Dr F. de Visschere voor de algemene vergadering op 19 Mei 1950	,, 2,90
XX	Verslag van de algemene vergadering, 19 Mei 1950	,, 1,50
XXI	Verhoogde rechtsbescherming. Verslag van de algemene vergadering, 19 October 1950, ter bespreking van het Verslag van de Commissie De Monchy . . .	,, 1,50
XXII	De voorwaardelijke beschikking. Prae-adviezen, uitgebracht door Mr H. Fortuin en Mr A. J. Hagen voor de algemene vergadering op 18 Mei 1951	,, 1,90
XXIII	Verslag van de algemene vergadering, 18 Mei 1951	,, 1,50
XXIV	Algemene beginselen van Behoorlijk Bestuur. Prae-adviezen uitgebracht door Prof. Dr I. Samkalden en Prof. Mr G. J. Wiarda voor de algemene vergadering op 30 Mei 1952	,, 2,90
XXV	Verslag van de algemene vergadering, 30 Mei 1952	uitverkocht
XXVI	Samenwerking van Overheid en particulieren. Prae-adviezen, uitgebracht door Dr J. W. Noteboom en Mr L. R. J. Ridder van Rappard voor de algemene vergadering op 29 Mei 1953	*f* 1,90
XXVII	Samenwerking van Overheid en particulieren. Verslag van de Algemene Vergadering op 29 Mei 1953 . . .	,, 1,90
XXVIII	Rapport van de Commissie in zake algemene bepalingen van Administratief Recht.	,, 3,10
XXIX	Politiedwang. Prae-adviezen uitgebracht door Prof. Mr W. F. Prins en Mr H. D. van Wijk voor de algemene vergadering op 21 Mei 1954	,, 3,35
XXX	Politiedwang. Verslag van de algemene vergadering op 21 Mei 1954	,, 1,90
XXXI	Bestuursrecht en bestuurskunde. Prae-adviezen, uitgebracht door Prof. Mr D. Simons, Prof. Dr F. E. de Visschere en Mr S. F. L. Baron van Wijnbergen voor de algemene vergadering op 20 Mei 1955	uitverkocht
XXXIII	Algemene bepalingen van administratief recht. Verslag van de algemene vergadering op 27 November 1953	*f* 1,75
Wetgevingstechniek	Rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht 1948	,, 3,50

UITGAVEN VAN H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V.
HAARLEM